



An den Grossen Rat

19.5467.02

BVD/P195467

Basel, 1. Dezember 2021

Regierungsratsbeschluss vom 30. November 2021

Anzug Eduard Rutschmann und Konsorten betreffend «Verzicht auf Baubewilligung bei Strassencafes»

Der Grosse Rat hat an seiner Sitzung vom 11. Dezember 2019 den nachstehenden Anzug Eduard Rutschmann und Konsorten dem Regierungsrat zur Stellungnahme überwiesen:

«Am 8. August 2008 entschied das Bundesgericht, dass es für die Errichtung von Boulevardwirtschaften (z.B. Strassencafes) neben der kommunalen, gewerbepolizeilichen Bewilligung (Allmendbewilligung) neu auch einer Baubewilligung bedarf (Urteil 1C_47/2008: http://www.servat.umbe.ch/dfr/bger/080808_1C_47-2008.html). Dies gilt auch für bestehende Gastwirtschaftsbetriebe, die schon über eine gewerbepolizeiliche Bewilligung verfügen. Konkret bedeutet das in der Praxis, dass seither ein komplettes Baubewilligungsverfahren eingeleitet werden muss, damit eine Änderung der Bewirtschaftung einer neuen oder bereits bewilligten Allmendfläche möglich ist. Dies hat zu einer Flut von neuen baurechtlichen Baubewilligungsverfahren geführt. Der entsprechende administrative Aufwand steht in keinem Verhältnis zu den möglichen Mehrumsätzen.

Daraufhin wurde im Jahr 2008 eine Motion von Nationalrat Adrian Amstutz eingereicht, die eine Korrektur des Bundesgerichtsurteils durch eine Revision des Raumplanungsgesetzes (RPG) fordert (Geschäft 08.3512 Weg mit der überflüssigen Bürokratie im Gastgewerbe). Auf diese Weise soll bewirkt werden, dass die Errichtung eines saisonal betriebenen Strassencafes durch einen bestehenden Gastwirtschaftsbetrieb, der über eine gewerbepolizeiliche Bewilligung verfügt, wie bis anhin keine Baubewilligung bedarf. Die Motion wurde von beiden Räten im Jahr 2012 angenommen und ist seither beim Bundesrat hängig.

Die Motion soll nach dem Willen des Bundesrats im Anschluss an die parlamentarische Behandlung der zweiten Etappe der RPG-Revision im Rahmen einer Anpassung der Raumplanungsverordnung umgesetzt werden. Jedoch beantragte die zuständige Kommission des Nationalrats vor kurzem Nichteintreten auf die RPG-Revision. Kurz darauf wurde die RPG-Revision von der Traktandenliste der Herbstsession abtraktandiert. Die Umsetzung der Motion dürfte sich somit nochmals weiter verzögern.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Motion auch anders umgesetzt werden kann, um für Gastwirtschaftsbetriebe die unnötige zusätzliche Bewilligungshürde aufzuheben. Die Stadt Bern beispielsweise bietet den Wirten mit Strassencafes an, die Baugesuche für sie einzureichen. Zudem werden alle Baugesuche für Aussenbestuhlungen in der Innenstadt entweder pro Gasse oder für mehrere Gassen zusammengefasst. Dies erlaubt ein rascheres Vorgehen.

In diesem Zusammenhang bitten die Unterzeichnenden den Regierungsrat, zu prüfen und zu berichten:

1. Wie er sich auf Bundesebene für eine möglichst rasche Umsetzung der 2012 angenommenen Motion Amstutz einsetzen kann, etwa in dem die notwendige Verordnungsanpassung vorgezogen wird.

2. Ob er im Sinne einer Übergangslösung Möglichkeiten sieht, auf kantonaler Ebene die Baubewilligungspflicht bei Boulevardwirtschaften zu vereinfachen.
3. Ob es allenfalls möglich wäre, das Modell der Stadt Bern oder Teile davon auf kantonaler Ebene einzuführen.

Eduard Rutschmann, Andrea Elisabeth Knellwolf, Luca Urgese, Patricia von Falkenstein, Joël Thüring, Daniela Stumpf»

Wir berichten zu diesem Anzug wie folgt:

1. Ausgangslage

1.1 Bewilligung zur Nutzung des öffentlichen Raums zu Sonderzwecken

Wünscht eine Restaurantbetreiberin oder ein -betreiber in der Stadt Basel, im öffentlichen Raum und daher auf Allmend eine Aussenrestauration zu führen, braucht sie oder er dafür eine Bewilligung der öffentlichen Hand (vgl. § 10 Abs. 1 NöRG¹). Diese Nutzungsbewilligung erlaubt es der Restaurantbetreiberin oder dem -betreiber, die fragliche Fläche dem schlichten Gemeingebrauch zu entziehen, mit einer Sondernutzung zu belegen und so ausschliesslich für ihren oder seine Zwecke zu nutzen. Das Nutzungsbewilligungsverfahren dient der dafür zuständigen Allmendverwaltung (AV) neben der Gebührenerhebung insbesondere dazu, die beantragte Nutzung mit anderen Sondernutzungen zu koordinieren, so dass beispielsweise mehrere Nutzungen im gleichen Strassenzug aufeinander abgestimmt sind.

1.2 Baubewilligungspflicht – Urteil des Bundesgerichts 1C_47/2008

Mit Urteil vom 8. August 2008 stellte das Bundesgericht klar, dass der Betrieb einer Aussenrestauration wegen der damit verbundenen Immissionen gemäss Art. 22 RPG² der Baubewilligungspflicht unterliegt. Dies sei unabhängig davon der Fall, ob die Gastwirtschaft im Freien auf einer im Privateigentum stehenden Parzelle oder im öffentlichen Raum und daher auf Allmend geführt werde. Das Bundesgericht entschied, dass das im konkreten Fall durchgeführte Nutzungsbewilligungsverfahren der Stadt Winterthur das Baubewilligungsverfahren nicht ersetzen könne, da dieses Verfahren keine Publikation des Nutzungsbewilligungsgesuchs und damit keine Einsprachemöglichkeit betroffener Nachbarn vorsieht (BGer 1C_47/2008 E. 2.3.2 und E. 2.5.1).

Mit diesem Urteil schuf das Bundesgericht keinen neuen Bewilligungstatbestand, sondern wandte seine ständige Praxis zur Baubewilligungspflicht nach RPG auf den Fall der Nutzung von Aussenraum als Gastwirtschaft an. Das bedeutet nicht, dass jeder Tisch oder jeder Stuhl, der auf Allmend gestellt wird, einer Baubewilligung bedarf. Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis besteht nur, aber immerhin dann von Bundesrechts wegen eine Baubewilligungspflicht, wenn mit der Realisierung der Baute oder Anlage im Allgemeinen, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, so wichtige räumliche Folgen verbunden sind, dass ein Interesse der Öffentlichkeit oder der Nachbarn an einer vorgängigen Kontrolle besteht (BGE 139 II 134 E. 5.2). Das Bundesgericht führte ferner aus, dass dem Baubewilligungsverfahren insofern primäre Bedeutung zukommt, als dass das Vorliegen einer Baubewilligung Voraussetzung und Obergrenze für die Nutzungsbewilligung bildet.

Für die Baubewilligungspflicht bestehen besonders aus Sicht der Nachbarinnen und Nachbarn gute Gründe, da von Aussenrestaurationen in der Regel Lärmemissionen ausgehen, die – wie im Zusammenhang mit der Teilrevision des Lärmempfindlichkeitsstufenplan allseitig hervorgehoben – einer im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens durchgeführten Einzelfallprüfung nach Art. 15 des Umweltschutzgesetzes des Bundes unterliegen. Aber auch Aspekte wie die

¹ Gesetz über die Nutzung des öffentlichen Raums (NöRG) vom 16. Oktober 2014 (SG 724.100)

² Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700)

Verkehrssicherheit oder die Zugänglichkeit der Umgebung für die Rettungsdienste können in einem Baubewilligungsverfahren geprüft und verbindlich geregelt werden.

1.3 Reaktion der Berner Stadtbehörden auf das Bundesgerichtsurteil

Die Berner Stadtbehörden mussten nach dem oben erwähnten Bundesgerichtsurteil im Jahr 2008 feststellen, dass ihre damalige Praxis betreffend die Aussenrestaurationen auf öffentlichem Grund bundesrechtswidrig war. Die meisten Strassencafés in der Stadt Bern waren damals nicht baubewilligt, sondern verfügten lediglich über eine Nutzungsbewilligung für den öffentlichen Raum. Die zuständigen Behörden entwickelten deshalb für die betroffenen Restaurantbetreiber einen Aktionsplan, mit dem sie die Situation für die bevorstehende Saison 2009 möglichst schnell legalisieren wollten. Sie offerierten den Betroffenen, sie bei der Erarbeitung und Einreichung der nötigen Baugesuche aktiv zu unterstützen, um das Verfahren zu beschleunigen. Die Berner Stadtbehörden führten in ihrem entsprechenden Informationsschreiben³ aus, dieses Vorgehen liege auch im Interesse der Stadt Bern, würden die Aussenrestaurationen doch erheblich zur Attraktivität der Stadt beitragen. Zum Verhältnis zwischen Bau- und Nutzungsbewilligung führten die zuständigen Behörden schliesslich aus, die Nutzungsbewilligung müsse wie bisher beantragt werden bzw. vorliegen, auch wenn eine Baubewilligung erteilt werde. Während die Baubewilligung besage, dass es bau- und planungsrechtlich zulässig sei, am betroffenen Standort eine Aussenrestauration zu betreiben, werde in der Nutzungsbewilligung beurteilt, ob es die Verteilung der öffentlichen Fläche zulasse, den beanspruchten Teil als Strassencafé zu nutzen. Zudem sei die Nutzungsbewilligung eine Art „Pachtvertrag“, da ja fremder Boden „gemietet“ werde, um dort einen Gastgewerbebetrieb zu betreiben (vgl. erwähntes Informationsschreiben, S. 4⁴).

Hervorzuheben ist, dass die Berner Stadtbehörden mit ihrem aktiven Mitwirken bei der Erarbeitung der nötigen Baugesuche nicht Gefahr liefen, ihre Unvoreingenommenheit zu verlieren. Baubewilligungsbehörde für Vorhaben auf städtischem bzw. gemeindeeigenem Boden ist im Kanton Bern – anders als im Kanton Basel-Stadt – nicht das städtische bzw. kommunale Bauinspektorat, sondern das Regierungsstatthalteramt.

1.4 Motion Amstutz und 2. Etappe Revision RPG

Als Reaktion auf das erwähnte bundesgerichtliche Urteil wurde im Nationalrat die Motion Amstutz⁵ eingereicht. Der Bundesrat soll damit beauftragt werden, eine Revision der Regelung betreffend die Raumplanung vorzulegen, wonach die Errichtung eines saisonal betriebenen Strassencafés durch einen bestehenden Gastwirtschaftsbetrieb keiner Baubewilligung bedarf. Entgegen dem Antrag des Bundesrats vom 18. Februar 2009, die Motion abzulehnen, stimmten der Ständerat und der Nationalrat der Motion in leicht veränderter Formulierung am 15. März bzw. 24. September 2012 zu. Die Motion ist seither hängig. Im Rahmen der ständerätlichen Debatte im März 2012 äusserte alt Bundesrätin Doris Leuthard die Bereitschaft, das Thema im Rahmen der an die Revision des RPG anschliessenden Überarbeitung der RPV⁶ aufzugreifen.

Die zweite Etappe der Revision des RPG wurde am 3. Dezember 2019 mit dem Nichteintreten des Nationalrates auf die bundesrätliche Botschaft zunächst gestoppt. Am 21. Mai 2021 gab die Kommission für Umwelt, Energie und Raumplanung des Ständerats bekannt, dass sie den bundesrätlichen Entwurf überarbeitet hat und zu ihrem Entwurf eine bis 13. September 2021 dauernde Vernehmlassung durchgeführt. Gemäss Sitzungsplanung der Kommission sollte das Geschäft an der Kommissionssitzung vom 15. November 2021 wieder behandelt worden sein.

³ Infoblatt Aussenbestuhlung vom 2.12.2008 des Regierungsstatthalteramtes Bern und der Stadt Bern, abrufbar unter https://www.bern.ch/mediencenter/medienmitteilungen/aktuell_ptk/2008-12-aussenbestuhlung

⁴ Infoblatt Aussenbestuhlung vom 2.12.2008 des Regierungsstatthalteramtes Bern und der Stadt Bern, a.a.O.

⁵ Motion Amstutz: Weg mit der überflüssigen Bürokratie im Gastgewerbe (08.3512)

⁶ Raumplanungsverordnung des Bundes vom 28. Juni 2000 (SR 700.1)

1.5 Situation in Basel-Stadt

1.5.1 Allgemeine Situation

Auch der Kanton Basel-Stadt kennt die Parallelität von Baubewilligung und Nutzungsbewilligung. Im Gegensatz zur Stadt Bern im Jahr 2008 verfügen hier alle bestehenden Aussenrestaurationen über eine Baubewilligung. Baubewilligungen werden grundsätzlich für eine unbefristete Dauer erteilt. Das heisst, dass nur einmal ein Baubewilligungsverfahren durchgeführt werden muss.

Liegt für ein neues Restaurant mit Aussenrestauration auf öffentlichem Grund noch keine Baubewilligung vor, muss ein entsprechendes Baubegehren eingereicht werden. Das für dessen Beurteilung zuständige Bau- und Gastgewerbeinspektorat (BGI) führt ein koordiniertes Baubewilligungsverfahren durch. Da die Aussenrestauration auf öffentlichem Grund wie erwähnt auch einer Nutzungsbewilligung bedarf, bezieht das BGI gemäss den entsprechenden gesetzlichen Vorgaben in § 35 BPV⁷ die Allmendverwaltung in das Baubewilligungsverfahren mit ein. Diese prüft, ob die beantragte Fläche im Grundsatz zur Verfügung gestellt werden kann und involviert ihrerseits diejenigen Behörden, die einen Aspekt dieser Frage zu beurteilen haben (z.B. Kantonspolizei hinsichtlich Verkehrssicherheit). Parallel dazu nimmt das BGI die Publikation des Baubegehrens vor. Steht dem Begehren nichts entgegen, werden der Bauherrschaft mit dem Bauentscheid die maximal mögliche Restaurationsfläche auf öffentlichem Grund und die höchstens zulässigen Öffnungszeiten eröffnet.

Will nun ein Restaurantbetreiber die bewilligte Fläche tatsächlich bewirten, hat er bei der Allmendverwaltung die Nutzungsbewilligung einzuholen. Er muss sich dafür entscheiden, ob er die ganze baubewilligte Fläche oder nur einen Teil davon beanspruchen will und ob er eine Saison- oder eine Ganzjahresbewilligung möchte. Die Allmendverwaltung kontrolliert, ob das konkrete Nutzungsbegehren der erteilten Baubewilligung entspricht und setzt die Nutzungsgebühr fest. Da der Restaurantbetreiber sehr häufig nicht mit dem Baubewilligungsempfänger identisch ist, werden ihm zudem die mit der Baubewilligung gemachten Auflagen hinsichtlich Öffnungszeiten, Möblierungseinschränkungen, Reinigung etc. noch einmal bekannt gegeben. Die Nutzungsbewilligung gilt, solange der Betreiber keine Veränderung bezüglich der Fläche oder Nutzungsdauer (Saison/ganzes Jahr) wünscht. Die Nutzungsbewilligung kann vom Restaurantbetreiber unkompliziert via Internet⁸ beantragt werden und wird – die Übereinstimmung mit der erteilten Baubewilligung und das Vorliegen der nötigen Unterlagen (z.B. vermasster Plan der konkret beanspruchten Fläche) vorausgesetzt – in der Regel innert Wochenfrist erteilt. Es findet kein zweites öffentliches Auflageverfahren statt, da nachbarliche Interessen bereits im Baubewilligungsverfahren eingebracht und geprüft werden konnten. Wechselt der Restaurantbetreiber und nutzt der neue Betreiber die Aussenfläche wie sein Vorgänger, ist lediglich eine Meldung an die Allmendverwaltung erforderlich.

1.5.2 Situation während der Coronapandemie

Um die Gastronomiebetreiber und -betreiberinnen in der ausserordentlichen Situation der Corona-Pandemie zu unterstützen, bewilligte der Regierungsrat am 12. Mai 2020 erstmals eine temporäre Ausdehnung bestehender Boulevardrestaurant- und Buvettenflächen auf öffentlichem Grund (RRB 20/16/33). Mit Beschluss vom 13. April 2021 (RRB 21/11/52) wurden die beschlossenen Massnahmen bis am 31. Dezember 2021 verlängert. Gemäss den erwähnten Regierungsratsbeschlüssen können bereits bestehende und bewilligte Aussenflächen vor dem eigenen Restaurant oder Café vergrössert werden, um genügend grosse Anstände zwischen den Tischen anbieten und so die für die Gastronomie geltenden Schutzkonzepte einhalten zu können. Dabei sind die Flucht- und Rettungswege freizuhalten und die bisherigen Vorgaben zu den Betriebszeiten gelten nach wie vor.

⁷ Bau- und Planungsverordnung (BPV) vom 19. Dezember 2000 (SG 730.110)

⁸ Vgl. https://konto.egov.bs.ch/formulare/antrag_zur_nutzung_eines_boulevardrestaurant.html?mgnlFormToken=UE0s6EFtbl1rky5AFW8TfkbqCnl7W8HM

Die pandemiebedingten Beschränkungen des Bundes gelten nach wie vor. Aus diesem Grund hat der Regierungsrat die temporäre Ausdehnung bestehender Boulevard- und Buvettenflächen mit Beschluss vom 30. November 2021 verlängert. Sie sollen solange gelten, bis diese Beschränkungen aufgehoben werden. Mit diesem Vorgehen zu Gunsten der Gastronomiebetreiber und -betreiberinnen nutzt der Regierungsrat den sehr engen Spielraum, den ihm das Bundesrecht gibt, maximal aus.

2. Beantwortung der Fragen

1. *Wir bitten den Regierungsrat zu prüfen und zu berichten, wie er sich auf Bundesebene für eine möglichst rasche Umsetzung der 2012 angenommenen Motion Amstutz einsetzen kann, etwa in dem die notwendige Verordnungsanpassung vorgezogen wird.*

Wie in Ziffer 1.2 dargelegt, basiert die Baubewilligungspflicht für Strassencafés, deren Einrichtung und Betrieb irgendwelche Auswirkungen auf Raum, Erschliessung und Umwelt bewirken, auf Art. 22 RPG. Soll die Baubewilligungspflicht für Gastwirtschaften im Freien geändert oder aufgehoben werden, bedarf es daher einer Revision des RPG, die nicht isoliert, sondern nur in einer Gesamtbetrachtung und in Abstimmung mit der Baubewilligungspflicht im Allgemeinen erfolgen kann. In Anbetracht des derzeitigen Stands der Diskussionen um die RPG-Revision 2 sieht der Regierungsrat keine Möglichkeit, auf Bundesebene eine punktuelle Änderung der Baubewilligungspflicht für Boulevardrestaurants voranzubringen.

2. *Wir bitten den Regierungsrat zu prüfen und zu berichten, ob er im Sinne einer Übergangslösung Möglichkeiten sieht, auf kantonaler Ebene die Baubewilligungspflicht bei Boulevardwirtschaften zu vereinfachen.*

Die Baubewilligungspflicht wird vom Bundesrecht im Sinn einer Mindestvorgabe abschliessend geregelt. Dieses erlaubt es den Kantonen, für bestimmte Vorhaben ein vereinfachtes Baubewilligungsverfahren ohne Publikation vorzusehen. Das vereinfachte Verfahren ist dann zulässig, wenn ein Vorhaben keine nennenswerten Einflüsse auf Raum, Erschliessung und Umwelt bewirkt und deshalb keine Interessen Dritter, insbesondere von Nachbarn, berührt. Es ist im Kanton Basel-Stadt in § 31 BPV in Verbindung mit § 12 ABPV⁹ bereits vorgesehen. Da Gastwirtschaften in aller Regel (mindestens) mit Lärmemissionen verbunden sind, kann das vereinfachte Verfahren meist nicht angewandt werden, ohne Bundesrecht zu verletzen.

Mit den für die Dauer der Corona-Pandemie beschlossenen Massnahmen, die eine gewisse Ausdehnung der bestehenden, bau- und nutzungsbewilligten Restaurationsflächen im Aussenbereich ohne erneutes Bewilligungsverfahren erlauben, hat der Regierungsrat den ihm von Bundesrechts wegen zukommenden Spielraum maximal ausgenutzt.

3. *Wir bitten den Regierungsrat zu prüfen und zu berichten, ob es allenfalls möglich wäre, das Modell der Stadt Bern oder Teile davon auf kantonaler Ebene einzuführen.*

Das Berner Modell umfasste wie ausgeführt eine einmalige Legalisierungsaktion in den Jahren 2008/09 (vgl. Ziff. 1.3). Dementsprechend werden neue Strassencafés, die im Jahr 2008 noch nicht bestanden, im erwähnten Informationsschreiben auf den üblichen Bewilligungsweg verwiesen (vgl. dort, S. 5¹⁰). Im Kanton Basel-Stadt besteht kein Anlass für eine vergleichbare Aktion, denn die bestehenden Aussenrestaurationen verfügen über eine Baubewilligung. Soll eine neue Gastwirtschaft auf Allmend entstehen, wird das Baubewilligungsverfahren mit der Allmendverwaltung koordiniert durchgeführt. Die Baubewilligung bestimmt insbesondere die maximale Fläche, die für die Aussenrestauration beansprucht werden darf, und die höchstens zulässigen Öffnungszeiten (vgl. Ziff. 1.5). Um dem Umstand, dass der Baubewilligungsempfänger in den allermeisten

⁹ Ausführungsbestimmungen zur Bau- und Planungsverordnung (ABPV) vom 29. März 2018 (SG 730.115)

¹⁰ Infoblatt Aussenbestuhlung vom 2. Dezember 2008 des Regierungsrates Bern und der Stadt Bern, a.a.O.

Fällen nicht mit dem Nutzungsbewilligungsempfänger identisch ist, gerecht zu werden, folgt darauf – wie im Kanton Bern auch – das Nutzungsbewilligungsverfahren. Dieses kann unkompliziert per Internet eingeleitet und – die Einhaltung der in der Baubewilligung festgesetzten Maximalwerten vorausgesetzt – in der Regel innert Wochenfrist mit der Erteilung der Nutzungsbewilligung abgeschlossen werden. Vor diesem Hintergrund sieht der Regierungsrat keinen Anlass zur Übernahme des Berner Modells.

3. Antrag

Aufgrund dieses Berichts beantragen wir, den Anzug Eduard Rutschmann und Konsorten betreffend Verzicht auf Baubewilligung bei Strassencafes abzuschreiben.

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Beat Jans
Regierungspräsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatschreiberin