



**Fall-Nr.:** B 2012/96  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 19.06.2012  
**Entscheiddatum:** 19.06.2012

### **Urteil Verwaltungsgericht, 19.06.2012**

**Verfahrensrecht, Art. 51 sowie Art. 44, 47 und 60 VRP (sGS 951.1). Das VRP unterscheidet strikte zwischen dem Entzug der aufschiebenden Wirkung und vorsorglichen Massnahmen. Deshalb ist für Beschwerden gegen Verfügungen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung das Gesamtgericht zuständig. Der Gerichtspräsident kann lediglich im Falle einer besonderen Dringlichkeit im Sinne von Art. 23 VRP über solche Beschwerden alleine entscheiden. Aufgrund der erwähnten strikten Differenzierung ist für Beschwerden gegen Verfügungen über die aufschiebende Wirkung die vierzehntägige Frist gemäss Art. 47 Abs. 1 VRP massgebend. Die Vorinstanz hat keine hinreichenden resp. gewichtigen öffentlichen und privaten Interessen zur Begründung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung des Rekurses herangezogen und hat dadurch Art. 51 VRP verletzt. Zudem erweist sich die Beschränkung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung auf die Verkürzung resp. Aufhebung der Schliessungszeiten in Anbetracht des abstrakt zu beurteilenden Immissionsschutzes und der Zonenkonformität als rechtswidrig. Ein vollständiger Entzug der aufschiebenden Wirkung ist sodann angesichts seiner präjudiziellen Wirkungen und des Prinzips der Verhältnismässigkeit ausgeschlossen (Verwaltungsgericht, B 2012/96).**

Mitwirkend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; präsidierender Vizepräsident lic. iur. A. Linder; Verwaltungsrichter Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener, Dr. S. Bietenharder-Künzle; Gerichtsschreiber Dr. M. Looser

---

In Sachen



## St.Galler Gerichte

A. K.,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. B. L.,

gegen

Departement des Innern des Kantons St. Gallen, Regierungsgebäude, 9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

und

P. GmbH,

Beschwerdegegnerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Marc Weber, Waisenhausstrasse 14, 9000 St.  
Gallen,

sowie

Baudepartement des Kantons St. Gallen, Lämmlisbrunnenstrasse 54, 9001 St. Gallen,

Politische Gemeinde St. Gallen, Baubewilligungskommission, Neugasse 3, 9004 St.  
Gallen,

Beschwerdebeteiligte,

betreffend



Entzug der aufschiebenden Wirkung des Rekurses gegen den Beschluss Nr. 300 betreffend Baubewilligung (Änderung der Öffnungszeiten und Verbreiterung des Vordaches sowie Schallschutzwände beim Eingangsbereich zum KuGl)

### **hat das Verwaltungsgericht festgestellt:**

A./ Das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen hat mit den Entscheiden B 2009/71 und B 2009/72 vom 18. März 2010 rechtskräftig Beschwerden gegen die Baubewilligung/Neuordnung Signalisation der Parkplätze auf dem Güterbahnhofareal in St. Gallen gutgeheissen. Damit wurde letztlich auch die Bewilligung des Baugesuches Nr. 42'866 der Beschwerdeführerin als Betreiberin des Lokals Kultur am Gleis (abgekürzt KuGl) vom 27. August 2004 aufgehoben. Am 14. Januar 2011 stellte die P. GmbH ein neues Baubewilligungsgesuch Nr. 49'289 zur Änderung der Öffnungszeiten des KuGl sowie zur Verbreiterung des Vordaches und zur Erstellung von Schallschutzwänden beim Eingangsbereich zum KuGl. Dagegen erhob A. K. öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Einsprache. Am 10. Juni 2011 hiess die zuständige Baubewilligungskommission der Stadt St. Gallen das Baugesuch Nr. 49'289 unter Bedingungen und Auflagen (Zeitpunkt der Realisierung der baulichen Massnahmen, Überprüfung der Musikanlage durch das Amt für Umwelt und Energie, Verbindlichkeit des Nutzungs- und Betriebskonzeptes vom 21. April 2011) gut und wies die öffentlich-rechtliche und die privatrechtliche Einsprache von A. K. jeweils im Hauptantrag ab.

Gegen den Beschluss der Baubewilligungskommission der Stadt St. Gallen erhob A. K. mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 8. Juli 2011 Rekurs beim Baudepartement mit dem Antrag, der Beschluss der Baubewilligungskommission der Stadt St. Gallen sei kosten- und entschädigungspflichtig aufzuheben. Zur Ergänzung des Rekurses ersuchte der Rechtsvertreter von A. K. um Einräumung einer Frist bis zum 12. August 2011. Am 12. Juli 2011 verlängerte das Baudepartement die Frist antragsgemäss bis zum 12. August 2011. Mit Schreiben des Baudepartements vom 25. Juli 2011 wurde der Rekurs zur weiteren Bearbeitung dem Departement des Innern überwiesen. Am 15. August 2011 gewährte das Departement des Innern dem Rechtsvertreter von A. K.



## St.Galler Gerichte

auf Antrag und unter Hinweis auf die Säumnisfolgen eine nochmalige und als letztmalig bezeichnete Frist zur Rekursergänzung bis zum 15. September 2011.

Mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 15. September 2011 ersuchte A. K. erneut um Sistierung des Verfahrens bzw. Fristerstreckung zur Rekursergänzung bis zum 15. Dezember 2011. Die Leiterin Rechtsdienst des Departements des Innern wies mit verfahrensleitender Anordnung vom 10. Oktober 2011 das Gesuch um Sistierung des Rekursverfahrens bzw. um Fristerstreckung zur Rekursergänzung ab, und gleichentags trat das Departement des Innern auf den Rekurs von A. K. nicht ein.

Eine dagegen erhobene Beschwerde an das Verwaltungsgericht hiess dieses mit Entscheid vom 14. Februar 2012 gut und wies das Departement des Innern an, A. K. eine angemessene Nachfrist zur Rekursergänzung anzusetzen.

Mit Eingabe vom 6. März 2012 erhob der Rechtsvertreter der P. GmbH Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht und beantragte die Aufhebung des Entscheids des Verwaltungsgerichts vom 14. Februar 2012 sowie die unverzügliche Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Mit Entscheid vom 9. März 2012 trat das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht ein und stellte fest, dass ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen bei dem mit der Sache befassten Departement des Innern einzureichen sei. Mit Eingabe vom 23. März 2012 reichte der Rechtsvertreter der P. GmbH erneut eine Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 14. Februar 2012 beim Bundesgericht ein. Dieses Verfahren ist nach wie vor hängig.

B./ Am 14. März 2012 setzte das Departement des Innern A. K. unter Androhung der Säumnisfolgen eine letztmalige Frist zur Rekursergänzung und zur Leistung eines Kostenvorschusses bis zum 16. April 2012 an.

C./ Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 19. März 2012 verlangte die P. GmbH, dem nach wie vor beim Departement des Innern hängigen Rekurs gegen die Baubewilligung vom 10. Juni 2011 zum Baugesuch Nr. 49'289 sei ohne Verzug, sofern möglich bis zum 22. März 2012, 16:00 Uhr, die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Eventualiter sei ohne Verzug, sofern möglich bis zum 22. März 2012, 16:00 Uhr, zu verfügen, dass die Schliessungszeiten des KuGI gemäss dem Baugesuch Nr. 49'289 oder subeventualiter



## St.Galler Gerichte

von Amtes wegen in einem angemessenen Umfang, jedoch mindestens einmal wöchentlich an einem Freitag oder Samstag nach Wahl der P. GmbH, aufzuheben seien.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 21. März 2012 wies das Departement des Innern die Anträge der P. GmbH gemäss der Eingabe vom 19. März 2012 ab. Zudem verfügte das Departement des Innern, dass A. K., der Baukommission der Stadt St. Gallen sowie dem Baudepartement das rechtliche Gehör zu gewähren sei und dass die Kosten der superprovisorischen Verfügung bei der Hauptsache verbleiben würden. Die superprovisorische Verfügung wurde insbesondere damit begründet, dass allfällige finanzielle Einbussen im Zusammenhang mit der Veranstaltung im KuGl vom 23./24. März 2012 keine Dringlichkeit im Sinne von Art. 15 Abs. 3 VRP darstellen würden und damit einen Verzicht auf das rechtliche Gehör der übrigen Verfahrensbeteiligten nicht rechtfertigen könnten.

In der Folge wurde zum Antrag auf Entzug der aufschiebenden Wirkung des Rekurses ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt. Das Baudepartement und die Baubewilligungskommission der Stadt St. Gallen verzichteten auf eine Vernehmlassung. Mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 2. April 2012 beantragte A. K. die kosten- und entschädigungspflichtige Abweisung des Gesuchs um Entzug der aufschiebenden Wirkung des Rekurses.

Mit Verfügung vom 19. April 2012 hiess das Departement des Innern das Gesuch der P. GmbH vom 19. März 2012 gut und entzog dem Rekurs gegen die Baubewilligung der Baubewilligungskommission der Stadt St. Gallen vom 10. Juni 2011 betreffend Baugesuch Nr. 49'289 die aufschiebende Wirkung im Umfang der bewilligten Verkürzung bzw. Aufhebung der Schliessungszeiten. Gemäss dieser Verfügung verbleiben die Kosten bei der Hauptsache und einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen. Die Verfügung wurde hauptsächlich damit begründet, dass sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung des Rekurses angesichts des öffentlichen Interesses am Weiterbestand und der Bedrohung der finanziellen Existenz des KuGl rechtfertige.



## St.Galler Gerichte

G./ Mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 7. Mai 2012 erhob A. K. Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte die kosten- und entschädigungspflichtige vollumfängliche Aufhebung der Verfügung des Departements des Innern vom 19. April 2012. Zudem beantragte er die Wiedererteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde an das Verwaltungsgericht. Als Begründung wird im Wesentlichen vorgebracht, dass öffentliche und private Interessen an der Durchsetzung der Rechtsordnung einen Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht rechtfertigen würden.

Das Baudepartement verzichtete mit Schreiben vom 11. Mai 2012 auf eine Vernehmlassung. Das Departement des Innern beantragte in seiner Vernehmlassung vom 15. Mai 2012 die Abweisung der Beschwerde und verwies für die Begründung auf den angefochtenen Entscheid. Mit Schreiben vom 16. Mai 2012 verzichtete die Baubewilligungskommission der Stadt St. Gallen auf eine Vernehmlassung und brachte zusätzlich eine Anmerkung zum Umfang der Bewilligung zum Baugesuch Nr. 49'289 an. Die Beschwerdegegnerin beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 18. Mai 2012 das Nichteintreten auf die Beschwerde; eventualiter sei sie vollumfänglich abzuweisen. Mit Schreiben vom 22. Mai 2012 wurde der P. GmbH Einblick in die vorinstanzlichen Akten gewährt, und es wurden ihr Kopien der Vernehmlassungen der anderen Verfahrensbeteiligten zugestellt. Mit Schreiben vom 25. Mai 2012 reichte die Baubewilligungskommission der Stadt St. Gallen nochmals eine Vernehmlassung ein und beantragte, dass die Beschwerde abzuweisen sei; eventualiter dahingehend zu ergänzen sei, dass gleichzeitig mit der Aufnahme des neuen Betriebskonzeptes auch diejenigen baulichen Lärmschutzmassnahmen provisorisch zu realisieren seien, die für A. K. relevant seien. Diese Vernehmlassung wurde der P. GmbH per Fax und A-Post zugestellt. Am 30. Mai 2012 reichte die P. GmbH nochmals eine Stellungnahme ein und hielt an ihren Anträgen fest. Mit Schreiben vom 29. resp. 31. Mai 2012 wurden dem Beschwerdeführer, der Vorinstanz sowie sämtlichen Beschwerdebeteiligten die eingegangenen Vernehmlassungen und Stellungnahmen zur Kenntnisnahme zugesandt. Mit Schreiben vom 11. Juni 2012 liess der Beschwerdeführer dem Verwaltungsgericht während des Zirkulationsverfahrens nochmals eine Eingabe zukommen.

Auf die weiteren von den Verfahrensbeteiligten vorgebrachten Ausführungen wird – soweit wesentlich – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.



### **Darüber wird in Erwägung gezogen:**

1. Das Verwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP).

1.1. Zu prüfen ist zunächst, wer für die Behandlung der Beschwerde zuständig ist.

Nach Art. 51 Abs. 1 VRP hat der Rekurs aufschiebende Wirkung, wenn die Vorinstanz nicht aus wichtigen Gründen die Vollstreckbarkeit anordnet. Die Rekursinstanz kann eine gegenteilige Verfügung treffen (Art. 51 Abs. 2 Satz 1 VRP). Für die Regierung verfügt das zuständige Departement, für die übrigen Kollegialbehörden der Vorsitzende (Art. 51 Abs. 2 Satz 2 VRP). Die Verfügung ist endgültig (Art. 51 Abs. 2 Satz 3 VRP). Es stellt sich daher nachfolgend die Frage, inwiefern gegen eine Verfügung betreffend aufschiebende Wirkung überhaupt eine Beschwerde ergriffen werden kann.

Nach Art. 93 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (SR 173.110, abgekürzt BGG) ist eine Beschwerde an das Bundesgericht zulässig, wenn selbstständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Dies kann beim Entzug der aufschiebenden Wirkung eines Rekurses der Fall sein. Aus diesem Grund ist gegen eine solche öffentlich-rechtliche Verfügung einer kantonalen Instanz eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht zulässig. Dies hat zur Folge, dass auf kantonaler Ebene letztinstanzlich ein oberes kantonales Gericht im Sinne von Art. 86 Abs. 2 BGG über das Gesuch betreffend aufschiebende Wirkung entscheiden muss, auch wenn dies das Gesetz nicht vorsieht resp. ausschliesst (Entscheid des Verwaltungsgerichtspräsidenten B 2010/3 vom 24. Februar 2010 i.S. H.K. E. 1). Aufgrund der derogatorischen Wirkung des Art. 86 Abs. 2 BGG (Art. 49 Abs. 1 der Bundesverfassung, SR 101, abgekürzt BV) ist Art. 51 Abs. 2 Satz 3 VRP als Ausnahme zu Art. 29a Satz 2 BV nicht beachtlich. Somit muss gegen Verfügungen betreffend aufschiebende Wirkung und entgegen Art. 51 Abs. 2 Satz 3 VRP eine Beschwerde an das letztinstanzliche kantonale Gericht möglich sein (vgl. M. Looser,



Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich/St. Gallen 2011, § 10 N 77 f.). Hinzu kommt, dass sich vorliegend allenfalls ein Anspruch auf einen Weiterzug der Verfügung über den Entzug der aufschiebenden Wirkung aus Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101, abgekürzt EMRK) ergeben könnte, was aber angesichts der Anforderungen des BGG an kantonale Vorinstanzen des Bundesgerichts nicht abschliessend entschieden werden muss. Die Vorinstanz hat als nicht-gerichtliche, verwaltungsinterne Rekursinstanz dem Rekursverfahren die aufschiebende Wirkung entzogen. Aufgrund des soeben Gesagten muss dagegen eine Beschwerde an das Verwaltungsgericht möglich sein, um den Anforderungen des BGG zu genügen. Nachfolgend stellt sich noch die Frage, ob der Verwaltungsgerichtspräsident oder das Verwaltungsgericht als Kollegialgericht darüber entscheiden muss.

Der Verwaltungsgerichtspräsident hielt im Entscheid B 2010/3 vom 24. Februar 2010 i.S. H.K. fest, dass er in sachgemässer Anwendung von Art. 64 in Verbindung mit Art. 51 Abs. 2 Satz 2 VRP für Beschwerden gegen Verfügungen seiner Vorinstanzen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung zuständig und eine Beschwerdefrist von fünf Tagen einzuhalten sei. Dieser Rechtsauffassung lag die Auslegung zugrunde, dass es sich beim Entzug der aufschiebenden Wirkung um eine vorsorgliche Massnahme handle (vgl. Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 657; N. von Werdt, in: Seiler/von Werdt/Güngerich [Hrsg.], *Bundesgerichtsgesetz [BGG]*, Bern 2007, N 5 zu Art. 104). An dieser Rechtsprechung kann nicht festgehalten werden. Die sachgemässe Anwendung von Art. 51 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 64 VRP im Beschwerdeverfahren hat lediglich zur Folge, dass der Beschwerde die von Gesetzes wegen zukommende aufschiebende Wirkung entzogen und die Vollstreckbarkeit angeordnet werden kann (GVP 1980 Nr. 20). Art. 51 Abs. 2 VRP betrifft indessen nicht das Beschwerdeverfahren gegen Verfügungen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung, sondern lediglich die erstmalige Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung, sei es durch die Rekurs- oder in sachgemässer Anwendung aufgrund von Art. 64 VRP durch den Verwaltungsgerichtspräsidenten. Deshalb ergibt sich – wie erwähnt – auch die Zulässigkeit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht gegen Verfügungen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht direkt aus dem VRP (a.M. Cavelti/Vögeli, *Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen*, 2. Aufl., St. Gallen 2003, Rz. 1096),



sondern aus den bundesrechtlichen Anforderungen an die kantonalen Vorinstanzen des Bundesgerichts sowie allenfalls aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK. Die Beschränkung der sachgemässen Anwendung von Art. 51 Abs. 2 VRP in Verbindung mit Art. 64 VRP auf die Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung durch den Verwaltungsgerichtspräsidenten zeigt sich auch aufgrund des Vergleichs mit vorsorglichen Massnahmen und Vollstreckungsmassnahmen. Die Zulässigkeit des Rekurses gegen vorsorgliche Massnahmen und Vollstreckungsmassnahmen ergibt sich aus Art. 44 VRP, aber der Weiterzug dieser Rekursentscheide an den Verwaltungsgerichtspräsidenten ergibt sich nicht aus der sachgemässen Anwendung von Art. 44 in Verbindung mit Art. 64 VRP, sondern explizit aus Art. 60 VRP. Für Verfügungen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung sieht das VRP aufgrund von Art. 51 Abs. 2 Satz 3 VRP keine Beschwerdemöglichkeit vor, sondern diese ergibt sich aus dem vorrangigen Bundesrecht. Deshalb rechtfertigt sich die sachgemässe Anwendung von Art. 51 Abs. 2 VRP auf Beschwerden gegen Verfügungen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht.

Weiter ist zu prüfen, ob sich die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtspräsidenten zur Beurteilung der Beschwerde gegen Verfügungen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung aus Art. 60 VRP ergibt. Mit Beschluss vom 7. April 2005 entschied das Verwaltungsgericht, dass Art. 60 VRP lediglich die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtspräsidenten für die Beurteilung von Beschwerden gegen vorsorgliche Massnahmen und Vollstreckungsmassnahmen vorsehe (VerwGE B 2005/4 vom 7. April 2005 i.S. P.B. E. 1a). Dies ist insofern richtig, als das VRP strikte zwischen aufschiebender Wirkung (Art. 51 VRP) sowie vorsorglichen Massnahmen resp. Vollstreckungsmassnahmen (Art. 18, 44, 60 und 101 VRP) unterscheidet. Diese Differenzierung beruht auf einem bewussten Entscheid des Gesetzgebers, auch wenn die aufschiebende Wirkung gemäss Art. 55 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021) oder in der Literatur (Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 657; N. von Werdt, a.a.O., N 5 zu Art. 104) als vorsorgliche Massnahme behandelt wird und de facto ähnliche Wirkungen wie eine Vollstreckungsmassnahme zeigt. In der einschlägigen Literatur zum VRP wird ebenfalls zwischen Verfügungen betreffend aufschiebender Wirkung einerseits und vorsorglichen Massnahmen andererseits unterschieden (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 1107). Sodann hat die Vorinstanz selbst entschieden, dass die Gesetzssystematik in Art. 18 VRP die vorsorglichen



Massnahmen – die nach Art. 44 VRP mit Rekurs anfechtbar sind – von den Anordnungen betreffend aufschiebende Wirkung nach Art. 51 VRP deutlich abgrenze (GVP 1990 Nr. 103). Aufgrund dieser strikten Unterscheidung zwischen aufschiebender Wirkung sowie vorsorglichen Massnahmen resp. Vollstreckungsmassnahmen greift vorliegend Art. 60 VRP nicht, und mangels einer anderen Bestimmung im VRP ist das Verwaltungsgericht als Kollegialgericht für Beschwerden gegen Verfügungen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung zuständig. In der Literatur wird zwar an der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für Beschwerden gegen Verfügungen über die aufschiebende Wirkung anstelle des Verwaltungsgerichtspräsidenten Kritik geäussert (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 1038), aber aufgrund der klaren Gesetzessystematik ist daran festzuhalten. Der Gerichtspräsident ist lediglich im Falle einer besonderen Dringlichkeit im Sinne von Art. 23 VRP für Beschwerden gegen Verfügungen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung zuständig (VerwGE B 2005/4 vom 7. April 2005 i.S. P.B. E. 1a).

Aufgrund der geschilderten bisher unklaren Rechtslage über die Zuständigkeit rechtfertigt sich vorliegend trotz Dringlichkeit ein Entscheid des Gesamtgerichts. Gemäss Art. 1 Abs. 3 des Reglements über Organisation und Geschäftsgang des Verwaltungsgerichts sowie über die Aufsicht über das Versicherungsgerichts und die Verwaltungsrekurskommission (sGS 941.22) kann das Gesamtgericht auch im Rahmen eines Zirkulationsbeschlusses entscheiden.

1.2. Im Übrigen ist der Beschwerdeführer zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerdeeingabe vom 7. Mai 2012 entspricht formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP).

Als unbehelflich erweist sich der Standpunkt der Beschwerdegegnerin, dass die Beschwerde vom 7. Mai 2012 nicht fristgerecht eingereicht und damit die Verfügung der Vorinstanz in Rechtskraft erwachsen sei, da vorliegend die Frist gemäss Art. 47 Abs. 2 VRP massgebend sei. Aufgrund der in Erw. 1.1 dargestellten strikten Differenzierung zwischen vorsorglichen Massnahmen resp. Vollstreckungsmassnahmen und aufschiebender Wirkung ist für das vorliegende



Verfahren nicht die Frist gemäss Art. 47 Abs. 2 VRP massgebend, sondern die vierzehntägige Frist gemäss Art. 47 Abs. 1 VRP.

Hinzu kommt, dass die Rechtsmittelbelehrung des vorinstanzlichen Entscheids selbst eine Frist von vierzehn Tagen an das Verwaltungsgericht vorsieht. Selbst wenn vorliegend die Fünftagesfrist gemäss Art. 47 Abs. 2 VRP massgebend wäre, dürfte dem Beschwerdeführer daraus kein Nachteil erwachsen (Art. 47 Abs. 3 VRP). Zwar war der Beschwerdeführer im Rekurs- und Beschwerdeverfahren anwaltlich vertreten und ist selbst Jurist. Aber aufgrund der sich widersprechenden Entscheide des Verwaltungsgerichts und Auffassungen in der Literatur war es selbst für einen Rechtsvertreter resp. Juristen nicht aus dem Gesetz ersichtlich, welche Frist vorliegend massgebend ist. Deshalb durfte sich der Beschwerdeführer in guten Treuen auf die Rechtsmittelbelehrung verlassen und die Beschwerde innert der Frist von Art. 47 Abs. 1 VRP einreichen, zumal nach der Rechtsprechung nicht verlangt wird, neben Gesetzestexten noch die einschlägige Rechtsprechung oder Literatur nachzuschlagen (vgl. anstatt vieler BGE 134 I 199 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Die Beschwerdeeingabe vom 7. Mai 2012 wurde daher rechtzeitig eingereicht.

1.3. Aufgrund des Gesagten ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.4. Die Eingabe des Beschwerdeführers vom 11. Juni 2012 ging während des Zirkulationsverfahrens ein, sodass sie im vorliegenden Urteil nicht mehr berücksichtigt werden konnte. Der Beschwerdeführer erleidet dadurch keinen Rechtsnachteil, da er mit seinen Rechtsanliegen ohnehin durchdringt. Den anderen Verfahrensbeteiligten wird die vorliegend nicht berücksichtigte Eingabe vom 11. Juni 2012 zusammen mit dem Urteil zugestellt.

1.5. Die Beschwerdegegnerin lässt in verfahrensrechtlicher Hinsicht vorbringen, dass das Baudepartement befangen sei und damit nicht als Beschwerdebeteiligter aufgeführt werden dürfe. Diese Frage kann vorliegend offen bleiben, da das Baudepartement auf eine Vernehmlassung verzichtete und daher auf das vorliegende Verfahren keinen Einfluss nehmen konnte. Hinzu kommt, dass die Beschwerdegegnerin nicht genügend darlegt, inwiefern das Baudepartement befangen sein soll.



2. Die aufschiebende Wirkung gemäss Art. 51 Abs. 1 VRP bedeutet, dass eine Verfügung oder ein Entscheid während dem Lauf einer Rechtsmittelfrist sowie dem (allenfalls) anschliessenden Rechtsmittelverfahren noch keine Wirkung entfaltet. Dadurch werden Vollzug und Wirksamkeit der Anordnung aufgeschoben. Der Grund dafür liegt darin, dass Verfügungen und Entscheide zunächst einer justizmässigen Überprüfung unterliegen sollen, bevor sie verbindlich und durchsetzbar werden. Ein Abrücken von diesem Grundsatz soll nicht leichthin erfolgen, und der Entscheid über die aufschiebende Wirkung erfordert eine einzelfallbezogene Abwägung entgegenstehender Interessen (F. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 244; Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 650 und 966; R. Kiener, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, N 16 zu Art. 55 mit Hinweisen). Dementsprechend vermögen einzig wichtige Gründe einen Entzug der aufschiebenden Wirkung gemäss Art. 51 Abs. 1 VRP zu rechtfertigen. Das Gesetz regelt nicht näher, wann wichtige Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung gegeben sind. Fest steht, dass mit dem Inkrafttreten des V. Nachtrags zum VRP (nGS 42.55) am 1. März 2007 die Anforderungen an den Entzug der aufschiebenden Wirkung verringert worden sind. Der Entzug ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers und der Beschwerdegegnerin nicht ausschliesslich bei Gefahr im Verzug zulässig, sondern allgemein beim Vorliegen wichtiger Gründe (ABI 2006, S. 837). Als wichtiger Grund gilt insbesondere ein öffentliches Interesse, das den sofortigen Vollzug einer Verfügung gebietet. Auch private Interessen können unter Umständen den Entzug der aufschiebenden Wirkung rechtfertigen. Als zulässige öffentliche Interessen gelten Anliegen, die in der Rechtsordnung allgemein ausgewiesen sind (z.B. Schutz gefährdeter Polizeigüter) oder sich aus der Gesetzgebung ergeben und die mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung beschleunigt durchgesetzt werden sollen (Kiener, a.a.O., N 15 zu Art. 55 mit Hinweisen). Das betroffene Interesse ist dann mit den allenfalls entgegenstehenden – öffentlichen oder privaten – Interessen in Abwägung zu bringen.

2.1. Die Vorinstanz begründete den Entzug der aufschiebenden Wirkung damit, dass aufgrund des Postulats von 44 Mitgliedern des Stadtparlaments St. Gallen und der Petition von über 6'000 Kulturinteressierten ein öffentliches Interesse am Weiterbestand des KuGI nicht von der Hand zu weisen sei. Zudem würden schwer gefährdete private Interessen der Beschwerdegegnerin bestehen, da die Existenz des



KuGI in der gegenwärtigen Situation ernsthaft gefährdet sei. Die Tatsache, dass das KuGI von der Stadt St. Gallen mit einem nicht unerheblichen Betrag finanziell unterstützt worden sei, sei ein nichtübersehbares Indiz dafür, dass das KuGI infolge der durch die Rechtsstreitigkeiten bedingten Unsicherheiten mit finanziellen Engpässen zu kämpfen habe.

Der Beschwerdeführer lässt dagegen vorbringen, dass die "besondere Bedeutung" des KuGI nicht mit einem öffentlichen Interesse gleichzusetzen sei. Der vorinstanzliche Entscheid lasse im Übrigen das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Rechtsordnung (Zonenkonformität, Lärmschutz sowie Baubewilligungspflicht) ausser Acht. Die Nutzung des KuGI sei erst zuzulassen, wenn eine rechtskräftige Baubewilligung dafür vorliege. Der Beschwerdeführer habe sodann ein privates Interesse an der Durchsetzung der Rechtsordnung, da er wiederholt bei Auseinandersetzungen mit der Beschwerdegegnerin obsiegt habe. Er habe einen Anspruch darauf, dass die von ihm erwirkten Urteile zu seinem Schutz und zu jenem der Nachbarschaft endlich umgesetzt würden.

Die Beschwerdegegnerin begründet den Entzug der aufschiebenden Wirkung hauptsächlich damit, dass das KuGI ohne verlängerte Öffnungszeiten nicht kostendeckend zu führen und die wirtschaftliche Existenz des Betriebs gefährdet sei. Zudem macht sie ebenfalls geltend, dass ein öffentliches Interesse am KuGI bestehen würde.

2.2. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers kann ein gewisses öffentliches Interesse am Weiterbestand des KuGI aufgrund der Ausführungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin nicht abgestritten werden. Es fragt sich daher, ob dies ein gewichtiges resp. hinreichendes öffentliches Interesse darstellt, das die privaten Interessen des Beschwerdeführers sowie das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Rechtsordnung überwiegt. Hinzu kommt, dass es vorliegend trotz des auch vorhandenen öffentlichen Interesses primär um ein privates Interesse der Beschwerdegegnerin geht, die die Schliessungszeiten des KuGI aufheben möchte.

Das öffentliche Interesse an der Rechtsdurchsetzung ergibt sich insbesondere aus den Urteilen B 2009/71 und B 2009/72 des Verwaltungsgerichts vom 18. März 2010. Darin



hat das Verwaltungsgericht den Unterhaltungsbetrieb KuGI, der Partys und Konzerte für über 400 Jugendliche veranstaltet und dessen Schliessungszeiten generell an mehreren aufeinanderfolgenden Wochentagen vollständig aufgehoben sind, als nicht zonenkonform in einer Wohn-Gewerbe-Zone beurteilt. Mit dem Ruhebedürfnis der in einer Mischzone ansässigen Bewohner, die während den Öffnungszeiten des KuGI schlafen wollen oder müssen, würden sich kontinuierliche nächtliche Partys und Konzerte von der Grösse des KuGI nicht vertragen. In der Nacht am Wochenende sei das Ruhebedürfnis der benachbarten Wohnbevölkerung am grössten (VerwGE B 2009/71 und 2009/72 vom 18. März 2010 E. 3.2.4 f., abrufbar unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). Im Rahmen einer summarischen und provisorischen Prüfung hat das Verwaltungsgericht auch das erneute Baugesuch Nr. 49'289 der Beschwerdegegnerin geprüft und die Reduktion der Nächte mit aufgehobenen Schliessungszeiten von drei auf eine bis zwei pro Woche sowie die Verbreiterung des Vordachs sowie die Schallschutzwände beim Eingangsbereich zum KuGI nicht von vornherein als geeignet erachtet, die Zonenkonformität herzustellen. An dieser Sichtweise vermögen auch das von der Beschwerdegegnerin eingereichte Augenscheinprotokoll des Volkswirtschaftsdepartements vom 1. April 2012 über die Lärmimmissionen des KuGI sowie die beantragten Zeugenaussagen oder Augenscheine nichts zu ändern, da die Zonenkonformität einer Baute oder Anlage - wie im Entscheid B 2009/71 und B 2009/72 festgehalten - lediglich einen abstrakt wirkenden Immissionsschutz gewährleistet. Dabei wird lediglich geprüft, ob eine Baute oder Anlage zu einer bestimmten Kategorie gehört, die in der betreffenden Zone zulässig ist. Nicht geprüft wird hingegen, welche Immissionen ein Betrieb oder eine Anlage konkret verursacht (VerwGE B 2009/71 und B 2009/72 vom 18. März 2010 E. 3.2.4 f., abrufbar unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)). Deshalb ist das öffentliche Interesse und das private Interesse des Beschwerdeführers an einer beförderlichen Überprüfung des Baugesuches Nr. 49'289 auf seine Zonenkonformität, ohne dass vorher bereits präjudizielle Wirkungen eintreten, als gewichtig einzustufen.

Ein gewisses öffentliches Interesse am Weiterbestand des KuGI vermag deswegen das öffentliche und private Interesse an der Durchsetzung der Zonenkonformität, der Baubewilligungspflicht sowie des abstrakten Immissionsschutzes nicht aufzuwiegen. Als nicht hinreichend erscheint auch das private Interesse der Beschwerdegegnerin an erweiterten Öffnungszeiten des KuGI, da sie seit der Rechtskraft der Urteile B 2009/71



und B 2009/72 des Verwaltungsgerichts vom 18. März 2010 damit rechnen musste, dass das KuGI einen zonenwidrigen und damit rechtswidrigen Betrieb darstellt. Seither eingegangene finanzielle Verpflichtungen und Engagements hat sie selbst zu verantworten, da sich das Verwaltungsgericht in den genannten Urteilen vom 18. März 2010 ausdrücklich zum abstrakt wirkenden öffentlich-rechtlichen Immissionsschutz und zur Zonenkonformität des KuGI in der fraglichen Wohn-Gewerbe-Zone geäußert hat. Darum vermögen allfällige finanzielle Probleme kein gewichtiges privates Interesse zu begründen. Zudem führt – wie der Beschwerdeführer zu Recht ausführt - die Nichtaufhebung der Schliessungszeiten nicht per se zum wirtschaftlichen Niedergang eines Unterhaltungsbetriebs.

2.3. Als unbehelflich erweist sich sodann die Argumentation der Vorinstanz, dass für den Beschwerdeführer durch den Entzug der aufschiebenden Wirkung keine nicht wiedergutmachenden Nachteile entstünden, da sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung auf die Änderung der Öffnungszeiten resp. Aufhebung der Schliessungszeiten gemäss Baugesuch Nr. 49'289 beschränke. Wie bereits ausgeführt, besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an einer beförderlichen Überprüfung des neuen Baugesuchs Nr. 49'289 bezüglich der Zonenkonformität, sodass sich ein Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht rechtfertigt.

2.4. Aufgrund des gewichtigen öffentlichen Interesses an der Durchsetzung der Zonenkonformität kann auf die Abnahme des von der Beschwerdegegnerin beantragten Einblicks in ihre Geschäftsbücher verzichtet werden, da dies lediglich das private Interesse der Beschwerdegegnerin auszuweisen vermag. Soweit die Beschwerdegegnerin materielle Ausführungen zum Baubewilligungsgesuch vorbringt, ist darauf und auf die damit zusammenhängenden Beweisofferten angesichts des Streitgegenstands nicht einzutreten. Ebenfalls als unbehelflich erweist sich der Einwand der Beschwerdegegnerin, dass das bisherige Verfahren durch den Beschwerdeführer rechtsmissbräuchlich verzögert worden sei. Mit Entscheid B 2011/225 hat das Verwaltungsgericht am 14. Februar 2012 entschieden (abrufbar unter [www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch)), dass der Beschwerdeführer das Verfahren nicht ungebührlich verzögert hat. Die Beschwerdegegnerin weist in ihrer Vernehmlassung auch nicht rechtsgenügend nach, inwiefern der Beschwerdeführer seit dem soeben genannten Urteil des Verwaltungsgerichts das Verfahren verzögert haben soll. Die



Beschwerdegegnerin vermag auch nicht mit der Argumentation durchzudringen, dass der Entscheid vom 10. Oktober 2011 eine verbindliche Interessenabwägung zu begründen vermöge. Dieser Entscheid wurde mit dem Entscheid B 2011/225 des Verwaltungsgerichts aufgehoben.

2.5. Neben dem dargelegten überwiegenden öffentlichen Interesse an der Durchsetzung der Zonenkonformität und des Immissionsschutzes erweist sich der vorinstanzliche Entscheid auch aufgrund seiner Wirkung als rechtswidrig.

2.5.1. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung beschränkt sich gemäss dem vorinstanzlichen Entscheid auf die von der Baubewilligungskommission der Stadt St. Gallen bewilligte Verkürzung resp. Aufhebung der Schliessungszeiten. Hinsichtlich der in der Baubewilligung vom 10. Juni 2011 festgehaltenen Bedingung/Auflage, wonach binnen 30 Tagen nach Rechtskraft dieser Bewilligung die baulichen Massnahmen im Eingangsbereich (Einhausung und Treppe) zu realisieren seien, wurde die aufschiebende Wirkung nicht entzogen. Zwar ist der teilweise Entzug der aufschiebenden Wirkung grundsätzlich möglich, aber nur falls sich die angefochtene Verfügung überhaupt in Teilgehalte ausdifferenzieren lässt (Kiener, a.a.O., N 21 zu Art. 55 mit Hinweisen). Vorliegend erweist sich der teilweise Entzug der aufschiebenden Wirkung im Hinblick auf die Lärmschutzgesetzgebung und die Zonenkonformität als stossend, da die Schliessungszeiten zu Lasten des Beschwerdeführers sofort verkürzt resp. aufgehoben werden, aber gleichzeitig bauliche Lärmschutzmassnahmen zeitlich aufgeschoben werden. Dies verstösst gegen das Prinzip, dass niemand aufgrund des Entzugs der aufschiebenden Wirkung einen ungerechtfertigten Nachteil erleiden darf (H. Seiler, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/Basel/Genf 2009, N 112 zu Art. 55). Dabei spielt es entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin keine Rolle, wie hoch die eigentlichen Emissionen des KuGl sind, sondern massgebend ist – wie bereits in Erw. 2.2. erwähnt – die abstrakt beurteilte Zonenkonformität des KuGl in einer Wohn-Gewerbe-Zone. Aufgrund des abstrakt wirkenden Immissionsschutzes und der Durchsetzung der Zonenkonformität besteht somit zwischen der Verkürzung resp. Aufhebung der Schliessungszeiten und den baulichen Lärmschutzmassnahmen ein enger Konnex. Dieser Ansicht folgt auch die Baubewilligungskommission der Stadt St. Gallen in ihrer



Vernehmlassung vom 25. Mai 2012. Aus dem Gesagten folgt, dass sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht ausdifferenzieren lässt.

2.5.2. Entgegen den Ausführungen der Baubewilligungskommission der Stadt St. Gallen wäre indessen der vollständige Entzug der aufschiebenden Wirkung des Rekurses gegen die Baubewilligung vom 10. Juni 2011 nicht rechtmässig. Mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung würde nämlich die vor der Vorinstanz angefochtene Baubewilligung vom 10. Juni 2011 vorläufig wirksam (Seiler, a.a.O., N 106 zu Art. 55). Gemäss dem vorhin erwähnten engen Konnex wäre die Verkürzung resp. Aufhebung der Schliessungszeiten während des weiteren Verfahrens vor der Vorinstanz nur dann rechtskonform, wenn gleichzeitig bauliche Massnahmen zwecks Lärmschutz ergriffen würden. Die Pflicht zur Ergreifung von provisorischen baulichen Massnahmen während des weiteren Verfahrens erweist sich indessen als unverhältnismässig. Die Beschwerdegegnerin müsste dafür finanzielle Mittel aufwenden und zudem bestünde die Gefahr, dass sich diese baulichen Massnahmen je nach Ergebnis des weiteren Verfahrens als unnütz erweisen könnten und wieder rückgebaut werden müssten, zumal die baulichen Lärmschutzmassnahmen keine Bestandesgarantie begründen. Die Aufbürdung dieses finanziellen Risikos für bauliche Lärmschutzmassnahmen zu Lasten der Beschwerdegegnerin erweist sich deswegen als unverhältnismässig, was einen Entzug der aufschiebenden Wirkung ausschliesst. Zwar erklärt sich die Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 30. Mai 2012 subeventualiter bereit, die baulichen Massnahmen provisorisch umzusetzen. Diese Aussage erweist sich aber angesichts der von ihr selbst dargelegten finanziellen Situation als widersprüchlich, zumal die Beschwerdegegnerin nicht darlegt, wie sie die baulichen Massnahmen finanzieren möchte. Weiter ist fraglich, ob die Beschwerdegegnerin überhaupt die Kosten eines allfälligen Rückbaus tragen könnte. Angesichts der von ihr geltend gemachten finanziellen Verhältnisse fällt auch eine Anknüpfung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung an eine Sicherstellung der Rückbaukosten ausser Betracht (vgl. Seiler, a.a.O., N 99 zu Art. 55). Sodann ist zu berücksichtigen, dass in Baubewilligungsverfahren der Entzug der aufschiebenden Wirkung aufgrund seiner präjudiziellen Wirkungen praktisch ausgeschlossen ist, was auch die Beschwerdegegnerin in ihren Eingaben vom 18. und 30. Mai 2012 selbst eingesteht (act. 12, S. 21 und act. 20, S. 4). Andernfalls könnte ohne Baubewilligung und ohne Abwägung der Nachbarinteressen gebaut werden, sobald finanzielle



Interessen am vorzeitigen Baubeginn geltend gemacht werden. Es wird Ziel und Sache der Vorinstanz sein, die Streitsache möglichst rasch einem Entscheid zuzuführen.

2.6. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Vorinstanz keine hinreichenden resp. gewichtigen öffentlichen und privaten Interessen zur Begründung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung des Rekurses herangezogen hat und dadurch Art. 51 VRP verletzt hat. Zudem erweist sich die Beschränkung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung auf die Verkürzung resp. Aufhebung der Schliessungszeiten in Anbetracht des abstrakt zu beurteilenden Immissionsschutzes und der Zonenkonformität als rechtswidrig. Ein vollständiger Entzug der aufschiebenden Wirkung ist sodann angesichts seiner präjudiziellen Wirkungen und des Prinzips der Verhältnismässigkeit ausgeschlossen. Es ist aber angesichts der dargelegten öffentlichen und privaten Interessen Sache der Vorinstanz, die Streitsache um das Baugesuch Nr. 49'289 beförderlich zu erledigen.

Der Antrag des Beschwerdeführers über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde an das Verwaltungsgericht erweist sich angesichts der Guttheissung der Beschwerde als gegenstandslos.

3. (...).

### **Demnach hat das Verwaltungsgericht**

#### **zu Recht erkannt:**

1./ Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, und die Verfügung der Vorinstanz vom 19. April 2012 wird aufgehoben.

2./ Die Beschwerdegegnerin hat die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von Fr. 1'000.-- zu bezahlen. Dem Beschwerdeführer ist der Kostenvorschuss in gleicher Höhe zurückzuerstatten.



3./ Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer ausseramtlich für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 1'000.-- zuzügl. MwSt zu entschädigen.

V.      R.      W.

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- den Beschwerdeführer (durch Rechtsanwalt lic. iur. B. L.)
- die Vorinstanz (zusammen mit der nicht berücksichtigten Eingabe des Beschwerdeführers vom 11. Juni 2012 samt Beilage)
- die Beschwerdegegnerin (durch Rechtsanwalt lic. iur. M. W., zusammen mit der nicht berücksichtigten Eingabe des Beschwerdeführers vom 11. Juni 2012 samt Beilage)
- die Beschwerdebeteiligten (zusammen mit der nicht berücksichtigten Eingabe des Beschwerdeführers vom 11. Juni 2012 samt Beilage)

am:

Rechtsmittelbelehrung:



Sofern eine Rechtsverletzung nach Art. 95 ff. BGG geltend gemacht wird und die Voraussetzungen nach Art. 93 Abs. 1 BGG gegeben sind, kann gegen diesen Entscheid gestützt auf Art. 82 lit. a BGG innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde erhoben werden.