

Anfrage: Abwicklung von Baubewilligungsverfahren und Vergabe von Sondernutzungskonzessionen in der Stadt Wil

Sachverhalt

Im November 2014 lag beim Departement BUV ein Baugesuch für ein mehrwöchiges Open-Air-Kino auf, das erstmals im Sommer 2015 auf der Oberen Weierwise hätte stattfinden sollen. Nachdem zahlreiche Anwohnende Einsprache erhoben hatten, wurde das Gesuch zurückgezogen, ehe die Baukommission darüber befinden konnte. Ähnliches hatte sich bereits 2007/2008 zugetragen, wobei damals das Baugesuch im Rekursverfahren zurückgezogen worden war. Beide Projekte wurden in parlamentarischen Vorstössen thematisiert (Interpellation F. Mächler vom 08.11.2007 sowie Interpellation E. Häusermann vom 04.12.2014). Auch im Fall der Freilichtspiele, welche im Sommer 2011 während vier Wochen auf der Unteren Weierwise hätten stattfinden sollen, kam es zum Rückzug des Baugesuchs infolge zahlreicher Einsprachen.

Im Frühjahr 2015 erteilte die Stadt Wil der Allgemeinen Plakatgesellschaft (APG) eine Baubewilligung für eine beleuchtete Plakatsäule auf der Oberen Bahnhofstrasse. Zwar waren während des Baubewilligungsverfahrens keine Einsprachen eingegangen, doch sorgte die auffällige Säule nach der Erstellung für Diskussionen, zuletzt auch im Stadtparlament (Interpellation N. Hodel vom 23.04.2015).

Begründung der Anfrage

Die erwähnten Fälle werden vorliegend erneut aufgegriffen, da der Unterzeichnete nach eingehenden Recherchen zur Einschätzung gelangt ist, dass die Behörden der Stadt Wil bei der Abwicklung solcher Verfahren systematisch gegen Rechtsvorschriften verstossen:

- a. Die Gemeinsamkeit der genannten Fälle liegt zunächst darin, dass diese im ordentlichen Baubewilligungsverfahren beurteilt wurden resp. werden sollten. Das kantonale Baugesetz (BauG) sieht für die Erteilung von Baubewilligungen drei mögliche Verfahren vor. Bauvorhaben, welche weder die Interessen von Einspracheberechtigten noch wesentliche öffentliche Interessen berühren, können im Meldeverfahren (Art. 82^{ter}) bewilligt werden. Wenn keine oder nur wenige Einspracheberechtigte betroffen sind, kann das vereinfachte Verfahren (Art. 82^{bis}) durchgeführt werden. In den übrigen Fällen ist das ordentliche Verfahren durchzuführen, für welches die folgenden Vorschriften gelten:
 - Ausmass und Stellung der geplanten Bauten und Anlagen sind mit Bauvisieren zu bezeichnen (Art. 81 BauG).

- Anstösser, d.h. Grundeigentümer im Radius von 30 Metern um das Bauvorhaben, sind mit eingeschriebenem Brief über das Baugesuch in Kenntnis zu setzen (Art. 82 Abs. 1 und Abs. 2 BauG).
 - Das Baugesuch ist während einer 14-tägigen Einsprachefrist öffentlich aufzulegen und die Auflage ist durch öffentlichen Anschlag bekanntzumachen (Art. 82 Abs. 3 BauG). Durch Verweis auf Art. 7 des Gemeindegesetzes (GG) wird klargestellt, dass mit dem Begriff „öffentlicher Anschlag“ eine amtliche Bekanntmachung im Sinne von Art. 5 GG gemeint ist. Demnach ist im amtlichen Publikationsorgan, d. h. im Falle der Stadt Wil in den Lokalzeitungen, auf die öffentliche Auflage hinzuweisen.
- b. Alle diese Verfahrensschritte zielen darauf ab, allfällige Betroffene auf das geplante Bauvorhaben aufmerksam zu machen, sodass diese mittels Einsprache ihre Interessen geltend machen können. M.a.W. dienen diese Vorschriften der Verwirklichung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, welcher durch Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) garantiert wird (vgl. Bundesgerichtsurteil 1C_478/2008, E. 2.3).
- c. Es dürfte unbestritten sein, dass in allen eingangs erwähnten Fällen die Voraussetzungen für das ordentliche Verfahren gegeben waren. Dennoch wurden die betreffenden Bauvorhaben nicht mit Visieren ausgesteckt. Das BauG sieht im ordentlichen Baubewilligungsverfahren keine Ausnahme von der Visierungspflicht vor. Ein Verzicht auf Visiere ist demnach nur denkbar, wenn gar keine Bauten und Anlagen geplant sind, die visiert werden könnten, z.B. bei reinen Nutzungsänderungen. In den genannten Fällen wäre es durchaus möglich gewesen, die Bauvorhaben (Tribünen, Zelte, Projektionsanlagen, Umzäunungen, Höhe der Plakatsäule) zu visieren. Es gilt zu bedenken, dass die Stadt Wil für weitaus unbedeutendere Vorhaben, etwa die Vergrösserung einer Dachgaube, Visiere verlangt. Wenn sie bei Bauvorhaben mit beträchtlich grösseren Auswirkungen auf die Umgebung die Nichteinhaltung der Visierungspflicht toleriert, ist mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot und das Verhältnismässigkeitsprinzip äusserst fragwürdig.
- d. Eine amtliche Publikation der aufliegenden Baugesuche erfolgt nach dem Wissen des Unterzeichneten in der Stadt Wil seit geraumer Zeit nicht mehr. Die Gesuche werden lediglich im Schaukasten am Rathaus und auf der Website der Stadt publiziert. Das Bundesgericht hat in BGE 115 Ia 21 festgehalten, dass in grösseren Ortschaften die Bekanntgabe eines Baugesuchs im Anschlagkasten den Anforderungen einer rechtsgenügenden Publikation nur dann genügt, wenn sie von anderen Massnahmen der Bekanntmachung, z.B. der Visierung oder der amtlichen Publikation, begleitet wird. Im Urteil 1C_478/2008 hat das Bundesgericht überdies erwogen, dass selbst eine zusätzliche Visierung noch ungenügend sein kann, wenn eine Anlage weiträumige Immissionen verursacht und deshalb auch Personen berührt, die ausser Sichtweite der Visiere wohnen. Hinsichtlich der Open-Air-Kinos und der Freilichtspiele auf der Weierwise ist festzuhalten, dass diese aufgrund des Einsatzes von Verstärkeranlagen und der zu erwartenden Zuschauerzahlen mit beträchtlichen Immissionen, mitunter Nachtruhestörungen, im Umkreis von mehreren Hundert Metern verbunden gewesen wären. Die von der Stadt Wil veranlassten Publikationsmassnahmen, nämlich eine Bauanzeige an die Anstösser im 30-Meter-Radius zusammen mit einer Be-

kanntmachung im Anschlagkasten und auf der Website, waren von diesem Hintergrund eindeutig ungenügend. Es ist davon auszugehen, dass zusätzlich sowohl eine Visierung als auch eine amtliche Publikation erforderlich gewesen wären. Wenn sich diese Erfordernisse nicht bereits aus Art. 29 Abs. 2 BV ergeben würden, bestehen sie doch immerhin aufgrund der Vorschriften des kantonalen Rechts. Eine Veröffentlichung der Baugesuche auf der Website kann im Übrigen nicht als Ersatzmassnahme für eine amtliche Publikation betrachtet werden, sondern gemäss Art. 5 Abs. 2 GG nur als zusätzliche Massnahme. Dem Normalbürger ist nach Treu und Glauben nicht zuzumuten, dass er wöchentlich den Anschlagkasten am Rathaus oder die städtische Website aufsucht, um nach Baugesuchen Ausschau zu halten, die ihn betreffen könnten.

- e. Wird durch die ungenügende Publikation eines Baugesuchs den Betroffenen verunmöglicht, rechtzeitig Einsprache zu erheben, erwächst die im mängelbehafteten Verfahren erteilte Baubewilligung nicht in formelle Rechtskraft, sondern kann unter gewissen Voraussetzungen nachträglich angefochten werden (Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 18. März 2010). Typischerweise stehen sich dann die Vertrauensschutzinteressen der Gesuchsteller und der übergangenen Einspracheberechtigten entgegen, sodass eine befriedigende Lösung nicht mehr möglich ist. Der Stadtrat ist dringend gefordert, für die konsequente Einhaltung der Publikationsvorschriften in Baubewilligungsverfahren zu sorgen, bevor ein solcher Fall eintritt.
- f. Wird eine öffentliche Sache für eine spezielle Nutzung zur Verfügung gestellt, liegt entweder gesteigerter Gemeingebrauch oder eine Sondernutzung vor. Beim gesteigerten Gemeingebrauch entspricht die Nutzung entweder nicht dem üblichen Verwendungszweck der öffentlichen Sache, oder sie schränkt deren Nutzung durch die Allgemeinheit ein. Der gesteigerte Gemeingebrauch ist gemäss Art. 4 des Polizeireglements bewilligungspflichtig. Für die Bewilligungserteilung ist die Dienststelle Gewerbe und Markt des Departements FKV zuständig.
- g. Bei einer Sondernutzung sind beide Bedingungen gleichzeitig gegeben, d. h. die Nutzung der öffentlichen Sache ist weder bestimmungsgemäss noch gemeinverträglich. Die Sondernutzung setzt gemäss Art. 5 des geltenden Polizeireglements die Erteilung einer Konzession voraus. Die Zuständigkeit für die Konzessionsvergabe ist nicht ausdrücklich geregelt. Indes sind befristete Bewilligungen für das Anbringen von Reklamen auf öffentlichem Grund gemäss Art. 6 Polizeireglement durch den Stadtrat zu erteilen. Da Art. 6 als Spezialbestimmung zu Art. 5 aufgefasst werden kann, dürfte die Erteilung anderer Sondernutzungskonzessionen ebenfalls in die Zuständigkeit des Stadtrates fallen. Art. 5 des künftigen Polizeireglements (Parlamentsvorlage) bezeichnet sodann explizit den Stadtrat als zuständige Behörde.
- h. Es gilt zu beachten, dass Konzessionsvergaben in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht relevant sind, denn aufgrund ihrer ausschliessenden Natur erhält der Empfänger einer Sondernutzungskonzession in der Regel einen wirtschaftlichen Vorteil bzw. eine Monopolstellung. Zum Schutz des Wettbewerbs schreibt Art. 2 Abs. 7 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM) vor, dass die Übertragung der Nutzung kantonalen und kommunalen

Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen hat und Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren darf. Aufgrund seiner Verfügungsmacht hat das Gemeinwesen ein faktisches Monopol über den öffentlichen Grund. Während die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf rechtliche Monopole unbestritten ist, wurde die Frage der Anwendbarkeit auf faktische Monopole bislang nicht höchststrichterlich geklärt. Unter Berücksichtigung der folgenden Publikationen dürfte die Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf faktische Monopole jedoch kaum mehr mit guten Argumenten zu bestreiten sein: Kantonsgericht Luzern, Urteil vom 21.07.2014; N. Diebold, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangsinstrument, ZSR 2014; Weko, Gutachten vom 22.02.2010; D. Kunz, Konzessionen - Durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, Aktuelles Vergaberecht, 2012.

- i. Alle eingangs angesprochenen Projekte (Open-Air-Kinos, Freilichtspiele und Plakatsäule) betreffen Grundstücke der Stadt Wil, welche für eine spezielle Nutzung zur Verfügung gestellt wurden bzw. werden sollten. Somit steht fest, dass für diese Vorhaben nicht nur eine Baubewilligung, sondern zusätzlich entweder eine Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch oder eine Sondernutzungskonzession hätte erteilt werden müssen.
- j. In den Fällen der Open-Air-Kinos und der Freilichtspiele ist von einer Sondernutzung auszugehen, da eine Abzäunung der entsprechenden Flächen vorgesehen war und diese dem Gemeingebrauch somit entzogen worden wären. Zwar hätte sich die Sondernutzung auf einige Wochen im Sommer beschränkt, jedoch war zumindest im Fall der beiden Open-Air-Kinos von einer jährlichen Wiederholung die Rede. Selbst wenn es sich bei den fraglichen Nutzungen lediglich um gesteigerten Gemeingebrauch gehandelt hätte, wäre die Ausschreibung einer entsprechenden Bewilligung angezeigt gewesen, da möglicherweise verschiedene Anbieter daran interessiert gewesen wären, die Weierwise im Sommer für eine mehrwöchige Grossveranstaltung zu nutzen. Vgl. hierzu das Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 21.07.2014, in welchem die Durchführung einer Ausschreibung von Marroni-standplätzen bestätigt wurde.
- k. Im Fall der Plakatsäule ging das Departement BUV von einer Sondernutzung aus, wie aus der Beantwortung der Interpellation N. Hodel, Ziff. 2/3/4, hervorgeht. Bereits anlässlich der Beratung der Interpellation N. Hodel im Stadtparlament erkundigte sich der Unterzeichnete bezüglich der Ausschreibungspflicht, worauf der Departementsvorsteher BUV eine solche verneinte. Noch gleichentags hat der Unterzeichnete den Departementsvorsteher und den Departementssekretär BUV unter Berufung auf die Publikationen von D. Kunz (2012) und der Weko (2010) erneut darauf hingewiesen, dass Art. 2 Abs. 7 BGBM bei der Vergabe von Plakatkonzessionen und somit auch im Fall der Plakatsäule anwendbar sein dürfte. Der Departementssekretär BUV erwiderte, das Bundesgericht habe im Urteil 2C_198/2012 entschieden, dass die Vergabe von Sondernutzungskonzession nicht ausschreibungspflichtig sei. Somit sei Art. 2 Abs. 7 BGBM im Fall der Plakatsäule nicht anwendbar. Obschon der Unterzeichnete den Departementssekretär BUV darauf aufmerksam machte, dass sich aus dem genannten Urteil nichts derartiges schliessen lasse, beharrte dieser darauf, dass das Verfahren bezüglich Aufstellen der Werbesäule auf der oberen Bahnhofstrasse korrekt durchgeführt worden sei. Der Unterzeichnete ersuchte daraufhin

die Weko um eine rechtliche Beurteilung. Per E-Mail vom 27.07.2015 bestätigte das Kompetenzzentrum Binnenmarkt, dass das Bundesgericht zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 7 BGBM auf Sondernutzungskonzessionen bislang nicht Stellung genommen hat. Des Weiteren vertrat das Kompetenzzentrum ebenfalls die Auffassung, dass die Konzession für die Errichtung und den Betrieb einer Werbesäule auf öffentlichem Grund grundsätzlich der Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM untersteht. Es stelle sich allerdings die Frage, ob bei einem geringen Konzessionswert gestützt auf Art. 3 Abs. 1 BGBM von einer Ausschreibung abgesehen werden könne. Der im Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 21.07.2014 behandelte Fall, wo der Nutzungswert für den Marronistandplatz auf lediglich CHF 2'225.- beziffert und dennoch eine Ausschreibung durchgeführt wurde, spricht nach Ansicht des Unterzeichneten dafür, dass im Wiler Fall mit einem Konzessionswert von CHF 60'000.- eine Ausschreibung erforderlich gewesen wäre. Zumindest aber hätte ein Konkurrenzangebot eingeholt werden können.

Fragen an den Stadtrat

Der Stadtrat wird gebeten, zu den untenstehenden Fragen einzeln Stellung zu nehmen. Weitere Schritte bleiben vorbehalten, falls die Beantwortung nicht befriedigend ausfallen sollte.

- 1a. Teilt der Stadtrat die in Abschnitt c dargelegte Auffassung des Unterzeichneten bezüglich Visierungspflicht im ordentlichen Baubewilligungsverfahren?
- 1b. Falls nein, inwiefern nicht und wie begründet er seine Haltung mit Blick auf die einschlägige Rechtsprechung?
- 2a. Teilt der Stadtrat die im Abschnitt d dargelegte Auffassung des Unterzeichneten bezüglich Publikationspflicht im ordentlichen Baubewilligungsverfahren?
- 2b. Falls nein, inwiefern nicht und wie begründet er seine Haltung mit Blick auf die einschlägige Rechtsprechung?
3. Wird der Stadtrat dafür sorgen, dass ordentliche Baubewilligungsverfahren in der Stadt Wil ab sofort und ausnahmslos unter Einhaltung von Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 81 f. BauG i. V. m. Art. 7 GG durchgeführt werden?
- 4a. Schliesst sich der Stadtrat den Ausführungen im Abschnitt g an, resp. welche Behörde der Stadt Wil ist nach seiner Auffassung unter geltendem Recht für die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen zuständig?
- 4b. Falls der Stadtrat die Auffassung teilt, dass er selbst für die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen zuständig ist: Trifft es zu, dass die Sondernutzungskonzession im Fall der Plakatsäule durch eine unzuständige Behörde (Baukommission) erteilt wurde?
- 5a. Teilt der Stadtrat die Auffassung des Departementssekretärs BUV (Abschnitt k), wonach Sondernutzungskonzessionen generell nicht der Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM unterliegen?
- 5b. Falls nein, weshalb vertritt der Departementssekretär BUV mit äusserster Beharrlichkeit und ohne stichhaltige Begründung einen rechtlichen Standpunkt, welcher nicht mit jenem des Stadtrates übereinstimmt?

- 5c. Falls der Stadtrat die Ansicht vertritt, dass zwar grundsätzlich eine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen besteht, aber nicht im konkreten Fall der Plakatsäule: Wie begründet er dies und finden sich in den Protokollen des Bewilligungsverfahrens entsprechende Erwägungen?
- 5d. Welche Rechtsfolgen haben nach Ansicht des Stadtrates die Verfahrensfehler, welche bei der Bewilligungserteilung für die Plakatsäule begangen wurden?
- 6a. Ist es zutreffend, dass sämtliche Plakatstellen auf öffentlichem Grund in der Stadt Wil von der APG bewirtschaftet werden?
- 6b. In welchem Verfahren und durch welche Behörde wird das Nutzungsrecht für die Plakatstellen auf öffentlichem Grund vergeben?
- 6c. Welche Laufzeit haben die Nutzungsrechte für die Plakatstellen auf öffentlichem Grund?
- 6d. Welche jährlichen Einnahmen erzielt die Stadt Wil durch die Vergabe von Nutzungsrechten für Plakatstellen auf öffentlichem Grund?
- 7a. Handelte es sich bei den gescheiterten Projekten auf der Oberen und Unteren Weierwiese (Open-Air-Kinos, Freilichtspiele) nach Ansicht des Stadtrates um Sondernutzungen oder um gesteigerten Gemeingebrauch?
- 7b. Teilt der Stadtrat die im Abschnitt j dargelegte Auffassung, dass in diesen Fällen unabhängig von der Antwort auf die Frage 7a eine Ausschreibung erforderlich gewesen wäre?
- 8a. Vergibt die Stadt Wil noch weitere Rechte zur Nutzung des öffentlichen Grundes, welche in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht relevant sein könnten?
- 8b. Falls ja, durch welche Behörde und in welchem Verfahren werden diese Nutzungsrechte vergeben?
- 8c. Falls ja, welche Laufzeit haben diese Nutzungsrechte?
- 8d. Falls ja, welche Einnahmen erzielt die Stadt Wil durch die Vergabe dieser Nutzungsrechte?
- 9a. Wurde die Vergabe des Rechts zur Nutzung des öffentlichen Grundes im Rahmen von „Effizienz+“ (im Hinblick auf die erzielbaren Einnahmen) überprüft? Falls nein, wie rechtfertigt der Stadtrat dieses Versäumnis?



Sebastian Koller