

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.139 vom 22. Dezember 2015**

BS Appellationsgericht, 2015-12-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2015.139](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2015.139)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.139 du 22 décembre 2015

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.139 del 22 dicembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die Baurekurskommission ist gemäss § 2 des Gesetzes betreffend die Baurekurskommission (BRKG, SG 790.100) eine vom Regierungsrat gewählte Kommission. Damit unterliegen ihre Entscheide nach § 10 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100) dem Rekurs an das Verwaltungsgericht, was § 6 BRKG ausdrücklich festhält. Daraus folgt die sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses.

### **E. 1.2**

1.2.1 Angefochten ist eine Zwischenverfügung der Baurekurskommission, mit welcher über die Weitergeltung einer vom Bau- und Gastgewerbeinspektorat verfügten vorsorglichen Massnahme während des vor der Baurekurskommission hängigen Rekursverfahrens entschieden worden ist. Zwischenverfügungen unterliegen gemäss § 10 Abs. 2 VRPG nur dann selbständig der Beurteilung durch das Verwaltungsgericht, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Einen solchen Nachteil bewirkt nach der Praxis des Verwaltungsgerichts unter anderem der Entzug der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels (Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005 S. 277 ff., 281 f.; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477 ff., 484). Dem entspricht auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 93 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG, SR 173.110) (BGer 2C\_11/2007 vom 21. Juni 2007 E. 2). Gleiches gilt für die Verweigerung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (VGE VD.2012.244 vom 27. Dezember 2012 und VD.2010.212 vom 8. Dezember 2010) und muss folglich auch für die Bestätigung der Geltung einer vorsorglichen Massnahme, hier eines Nutzungsverbots während des hängigen Rekursverfahrens, gelten. Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil ist somit zu bejahen.

1.2.2 Der Rekurrent ist als Adressat der angefochtenen Verfügung von dieser berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung, weshalb er gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert ist.

1.2.3 In der Verhandlung des Verwaltungsgerichts hat der Rekurrent auf Frage erklärt, dass der Sexbetrieb derzeit nicht in Betrieb sei und die Liegenschaft [...]strasse [...] ■ mit Ausnahme seiner privaten Wohnräume im Parterre ■ leer stehe (Protokoll S. 2). Daraufhin hat die Vertreterin der Baurekurskommission den Antrag gestellt, es sei auf den Rekurs nicht einzutreten, da es an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse fehle (Protokoll S. 4).

Dem kann nicht gefolgt werden. Indem der Rekurrent ■ entsprechend dem ihm mit der angefochtenen Verfügung auferlegten Nutzungsverbot ■ den Sexbetrieb in der fraglichen Liegenschaft (vorläufig) eingestellt hat, ist er lediglich seinen Verpflichtungen nachgekommen, hat doch der Rekurs ans Verwaltungsgericht gemäss § 17 Abs. 1 VRPB keine aufschiebende Wirkung. Das Verfahren ist dadurch keineswegs gegenstandslos geworden. Vielmehr soll in diesem Verfahren gerade das auferlegte Nutzungsverbot überprüft werden, und der Rekurrent hat in der Verhandlung erneut unmissverständlich klargemacht, dass er diese vorläufige Massnahme anfecht.

1.2.4 Daraus folgt, dass auf den ■ rechtzeitig und formgültig eingereichten ■ Rekurs einzutreten ist.

1.3 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich mangels ausdrücklicher spezialgesetzlicher Regelung nach § 8 VRPG. Demnach prüft das Gericht, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, das öffentliche Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat (statt vieler VGE VD.2013.39 vom 1. November 2013 E. 1.2).

## **E. 2**

2.1 Strittig ist im vorliegenden Fall die Ziffer 2 der Verfügung des Bau- und Gastgewerbeinspektorats vom 21. Mai 2015, mit welcher der ■ unbewilligte Sexbetrieb an der [...]strasse [...] bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Bauentscheids ■ untersagt worden ist. Der Präsident der Baurekurskommission hat das angefochtene Nutzungsverbot mit der hier angefochtenen Verfügung vom 19. Juni 2015 bestätigt und präzisiert, dass der Sexbetrieb an der [...]strasse [...] bis zum Vorliegen eines die Umnutzung bewilligenden Bauentscheides untersagt sei. Er hat erwogen, ein vorläufiges Nutzungsverbot, wie es in § 89 Abs. 2 des Bau- und Planungsgesetzes (BPG, SG 730.100) ausdrücklich vorgesehen sei, diene der Unterbindung einer bestehenden rechtswidrigen Nutzung. Dabei sei nicht erforderlich, dass die Nutzung materiell rechtswidrig sei. Auch eine formelle Baurechtswidrigkeit könne ein vorläufiges Nutzungsverbot rechtfertigen. Nur so könne garantiert werden, dass der Baubewilligungszwang nicht ohne Folgen umgangen werden könne, dass eine präventive Kontrolle durch die Baubewilligungsbehörde nicht unterlaufen werde und dass der illegal Nutzende gegenüber dem sich Wohlverhaltenden nicht einen Vorteil erlange. Der Präsident der Baurekurskommission hat ausgeführt, dass die Bewilligungspflicht für die Umnutzung einer bisher als Wohnhaus genutzten Liegenschaft in einen Sexbetrieb gemäss der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ■ zweifellos ■ zu bejahen sei. Die (negativen) Verfahrensaussichten im materiellen Rekursverfahren dürften bei der Beurteilung des vorsorglich ausgesprochenen (Um-)Nutzungsverbots berücksichtigt werden. Der Rekurrent sei frühzeitig über die Bewilligungspflicht informiert worden und könne daher nicht als gutgläubig bezeichnet werden. Seine privaten Interessen an der Fortführung des Betriebs während des laufenden Verfahrens hätten bei dieser Sachlage gegenüber den öffentlichen Interessen zurückzustehen. Der Entscheid sei auch verhältnismässig. Aus den Akten gingen keine grösseren Umbauten und baulichen Investitionen hervor, die für eine Wohnnutzung nutzlos wären. Die angefochtene Verfügung untersage bloss den unbewilligten Sexbetrieb, nicht grundsätzlich eine Nutzung der Liegenschaft. Der Rekurrent könne die Liegenschaft ohne weiteres in das Portfolio seiner Firma aufnehmen und bewirtschaften. Auch aus zeitlichen Gründen rechtfertigt sich die vorsorgliche Massnahme. Bis zum Entscheid über die Bewilligungsfähigkeit der

Umnutzung werde es noch einige Zeit dauern. Das aktuelle Verfahren vor der Baurekurskommission betreffe erst die Frage der Bewilligungspflicht und befinde sich in einem eher frühen Stadium. Die genannten öffentlichen Interessen sowie die privaten Interessen Dritter, deren Bedürfnis nach einem ordentlichen Verfahren mit Einsprachemöglichkeit ebenfalls schützenswert sei und aus den Akten hervorgehe, verlangten ein zeitnahes Vorgehen.

2.2 Der Rekurrent macht demgegenüber geltend, dass der Präsident der Baurekurskommission selbst ausgeführt habe, dass es für den Betrieb eines Bordells keiner Bewilligung bedürfe. Er bestreitet, dass es sich vorliegend um die Umnutzung einer Wohnliegenschaft handle. Zwar sei die Liegenschaft vom Vorbesitzer bewohnt worden; früher sei sie aber gewerblich genutzt worden, was aus dem Intranet des Kantons hervorgehe. Auch die grosszügig errichteten Sanitäranlagen im zweiten Stock würden die frühere gewerbliche Nutzung belegen. Gleiches gelte für die zahlreichen Velounterstände im Gartenbereich. Der Rekurrent sei zudem gutgläubig gewesen, habe ihm doch Herr B\_\_\_ von der Kantonspolizei Basel-Stadt (Fahndung) gesagt, er sehe für die Nutzung als Bordell keine Probleme, da die Liegenschaft früher gewerblich genutzt worden sei. Zu beachten sei auch, dass seit Aufnahme des Sexbetriebes in der fraglichen Liegenschaft keine Reklamationen oder Requisitionen bei der Kantonspolizei erfolgt seien.

### **E. 3**

3.1 Gemäss § 89 Abs. 2 BPG beschränkt oder verbietet das zuständige Vollzugsorgan ■ gemäss § 33 der Bau- und Planungsverordnung (BPV, SG 730.110) das Bau- und Gastgewerbeinspektorat ■ die Benutzung von Bauten und Anlagen, wenn es (a) zum Schutze von Menschen, der Umwelt oder erheblicher Sachwerte nötig ist, oder (b) um zu vermeiden, dass aus einer bösgläubigen Widerhandlung gegen Bauvorschriften Nutzen gezogen werden kann.

3.2 Vorliegend steht noch nicht fest, ob eine Widerhandlung gegen die Bauvorschriften vorliegt. Die Frage, ob die Umnutzung der Liegenschaft in einen Sexbetrieb (nicht der Betrieb des Bordells) bewilligungspflichtig ist und der Rekurrent daher den Betrieb rechtswidrig ohne Bewilligung aufgenommen hat, ist Gegenstand des noch hängigen Hauptverfahrens vor der Baurekurskommission. Für die Prüfung der Frage, ob der Erlass des Nutzungsverbots als vorsorglichen Massnahme in diesem Verfahren zulässig war, dürfen aber ■ wie die Vorinstanz in ihrer Verfügung zutreffend ausgeführt hat ■ die diesbezüglichen Verfahrensaussichten berücksichtigt werden, wenn sie eindeutig positiv oder negativ sind (Stamm, a.a.O., S. 508). Wie die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid und in ihrer Rekursantwort zu Recht ausgeführt hat, hat das Verwaltungsgericht in seiner jüngeren Praxis verschiedentlich ■ jeweils unter Bezugnahme auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung ■ die Umnutzung einer Liegenschaft in einen Sexbetrieb ausdrücklich als bewilligungspflichtig erklärt (VGE VD.2014.36 vom 19. August 2014 [...] sowie VD.2013.39 vom 1. November 2013 [...], mit Verweis etwa auf BGer 1C\_157/2012 vom 16. Juli 2012 E. 4.4, 1C\_83/2012 vom 18. Juli 2012 E. 2.6, 1P.160/2004 vom 27. Januar 2005 E. 4.1). Die Bewilligungspflicht gilt gemäss der genannten Rechtsprechung auch für die Umnutzung einer bisher anderweitig gewerblich genutzten Liegenschaft in einen (grösseren) Sexbetrieb (VGE VD.2013.39 vom 1. November 2013 [ ]). Im vorliegenden Fall wurde die fragliche Liegenschaft zuletzt als Wohnliegenschaft benutzt, und gemäss dem Wohnanteilplan ist nur eine teilweise Nutzung von ein bis zwei Geschossen als Arbeitsfläche zulässig. Der Rekurrent hat seine Behauptung, dass die Liegenschaft früher

(vollumfänglich) gewerblich genutzt worden sei, nicht bewiesen. Entgegen seinen Ausführungen geht dies weder aus dem ■Intranet■ hervor, noch kann aufgrund der Anzahl Sanitäreinrichtungen und Veloständer darauf geschlossen werden. Diese Frage ist indessen angesichts der genannten Rechtsprechung weder im Hauptentscheid noch im vorliegenden Zwischenentscheid betreffend Nutzungsverbot entscheidend. Der Rekurrent will in der Liegenschaft einen grösseren Sexbetrieb mit mehreren Prostituierten und einem eigenen Internetauftritt führen. In Anbetracht der angeführten Rechtsprechung sind seine Verfahrensaussichten bezüglich Bewilligungspflicht eindeutig negativ.

### **E. 3.3**

3.3.1 Da die Bewilligungsfähigkeit der erfolgten Umnutzung noch offen ist, kann vorliegend nicht von einer materiell rechtswidrigen Nutzung, sondern bloss von einer bisher nicht bewilligten Nutzung ausgegangen werden kann. Dies spielt jedoch, wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat, keine Rolle. Dass die Umnutzung der zuvor zu Wohnzwecken genutzten Liegenschaft in einen Sexbetrieb nach Meinung des zuständigen Bau- und Gastgewerbeinspektors einer Baubewilligung bedarf, hat dieses dem Rekurrenten mit Schreiben vom 7. Mai 2015 (in den Akten des BGI, act. 9) frühzeitig ■ noch vor Aufnahme des Bordellbetriebs ■ unmissverständlich mitgeteilt. Der Rekurrent war damit bei der Betriebsaufnahme bösgläubig im Sinne von § 89 Abs. 2 lit. b BPG. Der vom Rekurrenten als ■ Nachweis ■ seiner behaupteten Gutgläubigkeit geltend gemachte Umstand, dass ihm B\_\_\_ von der Kantonspolizei (Fahndung) mitgeteilt habe, er sehe für die Nutzung der Liegenschaft als Bordell keine Probleme, da diese bereits früher gewerblich genutzt worden sei, vermag keine Gutgläubigkeit zu begründen. Zum einen hat Feldweibel B\_\_\_ gegenüber dem Verwaltungsgericht ausdrücklich bestritten, dass er dem Rekurrenten in Bezug auf die Liegenschaft an der [...]strasse [...] einen Hinweis auf die Zulässigkeit der Umnutzung als Bordell abgegeben habe (act. 6). Zum andern ist die Kantonspolizei für die Frage der baurechtlichen Zulässigkeit einer Nutzungsänderung nicht zuständig, was auch dem Rekurrenten bewusst sein musste. Spätestens seit dem Schreiben des Bau- und Gastgewerbeinspektors vom 7. Mail 2015 konnte von einer Gutgläubigkeit somit keine Rede (mehr) sein. Damit unterscheidet sich der vorliegende Fall wesentlich vom mit VGE VD.2013.39 vom 1. November 2013 beurteilten Fall [...]strasse, wo der Betreiber auf seine bei Planungsbeginn erfolgte Erkundigung bei den Behörden nach den erforderlichen Bewilligungen eine zumindest unvollständige Antwort erhalten hatte und die Behörden in der Folge die Nutzung der Liegenschaft als Sexbetrieb stillschweigend über längere Zeit toleriert hatten (a.a.O., E. 4.2.3).

3.3.2 In Bezug auf die Verhältnismässigkeit der Massnahme ist Folgendes zu berücksichtigen: Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann der Abbruch einer widerrechtlichen Bauteile unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit 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 (BGer 1A.40/2005 vom 7. September 2005). 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 erwachsenen 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, 1A.110/2001 vom 4. Dezember 2001 E. 7.1 f.). Diese Grundsätze gelten auch für das Verbot einer ohne Bewilligung aufgenommenen bewilligungspflichtigen Nutzung einer Liegenschaft als vorsorgliche Massnahme (vgl. VGE VD.2012.85 vom 15. März 2013 E. 3.1). Sie gelangen somit auch auf den vorliegenden Fall zur Anwendung.

Aus der dargelegten Bösgläubigkeit des Rekurrenten folgt somit, dass vorliegend dem grundsätzlichen Interesse der Öffentlichkeit, dass Umnutzungen nicht vor ihrer förmlichen Bewilligung erfolgen, besonderes Gewicht zuzumessen ist. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass der (bewilligungslosen) Nutzung der Liegenschaft als Bordell in einem Wohnquartier eine breite Opposition aus der Wohnbevölkerung des Quartiers erwachsen ist. Die zahlreichen beim Bau- und Gastgewerbeinspektorat eingereichten Einsprachen (in den Akten des BGI, act. 9) zeigen deutlich auf, dass sich gegen den geplanten Sexbetrieb an der [...]strasse [...] ein beachtlicher Widerstand formiert hat. Auch hierin unterscheidet sich der vorliegende Fall vom Fall [...]strasse (VGE VD.2013.39 vom 1. November 2013). Schliesslich hat die Vorinstanz zu Recht darauf hingewiesen, dass eine andere Nutzung der Liegenschaft als diejenige als Sexbetrieb durch die angefochtene Verfügung nicht untersagt worden ist, so dass auch eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung der bisher für Wohnzwecke genutzten Liegenschaft weiterhin möglich ist. Das private Interesse an der Aufnahme der Nutzung der Liegenschaft als Sexbetrieb vor der Prüfung der Rechtmässigkeit dieser Umnutzung ist nach dem Gesagten als geringfügiger zu qualifizieren als das öffentliche Interesse an der vorgängigen Prüfung der Bewilligungsfähigkeit.

#### **E. 4**

Aus diesen Erwägungen folgt, dass der Rekurs abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 1'000.00 vom Rekurrenten zu tragen (§ 30 Abs. 1 VRPG).

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