

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00319 vom 18. Juli 2012**

ZH Verwaltungsgericht, 2012-07-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2014.00319](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2014.00319)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00319 du 18 juillet 2012

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00319 del 18 luglio 2012

## **Regeste**

Baubewilligung und Befehl | Nachträgliche Baubewilligung; Umnutzung eines Wohnhauses zu sexgewerblichen Zwecken; Verwirkung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Nachträgliche baurechtliche Bewilligungsfähigkeit einer zonenfremden Nutzungsänderung einer Wohnliegenschaft zu sexgewerblichen Zwecken. Die Umnutzung einer Wohnung in einen Erotikbetrieb stellt eine wesentlich andere und immissionsreichere Nutzung dar, die gemäss geltendem Recht nicht bewilligungsfähig ist (E. 2). Die Frage, ob eine baurechtliche Bewilligung bei rechtzeitiger Gesuchseinreichung hätte bewilligt werden können, beurteilt sich nach dem Recht, welches zum Zeitpunkt der Errichtung der Baute beziehungsweise demjenigen der Umnutzung massgebend war. Die Bewilligungsfähigkeit der nachgesuchten Nutzungsänderung ist auch nach dem im Zeitpunkt vor 1994 geltenden Recht zu verneinen (E. 3). Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wurde vorliegend mangels Einschreiten der Behörden durch Zeitablauf verwirkt, zumal die sexgewerbliche Nutzung bereits mehr als 30 Jahre vor dem Wiederherstellungsbefehl begann (E. 4). Gutheissung; abweichende Meinung des Gerichtsschreibers.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Im vorliegenden Verfahren ist die nachträgliche baurechtliche Bewilligungsfähigkeit einer zonenfremden Nutzungsänderung einer Wohnliegenschaft zu sexgewerblichen Zwecken zu beurteilen. Die vorinstanzlichen Erwägungen und die von den Parteien vorgebrachten Rügen konzentrieren sich auf beweisrechtliche Fragen. Das Verwaltungsgericht wendet gemäss § 7 Abs. 4 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) das Recht von Amtes wegen an und würdigt die Beweise frei (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 7 N. 136, 164 ff., 173 f.). Vorneweg ist zu prüfen, ob, und falls ja, gestützt auf welche rechtlichen Grundlagen eine nachträgliche Baubewilligung für die zonenfremde Nutzungsänderung der fraglichen Wohnliegenschaft zulässig erscheint.

### **E. 2**

Die Bewilligungsfähigkeit eines Bauvorhabens setzt gemäss geltendem Recht nach Art. 22 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG) voraus, dass die geplante Baute oder Anlage dem Zweck der Nutzungszone entspricht.

#### **E. 2.1**

Das fragliche Grundstück befindet sich in der Quartiererhaltungszone QI5b, für welche ein Wohnanteil von 60 % vorgeschrieben ist. Die Bau- und Zonenordnung der Stadt Zürich

vom 23. Oktober 1991 (BZO) bestimmt in Art. 24c Abs. 3, dass der Betrieb sexgewerblicher Salons oder vergleichbarer Einrichtungen bei einem Wohnanteil von mindestens 50 % unzulässig ist. Der Betrieb derartiger Etablissements in Liegenschaften der vorliegend zu beurteilenden Quartiererhaltungszone kann stark störende ideelle Immissionen verursachen und ist gemäss geltendem Recht daher grundsätzlich nicht bewilligungsfähig (VGr, 25. April 2012, VB.2011.00732, E. 2.1 und E. 4.2–4.4; 21. Dezember 2011, VB.2011.00503, E. 3.8).

## **E. 2.2**

Die Umnutzung einer Wohnung in einen Erotikbetrieb stellt eine wesentlich andere und immissionsreichere Nutzung dar, und ist daher gemäss § 309 Abs. 1 lit. b des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) bewilligungspflichtig (VGr, 21. Dezember 2011, VB.2011.00503, E. 4.3.1). Die zu beurteilenden Nutzungsänderungen wurden im vorliegenden Fall von einem der Vorbesitzer des jetzigen Eigentümers eigenmächtig vorgenommen, ohne vorgängig um die hierfür notwendige baurechtliche Bewilligung zu ersuchen. Das Bewilligungserfordernis für die sexgewerbliche Nutzung einer Baute ist allgemein bekannt und muss selbst einem juristischen Laien bei der Anwendung der gebotenen Sorgfalt als bekannt gelten (BGr, 19. August 2003, 1P.198/2003, E. 3.4; VGr, 12. März 2008, VB.2007.00459, E. 6.3).

## **E. 2.3**

Die Zulässigkeit eines entsprechenden Nutzungsverbots in Bauzonen mit erhöhtem Wohnanteil entspricht konstanter verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung (grundlegend RB 1997 Nr. 65 [Leitsatz] = BEZ 1997 Nr. 1 [volle Begründung]), die vom Bundesgericht bereits mehrfach überprüft und bestätigt wurde (BGr, 18. Juli 2012, 1C\_83/2012, E. 2.6; 9. Oktober 2008, 1C\_230/2008, E. 4.3; 5. Mai 2003, 1P.771/2001 und 1P.773/2001, E. 9.2). Der Beschwerdeführer beanstandet weder das sexgewerbliche Nutzungsverbot noch behauptet er, die sexgewerbliche Umnutzung der Liegenschaft sei nach geltendem Recht bewilligungsfähig.

## **E. 3**

Da der Beschwerdeführer über keine Bewilligung für den Betrieb eines Sexsalons verfügt, ist die derzeitige sexgewerbliche Nutzung der Liegenschaft als rechtswidrig zu qualifizieren. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Bauten, die ohne Bewilligung genutzt oder erstellt wurden, grundsätzlich ihrer ursprünglichen Nutzung zuzuführen oder zu beseitigen (BGr, 5. Mai 2003, 1P.771/2001 und 1P.773/2001, E. 7). Bevor allerdings die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angeordnet wird, ist jeweils zu prüfen, ob die strittige Umnutzung der Baute nachträglich bewilligt werden kann (BGr, 18. Juli 2012, 1C\_83/2012, E. 2.1).

### **E. 3.1**

Die Frage, ob eine baurechtliche Bewilligung bei rechtzeitiger Gesuchseinreichung hätte bewilligt werden können, beurteilt sich nach dem Recht, welches zum Zeitpunkt der Errichtung der Baute beziehungsweise demjenigen der Umnutzung massgebend war (VGr, 12. März 2008, VB.2007.00459, E. 4 mit weiteren Hinweisen zu Literatur und Rechtsprechung; Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 482). Schon seit Ende 1994 ist die Stadt Zürich konstant restriktiv bei der Bewilligung sexgewerblicher Salons in Bauzonen mit erhöhtem Wohnanteil vorgegangen (vgl. BGr, 19. September 2001, 1P.768/2000, E. 4a), weshalb der

Beschwerdeführer behauptet, die Umnutzung der Liegenschaft sei auf einen Zeitpunkt vor Dezember 1994 zu datieren und nach damals gängiger Praxis bewilligungsfähig gewesen. Zu diesem Zeitpunkt kam die Bau- und Zonenordnung 1963 (BauO 1963) als massgebender Erlass zur Anwendung.

### **E. 3.2**

Das Verwaltungsgericht hat sich bereits mehrfach mit der Frage nach der Bewilligungsfähigkeit sexgewerblicher Ateliers in Wohnzonen gemäss altem Recht befasst. Es verneinte dabei stets, dass eine Bewilligung hätte erteilt werden können (eingehend VGr, 12. März 2008, VB.2007.00459, E. 4.2–4.3; siehe auch VGr, 11. Februar 2004, VB.2003.00371, E. 1; 21. Dezember 2011, VB.2011.00503, E. 3.6–3.7; 24. Oktober 2001, VB.2001.00073, E. 4). Dies hat – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – aufgrund konstanter Rechtsprechung ebenso für den vorliegenden Fall zu gelten. Der Umstand, dass die Rechtslage vor 1994 mit einer gewissen Rechtsunsicherheit behaftet war, ändert grundsätzlich nichts an der zu verneinenden Bewilligungsfähigkeit (VGr, 24. Oktober 2001, VB.2001.00073, E. 4c/cc). Es lässt sich demnach festhalten, dass die Umnutzung der Liegenschaft als sexgewerbliches Atelier auch vor 1994 nicht hätte bewilligt werden können. Die Praxis der funktionalen Betrachtungsweise wurde in der Folge ins geschriebene Recht überführt und gilt gemäss Art. 24c Abs. 3 BZO auch nach heutigem Recht. Somit lässt sich die Bewilligungsfähigkeit der nachgesuchten Nutzungsänderung weder nach dem im Zeitpunkt vor 1994 geltenden noch nach dem aktuellen Recht bejahen.

### **E. 4**

Nach dem Gesagten bleibt zu prüfen, ob die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands mangels Einschreiten der Behörden durch Zeitablauf verwirkt wurde. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die behördliche Befugnis, vom Grundeigentümer die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verlangen, mit Blick auf die in Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) verankerte Pflicht zum Handeln nach Treu und Glauben sowie aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlich auf 30 Jahre beschränkt, sofern der Erteilung einer nachträglichen Baubewilligung keine anderen gewichtigen Interessen, insbesondere solche der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (z. B. eine Gefahr für die Sicherheit der Bewohner oder der Passanten), entgegenstehen. Diese Frist wurde in Anlehnung an die ausserordentliche Ersitzung von Grundeigentum gemäss Art. 662 des Zivilgesetzbuchs (ZGB) festgelegt und erfüllt nebst der Verwirklichung des Interesses am Herbeiführen von Rechtssicherheit nicht zuletzt eine beweisrechtliche Funktion, da es dem Grundeigentümer kaum möglich und auch nicht zumutbar ist, einen weiter als 30 Jahre zurückliegenden Zustand zu beweisen (siehe zum Ganzen BGE 136 II 359 E. 8; 107 Ia 121 E. 1a und 1c; zur Zulässigkeit kürzerer Verwirkungsfristen: BGr, 19. September 2001, 1P.768/2000, E. 3a und 5b; siehe ferner VGr, 10. September 2012, VB.2012.00081, E. 5; 14. Februar 2007, VB.2006.00488, E. 2.1; 29. September 2000, VB.2000.00208, E. 4c; zur behördlichen Duldung eines rechtswidrigen Zustands: René Wiederkehr/Paul Richli, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band I, Bern 2012, Rz. 2036 ff.; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich etc. 2010, Rz. 652 ff.). Bedeutsam ist deshalb, ab welchem Zeitpunkt von einer sexgewerblichen Nutzung der streitbetroffenen Liegenschaft auszugehen ist.

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz wies den Rekurs des heutigen Beschwerdeführers zurück, da aufgrund der Akten davon auszugehen sei, dass die Liegenschaft C-Strasse 01 erst "um die Mitte der 90er Jahre mehr und mehr sexgewerblich genutzt wurde" und keine Urkunden oder anderweitige verlässliche Beweismittel zum Zeitpunkt des Beginns dieser Umnutzung zur Verfügung stünden. Ebenso ist die Beschwerdegegnerin der Auffassung, dass sich nichts Konkretes zugunsten des Beschwerdeführers, beispielsweise aus den vorgelegten Telefonbucheinträgen, herleiten lasse. Dementgegen vertritt der Beschwerdeführer die Meinung, die Vorinstanz habe in fehlerhafter antizipierter Beweiswürdigung die offerierten Beweise gehörsverletzend ignoriert und all diejenigen Sachverhaltselemente ausser Betracht gelassen, welche zu seinen Gunsten sprächen.

#### **E. 4.2**

In diesem Zusammenhang ist mit Blick auf § 7 Abs. 1 und 4 VRG, wie bereits eingangs erwähnt, nochmals darauf hinzuweisen, dass das Verwaltungsgericht den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen abklärt und die Beweise frei würdigt. Die Untersuchungsmaxime und Grundsatz der freien Beweiswürdigung verleihen dem Verwaltungsgericht die für die Entscheidfindung notwendige Autonomie sowohl hinsichtlich der Beweiserhebung als auch der Beweiswürdigung (siehe Plüss, § 7 N. 10 ff. und N. 134 ff., insb. N. 135).

##### **E. 4.2.1**

Aufgrund der Komplexität des Sachverhalts und mit Blick auf die vom Beschwerdeführer offerierten Beweise beschloss das Verwaltungsgericht, zunächst einen Amtsbericht über die Nutzung der streitbetroffenen Liegenschaft einzuholen. Wie dem Schreiben der Stadtpolizei Zürich vom 6. Februar 2015 zu entnehmen ist, ergaben die Abklärungen bei der technischen Ermittlungsunterstützung und der zentralen Datenverarbeitung, dass keinerlei Akten betreffend die Liegenschaft des Beschwerdeführers für den Zeitraum vor 1994 (mehr) vorhanden sind. Das Verwaltungsgericht beschloss ferner, den Vorsteher des Konkursamts E anlässlich der Verhandlung vom 19. Mai 2015 als Zeugen einzuvernehmen, da sich die streitbetroffene Liegenschaft einst in der Konkursmasse eines Vorbesitzers des heutigen Eigentümers befand. Die Zeugenbefragung von D zeigte, dass mehrere Vorbesitzer der Liegenschaft im Milieu tätig waren und im Zuge der Handänderung von F an G am 10. Januar 1986 ein signifikanter Preisanstieg zu verzeichnen war, obschon die Liegenschaft nie renoviert wurde und sich demgemäss in einem schlechten Zustand befand. Der Konkursverwalter erklärt sich den für die damaligen Verhältnisse deutlichen Anstieg im Verkaufspreis von Fr. 380'000.- mit einer entsprechenden Nutzung, die eine höhere Rendite ermöglichte. Es sei zwar nur eine Vermutung, dass die Liegenschaft unter dem Eigentümer F, der sie wiederum im Jahr 1975 vom Ehepaar H erwarb, sexgewerblich umgenutzt wurde. Diese Vermutung stehe aufgrund der involvierten Personen aber auf "guten Füßen". Zuzufolge der Einschätzung des Zeugen war F ein bekannter Immobilienhändler beziehungsweise Spekulant und G sei eine "absolute Milieufigur" gewesen. So sei beispielsweise die Nachbarliegenschaft an der C-Strasse 03, die ebenfalls G gehörte, nachweislich sexgewerblich genutzt worden. Der Vorbesitzer, welcher die Liegenschaft aus der Konkursmasse von G im Jahr 1993 erwarb, bestätigte zudem mit Schreiben vom 3. September 2014, dass die Liegenschaft bereits früher sexgewerblich genutzt worden sei.

##### **E. 4.2.2**

Die Nutzung der streitbetroffenen Liegenschaft vor 1994 liegt mittlerweile über zwanzig Jahre zurück. Dieser Umstand kann nicht ohne Folgen auf das im vorliegenden Fall anzusetzende Beweismass sein. Die Vorinstanz ging davon aus, dass die sexgewerbliche Nutzung vor 1994 im Sinn eines Regelbeweismasses der vollen Überzeugung anhand von Urkunden oder durch anderweitige verlässliche Beweismittel durch den Grundeigentümer zu belegen sei. Es ist indes typisch für die ersitzungsähnliche Natur der behördlichen Verwirkungsfrist, dass in aller Regel keine amtlichen Urkunden vorhanden sind, welche über die illegale Nutzungsänderung Auskunft zu geben vermöchten. Die Erbringung eines strikten Beweises ist bei dieser Ausgangslage dem Grundeigentümer kaum möglich und nicht zumutbar (vergleichbar VGr, 27. März 2015, VB.2014.00565, E. 5.3). Es erschiene angesichts der Fülle der vorhandenen Indizien, die für eine vor das Jahr 1994 zurückreichende sexgewerbliche Nutzung sprechen, nachgerade willkürlich, wenn diese Indizien bei der Beweiswürdigung vollkommen ausser Acht gelassen würden (siehe dazu Plüss, § 7 N. 25 ff., insb. N. 28). Im vorliegend zu beurteilenden Einzelfall ist aufgrund der Akten und nach der allgemeinen Lebenserfahrung davon auszugehen, dass die streitbetroffene Liegenschaft in den späten 70er- oder den frühen 80er-Jahren vom damaligen Eigentümer F sexgewerblich umgenutzt wurde, um die Rendite dieser in schlechtem baulichen Zustand befindlichen Liegenschaft aufgrund ihrer günstigen geografischen Lage zu maximieren. Auch die darauf folgende Nutzung ist aufgrund der vorliegend erhobenen Beweise als sexgewerblich zu qualifizieren. Somit erübrigen sich weitergehende Sachverhaltsabklärungen, da nicht zu erwarten ist, dass diese ein anderes Bild ergäben.

#### **E. 4.2.3**

Der Zeitpunkt des behördlichen Einschreitens ist mit dem Bauentscheid der Bausektion des Stadtrats auf den 31. August 2011 zu datieren. Die 30-jährige behördliche Verwirkungsfrist, deren Einhaltung der Bausektion der Stadt Zürich die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erlauben würde, begann demzufolge im Jahr 1981 zu laufen. Für diesen Zeitraum ist, wie vorgängig ausgeführt, davon auszugehen, dass die streitbetroffene Liegenschaft bereits sexgewerblich genutzt wurde. Die Baubehörde hätte die Möglichkeit gehabt, bereits vor dem Jahr 1981 oder jedenfalls danach einzuschreiten und damit eine zonenkonforme Nutzung der Liegenschaft gegenüber dem Grundeigentümer durchzusetzen (vgl. BGr, 9. Mai 1979, publiziert in ZBl 1980 S. 72 E. 3b). Ob die Baubehörde während dieser Zeit Kenntnis von der Art und Weise der Liegenschaftsnutzung hatte, kann offenbleiben, da sie bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt und angesichts des notorischen Milieucharakters des Quartiers von den Vorgängen hätte Kenntnis haben müssen und sich dieses Wissen folglich anrechnen lassen muss (BGE 107 Ia 121 E. 1c; VGr, 25. April 2012, VB.2011.00732, E. 5.2). Ein Einschreiten nach mehr als 30 Jahren lässt sich mit dem Gebot zum Handeln nach Treu und Glauben nicht vereinbaren (vgl. Art. 5 Abs. 3 BV). Unter diesen Umständen ist nicht ausschlaggebend, dass sich der Beschwerdeführer vorliegend nicht auf Gutgläubigkeit berufen kann (vgl. vorn E. 2 und 3).

#### **E. 4.2.4**

Trotz Ablauf der behördlichen Verwirkungsfrist ist der rechtmässige Zustand nur wiederherzustellen, sofern in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips gewichtige öffentliche Interessen, im Besonderen solche der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, das Interesse des Grundeigentümers an der Beibehaltung des zonenwidrigen Zustands mit Blick auf die in Art. 26 BV niedergelegte Eigentumsgarantie überwiegen (BGE 136 II 359, E. 9).

So ist das öffentliche Interesse, in Wohnzonen keine sexgewerblichen Einrichtungen zuzulassen, grundsätzlich erheblich (BGr, 18. Juli 2012, 1C\_83/2012, E. 3.4). Mit der auf den 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Prostitutionsgewerbeverordnung der Stadt Zürich erfordert der Betrieb eines Sexateliers nicht nur eine entsprechende Nutzungsbewilligung, sondern gestützt auf Art. 11 auch eine Betriebsbewilligung. Überdies sieht die Strategie des Stadtrats vor, sexgewerbliche Betriebe in periphere Quartiere mit geringem Wohnanteil zu verlagern, um in zentrumsnahen Quartieren dringend benötigten Wohnraum im Sinn eines sozioökonomischen Strukturwandels zur Verfügung stellen zu können. Im vorliegenden Fall ist allerdings der notorische Milieucharakter des Quartiers, in welchem sich die streitbetroffenen Liegenschaft befindet, von massgeblicher Bedeutung. Der Ruf des Quartiers wird durch die sexgewerbliche Nutzung der streitbetroffenen Liegenschaft angesichts zahlreicher in der Umgebung befindlichen Etablissements nicht negativ beeinflusst. Ebenso ist deren sexgewerbliche Nutzung augenfällig und den Anwohnern bekannt. Dies führt dazu, dass das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands dasjenige des privaten Grundeigentümers an der Beibehaltung der sexgewerblichen Nutzung im vorliegend zu beurteilenden Einzelfall nicht zu überwiegen vermag. Es sind auch sonst keine besonders gewichtigen Interessen (etwa eine Gefahr für die Sicherheit der Bewohner oder der Passanten) erkennbar, aus denen sich eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands aufdrängen würde.

#### **E. 5**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid des Baurekursgerichts vom 11. April 2014 sowie der Bauentscheid des Stadtrats vom 31. August 2011 aufzuheben. Die Bausektion der Stadt Zürich ist infolge Verwirkung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands dazu einzuladen, dem Beschwerdeführer eine nachträgliche Baubewilligung für die sexgewerbliche Nutzung der vier Obergeschosse und des Dachgeschosses der Liegenschaft C-Strasse 01 zu erteilen.

#### **E. 6**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig. Sie hat die Gerichtskosten, ebenso wie die Kosten des Rekursverfahrens, vollumfänglich zu tragen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Zudem hat sie dem obsiegenden Beschwerdeführer angesichts des durch die Prozessführung verursachten erheblichen Aufwands, der eine anwaltliche Vertretung erforderlich machte, eine Parteientschädigung für das Rekurs- und Beschwerdeverfahren im Umfang von insgesamt Fr. 4'500.- zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG, vgl. Plüss, § 17 N. 47 ff.).

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