

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.11 vom 24. August 2017

BS Appellationsgericht, 2017-08-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2017.11

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.11 du 24 août 2017

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.11 del 24 agosto 2017

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 16. Januar 2017 sowie den §§ 10 und 12 des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege (VRPG, SG 270.100) und § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100). Zuständig ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG, SG 154.100]).

1.2 Mit seiner Eingabe vom 26. Oktober 2016 hat der Vertreter der Rekurrenten den Rekurs in eigenem Namen und ohne Hinweis auf ein Vertretungsverhältnis oder die vertretenen Personen erhoben. Bereits mit Schreiben vom 2. November 2016 hat die damals mit der Instruktion des Verfahrens befassete Mitarbeiterin des Präsidialdepartements diesen Rekurs aber als im Namen von A_____ und den im vorinstanzlichen Verfahren mitbeteiligten Personen erhoben entgegen genommen und behandelt. Mit seiner Rekursbegründung hat der Vertreter weiterhin auf eine förmliche Bezeichnung der von ihm vertretenen Personen verzichtet, nunmehr aber seine Anträge **■**namens der Rekurrenten**■** formuliert. Vor diesem Hintergrund kann über den Umstand, dass eine Rekuserhebung namens der am vorinstanzlichen Verfahren beteiligten und mithin allein formell beschwerten Rekurrenten unterblieben ist, ausnahmsweise hinweg gesehen werden. Die Rekurrenten sind als Adressaten des angefochtenen Nichteintretensentscheids von diesem berührt und daher gemäss § 13 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf den frist- und formgerecht erhobenen und begründeten Rekurs ist daher einzutreten.

1.3 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Vorschrift von § 8 VRPG. Das Verwaltungsgericht prüft demgemäss, ob die Vorinstanz das kantonale öffentliche Recht unrichtig angewendet, ob sie ihr Ermessen überschritten oder ob sie allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verletzt hat.

E. 2

2.1 Das BVD erwägt im angefochtenen Rekursentscheid, die streitgegenständliche Ausschreibung verfolge das Ziel, geeignete Unternehmen, Interessengemeinschaften oder Einzelpersonen zu ermitteln, welche eine Buvette im Perimeter Schaffhauser Rheinweg / Höhe Fischerweg in Basel erfolgreich führen könnten. Die Interessenten würden zur Abgabe eines Betriebskonzepts eingeladen. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen erfolge die Bewilligungserteilung vorbehaltlich des nach dem Auswahlverfahren durchzuführenden Bewilligungsverfahrens, wobei der Antrag um Erteilung einer temporären Nutzungs- und Baubewilligung spätestens drei Monate nach dem Auslobungsentscheid bei der Allmendverwaltung eingehen müsse. Beim Betrieb einer Buvette auf öffentlichem Grund

handle es sich um eine bewilligungspflichtige Nutzung zu Sonderzwecken gemäss § 10 ff. des Gesetzes über die Nutzung des öffentlichen Raums (NöRG; SG 724.100), weshalb es dafür einer Nutzungsbewilligung bedürfe. Aufgrund der sich stellenden baurechtlichen Fragen sei zudem eine Baubewilligung nötig. Da für den Betrieb der Buvette an besagtem Standort nur eine einzige Bewilligung erteilt werden könne und zu erwarten sei, dass mehr Gesuche eingehen würden, als Bewilligungen erteilt werden könnten, müsse zuerst, also vorgängig der Erteilung der Nutzungs- und Baubewilligung, ein Auswahlverfahren gemäss § 38 Abs. 1 NöRG durchgeführt werden. Erst der Gewinner dieses Auswahlverfahrens sei berechtigt, das Begehren um Erteilung der Nutzungs- und Baubewilligung zu stellen. Das NöRG sehe somit in diesen Fällen ein zweistufiges Verfahren vor, wobei vor dem Bewilligungs- ein Auswahlverfahren stattfinde. In diesem Auswahlverfahren gehe es nur um die Auswahl des Betreibers und nicht um allmend- oder baurechtliche Fragen. Diese würden erst später im Rahmen des Bewilligungsverfahrens behandelt. Die Zweiteilung des Verfahrens sei so auch im vom Regierungsrat genehmigten Buvetten- und Verkaufsstandkonzept vom 18. April 2016 (Ziff. 1.4. f.) vorgesehen. Die Auffassung der Rekurrenten, dass vor der Ausschreibung der Betreiber Auswahl die Absicht der Planung einer Buvette ausgeschrieben werden müsse, sei daher nicht zutreffend. Dritte, insbesondere die Anwohner, könnten sich danach im Bewilligungsverfahren gegen die Errichtung der Buvette zur Wehr setzen. Dem Ausschreibungsentscheid komme zwar Verfügungscharakter zu, weshalb in Analogie zum grosse Ähnlichkeiten aufweisenden Submissionsverfahren auch die Ausschreibung selber direkt anfechtbar sein müsse. Zur Anfechtung der Ausschreibung seien aber nur jene Parteien legitimiert, die aufgrund eines Fehlers in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil in Kauf zu nehmen hätten. Rügen, die sich nicht gegen die Ausschreibung richteten, sondern ausserhalb davon liegende Fragen wie etwa die Bewilligungsfähigkeit einer Baute oder einer Allmendnutzung betrafen, sollten demgegenüber nicht im Rekursverfahren gegen die Ausschreibung erhoben werden können. Solches sei vielmehr im konkreten Baubewilligungsverfahren zu rügen. Durch die Betreiber Auswahl seien die Rekurrenten nicht stärker betroffen als jedermann. Sie stünden als Anwohner in keiner besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Auswahl eines Betreibers. Sie seien wohl auch nicht als potenzielle Ausschreibungsteilnehmer von der Ausschreibung betroffen. Daher seien sie nicht zum Rekurs gegen die publizierte Ausschreibung legitimiert.

2.2 Die Rekurrenten halten mit ihrem vorliegenden Rekurs an ihrem Standpunkt fest, dass die Ausschreibung für den Betrieb einer Buvette am Standort Schaffhauser Rheinweg rechtswidrig sei, da sie die Errichtung einer solchen vorwegnehme, obschon ein Verfahren zum Betrieb einer bewilligungspflichtigen Nutzung des öffentlichen Raums zu Sonderzwecken nach § 10 ff. NöRG noch nicht stattgefunden habe. Daraus ergebe sich eine präjudizielle Vorauswirkung. So werde in der Ausschreibung darauf hingewiesen, dass schon 2017 eine Buvette betrieben werden könne. Das notwendige Bewilligungsverfahren werde damit ■ zur reinen Formsache ■ ■ erniedrigt ■. Die Ausschreibung sei zudem aufgrund von § 40 der Verordnung zum NöRG (NöRV; SG 724.110) erfolgt, obwohl dieser Erlass noch nicht rechtskräftig sei. Es gehe nicht an, dass die Verwaltung ein Verfahren in Gang setze, welches durch keine gültige Rechtsnorm gedeckt sei. Schliesslich monieren die Rekurrenten, es sei widersprüchlich, wenn sich die Vorinstanz ausführlich mit ihren Vorbringen auseinandersetze, auf ihren Rekurs aber mangels Legitimation nicht eintrete. Die Rechtsmittelbelehrung sei im Rahmen der Ausschreibung allgemein und offen gehalten

und enthalte keinen Hinweis darauf, dass sich die Anfechtbarkeit nur auf die Ausschreibungsunterlagen beziehen würde. Die Rekurrenten hätten daher in gutem Glauben davon ausgehen können, dass sie durch ihre unmittelbare Nähe zur ausgeschriebenen Buvette bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung beschwert und betroffen seien. Aufgrund der Ausschreibung sei für sie nicht ersichtlich gewesen, dass später noch ein Bewilligungsverfahren für eine Buvette am Schaffhauserrheinweg eröffnet werden würde. Sie hätten damit guten Glaubens davon ausgehen können, zum Vorbringen ihrer Anliegen legitimiert zu sein.

E. 2.3

2.3.1 Die Rekurrenten bestreiten zu Recht nicht, dass nach § 44 Abs. 1 OG zum Rekurs im verwaltungsinternen Rekursverfahren nur berechtigt ist, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat, zumal das NöRG keine besonderen Vorschriften zur Rekursbefugnis kennt. Mit ihrem Rekurs substantizieren die Rekurrenten im Übrigen keine Anhaltspunkte für eine eigene, besondere Betroffenheit durch die Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen. Soweit sie replicando geltend machen, dass sie in unmittelbarer Nähe zum vorgesehenen Buvettenstandort wohnen und von den ■zweifellos zu erwartenden Immissionen direkt betroffen■ wären, ist daran zu erinnern, dass solche Immissionen erst mit der Erteilung einer Nutzungsbewilligung gemäss § 10 ff. NöRG werden entstehen können. Die Rekurrenten legen denn auch nicht dar, inwieweit solche Immissionen bereits aufgrund der Ausschreibungsbedingungen für das Auswahlverfahren in besonderer und in einem nachfolgenden Nutzungsbewilligungsverfahren nicht mehr überprüfbarer Weise präjudiziert würden. Es kann daher auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz zur fehlenden Rekurslegitimation der Rekurrenten verwiesen werden (Entscheid S.

E. 2.3.2

2.3.2.1 Soweit die Rekurrenten geltend machen, dass die Ausschreibung präjudizielle Wirkung habe, weil der Betrieb einer Buvette am Schaffhauserrheinweg bereits für das Frühjahr 2017 in Aussicht gestellt worden sei, ist ihnen zu konzедieren, dass ein solcher grundsätzlicher Beschluss des Regierungsrats über die angepasste Standortliste mit einer Buvette am Standort Schaffhauserrheinweg tatsächlich bereits ergangen ist. Die Rekurrenten führen aber nicht aus und es ist auch nicht ersichtlich, inwieweit diesem Beschluss Verfügungseigenschaft (vgl. zur diesbezüglich analogen Anwendung von Art. 5 VwVG: VGE VD.2010.228 vom 25. November 2011 E. 3.4.4) zukommen soll und weshalb sie ihre nachbarschaftlichen Rechte nicht im noch durchzuführenden Nutzungs- und Baubewilligungsverfahren nach § 10 ff. NöRG geltend machen können sollten. In jenem Verfahren wird über die Erteilung einer Nutzungsbewilligung gemäss § 12 Abs. 1 NöRG ■aufgrund einer Güterabwägung zwischen sich entgegenstehenden privaten und öffentlichen Interessen entschieden■ werden, wobei im Rahmen dieser Güterabwägung explizit ■den Grundrechten Rechnung zu tragen■ sein wird. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern im vorgelagerten Auswahlverfahren nach § 38 NöRG der Entscheid über die Erteilung einer Nutzungsbewilligung in irgend einer Weise rechtlich präjudiziert würde.

2.3.2.2 Dieses Vorgehen der Behörden ist auch unter dem Aspekt der Koordinationspflicht nicht zu beanstanden. Nach der Rechtsprechung muss die Rechtsanwendung materiell koordiniert, d.h. inhaltlich abgestimmt erfolgen, wenn für die Verwirklichung eines Projekts verschiedene materiellrechtliche Vorschriften anzuwenden sind und zwischen

diesen Vorschriften ein derart enger Sachzusammenhang besteht, dass sie nicht getrennt und unabhängig voneinander angewendet werden dürfen (BGE 137 II 182 E. 3.7.4.1 S. 196; VGE VD.2010.228 vom 25. November 2011 E. 3.6). In solchen Fällen ist die Anwendung des materiellen Rechts aufgrund des Willkürverbots und des Grundsatzes der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung wie auch zur Verhinderung von Verfahrensverzögerungen sowie der Vereitelung von Bundesrecht inhaltlich und in formeller, verfahrensmässiger Hinsicht in geeigneter Weise zu koordinieren (BGE 137 II 182 E. 3.7.4.1 S. 196 m.H. auf BGE 129 III 161 E. 2.6 S. 165; 117 Ib 35 E. 3e S. 39; BGE 116 Ib 50 E. 4a S. 56; Marti, Zürcher Kommentar, 3. Aufl., Zürich 1998, Art. 6 ZGB N 56 ff; siehe auch Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, S. 412 ff.; VGE VD.2010.228 vom 25. November 2011 E. 3.6).

Vorliegend ist die Auswahl eines Betreibers für eine Buvette am Schaffhauserrheinweg mit der Erteilung einer entsprechenden Nutzungs- und Baubewilligung abzustimmen. Ansprechender einer Nutzungs- und Baubewilligung für eine Buvette ist deren konkreter Betreiber. Dessen Gesuch wird sich nach seiner Projektidee und seinem Betriebskonzept richten. Daraus folgt als zeitlicher Ablauf, dass in einem ersten Schritt die Auswahl der jeweiligen, konkreten Betreiber an den gemäss Buvettenkonzept ins Auge gefassten Standorten erfolgen muss, und anschliessend gestützt auf das Ergebnis dieser Verfahren das jeweilige Nutzungs- und Baubewilligungsverfahren eingeleitet werden kann. Der vorgesehene Verfahrensablauf erscheint daher sachgerecht und entspricht somit dem Koordinationsgebot.

2.3.3 Nicht nachvollziehbar ist sodann die Rüge, die Ausschreibung für die Betreiberauswahl beruhe auf der zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht in Kraft gewesenen NöRV. Weder in der Ausschreibung vom 23. April 2016 noch in der ausführlichen Dokumentation zur Ausschreibung findet sich ein solcher Hinweis. Das NöRG ist im Übrigen konkret genug, dass bereits vor dem Inkrafttreten der ausführenden NöRV (vgl. heute: § 38 NöRV) direkt gestützt auf das NöRG Verfahren wie das vorliegende durchgeführt werden konnten.

2.3.4 Schliesslich berufen sich die Rekurrenten auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes. Die Rechtsmittelbelehrung der Ausschreibung sei allgemein und offen gehalten. Für die Rekurrenten sei nicht ersichtlich gewesen, dass später noch ein Bewilligungsverfahren eröffnet werden würde.

2.3.4.1 Der Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 9 BV und § 10 der baselstädtischen Kantonsverfassung (SG 111.100) verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Er kommt auch im Verfahrensrecht zur Anwendung (Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 202). Voraussetzung dafür ist, dass die Person, die sich auf den Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann. Schliesslich scheidet die Berufung auf Treu und Glauben dann, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen gegenüberstehen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, Rz. 620 ff.; VGE VD.2016.122 vom 20. Januar 2017 E. 3.2.1; VD.2015.189 vom 17. Oktober 2016 E. 4.4.2; VD.2011.198 vom 9. Februar 2012 E. 4.3).

2.3.4.2 Als Nachteil der Disposition der Rekurrenten, Rekurs zu erheben, kommt allenfalls die vorinstanzliche Kostenaufgabe in Frage. Ansonsten liegt ein solcher Nachteil gerade nicht vor, werden sich die Rekurrenten in ihrer Eigenschaft als Anwohner doch gemäss den zu Recht unbestritten gebliebenen Ausführungen der Vorinstanz im nachfolgenden Nutzungs- und Baubewilligungsverfahren gemäss § 10 ff. NörG gegen die Buvette zur Wehr setzen können.

2.3.4.3 Doch auch hinsichtlich der vorinstanzlichen Kostenaufgabe vermögen die Rekurrenten nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Entgegen ihrer Auffassung geht der vorgesehene Verfahrensablauf bereits aus der Ausschreibung und der Dokumentation der Allmendverwaltung zur Betreiberauswahl hinreichend klar hervor. So wurde in Ziff. 4 der Ausschreibung im Kantonsblatt vom 23. April 2016 explizit darauf hingewiesen, dass die Bewilligungserteilung ■ vorbehältlich des nach dem Auswahlverfahren durchzuführenden Bewilligungsverfahrens ■ erfolge. Entsprechend lautet auch Ziff. 7.3 der Dokumentation der Allmendverwaltung, wo explizit festgehalten wird, dass in der Folge ein Antrag um Erteilung einer temporären Nutzungs- und Baubewilligung gestellt werden müsse. Auch wenn sowohl in der Ausschreibung als auch in der Dokumentation verunklarend von einer ■ Bewilligungserteilung ■ im Auswahlverfahren gesprochen wird ■ was dem Charakter der reinen Betreiberauswahl widerspricht ■, so geht aus dem Vorbehalt eines in der Folge durchzuführenden Bewilligungsverfahrens der vorgesehene Ablauf doch genügend klar hervor. Unklarheiten betreffend das Verfahren hätten die Rekurrenten zudem durch Rückfrage bei der ausschreibenden Allmendverwaltung, mithin ohne Beschreitung des Rechtsmittelwegs, ausräumen können.

2.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Recht auf den Rekurs der Rekurrenten kostenfällig nicht eingetreten ist. Mithin ist der vorliegende Rekurs abzuweisen.

3.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Rekurrenten dessen Kosten in solidarischer Verbindung zu tragen.

E. 5
ff.).

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