

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.31 vom 4. November 2014

BS Appellationsgericht, 2014-11-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2014.31

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.31 du 4 novembre 2014

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.31 del 4 novembre 2014

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. Der Rekurrent ist als Gesuchsteller und Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung, weshalb er gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert ist. Auf diesen ist somit einzutreten.

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

2.1 Mit Eingabe vom 24. Mai 2014 ersuchte der Rekurrent um Wiedererwägung dieses Bauentscheids und beantragte, es sei die Auflage des Amts für Umwelt und Energie in Ziffer 6 des vereinfachten Bauentscheids Nr. V-BBG 9030328 (1) vom 19. Februar 2010 im vereinfachten Verfahren ersatzlos aufzuheben. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte er dabei, der Wiedererwägung sei ohne Publikation und ohne öffentliche Anzeige stattzugeben. Das BGI teilte dem Rekurrenten darauf mit Schreiben vom 29. Mai 2013 mit, sein Wiedererwägungsgesuch müsse ihm wieder zurückgesandt werden. Seit dem Erlass des in Rechtskraft erwachsenen Bauentscheids Nr. V-BBG 9030328 vom 19. Februar 2010 seien keine Fakten und Tatsachen bekannt, welche eine Überprüfung des damaligen Entscheides rechtfertigen würden. Aufgrund der Rechtssicherheit werde sich die Baubewilligungsbehörde mit dem Wiedererwägungsgesuch für den über drei Jahre alten Bauentscheid nicht befassen. Es stellte fest, die Änderung von Öffnungszeiten oder des Betriebscharakters betreffend Schallpegel von Gastgewerbebetrieben bedürfe eines neuen Baubewilligungsverfahrens. Eine Baubewilligung dürfe erst erteilt werden, wenn Dritten mittels Publikation und Einsprachemöglichkeit das rechtliche Gehör geboten worden sei. Schliesslich wies es den Rekurrenten darauf hin, dass auf ein neues Baubegehren nur eingetreten werden könne, wenn neue Verhältnisse vorlägen. Auf ein neues Baubegehren, in dem dasselbe erneut beantragt werde, worüber bereits rechtskräftig entschieden worden sei, sei nicht einzutreten.

2.2 Die Vorinstanz hat erwogen, die Rechtsnatur dieses Schreibens erscheine zunächst klärungsbedürftig. Form und Inhalt des Schreibens ermöglichten keine eindeutige Einordnung als formloses Schreiben oder als Nichteintretensentscheid. Es qualifizierte diesen letztlich als Nichteintretensentscheid.

2.3 In formeller Hinsicht rügt der Rekurrent *replicando*, dass die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung keinen Bezug zu den Erwägungen im angefochtenen Entscheid nehme und mit völlig neuen Überlegungen überrasche. Dieses Vorgehen sei intolerabel und müsse bereits aus formellen Gründen zur Aufhebung des Entscheides führen.

Darin kann dem Rekurrenten nicht gefolgt werden. Hat eine Rechtsmittelbehörde, wie hier das Verwaltungsgericht, das Recht von Amtes wegen anzuwenden, ist sie nicht an die Begründung des Entscheides der Vorinstanz gebunden. Sie kann ihren Entscheid auch auf eine andere rechtliche Argumentation stützen, als dies die Vorinstanz im Entscheid selber getan hat (BGE 133 III 545 E. 2.2 S. 550). Man spricht in diesem Zusammenhang von einer Begründungssubstitution (BGer 2C_218/2013 vom 26. März 2013, E. 4.1; VGE VD.2012.246 vom 15. November 2013, E. 3.2; VD.2012.51 vom 27. November 2012, E. 2.3). Es ist daher auch nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung andere Begründungen ihres Entscheides aufnimmt.

E. 2.2

Darin hat das Bundesgericht festgestellt, dass eine unrichtige Rechtsanwendung ■grundsätzlich im Anschluss an die Verfügung durch Ergreifung von ordentlichen Rechtsmitteln geltend zu machen■ sei und ■nur ganz ausnahmsweise dann ein Rückkommen auf die Verfügung■ rechtfertige, ■wenn dieser schwerwiegende materielle Fehler■ anhafteten. Daraus folgt *e contrario*, dass formelle Fehler der ursprünglichen Verfügung eine spätere Wiedererwägung und Abänderung gerade nicht zu rechtfertigen vermögen.

3.3.4.3 Zudem bezieht sich der Rekurrent auf ein Schreiben des Rechtsdienstes des WSU an das AUE vom 31. August 2012. Damit habe er das AUE angewiesen, ■nach Treu und Glauben■ von sich aus die nötigen Schritte zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes einzuleiten. Zutreffend ist aber, dass der Rechtsdienst im genannten Schreiben festgestellt hat, aufgrund der klaren Formulierung der Auflage im rechtskräftigen Bauentscheid seien keine Ausnahmen möglich und es spreche nichts gegen deren Durchsetzung durch das AUE. Als problematisch hat der Rechtsdienst die Auflage nur für den Fall bezeichnet, dass das AUE selber zum Schluss komme, dass die angeordnete Pegelbegrenzung nicht nachvollziehbar sei und sich nicht auf die damaligen Messungen stützen lasse. In diesem Fall sei die Verwaltung ■nach Treu und Glauben gehalten, die nötigen Schritte zur Herstellung des rechtmässigen Zustandes einzuleiten■. Zu diesem Schluss ist die Verwaltung aber gerade nicht gekommen, so dass der Rekurrent aus dem genannten Schreiben nichts zu seinen Gunsten abzuleiten vermag.

3.3.4.4 Schliesslich bezieht sich der Rekurrent zur Begründung seines Wiedererwägungsgesuchs auf eine Ergänzungsexpertise der [] AG vom 2. April 2013, die er selber in Auftrag gegeben hat. Daraus gehe aufgrund ergänzender Messungen und Beurteilungen des Betriebs der Bar hervor, dass selbst bei einem nach der SLV erlaubten Pegel von 100 dB(A) noch immer ein deutlicher Spielraum zu Gunsten der Nachbarn von letztlich 7 dB verbleibe, weil der zulässige Pegel aus nachbarrechtlichen Gründen gar inklusive einem nicht angebrachten Rhythmuszuschlag von + 6dB mehr als 100 dB betragen

würde. Daraus folge, dass der fragliche Bauentscheid bereits ursprünglich falsch gewesen sei.

Dieses Ergänzungsgutachten war nicht Gegenstand der ursprünglichen Beurteilung. Folglich konnten sich allenfalls Drittbetroffene und Nachbarn darauf im ursprünglichen Bewilligungsverfahren auch nicht beziehen. Solche Drittbetroffene scheint es aber offensichtlich zu geben. Wie bereits dem vom AUE eingeholten Gutachten ■Expertise über den Lärm des Betriebes der Bar B_____■ der [] AG vom 17. Juli 2008 entnommen werden kann, wurde das erste Gutachten nach Lärmreklamationen der Nachbarschaft eingeholt. Gemäss dem Schreiben des AUE an den Rechtsdienst des WSU vom 14. August 2012 hätten die Lärmbeschwerden aufgrund der Bar B_____■ in den vergangenen Jahren permanent■ zugenommen (vgl. auch Aktennotiz AUE vom 24. Mai 2011, Beilage BRK 8, Stellungnahme AUE im vorinstanzlichen Verfahren vom 21. August 2013, RAB 2). Ob die entsprechenden Beschwerden berechtigt sind und die beschwerdeführenden Nachbarn geschützt werden können, ist eine materielle Frage, die in einem Wiedererwägungsverfahren nicht zuletzt auch aufgrund der neuen Ergänzungsexpertise der [] AG geprüft werden müsste. Die entsprechende Frage muss aufgrund ihrer Relevanz für die potentiell betroffenen Nachbarn nach dem Gesagten aber in einem mitwirkungsoffenen Verfahren erfolgen können.

Irrelevant ist dabei, dass die Auflage Ziff. 6 sich nach Massgabe des Gutachtens der [] AG vom 17. Juli 2014 (Beilage BRK 16) primär aus dem Publikumsschutz gemäss Art. 5 bis 7 SLV ergibt. Wie sich aus dem Gutachten ergibt und unmittelbar einleuchtet, wirkt sich dieser Schutz unmittelbar auch auf die Immissionen für die Nachbarn aus und dient mithin auch dem Nachbarschutz, sodass sie von einer Milderung der Auflagen zum Schutz des Publikums der Bar berührt sind.

Ebenfalls irrelevant erscheint, ob die Auflage Ziff. 6 mit Bezug auf den Publikumsschutz von Anfang an unrichtig gewesen ist, wie dies der Rekurrent geltend macht. Dies wird im Rahmen der Wiedererwägung zu beurteilen sein, hat aber keinen Einfluss auf das zu wählende Verfahren.

3.3.4.5 Irrelevant erscheint im vorliegenden Verfahren auch die vom Rekurrenten breit relevierte Frage, ob die ursprüngliche Verfügung bereits damals falsch gewesen ist. Dies wird ebenfalls im Rahmen der Wiedererwägung im neuen Baubewilligungsverfahren zu prüfen sein.

3.3.5 Ein solches, neues mitwirkungsoffenes Baubewilligungsverfahren mit allfälliger Ausschreibung und Publikation wollte der Rekurrent mit seinem Gesuch aber gerade nicht. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn das BGI im Sinne der Erwägungen der Vorinstanz darauf im Ergebnis nicht eingetreten ist. Der Klarstellung halber ist aber festzuhalten, dass auf ein neues Baubegehren, mit dem auf der Grundlage des neuen Gutachtens eine Wiedererwägung der Auflage Ziff. 6 im vereinfachten Bauentscheid Nr. V-BBG 9■030■328 (1) vom 19. Februar 2010 verlangt würde, in einem publikumsoffenen Verfahren eingetreten werden müsste.

E. 3

3.1 Unbestritten ist, dass der vereinfachte Bauentscheid Nr. V-BBG 9■030■328 (1) vom 19. Februar 2010 mit der darin in Ziffer 6 enthaltenen Auflage des Amtes für Umwelt und Energie unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist. Von dieser formellen Rechtskraft ist die materielle Rechtskraft eines Entscheids zu unterscheiden. Es entspricht der Eigenart des

öffentlichen Rechts, dass Verwaltungsakte, die dem Gesetz nicht oder nicht mehr entsprechen, nicht unabänderlich sind, also nicht materiell rechtskräftig werden (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2013, 994). Mit einem Wiedererwägungsgesuch wird die ursprünglich verfügende Verwaltungsbehörde ersucht, ihre Verfügung in diesem Sinne aufzuheben oder mit neuer Verfügung abzuändern. Grundsätzlich liegt das Eintreten auf ein solches Gesuch im pflichtgemässen Ermessen der ersuchten Behörde (Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Basel 2003, 43 f.). Praxisgemäss besteht aber abgeleitet aus Art. 29 Abs. 1 und 2 BV ein Anspruch auf Wiedererwägung einer Verfügung, wenn sich die Umstände seit dem rechtskräftigen Entscheid wesentlich geändert haben oder wenn Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht werden, die im früheren Verfahren nicht bekannt waren und die der Gesuchsteller aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht geltend machen konnte oder zu deren Geltendmachung er keinen Anlass hatte (vgl. dazu Schwank, a.a.O., 44; Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl., Basel 2014, N 648 f.; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz 725; BGE 127 I 133 E. 6 S. 137; 124 II 1 E. 3a S. 6; 120 I b 42 E. 2b S. 46 f.; VGE VD.2012.185 vom 4. März 2013, E. 2.1; VD.2011.91 vom 6. September 2011; VD.2009.688 vom 10. August 2011, E. 2).

3.2 Dies ist zwischen den Parteien denn auch gar nicht strittig, auch wenn im vorinstanzlichen Verfahren die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung noch bestritten worden sind. Strittig ist zwischen den Parteien allein, in welchem Verfahren eine solche Überprüfung stattzufinden hat. Während die Vorinstanzen den Rekurrenten für die Wiedererwägung des formell rechtskräftigen Entscheides auf ein neues Baubewilligungsverfahren verweisen (vgl. E. 15, S. 6), verlangt der Rekurrent implizit eine Wiederaufnahme des ursprünglichen Verfahrens, wobei diese ohne eine neue Publikation oder öffentliche Anzeige des Bewilligungsgesuchs zu erfolgen habe.

3.3 Beim Entscheid über das nach Eingang eines Gesuchs um Wiedererwägung eines formell rechtskräftigen Bauentscheides einzuschlagende Verfahren ist zunächst dessen Rechtsnatur und Verfahrensgestaltung zu reflektieren.

3.3.1 Einer behördlichen Beurteilung im Baubewilligungsverfahren bedürfen nach Art. 22 des Raumplanungsgesetzes (RPG) die Errichtung und Veränderung einer Baute oder Anlage wie auch die Änderung ihres Betriebs, wenn mit deren Realisierung 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). Das Baubewilligungsverfahren dient damit zentral auch dem Nachbarschutz und ermöglicht den Einbezug von Dritten. Nachbarn sind zur Teilnahme am Verfahren berechtigt, soweit sie durch das Gesuch in ihren Rechten oder Pflichten berührt werden und gegen die beantragte Verfügung ein Rechtsmittel einlegen könnten (Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz 443). Soweit Auswirkungen auf die Nachbarschaft nicht schlechterdings ausgeschlossen werden können, muss ein Baubeghären deshalb öffentlich ausgeschrieben werden, um eine Beteiligung potentiell betroffener Dritter zu ermöglichen. Andernfalls werden deren bunderechtliche Mitwirkungsrechte gemäss Art. 33 Abs. 3 lit. a RPG vereitelt (vgl. Hänni, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl., Bern 2008, 332).

3.3.2 Mit einer Wiedererwägung wird ein formell abgeschlossenes Verfahren wieder aufgenommen und der formell eröffnete Entscheid abgeändert. Damit werden in einem

Wiedererwägungsverfahren die Rechte und Pflichten Dritter in gleicher Weise tangiert, wie dies im ursprünglichen Verfügungsverfahren der Fall gewesen ist. Entsprechend können berührte Dritte unter den allgemeinen Legitimationsvoraussetzungen aufgrund von Art. 29 Abs. 2 BV nach Massgabe der oben genannten Voraussetzungen Anspruch auf die Einleitung eines Wiedererwägungsverfahrens haben (vgl. Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz 738). Da damit auch ein aktuelles Rechtsschutzinteresse vorausgesetzt werden muss, kann nicht allein an die Verfahrensbeteiligung im ursprünglichen Verfahren angeknüpft werden. Vielmehr muss die Prüfung der Legitimation zur Stellung eines Wiedererwägungsgesuchs nach Massgabe der Verhältnisse im Zeitpunkt der Wiedererwägung erfolgen (vgl. Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz 738). Werden Dritte aber im Wiedererwägungsverfahren in gleicher Weise wie im ursprünglichen Verfahren berührt und können sie selber ein solches nach Massgabe der Voraussetzungen von Art. 29 Abs. 2 BV verlangen, so sind sie auch entsprechend in ein Verfahren, welches vom ursprünglichen Gesuchsteller initiiert wurde, einzubeziehen. Dies gilt umso mehr, als der Anspruch auf Wiedererwägung nach Art. 29 Abs. 2 BV ja gerade den Bestand geänderter Verhältnisse resp. neuer Tatsachen oder Beweismittel voraussetzt, zu denen sich die Nachbarn im ursprünglichen Verfahren gerade nicht haben äussern können. Inwieweit mit Bezug auf eine Lockerung der verfügten Schallschutzaufgabe das vereinfachte Verfahren nach § 31 BPV, in dem die Auflage erlassen worden ist, zur Anwendung gelangen kann, ist im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens zu prüfen.

3.3.3 Der ursprüngliche vereinfachte Bauentscheid Nr. V-BBG 9030328 (1) vom 19. Februar 2010 und die darin enthaltene Auflage des AUE zur Schallbegrenzung erfolgte im Wesentlichen auf der Grundlage des Gutachtens ■Expertise über den Lärm des Betriebes der Bar B_____ der [] AG vom 17. Juli 2008. Darin kamen die Gutachter im Zusammenhang mit der Beurteilung des nach der SLV zulässigen maximalen Schallpegels in Veranstaltungsräumen zum Schluss, ■aufgrund des Betriebes und Ausrüstung (sei) aber nur ein maximaler Pegel von 93 dB(A) zulässig■. Mit dieser Pegelbegrenzung würden auch die Richtwerte an den gemessenen Punkten in der Nachbarschaft eingehalten. Bei einer Begrenzung des Innenpegels auf 97 dB(A) würde der Richtwert an der []strasse 88 ebenfalls eingehalten, es müssten aber zusätzliche Massnahmen nach Art. 7 SLV ergriffen werden. Insbesondere müsse der Schallpegel kontrolliert werden, ■was auch das Einhalten des Richtwertes an der []strasse 88 gewährleisten■ werde. Bei einer Begrenzung des Innenpegels auf 100 dB(A) müssten neben Massnahmen nach Art. 7 SLV auch zusätzliche bauliche Massnahmen in der Bar B_____ ergriffen werden. So könnte durch eine Abschirmung der Südfassade vom Schall um 10 dB(A) mit mobilen Stell- oder Trennwänden der Richtwert an der []strasse 88 eingehalten werden.

3.3.4

3.3.4.1 Sein Wiedererwägungsgesuch stützt der Rekurrent zunächst darauf, dass die Behörden bis im Jahr 2012 die Meinung vertreten hätten, ein Musikbetrieb bis 96 dB(A) sei ■ok■. Er beruft sich dabei auf eine Besprechungsnotiz vom 24. Mai 2011 (Beilage BRK 8). Erst mit Schreiben vom 18. Juli 2012 habe das AUE eine ■Kehrtwende■ vollzogen und auf einem maximal zulässigen Pegel von 93 dB(A) zum Schutz der Nachbarschaft beharrt. Soweit der Rekurrent sich aber auf den Standpunkt stellt, dass die Behörden die ursprüngliche Verfügung neu falsch auslegten, bedürfte es gar keiner Wiedererwägung. Vielmehr wäre die ursprüngliche Verfügung allenfalls zu erläutern oder in einem Vollstreckungsverfahren auszulegen. Der behauptete Sinneswandel des AUE wäre daher

zum vornherein nicht geeignet, eine Wiedererwägung des Entscheides zu begründen. Im Übrigen ist mit Bezug auf das Schreiben des AUE an den Rechtsdienst des WSU vom 14. August 2012 (Beilage BRK 11) festzustellen, dass nicht ersichtlich ist, in welchem Verfahren und auf welchem Wege Herr C____, der ehemals zuständige Mitarbeiter des AUE, eine Anhebung der Pegelbegrenzung auf 96 dB(A) als jederzeit möglich angesehen hat. Schliesslich muss mit der Vorinstanz festgestellt werden, dass auf die Aussagen von Herrn C____ nicht mehr unbeschränkt abgestellt werden kann, nachdem dieser zum Berater des Rekurrenten und damit zu einem Parteivertreter geworden ist. Soweit der Rekurrent ein solches Beratungsverhältnis replicando bestreitet, erscheint dies aktenwidrig (vgl. Beilage BRK 19).

3.3.4.2 Weiter wird der Wiedererwägungsanspruch damit begründet, dass in den Akten des Bauentscheids Nr. V-BBG 9■030■328 (1) vom 19. Februar 2010 eine Begründung des AUE für die Beschränkung des Innenraumpegels überhaupt fehle. Die damit behauptete Verletzung des rechtlichen Gehörs und von § 41 BPV durch eine mangelhafte Begründung der ursprünglichen Verfügung wäre auf dem Wege des Rekurses zu rügen gewesen. Sie begründet weder eine Veränderung der Verhältnisse noch stellt sie eine neue Tatsache oder ein neues Beweismittel dar und vermag daher eine materielle Wiedererwägung der Verfügung nicht zu begründen. Der Rekurrent beruft sich in diesem Zusammenhang denn auch zu Unrecht auf BGer 2A.18/2007 vom 8. August 2008, E.

E. 4

Daraus folgt, dass der Rekurs abzuweisen ist. Da der vorinstanzliche Entscheid, wie von der Vorinstanz mit ihrer Vernehmlassung zugestanden wird, auf wesentliche Punkte nur sehr knapp und zum Teil auch in sachverhaltswidriger Weise eingegangen wird (vgl. die Feststellungen im Zusammenhang mit der Einholung des ersten Gutachtens der [] AG), rechtfertigt es sich, dem Antrag der Vorinstanz entsprechend auf die Erhebung von Kosten zu verzichten. Abzuweisen ist der Antrag des Rekurrenten auf eine Parteientschädigung, hat er sich doch zumindest nach aussen erkennbar im vorliegenden Verfahren nicht vertreten lassen, sodass zum vornherein eine notwendige Grundlage für die Ausrichtung einer Parteientschädigung fehlt.

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