

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00804 vom 16. Juni 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-06-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00804

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00804 du 16 juin 2016

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00804 del 16 giugno 2016

Regeste

Baubewilligung (Wiederaufnahme von VB.2016.00020) | Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands, Verwirkungsfrist bei offenen Mängeln, guter Glaube. Das Baurekursgericht hat die Begründungspflicht nicht verletzt (E. 4). Die behördliche Befugnis, vom Grundeigentümer die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verlangen, verwirkt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nach 30 Jahren. Von einer kürzeren Verwirkungsfrist ist demgegenüber auszugehen, wenn der rechtswidrige Zustand den Behörden bekannt war und jahrelang geduldet wurde. Eine kürzere Verwirkungsfrist kann sich sodann aus dem Vertrauensschutz ergeben, wobei sich darauf nur berufen kann, wer in gutem Glauben gehandelt hat (E. 5.1). Die Praxis der Stadt Zürich, bei offenen Mängeln nach Ablauf von 20 Jahren unabhängig vom guten Glauben der betroffenen Person von der Verwirkung des Wiederherstellungsanspruchs auszugehen, ist nicht rechtswidrig (E. 5.4). Der streitgegenständliche sexgewerbliche Betrieb war der Stadt Zürich seit mehr als 20 Jahren bekannt (E. 5.5). Baupolizeiliche Gründe, welche die Wiederherstellung trotz Ablauf der Verwirkungsfrist geboten erscheinen liessen, sind hier nicht ersichtlich (E. 5.6). Hier waren die private Beschwerdegegnerin und ihre Rechtsvorgängerin bezüglich der Rechtmässigkeit des sexgewerblichen Betriebs in gutem Glauben (E. 6). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Das Verfahren VB.2016.00020 ist im Sinn der bundesgerichtlichen Anordnung als Geschäft VB.2016.00804 teilweise wiederaufzunehmen.

E. 2

Es ist vorzumerken, dass die Beschwerdeführenden K und L sich zufolge Verkaufs ihrer Liegenschaft mit Einverständnis der übrigen Beschwerdeführenden vom Beschwerdeverfahren zurückgezogen haben. Das Urteilsrubrum ist entsprechend anzupassen.

E. 3

Das Bundesgericht kam zum Schluss, das Verwaltungsgericht hätte prüfen müssen, ob der Anspruch der Stadt Zürich auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Zeitpunkt der Ausgangsverfügung verwirkt gewesen sei (E. 2). Hingegen wies es die Beschwerde insofern ab, als die Beschwerdeführenden gerügt hatten, das Verwaltungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass eine erhebliche Intensivierung der sexgewerblichen Nutzung nicht hinreichend dargetan worden sei (E. 3). Letzteres ist damit bereits rechtskräftig entschieden, weshalb darauf nicht mehr zurückzukommen ist.

E. 4

Die Beschwerdeführenden rügen eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil die Vorinstanz auf das Argument, das Verwaltungsgericht habe schon länger eine vom Bundesgerichtsentscheid 1P.768/2000 abweichende Praxis etabliert, nicht eingegangen sei. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (SR 101) fliesst unter anderem ein Recht der Betroffenen, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern und ihren Standpunkt zu allen relevanten Fragen wirksam zur Geltung zu bringen. Ebenso müssen die (Rechtsmittel-)Behörden die Vorbringen der Parteien entgegennehmen, prüfen und in ihrer Entscheidung berücksichtigen (Bernhard Waldmann, Basler Kommentar, 2015, Art. 29 BV N. 45 mit Hinweisen; BGE 127 I 54 E. 2b, 124 I 241 E. 2). Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 229 E. 5.2 mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat sich mit dem Vorbringen der Beschwerdeführenden in Erwägung 4.2.2 auseinandergesetzt und kam zum Schluss, es lasse sich nicht ohne Weiteres überprüfen, ob das Verwaltungsgericht tatsächlich seit dem Urteil VB.2000.00208 vom 29. September 2000 nie mehr auf eine Verwirkungsfrist von weniger als 30 Jahren abgestellt habe. Dies könne jedoch offenbleiben, weil das Verwaltungsgericht seine Rechtsprechung bis anhin nicht umgestossen habe. Damit ist die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht hinreichend nachgekommen; den Beschwerdeführenden war es denn auch ohne Weiteres möglich, den Rekursentscheid in diesem Punkt beim Verwaltungsgericht anzufechten. Weil die Vorbringen der Beschwerdeführenden sodann eine Rechtsfrage betreffen, welche das Verwaltungsgericht mit gleicher Kognition wie die Vorinstanz prüfen kann, wäre eine allfällige Gehörsverletzung im Übrigen mit dem vorliegenden Entscheid geheilt.

E. 5.1

Die Bausektion hat der privaten Beschwerdegegnerin die nachträgliche baurechtliche Bewilligung für ihren sexgewerblichen Betrieb verweigert; dieser Entscheid wurde nicht angefochten. Streitgegenstand bildet damit nur noch die Frage, ob die Bausektion die private Beschwerdegegnerin auch zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands hätte verpflichten müssen. 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 (eingehend hierzu VGr, 10. Juni 2015, VB.2014.00319, E. 4 mit zahlreichen Literatur- und Rechtsprechungshinweisen). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts kommt diese Frist indes nur zur Anwendung, wenn der rechtswidrige Zustand den Behörden nicht bekannt war und auch bei gehöriger Sorgfalt nicht hätte bekannt sein müssen. War der rechtswidrige Zustand den Behörden demgegenüber bekannt und wurde er jahrelang geduldet, ist von einer kürzeren Verwirkungsfrist auszugehen (VGr, 29. September 2000, VB.2000.00208, E. 4c [nicht unter www.vgrzh.ch]). In Bestätigung dieses Urteils führte das Bundesgericht

aus, es liege grundsätzlich in der Kompetenz der Kantone, die materiellen und formellen Voraussetzungen für die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu regeln. Deshalb sei es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Verwaltungsgericht bei einem offen zutage tretenden Mangel beziehungsweise einem für die Baubehörden bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt erkennbaren baurechtswidrigen Zustand eine kürzere Verwirkungsfrist annehme (BGr, 19. September 2001, 1P.768/2000, E. 5). Solche kürzeren Verwirkungsfristen können sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sodann auch aus Gründen des Vertrauensschutzes ergeben; darauf kann sich indes nur berufen, wer selber in gutem Glauben gehandelt hat (BGE 136 II 359 E. 7.1, 132 II 21 E. 6).

E. 5.2

Die Bausektion führte im Rekursverfahren aus, sie habe als Folge der vorstehend dargestellten Rechtsprechung die Praxis eingeführt, dass der Wiederherstellungsanspruch als verwirkt zu betrachten sei, wenn ein sexgewerblicher Betrieb seit mindestens 20 Jahren bestehe und von den städtischen Behörden geduldet worden sei. Sie belegte diese Praxis im Rekursverfahren mit 13 Bauentscheiden aus den Jahren 2003 bis 2014, in welchen auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands verzichtet wurde, weil die Behörden der Stadt Zürich seit mehr als 20 Jahren Kenntnis von der sexgewerblichen Nutzung hatten. Angesichts der Anzahl der eingereichten Bauentscheide sowie des abgedeckten Zeitraums hat die Bausektion ihre Praxis hinreichend dargetan, weshalb die Vorinstanz auf den Beizug weiterer Bauentscheide verzichten konnte, ohne den Anspruch der Beschwerdeführenden auf rechtliches Gehör zu verletzen.

E. 5.3

Die Beschwerdeführenden machen in diesem Zusammenhang geltend, das Verwaltungsgericht habe nach seinem Urteil vom 29. September 2000 stets auf eine Verwirkungsfrist von 30 Jahren abgestellt, weshalb das gegenteilige Urteil überholt erscheine. Dem lässt sich nicht folgen. Die Beschwerdeführenden verkennen, dass danach zu differenzieren ist, ob und gegebenenfalls wie lange ein rechtswidriger Zustand den Behörden bereits bekannt war. Die Verwirkungsfrist von 30 Jahren gilt in jenen Fällen, in welchen es sich um einen versteckten Mangel handelte, wohingegen eine kürzere Verwirkungsfrist zum Tragen kommt, wenn die Behörden trotz Kenntnis des Mangels während langer Zeit nicht einschritten. Die von den Beschwerdeführenden zitierten Verwaltungsgerichtsentscheide befassten sich immer nur mit derjenigen Konstellation, in der die sexgewerbliche Nutzung den Behörden noch nicht derart lange bekannt war, dass sich allein deswegen eine Verwirkung des Wiederherstellungsanspruchs hätte ergeben können. Mithin war in diesen Fällen nur zu prüfen, ob die für versteckte Mängel geltende Verwirkungsfrist von 30 Jahren zum Tragen komme. Darin ist indes keine Abkehr von der Rechtsprechung zu erblicken, dass bei offen zutage tretenden Mängeln eine kürzere Verwirkungsfrist zur Anwendung kommt.

E. 5.4

Die vorliegende Streitigkeit betrifft die Frage, ob die Bausektion ihr Recht durch Zeitablauf verwirkt habe, zur Durchsetzung von Art. 24c Abs. 3 der Bauordnung der Stadt Zürich vom 23. Oktober 1991 (AS 700.100) die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zu verlangen. Es geht mithin um die Durchsetzung einer Vorschrift des kommunalen Baurechts. Weder das Bundesrecht noch das kantonale Recht bestimmen eine Frist, innert welcher bei offen zutage tretenden Mängeln das Recht auf Wiederherstellung verwirkt

(anders etwa Art. 46 Abs. 3 des Baugesetzes des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, wonach der Wiederherstellungsanspruch fünf Jahre nach Kenntnisnahme der Rechtswidrigkeit verwirkt). Es ist der Stadt Zürich deshalb unbenommen – und mit Blick auf die Rechtssicherheit und das Rechtsgleichheitsgebot im Übrigen auch geboten – bei offenen Mängeln nach Ablauf einer einheitlichen Frist praxisgemäss von einer Verwirkung des Wiederherstellungsanspruchs auszugehen. Die von der Bausektion angewandte Verwirkungsfrist von 20 Jahren ist sodann genügend lang, um der Durchsetzung des Wiederherstellungsanspruchs im Regelfall zum Durchbruch zu verhelfen und darauf nur in jenen Einzelfällen zu verzichten, in welchen die Behörde trotz Kenntnis des baurechtswidrigen Zustands während sehr langer Zeit untätig blieb. Damit liegt auch kein Verstoss gegen § 341 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 (LS 700.1) vor, wonach die zuständige Behörde grundsätzlich verpflichtet ist, den rechtmässigen Zustand herbeizuführen.

E. 5.5

Die Beschwerdeführenden bestreiten sodann, dass im Zeitpunkt der Ausgangsverfügung schon seit mehr als 20 Jahren ein den städtischen Behörden bekannter sexgewerblicher Betrieb bestand. In den Akten befindet sich ein Mietvertrag mit Mietbeginn am 16. April 1993, der eine Vereinbarung betreffend Untermiete enthält, die mit dem handschriftlichen Vermerk "EROTIK ERLAUBT" ergänzt wurde. Gestützt auf diesen Mietvertrag ist davon auszugehen, dass die streitgegenständliche Wohnung jedenfalls ab April 1993 für einen sexgewerblichen Betrieb genutzt wurde. Die Beschwerdeführenden wenden ein, der handschriftliche Vermerk könne "problemlos zu einem späteren Zeitpunkt eingefügt worden sein". Sie legen indes keine Umstände dar, welche einen solchen Verdacht begründet erscheinen liessen. Dies ist sodann auch wenig wahrscheinlich, da der Name der Untermieterin und der handschriftliche Vermerk die gleiche Handschrift aufweisen und betreffend vorgesehene Tätigkeit zudem auf "Solarium/Heilmassagen" hingewiesen wird, was bekanntermassen als versteckter Hinweis auf erotische Angebote zu verstehen ist (vgl. etwa VGr, 14. Februar 2007, VB.2006.00488, E. 2.2 f.). Weiter machen die Beschwerdeführenden geltend, die Behörden der Stadt Zürich hätten erst im Jahr 1998 Kenntnis vom sexgewerblichen Betrieb erlangt, weshalb die Frist von 20 Jahren noch nicht abgelaufen sei. Einem Bericht der Stadtpolizei Zürich vom 24. August 2011 lässt sich in diesem Zusammenhang entnehmen, dass in der besagten Liegenschaft seit dem 25. November 1998 ein Massagesalon betrieben werde. In der Ausgangsverfügung führte die Bausektion ergänzend aus, die jeweiligen Betreiber hätten über Jahre "im einschlägigen Branchenorgan" inseriert und die sexgewerbliche Nutzung habe nicht im Verborgenen stattgefunden. Es müsse deshalb davon ausgegangen werden, dass die damalige Sittenpolizei bereits im Jahr 1993 von der sexgewerblichen Nutzung Kenntnis gehabt habe. Diese Überlegungen erscheinen zutreffend. Es darf davon ausgegangen werden, dass der sexgewerbliche Betrieb für sich werben musste und die Sittenpolizei die einschlägigen Werbeorgane ebenfalls konsultierte, um die ihr obliegenden Kontrollen vorzunehmen. Der Schluss von Bausektion und Vorinstanz, dass die Behörden der Stadt Zürich bereits im Jahr 1993 Kenntnis vom sexgewerblichen Betrieb hatten oder jedenfalls hätten haben müssen, ist deshalb nicht zu beanstanden. Damit duldeten die Behörden der Stadt Zürich den rechtswidrigen Zustand während mehr als 20 Jahren, was nach ihrer zulässigen Praxis zur Verwirkung des Wiederherstellungsanspruchs führt.

E. 5.6

Ist eine Wiederherstellung aus baupolizeilichen Gründen im engeren Sinn geboten, verwirkt der Wiederherstellungsanspruch der Behörden auch bei langer Untätigkeit nicht. Dies setzt indes eine konkrete, das heisst ernsthafte und unmittelbare Gefahr für Leib und Leben der Bewohner oder Passanten voraus (BGE 107 Ia 121 E. 1a; BGr, 30. Mai 2012, 1C_320/2011, E. 5.2). Die Beschwerdeführenden machen in diesem Zusammenhang einzig geltend, es bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse, in Wohnzonen keine sexgewerblichen Einrichtungen zuzulassen, was für das fragliche Gebiet umso mehr gelten müsse, als es sich dabei um ein aufstrebendes Wohnquartier handle, dessen Aufwertung der Stadt ein grosses Anliegen sei. Damit machen die Beschwerdeführenden keine baupolizeilichen Gründe im vorgenannten Sinn geltend. Im Übrigen weist die Vorinstanz zu Recht darauf hin, dass der streitgegenständliche Betrieb nie zu aktenkundigen Beanstandungen geführt hat. Es liegen deshalb auch keine öffentlichen Sicherheits- und Ordnungsinteressen vor, die hier eine Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands trotz Ablauf der Verwirkungsfrist geboten erscheinen liessen.

E. 5.7

Weil hier nicht eine Verkürzung der Verwirkungsfrist aus Gründen des Vertrauensschutzes, sondern die Verwirkung des Wiederherstellungsanspruchs zufolge Ablaufs einer generellen Frist infrage steht, vermag der von den Beschwerdeführenden behauptete böse Glaube der privaten Beschwerdegegnerin am Ergebnis nichts zu ändern (vgl. BGE 136 II 359 E. 7 Ingress; BGr, 19. September 2001, 1P.768/2000, E. 4 f.).

E. 6

Die Beschwerde vermöchte auch dann nicht durchzudringen, wenn die Beschwerdegegnerin bzw. deren Rechtsvorgängerinnen guten Glaubens gewesen sein müssten. Die aus Thailand stammende private Beschwerdegegnerin übernahm den bestehenden Betrieb von der ebenfalls aus Thailand stammenden N, welche ihrerseits den Betrieb im Jahr 2011 ebenfalls von einer Landsfrau übernommen hatte. Ursprünglich war der Betrieb von einer Frau O geführt worden. Allen diesen Betreiberinnen ist gemein, dass sie kaum mit der baurechtlichen Bewilligungspflicht für sexgewerbliche Betriebe vertraut gewesen sein dürften. Sodann war schon gemäss einem Mietvertrag aus dem Jahr 1993 "Erotik" in der streitgegenständlichen Wohnung erlaubt. In späteren Mietverträgen vom 1. Februar 1999, 12. August 2002, 25. August 2010 und 22. Februar 2013 wurde das Mietobjekt als "Erotik-Salon" bezeichnet bzw. eine entsprechende Nutzung erwähnt. Die Betreiberinnen durften damit davon ausgehen, dass eine solche Nutzung in dieser Wohnung zulässig sei. Wie die Bausektion in der Ausgangsverfügung ausführte, fand der Betrieb nicht im Verborgenen statt, sondern wurde dafür regelmässig inseriert, was ebenfalls darauf schliessen lässt, dass die jeweilige Betreiberin von einer zulässigen Nutzung ausging. Trotz regelmässiger polizeilicher Kontrolle ist sodann nicht aktenkundig, dass eine der Betreiberinnen je ausdrücklich darauf hingewiesen worden wäre, dass der Betrieb rechtswidrig sei (in act. ... wird die rechtswidrige Nutzung zwar erwähnt, daraus geht jedoch nicht hervor, dass dies auch der damaligen Betreiberin mitgeteilt worden wäre). Unter diesen Umständen waren die jeweiligen Betreiberinnen und ist auch die private Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Rechtmässigkeit des Betriebs als gutgläubig zu betrachten und kann sie sich grundsätzlich auf den Vertrauensschutz berufen. Die private Beschwerdegegnerin hat sodann ein grosses privates Interesse am streitgegenständlichen Betrieb, da sie damit ihren Lebensunterhalt bestreitet. Die von den Beschwerdeführenden behauptete Nutzungsintensivierung wurde durch das Bundesgericht bereits rechtskräftig

verneint, weshalb darauf nicht mehr einzugehen ist. Im Übrigen machen die Beschwerdeführenden als dem Vertrauensschutz entgegenstehendes öffentliches Interesse einzig den Umstand geltend, dass es sich beim fraglichen Quartier um ein Wohnquartier handelt. Da indes trotz jahrelangem Betrieb keine Beanstandungen aus der Nachbarschaft oder durch die Sittenpolizei aktenkundig sind, genügt allein der Umstand, dass der sexgewerbliche Betrieb in einem Wohnquartier liegt, nicht, um den Anspruch der privaten Beschwerdegegnerin auf Vertrauensschutz zu verneinen.

E. 7.1

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 7.2

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten den Beschwerdeführenden je zu einem Viertel aufzuerlegen unter solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 und § 14 VRG; Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 14 N. 6, 11 und 16). Im gleichen Verhältnis und mit solidarischer Haftung für den Gesamtbetrag sind sie sodann zu verpflichten, der privaten Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 2'000.- zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

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