

BRKE IV Nrn. 0090 und 0091/2007 vom 21. Juni 2007 in BEZ 2008 Nr. 44

(Bestätigt mit VB.2007.00353 [= BEZ 2008 Nr. 36]; dieser bestätigt mit BGr 1C_47/2008 vom 8. August 2008.)

Die Bauherrschaft beabsichtigte die Erstellung einer Wein- und Tapas-Bar mit Vinothek im Gebäudeinnern sowie die Herrichtung einer zugehörigen Aussenwirtschaft mit 25 Sitzplätzen auf öffentlichem Grund.

Streitig war, ob das Koordinationsgebot verletzt wurde, weil die Betriebsbewilligung mit der Baubewilligung für das Restaurant im Gebäudeinnern nicht koordiniert eröffnet worden war. Ebenfalls streitig war die baurechtliche Bewilligungspflicht hinsichtlich der Aussenwirtschaft.

Aus den Erwägungen:

4. (...) Erfordert die Errichtung oder Änderung einer Baute oder Anlage Verfügungen mehrerer Behörden, ist eine Behörde zu bezeichnen, die für ausreichende Koordination sorgt (Art. 25a Abs. 1 des Raumplanungsgesetzes [RPG]). Mithin ist nach der heute geltenden gesetzlichen Grundlage nicht eine maximale, sondern nur eine nach den Grundsätzen von Lehre und Praxis genügende, das heisst ausreichende Koordination sicherzustellen. Nicht verlangt ist die Koordination mit Entscheidungen, die im Zusammenhang mit einem Bauprojekt stehen, aber keinen direkten, gegen aussen verbindlichen Einfluss auf die Ausgestaltung der geplanten Baute oder Anlage haben oder aus sachlichen Gründen erst nach der Errichtung bzw. Änderung der betreffenden Baute oder Anlage getroffen werden können. Das gilt insbesondere für Betriebsbewilligungen (vgl. zum Ganzen VB.2000.00367 mit zahlreichen Verweisungen = BEZ 2001 Nr. 7, auch zum Folgenden).

Die für die Führung eines Gastgewerbebetriebes notwendige Bewilligung gemäss § 2 Abs. 1 lit. a des Gastgewerbegesetzes (GGG) stellt eine Betriebsbewilligung dar, die für die Erteilung der Bauerlaubnis nicht vorausgesetzt ist und völlig andere Gesichtspunkte beschlägt. Dementsprechend bestimmt im Übrigen auch § 8 Abs. 2 der Bauverfahrensverordnung (BVV), dass Beurteilungen, die für die Zulässigkeit des (Bau-)Vorhabens an sich nicht erheblich sind, nicht der Koordinationspflicht unterliegen. Es ist eine andere Rechtslage gegeben als dort, wo zusätzlich

zur kommunalen Bauerlaubnis für die Verwirklichung des Bauprojekts weitere kantonalrechtliche Bewilligungen notwendig sind (wie beispielsweise gewässerschutzrechtliche, strassenpolizeiliche, forstrechtliche Bewilligungen, Bewilligung für Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen usw.). Sind über die kommunale Baubewilligung hinaus derartige Bewilligungen erforderlich und können sie aus irgendwelchen Gründen nicht erteilt werden, so kann das Bauvorhaben nicht verwirklicht werden. Die Patenterteilung gemäss § 2 GGG hat hingegen keinen Einfluss auf die Zulässigkeit und damit auf die Verwirklichung des Bauvorhabens. Die Eröffnung einer Gaststätte setzt vielmehr u.a. auch den baurechtlichen Vorschriften entsprechende Räume und Einrichtungen voraus. Indessen setzt der Bau oder die Einrichtung von Gaststätten nicht ein bereits erteiltes Gastwirtschaftspatent voraus; vielfach ist ja der Betreiber der Gaststätte zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht bekannt. Die von den Rekurrierenden beantragte verfahrensrechtliche Abstimmung ist demgemäss unter dem Gesichtspunkt der ausreichenden Koordination im Sinne von Art. 25a Abs. 1 RPG nicht erforderlich und der Rekurs erweist sich demgemäss insoweit als unbegründet. (...)

7. Gemäss Art. 25 der Vorschriften über die Benützung des öffentlichen Grundes zu Sonderzwecken der Stadt Winterthur kann Inhabern von Wirtschaftspatenten das Aufstellen von Tischen und Stühlen auf dem öffentlichen Grund vor ihren Wirtschaftslokalen zum Bewirten von Gästen bewilligt werden. Mit einer dahingehenden Bewilligung (zum gesteigerten Gemeingebrauch bzw. einer [Sondernutzungs-]Konzession [auf eine genauere Abklärung der Rechtsnatur einer solchen Erlaubnis kann hier verzichtet werden]) wird die Berechtigung zur Nutzung des im öffentlichen Eigentum stehenden Raumes verliehen. Die baurechtliche Bewilligung indessen stellt die Übereinstimmung eines Bauvorhabens mit den einschlägigen baurechtlichen Bestimmungen fest. Die Erteilung einer Konzession ersetzt mit anderen Worten die Notwendigkeit einer baurechtlichen Bewilligung nicht und es hat eine solche unabhängig der Konzessionserteilung Platz zu greifen, vorausgesetzt beim Vorhaben handelt es sich überhaupt um einen baurechtlich relevanten (bau-)bewilligungspflichtigen Tatbestand (vgl. A. Ruch, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, hrsg. von H. Aemisegger/A. Kuttler/P. Moor/A. Ruch, 1999, Art. 22 Rz. 38). Damit eröffnen sich auch für die Nachbarn die andernfalls nicht gewährleisteten einschlägigen Möglichkeiten der Anspruchswahrung (§§ 314 ff. und 338a Abs. 1 PBG).

Dass auch die Erteilung einer Konzession von der Einhaltung gewisser Voraussetzungen etwa in gestalterischer Hinsicht abhängig gemacht wird, vermag am Erfordernis eines baurechtlichen Bewilligungsverfahrens nichts zu ändern. Es ist dem Konzessionsgeber unbenommen, eigene Vorstellungen über die Art und Nutzung des öffentlichen Raumes zu verfolgen. Sodann spricht auch der von der Vorinstanz erwähnte Umstand, dass die entsprechenden Konzessionen jeweils nur für ein halbes Jahr ausgesprochen würden und jährlich erneuert werden müssten, selbstverständlich nicht gegen die Notwendigkeit einer (grundsätzlich unbeschränkten, allenfalls aber nur saisonal zu erteilenden) baurechtlichen Bewilligung. Sollte eine Konzession nicht erneuert werden, würde es an der Voraussetzung für die Inanspruchnahme des öffentlichen Grundes und damit an der Berechtigungsgrundlage für die Benützung der entsprechenden Fläche fehlen.

8. Gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG dürfen Bauten und Anlagen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden. Bauten und Anlagen sind mindestens jene künstlich geschaffenen und auf Dauer angelegten Einrichtungen, die in bestimmter fester Beziehung zum Erdboden stehen und geeignet sind, die Vorstellungen über die Nutzungsordnung zu beeinflussen, sei es, dass sie den Raum äusserlich erheblich verändern, die Erschliessung belasten oder die Umwelt beeinträchtigen (vgl. BGE 113 Ib 314 E. 2b). Bewilligungspflichtig sind nach Bundesrecht auch gewisse Vorgänge wie das Errichten (Neubau, Wiederaufbau, Ersatzbau) oder Ändern (Umbau, Anbau, Erweiterung oder Zweckänderungen) einer Baute oder Anlage, wenn sie geeignet sind, die Vorstellungen über die Nutzungsordnung zu beeinflussen. Das kantonale Recht konkretisiert die bundesrechtliche Rahmenordnung mit einer Enumeration der bewilligungspflichtigen Objekte und bewilligungsbedürftigen baurechtlichen Massnahmen (§ 309 Abs. 1 PBG) und befreit Massnahmen geringfügiger Bedeutung von der Bewilligungspflicht (§ 309 Abs. 3 PBG i.V.m. § 1 BVV). Gemäss § 309 Abs. 1 lit. b PBG ist für Nutzungsänderungen bei Räumlichkeiten und Flächen, denen baurechtliche Bedeutung zukommt, eine baurechtliche Bewilligung nötig. Eine Nutzungsänderung liegt vor, wenn Räume oder Flächen mit oder ohne Eingriff in die äussere Gestalt einem neuen Zweck zugeführt werden. Nicht jede Nutzungsänderung ist bewilligungspflichtig. Vielmehr trifft dies nach Massgabe der gebotenen Gesamtbetrachtung und des Verhältnismässigkeitsprinzips dann zu, wenn die mit der neuen Bewerbung verbundenen Auswirkungen in irgendeiner Hinsicht intensiver sind als die bisherigen oder sonst ein planungs- und baurechtlich geschütztes Rechtsgut berühren (Ch. Mäder, Das Baubewilligungsverfahren, 1991, Rz. 209 ff.).

Die Neuerrichtung einer Aussenwirtschaft mit 25 Aussenplätzen ist mit nicht unerheblichen Lärmemissionen verbunden, und ein solcher Betrieb berührt zweifellos baurechtlich geschützte Rechtsgüter (vgl. VB 48 und 49/1981 S. 10; VB 98.00050, wo es allerdings um die im Rahmen der baurechtlichen Bewilligung vorbehaltene Konzession ging). Ein gleiches Vorhaben auf privatem Grund wird denn auch regelmässig als baupolizeilich relevant erachtet und ruft nach einem entsprechenden Bewilligungsverfahren. Wie erwähnt wird durch die Verleihung der Konzession im Sinne einer Benützungserlaubnis des in Frage stehenden öffentlichen Grundes eine Baubewilligung, die allein die Übereinstimmung des Bauvorhabens mit den einschlägigen baurechtlichen Bestimmungen feststellt, nicht hinfällig. Demgemäss erweist sich auch vorliegend die Durchführung eines baurechtlichen Bewilligungsverfahrens als notwendig.