

# **BGer 1C\_205/2019 vom 21. Februar 2020**

Bundesgericht, 2020-02-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_205\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_205_2019)

FR: TF 1C\_205/2019 du 21 février 2020

IT: TF 1C\_205/2019 del 21 febbraio 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist ein kantonale letztinstanzliche Endentscheid über die Tolerierbarkeit eines ohne Bewilligung erstellten sexgewerblichen Betriebs. Dagegen steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen (vgl. Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 sowie Art. 90 BGG); ein Ausschlussgrund nach Art. 83 BGG liegt nicht vor. Die Beschwerdeführerin nahm am vorinstanzlichen Verfahren teil, ist durch den angefochtenen Entscheid auch materiell beschwert und damit nach Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.2**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). Das Bundesgericht wendet dieses von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), prüft die bei ihm angefochtenen Entscheide aber grundsätzlich nur auf Rechtsverletzungen hin, welche die beschwerdeführende Person vorbringt und begründet (vgl. Art. 42 Abs. 2 BGG ). Erhöhte Anforderungen an die Begründung gelten, soweit die Verletzung von Grundrechten gerügt wird ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Die Anwendung von kantonalem Recht überprüft das Bundesgericht grundsätzlich nur auf Willkür und bloss insoweit, als eine solche Rüge in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet wird ( Art. 95 BGG i.V.m. Art. 9 BV und Art. 106 Abs. 2 BGG ). Es legt seinem Urteil weiter den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig, das heisst willkürlich (vgl. dazu BGE 137 I 58 E. 4.1.2 S. 62), oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG ( Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG ). Eine entsprechende Rüge ist substantiiert vorzubringen ( Art. 42 Abs. 2 BGG i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG ).

Der Beschwerdegegner hält die Begründungsanforderungen für in keiner Weise erfüllt und beantragt deshalb in erster Linie Nichteintreten auf die Beschwerde. Diesem Antrag kann nicht gefolgt werden. Auch wenn die Beschwerdebegründung formell nicht in jeder Hinsicht überzeugt, beschränkt sie sich entgegen dem Vorbringen des Beschwerdegegners nicht auf eine rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid und ist auch sonst nicht in ihrer Gesamtheit unzureichend. Auf die innert Frist eingereichte Beschwerde ist daher grundsätzlich einzutreten.

### **E. 1.3**

Die Einwohnergemeinde zweifelt in ihrer Vernehmlassung an, dass die Vorinstanz sie zur Bezahlung eines Teils der Parteientschädigung für den Beschwerdegegner verpflichten durfte, und verlangt eine Überprüfung dieser Anordnung. Darauf ist nicht weiter einzugehen. Im Verfahren vor dem Bundesgericht gibt es keine Anschlussbeschwerde. Wer

mit dem angefochtenen Entscheid nicht einverstanden ist, hat ihn - sofern möglich - selbst innert der gesetzlichen Rechtsmittelfrist anzufechten ( BGE 138 V 106 E. 2.1 S. 110). Dies hat die Einwohnergemeinde nicht getan.

### **E. 2.1**

Es ist unbestritten, dass der Vater und Rechtsvorgänger der Beschwerdeführerin die Kellerräumlichkeiten des in der Wohnzone W4 gelegenen streitbetroffenen Mehrfamilienhauses ohne Baubewilligung in drei Zimmer mit je einem separaten Bad sowie einer gemeinsamen Küche umbauen liess und diese Räume seit 1992 als Erotiksalon vermietet werden. Im gleichen Jahr erhielt die Einwohnergemeinde Kenntnis vom Umbau und von der sexgewerblichen Nutzung. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Entscheid ausgeführt, in der Wohnzone W4 seien lediglich stille und nicht störende Gewerbe zugelassen (Art. 90 Abs. 1 der Bauverordnung des Kantons Bern vom 6. März 1985 [BauV/BE; BSG 721.1]). Es sei davon auszugehen, dass diese Regelung bereits im Jahr 1992 unter dem damals noch geltenden Baureglement der Gemeinde Steffisburg vom 4. Dezember 1977 massgebend gewesen sei. Nach dem heute geltenden Baureglement vom 26. November 1995 dürften gewerbliche Nutzungen in der Zone höchstens 20 % der Bruttogeschossfläche beanspruchen (Art. 46 Abs. 2 des Reglements); der Mindestwohnanteil betrage mithin 80 %. Im betreffenden Gebiet gelte ferner aufgrund der Lärmvorbelastung die Empfindlichkeitsstufe III nach Art. 43 Abs. 1 der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (LSV; SR 814.41) , nicht die Stufe II wie in der Zone allgemein (vgl. Art. 41 Abs. 2 und Art. 60 des heute geltenden Baureglements).

Bei derart intensiver Wohnnutzung seien sexgewerbliche Betriebe in jedem Fall geeignet, bei den Bewohnerinnen und Bewohnern der umliegenden Liegenschaften unangenehme Eindrücke zu erwecken und das angenehme Wohnen sowie den Ruf der entsprechenden Quartiere zu beeinträchtigen. Ob das Sexgewerbe diskret geführt werde und es bereits Beanstandungen gegeben habe, spiele aufgrund der abstrakten Geltung der Nutzungsvorschriften keine Rolle. So habe es das Bundesgericht als vertretbar erachtet, in einer Zone mit einem Wohnanteil vom 60 % auf ein dicht überbautes Gebiet mit einer intensiven Wohnnutzung zu schliessen und sexgewerbliche Betriebe aufgrund ihrer ideellen Immissionen als stark störend einzustufen (Urteil 1P.771/2001 vom 5. Mai 2003 E. 9.2). In einem weiteren Entscheid habe es festgehalten, dies müsse bei einem Wohnanteil von 65 % erst recht gelten (Urteil 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005 E. 4.2). Die strittige sexgewerbliche Nutzung sei demnach nicht zonenkonform und damit sowohl formell als auch materiell baurechtswidrig. Es sei geboten und unter den gegebenen Umständen auch zulässig, sie zu verbieten.

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin bestreitet die formelle und materielle Rechtswidrigkeit der strittigen sexgewerblichen Nutzung zwar grundsätzlich nicht. Im Zusammenhang mit ihrer Rüge, das Verbot der Nutzung sei willkürlich, übt sie jedoch auch Kritik an der vorinstanzlichen Prüfung der Zonenkonformität (vgl. nachfolgend E. 3). Im Weiteren bringt sie vor, die strittige baurechtliche Massnahme verstosse gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes (vgl. hinten E. 4), sei unverhältnismässig (vgl. hinten E. 5) und verletze die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit (vgl. hinten E. 5.4).

### **E. 3.1**

Die Befugnis der Behörden, im Falle einer rechtswidrig errichteten bzw. genutzten Baute die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands anzuordnen, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich auf 30 Jahre beschränkt ( BGE 132 II 21 E. 6.3 S. 35; mit gewissen Vorbehalten BGE 136 II 359 E. 8 S. 367). Auch vorher ist die Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Einzelfall unzulässig, wenn ihr allgemeine Prinzipien des Verfassungs- und Verwaltungsrechts entgegenstehen. Dazu gehören namentlich die in Art. 5 Abs. 2 und 3 sowie Art. 9 BV festgehaltenen Grundsätze der Verhältnismässigkeit und des Schutzes des guten Glaubens ( BGE 136 II 359 E. 6 S. 364 f.).

Gemäss dem Baurecht des Kantons Bern ist der rechtmässige Zustand wiederherzustellen, wenn ein Bauvorhaben ohne Baubewilligung oder in Überschreitung einer solchen ausgeführt wird (Art. 46 Abs.1 und 2 des Baugesetzes des Kantons Bern vom 9. Juni 1985 [BauG/BE; BSG 721.0]). Nach Ablauf von fünf Jahren, seitdem die Rechtswidrigkeit erkennbar war, kann die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands nur verlangt werden, wenn zwingende öffentliche Interessen es erfordern (Art. 46 Abs. 3 BauG/BE).

### **E. 3.2**

Die 30-jährige Verwirkungsfrist gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist vorliegend noch nicht abgelaufen, die 5-jährige Frist gemäss Art. 46 Abs. 3 BauG/BE hingegen schon (vgl. vorne E. 2.1). Demnach bedarf es nach dem kantonalen Recht für das Verbot der fraglichen sexgewerblichen Nutzung eines zwingenden öffentlichen Interesses. Die Vorinstanz hat ein solches bejaht. Die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands erscheine zwingend, wenn für die Öffentlichkeit untragbare Verhältnisse bewirkt worden seien. Dasselbe gelte, wenn es um die Durchsetzung der Grundlagen der Nutzungsordnung gehe. Grundlegend sei dabei vor allem die Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet, aber auch etwa der Schutz der Wohnzone vor zonenwidrigen Immissionen. Nach seiner ständigen Rechtsprechung bestehe ein zwingendes öffentliches Interesse daran, Wohnzonen von Sexgewerbe freizuhalten. Dies gelte unabhängig davon, ob - wie die Beschwerdeführerin in Bezug auf den fraglichen Betrieb geltend mache - das Gewerbe diskret geführt werde und kaum materielle Immissionen verursache.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin hält diese Beurteilung der Vorinstanz für willkürlich. Ob ein überwiegendes (bzw. zwingendes) öffentliches Interesse am Verbot der strittigen sexgewerblichen Nutzung bestehe, könne nicht abstrakt beurteilt werden. Vielmehr seien die konkreten Immissionen zu berücksichtigen, sehe doch die neueste bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Sexgewerbebetrieben in Wohnzonen eine entsprechende Einzelfallprüfung vor. Die automatische Beurteilung solcher Betriebe als in der Wohnzone störend ohne eine derartige Prüfung - wie sie die Vorinstanz vorgenommen habe - sei angesichts der klaren Stossrichtung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hin zu einem Ermessensentscheid offensichtlich unhaltbar. Sie stehe zudem in klarem Widerspruch zur liberalen Auffassung der Öffentlichkeit bezüglich der Sittenwidrigkeit des Sexgewerbes.

#### **E. 3.4.1**

Im bundesgerichtlichen Urteil 1C\_499/2014 vom 25. März 2015, auf das sich die Beschwerdeführerin beruft, ging es um die Zonenkonformität eines geplanten Sexgewerbebetriebs in einer Kernzone. In der betreffenden Zone galt die

Lärmempfindlichkeitsstufe III und es waren mässig störende Betriebe zugelassen. Besondere Festlegungen zugunsten der Wohnnutzung bestanden nicht. Die damalige Vorinstanz des Bundesgerichts hatte die Störung der Wohnnutzung durch den Betrieb als höchstens mässig beurteilt. Sie hatte dabei darauf hingewiesen, dass es die Gemeinde in der Hand habe, übermässige Immissionen (materieller oder immaterieller Art) mittels Auflagen zu reduzieren. Die damaligen Beschwerdeführer hielten dies für willkürlich, weil sich durch Auflagen nur nach aussen tretende Vorgänge regeln liessen, nicht aber die ideellen Immissionen, die schon von der blossen Existenz des Bordells ausgingen. Sie verwiesen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach nicht vorausgesetzt sei, dass die Störungen des Wohlbefindens an nach aussen in Erscheinung tretende Vorgänge anknüpfen (vgl. Urteil 1C\_83/2012 vom 18. Juli 2012 E. 2.6 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht nahm Bezug auf die Kritik von BERNHARD WALDMANN an dieser Rechtsprechung (Der Schutz vor ideellen Immissionen in Wohngebieten - eine kritische Würdigung, BauR 2005 S. 159 ff., insbes. S. 162) und ein Urteil betreffend ideelle Immissionen von Mobilfunkantennen (Urteil 1C\_51/2012 vom 21. Mai 2012 E. 5.5 [in URP 2012 586]) und führte aus, auch Sexgewerbebetriebe minderten die Attraktivität einer Gegend für Geschäfte und Wohnungen vor allem dann, wenn sie nach aussen in Erscheinung träten und - z.B. durch ihre Werbung, Gestaltung, Lärm- oder Geruchsimmissionen - die Umgebung als unästhetisch, unsicher oder sonst wie unerfreulich wirken liessen. Sei das Gewerbe nach aussen nicht erkennbar, werde der gute Ruf des Quartiers jedenfalls für Aussenstehende nicht beeinträchtigt. Auch für die Anwohner spiele es psychologisch eine Rolle, ob sie täglich unmittelbar mit dem Sexgewerbe konfrontiert würden, und damit stets aufs Neue negative Gefühle ausgelöst bzw. verstärkt würden. Insofern seien Auflagen zur Verhinderung oder wesentlichen Reduktion von materiellen Immissionen geeignet, auch das Ausmass der ideellen Immissionen zu reduzieren, und damit das öffentliche Interesse an einer Beschränkung der Eigentums- und Wirtschaftsfreiheit zu verringern. Dies habe das Verwaltungsgericht im angefochtenen Entscheid willkürfrei berücksichtigt (vgl. E. 6.3.2-6.3.4 des Urteils 1C\_499/2014 vom 25. März 2015).

#### **E. 3.4.2**

Aus dem vorgenannten Entscheid geht zwar hervor, dass sexgewerbliche Betriebe vor allem wegen damit einhergehender materieller Immissionen zu Einwirkungen auf das psychische Wohlbefinden führen, weshalb Auflagen, die sich gegen materielle Immissionen richten, auch geeignet sind, die Störung der Wohnnutzung durch ideelle Immissionen zu verringern. Die Möglichkeit entsprechender Auflagen kann deshalb in Kernzonen der genannten Art bei der Prüfung der Zonenkonformität entsprechender Betriebe ohne Willkür zu deren Gunsten berücksichtigt werden. Dass dies auch in Wohnzonen gelten würde, die, wie im vorliegenden Fall, vorwiegend für die Wohnnutzung vorgesehen sind, ergibt sich aus dem genannten Entscheid wegen dessen streitgegenständlicher Beschränkung jedoch nicht. Ebenso wenig folgt daraus, die von der Vorinstanz angeführte bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Zonenkonformität von Sexgewerbebetrieben in entsprechenden Wohnzonen - wonach solche Betriebe ohne Willkür ungeachtet ihrer konkreten Immissionen als zonenwidrig beurteilt werden dürfen (vgl. die vorne in E. 2.1 zitierten Entscheide; Urteile 1C\_157/2012 vom 16. Juli 2012 E. 4.4; 1P.191/1997 vom 26. November 1997 E. 5c) - habe keine Geltung mehr (vgl. auch Urteil 1C\_283/2016 vom 11. Januar 2017 E. 5.2.2). Aus dem genannten Entscheid kann demzufolge auch nicht (im Sinne

eines Analogieschlusses) abgeleitet werden, ein zwingendes öffentliches Interesse am Verbot eines sexgewerblichen Betriebs in einer solchen Zone könne ebenfalls nur gestützt auf eine konkrete Prüfung bejaht werden.

### **E. 3.4.3**

Weder die abstrakte Prüfung der Zonenkonformität des fraglichen Erotiksalons durch die Vorinstanz noch deren abstrakte Beurteilung des Vorliegens eines zwingenden öffentlichen Interesses an dessen Verbot widerspricht demnach dem genannten Entscheid. Aus diesem ergibt sich somit nicht, dass das angefochtene Urteil unhaltbar oder sonst wie willkürlich wäre (vgl. BGE 144 I 170 E. 7.3 S. 174 f.; 144 II 281 E. 3.6.2 S. 287; jeweils mit Hinweisen). Soweit die Beschwerdeführerin die Willkür ausserdem darin erblickt, dass eine abstrakte Prüfung in klarem Widerspruch zur (angeblich) liberalen Auffassung der Öffentlichkeit bezüglich der Sittenwidrigkeit des Sexgewerbes stehe, ist dies angesichts der vorerwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ebenfalls unbegründet.

### **E. 3.5**

Dass die Vorinstanz in Willkür verfallen wäre, ergibt sich weiter auch nicht aus den Vorbringen der Direktion. Diese macht geltend, die Zonenkonformität könne zwar abstrakt geprüft werden. Das Vorliegen eines zwingenden öffentlichen Interesses im Sinne von Art. 46 Abs. 3 BauG/BE setze jedoch konkrete Emissionen voraus, die zu untragbaren Verhältnissen führten, was hier nicht der Fall sei. Das von der Vorinstanz angeführte öffentliche Interesse, Wohnzonen von Sexgewerbe freizuhalten, genüge nicht. Es bestehe denn auch keine entsprechende ständige Praxis der Vorinstanz. In allen von dieser zitierten Entscheiden hätten zudem, anders als hier, bereits die Standortgemeinden die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands angeordnet.

Indem die Vorinstanz auch für das Vorliegen eines zwingenden öffentlichen Interesses im Sinne von Art. 46 Abs. 3 BauG/BE darauf abstellt, dass sexgewerbliche Betriebe bei abstrakter Betrachtung geeignet sind, die Wohnnutzung in Wohnzonen wie der vorliegend betroffenen zu stören, misst sie dem Schutz dieser Nutzung zwar ein deutlich höheres Gewicht zu als die Direktion. Sie setzt damit jedoch lediglich die Nutzungsordnung konsequent durch und verhindert, dass unbewilligte Betriebe von deren Missachtung weiterhin profitieren können. Auch wenn ihre Auslegung von Art. 46 Abs. 3 BauG/BE der Direktion und der Beschwerdeführerin wie offenbar auch der Einwohnergemeinde als übermässig streng erscheint, ist sie unter dem hier massgeblichen Gesichtspunkt der Willkür daher vertretbar. Dass sie angesichts der bisherigen Praxis der Vorinstanz unhaltbar wäre, ist überdies nicht erkennbar. Diese durfte demnach ohne Willkür davon ausgehen, am strittigen Nutzungsverbot bestehe ein zwingendes öffentliches Interesse im Sinne der genannten Bestimmung.

### **E. 4.1**

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Vertrauensschutz der Anordnung der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands namentlich dann entgegenstehen, wenn die Baupolizeibehörden zwar vor Ablauf der 30-jährigen Verwirkungsfrist einschreiten, den baurechtswidrigen Zustand aber über Jahre hinaus geduldet haben, obschon ihnen die Gesetzwidrigkeit bekannt war oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätten erkennen müssen. Auf den Vertrauensschutz kann sich aber nur berufen, wer selbst in gutem Glauben gehandelt hat ( BGE 136 II 359 E. 7.1 S. 365; 132 II 21 E. 6.3 S. 39).

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hat die Gutgläubigkeit der Beschwerdeführerin verneint. Deren Vater habe wissen müssen, dass sowohl der Umbau des Untergeschosses in eine Wohnung als auch deren sexgewerbliche Nutzung ohne Baubewilligung nicht zulässig sei. Sein Handeln sei baurechtlich als bösgläubig zu beurteilen, was der Beschwerdeführerin als Rechtsnachfolgerin anzurechnen sei. Diese hätte zudem bei gebotener Sorgfalt die Rechtswidrigkeit der sexgewerblichen Nutzung erkennen können, weshalb sie sich schon mangels eigener Gutgläubigkeit nicht mit Erfolg auf den Vertrauensschutz berufen könne. Dem stehe das nachträgliche Baubewilligungsverfahren betreffend die ohne Bewilligung im streitbetroffenen Mehrfamilienhaus eingebaute Dachwohnung nicht entgegen. Zwar habe der Vater der Beschwerdeführerin in diesem Verfahren der Einwohnergemeinde verschiedene Vorschläge unterbreitet, wie im Dach-, Erd- und Untergeschoss des Gebäudes Räumlichkeiten angepasst werden könnten, damit die anrechenbare Bruttogeschossfläche reduziert und die Ausnützungsziffer eingehalten werde. Die Einwohnergemeinde habe jedoch weder in der Gesamtbewilligung vom 2. März 2010 noch in der Bewilligung der Projektänderung vom 17. Dezember 2010 verbindlich auf Wiederherstellungsmassnahmen verzichtet. In der ersten Bewilligung habe der teilweise Rückbau des Erotiksalons nur im Zusammenhang mit der nachträglichen Bewilligung der Dachwohnung und der Einhaltung der Ausnützungsziffer gestanden; in der zweiten sei der Verzicht auf die Flächenreduktion im Untergeschoss einzig erfolgt, weil die maximal anrechenbare Bruttogeschossfläche auf andere Weise habe reduziert werden können.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin macht zwar geltend, die Einwohnergemeinde habe mit der Bewilligung der Projektänderung durchaus verbindlich auf Wiederherstellungsmassnahmen verzichtet, und verweist insbesondere auf Dispositivziffer 2c dieser Bewilligung, wonach das Untergeschoss "im heutigen Stand" belassen werden könne. Da die zuständigen Behörden die sexgewerbliche Nutzung nicht beanstandet hätten, habe ihr Vater zudem annehmen dürfen, diese sei rechtmässig. Er sei daher als gutgläubig zu betrachten, was ihr als Rechtsnachfolgerin anzurechnen sei. Dass der von der Vorinstanz genannte Grund für den - in der Projektänderungsbewilligung wie erwähnt zum Ausdruck gebrachten - Verzicht auf den teilweisen Rückbau des Erotiksalons offensichtlich unrichtig wäre, macht die Beschwerdeführerin jedoch nicht ausdrücklich geltend und geht aus ihren Vorbringen auch sonst nicht hervor. Dasselbe gilt in Bezug auf die Feststellung der Vorinstanz, der Vater der Beschwerdeführerin wie auch diese selbst hätten bezüglich der Rechtmässigkeit der sexgewerblichen Nutzung nicht gutgläubig sein können. Auch sonst ist nicht ersichtlich, dass die Beurteilung der Vorinstanz offensichtlich unrichtig oder in anderer Weise bundesrechtswidrig wäre (vgl. insbes. Urteile 1C\_171/2017 vom 3. Oktober 2017 E. 4.4; 1C\_533/2015 vom 6. Januar 2016 E. 3.4; jeweils betreffend Anrechnung des bösen Glaubens). Insbesondere folgt solches nicht bereits daraus, dass der Einwohnergemeinde die sexgewerbliche Nutzung seit vielen Jahren bekannt war und sie diese tolerierte. Die Vorinstanz durfte demnach eine Berufung auf den Vertrauensschutz mangels Gutgläubigkeit der Beschwerdeführerin ausschliessen, ohne Bundesrecht zu verletzen.

#### **E. 4.4**

Daran ändert der Entscheid des Bundesgerichts 1P.768/2000 vom 19. September 2001 nichts, auf den sich die Beschwerdeführerin ergänzend beruft, sollte sie als bösgläubig zu betrachten sein. In diesem Fall erachtete die damalige Vorinstanz des Bundesgerichts den

Anspruch auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands zwar ungeachtet der Frage der Gutgläubigkeit des betroffenen Stockwerkeigentümers als verwirkt, da der städtischen Sittenpolizei die sexgewerbliche Nutzung der fraglichen Wohnung seit mehr als 25 Jahren bekannt war, was das Bundesgericht schützte. Ausschlaggebend war dabei allerdings, dass die damalige Vorinstanz in derartigen Fällen von einer kürzeren Verwirkungsfrist als der 30-jährigen gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausging und diese kürzere Frist abgelaufen war (vgl. E. 4 und 5 des zitierten Entscheids). Im Kanton Bern ist in entsprechenden Fällen nicht diese kürzere Frist, sondern Art. 46 Abs. 3 BauG/BE massgebend. Dem genannten Entscheid kommt für den vorliegenden Fall daher keine Bedeutung zu. Aus ihm folgt daher von vornherein nicht, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie eine Berufung auf den Vertrauensschutz ausgeschlossen hat. Die weiteren Vorbringen der Parteien im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutz sind aufgrund des Dargelegten nicht entscheidungswesentlich, weshalb nicht darauf einzugehen ist.

### **E. 5.1**

Auf die Verhältnismässigkeit berufen kann sich auch ein Bauherr, der nicht gutgläubig gehandelt hat. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, namentlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baulichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands erhöhtes Gewicht beimessen und die dem Bauherrn allenfalls erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen ( BGE 132 II 21 E. 6.4 S. 39 f.).

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz hat das Verbot der fraglichen sexgewerblichen Nutzung als verhältnismässig erachtet. An der Massnahme bestehe ein zwingendes öffentliches Interesse, dem wegen der fehlenden Gutgläubigkeit der Beschwerdeführerin erhöhtes Gewicht beizumessen sei. Das Verbot sei geeignet, das verfolgte Ziel zu erreichen, und dazu auch erforderlich, bestehe doch kein milderes Mittel. Ebenso sei es der Beschwerdeführerin zumutbar. Zu berücksichtigen sei dabei, dass diese während vieler Jahre von der Untätigkeit der Einwohnergemeinde profitiert und aus der Vermietung der fraglichen Räume als Erotiksalon einen wirtschaftlichen Vorteil gezogen habe.

### **E. 5.3**

Die Beschwerdeführerin wendet in erster Linie ein, es bestehe kein massgebliches öffentliches Interesse am Nutzungsverbot. Dieser Einwand ist, wie dargelegt (vgl. vorne E. 3.5), unbegründet. Unbehelflich ist auch ihr Vorbringen, sie erziele mit der Vermietung ihres Grundeigentums einen "beträchtlichen Beitrag an ihre persönliche Existenzsicherung" bzw. durch das Nutzungsverbot und die Wiederherstellung der fraglichen Räumlichkeiten würde ihr ein Grossteil der Mietzinseinnahmen wegbrechen, da die Räumlichkeiten nur noch schwer und zu einem tieferen Preis vermietet werden könnten. Die Vorinstanz hat im angefochtenen Urteil lediglich die weitere sexgewerbliche Nutzung der fraglichen Räume untersagt, jedoch nicht deren Rückbau angeordnet. Sie hat an anderer Stelle im angefochtenen Entscheid zudem festgehalten, diese seien nach wie vor bewohnbar bzw. gewerblich nutzbar. Der Beschwerdeführerin wird durch die strittige Massnahme demnach einzig die Möglichkeit genommen, die betreffenden Räume wie bisher für die sexgewerbliche Nutzung zu vermieten. Zwar mögen ihr dadurch Mietzinseinnahmen entgehen. Grundsätzlich entstehen ihr aber weder Kosten für einen Rückbau noch gehen die damaligen Investitionen verloren. Da sie und davor ihr Vater und Rechtsvorgänger

jahrelang von der rechtswidrigen sexgewerblichen Nutzung profitieren konnten und in Bezug auf deren Rechtmässigkeit nicht als gutgläubig zu betrachten sind, erscheint eine allfällige Einbusse bei den Mietzinseinnahmen nicht als unzumutbar (vgl. BGE 136 II 359 E. 9 S. 369; 132 II 21 E. 6.4 S. 41). Auch sonst ist die Beurteilung der Vorinstanz nicht bundesrechtswidrig.

#### **E. 5.4**

Auch wenn der Einwohnergemeinde die sexgewerbliche Nutzung seit Jahren bekannt war und sie diese tolerierte, ist deren Verbot somit verhältnismässig. Damit geht die (weitere) Rüge der Beschwerdeführerin, die Massnahme verletze die Eigentumsgarantie und ihre Wirtschaftsfreiheit, auch insoweit fehl. Die Beschwerde erweist sich demzufolge auch in dieser Hinsicht und damit insgesamt als unbegründet.

#### **E. 6**

Demnach ist die Beschwerde abzuweisen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Sie hat zudem dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung für das bundesgerichtliche Verfahren auszurichten ( Art. 68 Abs. 1-3 BGG ).

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