

BRKE I Nrn. 119 und 120/1996 vom 12. April 1996 in BEZ 1996 Nr. 16

(Aufgehoben mit VB 96/0078 vom 24. Januar 1997, dieser bestätigt mit BGE 1P.191/1997 vom 26. November 1997)

---

7. Die Rekurrenten machen geltend, die Verwendung der nicht vom Wohnanteil erfassten, gewerblich nutzbaren Flächen als (Sex-)Massagesalon sei zu Unrecht verweigert worden.

In ihrer Rekursantwort bringt die Vorinstanz vor, in der Festsetzung von Wohnzonen und der Festlegung eines hohen Wohnanteils - und zwar auch in Gebieten, welche nicht direkt als Wohnzonen ausgeschieden seien - manifestiere sich das öffentliche Interesse an der Wohnnutzung "als solcher" und der Wohnqualität. Gebiete mit einem Mindestwohnflächenanteil von mehr als 50 % seien in Berücksichtigung der besonderen städtischen Verhältnisse als primär der Wohnnutzung dienende Quartiere zu behandeln. Gemäss § 52 PBG seien Wohnzonen in erster Linie für Wohnbauten bestimmt. Sollen in einer Wohnzone andere Nutzungen ausgeübt werden, so müsse nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes (VB 92/0062) aufgrund einer funktionellen Betrachtungsweise geprüft werden, ob diese mit dem Zonenzweck vereinbar seien. In Wohnzonen angesiedelte Betriebe müssten ihrem Wesen nach "in Wohnquartiere passen". Dabei sei es nicht notwendig, dass eine derartige Regelung ausdrücklich in der kommunalen Bau- und Zonenordnung verankert sei. Das Erfordernis der Übereinstimmung mit dem Zonenzweck gelte allgemein und ergebe sich direkt aus dem "Zweck der Wohnzone". § 49 Abs. 1 PBG halte fest, dass die Bau- und Zonenordnung die zulässige bauliche Grundstücksnutzung u. a. durch Bestimmungen über die Nutzweise näher ordnen könne. Der Wohnanteilplan der Stadt Zürich gelte als eine derartige Ordnung. Aus der systematischen Stellung dieser Norm gehe hervor, dass sie nicht nur auf Wohnzonen ausgerichtet sei, sondern auch Kern-, Quartiererhaltungs- und Zentrumszonen erfasse. Aufgrund der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung sei die Zulässigkeit von Betrieben nicht nur in Wohnzonen, sondern auch in Kern-, Quartiererhaltungs- oder Zentrumszonen an ihrer Vereinbarkeit mit der Wohnnutzung zu messen.

Sexmassagesalons seien in aller Regel bis weit in die Nacht bzw. die frühen Morgenstunden hinein geöffnet, zu Zeiten also, in denen die Bevölkerung ein ausgesprochenes Ruhebedürfnis habe. Der Betrieb von Massagesalons sei mit einem erheblichen Störpotential verbunden. Davon betroffen seien einerseits - falls über-

haupt noch vorhanden - die Bewohnerinnen und Bewohner des entsprechenden Gebäudes selber, andererseits aber auch die Nachbarschaft; letztere insbesondere dann, wenn sich mehrere Massagesalons in einem Gebäude "einnisteten". Der Zonen- bzw. Wohnanteilplan verfolge den Zweck, ein gesundes, angenehmes und ungestörtes Wohnen zu gewährleisten. Der Betrieb von Massagesalons habe mit diesem Zweck nicht die geringste Gemeinsamkeit. Vielmehr verletze eine derartige Nutzung den Zonenzweck in krasser Weise und führe längerfristig zur Verdrängung der ansässigen Bevölkerung und zu einer Verslumung des Gebietes. Mit der Liberalisierung des Sexualstrafrechts sei bei den Massagesalons eine Entwicklung eingetreten, welche in bestimmten Stadtkreisen zu unzumutbaren Zuständen führe. Bezüglich der Beeinträchtigung des Zonenzwecks und der Lebensqualität der nicht im Sexgewerbe tätigen Bevölkerung spiele es auch keine Rolle, ob die Betreiberinnen eines Massagesalons die Lokalitäten nur zur Ausübung ihres Gewerbes benutzten und andernorts wohnten, oder ob sie dort sogar ihren eigentlichen Wohnsitz hätten. Die mit dem Betrieb verbundenen Störungen würden dieselben bleiben.

Wenn in Wohnzonen bzw. Gebieten mit hohem Wohnanteil Betriebe sexgewerblicher Art als nicht zonenkonform betrachtet werden und dementsprechend deren Bewilligungsfähigkeit verneint werde, bedeute dies nicht die Durchsetzung eines 100 %-igen Wohnanteils. Eine gewöhnliche (d.h. nicht sex-) gewerbliche Nutzung im Rahmen des gemäss Wohnanteilplan zulässigen Nichtwohnanteils werde keinesfalls unterbunden. Eine gewöhnliche gewerbliche Nutzung werde vorliegend vielmehr anerkannt.

8 a) Mit dem Inkrafttreten des Umweltschutzgesetzes am 1. Januar 1985 haben die kantonalrechtlichen Vorschriften über den Umweltschutz ihre selbständige Bedeutung verloren, soweit sich deren materieller Gehalt mit dem Bundesrecht deckt oder weniger weit geht als dieses. Das kantonale Recht behält seine Gültigkeit nur dort, wo es die bundesrechtlichen Bestimmungen ergänzt oder - soweit erlaubt - verschärft (vgl. BGE 113 Ib 399 mit Hinweisen; BGE 114 Ib 220 Erw. 4a, auch zum Folgenden). Gemäss Art. 65 Abs. 2 USG dürfen die Kantone keine neuen Immissionsgrenzwerte, Alarmwerte oder Planungswerte und keine neuen Bestimmungen über Typenprüfungen und umweltgefährdende Stoffe erlassen. Bestehende kantonale Rechtsnormen gelten lediglich bis zum Inkrafttreten entsprechender Vorschriften des Bundesrates. Dieser hat in der Lärmschutzverordnung (LSV) Immissionsgrenzwerte, Alarmwerte und Planungswerte festgesetzt. Lärmimmissionen sind somit grundsätzlich nach diesen Bestimmungen zu beurteilen. Gemäss Art. 44 LSV haben die Gemeinden den Nutzungszonen im Sinne von Art. 14 ff. RPG Empfindlichkeitsstufen zuzuordnen, welche die Belastungsgrenzwerte umschreiben. Bauvorhaben sind im Einzelfall an diesen Grenzwerten zu messen.

Die kommunalen und kantonalen Vorschriften über die zulässige Nutzweise (Zonenkonformität) haben angesichts des diese Frage abschliessend regelnden Bundesumweltschutzrechts ihren immissionsrechtlichen Gehalt verloren. Die in Art. 43 LSV verwendeten Begriffe der nicht störenden, mässig störenden und stark störenden Betriebe haben nicht mehr den Sinn, die Betriebsarten wie im bisherigen Immissionsrecht des Kantons Zürich zum Zwecke der Beurteilung im Einzelfall abstrakt zu kategorisieren. Vielmehr wollen Sie nur aufzeigen, wie bei der Zuordnung der Empfindlichkeitsstufen vorzugehen ist. Ob mithin ein einzelner Betrieb in einer bestimmten Zone immissionsrechtlich zulässig sei, hängt allein davon ab, ob er die

entsprechenden Belastungsgrenzwerte der jeweiligen Empfindlichkeitsstufe einzuhalten vermag. Enthält die kommunale Bauordnung keine detaillierten Regelungen hinsichtlich von Betrieben, sondern ergibt sich aus den Vorschriften einzig deren grundsätzliche Zulässigkeit, so können Betriebe nicht auf Grund der altrechtlichen Typisierung (zonenbedingte Immissionsvorschriften) untersagt werden; vielmehr haben sie sich immissionsrechtlich ausschliesslich am Bundesumweltschutzrecht zu orientieren.

b) Den Gemeinden bleibt es indessen unbenommen, aus raumplanungsrechtlichen Gründen einzelne Zonen ganz oder teilweise einzelnen Nutzungen vorzubehalten. So können für bestimmte Zonen- und Zonenteile Verbote für Betriebe normiert (reine Wohnzonen) bzw. prozentuale Wohnanteile vorgeschrieben werden. Zudem ist neben der Statuierung von sogenannten Mischzonen (gegebenenfalls unter Festsetzung von Wohnanteilen oder eines Gewerbeanteils [Gewerbebonus etc.]) die Festsetzung von allein dem Gewerbe oder allenfalls Handels- und Dienstleistungsbetrieben vorbehaltenen Zonen gestattet. Ferner können etwa auch vertikal verlaufende Nutzungsstrukturen in Gebäuden verlangt werden.

Auch derartige nicht immissionsrechtlich motivierte Eigentumsbeschränkungen bedürfen selbstverständlich einer ausdrücklichen und unmissverständlichen gesetzlichen Regelung. Der Zonenzweck wird durch die Gesamtheit aller planungsrechtlichen und baupolizeilichen Normen abschliessend umschrieben, welche die Bauweise, die Nutzweise und die Gestaltungsweise von Bauten, Anlagen und Betrieben allgemein oder aber spezifisch-zonenbezogen regeln. In § 52 Abs. 1 PBG wie auch in einzelnen Bauordnungen enthaltene programmatische Bestimmungen etwa des Inhalts, eine Wohnzone sei vorwiegend für das Wohnen da, statuieren, sofern die Bauordnung in Wohnzonen auch andere Nutzungen als zulässig erklärt, keine zusätzlichen, zu der Gesamtheit aller Zonenvorschriften hinzutretenden Eigentumsbeschränkungen. Die Bezeichnung "Wohnzone" ist daher im Grunde genommen überall dort nur teilweise zutreffend, wo auch Nichtwohnnutzungen gestattet sind. In Tat und Wahrheit handelt es sich bei solchen Zonen zumindest um Mischzonen. Wo eine solche Mischzone als "Wohnzone" bezeichnet wird, ohne dass ein Wohnanteil festgelegt ist, darf sogar das gesamte Zonengebiet mit Nichtwohnbauten überstellt werden und wird so erlaubterweise aus der "Wohnzone" eine Gewerbe- und Dienstleistungszone; die Betriebe sind lediglich den Immissionsnormen des eidgenössischen Umweltschutzrechts unterworfen. Auch wo ein Wohnanteil festgesetzt ist, handelt es sich um eine Mischzone, und es können Nichtwohnnutzungen ausserhalb des Wohnanteils nur untersagt werden, wenn die Bauordnung ausdrücklich entsprechende, vor der Eigentumsgarantie und der Rechtsgleichheit standhaltende raumplanungsrechtliche Anordnungen trifft oder wenn Nichtwohnnutzungen dem Umweltschutzrecht widersprechen. Ein anderer als der durch die einzelnen Zulässigkeits- oder Verbotsnormen der kommunalen Bauordnungen umschriebener Zonenzweck existiert somit in allen diesen Fällen auch dann nicht, wenn eine programmatische Vorschrift erklärt, Wohnzonen seien in erster Linie für Wohnbauten bestimmt (vgl. auch § 52 Abs. 1 PBG, welche Vorschrift im übrigen keine Legaldefinition des Begriffs "Wohnzone" gibt). Es lassen sich daher in derartigen Fällen ohne Verletzung des Legalitätsprinzips, der Eigentumsgarantie und der Gemeindeautonomie nicht weitere, irgendwie geartete Beschränkungen des Bauens und der Nutzung unter dem Titel "Zonenzweck" als quasi ungeschriebene Eigentumsbeschränkungen in die geltenden zürcherischen Bauordnungen hinein interpretieren. Von einer Minderheit

der Bauordnungen, die eine ausdrückliche Regelung etwa in dem Sinne enthalten, dass in bestimmten Zonen nur bestimmte Betriebskategorien zulässig seien, darf nicht auf die übrigen Bauordnungen geschlossen werden. Es darf nicht einfach unterstellt werden, andere Gemeindegesetzgeber hätten im Grunde genommen Gleiches statuieren wollen oder implicite statuiert.

Wenn in einigen Entscheiden (VB 71/1983 Erw. 3.a) auf Egger (Einführung in das zürcherische Baurecht, Wädenswil 1970, S. 111 f.) und Zimmerlin (Baugesetz des Kantons Aargau, Aarau 1977, §§ 130 - 133 N 4) verwiesen worden ist, vermag dies zu Begründung der gegenteiligen Auffassung nichts beizutragen, weil diese angeblichen Belegstellen jene Entscheide gar nicht stützen, gehen doch beide Autoren eindeutig davon aus, dass der Zonenzweck sich einzig aus den primären und sekundären Baubeschränkungsnormen ergibt, sofern nicht eine weitere ausdrückliche Regelung vorhanden ist. Beide Autoren nennen diesbezüglich ausschliesslich Beispiele im Zusammenhang mit baupolizeilichen Normen. So spricht Egger davon, dass die eigentlichen Wohnzonen das ruhige und gesunde Wohnen gewährleisten wollen. Zu diesem Zweck würden Bauvorschriften über Ausnützung, Geschosshöhe, Abstände, Wohnungszahl, Gebäudelänge, Höhen, Einordnung und Arealüberbauung aufgestellt (S. 112 ff.). Zimmerlin führt aus, in Wohnzonen habe das Wohnen eindeutig den Vorrang und verweist sodann auf die in Betracht fallenden normativen Regelungen. Nirgends wird jedoch gesagt, dass ohne das Vorhandensein ausdrücklicher Regelungen aus dem "Zweck" von nicht ausschliesslich dem Wohnen dienenden "Wohnzonen" heraus weitere Einschränkungen der Eigentumsfreiheit zulässig seien.

Gerade dies wurde aber in den genannten Entscheiden behauptet (VB 92/0062 Erw. 2.c.bb - cc), wobei die Urteile allerdings jede Antwort auf die Frage schuldig bleiben, welches denn die weiteren Verweigerungsgründe sein könnten. Aussagen etwa, es sei in einer Wohnzone nur zulässig, was dem Wohnen diene, zum Wohnen gehöre oder in eine Wohnzone passe, setzen sich über jegliche positiv-rechtliche Normierung der Gemeinden hinweg. Zudem ist nicht ersichtlich, welche Art von Bauten, Betrieben und Anlagen in bestimmten Zonen nicht schon in Anwendung des überkommunalen Rechts und der Zonenvorschriften, sondern erst unter Berufung auf irgendwelche Programmartikel, die für sich allein keine Aussagekraft haben und durch spezielle Nutzungsvorschriften der Gemeinden vollständig relativierbar sind, untersagt werden können.

Entscheidend ist, dass gemäss Bundesverfassung jede Eigentumsbeschränkung ausdrücklich in einem Gesetz hinreichender Bestimmtheit enthalten sein muss, welches die normativ zu erfassenden Sachverhalte in mehr als bloss diffuser, der Willkür Tür und Tor öffnender Weise präzise zu umschreiben hat. Beschränkungen der angesprochenen Art können weder § 52 PBG noch irgendwelchen Zonenüberschriften in den Bauordnungen entnommen werden.

c) Die sogenannten ideellen Immissionen sind mit Ausnahme der Frage der baulich-architektonischen Ästhetik weder Gegenstand des Bundesrechts noch des kantonalen und kommunalen Baurechts (BRKE I Nr. 445/1993 und BRKE I Nrn. 439 und 440/1994 sowie VB 95/0041+0042). In einzelnen Bauordnungen enthaltene ausdrückliche Bestimmungen, wonach (in Wohnzonen) nur Nutzungen zulässig seien, "die von ihrer Art her in Wohnzonen passen", können daher nur raumplanerische

Inhalte haben und bieten keine Rechtsgrundlage zur Untersagung von ideellen Auswirkungen. Es ist sach- und systemrichtig, wenn das Baurecht ideelle Immissionen nur im Zusammenhang mit der unmittelbaren Wirkung von Bauten und Anlagen an sich auf die bauliche und landschaftliche Umgebung (Einordnung) erfasst, nicht aber ideelle Auswirkungen, welche aus Nutzung und Benutzung von Gebäuden entstehen. Schon gar nicht gehören dazu Aussehen und Aufmachung, Auftreten und Gebaren und sonstiges Verhalten von Personen, die in den Bauten und Anlagen sowie in deren Umgebung verkehren. Solche ideellen Auswirkungen sind, sofern rechtspolitisch überhaupt verpönt, mit anderen rechtlichen Mitteln zu ahnden bzw. zu verhindern. Insbesondere ist das Baurecht nicht dazu da, in die durch die Liberalisierung des Sexualstrafrechts entstandenen "Lücken" zu springen.

Es kommt hinzu, dass eine auf ideelle Immissionen ausgreifende Anwendung von baurechtlichen Normen aus Gründen der Rechtsgleichheit zur Bewertung von Erscheinungsformen gezwungen wäre, die in der jüngeren Vergangenheit Gegenstand von Verfolgung durch menschenverachtende politische Systeme waren. Eine differenzierte Behandlung des Verhaltens etwa von je nach ihrer Nationalität mehr oder weniger obszön zur Unzucht anlockenden Prostituierten, von lüstern umherstreichenden Freiern, verelendet aussehenden Süchtigen in und um Drogenanlaufstellen sowie von heruntergekommenen und alkoholisierten Besuchern von Vergnügungslokalen aller Art würde nur noch von diffusen Vorstellungen darüber abhängen, was in einer zürcherischen Stadt- oder Landgemeinde noch als sozialadäquat gelten könne. Nur noch ein kleiner Schritt wäre es von da an, etwa das Verhalten und Auftreten aggressiv missionierender Sekten oder sonst ungewöhnlich auffällender Angehöriger fremder Religionsgemeinschaften unter dem Titel "... die von ihrer Art her in Wohnzonen passen" zu bewerten.

d) Sodann fasst die Baubehörde unter dem Begriff "Störpotential" undifferenziert Auswirkungen lärmphysikalischer und ideeller Art zusammen. So wird ausgeführt, Sexmassagesalons seien in aller Regel bis weit in die Nacht bzw. die frühen Morgenstunden hinein geöffnet, wodurch die Nachtruhe gestört werde. Die Vorinstanz beruft sich damit auf Lärmimmissionen, die wie die entsprechenden Auswirkungen von Vergnügungslokalen, Bars, Spielsalons etc. nicht gestützt auf § 52 PBG untersagt werden können, sondern in Anwendung von Bundesumweltschutzrecht (Umweltschutzgesetz und Lärmschutzverordnung) zu beurteilen sind. Die Nachtruhe lässt sich auch in der Umgebung von Sexmassagesalons mit der Festlegung geeigneter Öffnungszeiten sicherstellen. Dass sich die Kunden der Prostituierten nach Schliessung der Salons jeweils noch während einer gewissen Zeit in der Umgebung der Gebäude aufhalten und sich durch Zurufe und Zuschlagen von Autotüren bemerkbar machen, ist wie bei den anderen genannten Etablissements in Rechnung zu stellen. Gründe der Rechtsgleichheit verbieten jedoch eine Beurteilung der Lärmimmissionen aller dieser Betriebe anhand von Vorschriften aus unterschiedlichen Rechtsbereichen.

Die übrigen Vorbringen der Bausektion zum "Störpotential" der Massagesalons beschlagen allesamt ideelle Immissionen, die, wie vorstehend dargetan, nicht Gegenstand des Umweltschutzrechts und des Bau- und Planungsrechts sind und im übrigen grösstenteils vom Strassenstrich herrühren und nur mittelbar mit der sexgewerblichen Nutzung der Gebäude zusammenhängen. So wird gar auf Publikationen in der Presse hingewiesen, die bei Lichte besehen zumindest teilweise rassistischer

Natur sind und sich gegen die multikulturelle Einwohnerstruktur des Stadtkreises 4 und gegen angeblich ethnisch bedingtes, besonders obszönes Verhalten von Prostituierten aus Zentral- und Südamerika, Afrika und Asien beim Anlocken zur Unzucht wenden. Die Vorinstanz macht geltend, im Quartier Aussersihl sei eine "Verslumung" im Gange, und es seien im Gefolge der Liberalisierung des Sexualstrafrechts "unzumutbare Zustände" entstanden.

Vorstehend wurde bereits ausgeführt, dass dem Planungs- und Baurecht keine Ersatzfunktion für das liberalisierte Sexualstrafrecht zukommt. Sodann wird nach dem herrschenden Sprachgebrauch unter dem Begriff "Verslumung" nicht das Auftreten von Sexgewerbe verstanden, sondern der bauliche Verfall ganzer Quartiere und die Verwahrlosung ihrer verarmten Einwohner. Davon kann hinsichtlich des Stadtkreises 4 keine Rede sein. Abgesehen davon, dass auch die Verhinderung einer Verslumung im richtig verstandenen Sinne höchstens mit Bezug auf baustatisch-wohnhygienische Aspekte Aufgabe des Baurechts sein könnte (§ 239 PBG), beruft sich die Vorinstanz auch damit nicht auf raumplanungsrechtlich relevante Sachumstände im Sinne von § 52 PBG, sondern auf vom Sexgewerbe und seiner Klientel ausgehende ideelle Immissionen und letztlich auf allenfalls sittenpolizeilich bedeutensame Vorgänge. Die Rekurse erweisen sich auch insofern als begründet und sind im entsprechenden Umfang gutzuheissen.

Auch soweit die Vorinstanz unter Berufung wiederum auf Publikationen in der Presse schliesslich auf Belästigungen von Ladenkunden durch Freier, auf Menschenhandel, Drogenhandel und organisiertes Verbrechen hinweist, entbehren diese Vorbringen eines rechtlich relevanten Zusammenhanges mit dem Planungs- und Baurecht. § 52 PBG und ähnliche Vorschriften kommunalen Rechts sind keine Generalklauseln, gestützt auf welche sich missliebige Nutzungen untersagen lassen, welche gänzlich andere Rechtsbereiche beschlagen als das Planungs- und Baurecht. Die Rekurse sind daher auch in diesem Punkte gutzuheissen.

e) Für das Gebäude Nr. 141 gilt ein Wohnanteil von 80 %. Sowohl die geltende als auch die revidierte Bau- und Zonenordnung enthalten keine ausdrückliche Regelung in dem Sinne, dass in bestimmten Zonen nur "in eine Wohnzone passende" Betriebe zulässig seien. Auch die Vorschrift von § 52 Abs. 1 erster Halbsatz PBG erlaubt es nach den vorstehenden Ausführungen nicht, im Bereich der für gewerbliche Nutzungen zur Verfügung stehenden Flächen zwischen Sexgewerbe und übrigen Gewerbe zu unterscheiden. Es fehlt somit schon diesbezüglich an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage, um vorliegend die sexgewerbliche Nutzung in der Liegenschaft Nr. 141 aufgrund des Zonenzwecks mit der Begründung zu verbieten, dass eine solche Bewerbung nicht in eine Wohnzone passe. Der angefochtene Beschluss verletzt schon insoweit das Legalitätsprinzip. Eine (sex-)gewerbliche Nutzung in zwei Wohnungen ist bei Einhaltung des Wohnanteils von 80 % unter dem Aspekt der Zonenkonformität grundsätzlich zulässig. Insoweit sind die Rekurse gutzuheissen.