

# **BGer 2C 867/2017 vom 28. März 2018**

Bundesgericht, 2018-03-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_867\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_867_2017)

FR: TF 2C 867/2017 du 28 mars 2018

IT: TF 2C 867/2017 del 28 marzo 2018

## **Regeste**

Rekurs betreffend Betreiberwahl für Buvette | Grundrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Allmendverwaltung des Tiefbauamtes des Kantons Basel-Stadt will im Perimeter Schaffhauserrheinweg/Höhe Fischerweg in Basel auf öffentlichem Grund eine Buvette betreiben lassen. Am 23. April 2016 schrieb sie ein entsprechendes Betreiberwahlverfahren aus. Gegen diese Ausschreibung rekurrten A.\_\_\_\_\_ und weitere in der Nähe des voraussichtlichen Buvetten-Standorts wohnhafte Personen an das Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt, welches am 24. Oktober 2016 auf den Rekurs nicht eintrat, unter Auferlegung reduzierter Verfahrenskosten an die Rekurrenten. Mit Urteil vom 24. August 2017 wies das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt als Verwaltungsgericht den gegen den Departementsentscheid erhobenen Rekurs ab, unter Auferlegung der Kosten des Verfahrens an die Rekurrenten. Am 3. Oktober 2017 (Postaufgabe) gelangten A.\_\_\_\_\_ und weitere der am kantonalen Rekursverfahren beteiligten Personen mit einer vom 4. September 2017 datierten Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht mit den Anträgen, das Urteil des Appellationsgerichts, inklusive Kostenentscheid, sei aufzuheben; das Bau- und Verkehrsdepartement sei anzuweisen, vorgängig der Ausschreibung einer Betreiberwahl die Rechtmässigkeit einer Sondernutzung durch eine Buvette am festgelegten Standort Schaffhauserrheinweg/Höhe Fischerweg abzuklären. Es wurde ein Kostenvorschuss erhoben. Die kantonalen Akten sind eingeholt, ein Schriftenwechsel ist nicht angeordnet worden.

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG haben Rechtsschriften die Begehren und deren Begründung zu enthalten; in der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt schweizerisches Recht ( Art. 95 BGG ) verletze. Die Begründung hat sachbezogen zu sein; die Beschwerde führende Partei hat in gezielter Auseinandersetzung mit den für das Ergebnis des angefochtenen Entscheids massgeblichen Erwägungen plausibel aufzuzeigen, welche Rechte bzw. Rechtsnormen die Vorinstanz verletzt haben soll ( BGE 140 III 86 E. 2 S. 88 f. mit Hinweisen). Beruht der angefochtene Entscheid wie vorliegend auf kantonalem Recht, kann im Wesentlichen nur gerügt werden, dieses sei willkürlich oder sonst wie in gegen verfassungsmässige Rechte verstossender Weise gehandhabt worden. Entsprechende Rügen bedürfen spezifischer Geltendmachung und Begründung ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 141 I 36 E. 1.3 S. 41 ; 138 I 225 E. 3.1 und 3.2 S. 227 f.; je mit Hinweisen).

## **E. 2.2**

Streitig ist, unter welchen Voraussetzungen die Beschwerdeführer berechtigt wären, im Hinblick auf den geplanten Betrieb einer Buvette in räumlicher Nähe zu ihren Wohnungen ein Rechtsmittel zu ergreifen.

### **E. 2.2.1**

Der von der Allmendverwaltung ins Auge gefasste Betrieb einer Buvette geht über den schlichten Gemeindegebrauch hinaus; er stellt eine Nutzung des öffentlichen Raums zu Sonderzwecken dar (gesteigerter Gemeindegebrauch) und bedarf gemäss § 10 Abs. 1 und 2 des baselstädtischen Gesetzes vom 16. Oktober 2013 über die Nutzung des öffentlichen Raumes (NöRG) grundsätzlich einer Bewilligung. Soweit zur Sondernutzung Bauten und Anlagen erforderlich sind, sind gemäss § 11 Abs. 2 NöRG nebst den Vorschriften dieses Gesetzes insbesondere die für öffentliche Räume anwendbaren Bau- und Planungsvorschriften zu berücksichtigen. Über die Erteilung einer Nutzungsbewilligung wird aufgrund einer Güterabwägung zwischen sich entgegenstehenden privaten und öffentlichen Interessen entschieden (§ 12 NöRG). § 38 Abs. 1 NöRG regelt den Fall, dass für eine bestimmte Art der Nutzung des öffentlichen Raumes zu Sonderzwecken nur eine oder nur eine begrenzte Zahl von Bewilligungen erteilt wird und absehbar ist, dass mehr Gesuche eingehen als Bewilligungen erteilt werden sollen; diesfalls müssen sich alle geeigneten Interessentinnen und Interessenten frei und gleichberechtigt um die Erteilung der Nutzungsbewilligung bewerben können. Gemäss § 39 Abs. 1 NöRG kann gegen ein Gesuch um Nutzung des öffentlichen Raums Einsprache erhoben werden. Zur Einsprache ist berechtigt, wer von der beantragten Nutzung persönlich berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an ihrer Änderung oder Ablehnung hat, oder wer durch eine besondere Vorschrift zur Einsprache berechtigt ist. Nach § 40 Abs. 1 NöRG kann gegen Verfügungen über die Nutzung des öffentlichen Raumes gemäss diesem Gesetz nach den allgemeinen Bestimmungen Rekurs erhoben werden. Zum Rekurs ist gemäss § 44 Abs. 1 des Gesetzes vom 22. April 1976 betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt (Organisationsgesetz, OG) berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat, ferner wer durch besondere Vorschriften zum Rekurs ermächtigt ist.

### **E. 2.2.2**

Das angefochtene Urteil beruht auf dieser rechtlichen Grundlage und dabei auf folgenden Erwägungen: § 38 NöRG ist, im Zusammenhang mit § 10 NöRG, so zu verstehen, dass vor dem Verfahren über die Erteilung der Sondernutzungsbewilligung für den Betrieb der Buvette ein Auswahlverfahren durchzuführen ist, in welchem der zukünftige Betreiber bestimmt wird. Erst danach wird das eigentliche Nutzungs- und Baubewilligungsverfahren durchgeführt, und zwar durch den auserwählten Betreiber, dessen Gesuch sich nach seiner Projektidee und seinem Betriebskonzept richtet. In diesem Bewilligungsverfahren ist auch die von § 12 Abs. 1 NöRG vorgeschriebene umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung baurechtlicher Vorschriften und nachbarschaftlicher Rechte vorzunehmen. Diese Verfahrensgestaltung ist für das Appellationsgericht insbesondere auch mit der Koordinationspflicht gemäss § 36 NöRG vereinbar (E. 2.3.2 seines Urteils). Sie wirkt sich auf das Rechtsmittelverfahren aus. Die Ausschreibung im Hinblick auf die Ermittlung des zukünftigen Betreibers ist vergleichbar mit einer submissionsrechtlichen Ausschreibung, was sie als Verfügung erscheinen lässt. Zu deren Anfechtung legitimiert sind nur die Bewerber im Auswahlverfahren für den zukünftigen Betreiber. Hingegen sind

die Nachbarn durch das Ausschreibungsverfahren nicht besonders berührt bzw. haben kein schutzwürdiges Interesse an der Änderung oder Aufhebung der Ausschreibung. Die Nachbarn können alle Einwendungen gegen die mit der Buvette und deren Standort verbundenen Beeinträchtigungen ihrer Rechte (Immissionen usw.) im anschliessenden Bewilligungsverfahren (mit Einsprache) vorbringen. Das Appellationsgericht stellt wie schon seine Vorinstanz fest, dass die Beschwerdeführer nicht dargelegt hätten, inwieweit Immissionen bereits aufgrund der Ausschreibungsbedingungen für das Auswahlverfahren in besonderer und in einem nachfolgenden Nutzungsbewilligungsverfahren nicht mehr überprüfbarer Weise präjudiziert würden (angefochtenes Urteil E. 2.3.1 sowie Rekursentscheid des Bau- und Verkehrsdepartements Rz 14 ff.). Das Appellationsgericht verwirft auch die Rüge der Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Zusammenhang mit der Rechtsmittelbelehrung der Ausschreibung, auch in Bezug auf die Kostenregelung (E. 2.3.4).

### **E. 2.2.3**

Die Beschwerdeführer weisen auf die Notwendigkeit des Bewilligungsverfahrens nach § 10 ff. NöRG hin. Sie machen geltend, ein Bewilligungsverfahren mit der notwendigen Interessenabwägung habe nicht stattgefunden. Die erfolgte Ausschreibung der geplanten Buvette in allen Details lasse zweifellos darauf schliessen, dass ein solcher Standort nicht nur geplant, sondern praktisch beschlossen worden sei; das Ausschreibungsverfahren setze somit in willkürlicher Weise voraus, dass der gewählte Standort die Anforderungen einer Sondernutzung erfülle; ein späteres Zurückkommen wäre ein venire contra factum proprium der Regierung; die Beschwerdeführer seien durch die präjudizielle Vorauswirkung der Betreiber Ausschreibung als Nachbarn berührt und beschwert. Zu diesen Vorbringen haben das Appellationsgericht wie auch schon das zuvor entscheidende Departement ausführlich Stellung genommen. Eine gezielte Auseinandersetzung mit den entsprechenden Erwägungen fehlt. Die Ausführungen in der Beschwerdeschrift reichen damit nicht aus, um eine Verletzung des Willkürverbots oder des Grundsatzes von Treu und Glauben darzutun. Was die Ausführungen zum Entwurf der Verordnung zum NöRG betrifft, lässt sich der Beschwerdeschrift nichts zur diesbezüglich einschlägigen E. 2.3.3 entnehmen. Dasselbe gilt hinsichtlich des Grundsatzes von Treu und Glauben und E. 2.3.4 des angefochtenen Urteils.

### **E. 2.3**

Die Beschwerde enthält offensichtlich keine hinreichende Begründung ( Art. 108 Abs. 1 lit. b BGG ). Es ist darauf mit Entscheid des Abteilungspräsidenten als Einzelrichter im vereinfachten Verfahren nach Art. 108 BGG nicht einzutreten.

### **E. 2.4**

Diesem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten nach Massgabe von Art. 65 und Art. 66 Abs. 1 erster Satz und Abs. 5 BGG den Beschwerdeführern aufzuerlegen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.