

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00767 vom 16. Juni 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-06-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2015.00767](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00767)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00767 du 16 juin 2016

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00767 del 16 giugno 2016

## Regeste

Baubewilligung | Nachträgliche Baubewilligung für sexgewerbliche Umnutzung. Eine nicht bewilligte sexgewerbliche Nutzung einer Liegenschaft ist rechtswidrig. Die Umnutzung kann allenfalls gemäss dem Recht, welches zum Zeitpunkt der Umnutzung massgebend war, nachträglich bewilligt werden (E. 1.1). Eine nachträgliche Bewilligung ist vorliegend nicht zulässig, da es bereits im Zeitpunkt der Umnutzung an der Bewilligungsfähigkeit fehlte (E. 1.3). Die behördliche Befugnis, vom Grundeigentümer die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verlangen, ist grundsätzlich auf 30 Jahre beschränkt (E. 2.1). Ausgangspunkt dieser Prüfung bilden die beiden Fragen, ab welchem Zeitpunkt von einer sexgewerblichen Nutzung der Streitliegenschaft auszugehen und auf wann das behördliche Einschreiten zu datieren ist. Massgebend für Letzteres ist grundsätzlich der Erlass des Bauentscheids (E. 2.2). Die Behörden haben unter entsprechender Mitwirkung der betroffenen Grundeigentümer zu prüfen, wie weit der ersitzungsähnliche Vertrauenstatbestand infolge Zeitablaufs sowohl bezogen auf die Art und Weise der Nutzung als auch hinsichtlich des konkreten räumlichen Ausmasses der sexgewerblichen Nutzung im jeweiligen Einzelfall reicht. Zwar gilt die rechtserhebliche Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen, indes obliegt den Parteien eine erhöhte Mitwirkungspflicht, indem sie substantiiert darzulegen haben, aus welchen Gründen welche Zeugen geeignet sind, relevante Angaben zum Beweisthema machen zu können (E. 2.1 und 2.4). Bezogen auf das 1. Obergeschoss und die beiden Dachgeschosse der vorliegenden Liegenschaft ist die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verlangen, da sich die Beschwerdeführenden nicht erfolgreich auf den Vertrauensschutz berufen können. Bezüglich des 2. und 3. Obergeschosses ist eine Ergänzung des Sachverhalts und ein Neuentscheid durch die Vorinstanz notwendig (E. 2.4.1 ff.). Teilweise Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 1

A,

### E. 1.1

Die Beschwerdeführenden sind Eigentümer der streitbetroffenen Liegenschaft und verlangen zur Hauptsache die Erteilung einer nachträglichen Baubewilligung für die sexgewerbliche Nutzung der drei Obergeschosse sowie der beiden Dachgeschosse der Liegenschaft an der E-Strasse 01. Da die Beschwerdeführenden über keine Bewilligung für den Betrieb eines Sexsalons verfügen, ist die derzeitige sexgewerbliche Nutzung der Streitliegenschaft als rechtswidrig zu qualifizieren. Nach der bundesgerichtlichen

Rechtsprechung sind Bauten, die ohne Bewilligung genutzt oder errichtet wurden, grundsätzlich ihrer ursprünglichen Nutzung zuzuführen oder zu beseitigen. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands kann jedoch unterbleiben, wenn die Baute materiell nicht baurechtswidrig ist und nachträglich bewilligt werden kann. Bei der Prüfung der Frage, ob eine baurechtliche Bewilligung bei rechtzeitiger Einreichung des Gesuchs hätte erteilt werden können, ist grundsätzlich auf den Rechtszustand abzustellen, der im Zeitpunkt der Errichtung einer Baute bzw. der Umnutzung galt (vgl. BGr, 5. Mai 2003, 1P.771/2001 und 1P.773/2001, E. 7; 18. Juli 2012, 1C\_83/2012, E. 2.1; VGr, 12. März 2008, VB.2007.00459, E. 4 mit Literatur- und Rechtsprechungshinweisen; Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 482).

### **E. 1.2**

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). Die Beschwerdeführenden machen demgegenüber geltend, noch bis Juni 1996 wäre bezüglich des 1. Obergeschosses eine Bewilligung erteilt worden; bis zu diesem Zeitpunkt sei noch die Bau- und Zonenordnung 1963 (BauO 1963) zur Anwendung gelangt, die lediglich einen Wohnanteil von 50 % vorgesehen habe.

### **E. 1.3**

Das Verwaltungsgericht hat sich schon 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 hierzu VGr, 10. Juni 2015, VB.2014.00319, E. 3; 12. März 2008, VB.2007.00459, E. 4.2–4.3; ferner 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 ebenso für den vorliegenden Fall zu gelten. Dass die Wohnzone B laut der BauO 1963 lediglich einen Wohnanteil von 50 % vorsah, ändert daran nichts: Das Grundstück an der E-Strasse 01 wurde gemäss der am 23. Oktober 1991 vom Gemeinderat beschlossenen und vom Stimmvolk am 17. Mai 1992 angenommenen Bau- und Zonenordnung der Kernzone zugewiesen und mit einer Wohnanteilsverpflichtung von 60 % belegt (BZO 1992). Die BZO 1992 wurde für diejenigen Gebiete, die von der aufsichtsrechtlich durch die Baudirektion festgesetzten Bau- und Zonenordnung der Stadt Zürich (BZO-BD 1995) nicht erfasst wurden, gestützt auf § 234 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (PBG) vorangewandt. Es lässt sich demnach in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Vorinstanzen festhalten, dass die Umnutzung auch des 1. Obergeschosses der Streitliegenschaft als sexgewerbliches Atelier im Jahr 1995 (vgl. dazu hinten E. 2.4.1) nicht (mehr) bewilligungsfähig war. Die Praxis betreffend sexgewerbliche Salons wurde in der Folge ins geschriebene Recht überführt und gilt gemäss Art. 24c Abs. 3 der Bau- und Zonenordnung vom 23. Oktober 1991 der Stadt Zürich (BZO) auch nach heutigem Recht. Demnach ist die seinerzeitige Bewilligungsfähigkeit der Nutzungsänderung auch für das 1. Obergeschoss zu verneinen. 2. Sodann ist in Anlehnung an einen ersitzungsähnlichen Vertrauenstatbestand umstritten, ob die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands wegen eines verspäteten Einschreitens der Behörden infolge langandauernden Zeitablaufs verwirkt wurde.

## **E. 2**

B,

### **E. 2.1**

Nach der massgeblichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die behördliche Befugnis, vom Grundeigentümer die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verlangen, grundsätzlich auf 30 Jahre beschränkt, sofern der Erteilung einer nachträglichen Baubewilligung keine gewichtigen Interessen entgegenstehen (vgl. eingehend VGr, 10. Juni 2015, VB.2014.00319, E. 4 mit zahlreichen Literatur- und Rechtsprechungshinweisen). Im Rahmen dieser Prüfung ist festzustellen, ob grundsätzlich von einer über 30 Jahre dauernden sexgewerblichen Nutzung ausgegangen werden kann, und, falls ja, in welchem Ausmass der strittige Sexsalon in der Vergangenheit betrieben wurde und gegenwärtig betrieben wird. Die Behörden haben unter entsprechender Mitwirkung der betroffenen Grundeigentümer zu prüfen, wie weit der ersitzungsähnliche Vertrauenstatbestand infolge Zeitablaufs sowohl bezogen auf die Art und Weise der Nutzung als auch hinsichtlich des konkreten räumlichen Ausmasses der sexgewerblichen Nutzung im jeweiligen Einzelfall reicht.

### **E. 2.2**

Ausgangspunkt dieser Prüfung bilden die beiden Fragen, ab welchem Zeitpunkt von einer sexgewerblichen Nutzung der Streitliegenschaft auszugehen und auf wann das behördliche Einschreiten zu datieren ist. Massgebend für Letzteres ist grundsätzlich der Erlass des Bauentscheids (vgl. VGr, 10. Juni 2015, VB.2014.00319, E. 4.2.3), welcher vorliegend auf den 8. April 2015 zu datieren ist. Nachzuweisen wäre demnach eine mindestens ins das Jahr 1985 zurückreichende, ununterbrochene sexgewerbliche Nutzung der Streitliegenschaft (siehe zur Voraussetzung des ununterbrochenen Ersitzungsbesitzes Art. 662 des Zivilgesetzbuchs; ferner Lorenz Strebel/Hermann Laim in: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 5. Aufl., Zürich etc. 2015, Art. 662 N. 8). Die sich stellenden Fragen konzentrieren sich im Nachfolgenden auf beweisrechtliche Aspekte .

### **E. 2.3**

Nach Ansicht der Beschwerdeführenden wurde die Streitliegenschaft bereits 1983 als Freudenhaus erworben und seit mehreren Jahrzehnten als solches genutzt. So seien im Jahr 1983 fünf von 15 Appartements im 1. bis 3. Obergeschoss zur sexgewerblichen Nutzung vermietet gewesen, ab 1985 alle ausser drei und ab 1986 hätten sämtliche 15 Appartements sexgewerblichen Zwecken gedient. Als Beweis hierfür offerieren die Beschwerdeführenden eine Erklärung von G, der seit 1985 als Wirt an der benachbarten E-Strasse 02 tätig ist. Gemäss seinem Schreiben vom 9. November 2015 könne dieser bestätigen, dass "die Liegenschaft E-Strasse 01, die sich direkt vis à vis von unserem Lokal befindet, schon in dieser Zeit sexgewerblich genutzt wurde". Ebenso beantragen sie dessen Einvernahme als Zeugen. Weiter beantragen die Beschwerdeführenden die Zeugeneinvernahme von Peter Vogel, der seit 1981 das unmittelbar in der Nachbarschaft befindliche Hotel "F" betreibt. Überdies nennen sie weitere mögliche Zeugen, ohne aber deren genauen Beweiswert auch nur annähernd zu spezifizieren.

### **E. 2.4**

Das Verwaltungsgericht ermittelt den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen und würdigt die Beweise frei (§ 7 Abs. 1 und 4 VRG). Dies entbindet die Parteien indes nicht

von ihrer Mitwirkungspflicht bei der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, insbesondere dann, wenn sie mit ihrer Eingabe ein Begehren im Sinn von § 7 Abs. 2 lit. a VRG gestellt haben, aus dem sie Vorteile abzuleiten versuchen. Im Rechtsmittelverfahren besteht – nicht zuletzt mit Blick auf die Verfahrensökonomie – eine erhöhte Mitwirkungspflicht, indem die Parteien substantiiert darzulegen haben, aus welchen Gründen welche Zeugen als geeignet erscheinen, relevante Angaben zum Beweisthema machen zu können; ansonsten kann sich deren Einvernahme erübrigen (vgl. zum Ganzen Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014, § 7 N. 49, 59 und 94 ff.). Bei der Feststellung des Sachverhalts und der Einvernahmen von Zeugen darf die mit den Sachverhaltsabklärungen befasste Verwaltungsbehörde beispielsweise auch darauf abstellen, dass es sich beim Einvernommenen um eine Amtsperson – etwa einen Notar – handelt, von dem ein besonders hoher und verlässlicher Erkenntnisgewinn für den Verfahrensausgang zu erwarten ist (VGr, 10. Juni 2015, VB.2014.00319, E. 4.2.1).

#### **E. 2.4.1**

Die Vorinstanz zeigte auf, dass das 1. Obergeschoss von 1989 bis 1995 durch die X genutzt wurde und gelangte deswegen zum Schluss, das Recht der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands für dieses Stockwerk sei nicht verwirkt. Ob davor oder danach eine sexgewerbliche Nutzung im 1. Obergeschoss stattfand, ist angesichts dessen unerheblich. Die Vorinstanz ging bei dieser klaren Sachlage zu Recht davon aus, dass der rechtmässige Zustand im 1. Obergeschoss wiederherzustellen sei.

#### **E. 2.4.2**

Ähnliches gilt in Bezug auf die Nutzung der beiden Dachgeschosse, für welche der Umbau samt Estrich sowie der Einbau einer 3-Zimmer-Wohnung mit Galerie genehmigt wurde, in welcher die Beschwerdeführenden 1990 nach eigenen Angaben wohnten. Die geltend gemachte Nutzung muss analog zur zivilrechtlichen Ersitzung, wie bereits erwähnt, ununterbrochen erfolgt sein, was vorliegend nicht der Fall ist. Die Vorinstanz ordnete bei dieser Sachlage korrekterweise die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands an.

#### **E. 2.4.3**

Komplexer erweisen sich hingegen die Verhältnisse im 2. und 3. Obergeschoss, für die gemäss dem angefochtenen Entscheid vor dem Jahr 2003 keine gesicherten Erkenntnisse bestehen. Das Baurekursgericht führte hierzu aus, dass bis 1988 für die Zimmer höchstens Fr. 550.- pro Monat verrechnet wurden und erst danach unter fast vollständigem Wechsel der Mieterschaft der monatliche Mietzins für diese Räume innert vier Jahren im Durchschnitt auf Fr. 1'220.- anstieg, was auf eine sexgewerbliche Nutzung ab diesem Zeitpunkt hindeute. Es verzichtete auf weitere Beweisabnahmen. Kaufpreisschwankungen oder Mietzinsänderungen können als Hinweise auf eine allfällige sexgewerbliche Nutzung dienen (VGr, 10. Juni 2015, VB.2014.00319, E. 4.2.1). Die Ausführungen des Baurekursgerichts sind soweit denn auch nachvollziehbar, es stellt sich aber die Frage, ob mit Blick auf das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden der rechtserhebliche Sachverhalt durch die Vorinstanzen ausreichend abgeklärt wurde. Die Beschwerdeführenden offerierten den Vorinstanzen und dem Verwaltungsgericht weitere Beweismittel – so etwa die Erklärung von G – die vielleicht sachdienliche Hinweise auf eine sexgewerbliche Nutzung der Streitliegenschaft für den relevanten Beurteilungszeitraum liefern könnten. Ebenso könnte womöglich eine geeignete Person der

X, welche von 1989 bis 1995 Mieterin des 1. Obergeschosses der Streitliegenschaft war, hilfreiche Hinweise über die Nutzung des 2. und 3. Obergeschosses für diesen Zeitraum liefern. Das Baurekursgericht ging in Bezug auf diese beiden Stockwerke angesichts der unklaren Verhältnisse in Kombination mit den offerierten Beweisen zu Unrecht von einer zulässigen antizipierten Beweiswürdigung aus und verletzte damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden und sowie die Begründungspflicht. Dementsprechend hat die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts in Bezug auf das 2. und 3. Obergeschoss unter entsprechender Mitwirkung der Parteien in einem zweiten Rechtsgang zu erfolgen.

### **E. 3**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, der Entscheid der Vorinstanz vom 6. November 2015 in Bezug auf das 2. und 3. Obergeschoss aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts sowie zum Neuentscheid im Sinn der Erwägungen an dieselbe zurückzuweisen (vgl. § 64 Abs. 1 VRG). Bezüglich des 1. Obergeschosses und der beiden Dachgeschosse ist die Beschwerde hingegen abzuweisen.

### **E. 4**

Bei diesem Verfahrensausgang ist von einem rund hälftigen Obsiegen der Beschwerdeführenden auszugehen. Folglich sind die Kosten den Beschwerdeführenden 1 bis 3 je zu einem Sechstel unter solidarischer Haftung für die Hälfte der Kosten und der Beschwerdegegnerin zur Hälfte aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 und § 14 VRG). Angesichts des hälftigen Unterliegens beziehungsweise Obsiegens werden keine Parteientschädigungen zugesprochen (§ 17 Abs. 2 VRG).

### **E. 5**

Mit dem vorliegenden Urteil erfolgt teilweise eine Rückweisung an die Vorinstanz. Hinsichtlich der Rechtsmittelbelehrung ist deshalb darauf hinzuweisen, dass Rückweisungsentscheide grundsätzlich als Zwischenentscheide qualifiziert werden und nur unter den in Art. 93 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) genannten Voraussetzungen selbständig anfechtbar sind.

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