



Fall-Nr.:	20-4424
Stelle:	Generalsekretariat Baudepartement
Instanz:	Baudepartement
Publikationsdatum:	28.08.2020
Entscheiddatum:	14.08.2020

BDE 2020 Nr. 75

Art. 18 Abs. 1 VRP. An der Einhaltung und Durchsetzung der Rechtsordnung besteht grundsätzlich ein gewichtiges öffentliches Interesse.

Eigenmächtiges Vorgehen und das Schaffen von baurechtswidrigen Zuständen stellen 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 (Erw. 4.2). Im konkreten Fall wurde einem Gastgewerbebetrieb die Verschiebung eines Fumoirs und die Erstellung und Nutzung einer Aussenbestuhlung zwar bewilligt. Mit den nötigen Bauarbeiten und dem Beginn der Nutzung wäre jedoch bis zum Eintritt der Rechtskraft der Baubewilligung zuzuwarten gewesen. Bis dahin ist gestützt auf eine Interessenabwägung die Nutzung zu verbieten (Nutzungsverbot; Erw. 4.3 ff.).

BDE 2020 Nr. 75 finden Sie im angehängten PDF-Dokument



20-4424

Entscheid Nr. 75/2020 vom 14. August 2020

Rekurrentin

A.____ AG

vertreten durch lic.iur. Urs Pfister, Rechtsanwalt, Museumstrasse 35,
9000 St.Gallen

gegen

Vorinstanz

Baubewilligungskommission der Stadt X.____ (Entscheid vom
15. Mai 2020)

Rekursgegner

B.____

Betreff

Gesuch um Erlass eines Nutzungsverbots



Sachverhalt

A.

Die Stiftung C.____, Y.____, ist Eigentümerin von Grundstück Nr. 001, Grundbuchkreis X.____, an der P.____strasse in X.____. Das Grundstück liegt gemäss geltendem Zonenplan der Stadt X.____ vom 1. November 1980 in der Wohn-Gewerbe-Zone, Bauklasse 4a (WG4a). D.____, X.____, betreibt im Erdgeschoss des auf Grundstück Nr. 001 bestehenden Gebäudes Vers.-Nr. 002 den Gastwirtschaftsbetrieb B.____.

[...]

Übersicht Lage
(Quelle: Geoportal SG)

B.

a) Mit Baugesuch vom 7. Februar 2020 beantragte D.____ namens des Gastgewerbebetriebs B.____ bei der Stadt X.____ die Baubewilligung für die Umplatzierung des Fumoirs im Erdgeschoss sowie für eine "Aussenbestuhlung", also die gastgewerbliche Nutzung einer Fläche ausserhalb des Gebäudes (drei Tische mit insgesamt zwölf Stühlen).

[...]

Übersicht Projekt
(Quelle: Baugesuchpläne)

b) Innert der Auflagefrist vom 17. März 2020 bis 1. April 2020 erhob die A.____ AG, Z.____, vertreten durch lic.iur. Urs Pfister, Rechtsanwalt, St.Gallen, Einsprache gegen das Bauvorhaben.

c) Mit Beschluss vom 15. Mai 2020 erteilte die Baubewilligungskommission der Stadt X.____ die Baubewilligung unter Bedingungen und Auflagen und wies die Einsprache der A.____ AG ab.

C.

Gegen diesen Beschluss erhob die A.____ AG durch ihren Rechtsvertreter mit Schreiben vom 12. Juni 2020 Rekurs beim Baudepartement. Mit Rekursergänzung vom 13. Juli 2020 werden unter anderem folgende Anträge gestellt:

[...]

4. Antrag auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen:

Die Rekursgegnerin sei vom Baudepartement mittels einer vorsorglichen, superprovisorisch verfüigten Massnahme sofort zu verpflichten, die unbewilligte, widerrechtliche Nutzung des Fumoirs und der Aussenplätze einzustellen, bis eine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt;



einer allfälligen Beschwerde gegen die superprovisorisch verfügte vorsorgliche Massnahme sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Ihren Antrag auf Erlass eines Nutzungsverbots begründet die Rekurrentin zusammengefasst damit, dass der Rekursgegner das Fumoir bereits erstellt und in Betrieb genommen habe und die Aussenplätze bereits für die Bewirtung der Gäste nutze, obwohl die diesbezügliche Baubewilligung noch nicht rechtskräftig sei.

D.

a) Mit Vernehmlassung vom 5. August 2020 beantragt die Vorinstanz den Rekurs unter Kostenfolge abzuweisen. Hinsichtlich der hier in Frage stehenden vorsorglichen Massnahme (Nutzungsverbot) lässt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung ausführen, es sei im Zeitpunkt der Bewilligungserteilung noch keine Aussenbestuhlung vorhanden gewesen. Da nun aber offensichtlich vor Rechtskraft der Baubewilligung mit dem Betrieb der Gartenwirtschaft begonnen worden sei, werde ein entsprechendes Nutzungsverbot unterstützt. Gleiches gelte auch für die Nutzung des Fumoirs, welches im heutigen Zustand ebenfalls noch nicht rechtskräftig bewilligt sei.

b) Der Rekursgegner lässt sich zum beantragten Nutzungsverbot nicht vernehmen.

E.

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

Erwägungen

1.

Die Zuständigkeit des Baudepartementes zur Behandlung des Rekurses gegen die Baubewilligung vom 15. Mai 2020 ergibt sich aus Art. 43^{bis} des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP). Vor diesem Hintergrund sowie gestützt auf Art. 18 Abs. 1 VRP ist das Baudepartement auch zuständig zum Entscheid über das Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Massnahme (Nutzungsverbot). Weitere Prozessvoraussetzungen geben keinen Anlass zu Bemerkungen, womit auf den rekurrentischen Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme einzutreten ist.

2.

Am 1. Oktober 2017 ist das Planungs- und Baugesetz (sGS 731.1; abgekürzt PBG) in Kraft getreten und das Baugesetz vom 6. Juni 1972 (nGS 8, 134; abgekürzt BauG) aufgehoben worden (Art. 172 Bst. a



PBG). Der erstinstanzliche Einsprache- und Baubewilligungsentscheid erging am 15. Mai 2020. Mithin sind vorliegend grundsätzlich die Bestimmungen des PBG anwendbar, sofern sie gemäss Anhang zum Kreisschreiben „Übergangsrechtliche Bestimmungen im PBG“ vom 8. März 2017 (Baudepartement SG, Juristische Mitteilungen 2017/I/1) als unmittelbar anwendbar erklärt werden. Im Übrigen gelangen weiterhin das Baugesetz und das entsprechende Baureglement zur Anwendung.

3.

Für das fragliche Vorhaben (Fumoir und Aussenbestuhlung) erteilte die Vorinstanz wie dargelegt eine Baubewilligung, welche die Rekurrentin angefochten hat. Das Rekursverfahren in dieser Sache ist hängig und die Baubewilligung damit noch nicht rechtskräftig. Mit Bauarbeiten darf erst begonnen werden, wenn die Baubewilligung in Rechtskraft erwachsen ist (so ausdrücklich noch Art. 89 BauG). Hinsichtlich des strittigen Fumoirs und der Aussenbestuhlung liegt somit ein nicht rechtskräftig bewilligter Zustand vor.

4.

Die Rekurrentin beantragt, es sei der Rekursgegner zu verpflichten, die Nutzung des Fumoirs und der Aussenplätze einzustellen, bis eine rechtskräftige Baubewilligung vorliegt.

4.1 Die Behörde kann zur Erhaltung des Zustands oder zur Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen vorsorgliche Massnahmen treffen (Art. 18 Abs. 1 VRP). Vorsorgliche Massnahmen sind dazu bestimmt, einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten oder bedrohte rechtliche Interessen einstweilen sicherzustellen. Der Hauptzweck des einstweiligen Rechtsschutzes ist seine Sicherungsfunktion im Hinblick auf das Ergebnis des Hauptsachenverfahrens (B. MÄRKLI, in: Rizvi/Schindler/Cavelti, Praxiskommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Zürich/St. Gallen 2020, Art. 18 N 12; F. GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 246; CAVELTI/VÖGELI, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, St. Gallen 2003, N 1107). Für den Entscheid über vorsorgliche Massnahmen sind die Interessen des Gesuchstellers sowie die der übrigen Beteiligten und der Öffentlichkeit gegeneinander abzuwägen. In diese Abwägung können – mit Zurückhaltung – auch die Aussichten des Ausgangs des Verfahrens einbezogen werden, sofern diese eindeutig sind. Besondere Bedeutung kommt dabei dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu (VerwGE B 2019/160 vom 23. Januar 2020 Erw. 2.1; VerwGE B 2012/171 vom 10. Oktober 2012 Erw. 4.1; MÄRKLI, a.a.O., Art. 18 N 28; CAVELTI/VÖGELI, a.a.O., N 1111). Einstweiliger Rechtsschutz ist in allen Verfahrensarten und in allen Verfahrensstadien und durch alle Instanzen hindurch möglich und gefordert, da jedes Verfahren auch tatsächlich effektiv sein soll. Das VRP konzentriert die Bestimmungen dazu auf der erstmals möglichen Stufe, also für die vorsorglichen Massnahmen auf der Stufe der Verwaltungsbehörden. Es können aber auch die höheren Instanzen



gestützt auf Art. 18 VRP ursprüngliche vorsorgliche Massnahmen erlassen (vgl. MÄRKLI, a.a.O., Art. 18 N 3 und N 14). Nach der Praxis ist es insbesondere zulässig, ein Verbot der Nutzung einer formell nicht bewilligten Baute als vorsorgliche Massnahme anzuordnen (vgl. GVP 2009 Nr. 66, bestätigt vom Bundesgericht im Entscheid 1C_123/2009 vom 17. Juli 2009). Entsprechend sieht auch Art. 159 Abs. 1 Bst. b PBG vor, dass ein Benützungsverbot verfügt wird, wenn durch die Errichtung von Bauten und Anlagen ohne Bewilligung oder auf andere Weise ein unrechtmässiger Zustand geschaffen wird.

4.2 An der Einhaltung und Durchsetzung der Rechtsordnung besteht 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). Eigenmächtiges Vorgehen und das Schaffen von baurechtswidrigen Zuständen stellen 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 vorsorgliches Nutzungsverbot im Besonderen 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 besser gestellt wird, als der sich korrekt Verhaltende (RUOSS FIERZ, a.a.O., S. 94). Bei Feststellung der formellen Baurechtswidrigkeit ist der Erlass eines Nutzungsverbots daher grundsätzlich geboten und erforderlich; ein solches rechtfertigt sich umso mehr, wenn feststeht oder zu vermuten ist, dass zusätzlich eine materielle Rechtswidrigkeit vorliegt (RUOSS FIERZ, a.a.O., S. 99).

4.3 Zu den vorerwähnten öffentlichen Interessen kommen vorliegend öffentliche Interessen des Gesundheitsschutzes (Rauchzimmer) und der Verkehrssicherheit (Aussenbestuhlung; vgl. Einwand der Rekurrentin, es würden Strassenabstandsvorschriften verletzt) hinzu. Zu berücksichtigen sind ferner private Interessen der Nachbarn und insbesondere der Rekurrentin an der Überprüfung der Baubewilligung vor der Nutzung von Rauchzimmer und Aussenbestuhlung, zumal sowohl die Inbetriebnahme eines Rauchzimmers und insbesondere dessen Entlüftung als auch die Bewirtung von Personen ausserhalb des Gebäudes zu Emissionen führen können.

4.4 Den dargestellten, für ein Nutzungsverbot sprechenden Interessen stehen die privaten Interessen des Rekursgegners an der sofortigen Nutzung des Rauchzimmers und der Aussenbestuhlung gegenüber. Inwiefern diesen Interessen ein relevantes Gewicht zukommen soll, ist nicht erkennbar und wurde vom Rekursgegner auch nicht dargelegt. Namentlich war ihm die Führung des Gastgewerbebetriebs in der Vergangenheit auch ohne Aussenbestuhlung möglich, und ohne-



hin handelt es sich nur um drei kleine Tische (80 cm x 80 cm) mit insgesamt zwölf Stühlen. Somit kann die Aussenbestuhlung für den Rekursgegner zum Vornherein nicht von zentraler Bedeutung sein. Gleiches gilt für das Rauchzimmer bzw. dessen vorzeitige Inbetriebnahme. Denn der rauchenden Kundschaft des Rekursgegners ist es – gerade in den Sommermonaten – ohne weiteres möglich, im Freien zu rauchen.

4.5 Zusammenfassend ist festzustellen, dass sowohl die geplante Erweiterung des rekurrentischen Gastgewerbebetriebs um eine Aussenbestuhlung (drei Tische [80 cm x 80 cm] mit insgesamt zwölf Stühlen) als auch die Inbetriebnahme des neuen Rauchzimmers bewilligungspflichtig sind (vgl. bezüglich Rauchzimmer insbesondere Art. 8 der Verordnung über den Schutz vor Passivrauchen [sGS 311.12]). Von einer Bewilligungspflicht ging im Übrigen auch der Rekursgegner aus, zumal er ein entsprechendes Baugesuch einreichte. Der Entscheid der Vorinstanz über das fragliche Baugesuch ist sodann unbestrittenermassen noch nicht in Rechtskraft erwachsen. Unbestritten blieb weiter, dass die baulichen Vorkehrungen mit Bezug zum Rauchzimmer bereits umgesetzt worden sind, dass das Rauchzimmer aktuell schon genutzt wird und dass eine Bewirtung der Gäste im Bereich der Aussenbestuhlung bereits stattfindet. Die aktuelle Nutzung dieser Bereiche erweist sich als formell baurechtswidrig und der Erlass eines Nutzungsverbots bis zur rechtskräftigen Erteilung der Baubewilligung ist geeignet und erforderlich sowie angesichts der dargestellten Interessenlage verhältnismässig. Der Antrag der Rekurrentin auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme ist gutzuheissen.

5.

Nach Art. 106 Abs. 1 VRP kann die Behörde die für den Fall des Ungehorsams gesetzlich vorgesehene Strafe androhen. Enthält der Erlass keine Strafbestimmung, so kann die in Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs (SR 311; abgekürzt StGB) vorgesehene Strafe angedroht werden (Art. 106 Abs. 2 VRP). Allerdings kommt Art. 292 StGB nur subsidiär dort zur Anwendung, wo keine andere Bestimmung des (Neben-)Strafrechts oder des kantonalen Strafrechts den entsprechenden Ungehorsam als solchen mit Strafe bedroht (RIEDO/BOHNER, Basler Kommentar II zum Strafrecht, StGB II, Art. 111-392, 2. Aufl., Basel 2007, N 28a zu Art. 292). Der im Raum stehende Ungehorsam gegen ein von der Rechtsmittelinstanz verfügbares Nutzungsverbot wird durch keine andere strafrechtliche Bestimmung mit Strafe bedroht. Die Anwendung von Art. 292 StGB ist demnach zulässig und dem Rekursgegner eine entsprechende Strafe bei Missachtung des Nutzungsverbots anzudrohen.

6.

Die Rekurrentin beantragt zudem, es sei einer allfälligen Beschwerde gegen die vorsorgliche Massnahme die aufschiebende Wirkung zu entziehen.



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).

6.2 An der Einhaltung und Durchsetzung der Rechtsordnung besteht wie dargelegt ein gewichtiges öffentliches Interesse. Bei einem Weiterzug dieses Entscheids würden ausserdem weitere Monate vergehen, bis eine rechtskräftige Beurteilung des Nutzungsverbots vorliegt. Weiter liegt wie ausgeführt noch keine rechtskräftige Baubewilligung vor, auf die sich die Inbetriebnahme des Rauchzimmers oder die Erstellung und Nutzung der Aussenbestuhlung stützen könnte. Im Interesse der Einhaltung des korrekten Verfahrensablaufs, der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung aller Baugesuchsteller ist es gerechtfertigt, einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Die diesbezüglichen privaten Interessen des Rekursgegners vermögen daran nichts zu ändern und verdienen keinen Schutz (vgl. ergänzend zur Interessenabwägung auch oben, Erw. 4.2 ff.).

7.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Nutzung des Rauchzimmers/Fumoirs sowie die Nutzung der Aussenbestuhlung bis zur rechtskräftigen Erteilung der Baubewilligung unter Strafandrohung zu verbieten ist. Einer allfälligen Beschwerde gegen diesen Entscheid ist die aufschiebende Wirkung zu entziehen.

8.

8.1 Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Beim vorliegenden Entscheid handelt es sich um einen Zwischenentscheid (vgl. MÄRKLI, a.a.O., Art. 18 N 37). Für Zwischenentscheide eines Departementes beträgt der Gebührenrahmen Fr. 200.– bis Fr. 2'000.– (Ziff. 20.13.02 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung [sGS 821.5]). Die Entscheidgebühr wird ermessensweise auf Fr. 1'000.– festgesetzt. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die amtlichen Kosten dem Rekursgegner zu überbinden.

8.2 Der von der Rekurrentin am 25. Juni 2020 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– verbleibt bei der Hauptsache. Über dessen



Verwendung wird im Rekursentscheid betreffend Baubewilligung zu entscheiden sein.

9.

Die Rekurrentin stellt ein Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten.

9.1 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 Entschädigung 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).

9.2 Die Rekurrentin obsiegt mit ihren Anträgen. Da das Verfahren zudem in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bot, die den Beizug eines Rechtsvertreters rechtfertigen, besteht grundsätzlich Anspruch auf eine ausseramtliche Entschädigung (Art. 98^{bis} VRP). Weil keine Kostennote vorliegt, ist die ausseramtliche Entschädigung in Anwendung von Art. 6 in Verbindung mit Art. 22 der Honorarordnung (sGS 963.75) ermessensweise auf Fr. 1'000.– (zuzüglich Mehrwertsteuer) festzulegen; sie ist vom Rekursgegner zu bezahlen.

Entscheid

1.

a) Der Antrag der A.____ AG, Z.____, auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme wird gutgeheissen. Die Nutzung des Rauchzimmers (Fumoir) sowie der Aussenbestuhlung des Gastgewerbebetriebs an der P.____strasse in X.____ (Grundstück Nr. 001) wird bis zur rechtskräftigen Erteilung der Baubewilligung untersagt.

b) Für den Fall der Nichtbefolgung dieses Nutzungsverbots wird die Bestrafung nach Art. 292 StGB angedroht. Art. 292 StGB 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.

c) Die Politische Gemeinde X.____ überwacht die Einhaltung des Nutzungsverbots.

2.

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

3.

a) B.____, X.____, bezahlt eine Entscheidgebühr von Fr. 1'000.–.



b) Der am 25. Juni 2020 von der A.____ AG geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'800.– verbleibt bei der Hauptsache.

4.

Das Begehren der A.____ AG um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wird gutgeheissen. B.____ entschädigt die A.____ AG ausseramtlich mit Fr. 1'000 zuzüglich Mehrwertsteuer.

Die Vorsteherin

Susanne Hartmann
Regierungsrätin