

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00264 vom 11. Februar 2009

ZH Verwaltungsgericht, 2009-02-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2008.00264](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2008.00264)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00264 du 11 février 2009

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00264 del 11 febbraio 2009

## Regeste

Baubewilligung und Befehl | Unzulässige sexgewerbliche Nutzung. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Die angefochtene Verfügung geht über das Verbot der unzulässigen sexgewerblichen Nutzung hinaus und verlangt, dass die Beschwerdeführende als Mieterin die betreffenden Räumlichkeiten verlässt. Eine solche Anordnung ist nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz zulässig, soweit die verbotene Nutzung auf andere Weise nicht oder nur mit einem unzumutbaren Kontrollaufwand unterbunden werden kann (E. 1.2). Für die Frage, ob sich die angeordnete Räumung als erforderlich und angemessen erweist, ist nicht allein das verbleibende Risiko der Wiederaufnahme der verbotenen Nutzung entscheidend. Zu berücksichtigen ist, dass die Wiederaufnahme der sexgewerblichen Nutzung gemäss § 340 Abs. 1 PBG mit einer Busse von bis zu Fr. 50'000.-, bei Gewinnsucht mit Busse in unbeschränkter Höhe bestraft wird. Schon angesichts dieser Strafdrohung erscheint fraglich, ob zur Durchsetzung des Nutzungsverbots die angeordnete Räumung der Wohnung notwendig ist. Da eine sexgewerbliche Nutzung wegen der notwendigen Werbung oder Anständen mit Nachbarn regelmässig die Aufmerksamkeit der zuständigen Behörden auf sich zieht, lässt sich das Nutzungsverbot auch ohne übermässigen Kontrollaufwand durchsetzen. Zudem würde die angeordnete Räumung auch die zulässige Nutzung der Räume für traditionelle Thai-Massage und zu Büro Zwecken betreffen, weshalb sie insgesamt als unverhältnismässig erscheint (E. 1.4). Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 1

A ,

#### E. 1.1

Die streitbetroffenen Räumlichkeiten liegen gemäss Bau- und Zonenordnung der Stadt Zürich (BZO) unbestrittenermassen in der Wohnzone W4 mit einem Wohnanteil von 75 %, weshalb gemäss Art. 16 Abs. 3 BZO eine sexgewerbliche Nutzung unzulässig ist. Ebenfalls ist nicht mehr streitig, dass gegen Entgelt angebotene Ganzkörpermassagen mit so genannter "Feinmassage" eine sexgewerbliche Nutzung im Sinn dieser Bestimmung darstellen und deshalb in den streitbetroffenen Räumlichkeiten nicht angeboten werden dürfen. Umstritten ist lediglich, ob die Zusicherung der Beschwerdeführenden 1, diese Dienstleistung nicht mehr erbringen zu wollen hinreichend ist, um die gemäss § 341 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) gebotene Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu gewährleisten. Die Beschwerdegegnerin und mit ihr die Vorinstanz halten diese Zusicherung nicht für ausreichend. Die Beschwerdeführende sei

seit 1999 als Prostituierte bekannt und habe selber auf die finanzielle Bedeutung der Feinmassagen hingewiesen, so dass der Anreiz gross sei, auf entsprechende Wünsche der Kundschaft einzugehen. Die gegenteiligen Zusicherungen seien deshalb unglaublich; dass sie gegenwärtig keine solchen Dienstleistungen mehr anbiete, dürfe angesichts des laufenden Verfahrens nicht überbewertet werden. Sodann sei der Kontrollaufwand unverhältnismässig um sicherzustellen, dass die Beschwerdeführende 1 neben der klassischen Thai-Massage nicht auch erotische Dienstleistungen anbiete. Die Beschwerdeführenden verweisen dagegen auf die Ausbildung der Beschwerdeführenden 1 in klassischer Thai-Massage und den Umstand, dass sie in ihrer Werbung nun eindeutig nur noch auf diese Dienstleistung hinweise. Das habe auch die Vermieterin überzeugt, welche die Unwirksamkeit ihrer wegen vertragswidriger Nutzung ausgesprochene Kündigung in der Verhandlung vor der Schlichtungsbehörde anerkannt habe.

### **E. 1.2**

Gemäss § 341 PBG hat die Baubehörde ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen; hiezu dienen der Verwaltungszwang und die Schuldbetreibung. Die den Beschwerdeführenden vorgeworfene Verletzung der baurechtlichen Ordnung besteht hier darin, dass in den streitbetroffenen Räumen mit den so genannten Feinmassagen auch sexgewerbliche Dienstleistungen angeboten wurden. Dass zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands diese Nutzung unterbunden werden muss, ist offenkundig und unbestritten. Die angefochtene Verfügung geht indessen über das Verbot der unzulässigen Nutzung hinaus und verlangt, dass die Beschwerdeführende 1 als Mieterin die betreffenden Räumlichkeiten verlässt und dafür besorgt ist, dass sich auch allfällige in den Räumlichkeiten befindliche Drittpersonen dieser Anordnung unterziehen. Eine solche über das Verbot der unzulässigen Nutzung hinaus gehende Anordnung ist nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz zulässig, soweit die verbotene Nutzung auf andere Weise nicht oder nur mit einem unzumutbaren Kontrollaufwand unterbunden werden kann (Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 677; vgl. RB 1997 Nr. 93 = BEZ 1997 Nr. 2).

### **E. 1.3**

Wie sich aufgrund der Akten und den vom Verwaltungsgericht vorgenommenen Ergänzungen ergibt, ist die Beschwerdeführende 1 laut Polizeiakten in den Jahren 1999, 2001 und 2002 je einmal als Masseurin mit gültiger Arbeitsbewilligung im Massagesalon "C" an der M-Strasse 02 angetroffen worden. Am 1. Mai 2007 eröffnete sie das "D" in V, worauf sie im Tages-Anzeiger vom 14. Mai 2007 wie folgt hinwies: "Neu seit Mai im Zentrum V, Thai Massage: jung, erfahren (Diplom) [Tel.-Nr.]". Dem daraufhin verdeckt ermittelnden Polizeibeamten offerierte die Beschwerdeführende 1 eine Ganzkörpermassage mit Feinmassage für Fr. 150.- pro Stunde. In der nachfolgenden polizeilichen Einvernahme gab sie an, alleine tätig zu sein und aus finanziellen Gründen neben der traditionellen Thai-Massage auch Feinmassage anzubieten. Bei den streitbetroffenen Räumlichkeiten handelt es sich um eine 4 1 /

### **E. 1.4**

Auch auf Grund der ergänzten Untersuchung des Sachverhalts ist mit den Vorinstanzen ein gewisses Risiko zu bejahen, dass die Beschwerdeführenden trotz ihrer gegenteiligen Zusicherungen auch in Zukunft neben der traditionellen Massage auch sexgewerbliche Dienstleistungen anbieten könnten. Dafür sprechen nicht nur die bisherige Tätigkeit der

Beschwerdeführenden 1, sondern auch ihre Darstellung, dass die bisher angebotenen Feinmassagen aus finanziellen Gründen erforderlich gewesen seien. Sodann liegt zwar die Miete nicht im Bereich der im Milieu gewöhnlich bezahlten Beträge, doch legen die Beschwerdeführenden auch nicht dar, dass sich mit klassischer Massage eine Miete von Fr. 1'650.- monatlich rechtfertigen lässt. Zudem erscheinen auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Beschwerdeführer 2 dort in den Randstunden ein Büro benützt, die Räumlichkeiten für eine allein tätige Masseuse eher überdimensioniert. Gegen die befürchtete Wiederaufnahme der sexgewerblichen Tätigkeit sprechen der Umstand, dass die Beschwerdeführende 1 über eine Ausbildung in traditioneller Thai-Massage verfügt, die Werbung der Beschwerdeführenden für diese Art der Massage sowie die Kontrolle vom 1. September 2008, bei welcher sexgewerbliche Dienstleistungen verweigert wurden. Entscheidend ist indessen nicht allein das verbleibende Risiko der Wiederaufnahme der verbotenen Nutzung, sondern es ist zusätzlich zu berücksichtigen, ob die angeordnete Räumung erforderlich und angemessen ist, um der Gefahr der Wiederaufnahme der verbotenen Nutzung wirksam zu begegnen. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Wiederaufnahme von sexgewerblichen Dienstleistungen einen vorsätzlichen Verstoß gegen das Verbot dieser Nutzung darstellen würde, was gemäss § 340 Abs. 1 PBG mit einer Busse bis zu Fr. 50'000.-, bei Gewinnsucht mit Busse in unbeschränkter Höhe bestraft wird. Bereits angesichts dieser Strafdrohung ist fraglich, ob zur Durchsetzung des Nutzungsverbots die angeordnete Räumung der Wohnung notwendig ist. Hinzu kommt, dass eine sexgewerbliche Nutzung wegen der notwendigen Werbung oder Anständen mit der Nachbarschaft regelmässig die Aufmerksamkeit der zuständigen Behörden auf sich zieht, so dass sich das Nutzungsverbot auch ohne übermässigen Kontrollaufwand durchsetzen lässt. Sodann ist unbestritten geblieben, dass die Beschwerdeführenden in den streitbetroffenen Räumlichkeiten mit der traditionellen Thai-Massage und der Verwendung eines Raumes zu Bürozwecken ohne Weiteres zulässige Nutzungen ausüben. Die angeordnete Räumung würde auch diese zulässigen Nutzungen betreffen und erscheint damit insgesamt als unverhältnismässig.

## **E. 2**

-Zimmerwohnung. Zwei Zimmer sind als Massageräume eingerichtet, während die übrigen laut Polizeirapport für Empfang, als Wohnzimmer und Büro genutzt werden. Die Miete beträgt Fr. 1'650.- monatlich. Nachdem die Beschwerdeführenden im Baubewilligungsverfahren noch die Auffassung vertreten hatten, die neben der klassischen Massage auf Kundenwunsch angebotenen Feinmassagen seien nicht als sexgewerbliche Tätigkeit zu qualifizieren, erklärten sie am 17. Dezember 2007 im Rahmen eines Wiedererwägungsgesuchs, dass keine Feinmassagen, sondern nur noch traditionelle Thai-Massage angeboten würden und die Werbung nun auf dieses Angebot ausgerichtet sei. Laut dem vom Verwaltungsgericht eingeholten Amtsbericht der Stadtpolizei vom 28. Oktober 2008 lehnte die Beschwerdeführende 1 bei einer verdeckten Kontrolle vom 1. September 2008 das Erbringen erotischer Dienstleistungen unmissverständlich ab und sind bei der Stadtpolizei weder unter der Adresse noch der Telefon-Nummer der Beschwerdeführenden 1 seit Mitte Dezember 2007 sexgewerbliche Angebote bekannt geworden. Sodann reichten die Beschwerdeführenden Belege dafür ein, dass im Tages-Anzeiger in der Rubrik "Wellness, Körperpflege" regelmässig für die traditionelle Thai-Massage inseriert wird.

### **E. 2.1**

Damit erweist sich die Beschwerde als begründet. Der Rekursentscheid ist vollständig und der angefochtene Bauentscheid vom 14. November 2007 insoweit aufzuheben, als darin die Beschwerdeführende 1 als Mieterin verpflichtet wird, die gemietete Wohnung zu verlassen. Um klare Verhältnisse zu schaffen, wird die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführenden die Bewilligung für die Nutzung der streitbetroffenen Räumlichkeiten zur Durchführung von traditioneller Thai-Massage zu erteilen haben und gleichzeitig festhalten, dass das Anbieten von Feinmassagen und anderen sexgewerblichen Dienstleistungen verboten ist.

#### **E. 2.2**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959; VRG) und ist sie für das Beschwerdeverfahren zu einer Parteientschädigung von Fr. 1'000.- an die Beschwerdeführenden zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Im Rekursverfahren haben dagegen die Beschwerdeführenden nur halbwegs obsiegt, da sie dort noch die vollständige Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt haben; entsprechend sind die Rekurskosten den Beschwerdeführenden zu je  $\frac{1}{4}$  und der Beschwerdegegnerin zur Hälfte aufzuerlegen und ist für das Verfahren vor der Rekursinstanz keine Parteientschädigung zuzusprechen. Demgemäss entscheidet die Kammer:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.