

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.36 vom 3. September 2013

BS Appellationsgericht, 2013-09-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2014.36

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.36 du 3 septembre 2013

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.36 del 3 settembre 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. Nach § 13 Abs. 2 VRPG können Verfügungen der vom Grossen Rat oder vom Regierungsrat gewählten Kommissionen vom Regierungsrat, dem zuständigen Departement oder einer durch besondere Vorschrift hierzu ermächtigte Verwaltungseinheit mit Rekurs ans Verwaltungsgericht angefochten werden. Der Vorsteher des zuständigen Bau- und Verkehrsdepartements ist daher zur Rekurerhebung legitimiert. Auf den Rekurs ist daher 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. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet dabei einzig die Frage, ob der Betrieb eines Erotiksalons in der Liegenschaft B_____strasse einer nachträglichen Baubewilligung bedarf. Nicht zu prüfen ist demgegenüber, ob eine allfällig notwendige Baubewilligung auch erteilt werden kann.

E. 2

Die Vorinstanz hat zunächst mit Bezug auf den vom Beigeladenen vorgebrachten Einwand, wonach er das Schreiben des BGI vom 4. Juni 2013 nicht erhalten habe und daher sein rechtliches Gehör verletzt worden sei, erwogen, solches liege nicht vor. Der Beigeladene habe die zweite Aufforderung des BGI zur Einreichung eines nachträglichen Baubegehrens vom 8. August 2013 zweifellos erhalten, da er sich in seinem Schreiben vom 28. August 2013 darauf bezogen habe. Es dürfe daher davon ausgegangen werden, dass er ungefähr seit dem 9. August 2013 Kenntnis von der Forderung des BGI betreffend die Einreichung eines nachträglichen Baubegehrens wegen der Umnutzung in seiner Liegenschaft gehabt habe. Ebenso seien ihm die von der Behörde gesetzte Frist zur Einreichung des nachträglichen Baugesuchs sowie die weiteren rechtlichen Schritte im Unterlassungsfall bekannt gewesen. Gleichwohl habe er sich damit begnügt, nach Ablauf der gesetzten Frist um Zustellung einer Kopie des Schreibens vom 4. Juni 2013 zu ersuchen, ohne eine Begründung für seine verspätete Eingabe abzugeben. Es wäre ihm aber bei Unklarheiten zumutbar gewesen, innert der gesetzten Frist beim angegebenen Sachbearbeiter nachzufragen. Das Vorgehen

der Behörde sei daher nicht zu beanstanden und der Beigeladene habe die ihm bereits angekündigten Konsequenzen seines Verhaltens zu tragen. Soweit der Beigeladene auf die Dauer der aktuellen Nutzung der Liegenschaft und die Vermietung der Wohnungen an Prostituierte seit 1984 verweise, sei unabhängig vom Beweiswert der dafür beigebrachten Belege die für eine Verwirkung des behördlichen Anspruchs auf Beseitigung einer unzulässigen Nutzung von der Rechtsprechung vorausgesetzte Dauer von 30 Jahren im Zeitpunkt der Nachforderung der Baubewilligung nicht erreicht worden.

Die Vorinstanz hat sodann aufgrund ihres Augenscheins erwogen, die Räumlichkeiten würden während der Öffnungszeiten des Salons zur Berufsausübung in der Form der gewerblichen Prostitution, in der übrigen Zeit aber als Schlaf- und Aufenthaltsräume genutzt. Die Räume der Wohnung würden somit zu einem überwiegenden Teil des Tages zu Wohnzwecken gebraucht. Zudem würden nicht alle Teile der Wohnung zur Berufsausübung genutzt. Ein Raum sei als Wohnküche eingerichtet und werde als solche genutzt. Da somit keine Geschäfts- oder Verwaltungsräume vorlägen, bestehe keine Bewilligungspflicht gemäss § 5 Abs. 4 des Gesetzes über den Abbruch und die Zweckentfremdung von Wohnhäusern (GAZW; SG 861.500). Daraus folge die Gutheissung des Rekurses und die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung, mit der der Beigeladene zur vollständigen Einreichung eines nachträglichen Baubehrens beim BGI innert Frist bis zum 20. September 2013 durch eine Fachperson verpflichtet worden war.

E. 3

3.1 Mit seinem Rekurs rügt das BVD zunächst eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz, da diese ihrer Begründungspflicht gemäss Art. 29 Abs. 2 BV nicht bzw. nur mangelhaft nachgekommen sei. So habe das BGI mit der angefochtenen Verfügung vom 3. September 2013 unter Hinweis auf die einschlägigen und massgeblichen baubewilligungsrechtlichen Grundlagen festgestellt, dass der Beigeladene ein baubewilligungspflichtiges Vorhaben ohne die notwendige Baubewilligung ausgeführt habe. Es sei auf die Bewilligungspflicht gemäss § 26 Abs. 1 der Bau- und Planungsverordnung (BPV; SG 730.110) und insbesondere darauf hingewiesen worden, dass auch Zweckänderungen von Bauten und Anlagen dieser Pflicht unterstehen würden. Das Verwaltungsgericht habe sich in der Entscheid VD.2013.39 vom 1. November 2013 ausführlich mit den durch einen Sexbetrieb hervorgerufenen ■ insbesondere ideellen ■ Immissionen auseinandergesetzt, worauf das BGI anlässlich des vorinstanzlichen Augenscheins hingewiesen habe. Schliesslich sei beim Augenschein auch offensichtlich geworden, dass nicht nur in der vorliegend zur Diskussion stehenden Wohnung (im 4.OG/DG), sondern mehr oder weniger in der gesamten Liegenschaft ein oder mehrere Sexbetriebe ansässig seien. Die Vorinstanz habe in materieller Hinsicht aber nur ausgeführt, dass in Anwendung des GAZW kein Bewilligungserfordernis für den zu beurteilenden Sexbetrieb bestehe. Sollte das GAZW überhaupt einschlägig sein, so wäre die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung auch nicht nachvollziehbar. Es könne dem angefochtenen Entscheid nicht entnommen werden, wie die Vorinstanz zum Schluss gelange, dass die Zimmer der fraglichen Wohnung während den Öffnungszeiten zur Ausübung der Prostitution und in der übrigen Zeit als Schlaf- und Aufenthaltsräume und damit zum überwiegenden Teil zu Wohnzwecken genutzt würden. Namentlich würden weder die Öffnungszeiten genannt noch sei erstellt, dass ausserhalb der Öffnungszeiten keine gewerbliche Prostitution erfolge. Die vorinstanzliche Sachverhaltswürdigung sei geradezu willkürlich. Schliesslich liege ein wesentlicher Mangel des angefochtenen

Entscheidungs darin, dass die Vorinstanz die massgeblichen gesetzlichen Grundlagen gar nicht auf ihre Anwendung und Relevanz überprüft habe. Insbesondere habe sie sich mit keinem Wort zu den baurechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen im Allgemeinen oder zu den in der angefochtenen Verfügung aufgeführten Bestimmungen des kantonalen Bau- und Planungsrechts im Besonderen geäussert. Auch mit der diesbezüglichen Rechtsprechung des Appellationsgerichts, namentlich dem erwähnten VGE VD.2013.39 vom 1. November 2013, habe sich die Vorinstanz nicht auseinandergesetzt, obwohl sich in beiden Verfahren vergleichbare, wenn nicht gar nahezu identische Fragen stellen würden. Es sei demnach nicht erkennbar, ob das BGI vorliegend zu Recht die Durchführung eines baurechtlichen Bewilligungsverfahrens angeordnet habe, weil sich die BRK schlicht nicht zu den vom BGI ins Feld geführten gesetzlichen Grundlagen geäussert habe. Der angefochtene Entscheid erweise sich daher als kaum bis mangelhaft begründet, weshalb die Sache zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen sei. Eventualiter sei ein weiterer Schriftenwechsel durchzuführen, damit sich das BGI umfassend materiell zur Streitsache äussern könne.

3.2 Die Vorinstanz schildert in ihrer Vernehmlassung zunächst den Ablauf des Verfahrens. In rechtlicher Hinsicht macht sie geltend, der angefochtenen Verfügung habe eine den konkreten Fall betreffende Begründung gefehlt. Das BGI habe die Notwendigkeit des nachgesuchten Baubehrens nicht begründet, sondern nur den Erlass der Verfügung gerechtfertigt. Aus der blossen Wiedergabe von Gesetzesbestimmungen sei nicht erkennbar, gestützt auf welche tatsächlichen Gegebenheiten die Vorinstanz die Baubewilligungspflicht bejaht habe; eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Thematik der Bewilligungspflicht, bzw. eine entsprechende Subsumption habe nicht stattgefunden. Weiter treffe die Vorinstanz im Verfahren vor der BRK als Partei eine Mitwirkungspflicht. Der anlässlich des Augenscheins bloss in allgemeiner Form gehaltene Hinweis auf den Entscheid des Verwaltungsgerichts in Sachen G_____strasse (VGE VD.2013.39) genüge nicht, um die Thematik der ideellen Immissionen Gegenstand des Rekursverfahrens werden zu lassen, zumal der damals beurteilte Fall deutlich anders gelagert sei als der vorliegende. Während es sich dort um die Umnutzung eines Gewerbebetriebes in einen grösseren, professionell geführten Sexbetrieb gehandelt habe, gehe es hier um die Umnutzung einzelner Wohnräume, in denen nach wie vor gewohnt werde, zur Ausübung der Prostitution. Die Frage nach einer bewilligungspflichtigen Nutzungsänderung infolge ideeller Immissionen stelle sich demnach vorliegend offensichtlich nicht in vergleichbarer Weise wie im Fall G_____strasse. Zudem sei zu beachten, dass die angefochtene Verfügung nur die Räumlichkeiten im Dachgeschoss betreffe. Eine Erweiterung des Verfahrens auf die gesamte Liegenschaft, die gemäss dem Ergebnis des Augenscheins ebenfalls durch Prostituierte genutzt werde, sei nicht möglich. Durch die teilweise Umnutzung einer Wohnung zu Wohn- und Prostitutionszwecken entstünden keine beachtenswerten materiellen Immissionen, sodass kein Anlass bestanden habe, sich damit neben den ideellen Immissionen zu befassen.

3.3 Der Beigeladene lässt ausführen, es sei für das BGI erkennbar gewesen, dass er nicht gewusst habe, worum es gehe. Es wäre daher zumutbar gewesen, sein Schreiben vom 28. August 2013 zur Kenntnis zu nehmen und ihm das rechtliche Gehör zu gewähren. Weiter weist er darauf hin, dass die Frist von 30 Jahren für die Verwirkung des behördlichen Anspruchs auf Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes nicht unbeschränkt gelte. Die Verwirkung könne bereits vorher eintreten, wenn die Behörden die Gesetzwidrigkeit

gekannt hätten oder hätten erkennen müssen, was vorliegend der Fall sei. Schliesslich stehe der Behörde der Anspruch auf rechtliches Gehör und ausreichende Begründung als persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht des Einzelnen gar nicht zu. Zudem sei der angefochtene Entscheid ordentlich begründet.

E. 4

4.1 Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung verlangt das rechtliche Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV, dass die Behörde die Vorbringen der vom Entscheid in ihrer Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es jedoch nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Ob die Begründung zutrifft, ist nicht eine Frage der formellen Begründungspflicht (BGer 5A_533/2012 vom 5. Dezember 2012, E. 3.1.2 m.H.; BGE 129 I 232 E. 3.2. S. 236; 126 I 97 E. 2b S. 102 f.; 133 III 439 E. 3.3 S. 445; 134 I 83 E. 4.1 S. 88; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, N 1706).

Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK sind grundrechtliche Verfahrensgarantien. Als solche schützen sie grundsätzlich nur Private. Verfahrensbeteiligte Gemeinwesen und Behörden können sich nicht auf den Anspruch berufen, zumindest insoweit, als sie nicht wie Private betroffen sind. Dies ist vorliegend zweifellos nicht der Fall, hat doch das BGI in behördlicher Funktion gehandelt. Es hat daher keinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Soweit die Rekurrentin einen solchen geltend macht, ist auf ihr Vorbringen nicht einzutreten.

4.2 Nach dem in Erwägung 1.2 hiavor Gesagten, wonach das Verwaltungsgericht zu prüfen hat, ob das massgebende Recht richtig angewendet worden ist, bleibt aber in materieller Hinsicht zu prüfen, ob sich die Vorinstanz auf die Prüfung des Bestehens einer Bewilligungspflicht nach GAZW beschränken durfte oder ob sie darüber hinaus hätte prüfen müssen, ob die Nutzung der streitgegenständlichen Wohnung einer baurechtlichen Bewilligung bedarf.

4.2.1 Gemäss Art. 22 des Raumplanungsgesetzes (RPG; SR 700) dürfen Bauten und Anlagen 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: ZBl 111/2010 S. 397; 1A.216/2003 vom 16. März 2004 E.

2.1, erwähnt in: URP 2004 S. 349). Auch blosse 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; vgl. zum Ganzen auch VGE VD.2013.39 vom 1. November 2013 E. 3.2).

Wird eine Baute für einen Sexbetrieb genutzt, so sind auch dessen ideelle Immissionen zu berücksichtigen. So hat das Bundesgericht kürzlich erwogen, 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 einem anderen Entscheid 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 wirke, so könne 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 m.H.). 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.). Kürzlich hat das Appellationsgericht in dem von den Parteien genannten Entscheid VGE VD.2013.39 vom 1. November 2013 E. 3.3.3 erwogen, 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 500 m² erwarteten, zweifellos einen nach Art. 22 RPG bewilligungspflichtigen Betrieb darstelle.

Dem zu Art. 22 RPG Gesagten entspricht die Regelung in § 26 Abs. 2 lit. a der Bau- und Planungsverordnung (BPV; SG 730.110), gemäss welcher auch ■Zweckänderungen von Bauten und Anlagen, die nach den Vorschriften über die zulässigen Arten der baulichen Nutzung, nach der Gesetzgebung über den Umweltschutz und über die Energie oder für das Verkehrsaufkommen wesentlich sind■, der Baubewilligungspflicht unterstellt sind.

4.2.2Es ist unbestritten, dass sich die Vorinstanz mit der in Erwägung 4.2.1 hiervoor dargestellten baurechtlichen Fragestellung nicht auseinandergesetzt hat. Entgegen ihrer Auffassung hätte hierzu sehr wohl Anlass bestanden. Soweit die BRK diesbezüglich in ihrer Vernehmlassung geltend macht, dem Beigeladenen habe aufgrund der Verfügung gar nicht klar sein können, weshalb das BGI von ihm die Einreichung eines Baubewilligungsgesuchs verlangt habe, stellt dies zunächst einen gewissen Widerspruch zum angefochtenen Entscheid dar, mit dem die BRK festgestellt hat, dass dem Beigeladenen ungefähr seit dem 9. August 2013 alle erforderlichen Informationen vorgelegen hätten. Abgesehen davon kann dieser neuen Rüge auch nicht gefolgt werden. Vielmehr ist der Beigeladene bereits mit der Verfügung vom 3. September 2013 aufgefordert worden, für die ■unbewilligte Nutzungsänderung■ auf seiner Parzelle ein Baubegehren einzureichen. Dabei wurde er darauf hingewiesen, dass nach § 26 Abs. 1 BPV für die Erstellung, die Veränderung, die Erweiterung, den Wiederaufbau und die Beseitigung ober- und unterirdischer Bauten und Anlagen eine Baubewilligung erforderlich sei und nach Abs. 2 lit. a der genannten Bestimmung unter die Bewilligungspflicht auch Zweckänderungen von Bauten und Anlagen fielen, die nach den Vorschriften über die Art der baulichen Nutzung, nach der Gesetzgebung über den Umweltschutz oder für das Verkehrsaufkommen wesentlich seien. Zwar fehlt der Verfügung ein expliziter Hinweis darauf, worin die beanstandete Umnutzung der Liegenschaft liegen sollte. Ein solcher findet sich allein im ersten Schreiben des BGI vom 4. Juni 2013, wonach es um die gewerbliche Nutzung in Form eines Sexbetriebes gehe. Dieses Schreiben ist dem Beigeladenen nach den Feststellungen der Vorinstanz aber nicht zugegangen, da es falsch adressiert worden ist, und im Mahnschreiben vom 8. August 2013 ist nur noch die Rede von einer unbewilligten Nutzungsänderung. Dem Rekurs des Beigeladenen vom 26. September 2013 an die Vorinstanz kann aber entnommen werden, dass ihm offensichtlich klar war, was mit der Nutzungsänderung gemeint war. Zwar findet sich auch in dieser Rechtsschrift kein Hinweis auf den Gegenstand der Umnutzung. Der Beigeladene lässt aber ausführen, dass die vom BGI ■beanstandete Nutzung der Liegenschaft () bereits seit deren Umbau 1984■ bestehe und den Behörden seit Jahrzehnten bekannt sei. Daraus folgt, dass dem Beigeladenen eine sachgerechte Anfechtung der Verfügung vom 3. September 2013 möglich war und somit auch keine Verletzung der Begründungspflicht und mithin des rechtlichen Gehörs des Beigeladenen vorliegen kann.

Hinzu kommt, dass das BGI in der angefochtenen Verfügung explizit darauf hingewiesen hat, dass die Einreichung eines Baugesuchs auf der Grundlage von § 26 Abs. 2 lit. b BPV wegen der Nutzungsänderung verlangt werde. Vor diesem Hintergrund ist es angesichts des Untersuchungsgrundsatzes und der Rechtsanwendung von Amtes wegen Sache der Rekursinstanz, den erheblichen Sachverhalt im Zusammenhang mit der geltend gemachten Nutzungsänderung festzustellen und darauf das massgebende Recht von Amtes wegen

anzuwenden. Dazu gehört auch die Prüfung, inwieweit aufgrund der mit der heutigen Nutzung verbundenen ideellen Immissionen gegenüber der ursprünglich bewilligten Wohnnutzung eine Zweckänderung im Sinne von § 26 Abs. 2 lit. a BPV vorliegt. Das Verwaltungsgericht kommt somit nach dem Gesagten nicht umhin, die Frage der Bewilligungspflicht nach den Bestimmungen des Bau- und Planungsrechts bereits zu prüfen und zu beantworten.

4.2.3 Für den vorliegenden Fall ergibt sich aus dem Protokoll des von der BRK durchgeführten Augenscheins (vgl. dazu die Vernehmlassung der BRK vom 17. April 2014, S. 3 f.), dass im dritten (recte: vierten) Obergeschoss der Liegenschaft B_____strasse, welches gemäss Angaben des Liegenschaftseigentümers mittels interner Treppe mit dem Dachgeschoss verbunden sei und zusammen eine Einheit darstelle, der gewerblichen Prostitution nachgegangen wird. Anhand der Türbeschriftungen im Treppenhaus liess sich zudem erkennen, dass dies auch für die darunterliegenden drei Stockwerke gilt. Gemäss Protokoll fand die vorinstanzliche Augenscheinverhandlung in einem grossen Aufenthaltsraum mit Theke im 3. (recte: 4.) OG statt; eine Frau mit nassen, anscheinend frisch gewaschenen Haaren sass mit einer Kaffeetasse an einem Tisch in der Küche. Während der Vorträge der Parteien kam eine weitere Frau, welche allem Anschein nach eben erst aufgewacht und nicht vollständig bekleidet war und etwas verwirrt über die Anwesenden wirkte, aus einem angrenzenden Zimmer. Der Liegenschaftseigentümer bedeutete ihr, zurück ins Zimmer zu gehen. Weiter war ein Mann mit einem kleinen Hund anwesend, der hinter der Theke sass und den Vorträgen der Parteien zuhörte. Auf Nachfrage des Präsidenten der Baurekurskommission sagte er, er wohne seit drei Monaten in der Liegenschaft.

Ein ähnliches Bild ergab auch der vom Verwaltungsgericht durchgeführte Augenschein vom 19. August 2014: Beim Aufstieg in den streitgegenständlichen vierten Stock (Salon ■C_____■) fielen bereits im Treppenhaus mehrere Lampen mit Rotlicht sowie vor der Eingangstüre Aktfotographien, eine Statue zweier Nackter und 12 Schliessfächer auf. Letztere dienen gemäss Aussage des auch anlässlich dieses Augenscheins anwesenden Herrn mit Hund (der sich als ■Herr D_____■ vorstellte) den im vierten Stock und im Dachgeschoss arbeitenden Damen zur Aufbewahrung ihrer persönlichen Wertgegenstände. Im Innern der Wohnung befand sich wiederum rechter Hand ein grosser Salon mit Sofas/Sitzgruppe und einer Bar sowie im hinteren Teil des Zimmers links eine schmale Kochnische mit einem Tisch, an dem zwei Damen sassen. Auf der linken Seite des Flurs befand sich ein Zimmer mit Bett, welches gemäss Auskunft von Herrn D_____ sein Schlafzimmer sei, aber während den Betriebszeiten ebenfalls von den Damen benutzt werde. Im Zimmer würden auch die Kleider der Damen aufbewahrt. Zwei weitere, ebenfalls zur Prostitution verwendete, Zimmer befänden sich im Dachgeschoss. Dieses wurde nicht besichtigt, da dort gemäss Herrn D_____ zwei Damen schlafen würden. Auf Frage des Vorsitzenden, wonach gemäss Website des Salons ■C_____■ (4. Stock und Dachgeschoss) am Tag vor dem Augenschein 15 Frauen im Studio anwesend gewesen sein sollen, gab Herr D_____ zur Auskunft, dass maximal 5-6 Frauen am Tag anwesend seien. Seine Aufgabe bestehe darin, den Kunden die Damen sowie ihre Preise und Dienstleistungen vorzustellen; darüber hinaus vermiete er auch die Zimmer. Die Öffnungszeiten seien ■ wie im Internet angegeben ■ von 11-23 Uhr, resp. ■neu aber nur bis 20 Uhr■. Zur Aufenthaltsdauer der Damen befragt, gab Herr D_____ schliesslich zur Antwort, manche von ihnen würden schon seit Jahren hier wohnen, andere seit Monaten. Es

komme aber auch vor, dass sich Damen nur unter der Woche hier aufhalten und am Wochenende nach Hause gehen würden. Wie bereits von der Vorinstanz vermutet, bestätigte sich sodann anlässlich des Augenscheins des Verwaltungsgerichts der Eindruck, dass auch in den unteren Stockwerken (1. bis 3. OG) der Prostitution nachgegangen wird, wengleich die Wohnungseingänge abgesehen von den Türbeschriftungen unauffällig waren. Im 1. bis 3. OG befinden sich jeweils Dreizimmerwohnungen, wovon zwei besichtigt wurden. Die Wohnung im 1. OG umfasste zwei Schlafzimmer und ein Wohnzimmer (sowie Küche und Bad). Auf die Frage des Vorsitzenden nach den zwei Schlafzimmern gab die anwesende Dame zur Auskunft, die Wohnung werde ausschliesslich von ihr bewohnt resp. es werde nur ein Studio betrieben. Die Wohnung im 2. OG (Studio ■E____■), welche gemäss Angaben des Beigeladenen denselben Grundriss hat, wie diejenige im 1. OG, wurde nicht besichtigt, nachdem eine offensichtlich verschlafene Dame geöffnet und zur Auskunft gegeben hatte, dass im Studio drei Damen wohnen und arbeiten würden. Der Präsident wies den Beigeladenen vor der Wohnungstüre auf ein Inserat aus dem Internet hin, wonach für die Studios kurzzeitig Frauen gesucht würden, worauf der Beigeladene zur Antwort gab, dass er damit nichts zu tun habe. Die Wohnung im 3. OG (Studio ■F____■) verfügte ebenfalls über drei Zimmer, welche alle mit Betten ausgestattet waren. Gemäss Auskunft einer der beiden anwesenden Damen würden sie hier wohnen, eine dritte Dame arbeite hier, wohne aber woanders.

Aufgrund der Feststellungen der hiervor wiedergegebenen Augenscheinsprotokolle muss davon ausgegangen werden, dass in der Liegenschaft B____strasse, welche aus fünf Wohnungen und einem Dachgeschoss besteht, in erheblichem Umfang der Prostitution nachgegangen wird. Entgegen der Darstellung des Beigeladenen und der Vorinstanz kann zudem keine Rede davon sein, dass die dort arbeitenden Damen oder auch nur der überwiegende Teil von ihnen in den Räumlichkeiten wohnen würden. Dies erscheint gar nicht möglich. Allein in der Wohnung im 4. OG und Dachgeschoss sind ■ gemäss Auskunft des ■Geschäftsführers■ Herr D____■ mindestens 5-6 Damen tätig, obwohl die Wohnung lediglich über drei Schlafzimmer resp. drei Betten verfügt, von denen der ■Geschäftsführer■, der dort ebenfalls wohnen soll, eines für sich beansprucht. Die im Internet verfügbaren Informationen des Club ■C____■ weisen im Übrigen darauf hin, dass die effektive Zahl der in der Wohnung im 4. OG/DG arbeitenden Damen weit höher sein dürfte, als vom ■Geschäftsführer■ angegeben, ist doch im Internet von 15 jeweils anwesenden Damen die Rede. Selbst wenn jedoch von lediglich 5-6 Damen auszugehen wäre, könnten diese unmöglich in der besagten Wohnung unterkommen. Auch die Wohnung im 3. OG (Studio ■F____■) dient offensichtlich nicht allen dort arbeitenden Damen als Domizil, hat doch die befragte Dame angegeben, nur zwei der drei Dienstleisterinnen würden (auch) hier wohnen. Ferner fällt auf, dass die Wohnung im 1. OG über zwei Schlafzimmer resp. Betten verfügt, aber nur von einer Dame bewohnt wird. Entgegen der Auffassung des Beigeladenen kann somit nach dem Gesagten von einer überwiegenden Wohnnutzung der Liegenschaft resp. der Wohnung im 4. OG und Dachgeschoss keine Rede sein. Die gegenwärtige, überwiegend gewerbliche Nutzung ist zudem nicht zonenkonform, darf doch gemäss Zonenplan (vgl. www.stadtplan.bs.ch/geviewer) in der betreffenden Zone an der B____strasse höchstens ein Geschoss gewerblich genutzt werden. Es liegt somit gegenüber der ursprünglich bewilligten Wohnnutzung eine Nutzungsänderung vor, welche neu, organisiert und von erheblicher Intensität ist, regelmässig erfolgt und auf Dauer angelegt und daher bewilligungspflichtig ist. Davon, dass die Änderung hinsichtlich ihrer Auswirkung auf

Umwelt sowie Planung ausgesprochen geringfügig wäre, kann nicht gesprochen werden. Es besteht im Gegenteil nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ein erhebliches Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle der Nutzungsänderung. Daran ändert nichts, dass die in der streitgegenständlichen Liegenschaft ausgeübte Prostitution weniger augenfällig in Erscheinung tritt, als im vom Verwaltungsgericht beurteilten Fall G_____strasse (VD.2013.39). Das zu den ideellen Immissionen Gesagte (vgl. Erwägung 4.2.1 hiervor) gilt auch im vorliegenden Fall. Hinsichtlich der von der Vorinstanz nicht geprüften materiellen Immissionen ist immerhin zu bemerken, dass solche auch ohne auffällige Leuchtreklamen auftreten können, namentlich in Form von vermehrtem Auto- und Publikumsverkehr oder von Lärmbelästigungen, wie es offenbar früher schon der Fall war. Dies gilt angesichts der beachtlichen Zahl der im ■C_____■ tätigen Prostituierten selbst unter der Annahme, dass die angefochtene Verfügung offenbar nur das 4. Obergeschoss und Dachgeschoss betrifft ■ so jedenfalls die Ausführungen des Rekurses und die Einlassungen der Rekurrentin anlässlich der Verwaltungsgerichtsverhandlung ■. Abgesehen davon ist die Nutzung der Wohnung im 4. OG und DG und sind die von ihr ausgehenden ideellen Immissionen im Zusammenhang mit der übrigen Nutzung der Liegenschaft zu sehen und gesamthaft zu würdigen. Schliesslich ist es angesichts der bestehenden erheblichen ideellen Immissionen für die Bewilligungspflicht irrelevant, ob in den für die Prostitution genutzten Wohnungen auch gewohnt, d.h. übernachtet und gepflegt wird. Im Übrigen ist davon nach dem Gesagten überwiegend nicht auszugehen.

4.3 Besteht somit eine Bewilligungspflicht, so stellt sich weiter die von der Vorinstanz behandelte Frage, ob die Behörden ihren Anspruch auf Beseitigung einer bewilligungslosen Nutzung infolge Zeitablaufs verwirkt haben. Wäre dies der Fall, so könnte auf die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens verzichtet werden, wenn der Liegenschaftseigentümer selber ■ zur Verbesserung seiner rechtlichen Stellung ■ darauf verzichtet, ein solches zu durchlaufen.

4.3.1 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung verwirkt der Anspruch der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes im Interesse der Rechtssicherheit aufgrund des Zeitablaufs grundsätzlich nach 30 Jahren, sofern das kantonale Recht keine kürzeren Verwirkungsfristen vorsieht, was im Kanton Basel-Stadt nicht der Fall ist, und sich eine kürzere Verwirkungsfrist nicht aus Gründen des Vertrauensschutzes ergibt (BGE 136 II 359 E. 7 S. 365). Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Baupolizeibehörden zwar vor Ablauf der 30-jährigen Frist einschreiten, den baurechtswidrigen Zustand aber über Jahre hinaus geduldet haben, obschon ihnen die Gesetzeswidrigkeit bekannt gewesen ist oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätten kennen müssen (BGE 132 II 21E. 6.3 S. 39; BGE 107 Ia 121E. 1c S. 124; Urteil 1P.768/2000 vom 19. September 2001 E. 3a, 4c, in: ZBl. 103/2002 S. 188, Pra 2002 Nr. 3 S. 9, RDAF 2003 I S. 395). Darauf kann sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung aber nur berufen, wer selbst im guten Glauben gehandelt hat (BGE 132 II 21E. 6.3 S. 39), d.h. wer angenommen hat und (unter Anwendung zumutbarer Sorgfalt) annehmen durfte, die von ihm ausgeübte Nutzung sei rechtmässig bzw. stehe mit der Baubewilligung in Einklang (BGE 132 II 21E. 6 S. 35; BGE 111 Ib 213E. 6a S. 221 ff.; Urteil 1P.768/2000 vom 19. September 2001 E. 4c, in: ZBl. 103/2002 S. 188, Pra 2002 Nr. 3 S. 9, RDAF 2003 I S. 395; VGE VD.2012.85 vom 15. März 2013 E. 2.1).

4.3.2 Vorliegend ist unbestritten, dass die 30-jährige Frist im massgebenden Zeitpunkt des Einschreitens der Behörden im September 2013 noch nicht abgelaufen war, macht doch der Beigeladene selber geltend, dass die Nutzung der Liegenschaft als Sexbetrieb erst nach deren Umbau im Jahre 1984 aufgenommen worden sei. Er macht aber geltend, dass der Sexbetrieb von den Behörden geduldet worden sei. In seiner Vernehmlassung im vorliegenden Verfahren lässt er ausführen, es sei ■offensichtlich, dass die Behörden aufgrund von Steuermeldungen, von fremdenpolizeilichen Bewilligungen und Polizeimeldungen von der Nutzung tatsächlich Kenntnis erhalten■ hätten.

Dieser Auffassung kann freilich nicht gefolgt werden. Massgebend ist zunächst allein die tatsächliche Kenntnis der Baubewilligungsbehörden, wobei der Beigeladene als Liegenschaftseigentümer hierfür beweispflichtig ist (VGE VD.2012.85 vom 15. März 2013 E. 2.2.3). Belegt ist in diesem Zusammenhang aber lediglich die Mitteilung der Kantonspolizei vom 18. April 2013, mit welcher dem BGI Kenntnis vom Eingang eines anonymen Schreibens betreffend die Liegenschaft B_____strasse und dem dortigen Betrieb eines Salons gegeben worden ist. Weitere Mitteilungen sind nicht belegt. Insbesondere bestehen keinerlei Hinweise dafür, dass die Steuer- oder Migrationsbehörden den Baubewilligungsbehörden entsprechende Mitteilungen gemacht hätten, wie dies der Beigeladene behauptet. Selbst wenn diese dazu berechtigt gewesen wären, so besteht hierfür kein Anhaltspunkt. Schliesslich kann selbst unter der Voraussetzung solcher Kenntnisnahmen anderer Behörden, die im Übrigen bloss behauptet werden, kein ■Wissenmüssen■ der Baubewilligungsbehörden abgeleitet werden, zumal die Liegenschaft von aussen nicht als Sexbetrieb erkennbar ist. Eine Amtspflicht zur Weiterleitung entsprechender Hinweise besteht nicht. Im Übrigen ist der Beigeladene daran zu erinnern, dass für die Einhaltung der baurechtlichen Bestimmungen und baurechtlichen Bewilligungen in erster Linie die Bauherrschaft selbst verantwortlich ist und die Baubewilligungsbehörde und die übrigen Behörden nicht aktiv danach zu forschen haben, ob der Rahmen bestehender Baubewilligungen gewahrt wird (VGE VD.2012.85 vom 15. März 2013 E. 2.2.2).

Nach dem Gesagten ist die Verwirkung des Anspruchs der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes somit nicht belegt, weshalb weiterhin von einem Bewilligungspflichterfordernis für die Nutzungsänderung auszugehen ist. Dies gilt grundsätzlich für die gesamte Liegenschaft B_____strasse, wenngleich die angefochtene Verfügung vom 3. September 2013 nach dem Gesagten lediglich die Wohnung im 4. OG und Dachgeschoss betraf.

4.4 Angesichts der Tatsache, dass das Verwaltungsgericht über die Frage der Bewilligungspflicht entschieden und eine solche bejaht hat, würde ein Kassationsentscheid, wie ihn die Rekurrentin in ihrem Hauptantrag unter Hinweis auf die behauptete ■ indes nicht bestehende ■ Verletzung der Begründungspflicht der Vorinstanz verlangt, keinen Sinn ergeben. Eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz würde vielmehr einen bürokratischen Leerlauf bedeuten, da die BRK an die Feststellung des Verwaltungsgerichts, wonach eine Bewilligungspflicht besteht, gebunden ist. Auch bei einer Rückweisung würden die Parteien somit eine Instanz mit voller Kognitionsbefugnis ■ verlieren■, weshalb darauf verzichtet und reformatorisch entschieden werden kann. Der Instruktionsrichter hat denn auch bereits mit Verfügung vom 6. Mai 2014 auf diese Möglichkeit hingewiesen. Der reformatorische Entscheid kann daher auch ohne Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels erfolgen, da den Parteien das rechtliche

Gehör gewährt wurde.

E. 5

Nach dem Gesagten ist der Rekurs gutzuheissen und der Entscheid der Baurekurskommission vom 29. Januar 2014 ist aufzuheben. Es ist festzustellen, dass mit Bezug auf die Räumlichkeiten im 4. OG und Dachgeschoss der Liegenschaft B_____strasse eine bewilligungspflichtige Nutzungsänderung vorliegt. Dem Beigeladenen ist eine einmonatige Frist ab schriftlicher Eröffnung zur Einreichung eines nachträglichen Baugesuchs zu setzen. Soweit die Nutzung der Wohnungen im EG sowie im 1. bis 3. OG betroffen ist, wird das BGI gegebenenfalls zunächst die Durchführung eines nachträglichen Baubewilligungsverfahrens zu verfügen haben.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten zu erheben. Der Beigeladene hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Dies gilt, da auch der vorinstanzliche Kostenentscheid aufzuheben ist, auch für das vorinstanzliche Verfahren.

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