



<b>Fall-Nr.:</b>	VD/G-16.20
<b>Stelle:</b>	Generalsekretariat Volkswirtschaftsdepartement
<b>Instanz:</b>	Volkswirtschaftsdepartement
<b>Publikationsdatum:</b>	29.05.2020
<b>Entscheiddatum:</b>	21.07.2016

## Zwischenentscheid VD; Gastwirtschaftsrecht

Der Rekurrent ist als (Stockwerk-) Eigentümer einer Wohnung, die sich wie das «E.\_\_\_\_» im Mehrfamilienhaus B befindetet, durch die angefochtene Verfügung [Erteilung Gastwirtschaftpatent] bzw. den Betrieb des «E.\_\_\_\_» unmittelbar und in höherem Ausmass als ein beliebiger Dritter oder die Allgemeinheit in seinen Interessen betroffen. Daran ändert nichts, dass er die Wohnung zur Zeit nicht selber bewohnt, sondern vermietet hat. Er hat auch als blosser Eigentümer ein Interesse daran, dass seine Wohnung nicht durch Lärmimmissionen beeinträchtigt wird. Betreffend das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Rekurses sind die privaten Interessen des Rekurrenten gegenüber den privaten Interessen des Rekursgegners (Patentinhabers) sowie des Betriebsinhabers H.\_\_\_\_ abzuwägen. Diese Interessenabwägung fällt zugunsten des Rekursgegners aus, weshalb die aufschiebende Wirkung nicht wiederhergestellt wird.

vgl. PDF



VD/G-16.20

## Zwischenentscheid vom 21. Juli 2016

\_\_\_\_\_  
Rekurrenten

**A.**\_\_\_\_, wohnhaft in Z.\_\_\_\_, vertreten durch RA B.\_\_\_\_

gegen

\_\_\_\_\_  
Vorinstanz

**Politische Gemeinde Y.**\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Rekursgegner

**C.**\_\_\_\_, vertreten durch RA D.\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Betreff

Verfügung vom 1. Juli 2016 betreffend Patenterteilung zur Aus-  
übung der gastgewerblichen Tätigkeit für das «E.\_\_\_\_»



## Sachverhalt

**A.** Aus den eingereichten Akten folgt, dass der Gemeinderat der Politischen Gemeinde Y.\_\_\_\_ (im Folgenden Gemeinderat Y.\_\_\_\_) mit Baubewilligungen vom 16. Oktober 1986, 21. März 1988 und 28. August 1989 die Überbauung «F.\_\_\_\_» (Neubau von drei Mehrfamilienhäusern) in X.\_\_\_\_ bewilligte. In Bezug auf das Mehrfamilienhaus B bewilligte der Gemeinderat Y.\_\_\_\_ eine gewerbliche Nutzung (Bauvorhaben Café), nachdem sich das damals zuständige Volkswirtschaftsdepartement dazu mit Stellungnahme vom 1. März 1988 aus räumlich-betrieblicher Sicht geäussert hatte.

Mit Verfügung vom 6. März 1992 erteilte das Volkswirtschaftsdepartement für das «G.\_\_\_\_» im Mehrfamilienhaus B die Betriebsbewilligung für eine Gastwirtschaft nach Art. 17 des alten Gastwirtschaftsgesetzes vom 1. Dezember 1983 (nGS 19-106; abgekürzt aGWG), welche zur Abgabe von Speisen und Getränken zum Genuss an Ort und Stelle sowie zur Überlassung von Räumen und Flächen im Freien zum Genuss mitgebrachter Speisen und Getränke berechnete. Laut Betriebsbewilligung wurden die Gasträume in «ständig zur Bewirtung von Gästen genutzte Flächen» (Café im Erdgeschoss mit 48 Plätzen, Fläche 65 m<sup>2</sup> und «nicht ständig zur Bewirtung von Gästen genutzte Flächen» (Säli „\_\_\_\_“ im Erdgeschoss mit 34 Plätzen, Fläche 43 m<sup>2</sup>) unterschieden; auf den zur Betriebsbewilligung gehörenden Plänen war eine Gartenwirtschaft vermerkt. Die Betriebsbewilligung wurde ohne Berechtigung zum Alkoholausschank nach Art. 21 Abs. 1 aGWG erteilt; für eine Betriebsbewilligung mit Berechtigung zum Alkoholausschank hätte der Betrieb einem öffentlichen Bedürfnis entsprechen müssen, wobei die Zahl solcher Betriebsbewilligungen aus Gründen der Volksgesundheit beschränkt war (Art. 23 f. aGWG).

**B.** Am 25. Februar 2015 ersuchte H.\_\_\_\_ den Gemeinderat Y.\_\_\_\_ um Erteilung des Patentbeschlusses zur Ausübung einer gastgewerblichen Tätigkeit für den Betrieb «E.\_\_\_\_», welcher sich im vorerwähnten Mehrfamilienhaus B an der F.\_\_\_\_ in X.\_\_\_\_ befindet.

Mit Verfügung vom 9. März 2015 erteilte der Gemeinderat Y.\_\_\_\_ H.\_\_\_\_ ein bis 31. Dezember 2015 befristetes, provisorisches Patent für das «E.\_\_\_\_». Das Patent wurde als «provisorisches Patent» erteilt, da H.\_\_\_\_ zum Zeitpunkt der Patenterteilung nach Ansicht des Gemeinderates die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 1 Bst. a des Gastwirtschaftsgesetzes (sGS 553.1; abgekürzt GWG) nicht erfüllte. H.\_\_\_\_ wurde dementsprechend im Patent die Auflage gemacht, bis 31. Dezember 2015 den «Vorbereitungskurs in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention bei Gastro St.Gallen» zu absolvieren.

**C.** Am 13. November 2015 teilte RA B.\_\_\_\_ dem Gemeindepräsidenten der Politischen Gemeinde Y.\_\_\_\_ u.a. mit, dass er A.\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_ in der



seit längerer Zeit andauernden Auseinandersetzung wegen Immissionen betreffend den Betrieb des «E.\_\_\_\_» anwaltlich vertrete. A.\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_ würden im Mehrfamilienhaus B an der F.\_\_\_\_ in X.\_\_\_\_ wohnen, in welchem sich auch das «E.\_\_\_\_» befinde.

Mit Eingabe vom 11. Dezember 2015 stellte der Rechtsvertreter von A.\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_ gegenüber dem Gemeinderat Y.\_\_\_\_ sodann verschiedene Anträge in Bezug auf die allfällige Erneuerung des Patentes von H.\_\_\_\_ für das «E.\_\_\_\_».

**D.** Mit Verfügung vom 19. Januar 2016 erneuerte der Gemeinderat Y.\_\_\_\_ H.\_\_\_\_ das provisorische Patent für das «E.\_\_\_\_» bis 30. Juni 2016, obwohl H.\_\_\_\_ den Vorbereitungskurs bzw. die Prüfung nach Art. 8 Abs. 2 Ziff. 5 GWG in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention bei der Gastro St.Gallen nicht fristgemäss absolviert hatte.

**E.** Mit Eingabe vom 29. Januar und 22. Februar 2016 erhoben A.\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_, vertreten durch ihren Rechtsvertreter, beim Volkswirtschaftsdepartement Rekurs gegen die vorerwähnte Verfügung. Es wurden folgende Anträge gestellt:

1. Es sei die provisorische Patenterteilung des Gemeinderates Y.\_\_\_\_ vom 19. Januar 2016 [...] ausgestellt auf das [...] „ E.\_\_\_\_“, [...], Betriebsleiter H.\_\_\_\_, [...], Gültigkeitsdauer: 19. Januar 2016 vollumfänglich aufzuheben;
2. eventualiter sei die provisorische bzw. nach Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen die definitive Patenterteilung lediglich unter folgenden Auflagen zu bestätigen:
  - a) sofern der Betrieb länger als bis 22.00 Uhr geöffnet sein soll, ist vorab ein entsprechendes Baugesuch einzureichen;
  - b) für die Nutzung des Sitzungszimmers (früher: Gewerbefläche) für gastgewerbliche Tätigkeit ist vorab ein entsprechendes Baugesuch einzureichen;
  - c) für den Betrieb einer Gartenwirtschaft ist vorab ein Baugesuch einzureichen;
  - d) für die Einrichtung eines Pizzakuriers und/oder einer Takeaway-Mitnahmemöglichkeit ist vorab ein Baugesuch einzureichen;
  - e) das Gartenrestaurant ist um 19.00 Uhr, eventualiter 22.00 Uhr zu schliessen;
  - f) der Patentinhaber ist anzuhalten, auf die Nachbarschaft Rücksicht zu nehmen und Lärmimmissionen auf einem Minimum zu halten;
  - g) es sei der Betriebsinhaber darauf hinzuweisen, dass dies die letzte provisorische Patenterteilung ist und keine weitere provisorische Patenterteilung gewährt wird, wenn nicht die Voraussetzungen für eine definitive Patenterteilung erfüllt werden; sofern die Voraussetzungen für eine definitive Patenterteilung erfüllt werden, ist das Patent höchstens probeweise für ein weiteres Jahr zu erteilen;
3. es sei vorsorglich anzuordnen, dass jegliche gastgewerbliche Tätigkeit im [...] „ E.\_\_\_\_“, [...], per sofort einzustellen ist, bis ein rechtskräftiges Patent vorliegt;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

**F.** Das Volkswirtschaftsdepartement hiess – nachdem ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt worden war – den Rekurs am 29. April 2016 gut und hob das provisorische Patent vom 19. Januar 2016 auf. Es begründete seinen Entscheid im Wesentlichen damit, dass das GWG kein provisorisches Patent vorsehe.



Hingegen liess das Volkswirtschaftsdepartement offen, ob die Voraussetzung von Art. 9 GWG, wonach der nachgesuchten gastgewerblichen Nutzung keine bau-, feuer- und lebensmittelpolizeilichen Vorschriften entgegenstehen dürfen, erfüllt war. Es erläuterte der Vorinstanz im Rekursentscheid aber, in welchen Verfahren die Einhaltung der baupolizeilichen Vorschriften materiell beurteilt werden könnte. Als Fazit hielt das Volkswirtschaftsdepartement hierzu fest, dass die Vorinstanz die Frage der Baubewilligungspflicht entweder in einem neu einzuleitenden Baubewilligungsverfahren oder aber vorfrageweise im Patentverfahren materiell zu klären habe. Dabei werde zu prüfen sein, ob die bestehenden rechtskräftigen Baubewilligungen die aktuelle gastgewerbliche Nutzung des «E.\_\_\_\_» abdecke.

**G.** Gegen den Rekursentscheid des Volkswirtschaftsdepartementes erhob H.\_\_\_\_ am 17. Mai 2016 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Mit Schreiben vom 4. Juli 2016 zog er die Beschwerde allerdings wieder zurück, da das streitbetroffene Patent am 30. Juni 2016 ohnehin abgelaufen war.

**H.** Während der Dauer des Beschwerdeverfahrens reichte C.\_\_\_\_ ein Patentgesuch für das «E.\_\_\_\_» mit Beginn 1. Juli 2016 ein. Gemäss Angaben in der vorliegend angefochtenen Patentverfügung (vgl. hinten, Abschnitt K) handelt es sich bei C.\_\_\_\_ um den Koch des «E.\_\_\_\_», der bei H.\_\_\_\_ angestellt ist.

Aus den vorliegenden Akten ist nicht klar erkennbar, wann das Patentgesuch bei der Gemeindeverwaltung Y.\_\_\_\_ eingereicht wurde. Das Gesuchsformular ist mit 31. Mai 2016 datiert, der daran angehängte Lebenslauf von C.\_\_\_\_ trägt hingegen das Datum 27. Juni 2016. Die Gemeindeverwaltung Y.\_\_\_\_ schliesslich erklärte gegenüber RA B.\_\_\_\_ in einer E-Mail vom 30. Juni 2016, es sei "vergangene Woche" ein neues Patentgesuch für das «E.\_\_\_\_» eingereicht worden.

**I.** Unmittelbar nach Erhalt der E-Mail vom 30. Juni 2016 ersuchte RA B.\_\_\_\_ die Gemeindeverwaltung Y.\_\_\_\_, ihm das Patentgesuch zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zuzustellen.

Die Gemeindeverwaltung Y.\_\_\_\_ lehnte dieses Gesuch ebenfalls noch am 30. Juni 2016 per E-Mail ab. Sie begründete die Ablehnung damit, dass das aktuelle Patent am 30. Juni 2016 auslaufen und das neue Patent am 1. Juli 2016 ausgestellt werden müsse, damit ein nahtloser Übergang gewährleistet sei.

**J.** Mit Verfügung vom 1. Juli 2016 erteilte die Politische Gemeinde Y.\_\_\_\_ C.\_\_\_\_ das Gastwirtschaftspatent für das «E.\_\_\_\_», gültig bis 30. Juni 2017.



Die Gemeinde äusserte sich in ihrer Patentverfügung ausführlich zur baurechtlichen Zulässigkeit der aktuellen gastgewerblichen Nutzung und stellte fest, dass diese durch die Baubewilligungen aus den Jahren 1986 und 1988 abgedeckt sei.

Unter dem Titel «Vorsorgliche Massnahmen» nach Art. 18 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP) führte sie Folgendes aus:

«Der Betrieb des " E.\_\_\_\_ " bildet die Existenzgrundlage des Betriebsinhabers und der Angestellten. Durch die allfällige Anfechtung des Patentbesitzes zur Klärung baurechtlicher Fragen wird das rechtliche Interesse an der Sicherung dieser Existenzgrundlage bedroht, weshalb als vorsorgliche Massnahme festzulegen ist, dass der gastwirtschaftliche Betrieb im Erdgeschoss (einschliesslich Pizza-Service) und auf der befestigten Fläche neben dem Wohn- und Gewerbehause F.\_\_\_\_ innerhalb der gesetzlichen Öffnungszeiten zulässig ist, bis ein diesbezüglich rechtskräftiger Entscheid vorliegt.»

Zudem entzog die Gemeinde einem allfälligen Rekurs gegen die Patenterteilung die aufschiebende Wirkung. Als wichtiger Grund im Sinn von Art. 51 Abs. 2 VRP wurde auch hier die Sicherung der Existenzgrundlage des Betriebsinhabers und seiner Angestellten genannt.

**K.** Gegen die Patenterteilung erhob A.\_\_\_\_, vertreten durch RA B.\_\_\_\_, am 11. Juli 2016 Rekurs beim Volkswirtschaftsdepartement, mit folgenden Anträgen:

1. Es sei die Patenterteilung des Gemeinderates Y.\_\_\_\_ vom 1. Juli 2016 [...] ausgestellt auf das [...] „ E.\_\_\_\_“, [...], Betriebsleiter C.\_\_\_\_, [...], vollumfänglich aufzuheben;
2. eventualiter sei die Patenterteilung lediglich unter folgenden Auflagen zu bestätigen:
  - a) sofern der Betrieb länger als bis 22.00 Uhr geöffnet sein soll, ist vorab ein entsprechendes Baugesuch einzureichen;
  - b) für die Nutzung des Sitzungszimmers (früher: Gewerbefläche) für gastgewerbliche Tätigkeit ist vorab ein entsprechendes Baugesuch einzureichen;
  - c) für den Betrieb einer Gartenwirtschaft ist vorab ein Baugesuch einzureichen;
  - d) für die Einrichtung eines Pizzakuriers und/oder einer Takeaway-Mitnahmemöglichkeit ist vorab ein Baugesuch einzureichen;
  - e) das Gartenrestaurant ist um 19.00 Uhr, eventualiter 22.00 Uhr zu schliessen;
  - f) der Patentinhaber ist anzuhalten, auf die Nachbarschaft Rücksicht zu nehmen und Lärmimmissionen auf einem Minimum zu halten;
3. es sei dem vorliegenden Rekurs die aufschiebende Wirkung wieder zu erteilen und es sei unter Hinweis auf Straffolgen anzuordnen, dass jegliche gastgewerbliche Tätigkeit im [...] „ E.\_\_\_\_“, [...], per sofort einzustellen ist, bis ein rechtskräftiges Patent vorliegt;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.



Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wurde sinngemäss wie folgt begründet:

- Es sei unklar, wen die Vorinstanz als Betriebsinhaber betrachte, dessen Existenzgrundlage durch eine Schliessung des Betriebs gefährdet wäre. Soweit der vormalige Patentinhaber als Betriebsinhaber betrachtet werde, sei darauf hinzuweisen, dass diesem schon seit der ersten provisorischen Patenterteilung vom März 2015 bekannt sei, dass er bis Ende 2015 den Gastrokurs hätte absolvieren müssen. Da er den Kurs noch immer nicht absolviert habe, könne das Interesse des vormaligen Patentinhabers am Schutz seiner Existenz nicht mehr massgebend sein.
- Soweit der aktuelle Patentinhaber als Betriebsinhaber betrachtet werde, sei darauf hinzuweisen, dass das Gesuch um Erteilung eines Gastwirtschaftspatentes rechtzeitig einzureichen sei. Es sei nicht erklärbar, dass das Patentgesuch zwar vom 31. Mai 2016 datiere, dann aber erst am 23. Juni 2016 – also eine Woche vor dem gewünschten Patentbeginn – eingereicht werde. Eine derartige Vorgehensweise verdiene keinen Rechtsschutz.
- Zudem sei nicht nachvollziehbar, weshalb einem Restaurant über den Sommer nicht eine gewisse Betriebsferienzeit zumutbar sein solle.
- Auf der anderen Seite sei der Rekurrent existenziell darauf angewiesen, dass der Betrieb bis zur Klärung der Bewilligungssituation geschlossen bleibe. Er habe seine Wohnung wegen den unzumutbaren Immissionen verlassen und müsse nun in Z.\_\_\_\_ für die neue Wohnung Mietzins bezahlen. Daher sei er darauf angewiesen, dass er den Mieter, den er für die Wohnung über dem «E.\_\_\_\_» gefunden habe, nicht wieder verliere, da er sonst die Kosten der leerstehenden Wohnung zu tragen hätte.
- In formeller Hinsicht sei eine Verletzung des rechtlichen Gehörs zu rügen, da er sich zum Patentgesuch nicht äussern könne. Zudem bezweifle er, dass das angefochtene Patent tatsächlich vom Gemeinderat innert Wochenfrist beschlossen worden sei. Es liege hier wohl eine eigenmächtige Patenterteilung durch den Gemeindepräsidenten und den Gemeindegeschreiber vor.

**L.** Der Rechtsdienst des Volkswirtschaftsdepartementes forderte den Gemeinderat Y.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_ mit Schreiben vom 12. Juli 2016 auf, bis 18. Juli 2016 zum Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen. Der Gemeinderat Y.\_\_\_\_ wurde zudem aufgefordert, das Protokoll des Gemeinderatsbeschlusses betreffend das angefochtene Patent zu den Akten einzureichen.

Am 18. Juli 2016 erstreckte der Rechtsdienst der Politischen Gemeinde Y.\_\_\_\_ die Frist zur Stellungnahme um einen Tag bis 19. Juli 2016.



**M.** C.\_\_\_\_, vertreten durch RA D.\_\_\_\_, äusserte sich mit Eingabe vom 18. Juli 2016 zum Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Er beantragte, der entsprechende Antrag des Rekurrenten sei abzuweisen.

Zur Begründung führte er aus, dass der Besitzer des «E.\_\_\_\_», H.\_\_\_\_, seine Existenzgrundlage und die Angestellten ihre Arbeitsstellen verlieren würde, wenn der Betrieb auch nur für einige Wochen geschlossen würde. H.\_\_\_\_ wäre schlechterdings nicht in der Lage, Löhne ohne entsprechende Einnahmen zu bezahlen. Zudem bestehe ein grosses öffentliches Interesse daran, dass dem Dorf X.\_\_\_\_ das «E.\_\_\_\_» als eines der beiden Dorfstaurants erhalten bleibe.

Demgegenüber sei das Interesse des Rekurrenten zu relativieren. Zum einen treffe es nicht zu, dass das «E.\_\_\_\_» übermässige Lärmimmissionen verursache. Zum anderen habe der Rekurrent trotz des grossen Wohnungsangebots in den Gemeinden W.\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_ offenbar problemlos einen Mieter für seine Wohnung gefunden.

**N.** Die Politische Gemeinde Y.\_\_\_\_ beantragte in ihrer Stellungnahme vom 19. Juli 2016 sinngemäss, der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen. Sie wies unter anderem darauf hin, dass in den streitbetroffenen Räumlichkeiten schon seit dem 1. April 1996 eine Pizzeria betrieben werde.

Im Weiteren legte sie ihrer Stellungnahme den Ausdruck einer E-Mail bei, welche die Gemeindeverwaltung am 30. Juni 2016 den Mitgliedern des Gemeinderates geschickt hatte. Darin informierte sie die Mitglieder des Gemeinderates, dass das Patent für das «E.\_\_\_\_» an C.\_\_\_\_, der in der Pizzeria als Koch arbeite, ausgestellt werde. Die E-Mail führte als Betreff «E.\_\_\_\_, Zirkulationsbeschluss» auf. Zudem legte sie der Stellungnahme einen Auszug aus dem Protokoll des Gemeinderates vom 6. Juli 2016 bei, aus dem hervorgeht, dass der Gemeinderat den Zirkulationsbeschluss am 6. Juli 2016 genehmigte.



## Erwägungen

1. Ob auf den vorliegenden Rekurs eingetreten werden kann, ist von Amtes wegen zu prüfen.

1.1. Die Zuständigkeit des Volkswirtschaftsdepartementes als Rekursinstanz ist nach Art. 43<sup>bis</sup> VRP i.V.m. Art. 21 Bst. c<sup>ter</sup> des Geschäftsreglementes der Regierung und der Staatskanzlei (sGS 141.3) gegeben. Der Rekurs wurde zudem frist- und formgerecht eingereicht (Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP). Einer genaueren Betrachtung bedarf indessen die Prüfung der Rekursberechtigung des Rekurrenten.

1.2. Nach Art. 45 Abs. 1 VRP ist zum Rekurs berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung ein eigenes schutzwürdiges Interesse dardut. Art. 45 Abs. 1 VRP setzt voraus, dass die Rekurrenten mehr als irgendein Dritter oder die Allgemeinheit durch die angefochtene Verfügung unmittelbar in ihren eigenen, aktuellen tatsächlichen oder rechtlichen Interessen betroffen sind. Fällt das Rechtsschutzinteresse im Verlauf des Verfahrens dahin, wird die Streitsache grundsätzlich gegenstandslos (Cavelti / Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, 2. vollständig überarbeitete Auflage, St.Gallen 2003, Rz. 394 ff.; Werner E. Hagmann, Die st.gallische Verwaltungsrechtspflege und das Rechtsmittelverfahren vor dem Regierungsrat, Diss. Zürich 1979, 145 f.; GVP 1998 Nr. 9, GVP 1997 Nr. 64 und GVP 1996 Nrn. 59/60).

Der Rekurrent ist als (Stockwerk-) Eigentümer einer Wohnung, die sich wie das «E.\_\_\_\_» im Mehrfamilienhaus B an der F.\_\_\_\_ in X.\_\_\_\_ befindet, durch die angefochtene Verfügung bzw. den Betrieb des «E.\_\_\_\_» unmittelbar und in höherem Ausmass als ein beliebiger Dritter oder die Allgemeinheit in seinen Interessen betroffen. Daran ändert nichts, dass er die Wohnung zur Zeit nicht selber bewohnt, sondern vermietet hat. Er hat auch als blosser Eigentümer ein Interesse daran, dass seine Wohnung nicht durch Lärmimmissionen beeinträchtigt wird. Da die angefochtene Verfügung zudem den aktuellen und künftigen Betrieb des «E.\_\_\_\_» betrifft, ist auch das Erfordernis einer aktuellen Beschwerde des Rekurrenten gegeben.

Es ist somit festzuhalten, dass auch die Rekursberechtigung des Rekurrenten gegeben ist. Da sämtliche Rekursvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten.

2. Im vorliegenden Zwischenentscheid ist nur über das Begehren des Rekurrenten um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu befinden.



**2.1.** Nach Art. 51 Abs. 1 VRP, in der seit 1. März 2007 geltenden Fassung gemäss V. Nachtrag zum VRP (ABI 2007, 586), hat der Rekurs aufschiebende Wirkung, wenn die Vorinstanz nicht aus wichtigen Gründen die Vollstreckbarkeit anordnet. Während nach dem alten Gesetzeswortlaut von Art. 51 Abs. 1 VRP und der Praxis hierzu der Entzug der aufschiebenden Wirkung eine unmittelbare und schwere Gefährdung wichtiger öffentlicher oder privater Interessen voraussetzte, genügt seit 1. März 2007 jedes öffentliche oder private Interesse, das – unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips – den sofortigen Vollzug einer Verfügung oder – wie im vorliegenden Fall – die sofortige Geltung einer Bewilligung erfordert. Mit der Neufassung von Art. 51 Abs. 1 VRP wurde bezweckt, die Regelung über den Entzug der aufschiebenden Wirkung etwas flexibler zu gestalten (vgl. Botschaft der Regierung zum V. Nachtrag zum VRP in: ABI 2006, 836). Die Rekursinstanz kann nach Art. 51 Abs. 2 erster Satz VRP eine gegenteilige Verfügung treffen.

**2.2.** Beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung ist auf die Akten abzustellen, die im Zeitpunkt des Zwischenentscheides vorliegen (vgl. Kölz / Bosshard / Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage Zürich 1999, N. 18 zu § 25). Entsprechend ist auf die von den Parteien angebotenen bzw. verlangten Parteibefragungen, die Edition der Buchhaltung des «E.\_\_\_\_», einen Augenschein sowie auf die Einholung polizeilicher Berichte zu verzichten.

**2.3.** Die Vorinstanz machte für den Entzug der aufschiebenden Wirkung vorab private Interessen – insbesondere des Betriebsinhabers und des Patentinhabers sowie der weiteren Angestellten des «E.\_\_\_\_» – geltend. Insbesondere verwies sie darauf, dass der Betrieb des «E.\_\_\_\_» die Existenzgrundlage dieser Personen bilde.

Der Vorinstanz ist grundsätzlich darin zuzustimmen, dass die Existenz eines Gastwirtschaftsbetriebs gefährdet ist, wenn dieser während der Dauer eines Rekurs- und allfällig nachfolgenden Beschwerdeverfahrens vor Verwaltungsgericht geschlossen sein muss. Der wichtige Grund im Sinn Art. 51 Abs. 1 VRP kann daher bejaht werden. Allerdings reicht allein das Vorliegen eines wichtigen Grundes für den Entzug der aufschiebenden Wirkung nicht aus, sondern es ist in jedem Fall zusätzlich eine Abwägung zwischen den betroffenen öffentlichen und privaten Interessen vorzunehmen. Im vorliegenden Fall stellt sich zudem die Frage, ob die Interessen von Privaten, die bisher nicht Partei des vorliegenden Rekursverfahrens waren, bei dieser Interessenabwägung berücksichtigt werden dürfen.

Die Interessen des Betriebsinhabers H.\_\_\_\_ dürfen im vorliegenden Rekursverfahren klarerweise berücksichtigt werden. Als Betriebsinhaber des «E.\_\_\_\_» ist H.\_\_\_\_ von einer Verweigerung des Gastwirtschaftspatents für seinen Angestellten C.\_\_\_\_ mindestens gleich stark betroffen, wie der Patentinhaber selbst.



Da der Rekurrent seine Rechtsbegehren vor allem baurechtlich begründet, wäre H.\_\_\_\_ von einer Guttheissung des Rekurses sogar noch stärker betroffen als der jetzige Patentinhaber, da sich die baurechtlichen Einwände nicht gegen die Person des Patentinhabers, sondern gegen den Betrieb selbst richten.

Hingegen ist eher zweifelhaft, dass die Interessen von weiteren Angestellten zu berücksichtigten sind. Hierzu ist festzuhalten, dass aus den bisher vorliegenden Akten nicht ersichtlich ist, ob und wie viele Angestellte es im «E.\_\_\_\_» neben C.\_\_\_\_ gibt. Dementsprechend ist es nicht möglich, allfällige Interessen von solchen Angestellten konkret zu bewerten.

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass im vorliegenden Rekursverfahren vorab die privaten Interessen des Rekurrenten gegenüber den privaten Interessen des Rekursgegners (Patentinhabers) sowie des Betriebsinhabers H.\_\_\_\_ abzuwägen sind.

**2.4.** Der Rekurrent macht sinngemäss geltend, er sei existenziell darauf angewiesen, dass der Betrieb bis zur Klärung der Bewilligungssituation geschlossen bleibe, damit er seinen neuen Mieter für die Wohnung über dem «E.\_\_\_\_» nicht sofort wieder verliere und die Kosten der leer stehenden Wohnung tragen müsse.

Dieses Argument überzeugt nicht. Es ist davon auszugehen, dass dem neuen Mieter der Grund für den Auszug des Rekurrenten bekannt war und er mithin die Wohnung in Kenntnis der behaupteten Lärmimmissionen mietete. Dementsprechend ist es wenig wahrscheinlich, dass der neue Mieter nun wegen allfälligen Lärmimmissionen sofort wieder ausziehen wird, zumal er durch den Mietvertrag gebunden sein dürfte. Unter diesem Aspekt gibt es keinen Grund, dem Patentinhaber das Patent mittels Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Rekurses quasi per sofort wieder zu entziehen.

Die weiteren Vorbringen des Rekurrenten in Ziffer 7 seiner Rekurschrift sind für die Interessenabwägung ebenfalls nicht von Bedeutung. Zunächst ist feststellen, dass offensichtlich klar ist, wer als Betriebsinhaber des «E.\_\_\_\_» zu betrachten ist, nämlich H.\_\_\_\_. Als Patentinhaber muss C.\_\_\_\_ nicht Betriebsinhaber, sondern lediglich verantwortlicher Betriebsleiter sein (vgl. Art. 5 GWG). Im Weiteren ist nicht zu erkennen, inwiefern das Nicht-Absolvieren des Gastrokurses durch H.\_\_\_\_ dessen Interesse am Schutz seiner Existenzgrundlage zum Erlöschen gebracht haben soll. Es steht H.\_\_\_\_ frei, auf den Besuch des Gastrokurses zu verzichten und stattdessen im «E.\_\_\_\_» einen verantwortlichen Betriebsleiter einzustellen, der über das notwendige Gastwirtschaftspatent verfügt. Unzutreffend ist auch der Hinweis des Rekurrenten, es könne dem Rekursgegner über den Sommer eine gewisse Betriebsferienzeit zugemutet werden. Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung hätte zur Folge, dass das «E.\_\_\_\_» während der Dauer des gesamten Rekursverfahrens geschlossen



bleiben müsste, was weit über die Dauer von zumutbaren Betriebsferien hinaus ginge.

Auch die geltend gemachte Verletzung des rechtlichen Gehörs ist nicht im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs könnte im Rahmen des Rekursverfahrens geheilt werden und wäre dann bei der Entscheidung in der Sache nicht von Bedeutung. Es liesse sich daher nicht rechtfertigen, wegen der Verletzung des rechtlichen Gehörs die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen, den formellen Mangel bei der Entscheidung in der Sache dann aber nicht mehr zu berücksichtigen. Zudem kann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz nicht dem Patentinhaber und dem Betriebsinhaber des «E.\_\_\_\_» vorgeworfen werden und ist auch aus diesem Grund bei der Abwägung der entgegenstehenden privaten Interessen nicht zu berücksichtigen.

Bei der Bewertung der privaten Interessen des Rekurrenten ist auch ferner zu berücksichtigen, dass der Rekurrent aktuell nicht mehr in seiner Wohnung in X.\_\_\_\_ wohnt, sondern in Z.\_\_\_\_, und somit von allfälligen Lärmimmissionen aus dem «E.\_\_\_\_» aktuell nicht belästigt wird.

Zuzustimmen ist dem Rekurrenten hingegen darin, dass dem Rekursgegner hätte zugemutet werden können, sein Patentgesuch früher einzureichen. Nur hätte eine frühzeitige Einreichung des Gesuchs nichts daran geändert, dass das «E.\_\_\_\_» im Falle eines Rekurses für längere Zeit hätte geschlossen werden müssen. Die Frage des Entzugs der aufschiebenden Wirkung hätte sich demnach auch bei einer "rechtzeitigen" Gesuchseinreichung gestellt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die privaten Interessen des Rekurrenten an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gering zu gewichten sind, soweit überhaupt berechtigte Interessen bestehen.

**2.5.** Die privaten Interessen des Rekursgegners (Patentinhabers) sowie des Betriebsinhabers H.\_\_\_\_ bestehen darin, das «E.\_\_\_\_» während der Dauer des Rekursverfahrens geöffnet haben zu dürfen, um die für den Betrieb notwendigen Einnahmen erzielen zu können. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen ist, dass mit dem Rekurs vorwiegend baurechtliche Einwände gegen den Betrieb erhoben werden. Im streitbetroffenen Mehrfamilienhaus wird aber seit dem Jahr 1992 eine Gastwirtschaft und seit dem Jahr 1996 eine Pizzeria betrieben. Der Betriebsinhaber musste daher nicht damit rechnen, dass die Nutzung von Teilen der Betriebsfläche als Pizzeria unzulässig ist. Jedenfalls ist nicht offensichtlich und zum vornherein klar, dass der Betrieb baurechtlich unzulässig ist und das Patent gestützt auf Art. 9 GWG hätte verweigert werden müssen.



Allerdings hat der Betriebsinhaber H.\_\_\_\_ die Auswirkungen einer längerdauernden Schliessung des «E.\_\_\_\_» nicht näher beziffert und auch nicht belegt. Die in seiner Stellungnahme vom 18. Juli 2016 angebotene Edition der Buchhaltung ist – wie bereits vorne erwähnt (vgl. Erw. 2.2) – für den vorliegenden Zwischenentscheid kein taugliches Beweismittel. Es ist jedoch offensichtlich, dass die Schliessung eines Gastwirtschaftsbetriebs mit Ertragsausfällen verbunden ist, während verschiedene Betriebskosten wie insbesondere die Miete und teilweise Lohnkosten weiterlaufen, und dass eine längere Dauer der Schliessung die Existenz des Gastwirtschaftsbetriebs gefährden kann.

Die privaten Interessen des Rekursgegners (Patentinhabers) sowie des Betriebsinhabers H.\_\_\_\_ sind daher zumindest als erheblich zu gewichten.

**2.6.** Bei der Abwägung der privaten Interessen stehen sich somit die gering zu gewichtenden Interessen des Rekurrenten und die mindestens erheblichen Interessen von Rekursgegner und Betriebsinhaber gegenüber. Damit überwiegen die Interessen von Rekursgegner und Betriebsinhaber am Entzug der aufschiebenden Wirkung.

Anzumerken ist, dass keine öffentlichen Interessen gegen den Entzug der aufschiebenden Wirkung sprechen. Zum einen besteht ein gewisses öffentliches Interesse am Erhalt des «E.\_\_\_\_» als Dorfstaurant. Zum anderen verstösst die Patenterteilung an den Koch eines Gastwirtschaftsbetriebs nicht gegen eine klare Rechtslage. Das Volkswirtschaftsdepartement musste sich bisher noch nie im Rahmen eines Rekursverfahrens zur Bedeutung des Begriffs des «verantwortlichen Betriebsleiters» in Art. 5 GWG äussern. Es besteht also keine gefestigte Rechtsprechung zu diesem Begriff und die Patenterteilung an den Rekursgegner ist zumindest nicht offensichtlich unzulässig.

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass ein wichtiger Grund für den Entzug der aufschiebenden Wirkung zu bejahen ist und dass auch die Abwägung der betroffenen öffentlichen und privaten Interessen nicht gegen einen Entzug spricht. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist daher abzuweisen.

**3.** Der Rekurrent macht geltend, das Patent sei eigenmächtig durch den Gemeindepräsidenten und den Gemeindeschreiber erteilt worden und nicht durch den hierfür zuständigen Gesamtgemeinderat.

Es trifft offenbar zu, dass das Patent zunächst allein vom Gemeindepräsidenten und dem Gemeindeschreiber erteilt worden ist, wobei unklar ist, ob es sich dabei nach Ansicht der Vorinstanz um einen Zirkulationsbeschluss oder um einen Präsidialentscheid handelte. Die Frage kann insofern offen gelassen werden, als der Gemeinderat Y.\_\_\_\_ an seiner Sitzung vom 6. Juli 2016 den



"Zirkulationsbeschluss zur Patenterteilung" genehmigte und somit ein allfälliger formeller Mangel geheilt wurde.

#### **4.**

**4.1.** Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Stehen sich in einem Verfahren private Verfahrensbeteiligte gegenüber, werden diese ohne Kostenbeteiligung der Vorinstanz für die Entschädigung der amtlichen Kosten herangezogen (Cavelti / Vögeli, a.a.O., Rz. 800 f.).

Die amtlichen Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid sind gemäss Nr. 10.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung (sGS 821.5) auf Fr. 750.– festzulegen und dem Rekurrenten aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP).

Der Rekurrent beantragte, es sei sein Kostenvorschuss aus dem inzwischen rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren VD/G-16.03 auf das vorliegende Rekursverfahren zu übertragen. Diesem Antrag kann stattgegeben werden, wobei aber der Kostenvorschuss nicht an die Kosten dieses Zwischenentscheids angerechnet, sondern für die Kosten des Hauptverfahrens bzw. des Endentscheids reserviert wird. Dementsprechend werden die Kosten des Zwischenentscheids in Rechnung gestellt werden.

**10.2.** Im Rekursverfahren werden ausseramtliche Kosten entschädigt, soweit sie aufgrund der Sach- und Rechtslage notwendig und angemessen erscheinen (Art. 98 Abs. 2 VRP). Die ausseramtliche Entschädigung wird den am Verfahren Beteiligten nach Obsiegen oder Unterliegen auferlegt (Art. 98<sup>bis</sup> VRP). Die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272; abgekürzt ZPO) über die Parteientschädigung finden sachgemässe Anwendung (Art. 98<sup>ter</sup> VRP i.V.m. Art. 95 ff. ZPO). Sowohl der Rekurrent als auch der Rekursgegner stellen ein Begehren auf Parteientschädigung. Die Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung ist aufgrund der sich aus tatsächlicher und rechtlicher Sicht stellenden Fragen in Bezug auf beide Parteien zu bejahen.

**10.2.1.** Dem Rekurrenten sind aufgrund des Verfahrensausgangs für den vorliegenden Zwischenentscheid keine ausseramtlichen Kosten zu entschädigen (Art. 98<sup>bis</sup> VRP). Das diesbezügliche Begehren ist abzuweisen.

**10.2.2.** Weil der Rechtsvertreter des Rekursgegners keine Kostennote einreichte, ist die Entschädigung nach Ermessen zuzusprechen (Art. 6 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten [sGS 963.75; abgekürzt HonO]). Im Rekursverfahren vor dem Volkswirtschaftsdepartement beträgt das Honorar pauschal Fr. 500.– bis Fr. 6'000.– (Art. 22 Abs. 1 Bst. a HonO). Innerhalb dieses Rahmens ist das Grundhonorar nach den besonderen Umständen,



namentlich nach Art und Umfang der Bemühungen, der Schwierigkeit des Falles und den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten, zu bemessen (Art. 19 HonO). Aufgrund der genannten Bemessungskriterien hat der Rekurrent den Rekursgegner mit insgesamt Fr. 500.– (inkl. Barauslagen und MWSt) ausseramtlich zu entschädigen (Cavelti / Vögeli, a.a.O., Rz. 832 ff.).

## Entscheid

1. Das Begehren von A.\_\_\_\_ um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wird abgewiesen.
2. Die amtlichen Kosten für den vorliegenden Zwischenentscheid werden auf Fr. 750.– festgelegt und A.\_\_\_\_ auferlegt.
3. Der Kostenvorschuss von A.\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_ aus dem Verfahren VD/G-16.03 wird auf das vorliegende Rekursverfahren übertragen. Die amtlichen Kosten für den Zwischenentscheid werden nicht an den Kostenvorschuss angerechnet.
4. A.\_\_\_\_ bezahlt C.\_\_\_\_ eine ausseramtliche Entschädigung von Fr. 500.– (inkl. Barauslagen und MWSt).
5. Die Politische Gemeinde Y.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_ werden aufgefordert, sich bis **15. August 2016** zu den materiellen Rechtsbegehren des Rekurrenten zu äussern.

Der Vorsteher

Bruno Damann  
Regierungsrat

## Rechtsmittelbelehrung



Gegen diesen Entscheid kann nach Art. 59<sup>bis</sup> VRP innert 14 Tagen seit Eröffnung Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons St.Gallen (Spisergasse 41, 9001 St.Gallen) erhoben werden.