



## Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt

Münsterplatz 11  
CH-4001 Basel

Telefon +41 (0)61 267 91 80  
Telefax +41 (0)61 267 91 50  
E-Mail [bvdgs@bs.ch](mailto:bvdgs@bs.ch)  
Internet [www.bvd.bs.ch](http://www.bvd.bs.ch)

Basel, 04. Februar 2013

### **Jahresbericht 2012, Rechenschaft über Velorahmenausgabenbewilligung, Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Fussverkehrs und Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Langsamverkehrs**

Die Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Langsamverkehrs ist im Zusammenhang mit dem Gegenvorschlag zur Städteinitiative angenommen worden. Sie ist der Nachfolgekredit zu den beiden Rahmenausgabenbewilligungen für den Fuss- und Veloverkehr und deckt zudem zusätzliche Massnahmen ab. Die Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Fussverkehrs ist bereits aufgebraucht, diejenige für den Veloverkehr wird dies voraussichtlich im 2014 sein.

Das Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt hat sich im 2012 im Besonderen grossen Veloprojekten von der Planung bis zur Umsetzung gewidmet sowie die Kommunikation und Information für den Fuss- und Veloverkehr ausgebaut.

#### **Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Fussverkehrs, Ausgaben**

Die Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Fussverkehrs über CHF 5 Mio. gemäss GRB vom 19. Februar 2003 ist mit Ausgaben über CHF 4.98 Mio. seit Ende 2012 aufgebraucht. Als Nachfolgekredit wurde die Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Langsamverkehrs über CHF 10'000'000 mit GRB vom 23.06.2010 und Volksabstimmung vom 28.11.2010 genehmigt.

#### **Velorahmenausgabenbewilligung, Ausgaben**

*Aus der Velorahmenausgabenbewilligung über CHF 8'000'000 gemäss GRB vom 18. Januar 2006 wurden 2012 Ausgaben für folgende im 2011 gestarteten Projekte getätigt:*

- Gellertstrasse (Veloweg, -Radstreifen)
- Fabrikstrasse (Veloführung am Knoten)
- Hammerstrasse (Velogegenverkehr)
- Solothurnerstrasse (Velogegenverkehr)

*Aus der Velorahmenausgabenbewilligung wurden 2012 Ausgaben für folgende neuen Projekte getätigt:*

- Chrischonaweglein (Veloanbindung)
- Kleinmassnahmen (div. Verbesserungen)
- Lichtsignal-Optimierungen (div. Anpassungen)
- St. Jakobs-Strasse, Güterbahnhof Wolf
- Veloabstellplätze Bachgraben (Optimierung)
- Veloabstellplätze am Bad. Bahnhof (Vorstudie Velostation und Angebotsausbau)
- Veloabstellplätze (Verbesserungen an über 30 Standorten)
- Veloabstellplatzkonzept Bahnhof Basel SBB (Planungsgrundlage)
- Velogegeverkehr (div. Umsetzungen)
- Vortrittsänderungen zugunsten des Veloverkehrs

*Die Ausgaben zulasten der Velorahmenausgabenbewilligung im 2012 setzen sich wie folgt zusammen:*

- Veloroutennetz	CHF 235'000
- Velogegeverkehr	CHF 120'000
- Veloabstellplätze	CHF 230'000
- Datenmanagement	CHF 10'000
- Öffentlichkeitsarbeit	<u>CHF 5'000</u>
Die Ausgaben 2012 betragen gesamthaft etwa	CHF 600'000

Die Ausschöpfung der Rahmenausgabenbewilligung steht bei rund CHF 5.3 Mio.

*Für folgende Massnahmen zulasten der Velorahmenausgabenbewilligung ist eine Umsetzung ab 2013 geplant:*

- Badweglein, Bachgrabenpromenade (Verbreiterung für Veloverkehr)
- Bike&Ride-Anlagen
- Grenzacherstrasse, Allmendstrasse – Hörnli Grenze (Anteil Massnahmen aus UVEK)
- Kleinmassnahmen (diverse Verbesserungen)
- LSA-Optimierungen
- Müllheimer-, Feldbergstrasse (Zulassung Velogegeverkehr, LSA-Anpassung)
- Riehenstrasse, Unterführung im Surinam
- St. Jakobs – Strasse, Güterbhf. Wolf (Radstreifen)
- Veloabstellplätze (Verbesserungen an div. Abstellplätzen)

### **Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Langsamverkehrs, Ausgaben**

*Aus der Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Langsamverkehrs über CHF 10'000'000 gemäss GRB vom 23.06.2010 wurden 2012 Ausgaben für folgende im 2011 gestarteten Projekte und Positionen getätigt:*

- Dauerzählstellen Veloverkehr (Einrichtung)
- Konzept Fussgängererhebung
- Projektstellen

*Aus der Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Langsamverkehrs wurden 2012 Ausgaben für folgende neuen Projekte getätigt:*

- Allschwilerstrasse (Trottoirüberfahrten)
- Baselstrasse (Verbesserung Fussgängersituation)
- Begegnungszonen (diverse Umsetzungen und Wirkungskontrollen)
- E-Bike Probewochen 2012
- Erlenskatingroute
- Fussgänger-Erhebungen (Umsetzung)
- Gegenvorschlag Städte-Initiative, Evaluation Zielerreichung („Stiig-Um“)
- Internet Plattform: Basel unterwegs
- Kampagne „fair im Verkehr“
- Kleinmassnahmen Fussverkehr
- Prävention an Schulen: Marionettentheater (Erarbeitung neues Stück))
- Mobilitätswoche Basel Dreiland 2012
- slow up Dreiland 2012 (inkl. Einrichtung neuer Route)
- Velo-City-Kongress 2015 (Bewerbung Basel)
- Velowegweisung (Planung Neusignalisation)
- Wanderrouten (Umsetzung Neusignalisation)
- Zürcherstrasse

*Die Ausgaben zulasten Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Langsamverkehrs im 2012 setzen sich wie folgt zusammen:*

- Grundlagen	CHF 350'000
- Planung von Infrastruktur	CHF 315'000
- Bau von Infrastruktur	CHF 580'000
- Verkehrsregime und Wegweisung	CHF 220'000
- Öffentlichkeitsarbeit	<u>CHF 605'000</u>
Die Ausgaben 2012 betragen gesamthaft etwa	CHF 2'070'000

Die Ausschöpfung der Rahmenausgabenbewilligung steht bei rund CHF 2.5 Mio.

*Für folgende Massnahmen und Projekte zulasten der Rahmenausgabenbewilligung zur Förderung des Langsamverkehrs ist eine Umsetzung ab 2013 geplant:*

- Aeschenplatz (Verbesserung Fussgängerquerung zu Bushalt 80/81)
- Bachgrabenpromenade (Anpassungen Fussverkehr)
- Dreirosenbrücke, Velogegenverkehr
- Dufourstrasse (Verbesserung Fuss- und Veloverkehr)
- E-Bike Probewochen 2013
- Friedrich Miescher-Strasse (Verbindung zu Burgfelderstrasse)
- Fussgängerinformationssystem (Planung Neuumsetzung)
- Fussgängerzählstellen (weitere Umsetzungen)
- Grosspeter-Anlage (Verbesserung Fussgängerquerung und Veloführung)
- Gundeldingerstrasse
- Nachfolgekampagne „fair unterwegs“
- Kleinmassnahmen Fuss- und Veloverkehr
- Klingelbergstrasse (neue Fussgängerquerung)

- Prävention an Schulen: Marionettentheater (Aufführungen für Primarschüler und Erstellung CD)
- Mobilitätsausbildung an Schulen ausbauen und fördern
- Mobilitätswoche Basel Dreiland 2013
- SchweizMobil, „Hindernisfreie Wege“ (Signalisation Rollstuhlwanderwegen)
- slow up 2013
- Umsetzungskonzept Gegenvorschlag Städte-Initiative (Stiig-Um)
- Unterstützungsbeiträge und Anschubfinanzierungen für LV-Projekte privater Träger
- Velonutzung von Kindern und Jugendlichen (Studie)
- Velowegweisung (Umsetzung Neusignalisation)
- Velozählstellen (Weitere Einrichtung und Auswertung)

### **Weitere Projekte und Arbeiten für den Fuss- und Veloverkehr 2012 / 2013**

Zahlreiche weitere Verbesserungen für den Fuss- und Veloverkehr werden im Rahmen von Grossprojekten (z.B. Luzerner Ring / Wasgenring, Rheinufersperrmauer St. Johann, Elsässerstrasse / Hüningerstrasse, Erweiterung Tempo 30) umgesetzt oder mit separaten Krediten (Grenzacherstrasse) finanziert.

Zudem sind zahlreiche Projekte zugunsten des Fuss- und Veloverkehrs in Überprüfung oder in Vorbereitung für eine mögliche Umsetzung in den kommenden Jahren:

- Aeschengraben (Radstreifen)
- Birsuferweg (Variantenstudium, Vorprojekt)
- Belforterstrasse (Bachgraben)
- Burgfelderstrasse, Bungestrasse - Grenze (Verbesserung Veloroute)
- Gellertstrasse, Fussgängertunnel (Machbarkeitsabklärung)
- Hirzbrunnen-Promenade (Überprüfung Velozulassung)
- Jacob Burckhardt-Strasse (Velomassnahmen und Velogegeverkehr)
- LSA-Optimierungen (weitere Massnahmen und Pilotversuche)
- Missionsstrasse – Spalenvorstadt (Verbesserung Veloroute)
- St. Jakobs-Strasse, Denkmal - Grosspeter (Velomassnahmen)
- St. Jakobs-Strasse, Unterführung Zeughaus (Radweg)
- Solothurnerstrasse (Velogegeverkehr bis Gundeldingerstrasse)
- Redingstrasse (Verbesserung Fussgängersituation)
- Strassburgerallee, Burgfelderstrasse (FG-Inseln, Velomassnahmen)
- Wasgenring, Unterführung Hegenheimerstrasse

## Ausführliche Statistik des Appellationsgerichts 2012

Die tabellarische Aufstellung über die zahlenmässige Entwicklung der beim Appellationsgericht eingegangenen Fälle in den letzten zehn Jahren präsentiert sich wie folgt:

Die tabellarische Aufstellung über die zahlenmässige Entwicklung der beim Appellationsgericht eingegangenen Fälle in den letzten zehn Jahren präsentiert sich wie folgt:

	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2005	2004	2003	2002
Zivilsachen (alt)	1	3	42	40	38	65	42	53	39	45	47
Zivilsachen (neu)	56	37	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Direktklagen	14	4	--	--	--	--	--	--	--	---	---
Schutzschriften	7	18									
Strafsachen (alt)	2	77	144	105	109	102	94	98	83	80	77
Verzeigungssachen (alt)	0	5	14	16	23	12	18	18	12	20	10
Strafsachen (neu) inkl. Verzeigungen	99	84	--	--	--	--	--	--	--	--	--
Verwaltungs-, Ver- fassungs- und Lohnrekurse	268	217	291	159	174	168	195	178	157	158	189
Beschwerden total *	255	205	124	113	122	123	152	150	124	136	132
davon Beschwerden Zivilrecht	110	92									
davon Beschwerden Strafrecht	145 **	113									
Haftbeschwerden	54	40	35	19	19	19	21	27	32	34	22
Diverse Eingaben und Geschäfte	1'105	1'160	781	923	736	665	727	672	670	610	873
Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht	107	77	81	94	192	248	138	149	131	127	169
<b>T o t a l</b>	<b>1'968</b>	<b>1927</b>	<b>1512</b>	<b>1469</b>	<b>1413</b>	<b>1402</b>	<b>1387</b>	<b>1345</b>	<b>1248</b>	<b>1210</b>	<b>1519</b>

\* Bis 2010 wurde keine separate Statistik für Beschwerden in Zivilsachen und Beschwerden in Strafsachen geführt.

\*\* davon 95 Beschwerden gegen Entscheide der Staatsanwaltschaft und 7 Beschwerden gegen solche der Jugendanwaltschaft

Im Bereich der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht wurden im Jahr 2012 (2011) insgesamt 107 (77) Entscheide getroffen. Davon ergingen 104 (76) in 71 (48) Sitzungen, während 3 (1) Fälle ohne Verhandlung beurteilt wurde.

Insgesamt wurde 59 (53) mal vom Migrationsamt angeordnete Ausschaffungshaft richterlich überprüft. Davon erwiesen sich 56 (50) Fälle als zulässig; in 3 (3) Fällen wurde die Ausschaffungshaft als unzulässig beurteilt. Weiter standen 15 (13) Verlängerungen der Ausschaffungshaft zur Beurteilung, wovon 15 (12) bewilligt und 0 (1) nicht bewilligt wurden. In 14 (4) Fällen wurde Vorbereitungshaft genehmigt. In 1 (0) Fall wurde die Vorbereitungshaft nicht genehmigt. 8 (1) Haftentlassungsgesuch wurden abgewiesen und 0 (1) gutgeheissen. Sodann wurden 3 (1) Rekurs gegen eine Ausgrenzungs- bzw. Eingrenzungsverfügung erhoben. 0 (1) Fall wurde abgewiesen. 1 (0) Fall wurde für gegenstandslos erklärt und 2 (0) Fälle wurden gutgeheissen. In 2 (2) Fällen wurde Durchsetzungshaft angeordnet, in 3 (1) Fällen wurde die Verlängerung der Durchsetzungshaft genehmigt. In 1 (0) Fall wurde die Verlängerung der Vorbereitungshaft nicht genehmigt und in 1 (0) Fall wurde die Verlängerung der Vorbereitungshaft genehmigt. Von den 107 (77) beurteilten Fällen betrafen 94 (68) Männer und 13 (9) Frauen.

Das Bundesgericht hatte im Berichtsjahr 4 (3) öffentlich-rechtliche Beschwerden gegen Entscheide der Einzelrichterin und des Einzelrichters zu beurteilen. Auf zwei Beschwerden wurde nicht eingetreten und zwei Beschwerden wurden gutgeheissen.

Viermal (4) tagte im Berichtsjahr die Präsidiumskonferenz, einmal (1) das Plenum zur Erledigung der in ihre Zuständigkeit fallenden Geschäfte.

Im Berichtsjahr fanden 191 (156) Sitzungen statt, wovon 46 (47) auf die drei Kammern, 71 (52) auf den Ausschuss und 74 (52) auf die Einzelrichterrinnen und Einzelrichter entfielen. 0 (1) tagte die Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte.

43 (38) Kandidatinnen und Kandidaten ist nach bestandener Prüfung das Anwaltspatent zur Ausübung der Advokatur im Kanton Basel-Stadt erteilt worden, 22 (25) Kandidatinnen und Kandidaten haben die Prüfung nicht bestanden.

In 67 (72) Fällen wurde die Substitution von Anwaltspraktikantinnen und -praktikanten registriert und 30 (32) Anwältinnen sowie Anwälte mit Geschäftsadresse in Basel-Stadt wurden in das hiesige Anwaltsregister aufgenommen. Es wurde 3 (3) Gesuchen von Anwältinnen und Anwälten aus dem EU-Raum um Eintragung unter der ursprünglichen Berufsbezeichnung und Anerkennung der Berechtigung zur ständigen Vertretung von Parteien vor Gerichtsbehörden in der Schweiz entsprochen. In 7 (8) Verfahren war über Fragen der Zulassung zur anwaltlichen Berufsausübung oder des Disziplinarrechts zu entscheiden.

	Fälle 2012	2011	Fälle 2012	2011	Fälle 2012	2011
Unerledigt wurden aus dem Vorjahr übernommen:						
Zivilsachen (altrechtlich)	17	(33)				
Zivilsachen (neurechtlich)	21	(0)				
Direktklagen und Schutzschriften	1	(0)				
Strafsachen (altrechtlich)	80	(113)				
Strafsachen (neurechtlich)	72	(0)				
Verzeigungssachen	5	(13)				
Verwaltungs- und Verfassungsrekurse	146	(139)				
Beschwerden (nicht unterteilt)		(55)				
Beschwerden in Strafsachen	50					
Beschwerden in Zivilsachen	27					
Haftbeschwerden	0	(3)	417	(356)		

Im Berichtsjahr gingen ein:						
Zivilsachen (altrechtlich)	1	(3)				
Zivilsachen (neurechtlich)	56	(37)				
Direktklagen	14	(4)				
Schutzschriften	7	(18)				
Strafsachen (altrechtlich)	2	(77)				
Strafsachen (neurechtlich)	99	(84)				
Verzeigungssachen	0	(5)				
Verwaltungs- und Verfassungsrekurse	268	(217)				
Beschwerden (nicht unterteilt)		(205)				
Beschwerden in Strafsachen	145					
Beschwerden in Zivilsachen	110					
Haftbeschwerden	54	(40)				
Diverse Eingaben und Geschäfte	1105	(1160)				
Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht	107	(77)	1968	(1927)	2385	(2283)

Ende 2012 waren hievon zurückgezogen, zurückgewiesen,  
verglichen, gegenstandslos geklärt, dahingefallen, nicht  
eingetreten oder sonstwie erledigt:

Zivilsachen (altrechtlich)	4	(7)				
Zivilsachen (neurechtlich)	24	(5)				
Direktklagen und Schutzschriften	2	(1)				
Strafsachen (altrechtlich)	7	(35)				
Strafsachen (neurechtlich)	17	(7)				
Verzeigungssachen	0	(4)				
Verwaltungs- und Verfassungsrekurse	106	(89)				
Beschwerden (nicht unterteilt)		(69)				
Beschwerden in Strafsachen	52					
Beschwerden in Zivilsachen	47					
Haftbeschwerden	8	(9)	267	(226)		

Unerledigt blieben am 31. Dezember 2012

Zivilsachen (altrechtlich)	3	(17)				
Zivilsachen (neurechtlich)	27	(22)				
Direktklagen und Schutzschriften	4	(1)				

Strafsachen (altrechtlich)	14	(76)				
Strafsachen (neurechtlich)	117	(73)				
Verzeigungssachen	3	(5)				
Verwaltungs- und Verfassungsrekurse	167	(146)				
Beschwerden (nicht unterteilt)		(77)				
Beschwerden in Strafsachen	63					
Beschwerden in Zivilsachen	34					
Haftbeschwerden	6	(0)	438	(417)	698	(643)

Die erledigten Fälle verteilen sich auf:

Zivilsachen (altrechtlich)	11	(12)				
Zivilsachen (neurechtlich)	26	(10)				
Direktklagen und Schutzschriften	16	(20)				
Strafsachen (altrechtlich)	61	(79)				
Strafsachen (neurechtlich)	37	(4)				
Verzeigungssachen	2	(9)				
Verwaltungs- und Verfassungsrekurse	141	(121)				
Beschwerden (nicht unterteilt)		(114)				
Beschwerden in Strafsachen	79					
Beschwerden in Zivilsachen	55					
Haftbeschwerden	40	(34)				
Diverse Eingaben und Geschäfte	1105	(1160)				
Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht	107	(77)	1680	(1640)		

In den 11 (12) altrechtlichen Zivilsachen wurde das erstinstanzliche Urteil

bestätigt in	7	(5)	Fällen
abgeändert in	4	(7)	Fällen
zusammen	<u>11</u>	<u>(12)</u>	<u>Fälle</u>

In den 26 (10) neurechtlichen Zivilsachen wurde das erstinstanzliche Urteil

bestätigt in	16	(7)	Fällen
abgeändert in	10	(3)	Fällen
zusammen	<u>26</u>	<u>(10)</u>	<u>Fälle</u>

In den 61 (79) altrechtlichen Strafsachen erfolgte Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils

21 (31) Fällen

Abänderung der ausgesprochenen Strafe zugunsten des Beurteilten

33 (31) Fällen

resp. zuungunsten des Beurteilten

07 (17) Fällen

zusammen

61 (79) Fälle \*

In den 37 (4) neurechtlichen Strafsachen erfolgte Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils

22 (2) Fällen

Abänderung der ausgesprochenen Strafe zugunsten des Beurteilten

11 (2) Fällen

resp. zuungunsten des Beurteilten

4 (0) Fällen

zusammen

37 (4) Fälle \*



In den 2 (9) Verzeigungssachen erfolgte Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils	2	(6)	Fällen
Abänderung der ausgesprochenen Strafe zugunsten des Beurteilten	0	(3)	Fällen
resp. zuungunsten des Beurteilten	0	(0)	Fällen
zusammen	<u>2</u>	<u>(9)</u>	<u>Fälle</u> *

Die erledigten Verwaltungs-, Verfassungs- und Disziplinarrekurse verteilten sich wie folgt:

	2012	2011
Regierungsrat	20	6
Steuerrekurskommission	13	11
Expropriationskommission	0	1
Baurekurskommission	12	3
Bau- und Verkehrsdepartement	5	5
Justiz- und Sicherheitsdepartement	36	44
Präsidialdepartement	0	1
Kommission für Ausbildungsbeiträge	1	1
Vormundschaftsbehörde	8	4
Vormundschaftsrat	4	5
Aufsichtskommission über die Advokaten	1	1
Gesundheitsdepartement	1	1
Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt	17	16
Personalrekurskommission	3	1
Rekurskommission Universität	3	1
Erziehungsdepartement	8	7
Bürgerrat der Stadt Basel	1	2
Gemeinde Riehen	1	0
Gemeinde Bettingen	1	0
Grosser Rat	0	2
Industrielle Werke	0	1
Handelsregister	1	0
Fürsorgerat	3	3
Strafgericht, Abt. Vollzug	0	5
Jugendschutzkammer	1	0
Schulrekurskommission Gemeinde Bettingen	1	0
<b>Total</b>	<b>141</b>	<b>121</b>

\*Eine Statistik bezogen auf Anzahl Beurteilte pro Fall kann mit dem neuen EDV-Programm nicht mehr erstellt werden.

Von den 141 (121) behandelten Rekursen an das Verwaltungsgericht wurden 28 (21) gutgeheissen und 113 (100) abgewiesen.

Von den 79 behandelten Beschwerden in Strafsachen gegen Urteile und Verfügungen der ersten Instanz wurden 35 gutgeheissen und 44 abgewiesen.

Von den 55 behandelten Beschwerden in Zivillsachen gegen Urteile und Verfügungen der ersten Instanz wurden 14 gutgeheissen und 41 abgewiesen.

Von den 40 (34) behandelten Haftbeschwerden wurden 2 (5) gutgeheissen und 38 (29) abgewiesen.

Es wurden 7 Schutzschriften entgegengenommen. Unter den 14 zivilrechtlichen Direktklagen befanden sich u.a. 4 Gesuche um Erlass einer superprovisorischen Massnahme und ein Begehren um Erlass eines Arrestbefehls, 4 materielle Klagen betreffend unlauteren Wettbewerb, Immaterialgüterrechtsverletzung bzw. Verletzung von Fabrikationsgeheimnissen sowie ein Begehren um Anordnung einer Sonderprüfung.

## Bundesgericht

	Beschwerden in Zivilsachen		Beschwerden in Strafsachen		Beschwerden in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten		Verfassungsbeschwerden	
	2012	2011	2012	2011	2012	2011	2012	2011
Am 1. Januar 2012 waren pendent	13	9	12	8	15	16	3	2
Im Berichtsjahr gingen ein	26	21	64	39	35	29	5	7
<b>zusammen</b>	<b>39</b>	<b>30</b>	<b>76</b>	<b>47</b>	<b>50</b>	<b>45</b>	<b>8</b>	<b>9</b>
zurückgezogen, nicht eingetreten	6	9	18	12	13	15	3	5
gutgeheissen	3	2	4	7	7	2	0	0
abgewiesen	14	5	31	17	15	14	1	0
unerledigt blieben	16	14	23	11	15	14	4	4
<b>zusammen</b>	<b>39</b>	<b>30</b>	<b>76</b>	<b>47</b>	<b>50</b>	<b>45</b>	<b>8</b>	<b>9</b>

## Kassenbericht

Die Einnahmen betragen	2012 CHF	2011 CHF
Geldbussen –Strafen	72'260.00	38'110.00
Advokaten- und Kanzleigeühren	30'524.00	35'601.00
Gerichts- und Urteilsgebühren	614'415.00	562'265.00
	717'199.00	635'976.00
Ausgewiesene Advokatenhonorare (Zivil- und Verwaltungssachen)	94'182.10	107'577.85
Advokatenhonorare (Strafsachen)	535'730.65	755'823.30
	629'912.65	863'401.15

## **Aus der Rechtsprechung des Appellationsgerichts im Jahr 2012:**

### **1. Urteil des Appellationsgerichts als Verwaltungsgericht VD.2012.149 vom 26. September 2012 betr. Auswirkung einer übermässigen Verfahrensdauer auf die Gültigkeit der Zustellung eines behördlichen Entscheids**

*In einem verwaltungsrechtlichen Verfahren betreffend Widerruf der Aufenthaltsbewilligung hatte der Rekurrent unbestrittenermassen die massgebliche Rekursfrist für die Anfechtung einer Verfügung des Migrationsamtes beim Justiz- und Sicherheitsdepartement (JSD) verpasst. Grund dafür war, dass er die am 18. Juni 2009 mit eingeschriebener Post an seinen amtlichen Wohnsitz versandte Verfügung aufgrund einer mehrwöchigen Landesabwesenheit erst am 27. Juli 2009 in Empfang genommen hatte. In solchen Fällen gilt grundsätzlich die sog. Zustellfiktion: Eine eingeschriebene behördliche Postsendung, die dem Empfänger nicht gleich übergeben werden kann und diesem daher mit einer in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegten Abholungseinladung avisiert wird, gilt im Falle der Nichtabholung als am letzten Tag der siebentägigen Abholfrist zugestellt. Dies gilt nach der Rechtsprechung auch dann, wenn der Adressat der Post einen Auftrag auf Zurückbehaltung seiner Sendungen erteilt oder die örtlich zuständige Poststelle von sich aus die Abholfrist verlängert hat. Aufgrund dieser Zustellfiktion hatte das JSD den am 5. August 2009 erhobenen Rekurs als verspätet erachtet und war deshalb nicht darauf eingetreten. Das Verwaltungsgericht erwog, dass die Zustellfiktion nur gilt, wenn die Zustellung eines behördlichen Aktes mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwartet werden muss. Mit einer Zustellung muss eine Person in der Regel bei einem hängigen Verfahren rechnen, sofern der letzte Kontakt mit der Behörde nicht längere Zeit, d.h. jedenfalls nicht mehr als ein Jahr, zurückliegt. Demgegenüber kann bei einem über Jahre hängigen Verfahren von den Parteien nach Treu und Glauben nicht verlangt werden, dass sie in jedem Zeitpunkt erreichbar sind und auch kürzere Ortsabwesenheiten der Behörde melden oder stets eine Stellvertretung für die Kontrolle der eingehenden Post bestellen, um einen Rechtsnachteil zu vermeiden.*

*Im vorliegenden Fall hatte das Migrationsamt dem Rekurrenten mit Schreiben vom 12. Dezember 2007 das rechtliche Gehör zu der in Aussicht gestellten Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung gewährt, worauf er am 9. Januar 2008 Stellung genommen hatte. Danach hörte er nichts mehr von der Behörde, bis diese nach über 17 Monaten am 17. Juni 2009 eine Verfügung im erwähnten Sinne erlassen hat. Nach einer so langen Zeit war der Rekurrent nach Treu und Glauben nicht mehr verpflichtet, dafür besorgt zu sein, dass ihm jederzeit das Verfahren betreffende Entscheide und Verfügungen eröffnet werden konnten. Vielmehr genügte es, wenn er bei seiner Abwesenheit der Post einen Rückbehaltungsauftrag erteilt hatte, um die Zustellung behördlicher Sendungen sicherzustellen.*

*Bei dieser Sachlage entschied das Verwaltungsgericht, dass das JSD zu Unrecht von einer verspäteten Rekuserhebung ausgegangen war. Der angefochtene Nicht-*

*eintretensentscheid wurde daher aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen. Aufgrund der Gutheissung des Rekurses wurden keine Verfahrenskosten erhoben und hatte der Rekurrent Anspruch auf Zusprechung einer Parteientschädigung für die im Verfahren vor Verwaltungsgericht entstandenen Anwaltskosten zu Lasten des JSD.*

## **Sachverhalt**

Der mazedonische Staatsangehörige X.\_\_\_\_\_ reiste am 15. August 2002 zusammen mit seiner damaligen Ehefrau Y.\_\_\_\_\_ und den zwei gemeinsame Kindern in die Schweiz ein und ersuchte gleichentags um Asyl für die ganze Familie. Da die Gesuchsteller bereits im März 1999 und im April 2002 in Deutschland erfolglos Asylanträge gestellt hatten, wurden sie – nachdem ihre Beschwerde gegen die vorsorgliche Wegweisung abgewiesen worden war – am 29. August 2002 nach Deutschland rücküberführt. In der Folge blieben auch Asylgesuche in Norwegen und Schweden erfolglos. Auf ein zweites Asylgesuch in der Schweiz vom 11. Januar 2005, welches nun auch ein weiteres Kind miteinschloss, trat das Bundesamt für Migration (BFM) am 10. Februar 2005 nicht ein und verfügte die Wegweisung. Hierauf liessen sich die Eheleute X.\_\_\_\_\_ -Y.\_\_\_\_\_ am 3. März 2005 in Mazedonien im gegenseitigen Einvernehmen scheiden. Kurze Zeit später, am 27. April 2005, heiratete X.\_\_\_\_\_ in Winterthur die 16 Jahre jüngere Schweizerin A.\_\_\_\_\_, während Y.\_\_\_\_\_ am 27. September 2005 in Zürich den Schweizerbürger B.\_\_\_\_\_ ehelichte. Gestützt darauf wurde beiden die Aufenthaltsbewilligung B erteilt. Jedoch leiteten die Behörden bereits im Januar 2006 wegen des Verdachts der Scheinehe eine Untersuchung gegen die Eheleute X.\_\_\_\_\_ -A.\_\_\_\_\_ ein. Nachdem A.\_\_\_\_\_ anlässlich einer Befragung von der Ex-Ehefrau ihres Mannes und den gemeinsamen Kindern erfahren hatte, trennte sie sich von ihm und liess sich in der Folge scheiden. Am 12. Dezember 2007 teilte das Sicherheitsdepartement Basel-Stadt, Bevölkerungsdienste und Migration, X.\_\_\_\_\_ mit, dass es aufgrund der festgestellten Umstände erwäge, die mittlerweile abgelaufene Aufenthaltsbewilligung nicht zu verlängern und gewährte ihm das rechtliche Gehör. Am 9. Januar 2008 nahm X.\_\_\_\_\_ hierzu Stellung. Mit Verfügung vom 17. Juni 2009, welche dem Gesuchsteller am 27. Juli 2009 zugestellt wurde, wurde die Aufenthaltsbewilligung widerrufen und er aufgefordert, den Schengen-Raum zu verlassen. Auf den dagegen erhobenen Rekurs vom 5. August und 2. Dezember 2009 trat das Justiz- und Sicherheitsdepartement mit Entscheid vom 6. Juni 2012 wegen verspäteter Rekursanmeldung nicht ein.

Am 14. Juni 2012 hat der anwaltlich vertretene X.\_\_\_\_\_ Rekurs an den Regierungsrat erhoben und beantragt, der Entscheid des JSD sei unter Kostenfolge aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, auf den Rekurs einzutreten. Am 7. August 2012 liess er eine Rekursbegründung einreichen und um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ersuchen. Das JSD hat am 14. September 2012 unter Verweis auf den

Rekursentscheid auf eine Stellungnahme verzichtet. Mit Schreiben vom 21. August 2012 hat das Präsidialdepartement den Rekurs dem Verwaltungsgericht zum Entscheid überwiesen. Am 23. August 2012 wurde der Kostenerlass bewilligt. Die Einzelheiten und Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für den vorliegenden Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen. Der Entscheid ist auf dem Zirkulationsweg ergangen.

## **Erwägungen**

### **1.**

Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 21. August 2012 sowie aus § 42 des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (Organisationsgesetz OG; SG 153.100) und §§ 10 und 12 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG, SG 270.100). Der Rekurrent ist als Adressat des angefochtenen Entscheids von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Er ist deshalb gemäss § 13 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf den rechtzeitig erhobenen und innert erstreckter Frist begründeten Rekurs ist einzutreten. Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat (statt vieler VGE VD.2011.115 vom 24. Oktober 2011, VD.2010.39 vom 28. April 2011 je E. 1.1).

### **2.**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz auf den gegen die Verfügung der Bevölkerungsdienste und Migration vom 17. Juni 2009 erhobenen Rekurs zu Recht nicht eingetreten ist mit der Begründung, dieser sei zu spät erfolgt.

**2.1** Gemäss § 46 Abs. 1 und 2 OG ist ein verwaltungsinterner Rekurs innert 10 Tagen ab der Eröffnung der angefochtenen Verfügung bei der Rekursinstanz anzumelden und innert 30 Tagen ab dem gleichen Zeitpunkt schriftlich zu begründen.

Es ist unbestritten und aufgrund der Akten erstellt, dass die hier streitige Verfügung am 18. Juni 2009 mit eingeschriebener Post an den damaligen amtlichen Wohnsitz des Rekurrenten versandt, von diesem aber – aufgrund einer mehrwöchigen Landesabwesenheit – erst am 27. Juli 2009 in Empfang genommen wurde. Die Vorinstanz hat nun erwogen, durch den eingeschriebenen Versand gelte die Verfügung gemäss der sogenannten Zustellfiktion ungeachtet der tatsächlich erst später erfolgten Kenntnismahme spätestens am letzten Tag einer siebentägigen Abholfrist als zu-

gestellt, sofern – wie hier – der Adressat die Zustellung eines behördlichen Aktes mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit habe erwarten müssen. Diese Zustellfiktion gelte auch im Falle eines Zurückbehaltungsauftrages oder einer Verlängerung der Abholfrist durch die örtlich zuständige Poststelle selber. Im vorliegenden Fall sei dem Rekurrenten mit Schreiben vom 12. Dezember 2007 das rechtliche Gehör gewährt und ihm der Widerruf der Aufenthaltsbewilligung und die Wegweisung in Aussicht gestellt worden. Damit habe die Vorinstanz das Verwaltungsverfahren formlos eingeleitet, womit zwischen den Beteiligten ein Rechtsverhältnis begründet worden sei, welches sie zu einem Verhalten nach Treu und Glauben verpflichtet habe. Der Rekurrent habe daher mit der Zustellung einer Verfügung rechnen und deshalb Sorge tragen müssen, dass ihm behördliche Entscheide in diesem Verfahren ohne Weiteres hätten zugestellt werden können. Indem die angefochtene Verfügung vom ihm tatsächlich erst am 27. Juli 2009 in Empfang genommen worden sei, habe „er klarerweise gegen die vorgenannte verfahrensrechtliche Pflicht verstossen“. Es sei deshalb von der Zustellfiktion auszugehen. Daraus folge, dass die angefochtene Verfügung nach Ablauf der siebentägigen Zustellfrist am 25. Juni 2009 als zugestellt gelte und die Frist zur Rekursanmeldung am 26. Juni 2009 zu laufen begonnen und am 6. Juli 2009 geendet habe. Die erst am 5. August 2009 postalisch aufgebene Rekursanmeldung sei „somit klar verspätet erfolgt“.

**2.2** Der Rekurrent hält dem entgegen, aus der Gewährung des rechtlichen Gehörs am 12. Dezember 2007 könne ihm nicht vorgehalten werden, er habe gegen seine verfahrensrechtlichen Pflichten verstossen, wenn die entsprechende Verfügung erst am 17. Juni 2009, also über 18 Monate später zugestellt worden sei. Vielmehr habe er „gutgläubig und völlig zu Recht davon ausgehen“ dürfen, dass die Angelegenheit erledigt sei und das Migrationsamt aufgrund seiner Stellungnahme wohl auf den Erlass einer Verfügung verzichten würde. Die Pflicht der Verfahrensparteien sei in zeitlicher Hinsicht beschränkt. Nach Ablauf von rund eineinhalb Jahren müsse nicht mehr mit einem Entscheid gerechnet werden. Dies gelte erst recht, wenn einem Betroffenen lediglich das rechtliche Gehör gewährt worden sei und er sich noch nicht einmal in einem Rekursverfahren befinde.

### 3

**3.1** Wie die Vorinstanz in rechtlicher Hinsicht zutreffend ausgeführt hat, gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in denjenigen Fällen, in welchen der Adressat anlässlich einer versuchten Zustellung nicht angetroffen und daher eine Abholeinladung in seinen Briefkasten oder sein Postfach gelegt wird, die Sendung in jenem Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie auf der Post abgeholt wird; geschieht dies nicht innert der Abholfrist, die gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Schweizerischen Post sieben Tage beträgt, so gilt die Sendung als am letzten Tag dieser Frist zugestellt, sofern der Adressat mit der Zustellung hatte rechnen müssen (BGE 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399; BGer 5A\_710/2010 vom 28. Januar 2011, E. 3.1; VGE VD.2011.166 vom 5. Dezember 2011 E. 2.2, AGE 668 und 682/2008

vom 8. August 2008 E. 2.2). Dies gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch im Falle eines Postrückbehaltungsauftrages (BGE 134 V 49 E. 4 S. 52 mit Hinweisen; VGE VD.2011.166 vom 5. Dezember 2011 E. 2.2). Diese Rechtsprechung ist nur dann massgebend, wenn die Zustellung eines behördlichen Aktes mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwartet werden muss. Indessen entsteht erst mit der Rechtshängigkeit ein Prozessrechtsverhältnis, welches die Parteien verpflichtet, sich nach Treu und Glauben zu verhalten, d.h. unter anderem dafür zu sorgen, dass ihnen Entscheide, welche das Verfahren betreffen, zugestellt werden können. Diese Pflicht entsteht mithin als prozessuale Pflicht mit der Begründung eines Verfahrensverhältnisses und gilt insoweit, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss (BGE 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399 mit Hinweisen; 127 I 31 E. 2a/aa S. 34). Besteht ein solches Prozessrechtsverhältnis, so obliegt es einer Partei, der Behörde allfällige Änderungen der von ihr angegebenen Adresse oder eine längere Abwesenheit bekannt zu geben respektive eine Stellvertretung für die Kontrolle der eingehenden Post zu bestellen (BGer 2C\_233/2012 vom 18. Mai 2012; BGE 130 III 396 E. 1.2.3 S. 399; 115 Ia 12 E. 3a S. 15; 113 Ib 296 E. 2a S. 298; 107 V 187 E. 2 S. 189 f.; AMSTUTZ/ARNOLD, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz BGG, Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], 2. Aufl. Basel 2011, Art. 44 N 25). Mit einer Zustellung muss eine Person dabei in der Regel bei einem hängigen Verfahren resp. einem bestehenden Prozessrechtsverhältnis rechnen, soweit der letzte Kontakt mit der Behörde nicht längere Zeit zurückliegt. In der Literatur und Rechtsprechung wird diesbezüglich von einer Zeitspanne von bis zu einem Jahr seit der letzten verfahrensbezogenen Handlung gesprochen (AMSTUTZ/ARNOLD, a.a.O., Art. 44 N. 26; A. STAEHELIN, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung ZPO, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 138 N 9; BGer 6B\_511/2010 vom 13. August 2010 E. 3; VGE VD.2011.166 vom 5. Dezember 2011 E. 2.2, APE BE.2011.133 vom 25. November 2011 E. 2.4.3). Bei einem über Jahre hängigen Verfahren kann von den Parteien dagegen nach Treu und Glauben nicht verlangt werden, dass sie in jedem Zeitpunkt erreichbar sind und auch kürzere Ortsabwesenheiten der Behörde melden, um einen Rechtsnachteil zu vermeiden. Liegt der letzte Kontakt mit der Behörde mehr als ein Jahr zurück, so kann von einer Zustellungsfiktion nicht mehr ausgegangen werden. In diesen Fällen gilt nur noch eine Empfangspflicht der am Verfahren beteiligten Partei, indem sie für die Behörde erreichbar sein und länger dauernde Abwesenheiten melden muss (AMSTUTZ/ARNOLD, a.a.O., Art. 44 N 26 mit Hinweisen auf BGer 6B\_511/2010 vom 13. August 2010 E. 3, 6B\_553/2008 vom 27. Oktober 2008 E. 3 und 2P.120/2005 vom 23. März 2006 E. 4.2; VGE VD.2011.166 vom 5. Dezember 2011 E. 2.2, APE BE.2011.133 vom 25. November 2011 E. 2.4.3).

**3.2** Aufgrund des in Erwägung 3.1 hievore Gesagten erhellt, dass der Einwand des Rekurrenten zu Recht erfolgt. Aus den Akten muss geschlossen werden und ist im Übrigen auch nicht streitig, dass die Vorinstanz im Anschluss an das Schreiben vom

12. Dezember 2007, womit sie dem Rekurrenten das rechtliche Gehör zu der in Aussicht gestellten Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung gewährt und worauf dieser am 9. Januar 2008 Stellung genommen hatte, erst am 17. Juni 2009 entsprechend der Orientierung vom 12. Dezember 2007 verfügt hat. Damit wurde der nächste Verfahrensschritt erst über 18 Monate nach dem Schreiben, woraus die Vorinstanz die Zustellfiktion ableitet, resp. über 17 Monate nach dessen Beantwortung durch den Rekurrenten eingeleitet. Zu diesem Zeitpunkt war der Rekurrent aber aufgrund der übermässig langen Bearbeitungsdauer der Sache durch die Behörden von deutlich über einem Jahr und der fehlenden Benachrichtigung über den Fortgang des Verfahrens nach Treu und Glauben nicht mehr verpflichtet, dafür besorgt zu sein, dass ihm jederzeit das Verfahren betreffende Entscheide und Verfügungen eröffnet werden können (so auch VGE vom 14. Februar 1997 i.S. J.Z, in: BJM 1999 172 ff., 174). Vielmehr musste es unter diesen Umständen genügen, dass der Rekurrent bei seiner Abwesenheit der Post einen Rückbehaltungsauftrag erteilt hat, um die Zustellung behördlicher Sendungen sicher zu stellen. Dies hat er denn auch getan. Ein solcher Auftrag kann für höchstens zwei Monate gestellt werden (BORNATICO, Basler Kommentar zur ZPO, Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], 2010, Art. 138 N 22 mit Hinweis auf BGE 127 III 173 E. 1). Auch kann bei der rund anderthalb-monatigen Abwesenheit des Rekurrenten in Relation zur 18-monatigen Bearbeitungsdauer der Sache durch den Bereich Bevölkerungsdienste und Migration und die gesamte Verfahrensdauer von sage und schreibe drei Jahren für den vorliegend zu beurteilenden rein formellen Nichteintretensentscheid des Departements nicht von einer länger dauernden Abwesenheit gesprochen werden, über die die Behörden hätten informiert werden müssen. Vielmehr erscheint es angesichts einer derartigen Verfahrensverzögerung seitens der Behörden im Lichte des Art. 5 Abs. 3 BV, welcher staatliche Organe und Private gegenseitig zu einem Handeln nach Treu und Glauben verpflichtet, – gelinde gesagt – unstatthaft, dem Rekurrenten ein treuwidriges Verhalten durch die unterbliebene Meldung seiner zeitweiligen Abwesenheit und die erst am 27. Juli 2009 erfolgte Abholung der am 18. Juni 2009 versandten Verfügung vorwerfen zu wollen.

**3.3** Nach dem Gesagten kann sich die Vorinstanz für die Berechnung der Frist zur Anmeldung und Begründung eines Rekurses gemäss § 46 OG nicht auf die Zustellfiktion berufen. Dabei kann letztlich offen bleiben, ob mit dem Schreiben vom 12. Dezember 2007 überhaupt ein die Zustellfiktion auslösendes Verfahrensverhältnis begründet worden ist.

Für den Beginn des Fristenlaufs ist somit der tatsächliche Empfang der Sendung am 27. Juli 2009 massgebend. Mit der Eingabe vom 5. August 2009 ist der Rekurs an die Vorinstanz somit rechtzeitig erhoben worden. Da ihm die Begründungsfrist mit Schreiben vom 26. August, 28. September und 2. November 2009 bis zum 2. Dezember 2009 erstreckt worden ist, ist mit der Eingabe von jenem Tag auch die Begründungsfrist eingehalten worden. Auf den Rekurs ist daher mit Bezug auf die Frist-



erfordernisse gemäss § 46 OG einzutreten. In Gutheissung des Rekurses ist der angefochtene Entscheid deshalb aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da diese ihre Prüfung der Eintretensvoraussetzungen auf die gesetzlichen Fristerfordernisse beschränkt hat, und die übrigen Eintretensvoraussetzungen noch zu prüfen sein werden, kann das Departement nicht angewiesen werden, auf den Rekurs einzutreten. Es wird vielmehr die übrigen Eintretensvoraussetzungen zu prüfen und gegebenenfalls materiell über den Rekurs zu entscheiden haben.

#### 4.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben, und hat das Departement dem Rekurrenten eine Parteientschädigung auszurichten (§ 30 Abs. 1 VRPG). In Ermangelung einer Honorarnote ist der erforderliche Aufwand zu schätzen, wobei für die Rekursanmeldung und die auf vier Seiten konzentrierte Rekursbegründung ein Aufwand von knapp fünf Stunden als angemessen erscheint. Dies entspricht einem Honorar von CHF 1'250.– einschliesslich der notwendigen Auslagen und zuzüglich Mehrwertsteuer zu 8%, total somit einer Parteientschädigung von CHF 1'350.–. Das Gesuch um Kostenerlass ist bei diesem Ergebnis als gegenstandslos abzuschreiben.

#### **Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:**

://: In Gutheissung des Rekurses wird der angefochtene Entscheid aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

Das Justiz- und Sicherheitsdepartement hat dem obsiegenden Rekurrenten eine Parteientschädigung von CHF 1'350.– inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer zu bezahlen.

Das Gesuch um Kostenerlass wird als gegenstandslos abgeschrieben.

## **2. Urteil des Appellationsgerichts als Verwaltungsgericht VD.2010.120, VD.2010.140 und VD.2010.143 vom 21. Juni 2012 betr. Nutzungs-/Erschliessungsplan St. Johannis-Vorstadt (Spreizung der Tramschienen)**

*In diesem Entscheid ging es um die geplante Umgestaltung der St. Johannis-Vorstadt im Bereich vor den Liegenschaften Nr. 7 bis 29 mit dem Ziel, den seitlichen Abstand zwischen den beiden Spuren der Tramschienen um 18 cm zu verbreitern, um das gefahrlose Kreuzen von zwei Tramzügen moderner Bauweise zu ermöglichen. Auf-*

grund der Gefahr seitlicher Kollisionen solcher im Vergleich zu früheren Modellen breiterer Tramzüge besteht an der fraglichen Stelle seit einiger Zeit ein Kreuzungsverbot. Nach entsprechender Planaufgabe hatte der Regierungsrat den geänderten Nutzungsplan/Erschliessungsplan genehmigt und die dagegen erhobenen Einsprachen verschiedener Liegenschaftseigentümer abgewiesen. Dagegen rekurrerten einige davon beim Verwaltungsgericht.

Die Rekurrenten beriefen sich zunächst auf den Planungsgrundsatz der Rechtsbeständigkeit, wonach eine Planung in der Regel jeweils etwa 15 Jahre Bestand haben sollte. Davon ausgehend stünde die vorgesehene Gleisspreizung während dieser Zeitspanne einer besseren Lösung, nämlich der Verlegung der Tramlinienführung von der St. Johannis-Vorstadt in die Spitalstrasse entgegen. Eine solche Verlegung der Tramstrecke sehe die Tramnetzstudie des UVEK vor, welche im Zusammenhang mit der kantonalen Initiative „Ja zur Tramstadt Basel“ in Auftrag gegeben worden sei. Diesen Einwand erachtete das Verwaltungsgericht als nicht schlüssig. Bei einer Verlegung der Tramlinie in die Spitalstrasse wäre ohnehin erst etwa 2023 mit dem Baubeginn zu rechnen, was auch der Lebensdauer der bestehenden Geleiseanlage entspreche. Darüber hinaus habe der Grundsatz der Planbeständigkeit bei einem Sondernutzungsplan, der eine Detailregelung enthalte, nicht die gleiche Bedeutung wie bei einem Zonenplan. Eine solche Detailplanung von vergleichsweise bescheidenem Ausmass müsse rasch an veränderte tatsächliche Verhältnisse angepasst werden können. Hinzu komme, dass hier keine massgeblichen Interessen an einem Fortbestand der zurzeit strittigen Planung erkennbar seien, die in Zukunft einer möglichen Gleisverlegung in die Spitalstrasse entgegenstünden. Somit könne jenes Projekt unabhängig von den vorgesehenen Massnahmen in der St. Johannis-Vorstadt weiterverfolgt werden.

Auch die Berufung der Rekurrenten auf die Anliegen des Landschaftsschutzes und des Lärmschutzes war offensichtlich unbehelflich. Diesbezüglich erkannte das Verwaltungsgericht keine Beeinträchtigung durch die vorgesehene Spreizung der Tramschienen um 18 cm. Hinsichtlich des Lärmschutzes sei im Gegenteil sogar eine Verbesserung zu erwarten, indem bei dieser Gelegenheit eine erschütterungshemmende Dämmschicht angebracht werde.

Die vorgesehenen Massnahmen bezeichnete das Verwaltungsgericht als lediglich geringfügigen Eingriff in die bestehende Ordnung gemäss heutigem Nutzungsplan. Zudem sei durch die grösseren Dimensionen der von den Herstellern angebotenen neuen Tramzüge eine Änderung der Verhältnisse eingetreten, welche die Spreizung der Tramschienen erforderlich mache. Das wegen der heutigen Situation bestehende Kreuzungsverbot führe einerseits zu Wartezeiten und damit Schwierigkeiten bei der Einhaltung der Fahrpläne sowie andererseits zu einem Sicherheitsproblem. Die sowohl im Hinblick auf die Anliegen des Umweltschutzes als auch die Verbesserung der Standortqualität des Kantons erwünschte Förderung des öffentlichen Verkehrs rechtfertige daher im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung die geplanten Änderungen. Nicht ernsthaft in Betracht kommen konnte demgegenüber das Ansinnen der Rekurrenten, dass bei Neubeschaffungen Tramzüge mit den bisherigen

*geringeren Dimensionen gekauft werden sollten. Solche Fahrzeuge stehen nämlich gemäss Auskunft der BVB nur noch als Sonderanfertigung in einer beschränkten Auswahl zur Verfügung und kosten trotz geringerem Platzangebot pro Stück jeweils ca. CHF 0,5 Mio. mehr.*

*Auch wenn die vorgesehene Spreizung der Tramgeleise vor mehreren im Denkmalverzeichnis eingetragenen Liegenschaften vorgenommen werden soll, bestand nach der Beurteilung des Verwaltungsgerichts keine Notwendigkeit, einen Bericht der Denkmalpflege zur umstrittenen Änderung des Nutzungsplans einzuholen. Eine solche bauliche Veränderung habe von vornherein keine Beeinträchtigung der geschützten Objekte zur Folge. Soweit Parkbuchten aufgehoben werden sollen, werde im Gegenteil eine offensichtliche Verbesserung der Ansicht der denkmalgeschützten Häuser erreicht. Aus im Wesentlichen denselben Überlegungen werden nach der Beurteilung des Gerichts auch die Anforderungen des für das fragliche Gebiet geltenden bundesrechtlichen Ortsbildschutzes nicht tangiert.*

*Als nicht nachvollziehbar bezeichnete das Verwaltungsgericht schliesslich die Einwände der Rekurrenten, wonach die Erschliessung die Liegenschaften in der St. Johannis-Vorstadt für Behinderte verschlechtert werde. Sowohl durch die Verbreitung des rheinabseitigen Trottoirs als auch aufgrund der uneingeschränkten Durchfahrtsmöglichkeit für moderne Niederflurtrams werde im Gegenteil die Situation für Behinderte verbessert. Dasselbe gelte für Fussgänger allgemein, während die Situation für Velofahrer unverändert bleibe.*

*Aus all diesen Gründen wies das Verwaltungsgericht die Rekurse kostenfällig ab.*

## **Sachverhalt**

Der Regierungsrat hat mit Planfestsetzungsbeschluss Nr. 10/17/15 vom 1. Juni 2010 gestützt auf §§ 97, 98 und 106 des Bau- und Planungsgesetzes (BPG; SG 730.100) den Nutzungsplan / Erschliessungsplan Nr. 5668 des Tiefbauamtes betreffend Umgestaltung der St. Johannis-Vorstadt im Bereich vor den Liegenschaften Nr. 7 bis 29 inklusive des neuen generellen Strassenquerprofils und der Höhenkoten der Strassenlinien genehmigt. Die Einsprachen von A.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ hat er abgewiesen, während er auf jene des B.\_\_\_\_\_ nicht eingetreten ist. Gegen diesen Planfestsetzungsbeschluss richten sich die vorliegenden Verwaltungsrekurse von A.\_\_\_\_\_ (Rekurrent 1), dem B.\_\_\_\_\_ (Rekurrentin 2) und C.\_\_\_\_\_ (Rekurrent 3). Alle drei Rekurrenten werden durch denselben Advokaten, lic. iur. René Brigger, vertreten, der die Begründung der drei Rekurse in einer einzigen Rechtsschrift vom 12. August 2010 dargelegt hat, nachdem die instruierende Präsidentin des Verwaltungsgerichts am 5. Juli 2010 auf Gesuch der Rekurrenten hin die drei Verfahren zusammengelegt hat. Die Rekurrenten beantragen die Aufhebung des angefochtenen Planfestsetzungsbeschlusses inklusive der Einspracheabweisung; eventualiter sei der Regierungsratsbeschluss zurückzuweisen; unter o/e Kostenfolge. Mit Rekursantworten vom 15. Oktober 2010 beantragt das Bau- und Verkehrsdepartement (BVD) stellvertretend für

den Regierungsrat (Vorinstanz) die Abweisung der Rekurse der Rekurrenten A.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ sowie die Abweisung des Rekurses des B.\_\_\_\_\_, soweit darauf einzutreten sei. Mit weiteren Eingaben vom 4. April und 6. Juli 2011 hielten die Rekurrenten an ihrem Standpunkt fest, ebenso das BVD mit Eingabe vom 22. Juni 2011. Auf Antrag des BVD vom 13. Juli 2011 hin hat die instruierende Präsidentin des Verwaltungsgerichts die Sistierung des Verfahrens verfügt, welche sie auf neuerlichen Antrag des BVD vom 12. Dezember 2011 und nach weiteren Eingaben der Rekurrenten vom 9. Januar und 16. Februar 2012 sowie des BVD vom 30. Januar und 12. März 2012 mit der Ladung der Parteien zur Verhandlung vor Verwaltungsgericht aufgehoben hat. Diese hat am 21. Juni 2012 stattgefunden und mit einem Augenschein begonnen (Augenscheinprotokoll). Daran haben die Rekurrenten und ihr Vertreter, lic. iur. Patricia Waldner vom BVD, Martin Häfliger von den Basler Verkehrsbetrieben (BVB) und Franz Bonetti vom Tiefbauamt teilgenommen. Anschliessend wurde die Verhandlung im Gerichtssaal weitergeführt. Für sämtliche Ausführungen wird auf das Augenschein- und auf das Verhandlungsprotokoll verwiesen. Die Tatsachen ergeben sich aus den angefochtenen Entscheiden und den nachfolgenden Erwägungen.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Gemäss § 113 Abs. 1 BPG kann gegen Verfügungen und Entscheide im Planfestsetzungsverfahren nach den allgemeinen Bestimmungen Rekurs erhoben werden. Nach § 10 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG; SG 270.100) unterliegen Verfügungen des Regierungsrates der Beurteilung durch das Verwaltungsgericht. Damit ist dessen Zuständigkeit gegeben.

### **1.2**

**1.2.1** Alle drei Rekurrenten sind als Adressaten des angefochtenen Entscheids und Eigentümer von an den Planungssperimeter direkt anstossenden Liegenschaften von diesem berührt und haben insoweit ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides. Hinsichtlich der Rekurrenten 1 und 3 ist dem nichts beizufügen, weshalb sie gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert sind. Auf ihre Rekurse ist somit einzutreten.

**1.2.2** Bezüglich der Rekurrentin 2 ist dagegen zu bemerken, dass die Vorinstanz auf deren Einsprache nicht eingetreten ist, weil sie in ihrer Einsprachebegründung geltend gemacht habe, die baulichen Massnahmen würden einen unverhältnismässigen Aufwand darstellen, die Situation in der St. Johannis-Vorstadt würde nicht verbessert, sondern verschlechtert, und die Massnahme widerspreche dem Gebot der Nachhaltigkeit. Damit, so die Vorinstanz, habe die Rekurrentin 2 keinen Nachteil wirtschaftlicher, ideeller, materieller oder anderweitiger Natur geltend gemacht, der sie selber

betreffen würde, weshalb ihr kein schutzwürdiges Interesse an der Änderung bzw. Planung und folglich auch keine Einsprachelegitimation zukomme.

Im vorliegenden Verwaltungsrekursverfahren hält die Rekurrentin fest, die Vorinstanz habe in der "motivierten Einspracheabweisung (...) die Legitimation für alle drei Einsprecher resp. Rekurrenten nicht bestritten" (Rekursbegründung S. 4). Dies trifft offensichtlich für die Rekurrentin 2 nicht zu, ist doch die Vorinstanz auf deren Einsprache mangels Legitimation mit vorstehend angeführter Begründung nicht eingetreten. Damit setzt sich die Rekurrentin 2 nicht auseinander, und es ist auch nicht ersichtlich, was daran falsch sein soll. Die Rekursbegründung vom 12. August 2010 entspricht somit hinsichtlich der Rekurrentin 2 den Anforderungen an eine Begründung im Sinne von § 16 Abs. 2 VRPG nicht. Nach dieser Vorschrift hat der Rekurs die Anträge des Rekurrenten, die Angabe der Tatsachen und Beweismittel sowie eine kurze Rechtserörterung zu enthalten. Die rekurrierende Partei hat ihren Standpunkt substantiiert vorzutragen und sich mit denjenigen Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen, deren Ausführungen sie bestreitet. Es ist nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichts in seiner Funktion als Organ der nachträglichen Verwaltungskontrolle, die angefochtene Verfügung unter allen nur erdenklichen Aspekten zu untersuchen. Vielmehr gilt das Rügeprinzip (zum Ganzen STAMM, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, hrsg. von Buser, Basel 2008, S. 477 ff., 504 ff. und WULLSCHLEGER/SCHRÖDER, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005 S. 277 ff., 305 f., je m.w.H.). Vorliegend rügt die Rekurrentin 2 aber das Nichteintreten der Vorinstanz nicht einmal, sondern ignoriert dieses. Auf den Rekurs der Rekurrentin 2 ist somit mangels Begründung des Rekurses nicht einzutreten. Selbst wenn darauf einzutreten wäre, wäre ihr Rekurs aber abzuweisen, wie sich nachfolgend ergibt.

**1.3** Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Danach ist zu prüfen, ob die Verwaltung das öffentliche Recht, vorliegend namentlich das Bau- und Planungsgesetz (BPG; SG 730.100), das Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz [RPG]; SR 700) und die Raumplanungsverordnung (RPV; SR 700.1) nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt oder von dem ihr zustehenden Ermessen einen unzulässigen Gebrauch gemacht hat. Darüber hinaus entscheidet das Verwaltungsgericht nach § 8 Abs. 4 VRPG auch über die Angemessenheit einer Verfügung, wenn es dazu durch besondere gesetzliche Vorschrift berufen ist. Gemäss Art. 33 Abs. 3 lit b RPG hat die volle Überprüfung vom Raumplanungsrecht wenigstens durch eine Beschwerdebehörde zu gewährleisten. Dies wird mit § 113 Abs. 3 BPG umgesetzt. Gemäss dieser Bestimmung prüfen die Rekursinstanzen auch die Angemessenheit von Verfügungen und Entscheiden im Planfestsetzungsverfahren (ausführlich: VGE 627/2006 vom 24. August 2007 E. 1.2).

## **2.**

**2.1** Ausgangspunkt der Angelegenheit ist der Ausgabenbericht des Regierungsrates an den Grossen Rat vom 25. November 2008 (Rekursbeilage 11). Danach wurde dem Grossen Rat ein Kreditbegehren über CHF 1,1 Mio. gestellt, um sicherheitsrelevante Anpassungen des Abstandes der Tramgeleise in der St. Johannis-Vorstadt vornehmen zu können. Die beabsichtigte Umgestaltung hat zum Ziel, dass auf dem genannten Abschnitt Tramzüge des Typs Tango und Combino kreuzen können. Aufgrund der beengten Platzverhältnisse in der St. Johannis-Vorstadt liegen die Geleise zwischen den Häusern St. Johannis-Vorstadt 7 - 24 zurzeit in minimalem Abstand zueinander. Das Kreuzen zweier Tramzüge der älteren Tramtypen ist möglich, nicht jedoch der neueren, ca. 10 cm breiteren Tramtypen Tango und Combino. Da in Zukunft die Linie 11 im Regelbetrieb mit solchen breiteren Fahrzeugen befahren werden soll, sollen die Geleise in Richtung stadteinwärts auf einer Länge von 170 m um 18 cm verlegt werden. Damit einher geht eine Anpassung des Trottoirrandes und die Aufhebung der Parkbuchten zugunsten eines breiteren Trottoirs. Auf Antrag seiner Kommission (UVEK) bewilligte der Grosse Rat den Kredit für dieses Projekt mit Beschluss vom 22. April 2009 (Rekursantwortbeilage 1). Eine Kommissionsminderheit war allerdings der Auffassung, der Ausgabenbericht sei an den Regierungsrat zurückzuweisen, um eine Machbarkeitsprüfung hinsichtlich einer allfälligen Verlegung der Tramgeleise in die Spitalstrasse durchzuführen.

**2.2** Mit dem angefochtenen Planfestsetzungsbeschluss des Regierungsrats vom 1. Juni 2010 wird der genannte Grossratsbeschluss umgesetzt. Gleichzeitig hat der Regierungsrat die Einsprachen verschiedener Einsprecher abgewiesen. Zusammengefasst hat er dies damit begründet, die neuen Tramtypen seien 10 cm breiter als die bisherigen. Diese Tramtypen könnten auf der bisherigen, schmalen Gleisanlage nicht kreuzen, was eine Spreizung der Geleise erforderlich mache. Damit soll einer Unfallgefahr ebenso entgegengetreten werden wie allfälligen Verspätungen im Fahrplan. In der St. Johannis-Vorstadt sei nicht genügend Platz vorhanden, um den Bedürfnissen sämtlicher Nutzer vollauf gerecht zu werden. Es handle sich um eine Minimalvariante, die einer allfälligen späteren Verlegung der Geleise in die Spitalstrasse nicht entgegenstünden.

**2.3** Die Rekurrenten beantragen die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses, eventuell die Rückweisung der Sache an den Regierungsrat. Zur Begründung führen sie im Wesentlichen aus, der angefochtene Regierungsratsbeschluss genehmige einen Erschliessungsplan bzw. einen Sondernutzungsplan gemäss § 97 BPG. Solche Nutzungspläne seien in einem einheitlichen kantonalen, respektive kommunalen Verfahren zu erlassen, wobei sämtliche Planungsgrundsätze zu befolgen seien. Unter anderem sei die Rechtsbeständigkeit von Plänen (in der Regel rund 15 Jahre) zu beachten. Würde die aktuelle schlechte Erschliessungslösung auch nur provisorisch durch eine noch schlechtere Lösung ersetzt, müsste diese 15 Jahre Bestand haben. Es gebe keine umfassenden planerischen Überlegungen, welche eine derartige Lö-

sung rechtfertige. Es treffe nicht zu, dass das Bundesamt für Verkehr (BAV) die Fahrzeugzulassung des Tramtyps "Tango" von der durchgehenden Kreuzungstauglichkeit auf dem Schienennetz abhängig gemacht habe. Die St. Johannis-Vorstadt liege integral in der Schutzzzone, zahlreiche Gebäude stünden unter Denkmalschutz. Eine Koordination mit den Zielen dieser Zone habe nicht stattgefunden. Wenn schon, wäre eher das rheinseitige Geleise zu verlegen. Auch übergeordnetes Eidgenössisches Raumplanungsrecht sei zu beachten, so der Denkmalschutz und Schutz der Wohngebiete vor schädlichen und lästigen Emissionen, insbesondere Lärm; die Planungswerte gemäss Lärmschutz-Verordnung (LSV; SR 814.41) müssten eingehalten werden. Die bisherige schlechte Erschliessungssituation bestehe zwar seit bereits mehr als 15 Jahren und sei somit nicht mehr "rechtsbeständig". Allerdings würde eine Planänderung eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse voraussetzen, welche hier von vornherein nicht ersichtlich sei. Neue Tramtypen könnten auch beim bestehenden Gleisabstand verkehren, und zwar unter Beachtung der Signalisation auf Sicht. Die Verkehrsabteilung unterstütze die vorgesehene Lösung nicht. Zudem wäre der Änderungsgrund in eine Interessenabwägung einzubeziehen. Für Anwohner, Velofahrer, Fussgänger bestehe ein "Mehrinteresse" am Fortbestand der bisherigen Situation. Die vorgesehene Planänderung priorisiere einseitig Interessen. Zudem werde die einschneidendste Variante gewählt. Damit liege die gewählte Lösung insgesamt nicht im öffentlichen Interesse. Schliesslich entspreche der vom Regierungsrat genehmigte Plan auch nicht dem Plan gemäss Planaufgabe. So werde die Trottoirabsetzung und die Entfernung von einigen Parkplätzen vor der Liegenschaft St. Johannis-Vorstadt 29 nicht realisiert; analoges gelte für den Trottoirbelag auf der Rheinseite. Ferner sei das Verfahren nach BPG nicht mit dem Verfahren nach SVG/SSV koordiniert worden. Die Gabelung der Rechtswege gemäss Publikation im Kantonsblatt vom 20. Juni 2009 verletze die Koordinationspflicht gemäss Art. 25a RPG. Verletzt werde auch das Gebot behindertengerechten Bauens gemäss § 62 BPG. Die Zugänglichkeit für Behinderte werde nochmals verschlechtert. Auch solle das Projekt einer allfälligen künftigen Tramgleisverlegung in die Spitalstrasse nicht durch die vorliegende "provisorische" Lösung, welche zu einer Dauerlösung mutieren könne, präjudiziert werden. So habe es auch die Kommissionsminderheit des Grossen Rates gesehen.

**2.4** Beim angefochtenen Planfestsetzungsbeschluss des Regierungsrats vom 1. Juni 2010 handelt es sich um einen Erschliessungsplan im Sinne von § 97 Abs. 2 BPG, also in raumplanungsrechtlicher Terminologie um einen Sondernutzungsplan. Aus dem Eidgenössischen Raumplanungsgesetz ergeben sich hierzu punktuelle Planungspflichten (WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar, RPG 2006, Art. 2 N 23). Gewisse planungsmethodische Vorgaben gelten auch für die Sondernutzungspläne, so der Grundsatz der demokratischen Mitwirkung und der Planöffentlichkeit (Art. 4 RPG; vgl. § 110 ff. BPG). Desgleichen gilt der Grundsatz der dynamischen Planung (Art. 21 Abs. 1 RPG; WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., Art. 2 N 26). Ausfluss dieses Grundsatzes ist unter anderem, dass Nutzungspläne revidiert werden müssen, wenn sich die Ver-

hältnisse seit der Planfestsetzung erheblich verändert haben und eine Plananpassung notwendig erscheint. Aus Art. 2 Abs. 1 RPG wird auch die Pflicht der Kantone abgeleitet, die Zonenordnung zu verfeinern und weiterzuführen. Allerdings herrscht in diesem Gebiet kantonales Recht vor. Insbesondere lässt sich nicht in allgemeiner Weise bestimmen, welchen Detaillierungsgrad Sondernutzungspläne im Einzelnen aufweisen müssen. Es liegt in der Natur eines Erschliessungsplans, dass er speziell auf die konkreten Verhältnisse vor Ort angepasst sein muss. Damit gerät er in einem gewissen Widerspruch zum Grundsatz der langfristigen Rechtsbeständigkeit; darauf wird zurückzukommen sein. Die formellen Vorgaben richten sich im vorliegenden Fall nach §§ 108 ff. Bau- und Planungsgesetz. An dieser Stelle ist festzuhalten, dass im Rekursverfahren neue Einwendungen, die bereits im Einspracheverfahren hätten vorgebracht werden können, nicht mehr zu hören sind (§ 113 Abs. 4 BPG). Im vorliegenden Fall gilt dies für sämtliche Vorbringen, mit welchen die Rekurrenten eine Nichteinhaltung der Vorschriften der Lärmschutzverordnung, des Landschafts- und Denkmalschutzes, zum behindertengerechten Bauen oder mangelnde Koordination mit der Verkehrsabteilung rügen. Zu prüfen bleiben die Einwendungen, die aus dem Grundsatz der Planbeständigkeit abgeleitet werden, also die Fragen nach wesentlichen Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse und der Notwendigkeit der Plananpassung, sowie der Einwand, es bestehe kein öffentliches Interesse an einer Gleisveränderung zum jetzigen Zeitpunkt. Ferner ist in formeller Hinsicht zu prüfen, ob sich mit den Änderungen am ursprünglichen Planfestsetzungsbeschluss eine Neuauflage des Planes aufgedrängt hätte. Auf die übrigen Rügen wird angesichts des Spannungsverhältnisses von § 113 Abs. 4 BPG zur Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) und zum Untersuchungsgrundsatz im Sinne einer Eventualbegründung eingegangen.

### **3.**

**3.1** Die Rekurrenten machen geltend, beim Erlass des vorliegenden Sondernutzungsplanes seien die Planungsgrundsätze des RPG verletzt worden. Die derzeit schlechte Erschliessungslösung werde durch eine noch schlechtere ersetzt. Insbesondere gebiete der Grundsatz der Rechtsbeständigkeit, dass die vorgesehene Gleisverlegung 15 Jahre Bestand haben und damit während dieser Dauer einer besseren Lösung, nämlich der Verlegung der Linienführung in die Spitalstrasse, entgegen stehen würde.

**3.1.1** Das Verwaltungsgericht hat zu den Planungsgrundsätzen in grundsätzlicher Hinsicht folgendes festgehalten (VGE VD.2010.92 vom 16. August 2011 E. 3.2.1): "Die Planungsgrundsätze des Art. 3 RPG haben dabei keine absolute Bedeutung, sondern bilden vielmehr Zielvorstellungen und Wertungshilfen, die bei der Nutzungsplanung zu berücksichtigen sind. Dieselbe Bedeutung haben sie auch im Rahmen der Sondernutzungsplanung, etwa beim Erlass von Bebauungsplänen. Sie verlangen eine umfassende Berücksichtigung und Abwägung aller in Frage kommender Planungsinteressen. Dies wird in Art. 3 RPV konkretisiert. Danach haben die Behörden



bei der Erfüllung und Abstimmung raumwirksamer Aufgaben die Interessen gegeneinander abzuwägen, in dem sie die betroffenen Interessen ermitteln, beurteilen und Auswirkungen einbeziehen und schliesslich die Interessen aufgrund ihrer Beurteilung im Entscheid möglichst umfassend berücksichtigen (WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar, RPG 2006, Art. 3 N 3ff.). In diesem Sinne enthalten Planungsgrundsätze bei der Planung zu berücksichtigende Aspekte. Sie gelten aber weder absolut, noch sind sie unmittelbar anwendbar (BGer 1A.192/2000 vom 21. Februar 2001 E. 3.e; TSCHANNEN, Kommentar RPG, Zürich 1999, N 9 zu Art. 3). Der Vorgang und das Ergebnis des Abwägungsverfahrens ist freier gerichtlicher Nachprüfung zugänglich, auch wenn sich das Gericht bei der Überprüfung der Gewichtung der Interessen durch die politischen Behörden eine gewisse Zurückhaltung auferlegen soll (WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., Art. 3 N 5)." Davon ist auszugehen.

### **3.1.2**

**3.1.2.1** Die im Rahmen der Behandlung der kantonalen Initiative "Ja zur Tramstadt Basel" (Traminitiative) von der UVEK in Auftrag gegebene und nun vorliegende Tramnetzstudie vom März 2012 sieht im Rahmen einer Gesamtbetrachtung des Tramnetzes dessen Um- und Ausbau an verschiedenen Orten vor, darunter eine Verlegung der vorliegend fraglichen Strecke in die Spitalstrasse. Als Baubeginn wird das Jahr 2023 genannt (act. 21 S. 43), wobei unklar ist, ob die bestehende Strecke als Ausweichroute beibehalten wird. Dieser zeitliche Horizont deckt sich in etwa mit der Lebensdauer der bestehenden, 1982 und 1990 gebauten Geleiseanlage: Bei einer Lebensdauer von etwa 40 Jahren (Ausgabenbericht 08.1849.01 vom 26. November 2008) wird eine Gesamterneuerung ca. 2022 /2030 anstehen. Auch schätzt das BVD den Zeitbedarf für die Planung einer Verlegung der Geleise in die Spitalstrasse auf 10 Jahre (VP S. 4; vgl. act. 20 S. 2), was sich in den zeitlichen Horizont ebenfalls einfügt. Schon von der Sache her nähert sich das Projekt der Verlegung der Geleise in die Spitalstrasse also dem von den Rekurrenten geforderten Planungshorizont von 15 Jahren an, womit der Grundsatz der Planbeständigkeit schon deshalb kaum verletzt ist oder werden wird.

**3.1.2.2** Grundsätzlich ist aber auch festzuhalten, dass sich der Planungshorizont von 15 Jahren gemäss Art. 15 lit. b RPG primär auf die Ausscheidung der Bauzonen und damit auf die Zonenplanung bezieht (BGer 1C\_202/2009 vom 12. Oktober 2009 E. 3.3). Vorliegend geht es aber nicht um eine Zonenplanung, sondern um eine Sondernutzungsplanung von vergleichsweise bescheidenem Ausmass: Die Gleisverschiebung um 18 cm dient dazu, die bisherige Nutzung, nämlich den Tramverkehr ohne Kreuzungshindernis, auch künftig aufrecht zu erhalten. Die vergleichsweise geringen Projektkosten von CHF 1,1 Mio. legen denn auch per se eine faktisch marginale Bindung nahe. Es entspricht der Natur eines Sondernutzungsplanes, eine Detailregelung zu enthalten. Dies bedingt, dass ein solcher Plan an veränderte tatsächliche Verhältnisse rascher und flexibler angepasst werden kann als eine Grundplanung. Als Beispiele für die Zulässigkeit der Anpassung von Nutzungsplänen an ver-

änderte tatsächliche Verhältnisse nennt die bundesgerichtliche Praxis die Anpassung der Nutzungspläne an einen bestehenden Flugplatz (BGE 125 II 685) oder die Verlagerung des Schwerverkehrs in ein anderes Quartier (BGE 127 I 108).

**3.1.2.3** Dazu kommt, dass eine Verlegung der Tramstrecke in die Spitalstrasse nicht zwingend eine Änderung des vorliegend umstrittenen Erschliessungsplans Nr. 5668 zur Folge haben muss, insbesondere dann nicht, wenn die Linie als Ausweichroute erhalten werden sollte, welche Variante ebenfalls im Raum steht. Überdies sind die Anforderungen an die Anpassung von Nutzungsplänen von den zu berücksichtigenden öffentlichen und privaten Interessen abhängig. Je gewichtiger die entsprechenden Interessen am Fortbestand der geltenden Planung sind, desto höhere Anforderungen sind an die Begründung einer Abänderung zu stellen. Vorliegend ist nun aber überhaupt nicht ersichtlich, welche solchen Gründe für den Fortbestand der angefochtenen Planung bestehen könnten, die einer Gleisverlegung in die Spitalstrasse entgegenstehen könnten. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass keine Verletzung des Planungsgrundsatzes der Rechtsbeständigkeit vorliegt.

**3.2** Die Rekurrenten machen weiter geltend, es fänden sich in den Planunterlagen keine umfassenden planerischen Überlegungen, die etwa auch den Umstand, dass die St. Johannis-Vorstadt integral in der Schutzzone liege und gewisse an den Planungssperimeter angrenzende Bauten im Denkmalverzeichnis aufgenommen seien, in die Planung einbeziehen würden.

Die Rekurrenten verkennen, dass vorliegend nicht eine umfassende Nutzungsplanung vorliegt, bei der es um den Erlass oder die Änderung eines Zonenplanes gehen würde. Bei einer solchen Planung wäre grundsätzlich das ganze Planungsgebiet vollständig zu erfassen, und sie hätte aus einer Gesamtsicht heraus zu erfolgen. Die Nutzungsplanung selber ist bereits ein Koordinationsinstrument, welches die verschiedenen raumrelevanten Anliegen und Tätigkeiten aufeinander abzustimmen hat (vgl. Art. 2, 3 und 14 RPG; VGE 628/2006 vom 24. August 2007). Vielmehr geht es vorliegend um einen Erschliessungsplan, welcher als Sondernutzungsplan die Nutzung eines Strassenabschnittes speziell regelt, der gemäss Zonenplan bereits eingezont ist. Hierfür bedarf es nicht der Optik einer Gesamtplanung. Vielmehr bewegt sich die Planung auf der Grundlage des rechtsgültigen Zonenplans. Ausgangspunkt für einen Erschliessungsplan ist damit nicht die Gesamtplanung für das gesamte Gebiet, sondern die punktuelle Betrachtung eines bereits eingezonten Gebietes (VGE 607-610/2008 vom 23. Januar 2009 E. 3.3). Damit darf denn auch nicht von bestehenden zonenplanerischen Grundentscheidungen abgewichen werden, wie zum Beispiel gesetzlichen Nutzungsbeschränkungen, die sich aus dem Zonencharakter ergeben (FELDGES/BARTHE, Raumplanungs- und Baurecht, in: Buser, Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, S. 786). Dass der angefochtene Sondernutzungsplan Auswirkungen auf die gesamte Nutzungsplanung des Viertels hätte, machen die Rekurrenten zu Recht selber nicht geltend. Vielmehr

geht es bei der vorgesehenen Spreizung der Geleise darum, die bisherige Nutzung, nämlich den Tramverkehr ohne Kreuzungshindernis, auch künftig aufrecht zu erhalten. Hierzu bedarf es entgegen der Auffassung der Rekurrenten nicht umfassender planerischer Überlegungen wie beim Erlass oder der Änderung von Zonenplänen, ja solche verbieten sich nach dem Gesagten gar. Vielmehr bedarf es sachadäquater Überlegungen in Bezug auf die konkrete Situation, welche die Planungsbehörde vorliegend auch angestellt hat. Gegenteiliges behaupten auch die Rekurrenten nicht.

**3.3** Die Rekurrenten machen weiter geltend, gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b RPG sei das Prinzip des Landschafts- und Denkmalschutzes zu berücksichtigen. Ferner sei das Gebiet vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen wie Luftverschmutzung, Lärm und Erschütterungen zu verschonen. Wie vorstehend ausgeführt (Ziff. 2.2), ist auf diese Vorbringen nicht einzutreten, da sie im vorinstanzlichen Verfahren nicht thematisiert wurden. Selbst wenn darauf eingetreten würde, wäre daraus aber nichts zugunsten der Rekurrenten abzuleiten:

Art. 3 Abs. 2 lit. b RPG lautet so: "Die Landschaft ist zu schonen. Insbesondere sollen Siedlungen, Bauten und Anlagen sich in die Landschaft einordnen." Schonung der Landschaft bedeutet qualitativ, den Landschaftsraum weiträumig von Bauten und Anlagen freizuhalten (Art. 3 Abs. 2. lit. a und c). Qualitativ wird verlangt, den ästhetischen und ökologischen Wert der Landschaft zu erhalten und wo nötig wiederherzustellen (Art. 3 Abs. 2 lit. b, d und e). [...] Damit verweist Art. 3 Abs. 2 RPG [...] insbesondere auch auf den Biotopschutz." (WALDMANN/HÄNNI, Handkommentar, RPG 2006, Art. 3 N 19). Der Grundsatz verpönt den "achtlosen Landschaftskonsum". (TSCHANNEN, Kommentar RPG, Art. 3 N 50).

Vorliegend geht es um die Verlegung bestehender Tramgeleise um 18 cm auf einer Länge von 170 m in einem vollständig überbauten Gebiet der Basler Innenstadt. Biotope gibt es hier nicht. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Grundsätze des Landschaftsschutzes vorliegend zur Anwendung kommen sollten. Was den Denkmal- und Ortsbildschutz betrifft, wird auf die nachfolgenden Erwägungen verwiesen (Ziff. 3.7). Zur Frage der Luftverschmutzung ist zu bemerken, dass mit der geplanten Aufhebung der Parkplatzbuchten künftig weniger Suchverkehr und damit weniger Abgasimmissionen zu erwarten sind; die Situation der Anwohner wird sich diesbezüglich also verbessern. Was die Lärmbelastung und die Erschütterungen betrifft, führt das BVD insoweit unbestritten aus, dass das Projekt nicht einer Intensivierung des öffentlichen Verkehrs dient, sondern dem Beibehalten der bisherigen Nutzung, nämlich dem ungehinderten Kreuzen der neuen Tramtypen (dazu nachstehend auch Ziff. 3.9). Die Tramlinie 11 wird auch künftig im 7,5 Minuten- und sonntags im 10 Minutentakt betrieben werden. Insoweit hat das Projekt keine nachteiligen Auswirkungen. Weiter ist projektiert, das zu verlegende Gleis in Richtung Innenstadt bei dieser Gelegenheit mit einer erschütterungshemmenden Dämmschicht auszustatten, so dass sich die entsprechenden Immissionen verringern werden. Auch diesbezüglich

ergibt sich für die Anwohner also nicht nur keine Verschlechterung, sondern gar eine Verbesserung der Situation.

**3.4** Die Rekurrenten machen weiter geltend, Voraussetzung für eine Planänderung nach Art. 21 Abs. 2 RPG sei eine erhebliche Veränderung der Verhältnisse, und eine solche liege nicht vor, respektive werde nur vorgetäuscht. Die neuen Tramtypen könnten auch mit der bisherigen Dimensionierung verkehren. In eine Interessenabwägung hätten auch die Interessen von Velofahrern und Fussgängern einzufließen. Mit der Planänderung würden einseitige Interessen priorisiert.

**3.4.1** Der Änderung eines Nutzungsplans hat grundsätzlich eine sorgfältige Interessenabwägung voraus zu gehen. Vorliegend soll eine Anpassung des Strassenprofils und der Höhenangaben zur Strassenlinie in einem Teilbereich der St. Johannis-Vorstadt erfolgen. Die Bau- und Strassenlinien als solche werden nicht verändert. Der Eingriff in die bestehende Ordnung ist somit objektiv von geringfügiger Art und gerät schon von daher nicht in Konflikt zum Gebot der Planbeständigkeit. Derartige geringfügige Änderungen dürften laut Bundesgerichtspraxis sogar dann vorgenommen werden, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse nicht einmal wesentlich geändert haben (BGE 124 II 391, 396; BGE 1 A.305/2000 vom 9.7.2001 E. 4 b aa). Im vorliegenden Fall liegen allerdings entgegen der Auffassung der Rekurrenten erheblich geänderte tatsächliche Verhältnisse vor, indem die neuen Tramzüge andere Dimensionen aufweisen als die bisherigen alten Tramzüge. Die neuen, 230 cm breiten Tramzüge entsprechen europäischem Standard; so ist etwa auch der Tramtyp "Flexity" von Bombardier 230 cm breit. Anlässlich des Augenscheins hat der Vertreter der BVB ausgeführt, Tramzüge mit bisherigen Abmessungen würden nur noch als Sonderanfertigung hergestellt, was Mehrkosten von ca. CHF 0,5 Mio. pro Tramzug zur Folge hätte; zudem stünde bei Beschaffungen nur ein beschränktes Angebot zur Verfügung. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang § 2 des Gesetzes über den öffentlichen Verkehr (ÖVG; SG 951.100), wonach die Verbesserung der Standortqualität des Kantons als Wirtschafts- und Wohnstandort durch einen leistungsfähigen öffentlichen Personen- und Güterverkehr, die Erschliessung des Kantonsgebiets und die Abwicklung eines grösstmöglichen Teils des Personen- und Gütertransports mit umweltfreundlichen und stadtgerechten Verkehrsmitteln angestrebt wird. Als Förderungsgrundsatz sieht § 8 Abs. 2 dieses Gesetzes vor, dass der Kanton im Rahmen des Gesamtverkehrssystems Massnahmen der Verkehrsplanung, der Verkehrstrennung sowie der Verkehrsregelung zugunsten des öffentlichen Verkehrs vorsehen soll, um dessen Fahrzeiten zu verkürzen und zu verstetigen und so die Wirtschaftlichkeit und Zuverlässigkeit des Verkehrssystems zu erhöhen. Sodann bestimmt § 13 des Umweltschutzgesetzes (USG; SG 780.100): (1) Der Kanton und die Landgemeinden setzen sich dafür ein, die Verkehrsemissionen insgesamt zu stabilisieren und zu vermindern. (2) Sie treffen Massnahmen, um den Anteil der umweltfreundlichen Verkehrsmittel am gesamten Verkehrsvolumen zu erhöhen. (3) Sie treffen Massnahmen zur Kanalisierung, Verminderung und Beruhigung des privaten, mit

fossilen Treibstoffen betriebenen Motorfahrzeugverkehrs. (4) Sie sorgen durch bauliche, betriebliche, verkehrslenkende oder -beschränkende Massnahmen dafür, dass Fussgängerinnen und Fussgänger sowie der nicht motorisierte und der öffentliche Verkehr gegenüber dem privaten Motorfahrzeugverkehr bevorzugt und vor vermeidbaren Behinderungen und Gefährdungen geschützt werden.

**3.4.2** Der Gesetzgeber selber hat also verankert, dass das Interesse am öffentlichen Verkehr jenes am motorisierten Individualverkehr überwiegt. Vor diesem Hintergrund wären in casu auch weiter gehende Massnahmen zugunsten des öffentlichen Verkehrs zulässig als die vorgesehene Aufhebung der Parkbuchten, die die Rekurrenten in diesem Zusammenhang im Übrigen nicht einmal explizit erwähnen. Sicherlich entspricht aber die bereits erwähnte, zu erwartende Verminderung des Suchverkehrs den Absichten des Gesetzgebers. Weiter ist festzuhalten, dass die geltend gemachte Situation für Velofahrer in der St. Johannis-Vorstadt unverändert bleibt, ebenso für Fussgänger auf dem rheinseitigen Trottoir, während sich die Situation für Fussgänger auf der andern Strassenseite mit der Verbreiterung des Trottoirs verbessern wird. Insoweit entspricht das Projekt jedenfalls der genannten Gesetzgebung. Dies gilt erst recht bezüglich des öffentlichen, also des Tramverkehrs selber: Zwar erfolgt kein Ausbau des öffentlichen Verkehrs, aber mit dem Projekt wird immerhin die bisherige Nutzung, nämlich das behinderungsfreie Kreuzen zweier Tramzüge, auch mit den neueren Tramtypen sichergestellt. Dies dient dem gesetzlich verankerten Ziel der Verkürzung der Fahrzeiten und Verstetigung des Fahrplanes: In der heutigen Situation verlieren die Tramzüge für das Abbremsen, warten und Anfahren ca. 40 Sekunden. Zudem ist das behinderungsfreie Kreuzen von Tramzügen für die Verstetigung des Fahrplanes erforderlich: Fahrplanstörungen kommen häufig und überall vor, massgebend ist die Summe der Störungen, um den Fahrplan zusammenbrechen zu lassen (VP S. 2). Solcher Gefahr wird mit der Aufhebung des Kreuzungsverbot, also der vorgesehenen Gleisspreizung, entgegengetreten. Sodann liegt je nach fahrplanbedingten Anschlussbeziehungen der Kreuzungspunkt in einem Jahr einmal weiter vorne, einmal weiter hinten, was ein Kreuzungsverbot ebenfalls als ungünstig erscheinen lässt (VP S. 2); analoges gilt für individuelle Verspätungen, die sich dann gegebenenfalls kumulieren. Ungünstig ist das Kreuzungsverbot zudem, weil es technisch nicht gesichert ist und bei Stresssituationen der Tramführer die Gefahr birgt, dass zwei Tramzüge sich berühren und folglich entsprechender Schaden entstehen könnten. Jedenfalls ist in diesem Zusammenhang auch festzuhalten, dass der Vorschlag der Rekurrenten, nicht das stadteinwärts führende, sondern das rheinseitige Gleis zu verlegen, widersprüchlich erscheint, zumal die Rekurrenten gleichzeitig schon das bestehende Trottoir als zu schmal rügen, dieses aber mit der Realisierung ihres Vorschlags noch schmaler würde. Auf diesen denkbar ungünstigen Vorschlag ist somit nicht weiter einzugehen. Auch ist festzuhalten, dass angesichts des Grundsatzes der Förderung und der Wirtschaftlichkeit des öffentlichen Verkehrs das Ansinnen der Rekurrenten, die BVB soll Tramzüge mit den bisherigen, geringeren Dimensionen beschaffen, kein ernsthaft in Betracht zu ziehender Weg sein kann,

zumal heute nur noch breitere, dem europäischen Standard entsprechende Fahrzeuge standardmässig angeboten werden und schmalere, also erst noch weniger Platz bietende Fahrzeuge CHF 0,5 Mio. teurer wären.

**3.4.3** Die Rekurrenten rügen in diesem Zusammenhang, entgegen den Ausführungen der UVEK habe nicht das Bundesamt für Verkehr (BAV) das bestehende Kreuzungsverbot verfügt, sondern die BVB. Dies räumt die Vorinstanz unter Hinweis darauf ein, dass es in der gesetzlichen Verantwortung der BVB liege, die Konfliktfreiheit zwischen den Grenzlinien der Fahrzeuge und die Einhaltung des Lichtraumprofils im Sinne der Betriebssicherheit sicherzustellen. Der Vertreter der BVB hat anlässlich der Verhandlung nachvollziehbar dargestellt, die BVB würden handeln, bevor ein Konzessionsentzug vorliege. In der Tat liegt ein E-Mail des BAV vor, worin bestätigt wird, dass während Testfahrten bei der Einführung des Combino-Trams festgestellt worden sei, dass aufgrund des Lichtraumprofils ein Kreuzungsverbot nötig sei (RBB 15). Auch wenn also die Kommunikation der UVEK als unglücklich bezeichnet werden muss, so ändert dies nichts daran, dass das Kreuzungsverbot sachlich begründet und formell korrekt verfügt worden ist. Daraus ergibt sich nichts zugunsten der Rekurrenten.

**3.5** Die Rekurrenten machen weiter geltend, von den diskutierten Planvarianten sei die einschneidendste gewählt worden. Zudem entspreche der vom Regierungsrat genehmigte Erschliessungsplan nicht der Planaufgabe: Die aufgelegte Entfernung von Parkbuchten vor der Liegenschaft St. Johannis-Vorstadt 29 werde nicht realisiert, und auch der Trottoirbelag entspreche nicht dem aufgelegten Projekt.

**3.5.1** Dazu ist zunächst festzuhalten, dass entgegen der Darstellung der Rekurrenten der vom Regierungsrat genehmigte Erschliessungsplan tatsächlich der aufgelegten Variante 1 entspricht, also der Minimalvariante mit geringst möglichem Eingriff (RB 10; RAB 2, 3).

**3.5.2** Gemäss § 111 Abs. 1 BPG prüft die planende Behörde die Einsprachen und Anregungen und ändert die Entwürfe allenfalls ab. Sie unterrichtet die für die Antragstellung oder die Planfestsetzung zuständige Behörde über das Ergebnis und beantragt ihr die nötigen Entscheide. Abs. 2 dieser Bestimmung sieht vor, dass wesentlich geänderte Planentwürfe erneut aufzulegen sind.

Die bestehenden Parkbuchten vor der Liegenschaft St. Johannis-Vorstadt 29 werden gemäss dem angefochtenen Erschliessungsplan belassen; dies entgegen der Planaufgabe, womit deren Aufhebung vorgesehen war. Diese Änderung geht auf einen Antrag der Rekurrenten 1 und 3 zurück, welchem somit im Sinne von § 111 Abs. 1 BPG entsprochen wird. Die Berufung der Rekurrenten auf diese Änderung, die ja ihrem Begehren entspricht, erscheint nun geradezu treuwidrig und ist nicht zu hören. Zudem erscheint die Änderung auch nicht wesentlich im Sinne von § 111 Abs. 2

BPG, zumal die Parkbuchten ja bereits bestehen und nun belassen werden, und auch deshalb, weil damit ja, wie dargelegt, dem Begehren der Rekurrenten entsprochen wird.

**3.5.3** § 97 Abs. 3 Ziff. 3 BPG sieht vor, dass der Erschliessungsplan die Gestaltung und Ausstattung von Strassen oder Wegen festlegen kann. Es handelt sich beim Trottoirbelag also um einen fakultativen Inhalt eines Erschliessungsplanes, nicht um einen zwingenden solchen. Der Verzicht auf einen fakultativen Inhalt stellt aber keine wesentliche Änderung des Planes dar. Dies umso weniger, als Strassenbeläge gemäss § 14 lit. h der Ausführungsbestimmungen zur Bau- und Planungsverordnung (ABPV; SG 730.115) bewilligungsfrei und ohne Meldung geändert werden können. Daraus kann somit nichts zugunsten der Rekurrenten abgeleitet werden.

**3.6** Die Rekurrenten rügen eine Verletzung der Koordinationspflicht. Es sei im Kantonsblatt nicht nur die Planaufgabe mit Rechtsmittelbelehrung und als Rechtsmittelweg die Einsprache an das Tiefbauamt publiziert worden, sondern auch die Verkehrsordnung mit einem Halteverbot zwischen den Liegenschaften St. Johannis-Vorstadt 15 und 31 mit separater Rechtsmittelbelehrung und separatem Rechtsmittelweg, nämlich dem Rekurs an das BVD. Dies verletze die Koordinationspflicht der Behörde im Sinne von Art. 25a RPG.

**3.6.1** Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat in VGE ZH VB.2004.00558 vom 7. April 2005 (in: ZBl 2005 593) folgendes festgehalten: "2.4.1 Wenn die Errichtung oder Änderung einer Baute oder Anlage Verfügungen mehrerer Behörden erfordert, ist nach Art. 25a Abs. 1 des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) eine Behörde zu bezeichnen, die für ausreichende Koordination sorgt. Nach Abs. 2 lit. b derselben Bestimmung sorgt die für die Koordination verantwortliche Behörde für eine gemeinsame öffentliche Auflage aller Gesuchsunterlagen. Art. 25a Abs. 4 RPG erlaubt die sinngemässe Anwendung dieser Grundsätze auf das Nutzungsplanverfahren. Die in §§ 12 ff. des Strassengesetzes (LS 722.1) vorgesehenen Strassenprojektpläne stellen Sondernutzungspläne dar (WALTER HALLER/PETER KARLEN, Raumplanungs-, Bau- und Umweltrecht, 3. A., Zürich 1999, Rz. 325). Mindestens analog lässt sich daher eine Koordinationspflicht aus Art. 25a Abs. 4 RPG auf den vorliegenden Fall ableiten. Allerdings besteht nach der Rechtsprechung kein Koordinationsbedarf dort, wo ein Bauvorhaben allein aufgrund einer Baubewilligung ausgeführt werden könnte, ohne dass weitere Bewilligungen erforderlich sind, selbst wenn gleichzeitig noch weitere Massnahmen getroffen werden sollten, die eigene Bewilligungen erforderten. Der Koordinationsbedarf richtet sich nicht danach, ob die einzelnen Verfahren koordinierbar sind; ausschlaggebend ist, ob auf das gleiche Projekt verschiedene materiellrechtliche Vorschriften anzuwenden sind, zwischen denen ein derart enger Sachzusammenhang besteht, dass sie nicht getrennt und unabhängig voneinander angewandt werden dürfen (BVR 2002, S. 443 E. 2; BGE 122 II 81 E. 6d/aa, 116 Ib 50 E. 4b, 114 Ib 129 E. 4a). 2.4.2 Wie bereits dargelegt, sind bauliche

Massnahmen zur Verkehrsberuhigung nach ständiger Rechtsprechung selbst dann nicht als funktionelle Verkehrsanordnungen im Sinn von Art. 3 Abs. 4 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01) zu qualifizieren, wenn sie zusammen mit der Einführung einer Tempo-30-Zone (einer durch Signalisation vollzogenen Massnahme) Bestandteil eines Gesamtpakets bilden. Dies ist angesichts der hieraus folgenden unterschiedlichen Verfügungskompetenzen und Rechtsmittelwege, wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht, unter dem Gesichtswinkel des Koordinationsgebots nicht unbedenklich. [...] 2.4.3 Da indessen – trotz Beteiligung mehrerer Behörden an der Einführung des Tempo-30-Konzepts – deren Kompetenzen und das von ihnen anzuwendende Recht klar voneinander getrennt sind (vorn E. 2.3.3), kann die Koordination nicht darin bestehen, die Einführung von Tempo-30, einschliesslich der baulichen Massnahmen, einer Behörde zu überlassen. Andernfalls würde in unzulässiger Weise in die bestehende Zuständigkeitsordnung eingegriffen. Ausgehend von dieser kantonalen Verfahrensordnung ist die gebotene Koordination aber immerhin insoweit zu gewährleisten, als die Festsetzung der notwendigen baulichen Massnahmen gleichzeitig mit der Einführung von Tempo-30-Zonen verfügt bzw. eröffnet werden muss, um den Betroffenen die Möglichkeit einzuräumen, den - im Rekursverfahren getrennten - Rechtsmittelweg einzuschlagen. Dies jedenfalls dann, wenn die erforderlichen baulichen Massnahmen im Zeitpunkt der verfügten Einführung einer Tempo-30-Zone bereits vorgesehen sind. Sodann wird es an den zuständigen Rechtsmittelinstanzen liegen, ihre Entscheide ihrerseits in geeigneter Weise zu koordinieren."

**3.6.2** Diesen Grundsätzen ist auch vorliegend nachzuleben. Beigefügt sei, dass der Rechtsmittelweg zwar teilweise koordiniert worden ist, indem in Folge des Erlasses des eidgenössischen Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG; SR 173.32) der Rechtsmittelweg zur Anfechtung von funktionellen Verkehrsbeschränkungen nach Art. 3 Abs. 4 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG; SR 741.01) an den Bundesrat aufgehoben worden ist (vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28.2.2001, in: BBl 2001 4449). Es bleibt aber bei der unterschiedlichen Kompetenz zum Erlass der Massnahmen. Daher genügt vorliegend die inhaltliche Abstimmung und gleichzeitige Eröffnung im Kantonsblatt den Anforderungen von Art. 25a Abs. 2 lit d und 3 RPG. Damit konnten sich die Verfahrensbeteiligten ein möglichst vollständiges Bild über die Sach- und Rechtslage machen (MARTI, Kommentar RPG, Art. 25a N 37). Das Verfahren erweist sich somit als korrekt; die Rekurrenten hatten Gelegenheit, die ihnen zustehenden Rechte geltend zu machen. Auch daraus lässt sich somit nichts zu ihren Gunsten ableiten.

**3.7** Die Rekurrenten rügen weiter, die St. Johannis-Vorstadt liege in der Stadt- und Dorfbildschutzzone. Gemäss § 37 BPG sei in dieser Zone nach aussen sichtbare historische oder künstlerisch wertvolle Substanz und der entsprechende Charakter der bestehenden Bebauung zu erhalten. Dies gelte auch für die rheinabseitigen Bauten, die im Denkmalverzeichnis aufgenommen seien.



**3.7.1** Diese Rügen wurden im vorinstanzlichen Verfahren so nicht erhoben. Einzig der Rekurrent 3 bezog sich auf die Schutzzone, allerdings in anderem Zusammenhang: Die Aufhebung der Parkplätze verunmögliche Umbau- und Unterhaltsarbeiten, sodass die historischen Liegenschaften "verlottern" würden. Auf diese Rügen ist somit nicht einzutreten. Selbst wenn darauf eingetreten würde, ergäbe sich jedoch nichts zu Gunsten der Rekurrenten:

**3.7.2** Zunächst ist festzuhalten, dass gemäss § 37 BPG in der Stadt- und Dorfbild-Schutzzone die nach aussen sichtbare historisch oder künstlerisch wertvolle Substanz und der entsprechende Charakter der bestehenden Bebauung zu erhalten sind. Fassaden, Dächer und Brandmauern dürfen nicht abgebrochen werden. Das Verwaltungsgericht hat dazu in VGE 718/2008 vom 26. Juni 2009 erkannt, dass Objekte in der Schutzzone im Unterschied zu Denkmälern im Sinne von § 5 DSchG keinen Umgebungsschutz geniessen. Vorliegend strittig ist nicht eine Veränderung der historisch oder künstlerisch wertvollen Bauten, sondern die Verlegung der Tramgleise. § 37 BPG ist somit nicht anwendbar.

### **3.7.3**

**3.7.3.1** Gemäss § 19 Abs. 1 des Denkmalschutzgesetzes (DSchG; SG 497.100) dürfen eingetragene Denkmäler nicht durch bauliche Veränderungen in ihrer Umgebung beeinträchtigt werden. Abs. 2 dieser Bestimmung sieht vor, dass Baugesuche, welche Liegenschaften in der Umgebung von eingetragenen Denkmälern betreffen, vom Bauinspektorat dem zuständigen Amt zur Stellungnahme zu unterbreiten sind. Im Planungssperimeter befinden sich als im Sinne von § 5 DSchG eingetragene Denkmäler die St. Johannis-Vorstadt 33 (St. Antonierhof; strassenseitige Fassade und Dach), Nr. 31 (Inneres Klösterli), Nr. 27 (Berri-Haus / Fromonterhof, 1832 durch Melchior Berri umgebaut und prächtig ausgestattet), Nr. 23 (Zur Bannwartshütte), Nr. 15/17 (Erlacherhof), Nr. 9 (Zem guldin Horn), Nr. 5/7 (grosser und kleiner Ulm) und Nr. 3 Reinacherhof.

**3.7.3.2** Das Verwaltungsgericht hat in VGE 718/2008 vom 26. Juni 2009 folgendes festgehalten: "3.3 Nach § 19 Abs. 1 DSchG dürfen eingetragene Denkmäler durch bauliche Veränderungen in ihrer Umgebung nicht beeinträchtigt werden, wobei als Umgebung der nähere Sichtbereich des Denkmals gilt. Die Auslegung des Begriffs des Beeinträchtigtens hat nach objektiven, allgemein gültigen Kriterien zu erfolgen. Das subjektive Empfinden Einzelner muss demnach ohne Berücksichtigung bleiben, weshalb es nicht massgeblich sein kann, wenn ein besonders sensibler Betrachter am Projekt Anstoss nimmt. Festzuhalten ist, dass nicht jede noch so geringfügige Beeinträchtigung, die schon allein durch die ungewohnte Veränderung eines vertrauten Umgebungsbildes entstehen kann, die Abweisung eines Baugesuches rechtfertigen kann. Auf der anderen Seite reicht eine Beeinträchtigung und ist keine eigentliche Verunstaltung des Denkmals notwendig. Damit kommt zum Ausdruck,

dass der Gesetzgeber das öffentliche Interesse an der ungestörten Wirkung der Denkmäler bzw. der historisch oder künstlerisch wertvollen Bausubstanz hoch einstuft (vgl. zum Ganzen VGE 713/2000 vom 19. Oktober 2001 und vom 1. Oktober 1982 i.S. H.A.-W.). Beim Entscheid darüber, ob die mit dem Bebauungsplan vorgesehene Bebauung der planbetroffenen Parzellen zulässig ist, ist eine Interessenabwägung vorzunehmen (VGE 713/2000 vom 19. Oktober 2001). Abzuwägen ist im vorliegenden Fall zwischen dem öffentlichen Interesse an der unveränderten Erhaltung des vertrauten Blickfeldes auf das Berri-Haus und dem ebenfalls öffentlichen Interesse an der Bebauung der Parzelle gemäss dem Bebauungsplan, der eine bezüglich des Masses der Ausnützung zonenkonforme Überbauung mit attraktivem Wohnraum unter möglichst grosszügiger Ausscheidung von Freiflächen ermöglichen will."

**3.7.3.2** Vorliegend werden die Tramgeleise um 18 cm gespreizt. Dabei handelt es sich um eine Änderung, die im Ergebnis kaum wahrnehmbar sein wird und daher zum vornherein keine Beeinträchtigung im Sinne von § 19 DSchG darstellen kann. Die mit der Gleisspreizung einher gehende Aufhebung der Parkbuchten dagegen stellt, wie sich auch am Augenschein gezeigt hat, nicht nur keine Beeinträchtigung der Umgebung der fraglichen Denkmäler dar, sondern im Gegenteil eine offensichtliche Verbesserung, weil damit die Ansicht auch der rheinabseitigen Häuserzeile nicht mehr durch parkierte Autos verstellt sein wird. Wenn in Anbetracht dieser Situation die Planungsbehörde auf das Einholen eines Berichts gemäss § 19 Abs. 2 DSchG verzichtet hat, so ist dies nicht zu beanstanden. Jedenfalls ergibt sich daraus nichts zugunsten der Rekurrenten. Daran ändert nichts, dass die Denkmalpflege von der Planungsbehörde nachträglich, also während des vorliegenden Verwaltungsrekursverfahrens, dann doch noch um eine Stellungnahme angegangen worden ist; solches war, wie dargelegt, nicht notwendig gewesen. Zudem äussert sich der Denkmalpfleger zur Spreizung überhaupt nicht, sondern zum Projekt einer Gleisverlegung in die Spitalstrasse, welches nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist (act. 11; vgl. nachstehend Ziff. 3.10).

### **3.7.4**

**3.7.4.1** Nunmehr ist auch dem bundesrechtlichen Ortsbildschutz Rechnung zu tragen. Der Ort Basel als Stadt ist im Anhang der Verordnung vom 9. September 1981 über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (VISOS; SR 451.12) als Objekt von nationaler Bedeutung eingetragen. Gemäss Art. 1 VISOS handelt es sich beim Inventar der schützenswerten Ortsbilder von nationaler Bedeutung (ISOS) um ein Inventar im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451). Im Inventar für den Kanton Basel-Stadt ist das Gebiet St. Johanns-Vorstadt im Bereich zwischen Totentanz und Johanniterbrücke ist als "geschlossener Gassenraum, Häuserzeilen mittelalterlichen Gepräges, dazwischen barocke und klassizistische Stadtpalais, Rheinfront mit lebhafter Folge traufständiger Giebedächer" unter Nr. 9.1 in der Aufnahmekategorie A (ursprüngli-

che Substanz) ins Inventar Basel aufgenommen worden. Es werden ihr hinsichtlich räumlicher und architekturhistorischer Qualität und Bedeutung besondere Qualitäten beigemessen. Das Erhaltungsziel A entspricht einem Abbruch- und Neubauverbot und verpflichtet zu Detailvorschriften für Veränderungen.

Das ISOS ist ein gemäss Art. 5 NHG vom Bundesrat erlassenes Inventar von Objekten von nationaler Bedeutung. Durch die Aufnahme eines Objekts von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Masse die ungeschmälerte Erhaltung, jedenfalls aber die grösstmögliche Schonung verdient (Art. 6 Abs. 1 NHG). Ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung im Sinne der Inventare darf bei Erfüllung von Bundesaufgaben nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen (Art. 6 Abs. 2 NHG).

**3.7.4.2** Der Betreib eines Trams resp. einer Strassenbahn bedarf als Eisenbahnverkehr einer Konzession des Bundes bildet damit eine Bundesaufgabe (Art. 6 des Eisenbahngesetzes (EBG; SR 742.101; BGer 1A.151/2002 vom 22. Januar 2003 E. 1.2; vgl. auch Art. 87 BV). Kann bei der Erfüllung der Bundesaufgabe ein Objekt, das in einem Inventar des Bundes nach Art. 5 NHG aufgeführt ist, erheblich beeinträchtigt werden oder stellen sich in diesem Zusammenhang grundsätzliche Fragen, so ist ein Gutachten der ENHK oder EKD einzuholen, worin sich diese über die Frage der ungeschmälerten Erhaltung oder der Schonung des Objekts zu äussern haben (Art. 7 Abs. 2 NHG i.V.m. Art. 25 NHG und Art. 23 Abs. 4 und 25 Abs. 1 lit. a NHV; vgl. auch BGer 1C\_231/2011 vom 16. Dezember 2011 E. 4.4; LGVE 2011 II Nr. 9).

**3.7.4.3** Vorliegend kann nun aber offensichtlich nicht von einer erheblichen Beeinträchtigung gesprochen werden. Die geschützten Bauten werden nicht tangiert und der Gassenraum durch die Aufhebung von Parkplätzen in seiner ursprünglichen Gestalt besser zur Geltung gebracht (vgl. vorstehend Ziff. 3.7.3.2). Auch daraus ergibt sich also nichts zugunsten der Rekurrenten.

**3.8** Die Rekurrenten rügen weiter eine Verletzung von § 62 BPG. In der St. Johannis-Vorstadt befänden sich Dienstleister im Gesundheitsbereich und Arbeitgeber. Deren Erschliessung für Behinderte werde verschlechtert. Auch werde § 13 ÖVG verletzt, da der Zugang zum öffentlichen Verkehr für Behinderte erschwert werde. Diese Rügen werden im vorliegenden Verfahren zum ersten Mal erhoben, weshalb sie verspätet sind und darauf nicht einzutreten ist (§ 113 Abs. 4 BPG). Soweit aber eventualiter darauf eingegangen wird, sind sie nicht nachvollziehbar. Zum Einen entspricht die vorgesehene Verbreiterung des rheinabseitigen Trottoirs der Forderung des § 62 BPG, wonach öffentlich zugängliche Bauten und Anlagen behindertengerecht erschlossen und eingerichtet werden sollen. Das rheinseitige Trottoir bleibt unverändert, sodass es hier nicht zu einer Verschlechterung kommen kann – es sei denn, der Vorschlag der Rekurrenten, das rheinseitige Geleise zu verlegen (statt des

stadteinwärts führenden Geleises), würde berücksichtigt, was zu einer Verschmälerung des rheinseitigen Trottoirs führen würde – darauf ist also nicht weiter einzugehen. Zum Andern sind die modernen, breiteren Tramzüge Niederflurtrams. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, wird mit der unbeschränkten Durchfahrtsmöglichkeit für diese behindertengerechten Trams der behindertengerechte Zugang zum öffentlichen Verkehr im Sinne von § 13 ÖVG nicht erschwert, wie die Rekurrenten ausführen, sondern im Gegenteil gefördert. Aus dem Gesagten lässt sich nichts zugunsten der Rekurrenten ableiten.

**3.9** Die Rekurrenten machen weiter eine Verletzung der Lärmschutz-Verordnung (LSV; SR 814.41) geltend. Grundsätzlich ist auch darauf nicht einzutreten, weil die Rügen verspätet sind (§ 113 Abs. 4 BPG). Aber auch materiell entbehren diese Rügen jeglicher Grundlage. Entgegen der Auffassung der Rekurrenten ist im vorliegenden Verfahren nicht darüber zu befinden, ob die Tramgeleise im Sinne von § 13 LSV sanierungspflichtig wären. Sodann handelt es sich bei den Geleisen auch nicht um eine neue Anlage im Sinne von § 7 LSV, sondern um eine geänderte ortsfeste Anlage im Sinne von § 8 LSV – beim Inkrafttreten der LSV am 1. April 1987 existierte diese im Jahr 1900 errichtete und 1908 auf Doppelspur ausgebauten Linie nämlich schon (vgl. BGer IC\_510/2011 vom 18. April 2012 E. 2.2). Eine wesentliche Änderung im Sinne von § 7 Abs. 3 LSV liegt zudem nicht vor, weil anlässlich der Spreizung der Geleise mit dem Einbau einer erschütterungshemmenden Dämmschicht (Flumroc) neue Emissionsschutzmassnahmen ergriffen werden, die zu einer Verminderung der Emissionen führen werden. Damit wird Art. 8 Abs. 1 LSV entsprochen, da die Emissionen so weit begrenzt werden, als dies technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar ist. Auch daraus ergibt sich also nichts zugunsten der Rekurrenten.

**3.10** Die Rekurrenten machen schliesslich geltend, das Projekt einer Verlegung der Geleise in die Spitalstrasse sei hängig. Wie vorstehend dargestellt (Ziff. 3.1), stellt die vorliegend umstrittene Spreizung kein Hindernis für die Fortführung der Projektierung und allfällige Realisierung jenes Projekts dar, da vorliegend bloss eine Minimalvariante umgesetzt wird, um den Tramverkehr zu verstetigen und zu beschleunigen. Die Fragen, ob jenes Projekt realisiert werden soll, in welcher Form und in welchem Zeitrahmen, werden die politischen Entscheidungsträger zu beantworten haben.

Zusammenfassend sind die Rekurse abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

#### **4.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Rekurrenten dessen Kosten zu tragen.

**Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:**

*://*: Die Rekurse werden abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

Die Rekurrenten tragen die Kosten des Verfahrens mit einer Gebühr von je CHF 1'800.–.

**3. Urteil des Appellationsgerichts als Verwaltungsgericht VD.2011.100 vom 15. Mai 2012 betr. Öffnungszeiten des Betriebs „avec.shop“, Steinenvorstadt 23**

*Mit einem ersten vereinfachten Bauentscheid vom 18. August 2009 hatte das Bauinspektorat dem in der Liegenschaft Steinenvorstadt 23 betriebenen „avec.shop“, der aus einem Ladenlokal im hinteren Bereich und einem Restaurationsteil zur Strassen-seite hin besteht, für diesen vorderen abtrennbaren Bereich die allgemeinen Öffnungszeiten gemäss dem Gastgewerbegesetz bewilligt. Etwas mehr als ein Jahr später erliess es einen neuen vereinfachten Bauentscheid, mit dem es in Abänderung des früheren Entscheids für den ganzen Betrieb Ladenöffnungszeiten festlegte. Dies bedeutete eine erhebliche Einschränkung der Öffnungszeiten, da Restaurationsbetriebe an jedem Wochentag von 5 Uhr morgens bis 1 Uhr nachts und in der Nacht vom Samstag auf den Sonntag bis um 2 Uhr offen sein dürfen, während Ladenlokale nur bis 22 Uhr geöffnet sein können und an Sonn- und Ruhetagen (mit Ausnahme offener Verkaufsstände für Esswaren und alkoholfreie Getränke sowie Bäckereien) geschlossen zu halten sind. Die betroffene Firma erhob daher gegen den entsprechenden Bauentscheid Rekurs beim Verwaltungsgericht.*

*Strittig war insbesondere, ob der erste Bauentscheid, der in formelle Rechtskraft erwachsen war und keinen Vorbehalt einer späteren Änderung enthielt, inhaltlich durch den späteren Bauentscheid teilweise widerrufen werden konnte. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können verwaltungsrechtliche Entscheide grundsätzlich abgeändert werden, wenn sie dem Gesetz nicht oder nicht mehr entsprechen. Es ist aber im Einzelfall abzuwägen zwischen dem Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts einerseits und dem Interesse an der Rechtssicherheit bzw. dem Schutz des Vertrauens in den Bestand des behördlichen Entscheids andererseits. Der Rechtssicherheit kommt in der Regel dann der Vorrang zu, wenn durch die frühere Verfügung ein subjektives Recht begründet worden ist, ausserdem wenn die Verfügung in einem Verfahren ergangen ist, in welchem die sich gegenüberstehenden Interessen allseitig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen waren, und schliesslich wenn der Private von einer ihm durch die fragliche Verfügung eingeräumten Befugnis (durch Tötigung von Investitionen) bereits Gebrauch gemacht hat. Auch in diesen Fällen kann allerdings ein Widerruf eines ergangenen Entscheids in Frage kommen, wenn dies nämlich durch ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse geboten ist.*

*Das Verwaltungsgericht prüfte, ob der abtrennbare vordere Bereich des „avec shops“ als Restaurationsbetrieb im Sinne des Gastgewerbegesetzes (GGG) angesehen werden könne. Nach dessen § 11 Abs. 2 gelten als solche „alle der Öffentlichkeit zugänglichen Räumlichkeiten oder Flächen mit der Möglichkeit, abgegebene Speisen und Getränke jeder Art an Ort und Stelle zu konsumieren“. Dieser Wortlaut des Gastgewerbegesetzes ist nach dem ergangenen Entscheid massgeblich, da keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Die von der Verwaltung aufgrund der branchenüblichen Charakteristika der verschiedenen Betriebsarten angeführten zusätzlichen Kriterien, mit denen sie erhöhte Anforderungen an das Vorliegen eines Restaurationsbetriebs stellen wollte, bezeichnete das Verwaltungsgericht daher als bedeutungslos.*

*Im Betrieb der Rekurrentin war die Möglichkeit, abgegebene Speisen und Getränke an Ort und Stelle zu konsumieren, gegeben. Anlässlich des Augenscheins stellte das Verwaltungsgericht fest, dass sich sowohl im Innen- wie im Aussenbereich jeweils mehrere Tische und mit Sitzgelegenheiten befanden, und im vorderen, ab 22 Uhr mit einem Paravent abgetrennten Bereich nur Lebensmittel angeboten wurden, die zum Vorortkonsum geeignet sind. Damit präsentierte sich dieser Teil des Betriebs nicht als Ladengeschäft, sondern eher als Fastfood-Lokal, weshalb auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit kein Grund bestand, diesen nicht als Restaurationsbetrieb mit den entsprechenden Öffnungszeiten anzuerkennen. Nicht von Bedeutung ist nach der Beurteilung des Verwaltungsgerichts schliesslich auch der Umstand, dass im fraglichen Betrieb alkoholische Getränke günstiger verkauft werden als bei der Konkurrenz. Wollte man im Interesse des Jugendschutzes den Verkauf von „billigem“ Alkohol nach 22 Uhr oder zur Eindämmung des Litteringproblems den Verkauf von verpackten konsumbereiten Speisen und Getränken über die Gasse verbieten, so brauche es dafür eine klare gesetzliche Grundlage. Dies könne nicht über eine vom Wortlaut und Sinn des Gesetzes nicht abgedeckte ausdehnende Interpretation von § 11 Abs. 2 GGG geschehen.*

*Abschliessend stellte das Verwaltungsgericht fest, dass sowohl das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts als auch das Interesse an der Rechtssicherheit resp. am Vertrauensschutz für die Weitergeltung des ersten vereinfachten Bauentscheids sprachen, weshalb die Voraussetzungen für dessen Widerruf oder Abänderung nicht gegeben waren. Der entsprechende spätere Bauentscheid wurde daher in Gutheissung des Rekurses aufgehoben.*

## **Sachverhalt**

Die X. \_\_\_\_ AG betreibt in der Liegenschaft Steinenvorstadt 23 in Basel einen „avec.shop“, der von einem Franchisenehmer als Familienbetrieb geführt wird. Es handelt sich dabei um einen Mischbetrieb, der einen Restaurationsbetrieb mit einem Ladenlokal vereinigt.

Mit vereinfachtem Bauentscheid Nr. V-BBG 9'026'417 (1) vom 18. August 2009 bewilligte das Bauinspektorat (seit 1. Februar 2012: Bau- und Gastgewerbeinspektorat) das Begehren der X. \_\_\_\_\_ AG um Bewilligung dieses Betriebes mit den allgemeinen Öffnungszeiten gemäss dem Gastgewerbegesetz für dessen abtrennbaren vorderen Bereich. Nach weiterer Kommunikation zwischen den Behörden und der Bewilligungsnehmerin erliess das Bauinspektorat am 1. November 2010 einen neuen vereinfachten Bauentscheid Nr. V-BBG 9'026'417 (2), womit es in Abänderung des früheren Bauentscheids für den ganzen Betrieb Ladenöffnungszeiten festlegte. Gegen diesen Entscheid erhob die X. \_\_\_\_\_ AG Rekurs an die Baurekurskommission, welcher nach Durchführung eines Augenscheins mit Entscheid vom 23. März 2011, versandt am 30. Juni 2011, kostenfällig abgewiesen worden ist. Dagegen richtet sich der mit Eingaben vom 11. Juli und 2. August 2011 erhobene und begründete Rekurs an das Verwaltungsgericht, mit dem die X. \_\_\_\_\_ AG die kosten- und entschädigungsfällige Aufhebung des angefochtenen Entscheids der Baurekurskommission sowie des Entscheids des Bauinspektorats Nr. V-BBG 9'026'417 (2) verlangt. Eventualiter beantragt sie die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und die Rückweisung der Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz. Subeventualiter begehrt sie die Aufhebung der beiden Vorentscheide und die Ansetzung einer angemessenen Frist unter Angabe der beanstandeten Punkte zur Wiederherstellung des rechtskonformen Zustandes im fraglichen Betrieb. Die Baurekurskommission schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 2. September 2011 auf kostenfällige Abweisung des Rekurses. In der Replik vom 24. Oktober 2011 hält die Rekurrentin an ihren Anträgen fest.

Am 15. Mai 2012 hat das Verwaltungsgericht zunächst einen Augenschein in den Lokalitäten des „avec.shop“ an der Steinenvorstadt 23 durchgeführt, an welchem für die Rekurrentin A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_ und Rechtsanwalt Dr. Christoph Wildhaber, für die Baurekurskommission lic. iur. Marion Jaggi teilgenommen haben. In der anschliessenden Verhandlung im Gerichtssaal des Appellationsgerichts ist A. \_\_\_\_\_ kurz befragt worden und sind Dr. Christoph Wildhaber und lic. iur. Marion Jaggi zum Vortrag gelangt. Für sämtliche Ausführungen wird auf die Protokolle des Augenscheins und der Gerichtsverhandlung verwiesen. Die Einzelheiten der Standpunkte ergeben sich, soweit sie für den Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Die Baurekurskommission ist eine vom Regierungsrat gewählte Kommission, deren Entscheide gemäss § 10 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG; SG 270.100) dem Rekurs an das Verwaltungsgericht unterliegen. Daraus folgt des-

sen sachliche und funktionelle Zuständigkeit zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses.

**1.2** Die Rekurrentin ist durch die Verfügung von Ladenöffnungszeiten anstelle der mit dem ersten Bauentscheid bewilligten Öffnungszeiten gemäss Gastgewerbegesetz für den vorderen Teil ihres Betriebs „avec.shop“ an der Steinenvorstadt 23 berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung bzw. Abänderung dieses Entscheids. Sie ist deshalb gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Verwaltungsrekurs legitimiert.

**1.3** Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich mangels besonderer Vorschriften nach den allgemeinen Bestimmungen 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.

## **2.**

**2.1** Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der vereinfachte Bauentscheid Nr. V-BBG 9'026'417 (2) vom 1. November 2010, mit dem der vereinfachte Bauentscheid Nr. V-BBG 9'026'417 (1) vom 18. August 2009 abgeändert worden ist. Der erste Bauentscheid ist in formelle Rechtskraft erwachsen. Er enthält auch keinen Vorbehalt in Form eines Reverses, mit dem eine Änderung im Sinne des Entscheides vom 1. November 2010 vorbehalten worden wäre. Es stellt sich daher zunächst die Frage, ob die ursprüngliche Verfügung überhaupt geändert, mithin inhaltlich zumindest teilweise widerrufen werden konnte.

Verwaltungsrechtliche Entscheide werden in der Regel nicht materiell rechtskräftig. Es entspricht gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ihrer Natur, abgeändert werden zu können, wenn sie dem Gesetz nicht oder nicht mehr entsprechen. Es gilt aber im Einzelfall abzuwägen zwischen dem Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts einerseits und dem Interesse an der Rechtssicherheit bzw. dem Vertrauensschutz andererseits (BGE 94 I 336 E. 4 S. 343 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 997a). Dem Postulat der Rechtssicherheit kommt in der Regel dann der Vorrang zu, wenn durch die frühere Verfügung ein subjektives Recht begründet worden ist, ausserdem wenn die Verfügung in einem Verfahren ergangen ist, in welchem die sich gegenüberstehenden Interessen allseitig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen waren, und schliesslich wenn der Private von einer ihm durch die fragliche Verfügung eingeräumten Befugnis (durch Tätigung von Investitionen) bereits Gebrauch gemacht hat. Diese Regel gilt allerdings nicht absolut. Ein Widerruf kann auch in einem der drei genannten Fälle in Frage kommen, wenn er durch ein besonders gewichtiges öffentliches Interesse geboten ist (BGE 121 II 273 E. 1a/aa S. 276; 119 Ia 305 E. 4c S. 310 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 127 II 306 E. 7a S. 313 f.; BGer 2P.77/2004 vom 7.



Oktober 2004, E. 4.3). Dieser Abstufung entspricht auch die positivrechtliche Regelung des Widerrufs einer Baubewilligung gemäss § 55 der Bau- und Planungsverordnung (BPV; SG 730.110). Danach kann eine Baubewilligung vor Beginn der Arbeiten resp. vor der Ausführung derjenigen Teile, auf die sich der Widerruf bezieht, aus wichtigen Gründen widerrufen werden. Nach Beginn dieser Arbeiten ist ein Widerruf dann zulässig, wenn überwiegende öffentliche Interesse den Widerruf erfordern oder wenn die Bewilligung aufgrund unrichtiger oder unvollständiger Angaben erlangt worden ist.

**2.2** Mit Eingabe vom 29. Mai 2009 reichte die Rekurrentin ein Baugesuch für die Einrichtung eines „avec.shop“ als Restaurationsbetrieb für 25 Gäste mit allgemeinen Öffnungszeiten gemäss Gastgewerbegesetz in der Liegenschaft Steinenvorstadt 23 in Basel ein. Als Speiseangebot wurde nur kalte Speisen, als Kocheinrichtung aber gleichwohl ein Kochherd, Backofen, Warmluftofen angegeben. Das Bauinspektorat verlangte darauf mit zwei Zwischenberichten vom 23. Juni und 8. Juli 2009 – unter anderem aufgrund von Beanstandungen des Gesuchs durch das Lebensmittelinspektorat und das Lufthygieneamt beider Basel – weitere Unterlagen. Es erfolgte auch eine telephonische Kommunikation zwischen den Parteien. Mit Schreiben an das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) vom 25. Juni 2009 erläuterte die Rekurrentin ihr Konzept, welches auf den drei Säulen Restaurationsbetrieb mit leichter Verpflegung, Verkaufslokal für Waren des täglichen Bedarfs und Kiosk mit lagespezifisch angepasstem Sortiment beruhe. Sie beantragte für den Restaurationsbetrieb Öffnungszeiten nach gastgewerblichen Vorgaben und für den Verkaufs- und Kioskteil erweiterte Öffnungszeiten an Werktagen bis 22 Uhr und an Samstagen resp. Ruhetagen bis 20 Uhr. Mit vereinfachtem Bau-Entscheid Nr. V-BBG 9'026'417 (1) vom 18. August 2009 wurde das Baubegehren unter Vorbehalt von Bedingungen und Auflagen bewilligt. Dabei wurde unter anderem darauf hingewiesen, dass die Bestimmungen des Gastgewerbegesetzes für die entgeltliche Abgabe von Speisen und Getränken zum Konsum an Ort und Stelle gelten (Ziff. 13 b), und dass als Restaurationsbetriebe alle der Öffentlichkeit zugänglichen Räumlichkeiten oder Flächen mit der Möglichkeit, abgegebene Speisen und Getränke jeder Art an Ort und Stelle zu konsumieren, gelten (Ziff. 18). Weiter wurde festgehalten, dass der Betrieb des Restaurants das Konzept eines Restaurants zur Abgabe von Speisen und Getränken zum Konsum in den Räumlichkeiten des Betriebes gemäss § 10 GGG umfasse (Ziff. 39), und dass für das Restaurant die allgemeinen Öffnungszeiten gemäss § 36 Abs. 1 GGG gelten (Ziff. 43 f.). Auflagen des Amtes für Wirtschaft und Arbeit wurden nicht aufgenommen. Betriebszeiten für den Verkaufs- und Kioskbetrieb wurden nicht explizit festgesetzt.

**2.3** Anlässlich der Bauabnahme vom 31. August 2009 wurden keine betrieblichen Beanstandungen erhoben (vgl. Mängelprotokoll vom 17. November 2009). Mit Schreiben vom 16. Oktober 2009 machte indessen das AWA die Rekurrentin darauf aufmerksam, dass anlässlich eines Augenscheins vom 13. Oktober 2009 der ange-

troffene Zustand nicht den gesetzlichen Vorgaben und den im Vorfeld getroffenen Abmachungen entsprochen habe. Im Gastwirtschaftsteil müsse sich der Gast in einer Gastwirtschaft wähen und nicht in einem Laden. Entsprechend sei das Sortiment zusammenzustellen; es müsse zum direkten Verzehr vor Ort geeignet und bestimmt sein. Dem habe das angebotene Sortiment teilweise nicht entsprochen. Zudem sei die räumliche Abgrenzung zum Ladenteil nicht genügend. Schliesslich übersteige das Kiosksortiment das in Gastwirtschaften Übliche um ein Vielfaches. Der Kioskteil könne daher nur als Teil des Ladens und nicht der Gastwirtschaft geführt werden. Bei einem in der Folge durchgeführten gemeinsamen Augenschein wurde von der Rekurrentin zugesichert, alle Produkte zum Verkauf bzw. zur Mitnahme kämen in den hinteren Ladenteil. Im Gastwirtschaftteil verblieben nur die zum Verzehr an Ort und Stelle geeigneten Artikel. Weiter wurde festgestellt, dass vom Kiosksortiment nur die Raucherwaren, Süssigkeiten und Zeitungen im Restaurantteil belassen werden könnten (Aktennotiz vom 1. Dezember 2009).

**2.4** Mit Schreiben vom 29. Januar 2010 machte das Bauinspektorat auf eine Bemerkung der Lärmfachstelle aufmerksam, wonach keine Freigabe erfolgen könne, da der Betrieb aus ihrer Sicht kein Restaurant sei, das die allgemeinen Öffnungszeiten beanspruchen könne. Es sei keine Abtrennung zwischen den Lebensmitteln und dem Restaurant erfolgt. Mit Schreiben vom 26. Februar 2010 zeigte die Rekurrentin an, dass die Abtrennung Gastro-/Convenienteil nun ausgeführt und die beanstandeten Baumängel behoben seien. Auf dieser Grundlage erfolgte dann die Bauabnahme (vgl. Freigabe vom 8. April 2010). Mit Schreiben an die Rekurrentin vom 15. Juni 2010 nahm das Bauinspektorat Bezug auf die mit dem obgenannten Schreiben vom 16. Oktober 2009 eingeleiteten weiteren Abklärungen des AWA und stellte fest, dass „die heutige Situation“ noch immer nicht den gesetzlichen Anforderungen entspreche. Es verlangte daher innert Frist ein Betriebskonzept mit einem Möblierungsplan, welches eine klare Trennung der beiden Nutzungseinheiten festhalte, und drohte an, dass andernfalls für das gesamte Ladengeschäft mit Restaurationsbetrieb die Ladenöffnungszeiten angeordnet würden. In der Folge fand ein Augenschein der Rekurrentin mit dem Vertreter des AWA statt. Gemäss einem Rapport der Kantonspolizei vom 29. Juni 2010 beobachtete die Polizei, dass die im Betrieb nach 22 Uhr erworbenen Alkoholika mehrheitlich aus dem Betrieb zum Konsum an Dritortorten herausgebracht würden. Mit Eingabe vom 24. August 2010 stellte sich die Rekurrentin unter Verweis auf ihr Schreiben vom 25. Juni 2009 an das AWA auf den Standpunkt, ihr Betriebskonzept entspreche den gesetzlichen Rahmenbedingungen. Es sei unerheblich, ob die im Laden gekauften Produkte im Restaurant konsumiert würden, solange sie zum Vorortverzehr geeignet seien und entsprechende Infrastruktur zur Verfügung stehe.

**2.5** Mit Schreiben vom 29. Oktober 2010 hat das Bauinspektorat die Rekurrentin mit einem „Vorabzug“ über den Entscheid, für den ganzen Betrieb die Ladenöffnungszeiten anzuordnen, informiert und diesen wie angekündigt mit Verfügung vom

1. November 2010 eröffnet. Vor dem Hintergrund dieses Verfahrensablaufs ist nun zu prüfen, ob die gegenüber dem Erlass eines neuen Entscheids strengeren Voraussetzungen für einen Widerruf resp. die Abänderung des ursprünglichen Bauentscheids gegeben sind.

### **3.**

**3.1** Die Öffnungszeiten von Verkaufslokalen werden in den §§ 5 ff. des Gesetzes über öffentliche Ruhetage und Ladenöffnung (RLG; SG 811.100) geregelt. Als Familienbetriebe im Sinne von Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR.822.11) geführte Verkaufslokale dürfen in Anwendung von § 7 RLG in Verbindung mit § 6 der Verordnung zum Gesetz über öffentliche Ruhetage und Ladenöffnung (RLV; SG 811.110) bis um 22 Uhr geöffnet gehalten werden. An Sonn- und Ruhetagen sind sie mit Ausnahme offener Verkaufsstände für Esswaren und alkoholfreie Getränke sowie Bäckereien etc. (vgl. § 4 Abs. 1 RLG) geschlossen zu halten. Demgegenüber richten sich die Öffnungszeiten für Restaurationsbetriebe nach § 36 f. des Gesetzes über das Gastgewerbe (GGG; SG 563.100). Solche Betriebe dürfen an jedem Wochentag von 5 Uhr morgens bis 1 Uhr nachts und in der Nacht vom Samstag auf den Sonntag bis um 2 Uhr geöffnet sein. Mit diesen unterschiedlichen Öffnungszeiten hat der kantonale Gesetzgeber von seinem weiten Gestaltungsspielraum bei der zur Gewährleistung der öffentlichen Ruhe und Ordnung und zum Schutz der Nacht- und Feiertagsruhe erfolgenden Regelung von Schliessungszeiten mit besonderen Anordnungen für einzelne Bereiche Gebrauch gemacht (vgl. dazu BGE 130 I 279 E. 2.3.1 S. 284; 122 I 90 E. 2c S. 93; 119 Ib 374 E. 2b/bb S. 379; 101 Ia 484 E. 7a S. 486; 98 Ia 395 E. 3 S. 400 f.; 97 I 499 E. 3b/3c S. 503 f. sowie E. 5b S. 507; BGer 2P.77/2004 vom 7. Oktober 2004, E. 3.3).

**3.2** Beim Betrieb der Rekurrentin handelt es sich um einen Mischbetrieb. Gemäss § 3 RLV dürfen Betriebe, die nicht den Ladenschlussbestimmungen des Gesetzes unterstehen, ausserhalb der Ladenöffnungszeiten nur Waren verkaufen, „die in direktem Zusammenhang mit der speziellen Betriebsart stehen bzw. unmittelbar ge- und verbraucht werden“. Auch wenn in der genannten Bestimmung nur von „Museen, Kinos, Sportanlagen, Fitnesscenter und dergleichen“ die Rede ist, kommt diese Bestimmung auch auf Mischbetriebe Ladengeschäft/Restaurant zur Anwendung. Massgebend für die Frage, welche Öffnungszeiten für den Betrieb der Rekurrentin resp. für dessen abtrennbaren vorderen Bereich gelten, ist, ob dieser Bereich als Restaurationsbetrieb qualifiziert werden kann.

**3.3** Gemäss § 11 Abs. 2 GGG gelten als Restaurationsbetriebe „alle der Öffentlichkeit zugänglichen Räumlichkeiten oder Flächen mit der Möglichkeit, abgegebene Speisen und Getränke jeder Art an Ort und Stelle zu konsumieren“.

**3.4** Die Vorinstanz stellt sich auf den Standpunkt, die Qualifikation eines Betriebs als Restaurant oder als Ladenlokal bestimme sich nicht allein gestützt auf den Wortlaut des Gesetzes, sondern auch über die branchenüblichen Charakteristika von Restaurationsbetrieben und Verkaufslokalen, insbesondere die Art des Angebots, das damit angesprochene Publikum und die Bedürfnisse, welche mit dem Angebot abgedeckt werden sollen (angefochtener Entscheid Ziff. 17). In Anwendung dieser Kriterien qualifiziert sie in Übereinstimmung mit dem Bau- und Gastgewerbeinspektorat den abgetrennten vorderen Teil des Betriebs als ein „Verkaufslokal mit gastgewerblichem Nebenangebot“. Es seien zwar Konsumationsvorrichtungen vorhanden, allerdings finde keine Zubereitung von Speisen und nur eine sehr untergeordnete Zubereitung von Getränken statt. Wesentliche Merkmale der Bewirtung fehlten. Zudem werde auch im vorderen Teil ein Lebensmittelsortiment angeboten, welches man aus Verkaufsgeschäften kenne (Ziff. 19). Wie der Name Gastgewerbebetrieb bereits sage, würden in einem Restaurant Gäste bewirtet (Ziff. 21). Der Augenschein der Baurekurskommission habe ergeben, dass der gesamte Betrieb der Rekurrentin auf den Verkauf von Waren ausgerichtet und der Restaurationsteil demgegenüber vollkommen untergeordnet sei. Auch nach Ladenschlusszeiten werde im vorderen Teil ein grosses Sortiment von Waren zum Verkauf angeboten. Die vorhandenen Tische und Stühle lüden nicht zum Verweilen ein (Ziff. 22). Personen, die auswärts essen gehen wollten, würden nicht den strittigen Betrieb aufsuchen, da weder die angebotenen Speisen mit dem Angebot einer Speisekarte eines Restaurants vergleichbar seien noch das Ambiente und die Platzverhältnisse zum Verweilen einluden (Ziff. 11). Aufgrund des angebotenen Sortiments und des durch ihr Konzept und die räumliche Einrichtung angesprochenen Publikums ziele die Rekurrentin insbesondere auf Käufer ab, die zu Randstunden „das Nötigste“ einkaufen oder im Vorbeikommen Getränke und Lebensmittel in kleineren Mengen zur Mitnahme und Konsumation an einem anderen Ort einkaufen wollte. Damit stehe sie in Konkurrenz mit anderen Verkaufslokalen.

**3.5** Die Rekurrentin macht demgegenüber geltend, der abtrennbare vordere Teil des Betriebs sei ausschliesslich als Gastronomiebetrieb zu qualifizieren. Dort werde nach 22 Uhr nur Ware umgesetzt, welche im Einklang mit der Gastronomiegesetzgebung zum Vorortverkehr geeignet sei. Alkoholika würden lediglich in Kleinmengen verkauft oder im Offenausschank angeboten. Es verstosse gegen das Legalitätsprinzip, wenn die Vorinstanz neben dem Wortlaut des Gesetzes auch branchenübliche Charakteristika von Restaurationsbetrieben berücksichtige. Wolle man die gesetzliche Definition abändern, sei dies ein politischer Entscheid und habe in der Rechtsanwendung nichts zu suchen (Rekursbegründung Ziff. 6 S. 18). Durch das Gesetz nicht vorgegebene Kriterien dürften bei der Beurteilung des Betriebs der Rekurrentin nicht verlangt werden. So sei es unerheblich, ob Speisen oder Getränke im Lokal zubereitet würden, ob die Gäste bedient würden oder ob das Ambiente (nach Meinung der Vorinstanz) ansprechend sei. Massgebend sei gemäss dem Gesetz einzig, dass eine Infrastruktur zur Verfügung gestellt werde, damit abgegebene Speisen und

Getränke jeder Art an Ort und Stelle konsumiert werden könnten. Eine solche sei in ihrem Betrieb unbestrittenermassen vorhanden (Ziff. 7 S. 19). Ob die Konsumenten diese Infrastruktur tatsächlich nutzten und ob ausreichend Tische für alle Konsumenten vorhanden seien, sei nicht relevant. Das Betriebskonzept des fraglichen Betriebs stehe im Einklang mit den rechtlichen Rahmenbedingungen und entspreche nach wie vor dem, was Grundlage des ersten Bauentscheids vom 18. August 2009 gewesen sei. Aufgrund dieses Bauentscheids habe die Rekurrentin erhebliche Investitionen getätigt. Die Voraussetzungen zur Widerruf der einmal erstellten Bewilligung seien daher nicht gegeben.

#### **4.**

**4.1** Eines der wesentlichen Prinzipien des Verwaltungsrechts ist das in Art. 5 Abs. 1 BV statuierte Legalitätsprinzip, der Grundsatz der Gesetzmässigkeit resp. des rechtsstaatlichen Handelns. Sein Hauptanliegen ist es, alle Verwaltungstätigkeit an das Gesetz zu binden. Das Gesetz ist Massstab und Schranke der Verwaltungstätigkeit. Das Legalitätsprinzip soll die Rechtssicherheit und die Voraussehbarkeit des Verwaltungshandelns gewährleisten, ist Grundlage rechtsgleichen Handelns der Verwaltungsbehörden und schützt schliesslich das Individuum in seinen Freiheitsrechten vor staatlichen Eingriffen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage 2010, Rz. 368 ff.). Jede Verfügung muss sich auf eine generell-abstrakte Norm stützen, welche genügend bestimmt sein muss, damit das Handeln der Verwaltungsbehörden im Einzelfall voraussehbar und rechtsgleich ist. Besonders strenge Massstäbe an die Bestimmtheit des Rechtssatzes sind bei Eingriffen in Freiheitsrechte zu stellen (a.a.O., Rz. 386, 388).

**4.2** Die Qualifikation des Betriebs der Rekurrentin als Ladenlokal mit den entsprechend eingeschränkten der Öffnungszeiten stellt einen Eingriff in die in Art. 27 BV garantierte Wirtschaftsfreiheit der Rekurrentin dar. Eine solche Einschränkung ist gemäss Art. 36 BV nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig ist (HÄFELIN/HALLER/KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Auflage 2008, Rz. 668).

**4.3** Gesetze sind in erster Linie nach ihrem Wortlaut auszulegen. Nur wenn der Text nicht klar ist und verschiedene Interpretationen möglich sind, muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gefragt werden. Vom klaren Wortlaut eines Rechtssatzes darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche triftigen Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift und aus dem Zusammenhang mit anderen Normen ergeben (BGE 131 II 697 E. 4.1 S. 702 f.; 131 II 217 E. 2.3 S 221; HÄFELIN/HALLER/KELLER, a.a.O., Rz. 92).

#### **5.**

**5.1** Gemäss § 36 GGG dürfen Restaurationsbetriebe grundsätzlich bis 01.00 Uhr und in der Nacht von Samstag auf Sonntag bis 02.00 Uhr geöffnet sein. § 11 Abs. 2 GGG definiert als Restaurationsbetriebe „alle der Öffentlichkeit zugänglichen Räumlichkeiten oder Flächen mit der Möglichkeit, abgegebene Speisen und Getränke jeder Art an Ort und Stelle zu konsumieren“. Der Wortlaut dieser Bestimmung ist klar. Er verlangt nicht, dass alle im Lokal abgegebenen Speisen und Getränke an Ort und Stelle konsumiert werden müssen, sondern es genügt die Möglichkeit hierzu. Zu prüfen ist, ob triftige Gründe zur Annahme bestehen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt, sondern dass zusätzlich die „branchenüblichen Charakteristika von Restaurationsbetrieben“ herangezogen werden sollen, wie dies die Vorinstanz getan hat.

**5.2** Aus den Gesetzesmaterialien und aus der Systematik des Gesetzes ergeben sich diesbezüglich keine Hinweise. Im Bericht der Justiz- Sicherheits- und Sportkommission (JSSK) des Grossen Rates zum Ratschlag und Entwurf Nr. 9222 zum Gastgewerbegesetz, welcher den Mitgliedern des Grossen Rates am 11. August 2004 zugestellt wurde, findet sich nichts, das darauf hinwies, dass der Wortlaut von § 11 nicht dessen wahren Sinn wiedergäbe. § 11 des regierungsrätlichen Entwurfs wurde ohne Änderung und ohne erläuternde Anmerkungen übernommen (Bericht S. 41). Zum Begriff „Restaurationsbetrieb“ wird im Bericht ausgeführt, dass darunter nicht nur die eigentlichen Gastwirtschaftsbetriebe, sondern auch die Konditoreiwirtschaften, Personalrestaurants und Ähnliches, welche bis anhin separat geregelt worden waren, subsumiert würden. Die Abgrenzung zwischen bewilligungspflichtigen Restaurationsbetrieben und Lebensmittelgeschäften, auch Take-aways, welche neben dem eigentlichen Verkauf von Waren Stehtische aufstellten, um ihrer Kundschaft den sofortigen Verzehr der Speisen und Getränke zu ermöglichen, könne indessen schwierig sein. Die Kommission sei der Auffassung, dass der offensichtliche Hauptzweck des Detailhandelsgeschäfts, nämlich der Verkauf der Waren zur Mitnahme, dann nicht mehr gegeben sei, wenn es mehr als drei Stehtische zum Konsum seiner Speisen und Getränke aufstelle. In einem solchen Fall sei es dem Gastwirtschaftsgesetz und damit der Bewilligungspflicht zu unterstellen (S. 8). Der Grosse Rat hat in der Folge zwar nicht die vom Entwurf des Regierungsrats abweichende Formulierung der JSSK für § 5 GGG (vgl. Bericht S. 35) übernommen, jedoch ist § 5 GGG in § 6 der Verordnung zum GGG (SG 563.110) in diesem Sinne präzisiert worden, indem Detailhandelsgeschäfte, die ein kleines Sortiment an Lebensmitteln anbieten, die sich zum sofortigen Konsum an Ort und Stelle eignen, dann von der Bewilligungspflicht ausgenommen sind, wenn sie für ihr Kunden maximal zehn Sitz- oder Stehplätze zum Konsum ihrer branchenüblichen Produkte einrichten und das Nebenangebot erkennbar hinter dem Hauptzweck des Geschäfts, dem Verkauf der Waren zur Mitnahme, zurücktritt. Andernfalls unterstehen sie der Bewilligungspflicht gemäss § 4 GGG. Damit entspricht der Begriff der Restaurationsbetriebe in den Bestimmungen betreffend die Bewilligungspflicht der in § 11 Abs. 2 GGG in allgemeiner Weise umschriebenen Definition.

**5.3** Auch der Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung spricht dafür, dass der Wortlaut von § 11 Abs. 2 GGG dessen wahren Sinn wiedergibt. Wie die Rekurrentin zutreffend festgestellt hat, deckt sich diese Bestimmung im Kern mit Art. 25 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG, SR 641.20), welches die Abgabe von Nahrungsmitteln unter anderem dann als „gastgewerbliche Leistung“ (mit höherem MWST-Satz als beim Detailhandelsverkauf) bezeichnet, wenn die steuerpflichtige Person „für deren Konsum an Ort und Stelle besondere Vorrichtungen bereithält“. Als besondere Konsumvorrichtungen an Ort und Stelle gelten gemäss Art. 54 der Mehrwertsteuerverordnung (SR 641.201) namentlich Tische, Stehtische, Theken und andere für den Konsum zur Verfügung stehende Abstellflächen oder entsprechende Vorrichtungen. Dabei ist ausdrücklich unerheblich, ob der Kunde oder die Kundin die Vorrichtung tatsächlich benutzt oder ob die Vorrichtungen ausreichen, um sämtlichen Kunden und Kundinnen den Konsum an Ort und Stelle zu ermöglichen. Das Bundesgericht hat hierzu zudem festgehalten, es sei nicht erforderlich, dass die Speisen und Getränke zubereitet oder serviert würden; es genüge, dass der Leistungserbringer für den Konsum an Ort und Stelle besondere Vorrichtungen bereithalte (BGer 2A.68/2003 vom 31. August 2004 E. 3.1). Unter Hinweis auf BGE 123 II 16 E. 6 S. 26 ff. hat es weiter ausgeführt, mit dem Erfordernis von Konsumeinrichtungen an Ort und Stelle habe der Gesetzgeber ein sachgerechtes und zweckmässiges Abgrenzungskriterium geschaffen. In der Tat erscheine die Möglichkeit, Speisen und Getränke an Ort und Stelle zu konsumieren, beispielsweise an einem Tisch, als wesentliches Merkmal der gastgewerblichen Leistung. Es trage den Unterschieden zwischen Lebensmittelhandel und Gastgewerbe hinreichend Rechnung und sei leicht zu handhaben. Es schliesse nicht aus, dass daneben auch eigentliche Servier- und Zubereitungsleistungen erbracht würden; notwendig für die Annahme einer gastgewerblichen Leistung sei das jedoch nicht (a.a.O., E. 3.2). Nach der Praxis zu Art. 54 MWSTG genügt schon das Vorhandensein eines einzigen Tisches für die Annahme einer Konsumationsmöglichkeit und damit eines Restaurationsbetriebs (BVGer A-1422/2006 vom 23. Oktober 2007 E. 2.2.2).

**5.4** Es ist daher davon auszugehen, dass der Wortlaut von § 11 Abs. 2 GGG den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Unter diesen Umständen verbietet es das Legalitätsprinzip, zusätzliche – im Gesetz nicht genannte – Erfordernisse an einen Restaurationsbetrieb zu stellen. Es kann daher nicht darauf ankommen, ob die zu konsumierenden Nahrungsmittel serviert werden (andernfalls wären sämtliche Selbstbedienungsrestaurants nicht als Restaurationsbetriebe zu qualifizieren), oder ob sie im Betrieb selbst hergestellt werden. Auch kann es keine Rolle spielen, dass ein Grossteil der Kundschaft die gekauften Nahrungsmittel nicht vor Ort konsumiert, und dass hierfür die Einrichtungen auch nicht genügen würden. Erst recht spielt das Ambiente im Lokal keine Rolle. Es genügt vielmehr, dass die Möglichkeit besteht, abgegebene Speisen und Getränke an Ort und Stelle zu konsumieren.

**5.5** Diese Möglichkeit ist im Betrieb der Rekurrentin gegeben. Wie der Augenschein des Verwaltungsgerichts ergeben hat, hat es im Inneren des Lokals vier kleine Tische mit insgesamt neun Stühlen sowie eine Bartheke mit acht Barhockern. In dem mit einer Sonnenstore überdeckten und mit Pflanzen gegenüber der Strasse abgetrennten Aussenbereich stehen zusätzlich 3 lange Tische (Stehhöhe) mit je acht Barhockern. Namentlich diese wirken durchaus einladend und werden in der wärmeren Jahreszeit auch rege genutzt. Im vorderen, nach 22 Uhr mit einem Paravent abgetrennten, Bereich des Betriebs werden nur Lebensmittel verkauft, welche zum Vorkonsum geeignet sind. Ob sie abgepackt oder offen verkauft werden, spielt keine Rolle. Grossgebinde werden in diesem Bereich nach 22 Uhr gar nicht, Alkoholika nur noch in Kleinmengen oder im Offenausschank verkauft (vgl. Augenscheinsprotokoll). Insofern unterscheidet sich das Sortiment dieses Teils des Betriebs, um den es hier allein geht, wesentlich vom Sortiment eines Pronto-Shops. Dass die gekauften Lebensmittel teilweise auch dazu geeignet sind, mitgenommen und andernorts konsumiert zu werden, steht der Qualifikation des Betriebs als Restaurationsbetrieb nicht entgegen. Im Übrigen bieten auch viele „traditionelle“ Restaurants Esswaren und Getränke zum Mitnehmen an (z.B. Pizzeria, Brötli-Bar etc.).

**5.6** Zutreffend ist allerdings, dass das umfangreiche Kiosksortiment mit 150 Sorten Zigaretten, Süssigkeiten und Zeitungen für einen Restaurationsbetrieb unüblich gross ist. Diesbezüglich ist jedoch festzustellen, dass das Arbeitsinspektorat mit Verfügung vom 1. Dezember 2009 die Belassung des Kioskteils (mit Rauchwaren, Süssigkeiten und Zeitungen) im Restaurantbereich ausdrücklich erlaubt hat, mit der einzigen Bedingung, dass „das Grosssortiment Zeitschriften“ im Ladenteil integriert bleiben muss. Dass die Rekurrentin im Vertrauen auf diese Zusicherung das Kiosksortiment im Restaurantbereich belassen hat, kann nicht zum Anlass genommen werden, die Qualifikation des vorderen Betriebsteils als Restaurationsbetrieb in Frage zu stellen und folglich die Öffnungszeiten des gesamten Betriebs auf Ladenöffnungszeiten einzuschränken. Das wäre ein venire contra factum proprium und ein Verstoss gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip. Ergibt sich, dass unter Einbezug des Kioskteils mit dem gesamten bewilligten Kiosksortiment der Charakter des Restaurationsteils entgegen dem ursprünglichen Bauentscheid nicht (mehr) gegeben ist, ist dies in erster Linie durch eine Anpassung der Auflagen durch die zuständigen Behörden, etwa durch eine Verkleinerung des nach Ladenschlusszeiten zulässigen Kiosksortiments, zu korrigieren.

**5.7** Aus diesen Erwägungen folgt, dass der nach Ladenschlusszeiten abgetrennte vordere Teil des Betriebs der Rekurrentin kein Mischbetrieb, sondern ein Restaurationsbetrieb ist.

## **6.**

**6.1** Die Vorinstanz argumentiert in ihrem Entscheid mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden, welcher sich aus dem in Art. 27 BV veran-



kerten Wirtschaftsfreiheit ableitet und alle Massnahmen verbietet, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren. Sie macht geltend, die direkten Konkurrenten der Rekurrentin seien Läden wie die Coop Pronto-Verkaufsgeschäfte. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Coop Pronto-Läden sind reine Verkaufsgeschäfte ohne Konsumationsmöglichkeit vor Ort. Ein Vergleich mit dem Betrieb der Rekurrentin mag tagsüber teilweise gerechtfertigt sein, wenn auch der hintere Teil des Betriebs geöffnet ist. Der Vergleich des Betriebs der Rekurrentin mit einem „Pronto Coop-Laden im Kleinformat“ durch H. Thomann von Jauslin + Stebler Ingenieure AG zu Händen des Amtes für Umwelt und Energie bezog sich denn auch ausdrücklich auf den gesamten Betrieb, wie er ihn am 4. November 2009 um 11.45 Uhr besichtigte (vgl. act. 7, Rekursdossier, Beilage 3 zur Stellungnahme der Rekurrentin). Nach der Abtrennung dieses Bereichs präsentiert sich der Betrieb der Rekurrentin nach dem oben Gesagten indessen als Restaurationsbetrieb mit zusätzlichem Verkauf der konsumationsfertigen Nahrungsmittel über die Gasse, dessen direkte Konkurrenten in Bezug auf die Esswaren andere Fastfood-Lokale wie beispielsweise MacDonalds, Burger King oder Sam's Pizza Land, in Bezug auf alkoholische Getränke etwa das Mr. Pickwick Pub sind. Die Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden steht einer Qualifizierung als Restaurationsbetrieb mit Bewilligung der entsprechenden Öffnungszeiten somit nicht entgegen.

**6.2** Dadurch, dass die alkoholischen Getränke im Betrieb der Rekurrentin günstiger verkauft werden als bei der Konkurrenz, entsteht auch keine Monopolstellung der Rekurrentin. Die Preispolitik der einzelnen Restaurationsbetriebe ist Teil ihres Marketingkonzepts und unterliegt der Wirtschaftsfreiheit. Der Staat darf nicht durch eine vom Gesetz nicht abgedeckte Definition von Restaurationsbetrieben und entsprechende Eingrenzung der Öffnungszeiten in den freien Wettbewerb eingreifen. Auch die berechtigten Anliegen des Jugendschutzes und der Verhinderung von Littering rechtfertigen keine Abweichung vom Wortlaut des Gesetzes, der dessen wahren Sinn entspricht. Will man im Interesse des Jugendschutzes den Verkauf von „billigem“ Alkohol nach 22 Uhr oder zur Eindämmung des Litteringproblems den Verkauf von verpackten konsumbereiten Speisen und Getränken über die Gasse verbieten, so braucht es dafür eine klare gesetzliche Grundlage. Dies kann nicht über die vom Wortlaut und Sinn des Gesetzes nicht abgedeckte ausdehnende Interpretation von § 11 Abs. 2 GGG geschehen.

## 7.

**7.1** Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass der ursprüngliche vereinfachte Bauentscheid vom 19. August 2009 dem Gesetz besser entspricht als der angefochtene vereinfachte Bauentscheid vom 1. November 2010, mit dem dieser abgeändert worden ist. Damit sprechen sowohl das Interesse an der richtigen Anwendung des objektiven Rechts als auch das Interesse an der Rechtssicherheit resp. am Vertrauensschutz für die Weitergeltung des ursprünglichen Bauentscheids. Die Voraussetzungen für dessen Widerruf oder Abänderung sind daher nicht gegeben.

**7.2** Daraus folgt, dass in Gutheissung des Rekurses der Entscheid der Baurekurskommission vom 23. März 2011 und der Entscheid des Bauinspektorats vom 1. November 2010 aufzuheben sind. Dieses Ergebnis hindert die Behörden nicht daran, im Rahmen von Auflagen festzulegen, was im Restaurantteil verkauft werden darf und was nicht (vgl. oben E. 5.6).

**7.3** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine ordentlichen Kosten zu erheben und ist der Rekurrentin zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 30 Abs. 1 VRPG). Mangels Einreichung einer Kostennote durch den Vertreter der Rekurrentin ist dessen Aufwand praxismässig zu schätzen. Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren ist dabei angesichts des Umfangs der Rechtschriften von einem Aufwand von rund 30 Stunden auszugehen, welche zu einem Stundenansatz von CHF 250.–, zuzüglich 8 % MWST, zu entschädigen sind.

Für das vorinstanzliche Verfahren richtet sich die Kostenregelung nach dem Verwaltungsgebührengesetz (SG 153.800). Nach dessen § 7 Abs. 1 kann dem teilweise oder ganz obsiegenden Beschwerdeführer, dem Anwaltskosten entstanden sind, eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen werden, sofern es sich nicht um einen offensichtlichen Bagatellfall handelt. Die Verordnung zum Verwaltungsgebührengesetz (SG 153.810) konkretisiert diese Bestimmung in § 13, indem sie die Höhe der auszurichtenden Parteientschädigung in nicht offensichtlichen Bagatellfällen „im Rahmen von § 11“ (§ 13 Abs. 1), und in Fällen, bei denen es der Streitwert oder der Umfang der Streitsache rechtfertigen oder wesentliche Vermögensinteressen auf dem Spiel stehen, „im Rahmen von § 12 Abs. 2 dieser Verordnung“ festsetzt (§ 13 Abs. 2). Vorliegend stehen wesentliche Vermögensinteressen auf dem Spiel und es geht um einen erheblichen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, so dass sich der Rahmen der auszurichtenden Parteientschädigung aufgrund von § 12 Abs. 2 der Verordnung bestimmt und bis CHF 7'000.– reicht. Gemessen am Umfang der Rechtsschriften und dem damit verbundenen geschätzten Aufwand erscheint für das verwaltungsinterne Rekursverfahren eine Parteientschädigung von CHF 5'000.– zuzüglich 7,6 % MWST auf CHF 3'000.– (Aufwand bis Ende 2010) und 8 % auf CHF 2'000 (Aufwand ab Januar 2011) angemessen.

#### **Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:**

**://:** In Gutheissung des Rekurses werden der Entscheid der Baurekurskommission vom 23. März 2011 und der Entscheid des Bauinspektorats vom 1. November 2010 aufgehoben.

Es werden keine ordentlichen Kosten erhoben.

Die Vorinstanz hat der Rekurrentin für das verwaltungsgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von CHF 7'500.–, zuzüglich 8 % MWST von 600.–, und für das verwaltungsinterne Rekursverfahren eine solche von CHF 5'000.– zuzüglich 7,6 % auf CHF 3'000.– von CHF 228.– sowie 8 % auf CHF 2'000.– von CHF 160.– auszurichten.

#### **4. Urteil des Appellationsgerichts als Verwaltungsgericht VD.2011.148 und VD.2011.177 vom 20. August 2012 betr. Antrag auf Kostenübernahme für den Privatschulbesuch durch ein Kind mit einer Autismus-Spektrums-Störung**

*In diesem Verfahren ging es um die Übernahme der Kosten für die integrative Schulung eines an einer Autismus-Spektrums-Störung leidenden Kindes an der Rudolf Steiner-Schule. Unbestritten war, dass das Kind aufgrund dieser Störung einen besonderen Bildungsbedarf aufweist und diesem am Besten im Rahmen einer Integrationsklasse entsprochen werden kann. Laut dem angefochtenen Entscheid des Erziehungsdepartements war dazu aber kein Besuch einer Privatschule erforderlich, vielmehr stehe durch die Einschulung des Kindes in die Integrationsklasse der Primarschulen Basel mit zusätzlicher Unterstützung für die integrative Schulung in dieser Klasse ein dessen Bedürfnissen entsprechendes Angebot der öffentlichen Schulen zur Verfügung.*

*Auf die von den Eltern für das Kind und in eigenem Namen erhobenen Rekurse prüfte das Verwaltungsgericht zunächst, ob aufgrund von § 64 Abs. 1 des kantonalen Schulgesetzes (SchulG) ein Anspruch auf Bezahlung des Privatschulbesuchs abzuleiten sei. Diese Bestimmung unter dem Titel „Verstärkte Massnahmen (Sonderschulung)“ sieht vor, dass Kinder und Jugendliche mit besonderem Bildungsbedarf, bei denen sich Förderangebote im Sinne von § 63b SchulG als ungenügend erweisen, Anrecht auf verstärkte Massnahmen bis zum vollendeten 20. Altersjahr haben, wobei diese besondere Förderung integrativ im Rahmen der Regelschule erfolgt. In begründeten Fällen kann sie auch in sonderschulischen Spezialangeboten der Volksschule, in privaten Sonderschulen und Schulen oder in anderer Weise erfolgen. Das Gericht gelangte nach eingehender Prüfung zum Schluss, dass der im Gesetz verwendete Begriff „Regelschule“ entgegen der Auffassung der Rekurrenten nur staatliche Schulen, nicht hingegen Privatschulen umfasse. Ferner liege unter Berücksichtigung der konkreten Umstände auch kein „begründeter Fall“ für die Inanspruchnahme der nötigen besonderen Förderung in einer privaten Schule vor. Es könne nämlich nicht angenommen werden, dass der Besuch der Integrationsklasse der Rudolf Steiner-Schule für eine angemessene Förderung des Kindes unabdingbar sei.*

*Auch gestützt auf die von den Rekurrenten angerufenen Bestimmungen der Bundesverfassung in Verbindung mit dem Behindertengleichstellungsgesetz und dem Sonderpädagogik-Konkordat ergab sich kein Anspruch auf die verlangte Kostenübernahme für den Privatschulbesuch. Sowohl der allgemein für alle Kinder geltende verfassungsrechtliche Anspruch auf eine ihren individuellen Fähigkeiten und ihrer Persönlichkeitsentwicklung entsprechende unentgeltliche Grundschulausbildung als*

*auch die Pflicht der Kantone, behinderten Kindern und Jugendlichen eine ihren besonderen Bedürfnissen angepasste Grundschulung zu ermöglichen und mit entsprechenden Schulungsformen ihre Integration in die Regelschule zu fördern, beinhaltet nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur einen Mindeststandard. Eine über ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen hinausgehende individuelle Betreuung könne mit Rücksicht auf das begrenzte staatliche Leistungsvermögen von Verfassungen wegen nicht gefordert werden. Ohnehin könne im notwendigerweise standardisierten Unterricht nie jedes einzelne Kind in idealer Weise gefördert und betreut werden. Daraus folge aus Gründen der Rechtsgleichheit, dass weder behinderte noch nichtbehinderte Kinder einen Anspruch auf idealen oder optimalen Unterricht haben könnten. Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot und die gestützt darauf geltenden Vorschriften des Behindertengleichstellungsgesetzes seien nur dann verletzt, wenn ein behindertes Kind einer Klasse zugewiesen werde, in der eine seinen besonderen Bedürfnissen angepasste Schulung nicht erreicht werden könne. Das war im strittigen Verfahren offensichtlich nicht der Fall, war doch gemäss dem von der Verwaltung eingeholten Bericht des Sozialpädagogischen Dienstes nicht anzunehmen, dass das Wohl des Kindes in der Integrationsklasse der staatlichen Primarschule weniger gut gewährleistet wäre als an der Rudolf Steiner-Schule.*

*Schliesslich war nach dem Urteil des Verwaltungsgerichts entgegen der Auffassung der Rekurrenten auch aus den Bestimmungen des UNO-Paktes I und der verfassungsrechtlich garantierten Glaubens- und Gewissensfreiheit kein Anspruch auf Übernahme der Kosten für den Privatschulbesuch durch den Kanton abzuleiten. Damit wurde der Rekurs in der Hauptsache abgewiesen.*

*Gutgeheissen wurde hingegen das Begehren der Rekurrenten um Ersatz der Kosten für den Transport des Kindes vom Wohnort zur Rudolf Steiner-Schule während des ersten Primarschuljahres, soweit solche Kosten auch für den Transport zur Integrationsklasse der staatlichen Primarschule angefallen wären.*

*Auch hinsichtlich der Gewährung des Kostenerlasses gab das Verwaltungsgericht den Anträgen der von Sozialhilfegeldern lebenden Rekurrenten statt, da ihr Rekurs entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht von vornherein als aussichtslos bezeichnet werden konnte.*

## **Sachverhalt**

Der 2004 geborene X.\_\_\_\_\_ leidet an einer Autismus-Spektrums-Störung (ASS). Bis zum Ende des Schuljahres 2010/2011 besuchte er den integrativen Kindergarten der Sonderschule C.\_\_\_\_\_. Zum geplanten Schuleintritt auf das Schuljahr 2011/2012 ersuchten die Eltern, A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_, im Rahmen einer Abklärung des Schulpsychologischen Dienstes Basel-Stadt (SPD) im März 2011 um Einschulung ihres Sohnes in der projektierten Integrationsklasse der Rudolf Steiner-Schule Basel. Diese Schule besucht X.\_\_\_\_\_ derzeit. Am 25. Mai 2011 verfügte der Leiter Volksschule die Einschulung in der Integrationsklasse der Primarschulen Basel und gewährte zu-

sätzliche Unterstützung für die integrative Schulung in dieser Klasse für die Dauer vom 15. August 2011 bis zum 3. Juli 2015. Gegen diese Verfügung erhoben die Eltern beim Erziehungsdepartement Rekurs und beantragten die Übernahme der entstehenden Mehrkosten der integrativen Schulung in der Rudolf Steiner-Schule Basel sowie der Kosten für den Taxitransport zur Schule. Gleichzeitig ersuchten sie um unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung. Am 8. August 2011 wies der Vorsteher des Erziehungsdepartements dieses Gesuch mit Zwischenverfügung wegen Aussichtslosigkeit ab und entzog dem Rekurs die aufschiebende Wirkung. Mit Entscheid vom 20. Oktober 2011 wurde der Rekurs auch in der Sache unter Kostenfolge abgewiesen.

Am 10. und 29. August 2011 haben X.\_\_\_\_\_ und seine Eltern gegen die Zwischenverfügung (Verfahren VD.2011.148) und am 27. Oktober und 21. Dezember 2011 gegen den Rekursentscheid (VD. 2011.177) des Erziehungsdepartements Rekurs an den Regierungsrat erhoben und beantragt, ihnen sei im vorinstanzlichen Verfahren die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung zu gewähren. Der Entscheid vom 20. Oktober 2011 sei kostenfällig aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, die durch die integrative Schulung in der Rudolf Steiner-Schule Basel entstehenden Mehrkosten (Gesamtkosten abzüglich des von den Rekurrenten selber zu tragenden Schulgelds) sowie die Kosten für den Taxitransport vom Wohnort zur Schule zu übernehmen. In der Folge wurden die Rekurse vom Präsidualdepartement dem Verwaltungsgericht zum Entscheid überwiesen und die beiden Verfahren zusammengelegt. Der Kostenerlass wurde den Rekurrenten im Verfahren VD.2011.148 gewährt und im Verfahren VD.2011.177 vorläufig gewährt. Mit Vernehmlassungen vom 24. Oktober 2011 und 6. Februar 2012 hat die Vorinstanz die kostenfällige Abweisung der Rekurse, soweit darauf einzutreten sei, beantragt. Dazu haben die Rekurrenten am 31. Oktober 2011 und 16. März 2012 repliziert. Mit Eingabe vom 2. Juli 2012 machten sie ein Novum geltend, wozu das Erziehungsdepartement am 9. Juli 2012 Stellung nahm. Die Einzelheiten und Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für den vorliegenden Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen. Der Entscheid ist auf dem Zirkulationsweg ergangen.

## **Erwägungen**

**1.1** Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Rekurse ergibt sich aus den Überweisungsbeschlüssen des Präsidualdepartements vom 22. September und 10. November 2011 sowie aus § 42 des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung (Organisationsgesetz OG; SG 153.100) und §§ 10 ff. des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG, SG 270.100). Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG und umfasst namentlich die

richtige Feststellung des Sachverhalts, die richtige Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen und den willkürfreien Gebrauch des Ermessens durch die Verwaltung.

**1.2** Die Rekurrenten sind als betroffenes Kind und unterhaltspflichtige Eltern von den vorinstanzlichen Entscheiden berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (VGE VD.2009.721 vom 14. April 2010). Auf ihre Rekurse ist einzutreten (§ 13 Abs. 1 VRPG).

## **2.**

Die Vorinstanz hat ihren Entscheid vom 20. Oktober 2011 im Wesentlichen damit begründet, dass sich weder aus dem kantonalen noch dem Eidgenössischen Recht ein Anspruch auf Kostenübernahme des Staates für die integrative Schulung in Privatschulen ergebe. Namentlich umfasse der Anspruch auf geeignete Sonderschulung auch im Bereich der integrativen Förderung nur ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen. Demnach bleibe die integrative Privatschulung unter Kostenübernahme durch den Staat ausgeschlossen, solange ein ausreichendes Angebot der öffentlichen Schulen zur Verfügung stehe. Dies sei hier der Fall, zumal für den Rekurrenten ein Platz in der staatlichen Volks- bzw. Primarschule reserviert worden sei. Ein „begründeter Fall“ im Sinne von § 64 Abs. 1 Satz 3 des Schulgesetzes (SG 410.100), welcher auch die Förderung in einer Privatschule ermöglichen würde, liege nicht vor, da diese Norm nur für die hier nicht in Frage stehende separative Schulung einschlägig sei. Ob die kantonally vorgesehene Einschränkung auf begründete Fälle bundesrechtswidrig sei, könne daher offen bleiben. Entgegen der Auffassung der Rekurrenten seien sodann die massgeblichen Kriterien gemäss § 64 Abs. 2 SchulG und § 10 Abs. 6 der Sonderpädagogikverordnung (SPV; SG 412.750) bei der Entscheidung berücksichtigt und gehörig gewürdigt worden. Dass der Rekurrent in der Rudolf Steiner-Schule allenfalls besser integriert wäre, ändere nichts, da von Bundesverfassungs wegen kein Anspruch auf die optimale, bzw. geeignetste oder bestmögliche Ausbildung bestehe und zudem keine freie Schulwahl herrsche. Soweit auf ein Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden verwiesen werde, sei die von diesem dargelegte (kantonale) Rechtslage von vornherein nicht einschlägig. Zudem seien die diesbezüglichen Vorbringen der Rekurrenten nicht stichhaltig. Schliesslich vermöchten weder die Bundesverfassung (namentlich das Behindertengleichstellungsgebot gemäss Art. 19 und 62 Abs. 3 BV) noch das Sonderpädagogik-Konkordat (SG 419.630) vorliegend eine finanzielle Leistungspflicht des Staates für sonderpädagogische Massnahmen in Privatschulen zu begründen. Gleiches gelte für das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 und 4 BV und das gestützt darauf erlassene Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (Behindertengleichstellungsgesetz, BehiG; SR 151.3). Eine Diskriminierung des Rekurrenten liege zudem nicht vor.

## **3.**

Unbestritten und aufgrund der Akten erstellt ist vorab, dass der Rekurrent 1 aufgrund einer Autismus-Spektrums-Störung einen besonderen Bildungsbedarf aufweist und dass diesem am besten im Rahmen einer Integrationsklasse entsprochen werden kann (vgl. dazu den Bericht des SPD vom März 2011 [Rekursbeilage 3, S. 7 ff.]). Dies hat denn auch die Vorinstanz zutreffend festgestellt (E. II/4.). Die Rekurrenten beanstanden den angefochtenen Entscheid indes in mehrfacher Hinsicht.

**3.1** Zunächst rügen sie eine Verletzung des kantonalen Schulgesetzes (Rekursbegründung S. 10 ff.). Sie machen geltend, aus § 64 Abs. 1 SchulG gehe klar hervor, dass die integrative Förderung – mit entsprechenden Kostenfolgen für die Gemeinde – auch an privaten Schulen erfolgen könne. Der in § 64 Abs. 1 zweiter Satz SchulG verwendete Begriff der Regelschule umfasse jede staatliche und private Schule, die nicht Sonderschule sei. Dies sei daraus zu schliessen, dass das Gegenstück zur Regelschule nicht, wie die Vorinstanz annehme, die Privatschule bilde, sondern die Sonderschule. Daher verlange § 64 Abs. 1 SchulG auch eine Kostenübernahme für die integrative Förderung an einer Privatschule, solange es sich dabei nicht um eine Sonderschule handle, was hier nicht der Fall sei. Hätte der Gesetzgeber dies nicht gewollt, so hätte er wie in § 64 Abs. 1 Satz 3 SchulG von Volksschule gesprochen.

Dieser Auffassung der Rekurrenten kann nicht gefolgt werden. Zwar ist ihnen zuzugeben, dass der Wortlaut von § 64 Abs. 1 SchulG mit Bezug auf die Frage seiner Anwendbarkeit auf private Schulen nicht eindeutig ist. Der Sinn dieser Bestimmung ist daher anhand der üblichen Methoden der Gesetzesauslegung zu ermitteln. Dabei muss nach der wahren Tragweite des Textes gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinnes und der dem Text zugrunde liegenden Wertung. Wichtig ist ebenfalls der Sinn, der einer Norm im Kontext zukommt (BGer 9C\_66/2012 vom 25. Juni 2012 E. 2.1 mit Hinweisen; BGE 122 V 362 E. 4a S. 364). Der Wortlaut einer Norm soll nicht isoliert, sondern im Zusammenhang mit den Zielvorstellungen des Gesetzgebers betrachtet werden und zu einem befriedigenden, vernünftigen und praktikablen Ziel führen (HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, N 121).

**3.1.1** Gegen die Annahme der Rekurrenten, dass mit dem in § 64 Abs. 1 SchulG verwendeten Begriff Regelschule auch private Schulen gemeint seien, spricht zunächst die grammatikalische Auslegung der Norm. Deren hier strittigen Sätze 2 und 3 lauten wie folgt: „Diese besondere Förderung erfolgt integrativ im Rahmen der Regelschule. In begründeten Fällen kann sie auch in sonderschulischen Spezialangeboten der Volksschule, in privaten Sonderschulen und Schulen oder in anderer Weise erfolgen.“ Aus dieser Darstellung muss geschlossen werden, dass mit dem hier verwendeten Begriff der Regelschule nur die staatliche Regel-, mithin nicht Sonderschule gemeint sein kann. Nur so lässt sich erklären, weshalb im Satz 3 von privaten Sonderschulen *und Schulen* die Rede ist. Mit letzterem sind offensichtlich private

Nicht-Sonderschulen, d.h. private Regelschulen gemeint. Wären diese, wie die Rekurrenten geltend machen, im Begriff der Regelschule bereits enthalten, wäre es überflüssig, von privaten Sonderschulen und Schulen zu sprechen. Diese Auslegung ergibt zudem auch Sinn, stellt doch die Förderung in der *staatlichen* Regelschule den Normalfall dar (Satz 2), während ausnahmsweise eine Förderung in einer staatlichen Sonderschule (sonderschulische Spezialangebote der Volksschule), in privaten Sonderschulen oder privaten (Regel)-Schulen erfolgen kann (Satz 3).

**3.1.2** Sodann ist in systematischer Hinsicht festzustellen, dass die Regelung des integrativen Unterrichts in den §§ 63a ff. SchulG Teil des Abschnitts II. des Gesetzes über „Allgemeine Bestimmungen. Schulpflicht und Schülerinnen und Schüler“ bildet. Dieser Abschnitt enthält unter anderem Bestimmungen über die Schulpflicht, die Aufnahme von Schülerinnen und Schülern, den Unterricht, das Schuljahr, die Lehrpläne, die Ferien, die Schulstandorte sowie die Kosten des Schulwesens. Teilweise richten sich diese Bestimmungen explizit an die von Kanton und Gemeinden getragenen „Volksschulen“, „staatlichen Schulen“ resp. die im Gesetz genannten „öffentlichen Schulen“, teilweise wird allgemein von der Schule oder Regelschule gesprochen. Der Begriff der Regelschule wird nur in den §§ 63b und 64 SchulG über die Förderangebote und die verstärkten Massnahmen im Zusammenhang mit dem integrativen Unterricht verwendet. Demgegenüber werden die Privatschulen im Abschnitt VII. (§ 130 ff.) geregelt, wobei sich auch Bezugnahmen auf die Regelungen im Abschnitt II finden. Sowohl aus der in § 133 Abs. 1 SchulG enthaltenen Verpflichtung von Privatschulen, die schulpflichtige Kinder aufnehmen, dem Erziehungsrat ihren Unterrichtsplan und ihre Lehrmittel vorzulegen, als auch aus dem Verweis in § 133 Abs. 3 SchulG auf die *sinngemässe Geltung* der „für die öffentlichen Schulen aufgestellten Bestimmungen über Schuleintritt und Austritt, Ferien, Dispensationen, Schulversäumnisses, Ausweisung aus der Schule, Zeugnisse, Strafen“ folgt, dass die Bestimmungen des II. Abschnitts nicht ohne weiteres auch für Privatschulen gelten. Dabei bezieht sich der Verweis auch auf Bestimmungen, die sich nicht explizit an öffentliche Schulen, sondern an die Schulen überhaupt richten (vgl. § 61 und 71 SchulG betr. Ausweisung resp. Ferien).

Der § 64 SchulG ist weiter in seiner systematischen Verzahnung zu lesen. Gemäss § 63a Abs. 1 SchulG erfolgt der Unterricht integrativ und berücksichtigt die individuellen Bildungsbedürfnisse der Schülerinnen und Schüler. Verstärkte Massnahmen im Rahmen dieses Unterrichts in der Regelschule sind gemäss § 64 SchulG dann anzuordnen, wenn sich die Förderangebote als ungenügend erweisen. Solche werden gemäss § 63b SchulG „im Rahmen der Regelschule [...] bereitgestellt.“ Während der Förderbedarf durch das zuständige pädagogische Team der Schule festgestellt wird, entscheidet die Schulleitung „im Rahmen der der Schule zur Verfügung gestellten Ressourcen, mit welchen Förderangeboten die Schülerinnen und Schüler unterstützt werden“. Fänden diese Bestimmungen unmittelbar auch Anwendung auf private Schulen, so wären diese ebenfalls nicht nur – wie von den Rekurrenten behauptet –



berechtigt, sondern darüber hinaus verpflichtet, integrativ zu unterrichten und Förderangebote und verstärkte Massnahmen anzubieten. Dies bedeutete aber einen erheblichen Eingriff in die Unterrichtsfreiheit an privaten Schulen und ist nicht anzunehmen. Schliesslich ergibt sich auch aus der Regelung über die Tagesstrukturen an der Volksschule, wonach die entsprechenden Betreuungsleistungen auch von privaten Institutionen erbracht werden können, dass sich die Allgemeinen Bestimmungen in den §§ 55 ff. SchulG unmittelbar nur auf die staatlichen Schulen beziehen können.

**3.1.3** Gegen die von den Rekurrenten vertretene Ansicht sprechen auch die Materialien, auch wenn diesen nur wenige Hinweise auf die hier streitige Frage entnommen werden können. Die §§ 63a und 64 SchulG wurden im Rahmen der gesamtschweizerischen und regionalen Harmonisierung der Schulen ins Gesetz aufgenommen und dienen der Einführung der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. Oktober 2007 über die Zusammenarbeit im Bereich der Sonderpädagogik (Sonderpädagogik-Konkordat). Gemäss dem Glossar im entsprechenden regierungsrätlichen Ratschlag sind Regelklassen „alle Klassen, die nicht zu den Spezialangeboten beziehungsweise Sonderschulen gehören“ (Ratschlag 09.2064.01 vom 16. Dezember 2009, S. 72). Diesem Ratschlag kann explizit entnommen werden, in welchen Fällen Massnahmen nach dem Gesetz (auch) von Privaten ausgeführt werden können. Dies trifft etwa auf Betreuungsleistungen in Tagesstrukturen gemäss § 73 Abs. 4 SchulG (S. 25) oder die frühe Sprachförderung fremdsprachiger Kinder gemäss § 64a SchulG (S. 30) zu. Dem Grundsatz nach betreffen die §§ 63a und 64 SchulG somit nur die staatlichen Schulen. Dies lässt sich auch aus dem Bericht der grossrätlichen Kommission schliessen, in welchem der Begriff der Regelklasse mit Bezug auf die öffentliche staatliche Schule verwendet wird (vgl. Bericht der Bildungs- und Kulturkommission 09.2064.02/10.0413.02 vom 12. April 2010, S. 9 f.).

**3.1.4** Nach dem Gesagten ist somit davon auszugehen, dass der in § 64 Abs. 1 SchulG verwendete Begriff der Regelklasse nur staatliche Schulen umfasst. Ein Anspruch auf eine staatlich finanzierte integrative Förderung an privaten Schulen lässt sich daher insoweit aus dieser Norm nicht ableiten.

**3.2** Die Rekurrenten machen sodann geltend, in der konkreten Situation bestehe gestützt auf § 64 Abs. 1 SchulG i.V.m. § 10 Abs. 6 SPV ein Anspruch auf Kostenübernahme der integrativen Förderung in einer Privatschule selbst dann, wenn davon auszugehen wäre, dass die Privatschulen nicht unter den Begriff der Regelschule im Sinne von § 64 Abs. 1 Satz 2 SchulG fallen würden. Es liege nämlich ein „begründeter Fall“ gemäss § 64 Abs. 1, Satz 3 SchulG vor. Dies wird damit begründet, dass das im Rahmen von § 10 Abs. 6 SPV zu berücksichtigende Kindeswohl gemäss dem SPD-Abklärungsbericht vom März 2011 (Rekursbeilage 3) am besten mit einer Schullösung mit einem anthroposophischen Bildungskonzept gewährleistet werde. Auch die Rekursgegnerin stelle nicht in Abrede, dass dies das geeignetste, optimale schulische Angebot für den Rekurrenten 1 sei. Solches sei zudem der klare Wunsch der

Eltern und werde auch von der Leitung der Rudolf Steiner-Schule begrüsst. Ein anthroposophisches Bildungskonzept werde im Raum Basel nur von der Rudolf Steiner-Schule angeboten. Das Kriterium des „zur Verfügung stehenden Angebots“ spreche daher auch für die Privatschule. Deren Kosten seien im vorliegenden Fall zudem zweifellos deutlich tiefer als jene an der Volksschule, weil die Kosten des Grundschulangebots privat getragen würden. Schliesslich gehe aus dem Sonderpädagogischen Konzept (S. 31) hervor, dass die Kosten für verstärkte Massnahmen nicht durch kollektive, sondern durch individuelle, an die einzelne Schülerin gebundene Ressourcen finanziert werde, die dort zum Einsatz kämen, wo sie geschult würden. Es sei daher nicht einzusehen, weshalb diese nicht an einer Privatschule eingesetzt werden könnten. Sämtliche Kriterien, die gemäss § 10 Abs. 6 SPV bei der Zuteilung der verstärkten Massnahmen berücksichtigt werden müssten, sprächen für die beantragte Kostenübernahme.

**3.2.1** Der Leiter oder die Leiterin der Volksschule bzw. die zuständige Stelle der Gemeinde entscheidet unter Berücksichtigung des Kindeswohls, des Abklärungsberichts des SPD, der Stellungnahme der Erziehungsberechtigten, der Positionen der betroffenen Schulleitungen, des zur Verfügung stehenden Angebots und der zur Verfügung stehenden Ressourcen über die Zuteilung der verstärkten Massnahme und legt die Art der Massnahme, den Schulungsort, den Umfang der individuellen Ressourcen und den Beginn und die Dauer der Massnahme fest (§ 10 Abs. 6 SPV).

**3.2.2** Der Auffassung der Rekurrenten kann nicht gefolgt werden. Zunächst lässt sich dem SPD-Abklärungsbericht nicht entnehmen, dass das Wohl des Rekurrenten 1 an der von der Schulleitung vorgesehenen Integrationsklasse der Primarschule Basel-Stadt weniger gut gewährleistet wäre, als an der Rudolf-Steiner-Schule. Namentlich wird er an der staatlichen Schule während der gesamten Unterrichtszeit heilpädagogisch betreut und mehrheitlich nach individuellen Zielsetzungen unterrichtet. Auf diese Weise kann dem Umstand, dass der Rekurrent 1 gemäss SPD-Bericht besonders in komplexeren Gruppensituationen Schutz und Begleitung benötigt, damit es nicht zu Eskalation und Überforderung kommt, ausreichend Rechnung getragen werden. Gleiches gilt mit Bezug auf die Verständigungsschwierigkeiten in Mundart, wobei anzumerken ist, dass entgegen der im Rekurs vertretenen Auffassung seit dem Schuljahr 2006/2007 auch im Unterricht der staatlichen Schule konsequent sogenanntes Standarddeutsch gesprochen wird. Diese Sprache ist dem Rekurrenten 1 offenbar geläufig, zumal er gemäss SPD-Bericht „den Zugang zu Hochdeutsch“ hat (S. 7). Zutreffend mag zwar sein, dass seinem aufgrund der Autismus-Spektrums-Störung bestehenden Bedürfnis nach Routine und Kontinuität mit einem über die ganze Schulzeit gleichbleibenden schulischen Umfeld in der Rudolf Steiner-Schule eventuell besser entsprochen werden kann als in der öffentlichen Schule. Jedoch bleiben auch in dieser die Klassenverbände über mehrere Jahre gleich und es ist nicht ersichtlich, dass das Kindeswohl durch gelegentliche Veränderungen gefährdet wäre. Dies gilt auch mit Blick auf den Einwand, dass das Wohl des Kindes durch den

kurzfristigen Übertritt vom Kindergarten in die Volksschule gefährdet gewesen wäre. Solches ist dem Abklärungsbericht denn auch nicht zu entnehmen. Vielmehr wird in offener Weise die Schulung in einer Integrationsklasse empfohlen, und die Integration in der Rudolf Steiner-Schule nur als Wunsch der Erziehungsberechtigten aufgenommen. Aus dem Bericht kann daher nicht geschlossen werden, dass der Besuch der Integrationsklasse der Rudolf Steiner-Schule für eine angemessene Förderung des Rekurrenten 1 unabdingbar ist.

Vor diesem Hintergrund ist es auch im Lichte von § 64 Abs. 1 SchulG in Verbindung mit § 10 SPV nicht zu beanstanden, dass Schulbehörde und Vorinstanz eine staatlich finanzierte integrative Förderung des Rekurrenten 1 in der Rudolf Steiner-Schule abgelehnt haben, zumal dies einlässlich begründet wurde. Daran ändert nichts, dass sich Eltern und Schulleitung der Rudolf Steiner-Schule für den Besuch der Privatschule ausgesprochen haben. Diesbezüglich wurde zutreffend ausgeführt, dass im Kanton Basel-Stadt keine freie Schulwahl besteht. Selbst wenn im Übrigen davon auszugehen wäre, dass der Rekurrent 1 in der Privatschule besser aufgehoben wäre, ist darauf zu verweisen, dass entgegen seiner Auffassung kein Anspruch auf die geeignetste optimale Förderung besteht. Darauf ist in Erwägung 4 hienach näher einzugehen. Gleiches gilt mit Bezug auf die zu den Kosten und Ressourcen vorgebrachten Argumente der Rekurrenten, welche zudem nicht überzeugen. Namentlich wird verkannt, dass mit dem Kriterium Ressourcen – sowie auch demjenigen des Angebots – primär das zur Verfügung stehende staatliche Angebot resp. die staatlichen Ressourcen gemeint sind. Diesbezüglich macht es denn auch sehr wohl einen Unterschied, ob die Förderung, mag diese dem behinderten Kind auch individuell zugewiesen sein, in einer staatlichen oder einer privaten Einrichtung erbracht wird, zumal der Staat das entsprechende Angebot jedenfalls zur Verfügung zu stellen hat. Nicht nachvollziehbar ist schliesslich, inwiefern sich aus dem behaupteten Recht der Eltern, den Schulort des Kindes zu bestimmen (vgl. § 64 Abs. 2 SchulG) ein Anspruch auf Kostenübernahme für eine integrative Privatschulung durch den Staat ergeben soll. Im Übrigen lassen sich aufgrund der Regelung von § 10 SPV keine über den gesetzes- und verfassungsrechtlichen Rahmen hinausgehenden Ansprüche ableiten. Darauf ist in der folgenden Erwägung 4 näher einzugehen.

#### 4.

Die Rekurrenten leiten einen Anspruch auf staatliche Finanzierung der integrativen Schulung in der Rudolf Steiner-Schule ferner aus Art. 62 Abs. 3 BV in Verbindung mit dem Behindertengleichstellungsgesetz und dem Sonderpädagogik-Konkordat sowie aus Art. 13 UNO-Pakt I ab. Diese Normen garantierten, so die Rekurrenten, allen Kindern und Jugendlichen mit Behinderungen einen Individualanspruch gegenüber den Kantonen auf Sonderschulung für eine *optimale* Förderung und Schulung.

#### 4.1

**4.1.1** Grundlage für den von den Rekurrenten angerufenen Art. 62 BV bildet Art. 19 BV, resp. Art. 27 aBV. Diese gewährleisten einen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. Gemäss Art. 62 BV sorgen die für das Schulwesen zuständigen Kantone für ausreichenden, allen Kindern offen stehenden, an öffentlichen Schulen unentgeltlichen obligatorischen Grundschulunterricht. Den Kantonen kommt bei der Regelung der Anforderungen an einen „ausreichenden“ obligatorischen Grundschulunterricht ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu (BGE 133 I 156 E. 3.1 S. 158 f.; 130 I 352 E. 3.2 S. 354; BGer 2C\_971/2011 vom 13. April 2012, E. 3.2; 2P.216/2002 vom 5. Februar 2003, E. 4.2, je mit Hinweisen). Die auf Grund von Art. 19 BV garantierte Grundschulung muss aber auf jeden Fall für den Einzelnen angemessen und geeignet sein bzw. genügen, um ihn angemessen auf ein selbstverantwortliches Leben im modernen Alltag vorzubereiten (BGE 133 I 156 E. 3.1 S. 158 f.; 129 I 35 E. 7.3 S. 38 f.; BGer 2C\_971/2011 vom 13. April 2012 E. 3.1). Damit ergibt sich aus Art. 19 BV ein Anspruch auf eine den individuellen Fähigkeiten des Kindes und seiner Persönlichkeitsentwicklung entsprechende unentgeltliche Grundschulausbildung an einer öffentlichen Schule. Der Anspruch wird verletzt, wenn die Ausbildung des Kindes in einem Masse eingeschränkt wird, dass die Chancengleichheit nicht mehr gewahrt ist bzw. wenn es Lehrinhalte nicht vermittelt erhält, die in der hiesigen Wertordnung als unverzichtbar gelten. Wie andere soziale Grundrechte gewährleistet auch der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht nur einen Mindeststandard. Der sich aus Art. 19 BV ergebende Anspruch umfasst daher nur ein angemessenes, erfahrungsgemäss ausreichendes Bildungsangebot an öffentlichen Schulen. Ein Mehr an individueller Betreuung, das theoretisch möglich wäre, kann mit Rücksicht auf das staatliche Leistungsvermögen von Verfassungen wegen nicht gefordert werden (BGE 130 I 352 E. 3.3 S. 354 f.; 129 I 12 E. 6.4 S.20; BGer 2C\_971/2011 vom 13. April 2012 E. 3.2). Ein Anspruch auf optimale und geeignetste Schulung eines Kindes ergibt sich aus Art. 19 BV nicht (BGer 2C\_971/2011 vom 13. April 2012 E. 3.2; 2C\_446/2010 vom 16. September 2010 E. 5.2; 2P.216/2002 vom 5. Februar 2003 E. 5.4). Darüber hinaus haben die Gerichte bei der Beurteilung von Leistungsansprüchen die funktionellen Grenzen ihrer Zuständigkeit zu beachten. Sie haben nicht die Kompetenz, die Prioritäten bei der Mittelaufteilung zu setzen. Zu beachten ist dabei wie in allen Bereichen staatlicher Leistungen auch das begrenzte staatliche Leistungsvermögen (BGE 130 I 352 E. 3.3 S. 354 f.; 129 I 12 E. 6.4 S. 20; BGer 2C\_971/2011 vom 13. April 2012 E. 4.6.2). Daraus folgt, dass aus Art. 19 und 62 BV weder ein Anspruch auf ein optimales Schulangebot noch ein allgemeiner Anspruch auf staatliche Finanzierung des Besuchs einer Privatschule abgeleitet werden kann (vgl. auch VGE VD.2009.721 vom 14. April 2010 E. 2.1; 762/2006 vom 5. April 2007 E. 2.1; 645/2002 vom 26. Februar 2003 E. 3).

**4.1.2** Die hievorigen Grundsätze werden von den Rekurrenten gar nicht bestritten. Entgegen ihrer Auffassung gewährt jedoch auch der von ihnen angerufene Art. 62 Abs. 3 BV keinen weitergehenden Anspruch des behinderten Kindes auf op-

timale Förderung, wie das Bundesgericht kürzlich festgestellt hat. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass Kinder aufgrund ihrer Individualität und jeweiligen Einzigartigkeit ganz allgemein mit Rücksicht auf das begrenzte staatliche Leistungsvermögen notwendigerweise in standardisiertem Unterricht an Schulen geschult werden, welcher nur begrenzt individualisiert werden kann. Im Klassenverband kann nie jedes einzelne Kind in idealer Weise gefördert und betreut werden. Daraus folgt aus Gründen der Rechtsgleichheit, dass weder behinderte noch nichtbehinderte Kinder einen Anspruch auf idealen oder optimalen Unterricht haben können (BGer 2C\_971/2011 vom 13. April 2012, E. 4.6.2 mit Hinweis auf AESCHLIMANN-ZIEGLER, Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht von Kindern und Jugendlichen mit einer Behinderung, Diss. BS 2011, S. 177).

Auch die historische Auslegung von Art. 62. Abs. 3 BV führt zu keinem anderen Ergebnis. Danach sorgen die Kantone für eine ausreichende Sonderschulung aller behinderten Kinder und Jugendlichen bis längstens zum vollendeten 20. Altersjahr. Die Bestimmung wurde im Rahmen der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) erlassen und ist auf den 1. Januar 2008 in Kraft getreten. In seiner Botschaft zum unverändert in die Verfassung aufgenommenen Entwurf von Art. 62 Abs. 3 BV sprach der Bundesrat zwar – wie von den Rekurrenten zutreffend hervorgehoben wird - davon, dass damit „ein gegenüber den Kantonen bestehender Individualanspruch aller Kinder und Jugendlichen mit Behinderungen auf Sonderschulung für eine optimale Förderung und Schulung garantiert“ werde. Mit der Einfügung des neuen Absatz 3 wurde jedoch lediglich deutlich gemacht, dass die Kantone neu für das gesamte Schulwesen und damit sowohl für den Grundschulunterricht wie auch die Sonderschulung zuständig sind. Sie erhielten die Möglichkeit, das Schulwesen integrativ anzugehen und eigentliche Spezialschulen nur dann vorzusehen, wenn auch bei der Vornahme individueller Sondermassnahmen eine Integration in der Grundschule nicht möglich oder sinnvoll erscheint (BBl. 2002 2467). Demgegenüber wurde der Begriff der „ausreichenden Sonderschulung“ in der parlamentarischen Debatte in Analogie zu Art. 62 Abs. 2 BV dahingehend konkretisiert, „dass die Kantone für einen Unterricht zu sorgen haben, der für die Behinderten sowohl in qualitativer als auch in räumlich-organisatorischer Hinsicht angemessen ist“ (SR Inderkum, Amtliches Bulletin [AB] des Ständerates 2002 S 864). Es war vom „Recht behinderter Kinder auf eine ihren Bedürfnissen angepasste Sonderschulung“ die Rede (NR Leu, AB 2003 N 992). Die Ergänzung in Abs. 3 präzisiert den allgemeinen verfassungsrechtlichen Auftrag an die Kantone, für eine ausreichende Grundschulung der behinderten Kinder zu sorgen. Die Übertragung der Kompetenz im Bereich der Sonderschulung auf die Kantone sollte im Respekt für die kulturellen, sprachlichen und religiösen Unterschiede im Land erfolgen (NR Favre, AB 2003 N 991). Damit sollte den Kantonen die Möglichkeit gegeben werden, auch „kostenmässig optimale Lösungen zu finden“, wobei die Aufgabe aber „auch qualifiziert“ und im Rahmen der Regelung von Art. 20 BehiG gelöst werden müsse (BR Villiger, Amtliches Bulletin des Ständerates 2002 S 865; Amtliches Bulle-

tin des Nationalrats 2003 S. 993). Tatsächlich nimmt Art. 62 Abs. 3 BV den Begriff einer ausreichenden Schulung auf, wie er auch in Art. 19 und 62 Abs. 2 BV verwendet und von der Praxis im obgenannten Sinne konkretisiert worden ist. Bei der Verwendung identischer Begriffe in einem bestimmten Rechtsgebiet bedarf es aber besonderer Gründe, um deren unterschiedliche Auslegung zu begründen. Solche sind vorliegend nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Aus Gründen der Rechtsgleichheit würde es sich sogar verbieten, ausschliesslich behinderten Kindern eine optimale Förderung zu gewährleisten, wenn eine solche nichtbehinderten Kindern gerade nicht garantiert wird. Darüber hinaus wurde in den Räten auch darauf hingewiesen, dass Art. 62 Abs. 3 BV selber keinen individuellen Rechtsanspruch begründe, sondern dieser nur in Verbindung mit Art. 19 BV entstehe (BR Villiger AB des Ständerates 2002 S 865, AB des Nationalrates 2003 S. 993).

**4.2** Kein weitergehender Anspruch behinderter Kinder und Jugendlichen ergibt sich ferner aus dem in Art. 8 Abs. 2 BV statuierten Diskriminierungsverbot, welches in Art. 20 BehiG konkretisiert wurde. Das Behindertengleichstellungsgesetz beauftragt die Kantone, spezifische Massnahmen für behinderte Kinder und Jugendliche im Bereich der Schule vorzusehen. Gemäss Art. 20 BehiG sorgen die Kantone dafür, dass behinderte Kinder und Jugendliche eine Grundschulung erhalten, die ihren besonderen Bedürfnissen angepasst ist (Abs. 1); die Kantone fördern, soweit dies möglich ist und dem Wohl des behinderten Kindes oder Jugendlichen dient, mit entsprechenden Schulungsformen die Integration behinderter Kinder und Jugendlicher in die Regelschule (Abs. 2). Wie das Bundesgericht festgestellt hat, werden Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 20 BehiG nur dann verletzt, wenn eine den besonderen Bedürfnissen angepasste Schulung in der Klasse, der ein Kind zugewiesen wird, nicht erreicht werden kann (BGer 2C\_187/2007 vom 16. August 2007 E. 2.4). Zielt Art. 20 BehiG aber auf eine Gleichberechtigung behinderter Kinder mit anderen Kindern und auf die Verhinderung ihrer Stigmatisierung, so ist nicht ersichtlich, warum aus Art. 20 BehiG ein Anspruch auf Finanzierung und Ermöglichung von Privatschulunterricht soll abgeleitet werden können, auf den nichtbehinderte Kinder gerade keinen Anspruch haben. Art. 20 BehiG geht nicht weiter, als dies den verfassungsrechtlichen Vorgaben von Art. 19 und 62 Abs. 3 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 BV entspricht (UEBERSAX, Der Anspruch Behinderter auf ausreichende Grund- und Sonderschulung, in: Riemer-Kafka, Kinder und Jugendliche mit Behinderungen, 2011, S. 36). Soweit das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden mit Urteil vom 6. Juli 2010 unter Bezugnahme auf Art. 4 des kantonalen Behindertengesetzes im Lichte der Vorgaben des übergeordneten Rechts zu einem anderen Schluss gekommen ist, kann ihm für das Baselstädtische Recht nicht gefolgt werden. Anders als im Kanton Graubünden kann in Basel-Stadt nach dem in Erwägung 3 hievor Gesagten nicht von einer Gleichstellung von privaten und öffentlichen Schulen im Bereich des Angebots verstärkter Massnahmen resp. der integrativen Schulung ausgegangen werden. Wie die Vorinstanz im Übrigen zutreffend festgestellt hat (S. 15), ist der Kanton Graubünden dem SPK bis dato gar nicht beigetreten, weshalb sich weder dessen rechtliche Vorgaben zur

Sonderschulung im Behindertengesetz noch dessen Sonderpädagogikkonzept auf die interkantonalen Bestimmungen des SPK abstützen. Die Vorinstanz hat daher zu Recht erwogen, vor diesem Hintergrund erwiesen sich die Vorbringen der Rekurrenten zum rechtlichen Rahmen im Bereich der Sonderschulung und zum Sonderpädagogikkonzept des Kantons Graubünden auch mit Blick auf die Vorgaben des SPK als nicht stichhaltig.

**4.3** Ein Anspruch auf Kostenübernahme in einer privaten Integrationsklasse durch den Staat ergibt sich zudem auch aus dem Sonderpädagogik-Konkordat nicht. Dieses trat für Basel-Stadt aufgrund des Beitrittsbeschluss vom 5. Mai 2010 am 1. Januar 2011 in Kraft. Es legt im Sinne eines allgemeingültigen Minimalstandards ein einheitliches Grundangebot für die Bildung und Betreuung von Kindern und Jugendlichen mit einem besonderen Bildungsbedarf fest (Uebersax, a.a.O., S. 38). Das Sonderpädagogik-Konkordat bezweckt die Umsetzung der in der Bundesverfassung und im BehiG statuierten Verpflichtungen (Art. 1). Bereits aus dieser Zwecksetzung ergibt sich der Rahmen des im Konkordat festgelegten Grundangebots. Danach bezieht sich der in Art. 2 lit. c für den Bereich der Sonderpädagogik aufgestellte Grundsatz der Unentgeltlichkeit nur auf jene Angebote, mit denen die beigetretenen Kantone die vereinbarten, angemessenen Massnahmen bereitstellen wollen.

Auch aus dem UNO-Pakt I lässt sich kein weitergehender Anspruch auf Kostenübernahme ableiten, was die Rekurrenten denn auch gar nicht substantiiert darlegen. Das Bundesgericht hat es jeweils offen gelassen, ob diese Bestimmung überhaupt direkt anwendbar ist (BGE 133 I 156 E. 3.6.4 S. 166, 130 I 113 E. 3; BGer 2C.738/2010 vom 24. Mai 2011 E. 3.2.4, 2P.246/2000 vom 14. Mai 2001 E. 2). Die Bestimmung ist zwar unbestrittenermassen bei der Anwendung des staatlichen Rechts mitzuberücksichtigenden (BGer 2P.246/2000 vom 14. Mai 2001 E. 2). Der in Art. 13 Abs. 2 lit. a UNO-Pakt I garantierte Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht geht aber inhaltlich nicht über Art. 19 BV hinaus (BGE 133 I 156 E. 3.6.4 S. 166). Art. 13 Abs. 3 UNO-Pakt I verpflichtet die Vertragsstaaten, die Freiheit der Eltern zu achten, für ihre Kinder andere als öffentliche Schulen zu wählen, soweit diese den vom Staat festgesetzten oder gebilligten bildungspolitischen Mindestnormen entsprechen (BGer 2C\_738/2010 vom E. 3.2.4). Die Bestimmung vermittelt nur das Recht auf die Führung von Privatschulen, verleiht aber keinen Anspruch auf staatliche Leistungen zur Ermöglichung eines unentgeltlichen Zugangs zu privaten Schulen (KÜNZLI/KÄLIN, in: Kälin/Malinverni/Nowak, Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl. Basel 1997, 148).

**4.4** Nichts zu ihren Gunsten können die Rekurrenten ferner aus dem unter Bezugnahme auf das Gleichheitsgebot angestellten Kostenvergleich ableiten. Zwar kann zugunsten einer freien Schulwahl immer damit argumentiert werden, dass das Gemeinwesen mit der Einschulung eines Kindes die entsprechenden Kosten seiner Schulung in der öffentlichen Schule einspart. Damit wird aber übersehen, dass das

Gemeinwesen das entsprechende Angebot zur Verfügung zu stellen hat und die entsprechenden Kosten daher mitunter in gleicher Weise anfallen, ob nun ein Kind das zur Verfügung gestellte staatliche Angebot oder aber das private Schulangebot wahrnimmt.

**4.5** Schliesslich beziehen sich die Rekurrenten darauf, dass es sich bei der Anthroposophie um eine von der Glaubens- und Gewissensfreiheit geschützte Weltanschauung handle. Durch die grundlose Verweigerung der Übernahme der Mehrkosten an einer anthroposophischen Schule würden daher Art. 15 BV, Art. 9 EMRK und Art. 18 UNO-Pakt II verletzt. Auch darin kann ihnen nicht gefolgt werden. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit verleiht keine Ansprüche auf staatliche Leistungen zur Ermöglichung ihrer Betätigung. Zwar ist es dem Gemeinwesen nicht verboten, einzelne Religionsgemeinschaften öffentlichrechtlich anzuerkennen und insoweit in der Wahrnehmung religiöser Tätigkeiten zu unterstützen (BGE 125 I 347 E. 3a S. 354), das Gemeinwesen muss aber nicht den Zugang zu weltanschaulich oder religiös geprägten Privatschulen ermöglichen und einen unentgeltlichen Besuch einer entsprechenden Schule nach freier Wahl ermöglichen (BGE 125 I 347 E. 6 S. 360 mit Hinweisen). Schliesslich erfolgte die Ablehnung der Kostenübernahme, wie dargelegt, nicht grundlos, sodass auch insoweit nicht von einer Diskriminierung gesprochen werden kann.

## **5.**

Nach dem Gesagten kann weder aus dem kantonalen noch aus dem übergeordneten Recht des Bundes ein Anspruch auf eine staatliche Finanzierung von schulischen Massnahmen zugunsten behinderter Kinder an privaten Schulen abgeleitet werden, soweit vom Kanton angemessene und den Bedürfnissen von behinderten Kindern genügende Massnahmen an staatlichen Schulen bereitgestellt werden und für das jeweilige Kind auch zur Verfügung stehen. Dies ist hier der Fall. Vor diesem Hintergrund kann letztlich offen bleiben, ob und inwieweit der rekurrierende Schüler vom spezifischen pädagogischen Rahmen und Konzept der Rudolf Steiner-Schule in besonderer Weise gefördert werden kann (vgl. E. 3.2.2 hievor). Bei diesem Ergebnis braucht auch nicht geprüft zu werden, ob die Rudolf Steiner-Schule Basel überhaupt rechtlich berechtigt ist, eine Klasse zur integrativen Förderung von behinderten Kindern zu führen. Diesbezüglich kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (S. 14).

## **6.**

Die Rekurrenten machen schliesslich geltend, die Gemeinde habe auch die Kosten für den Transport vom Wohn- an den Schulort (beides Basel) zu übernehmen. Ferner wird replicando vorgebracht, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Volksschulen die ab 2012/2013 gewährte Einzelintegration im Umfang von sechs Lektionen pro Woche nicht bereits im Schuljahr 2011/2012 bezahlt hätten.



## **6.1**

**6.1.1** Unbestritten und aufgrund der Akten erstellt ist zunächst, dass der Rekurrent 1 aus behinderungsbedingten Gründen auf den Transport vom Wohn- an den Schulort angewiesen ist. Dementsprechend wurden die Transportkosten – vom Wohnort zur Primarschule Basel – denn auch bis zum Abschluss des 1. Primarschuljahres gemäss dem Entscheid der Schulleitung übernommen (Rekursbeilage 4). Da der Rekurrent 1 indes die Rudolf Steiner-Schule besucht, ist zu prüfen, ob die Volksschulen auch für diese Transportkosten aufzukommen haben.

In diesem Zusammenhang ist auf die im Sozialversicherungsrecht zur Anwendung gelangende Figur der Austauschbefugnis zu verweisen. Diese Rechtsfigur ist Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips, wobei es sich dabei nicht um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz handelt, da die Austauschbefugnis in ihrer Anwendung an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist. Insbesondere hat sie die durch Auslegung zu ermittelnde ratio legis zu berücksichtigen, welche ihrer Anwendung entgegenstehen kann (vgl. BGE 131 V 107 E. 3.2.3 S. 112; BGer 9C\_36/2010 vom 7. April 2010 E. 4.1). Voraussetzung für die Annahme einer Austauschbefugnis ist das Vorliegen eines substitutionsfähigen und aktuellen gesetzlichen Anspruchs sowie die funktionelle Gleichartigkeit der beantragten bzw. effektiv angeschafften Leistung auf weitere Sicht. Schliesslich besteht ein Anspruch auf Vergütung der ausgetauschten Leistung nur im Umfang der Kosten der Leistung, auf die ein Anspruch bestünde (BGE 131 V 107 E. 3.2.3 S. 112, 127 V 121 E. 2b S. 123; BGer 9C\_36/2010 vom 7. April 2010 E. 4.2).

**6.1.2** Wie hievor dargelegt, hat der Rekurrent 1 Anspruch auf Übernahme der Transportkosten bis zum Abschluss des 1. Primarschuljahres. Ferner sind die Transportkosten zur Rudolf Steiner-Schule unbestrittenermassen gleichartig mit jenen zur Integrationsklasse in der baselstädtischen Primarschule. Die Voraussetzungen für die Annahme einer Austauschbefugnis sind daher insoweit erfüllt. Dies gilt indessen, zumindest für das erste Schuljahr, nur insoweit, als die Transportkosten zur Rudolf Steiner-Schule nicht höher sind, als diejenigen zur städtischen Primarschule.

## **6.2**

**6.2.1** Mit Bezug auf die folgenden Primarschuljahre (ab 2012/2013) wurden für die Kostenübernahme ein entsprechender Antrag der Schule und eine schulärztliche oder schulpsychologische Überprüfung vorausgesetzt (Rekursbeilage 4). Wie einer inzwischen ergangenen Verfügung des Leiters Volksschule vom 20. Juni 2012 zu entnehmen ist, werden die Transportkosten gemäss Absprache mit der Schulleitung der Rudolf Steiner-Schule von den Volksschulen übernommen, sofern die Notwendigkeit des Transports durch den SPD bestätigt wird. Eine entsprechende Beurteilung steht indessen noch aus, weshalb über den Anspruch des Schuljahres 2012/2013 im heutigen Zeitpunkt nicht abschliessend entschieden werden kann.

**6.2.2** Gleichzeitig mit der Transportkostengutsprache wurde dem Rekurrenten 1 in der Verfügung vom 20. Juni 2012 für die Dauer vom 23. Januar 2012 bis 28. Juni 2013 für maximal sechs Lektionen heilpädagogische Unterstützung im Rahmen der Einzelintegration zugesprochen. Entgegen seiner Auffassung lässt sich daraus jedoch kein Anspruch auf eine staatlich finanzierte Einzelintegration für die Vorjahre ableiten, zumal die Gewährung dieser Unterstützung zugunsten von Kindern, die die Privatschule besuchen, im Rahmen einer Praxisänderung eingeführt wurde. Wie sich aus den Ausführungen zum rechtlichen Rahmen des Privatschulunterrichts ergibt (E. 3.1 hievov), besteht zudem eine Austauschbefugnis insoweit gerade nicht.

**6.3** Nach dem Gesagten sind die Volksschulen Basel-Stadt mit Bezug auf das Rekursverfahren VD.2011.177 in teilweiser Gutheissung des Rekursbegehrens 3 anzuweisen, die Kosten des Transports des Rekurrenten 1 per Taxi vom Wohnort zur Rudolf Steiner-Schule Basel während dem ersten Primarschuljahr 2011/2012 in dem Umfang zu vergüten, in dem sie für den Transport zur Integrationsklasse der Primarschule Basel angefallen wären. Mit Bezug auf die Kosten des zukünftigen Transports ist auf die (angefochtene) Verfügung vom 20. Juni 2012 zu verweisen. Im Übrigen ist der Rekurs abzuweisen und der Entscheid des Erziehungsdepartements vom 20. Oktober 2011 ist zu bestätigen.

## **7.**

Abschliessend ist zum Zwischenentscheid des Erziehungsdepartements vom 8. August 2011 Stellung zu nehmen, mit dem das Kostenerlassgesuch der Rekurrenten wegen Aussichtslosigkeit abgewiesen wurde (Rekursverfahren VD.2011.148).

**7.1** Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV hat jede rekurrierende Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Als aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde; eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 109 Ia 5 E. 4 mit Hinweisen; 119 Ia 251E. 3b; 122 I 267 E. 2b; 124 I 304E. 2c). Die Prozesschancen sind in vorläufiger und summarischer Prüfung des Prozessstoffes abzuschätzen, wobei es im Rechtsmittelverfahren um die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs geht. Die Frage lautet, ob das Rechtsmittel offenbar prozessual unzulässig oder aussichtslos ist (BGE 60 I 179 E. 1 S. 182; 78 I 193 E. 2 S. 195).

**7.2** In der angefochtenen Zwischenverfügung ist das Erziehungsdepartement im Wesentlichen derselben Begründungslinie gefolgt wie im nun in der Sache bestätigten Endentscheid, den sie im Sinne ihrer summarischen Würdigung der Erfolgsaussichten vorweggenommen hat. Auch wenn diese rechtliche Würdigung im Wesentlichen mit dem vorliegenden Entscheid geschützt wird, so kann der Rekurs ex ante betrachtet dennoch nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Zutreffend ist zwar, dass auch das Verwaltungsgericht diese Rechtslage verschiedentlich bestätigt hat (vgl. VGE VD.2009.721 vom 14. April 2010). Diese Entscheide sind aber vor der Änderung der Zuständigkeit für die Sonderpädagogik mit dem Neuen Finanzausgleich und somit vor der Wirksamkeit von Art. 62 Abs. 3 BV und dem Inkrafttreten des Sonderpädagogik-Konkordats ergangen. Dieses Konkordat und seine Umsetzung mit der Sonderpädagogikverordnung hat gewisse Unsicherheiten bezüglich der Finanzierung von verstärkten Massnahmen in Privatschulen ausgelöst. Ausdruck der Offenheit der Interpretation der Rechtslage ist denn auch die mit Verfügung vom 20. Juni 2012 und mit Wirkung ab dem Schuljahr 2012/2013 erfolgte Übernahme von Leistungen, die mit der angefochtenen Verfügung noch verweigert wurden, wobei auf eine neue Praxis der Volksschule verwiesen worden ist. Die Einführung einer neuen Praxis hätte aber bei einer klaren und unzweideutigen Rechtslage zum vornherein keine Grundlage. Ausdruck dieser Unklarheiten bildet auch die im parallelen Verfahren des Vertreters der Rekurrenten (VD.2012.152) eingereichte Aktennotiz einer Besprechung der dortigen Rekurrenten mit der Leitung Gemeindeschulen der Gemeinden Bettigen und Riehen vom 12. Juli 2012. Darin wird von der dortigen Leiterin bestätigt, dass die Situation für Privatschulen in der SPV noch besser geklärt werden müsse. Dies mache „es für alle Beteiligten nicht einfach“. Vor diesem Hintergrund kann nicht gesagt werden, dass eine Partei, die über die nötigen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung nicht für die Einleitung des vorliegenden Rekursverfahrens entschlossen hätte. Im Gegenteil kann darauf hingewiesen werden, dass im parallelen Verfahren VD.2011.152 der Rekurs von Parteien geführt wurde, die keine staatliche Prozesskostenhilfe beanspruchen können. Ihnen kann keine unvernünftige Prozessführung vorgeworfen werden.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann nach dem Gesagten nicht von einem aussichtslosen Verfahren gesprochen werden. Da die Rekurrenten nachweislich von der Sozialhilfe unterstützt worden sind und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich diese Situation im vorinstanzlichen Verfahren verändert hätte, ist ihnen in Gutheissung ihres Rekurses der Kostenerlass für das verwaltungsinterne Rekursverfahren zu bewilligen. Gleiches gilt nach dem Gesagten für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren VD.2011.177.

**7.3** Aufgrund des unterschiedlichen Ausgangs der Verfahren VD.2011.148 und VD.2011.177 ist der Vertretungsaufwand differenziert festzusetzen. Für die Bemühungen ihres Vertreters im Verfahren VD.2011.148, in dem sie obsiegen, ist den Re-

kurrenten eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. E. 8.2 hienach). Demgegenüber ist dem Vertreter für seinen Aufwand in der Hauptsache im vorinstanzlichen und im verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren (VD.2011.177) je ein Honorar im Kostenerlass als unentgeltlicher Vertreter zuzusprechen, wobei dieses jeweils die entsprechende Instanz zu tragen hat.

**7.3.1** Die Rekurrenten machen für das verwaltungsinterne und die beiden verwaltungsgerichtlichen Rekursverfahren einen Aufwand von insgesamt 84.80 Stunden im Zeitraum vom 1. Juni 2011 bis 3. April 2012 geltend. Da sich die Verfahren teilweise auch zeitlich überlagern, ist trotz dem detaillierten Bemühungsausweis eine sichere Zuweisung der einzelnen Bemühungen zu den drei Verfahren kaum möglich. Soweit ersichtlich, beziehen sich vom ausgewiesenen Gesamtaufwand rund 29,5 Stunden auf das verwaltungsinterne Rekursverfahren. Rund 10 Stunden können dem Rekurs gegen die Verweigerung des Kostenerlasses im vorinstanzlichen Verfahren zugeordnet werden. Es verbleiben somit rund 45,3 Stunden für das verwaltungsgerichtliche Rekursverfahren in der Hauptsache. Der geltend gemachte Aufwand von 84,80 Stunden erscheint indessen bei aller Anerkennung der Komplexität der Streitsache als zu hoch. Namentlich ist zu berücksichtigen, dass der Aufwand im Zusammenhang mit der Abklärung der Rechtslage aufgrund des parallel geführten Prozesses im Verfahren VD.2012.152 (C.K vs. Gemeindeschulen Riehen/Bettingen) mit im Wesentlichen selbem Inhalt sowie den beiden Verfahren vorangegangenen verwaltungsinternen Rekursverfahren auf zwei Verfahren verteilt werden muss. Im Bemühungsausweis für das vorliegende Verfahren ist denn auch ein Telefonat mit dem Rekurrenten im parallelen Verfahren sowie ein Email an diesen vermerkt, was die gemeinsame oder zumindest koordinierte Bearbeitung der beiden Dossiers verdeutlicht. Auch sind die Rekursbegründungen in den parallelen Verfahren einerseits und den verschiedenen Instanzen andererseits in ihrem Kern identisch. Demgegenüber können im Verfahren VD.2011.148 keine solchen Effekte berücksichtigt werden, haben die Parteien im parallelen Verfahren doch nicht im Kostenerlass prozessiert. Schliesslich muss gerade auch mit Blick auf die 35-seitige Rekursbegründung im Verfahren VD.2011.177 eine gewisse Weitläufigkeit in der Prozessführung konstatiert werden, welche im Kostenerlass nicht honoriert werden kann.

**7.3.2** Für die Bemessung des amtlichen Honorars im verwaltungsinternen Rekursverfahren ist zu beachten, dass gemäss dem Gesetz über die Verwaltungsgebühren (VGG, SG 153.800) sowie der entsprechenden Verordnung (VGV, SG 153.810) selbst im Falle eines teilweisen oder vollumfänglichen Obsiegens der rekurrierenden Partei nur eine angemessene Parteientschädigung zugesprochen werden kann, sofern es sich nicht um einen offensichtlichen Bagatellfall handelt (§ 7 Abs. 1 VGG). Diese bemisst sich gemäss § 8 Abs. 2 VGG nach dem Zeitaufwand und der Schwierigkeit der Sache, nach deren Bedeutung für die Beteiligten sowie nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten. Das Recht auf eine Parteientschädigung vermittelt grundsätzlich keinen Anspruch auf vollen Kostenersatz (vgl. Schwank, Das

verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 435 ff., 471; VGE VD.2010.82 vom 3. Januar 2011 E. 2.1). Vielmehr bestimmt § 13 Abs. 1 VGV, dass dem Rekurrenten eine Parteientschädigung im Rahmen von § 11 VGV zuerkannt werden kann. Nach § 11 lit. a VGV beträgt die Spruchgebühr für Entscheide von Departementen oder Departementskommissionen CHF 20.– bis CHF 850.–, in besonderen Fällen bis CHF 1'750.–. Gemäss § 13 Abs. 2 VGV kann in einem Fall, in dem es der Streitwert oder der Umfang der Streitsache rechtfertigen oder in dem wesentliche Vermögensinteressen auf dem Spiel stehen, die Parteientschädigung im Rahmen von § 12 Abs. 2 VGV festgelegt werden. § 12 VGV regelt den Zuschlag zur ordentlichen Gebühr und erweitert die Obergrenze der Spruchgebühr nach § 11 lit. a VGV auf CHF 3'500.– (vgl. zum Ganzen Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, S. 220 ff.).

Auf das vorinstanzliche Verfahren entfällt nach dem in Erwägung 7.3.1 Gesagten ein zeitlicher Aufwand von 29.5 Stunden. Indessen erscheint hierfür ein Aufwand von rund 15 Stunden als angemessen. Das amtliche Honorar des Vertreters der Rekurrenten für dieses Verfahren ist daher unter Berücksichtigung des reduzierten Honorarsatzes von CHF 180.– pro Stunde nach Massgabe von § 13 Abs. 2 VGV auf CHF 2'800.–, inkl. Auslagen, zuzüglich CHF 224.– Mehrwertsteuer zu Lasten des Erziehungsdepartements festzusetzen. Aufgrund des gewährten Kostenerlasses gehen die vorinstanzlichen Verfahrenskosten mit einer Spruchgebühr von CHF 400.– zu Lasten des Staates.

## **8.**

**8.1** Bei diesem Ergebnis ist der Rekurs im Verfahren VD.2011.177 weit überwiegend abzuweisen. Dementsprechend tragen die Rekurrenten die Verfahrenskosten mit einer reduzierten Gebühr von CHF 1'500.—, welche jedoch in Folge des Kostenerlasses zu Lasten des Staates geht.

Infolge weitgehenden Unterliegens ist ein amtliches Honorar des Vertreters festzusetzen. Nach dem in Erwägung 7.3.1 hievor Gesagten ist der im verwaltungsgerichtlichen Hauptverfahren geltend gemachte Aufwand von 45,3 Stunden zu reduzieren. Angemessen erscheint ein Aufwand von knapp 22 Stunden à CHF 180.—. Unter Aufrechnung der aufgrund der Akten und des Bemühungsausweises geschätzten Auslagen, bei denen Kopiaturen praxismässig nur mit CHF –.25 pro Kopie eingesetzt werden können (vgl. BJM 1999, 64), ist das Honorar auf CHF 4'000.– inkl. Auslagen zuzüglich CHF 320.– Mehrwertsteuer festzusetzen.

**8.2** Im Verfahren VD.2011.148 ist entsprechend dem Ausgang des Verfahrens keine Gebühr zu erheben.

Infolge Obsiegens in diesem Verfahren haben die Rekurrenten zudem insoweit Anspruch auf eine Parteientschädigung. Für das Verfahren VD.2011.148 ist nach dem Gesagten ein Vertretungsaufwand von rund 10 Stunden ausgewiesen. Dies erscheint angemessen. Der entsprechende Aufwand ist auf der Basis eines Stundenansatzes von CHF 250.— zu entschädigen. Hinzu kommen die Auslagen. Die Rekurrenten lassen diesbezüglich eine nicht näher begründete Pauschale geltend machen. Diese Berechnungsweise ist dem baselstädtischen Honorarrecht gänzlich fremd. Nach § 16 der Honorarordnung sind die Barauslagen separat auszuweisen und zu detaillieren. Für die Telefonate, Telefax, Porti etc. können nur die tatsächlich entstandenen Auslagen vergütet werden. Für Kopien und Kopiaturen können CHF 2.— pro Stück geltend gemacht werden. Mangels eines entsprechenden Nachweises rechtfertigt es sich, die konkreten Auslagen aufgrund der Akten und des Bemühungsausweises zu schätzen und die zuzusprechende Entschädigung entsprechend auf CHF 2'600.— zuzüglich CHF 208.— Mehrwertsteuer zu erhöhen.

#### **Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:**

**://:** In Gutheissung des Rekurses im Verfahren VD.2011.148 wird den Rekurrenten im vorinstanzlichen Verfahren der Kostenerlass gewährt und Dr. Phillippe Nordmann als unentgeltlicher Rechtsbeistand beigeordnet. Diesem ist ein amtliches Honorar von CHF 3'024.—, inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer zu Lasten des Erziehungsdepartements zu vergüten. Die vorinstanzlichen Verfahrenskosten mit einer Spruchgebühr von CHF 400.— gehen infolge der Bewilligung des Kostenerlasses zu Lasten des Staates.

Im Verfahren VD.2011.148 wird keine Gebühr erhoben. Das Erziehungsdepartement hat den obsiegenden Rekurrenten eine Parteientschädigung von CHF 2'808.— inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer zu bezahlen.

In teilweiser Gutheissung des Rekursbegehrens 3 im Verfahren VD.2011.177 wird der angefochtene Entscheid des Erziehungsdepartements vom 20. Oktober 2011 aufgehoben und die Volksschulen angewiesen, die Kosten des Transports des Rekurrenten 1 per Taxi vom Wohnort zur Rudolf Steiner-Schule Basel während dem ersten Primarschuljahr 2011/2012 in dem Umfang zu vergüten, in dem sie für den Transport zur Integrationsklasse der Primarschule Basel angefallen wären. Mit Bezug auf die Kosten des künftigen Transports wird auf die Verfügung des Leiters Volksschulen vom 20. Juni 2012 verwiesen. Im Übrigen wird der Rekurs abgewiesen.

Die Rekurrenten tragen im Verfahren VD.2011.177 die Kosten mit einer reduzierten Gebühr von CHF 1'500.—, welche jedoch in Folge des Kostenerlasses zu Lasten des Staates geht. Dem Vertreter der Rekurrenten im Kostenerlass

wird ein Honorar von CHF 4'320.– inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer aus der Gerichtskasse vergütet.

## **5. Urteil des Appellationsgerichts als Verwaltungsgericht VD.2010.256 vom 5. März 2012 betr. Bewilligungswechsel für Fasnachtscliquenkeller und diesbezügliche Gebühren**

*Im vorliegenden Fall war zwischen den Parteien streitig, ob eine unter dem aufgehobenen Wirtschaftsgesetz vom 7. Januar 1988 erteilte Bewilligung zur Führung einer Vereinswirtschaft bei einem Wirtewechsel aufgrund eines neuen Gesuchs mit vollständigen Angaben erneuert werden musste oder ob diese Bewilligung ohne grosse Formalitäten bloss auf den neuen Kellerwirt „umgeschrieben“ werden konnte.*

*Das Verwaltungsgericht bezeichnete die terminologische Frage, ob von der Erteilung einer neuen Bewilligung oder einer blossen Umschreibung der Bewilligung gesprochen werde, als irrelevant. Es bestätigte jedoch die Auffassung der Verwaltung, wonach für die Übernahme des Betriebs durch einen neuen Wirt ein förmliches Gesuch unter Beilage aller diesbezüglichen Unterlagen eingereicht und auch hinsichtlich der Anpassung der Öffnungszeiten an das neue Recht eine neue Bewilligung eingeholt werden musste. Das Gericht hielt fest, dass die Bewilligung zur Führung eines dem Gastgewerbegesetz unterstellten Betriebes, einschliesslich Vereinswirtschaften, immer auf eine bestimmte, für die Führung des Betriebs verantwortliche, natürliche Person laute, weshalb sie nur diese berechtige und nicht übertragbar sei. Daraus folge, dass beim Wechsel des Bewilligungsinhabers in jedem Fall eine neue Bewilligung eingeholt werden müsse. Dasselbe galt nach dem Entscheid des Verwaltungsgerichts auch für die notwendige Anpassung der Öffnungszeiten des Cliquenkellers, was entsprechend den Ausführungen im Ratschlag des Regierungsrates zum Entwurf des Gastgewerbegesetzes im Rahmen des Bewilligungsverfahrens betr. Wechsel des Bewilligungsinhabers erfolgen konnte.*

*Zur Prüfung der Erteilung einer neuen Bewilligung nach dem Gastgewerbegesetz ist die Bewilligungsbehörde berechtigt, die Einreichung aller Belege zu verlangen, welche zum Nachweis der Erfüllung der baulichen und betrieblichen sowie persönlichen Voraussetzungen erforderlich sind. In Bezug auf den Bewilligungsinhaber gehören dazu auch Unterlagen hinsichtlich dessen Leumunds sowie der Gewähr für einen einwandfreien und ordentlichen Betrieb. Dementsprechend war die angefochtene Verfügung der Bewilligungsbehörde, womit unter Kostenfolge die Nachreichung der verlangten Dokumente zur weiteren Bearbeitung des Gesuchs verlangt worden war, nicht zu beanstanden.*

*Soweit in der betreffenden Verfügung gestützt auf die Gebührenverordnung zum Gastgewerbegesetz für die anschliessend zu erteilende Bewilligung eine Gebühr von CHF 500.– in Aussicht gestellt worden war, wurde der Rekurs hingegen gutgeheissen. Auch wenn diese Gebühr noch nicht erhoben worden war und an sich nicht Inhalt des angefochtenen Entscheids bildete, trat das Verwaltungsgericht auf die dies-*

bezügliche Rüge der Rekurrentin ein, weil sich die Verwaltung hinsichtlich der Gebührenhöhe bereits definitiv gelegt hatte. In materieller Hinsicht machte das Gericht Ausführungen zu den im Gebührenrecht massgeblichen Grundsätzen des Kostendeckungsprinzips und Äquivalenzprinzips. Konkret beanstandet wurde jedoch, dass die in der erwähnten Gebührenverordnung vorgesehene Gebühr von immerhin CHF 500.– ohne Differenzierung für Bewilligungen von Gastbetrieben aller Arten gelten sollte. Diesbezüglich erwog das Verwaltungsgericht, dass Bewilligungen für Vereins- oder Klubwirtschaften oder für Quartiertreffpunkte im Unterschied zu solchen für die kommerzielle Führung eines Beherbergungs- oder Restaurationsbetriebs nicht zu einer selbständigen und auf dauernden Erwerb ausgerichteten wirtschaftlichen Tätigkeit berechtigten. Dementsprechend komme den Bewilligungen offensichtlich auch ein anderer wirtschaftlicher Wert zu. Weiter fehle eine Unterscheidung der Gebührenhöhe für die erstmalige Bewilligung eines Gastbetriebs, bei der alle baulichen, betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen umfassend zu prüfen seien, und für die Anpassung einer solchen Bewilligung in Bezug auf veränderte Verhältnisse in einzelnen Punkten. Damit behandle die Gebührenverordnung zum Gastgewerbegesetz Fälle gleich, die sich in tatsächlicher Hinsicht wesentlich unterschieden. Demzufolge wurde die pauschale Gebühr von CHF 500.– für die Bewilligung des Wechsels des Bewilligungsinhabers und der geänderten Öffnungszeiten des Cliqueskellers als unzulässig qualifiziert.

## Sachverhalt

Die Fasnachtsgesellschaft X.\_\_\_\_\_ betreibt im Cliqueskeller in den Kellerräumlichkeiten der Liegenschaft A.\_\_\_\_\_ seit 1969 eine Vereinswirtschaft. Das damalige Polizei- und Militärdepartement erteilte B.\_\_\_\_\_ als Vereinswirt am 23. Oktober 1997 die Bewilligung zur Übernahme und Führung dieser Vereinswirtschaft. Die Bewilligung beinhaltete die eingeschränkte Bewirtung der Vereinsmitglieder und ihrer ausnahmsweise geladenen Gäste bei gelegentlichen internen Anlässen während der Öffnungszeiten, jeweils am Montag von 17.30 bis 20.00 Uhr, am Mittwoch von 20.00 bis 24.00 Uhr, am Donnerstag von 17.30 bis 24.00 Uhr, am Freitag von 20.00 bis 24.00 Uhr und am Samstag von 20.00 bis 24.00 Uhr.

Am 6. Juni 2005 gelangte C.\_\_\_\_\_ an das Bewilligungsbüro und zeigte diesem an, dass er ab sofort die Führung der Vereinswirtschaft der Clique als Vereinswirt übernehme. Unter Hinweis auf das zwischenzeitliche Inkrafttreten des neuen Gastgewerbegesetzes verlangte der damalige Bereich Dienste des Sicherheitsdepartements die Einreichung eines ausgefüllten Bewilligungsformulars und diverser Unterlagen als Voraussetzung zum Erhalt einer Bewilligung nach dem neuen Gesetz. Mit Eingabe vom 11. Dezember 2006 reichte der Obmann der Clique, D.\_\_\_\_\_, das teilweise ausgefüllte Gesuchsformular ohne Beilagen ein. Mit Verfügung vom 26. Januar 2007 forderte der Bereich Bevölkerungsdienste und Migration des damaligen Sicherheits-



departements von der Clique die Nachreichung der verlangten Dokumente zur weiteren Bearbeitung des Gesuchs. Für diese Verfügung wurden Kosten von CHF 158.– erhoben.

Gegen diese Verfügung erhob die Fasnachtsgesellschaft mit Eingabe vom 8. Februar 2007 Rekurs an das Departement, mit welchem die Aufhebung der Verfügung, die Umschreibung der Bewilligung zur Führung der Vereins- und Klubwirtschaft auf C.\_\_\_\_\_ und die Erhebung einer Gebühr für diese Umschreibung von maximal CHF 100.– beantragt worden ist. Mit Entscheid vom 4. August 2010 stellte das neu zuständige Bau- und Verkehrsdepartement (BVD) fest, dass die Angabe des Zivilstandes und die Beilegung einer aktuellen Mitgliederliste im vorliegenden Fall nicht Voraussetzung für eine Behandlung des Gesuchs um Erlass einer neuen Bewilligung sei. Im Übrigen wurde der Rekurs unter Auferlegung einer Spruchgebühr von CHF 350.– abgewiesen.

Gegen diesen Entscheid richtet sich der mit Eingaben vom 16. August und 25. Oktober 2010 erhobene und begründete Rekurs der Fasnachtsgesellschaft X.\_\_\_\_\_ an den Regierungsrat. Mit dem Rekurs wird die kosten- und entschädigungsfällige Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Umschreibung der Bewilligung zur Führung der Vereins- und Klubwirtschaft auf C.\_\_\_\_\_ verlangt, wofür nur eine reduzierte Gebühr zu erheben sei. Diesen Rekurs überwies das Präsidialdepartement mit Schreiben vom 2. November 2010 dem Verwaltungsgericht zum Entscheid. Das BVD beantragt mit Vernehmlassung vom 7. Februar 2011 die vollumfängliche und kostenfällige Abweisung des Rekurses, soweit auf diesen überhaupt einzutreten sei. Hierzu hat die Rekurrentin mit Eingabe vom 11. April 2011 repliziert. Die Einzelheiten der Standpunkte ergeben sich, soweit sie für den Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen. Der vorliegende Entscheid ist auf dem Zirkulationsweg ergangen.

## **Erwägungen**

**1.1** Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements sowie den §§ 10 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG; SG 270.100) und § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100).

**1.2** Die Rekurrentin ist als Adressatin des angefochtenen Entscheides von diesem unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung. Sie ist daher gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert.

**1.3** Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften von § 8 VRPG und umfasst die Prüfung, ob die Verwaltung das massgebli-

che öffentliche Recht, vorliegend namentlich das Gesetz über das Gastgewerbe vom 15. September 2004 (Gastgewerbegesetz; GGG; SG 563.100) und die dieses konkretisierenden Verordnungen, nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt oder ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat. Über die Angemessenheit der Verfügung ist dagegen nicht zu entscheiden.

**1.4** Die Vorinstanz beantragt mit ihrer Vernehmlassung, es sei auf das Begehren für die verlangte Umschreibung der Bewilligung eine reduzierte Gebühr zu erheben, nicht einzutreten. Dieser Antrag entspricht in modifizierter Form einem bereits im vorinstanzlichen Rekursverfahren gestellten Begehren. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, ist Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens allein die Verfügung des Bereichs Bevölkerungsdienste und Migration des damaligen Sicherheitsdepartements vom 26. Januar 2007, mit der die Rekurrentin verpflichtet worden ist, „sämtliche im Bewilligungsgesuch verlangten Unterlagen zur Führung einer Vereins- und Klubwirtschaft (...) bis zum 17. Februar 2007 dem Bewilligungsbüro einzureichen“. In der Begründung werden diese Unterlagen im einzelnen spezifiziert und 1. ein aktuelles Passfoto von Herrn C.\_\_\_\_\_, 2. Geburtsort, Heimatort und Zivilstand, Telefonnummer von Herrn C.\_\_\_\_\_, 3. eine Ausweiskopie von Herrn C.\_\_\_\_\_, 4. der Kauf-, Miet- oder Pachtvertrag, 5. ein aktueller Betreibungs- und Verlustscheinsregisterauszug von Herrn C.\_\_\_\_\_ im Original, 6. ein aktueller Zentralstrafregisterauszug Bern von Herrn C.\_\_\_\_\_ im Original, 7. eine aktuelle Mitgliederliste sowie 8. Seite 4 des Bewilligungsgesuchs mit der Unterschrift von Herrn C.\_\_\_\_\_ verlangt. Für diese Verfügung ist eine Gebühr von CHF 158.– erhoben worden. Die Höhe der Gebühr für die Erteilung der Bewilligung war somit nicht förmlicher Gegenstand des Dispositivs der angefochtenen Verfügung. Gleichwohl wurde mit der angefochtenen Verfügung in Aussicht gestellt, dass „für jede Änderung bestehender Verhältnisse, die sich auf die Führung eines Betriebs, auf den Betrieb selbst, dessen Charakter, dessen Grösse und dessen Öffnungszeiten beziehen“, „die Bewilligung umzuschreiben oder eine neue Bewilligung erforderlich“ sei. „Die Gebühr beträgt CHF 500.–“. Damit wurde in der Verfügung die Höhe der Gebühr für die Erteilung der Bewilligung explizit in Aussicht gestellt. Auch wenn diese Feststellung nicht Teil des Dispositivs der Verfügung bildet, legte sich die Behörde in feststellender Weise auf diese Gebührenhöhe fest. An deren verbindlichen Feststellung hat die Rekurrentin offensichtlich ein Interesse. Bei dieser Sachlage würde es einen überspitzten Formalismus bedeuten, zu verlangen, dass die Rekurrentin darüber hinaus eine förmliche Feststellungsverfügung über die Höhe der Gebühr für eine Bewilligungserteilung hätte verlangen müssen. Im vorliegenden Rekursverfahren kann sie daher auch die Höhe der in Aussicht gestellten Gebühr für die Bewilligungsumschreibung anfechten. Auch auf dieses Begehren ist somit einzutreten.

**1.5** Ganz allgemein ist vorweg festzustellen, dass nur die mit der angefochtenen Verfügung geregelten Fragen im vorliegenden Rekursverfahren zu prüfen sind. So-

weit die Rekurrentin darüber hinaus verschiedene Fragen aufwerfen lässt, die sich im weiteren Zusammenhang mit dem Bewilligungsverhältnis rund um ihren Cliquenkeller stellen, ist darauf nicht einzutreten. Dazu gehört etwa die Frage des Fortbestandes der nach altem Recht dem ehemaligen Kellerwirt erteilten Bewilligung oder die Frage der Geltung der allgemeinen Öffnungszeiten. Schliesslich ist vorweg auch festzustellen, dass dem Verwaltungsgericht nicht eine politische Kontrolle der Verwaltung und politische Bewertung von Verhältnissen, die von der Rekurrentin als Missstand beurteilt werden, obliegt. Das Verwaltungsgericht hat sich nach dem Gesagten (vgl. E. 1.3) auf eine Rechtskontrolle zu beschränken.

## **2.**

**2.1** Strittig ist zwischen den Parteien, ob die unter dem aufgehobenen Wirtschaftsgesetz vom 7. Januar 1988 erteilte Bewilligung zur Führung einer Vereinswirtschaft mittels eines neuen Gesuchs vollständig erneuert werden muss, oder ob diese Bewilligung, wie von der Rekurrentin beantragt, lediglich auf einen neuen Kellerwirt „umgeschrieben“ werden kann.

**2.2** Die Vorinstanzen haben sich gestützt auf § 46 Abs. 1 GGG auf den Standpunkt gestellt, dass eine neue Bewilligung ausgestellt werden müsse. Gemäss dieser übergangsrechtlichen Bestimmung haben Inhaberinnen und Inhaber altrechtlicher Bewilligungen, welche die baulichen und betrieblichen sowie die persönlichen Voraussetzungen dieses Gesetzes nicht erfüllen, oder deren Betriebe über Öffnungszeiten verfügen, die dem neuen Recht widersprechen, innert einem Jahr ein neues Gesuch zu stellen.

**2.3** Diesbezüglich ist bereits vorweg festzustellen, dass sich § 46 Abs. 1 GGG nur auf Konstellationen bezieht, in denen kein Wechsel des Bewilligungsinhabers erfolgt. Die Bewilligung zur Führung eines dem GGG unterstellten Betriebes lautet gemäss § 7 GGG aber immer auf eine bestimmte natürliche Person, welche für die Führung des Betriebs verantwortlich ist, sowie auf einen bestimmten Betrieb und dessen Betriebscharakter. Die Bewilligung berechtigt nur den Inhaber oder die Inhaberin und ist nicht übertragbar (§ 8 GGG). Dies galt bereits unter dem alten Recht. Somit muss e contrario aus § 46 Abs. 1 GGG geschlossen werden, dass beim Wechsel des Bewilligungsinhabers in jedem Fall eine neue Bewilligung eingeholt werden muss. Soweit die Rekurrentin ausführen lässt, dass nur der „Kellerwirt“ gewechselt habe, verkennt sie, dass gerade dieser als verantwortliche Person Bewilligungsinhaber ist. Irrelevant ist in diesem Zusammenhang auch die bisherige Praxis beim Wechsel von Kellerwirten, da nunmehr die Anwendung des neuen Rechts zur Diskussion steht. Darüber hinaus ist mit den Vorinstanzen festzustellen, dass die unter dem alten Recht bewilligten Öffnungszeiten des Cliquenkellers nicht mehr dem neuen Recht entsprechen. Während dieser bisher an fünf Wochentagen während zweieinhalb, vier resp. sechs Stunden geöffnet war, erlaubt das neue Recht die Öffnung von Vereins- und Klubwirtschaften nur mehr an vier Tagen pro Woche für maximal je sechs Stunden.

Damit verfügte der Betrieb klarerweise über Öffnungszeiten, die dem neuen Recht widersprachen und daher an dieses anzupassen waren. Wie der Regierungsrat in seinem Ratschlag zum GGG-Entwurf diesbezüglich ausführte, sollte die Anpassung bestehender Bewilligungen, die dem neuen Gesetz widersprechen, wie im vorliegenden Fall „vorab im Rahmen jeder Änderung, die für einen Betrieb beantragt wird, also vor allem bei einem Wechsel der Bewilligungsinhaberinnen und -inhaber, einer Erweiterung des Betriebs, einer Änderung seines Charakters und bei Änderungen der Öffnungszeiten“ erfolgen (Ratschlag Nr. 9222 und Entwurf zu einem Gesetz über das Gastgewerbe (Gastgewerbegesetz) vom 11. Februar 2003, S. 49). Für die Auffassung der Rekurrentin, dass es für eine entsprechende Anpassung nur einer einseitigen Information der Behörde bedürfte, fehlt jede gesetzliche Grundlage.

**2.4** Offen bleiben kann nun aber, ob diese neue Bewilligungserteilung in der Terminologie der Verordnung zum Gastgewerbegesetz vom 12. Juli 2005 (VGGG, SG 563.110) als Erteilung einer neuen Bewilligung oder als Umschreibung der bestehenden Bewilligung zu qualifizieren ist. Die diesbezügliche Regelung in § 5 VGGG enthält mit Bezug auf den vorliegenden Fall eine Lücke. Wie die Rekurrentin zutreffend ausführen lässt, bestimmt § 5 Abs. 2 VGGG, dass eine neue Bewilligung erforderlich ist, wenn der Inhaber oder die Inhaberin einer Bewilligung zur Führung eines Beherbergungs- oder Restaurationsbetriebs wechselt. Die Regelung bezieht sich damit nicht auf den Wechsel des Inhabers einer Bewilligung zur Führung einer anderen Betriebsart, wie zum Beispiel einer Vereins- oder Klubwirtschaft. Demgegenüber ist aber auch § 5 Abs. 3 VGGG nicht direkt anwendbar, welcher die Umschreibung einer Bewilligung regelt und auf Fälle beschränkt, in denen in der Person der Inhaberin oder des Inhabers einer Bewilligung keine Änderung eintritt. Klar ist aber, dass eine Verordnung die Bewilligungserfordernisse, die das Gesetz selber aufstellt, nicht einschränken kann, darf der Ordnungsgeber doch das Gesetz nicht derogieren. Daher kann die VGGG die aus § 46 Abs. 1 GGG folgenden Bewilligungserfordernisse nicht einschränken. Wie die Erteilung der gemäss § 46 Abs. 1 GGG erforderlichen Bewilligungserteilung für einen neuen Bewilligungsinhaber einer Vereins- und Klubwirtschaft nun aber genannt wird, ist eine rein terminologische Frage ohne weitere Bedeutung, die deshalb offen gelassen werden kann.

### **3.**

Weiter beanstandete die Rekurrentin im vorinstanzlichen Verfahren die von ihr für die Erteilung der Bewilligung verlangten Unterlagen. Im Rekurs an das Verwaltungsgericht werden diesbezüglich kaum mehr konkrete Rügen erhoben. Immerhin wird von der Rekurrentin darauf hingewiesen, dass auf sie § 4 Abs. 1 VGGG nicht zur Anwendung komme. Dieser Hinweis ist zutreffend. § 4 Abs. 1 VGGG bezieht sich nur auf Bewerber für die Führung eines Beherbergungs- oder Restaurationsbetriebs (vgl. dazu §§ 10 ff. GGG). Er findet daher auf Bewerber für die Führung von anderen Betriebsarten wie Vereins- und Klubwirtschaften, Quartiertreffpunkten oder Gelegenheits- und Festwirtschaften (§§ 12-14 GGG) keine direkte Anwendung. Diesbezüglich

gilt aber direkt § 22 GGG. Danach hat das Gesuch um Erteilung oder Änderung einer Betriebsbewilligung zur Führung eines dem GGG unterstellten Betriebes „die Nachweise der Erfüllung aller baulichen und betrieblichen sowie persönlichen Voraussetzungen zu enthalten“. Zu den dem GGG unterstellten Betrieben gehört gemäss § 12 GGG klarerweise auch die Betriebsart der Vereins- und Klubwirtschaften. Als generelles Erfordernis zur Führung eines dem GGG unterstellten Betriebes verlangt § 17 GGG neben der Handlungsfähigkeit einen guten Leumund sowie die Gewähr für einen einwandfreien und ordentlichen Betrieb. Auch wenn die Verweigerungsgründe der Begehung bestimmter Straftaten gemäss § 21 lit. a und b GGG oder einer betriebsrechtlich belegten Zahlungsunfähigkeit oder Verschuldung gemäss 21 lit. c und d GGG ebenfalls auf die Bewilligung zur Führung eines Beherbergungs- oder Restaurantsbetriebes beschränkt sind und damit nicht auf die Führung einer Vereins- und Klubwirtschaft zur Anwendung kommen, darf die Behörde auch in direkter Anwendung von § 17 GGG zur Prüfung der darin genannten Erfordernisse einen Betriebs- und Verlustscheinsregisterauszug verlangen. Die Konkretisierung der im Einzelnen verlangten Unterlagen im Formular ist hierfür genügend. Auch die verlangten Photos und Ausweiskopien dürfen zur Dokumentation und Identifikation des Bewilligungsinhabers ohne Weiteres verlangt werden.

#### **4.**

Ebenfalls beanstandet wird von der Rekurrentin, dass sie von der Verwaltung nicht aufgefordert worden sei, dem neuen Recht entsprechende Unterlagen einzureichen (Ziff. 4 der Rekursbegründung). Dieser Rüge stehen bereits die von der Verwaltung mit ihrer Vernehmlassung nachgewiesenen Kontaktaufnahmen entgegen, die von Seiten der Rekurrentin unbeantwortet geblieben sind. Insbesondere bei einer Befolgung der Aufforderung zum Rückruf hätte die Rekurrentin Gelegenheit gehabt, die verlangten behördlichen Auskünfte zu erhalten.

#### **5.**

**5.1** Schliesslich beanstandet die Rekurrentin die in der neuen Gebührenverordnung zum Gastgewerbegesetz vom 10. Mai 2005 (GebVGGG; SG 563.170) festgesetzten Gebühren. Mit der angefochtenen Verfügung vom 26. Januar 2007 hat der Bereich Bevölkerungsdienste und Migration des damaligen Sicherheitsdepartements der Rekurrentin eine Gebühr von CHF 500.– für die Erteilung der neuen Bewilligung in Aussicht gestellt. Dementsprechend sieht § 8 GebVGGG sowohl für die Änderung des Bewilligungsinhabers wie auch der Änderung der Öffnungszeiten eine Gebühr in dieser Höhe vor. Es ist daher zu prüfen, ob eine Gebühr in dieser Höhe mit den verfassungsmässigen Grundsätzen für die Gebührenbemessung in Einklang zu bringen ist. Massgebend sind dabei insbesondere das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip.

**5.2** Das Kostendeckungsprinzip im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bedeutet, dass der Ertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffen-

den Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen darf. Gemäss den Ausführungen in BGE 126 I 180 E. 3a/aa S. 188 gehören zum Gesamtaufwand nicht nur die laufenden Ausgaben des entsprechenden Verwaltungszweiges, sondern auch die Rückstellungen, Abschreibungen und Reserven. Das Kostendeckungsprinzip wird im baselstädtischen Recht durch das Gesetz über die Verwaltungsgebühren vom 9. März 1972 (VGG; SG 153.800), auf das sich die GebVGGG explizit bezieht, weiter konkretisiert. Laut § 2 VGG ist der Verwaltungsaufwand, nach welchem sich die Gebühr grundsätzlich bemisst, gemäss dem Prinzip der Gesamtkostendeckung zu bemessen. Diese Berechnung wird in § 2 ff. der Verordnung zum Gesetz über die Verwaltungsgebühren (VGGV; SG 153.810) erläutert. Der massgebliche Verwaltungsaufwand wird durch die Gesamtheit der mittelbaren und unmittelbaren Kosten gebildet, die durch die entsprechenden Amtshandlungen entstehen. Mit den Verwaltungsgebühren dürfen nach dem Kostendeckungsprinzip jene Ausgaben gedeckt werden, die dem Gemeinwesen aus einem bestimmten Verwaltungszweig erwachsen (VGE VD.2010.168 vom 10. Mai 2011).

**5.3** Inwieweit mit den Gebühren gemäss § 8 GebVGGG die Kosten des entsprechenden Verwaltungszweiges gedeckt werden, ist nicht ersichtlich und kann vom Verwaltungsgericht auch nicht überprüft werden. Immerhin ergibt sich aus dem Vergleich der Bemessungsgrundlagen für Gebühren nach dem GGG, die gemäss § 2 GebVGGG nach Zeitaufwand zu bestimmen sind, dass eine Gebühr von CHF 500.– einem zum Ansatz von CHF 110.– pro Stunde zu entschädigenden Sachbearbeiteraufwand von rund viereinhalb Stunden entspricht. Es stellt sich nun tatsächlich die Frage, ob die Ausstellung einer neuen Bewilligung, mit der eine bestehende Bewilligung zum Betrieb einer Vereins- und Klubwirtschaft auf einen neuen Bewilligungsinhaber übertragen wird und gleichzeitig die Öffnungszeiten an das neue Recht angepasst werden, tatsächlich einen solchen Aufwand generieren. Immerhin sind aber unter dem Gesichtspunkt des Kostendeckungsprinzip gewisse Querfinanzierungen aufwändiger Verwaltungshandlungen mit geringem Ertrag durch die Gebühren einfacherer Verwaltungshandlungen zulässig.

**5.4** Das Äquivalenzprinzip stellt die gebührenrechtliche Ausgestaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes dar, dessen Verletzung von der Rekurrentin gerügt wird. Es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss (BJM 1988 S. 37). So ist ein gewisser Ausgleich hinsichtlich der wirtschaftlichen Bedeutung und dem Interesse der Privaten an der Leistung sowie eine Pauschalisierung aus Gründen der Verwaltungsökonomie zulässig. Die Höhe der staatlichen Gebühr kann sich nach dem Kostenaufwand der konkreten Leistung des Verwaltungszweiges oder nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den diese dem Abgabepflichtigen bringt, richten (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, N. 2641). Der Wert der Leistung kann sich auch nach dem Gesamtkostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des

betreffenden Verwaltungszweiges bemessen, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen. Es ist nicht notwendig, dass die Gebühren in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen. Diese sollen indessen nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind (BGE 126 I 180 E. 3a/bb S. 188 mit weiteren Hinweisen). Auf jeden Fall darf die Höhe der Gebühr die Inanspruchnahme gewisser Institutionen nicht verunmöglichen oder übermässig erschweren (BGE 106 Ia 249 E. 3a S. 253). Ferner hat das Bundesgericht in seiner Entscheidung BGE 120 Ia 171 E. 2a S. 174 festgestellt, dass bei grossen Verfahren eine höhere Gebühr festgelegt werden kann, um Verluste bei kleinen Verfahren zu kompensieren; grundsätzlich haben sich diese Gebühren nach objektiven Kriterien zu richten (vgl. auch BGer 5P.353/2003 vom 8. Dezember 2003 E. 2.3; VGE VD.2010.168 vom 10. Mai 2011).

**5.5** Vorliegend fällt auf, dass § 8 GebVG GG jegliche Unterscheidung zwischen den Gebühren für Bewilligungen zum Betrieb eines Beherbergungs- oder Restaurationsbetriebes und einer Vereins- und Klubwirtschaft oder eines Quartiertreffpunktes unterlässt. Diesbezüglich ist aber zu beachten, dass solche Betriebe im Unterschied zum kommerziellen Betrieb eines Beherbergungs- oder Restaurationsbetriebs nicht zu einer selbständigen und auf dauernden Erwerb ausgerichteten wirtschaftlichen Tätigkeit berechtigen (vgl. § 12 Abs. 1 i.f. und 13 Abs. 1 i.f. GG). Daraus folgt, dass der Bewilligung offensichtlich auch ein anderer wirtschaftlicher Wert zukommt. Weiter fehlt auch eine Unterscheidung der Gebührenhöhe für die erstmalige Bewilligung einer Vereins- und Klubwirtschaft, bei der die Prüfung aller baulichen, betrieblichen und persönlichen Voraussetzungen umfassend zu prüfen sind, und die Anpassung einer solchen Bewilligung in Bezug auf veränderte Verhältnisse in einzelnen Punkten. In allen diesen Fällen wird gemäss den §§ 3, 4 und 8 GebVG GG die gleiche Gebühr von CHF 500.– verlangt. Die GebVG GG behandelt damit Fälle gleich, die sich in tatsächlicher Hinsicht wesentlich unterscheiden. Hinzu kommt nun, dass sich in Fällen wie dem vorliegenden die Gebühr von CHF 500.– auch nicht mit dem mutmasslichen Aufwand begründet. Sie lässt sich somit weder mit dem Wert der Leistung noch dem Aufwand für die Erteilung der Bewilligung rechtfertigen und steht im Missverhältnis zum Wert und dem Aufwand der erstmaligen Erteilung einer kommerziell nutzbaren Bewilligung zur Führung eines Restaurations- oder Beherbergungsbetriebes. Aus all diesen Gründen erweist sich die pauschale Gebühr von CHF 500.– für die Anpassung der Öffnungszeiten und den Wechsel des Bewilligungsinhabers einer Vereins- und Klubwirtschaft als unzulässig.

**5.6** Es ist nicht Sache des Verwaltungsgerichts, dem Regierungsrat und den im vorliegenden Einzelfall zuständigen Behörden vorgreifend die nach Massgabe des Werts der Bewilligung für die Rekurrentin und dem konkreten Verwaltungsaufwand angemessene Gebühr festzusetzen. Der Regierungsrat wird die notwendigen Differenzierungen in der GebVG GG vorzunehmen haben. Im vorliegenden Fall wird be-

sonders zu beachten sein, dass ein Teil des bisherigen Aufwandes bereits mit der Gebühr für die hier beurteilte Verfügung, deren Höhe nicht besonders angefochten wird und daher aufgrund ihrer grundsätzlichen Bestätigung auch nicht weiter geprüft werden muss, abgegolten wird.

## 6.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die gestützt auf § 8 GebVGGG in Aussicht gestellte Gebühr von CHF 500.– das Äquivalenzprinzip verletzt. Im Übrigen ist der Rekurs abzuweisen. Dieser Ausgang des Verfahrens rechtfertigt es, auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten und der Rekurrentin ihre Vertretungskosten aufzuerlegen.

### **Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:**

*://:* In teilweiser Gutheissung des Rekurses wird festgestellt, dass die in der Verfügung vom 26. Januar 2007 in Aussicht gestellte Gebühr von CHF 500.– das Äquivalenzprinzip verletzt. Im Übrigen wird der Rekurs abgewiesen.

Kosten werden weder erhoben noch zugesprochen.

## **6. Urteil des Appellationsgerichts AS.2011.19 vom 9. Mai 2012 betr. Freispruch von der Anklage der öffentlichen Aufforderung zu Verbrechen oder Gewalttätigkeit**

*In einer vom Schweizer Fernsehen ausgestrahlten DOK-Reportage hatte sich der Beschuldigte in einem Interview zu Fragen betreffend die Scharia und die von dieser vorgesehenen Strafen geäussert. In diesem Zusammenhang hatte er erklärt, eigentlich schon für die Einführung der Scharia in der Schweiz zu sein. Die Scharia sehe Strafen wie Hand abhacken oder Peitschenhiebe vor, um gewisse Menschen von missliebigen Handlungen abzuhalten, so etwa Prostituierte, Drogenabhängige oder Diebe. Solche Strafen seien seiner Meinung nach sinnvoll, da es Gottes Wille sei. Auf den Vorhalt, dass die Scharia beispielsweise für widerspenstige Ehefrauen Strafen vorsehe, welche als menschenrechtsverletzend zu betrachten seien, führte der Beschuldigte aus, Männer brauchten Sex. Sei die Ehefrau nicht willens, die diesbezüglichen Bedürfnisse ihres Mannes zu befriedigen, seien Schläge als letzte Massnahme gerechtfertigt. Es gehe dabei um den Schutz der Familie, da der Ehemann sonst seine sexuellen Bedürfnisse durch Fremdgehen befriedige; dies wolle der Islam verhindern. Aufgrund dieser Äusserungen hatte die Staatsanwaltschaft Anklage wegen öffentlicher Aufforderung zu Verbrechen und zur Gewalttätigkeit gemäss Art. 259 Abs. 1 und 2 StGB erhoben. Das Strafgericht erachtete den Tatbestand jedoch*



*aus rechtlichen Gründen als nicht erfüllt, weshalb es zu einem Freispruch gelangte. Dagegen appellierte die Staatsanwaltschaft.*

*Unbestrittenermassen hatte sich der Angeklagte in der Öffentlichkeit geäußert und standen hinsichtlich der von ihm befürworteten drakonischen Strafen der Scharia sowie der Verabreichung von Schlägen als Nötigungsmittel zur Duldung sexueller Handlungen Verbrechen bzw. Vergehen mit Gewalttätigkeit gegen Menschen im Sinne des Gesetzes zur Diskussion. Umstritten war jedoch die weitere Tatbestandsvoraussetzung, ob die Äusserungen des Angeklagten als „Aufforderung“ zu solchen Taten angesehen werden konnten. Als solche ist eine auf Beeinflussung anderer Menschen gerichtete Äusserung zu verstehen, welche die Adressaten zu den in Art. 259 Abs. 1 und 2 StGB aufgeführten Handlungen bewegen soll. Die Aufforderung muss zudem eine gewisse Eindringlichkeit aufweisen.*

*Aus den Äusserungen des Angeklagten im fraglichen Interview ging hervor, dass er die Einführung der Scharia in der Schweiz begrüßen würde und damit das Wert- und Sanktionssystem derselben der hier geltenden Rechtsordnung vorzieht. Auch wenn der damit geäußerte Wunsch nach Einführung einer Regelung, welche zu dem in der Schweiz geltenden Rechtssystem sowie zu elementaren Menschenrechten im klaren Widerspruch steht, zu missbilligen ist, sind solche Ansichten und deren Äusserung der politischen Meinungsvielfalt und damit der verfassungsrechtlich geschützten Meinungsäusserungsfreiheit zuzuordnen.*

*Der Angeklagte hatte sich in der zur Diskussion stehenden Fernsehsendung zurückhaltend geäußert. Er hatte die Fragen der Journalistin im Interview ruhig und sachlich beantwortet, war nicht fordernd aufgetreten und hatte sich nicht mit einer durch Tonfall, Lautstärke und Gebärde betonten Weise an die Zuschauerinnen und Zuschauer gewendet. Auch sinngemäss hatte er nicht aufgefordert, Dieben die Hand abzuhacken oder Ehefrauen durch Schläge zu zwingen, ihren Ehemännern sexuell zur Verfügung zu stehen. Auch sonst waren keine Äusserungen zu erkennen, die aufgrund der Gesamtumstände geeignet waren, das angesprochene Publikum zu solchen Handlungen zu animieren. Der Angeklagte war vielmehr darum bemüht, seine Einstellungen respektive die von ihm zitierten Koranstellen zu erläutern. Angesichts dieses Verhaltens konnte nicht davon gesprochen werden, dass er zur Begehung von Verbrechen bzw. Vergehen mit Gewalttätigkeit aufgefordert hatte. Das Appellationsgericht bestätigte demzufolge den Freispruch des Angeklagten. Dieser erhielt eine Parteientschädigung für seine Verteidigungskosten, wohingegen die Zuspreehung einer Genugtuung unter den gegebenen Umständen nicht in Frage kam.*

## **Sachverhalt**

Mit Urteil des Strafgerichtspräsidenten vom 10. September 2010 wurde X.\_\_\_\_\_ vom Vorwurf der öffentlichen Aufforderung zu Verbrechen und Gewalttätigkeit kostenlos freigesprochen. Gegen dieses Urteil hat die Staatsanwaltschaft Basel-Stadt rechtzeitig appelliert. In ihrer Appellationsbegründung vom 1. Juni 2011 verlangt sie, dass

der Angeklagte der öffentlichen Aufforderung zu Verbrechen und Gewalttätigkeit gemäss Art. 259 Abs. 1 und 2 des Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) schuldig gesprochen werde und mit einer bedingten Geldstrafe von 120 Tagessätzen zu CHF 50.– mit einer Probezeit von 2 Jahren zu bestrafen sei. Der Verteidiger, Dr. Christian von Wartburg, beantragt mit Appellationsantwort vom 8. August 2011 die Abweisung der Appellation unter o/e-Kostenfolge. In der mündlichen Verhandlung vom 9. Mai 2012 vor Appellationsgericht sind die Staatsanwältin, der Angeklagte sowie dessen Rechtsvertreter zu Wort gelangt. Die Standpunkte der Parteien ergeben sich, soweit für das vorliegende Urteil relevant, aus den nachfolgenden Erwägungen sowie aus der Begründung des vorinstanzlichen Urteils.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Am 1. Januar 2011 hat die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0) die bis dahin geltenden kantonalen Strafprozessordnungen abgelöst. Gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 453 StPO werden allerdings Rechtsmittel gegen Entscheide, die vor ihrem Inkrafttreten gefällt worden sind, von den bisher zuständigen Behörden nach dem bisherigen Recht beurteilt. Das vorliegend angefochtene Urteil des Strafgerichtspräsidenten datiert vom 10. September 2010, so dass die Baselstädtische Strafprozessordnung (StPO BS; vormals SG 257.100) zur Anwendung gelangt.

**1.2** Gemäss § 177 ff. StPO BS wurde die Appellation form- und fristgerecht erhoben und begründet. Sie richtet sich gegen den Freispruch von der Anklage wegen öffentlicher Aufforderung zu Verbrechen oder Gewalttätigkeit; darauf ist einzutreten.

**1.3** Unter dem Titel „Hinter dem Schleier – Muslim-Report Schweiz“ strahlte das Schweizer Fernsehen SF1 am 1. April 2010 um 20.00 Uhr (mit Wiederholungen am 2. April 2010, 01.50 Uhr und am 6. April 2010, 05.35 Uhr) eine DOK-Reportage der Dokumentarfilmerin Karin Bauer, Produzentin der Sendung „Rundschau“, aus. In dieser auf der Homepage des Schweizer Fernsehens unter einem Einführungstext angekündigten Sendung kamen diverse Personen muslimischen Glaubens verschiedener Ausrichtungen, darunter der Angeklagte, zu Wort. In einem Interview nahm er zu Fragen betreffend die Scharia, die Einführung der Scharia in der Schweiz und die von der Scharia vorgesehenen Strafen Stellung. In diesem Zusammenhang erklärte er, eigentlich schon für die Einführung der Scharia in der Schweiz zu sein. Die Scharia sähe Strafen wie Hand abhacken oder Peitschenhiebe vor, um gewisse Menschen von missliebigen Handlungen abzuhalten, so etwa Prostituierte, Drogenabhängige oder Diebe. Solche Strafen seien seiner Meinung nach sinnvoll, da es Gottes Wille sei. Auf den Vorhalt, dass die Scharia beispielsweise für widerspenstige Ehefrauen Strafen vorsähe, welche als menschenrechtsverletzend zu betrachten

seien, führte der Angeklagte aus, Männer brauchten Sex. Sei die Ehefrau nicht willens, die diesbezüglichen Bedürfnisse ihres Mannes zu befriedigen, seien Schläge als letzte Massnahme gerechtfertigt. Es gehe dabei um den Schutz der Familie, da der Ehemann sonst seine sexuellen Bedürfnisse durch Fremdgehen befriedige; dies wolle der Islam verhindern.

## **2.**

**2.1** Die Vorinstanz geht in ihrem Urteil vom 10. September 2010 davon aus, dass der in der Anklageschrift vom 7. Juni 2010 geschilderte Sachverhalt erstellt ist. Dies wird von den Parteien vor Appellationsgericht, insbesondere auch vom Angeklagten, nicht bestritten. Insbesondere steht fest, dass die inkriminierten Interviewpassagen nicht gegen den Willen des Angeklagten ausgestrahlt worden sind. Es kann dazu vollumfänglich auf die zum Tatsächlichen getroffenen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden.

**2.2** Der Strafgerichtspräsident hat den Angeklagten vom Vorwurf der Aufforderung zur Gewalt gemäss Art. 259 Abs. 1 und 2 StGB freigesprochen. Er ist zum Schluss gelangt, dass zwar die Tatbestandsvoraussetzungen der öffentlichen Kundgabe und der geforderten Verbrechen bzw. Vergehen vorlägen. Die Tatbestandsvoraussetzungen der „Aufforderung“ sowie der erforderlichen Eindringlichkeit seien aber nicht erfüllt. Nach Ansicht des Strafgerichtspräsidenten könnten die Äusserungen des Angeklagten nicht als Aufforderung qualifiziert werden, die eindringlich darauf abziele, andere Menschen zu Gewalttaten zu animieren. Zwar habe der Angeklagte in dem inkriminierten Interview den Standpunkt vertreten, dass er es als sinnvoll erachte, wenn die Scharia in der Schweiz gelten würde. Er habe mit seinen Aussagen aber niemanden direkt oder indirekt dazu aufgefordert, entgegen der geltenden Schweizer Rechtsordnung der Scharia folgend an Dieben, Prostituierten, Drogendealern oder an Frauen, die ihren Männern nicht zu Willen sind, Gewalt zu üben. Durch seine Äusserungen, er hoffe, dass die Scharia in der Schweiz eingeführt werde, habe er klar zu verstehen gegeben, dass diese eben hier nicht gilt. Es könne auch von keinem Aufstacheln oder Aufhetzen die Rede sein. Vielmehr seien die Aussagen des Angeklagten lediglich Meinungsbekundungen und damit durch die verfassungsmässig geschützte Meinungsäusserungsfreiheit geschützt.

**2.3** Die Staatsanwaltschaft rügt in ihrer Appellationsbegründung eine unzutreffende rechtliche Würdigung des Sachverhaltes durch den Strafgerichtspräsidenten. Sie vertritt die Meinung, dass der Angeklagte mit seinen Aussagen die Anforderungen der „Aufforderung“ im Sinne von Art. 259 Abs. 1 und 2 StGB durchaus erfülle und es sich bei seinen Verlautbarungen nicht um blosser Ansichtsäusserungen handle. Die Bekundungen des Angeklagten müssten vielmehr als mit einer gewissen Eindringlichkeit abgegebene Aufforderungen betrachtet werden, welche nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt seien und somit den Tatbestand von Art. 259 Abs. 1 und 2 StGB erfüllten. Die Staatsanwaltschaft weist in ihrer Appellationsbegründung dar-

auf hin, dass eine nach Art. 259 Abs. 1 und 2 StGB strafbare „Aufforderung“ nicht notwendigerweise explizit zu sein hat. Auch eine in Frageform gehaltene Äusserung, etwa als Aufforderung zur Verweigerung der Militärdienstpflicht, genüge nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 111 IV 151 E. 1a, Appellationsbegründung S. 2). Die Staatsanwaltschaft verweist weiter unter Bezugnahme auf BGE 99 IV 92 E. 1b darauf, dass das Tatbestandsmerkmal der „Aufforderung“ lediglich eine Äusserung verlange, welche in Form und Inhalt überhaupt geeignet sei, den Willen der Adressaten zu beeinflussen und diese zu bestimmten Handlungen zu veranlassen. Nach Ansicht der Staatsanwältin erfüllen die Äusserungen des Angeklagten diese Voraussetzungen und damit den Tatbestand von Art. 259 Abs. 1 und 2 StGB.

**2.4** Die Verteidigung macht demgegenüber erneut geltend, der Angeklagte habe lediglich versucht, auf die im Interview gestellten Fragen hin gewisse Koranverse und Passagen der Scharia zu deuten. Mit keinem Wort habe er andere Moslems in der Schweiz dazu aufgefordert, die strafrechtlichen Regeln der Scharia über die Schweizerische Rechtsordnung zu stellen. Auch in der Verhandlung vor zweiter Instanz machte der Angeklagte deutlich, dass er zwar als gläubiger Moslem nach den Regeln des Islams und des Korans lebe, sich jedoch durchaus im Klaren sei, dass er in der Schweiz den Schweizer Gesetzen unterstehe und in keiner Weise beabsichtigt habe, zu Verstössen gegen die hiesige Rechtsordnung aufzurufen.

### **3.**

**3.1** Nach Art. 259 Abs. 1 und 2 StGB macht sich strafbar, wer öffentlich zu einem Verbrechen oder zu einem Vergehen mit Gewalttätigkeit gegen Menschen und Sachen auffordert. Der Begriff der „Aufforderung“ und die erforderliche Eindringlichkeit im Sinne von Art. 259 Abs. 1 und 2 StGB wurden im Strafgerichtsurteil vom 10. September 2010 ausführlich und zutreffend erläutert (Strafgerichtsurteil S. 7 ff.). Unter „Aufforderung“ ist demnach ein persuasiver, auf Beeinflussung anderer Menschen gerichteter, kommunikativer sprachlicher oder nicht sprachlicher Akt zu verstehen. Der Äussernde muss in der Absicht handeln, andere Menschen zu beeinflussen, und seine Äusserung muss in der konkreten Situation auch entsprechend verstanden werden können (FIOLKA, Basler Kommentar Strafrecht II, 2. Auflage, Art. 259 StGB N 10). Die Äusserung muss zudem eine gewisse „Eindringlichkeit“ aufweisen, die geeignet ist, „Stimmungen und Triebe der Masse“ zu beeinflussen (FIOLKA, a.a.O., Art. 259 StGB N 10 mit Hinweisen). Mit Zurückhaltung getroffene blosse Feststellungen, im Gesamten der Ausführungen nicht ins Gewicht fallende Bemerkungen oder nach der Art des Vortrages nicht ernst zu nehmende Aussagen sind erfahrungsgemäss nicht oder wenig geeignet, eine Masse stimmungsmässig in Bewegung zu setzen (BGE 99 IV 92 E. 1b S. 95; 97 IV 104 E. 3a S. 106). In BGE 97 IV 104 wird weiter ausgeführt, dass wer als Redner an einer öffentlichen Kundgebung erreichen wolle, dass sich eine Masse stimmungsmässig in Bewegung setzt, fordernd auftreten und sich mit seinen Anliegen in einer durch Tonfall, Lautstärke und Gebärde betonten Weise an seine Zuhörer wenden müsse. Das darin liegende Mo-

ment einer gewissen Eindringlichkeit gehöre zum Wesen der Aufforderung und unterscheide diese von der bloss neutralen Aussage (BGE 97 IV 104 E. 3a S.106). Die Aufforderung muss zudem eindeutig auf die Begehung der in Art. 259 Abs. 1 und 2 StGB genannten Delikte gerichtet sein. Eindeutig ist eine Aufforderung dann, wenn aus ihr der Inhalt der Aufforderung, aber auch der Aufforderungscharakter klar hervorgeht. Implizite Aufforderungen sind nur dann eindeutig, wenn die verwendete Formulierung als Aufforderung gebräuchlich ist. Eindeutigkeit ist dann nicht anzunehmen, wenn eine Äusserung mit guten Gründen auch neutral interpretiert werden kann. An die Annahme einer strafbaren Aufforderung sind in Bezug auf deren Inhalt strenge Massstäbe anzulegen (FIOLKA, a.a.O., Art. 259 StGB N 12). Die Aufforderung muss sich darauf richten, die Adressaten zu den in Art. 259 Abs. 1 und 2 StGB aufgeführten Handlungen zu bewegen. Worin diese Handlungen bestehen, muss aus der Aufforderung selbst hervorgehen. Die Aufforderung muss jedoch das anvisierte Delikt nicht explizit benennen (FIOLKA, a.a.O., Art. 259 StGB N 13). Es genügt, wenn die anvisierten Delikte aus dem „Gesamtzusammenhang“ erkennbar werden (BGE 111 IV 151 E. 1a S. 152). Nicht erforderlich ist zudem der Nachweis, dass jemand tatsächlich von der Aufforderung Kenntnis genommen hat (BGE 111 IV 151 E. 3 S. 154).

**3.2** Unbestritten ist im vorliegenden Fall, dass es sich bei den Äusserungen des Angeklagten um öffentliche Äusserungen gehandelt hat. Er war sich des breiten Publikums, das mit der Sendung erreicht wurde, durchaus bewusst, was er mit seinen nachträglich geäusserten Zweifeln in der E-Mail vom 21. Dezember 2009 an Karin Bauer bestätigt hat. Ebenfalls nicht bestritten ist weiter, dass die Handlungen, welche der Angeklagte gemäss seinen Äusserungen als durch den Koran und die Scharia gerechtfertigt sieht, namentlich die Anwendung von Gewalt (Hand abhacken, Auspeitschen, Schlagen der Ehefrau etc.), gemäss der in der Schweiz geltenden Rechtsordnung als Verbrechen oder Vergehen mit Gewalttätigkeit gegen Menschen im Sinne von Art. 259 Abs. 1 und 2 StGB zu qualifizieren sind. Strittig ist einzig, ob der Angeklagte mit seinen Äusserungen zu solchen Handlungen mit der erforderlichen Eindringlichkeit aufgefordert hat.

Aus den Äusserungen des Angeklagten in den fraglichen Interviewpassagen geht hervor, dass er das Werte- und Sanktionssystem der Scharia der in der Schweiz geltenden Rechtsordnung vorzieht und es begrüssen würde, wenn die Scharia in der Schweiz als anwendbar eingeführt würde. Davon ist trotz seiner späteren Relativierungen mit der Vorinstanz auszugehen. Der Angeklagte äussert somit den Wunsch nach der Einführung einer Rechtsordnung, welche zu dem in der Schweiz geltenden Rechtssystem sowie zu elementaren Menschenrechten im klaren Widerspruch steht. Diese Einstellung respektive deren öffentliche Darlegung mag zu missbilligen sein. Zu prüfen ist im vorliegenden Fall aber ausschliesslich, ob diese strafrechtlich relevant ist. Das Strafgesetzbuch stellt die reine Äusserung des Wunsches nach Einführung einer Rechtsordnung, welche mit der schweizerischen nicht im Einklang steht,

nicht unter Strafe. Vielmehr sind solche Ansichten und auch deren Äusserung der politischen Meinungsvielfalt und damit der Meinungsäusserungsfreiheit zuzuordnen, welche als verfassungsmässiges Recht respektive durch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101) geschützt ist (vgl. etwa EGMR, Gündüz c/Türkei, 04.12.2003, Appl. Nr. 35071/97). Eine Strafbarkeit gemäss Art. 259 Abs. 1 und 2 StGB liegt ausschliesslich dann vor, wenn die Äusserungen als Aufforderung zu einem Verbrechen oder zu einem Vergehen mit Gewalttätigkeit gegen Menschen und Sachen zu qualifizieren sind. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn der Angeklagte mit seinen Äusserungen zur Anwendung der in der Scharia vorgesehenen Strafen in der Schweiz trotz der in der Schweiz geltenden Rechtsordnung aufgerufen hätte. Unter Art. 259 StGB zu subsumieren wären in diesem Sinne Aufforderungen, Dieben die Hand abzuhacken oder Aufrufe an Ehemänner, ihre Frau zu schlagen oder zu zwingen, ihnen sexuell zur Verfügung zu stehen. Solche direkten Aufrufe können den beurteilten Interviewstellen nicht entnommen werden. Der Angeklagte bringt darin im Gegenteil zum Ausdruck, ihm sei bewusst, dass in der Schweiz die Scharia gemäss der geltenden Rechtsordnung nicht zur Anwendung gelangt.

Die Staatsanwaltschaft weist aber darauf hin, dass der Begriff des „Aufforderns“ nicht ausdrücklich genannt werden müsse. Auch eine in Frageform gehaltene Äusserung könne den Tatbestand erfüllen. Zwar ist der Staatsanwaltschaft insoweit zuzustimmen, dass der Tatbestand des Aufforderns gemäss Art. 259 StGB auch durch blosser Äusserungen der Befürwortung von strafrechtlich verpönten Handlungen erfüllt werden kann, wenn diese Äusserungen aufgrund der Gesamtumstände geeignet sind, das angesprochene Publikum zu solchen Handlungen zu animieren. Im vorliegenden Fall ist aber zu beachten, dass sich die Sendung und damit auch die Äusserungen des Angeklagten nicht in erster Linie an strenggläubige Muslime in der Schweiz richtete, sondern vielmehr das Ziel verfolgte, den anderen Bewohnerinnen und Bewohnern in der Schweiz das Leben von Muslimen in der Schweiz näher zu bringen. Dies war auch dem Angeklagten offensichtlich bewusst. Er war sichtlich darum bemüht, seine Einstellungen respektive die zitierten Koranstellen zu erläutern. Die Ausführungen des Angeklagten haben denn auch keinen persuasiven oder animierenden Charakter; es handelt sich nicht um eine Predigt oder eine Ansprache, bei welcher das Publikum zu bestimmten Handlungen aufgestachelt wird. Diesbezüglich unterscheidet sich das hier umstrittene Interview vom Sachverhalt, welcher dem Entscheid des Bundesgerichts BGer 6B\_645/2007 vom 2. Mai 2008 zu Grunde lag. Die dort beurteilten Äusserungen waren gemäss Feststellung des Bundesgerichts an ein militantes und gewaltbereites Publikum gerichtet (vgl. BGer 6B\_645/2007 vom 2. Mai 2008 E. 8.2.2). Davon kann im vorliegenden Fall keine Rede sein.

Selbst wenn die Äusserungen zur Einführung der Scharia respektive zur Auslegung der Bedeutung von umstrittenen Koranstellen als Aufforderung zu qualifizieren wäre, käme diesen Äusserungen im Gesamtzusammenhang nicht die gemäss Art. 259 Abs. 1 und 2 StGB erforderliche „Eindringlichkeit“ zu. Der Angeklagte beantwortet die

Fragen der Journalistin im Interview ruhig und sachlich. Er tritt nicht fordernd auf und wendet sich nicht mit einer durch Tonfall, Lautstärke und Gebärde betonten Weise an die Zuschauerinnen und Zuschauer. Von einem eindringlichen Auffordern kann daher nicht gesprochen werden, selbst wenn man den Äusserungen des Angeklagten aufgrund seiner Position als Sekretär der muslimischen Gemeinde Basel mehr Gewicht beimessen muss als den Äusserungen eines beliebigen Vertreters des muslimischen Glaubens.

**3.3** Insgesamt ist festzustellen, dass die Vorinstanz den Sachverhalt äusserst sorgfältig geprüft und aufgrund einer überzeugenden Analyse zu Recht eine Strafbarkeit der strittigen Äusserungen nach Art. Art. 259 StGB verneint hat. Es ist damit in Übereinstimmung mit der Beurteilung des Strafgerichtspräsidenten festzuhalten, dass die Grenzen des strafrechtlich Relevanten durch die genannten Äusserungen des Angeklagten nicht überschritten wurden. Aus den genannten Gründen ist die Appellation vollumfänglich abzuweisen.

#### **4.**

**4.1** Bei diesem Verfahrensausgang ist dem obsiegenden Angeklagten eine angemessene Parteientschädigung für das Verfahren vor erster und zweiter Instanz zu Lasten der Gerichtskasse zuzusprechen. Diese beträgt, ausgehend von der Honorarnote seines Verteidigers, CHF 2'784.25 für das erstinstanzliche sowie CHF 4'581.35 für das zweitinstanzliche Verfahren.

**4.2** Entgegen dem bereits im Verfahren vor erster Instanz und vor Appellationsgericht erneut geltend gemachten Antrag ist dem Angeklagten keine Genugtuung zuzusprechen. Er hat mit seinen Äusserungen die Öffentlichkeit gesucht und war mit der Präsentation seiner Aussagen im nationalen Fernsehen inklusive Namensnennung einverstanden. Zwar mag er aufgrund der darüber entstandenen öffentlichen Diskussion gewisse Nachteile erlitten haben; so sei ihm etwa unmittelbar vor der erstinstanzlichen Hauptverhandlung seine Arbeitsstelle ohne Angabe von Gründen gekündigt worden. Diese Umstände sind jedoch nicht auf eine im Zusammenhang mit einer zu Unrecht erfolgten Strafuntersuchung erlittene Persönlichkeitsverletzung zurückzuführen, sondern vielmehr auf die kontroversen Äusserungen des Angeklagten im strittigen Interview selbst. Eine Haftung des Kantons für derartige Nachteile ist nicht gegeben. Eine Genugtuung ist daher nicht gerechtfertigt.

#### **Demgemäss erkennt das Appellationsgericht (Ausschuss):**

**://:** Das erstinstanzliche Urteil wird bestätigt.

Für das zweitinstanzliche Verfahren werden keine Kosten erhoben.

X.\_\_\_\_\_ wird eine Parteientschädigung in Höhe von CHF 2'420.– sowie CHF 158.–, zuzüglich 8% MWST von CHF 206.25 für das erstinstanzliche Verfahren und von CHF 4'180.– sowie CHF 62.–, zuzüglich 8% MWST von CHF 339.35 für das zweitinstanzliche Verfahren aus der Gerichtskasse zugesprochen.

## **7. Urteil des Appellationsgerichts VD.2010.29 vom 20. Mai 2011 und Entscheidung des Bundesgerichts BGer 1C\_443/2011 vom 20. April 2012 betr. Entschädigungsforderung aus materieller Enteignung**

*Mit Beschluss vom 12. Juni 2007 stellte der Regierungsrat das Äussere und Innere des im Jahr 1926 von den Architekten Paul Artaria und Hans Schmidt als Wohnhaus und Künstleratelier für den Maler Willi Wenk errichteten Gebäudes am Mooshaldenweg 5 in Riehen unter Denkmalschutz. In der Folge verlangte der Eigentümer der Baute zunächst beim zuständigen Departement und nach dessen negativen Entscheidung bei der Expropriationskommission eine Entschädigung von CHF 583'000.– wegen materieller Enteignung. Mit Urteil derselben vom 17. November 2009 wurde die Klage abgewiesen, wogegen der Liegenschaftseigentümer an das Verwaltungsgericht rekurrierte.*

*Nach den massgeblichen gesetzlichen und verfassungsrechtlichen Bestimmungen von Bund und Kanton ist volle Entschädigung zu leisten, wenn Planungsmassnahmen zu Eigentumsbeschränkungen führen, die einer Enteignung gleichkommen. Dies ist der Fall, wenn einem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch seines Grundeigentums untersagt oder besonders stark eingeschränkt wird, weil ihm eine aus dem Eigentumsinhalt fliessende wesentliche Befugnis entzogen wird. Geht der Eingriff weniger weit, so kann ausnahmsweise eine Eigentumsbeschränkung einer Enteignung gleichkommen, falls ein einziger oder einzelne Grundeigentümer so getroffen werden, dass das Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erscheint und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde (sog. Sonderopfer). Diese Regeln gelten auch für Eigentumsbeschränkungen infolge der Aufnahme eines Gebäudes ins Denkmalverzeichnis, sofern die Unterschutzstellung wie eine Enteignung wirkt. Auch in diesem Zusammenhang ist massgeblich, ob dem Eigentümer eine angemessene wirtschaftliche Nutzung verbleibt. Diese Frage wird dabei nicht nur mit Blick auf das Schutzobjekt allein, sondern auch auf dessen Umschwung beurteilt.*

*Das Verwaltungsgericht stellte fest, dass dem Eigentümer der Liegenschaft Mooshaldenweg 5 in Riehen trotz deren Unterschutzstellung eine bestimmungsgemässe und wirtschaftlich sinnvolle Nutzung der Baute erhalten geblieben sei, indem diese nach wie vor als Wohnhaus vermietet war, wenn auch zu einem angesichts der Lage relativ tiefen Mietzins. Auch bestand weiterhin die Möglichkeit, die Liegenschaft für ein stilles Gewerbe zu nutzen. Allerdings wurde dem Gebäude ein sehr bescheidener*



Wohnkomfort attestiert, insbesondere wegen der leichten Holzbauweise mit fehlender Isolation und der nicht mehr zeitgemässen Anordnung der Zimmer mit insgesamt geringer Wohnfläche. Wegen der Eintragung im Denkmalverzeichnis erachtete das Gericht es als zweifelhaft, dass diese Mängel beseitigt werden könnten. Als kaum realistisch bezeichnete es zudem die Möglichkeiten einer besseren Nutzung der Parzelle von 1'139 m<sup>2</sup>, da die Rahmenbedingungen für die Errichtung eines weiteren Gebäudes sehr ungünstig erschienen. Lediglich die Möglichkeit, einen Teil des Grundstücks weiter abzuparzellieren und an Nachbarn zu veräussern, erachtete das Verwaltungsgericht weiterhin als uneingeschränkt gegeben.

Letztlich liess es das Gericht allerdings offen, ob diese Einschränkungen insgesamt eine derartige Intensität erreichten, dass von einer materiellen Enteignung gesprochen werden konnte, da es die denkmalschützerische Inventarisierung der in Frage stehenden Liegenschaft als enteignungsähnliches Sonderopfer qualifizierte. Es ging davon aus, dass die Unterschutzstellung den Rekurrenten im Vergleich zu anderen Grundeigentümern auf jeden Fall so stark treffe, dass ihre Nichtentschädigung unzumutbar erschiene. Begründet wurde dies damit, dass das in Frage stehende Atelierhaus im Vergleich mit anderen unter Denkmalschutz gestellten Bauten, die in den 20er-Jahren des 20. Jahrhunderts im Stil des sog. Neuen Bauens bzw. der klassischen Moderne errichtet worden waren, durch seine besondere Bauweise mit leichten Bretter- statt Betonwänden und seines nach heutigen Massstäben nicht sinnvollen Grundrisses weniger gut nutzbar und im Unterhalt besonders aufwändig sei. Auch zog das Gericht in Betracht, dass die Grundstücke der Vergleichsobjekte deutlich grösser waren und daher eine bessere Nutzung durch Errichtung weiterer Bauten zuliesse, was im Fall der Liegenschaft des Rekurrenten kaum realistisch erschien. Angesichts dieser Umstände gelangte das Verwaltungsgericht zur Auffassung, dass der Rekurrent durch die Unterschutzstellung seiner Liegenschaft ungleich stärker als die Eigentümer der Vergleichsobjekte getroffen werde, so dass ihm aus Gründen der Rechtsgleichheit eine Entschädigung geleistet werden müsse. Demzufolge wurde der Rekurs gutgeheissen.

Gegen diesen Entscheid gelangte der Kanton Basel-Stadt, der dem Grundeigentümer die Entschädigung hätte zahlen müssen, an das Bundesgericht. Dieses hiess die Beschwerde gut und verneinte eine Entschädigungspflicht des Gemeinwesens. Bei der Beurteilung, ob eine materielle Enteignung mit Entschädigungsfolge vorliege, stützte sich das Bundesgericht auf dieselben Grundsätze wie das kantonale Gericht. Es betonte jedoch, dass nicht entscheidend sei, welche Nutzung bzw. Rendite bei einer Neuüberbauung des in Frage stehenden Grundstücks realisierbar wäre, d.h. welche Wertverminderung die Unterschutzstellung bewirkt habe. Allein wesentlich sei, ob dem Eigentümer weiterhin eine bestimmungsgemässe und wirtschaftlich sinnvolle Nutzung verbleibe. Dies sei hier der Fall angesichts der Nutzung des Gebäudes als Wohnhaus nebst der bestehenden Möglichkeit, darin ein stilles Gewerbe zu betreiben. Im Übrigen sei entgegen den Erwägungen des kantonalen Gerichts nach den Akten auch eine gewisse Erweiterung der Baute denkbar, womit zusätzli-

*cher Wohnraum gewonnen und eine bessere Nutzung erzielt werden könne. Unter diesen Umständen sei nicht von einer besonders schwer wiegenden Eigentumsbeschränkung auszugehen.*

*Das Bundesgericht lehnte auch die Annahme eines dem Eigentümer auferlegten entschädigungspflichtigen Sonderopfers ab. Dabei hat es den Umstand, dass auf der betreffenden Parzelle realistischweise kaum noch ein weiteres Gebäude errichtet werden kann, entgegen der Auffassung des kantonalen Verwaltungsgerichts nicht als Argument **für**, sondern **gegen** das Vorliegen eines Sonderopfers gewertet. Unter diesem Gesichtspunkt stehe eine materielle Enteignung infolge einer Denkmalschutzmassnahme nur dann zur Diskussion, wenn die nicht überbaute Parzellenfläche gross sei und aufgrund eines sie erfassenden Bauverbots nicht mehr bestimmungsgemäss und wirtschaftlich sinnvoll genutzt werden könne. Umgekehrt spreche es nicht für eine materielle Enteignung, wenn das bestehende Gebäude, wie hier, die Parzelle bereits in grossem Umfang ausnutze und folglich in Bezug auf die restliche Fläche nicht mehr von einem selbständig verwertbaren Grundstücksteil gesprochen werden könne. Als nicht massgeblich erachtete schliesslich das Bundesgericht, dass das Haus gegenüber Vergleichsobjekten einen erhöhten Unterhaltsbedarf aufweist, zumal nach dem kantonalen Recht Beiträge an die Kosten der Erhaltung und Restaurierung von Denkmälern geleistet werden könnten.*

## **Sachverhalt**

X.\_\_\_\_\_ ist Eigentümer der benachbarten Liegenschaften Mooshaldenweg 5 und 7 in Riehen, Grundbuch Sektion E, Grundstücke Nrn. 396 und 401. Die Parzelle Liegenschaft Mooshaldenweg 5 ist mit einem eingeschossigen Wohngebäude mit Künstleratelier aus Holz der Architekten Paul Artaria und Hans Schmidt aus dem Jahr 1926 überbaut. Mit Beschluss vom 12. Juni 2007 stellte der Regierungsrat das Äussere und Innere dieser Baute unter Denkmalschutz. Mit Eingabe vom 7. Februar 2008 beantragte X.\_\_\_\_\_ beim Baudepartement (heute Bau- und Verkehrsdepartement [BVD]) die Ausrichtung einer Enteignungsentschädigung infolge dieser Denkmalschutzmassnahme, wobei er den Minderwert mit mindestens CHF 583'000.– bezifferte. Das Baudepartement wies die Forderung mit Schreiben vom 12. Juni 2008 ab, da die Unterschützstellung keine materielle Enteignung begründet habe.

Mit Klage vom 24. September 2008 an die Expropriationskommission verlangte X.\_\_\_\_\_ die kostenfällige Verurteilung des Kantons Basel-Stadt zur Leistung einer Enteignungsentschädigung von CHF 583'000.– nebst Zins zu 5 % seit dem 6. Juli 2007, wobei er sich eine Mehrforderung für "subjektiven Schaden" im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung vorbehielt. Auf Antrag des Klägers wurde das Verfahren von der Expropriationskommission auf die Frage des Vorliegens einer

materiellen Enteignung beschränkt und die Klage mit Urteil vom 17. November 2009 kostenfällig abgewiesen.

Gegen dieses Urteil hat X.\_\_\_\_\_ rechtzeitig Rekurs angemeldet und innert erstreckter Frist begründet. Er beantragt die kosten- und entschädigungsfällige Aufhebung des angefochtenen Urteils, die Feststellung, dass in casu eine materielle Enteignung vorliege, sowie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Ermittlung der Höhe der Enteignungsentschädigung. Die Expropriationskommission beantragt mit Eingabe vom 11. Juni 2010 die Abweisung des Rekurses, wobei sie sich für die Begründung auf einen Hinweis auf ihr Urteil beschränkt. Das BVD schliesst mit Vernehmlassung vom 18. August 2010 ebenfalls auf Abweisung der Beschwerde. Mit Eingabe vom 1. September 2010 hat der Rekurrent auf eine Replik verzichtet und stattdessen die Durchführung einer Parteiverhandlung mit vorangehendem Augenschein beantragt. Mit Schreiben vom 16. Februar 2011 hat das BVD verschiedene mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 17. Dezember 2010 gestellte Fragen beantwortet. Am 20. Mai 2011 hat das Verwaltungsgericht in der Liegenschaft Mooshaldenweg 5 im Beisein der Parteien und ihrer Vertreter einen Augenschein durchgeführt. Anschliessend hat die Verhandlung des Verwaltungsgerichts stattgefunden, anlässlich derer die Vertreter der Parteien zum Vortrag gelangt sind. Für ihre Ausführungen wird auf das Protokoll verwiesen. Die Tatsachen und Standpunkte der Parteien ergeben sich, soweit sie für den vorliegenden Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen.

## **Erwägungen**

### **1.**

Nach § 38 i.V.m. § 9 Abs. 2 des baselstädtischen Gesetzes über Enteignung und Impropropriation (Enteignungsgesetz [EntG, SG 740.100]) kann gegen Entscheide der Expropriationskommission über Entschädigungsklagen aus materieller Enteignung Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Daraus ergibt sich die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses. Der Rekurrent ist vom angefochtenen Entscheid unmittelbar berührt und deshalb gemäss § 13 Abs. 1 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG, SG 270.100) zum Rekurs legitimiert. Auf den frist- und formgerechten Rekurs ist somit einzutreten. Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG und umfasst namentlich die richtige Feststellung des Sachverhalts, die richtige Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen sowie nach § 8 Abs. 4 VRPG i.V.m. § 38 Abs. 2 EntG die Überprüfung der Angemessenheit des Entscheides der Expropriationskommission. Da ein Anwendungsfall von Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) vorliegt, ist dem Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung stattzugeben.

## 2.

Gemäss Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz [RPG, SR 700]) wie auch aufgrund der Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) und § 11 Abs. 1 lit. r der Verfassung des Kantons Basel-Stadt (KV, SG 111.100) ist volle Entschädigung zu leisten ist, wenn Planungsmassnahmen zu Eigentumsbeschränkungen führen, die einer Enteignung gleichkommen. Dies ist der Fall, wenn einem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch seines Grundeigentums untersagt oder besonders stark eingeschränkt wird, weil ihm eine aus dem Eigentumsinhalt fließende wesentliche Befugnis entzogen wird. Geht der Eingriff weniger weit, so kann ausnahmsweise eine Eigentumsbeschränkung einer Enteignung gleichkommen, falls ein einziger oder einzelne Grundeigentümer so getroffen werden, dass das Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erscheint und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde (sog. Sonderopfer). In beiden Fällen ist die Möglichkeit einer zukünftigen besseren Nutzung der Sache nur zu berücksichtigen, wenn im massgebenden Zeitpunkt anzunehmen war, sie lasse sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichen (BGE 131 II 728 E. 2 S. 730 und 125 II 431 E. 3a S. 433 je m.H.; BGer 1A.19/2004 vom 25. Oktober 2004 E. 2 [publiziert in: ZBI 107/2006 S. 41 ff.] und 1C\_487/2009 vom 10. August 2010 E. 2.1).

Volle Entschädigung ist nach diesen Grundsätzen wie auch nach § 23 des Gesetzes über den Denkmalschutz (Denkmalschutzgesetz [DSchG, SG 497.100]) i.V.m. § 9 EntG auch dann zu leisten, wenn die Unterschutzstellung eines Gebäudes durch dessen Aufnahme ins Denkmalverzeichnis wie eine Enteignung wirkt. Bei der Prüfung einer materiellen Enteignung durch eine denkmalschutzrechtliche Schutzanordnung, sei es dass sie sich nur auf das Gebäudeäussere oder aber auch auf das Innere des Gebäudes beziehen, stellt das Bundesgericht regelmässig darauf ab, ob dem Eigentümer eine angemessene wirtschaftliche Nutzung verbleibt. Die Frage wird dabei nicht nur mit Blick auf das Schutzobjekt allein, sondern auch auf dessen Umschwung beurteilt (vgl. BGer 1A.120/1993 und 1A.68/1994 vom 23. Mai 1995, in: ZBI 98/1997 S. 179 ff. E. 5c und 5d S. 181 f. mit Hinweis auf BGE 117 Ib 262 E. 2a S. 264, 112 Ib 263 E. 5b S. 269 und 111 Ib 257 E. 4a S. 263 ff.; BGer 1A.19/2004 vom 25. Oktober 2004 E. 2.2 [auch in: ZBI 107/2006 S. 41 ff.] und 1C.487/2009 vom 10. August 2010 E. 2.2). Das Bundesgericht beurteilt dabei das Vorliegen einer materiellen Enteignung infolge einer Schutzanordnung nicht nach anderen Kriterien als bei einem teilweisen Bauverbot (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts vom 14. Dezember 1983, in: ZBI 85/1984 S. 366 ff. E. 2a und 2b S. 367 mit Hinweis auf BGE 93 I 323 f. und 82 I 164 E. 3; BGer 1A.19/2004 vom 25. Oktober 2004 E. 2.2 [auch in: ZBI 107/2006 S. 41 ff.] und 1C.487/2009 vom 10. August 2010 E. 2.2; RIVA, in: Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, hrsg. v. Aemisegger et al., Art. 5 Rz. 164 ff.).

**3.**

Diese Grundsätze hat bereits die Vorinstanz ihrem Urteil zugrunde gelegt. Sie erwog, das unter Schutz gestellte Gebäude sei als Wohnhaus und Künstleratelier für den Maler Willi Wenk errichtet und genutzt worden. Als Wohnhaus sei es auch im Zeitpunkt des Erwerbs der Parzelle durch den Rekurrenten im Jahr 1985 genutzt worden. Er habe es mit der Verpflichtung zur Übernahme des Mietvertrages mit der bisherigen Mieterin, Frau A.\_\_\_\_\_, übernommen. Er habe 1'738m<sup>2</sup> von insgesamt 2'877m<sup>2</sup> der erworbenen Grundstückfläche abparzelliert und verkauft. Seit dem 1. Juli 2005 habe er die verbliebene Liegenschaft zu Wohnzwecken an B.\_\_\_\_\_ vermietet. Möglich sei auch der Betrieb eines stillen Gewerbes. Dies führte die Vorinstanz zum Schluss, dass das Haus auch nach der Eintragung ins Denkmalverzeichnis wie bis anhin gleichbleibend genutzt, vermietet und veräussert werden dürfe (E. 2.da, S. 12 f.). Bezüglich der Nutzung stellte die Vorinstanz fest, dass mit der grundsätzlich umfassenden Unterschutzstellung im vorliegenden Fall kein umfassendes Veränderungsverbot verbunden sei. Veränderungen zur Verbesserung oder Änderungen der Nutzung seien in einem noch zu bestimmenden Umfang zulässig, sofern dadurch der Denkmalcharakter und -schutz nicht beeinträchtigt werde. Bei der in der Substanz und im ursprünglichen Ausbau fast vollständig erhaltenen, eingeschossigen Holzbaute könne nach Auskunft des Denkmalpflegers Alexander Schlatter anlässlich des Augenscheins etwa der Quertrakt zur Einrichtung einer neuen Küche verlängert werden. Möglich sei auch eine Isolation der Aussenhaut. Damit lasse der Denkmalschutz Verbesserungen des Wohnkomforts der geschützten Baute zu (E. 2.db, S. 13 f.). Weiter verbiete der denkmalrechtliche Umgebungsschutz nach der Aussage des Denkmalpflegers Alexander Schlatter auch nicht die Erstellung einer zweiten Baute auf der Parzelle, da das typologische Bauwerk losgelöst vom Grundstück geschützt worden sei, wie sich aus dem Unterschutzstellungsantrag und der Begründung des entsprechenden Regierungsratsbeschlusses ergebe. Auch könne das Grundstück weiter abparzelliert und die freiwerdenden Flächen könnten veräussert werden (E. 2.dc, S. 14). Der Eigentümer werde daher durch die Unterschutzstellung weder in der Nutzung der restlichen Parzelle noch bezüglich weiterer Abparzellierungen beschränkt. Der erzielte Mietzins von CHF 1'803.90 für Haus und Garten erscheine vergleichsweise bescheiden und könne zur Erzielung eines besseren Ertrages wohl angehoben werden. Eine Verbesserung der Rendite könne auch mit einer zulässigen Steigerung der Wohnqualität verbunden werden, an deren Kosten Subventionen ausgerichtet werden könnten. Auf die Rendite, die sich aus einer Neuüberbauung ergebe, käme es nur dann an, wenn das unter Schutz stehende Haus eine bestimmungsgemässe und wirtschaftlich sinnvolle Nutzung nicht mehr erlauben würde. Eine enteignungsähnliche Situation liege dann vor, wenn etwa ein Gebäude sehr schlecht genutzt werden könne und durch den Schutz eine weitere Überbauung verhindert werde (E. 2.dd, S. 15 f.).

#### 4.

Eine materielle Enteignung und damit eine Entschädigungspflicht des Gemeinwezens setzt in ihrem Grundtatbestand einerseits einen besonders intensiven Eingriff in das Eigentum, andererseits eine hohe Wahrscheinlichkeit voraus, dass die entzogene, bisher noch nicht ausgeübte Eigentumsbefugnis in naher Zukunft auch tatsächlich ausgenützt worden wäre.

**4.1** Die Beschränkung einer wesentlichen aus dem Eigentum fliessenden Befugnis ist nur entschädigungspflichtig, wenn der Eingriff in das Eigentum schwerwiegender Natur ist. Die Eigentumsgarantie als Wertgarantie gewährleistet nicht, dass eine Baulandparzelle dauernd bestmöglich ausgenützt werden kann. Der Grundeigentümer muss mit Änderungen im zulässigen Nutzungsmass, die im öffentlichen Interesse liegen, rechnen und sie ohne Entschädigung hinnehmen, solange er noch einen wirtschaftlich sinnvollen, bestimmungsgemässen Gebrauch der Liegenschaft realisieren kann (WALDMANN/HÄNNI, Raumplanungsgesetz. Handkommentar, Bern 2006, Art. 5 N 60). Die Konkretisierung der notwendigen Eingriffsintensität einer Einschränkung, die eine Entschädigungspflicht begründet, ist schwierig. Das Bundesgericht hat davon abgesehen, eine feste Differenz zwischen dem Wert eines Grundstücks vor und nach der Eigentumseinschränkung zu definieren. Ob ein Eingriff den Entzug einer wesentlichen Eigentümerbefugnis zur Folge habe, hänge vielmehr von den Umständen des Einzelfalles ab. Es müsse stets aufgrund einer umfassenden Würdigung der Verhältnisse - insbesondere durch Vergleich der dem Betroffenen vor und nach der Eigentumsbeschränkung zustehenden Nutzungsmöglichkeiten - abgeklärt werden, ob der Eingriff in die Befugnisse des Eigentümers derart schwer bzw. intensiv sei, dass er einer Enteignung gleichkomme. Für die Abgrenzung zwischen entschädigungslosen und entschädigungspflichtigen Eingriffen sei dabei nicht allein die prozentuale Wertverminderung massgebend, sondern es werde darauf abgestellt, ob auf der betroffenen Parzelle eine bestimmungsgemässe, wirtschaftlich gute Nutzung weiterhin möglich ist (BGE 111 Ib 257 E. 4a S. 263 f. und 123 II 481 E. 6d S. 489; BGer 1C\_487/2009 vom 10. August 2010 E. 6.5; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich 2010, Rz. 2187 f.; eingehender auch RIVA, Hauptfragen der materiellen Enteignung, Bern 1990, S. 273 ff.).

Im Bereich von denkmalpflegerischen Massnahmen wird bezüglich der Intensität des Eingriffs in das Eigentum danach unterschieden, ob die Unterschutzstellung lediglich das Äussere oder auch das Innere des Gebäudes betrifft. Erfasst sie bloss das Äussere (Fassade, Dach, Kubus), liegt in der Regel keine materielle Enteignung vor, da der bisherige Gebrauch inkl. Überholungsarbeiten wie auch die Möglichkeit zur Veräusserung gewöhnlich erhalten bleiben (BGE 117 Ib 262 E. 21 S. 264 [= Praxis 1992 Nr. 74], 112 Ib 263 E. 4 S. 266 f. und 111 Ib 257 E. 4c S. 267 ff.; WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., § 5 N 69; RIVA, a.a.O., Art. 5 Rz. 171). Erstreckt sich die Unterschutzstellung dagegen auch auf das Gebäudeinnere, wiegt der Eingriff regelmässig schwerer, womit die Entschädigungspflicht grundsätzlich zu bejahen ist. Dies ist insbesondere

dann der Fall, wenn ein unter Schutz gestelltes Gebäude sehr schlecht nutzbar ist und zudem durch die verfügte Eigentumsbeschränkung eine weitere Überbauung der betreffenden Parzellen verhindert wird (BGer 1A.120/1993 und 1A.68/1994 vom 23. Mai 1995 E. 5d, in: ZBI 98/1997 S. 179 ff., 182). Allerdings ist jeder Fall im Einzelnen zu prüfen (beispielhaft BGer 1C\_487/2009 vom 10. August 2010 E. 5 unter eingehender Bezugnahme auf die Erwägungen der Vorinstanz). Diese Prüfung ist im Sinne einer Gesamtbetrachtung vorzunehmen, so dass nicht nur das Gebäude selbst, sondern auch dessen Umschwung miteinzubeziehen ist (BGer 1A.19/2004 vom 25. Oktober 2004 E. 2.2; ebenso BGer 1C\_487/2009 vom 10. August 2010 E. 2.2). Es sind daher auch Fälle denkbar, in denen eine bestimmungsgemässe und wirtschaftlich sinnvolle Nutzung weiterhin möglich bleibt, obschon Äusseres wie Inneres eines Gebäudes unter Schutz gestellt sind (Waldmann/Hänni, a.a.O., § 5 N 69 und RIVA, a.a.O., Art. 5 Rz. 171, je m.H.). Dies ist etwa dann der Fall, wenn es gelingt, nach der Unterschutzstellung das Schutzobjekt abzuparzellieren und den grösseren, nicht betroffenen Teil des Grundstücks zu verkaufen (BGer 1A.19/2004 vom 25. Oktober 2004 E. 3.1).

**4.2** Das auf der Parzelle Nr. 396 im Jahre 1926 nach den Plänen von Paul Artaria und Hans Schmidt für den Maler Willi Wenk errichtete Atelierhaus ist wegen seines architekturhistorischen, künstlerischen, kulturgeschichtlichen und typologischen Wertes mit Beschluss des Regierungsrates vom 12. Juni 2007 integral in das kantonale Denkmalverzeichnis aufgenommen und damit unter Schutz gestellt worden (KB 7). Erstreckt sich diese denkmalpflegerische Massnahme somit sowohl auf das Äussere wie auch das Innere des Gebäudes, so sind die Auswirkungen der Unterschutzstellung, auch wenn sie grundsätzlich als erheblicher Eingriff in die Eigentümerbefugnisse erachtet werden können, nach dem Gesagten aufgrund einer umfassenden Würdigung der konkreten Verhältnisse zu beurteilen.

**4.2.1** Die Folgen der Unterschutzstellung reichen weit. Dem Rekurrenten steht es zwar trotz Aufnahme des Gebäudes in das Denkmalverzeichnis weiterhin frei, seine Liegenschaft zu veräussern, zu vermieten oder selbst zu bewohnen (vgl. VGE vom 13. Juni 1984 E. 5, in: ZBI 86/1985 S. 14 ff., 16 f.). Allerdings sind die Möglichkeiten in der Nutzung der Sache doch erheblich eingeschränkt. Insbesondere ist es dem Rekurrenten verwehrt, die Baute abzubauen und auf dem Grundstück einen zonenkonformen Neubau zu erstellen.

**4.2.2** Zu Wohnzwecken kann das Haus selber jedoch unverändert genutzt werden, wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat (E. 2.da S. 12 f.) und vom Rekurrenten auch nicht bestritten wird. Mit seinem Rekurs macht der Rekurrent alleine geltend, das Haus sei zu wirtschaftlich unvorteilhaften Konditionen vermietet. Er habe bislang keinen beachtlichen wirtschaftlichen Ertrag aus seiner Liegenschaft gezogen und werde nach der Unterschutzstellung erst recht nicht inskünftig in die Lage versetzt, einen Liegenschaftsertrag zu erzielen (Ziff. 4.2 der Rekursbegründung). Auf die an-

geblich ungenügende Rentabilität der Vermietung kommt es indessen grundsätzlich nicht an, wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat (E. 2.dd S. 15). Als der Rekurrent im Jahre 2005 mit Frau B.\_\_\_\_\_ ein neues Mietverhältnis abschloss, nachdem das Haus bis dahin über lange Jahre hinweg an deren Mutter, Frau A.\_\_\_\_\_, zu einem sehr günstigen Mietzins vermietet gewesen war (KB 14), hätte er es in der Hand gehabt, die Mietkonditionen auf ein marktgerechtes Niveau anzuheben. Im Mietvertrag vom 6. Mai 2005 (KB 15) wurde auf jeden Fall ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der vereinbarte Mietzins von CHF 1'760.– nicht den gesetzlich zulässigen Ertrag bringe. Dass das Haus trotz seines bescheidenen Komforts und seines besonderen Grundrisses weiterhin zu Wohnzwecken genutzt werden kann, hat der Augenschein vom 20. Mai 2011 offensichtlich gezeigt. In diesem Sinne ist dem Rekurrenten durchaus eine bestimmungsgemässe und wirtschaftlich sinnvolle Nutzung seines Hauses erhalten geblieben, obschon es unter Schutz gestellt wurde. Immerhin ist bereits an dieser Stelle festzuhalten, dass die bisherige Wohnnutzung des Denkmals insbesondere mit Blick auf die ungewöhnliche Anordnung der Wohnräume heutigen Anforderungen an den Wohnkomfort nicht mehr in jeder Hinsicht zu genügen vermag (dazu nachstehend E. 5.3.2). Unberührt geblieben ist im Übrigen die Möglichkeit, die Liegenschaft für ein stilles Gewerbe zu nutzen, wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat (E. 2.da S. 13).

**4.2.3** Der Rekurrent bringt vor, dass in den kommenden Jahren einige Investitionen anstehen würden, die nur zu einem geringen Teil auf den Mietzins überwältzt werden könnten. Abgesehen vom Ersatz einzelner Bauteile (z.B. grosses Fenster im Atelier) geht es im Wesentlichen um eine Anpassung der bestehenden erdverlegten Tankanlage an die neuen gewässerschutzrechtlichen Bestimmungen und den Ausbau der Erschliessung der Liegenschaft (Ziff. 3.2 der Rekursbegründung). Sodann weist er auf energetische Massnahmen hin, die künftig gesetzlich vorgeschrieben werden könnten, wegen der Unterschützstellung indessen nicht mehr möglich sein könnten (Ziff. 3.3 der Rekursbegründung). Umstritten ist auch, inwiefern über blosse Unterhalts- und Sanierungsarbeiten hinaus innenarchitektonische Veränderungen noch möglich sind bzw. diese durch die Aufnahme in das Denkmalverzeichnis ausgeschlossen worden sind (Ziff. 8 der Rekursbegründung).

Die Vorinstanz ist unter Berufung auf den ehemaligen Denkmalpfleger, Alexander Schlatter, und eine von der Denkmalpflege erstellte Skizze (Klageantwortbeilage [KAB] 10) davon ausgegangen, dass die Erweiterung des Quertrakts des einstöckigen Hauses beispielsweise zur Einrichtung einer neuen Küche denkbar und eine Isolation der Baute zur Anpassung an heutige wärmetechnische Anforderungen möglich wäre (E. 2.db S. 13 f.). Der Nutzen einer solchen Erweiterung wird vom Rekurrenten bestritten, da durch die Erweiterung und Verlegung der Küche eine zweite Badstube gewonnen werden solle, was bei einer Dreizimmerwohnung nutzlos sei, vor allem wenn durch dieses neue Badezimmer auch noch der Keller erschlossen werde.



Diesem Einwand ist zunächst einmal zu entgegnen, dass es sich bei der erwähnten Skizze der Denkmalpflege lediglich um eine Idee handelte, die aufzuzeigen sollte, wie das Innere der Baute massvoll umgestaltet werden könnte. Dabei müsste die heutige Küche keineswegs in eine Badstube umgewandelt werden. Der Raum könnte ebenso gut, wenn nicht sogar zweckmässiger als Büro genutzt werden, was die Erschliessung des Kellers in keiner Weise tangieren würde. Wie das Bau- und Verkehrsdepartement in seiner Vernehmlassung zu Recht geltend macht, sind Veränderungen an einem Denkmal gemäss § 18 DSchG grundsätzlich zulässig, wenn sie den Denkmalcharakter nicht beeinträchtigen (BGE 118 Ia 384 E. 5e S. 394). Die entsprechenden Modalitäten werden in §§ 10 ff. der Verordnung betreffend die Denkmalpflege in der Fassung vom 1. Juni 2010 (SG 497.110) geregelt. Dabei sind gemäss § 10b der Verordnung die Schutzwürdigkeit der von der beantragten Veränderung betroffenen Substanz, das Interesse der Eigentümerschaft an der beantragten Veränderung, das öffentliche Interesse an der beantragten Veränderung, gerade bei Energiesparmassnahmen, die Bedeutung der beantragten Veränderung für die Weiternutzung des Denkmals, die Auswirkungen der beantragten Veränderung auf den Denkmalcharakter, insbesondere das Verhältnis der von der Veränderung betroffenen Teile zum charakteristischen Altbestand, die Reversibilität der beantragten Veränderung und der restaurative Umgang mit der schutzwürdigen Substanz in die Beurteilung einzubeziehen und gegeneinander abzuwägen. In welcher Art das vorliegende Denkmal zur besseren Nutzung zu Wohnzwecken genutzt werden kann, ist anhand eines konkreten Baugesuchs zu prüfen (vgl. auch schon Ziff. 36 der Klageantwort).

Es gilt indessen auch zu beachten, dass die Möglichkeiten, die Baute zu erweitern, faktisch eingeschränkt sind. Die Vorinstanz hatte noch die Erweiterungsmöglichkeit unter Hinweis auf Aussagen des Denkmalpflegers anlässlich des Augenschein, wonach eine gewisse Verlängerung des Quertraktes beispielsweise zur Einrichtung einer neuen Küche denkbar sei, bejaht (E. 2.db S. 13 f.). Demgegenüber hat das BVD jüngst in seiner Vernehmlassung vom 16. Februar 2011 ausgeführt, dass ein weiterer Ausbau des Denkmals – beispielsweise eine Erweiterung auf der Ostseite – aus heutiger Sicht nicht mehr vorstellbar sei. Es erscheint daher praktisch ausgeschlossen, zusätzlichen Wohnraum über eine bauliche Erweiterung des Schutzobjektes zu gewinnen.

**4.2.4** Sodann stellt sich die Frage, ob wenigstens der restliche Teil der Parzelle baulich besser genutzt werden könnte. Wie oben unter E. 4.1 ausgeführt, gilt es bezüglich der Intensität des Eingriffs in die Eigentumsbefugnisse nicht nur das unter Schutz gestellte Gebäude selber, sondern auch den Umschwung und dessen zulässige bauliche Nutzung zu berücksichtigen (BGer 1C.487/2009 vom 10. August 2010 E. 2.2 und 1A.19/2004 vom 25. Oktober 2004 E. 2.2). Das BVD hat in seiner Vernehmlassung vom 16. Februar 2011 hierzu ausgeführt, dass die auf der Parzelle Nr. 396 vorhandenen Platzverhältnisse aufgrund der massgeblichen Vorschriften für die Zo-

ne 2a nicht ausreichen, um ein freistehendes, mehrgeschossiges Gebäude zu errichten. Immerhin eruierte das BVD zwei Orte auf der Parzelle, wo ein eingeschossiges Gebäude platziert werden könnte. Diese Lagen sind jedoch mehr theoretischer Natur. Die Baute in der südöstlichen Ecke der Parzelle käme im Osten bzw. Süden an die Grenze zu den Parzellen Nrn. 2404 bzw. 1367 zu stehen (Feld A in der Vernehmlassungsbeilage 1, act. 9). Da die Mauern auf der Grenze als Brandmauern ausgestaltet werden müssten, dürften sie auch nicht mit Fenstern ausgestattet werden. Wie der heutige Augenschein gezeigt hat, würde eine eingeschossige Baute an dieser Stelle aller Voraussicht nach einen knapp bemessenen Grundriss mit wenig attraktiven Lichtverhältnissen aufweisen. Noch unrealistischer erscheint nach Darlegung des BVD die andere, am Nordrand der Parzelle liegende Baute (Feld B in der Vernehmlassungsbeilage 1, act. 9). Hierfür müsste erst noch die Baulinie zu den beiden benachbarten Parzellen Nrn. 401 und 143 geschlossen werden, wofür es allerdings noch eines entsprechenden Planungsbeschlusses der Gemeinde Riehen bedürfte. Würde die Baulinie auf die Höhe der Baulinien der beiden Nachbargrundstücke gelegt, wäre nur ein längliches, schmales Volumen möglich, welches mangels ausreichender Tiefe nicht zu Wohnzwecken genutzt werden könnte. Würde die Baulinie näher an den Mooshaldenweg gelegt, könnte eventuell auch eine etwas grössere Baute, eine Art Dépendance, erstellt werden. Dies wäre aus Sicht des Umgebungsschutzes aber sehr problematisch, da die Baute quer zum denkmalgeschützten Gebäude stünde und vom Mooshaldenweg her einen Riegel bilden würde. Damit ist die Erstellung weiterer Bauten auf der Parzelle auch nach Auffassung des BVD faktisch ausgeschlossen.

**4.2.5** Der Instruktionsrichter hat sich mit Verfügung vom 17. Dezember 2010 beim BVD nach anderen Möglichkeiten einer höheren Nutzung der von der denkmalpflegerischen Unterschutzstellung betroffenen Parzelle Nr. 396 erkundigt, insbesondere wenn der Rekurrent diese Parzelle mit der ihm ebenfalls gehörenden Parzelle Nr. 401, welche im Westen angrenzt, zusammenlegen würde oder wenn der Rekurrent einen Nutzungstransfer von der Parzelle Nr. 396 auf die Parzelle Nr. 401 vornehmen würde. Das BVD kommt in seiner Vernehmlassung vom 16. Februar 2011 unter Bezugnahme auf die einschlägigen Zonen- und Brandvorschriften zum Schluss, dass auch bei einer Zusammenlegung der beiden genannten Parzellen in keinem Bereich der beiden Liegenschaften eine Neubaute mit einer höheren Nutzung realisiert werden könnte. Auch ein transferiertes Nutzungspotenzial könne nicht in einem Mass ausgeschöpft werden, welches über den bereits heute möglichen zweistöckigen Neubau mit Attikageschoss auf der Parzelle Nr. 401 hinausginge. Weitere Massnahmen zur Erhöhung der Nutzung auf den beiden Parzellen seien nicht vorhanden.

**4.2.6** Damit steht fest, dass die weitere bauliche Nutzung der Parzelle Nr. 396 durch die denkmalrechtliche Unterschutzstellung der darauf stehenden Baute stark beschränkt wird. Ohne diese Massnahme hätten auf der Liegenschaft gemäss der vom

Rekurrenten in Auftrag gegebenen Bebauungsstudie Zinkernagel vom 15. Oktober 2007 (KB 3) zwei Einfamilienhäuser mit je grösserer Wohnfläche als die bestehende Baute verwirklicht werden können. Die zonenrechtliche Zulässigkeit der darin skizzierten Bebauung ist von Seiten des Kantons bisher nie in Frage gestellt worden (s. Rz. 45 der Klageantwort des Rekursgegners im vorinstanzlichen Verfahren).

**4.2.7** Der Rekurrent rügt auch die Feststellung der Vorinstanz in E. 2.dc (S. 14) ihres Urteils, er könne das Grundstück weiter abparzellieren und die dabei frei werden- den Flächen veräussern. Daran hält das BVD auch in der Eingabe vom 16. Februar 2011 explizit fest. Der Rekurrent macht geltend, dass diese Aussage nicht falsch sei, damit werde aber verkannt, dass es an möglichen Käufern für solche Parzellenteile fehle. Er habe sich bei den Eigentümern der benachbarten Parzelle Nr. 143 (Mooshaldenweg 1/Ecke Dinkelbergstrasse) erkundigt. Diese hätten jedoch kein Interesse bekundet, von ihm einen Abschnitt der fraglichen Parzelle zu erwerben und der eigenen Parzelle zuzuschlagen (Ziff. 7 der Rekursbegründung). Das BVD weist in seiner Vernehmlassung vom 16. Februar 2011 zu Recht darauf hin, dass es nicht auf die momentane Realisierbarkeit ankommt. Die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit, einen Teil des Grundstücks abzuparzellieren und an Nachbarn zu veräussern, stellt einen Wert dar, der dem Rekurrenten (und seinen Rechtsnachfolgern) verbleibt und entsprechend zu berücksichtigen ist. Soweit der Rekurrent sich bezüglich des fehlenden Interesses der Eigentümer der angrenzenden Parzellen Nrn. 2404 und 1367 auf die ihnen auferlegten Dienstbarkeiten zu Lasten seiner Parzelle Nr. 396 beruft, ist darauf zu verweisen, dass er es selber in der Hand hat, solche Einschränkungen aufzuheben und damit das wirtschaftliche Interesse der Nachbarn zu begründen. Die Möglichkeit der Abparzellierung zum Verkauf an Nachbarn, damit diese die Nutzbarkeit ihrer Parzelle erhöhen können, bleibt damit eine wirtschaftlich relevante Nutzungsmöglichkeit der Parzelle. In dieser Beziehung hat die denkmalpflegerische Unterschutzstellung nicht zu einer Einschränkung der aus dem Grundeigentumbefugnisse geführt.

**4.2.8** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Unterschutzstellung des Äusseren wie auch des früheren Atelierhauses von Paul Artaria und Hans Schmidt die bisherige bestimmungsgemässe und wirtschaftlich sinnvolle Nutzung als Wohnhaus nicht über Gebühr beeinträchtigt hat. Allerdings wurde den Möglichkeiten, das Innere wie auch das Äussere des Gebäudes umzugestalten oder die Baute zu erweitern, durch diese denkmalpflegerische Massnahmen enge Grenzen gesetzt. Eine weitergehende Nutzung des rekurrentischen Eigentums, namentlich der Abriss der ursprünglich als Wohn- und Atelierhauses des Malers Willi Wenk konzipierten Baute sowie die Erstellung einer neuen Baute, wurde durch die Eintragung in das Denkmalverzeichnis unterbunden. Die Parzelle, auf der das Schutzobjekt steht, kann infolge der geringen Grössenverhältnisse und der geltenden Zonenvorschriften baulich kaum mehr stärker genutzt werden. Einzig die Errichtung einer eingeschossigen Bau-

te wäre noch denkbar, doch ist diese Möglichkeit aufgrund der faktischen Gegebenheiten nurmehr theoretischer Natur. Eine bessere bauliche Nutzung kann auch nicht über eine Zusammenlegung mit der ebenfalls dem Rekurrenten gehörenden Nachbarsparzelle Nr. 401 bzw. einen Nutzungstransfer zwischen diesen beiden Grundstücken erreicht werden. Einzig die Möglichkeit, Teile des von der Unterschutzstellung betroffenen Grundstücks abzuparzellieren und den nächstgelegenen Nachbargrundstücken zuzuschlagen, stellt eine Befugnis dar, die dem Rekurrenten erhalten geblieben ist. Schliesslich bleibt es ihm nach wie vor unbenommen, seine Parzelle zu veräussern. Ob diese Einschränkungen in Würdigung aller ihrer Auswirkungen insgesamt eine genügende Intensität erreichen, so dass man im Sinne des Grundtatbestands der materiellen Enteignung von einem entschädigungspflichtigen Eingriff in die Grundeigentümergebühren sprechen müsste, kann offen bleiben. Wie nachfolgend dargelegt wird, trifft die Unterschutzstellung den Rekurrenten im Vergleich zu anderen Grundeigentümern auf jeden Fall so stark, dass ihre Nichtentschädigung unzumutbar erschiene. In diesem Sinne ist die denkmalschützerische Inventarisierung der rekurrentischen Liegenschaft als enteignungsähnliches Sonderopfer zu qualifizieren.

## 5.

**5.1** Ein Sonderopfer liegt nach der Rechtsprechung dann vor, wenn der Eingriff zwar nicht besonders schwer wiegt, aber ein einziger oder einzelne Grundeigentümer ungleich stärker als alle übrigen Grundeigentümer getroffen werden, so dass es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde (BGer 1A.19/2004 vom 25. Oktober 2004 E. 3.2 [auch in: ZBI 107/2006 S. 41 ff.] und 1C\_487/2009 vom 10. August 2010 E. 7). Ob einem Grundeigentümer durch die Unterschutzstellung ein unzumutbares Opfer zu Gunsten der Allgemeinheit auferlegt wird, muss anhand des Kreises der Betroffenen geprüft werden, die sich in gleichen oder ähnlichen Verhältnissen befinden (BGE 112 Ib 263 E. 5b S. 268 f.). Dabei können auch Grundstücke ausserhalb des betreffenden Quartiers in den Vergleich einbezogen werden (BGer 1A.68/1994 vom 23. Mai 1995, in: ZBI 98/1997 S. 179 ff. E. 5e S. 183 f.). Darüber hinaus kann ein entschädigungspflichtiges Sonderopfer vorliegen, wenn einzelne Grundeigentümer zu weitergehenden Schutzmassnahmen verpflichtet werden, die über die Erhaltung der geschützten Baute hinausgehen und ihnen damit ein wirtschaftlich unzumutbares Opfer auferlegen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, ob den Betroffenen an bauliche Massnahmen Beiträge ausgerichtet werden, welche gegebenenfalls unwirtschaftliche Aufwendungen aufzuwiegen vermögen (BGE 112 Ib 263 E. 5b S. 269; BGer 1C\_487/2009 vom 10. August 2010 E. 7.4).

Die Vorinstanz hat zum Vergleich verschiedene Objekte in Reihen beigezogen, die - mit einer früheren Ausnahmen (1993) - zur gleichen Zeit wie das unter Schutz gestellte Haus des Rekurrenten aus baukünstlerischen, typologischen und architekturhistorischen Gründen im Denkmalverzeichnis eingetragen worden sind. Dabei han-

delt es sich um vier Einfamilienhäuser und zwei Künstlerateliers mit Wohnbereich, die allesamt in den Jahren zwischen 1926 und 1935 erbaut worden sind. Die Vorinstanz hat ein Sonderopfer verneint, weil damit neben dem Wohn- und Atelierhaus des Rekurrenten weitere ihm baugeschichtlich, typologisch und auch bezüglich der federführenden Architekten am nächsten stehende Bauten ins Denkmalverzeichnis aufgenommen und damit gleich behandelt worden seien. In Riehen sowie im gesamten Kanton Basel-Stadt seien darüber hinaus zahlreiche Häuser aus dem 20. Jahrhundert unter Schutz gestellt worden. Es könne deshalb nicht gesagt werden, dass ihm als einzigem oder einem unter einzelnen Grundeigentümern durch die Unterschutzstellung seiner Liegenschaft zu Gunsten der Allgemeinheit ein unzumutbares Opfer abverlangt worden sei, das entschädigt werden müsste (E. 2.fc und fd S. 21 ff.). Der Rekurrent rügt, dass dieser Vergleich ausser Acht lasse, dass die entsprechenden Parzellen der Vergleichsbauten deutlich grösser seien und daher trotz Unterschutzstellung mit weiteren Baukörpern überbaut werden könnten. Im Gegensatz zu seinem Haus handle es sich bei den Vergleichsobjekten um gemauerte Bauten, deren Unterhalt vergleichsweise sehr massvoll sei (Ziff. 11.4 der Beschwerdebeurteilung).

### 5.3

**5.3.1** Es drängt sich auf, zum Vergleich mit der Liegenschaft des Rekurrenten in erster Linie die Objekte heranzuziehen, die über einen gemeinsamen Zeitraum hinweg errichtet wurden und aus den selben Gründen in einem Zuge in das Denkmalverzeichnis aufgenommen wurden. Darüber hinaus sind auch weitere Objekte mitzuberechnen, welche die beiden Architekten des hier unter Schutz gestellten Gebäudes seinerzeit in Riehen erstellt hatten, aber bereits früher in das Denkmalverzeichnis eingetragen worden sind. Der Regierungsrat hat mit Beschluss vom 12. Juni 2007 neben dem Wohn- und Atelierhaus des Rekurrenten noch vier weitere Bauten in Riehen aufgrund ihrer baukünstlerischen, typologischen und architekturgeschichtlichen Bedeutung für das sog. Neue Bauen als schutzwürdig bezeichnet. Im Einzelnen handelt es sich dabei um folgende Bauten:

<u>Architekten</u>	<u>Hausbezeichnung</u>	<u>Baujahr</u>	<u>Adresse</u>
Artaria/Schmidt	Haus Colnaghi	1927	Wenkenstrasse 81
Otto & Walter Senn	Haus Senn	1934	Schnitterweg 40
Hermann Baur	Haus Frei	1935	Waltersgrabenweg 21
Franz Bräuning/ Hans Leu	Atelierhaus Kind für Brunhilde Damira	1929	Dinkelbergstrasse 20

Von Artaria/Schmidt waren bereits früher (2005 bzw. 1993) folgende zwei Bauten in Riehen unter Schutz gestellt worden:

<u>Architekten</u>	<u>Hausbezeichnung</u>	<u>Baujahr</u>	<u>Adresse</u>
Artaria/Schmidt	Haus Schaeffer	1927/28	Sandreuterweg 44
Artaria/Schmidt	Haus Huber	1928	Hackbergstrasse 29

Das Haus des Rekurrenten, welches 1926 von Paul Artaria und Hans Schmidt für den Maler Willi Wenk errichtet wurde, ist nicht das einzige Bauwerk dieser beiden Architekten, welches unter Denkmalschutz gestellt worden ist. In den Jahren 1993, 2005 und 2007 wurden insgesamt 3 weitere Häuser von Artaria/Schmidt in das Denkmalverzeichnis aufgenommen. Das Verwaltungsgericht hatte schon verschiedentlich Gelegenheit, sich mit Bauten der beiden Architekten in Riehen zu befassen und kam dabei zum Schluss, dass sowohl das Haus Schaeffer wie das Haus Colnaghi als Pionierbauten des Neuen Bauens bzw. der Klassischen Moderne gelten und deshalb erhaltens- und schützenswert sind (VGE 678/2007 vom 16. April 2008 E. 3.1 und 684/2005 vom 29. August 2007 E. 3). Das Haus Schaeffer bezeichnete es gar als "Ikone der Moderne" (VGE 684/2005 vom 29. August 2007 E. 3.1). Wie das Verwaltungsgericht in den zitierten Entscheiden unter Hinweis auf die einschlägige Fachliteratur ausführte, propagierten Artaria/Schmidt die Industrialisierung und Rationalisierung des Bauens unter Verwendung neuer Baumaterialien und Techniken. Sie verfochten eine Entflechtung der verschiedenen Gebäudefunktionen, die Minimierung von Raumbedarf und Baumaterial sowie die Typisierung des Bauens (z.B. der Grundrisse). Diese Ideen des Neuen Bauens finden sich exemplarisch auch im hier zu beurteilenden Fall. Wie der Regierungsrat in seinem Unterstellungsbeschluss vom 12. Juni 2007 (KB 7) ausführte, ist das von Artaria/Schmidt für den Maler Willi Wenk errichtete Atelierhaus gekennzeichnet durch eine ganz aus dem Material und der Konstruktion hergeleitete Formensprache ohne aufgesetzte Dekorationen. In diesem Sinne komme dem Haus Wenk auf dem Gebiet der Atelierhäuser eine Pionierrolle zu.

**5.3.2** Das Haus Wenk teilt sich seine Rolle als Wegbereiter des modernen Bauens unbestreitbar mit den desgleichen als Pionierbauten bezeichneten Häusern Colnaghi und Schaeffer, die ebenfalls in das Denkmalverzeichnis eingetragen worden sind (eingehend dazu auch der Bericht der Basler Denkmalpflege von Dezember 2004, Beilage 2 zum Antrag des Denkmalrats vom 31. März 2005, Verfahrensakten Unterschutzstellungsverfahren, KAB 2). Gleichwohl unterscheidet sich der vorliegende Fall nach Auffassung des Gerichts in zwei wesentlichen Punkten von diesen beiden Vergleichsfällen. Die Häuser Colnaghi und Schaeffer zeichnen sich in ihrer Bauweise und ihrem Charakter durch eine ausgeprägte Reduktion von Mitteln und Form aus. Das Haus Colnaghi wurde als erstes Wohnhaus in der Schweiz in Stahlskelett-

Bauweise mit einer Ausfachung aus Bimsbetonplatten ausgeführt. Es ist streng kubisch-geometrisch gegliedert, und die innere Disposition und Grundrissanlage folgt ganz den Prinzipien von rationellen Abläufen und Nutzungen (VGE 678/2007 vom 16. April 2008 E. 3.1). Das Haus Schaeffer wurde ebenso als Stahlskelettbau erstellt. Die äussere Fassade wurde in verputztem Backstein ausgeführt und innen mit Bimssteinplatten verkleidet, der Deckenrost aus I-Trägern mit Koenschen Rippendecken ausgefacht (VGE 684/2005 vom 29. August 2007 E. 3.1). Bereits mit dem Haus Wenk erprobten Artaria/Schmidt ihre Ideen eines Hauses nach den Gesetzen der industriellen Produktion. Sie entschieden sich – gewissermassen den Stahlskelettbau der beiden vorerwähnten Bauwerke vorwegnehmend – für eine leichtere Bauweise und wählten für die Tragkonstruktion ein Holzskelett aus Stützen und in Längsrichtungen verlaufenden Trägern in der Form verschraubter Doppelzangen. Auch die Schalung der Umfassungswände bestehen aus Holz (Bretterstruktur). Die Aussenhaut an der Ostfassade befindet sich noch im Originalzustand, während die übrige Fassade 1939 mit Eternitschindeln verkleidet wurde. Dieselbe Bretterstruktur findet sich auch im Innenausbau. In dieser nach dem Baukastensystem ausgeführten Zimmermannskonstruktion kommt ein nicht unbedeutender Unterschied zu den später in wesentlich festerer Bauweise (Stein, Beton) erstellten Bauwerken von Artaria/Schmidt (wie auch den übrigen Zeugen des Neuen Bauens) zum Ausdruck. Auch wenn man vom Haus Wenk nicht, wie es der Rekurrent tut, gleich von einer "alten mit Asbest-Eternit verkleideten Holzhütte" (Ziff. 4) sprechen kann, so ist dieses Haus dem Zahn der Zeit doch stärker ausgesetzt und weist gegenüber den Vergleichsobjekten zweifelsohne einen entsprechend erhöhten Unterhaltsbedarf aus.

Bezüglich der Wohnverhältnisse ist weiter anzuführen, dass der Wohntrakt, bestehend aus Wohn- und Schlafzimmer sowie den Funktionsräumen, in 4 gleich grosse, aneinandergereihte Segmente unterteilt ist. Diese Umsetzung der Ideen des Neuen Bauens, Form und Funktion des Bauwerks auf das Äusserste zu reduzieren, hat zu einer ungewöhnlichen Anordnung der Wohnräume mit gefangenem Zimmer geführt hat, was heutigen Wohnansprüchen nicht mehr entspricht. Eine Abänderung dieser Situation ist nach der Unterschutzstellung jedoch nicht mehr möglich. Ausserdem ist die Isolierung der Holzkonstruktion schlecht. Allerdings ist fraglich, inwiefern unter dem denkmalpflegerischen Erhaltungsgebot (§ 17 DSchG) eine energetische Sanierung der Holzschalungen überhaupt noch möglich ist. Im Lichte dieser Gegebenheiten ist jedenfalls festzustellen, dass der Wohnkomfort letztlich nicht mehr zeitgemäss ist.

**5.3.3** Schliesslich kann wie oben ausgeführt (E. 4.2.4) die restliche Fläche der Parzelle Nr. 396 wegen ihrer geringen Grösse (1'139 m<sup>2</sup>) und den bestehenden Zonenvorschriften baulich nicht weiter ausgenutzt werden. Demgegenüber weist die Mehrzahl der in E. 5.3.1 erwähnten Vergleichsobjekte eine grössere Grundstücksflächen auf. Insbesondere auf den Grundstücken mit den ebenfalls von Artaria/Schmidt erbauten Häusern Colnaghi (1'511 m<sup>2</sup>) und Schaeffer (1'405 m<sup>2</sup>) bestehen im Ge-

gensatz zur Liegenschaft des Rekurrenten noch ausreichend Freiflächen, um (Wohn)Bauten mit einer wirtschaftlich sinnvollen Nutzfläche zu erstellen. In dieser Hinsicht nimmt die Liegenschaft des Rekurrenten, auf der nach der Unterschutzstellung Neubauten ausgeschlossen sind, ohne weiteres eine Sonderstellung ein. Der vorliegende Fall unterscheidet sich dadurch gerade auch von der in BGer 1C\_487/2009 vom 10. August 2010 zu beurteilenden Konstellation, wo ein entschädigungspflichtiges Sonderopfer unter anderem auch deshalb verneint wurde, weil ein Teil des betroffenen Grundstücks frei überbaubar geblieben war (E. 7.3).

**5.3.4** Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Eintragung des als Holzbaute von Artaria/Schmidt errichteten Wohn- und Atelierhauses ins Denkmalverzeichnis im Rahmen der weiteren Unterschutzstellungen von Bauwerken des Neuen Bauens doch singulär erscheint. Die Holzbaute entspricht auch in ihrem Grundriss und ihrer Bauweise kaum mehr heutigen Vorstellungen des Wohnens an dieser Lage in Riehen. Der Schutz des Hauses Wenk aufgrund seines bau- und architekturgeschichtlichen Zeugniswertes trifft den Rekurrenten stärker als die Eigentümer der übrigen unter Schutz gestellten Bauwerke und der Mehrzahl der nicht von Denkmalschutzmassnahmen betroffenen Eigentümer in der gleichen Zone. Dies gilt umso mehr, als ihm jegliche Möglichkeit entzogen worden ist, seine Parzelle baulich besser zu nutzen.

Angesichts des Umstandes, dass im Bereich der Unterschutzstellung von Bauwerken (mit Ausnahme der Eintragung ganzer Ensembles) jeweils nur einzelne Grundeigentümer betroffen sind, liegt die Beweislast beim Rekursgegner, der zu belegen hat, dass sich die Verhältnisse in den Vergleichsfällen gleich (oder zumindest ähnlich) präsentieren und dem betroffenen Grundeigentümer somit kein Sonderopfer abverlangt wird. Nachdem der Rekurrent in der Rekursbegründung auf die besonderen baulichen Gegebenheiten wie auch auf den nur ihn treffenden Ausschluss weiterer Überbaumöglichkeiten hingewiesen hat, hätte der Rekursgegner sich nicht mit dem Hinweis auf die Ausführungen der Vorinstanz begnügen dürfen. Stattdessen hätte er die Vorbringen des Rekurrenten mittels entsprechender Abklärungen und Ausführungen widerlegen müssen.

## **6.**

**6.1** Um einen Entschädigungsanspruch begründen zu können, reicht es, wie in E. 2 unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung ausgeführt, nicht, wenn der Eingriff in die Eigentümerbefugnisse unter Gleichbehandlungsaspekten für den Betroffenen im Sinne eines Sonderopfers unzumutbar ist. Voraussetzung ist darüber hinaus, dass entweder ein bisheriger, rechtmässig ausgeübter oder ein sehr wahrscheinlich in naher Zukunft möglicher Gebrauch einer Sache eingeschränkt wird.

**6.2** Die Vorinstanz hat zwar die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit einer besseren wirtschaftlichen Nutzung der in der Bauzone 2a gelegenen Parzelle ange-



nommen (E. 2e S. 16 ff.). Sie hat jedoch die Realisierungswahrscheinlichkeit einer künftig besseren Nutzung der Parzelle verneint, weil der Rekurrent subjektiv keine Überbauungsabsicht gehabt habe. Zwar habe sich der Rekurrent nach dem Erwerb der Parzelle im Jahr 1985 und der Abparzellierungen entlang der Dinkelbergstrasse die Option für eine zukünftig bessere Überbauung der Restparzelle offen halten wollen. Er habe aber in all diesen Jahren die Idee des Ersatzes der geschützten Baute nicht weiterverfolgt und umgesetzt. Vielmehr habe er das Haus und Grundstück auch nach Ablauf des übernommenen, langfristigen Mietverhältnisses erneut vermietet und insgesamt rund CHF 200'000.– darin investiert. Zudem habe er im Rahmen des Verfahrens um Aufnahme der Baute in das Denkmalverzeichnis deutlich jede Absicht, das nunmehr geschützte Denkmal abzureissen, dementiert. Er habe daher keine Absicht gehabt, auf der Parzelle Neubauten zu realisieren. Eine Aufteilung der Parzelle, deren Überbauung mit je einem Baukörper und deren Verkauf sei erst auf den Zeitpunkt in Aussicht genommen worden, in dem er mit seiner Gattin nicht mehr die benachbarte Liegenschaft Mooshaldenweg 7 bewohnen könne. Zusammenfassend verneint die Vorinstanz daher die aktuelle Absicht einer besseren Nutzung der Parzelle.

**6.3** Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann offen gelassen werden. Das Bundesgericht hat die Bedeutung der subjektiven Bauabsichten relativiert und festgestellt, diese könnten für sich allein nicht entscheidend sein, um eine nach objektiven Massstäben gegebene enteignungsgleiche Wirkung auszuschliessen. Es komme mithin nicht darauf an, ob der Grundeigentümer für die nahe Zukunft Bauabsichten hegte (BGE 113 Ib 318 E. 3c S. 324 ff.; BGer 1C\_70/2008 vom 22. Juni 2009 E. 6.2.4). Die Lehre weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass das Eigentum seinem Träger den Entscheid, ob und wann er seine Befugnisse wahrnehmen will, frei lässt (vgl. RIVA, Hauptfragen, S. 144, 171 ff. und 282) und subjektive Kriterien daher keine Rolle spielen sollten (G. MÜLLER, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, hrsg. von Aubert et al., Stand Mai 1987, Basel et al., Art. 22ter Rz. 54; VALLENDER, in: Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, hrsg. v. Ehrenzeller et al., 2. A., St. Gallen 2008, Art. 26 Rz. 70; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz 2181 f.; RIVA, Kommentar RPG, Art. 5 Rz. 131 ff.). Sind Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse zu beurteilen, welche ein Grundstück "in einer einwandfrei ausgeschiedenen Bauzone betreffen – etwa (...) denkmalpflegerische Schutzmassnahmen -, unterbleibt regelmässig die Frage nach den Realisierungsaussichten" (RIVA, Hauptfragen, S. 175 f.) Bei einer inmitten des Siedlungsgebiets gelegenen Parzelle stellt sich die Frage, ob sie in naher Zukunft wahrscheinlich überbaut worden wäre, demzufolge nicht (RIVA, Hauptfragen, S. 281).

**6.4** Wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat, hätte die Liegenschaft des Rekurrenten vor ihrer Unterschützstellung nach der für sie gültigen Bauzone 2a besser genutzt werden können (E. 2.e S. 17). Dies hatte auch der Rekursgegner bereits in sei-

ner Klageantwort eingeräumt (Rz. 45). Konnte die Liegenschaft im Zeitpunkt ihrer Aufnahme in das Denkmalverzeichnis ohne weiteres überbaut werden – spezielle Planungsmassnahmen, die vorbehalten gewesen wären, sind nicht bekannt -, ist die Wahrscheinlichkeit einer intensiveren Gebrauchs im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu bejahen.

## 7.

In Zusammenfassung der Erwägungen ist festzustellen, dass die Unterschutzstellung der Liegenschaft des Rekurrenten am Mooshaldenweg 5 in Riehen einen entschädigungspflichtigen Eingriff in seine Eigentümerbefugnisse darstellt, womit sein Rekurs gutzuheissen ist. Da das Verfahren vor der Expropriationskommission auf seinen Antrag hin auf die Frage des Vorliegens einer materiellen Enteignung beschränkt worden ist, ist die Sache seinem Antrag im Rekursverfahren gemäss an die Vorinstanz zur Festsetzung der Höhe der vom Rekursgegner aus materieller Enteignung geschuldeten Entschädigung zurückzuweisen. Bezüglich der Kostentragung gelten gemäss § 65 Abs. 5 EntG, welche Bestimmung der allgemeinen Regelung von § 30 VRPG vorgeht (VGE 607/2000 vom 17. August 2000 E. 2), die Vorschriften der Zivilprozessordnung. § 12 Abs. 2 der Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt vom 15. Dezember 2004 (HO) in der bis zum 31. Dezember 2010 gültigen und auf den vorliegenden Fall anwendbaren Fassung verweist für die Berechnung des Honorars in vermögensrechtlichen Verwaltungsgerichtssachen auf die Bestimmungen für Zivilprozesse mit bestimmtem Streitwert. Der Rekurrent hat das vorliegende Verfahren mit einer Klage auf Zahlung einer Enteignungsentschädigung in Höhe von CHF 583'000.–, Mehrforderung vorbehalten, eingeleitet. Es kann daher von einem Streitwert von rund CHF 600'000.– ausgegangen werden, was nach § 4 Abs. 1 lit. b HO ein Grundhonorar von CHF 32'480.– ergibt. Hiervon ist ein Abzug in der hälftigen Höhe vorzunehmen, nachdem das Verfahren auf die Frage nach dem Vorliegen einer materiellen Enteignung beschränkt worden ist (§ 7 HO). Vom Betrag von CHF 16'240.– ist für das zweitinstanzliche Verfahren wiederum ein Drittel abzuziehen (§ 11 Abs. 1 HO), was einen Betrag von CHF 10'820.– ergibt. Dem obsiegenden Rekurrent ist demzufolge eine (gerundete) Parteientschädigung in der Höhe von CHF 11'000.– zuzüglich ausgewiesener Auslagen von CHF 295.50 sowie Mehrwertsteuer von CHF 903.65, total CHF 12'199.15 zu Lasten des Beschwerdegegners zuzusprechen. Verfahrenskosten werden bei diesem Ausgang des Verfahrens praxisgemäss nicht erhoben.

### **Demgemäss erkennt das Verwaltungsgericht:**

://: Der Rekurs wird gutgeheissen und die Sache wird zur Festsetzung der aus materieller Enteignung geschuldeten Entschädigung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Es werden keine Kosten erhoben.

Der Rekursgegner trägt eine Parteientschädigung an den Rekurrenten von CHF 12'199.15.

### **Entscheid des Bundesgerichts 1C\_443/2011 vom 20. April 2012 in derselben Angelegenheit:**

#### **Sachverhalt**

##### **A.**

X.\_\_\_\_\_ ist Eigentümer der aneinander angrenzenden Parzellen Nrn. 396 und 401 in Riehen (Mooshaldenweg 5 und 7). Die Parzelle Nr. 396 ist mit einem von den Architekten Paul Artaria und Hans Schmidt konzipierten, eingeschossigen Wohngebäude mit Künstleratelier aus Holz aus dem Jahr 1926 überbaut (Haus "Wenk"). Mit Beschluss vom 12. Juni 2007 stellte der Regierungsrat das Äussere und das Innere dieser Baute unter Denkmalschutz. Mit Eingabe vom 7. Februar 2008 beantragte X.\_\_\_\_\_ beim Baudepartement (heute: Bau- und Verkehrsdepartement, BVD) erfolglos die Ausrichtung einer Enteignungsentschädigung aufgrund der Unterschutzstellung.

Mit Klage vom 24. September 2008 an die Expropriationskommission des Kantons Basel-Stadt verlangte X.\_\_\_\_\_, der Kanton Basel-Stadt sei zur Leistung einer Enteignungsentschädigung zu verurteilen. Auf seinen Antrag beschränkte die Expropriationskommission das Verfahren zunächst auf die Frage des Vorliegens einer materiellen Enteignung. Sie verneinte die Frage und wies die Klage mit Urteil vom 17. November 2009 ab.

Einen von X.\_\_\_\_\_ gegen das Urteil der Expropriationskommission erhobenen Rekurs hiess das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt mit Urteil vom 20. Mai 2011 gut. Es bejahte eine materielle Enteignung und wies die Sache zur Festsetzung der Entschädigung an die Vorinstanz zurück.

##### **B.**

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht vom 6. Oktober 2011 beantragt der Kanton Basel-Stadt, das Urteil des Appellationsgerichts sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Unterschutzstellung der Liegenschaft Mooshaldenweg 5 in Riehen keine materielle Enteignung darstelle und entschädigungslos zu dulden sei.

Das Appellationsgericht hat sich vernehmen lassen, ohne einen förmlichen Antrag zu stellen. Der Beschwerdegegner beantragt im Wesentlichen die Abweisung der Beschwerde und die Feststellung, dass der Grundtatbestand bzw. der Sonderopfertat-

bestand der materiellen Enteignung erfüllt sei. In seiner Replik hält der Beschwerdeführer an seinen Anträgen und Rechtsauffassungen fest. Das Appellationsgericht hat sich zu dieser Replik des Beschwerdeführers mit einer weiteren Eingabe geäußert.

## **Erwägungen**

### **1.**

**1.1** Beim angefochtenen Urteil handelt es sich um einen kantonal letztinstanzlichen Entscheid betreffend das Vorliegen einer materiellen Enteignung. Dieser Entscheid unterliegt der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG). Ausnahmegründe im Sinne von Art. 83 BGG sind nicht gegeben. Der Kanton Basel-Stadt ist zur Beschwerde berechtigt (Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG i.V.m. Art. 34 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 2 RPG [SR 700]). Das angefochtene Urteil schliesst das Verfahren nicht ab, sondern weist die Sache zur Festsetzung der Entschädigung an die Expropriationskommission zurück. Würde das Bundesgericht die Beschwerde des Kantons Basel-Stadt gutheissen, so würde das Verfahren indessen abgeschlossen und erübrigte sich die Festsetzung der Enteignungsentschädigung durch die Expropriationskommission. Die Voraussetzungen von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG, wonach gegen selbstständige Vor- und Zwischenentscheide die Beschwerde zulässig ist, wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit und Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde, sind damit erfüllt. Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

**1.2** Der Beschwerdeführer beantragt, es sei festzustellen, dass die Unterschuttung der Liegenschaft Mooshaldenweg 5 in Riehen keine materielle Enteignung darstellt und entschädigungslos zu dulden ist. Ein Interesse an einer derartigen Feststellung, welches über das Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids hinausgeht, wird indessen nicht dargetan und ist auch nicht erkennbar. Auf das Feststellungsbegehren ist nicht einzutreten (vgl. Urteile 1C\_45/2009 vom 6. Juli 2009 E. 1.5; 2C\_737/2010 vom 18. Juni 2011 E. 4.6; je mit Hinweisen). Aus demselben Grund ist auf den Antrag des Beschwerdegegners, es sei festzustellen, dass der Grundtatbestand bzw. der Sonderopfertatbestand der materiellen Enteignung erfüllt sei, nicht einzutreten (vgl. diesbezüglich auch BGE 134 III 332 E. 2.5 S. 335 f. mit Hinweisen, wonach das Bundesgerichtsgesetz keine Anschlussbeschwerde vorsieht).

### **2.**

**2.1** Eine materielle Enteignung im Sinne von Art. 26 Abs. 2 BV und Art. 5 Abs. 2 RPG liegt vor, wenn dem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch einer Sache untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil der betroffenen Person eine wesentliche aus dem Eigentum fließende Befugnis entzogen wird (erste Tatbestandsvariante der materiellen Ent-

eignung). Geht der Eingriff weniger weit, so kann ausnahmsweise eine Eigentumsbeschränkung einer Enteignung gleichkommen, falls ein einziger oder einzelne Grundeigentümer so getroffen werden, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erscheint und es mit der Rechtsgleichheit nicht zu vereinbaren wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde (zweite Tatbestandsvariante der materiellen Enteignung, sogenanntes Sonderopfer; zum Ganzen: BGE 131 II 728 E. 2 S. 730 mit Hinweisen).

**2.2** Das Appellationsgericht kam im angefochtenen Entscheid zum Schluss, dass die Unterschutzstellung des Hauses Wenk eine materielle Enteignung bewirkt habe. Zur Begründung führte es aus, das Haus sei integral unter Schutz gestellt worden. Dies bedeute grundsätzlich einen erheblichen Eingriff in die Eigentümerbefugnisse, wobei jedoch die konkreten Verhältnisse zu würdigen seien. Vorliegend sei zu berücksichtigen, dass der Eigentümer es beim Abschluss des Mietvertrags im Jahr 2005 in der Hand gehabt hätte, den Mietzins auf ein marktgerechtes Niveau anzuheben. Im Mietvertrag vom 6. Mai 2005 sei jedenfalls ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass der vereinbarte Mietzins von Fr. 1'760.-- nicht den gesetzlich zulässigen Ertrag bringe. Dass das Haus trotz seines bescheidenen Komforts, seines besonderen Grundrisses und der ungewöhnlichen Anordnung der Wohnräume weiterhin zu Wohnzwecken genutzt werden könne, habe der Augenschein vom 20. Mai 2011 offensichtlich gezeigt. Unberührt geblieben sei auch die Möglichkeit, die Liegenschaft für ein stilles Gewerbe zu nutzen oder Teile davon abzuparzellieren und zu veräussern. Insgesamt sei indessen die weitere bauliche Nutzung der Parzelle aufgrund der Unterschutzstellung der Baute stark beschränkt. Ohne die Massnahme hätten zwei Einfamilienhäuser mit je grösserer Wohnfläche als die bestehende Baute verwirklicht werden können. Die Unterschutzstellung bewirke, dass der Umgestaltung und Erweiterung des Gebäudes enge Grenzen gesetzt seien. Die Errichtung einer zweiten Baute sei kaum mehr praktikabel, auch wenn man die Möglichkeit der Zusammenlegung mit der benachbarten Parzelle Nr. 401 beziehungsweise die Möglichkeit eines Nutzungstransfers berücksichtige. Ob diese Einschränkungen die Intensität erreichten, welche für den Grundtatbestand der materiellen Enteignung erforderlich sei, könne jedoch offen bleiben, weil jedenfalls der Sonderopfertatbestand erfüllt sei.

Zur Frage des Sonderopfers erwog das Appellationsgericht, es dränge sich auf, zum Vergleich mit der Liegenschaft des Beschwerdegegners in erster Linie die Objekte heranzuziehen, die über einen gemeinsamen Zeitraum hinweg errichtet und aus denselben Gründen in einem Zug in das Denkmalverzeichnis aufgenommen wurden. Darüber hinaus seien auch weitere Objekte mitzuberücksichtigen, welche die beiden Architekten Artaria und Schmidt in Riehen erstellt hatten, die aber bereits früher in das Denkmalverzeichnis eingetragen worden sind. Das Appellationsgericht identifizierte auf diese Weise insgesamt sechs Vergleichsobjekte. Den Unterschied zu diesen erblickte es darin, dass die Baute des Beschwerdegegners einen erhöhten Unterhaltsbedarf habe und dass die sechs Vergleichsobjekte eine grössere Grund-

stücksfläche aufweisen, worauf (zusätzliche) Wohnbauten mit einer wirtschaftlich sinnvollen Nutzfläche erstellt werden könnten. Das Appellationsgericht schloss daraus, dass die vorliegende Unterschutzstellung im beschriebenen Rahmen als singular erscheine. Die Holzbaute entspreche zudem in ihrem Grundriss und ihrer Bauweise kaum mehr den heutigen Vorstellungen des Wohnens an dieser Lage in Riehen. Der Schutz des Hauses Wenk treffe den Beschwerdegegner stärker als die Eigentümer der übrigen unter Schutz gestellten Bauwerke und der Mehrzahl der nicht von Denkmalschutzmassnahmen betroffenen Eigentümer der gleichen Zone. Das BVD habe nicht nachweisen können, dass sich die Verhältnisse in den Vergleichsfällen gleich (oder zumindest ähnlich) präsentierten und dem betroffenen Grundeigentümer kein Sonderopfer abverlangt werde. Schliesslich sei nicht relevant, dass der Beschwerdegegner das Haus 2005 erneut vermietet, insgesamt rund Fr. 200'000.-- darin investiert und jegliche Absicht, es abzureissen, dementiert habe. Massgeblich sei, dass die Liegenschaft in der Bauzone 2a besser genutzt werden könnte.

**2.3** Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 5 Abs. 2 RPG und Art. 26 Abs. 2 BV. Beim Grundtatbestand der materiellen Enteignung komme es nicht darauf an, welche Neu- und Ausbaumöglichkeiten denkbar seien. Vielmehr müsse ein Grundeigentümer mit Änderungen der zulässigen Nutzung rechnen und sie ohne Entschädigung hinnehmen, solange er die Liegenschaft noch wirtschaftlich sinnvoll und bestimmungsgemäss verwenden könne. Dies habe das Appellationsgericht verkannt und deshalb die Frage, ob der Grundtatbestand der materiellen Enteignung gegeben sei, zu Unrecht offen gelassen. Obwohl unter diesen Vorzeichen nicht relevant, sei zudem anzumerken, dass es nicht zutrefte, dass das BVD in seiner Vernehmlassung vom 16. Februar 2011 einen weiteren Ausbau nicht als vorstellbar bezeichnet habe. Mit Verweis auf eine entsprechende Skizze habe das BVD nämlich bestätigt, dass eine Erweiterung des Quertrakts aus Sicht der Denkmalpflege denkbar sei. Lediglich ein Ausbau, der darüber hinausgehe, etwa eine Erweiterung auf der Ostseite, sei als nicht realisierbar eingestuft worden. Auch habe es dargelegt, dass an zwei Orten auf der Parzelle noch ein zusätzliches Gebäude erstellt werden könne, auch wenn die Realisierbarkeit tatsächlich nicht einfach sei.

Auch von einem Sonderopfer könne nicht gesprochen werden. Der Beschwerdegegner sei nicht anders behandelt worden als andere Personen, die sich in gleichen oder ähnlichen Verhältnissen befinden. Weder sei seine Liegenschaft als einzige Riehener Baute der frühen Moderne ins Denkmalverzeichnis aufgenommen worden noch seien ihm durch die Unterschutzstellung andere, weitergehende Verpflichtungen auferlegt worden als den übrigen Eigentümern von gleich schutzwürdigen Denkmälern. Unterschiede in den tatsächlichen Gegebenheiten, wie sie das Appellationsgericht herangezogen habe, könnten höchstens dann ein Sonderopfer begründen, wenn mit der Unterschutzstellung eine stossende Rechtsungleichheit verbunden sei. In dieser Hinsicht sei zu berücksichtigen, dass das Haus Wenk für die Beherbergung einer vielköpfigen Familie weniger geeignet sein möge, andere Nutzergruppen das Haus aber

sehr gut bewohnen könnten. Auch bestehe die Möglichkeit, das Gebäude für die Ausübung eines stillen Gewerbes zu verwenden. Die vorinstanzlichen Ausführungen zum Unterhaltsbedarf seien ebenfalls zu korrigieren bzw. zu relativieren. Es sei zu berücksichtigen, dass gemäss § 11 des Gesetzes des Kantons Basel-Stadt vom 20. März 1980 über den Denkmalschutz (SG 497.100) an die Kosten der Erhaltung und Restaurierung von Denkmälern Beiträge geleistet werden können. Gestützt auf die Ausführungen des damaligen Leiters der Denkmalpflege des Kantons Basel-Stadt sei die Expropriationskommission in ihrem Urteil zum Schluss gekommen, dass eine wärmetechnische Sanierung möglich sei. In ihrer Vernehmlassung vor dem Appellationsgericht habe sich das BVD dieser fachlichen Einschätzung angeschlossen. Dessen ungeachtet und ohne entsprechende Begründung habe das Appellationsgericht es als fraglich bezeichnet, inwiefern eine wärmetechnische Sanierung der bestehenden Holzkonstruktion überhaupt noch möglich sei. Im vorliegenden Fall sei möglich, die bestehende Holzschalung zu entfernen, um eine Wärmedämmschicht und dann wieder die Original- oder eine neue Holzverkleidung anzubringen. § 10b der Verordnung des Kantons Basel-Stadt vom 9. Dezember 2008 betreffend die Denkmalpflege (SG 497.110) sehe vor, dass bei der Beurteilung von Veränderungen an eingetragenen Denkmälern unter anderem die Bedeutung der beantragten Veränderung für die Weiternutzung des Denkmals sowie ein allfälliges öffentliches Interesse an der beantragten Veränderung, beispielsweise bei Energiesparmassnahmen, zu berücksichtigen seien. Schliesslich ergebe sich bei genauerem Hinsehen, dass es bei einer Mehrzahl der Vergleichsbeispiele ebenfalls nicht möglich sei, die verbleibende Grundstückfläche durch eine wirtschaftlich attraktive Überbauung besser zu nutzen. Man müsse in diesem Zusammenhang auch berücksichtigen, dass der Beschwerdegegner das heute denkmalgeschützte Haus im Jahre 1985 samt einem Grundstück von 2'877 m<sup>2</sup> erworben habe. Eine Fläche von 1'738 m<sup>2</sup> habe er abparzelliert und verkauft.

Eine weitere Kritik des Beschwerdeführers richtet sich auf die Bewertung der Bauabsicht durch das Appellationsgericht. Der Beschwerdeführer weist darauf hin, dass der Beschwerdegegner zweimal schriftlich beteuert habe, das Haus Wenk nicht abreißen zu wollen. Auf diese Aussage habe sich der Regierungsrat im Zeitpunkt der Unterschutzstellung nach Treu und Glauben verlassen dürfen.

**2.4** Eine Denkmalschutzmassnahme, auch wenn mit ihr ein Gebäude integral unter Schutz gestellt wird, bedeutet nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur dann einen entschädigungspflichtigen Eingriff in den bisherigen oder voraussehbaren künftigen Gebrauch, wenn sie es dem Eigentümer nicht mehr erlaubt, sein Grundstück bestimmungsgemäss und wirtschaftlich gut zu nutzen. Nicht entscheidend ist dagegen, welche Nutzung beziehungsweise Rendite bei einer Neuüberbauung der Liegenschaft realisierbar wäre, oder, anders ausgedrückt, welche Wertverminderung die Unterschutzstellung bewirkt (BGE 117 Ib 262 E. 2a S. 264; 112 Ib 263 E. 4 S. 266 ff.; 111 Ib 257 E. 4b S. 266; Urteile 1A.120/1993 vom 23. Mai 1995 E. 5b und d,

in: ZBI 98/1997 S. 179; 1A.95/1994 vom 4. April 1995 E. 5a; je mit Hinweisen; ENRICO RIVA, Aktuelle Entwicklungen im Recht der materiellen Enteignung, in: Temi scelti di diritto espropriativo, 2010, S. 73).

## **2.5**

**2.5.1** In dieser Hinsicht als wesentlich erweist sich die Feststellung im angefochtenen Entscheid, dass das integral unter Schutz gestellte Gebäude zu Wohnzwecken unverändert genutzt werden kann, was laut dem Appellationsgericht vom Beschwerdegegner auch nicht bestritten wird. Dieser mache lediglich geltend, dass das Haus zu wirtschaftlich unvorteilhaften Konditionen vermietet werde. Das Appellationsgericht hielt in diesem Zusammenhang weiter fest, dass der Beschwerdegegner beim Abschluss des Mietvertrags im Jahre 2005 mit der Tochter der bisherigen Mieterin den Mietzins auf ein marktgerechtes Niveau hätte anheben können, worauf er aber verzichtet habe. Trotz der für heutige Bedürfnisse ungewöhnlichen Anordnung der Wohnräume verbleibe dem Eigentümer durchaus eine bestimmungsgemässe und wirtschaftlich sinnvolle Nutzung. Unberührt geblieben sei im Übrigen die Möglichkeit, die Liegenschaft für ein stilles Gewerbe zu nutzen.

**2.5.2** Unter diesen Voraussetzungen ist nicht von einer besonders schwer wiegenden Eigentumsbeschränkung auszugehen, zumal eine bestimmungsgemässe und wirtschaftlich gute Nutzung nach den vorinstanzlichen Feststellungen möglich bleibt. Umgekehrt ist nach dem Gesagten nicht massgebend, ob die Liegenschaft des Beschwerdegegners in der Bauzone 2a besser genutzt werden könnte, wie dies das Appellationsgericht annimmt. Hinzu kommt, dass das Appellationsgericht davon ausgeht, dass durchaus gewisse Änderungsmöglichkeiten im Innenausbau möglich sind. Unbestritten ist dies in Bezug auf die Anpassung der Isolation an heutige wärmetechnische Anforderungen. Umstritten ist dagegen, ob die bauliche Erweiterung des Hauses den Schutzvorschriften widersprechen würde. Das Appellationsgericht erwähnt zunächst die Erweiterung des Quertrakts, beispielsweise zur Einrichtung einer neuen Küche, um dann jedoch darauf hinzuweisen, dass das BVD in seiner Vernehmlassung vom 16. Februar 2011 ausgeführt habe, dass ein weiterer Ausbau des Denkmals, beispielsweise eine Erweiterung auf der Ostseite, aus heutiger Sicht nicht mehr vorstellbar sei. Es erscheine daher praktisch ausgeschlossen, zusätzlichen Wohnraum über eine bauliche Erweiterung des Schutzobjekts zu gewinnen. Der Beschwerdeführer weist zu Recht darauf hin, dass die Äusserung des BVD in der besagten Vernehmlassung eine andere war. Es hat darin die Ansicht der Expropriationskommission bestätigt, wonach eine Erweiterung des Quertrakts denkbar ist, und lediglich einen darüber hinausgehenden Ausbau als unvorstellbar eingestuft. Die Sachverhaltsfeststellung im angefochtenen Entscheid entspricht insofern nicht den Akten und ist zu korrigieren (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG). Genau welche baulichen Veränderungen auch in Zukunft noch zulässig sein werden, braucht indessen vorliegend nicht entschieden zu werden. Massgeblich ist nach dem Gesagten,



dass eine bestimmungsgemässe und wirtschaftlich gute Nutzung auch künftig möglich sein wird.

**2.5.3** Unter dem Titel der ersten Tatbestandsvariante der materiellen Enteignung erachtete das Appellationsgericht unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung als weiteres wesentliches Kriterium, ob wenigstens auf dem restlichen Teil der Parzelle noch ein Gebäude errichtet werden könnte. Dieses Kriterium zog es auch heran, um den Tatbestand des Sonderopfers zu bejahen. Es trifft zu, dass sich nach der Rechtsprechung die Frage, ob dem Eigentümer eine angemessene wirtschaftliche Nutzung verbleibt, nicht allein mit Blick auf das Schutzobjekt, sondern auch auf dessen Umschwung beurteilt (Urteil 1C\_487/2009 vom 10. August 2010 E. 2.2 mit Hinweisen). Indessen lässt sich eine derartige Gesamtbetrachtung im vorliegenden Fall nicht als Argument für die Bejahung einer materiellen Enteignung heranziehen. Im Urteil 1A.120/1993 vom 23. Mai 1995 hielt das Bundesgericht fest, dass, wenn ein unter Schutz gestelltes Gebäude sehr schlecht nutzbar ist und zudem durch die verfügte Eigentumsbeschränkung eine weitere Überbauung der betreffenden, grossen Parzelle verhindert wird, es durchaus denkbar ist, dass in einem solchen Fall eine enteignungsähnliche Situation zu erblicken wäre (a.a.O. E. 5d). Im Urteil 1A.95/1994 vom 4. April 1995 hatte sich das Bundesgericht mit dem Einwand des von einer Unterschutzstellung betroffenen Beschwerdeführers auseinanderzusetzen, welcher geltend machte, das geschützte Wohnhaus benötige aufgrund der erforderlichen Grenzabstände nur ein Grundstück mit einer Fläche von 1'032 m<sup>2</sup>. Die Unterschutzstellung der gesamten Liegenschaft (inkl. Garten) mit einer Fläche von rund 1'776 m<sup>2</sup> führe somit zumindest insoweit zu einer materiellen Enteignung, als neben der für das bestehende Wohnhaus erforderlichen Fläche zusätzlich 744 m<sup>2</sup> Land nicht mehr überbaut werden dürften. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass bei der verbleibenden Fläche von 744 m<sup>2</sup> nicht von einem selbstständig verwertbaren Grundstücksteil gesprochen werden kann (a.a.O. E. 6). Aus dieser Rechtsprechung lässt sich zum einen ableiten, dass eine materielle Enteignung infolge einer Denkmalschutzmassnahme zur Diskussion steht, wenn die nicht überbaute Parzellenfläche gross ist und aufgrund eines sie erfassenden Bauverbots nicht mehr bestimmungsgemäss und wirtschaftlich sinnvoll genutzt werden kann. Zum andern ist daraus ersichtlich, dass es nicht für eine materielle Enteignung spricht, wenn das bestehende Gebäude die Parzelle bereits in grossem Umfang ausnutzt und folglich in Bezug auf die restliche Fläche nicht von einem selbstständig verwertbaren Grundstücksteil gesprochen werden kann. Ein derartiger Fall liegt hier vor. Es besteht in Bezug auf den Umschwung des Hauses Wenk kein Bauverbot. Das Haus nutzt die bestehende Parzellenfläche bereits gut aus, sodass faktisch auf der verbleibenden Fläche kaum mehr ein Gebäude errichtet werden könnte. Dieser Umstand spricht, entgegen den Erwägungen im angefochtenen Entscheid, für die Annahme, die gegenwärtige Nutzung sei bestimmungsgemäss und wirtschaftlich gut, nicht dagegen.

**2.6** Zu prüfen bleibt, ob dem Beschwerdegegner mit der Schutzmassnahme ein unzumutbares Opfer zugunsten der Allgemeinheit auferlegt worden ist, sodass es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn ihm hierfür keine Entschädigung geleistet würde. Nach dem Gesagten ist dabei unwesentlich, ob Vergleichsobjekte eine grössere Grundstücksfläche aufweisen, worauf (zusätzliche) Wohnbauten mit einer wirtschaftlich sinnvollen Nutzfläche erstellt werden könnten. Ein Sonderopfer vermag auch nicht der Umstand zu begründen, dass das Haus Wenk einen gegenüber Vergleichsobjekten erhöhten Unterhaltsbedarf aufweist. Massgeblich sind auch hier die verbleibenden Nutzungsmöglichkeiten, welche nach dem Gesagten nach wie vor als wirtschaftlich gut bezeichnet werden können (vgl. BGE 112 Ib 263 E. 5b S. 269 f.; 111 Ib 257 E. 4c S. 268 f.; Urteil 1A.19/2004 vom 25 Oktober 2004 E. 3.2.2, in: ZBI 107/2006 S. 41; je mit Hinweisen). Zudem ist zu berücksichtigen, dass gemäss § 11 des kantonalen Gesetzes über den Denkmalschutz Beiträge an die Kosten der Erhaltung und Restaurierung von Denkmälern geleistet werden können (vgl. BGE 112 Ib 263 E. 5b S. 269; Urteile 1A.19/2004 vom 25 Oktober 2004 E. 3.2.2, in: ZBI 107/2006 S. 41; 1A.95/1994 vom 4. April 1995 E. 7b mit Hinweis). Insgesamt kann deshalb nicht gesagt werden, dem Beschwerdegegner werde durch die Denkmalschutzmassnahme ein Sonderopfer abverlangt.

### **3.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass das Appellationsgericht zu Unrecht von einer materiellen Enteignung ausgegangen ist und dadurch Art. 26 Abs. 2 BV und Art. 5 Abs. 2 RPG verletzt hat. Wie es sich mit dem vom Beschwerdeführer zusätzlich ins Feld geführten Umstand verhält, dass der Beschwerdegegner zweimal schriftlich bezeugt hat, das Haus Wenk nicht abreißen zu wollen, kann bei diesem Ergebnis offen bleiben. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Die Sache wird zur neuen Entscheid über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens an das Appellationsgericht zurückgewiesen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten dem unterliegenden Beschwerdegegner aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Dem obsiegenden beschwerdeführenden Kanton Basel-Stadt ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

#### **1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Entscheid aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Beurteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

#### **2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 3'000.-- werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht schriftlich mitgeteilt.

## Gericht für Strafsachen

Das Gericht für Strafsachen beurteilt erstinstanzlich von der Staatsanwaltschaft überwiesene Anklagen sowie Einsprachen gegen Strafbefehle der Staatsanwaltschaft. Die wichtigsten gesetzlichen Grundlagen sind das Schweizerische Strafgesetzbuch und die Schweizerische Strafprozessordnung sowie eidgenössische und kantonale Nebenstrafgesetze. Ausserdem entscheidet das Strafgericht als Zwangsmassnahmengericht über die Anordnung und Verlängerung von Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft sowie über Überwachungsmaßnahmen (z.B. Telefonüberwachung). Die neun Präsidentinnen und Präsidenten rotieren im jährlichen Turnus innerhalb der verschiedenen Abteilungen (ordentliches Verfahren, Einspracheverfahren, Zwangsmassnahmengericht).

## Tätigkeiten und Projekte

### Auswirkungen der eidgenössischen Strafprozessordnung

#### a) Entwicklung der Fallzahlen

In den Jahresberichten 2010 und 2011 wurden Änderungen und erste Konsequenzen der eidg. StPO, die seit 1. Januar 2011 in Kraft ist, erörtert. Dabei musste 2011 eine unerwartet markante Abnahme der eingegangenen Fälle konstatiert werden, wobei im Jahresbericht darauf hingewiesen wurde, dass es noch zu früh sei, aus diesen ersten Zahlen einen generellen Trend abzuleiten. Die statistische Auswertung der Zahlen für das Jahr 2012 erlaubt es nun deutlich besser, die tatsächlichen Auswirkungen der eidg. StPO zu kommentieren.

Dank der Abnahme der eingegangenen Fälle im ordentlichen Verfahren auf Anklage im Jahr 2011 war es möglich, 2012 Rückstände aus früheren Jahren aufzuarbeiten. So waren per Ende 2012 mit 97 unerledigten Fällen deutlich weniger Verfahren pendent als Ende 2011 (280). Im Berichtsjahr wurde von der Staatsanwaltschaft mit 346 Verfahren gut ein Drittel mehr Fälle ans Strafgericht geschickt als 2011 (221). Dies macht deutlich, dass die Anpassungen in der Organisation bei der Staatsanwaltschaft unterdessen abgeschlossen sind und dementsprechend mehr Verfahren erledigt und ans Strafgericht überwiesen werden konnten als im Vorjahr.

Bei den ordentlichen Verfahren zeichnete sich 2012 eine deutliche Tendenz zu weniger Verhandlungen vor dem Einzelgericht ab (153 Verhandlungen gegenüber 237 im Jahre 2011). Die Abnahme der Verhandlungen vor dem Einzelgericht dürfte darin begründet sein, dass ein Teil der früher vor Einzelgericht verhandelten Fälle wegen der eidg. StPO nun im Strafbefehlsverfahren durch die Staatsanwaltschaft erledigt wird, und zwar diejenigen Fälle, bei denen Sanktionen zwischen 90 und 180 Tagessätzen Geldstrafe bzw. zwischen 3 und 6 Monaten Freiheitsstrafe zur Diskussion stehen.

Die Statistik über die beiden ersten Jahre seit Inkrafttreten der eidg. StPO zeigt zudem, dass sich bei den ordentlichen Verfahren die Anzahl der Sitzungshalbtage im Verhältnis zu den erledigten Fällen gegenüber den vorangegangenen Jahren verschoben hat. Während früher im Durchschnitt auf einen erledigten Fall etwas mehr als ein Sitzungshalbtage entfiel, hat sich dieses Verhältnis 2011 und 2012 nahezu verdoppelt. So wurden 2012 für die Erledigung von 309 Fällen 594 Sitzungshalbtage und 2011 für 389 erledigte Fälle 680 Sit-

zungshalbtage benötigt. Der Zeitaufwand des Gerichts zur Beurteilung eines einzelnen Falles im ordentlichen Verfahren hat damit seit Inkrafttreten der eidg. StPO deutlich zugenommen. Dies mag auf den ersten Blick erstaunen, da zur Durchführung der Parteiverhandlung vor Gericht weniger Zeit aufgewendet werden muss als früher, weil die Akten von den Richterinnen und Richtern vor der Hauptverhandlung studiert werden müssen und ihnen somit bekannt sind, während die alte baselstädtische StPO vorschrieb, dass die Richterinnen und Richter vor der Hauptverhandlung keine Aktenkenntnis haben dürfen, und deswegen die gesamten Akten in der Hauptverhandlung revidiert werden mussten. Die Zunahme der Sitzungshalbtage ist vor allem darauf zurückzuführen, dass die einfacheren Fälle neu im Strafbefehlsverfahren und nicht mehr im ordentlichen Verfahren erledigt werden.

Im Zusammenhang mit der eidg. StPO wurde vielfach darauf hingewiesen, dass das abgekürzte Verfahren wesentlich zur Entlastung der Strafgerichte beitragen werde, indem nicht zuletzt auch in umfangreichen Fällen diese vereinfachte Art der Verfahrenserledigung zur Anwendung kommen könne. Das abgekürzte Verfahren hat in Basel-Stadt allerdings auch 2012 keine Rolle gespielt. Von den 309 behandelten Fällen wurden nur gerade drei (2011: zwei Fälle) im abgekürzten Verfahren erledigt. Das Strafgericht kann im Übrigen keinen Einfluss darauf nehmen, ob ein Fall im abgekürzten Verfahren behandelt wird oder nicht. Darüber entscheidet abschliessend die Staatsanwaltschaft auf Antrag der beschuldigten Person.

Bei den Anklagen auf Einsprache (gegen einen Strafbefehl) waren 2012 ausschliesslich neurechtliche Fälle zu beurteilen, da per Ende 2011 sämtliche altrechtlichen Einsprachen erledigt werden konnten. Bei dieser Verfahrensart war im Berichtsjahr eine Steigerung der Falleingänge um mehr als das Doppelte im Vergleich zum Vorjahr zu verzeichnen (836 eingegangene Fälle gegenüber 358 im Jahr 2011). Diese Zunahme hängt direkt mit der Erhöhung der Zahl der durch die Staatsanwaltschaft ausgestellten Strafbefehle zusammen, und dies wirkt sich selbstredend auch auf die Anzahl Einsprachen aus, die als Anklage ans Strafgericht überwiesen werden. Die Zunahme der Anklagen auf Einsprache führte dazu, dass die Präsidialstellenprozente für die Beurteilung von Einsprachen 2012 intern von 100% auf 150% erhöht wurden und dass ab 2013 weitere 50%, insgesamt also 200 Präsidialstellenprozente, für die Beurteilung von Anklagen auf Einsprache abgestellt werden müssen.

Mit 760 beurteilten Einsprachen lagen die Fallzahlen 2012 nun wieder in der Grössenordnung des langjährigen Durchschnitts der Einsprachefälle unter Geltung der baselstädtischen StPO (2000-2010 durchschnittlich 776 beurteilte Fälle pro Jahr). Auch die dafür benötigten 128 Sitzungshalbtage lagen im langjährigen Mittel wie vor dem Inkrafttreten der eidg. StPO (2000-2010 durchschnittlich 125 Sitzungshalbtage). Dabei bringt es die Erweiterung der Strafbefehlskompetenz (StPO BS bis 90 Tagessätze Geldstrafe bzw. bis 3 Monate Freiheitsstrafe; eidg. StPO bis 180 Tagessätze Geldstrafe bzw. bis 6 Monate Freiheitsstrafe) mit sich, dass in den Einspracheverhandlungen neu auch umfangreichere und komplexere Verfahren beurteilt werden müssen, was früher deutlich weniger der Fall war.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass der auffällige Rückgang der im Jahre 2011 ans Strafgericht überwiesenen Verfahren – wie im letztjährigen Bericht vermutet – auf Umstellungen bei der Staatsanwaltschaft im Verfahrensablauf auf die eidg. StPO zurückzuführen waren. Nachdem diese nun vollzogen sind, haben die Eingänge 2012 beim Strafgericht deutlich zugenommen. Wirklich aussagekräftig dürften die Fallzahlen aber wohl erst vom laufenden Jahr an sein.

## **b) Rückgang bei den Einnahmen aus Bussen und Geldstrafen**

Obwohl die Falleingänge zugenommen haben, haben sich die Einnahmen des Strafgerichts aus Bussen und unbedingten Geldstrafen 2012 weiter vermindert. So beliefen sich die Einnahmen aus Bussen 2012 nur noch auf 172'800.-- gegenüber CHF 264'752.-- im Jahre 2011, was einem Rückgang von rund CHF 90'000.-- entspricht. Bei den unbedingten Geldstrafen gingen die Einnahmen von CHF 435'810.-- im Jahre 2011 auf CHF 315'890.-- im Jahre 2012 zurück, also um CHF 120'000.--. Für die Abnahme dürfte neben den Veränderungen im Verfahren (höhere Strafkompetenz im Strafbefehlsverfahren bei der Staatsanwaltschaft) der Umstand verantwortlich sein, dass vom Strafgericht nun häufiger Fälle mittlerer Kriminalität beurteilt werden, bei denen eher Freiheitsstrafen statt Geldstrafen oder Bussen ausgesprochen werden. Auf jeden Fall muss dieser Tendenz insofern Rechnung getragen werden, als das Strafgericht künftig geringere Einnahmen aus Bussen oder unbedingten Geldstrafen budgetieren muss.

## **c) Erneuter Anstieg der Ausgaben für unentgeltliche Verteidigungen**

Die Ausgaben für unentgeltliche Verteidigungen sind auch im Berichtsjahr einmal mehr höher ausgefallen als im Vorjahr, und zwar um fast CHF 400'000.--. Während die Aufwendungen für unentgeltliche Verteidigungen 2009 und 2010 noch jeweils ca. CHF 1,7 Mio. betrug, stiegen sie nach Inkrafttreten der eidg. StPO im Jahre 2011 auf CHF 2 Mio. und im Berichtsjahr gar auf CHF 2,4 Mio. an. Dies ist die Folge der durch die eidg. StPO ausgebauten Verteidigungsrechte, wodurch sich der Aufwand für die Verteidigung pro Verfahren erheblich erhöht. Dass die Ausgaben für unentgeltliche Verteidigungen in Zukunft wieder geringer ausfallen werden, ist nicht anzunehmen. Es ist im Gegenteil eher eine weitere Steigerung zu erwarten.

## **Administratives**

Die laufenden Geschäfte wurden in einer Plenargerichtssitzung und sieben Präsidentenkonferenzen, durch Zirkulationsbeschlüsse sowie durch die vorsitzende Präsidentin und den Verwaltungschef erledigt.

Per 1. Februar 2012 trat die langjährige Strafrichterin lic. iur. Susanne Nese ihr Amt als 50%-Präsidentin an. Sie ersetzte lic. iur. Eva Christ, die seit 1. November 2011 als Appellationsgerichtspräsidentin tätig ist.

# 1. Strafgericht

(ordentliches Verfahren)

<i>Fälle</i>	2012	2011
Unerledigte Fälle per Ende Vorjahr .....	97	280
Im Berichtsjahr neu eingegangene Fälle .....	346	221
<b>Total .....</b>	<b>443</b>	<b>501</b>

Erledigte Fälle im Berichtsjahr		
- davon 3 (2) Fälle im abgekürzten Verfahren erledigt.....	309	389
Mit einem andern Fall zusammengelegte Fälle .....	14	15
Unerledigte Fälle per Ende Berichtsjahr .....	120	97
<b>Total .....</b>	<b>443</b>	<b>501</b>

<i>Personen</i>	2012	2011
Zur Beurteilung gekommene Personen .....	422	525

<i>Verhandlungen</i>	Anzahl Fälle		Sitzungs- Halbtage	
	2012	2011	2012	2011
Einzelrichter/in .....	153	237		
Dreiergericht .....	124	129		
Kammer .....	32	23		
<b>Total .....</b>	<b>309</b>	<b>389</b>	<b>594</b>	<b>680</b>

<i>Erledigungsarten</i>	2012	2011
Bedingte Freiheitsstrafen .....	111	109
Teilbedingte Freiheitsstrafen .....	35	22
Unbedingte Freiheitsstrafen .....	148	125
Bedingte Geldstrafen .....	59	162
Unbedingte Geldstrafen .....	8	24
Nur Geldbussen .....	2	3
Bedingte gemeinnützige Arbeit .....	0	1
Unbedingte gemeinnützige Arbeit .....	1	2
Umgangnahme von Strafe .....	0	1
Verzicht auf Ausfällung einer Zusatzstrafe .....	1	1
Stationäre Massnahmen .....	17	15
Ambulante Massnahmen .....	0	6
Freisprüche .....	11	25
Einstellungen .....	9	15
Selbständige Konfiskations-, Vollzugs-, Widerrufs- und Bussenumwand- lungsverfahren etc. ....	20	14

<i>Unentgeltliche Verteidigungen in den im Berichtsjahr beurteilten Fällen</i>	352	247
--	-----	-----

## 2. Einsprachen

<i>Fälle</i>	2012	2011
Unerledigte altrechtliche Fälle per Ende Vorjahr .....	0	187
Unerledigte neurechtliche Fälle per Ende Vorjahr .....	150	0
Im Berichtsjahr eingegangene neurechtliche Fälle .....	836	358
<b>Total .....</b>	<b>986</b>	<b>545</b>

Erledigte altrechtliche Fälle per Ende Berichtsjahr .....	0	187
Erledigte neurechtliche Fälle per Ende Berichtsjahr .....	760	208
Unerledigte neurechtliche Fälle per Ende Berichtsjahr .....	226	150
<b>Total .....</b>	<b>986</b>	<b>545</b>

<i>Personen</i>	2012	2011
Zur Beurteilung gekommene Personen .....	770	–

<i>Sitzungshalbtage</i>	2012	2011
<b>Gesamt .....</b>	<b>128</b>	<b>96</b>

<i>Erledigungsarten (altrechtliche Einsprachen)</i>	2012	2011
Unbedingte Freiheitsstrafen .....	0	5
Bedingte Geldstrafen .....	0	30
Unbedingte Geldstrafen .....	0	7
Nur Geldbussen .....	0	94
Bedingte gemeinnützige Arbeit .....	0	2
Umgangnahme von Strafe .....	0	1
Freisprüche .....	0	37

<i>Erledigungsarten (neurechtliche Einsprachen)</i>	2012	2011
Unbedingte Freiheitsstrafen .....	10	5
Bedingte Freiheitsstrafen .....	2	0
Bedingte Geldstrafen .....	103	21
Unbedingte Geldstrafen .....	8	2
Nur Geldbussen .....	77	11
Unbedingte gemeinnützige Arbeit .....	5	2
Umgangnahme von Strafen .....	3	0
Freisprüche .....	56	12
Einstellung, Abtretung usw. ....	491	145
Vollzug von Ersatzfreiheitsstrafen (Bussen) .....	15	1



### 3. Zwangsmassnahmengericht

#### a) Untersuchungs-/Sicherheitshaft

<i>Mündliche Verhandlungen</i>	2012	2011
Anordnung von Untersuchungshaft .....	294	329
Anordnung von Sicherheitshaft .....	4	6
Anordnung von Untersuchungshaft Zoll .....	0	3
Verlängerung der Untersuchungshaft .....	13	3
Verlängerung der Sicherheitshaft .....	1	1
Entlassung aus dem Polizeigewahrsam .....	32	25
Entlassung aus der Untersuchungshaft .....	0	8
Entlassung aus der Sicherheitshaft .....	1	0
Gutheissung Entlassungsgesuch .....	5	5
Ablehnung Entlassungsgesuch .....	30	45
<b>Total .....</b>	<b>380</b>	<b>425</b>

<i>Schriftliche Verfahren</i>	2012	2011
Anordnung von Untersuchungshaft .....	40	0
Anordnung von Sicherheitshaft .....	179	125
Verlängerung der Untersuchungshaft .....	119	127
Verlängerung der Sicherheitshaft .....	48	43
Entlassung aus Polizeigewahrsam .....	1	0
Entlassung aus Untersuchungshaft .....	6	0
Entlassung aus der Sicherheitshaft .....	0	1
Gutheissung Entlassungsgesuch .....	3	4
Ablehnung Entlassungsgesuch .....	22	0
Rückzüge Entlassungsgesuch .....	0	1
<b>Total .....</b>	<b>418</b>	<b>301</b>

<i>Zusammenfassung</i>	2012	2011
Anordnung von Untersuchungshaft .....	334	329
Anordnung von Sicherheitshaft .....	183	131
Anordnung von Untersuchungshaft Zoll .....	0	3
Verlängerung der Untersuchungshaft .....	132	130
Verlängerung der Sicherheitshaft .....	49	44
Entlassung aus dem Polizeigewahrsam .....	33	25
Entlassung aus der Untersuchungshaft .....	6	8
Entlassung aus der Sicherheitshaft .....	1	1
Gutheissung Entlassungsgesuch .....	8	9
Ablehnung Entlassungsgesuch .....	52	45
Rückzüge Entlassungsgesuch .....	0	1
<b>Total .....</b>	<b>798</b>	<b>726</b>

## b) Bewilligung von Überwachungen etc.

	2012	2011
Gesuche um Bewilligung der Post- und Telefonüberwachung usw. ....	23	33
Gesuche um Verlängerung der Telefonüberwachung .....	2	1
Gesuche um Bewilligung der Überwachung mittels GPS .....	14	16
Gesuche um Verlängerung der Überwachung mittels GPS .....	4	1
Gesuche um Bewilligung des Einsatzes eines V-Mannes .....	8	8
Gesuche um Bewilligung von Randdatenerhebungen .....	71	111
Gesuch um Bewilligung der Standortbestimmung .....	0	4
Gesuche um Bewilligung der Videoüberwachung .....	4	1
Gesuch um Verlängerung der Videoüberwachung .....	1	0
Gesuche um Bewilligung der Verwendung nachträglicher Erkenntnisse/ Zufallsfunde .....	32	63
Gesuche um Bewilligung der Notsuche (Standortbestimmung) .....	0	2
Gesuche Entsiegelung .....	1	2
<b>Total</b> .....	<b>160</b>	<b>242</b>

## 4. Weitere wichtige Zahlen

	2012 CHF	2011 CHF
Totalbeträge der ausgesprochen Geldbussen:		
a) durch das Strafgericht .....	81'890.00	115'620.00
b) durch den/die Einzelrichter/in in Privatklagesachen (alte StPO) .....	0.00	2'100.00
c) im Einspracheverfahren .....	90'910.00	147'032.00
<b>Total</b> .....	<b>172'800.00</b>	<b>264'752.00</b>

Totalbeträge der ausgesprochenen unbedingten Geldstrafen:		
a) durch das Strafgericht .....	120'130.00	314'760.00
b) durch den/die Einzelrichter/in in Privatklagesachen (alte StPO) .....	300.00	2'380.00
c) im Einspracheverfahren .....	195'460.00	118'670.00
<b>Total</b> .....	<b>315'890.00</b>	<b>435'810.00</b>

Ausgerichtet wurden:		
a) Unentgeltliche Verteidigungen / Opfervertretungen .....	2'412'525.55	2'028'717.26
b) Parteientschädigungen .....	149'881.45	166'566.71