



Fall-Nr.:	21-6365
Stelle:	Generalsekretariat Bau- und Umweltdepartement
Instanz:	Bau- und Umweltdepartement
Publikationsdatum:	19.08.2021
Entscheiddatum:	02.08.2021

BDE 2021 Nr. 54

Art. 22 Abs. 1 RPG, Art. 159 Abs. 1 Bst. b PBG, Art. 51 Abs. 1 VRP. Im Vergleich zum Café hat die neue Nutzung als Produktionsbetrieb für warme Gerichte zum Mitnehmen bzw. zum Ausliefern in der Regel so wichtige räumliche Folgen, dass die Baubewilligungspflicht zu bejahen ist (Erw. 2.3). Vorliegend handelt es sich weder um einen, lange Zeit unbeanstandeten Betrieb, noch war zum Zeitpunkt des Benützungsverbots ein Baugesuch hängig. Das gewichtige öffentliche Interesse an der Einhaltung und Durchsetzung der Rechtsordnung, vermag in einer Konstellation wie der vorliegenden das private Interesse des Rekurrenten an der Weiterführung seines Betriebs – auch im Sinn der neusten verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung – zu überwiegen (Erw. 3.6).

BDE 2021 Nr. 54 finden Sie im angehängten PDF-Dokument



21-6365

Entscheid Nr. 54/2021 vom 2. August 2021

Rekurrent

A.____
vertreten durch lic.iur. Michael Manser, Rechtsanwalt,
Oberer Graben 26, 9000 St.Gallen

gegen

Vorinstanz

Bau- und Infrastrukturkommission Z.____
(Entscheid vom 2. Juli 2021)

Grundeigentümerin

B.____ **AG**

Betreff

Benützungsverbot (Betrieb einer Produktionsstätte für Gerichte zum
Mitnehmen und Ausliefern)



Sachverhalt

A.

a) Die B.____ AG ist Eigentümerin von Grundstück Nr. 001, Grundbuch Z.____, an der C.____strasse in Z.____. Das Grundstück liegt gemäss geltendem Zonenplan der Gemeinde Z.____ vom 25. Oktober 2006 in der Kernzone für dreigeschossige Bauten (K3). Es ist mit einem viergeschossig in Erscheinung tretenden Wohn- und Gewerbegebäude (Vers.-Nr. 002) überbaut.

b) Mit Baubewilligung vom 30. Januar 1997 bewilligte der Gemeinderat Z.____ den Einbau eines Cafés im bestehenden Gewerberaum des Wohn- und Gewerbegebäudes (Vers.-Nr. 002).

B.

a) Im Jahr 2021 übernahm A.____ das Café. Per 1. April 2021 erhielt er vom Gemeinderat Z.____ das Gastwirtschaftspatent zur Führung des Betriebs "D.____ food". Gemäss der Webseite des Onlineanbieters von Lieferdienstleistungen für Gastronomie, www.eat.ch, können bei "D.____ food" verschiedene Gerichte wie Burger, Quesadillas, Burritos und Fajitas bestellt werden.

b) Am 9. April 2021 wurde der Betrieb von einem Mitarbeiter des Lebensmittelinspektorats kontrolliert. Wie aus dem Bericht hervorgeht, würden gemäss A.____ im Lokal keine Gäste mehr bewirtet. Anscheinend sollte das Lokal lediglich als Produktionsstätte für Gerichte zum Mitnehmen oder zur Auslieferung per Kurier genutzt werden. So wurde bspw. im Zeitpunkt der Kontrolle der ehemalige Gastraum als Lagerraum genutzt.

c) Zumal der Lebensmittelinspektor mehrere Mängel feststellte, fand am 13. April 2021 eine Nachkontrolle statt. Wiederum wurden zahlreiche Mängel festgestellt. Gemäss Inspektionsbericht würden dem Betriebsleiter A.____ die Basiskenntnisse einer guten Hygienepraxis gemäss der Lebensmittelgesetzgebung fehlen.

d) Mit E-Mail vom 25. April 2021 beschwerte sich ein Anwohner beim Bauverwalter der Gemeinde Z.____ über unangenehme Gerüche aus dem Betrieb von A.____.

C.

a) Mit Verfügung vom 28. April 2021 entzog der Gemeinderat A.____ das Gastwirtschaftspatent für den Betrieb "D.____ food" und verfügte die Schliessung des Lokals per 3. Mai 2021. In der Verfügung führte der Gemeinderat aus, dass der gastgewerblichen Nutzung gemäss Art. 9 des Gastwirtschaftsgesetzes (sGS 553.1; abgekürzt GWG) keine bau-, feuer-, und lebensmittelpolizeilichen Vorschriften entgegenstehen dürften. Die Inspektionsberichte vom 9. und 13. April 2021 zeigten, dass die Kenntnisse von A.____ bezüglich Lebensmittel-



hygiene ungenügend seien. Sodann bestehe für die derzeitige Nutzung als reiner Produktionsbetrieb keine rechtskräftige Baubewilligung. Damit seien die Voraussetzungen für die Patenterteilung nicht mehr erfüllt sind, weshalb das Patent gemäss Art. 13 Abs. 2 Ziff. 1 GWG wieder zu entziehen sei.

b) Gegen den Patententzug erhob A.____ mit Schreiben vom 30. April 2021 Rekurs beim Volkswirtschaftsdepartement. Mit Schreiben vom 30. April 2021 teilte der zuständige juristische Sachbearbeiter des Volkswirtschaftsdepartementes im Rahmen einer vorläufigen Einschätzung mit, dass A.____ gemäss Darstellung des Gemeinderates einen reinen Produktionsbetrieb führe. Weil ein reiner Produktionsbetrieb nicht der Bewilligungspflicht nach dem GWG unterliege, könne der Entzug der erteilten GWG-Bewilligung auch nicht dazu führen, dass die reine Produktionstätigkeit eingestellt werden müsse. Sofern eine baurechtlich unzulässige Umnutzung vorliege, wäre ein baurechtliches Benützungsverbot anzuordnen. Das Rekursverfahren vor dem Volkswirtschaftsdepartement wurde zwischenzeitlich sistiert.

D.

a) Mit Schreiben vom 18. Mai 2021 teilte die Bau- und Infrastrukturkommission Z.____ (BUK) A.____ mit, dass in seinem Patentgesuch zwanzig Plätze im Innenbereich zur Bewirtung von Gästen geplant seien. Entgegen diesen Angaben stünden vor Ort keine Plätze zur Bewirtung zur Verfügung. Gemäss der Auskunft von A.____ anlässlich der Lebensmittelinspektion vom 9. April 2021 sei eine Bewirtung auch nicht geplant. Für die aktuelle Betriebsart – reiner Produktionsbetrieb zur Herstellung von Gerichten zum Mitnehmen oder zur Auslieferung per Kurier – bestünde keine Baubewilligung. Ein Baugesuch für eine solche Umnutzung sei auch nicht eingereicht worden. Daher beabsichtige die BUK den Erlass eines Benützungsverbots. In Gewährung des rechtlichen Gehörs stellte die BUK den Entwurf der Verfügung über ein Benützungsverbot A.____ zur Stellungnahme zu.

b) Mit Schreiben vom 21. April 2021 (recte 21. Mai 2021) teilte A.____ mit, dass aufgrund der bundesrätlichen Massnahmen zur Eindämmung der Corona-Pandemie die Bewirtung von Gästen nicht möglich gewesen sei. Die Produktion von Mitnahme-Gerichten sei die einzige verbliebene Einkommensquelle gewesen. Zwecks Nutzung als Produktionsräumlichkeiten seien daher die Tische mit den zwanzig Sitzplätzen entfernt worden. Das Lieferangebot habe grossen Anklang gefunden, so dass mehr Gerichte als erwartet produziert worden seien. Dies habe aber leider zu höheren Emissionen geführt. Weil der Standort für den aktuellen Betrieb nicht ideal sei, suche er nach einem anderen Standort. Er gehe davon aus, dass bis Juli 2021 eine neue Lösung gefunden sei.

c) Gemäss Aktennotiz der BUK überbrachte A.____ am 26. Mai 2021 eine Vereinbarung für die Übernahme einer neuen Lokalität in E.____ per 1. Juli 2021. Gemäss Aussage soll der Betrieb in Z.____ per 30. Juni 2021 geschlossen werden.



d) Auf telefonische Nachfrage des Bauverwalters bestätigte der Treuhänder von A.____, dass Verhandlungen bezüglich der Lokalität in E.____ laufen würden. Eine Einigung bestehe, jedoch würde der Mietvertrag erst unterzeichnet, wenn das eingereichte Baugesuch für den Einbau eines Aktivkohlefilters bewilligt sei. Das Baugesuch sei derzeit noch bei der Stadt E.____ hängig.

e) Mit Beschluss vom 2. Juli 2021 erliess die BUK für die Gewerbelokalität im Wohn- und Geschäftshaus auf Grundstück Nr. 001 folgendes Benützungsverbot und entzog einem allfälligen Rekurs die aufschiebende Wirkung:

1. Für die Gewerbelokalität im Wohn- und Geschäftshaus Vers.-Nr. 002 auf der Parzelle Nr. 001, C.____strasse 1, Z.____, wird ein Nutzungsverbot als Produktionsbetrieb von Take-away-Gerichten mit Lieferservice angeordnet.

Es ist ab dem 09. Juli 2021 jedermann untersagt, in der Gewerbelokalität im Wohn- und Geschäftshaus Vers.-Nr. 002 auf der Parzelle Nr. 001, C.____strasse 1, Z.____, Take-away-Gerichte zu produzieren, zu verkaufen, und per Lieferservice auszutragen.

2. Das Nutzungsverbot gilt für die Dauer des Verfahrens - entweder bis zum Abschluss des Baubewilligungsverfahrens oder einer allfälligen Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands.

3. Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen Ziffer 1 wird die Straffolge von Art. 292 des Strafgesetzbuches angedroht. Diese Bestimmung lautet:

Wer der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet, wird mit Busse bestraft.

Im Weiteren wird darauf hingewiesen, dass eine Zuwiderhandlung gegen Ziffer 1 ebenso nach Art. 162 PBG strafbar ist.

4. Einem allfälligen Rekurs wird die aufschiebende Wirkung nach Art. 51 VRP entzogen.

5. A.____ bezahlt eine Entscheidgebühr von CHF 300.00.

In den Erwägungen zum Beschluss führte die BUK aus, dass die Nutzung als reiner Produktionsbetrieb bewilligungspflichtig sei. Die öffentlichen Interessen an einem Benützungsverbot – namentlich die Durchsetzung der raumplanungs-, umweltschutz- und verbraucherschutzrechtlichen Vorschriften – seien höher zu gewichten als das wirtschaftliche Interesse von A.____. Hinzukomme, dass Personen, die ohne die erforderliche Bewilligung eine Tätigkeit ausüben, grundsätzlich nicht



bessergestellt werden dürften, als jene, die ordnungsgemäss vor Realisierung ihres Vorhabens eine Bewilligung einholen. Mit dem Schutz der genannten öffentlichen Interessen begründete die BUK auch den Entzug der aufschiebenden Wirkung.

E.

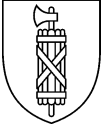
Gegen diesen Beschluss erhob A.____, vertreten durch lic.iur. Michael Manser, Rechtsanwalt, St.Gallen, mit Schreiben vom 8. Juli 2021 Rekurs beim Baudepartement. Es werden folgende Anträge gestellt:

1. Die Verfügung der Gemeinde Z.____ vom 2. Juli 2021 betreffend Nutzungsverbot Produktionsbetrieb von Take-away-Gerichten und Lieferservice, Parz. Nr. 001, C.____strasse 1, Z.____, sei vollumfänglich aufzuheben;
2. Im Sinne einer superprovisorischen Verfügung sei dem Rekurs sofort die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
3. Dem Rekurs sei für die Dauer des Rekursverfahrens die aufschiebende Wirkung zu erteilen;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MWST) zulasten der Vorinstanz.

Zur Begründung wird geltend gemacht, dass keine baubewilligungspflichtige Nutzungsänderung vorliege. Der Rekurrent arbeite mit derselben Küche wie seine Vormieter. Bauliche Veränderungen seien nicht vorgenommen worden. Aufgrund der Corona-Pandemie sei die Bewirtung von Gästen nicht möglich gewesen. Der Verkauf von Mitnahmegerichten sei die einzige Einkommensquelle gewesen. Er habe daher Tische und Stühle beiseitegestellt, um zusätzlichen Kühschränken und Gestellen Platz zu machen. Weiter rügt der Rekurrent die vorgenommene Interessenabwägung der Vorinstanz. Die Vorinstanz nenne lediglich generelle öffentliche Interessen, ohne darzutun, inwiefern diese überhaupt tangiert seien. Sodann habe die Vorinstanz bei der Interessenabwägung nicht berücksichtigt, dass der Betrieb vier Mitarbeitenden eine Stelle und Einkommen biete. Ebenfalls sei unberücksichtigt geblieben, dass der Rekurrent verderbliche Lebensmittel an Lager habe und diese nun aufgrund des Benützungsverbots entsorgen müsse. Damit erweise sich das sofortige Benützungsverbot als unverhältnismässig und willkürlich. Das gleiche gelte auch für den Entzug der aufschiebenden Wirkung. Der pauschale Verweis auf generelle öffentliche Interesse rechtfertige noch nicht den Entzug der aufschiebenden Wirkung.

F.

Mit Vernehmlassung vom 19. Juli 2021 beantragt die Vorinstanz, den Rekurs abzuweisen. Zur Begründung wird geltend gemacht, dass auch Änderungen des Betriebskonzepts infolge neuer oder zusätzlicher Emissionen bewilligungspflichtig sein können. Es sei vorliegend



fraglich, ob die im Zusammenhang mit dem Café bewilligte Lüftungsanlage für den Betrieb einer Produktionsstätte ausreichend sei. Dies müsse zuerst im Rahmen eines Baubewilligungsverfahrens geprüft werden. Die Vorinstanz bezweifle jedoch, dass die installierte Lüftung ausreiche. So habe bereits der Lebensmittelinspektor Fetttropfen an den Abluftrohren ausserhalb der Abzugshaube festgestellt. Sodann hätten sich Anwohner über Geruchsmissionen beschwert.

G.

Auf die weiteren Ausführungen der Verfahrensbeteiligten in den vorgenannten Eingaben wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.



Erwägungen

1.

1.1 Die Zuständigkeit des Baudepartementes ergibt sich aus Art. 43^{bis} des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP).

1.2 Die Frist- und Formerfordernisse von Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 VRP sind erfüllt. Die Rekursberechtigung ist gegeben (Art. 45 VRP). Auf den Rekurs ist einzutreten.

2.

Ausgangspunkt der Überprüfung des Benützungsverbots ist die Frage, ob die strittige Nutzung überhaupt baubewilligungspflichtig ist. Der Rekurrent macht geltend, dass mindestens seit dem Jahr 2016 in den Räumlichkeiten Kebab- und Pizza-Gastronomiebetriebe geführt würden. Diese Betriebe hätten – nebst dem Verkauf von Speisen und Getränken vor Ort – auch Gerichte zum Mitnehmen sowie zur Auslieferung per Kurier angeboten. Der Betrieb des Rekurrenten würde sich nicht von denjenigen der Vormieter unterscheiden. Eine bewilligungspflichtige Nutzungsänderung liege damit nicht vor. Die Vorinstanz wendet dagegen zusammengefasst ein, dass ein reiner Produktionsbetrieb ohne Gästebewirtung geführt werde. Diese Nutzung sei nicht von der Baubewilligung aus dem Jahr 1997 gedeckt. Zudem sei fraglich, ob die damals bewilligte Lüftungsanlage für die derzeitige Nutzung ausreichend sei.

2.1 Ob ein Vorhaben baubewilligungspflichtig ist, bestimmt sich nach dem Bundesrecht. Gestützt auf Art. 22 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Raumplanung (SR 700; abgekürzt RPG) dürfen Neubauten, Wiederaufbauten, Ersatzbauten, Umbauten, Anbauten, Zweckänderungen und Sanierungen, die über das übliche Mass einer Renovation hinausgehen, nur mit einer behördlichen Bewilligung vorgenommen werden. Die Grenze zwischen Bewilligungsfreiheit und Bewilligungspflicht wird vom Bundesgericht wie folgt gezogen: "Massstab dafür, ob eine bauliche Massnahme erheblich genug ist, um sie dem Baubewilligungsverfahren zu unterwerfen, ist die Frage, ob mit der Realisierung der Baute oder Anlage im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht." (A. RUCH, in: Aemisegger/Moor/Ruch/Tschannen [Hrsg.], Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 22 N 30 mit Hinweisen). Der Begriff der baulichen Massnahmen ist weit auszulegen. Grundsätzlich unterstehen sämtliche bauliche Massnahmen oder Nutzungsänderungen der Baubewilligungspflicht. Dazu gehören auch bauliche Anpassungen in Gebäuden, die von aussen nicht erkennbar oder ersichtlich sind. So auch alle Arbeiten an der Baute, die im Hinblick auf eine neue Nutzung ausgeführt werden (Urteil des Bundesgerichtes 1C_283/2017 vom 23. August 2017 Erw. 3.1 f. mit Hinweis).



Reine Zweckänderungen, die ohne (bewilligungspflichtige) bauliche Massnahmen einhergehen, unterliegen ebenfalls der Bewilligungspflicht, sofern sie geeignet sind, örtlich fassbare Auswirkungen auf die Nutzungsordnung zu zeitigen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sie Zonenvorschriften berühren, zu einer Mehrbelastung der bestehenden Erschliessung führen, zusätzliche Immissionen in der Nachbarschaft zur Folge haben oder die Umwelt vermehrt belasten. Eine reine Nutzungsänderung ist nur dann von der Bewilligungspflicht befreit, wenn (auch) der neue Verwendungszweck zonenkonform ist und feststeht oder höchstwahrscheinlich ist, dass die neue Nutzung keine oder höchstens geringfügige Auswirkungen auf die Umgebung und Umwelt hat. Ob sich durch die Nutzungsänderung die Auswirkungen intensivieren, ist anhand einer Gesamtbilanz zu ermitteln. Eine Intensivierung dürfte insbesondere anzunehmen sein, wenn sich der Benutzerkreis einer Anlage vergrössert oder wenn ein veränderter Benutzerkreis zu einer Mehrnutzung der Anlage oder zu einem erhöhten Verkehrsaufkommen führt (B. WALDMANN, Bauen ohne Baubewilligung? Von klaren und den Zweifelsfällen, in: Schweizerische Baurechtstagung 2017, S. 54).

2.2 Es ist unbestritten, dass der Gemeinderat Z.____ im Jahr 1997 den Einbau eines Cafés in das Gebäude Vers.-Nr. 002 auf Grundstück Nr. 001 bewilligte. Gemäss den bewilligten Plänen befindet sich das Café im Erdgeschoss auf der Nordseite des Gebäudes. Weiter geht aus den bewilligten Plänen hervor, dass sich in der westlichen Hälfte des Cafés Tische und Sitzplätze befinden. In der östlichen Hälfte befinden sich eine Bar, zwei Toiletten sowie eine Spiel- und Geschenkecke. Die Bar ist unter anderem mit Flaschenschubladen, Kaffeemaschine, Rechaud und Spülbecken ausgestattet. Insgesamt bietet das Cafe Sitzplätze für etwa zwanzig Gäste. Ebenfalls unbestritten ist, dass der Rekurrent die Tische und Stühle beiseitegestellt und im Gastbereich zusätzliche Kühlschränke und Gestelle aufgestellt hat. Nach Aussage des Rekurrenten könnte jederzeit ohne grossen Aufwand auch wieder die Bewirtung von Gästen vor Ort angeboten werden.

2.3 Für die Beurteilung der Frage der Baubewilligungspflicht ist von der im Jahr 1997 rechtskräftig bewilligten Nutzung als Café auszugehen. Die vom Rekurrenten vorgebrachte Behauptung, dass in den Räumlichkeiten mindestens seit dem Jahr 2016 Kebab- und Pizza-Gastronomiebetriebe geführt würden, ist nicht ausschlaggebend, da diese Nutzung ebenfalls nie in einem Baubewilligungsverfahren beurteilt worden ist. Im Vergleich zum Café hat die neue Nutzung als Produktionsbetrieb für Gerichte zum Mitnehmen bzw. zum Ausliefern nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht. Dasselbe gilt grundsätzlich auch für die bisher geführten Kebab- und Pizza-Gastronomiebetriebe. Denn wie aus den bewilligten Plänen hervorgeht, war das Café höchstens auf die Zubereitung von kalten Speisen ausgelegt. Für die warme Küche benötigte Gerätschaften wie Herd, Fritteuse, Backofen usw. fehlten.



Zumal mit einem vollwertigen Angebot an kalten und warmen Speisen eine deutlich breitere und intensivere Nutzung möglich ist als mit einem Café mit ausschliesslich kalter Küche, rechtfertigt es sich, dieses Vorhaben zuerst in einem Baubewilligungsverfahren zu prüfen (so auch Urteil des Bundesgerichtes 1C_347/2014 vom 16. Januar 2015 Erw. 3.3). Bei der Zubereitung von warmen Speisen ist sodann mit verstärkter Küchenabluft zu rechnen. Es ist zusammen mit der Vorinstanz zu bezweifeln, dass die bewilligte Lüftungsanlage für den Betrieb einer vollausgestatteten Küche ausreicht. Hinzu kommt, dass durch den angebotenen Kurierdienst und das Mitnahmeangebot mit mehr Fahrten und damit auch mit einer intensiveren Nutzung zu rechnen ist. Der Betrieb des Rekurrenten ist somit – unabhängig davon, ob er die Bewirtung vor Ort anbietet – bewilligungspflichtig. Sollte der Rekurrent auch nach der Corona-Pandemie einen reinen Produktionsbetrieb führen, ist die Baubewilligungspflicht ebenfalls bzw. erst recht zu bejahen. Die Rüge des Rekurrenten erweist sich somit als unbegründet.

3.

Der Rekurrent bringt weiter vor, dass nicht jede bewilligungsbedürftige Nutzung ein Benützungsverbot zur Folge habe. Die Vorinstanz hätte prüfen müssen, ob das Nutzungsverbot durch überwiegende öffentliche oder private Interessen gerechtfertigt sei. Diese Interessensabwägung habe die Vorinstanz nicht vorgenommen. Der Verweis auf generelle öffentliche Interessen reiche jedenfalls nicht aus.

3.1 Laut Art. 158 in Verbindung mit Art. 159 des Planungs- und Baugesetzes (sGS 731.1; abgekürzt PBG) kann die politische Gemeinde ein Benützungsverbot verfügen, wenn durch die Errichtung von Bauten und Anlagen ohne Bewilligung oder auf andere Weise ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird. Dabei sind die Erstellung einer Baute und die Nutzung derselben gemäss verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung nicht gleich zu beurteilen. Das öffentliche Interesse am Verbot der Nutzung einer formell baurechtswidrigen Baute ist in aller Regel anders zu gewichten als dasjenige am Verhindern einer solchen Baute. Insbesondere ist ein Benützungsverbot nicht als Sanktion wegen Missachtung einer vorgängigen Baueinstellungsverfügung anzuordnen. Entscheidend ist, ob hinreichende Gründe bestehen, einen Zustand einstweilen zu erhalten oder rechtliche Interessen zu sichern. Ein Benützungsverbot ist in der Regel dann zu verfügen, wenn die Sicherheit oder Gesundheit von Menschen oder Tieren gefährdet wird; erhebliche Sachwerte gefährdet sind; die Umwelt durch Emissionen oder Immissionen unzulässig belastet wird oder eine bösgläubige Bauherrschaft aus der Nutzung einen unrechtmässigen Vorteil ziehen könnte (VerwGE B 2020/223 vom 23. April 2021 Erw. 4.2 erster Absatz mit Hinweisen).

3.2 Den wirtschaftlichen Interessen des Rekurrenten an der Fortführung des Betriebs stellt die Vorinstanz das öffentliche Interesse an der Durchsetzung raumplanungs-, umweltschutz- und verbraucherschutz-



rechtlicher Vorschriften gegenüber. Ebenfalls berücksichtigte die Vorinstanz das öffentliche Interesse, dass Personen, die ohne die erforderliche Bewilligung eine Tätigkeit ausüben nicht bessergestellt werden sollen, als jene, die ordnungsgemäss vor der Realisierung ihres Vorhabens eine Bewilligung einholen.

3.3 An der Fortführung seines Betriebs hat der Rekurrent unbestrittenemassen ein wirtschaftliches Interesse. Wie der Rekurrent im Rekurs vorbringt, würde der Betrieb insgesamt vier Personen ein Einkommen bieten. Jedoch besteht auch an der Einhaltung und Durchsetzung der Rechtsordnung grundsätzlich ein gewichtiges öffentliches Interesse (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 1P.708/2006 und 1P.710/2006 vom 13. April 2007 Erw. 5.4 und 5.5.1; VerwGE B 2006/42, B 2006/43, B 2006/44 vom 14. September 2006 Erw. 3.c). Entgegen dem rekurrentischen Einwand hat die Vorinstanz nicht im Detail darzulegen, inwiefern und in welchem Mass öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzt sind. Erstens müssen diese Fragen erst noch im gebotenen Baubewilligungsverfahren geklärt werden. Zweitens spricht bereits die Tatsache, dass eine bewilligungspflichtige Nutzung ohne entsprechende Baubewilligung aufgenommen worden ist, tendenziell für den Erlass eines Benützungsverbots (D. OLIVER ADLER, Das vorsorgliche Nutzungsverbot als Instrument gegen bewilligungslose Nutzungen, in: PBG aktuell, 3/2019, S. 39). Eine Gehörsverletzung bzw. willkürliches Verhalten kann der Vorinstanz daher nicht vorgeworfen werden. Weiter stellt eigenmächtiges Vorgehen und das Schaffen von baurechtswidrigen Zuständen eine Störung der öffentlichen Ordnung dar, die möglichst frühzeitig unterbunden werden soll; ein erhebliches öffentliches Interesse besteht zudem in Bezug auf die grundsätzliche Gleichbehandlung aller Bürger sowie auf die Glaubwürdigkeit der Verwaltung (M. RUOSS FIERZ, Massnahmen gegen illegales Bauen, Zürich 1999, S. 100). Ein Benützungsverbot bezweckt die möglichst frühzeitige Unterbindung von formell widerrechtlichen Nutzungen und soll verhindern, dass der sich eigenmächtig über Vorschriften hinwegsetzende Bauherr aus seinem widerrechtlichen Vorgehen Vorteile zieht und bessergestellt wird, als der sich korrekt Verhaltende (RUOSS FIERZ, a.a.O., S. 94). Bei Feststellung der formellen Baurechtswidrigkeit ist daher der Erlass eines Benützungsverbots grundsätzlich geboten und erforderlich. Insoweit ist die vorinstanzliche Interessenabwägung und das erlassene Benützungsverbot – zumindest wie es das Verwaltungsgericht in der ergangenen Rechtsprechung bis zur in diesem Frühjahr vorgenommenen Praxisänderung als zulässig erachtete – nicht zu beanstanden.

3.4 Weiter ist zu prüfen, ob das verfügte Benützungsverbot auch vor der neuen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung standhält. Im VerwGE B 2020/223 vom 23. April 2021 erachtete das Verwaltungsgericht seine eigene (bisherige) Rechtsprechung mit Blick auf die vorzunehmende Interessenabwägung als zu wenig differenziert und vollzog eine Praxisänderung. Sinn eines Benützungsverbots gemäss Art. 159 Abs. 1 Bst. b PBG sei demnach zwar zu verhindern, dass die Bauherrschaft aus einem baurechtswidrigen Zustand Nutzen ziehen



könne oder dass sie oder andere Personen geschädigt werden könnten. Es sei indessen nicht jede bewilligungsbedürftige, aber (noch) nicht bewilligte Nutzung von vornherein sofort zu untersagen bzw. zu verbieten. Je nach den Umständen könne es – weiterhin gemäss Verwaltungsgericht – im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung vorläufig genügen, die Grundeigentümerschaft aufzufordern, ein (nachträgliches) Baugesuch einzureichen. Ansonsten komme die Anordnung eines Benützungsverbots unter Umständen einer Sanktion wegen Missachtung des formellen Baupolizeirechts nahe. Die für die Verfügung eines Benützungsverbots zuständige politische Gemeinde habe zu unterscheiden: Stehe bereits fest oder sei es zumindest sehr wahrscheinlich, dass eine Nutzung materiell-rechtlich unzulässig sei, sei das Interesse der Bauherrschaft an einer (vorläufigen) Weiternutzung in der Regel nicht schutzwürdig. In diesem Fall sei der Erlass eines Benützungsverbots grundsätzlich gerechtfertigt. Sei dagegen die angestrebte Nutzung möglicherweise bewilligungsfähig, also im Prüfungszeitpunkt nur formell baurechtswidrig, könne es unverhältnismässig sein, den Betrieb sofort (oder in naher Zukunft) einzustellen bzw. die Nutzung zu verbieten. Unverhältnismässig könne eine sofortige Einstellung im geschilderten Sinn insbesondere dann sein, wenn ein Betrieb bereits lange Zeit unbeanstandet geführt und ein nachträgliches Baubewilligungsverfahren bereits eingeleitet worden sei. Falls sich eine Bauherrschaft indessen weigere, ein nachträgliches Baugesuch einzureichen oder ein solches gemäss den Vorgaben der zuständigen Baupolizeibehörde zu ergänzen, bleibe der Baubehörde einzig die Möglichkeit beziehungsweise die Pflicht, von Amtes wegen die Verfügung eines Benützungsverbots zu prüfen sowie ein Wiederherstellungsverfahren einzuleiten (vgl. zum Ganzen VerwGE B 2020/223 vom 23. April 2021 Erw. 4.2 dritter Absatz mit Hinweisen; VerwGE B 2020/253 vom 23. Juni 2021 Erw. 5.2). Diese Praxisänderung des Verwaltungsgerichtes zum Benützungsverbot gilt es – auch wenn sie nicht der Auffassung des Baudepartementes entspricht und faktisch die Besserstellung des ohne Bewilligung Bauenden oder Umnutzenden zur Folge hat – vorliegend zu beachten.

3.5 Der Rekurrent eröffnete seinen Betrieb im April 2021. Bereits kurz darauf machte die Vorinstanz bzw. der Gemeinderat Z.____ den Rekurrenten mit Schreiben vom 28. April 2021 darauf aufmerksam, dass für den reinen Produktionsbetrieb eine Baubewilligung erforderlich sei. Mit Schreiben vom 18. Mai 2021 wies die Vorinstanz den Rekurrenten nochmals darauf hin, dass für den strittigen Betrieb eine Baubewilligung notwendig sei und ein entsprechendes Baugesuch bis anhin nicht eingegangen sei. Unter Verweis auf ein mögliches Benützungsverbot stellte die Vorinstanz dem Rekurrenten sodann den Entwurf des vorliegend angefochtenen Benützungsverbots zu. Gemäss Ziff. 1.2. des Entwurfs wurde der Rekurrent sodann aufgefordert bis 18. Juni 2021 ein Baugesuch einzureichen. Zumal kein Baugesuch eingegangen sei und der Rekurrent nicht – wie mit Schreiben vom 21. Mai 2021 in Aussicht gestellt – einen Alternativstandort gefunden hat, verfügte die Vorinstanz das vorliegend angefochtene Benützungsverbot.



3.6 Vorliegend handelt es sich weder um einen, lange Zeit unbeanstandeten Betrieb, noch war zum Zeitpunkt des Benützungsverbots ein Baugesuch hängig. Soweit der Rekurrent sich auf den Standpunkt stellt, dass seine Vormieter seit dem Jahr 2016 Kebab- und Pizza-Gastronomiebetriebe geführt hätten, ist er nicht zu hören. Denn der Rekurrent hat mit der Eröffnung seines Betriebs ein eigenes und neues Betriebskonzept umgesetzt. Die behaupteten Kebab- und Pizza-Gastronomiebetriebe haben allem Anschein nach nicht zu Reklamationen geführt. Es ist ohne weiteres möglich, dass sich das vom Rekurrenten per April 2021 umgesetzte Betriebskonzept hinsichtlich der Emissionen – sei es aufgrund der Menge abgesetzter Gerichte, der Zubereitungsart oder der Anzahl Kurrierfahrten – von denjenigen der Vormieter unterscheidet. Selbst der Rekurrent gesteht mit Schreiben vom 21. Mai 2021 ein, dass das Lieferangebot grossen Anklang gefunden habe und es daher zu höheren Emissionen gekommen sei. Ein übermässig langes Zuwarten kann der Vorinstanz vor diesem Hintergrund nicht angelastet werden. Sodann ist zu berücksichtigen, dass sich der Rekurrent trotz Aufforderung geweigert hat, ein Baugesuch einzureichen. Der Rekurrent wusste seit geraumer Zeit, dass ein Benützungsverbot droht, sofern kein Baugesuch eingereicht werde. Sollte der Rekurrent angesichts des nun verfügbaren Benützungsverbots gezwungen sein, vorrätige Lebensmittel zu entsorgen, so hat er sich diesen Umstand selbst zuzuschreiben. Auch aus dem Umstand, dass sich der Rekurrent um einen neuen Standort bemüht, kann er nichts zu seinen Gunsten ableiten. Zudem hat die Vorinstanz diesem Umstand bereits Rechnung getragen, indem sie das Benützungsverbot erst per 9. Juli 2021 erliess. Gab doch der Rekurrent selbst im Schreiben vom 21. Mai 2021 an, das Lokal per Ende Juni zu verlassen. Das gewichtige öffentliche Interesse an der Einhaltung und Durchsetzung der Rechtsordnung, welchem mittels des strittigen Benützungsverbots Nachachtung verschafft werden soll, vermag in einer Konstellation wie der vorliegenden das private Interesse des Rekurrenten an der Weiterführung seines Betriebs – auch im Sinn der neusten verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung – zu überwiegen. Die Einwände des Rekurrenten erweisen sich somit als unbegründet.

4.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Betrieb des Rekurrenten formell baurechtswidrig ist. Die Bewilligungsfähigkeit der Umnutzung kann mangels Baugesuchs nicht beurteilt werden, erscheint aber zumindest als sehr fraglich. Das erlassene Benützungsverbot bis zum Abschluss des Baubewilligungsverfahren oder dem Wiederherstellungsverfahren erweist sich als geeignet und erforderlich sowie verhältnismässig. Der Rekurs ist deshalb unbegründet und abzuweisen.

5.

Mit vorliegendem Entscheid wird das Gesuch des Rekurrenten um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Rekurses gegenstandslos.



6.

6.1 Gemäss Art. 64 in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 VRP hat die Beschwerde grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Während nach der früheren Fassung von Art. 51 Abs. 1 VRP für den Entzug der aufschiebenden Wirkung Gefahr im Verzug erforderlich war, was nach der Praxis eine unmittelbare und schwere Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen, die sich mit erheblicher Überzeugungskraft zeigt, voraussetzte (GVP 1997 Nr. 74), genügt nach geltendem Recht ein wichtiger Grund. Als wichtiger Grund gilt insbesondere ein öffentliches Interesse, das den sofortigen Vollzug einer Verfügung erfordert. Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung erfordert im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung eine Interessenabwägung (Botschaft der Regierung vom 28. Februar 2006 zum V. Nachtrag zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, ABI 2006, 837; vgl. auch BDE Nr. 5/2020 vom 17. Januar 2020 Erw. 3, BDE Nr. 75/2020 vom 14. August 2020 Erw. 6.1 und BDE Nr. 75/2020 vom 14. August 2020 Erw. 6).

6.2 An der Einhaltung und Durchsetzung der Rechtsordnung besteht wie dargelegt ein gewichtiges öffentliches Interesse. Das Benützungsverbot kann seinen Zweck nur erfüllen, wenn einem dagegen erhobenen Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung entzogen wird. Andernfalls könnte der Rekurrent durch Ergreifung von Rechtsmitteln die Wirkung des Benützungsverbots über längere Zeit verzögern und damit die bewilligungslose Nutzung weiterbetreiben. Insgesamt ist es im Interesse der Einhaltung des korrekten Verfahrensablaufs, der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung aller Baugesuchsteller gerechtfertigt, einer allfälligen, gegen das Benützungsverbot gerichteten Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Die diesbezüglichen privaten Interessen des Rekurrenten vermögen daran nichts zu ändern und verdienen keinen Schutz (vgl. ergänzend zur Interessenabwägung auch oben, Erw. 3).

7.

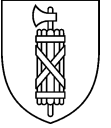
7.1 Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Die Entscheidgebühr beträgt Fr. 3'000.– (Nr. 20.13.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung, sGS 821.5). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die amtlichen Kosten dem Rekurrenten zu überbinden.

7.2 Der vom Rekurrenten am 16. Juli 2021 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– ist anzurechnen.

8.

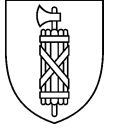
Der Rekurrent stellt ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

8.1 Im Rekursverfahren werden ausseramtliche Kosten entschädigt, soweit sie auf Grund der Sach- und Rechtslage notwendig und angemessen erscheinen (Art. 98 Abs. 2 VRP). Die ausseramtliche Entschä-



digung wird den am Verfahren Beteiligten nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 98^{bis} VRP). Die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272) finden sachgemäss Anwendung (Art. 98^{ter} VRP).

8.2 Da der Rekurrent mit seinen Anträgen unterliegt, hat er jedoch von vornherein keinen Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung. Sein Begehren ist deshalb abzuweisen.



Entscheid

1.

Der Rekurs von A.____ wird – soweit nicht gegenstandslos geworden – abgewiesen.

2.

a) A.____ bezahlt eine Entscheidgebühr von Fr. 3'000.–.

b) Der am 16. Juli 2021 von A.____ geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'500.– wird angerechnet.

3.

Das Begehren von A.____ um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird abgewiesen.

4.

Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziff. 1 des vorliegenden Entscheids wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann
Regierungsrätin