

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00503 vom 21. Dezember 2011

ZH Verwaltungsgericht, 2011-12-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2011.00503

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00503 du 21 décembre 2011

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00503 del 21 dicembre 2011

Regeste

Baubewilligung | Nachträgliche Verweigerung der sexgewerblichen Nutzung einer Wohnung; Befehl zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands. Ist die materielle Rechtmässigkeit einer Umnutzung nachträglich zu beurteilen, findet das im Zeitpunkt der Nutzungsänderung in Kraft stehende Recht Anwendung, es sei denn, das geltende Recht ist für die Bauherrschaft günstiger (E. 2). Der Betrieb des Erotikateliers war schon nach der zur Zeit der Nutzungsänderung geltenden BZO nicht bewilligungsfähig, da diese nur "nicht störende Betriebe" in den Wohnzonen erlaubt und die überwiegend sexgewerbliche Nutzung einer Wohnung nicht darunter fällt (E. 3.8). Wann die Baubehörde von der sexgewerblichen Nutzung erfahren hat und ob ihre Untätigkeit bis zur formellen Bauverweigerung einen Vertrauenstatbestand darstellt, kann offenbleiben (E. 4.2.2). Die Bewilligungspflichtigkeit der Umnutzung hätte der Beschwerdeführerin (bzw. ihren Rechtsvorgängern) bekannt sein müssen, weshalb sie sich nicht auf ihren guten Glauben berufen kann (E. 4.3.1 f.). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2011.00503 Urteil der 1. Kammer vom 21. Dezember 2011 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichter François Ruckstuhl, Verwaltungsrichter Robert Wolf, Gerichtsschreiber Robert Lauko. In Sachen A, vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen Baubehörde I, vertreten durch RA C, Beschwerdegegnerin, und D, Mitbeteiligter, betreffend Baubewilligung, hat sich ergeben: I. Mit Beschluss vom 14. Dezember 2009 verweigerte die Baubehörde I dem Atelier E als Bauherrschaft die sexgewerbliche Nutzung einer Wohnung im Mehrfamilienhaus auf dem Grundstück Kat.-Nr. 01 an der F-Strasse

E. 02

in J und ordnete die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands innert 60 Tagen an. II. Auf den von A hiergegen erhobenen Rekurs trat die Baurekurskommission III mit Entscheid vom 5. Mai 2010 mangels Beschwerdelegitimation nicht ein. III. Die von A gegen diesen Nichteintretensentscheid geführte Beschwerde wies das Verwaltungsgericht mit Entscheid vom 3. November 2010 (VB.2010.00299) ab. IV. Mit Urteil vom 18. April 2011 hiess das Bundesgericht die von A hiergegen gerichtete Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gut und wies die Sache zur neuen Beurteilung im Sinn der Erwägungen an die Baurekurskommission III des Kantons Zürich (ab dem 1. Januar 2011: Baurekursgericht) zurück. V. Mit Entscheid vom 15. Juni 2011 hiess das Baurekursgericht den Rekurs im zweiten Rechtsgang teilweise gut und setzte die Frist zur

Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands neu auf 120 Tage ab Rechtskraft der Verfügung vom 14. Dezember 2009 an. Im Übrigen wies es den Rekurs ab. VI. Mit Beschwerde vom 17. August 2011 beantragte A dem Verwaltungsgericht, den Entscheid des Baurekursgerichts vom 15. Juni 2011 aufzuheben und ihr für die sexgewerbliche Nutzung ihrer gemieteten Wohnung eine Bau- und Nutzungsbewilligung, eventuell eine Ausnahmbewilligung zu erteilen. Eventuell sei die Frist zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands auf 120 Tage zu erstrecken. Subeventuell sei das Verfahren zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin. Am 31. August 2011 beantragte das Baurekursgericht ohne weitere Bemerkungen die Abweisung der Beschwerde. Mit Beschwerdeantwort vom 6. Oktober 2011 schloss die Baubehörde I auf Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. In ihrer Stellungnahme vom 31. Oktober 2011 hielt A an ihren Rechtsbegehren fest. Hierzu nahm die Baubehörde I am 5. Dezember 2011 Stellung. Der Mitbeteiligte liess sich nicht vernehmen. Die Kammer erwägt: 1. Das Mehrfamilienhaus F-Strasse 02 befindet sich in der Wohnzone W3 60 % gemäss Bau- und Zonenordnung der Gemeinde I vom 26. September 2006 (BZO 2006). Nach Angaben der Beschwerdeführerin und des Mitbeteiligten besteht in der streitbetroffenen Zweizimmerwohnung seit 1999 das sexgewerbliche Atelier E, dessen Betrieb die Beschwerdeführerin "vor mehr als zwei Jahren" von ihrer Vorgängerin übernommen hat (siehe Rekursentscheid E. 5.3). Mit Verfügung vom 14. Dezember 2009 verweigerte die Beschwerdegegnerin die baurechtliche Nutzung der Wohnung für sexgewerbliche Zwecke und verzichtete auf die Durchführung eines ordentlichen nachträglichen Bewilligungsverfahrens. Ausserdem ordnete sie – unter Androhung der Ersatzvornahme – die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands innert 60 Tagen ab Rechtskraft der Verfügung an. Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, ist die Zulässigkeit des angefochtenen Beschlusses aufgrund der von der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren VB.2010.00299 richtiggestellten Sachlage zu beurteilen, wonach in den betreffenden Räumlichkeiten erotische Massagen praktiziert werden, was ohne Weiteres als sexgewerbliche Nutzung gelten kann.

E. 2

Ist die materielle Rechtmässigkeit einer Baute und Anlage bzw. deren Nutzung nachträglich zu beurteilen, findet nach ständiger Rechtsprechung dasjenige Recht Anwendung, das bei der baulichen oder nutzungsmässigen Änderung in Kraft stand. Hat sich dieses Recht in der Zwischenzeit geändert, so ist nur dann darauf abzustellen, wenn es für die Bauherrschaft günstiger ist (BGE 123 II 248 E. 3a/bb; BGr 5. Mai 2003, 1P.771/2001, E. 7; Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. A., Zürich 2011, S. 772 ff.).

E. 3.1

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin habe die Beschwerdegegnerin bis zum Erlass der geltenden Bau- und Zonenordnung eine liberale Praxis betreffend sexgewerbliche Etablissements angewandt und die beiden im streitbetroffenen Mehrfamilienhaus ansässigen Institute (Atelier E und G) jahrelang geduldet. Mit anderen Worten habe die Beschwerdegegnerin Massagesalons unter dem Regime der damals geltenden Bauordnung vom 26. Juni 1984 (BZO 1984) nicht als störende Betriebe im Sinn von § 52 Abs. 3 des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975 eingestuft. Bei dieser Praxis sei sie zu behaften. Die Feststellungen des Baurekursgerichts, die praktizierte Nutzung sei als störend

betrachtet worden, fänden auch in den Akten keine Stütze.

E. 3.2

Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, sie habe erst mit der Eingabe dreier Stockwerkeigentümer der Liegenschaft F-Strasse 02 vom 16. Januar 2006 von der Nutzung der streitbetroffenen Wohnung als Sexsalon erfahren, nachdem das Problem zuvor anlässlich einer Stockwerkeigentümerversammlung des Mehrfamilienhauses vom 10. August 2005 thematisiert worden sei. Daraufhin habe sie das Gebäude baupolizeilich begutachten lassen. Das durch H AG am 2. Februar 2006 erstellte Gutachten sei zur Empfehlung gelangt, es sei (politisch) zu entscheiden, in welchen Zonen gewerbliche Sexsalons zugelassen bzw. in welchen Zonen eine solche Nutzung verboten werden solle. In der Folge habe die Gemeinde die BZO 1984 revidiert und die neue Bestimmung von Art. 17 Abs. 2 Satz 2 mit dem ausdrücklichen Verbot von Sexgewerbe in bestimmten Wohnzonen in die geltende Bau- und Zonenordnung aufgenommen.

E. 3.3

Wohnzonen sind in erster Linie für Wohnbauten bestimmt; dieser Nutzweise zugerechnet werden auch Arbeitsräume, die mit einer Wohnung zusammenhängen und in einem angemessenen Verhältnis zur eigentlichen Wohnfläche stehen (§ 52 Abs. 1 PBG). Die kommunale Bau- und Zonenordnung kann in Wohnzonen mässig störende (oder auch nur nicht störende) Betriebe zulassen; stark störende Betriebe und solche, die unverhältnismässigen Verkehr auslösen, sind hingegen nicht zulässig (§ 52 Abs. 3 PBG). In die Auslegung von kompetenzgemäss erlassenen kommunalen Vorschriften durch die Gemeindebehörden darf nach ständiger Rechtsprechung nicht eingegriffen werden, wenn sie vertretbar und nicht rechtsverletzend ist; die kantonalen Rechtsmittelinstanzen haben sich deshalb bei der Überprüfung zurückzuhalten (RB 1981 Nr. 20; VGr, 19. Mai 1988, BEZ 1988 Nr. 14 E. 1h). Dies trifft auch in der vorliegenden Streitsache zu, wo es zwar nicht um die Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs des Gemeinderechtes geht, aber letztlich doch um die Auslegung einer im Rahmen von § 49a Abs. 3 PBG liegenden Bestimmung der Bau- und Zonenordnung (RB 1998 Nr. 95 E. 3b = BEZ 1999 Nr. 1). Dem Verwaltungsgericht kommt im Gegensatz zu den Vorinstanzen von vornherein nur eine Rechtskontrolle zu (§ 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

E. 3.4

Bezüglich der im Hinblick auf die erlaubten Lärmeinwirkungen üblichen und seit je getroffenen (typisierten) Differenzierung zwischen nicht, mässig und stark störendem Gewerbe kommt seit dem Inkrafttreten des Umweltschutzgesetzes vom 7. Oktober 1983 und der Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 dem kantonalen und kommunalen Recht keine selbständige Bedeutung mehr zu. Die Zulässigkeit von Betrieben richtet sich heute unter lärmschutzrechtlichen Aspekten ausschliesslich nach dem Umweltschutzgesetz und seinen Ausführungsbestimmungen. Soweit es um raum- und ortsplannerische Anliegen geht, haben die erwähnten Kategorien von Betrieben ihre Bedeutung indessen nicht verloren (BGE 123 II 560 E. 3c; 118 Ia 112 E. 1b; RB 1994 Nr. 73; Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. A., Bd. 1, Zürich 1999, Rz. 550 f.). Berücksichtigt werden können namentlich ideelle Immissionen, das heisst Einwirkungen, welche das seelische Empfinden verletzen beziehungsweise unangenehme psychische Eindrücke erwecken (VGr, 2. Dezember 2009, VB.2009.00417,

E. 3.1 = BEZ 2010 Nr. 2; BGE 108 Ia 140). Auch solche Einwirkungen können die Wohnqualität, und sei es auch nur über den Ruf der Wohngegend, in erheblichem Mass beeinträchtigen (BGr, 27. Januar 2005, 1P.160/2004, E. 4.1). Dabei wird nicht vorausgesetzt, dass die Störungen des Wohlbefindens an nach aussen in Erscheinung tretende Vorgänge anknüpfen, wie beispielsweise bei Betrieben des Sexgewerbes an aufreizende Werbung oder die Begegnung mit Freiern und dergleichen. Ins Gewicht fallen überdies Einwirkungen auf das psychische Wohlbefinden, die aus der blossen Vorstellung darüber entstehen, was im Innern eines benachbarten Gebäudes vor sich geht (VGr, 2. Dezember 2009, VB.2009.00417, E. 3.1 = BEZ 2010 Nr. 2).

E. 3.5

Enthält die Bau- und Zonenordnung keine nähere Umschreibung der zulässigen Nutzungen, verlangt das Verwaltungsgericht ausserdem in ständiger Praxis, dass eine Baute oder Anlage nicht nur hinsichtlich der mit ihr verbundenen Immissionen, sondern auch von ihrer raumplanerischen Zweckbestimmung her in eine bestimmte Zone passt (funktionale Betrachtungsweise; VGr, 2. Dezember 2009, VB.2009.00417, E. 3.2 = BEZ 2010 Nr. 2). Auch Betriebe, die nicht gegen das Umweltschutzgesetz und seine Ausführungsbestimmungen verstossen, können deshalb zonenwidrig sein, wenn sie ihrem Charakter nach nicht in eine Zone passen, das heisst in Bezug auf reine Wohnzonen nicht der Befriedigung der täglichen Bedürfnisse von Quartierbewohnern dienen (VGr, 18. November 2009, VB.2009.00324, E. 4.3).

E. 3.6

Nach Art. 17 der BZO 1984, wie sie bis 24. Oktober 2007 in Kraft stand, waren in der Wohnzone W3 60 % nur nicht störende Betriebe zulässig; ausdrückliche Regelungen über die (Un-)Zulässigkeit sexgewerblicher Nutzungen enthält die BZO 1984 nicht. Im Anhang zur BZO 1984 werden sodann "Beispiele für Betriebskategorien nach verwaltungsgerichtlicher Praxis" aufgezählt. Als "nicht störend" sollen etwa Bäckereien, Coiffeurläden, ärztliche Praxisräume oder Ateliers für stille Berufe gelten. Hinweise auf die Zulässigkeit sexgewerblicher Nutzungen sind auch im Anhang keine ersichtlich.

E. 3.7

Den Akten lässt sich zu einer allfälligen Bewilligungs- bzw. Verweigerungspraxis der Beschwerdegegnerin bezüglich sexgewerblicher Etablissements nichts entnehmen. Einschlägige Präjudizien werden von keiner Seite angeführt. Aus einer blossen Duldung entsprechender Aktivitäten könnte von vornherein keine eigentliche Bewilligungspraxis der Behörde abgeleitet werden; von Bedeutung wäre eine bewusste Duldung nur unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes (dazu unten E. 4). Mit der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin ein baupolizeiliches Gutachten über die Umnutzung der streitbetroffenen Wohnung erstellen liess, spricht einiges dafür, dass diese sich erstmals durch den streitbetroffenen Massagesalon mit der Frage der sexgewerblichen Nutzung in einer Wohnzone konfrontiert sah. Damit ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin weder dargetan noch ersichtlich, dass im Jahr 1999, als der Massagesalon angeblich den Betrieb aufnahm, eine kommunale Praxis zu Art. 17 BZO 1984 bestanden hätte, wonach sexgewerbliche Nutzungen in der Wohnzone W3 60 % bewilligt worden wären. Ob eine vertiefte Sachverhaltsabklärung allenfalls weitere Erkenntnisse darüber liefern könnte und im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erforderlich wäre (vgl. BGer, 5. Mai 2003, 1P.771/2001, E. 10.2), kann offenbleiben. Denn

eine Bewilligung des streitbetroffenen Ateliers wäre ohnehin nicht mehr mit Art. 17 BZO 1984 vereinbar und somit rechtverletzend.

E. 3.8

Zwar bedingt die Qualifizierung ideeller Immissionen als "stark störend" nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein erhebliches Konfliktpotenzial zwischen den sich entgegenstehenden Nutzungen, insbesondere zu Wohnnutzungen (BGer, 6. September 2010, 1C_66/2010, E. 4.3.3). Da Art. 17 Abs. 1 BZO 1984 aber in allen Wohnzonen, so auch in der Zone W3 60 %, nur "nicht störende" Betriebe gestattet, genügt bereits ein "mehr als geringes" Konfliktpotenzial, um eine Nicht-Wohnnutzung zu verweigern (VGr, 2. Dezember 2009, VB.2009.00417 , E. 2.2 = BEZ 2010 Nr. 2, auch zum Folgenden; Fritzsche/Bösch/Wipf, S. 774). Insbesondere darf die betreffende Nutzung ein gesundes und ruhiges Wohnen im Allgemeinen nicht beeinträchtigen und muss einwandfrei in eine Wohnzone passen.

E. 3.8.1

Dies ist vorliegend offensichtlich nicht der Fall. Wie die Vorinstanz richtig erwogen hat, besteht zwischen dem Sexgewerbe und Wohnnutzungen ein Konfliktpotenzial, das prinzipiell dazu geeignet ist, die Wohnqualität in der Umgebung zu vermindern (Rekursentscheid E. 5.4.5). Auch wenn sich in unmittelbarer Nachbarschaft des Ateliers E eine grosse Gewerbezone mit diversen Einkaufszentren und ein Autobahnkreuz befinden, bleibt das Störpotenzial zumindest bezüglich der übrigen Wohnungen im Mehrfamilienhaus F-Strasse 02 bestehen. Das Atelier, in dem nebst der Beschwerdeführerin noch zwei weitere Frauen arbeiten (Rekursentscheid E. 5.4.6), hat denn auch zu entsprechenden Klagen von Stockwerkeigentümern Anlass gegeben. Von einem "stillen Gewerbe" bzw. einem "nicht störenden Betrieb" kann entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht gesprochen werden. Ebenso wenig lässt sich der Betrieb des Ateliers der Wohnnutzung im Sinn von § 52 Abs. 1 PBG zurechnen (Rekursentscheid E. 5.4.6). Dass die Frauen jeweils für die Dauer von rund einem Monat die Wohnung gewerblich nutzen und dort auch wohnen, spricht nicht für eine überwiegende Wohnnutzung. Die Wohnnutzung dient dadurch nämlich einzig der Verrichtung der sexgewerblichen Tätigkeiten und ist dementsprechend von untergeordneter Bedeutung (vgl. VGr, 12. März 2008, VB.2007.00459, E. 4.1).

E. 3.8.2

Das in der streitbetroffenen Wohnung betriebene Atelier erweist sich aus diesen Gründen als zonenwidrig. Es ist folglich unerheblich, ob die in Anhang zur BZO 1984 aufgezählten "Beispiele für Betriebskategorien nach verwaltungsgerichtlicher Praxis" einer funktionellen Betrachtungsweise, wie sie von der Vorinstanz in Betracht gezogen wurde, entgegenstehen. Demnach war die sexgewerbliche Umnutzung der streitbetroffenen Wohnung schon gemäss Art. 17 Abs. 2 BZO 1984 nicht bewilligungsfähig. Erst recht ist eine Bewilligung der betreffenden Nutzung nach Art. 17 Abs. 2 Satz 2 der geltenden BZO 2006 ausgeschlossen, welcher sexgewerbliche Nutzungen und Betriebe nebst Spielsalons und dergleichen in Wohnzonen explizit verbietet.

E. 4

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Nutzungsänderung könne wegen der jahrelangen behördlichen Duldung aus Gründen des Vertrauensschutzes nicht mehr verweigert werden.

E. 4.1

Gemäss § 341 PBG hat die zuständige Behörde ohne Rücksicht auf Strafverfahren und Bestrafung den rechtmässigen Zustand herbeizuführen. Ein Ermessen, ob die zuständige Behörde tätig werden oder ob sie die Sache auf sich beruhen lassen soll, besteht damit grundsätzlich nicht (VGr, 13. April 2000, VB.2000.00033, E. 3a = BEZ 2000 Nr. 23; Christian Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, Zürich 1991, Rz. 665; François Ruckstuhl, Öffentlichrechtliche Baumängel, in: Peter Münch/Peter Karlen/Thomas Geiser [Hrsg.], Beraten und Prozessieren in Bausachen, Basel/Genf/München 1998, Rz. 14.63 ff.).

E. 4.1.1

Beim Vollzug hat die Behörde den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Ein Wiederherstellungsbefehl ist nach ständiger Rechtsprechung dann unverhältnismässig, wenn die Abweichung vom gesetzmässigen Zustand gering ist und die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch die Wiederherstellung entstände, nicht zu rechtfertigen vermögen (BGE 111 Ib 213 E. 6b S. 224; VGr, 12. Juni 1987, ZBl 89/1988, S. 262; Walter Haller/Peter Karlen, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. A., Bd. 1, Zürich 1999, Rz. 865 ff.). Geringfügig ist eine Abweichung vom Erlaubten dann, wenn nur um Weniges von der materiellen Vorschrift abgewichen wird, wobei die Geringfügigkeit bei einem wirtschaftlichen Interesse der Bauherrschaft an der Rechtsverletzung eher zu verneinen ist, als wenn kein solches Interesse besteht (VGr, 13. April 2000, VB.2000.00033, E. 3a = BEZ 2000 Nr. 23 ; Mäder, Rz. 665).

E. 4.1.2

Vorliegend bringt der Betrieb des Ateliers E der Beschwerdeführerin offenbar einen erheblichen Nutzen. Dafür sprechen einerseits die von der Beschwerdeführerin getätigten Investitionen und der mit dem Standort verbundene Kundenstamm, den sie dort nach eigenen Angaben über die Jahre aufgebaut hat, andererseits aber auch der überbezahlte Mietzins von Fr. 3'000.- für eine Zweizimmerwohnung, welchen die Beschwerdeführerin zu zahlen bereit ist. Ausserdem kann die jahrelange zonenwidrige Nutzung einer ganzen Wohnung nicht mehr als geringfügige Abweichung von einer Bauvorschrift betrachtet werden.

E. 4.2

Bei bedeutenderen Abweichungen von den materiellen Bauvorschriften können nur Gründe des Vertrauensschutzes zu einem Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands führen (VGr, 16. Dezember 2009, VB.2009.00471, E. 2.1; RB 2000 Nr. 106 = BEZ 2000 Nr. 23). Solche Gründe liegen dann vor, wenn die Bauherrschaft gutgläubig angenommen hat, sie sei zur Bauausführung ermächtigt, und wenn der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustands nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen (VGr, 14. Juli 2004, VB.2004.00151, E. 3.3; RB 1985 Nr. 118 = BEZ 1986 Nr. 22, mit Hinweisen).

E. 4.2.1

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können die Baubehörden aus Gründen des Vertrauensschutzes (Art. 9 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]) nicht mehr einschreiten, wenn sie den baurechtswidrigen Zustand über Jahre hinaus duldeten, obschon ihnen die Gesetzwidrigkeit bekannt war oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätten kennen müssen (BGE 107 Ia 121 E. 1c). Allerdings darf die bloss

Untätigkeit nur mit grosser Zurückhaltung als behördliche Duldung interpretiert werden (BGr, 19. September 2001, 1P.768/2000 E. 4c = ZBl 103/2002, S. 188, 195; VGr, 24. Januar 2002, BEZ 2002 Nr. 4 E. 4a; 12. Juni 1987, ZBl 89/1988, S. 261 E. 3b; Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel/Frankfurt a. M. 1983, S. 228).

E. 4.2.2

Während die rechtswidrige Nutzung von den Rechtsvorgängern der Beschwerdeführerin offenbar im Jahr 1999 aufgenommen wurde, ist die Beschwerdegegnerin nach ihren eigenen Angaben erstmals aufgrund der Mitteilung des Vertreters der Stockwerkeigentümer vom 16. Januar 2006 auf die Nutzung als sexgewerbliches Atelier aufmerksam geworden. Die Beschwerdeführerin bestreitet hingegen, dass die Beschwerdegegnerin erst im Jahr 2006 von den Aktivitäten in der Liegenschaft erfahren habe. In einer vergleichsweise kleinen Gemeinde wie I dürfte sich die Existenz eines solchen Ateliers schnell herumsprechen; dies umso mehr, als im selben Gebäude auch das Atelier G betrieben worden sei. Zudem unterständen die im Atelier arbeitenden Frauen dem Meldeverfahren beim Amt für Wirtschaft und Arbeit. Bereits im Jahr 1999, als das Atelier den Betrieb aufgenommen habe, hätten sich die damaligen Betreiber bei den Gemeindebehörden über die Erforderlichkeit von entsprechenden Arbeitsbewilligungen und Meldeverfahren informiert. Auch habe die Polizei nach Angaben des Stockwerkeigentümers D und dessen Mutter und früherer Betreiberin des Ateliers bereits kurz nach der Eröffnung die ersten Kontrollen durchgeführt. Die Beschwerdegegnerin hätte zumindest bei gebotener Sorgfalt vom betreffenden Atelier Kenntnis haben müssen. Wann die Beschwerdegegnerin (allenfalls unter Anrechnung des Wissens der beteiligten Behörden) in Wirklichkeit von der sexgewerblichen Nutzung der streitbetroffenen Wohnung erfahren hat und ob ihre Untätigkeit bis zur formellen Bauverweigerung vom 14. Dezember 2009 einen Vertrauenstatbestand darstellt, kann aus den nachfolgenden Gründen dahingestellt bleiben.

E. 4.3

Auch bei langjähriger Duldung des baurechtswidrigen Zustands kann sich die Bauherrschaft dann nicht auf Vertrauensschutz berufen, wenn sie die Rechtswidrigkeit bei zumutbarer Sorgfalt hätte erkennen können, also insofern bösgläubig war (BGr, 19. September 2001, 1P.768/2000 E. 4c = ZBl 103/2002, S. 188, 196; Weber-Dürler, S. 231). Wusste die Bauherrschaft um das Bewilligungserfordernis für die vorgenommene Nutzungsänderung oder hätte sie darum wissen müssen, so ist sie in ihrem Vertrauen in die behördliche Duldung nicht zu schützen (BGr, 19. August 2003, 1P.198/2003, E. 3.4).

E. 4.3.1

Zwar erfordert nicht jede Nutzungsänderung eine baurechtliche Bewilligung im Sinn von § 309 Abs. 1 lit. b PBG, sondern es ist jeweils aufgrund einer Gesamtbetrachtung und unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zu prüfen, ob die mit der neuen Bewerbung verbundenen Auswirkungen in irgendeiner Hinsicht intensiver sind oder sonst ein planungs- und baurechtlich geschütztes Rechtsgut berühren (VGr, 18. August 2004, VB.2004.00167, E. 2). Bei der Umnutzung einer Wohnung in einen Erotikbetrieb ist das (von der Beschwerdeführerin an sich nicht bestrittene) Bewilligungserfordernis aber ohne Weiteres erkennbar: Dass ein Massagesalon, in dem sexgewerbliche Dienstleistungen angeboten werden, in baurechtlicher Hinsicht eine wesentlich andere und immissionsreichere Nutzung darstellt als eine Wohnung, muss auch einem baurechtlichen

Laien bewusst sein (vgl. VGr, 18. August 2004, VB.2004.00167, E. 6) .

E. 4.3.2

Daran ändern auch der Kontakt der damaligen Betreiber des Ateliers mit den Gemeindebehörden und der Hinweis der Beschwerdeführerin auf BGer, 19. September 2001, 1P.768/2001, E. 4c, nichts. So beschränkte sich der behördliche Kontakt vorliegend auf die Polizei und das Amt für Arbeit und Wirtschaft, ohne dass dabei die baurechtliche Zulässigkeit der Nutzung zur Sprache gekommen wäre. Nichts deutet auf eine vertrauensbegründende Handlung oder Zusicherung der Beschwerdegegnerin als Baubehörde hin. Im zitierten Bundesgerichtsurteil wird zudem offengelassen, ob es die Sorgfaltspflicht – in Anbetracht der sittenpolizeilichen Registrierung des beurteilten Massagesalons und der Unklarheit der damaligen stadtzürcherischen Bewilligungspraxis für sexgewerbliche Betriebe in Wohnzonen – geboten hätte, sich im Zeitpunkt der Umnutzung bei den Baubehörden über die Nutzungsbewilligung zu erkundigen. Damit kann die Beschwerdeführerin aus dem Urteil nichts zu ihren Gunsten ableiten; vielmehr muss sie sich die Bösgläubigkeit ihrer Rechtsvorgänger hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Nutzungsänderung anrechnen lassen. Mangels schutzwürdigen Vertrauens der Beschwerdeführerin in die geltend gemachte behördliche Duldung des Ateliers E erweist sich die nachträgliche Verweigerung der sexgewerblichen Nutzung als rechtmässig.

E. 5

Die Nutzungsverweigerung verstösst im Übrigen nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) oder das Verhältnismässigkeitsgebot (Art. 5 Abs. 2 BV). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin führen das hohe Verkehrsaufkommen und die Lärmbelastung im fraglichen Gebiet nicht zur Untauglichkeit der Nutzungsverweigerung als behördlicher Massnahme. Diese bezweckt nicht ausschliesslich die Verhinderung eines übermässigen Freierverkehrs und von sonstigen unerwünschten Begleiterscheinungen (Ruhestörungen, häufiger Mieterwechsel, Verdrängung von Familien, höhere Kriminalität), sondern dient insbesondere auch der Vermeidung der von sexgewerblichen Massagesalons ausgehenden ideellen Immissionen, mithin berechtigten öffentlichen Interessen (siehe oben E. 3.4). Mildere Mittel als die verfügte Nutzungsverweigerung sind für die Erreichung der gesetzlichen Ziele nicht ersichtlich. Zwischen dem Eingriffszweck und der Eingriffswirkung besteht sodann kein Missverhältnis: Während es der Beschwerdeführerin freigestanden hätte, ihr Atelier in einer solchen Zone einzurichten und bewilligen zu lassen, die eine entsprechende Nutzung zulässt, entschied sie sich – ohne sich um die Einholung einer baurechtlichen Bewilligung zu bemühen – für die Übernahme der streitbetroffenen Wohnung, in welcher eine sexgewerbliche Nutzung schon nach der BZO 1984 unzulässig war. Damit sind die geltend gemachten beträchtlichen Investitionen in das Atelier selbst verschuldet und fallen bei der Interessenabwägung nicht ins Gewicht.

E. 6

Da die Nutzungsverweigerung eine verhältnismässige Massnahme darstellt und für den Schutz der erwähnten öffentlichen Interessen unerlässlich ist, kommt die Erteilung der eventualiter beantragten Ausnahmegewilligung gemäss § 220 PBG von vorherein nicht in Betracht. Auch die sonstigen Voraussetzungen einer Ausnahmegewilligung, wie etwa das Vorliegen einer Ausnahmesituation, sind nicht erfüllt.

E. 7

Nachdem sich die Bauverweigerung sowie der Wiederherstellungsbefehl trotz einer allfälligen Duldung durch die Behörden als rechtmässig erweisen, liegt auch keine Verletzung des Willkürverbots vor.

E. 8

Der Eventualantrag der Beschwerdeführerin, bei Abweisung des Hauptpunkts die Frist zur Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustands auf 120 Tage zu erstrecken, ist angesichts des Umstands, dass die Vorinstanz die Frist bereits auf 120 Tage angesetzt hat und diese erst mit Eintritt der Rechtskraft des angefochtenen Beschlusses vom 14. Dezember 2009 zu laufen beginnt (Rekursentscheid Disp.-Ziff. 1), von vornherein gegenstandslos.

E. 9

Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen, womit die Beschwerdeführerin kostenpflichtig wird (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Da die Beantwortung der Beschwerde einen nicht unerheblichen Aufwand verursacht hat und die Komplexität der Rechtsfragen den Beizug eines Rechtsanwalts rechtfertigte, ist der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Angemessen ist eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-.

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