

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.39 vom 1. November 2013

BS Appellationsgericht, 2013-11-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2013.39

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.39 du 1 novembre 2013

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.39 del 1 novembre 2013

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Baurekurskommission ist gemäss § 2 des Gesetzes betreffend die Baurekurskommission (BRKG) eine vom Regierungsrat gewählte Kommission. Damit unterliegen ihre Entscheide nach § 10 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG) dem Rekurs an das Verwaltungsgericht, was § 6 BRKG ausdrücklich festhält. Daraus folgt die sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses. Die Rekurrentin ist als Baugesuchstellerin und Adressatin des angefochtenen Entscheids von diesem berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung, weshalb sie gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert ist. Auf diesen ist somit einzutreten, soweit er mit der Rekursbegründung aufrechterhalten worden ist.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich mangels besonderer Vorschriften nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Danach ist zu prüfen, ob die Baurekurskommission den Sachverhalt unrichtig festgestellt, ob sie das geschriebene oder ungeschriebene öffentliche Recht falsch angewendet oder ob sie ihr Ermessen überschritten hat.

E. 2

Wie schon im vorinstanzlichen Verfahren rügt die Rekurrentin eine mangelhafte Eröffnung der angefochtenen Verfügung.

2.1 Sie macht als Verfahrensfehler geltend, dass die Miteigentümer der Liegenschaft Amerbachstrasse bis heute zum Teil nicht über das Verfahren orientiert worden seien. Sie hätten keine Information über die angefochtene, sie belastende Verfügung erhalten. Die Verfügung vom 9. August 2012 sei daher nicht rechtsgenügend eröffnet worden und erwachse zumindest gegenüber den Miteigentümern der Liegenschaft nicht in Rechtskraft. Nur ein Miteigentümer sei orientiert und habe an die Vorinstanz rekurriert. Die anderen Miteigentümer wüssten nicht, was bezüglich ihres Grundeigentums überhaupt verfügt worden sei. Die Zustellung der Verfügung an die F_____ GmbH, mit der sie in keinem Rechts- oder Vertretungsverhältnis stehe, genüge nicht. Die Rekurrentin habe die Verfügung aufgrund einer ■zufälligen■ Eröffnung verzögert mit B-Post erhalten.

2.2 Die Vorinstanz hat festgehalten, dass die angefochtene Verfügung der F_____ GmbH zugestellt worden sei. Diese verwalte die Liegenschaft. Entgegen ihrer eigentlichen Praxis sei die Verfügung nicht in erster Linie an die Eigentümer, sondern an die Korrespondenzadresse gemäss Auskunft der Gebäudeversicherung geschickt worden. Die Rekurrenten hätten die Verfügung vom 9. August 2012 wie auch das vorgängige

Aufforderungsschreiben vom 6. Juni 2012 erhalten, darauf aber nicht reagiert. Die F_____ GmbH habe dagegen ein Antwortschreiben verfasst und sei vorgängig beim Baubegehren Nr. [] vom 21. September 2011 als Gesuchstellerin aufgetreten. Aus diesem Grund habe die Vorinstanz annehmen dürfen, dass die F_____ GmbH sowohl als Vertreterin der Grundeigentümer wie auch der Rekurrentin handle. Schliesslich habe die Rekurrentin eine Kopie der Verfügung erhalten und daher rechtzeitig Rekurs erheben können, weshalb ihr durch die Zustellung an die F_____ GmbH kein Nachteil erwachsen sei.

2.3 Verfügungen sind zu eröffnen, also durch individuelle Mitteilung ihres Inhalts an den Adressaten bekannt zu geben (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, N 886). Die Eröffnung kann grundsätzlich formfrei erfolgen, doch trägt die Verwaltungsbehörde die Beweislast für deren richtige Vornahme (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 1639).

Vorliegend ist die angefochtene Verfügung vom 9. August 2012 der F_____ GmbH zugestellt worden. Diese Gesellschaft beantragte als Bauherrin mit Gesuch vom 21. September 2011 mit ausdrücklicher Einwilligung der Miteigentümer der Standortparzelle den Umbau. Daneben sind Kopien der Verfügung gemäss einem entsprechenden Vermerk auch der Rekurrentin und den Grundeigentümern zugestellt worden. Die Rekurrentin bestreitet gar nicht, dass sie eine solche Kopie erhalten hat. Damit ist ihr der Inhalt der Verfügung bekannt und es wurde ihr Gelegenheit gegeben, diese anzufechten, was sie denn auch getan hat. Die Verfügung ist ihr somit rechtsgenüchlich eröffnet worden, auch wenn sie nicht explizit als Adressatin der Verfügung bezeichnet worden ist. Soweit die Rekurrentin eine ungenügende Eröffnung der Verfügung an die Grundeigentümer rügt, ist sie nicht in eigenen Rechten verletzt und folglich auch nicht zur entsprechenden Rüge legitimiert. Durch eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs Dritter ist die Rekurrentin nicht betroffen (BGer 1C_320/2011 vom 30. Mai 2012 E. 4.3.1). Hinzu kommt, dass bei der Eröffnung einer Bauverfügung an eine juristische Person, die zuvor als Bauherrschaft mit Vollmacht der Eigentümerschaft aufgetreten ist, selbst im Falle einer unterbliebenen Eröffnung an die Miteigentümer der Liegenschaft nicht von einem schwerwiegenden Eröffnungsfehler gesprochen werden könnte, welche die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge hätte (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 972 ff.).

E. 3

In der Sache strittig ist, ob es sich bei der aktuellen Nutzung um eine Umnutzung im Vergleich zur bewilligten Nutzung der Hinterhofbaute auf der Parzelle Amerbachstrasse handelt.

3.1 Wie die Rekurrentin ausführt und sich aus den Akten ergibt, führt sie im Hinterhaus der Amerbachstrasse ein Etablissement des Sexgewerbes. Sie habe ein klares Betriebskonzept, das allen beteiligten Amtsstellen, mit denen sie eng zusammenarbeite, bekannt gewesen sei. Seit Betriebsbeginn sei nie eine andere Nutzung vorgelegen.

Die Rekurrentin macht geltend, dass diese Baute bereits vor der Übernahme durch sie resp. der G_____ AG ausschliesslich betrieblich genutzt worden sei. Nach einem kurzen Leerstand sei sie zuletzt jahrelang von einer Kunstakademie mit Künstlerwerkstätten zum Teil auch durch Musiker genutzt worden. Es seien ein eigentlicher Schulbetrieb und Veranstaltungen bis tief in die Nacht durchgeführt worden. Die Besucherkadenz sei mindestens gleich hoch gewesen. Dieser Betrieb sei immissionsträchtiger gewesen als der aktuelle. Die Behörden gingen zu Unrecht von einer Vergrösserung der Einwirkungen auf

die Umgebung resp. des Nutzungskreises aus. Bei den Einwirkungen werde von einer Wohnzone ausgegangen, obwohl die Lärmempfindlichkeitsstufe III vorliege und das Hinterhaus nie als Wohnung genutzt worden sei. Ihr damaliger Vertreter, Rechtsanwalt [], habe die Behörden bei Planungsbeginn angefragt, ob eine ■spezielle Sex-Bewilligung■ erforderlich sei, was von diesen verneint worden sei. Für den Betrieb gäbe es eine rechtskräftige Baubewilligung (Nr. BBG []) vom 27. März 2012. Die Baubewilligung für den Saunaclub mit Nutzungsänderung im Innenhof und entsprechenden Hinweisschildern sei in Kenntnis des Betriebs der Rekurrentin erteilt worden. Es habe eine Bauabnahme stattgefunden. Läge eine Umnutzung vor, so hätte bereits dieser Bauentscheid vom 27. März 2012 (Nr. BBG []) nicht ergehen dürfen. Es liege daher keine Zweckänderung im Sinne von § 26 Abs. 2 lit. a BPV vor. Die geltend gemachten ideellen Immissionen würden schon seit Jahren bestehen. Das Verhalten der Behörden sei widersprüchlich.

3.2 Bauten und Anlagen dürfen gemäss Art. 22 des Raumplanungsgesetzes (RPG) nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Nach der Rechtsprechung ist eine bauliche Massnahme dann dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, wenn mit der Realisierung der Baute oder Anlage im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht (BGE 120 Ib 379 E. 3c S. 383 f. mit Hinweisen). Daher kann sich die Bewilligungspflicht auch aus dem Betrieb einer Baute ergeben (Waldmann/Hänni, Handkommentar Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 22 N 10). Wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, unterstehen reine Umnutzungen ebenso der Baubewilligungspflicht (BGE 119 Ib 222 E. 3a S. 226 f. mit Hinweisen; BGer 1C_157/2011 vom 21. Juli 2011 E. 3.1, 1C_47/2008 vom 8. August 2008 E. 2.5.1, publ. in: ZBI 111/2010 S. 397; 1A.216/2003 vom 16. März 2004 E. 2.1, erwähnt in: URP 2004 S. 349). Auch blosser Nutzungsänderungen, die ohne bauliche Vorkehrungen auskommen, unterstehen der Bewilligungspflicht, wenn sie neu, organisiert und von erheblicher Intensität sind, regelmässig erfolgen sowie auf Dauer angelegt sind (vgl. BGer 1C_529/2012 vom 29. Januar 2013 E. 5.1 m.H. auf BGE 113 Ib 219 E. 4d S. 223). Bewilligungspflichtig sind dabei auch Zweckänderungen, selbst wenn sie äusserlich nicht in Erscheinung treten und nicht mit baulichen Veränderungen verbunden sind. Eine ohne bauliche Vorkehrungen auskommende Zweckänderung unterliegt der Bewilligungspflicht nur dann nicht, wenn auch der neue Verwendungszweck der in der fraglichen Zone zugelassenen Nutzung entspricht und sich die Änderung hinsichtlich ihrer Auswirkung auf Umwelt sowie Planung als ausgesprochen geringfügig erweist (BGE 113 Ib 219 E. 4d S. 223 m.H.; BGer 1C_120/2012 vom 22. August 2012 E. 3.2). Bewilligungspflichtig sind daher etwa die Erhöhung des Tierbestandes in einem bestehenden und bewilligten Stall (BGer 1C_120/2012 vom 22. August 2012 E. 3.3) oder ein neues Betriebskonzept eines Casinos (z.B. durch Erhöhung der Tisch- und Automaten spielplätze), wenn es eine erhebliche Veränderung der Immissionen (z.B. durch Erhöhung der Besucherzahlen) zur Folge hat (vgl. BGer 1A.216/2003 vom 16. März 2004 E. 3, in: URP 2004 S. 349). Die Kantone dürfen über diesen bundesrechtlichen Mindeststandard hinaus weitere Vorgänge der Bewilligungspflicht unterstellen, nicht aber von dieser ausnehmen, was nach Art. 22 RPG einer Bewilligung bedarf (BGer 1C_157/2011 vom 21. Juli 2011 E. 3.1).

3.3 Die Vorinstanz hat erwogen, die Führung eines Sexbetriebes bewirke andere Immissionen als die Führung eines Fitnessclubs.

3.3.1 Zu beachten sind auch die ideellen Immissionen eines Sexbetriebs. So erwog das Bundesgericht kürzlich, ein Betrieb mit 19 Studios für die Erbringung von Massage- und Erotikdiensten habe selbst dann, wenn den Kunden 16 Parkplätze in der Tiefgarage zur Verfügung stehen, erhebliche Auswirkungen auf die Wohnqualität in der betreffenden Wohnzone. Diese könnten nicht mit dem Hinweis auf den belebten Charakter des Quartiers und ein während der Geschäftszeit betriebenes Transportgewerbe in der unmittelbaren Nachbarschaft entkräftet oder relativiert werden (BGer 1C_157/2012 vom 16. Juli 2012 E. 4.4). In einer anderen Entscheidung hat das Bundesgericht ausgeführt, für die Beurteilung der Störung der Wohnnutzung könnten namentlich auch ideelle Immissionen, die das seelische Empfinden verletzen bzw. unangenehme psychische Eindrücke erwecken, berücksichtigt werden. Wenn ein Betrieb zur Folge habe, dass die Umgebung unsicher, unästhetisch oder sonst wie unerfreulich wirkt, so kann dies die Attraktivität einer Gegend für Geschäfte und Wohnungen mindern. Auch solche Einwirkungen könnten mithin die Wohnqualität, und sei es auch nur über den Ruf der Wohngegend, in erheblichem Mass beeinträchtigen (BGer 1C_83/2012 vom 18. Juli 2012 E. 2.6, 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005 E. 4.1). Dabei werde 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 (BGer 1C_83/2012 vom 18. Juli 2012 E. 2.6). Das Bundesgericht hat es dabei auch als vertretbar bezeichnet, sexgewerbliche Betriebe aufgrund ihrer ideellen Immissionen in einer Zone mit einem Wohnanteil von mindestens 60 % als stark störend einzustufen (BGer 1P.771/2001 vom 5. Mai 2003 E. 9.2, in: ZBl 105/2004 S. 111; BGE 136 I 395 E. 4.3.3 S. 401 f.).

3.3.2 Aufgrund der ideellen Immissionen wie auch der unterschiedlichen Kundschaft und Öffnungszeiten unterscheidet sich ein Fitness- oder Saunaclub in seinen räumlichen Auswirkungen deutlich von einem Sexbetrieb. Die Vorinstanz hat diesbezüglich zutreffend auf ein erhöhtes Verkehrsaufkommen gerade auch in den Nachtstunden, wie auch die Belastung des Rufs eines Wohnquartiers durch einen Sexbetrieb hingewiesen.

Demnach hat die Vorinstanz zutreffend erwogen, dass die Nutzung des Hinterhauses als Sexbetrieb räumliche Auswirkungen nach sich ziehen kann, die ein Interesse der Nachbarschaft an einer vorgängigen Kontrolle und der Prüfung der Zonenkonformität des Betriebes rechtfertigen. Dies gilt insbesondere für einen Betrieb dieser Grösse, bei dem jeweils mehrere Dutzend Sexdienstleisterinnen ihrem Gewerbe nachgehen. Irrelevant erscheint deshalb zum vornherein, ob das Hinterhaus vor seinem Umbau im Jahr 2008/2009 durch einen Kunstschulbetrieb genutzt worden ist, können die Immissionen eines solchen Betriebes doch offensichtlich nicht mit dem heute betriebenen Sexgewerbe verglichen werden.

3.3.3 Daraus folgt für den vorliegenden Fall, dass die Nutzung einer bestehenden, bereits bisher gewerblich genutzten, sich in der Bauzone 4 und der Lärmempfindlichkeitsstufe III befindenden Baute als Sexbetrieb, in dem gemäss der eigenen Werbung der Rekurrentin ■10 bis 15■ resp. ■15 bis 25■ ■internationale Girls■ die Kundschaft für sexuelle Dienstleistungen in den verschiedensten Formen auf einer Fläche von 500m² erwarten, zweifellos einen nach Art. 22 RPG bewilligungspflichtigen Betrieb darstellt.

3.3.4 Nichts zu ihren Gunsten vermag die Rekurrentin schliesslich aus dem angerufenen Entscheid des Verwaltungsgerichts (VGE 761/2001 vom 7. August 2002) für sich abzuleiten. Im damaligen Verfahren ging es just um die Umnutzung eines Restaurants in

der Liegenschaft [] in einen Nachtclub mit Table-Dance. Es war in jenem Verfahren unbestritten, dass diese Umnutzung einer Bewilligung bedarf. Strittig war allein, ob der entsprechende Betrieb bewilligt werden konnte.

3.3.5 Nicht zu beurteilen ist im vorliegenden Verfahren, in dem es nur um den Entscheid geht, ob die Nutzung des Hinterhauses als Sexbetrieb einer Bewilligung bedarf, die Bewilligungsfähigkeit des Betriebes. Daher können auch dessen tatsächliche Immissionen und deren Konformität in der Lärmempfindlichkeitsstufe III offen bleiben. Dies wird Gegenstand des durchzuführenden Bewilligungsverfahrens sein. Es braucht daher nicht im Einzelnen abgeklärt zu werden, welche Immissionen von den Freiern bei Ankunft und Verlassen des Clubs ausgehen. Ebenfalls nicht einzutreten ist deshalb auf die Ausführungen in der Noveneingabe vom 23. September 2013, soweit darin unter Hinweis auf die Stellungnahme des Regierungsrates Nr. 10.5326.02 zum Anzug Ursula Metzger Junco P. und Konsorten betreffend Erstellung eines Konzepts zur Prostitution vom 8. Mai 2013 die Zonenkonformität der Salonprostitution geltend gemacht wird. Hinzuweisen ist vielmehr auf die darin enthaltene Aussage, wonach im Falle einer Umnutzung einer Wohn- oder Geschäftsliegenschaft in einen Sexbetrieb ■für diese Nutzungsänderung gemäss § 26 der Bau- und Planungsverordnung nach Ansicht des Bau- und Gastgewerbeinspektorates eine Baubewilligung notwendig■ ist. Damit werde ■allen Interessierten während der Auflagedauer die Möglichkeit zur Einsichtnahme in die Gesuchsunterlagen und den jeweils Betroffenen zur Einsprache geboten■ (S. 3). Genau darum geht es nach dem Gesagten.

3.4 Es stellt sich aber die Frage, ob gegenüber dem bewilligten Zustand eine Nutzungsänderung vorliegt, oder mit den vorliegenden Bewilligungen auch schon das Führen des vorliegenden, bordellähnlichen Betriebes bewilligt worden ist.

3.4.1 Mit Gesuch vom 3. Oktober 2008 beantragte die G_____ AG in Gründung den Umbau des Hinterhauses an der Amerbachstrasse in einen ■Fitnessklub mit Wellness-Areal■. Dem eingereichten Grundrissplan im Erdgeschoss kann entnommen werden, dass drei bestehende Räume und ein neu abzutrennender Raum für ■Fitness■ genutzt werden sollten. Ferner war ein grosser Raum mit Sauna, Dampfbad, Jakusi, Duschen und eventuell einer Bio-Sauna rund um eine Liegezone vorgesehen. Weiter waren der Einbau einer Garderobe, eines disponiblen Raums sowie eines Raums mit Schliessfächern und ein Entree sowie ein Büro/Empfang im Erdgeschoss geplant. Gemäss dem Grundrissplan für das Obergeschoss sollten dort sieben Fitnessräume, eine Snackbar sowie ein Sitzbereich eingerichtet werden. Aus diesem Baubegehren kann die Nutzung des umgebauten Hinterhauses als Sexbetrieb nicht abgeleitet werden. Nichts anderes kann dem Bauentscheid Nr. BBG [] vom 2. Dezember 2008 oder den Unterlagen über die Bauabnahme (Mängelprotokoll vom 23. Januar 2009, Freigabe vom 27. März 2009) entnommen werden. Schliesslich kann auch aus den Schreiben der ursprünglich verantwortlich zeichnenden Fachperson, [], vom 11. Februar und 22. April 2009, mit denen sie sich schriftlich als verantwortliche Fachperson abgemeldet hat, nichts anderes geschlossen werden. Zwar hat sie mit dem zweiten Schreiben jegliche Verantwortung für ■allfällige bauliche, wie auch betriebliche Verfehlungen■ abgelehnt. Daraus musste aber nicht abgeleitet werden, dass die Rekurrentin offenbar einen anderen, als den bewilligten Betrieb aufzunehmen gedenkt. Wie die Vorinstanz zutreffend feststellt, bestätigt die Rekurrentin indirekt selber eine Nutzungsänderung seit jener Bewilligung, wenn sie darauf hinweist, dass die Behörden die Nutzung gekannt hätten. Wäre diese bewilligt worden, bräuchte nicht auf die Kenntnis der Behörden verwiesen zu werden.

Dem Gesuch vom 21. September 2011, mit dem Reklameanlagen, Sichtschutzwände und eine Nutzungsänderung beantragt worden sind, kann nicht entnommen werden, dass die Baute als bordellartiger Sexbetrieb genutzt werden soll. Wie den beigelegten Unterlagen entnommen werden kann, beabsichtigte die damalige Gesuchstellerin, die F_____ GmbH zwar die Anbringung von Reklameschildern und Signalisationen des Parkings mit D_____, die auch Silhouetten von Frauen enthielten (Dossier Bau-Entscheid Nr. [] vom 27. März 2012, Vernehmlassungsbeilage 5a). Dabei wurde die zum Teil darauf enthaltene, grössere Silhouette einer nackten Frau nicht bewilligt (Vernehmlassungsbeilage 5a). Diese Reklamen entsprechen durchaus der Aufmachung, wie sie aus dem sogenannten Rotlicht-Milieu bekannt ist. Dies allein genügt aber nicht, um den als Fitnessclub mit Sauna und ähnlichem bewilligten Betrieb auch nach seiner Umbenennung in Sauna-Club FKK klar als Gewerbe zu kennzeichnen, welches der Prostitution dient. Freikörperkultur (FKK) kann eindeutig von käuflichem Geschlechtsverkehr unterschieden werden. Zu beachten ist zudem vor allem, dass die Behörden bereits bei der Behandlung der Einsprachen verdeutlicht haben, dass die Bewilligung nur auf der Grundlage der Nutzung der Hinterhofbaute als Fitnessclub mit Snack-Bar erfolgt sei. Die Nutzung dieser Räume als Bordell entspräche somit nicht der bewilligten Nutzung. Das Bau- und Gastgewerbeinspektorat wurde durch die Hinweise in den Einsprachen in Bezug auf die Umnutzung in ein Bordell aufmerksam und wird weitere Schritte einleiten (vgl. Einspracheentscheide diverser Nachbarn vom 27. März 2012 [Vernehmlassungsbeilage 5b]). Tatsächlich hat das BGI in der Folge denn auch das vorliegende Verfahren eingeleitet.

3.4.2 Daraus ergibt sich, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Baubewilligungsbehörde die Nutzung des Hinterhauses Amerbachstrasse als Sexbetrieb gekannt und geduldet hätte. Gerade die Behandlung der Einsprachen der Nachbarn im Verfahren Baubegehren Nr. [] verdeutlichen, dass die Nachbarschaft bisher keine Gelegenheit gehabt hat, die Zonenkonformität des Sexbetriebes in einem förmlichen Bewilligungsverfahren überprüfen zu lassen, da die Betreiber eine solche Baubewilligung für ihren Sexbetrieb gerade nicht eingeholt haben.

3.4.3 Weiter kann die Rekurrentin auch aus ihrem Kontakt mit dem Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) nichts zu ihren Gunsten ableiten, ging es dabei doch nicht um die bau- und planungsrechtliche Beurteilung des Betriebes. Wie die Rekurrentin im vorinstanzlichen Verfahren nachgewiesen hat, ist dem AWA vom damaligen Verwaltungsrat am 5. Januar 2010 ein Betriebskonzept eines FKK-Clubs in Basel zugestellt worden, aus dem auch die Erbringung sexueller Dienstleistungen der weiblichen Gäste hervorgeht (Anlage 3 zur Eingabe vom 28. September 2012, Vernehmlassungsbeilage 8a). Die Kenntnisse dieser Behörde muss sich das BGI nicht anrechnen lassen, ist es doch Sache der Betreiberin, für die notwendige baurechtliche Bewilligung besorgt zu sein. Eine eigentliche Auskunft der Baubehörden an den vormaligen Anwalt der Rekurrentin, Herrn [], dass keine Bewilligung für einen Sexbetrieb benötigt werde, wird nicht bestätigt. Behauptet, aber nicht belegt wird allein eine entsprechende Auskunft der Polizei, die aber zur Erteilung baurechtlicher Auskünfte nicht zuständig ist.

3.4.4 Schliesslich ist es nicht Sache der Baubewilligungsbehörden, von sich aus die Einhaltung baurechtlicher Bewilligungen zu kontrollieren. Verantwortlich für deren Einhaltung ist vielmehr in erster Linie die Bauherrschaft selber (VGE VD.2012.85 vom 15. März 2013 E. 2.2.2 f.).

3.5 Besteht nach dem Gesagten aber bereits gestützt auf Art. 22 RPG eine Bewilligungspflicht, so erscheint irrelevant, dass der kantonale Gesetzgeber bisher einer Erlaubnis der Salonprostitution mit Verbotsvorbehalt im Falle unzumutbarer Belästigungen der Anwohnerschaft den Vorzug hat geben wollen (Stellungnahme des Regierungsrates Nr. 10.5326.02 zum Anzug Ursula Metzger Junco P. und Konsorten betreffend Erstellung eines Konzepts zur Prostitution vom 8. Mai 2013, S. 4). Dies kann nur dann gelten, soweit die Voraussetzungen für eine Baubewilligung gemäss E.

E. 3.2

im Einzelfall nicht gegeben sind.

3.6 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass für den gegenüber der bewilligten Nutzung geänderten Betrieb eine Baubewilligung einzuholen ist bzw. ein Bauverfahren durchgeführt werden muss.

E. 4

4.1 Die Rekurrentin macht weiter geltend, beträchtliche Investitionen in die Hinterhofbaute getätigt zu haben, welche nicht amortisiert seien. Sie rügt damit einen unverhältnismässigen Eingriff in ihre Wirtschaftsfreiheit und die Eigentumsgarantie. Darin kann ihr nicht gefolgt werden.

Bauliche Nutzungen bedürfen gemäss Art. 22 RPG wie ausgeführt (oben E. 3.2) einer Bewilligung. Darin liegt eine bundesgesetzliche Einschränkung der Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV und der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV, welche für den Rechtsanwender nach Art. 190 BV massgebend ist. Ob allenfalls die Verweigerung der Erteilung einer Bewilligung zum Führen eines bordellartigen Betriebes im Hinterhaus Amerbachstrasse einen unverhältnismässigen Eingriff in die genannten Grundrechte bewirken kann, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden, ist dieses Bewilligungsverfahren doch nicht Gegenstand des aktuellen Rekurses.

4.2 Zu prüfen ist aber, ob die am 9. August 2012 verfügte Verpflichtung der Rekurrentin zur Einstellung des ohne Baubewilligung geführten Betriebes verhältnismässig erscheint.

4.2.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wie sie in BGE 108 Ia 216 E. 4b S. 218 f. begründet und seither in mehreren Entscheiden bestätigt worden ist, kann der Abbruch einer materiell rechtswidrigen Baute unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit unterbleiben, wenn die Abweichung vom Erlaubten nur unbedeutend ist oder der Abbruch nicht im öffentlichen Interesse liegt, d.h. die berührten allgemeinen Interessen den Schaden, der dem Eigentümer durch den Abbruch entstünde, nicht zu rechtfertigen vermögen (BGE 123 II 248 E. 4 S. 254 ff., 111 Ib 213 E. 6 S. 221, 104 Ib 301 E. 5b S. 303 f.; BGer 1A.41/2003 vom 12. September 2003 E. 4.1, 1A.110/2001 vom 4. Dezember 2001 E. 7.1; VGE 682/2007 vom 22. Februar E. 6.5, 609/2007 vom 6. September 2002 E. 8b). Ebenso kann nach BGer 1A.40/2005 vom 7. September 2005 ein Abbruch unterbleiben, wenn der Bauherr in gutem Glauben angenommen hat, er sei zur Bauausführung ermächtigt, und der Beibehaltung des ungesetzlichen Zustands nicht schwerwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Zwar kann sich auch ein bösgläubiger Bauherr auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit berufen. Er muss aber in Kauf nehmen, dass die Behörden aus grundsätzlichen Erwägungen, nämlich zum Schutz der Rechtsgleichheit und der baurechtlichen Ordnung, dem Interesse an der Wiederherstellung des gesetzmässigen Zustandes erhöhtes Gewicht beilegen und die dem Bauherrn allenfalls

erwachsenden Nachteile nicht oder nur in verringertem Masse berücksichtigen (BGE 123 II 248 E. 4a S. 255 mit Hinweisen; BGer 1A.41/2003 vom 12. September 2003 E. 4.1, 1A.169/2002 vom 29. November 2002 E. 2.2, 1A.110/2001 vom 4. Dezember 2001 E. 7.1 f.; VGE 682/2007 vom 22. Februar 2008 E. 6.3, 609/2007 vom 6. September 2002 E. 8b). Diese Grundsätze gelten auch für Verbote einer ohne Bewilligung aufgenommenen, bewilligungspflichtigen Nutzung einer Liegenschaft und den entsprechenden Verzicht auf die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes aus Gründen der Verhältnismässigkeit. Sie gelangen somit auch auf den vorliegenden Fall zur Anwendung (VGE VD.2012.85 vom 15. März 2013 E. 3.1).

4.2.2 Vorliegend ist allerdings bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit zu beachten, dass die Bewilligungsfähigkeit der bisherigen Nutzung noch offen ist, weshalb nicht von einer materiell rechtswidrigen Nutzung, wohl aber von einer bisher nicht bewilligten Nutzung ausgegangen werden muss.

Das BGI bezog sich für das Verbot der unbewilligten Nutzung per sofort bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Bauentscheids auf § 89 Abs. 2 BPG. Danach verbietet das zuständige Vollzugsorgan die Benutzung von Bauten und Anlagen, wenn es zum Schutz von Menschen, der Umwelt oder erheblicher Sachwerte nötig ist. Bezüglich des relevanten Sexbetriebes sind während der letzten Jahre nur zwei Reklamationen bzw. Requisitionen bei der Kantonspolizei aktenkundig. Es kann deshalb ohne weitere Abklärungen keine akute Störung des Wohlbefindens der Anwohner angenommen werden. Eine sofortige Schliessung des Betriebes zum Schutz von Menschen, Umwelt oder erheblicher Sachwerte wäre aus diesem Grund aktuell nicht verhältnismässig. Im Weiteren konnte das BGI nicht aufzeigen, dass es erhebliche Probleme mit dem Betrieb gibt.

Zudem entspricht es, wie in der Beantwortung des Anzugs Ursula Metzger Junco P. und Konsorten betreffend Erstellung eines Konzepts zur Prostitution vom 8. Mai 2013 (S. 4) erläutert, den geltenden gesetzlichen Bestimmungen (§ 38a Übertretungsstrafgesetz) sowie der Praxis in der Verwaltung, die Ausübung der Prostitution mit Verbotsvorbehalt zu erlauben bzw. zu tolerieren bis allenfalls eine Häufung von Reklamationen zu verzeichnen ist. Soweit ersichtlich wurden zumindest in der Vergangenheit daher auch keine Baubewilligungen für die Umnutzung von Bauten in Sexbetriebe verlangt.

Daraus folgt, dass dem grundsätzlichen Interesse, dass Umnutzungen nicht vor ihrer förmlichen Bewilligung erfolgen, im vorliegenden Fall aufgrund der besonderen Umstände kein besonders grosses Gewicht zugemessen werden kann. Es muss jedoch berücksichtigt werden, dass der bewilligungslosen Nutzung des Hinterhauses im Zusammenhang mit dem Bewilligungsverfahren betreffend der Nutzung des Hinterhofes sowie der Leuchtreklamen eine grosse Opposition aus der Wohnbevölkerung des Quartiers erwachsen ist, wie die Einsprachen im Verfahren Baubeglehen Nr. [] belegen. Aus diesem Grund ist, wie oben ausgeführt, ein ordentliches Bauverfahren durchzuführen.

4.2.3 Gemäss § 89 Abs. 2 BPG kann die Betriebsnutzung auch dann verboten werden, wenn es darum geht zu vermeiden, dass aus einer bösgläubigen Widerhandlung gegen Bauvorschriften Nutzen gezogen werden kann. Die aktuelle Nutzung im Hinterhof an der Amerbachstrasse erfolgte wohl nicht gänzlich gutgläubig, ist doch auch für Laien erkennbar, dass der Betrieb eines bordellartigen Sexlokals nicht auf der Grundlage der Bewilligung eines Fitness- oder Saunacclubs erfolgen kann. Hingegen kann das Handeln der Rekurrentin auch nicht in dem Sinne als bösgläubig angesehen werden, als sie nicht

wissentlich und willentlich gegen behördliche Auflagen verstossen hat (vgl. VGE 678/2008 vom 27. März 2009 E. 5.3). Vielmehr hat sie sich bei Planungsbeginn erkundigt, welche Bewilligungen einzuholen sind. Dabei hat sie von anderen involvierten Behörden offenbar die zwar korrekte Auskunft erhalten, dass es keine eigentliche Sexbewilligung gäbe. Diese Aussage war jedoch unvollständig, denn auch wenn es keine eigentliche Bewilligung zum Führen eines Sexbetriebes gibt, müssen die gesetzlichen Vorschriften in den betroffenen Rechtsgebieten eingehalten werden. Andererseits würde der Rekurrentin unnötiger Schaden entstehen, wenn der Betrieb per sofort geschlossen würde, ihr jedoch nach Durchführung des Baubewilligungsverfahrens die Erlaubnis zur beantragten Nutzung erteilt würde.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass aufgrund spezieller Umstände die Voraussetzungen einer sofortigen Betriebsschliessung aufgrund von § 89 Abs. 2 BPG nicht gegeben sind bzw. eine solche nicht verhältnismässig wäre. Die eigentliche Bewilligungsfähigkeit des aktuellen Betriebes bleibt jedoch vorbehalten. Diese ist in einem ordentlichen Baubewilligungsverfahren zu klären.

E. 5

Zusammenfassend folgt aus den vorstehenden Erwägungen, dass der Rekurs teilweise gutzuheissen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind reduzierte Gerichtskosten von CHF 2'000.■ zu erheben. Der zuviel geleistete Kostenvorschuss wird zurückerstattet. Der Vertreter der Rekurrentin macht auf der Grundlage eines Aufwandes von 25,75 Stunden à CHF 250.■ ein Honorar von CHF 6'620.90 zuzüglich CHF 529.65 Mehrwertsteuer, ohne Verhandlung sowie deren Vorbereitung, geltend. In Anbetracht des Umstandes, dass der Rekurs in der Nebenfrage gutgeheissen, im Hauptpunkt aber abgewiesen wird, ist das Überbinden rund eines Fünftels des Honorars zu Lasten der verfügenden Behörde gerechtfertigt. Demnach ist der Rekurrentin eine reduzierte Parteientschädigung von pauschal CHF 1'500.■ zu Lasten des Bau- und Gastgewerbeinspektorates zuzusprechen.

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