



<b>Fall-Nr.:</b>	VD/G-16.20
<b>Stelle:</b>	Generalsekretariat Volkswirtschaftsdepartement
<b>Instanz:</b>	Volkswirtschaftsdepartement
<b>Publikationsdatum:</b>	20.05.2020
<b>Entscheiddatum:</b>	27.02.2017

## **Rekursentscheid VD; Gastwirtschaftsrecht**

**Verhältnis zwischen Baurecht und Gastwirtschaftsrecht; Im vorliegenden Fall wurde entschieden, dass eine kleine Fläche der Gartenwirtschaft baurechtlich nicht zur Nutzung als Gewerbefläche bewilligt wurde und daher auch gastwirtschaftsrechtlich nicht für den Betrieb des Restaurants genutzt werden darf. Begriff des Betriebsleiters im Sinn von Art. 5 Gastwirtschaftsgesetz (sGS 553.1)**

vgl. PDF

vgl. auch den Zwischenentscheid unter gleicher Fallnummer



VD/G-16.20

## Entscheid vom 27. Februar 2017

\_\_\_\_\_  
Rekurrent

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

gegen

\_\_\_\_\_  
Vorinstanz

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

\_\_\_\_\_  
Rekursgegner

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

\_\_\_\_\_  
Beigeladene

**F.**\_\_\_\_, vertreten durch RA E.\_\_\_\_

**G.**\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Betreff

Verfügung vom 1. Juli 2016 betreffend Gastwirtschaftspatent für das  
«H.\_\_\_\_»



## Sachverhalt

**A.** Der Gemeinderat der Politischen Gemeinde Y.\_\_\_\_ bewilligte am 16. Oktober 1986 den Bau von drei Mehrfamilienhäuser auf den Parzellen Nr. 001 und 002 im Ortsteil X.\_\_\_\_ und den Abbruch der vorhandenen Gebäulichkeiten. Im Haus B der Überbauung war offenbar der Einbau einer Bäckerei mit Laden und Café geplant. Allerdings scheint zu diesem Zeitpunkt die gewerbliche Nutzung noch nicht definitiv festgelegt gewesen zu sein. Jedenfalls bestimmte Ziff. 2 der Baubewilligung, dass für jedes Gebäude bereinigte Pläne einzureichen seien, sobald die gewerblich genutzten Räumlichkeiten bestimmt sind.

Am 11. Januar 1988 reichte die Bauherrschaft überarbeitete Pläne für das Haus B der Überbauung ein. Anstelle der Bäckerei war neu ein Restaurant in den Plänen eingezeichnet. Mit Schreiben vom 4. Februar 1988 forderte der Gemeinderat Y.\_\_\_\_ die Bauherrschaft auf, eine «detaillierte Berechnung der Abstell- bzw. Garagenplätze für Restaurant, Bank, Post, Büros, Wohnungen für die gesamte Überbauung» einzureichen. In der Folge scheint die Bauherrschaft die gewünschte Berechnung eingereicht zu haben. Jedenfalls findet sich in den Akten eine nicht datierte und nicht unterzeichnete Berechnung der Abstellplätze. Diese weist einen Bedarf von 36 Parkplätzen für die gesamte Überbauung (Häuser A - C, inklusive gewerblicher Nutzung und Besucherparkplätze) aus. Für das geplante Restaurant wurde ein Bedarf von 9 Parkplätzen errechnet, basierend auf einer «Wohnfläche» von 84.36 m<sup>2</sup> und der Vorgabe im damals geltenden Baureglement von einem Parkplatz je 10 m<sup>2</sup>.

Das Volkswirtschaftsdepartement nahm in einem Mitbericht vom 1. März 1988 zum geplanten Einbau eines «Cafés» im Haus B aus «räumlich-betrieblicher Hinsicht» Stellung. Es hielt fest, dass die Grösse der Küche und die Ausstattung der WC-Anlagen – mit einigen kleinen untergeordneten Mängeln – den massgebenden Richtlinien entsprechen würden. Im Weiteren wies es darauf hin, dass die Lagerräumlichkeiten nur für einen Betrieb ohne Berechtigung zum Alkoholausschank genügen würden, für einen Betrieb mit Alkoholausschank aber zusätzlicher Lagerraum notwendig wäre. Ein Entscheid über die Frage des Alkoholausschankes sei demnächst zu erwarten.

Am 21. März 1988 erteilte der Gemeinderat Y.\_\_\_\_ die ergänzende Baubewilligung für den Bau des Hauses B. Darin wurde unter anderem der Einbau eines Cafés bewilligt und die Bauherrschaft verpflichtet, 37 Parkplätze anstatt der geplanten 36 Parkplätze zu erstellen.

**B.** Mit Verfügung vom 6. März 1992 erteilte das Volkswirtschaftsdepartement die Betriebsbewilligung nach Art. 17 des damals geltenden Gastwirtschaftsgesetzes vom 1. Dezember 1983 (nGS 19-106; abgekürzt aGWG) für ein Café im Haus B. In der 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 offenbar zur Betriebsbewilligung gehörenden Plänen war eine Gartenwirtschaft vermerkt, wobei aber weder eine genaue Abgrenzung aus dem Plan ersichtlich ist, noch die Anzahl Sitzplätze der Gartenwirtschaft genannt wird. Die Betriebsbewilligung wurde nach Art. 21 Abs. 1 aGWG ohne Berechtigung zum Alkoholausschank erteilt.

**C.** Die Gastwirtschaft im Haus B wurde offenbar nur während kurzer Zeit als Café betrieben. Jedenfalls verlängerte das Volkswirtschaftsdepartement mit Verfügung vom 25. Januar 1995 die Frist zur Wiedereröffnung des seit dem 31. Dezember 1993 geschlossenen Betriebs bis 31. Dezember 1995 und verhinderte dadurch, dass die Betriebsbewilligung wegen Nichtgebrauchs erlosch (vgl. Art. 26 Bst. c aGWG). Aus den Akten ist nicht ersichtlich, ob der Betrieb in dieser Frist je als Café wiedereröffnet wurde. Gemäss den Ausführungen des Gemeinderates Y. \_\_\_ in der Vernehmlassung vom 19. Juli 2016 soll die Gastwirtschaft aber ab 1. April 1996 als Pizzeria betrieben worden sein, d.h. ab Vollzugsbeginn des neuen Gastwirtschaftsgesetzes vom 26. November 1995 (sGS 553.1; abgekürzt GWG), durch welches die Bedürfnisklausel für Betriebe mit Berechtigung zum Alkoholausschank aufgehoben worden war.

**D.** Im August 1997 erwarb A. \_\_\_ eine Eigentumswohnung im Haus B, die zwei Stockwerke über der Gastwirtschaft - also im zweiten Stock - liegt.

**E.** Am 25. Februar 2015 ersuchte F. \_\_\_ den Gemeinderat Y. \_\_\_ um Erteilung eines Gastwirtschaftspatents für das «H. \_\_\_» im Haus B.

Mit Verfügung vom 9. März 2015 erteilte der Gemeinderat Y. \_\_\_ F. \_\_\_ ein bis 31. Dezember 2015 befristetes Patent. Das Patent wurde lediglich als «provisorisches Patent» erteilt, weil F. \_\_\_ zum Zeitpunkt der Patenterteilung nach Ansicht des Gemeinderates die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 1 Bst. a GWG nicht erfüllte.

**F.** In der Folge kam es zum Streit zwischen F. \_\_\_ und den Eheleuten A. \_\_\_ und B. \_\_\_ über angebliche Immissionen aus dem Betrieb des «H. \_\_\_». Der Streit mündete darin, dass F. \_\_\_ anfangs November 2015 gegenüber A. \_\_\_ und B. \_\_\_ ein Hausverbot für das «H. \_\_\_» aussprach. Daraufhin beauftragten A. \_\_\_ und B. \_\_\_ RA C. \_\_\_ die baurechtliche Situation des «H. \_\_\_» abzuklären.

Mit Schreiben vom 13. November 2015 ersuchte RA C. \_\_\_ den Gemeinderat Y. \_\_\_, ihm Einsicht in das Baugesuchsdossier des Grundstücks Parz. Nr. 001 zu geben. Die Gemeindeverwaltung Y. \_\_\_ sandte RA C. \_\_\_ die Bauakten am 26. November 2015 zur Einsicht zu. Am 30. November 2015 erkundigte sich RA C. \_\_\_ per E-Mail bei der Gemeindeverwaltung Y. \_\_\_ unter anderem nach



den Öffnungszeiten «des bewilligten Cafés» und stellte fest, es gebe in den Unterlagen keine Anhaltspunkte, dass ein Gartenrestaurant/-café bewilligt worden sei. Die Gemeindeverwaltung Y.\_\_\_\_ antwortete mit E-Mail vom 9. Dezember 2015, dass sich die Öffnungszeiten nach Art. 16 und 17 GWG und dem kommunalen Gastwirtschftsreglement richten würden. Im Weiteren verwies die Gemeindeverwaltung auf das Reglement der Stockeigentümer-Gemeinschaft, in welchem das Gartenrestaurant im Freien erwähnt sei.

**G.** Mit Eingabe vom 11. Dezember 2015 stellte RA C.\_\_\_\_ beim Gemeinderat Y.\_\_\_\_ verschiedene Anträge in Bezug auf die allfällige Erneuerung des Patentes von F.\_\_\_\_. Unter anderem beantragte er, dass vorab ein Baugesuch einzureichen sei, wenn der Betrieb länger als bis 22.00 Uhr geöffnet werde. Zudem sei für den Betrieb der Gartenwirtschaft ein Baugesuch einzureichen und die Gartenwirtschaft sei in jedem Fall spätestens um 22.00 Uhr zu schliessen.

Die Gemeindeverwaltung Y.\_\_\_\_ leitete die Eingabe am 16. Dezember 2015 an zur Stellungnahme F.\_\_\_\_ weiter. F.\_\_\_\_ ersuchte am 24. Dezember 2015 um Fristverlängerung bis 31. Januar 2016. Gleichzeitig machte er eine Umfrage bei den Bewohnern von Haus B über Lärmimmissionen aus dem «H.\_\_\_\_». Mit Ausnahme von A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ gaben alle übrigen Bewohner von Haus B an, dass der Betrieb nicht störe.

**H.** Per 1. Januar 2016 führte das «H.\_\_\_\_» zusätzlich zum bestehenden Angebot einen Lieferservice (Pizza-Kurier) ein.

**I.** Mit Verfügung vom 19. Januar 2016 erneuerte der Gemeinderat Y.\_\_\_\_ F.\_\_\_\_ das provisorische Patent für das «H.\_\_\_\_» bis 30. Juni 2016.

Gegen diese Verfügung erhoben A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_, vertreten durch RA C.\_\_\_\_, Rekurs beim Volkswirtschaftsdepartement. Das Volkswirtschaftsdepartement hiess – nachdem ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt worden war – den Rekurs am 29. April 2016 gut und hob das angefochtene Patent auf. Es begründete seinen Entscheid im Wesentlichen damit, dass das GWG kein provisorisches Patent vorsehe.

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

**J.** Während der Dauer des Beschwerdeverfahrens reichte D.\_\_\_\_ ein Patentgesuch für das «H.\_\_\_\_» mit Beginn 1. Juli 2016 ein. Gemäss Angaben in der Patentverfügung handelt es sich bei D.\_\_\_\_ um den Koch des «H.\_\_\_\_», der bei F.\_\_\_\_ angestellt ist.



Aus den vorliegenden Akten ist nicht erkennbar, wann das Patentgesuch bei der Gemeindeverwaltung Y.\_\_\_\_ eingereicht wurde. Das Gesuchsformular ist mit 31. Mai 2016 datiert, der daran angehängte Lebenslauf von D.\_\_\_\_ trägt hingegen das Datum 27. Juni 2016. Die Gemeindeverwaltung Y.\_\_\_\_ schliesslich erklärte gegenüber RA C.\_\_\_\_ in einer E-Mail vom 30. Juni 2016, das Patentgesuch für das «H.\_\_\_\_» sei bei ihr am 23. Juni 2016 eingegangen.

**K.** Unmittelbar nach Erhalt der E-Mail vom 30. Juni 2016 ersuchte RA C.\_\_\_\_ 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 werde und das neue Patent am 1. Juli 2016 ausgestellt sein müsse, damit ein nahtloser Übergang gewährleistet sei.

**L.** Mit Verfügung vom 1. Juli 2016 erteilte die Politische Gemeinde Y.\_\_\_\_ D.\_\_\_\_ ein Gastwirtschaftspatent für das «H.\_\_\_\_», 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 «H.\_\_\_\_» 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 I.\_\_\_\_ 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.



**M.** Gegen die Patenterteilung erhob A.\_\_\_\_, vertreten durch RA C.\_\_\_\_, 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 [...] «H.\_\_\_\_», [...], Betriebsleiter D.\_\_\_\_, [...], 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 [...] «H.\_\_\_\_», [...], per sofort einzustellen ist, bis ein rechtskräftiges Patent vorliegt;
4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Die Rechtsbegehren wurden sinngemäss wie folgt begründet:

- In formeller Hinsicht werde eine Verletzung des rechtlichen Gehörs gerügt, da sich der Rekurrent nicht habe zum Patentgesuch äussern können. Zudem werde bezweifelt, dass das angefochtene Patent tatsächlich vom Gemeinderat innert Wochenfrist beschlossen worden sei. Es liege hier wohl eine eigenmächtige Patenterteilung durch den Gemeindepräsidenten und den Gemeinderatsschreiber vor.
- Nach Art. 20 GWG habe der Patentinhaber den Betrieb selbst zu führen. Zudem müsse er nach Art. 7 Bst. d GWG zur Nutzung des Betriebs berechtigt sein. Es sei offensichtlich, dass D.\_\_\_\_ den Betrieb nicht führe, da er dort lediglich als Koch angestellt sei und in einem Subordinationsverhältnis zum Betriebsinhaber stehe. Tatsächlich werde der Betrieb unverändert durch den Betriebsinhaber F.\_\_\_\_ geführt, der auch unverändert zur Nutzung des Betriebes berechtigt sei, da der Pacht- oder Mietvertrag für das «H.\_\_\_\_» nicht auf D.\_\_\_\_ übergegangen sei.
- Die Gartenwirtschaft sei nie baurechtlich bewilligt worden, schon gar nicht im heutigen Ausmass. Soweit sich die Vorinstanz auf die Betriebsbewilligung des Volkswirtschaftsdepartementes vom 6. März 1992 berufe, werde bestritten, dass eine solche je rechtsgültig erteilt worden sei. Jedenfalls sei die von F.\_\_\_\_ im Verfahren VD/G-16.03 eingereichte Kopie der Betriebsbewilligung nicht unterzeichnet gewesen. Auch werde in der Betriebsbewilligung die Erteilung baupolizeilicher Bewilligungen vorbehalten, weshalb die Betriebsbewilligung nicht gleichzeitig als Baubewilligung gelten könne. Im



Übrigen sei die Gartenwirtschaft heute grösser als auf der Beilage zur Betriebsbewilligung eingezeichnet und erstreckte sich bis unter die Fenster der Wohnung des Rekurrenten.

- Das Baugesuch habe nur das eigentliche Café mit ca. 43 Sitzplätzen umfasst, nicht jedoch den kleinen Saal im hinteren Teil, der mit der Zeit mit zusätzlichen ca. 35 Sitzplätzen ebenfalls für das Café umgenutzt worden sei.
- Die Umwandlung des Betriebs von einem Café ohne Alkoholausschank in eine Pizzeria stelle eine wesentliche Änderung der Nutzung im Sinn von Art. 78 Abs. 2 Bst. o des Baugesetzes (sGS 731.1; abgekürzt BauG) dar und sei daher baubewilligungspflichtig. Dies gelte insbesondere dann, wenn der Patentinhaber die gesetzlichen Öffnungszeiten bis Mitternacht bzw. am Wochenende bis 01.00 Uhr ausnütze und damit die bisherigen Öffnungszeiten erheblich verlängere.
- Im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens werde auch zu prüfen sein, ob die bestehenden 5 Besucherparkplätze genügen. Nach der einschlägigen VSS-Norm SN 640 281 werde ein Parkplatz pro 5 Sitzplätze benötigt, was bereits für die 78 Innensitzplätze des «H.\_\_\_\_» einen Parkplatzbedarf von mindestens 16 Besucherparkplätzen ergebe.

Im Weiteren bestritt der Rekurrent pauschal, dass D.\_\_\_\_ die Bewilligungsvoraussetzungen erfülle, insbesondere genügend Kenntnisse in der Lebensmittelhygiene und in der Suchtprävention habe, und behielt sich vor, nach Gewährung des rechtlichen Gehörs bzw. der Akteneinsicht weitere Vorbringen zu machen.

Anzumerken ist, dass der Rekurrent im Zeitpunkt der Rekuserhebung nicht mehr in der streitbetreffenden Wohnung wohnte, sondern nach Z.\_\_\_\_ umgezogen war und die Wohnung per 1. Juli 2016 an einen Dritten vermietet hatte.

**N.** Der Rechtsdienst des Volkswirtschaftsdepartementes (Rechtsdienst VD) forderte die Vorinstanz und D.\_\_\_\_ mit Schreiben vom 12. Juli 2016 auf, zum Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung Stellung zu nehmen. Die Vorinstanz wurde zudem aufgefordert, das Protokoll des Gemeinderatsbeschlusses betreffend das angefochtene Patent zu den Akten einzureichen.

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

Auch die Vorinstanz beantragte in ihrer Stellungnahme vom 19. Juli 2016, der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen. Sie



legte 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 «H.\_\_\_\_» an D.\_\_\_\_, der in der Pizzeria als Koch arbeite, ausgestellt werde. Die E-Mail führte als Betreff «H.\_\_\_\_, 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.

**P.** Das Volkswirtschaftsdepartement wies das Begehren von A.\_\_\_\_ um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit Zwischenentscheid vom 21. Juli 2016 ab und forderte die Vorinstanz und D.\_\_\_\_ auf, sich bis 15. August 2016 zu den materiellen Rechtsbegehren des Rekurrenten zu äussern.

**Q.** Die Vorinstanz beantragte in ihrer Stellungnahme vom 15. August 2016, der Rekurs sei abzuweisen, und machte Folgendes geltend:

- Es sei wegen der zeitlichen Dringlichkeit bei der Erteilung des angefochtenen Patents nicht möglich gewesen, dem Rekurrenten vorgängig das rechtliche Gehör zu gewähren. Das vorliegende Rekursverfahren zeige nun, dass der Rekurrent seine Rügen aus den vorgängigen Verfahren wiederhole, die dem Gemeinderat bereits bekannt gewesen seien und bei der Erteilung des angefochtenen Patents berücksichtigt worden seien.
- Bei der Beurteilung der Patentvoraussetzungen sei einerseits auf die eingereichten Arbeitszeugnisse abgestützt worden, welche die langjährige Erfahrung von D.\_\_\_\_ im Gastgewerbe belegen würden. Zudem zeige die Befreiung von der Wirteprüfung im Kanton Thurgau, dass D.\_\_\_\_ die Patentvoraussetzungen erfülle, da im Kanton Thurgau grundsätzlich die gleichen Voraussetzungen wie im Kanton St.Gallen gelten würden.
- D.\_\_\_\_ könne die öffentlich-rechtlichen Pflichten, die er mit der Patenterteilung übernommen habe – insbesondere Art. 20 GWG – auch dann wahrnehmen, wenn er vom Betrieb privatrechtlich als Koch angestellt sei.
- Baubewilligungen für Gastwirtschaften seien früher ohne Kenntnis der Betriebsdaten erteilt worden. Betriebliche und zeitliche Einschränkungen hätten sich höchstens aus der gastwirtschaftsrechtlichen Bewilligung ergeben, welche aber keine Auswirkungen auf die baurechtliche Situation gehabt habe. Dies habe sich erst mit der Einführung des Erhebungsblatts für gastronomische Betriebe im Standard-Baugesuchsformular geändert. Dementsprechend könne sich das «H.\_\_\_\_» auf die in den Jahren 1986 und 1988 erteilten Baubewilligungen berufen, die keine zeitliche und betriebliche Einschränkungen enthalten hätten.

Im Einzelnen sei festzuhalten, dass folgende Änderungen baurechtlich nicht relevant seien:



- die Betriebsänderungen von einem Café ohne Alkoholausschank zu einer Pizzeria mit Alkoholausschank;
- die Umnutzung des Säali zu einem dauernd genutzten Gastraum;
- die intensivere Nutzung der Aussenwirtschaft;
- das Ausdehnen der Öffnungszeiten auf die gesetzlich zulässigen Öffnungszeiten;
- der in den letzten Jahren gestiegene Parkplatzbedarf.

**R.** D.\_\_\_\_, vertreten durch RA E.\_\_\_\_, beantragte in seiner Stellungnahme vom 6. September 2016 ebenfalls die vollständige Abweisung des Rekurses und machte zusammengefasst Folgendes geltend:

- Die Behauptung des Rekurrenten und seiner Ehefrau, dass das «H.\_\_\_\_» unverhältnismässige Lärmimmissionen verursache, treffe nicht zu. Bei einer schriftlichen Umfrage, die F.\_\_\_\_ durchgeführt habe, hätten alle übrigen Bewohner der Überbauung erklärt, der Lärm durch die Gäste störe nicht.
- Unzutreffend sei auch die Behauptung, dass D.\_\_\_\_ die Voraussetzungen für die Patenterteilung nicht erfülle. Er habe ein vollständiges Gesuch zur Erteilung des Gastwirtschaftspatents mit allen erforderlichen Beilagen eingereicht.
- Für das «H.\_\_\_\_» würden diejenigen Räume und Aussenflächen genutzt, für welche der Gemeinderat Y.\_\_\_\_ eine Baubewilligung erteilt habe. Auch die erforderliche Anzahl Parkplätze sei in den Baubewilligungen festgelegt worden. Im Restaurant werde seit dem Jahr 1992 Alkohol ausgeschenkt und seit längerem eine Pizzeria betrieben. Es liege daher keine baubewilligungspflichtige Zweckänderung vor.

**S.** Der Rechtsdienst VD gab dem Rekurrenten mit Schreiben vom 29. September 2016 Gelegenheit, sich nochmals zu den Argumenten der Vorinstanz und der Gegenpartei zu äussern. Gleichzeitig forderte er die Vorinstanz und den Rekursgegner auf, verschiedene Unterlagen zu den Akten nachzureichen, unter anderem den aktuellen und den bisherigen Arbeitsvertrag von D.\_\_\_\_ sowie die Lohnabrechnungen für die Zeit vom 1. April 2016 bis 30. September 2016.

In der Folge ersuchte der Rekurrent darum, die Frist zur Replik neu anzusetzen, wenn die ergänzenden Unterlagen zu den Akten eingereicht wurden, damit er in der Replik auch gleich zu diesen Unterlagen Stellung nehmen könne.

Die Vorinstanz reichte die verlangten Unterlagen fristgerecht am 21. Oktober 2016 ein. RA E.\_\_\_\_ reichte die vom Rekursgegner verlangten Unterlagen innert erstreckter Frist am 4. November 2016 ein.

**T.** Am 11. November 2016 setzte der Rechtsdienst VD dem Rekurrenten eine neue Frist zur Replik an. Zudem erkundigte er sich bei RA E.\_\_\_\_, ob



dieser den Betriebsinhaber des «H.\_\_\_\_», F.\_\_\_\_, der ins Rekursverfahren beizuladen sei, ebenfalls vertrete. Im Weiteren lud der Rechtsdienst VD die Vermieter und Stockwerkeigentümer des «H.\_\_\_\_», G.\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_, ins Rekursverfahren bei bzw. gab ihnen Gelegenheit, sich zu den bisherigen Rechtsschriften zu äussern.

G.\_\_\_\_ erklärte mit Schreiben vom 20. November 2016 sinngemäss, sich am Verfahren zu beteiligen. K.\_\_\_\_ verzichtete hingegen durch Stillschweigen auf eine Beteiligung am Rekursverfahren.

RA E.\_\_\_\_ bestätigte mit Schreiben vom 21. November 2016, den beigeladenen F.\_\_\_\_ im Rekursverfahren ebenfalls zu vertreten.

**U.** Der Rekurrent hielt in seiner Replik vom 28. November 2016 daran fest, dass das angefochtene Patent nur vom Gemeindepräsidenten und vom Gemeinderatsschreiber erlassen worden sei. Es sei daher mangels richtiger Zusammensetzung des Spruchkörpers nichtig, woran die nachträgliche Genehmigung durch den Gemeinderat nichts ändere.

Der Rekurrent hielt auch daran fest, dass D.\_\_\_\_ den Betrieb nicht selbst führe, sondern vorgeschoben werde. Tatsächlich werde der Betrieb weiterhin von F.\_\_\_\_ geleitet, was sich schon daraus ergebe, dass der Rekursgegner in seiner Vernehmlassung vom 5. September 2016 selbst ausgeführt habe, F.\_\_\_\_ würde seine Existenzgrundlage verlieren, wenn er das Restaurant schliessen müsste. Im Weiteren bestritt der Rekurrent die Qualifikationen von D.\_\_\_\_, allerdings ohne dies näher zu begründen. Auch machte er geltend, die eingereichten Arbeitsverträge und Lohnabrechnungen seien nachträglich und im Hinblick auf das Rekursverfahren erstellt worden. Insbesondere falle auf, dass die Lohnabrechnungen ab Juli 2016 nicht mehr unterzeichnet worden seien.

Hinsichtlich der Lärmimmissionen wies der Rekurrent darauf hin, dass vor allem zwei Wohnungen betroffen seien, nämlich seine eigene Wohnung im 2. Stock über dem Lokal und die Wohnung im 1. Stock. Die von den Bewohnern der übrigen Wohnungen abgegebenen Bestätigungen seien daher nicht relevant. Die Wohnung im 1. Stock werde von jüngeren Personen bewohnt, die vermutlich ohnehin erst um Mitternacht schlafen gingen. Die Lärmimmissionen aus dem «H.\_\_\_\_» seien aber so einzuschränken, dass auch ein Normalbürger, der ab 19.00 Uhr seinen Feierabend geniessen wolle und zwischen 21.00 und 22.00 Uhr ins Bett gehe, nicht gestört werde.

In baurechtlicher Hinsicht wies der Rekurrent darauf hin, dass der Betrieb einer Gastwirtschaft mit Alkoholausschank nicht vor dem 1. April 1996 aufgenommen worden sei. Zudem sei die seit dem Jahr 1996/1997 bestehende Pizzeria bis zur Betriebsübernahme durch F.\_\_\_\_ immer um 22.00 Uhr geschlossen worden, was durch die noch immer an der Türe angeschlagenen Öffnungszeiten belegt



werde. Auch habe das Gartenrestaurant bis zur Betriebsübernahme durch F.\_\_\_\_ lediglich 4 Tische umfasst und es halte den Gewässerabstand nicht ein. Ebenso werde die Stockwerkseinheit B 0.2 erst seit der Betriebsübernahme durch F.\_\_\_\_ dauernd als Restaurantfläche genutzt. Im Baubewilligungsverfahren sei diese Stockwerkseinheit für die Berechnung der erforderlichen Parkplätze noch als Büro behandelt worden und auch später lediglich als Saal für Versammlungen und Besprechungen genutzt worden.

**V.** Der Rechtsdienst VD gab den übrigen Verfahrensbeteiligten am 30. November 2016 Gelegenheit, sich nochmals zur streitigen Angelegenheit zu äussern.

a) Die Beigeladene G.\_\_\_\_ teilte dem Rechtsdienst VD mit Schreiben vom 7. Dezember 2016 mit, dass sie in Zusammenarbeit mit der Gemeinde die notwendige Isolation zur Verbesserung der Schalldämpfung vornehmen lassen werde, äusserte sich aber nicht direkt zur Replik.

b) D.\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_, beide vertreten durch RA E.\_\_\_\_, machten in ihrer Duplik vom 6. Januar 2017 geltend, das Gastgewerbepatent müsse nicht auf den Inhaber eines Restaurants lauten, weshalb D.\_\_\_\_ als Patentinhaber zuzulassen sei. Im Weiteren wiesen sie darauf hin, dass sämtliche Vorwürfe des Rekurrenten betreffend Lärmimmissionen und anderer Mängel in der Betriebsführung die Zeit betreffen, in der F.\_\_\_\_ Patentinhaber gewesen sei. Hinsichtlich der baurechtlichen Aspekte machten sie geltend, dass die ab 1. April 1996 bestehende Berechtigung zum Alkoholausschank keine neue Baubewilligung erforderte. Es sei denn auch bei keiner Gaststätte im Kanton hierfür eine Baubewilligung verlangt worden.

Die übrigen Ausführungen in der Duplik werden - soweit entscheidrelevant - in den Erwägungen dargestellt.

c) Die Vorinstanz hielt in ihrer Duplik vom 6. Januar 2017 daran fest, dass das angefochtene Patent zunächst als Zirkulationsbeschluss ergangen und an der darauffolgenden Sitzung des Gemeinderates genehmigt worden sei. Sie wies ebenfalls darauf hin, dass die vom Rekurrenten beanstandeten bzw. aufgezzeichneten Lärmimmissionen und anderen Mängel in der Betriebsführung in die Zeit fallen würden, in der F.\_\_\_\_ Patentinhaber gewesen sei.

Die übrigen Ausführungen in der Duplik werden – soweit entscheidrelevant – in den Erwägungen dargestellt.

**W.** Der Rechtsdienst VD stellte die beiden Dupliken mit Schreiben vom 10. Januar 2017 dem Rekurrenten zu und äusserte die Ansicht, dass sich nun alle Verfahrensbeteiligten hinreichend hätten äussern können.



In der Folge beantragte der Rekurrent jedoch mit Eingabe vom 16. Januar 2017, es seien Amtsberichte der Kantonspolizei und des Amtes für Verbraucherschutz und Veterinärwesen (AVSV) einzuholen. Letzteres begründete er damit, dass das «H.\_\_\_\_» aufgrund einer Intervention des AVSV im Juli 2016 für zwei bis drei Wochen geschlossen gewesen sei.

Der Rechtsdienst VD holte daraufhin bei der Politischen Gemeinde Y.\_\_\_\_ den aktuellen Inspektionsbericht des AVSV vom 6. April 2016 ein und erkundigte sich am 25. Januar 2017 telefonisch beim AVSV, ob nach dem 6. April 2016 weitere Kontrollen erfolgt seien, was seitens des AVSV verneint wurde.

Am 26. Januar 2017 stellte der Rechtsdienst VD den Inspektionsbericht den übrigen Verfahrensbeteiligten zu.

**X.** Der Rechtsdienst des Baudepartementes erklärte am 6. Februar 2017 gegenüber dem Rechtsdienst VD telefonisch, dass es keine feste Praxis zur Frage gebe, ob die Umwandlung eines Cafés in eine Pizzeria baubewilligungspflichtig sei. Massgebend seien Art. 78 Abs. 2 Bst. o des BauG sowie Art. 7 und 8 der Lärmschutz-Verordnung (SR 814.41; abgekürzt LSV). Die Frage müsste daher anhand der konkreten Umstände des Einzelfalles beurteilt werden, was eine vollständige Prüfung der Baugesuchsakten erfordern würde. Eine solche umfassende Prüfung der Sach- und Rechtslage hätte aber zur Folge, dass der Rechtsdienst des Baudepartementes befangen wäre, wenn die Frage der Baubewilligungspflicht später in einem baurechtlichen Verfahren nochmals zu beurteilen wäre. Ein solches baurechtliches Verfahren könne nicht zum vornherein ausgeschlossen werden, da die vorfrageweise Prüfung der Baubewilligungspflicht im Rahmen eines gastwirtschaftsrechtlichen Rekursverfahrens keine direkte Rechtswirkung für das Bauverfahren habe.

Der Rechtsdienst VD entschied daraufhin, auf einen Mitbericht des Baudepartementes zu verzichten und die aufgeworfenen baurechtlichen Fragen – soweit sie entscheidrelevant sind – selbst zu prüfen.

## **Erwägungen**

**1.** Das Volkswirtschaftsdepartement hat bereits im Zwischenentscheid vom 21. Juli 2016 die Rekursberechtigung von A.\_\_\_\_ umfassend geprüft und bejaht. Es kann diesbezüglich auf die Erwägungen im Zwischenentscheid verwiesen werden. Da sich die massgebenden Faktoren nicht geändert haben, ist die Rekursberechtigung weiterhin zu bejahen und auf den Rekurs einzutreten.

Hinsichtlich der übrigen Verfahrensbeteiligten ist festzuhalten, dass G.\_\_\_\_ als Miteigentümerin der Räumlichkeiten, die für das «H.\_\_\_\_» genutzt werden, vom



Ausgang des Verfahrens betroffen sein wird, falls das angefochtene Patent gestützt auf Art. 9 GWG aufgehoben wird. Wird im Rekursverfahren betreffend Gastwirtschaftspatent festgestellt, dass der nachgesuchten gastgewerblichen Nutzung baurechtliche Vorschriften entgegenstehen, so werden die Nutzungsbefugnisse von G.\_\_\_\_ zwar nicht unmittelbar baurechtlich eingeschränkt. Sie müsste jedoch damit rechnen, dass die Nutzung des «H.\_\_\_\_» künftig gegenüber allen Patentinhabern gastwirtschaftsrechtlich eingeschränkt würde, was faktisch ihre Vermietungsmöglichkeiten und damit ihre eigentümerrechtlichen Nutzungsbefugnisse einschränken würde.

F.\_\_\_\_ ist als Inhaber des «H.\_\_\_\_» vom Ausgang des Verfahrens offensichtlich betroffen, da nicht nur über die gastwirtschaftliche Nutzbarkeit der von ihm gepachteten Räumlichkeiten entschieden wird, sondern auch die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen er D.\_\_\_\_ als verantwortlichen Betriebsleiter anstellen kann.

**2.** Der Rekurrent macht verschiedene formelle Mängel der angefochtenen Verfügung geltend. Zum einen rügt er eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, zum anderen macht er geltend, das Patent sei eigenmächtig durch den Gemeindepräsidenten und den Gemeinderatsschreiber erteilt worden und nicht durch den hierfür zuständigen Gesamtgemeinderat.

**2.1.** Es trifft zu, dass die Patenterteilung zunächst nicht an einer Sitzung des Gemeinderates beschlossen wurde. Unklar ist, ob sich das am 1. Juli 2016 ausgestellte Patent nach Ansicht der Vorinstanz auf einen Zirkulationsbeschluss des Gemeinderates oder auf einen Präsidialentscheid des Gemeindepräsidenten abstützte. Die Frage kann insofern offen gelassen werden, als im vorliegenden Fall weder die Voraussetzungen für einen Zirkulationsbeschluss noch für einen Präsidialentscheid erfüllt waren:

- Nach Art. 101 Bst. b des Gemeindegesetzes (sGS 151.2; abgekürzt GG) regelt der Gemeinderat die Beratung und Beschlussfassung in einem Geschäftsreglement. Das Geschäftsreglement der Politischen Gemeinde Y.\_\_\_\_ vom 12. September 2006 regelt in Art. 14 den Zirkulationsbeschluss und in Art. 15 den Präsidialentscheid, wobei beide Beschlussformen eine zeitliche Dringlichkeit voraussetzen.

Im vorliegenden Fall bestand keine zeitliche Dringlichkeit. Es war sowohl der Vorinstanz als auch dem früheren Patentinhaber F.\_\_\_\_ bekannt, dass das im Rekursverfahren VD/G-16.03 aufgehobene Patent spätestens am 30. Juni 2016 abläuft und zwar unabhängig vom Ausgang des damals hängigen Beschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgericht. Primär war es Aufgabe von F.\_\_\_\_ als Betriebsinhaber des «H.\_\_\_\_» dafür zu sorgen, dass rechtzeitig ein Patentgesuch für die Patentdauer ab 1. Juli 2016 eingereicht wird. Wie oben erwähnt (vgl. Abschnitt K.) ist in den Akten nicht belegt, wann das Patentgesuch bei der Gemeindeverwaltung Y.\_\_\_\_ eingereicht wurde.



Es muss daher offen gelassen werden, ob F.\_\_\_\_ und der Rekursgegner das Gesuch für das vorliegend streitige Patent erst am 23. Juni 2016 und damit verspätet einreichten oder ob das Gesuch bei der Vorinstanz unbearbeitet liegen blieb. In beiden Fällen lässt sich aber die zeitliche Dringlichkeit nicht damit begründen, dass ein nahtloser Übergang vom bisherigen zum neuen Patent gewährleistet sein musste, zumal der Gemeinderat bereits am 6. Juli 2016 eine Sitzung abhielt und das Patent somit fast ohne Unterbruch im ordentlichen Verfahren hätte erteilen können.

Anzumerken ist weiter, dass ein Zirkulationsbeschluss erst dann zustande gekommen ist, wenn die Mitglieder des Gemeinderates ihm zugestimmt haben. Die blosser Mitteilung des Ratschreibers an die Mitglieder des Gemeinderates, es werde das Patent an eine bestimmte Person erteilt werden, begründet keinen Zirkulationsbeschluss.

Wie das Volkswirtschaftsdepartement aber bereits im Zwischenentscheid vom 21. Juli 2016 festhielt, hat der Gemeinderat an seiner Sitzung vom 6. Juli 2016 «den Zirkulationsbeschluss zur Patenterteilung» ausdrücklich genehmigt. Der Gemeinderat hat mit seinem Beschluss vom 6. Juli 2016 eindeutig zu verstehen gegeben, dass er das Patent erteilen will. Somit stellt sich nur die Frage, ob der Beschluss als nachträgliche Genehmigung eines zunächst mangelhaft erteilten Patentes verstanden wird oder ob angenommen wird, das Patent sei erst mit dem Beschluss vom 6. Juli 2016 erteilt worden.

Es macht wenig Sinn, die Patenterteilung vom 1. Juli 2016 wie vom Rekurrenten beantragt als nichtig zu betrachten und den Rekurs gutzuheissen. Dies hätte nämlich zur Folge, dass entweder der Beschluss des Gemeinderates vom 6. Juli 2016 als Patenterteilung anerkannt werden müsste oder aber der Gemeinderat die Patenterteilung an D.\_\_\_\_ nochmals beschliessen müsste. In beiden Fällen wäre der Rekurrent gezwungen, erneut Rekurs zu erheben. Ein solches Vorgehen könnte zwanglos als überspitzter Formalismus bezeichnet werden und wäre kaum im Interesse des Rekurrenten.

Im Ergebnis ergibt sich somit, dass die Erteilung des Patentbeschlusses mittels Zirkulationsbeschluss oder Prädialentscheid zwar unzulässig war, der Mangel aber durch den Beschluss des Gemeinderates vom 6. Juli 2016 geheilt worden ist.

**2.2.** Der Rekurrent rügt in formeller Hinsicht weiter, dass er entgegen seinem ausdrücklichen Antrag keine Gelegenheit erhalten habe, sich vor der Patenterteilung zum Patentgesuch zu äussern.

**2.2.1.** Der Umfang des Anspruchs auf rechtliches Gehör bestimmt sich nach den kantonalen Verfahrensvorschriften. Subsidiär greifen die unmittelbar aus Art. 29 Abs. 2 BV folgenden bundesrechtlichen Minimalvorschriften (Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der BV von 1999, der



UNO-Pakte und der EMRK, Bern 1999, S. 509 ff.). Personen und Behörden, gegen die sich eine Eingabe richtet, ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wenn die Eingabe nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist (Art. 15 Abs. 1 VRP). Erheblich belastende Verfügungen sind nur zulässig, wenn die Betroffenen den wesentlichen Sachverhalt kennen und Gelegenheit zur Stellungnahme hatten (Art. 15 Abs. 2 VRP). Die Beteiligten haben Anspruch auf Akteneinsicht, soweit nicht wichtige öffentliche Interessen oder schutzwürdige private Interessen entgegenstehen (Art. 16 Abs. 1 VRP).

**2.2.2.** Nach Art. 25 Abs. 1 VRP ist eine Verfügung den Betroffenen zu eröffnen, wobei als Betroffene auch Dritte gelten, deren eigene schutzwürdige Interessen durch die Verfügung berührt werden. Das GWG kennt aber – namentlich im Gegensatz zu Art. 82 BauG – kein gesetzlich vorgeschriebenes Anzeige- und Auflageverfahren. Dementsprechend ist die Bewilligungsbehörde nicht verpflichtet, von Amtes wegen Drittbetroffene zu ermitteln und ihnen eine GWG-Bewilligung zu eröffnen. Hingegen bejaht das Volkswirtschaftsdepartement in konstanter Praxis einen Anspruch Dritter auf direkte Eröffnung des Patents, wenn die Behörde weiss, dass konkrete, ihr namentlich bekannte Dritte die Patenterteilung ablehnen.

**2.2.3.** Hat ein Drittbetroffener Anspruch auf Eröffnung des Patents, so hat er auch Anspruch darauf, sich vorgängig zum Patentgesuch zu äussern und in die Gesuchsunterlagen Einsicht zu nehmen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Dritte rechtzeitig und ausdrücklich das Gesuch um Akteneinsicht und um Gelegenheit zur Stellungnahme stellt.

Im vorliegenden Fall ersuchte der Rekurrent die Vorinstanz mit Schreiben vom 6. Juni 2016 darum, zu einem allfälligen neuen Patentgesuch Stellung nehmen zu können. Dieses Gesuch wurde ausreichend lange vor dem ordentlichen Ablaufdatum des damaligen Patents eingereicht und die Vorinstanz wäre verpflichtet gewesen, dem Rekurrenten das rechtliche Gehör zum Patentgesuch des Rekursgegners für die Patentdauer ab 1. Juli 2016 zu gewähren.

**2.2.4.** Nach ständiger Rechtsprechung kann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im Rekursverfahren geheilt werden, wenn die Rekursinstanz alle Rechts- und Sachverhaltsfragen, die der unteren Instanz unterbreitet werden konnten, frei überprüfen kann. Dies trifft auf Rekursverfahren vor dem Volkswirtschaftsdepartement zu, da dieses nach Art. 46 Abs. 1 VRP über volle Kognition verfügt. Eine Heilung ist sogar bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs möglich, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht vereinbar wäre (Jörg Paul Müller, a.a.O., S. 517 f.; BGE 133 I 201, 132 V 387 und 127 V 431).



Allerdings besteht keine Pflicht der Rekursinstanz, die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz im Rekursverfahren zu heilen. Es bleibt ihr unbenommen, die angefochtene Verfügung wegen einer Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Dies gilt – wegen der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör – auch dann, wenn die Verletzung des rechtlichen Gehörs keinen Einfluss auf den materiellen Entscheid der Vorinstanz hatte. Eine Rückweisung ist nur dann unzulässig, wenn sie einer Rechtsverzögerung gleichkommt (vgl. Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage 2013, Rz. 553).

**2.2.5.** Im vorliegenden Fall können sämtliche Verfahrensbeteiligte kein Interesse daran haben, dass das Patent von D.\_\_\_\_ aus formellen Gründen aufgehoben wird. Insbesondere der Rekurrent müsste damit rechnen, dass die Vorinstanz D.\_\_\_\_ erneut ein Patent erteilen würde, da die materiellen Rechtsfragen weiterhin ungeklärt wären. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz ist daher als geheilt zu betrachten und auf eine Rückweisung zu verzichten. Die verschiedenen formellen Mängel der angefochtenen Verfügung werden aber bei der Verteilung der Verfahrenskosten zu berücksichtigen sein.

**3.** In materieller Hinsicht macht der Rekurrent geltend, das «H.\_\_\_\_» werde (weiterhin) von F.\_\_\_\_ und nicht vom Rekursgegner und Patentinhaber D.\_\_\_\_ geführt, was gegen Art. 7 Bst. d und Art. 20 GWG verstosse.

**3.1.** Nach Art. 5 GWG lautet das Patent auf den «verantwortlichen Betriebsleiter». Der Begriff des verantwortlichen Betriebsleiters ist im GWG und der zugehörigen Gastwirtschaftsverordnung (sGS 553.11; abgekürzt GWV) nicht definiert. Auch in der Botschaft des Regierungsrates zum geltenden GWG (ABI 1994, 2447 ff.) wird der Begriff nicht erläutert.

Art. 5 GWG wurde – abgesehen von einer redaktionellen Anpassung am Anfang des Satzes – wörtlich aus Art. 9 Abs. 2 aGWG übernommen. In der Botschaft des Regierungsrates zum alten Gastwirtschaftsgesetz vom 1. Dezember 1983 wurde der Begriff des verantwortlichen Betriebsleiters allerdings auch nicht definiert (vgl. ABI 1981, 611 ff.). Hingegen bestimmte Art. 1 Abs. 1 der Vollzugsverordnung zum alten Gastwirtschaftsgesetz (nGS 20–46; im Folgenden aGWV), dass als verantwortlicher Betriebsleiter gilt, «wer diese Funktion gegenüber Personal und Gästen wahrnimmt».

**3.2** Bereits der Begriff «Betriebsleiter» deutet darauf hin, dass das Patent nicht einem beliebigen Mitarbeiter eines Gastwirtschaftsbetriebs erteilt werden kann, sondern dass der Mitarbeiter eine organisatorische und hierarchische Stellung im Betrieb haben muss, die es ihm ermöglicht, seine Pflichten als Patentinhaber zu erfüllen.



Dies schliesst nicht aus, dass der Betriebsleiter in einem arbeitsrechtlichen Subordinationsverhältnis zum Betriebsinhaber steht. Der Wortlaut des Gesetzes verlangt nicht, dass ein Gastwirtschaftsbetrieb vom Betriebsinhaber selber geführt wird. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass der Betriebsinhaber die Betriebsleitung bzw. Betriebsführung im Sinn von Art. 5 und Art. 20 Abs. 1 GWG einem angestellten Mitarbeiter überlässt. Voraussetzung ist allerdings, dass diesem Mitarbeiter arbeitsvertraglich und tatsächlich Betriebsleitungsbefugnisse eingeräumt werden und dass die Anstellung eines Betriebsleiters aufgrund der Betriebsorganisation wirtschaftlich Sinn macht. Klar zulässig ist, wenn der Eigentümer von mehreren Gastwirtschaftsbetrieben für die einzelnen Betriebe je einen angestellten Betriebsleiter einsetzt. Ebenfalls zulässig ist es in der Regel, dass der Eigentümer eines Gastwirtschaftsbetriebs einen Betriebsleiter einstellt, wenn er selbst im Betrieb nicht tätig ist. Arbeitet der Eigentümer hingegen im Betrieb mit, so ist aufgrund der konkreten Umstände zu beurteilen, ob die Anstellung eines Betriebsleiters wirtschaftlich Sinn macht, wobei insbesondere die Grösse und Struktur des Betriebs und die Anzahl Mitarbeitende zu berücksichtigen sind.

**3.3.** Auch aufgrund einer teleologischen Auslegung von Art. 5 GWG kann das Patent nicht einem Mitarbeiter erteilt werden, der keine arbeitsvertragliche und tatsächliche Betriebsleitungsbefugnisse hat. Die gastwirtschaftsrechtliche Patentpflicht bezweckt den Schutz von Polizeigütern d.h. von öffentlichen Interessen wie Gesundheit, Ruhe, Ordnung und Sicherheit. Es wäre systemwidrig, im Gesetz eine Patentpflicht zu statuieren, in der Praxis dann aber die Erteilung des Patents an Personen zuzulassen, bei denen im Vorhinein feststeht, dass sie die ihnen obliegenden Patentpflichten nicht werden durchsetzen können. Mit der Patentpflicht soll nämlich nicht nur sichergestellt werden, dass die für eine einwandfreie Betriebsführung notwendigen Kenntnisse – insbesondere Kenntnisse in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. a GWG) – im Betrieb vorhanden sind, sondern der Patentinhaber muss tatsächlich Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung bieten (vgl. Art. 7 Bst. c GWG). Der Patentinhaber muss also nicht nur über die notwendigen Kenntnisse verfügen, sondern diese auch tatsächlich umsetzen.

Die gegenteilige Auffassung hätte zur Folge, dass die gesetzlichen Pflichten des Patentinhabers faktisch nicht mehr durchgesetzt werden könnten. Ein Betriebsinhaber, der den Betrieb selber leitet, aber nicht Patentinhaber ist, könnte bei Missständen im Betrieb bzw. in der Betriebsführung praktisch nie zur Verantwortung gezogen werden. Er könnte nämlich, sobald die Behörde gegen den «vorgeschobenen» Patentinhaber wegen Verletzung von Art. 20 ff. GWG einschreiten will, einfach immer wieder einen neuen Mitarbeiter als Patentinhaber vorschieben. Zwar kann die Behörde das Patent nicht nur einer bestimmten Person, sondern gestützt auf Art. 12 GWG auch für einen bestimmten Betrieb auf angemessene Dauer verweigern. Voraussetzung dafür ist aber, dass das



Patent für diesen Betrieb bereits wiederholt entzogen wurde. Erfolgt der Wechsel zum nächsten Patentinhaber jeweils bevor die Behörde gegenüber dem bisherigen Patentinhaber einen Patententzug verfügt, ist Art. 12 GWG nicht anwendbar.

**3.4.** Wie bereits erwähnt wird der Begriff des verantwortlichen Betriebsleiters in den Gesetzesmaterialien nirgends erläutert. Auch die Definition, die in Art. 1 Abs. 1 aGWV enthalten war, hilft nicht viel weiter, da dort nicht der Begriff selber definiert wurde, sondern in einer tautologischen Umschreibung vielmehr das zusätzliche Erfordernis eingeführt wurde, dass der Betriebsleiter gegenüber den Gästen und dem Personal als Betriebsleiter auftreten müsse. Art. 1 Abs. 1 aGWV schreibt also nur vor, dass die Betriebsleiterfunktion von Aussen wahrnehmbar sein muss, ohne aber den Inhalt dieser Funktion näher zu bestimmen. Immerhin lässt sich aus Art. 1 Abs. 1 aGWV ableiten, dass auch nach altem Gastwirtschaftsrecht ein hierarchisch untergeordneter Mitarbeiter ohne Weisungsbefugnisse gegenüber dem übrigen Personal nicht als Betriebsleiter galt, da ein solcher Mitarbeiter gegenüber dem Personal offensichtlich nicht als Betriebsleiter auftreten kann. Dies gilt für den Begriff des verantwortlichen Betriebsleiters nach Art. 5 GWG weiterhin, da diese Bestimmung wie oben erwähnt unverändert aus dem altem Gastwirtschaftsrecht übernommen wurde.

**3.5.** Zusammenfassend ergibt sich, dass der Betriebsleiter im Sinn von Art. 5 GWG eine organisatorische und hierarchische Stellung im Betrieb haben muss, die mit so weitgehenden rechtlichen und tatsächlichen Weisungsbefugnisse gegenüber Personal und Gästen verbunden ist, dass er seine Pflichten als Patentinhaber erfüllen kann. Zudem muss die Anstellung eines Betriebsleiters aufgrund der Betriebsorganisation wirtschaftlich Sinn machen.

Im vorliegenden Fall steht fest, dass D.\_\_\_\_ aktuell über einen Arbeitsvertrag als «Küchenchef/Betriebsleiter» verfügt, nachdem er zuvor nur als «Koch» angestellt gewesen war. Mit der Beförderung zum «Küchenchef/Betriebsleiter» erhöhte sich sein monatlicher Bruttolohn von Fr. 4'200.– auf Fr. 4'810.–. Der Rekurrent äusserte in seiner Replik vom 28. November 2016 zwar die Vermutung, der Arbeitsvertrag als «Küchenchef/Betriebsleiter» sei «nachträglich im Hinblick auf das Rekursverfahren erstellt worden» und die in den Lohnabrechnungen Juli bis Oktober 2016 ausgewiesenen Löhne seien nicht ausbezahlt worden. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Arbeitsvertrag und die Lohnabrechnungen vom Patentinhaber bzw. seinem Rechtsanwalt eingereicht wurden. Zum einen darf das Volkswirtschaftsdepartement wohl davon ausgehen, dass ein im Kanton St.Gallen zugelassener und unter der Aufsicht der Anwaltskammer stehender Rechtsanwalt keine gefälschten Unterlagen ins Rekursverfahren einreicht. Zum anderen könnte nur mit erheblichem Aufwand kontrolliert werden, ob die deklarierten Löhne tatsächlich an den Patentinhaber ausbezahlt worden sind. Solange der Patentinhaber durch das Einreichen der Lohnabrechnungen bestätigt, die entsprechenden Zahlungen erhalten zu haben, ist dem



eingeschränkter Untersuchungsgrundsatz nach Art. 12 Abs. 2 VRP Genüge getan. Es ist somit davon auszugehen, dass D.\_\_\_\_ als Betriebsleiter des «H.\_\_\_\_» angestellt ist.

Fraglich ist allerdings, ob ein Betrieb in der Grösse des «H.\_\_\_\_» neben dem Betriebsinhaber einen Betriebsleiter benötigt bzw. ob die Anstellung eines Betriebsleiters im vorliegenden Fall wirtschaftlich Sinn macht, da der Betriebsinhaber offenbar dauernd im Betrieb mitarbeitet. Die Vorinstanz hat - indem sie D.\_\_\_\_ das Patent erteilte - die Frage implizit bejaht. Diese Beurteilung liegt noch innerhalb des durch die Gemeindeautonomie geschützten (Rechtsanwendungs-)Ermessens der Vorinstanz, in welches das Volkswirtschaftsdepartement als Rekursinstanz nicht eingreifen darf (vgl. Art. 46 Abs. 2 VRP). Die Einschätzung der Vorinstanz, dass D.\_\_\_\_ als verantwortlicher Betriebsleiter im Sinn von Art. 5 GWG anerkannt werden kann, ist daher nicht zu beanstanden.

**4.** Der Rekurrent bestreitet in materieller Hinsicht weiter, dass D.\_\_\_\_ genügend Kenntnisse in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention gemäss Art. 8 Abs. 2 GWG nachgewiesen habe. Im Weiteren macht er zumindest sinngemäss geltend, dass D.\_\_\_\_ auch sonst keine Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung biete, und verweist diesbezüglich auf angebliche Missstände bei der Abfallentsorgung und auf Lärmbelästigungen sowie darauf, dass der Betrieb aufgrund einer Intervention des AVSV im Juli 2016 für zwei bis drei Wochen geschlossen gewesen sei.

**4.1.** D.\_\_\_\_ reichte der Vorinstanz zahlreiche Arbeitszeugnisse für die Zeit von Mai 1984 bis Juli 2014 ein, die ohne jeden Zweifel belegen, dass er über die nach Art. 8 Abs. 2 Ziffer 2 GWG erforderlichen drei Jahre Berufserfahrung auf dem Gebiet der Lebensmittelhygiene im Gastgewerbe verfügt. Zudem reichte er einen Entscheid des Departementes für Justiz und Sicherheit des Kantons Thurgau vom 14. September 2006 ein, wonach er aufgrund seiner beruflichen Ausbildung und bisherigen Tätigkeit im Gastgewerbe von der Wirteprüfung im Kanton Thurgau befreit wurde. Auf die pauschale Bestreitung des Rekurrenten betreffend Art. 8 Abs. 2 GWG ist daher nicht näher einzugehen.

**4.2.** Auf die Vorwürfe des Rekurrenten betreffend angeblicher Missstände bei der Abfallentsorgung ist ebenfalls nicht näher einzugehen. Die vom Rekurrenten eingereichten Fotos, welche die Missstände dokumentieren sollen, betreffen alle die Zeit vor 1. Juli 2016. Allfällige Missstände könnten daher zum Vornherein nicht D.\_\_\_\_ angelastet werden, da dieser erst seit 1. Juli 2016 Patentinhaber des «H.\_\_\_\_» ist.

Dasselbe gilt für die geltend gemachten Lärmbelästigungen, soweit es sich um Lärmimmissionen handelt, die unmittelbar aus einem (behaupteten) Fehlverhalten des Patentinhabers resultiert sein sollen. Die vom Rekurrenten eingereichten Fotos und Videos betreffen ausschliesslich Lärmimmissionen aus der



Zeit vom 1. Juli 2015 bis 9. April 2016. Diese Lärmimmissionen können zum Vornherein nicht D.\_\_\_\_ als Fehlverhalten angelastet werden, da dieser – wie oben erwähnt – erst seit 1. Juli 2016 Patentinhaber des «H.\_\_\_\_» ist. Dementsprechend kann auch auf den sowohl vom Rekurrenten als auch von D.\_\_\_\_ beantragten Beizug eines Amtsberichts der Kantonspolizei verzichtet werden.

Anzumerken ist, dass der Rekurrent für die Zeit ab 1. Juli 2016 keine Lärmbelästigungen mehr substantiiert geltend gemacht hat. Auch vom Mieter des Rekurrenten wurden bisher keine Klagen wegen Lärmbelästigungen durch das «H.\_\_\_\_» erhoben. Dementsprechend muss auch für die Zeit ab 1. Juli 2016 kein Amtsbericht der Kantonspolizei eingeholt werden. Ein Amtsbericht ist nach Art. 12 Abs. 2 VRP nur einzuholen, wenn dadurch streitige Tatsachen abgeklärt werden können. Hingegen kann ein Amtsbericht nicht dazu dienen, im Sinn einer «fishing expedition» Beweise für bisher nicht geltend gemachte Tatsachen zu finden.

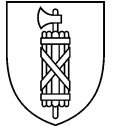
**4.3.** Auf die Vermutung des Rekurrenten, das «H.\_\_\_\_» sei im Juli 2016 wegen einer Intervention AVSV geschlossen gewesen, ist nicht näher einzugehen, da sie offensichtlich nicht stimmt.

**4.4.** Zusammenfassend ergibt sich, dass D.\_\_\_\_ sowohl genügend Kenntnisse in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention hat als auch sonst Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung bietet. Die Voraussetzungen von Art. 7 und 8 GWG sind erfüllt.

**5.** Der Rekurrent macht im Weiteren geltend, die Erteilung eines Patents für das «H.\_\_\_\_» verstosse gegen Art. 9 GWG, da der nachgesuchten gastgewerblichen Nutzung baurechtliche Vorschriften entgegenstünden.

**5.1.** Einleitend ist daran zu erinnern, dass im Rahmen von Art. 9 GWG weder eine rechtskräftige Baubewilligung auf ihre materielle Richtigkeit hin überprüft werden kann, noch eine gastgewerbliche Nutzung materiell baurechtlich zu beurteilen ist, wenn diese Nutzung gleichzeitig Gegenstand eines Baubewilligungsverfahrens bildet (vgl. dazu Erw. 9 des Rekursentscheids VD/G-16.03 vom 29. April 2016, der ebenfalls das «H.\_\_\_\_» betraf).

Im Rahmen von Art. 9 GWG ist vielmehr nur zu prüfen, ob die nachgesuchte gastgewerbliche Nutzung durch eine rechtskräftige Baubewilligung erlaubt wird. Ist das Baubewilligungsverfahren noch nicht abgeschlossen, so ist zu prüfen, ob die gastgewerbliche Nutzung wenigstens für die Dauer des baurechtlichen Bewilligungs-, Rekurs- oder Beschwerdeverfahrens durch eine rechtskräftige vorsorgliche Massnahme der zuständigen Bau- oder Rechtsmittelbehörde zugelassen wurde. Fehlt es auch an einer solchen provisorischen Nutzungsbeurteilung, darf das Patent nicht erteilt bzw. nicht erneuert werden.



Eine Ausnahme gilt indessen, wenn kein Baubewilligungsverfahren hängig und umstritten ist, ob die nachgesuchte gastgewerbliche Nutzung baubewilligungspflichtig ist. In diesem Fall darf das Patent nicht einfach wegen des Fehlens einer formellen Baubewilligung verweigert werden, sondern die Frage der Baubewilligungspflicht ist vorfrageweise im Patentverfahren zu klären. Eine solche Ausnahme liegt, wie nachstehend aufgezeigt, im vorliegenden Fall vor.

Anzumerken ist, dass im gastwirtschaftsrechtlichen Patentverfahren immer nur die Frage der Baubewilligungspflicht, nicht aber die Übereinstimmung mit dem materiellen Baurecht zu prüfen ist. Denn die Frage, ob eine Baute materiell baurechtlich zulässig ist – d.h. baurechtlich bewilligt werden kann –, kann nur von den hierfür zuständigen Baubehörden verbindlich entscheiden werden. Demzufolge steht aufgrund von Art. 9 GWG das Fehlen einer rechtsgültigen Baubewilligung der gastgewerblichen Nutzung selbst dann entgegen, wenn die Baute oder Nutzung nicht gegen materielles Baurecht verstösst.

**5.2.** Im vorliegenden Fall ist ganz grundsätzlich streitig, ob die Innenräume der Stockwerkseigentumsanteile B 0.1 (= S4009) und B 0.2 (= S4010) für den Betrieb einer Pizzeria genutzt werden dürfen oder ob die Baubewilligungen aus den Jahren 1986 und 1988 lediglich die gastgewerbliche Nutzung als Café ohne Alkoholausschank erlauben. Es ist mit anderen Worten streitig, ob die Umwandlung des Cafés in eine Pizzeria eine Baubewilligung erfordert hätte.

**5.2.1.** Nach Art. 78 Abs. 2 Bst. o BauG sind «Zweckänderungen, die Einwirkungen auf die Umgebung oder eine Vergrösserung des Benutzerkreises zur Folge haben» bewilligungspflichtig.

Zudem unterstehen seit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über den Umweltschutz (SR 814.01; abgekürzt USG) und der Lärmschutz-Verordnung (SR 814.41; abgekürzt LSV) alle umweltrechtlich relevanten Änderungen von Bauten und Anlagen, die als Neuanlagen nach Art. 7 LSV oder als geänderte bzw. wesentlich geänderte Anlagen nach Art. 8 LSV einzustufen sind, der Baubewilligungspflicht (vgl. Juristische Mitteilungen des Baudepartementes [JuMi] 1998/I/3 und 2000/II/22 ff. sowie GVP 2005 Nr. 96). Dies gilt auch für Änderungen, die keine Zweckänderung im Sinn von Art. 78 Abs. 2 Bst. o BauG sind (JuMi 2000/II/22, Ziffer 1.b).

**5.2.2.** Art. 78 Abs. 2 Bst. o BauG statuiert nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtes zwei Voraussetzungen. Zum einen braucht es eine Zweckänderung an sich, zum anderen eine mit der Zweckänderung verbundene örtliche Auswirkung (vgl. GVP 1982 Nr. 16).

Eine Zweckänderung, die baurechtlich von Belang ist, kann allein schon in der Veränderung der Nutzungs- und Gebrauchsart liegen, ohne dass hierfür eine



bauliche Tätigkeit erforderlich ist (vgl. Urteil B 2002/83 des Verwaltungsgerichts vom 6. Dezember 2002 mit Hinweisen). Als relevante Veränderung der Nutzungs- und Gebrauchsart eingestuft wurden zum Beispiel die Umwandlung einer Quartiersauna in einen Swingerclub (Entscheid des Baudepartementes vom 22. April 1999, in GVP 1999 Nr. 94), der Betrieb einer Gassenküche in einer Liegenschaft, die bisher als Durchgangsheim für Asylbewerber genutzt worden war (Urteil B 2002/83 des Verwaltungsgerichts vom 6. Dezember 2002) die Umwandlung einer Hotelterrasse, die bisher privat genutzt wurde, in eine Gartenwirtschaft (Urteil B 46/1987 des Verwaltungsgerichts vom 18. Februar 1988), die Umwandlung einer Gastwirtschaft in eine Bar mit Dancing (Urteil B 50/1980 des Verwaltungsgerichts vom 19. März 1981) oder die Nutzung einer Werkstatt, die bisher für betriebsinterne Unterhaltsarbeiten an den Maschinen und Fahrzeugen eines Gärtnereibetriebes verwendet wurde, als Autoreparaturwerkstätte eines Gebrauchswagenhändlers (Entscheid des Regierungsrates vom 30. März 1982, RRB 1982/433). Hingegen gibt es im Kanton St.Gallen soweit ersichtlich keine Entscheidung einer Rechtsmittelinstanz zur Frage, ob die Umwandlung eines Cafés in eine Pizzeria eine Zweckänderung im Sinn von Art. 78 Abs. 2 Bst. o BauG ist.

**5.2.3.** Ob eine Zweckänderung vorliegt, hängt begrifflich davon ab, wie eng die Zweckbestimmung einer Baute verstanden wird. Wird die Zweckbestimmung weit gefasst und einfach nur darauf abgestellt, ob die Räumlichkeiten gastgewerblich genutzt werden, so sind Wechsel zwischen den verschiedenen Formen von Gastwirtschaftsbetrieben nie eine Zweckänderung im Sinn von Art. 78 Abs. 2 Bst. o BauG. Wie die oben erwähnte Umwandlung einer Gastwirtschaft in eine Bar zeigt, beruht die Rechtsprechung allerdings nicht auf einem derart weiten Verständnis der Zweckbestimmung, da eine Zweckänderung bejaht wurde, obwohl die betroffenen Räumlichkeiten in beiden Fällen gastgewerblich genutzt wurden.

Wird die Zweckbestimmung hingegen sehr eng verstanden – d.h. der Begriff der Zweckänderung sehr weit gefasst –, würde nahezu jede Änderung des Betriebskonzepts einer Gastwirtschaft eine «Zweckänderung an sich» darstellen. Ein derart weit gefasstes Verständnis von Art. 78 Abs. 2 Bst. o BauG würde nicht nur Gastwirtschaften, sondern auch andere Arten von Gewerbebetrieben, u.a. Dienstleistungsbetriebe und Ladengeschäfte betreffen. Es müsste dann auch z.B. die Umwandlung eines Buchladens in einen Kleiderladen oder eines Reisebüros in einen Coiffeurbetrieb als «Zweckänderung an sich» betrachtet und der Baubewilligungspflicht unterstellt werden. Dies ginge über Sinn und Zweck von Art. 78 Abs. 2 Bst. o BauG hinaus, der vorab sicherstellen will, dass die Aufteilung des Baugebiets in verschiedene Zonen mit verschiedenen Nutzungsvorschriften eingehalten wird (vgl. GVP 1982 Nr. 16). Eine «Zweckänderung an sich» im Sinn von Art. 78 Abs. 2 Bst. o BauG liegt demnach nur vor, wenn die Änderung des Betriebskonzepts Einfluss auf die Zonenkonformität des Gewerbebetriebs haben kann.



Die Parzelle Nr. 001, auf der sich das «H.\_\_\_\_» befindet, liegt in der Wohn-Gewerbezone WG3. In Wohn-Gewerbezone sind nach Art. 12 BauG mässig störende Gewerbebetriebe zulässig. Da nach der Rechtsprechung Gastwirtschaften sogar in reinen Wohnzonen - in denen lediglich nichtstörende Gewerbebetriebe zugelassen sind - zonenkonform sein können (vgl. GVP 2000 Nr. 74), steht ausser Zweifel, dass der Betrieb einer Pizzeria in der Wohn-Gewerbezone zonenkonform ist, zumindest wenn die Betriebszeiten innerhalb der ordentlichen gesetzlichen Öffnungszeiten liegen. Die Umwandlung des früheren Cafés in eine Pizzeria war somit keine Zweckänderung im Sinn von Art. 78 Abs. 2 Bst. o BauG, da die Änderung des Betriebskonzepts keine Auswirkungen auf die Zonenkonformität hatte. Im Unterschied zur oben erwähnten baubewilligungspflichtigen Umwandlung einer Gastwirtschaft in eine Bar mit Dancing, kommt bei der Umwandlung eines Cafés in eine Pizzeria keine zusätzliche, lärmintensive Nutzungsart - nämlich keine Nutzung als Unterhaltungsbetrieb - dazu (vgl. dazu unten Abschnitt 5.2.4.).

Damit kann offen gelassen werden, ob die Umwandlung des Cafés in eine Pizzeria «Einwirkungen auf die Umgebung oder eine Vergrösserung des Benützerkreises zur Folge» hatte. Art. 78 Abs. 2 BauG statuiert wie oben ausgeführt zwei Voraussetzungen, die beide erfüllt sein müssen. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass Änderungen des Betriebskonzepts von Gewerbebetrieben regelmässig darauf ausgerichtet sind, den Kundenkreis zu vergrössern um den Umsatz zu erhöhen. Die oben umschriebene, zweite Voraussetzung von Art. 78 Abs. 2 BauG wäre bei der Änderung des Betriebskonzepts einer Gastwirtschaft also nahezu immer erfüllt und kann für sich allein keine Baubewilligungspflicht begründen.

**5.2.4.** Wie oben erwähnt, braucht es für umweltrechtlich relevanten Änderungen von Bauten und Anlagen im Sinn von Art. 7 und 8 LSV eine Baubewilligung. Nach der oben zitierten Rechtsprechung zur LSV ist die Änderung des Betriebskonzepts einer Gastwirtschaft dann eine umweltrechtlich relevante Änderung, wenn die Öffnungszeiten in die gesetzlichen Schliessungszeiten hinein ausgedehnt werden sollen, das neue Betriebskonzept also eine Bewilligung nach Art. 18 GWG für verkürzte Schliessungszeiten erfordert. Hingegen gelten Änderungen der Öffnungszeiten, die sich innerhalb des allgemeinen Rahmens der Öffnungszeiten von Art. 16 und Art. 17 GWG bewegen, in der Regel nicht als umweltrechtliche Änderungen. Das gilt auch dann, wenn die zulässigen Öffnungszeiten zuvor im Rahmen einer Gesetzesrevision ausgedehnt wurden. So wurde zum Beispiel von Läden des Detailhandels, welche die mit dem Gesetz über Ruhetag und Ladenöffnung (sGS 552.1; abgekürzt RLG) neu geschaffenen erweiterten Ladenöffnungszeiten nach Art. 9 RLG ausnützten und ihre Öffnungszeiten von 19.00 Uhr auf 22.00 Uhr verlängerten, hierfür nie eine Baubewilligung verlangt.



Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Öffnungszeiten des «H.\_\_\_\_» den gesetzlichen Rahmen von Art. 16 und Art. 17 GWG nicht überschreiten. Zudem galten bereits für das frühere Café die normalen gesetzlichen Öffnungszeiten, da weder in der Baubewilligung noch in der Betriebsbewilligung individuelle, verkürzte Öffnungszeiten angeordnet worden waren. Das heisst, bereits das Café hätte abends bis 23.30 Uhr geöffnet sein dürfen. Die Ausdehnung der tatsächlichen Öffnungszeiten innerhalb des gesetzlichen Rahmens begründet aber wie oben ausgeführt keine Baubewilligungspflicht. Zudem bewirkte die Umwandlung vom Café zur Pizzeria keine qualitative Änderung der Lärmimmissionen. Das «H.\_\_\_\_» richtet sich weiterhin an Gäste, die etwas Essen und Trinken wollen, und nicht – wie etwa bei der oben erwähnten Bar mit Dancing – an Gäste, die primär Unterhaltung suchen. Die Lärmimmissionen bestehen also weiterhin im Wesentlichen aus den Gesprächen der Gäste und dem Geklapper von Geschirr und Besteck. Zudem liegt die Hauptbetriebszeit weiterhin grösstenteils vor der besonders lärmempfindlichen Einschlafphase – die gemäss Bundesgericht um 22.00 Uhr beginnt (vgl. Entscheid 1.A.282/2000 vom 15. Mai 2001, Erw. 4c.) –, da die Gäste des «H.\_\_\_\_» sicher nicht mehrheitlich nach 22.00 Uhr eintreffen. Die Umwandlung eines Cafés in eine Pizzeria unterscheidet sich auch in diesem Punkt wesentlich von der Umwandlung in eine Bar, deren Hauptbetriebszeit am Abend und in der Nacht liegt.

**5.2.4.** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Umwandlung des früheren Cafés in eine Pizzeria und die damit verbundene Ausdehnung der Öffnungszeiten weder eine Zweckänderung im Sinn von Art. 78 Abs. 2 Bst. o BauG noch eine umweltrechtlich relevante Änderung einer Baute im Sinn von Art. 7 und 8 LSV war. Die Umwandlung war und ist daher nicht baubewilligungspflichtig.

**5.3.** Im vorliegenden Fall ist – zumindest implizit (vgl. vorn Abschnitt V. letzter Absatz) – auch streitig, ob für den Innenraum B 0.2 überhaupt je eine gastwirtschaftliche Nutzung bewilligt wurde oder ob dieser Raum in den Baubewilligungen aus den Jahren 1986 und 1988 nur als Bürofläche bewilligt worden war.

Gemäss Baugesuch aus dem Jahr 1986 war im Haus B ursprünglich eine Bäckerei geplant gewesen, wobei im Raum B 0.2 die Backstube und in einem Teil des Raumes B 0.1 der Laden eingerichtet werden sollte. Am 11. Januar 1988 reichte die Bauherrschaft überarbeitete Pläne für das Haus B ein, in welchen statt einer Bäckerei mit Laden und Café nur noch ein Café eingezeichnet war. Im Raum B 0.2 wurde neu die eine Hälfte als «Saal/Sitzungen» bezeichnet und die andere Hälfte für Küche und Lager vorgesehen. Diese Raumaufteilung stimmt mit dem Plan überein, welcher der Betriebsbewilligung des Volkswirtschaftsdepartementes vom 6. März 1992 beilag. Es steht somit fest, dass der Raum B 0.2 baurechtlich für eine gastgewerbliche Nutzung bewilligt worden ist. Daran ändert nichts, dass die Bauherrschaft den Raum B 0.2 in ihrer Berechnung des Parkplatzbedarfs als «Büro» deklarierte.



**5.4.** Der Rekurrent machte weiter geltend, die Baubewilligungen aus den Jahren 1986/1988 hätten nur das eigentliche Café mit ca. 43 Sitzplätzen umfasst, nicht jedoch den kleinen Saal im hinteren Teil, der mit der Zeit mit zusätzlichen ca. 35 Sitzplätzen für das Café umgenutzt worden sei.

Wie eben ausgeführt (vgl. Abschnitt 5.3) steht fest, dass der ganze Raum B 0.2 baurechtlich für eine gastgewerbliche Nutzung bewilligt wurde. Zudem wurde in Abschnitt 5.2.3. dargelegt, dass der baurechtliche Begriff der Zweckänderung eng auszulegen ist. Da die Umwandlung eines ganzen Cafés in eine Pizzeria baurechtlich keine Zweckänderung ist, kann es baurechtlich auch nicht relevant sein, wenn einzelne Räume innerhalb der Gastwirtschaft im Lauf der Zeit intensiver genutzt werden.

Daran ändert nichts, dass nach Art. 6 aGWV die Zweckänderung einzelner Räume einer Betriebsvergrösserung gleichgestellt war und eine neue Betriebsbewilligung erforderte, wenn sie eine erhöhte betriebliche Nutzung bewirkte (vgl. Art. 15 Bst. b aGWG). Diese Bestimmungen standen in Zusammenhang mit der Bedürfnisklausel nach Art. 23 ff. aGWG für Gastbetriebe mit Alkoholausschank. Sowohl die Bedürfnisklausel als auch das Erfordernis einer Betriebsbewilligung für Gastwirtschaften wurden mit Vollzugsbeginn des geltenden GWG am 1. April 1996 aufgehoben, so dass die in der Betriebsbewilligung des Volkswirtschaftsdepartementes vom 6. März 1992 enthaltene Zuordnung des «Säli» zu den nicht-ständig zur Bewirtung genutzten Flächen keine rechtliche Bedeutung mehr hatte.

**5.5.** Der Rekurrent bestreitet im Weiteren, dass die Gartenwirtschaft je baurechtlich bewilligt worden sei, jedenfalls nicht im heutigen Ausmass. Insbesondere sei die Gartenwirtschaft heute grösser als auf der Beilage zur Betriebsbewilligung des Volkswirtschaftsdepartementes eingezeichnet und erstrecke sich bis unter die Fenster seiner Wohnung.

**5.5.1.** Im undatierten Bauplan «überbauung I.\_\_\_\_», Massstab 1:200, der dem Baugesuch aus dem Jahr 1986 beilag und Bestandteil der Baubewilligung vom 16. Oktober 1986 war, ist an der Nordost-Ecke des Hauses B eine Fläche von 38 m<sup>2</sup> mit vier Tischen eingezeichnet. Es handelte sich dabei offensichtlich um eine geplante Gartenwirtschaft. Auch im Aufteilungsplan 1988 der StWE-Gemeinschaft, den der Rekurrent am 11. Dezember 2015 bei der Vorinstanz zu den Akten einreichte, ist diese Fläche speziell markiert und dem Sonderrecht B 0.1 zugeordnet. Auf den später eingereichten, überarbeiteten Bauplänen Massstab 1:100 sind die Umgebung und damit auch die Aussenfläche zwar nicht mehr eingezeichnet. Im Begleitschreiben vom 11. Januar 1988 wies der planende Architekt aber darauf hin, dass die «Situation» der bestehenden Baubewilligung entspreche.



Es steht somit fest, dass mit der Baubewilligung vom 16. Oktober 1986 die Nutzung der Aussenfläche als Gartenwirtschaft bewilligt worden ist. Daran ändert nichts, dass im Text der gastwirtschaftsrechtlichen Betriebsbewilligung vom 6. März 1992 keine Gartenwirtschaft aufgeführt wurde, obwohl es sich dabei um eine «nicht-ständig zur Bewirtschaftung von Gästen genutzte Fläche» gehandelt hätte (vgl. dazu Art. 23 Bst. a aGWV). Die altrechtliche Betriebsbewilligung hatte keine unmittelbare baurechtliche Wirkung, auch wenn sie nur erteilt wurde, wenn bestimmte «räumlich-betriebliche» Voraussetzungen erfüllt waren (vgl. Art. 22 aGWG und Art. 10 aGWV).

**5.5.2.** Zutreffend ist hingegen der Einwand der Rekurrenten, die Gartenwirtschaft sei heute grösser als ursprünglich bewilligt. Auf der Homepage des «H.\_\_\_\_» ist in der Bildergalerie eindeutig feststellbar, dass sich die Gartenwirtschaft bis vor die nördliche Fensterfassade des Restaurants und damit bis unter die Fenster der Wohnung des Rekurrenten erstreckt (vgl. [http://www.\\_\\_\\_\\_](http://www.____), Bilder 3 + 4, gemäss Abfrage vom 24. Januar 2017). Ebenso eindeutig ergibt sich aber aus dem oben erwähnten Bauplan «überbauung I.\_\_\_\_», dass vor der nördlichen Fensterfassade eine bepflanzte Fläche und keine Gartenwirtschaft geplant war. Auf dem Bauplan verläuft die Grenze zwischen der bepflanzten Fläche und der Gartenwirtschaft genau in der Fortsetzung der östlichen Fassade ab dem Eingang zum Restaurant.

In den von der Vorinstanz eingereichten Akten des Baubewilligungsverfahrens findet sich kein Hinweis darauf, dass je eine Vergrösserung der Fläche der Gartenwirtschaft bewilligt worden ist. Es steht somit fest, dass für die Fläche unter den Fenstern der Wohnung des Rekurrenten nie eine gastgewerbliche Nutzung baurechtlich bewilligt wurde. Zudem steht fest, dass eine solche Nutzung als Gartenwirtschaft ohne jeden Zweifel baubewilligungspflichtig ist.

**5.5.3.** Soweit der Rekurrent sinngemäss geltend macht, die Gartenwirtschaft werde aktuell viel intensiver genutzt als zum Zeitpunkt der Baubewilligung, da mehr als vier Tische auf der bewilligten Fläche stünden, ist auf die Ausführungen vorn in Abschnitt 5.4 zu verweisen. Mit der Baubewilligung für die Gartenwirtschaft wurde die gewerbliche Nutzung dieser Fläche bewilligt und nicht eine bestimmte Intensität dieser Nutzung, jedenfalls nicht hinsichtlich der Anzahl zulässiger Tische. Dies gilt zumindest nach der Rechtsauffassung über die Wirkung einer Baubewilligung, die im Jahr 1986/1988 galt und im vorliegenden Fall noch massgebend ist.

**5.5.4.** Zusammenfassend ergibt sich, dass der Betrieb einer Gartenwirtschaft auf der Fläche östlich des «H.\_\_\_\_» baurechtlich bewilligt ist und zwar unabhängig von der Anzahl Tische, die auf der bewilligten Fläche aufgestellt sind.



Hingegen fehlt es an einer gültigen Baubewilligung für die gastgewerbliche Nutzung der Fläche vor der nördlichen Fensterfassade des Restaurants, weshalb nach Art. 9 GWG für diesen Teil des Betriebs kein Gastwirtschaftspatent erteilt werden darf. Dies gilt solange, bis die Nutzung dieser Fläche als Gartenwirtschaft von der zuständigen Baubehörde rechtskräftig bewilligt ist, sei es mittels vorsorglicher Massnahme oder mittels definitiver Baubewilligung.

**5.6.** Der Rekurrent beantragt eventualiter, die Patenterteilung sei mit der Auflage zu verbinden, dass D.\_\_\_\_ für die Einrichtung eines Pizzakuriers und/oder einer Takeaway-Mitnahmemöglichkeit vorab ein Baugesuch einzureichen habe.

Der Betrieb eines Pizzakuriers oder eines Pizza-Takeaways erfordert kein Gastwirtschaftspatent, da es sich dabei nicht um eine gastgewerbliche Tätigkeit im Sinn von Art. 1 Abs. 2 GWG handelt. Dementsprechend ist im Rahmen der Patenterteilung für das «H.\_\_\_\_» nicht zu prüfen, ob die Einrichtung eines Pizzakuriers und/oder einer Takeaway-Mitnahmemöglichkeit eine Baubewilligung erfordert. Art. 9 GWG verlangt nur die Prüfung, ob der nachgesuchten «gastgewerblichen» Nutzung baurechtliche Vorschriften entgegenstehen.

**6.** Der Rekurrent erhebt verschiedene weitere Rügen zum Umfang der baurechtlichen Nutzungsbefugnisse des Rekursgegners, die er materiellrechtlich begründete. Im Einzelnen rügte er, die Gartenwirtschaft halte den Gewässerabstand nicht ein und habe zu lange Betriebszeiten. Ausserdem verfüge der Betrieb nicht über genügend Parkplätze.

Auf diese Rügen bzw. die damit verbundenen Rechtsbegehren des Rekurrenten ist nicht einzutreten. Wie bereits in Abschnitt 5.1 ausgeführt wurde, ist im Rahmen von Art. 9 GWG nur zu prüfen, ob die nachgesuchte gastgewerbliche Nutzung durch eine rechtskräftige Baubewilligung erlaubt wird. Wird dies bejaht, so bleibt kein Raum für eine materielle Prüfung, ob die Baubewilligung zu Recht erteilt wurde oder ob die bewilligte Nutzung heute noch im gleichen Umfang bewilligt werden könnte.

Die Anzahl der notwendigen Parkplätze wurde in der Baubewilligung vom 21. März 1988 rechtskräftig festgelegt und kann im Rahmen des vorliegenden gastwirtschaftsrechtlichen Verfahrens nicht mehr überprüft werden.

Die Gartenwirtschaft wurde ebenfalls – mit Ausnahme der Fläche gemäss Abschnitt 5.5.2. – baurechtlich bewilligt. In den entsprechenden Baubewilligungen wurden dem damaligen Recht entsprechend keine Betriebszeiten festgesetzt. Sofern heute ein Bedürfnis nach solchen Betriebszeiten besteht, sind sie mittels Sanierungsverfügung nach Art. 16 USG und Art. 13 LSV festzusetzen und nicht im gastwirtschaftsrechtlichen Patentverfahren.



Die Rüge, die Gartenwirtschaft verletze den Gewässerabstand, betrifft die korrekte Durchführung des Baubewilligungs- bzw. Bauabnahmeverfahrens in den Jahren 1986/88 und kann im vorliegenden gastwirtschaftsrechtlichen Patentverfahren nicht mehr erhoben werden. Die Frage, ob eine Baute oder Anlage dem materiellen Baurecht entspricht, ist in einem baurechtlichen Verfahren zu prüfen. Immerhin ist anzumerken, dass der zuständige Geometer am 24. Oktober 1988 das Schnurgerüst abgenommen hat und im zugehörigen Plan ausdrücklich bestätigte, dass der Gewässerabstand eingehalten sei.

**7.** Der Rekurrent beantragt eventualiter weiter, dass D.\_\_\_\_ mittels Auflage im Patent anzuhalten sei, auf die Nachbarschaft Rücksicht zu nehmen und Lärmimmissionen auf einem Minimum zu halten.

Art. 21 Abs. 2 Bst. a GWG verpflichtet den Patentinhaber dafür zu sorgen, dass die Nachbarschaft nicht durch übermässige Einwirkungen belästigt wird. Die vom Rekurrenten beantragten Verpflichtungen ergeben sich somit bereits aus dem Gesetz und müssen nicht mittels Auflage ausdrücklich im Patent erwähnt werden. Eine solche Auflage würde sich höchstens dann rechtfertigen, wenn der Patentinhaber in der Vergangenheit gegen Art. 21 Abs. 2 Bst. a GWG verstossen hätte, was im vorliegenden Fall nicht zutrifft.

**8.** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in teilweiser Gutheissung des Rekurses das angefochtene Patent insofern einzuschränken ist, als die Fläche der Gartenwirtschaft, die sich an der Nordfassade unter den Fenstern der Wohnung des Rekurrenten befindet, gastwirtschaftsrechtlich nicht für den Betrieb des «H.\_\_\_\_» genutzt werden darf. Im Übrigen ist der Rekurs abzuweisen.

**9.**

**9.1.** Die amtlichen Kosten für den vorliegenden Rekursentscheid sind gemäss Nr. 10.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung (sGS 821.5) auf Fr. 3'000.– festzulegen.

**9.2.** 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 (vgl. Urs Peter Cavelti/Thomas Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen - dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, St.Gallen 2003, Rz. 800 f.). Nach Art. 95 Abs. 2 VRP gehen allerdings Kosten, die ein Beteiligter durch Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften veranlasst, zu seinen Lasten.

Die Rechtsbegehren des Rekurrenten werden zum weit überwiegenden Teil abgewiesen. Demzufolge hat entsprechend Art. 95 Abs.1 VRP grundsätzlich



der Rekurrent die amtlichen Kosten zu tragen. Da aber die Vorinstanz die Verfahrensrechte des Rekurrenten im vorinstanzlichen Verfahren erheblich verletzt hat, ist sie gestützt auf Art. 95 Abs. 2 VRP mit Fr. 500.– an den amtlichen Kosten zu beteiligen, wobei ihr die Kosten in Abweichung von Art. 95 Abs. 3 VRP nicht erlassen werden können.

**9.3.** 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 D.\_\_\_\_ und der beigeladene F.\_\_\_\_ stellen ein Begehren auf Parteientschädigung. Die Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung ist aufgrund der sich aus tatsächlicher und rechtlicher Sicht stellenden Fragen in Bezug auf alle drei Verfahrensbeteiligte zu bejahen.

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

**9.3.2.** Weil der Rechtsvertreter von D.\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_ 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 D.\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_ mit insgesamt Fr. 2'500.– (inkl. Barauslagen und MWSt) ausseramtlich zu entschädigen.

**9.3.3.** Der Verfahrensbeteiligten G.\_\_\_\_ ist mangels entsprechendem Antrag und weil ihr keine Anwaltskosten entstanden sind keine Parteientschädigung zuzusprechen.



## Entscheid

1. Der Rekurs wird teilweise gutgeheissen und das angefochtene Patent dahingehend beschränkt, dass die Fläche der Gartenwirtschaft, die sich an der Nordfassade unter den Fenstern der Wohnung des Rekurrenten befindet, gastwirtschaftsrechtlich nicht für den Betrieb des «H.\_\_\_\_» genutzt werden darf.

Im Übrigen wird der Rekurs abgewiesen.

2. Die amtlichen Kosten für den vorliegenden Rekursentscheid werden auf Fr. 3'000.– festgelegt. Davon werden Fr. 2'500.– A.\_\_\_\_ und Fr. 500.– der Politischen Gemeinde Y.\_\_\_\_ auferlegt.

Der Kostenvorschuss von A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ aus dem Verfahren VD/G-16.03 wird auf den Kostenanteil von A.\_\_\_\_ angerechnet.

3. A.\_\_\_\_ hat D.\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_ eine ausseramtliche Entschädigung von insgesamt Fr. 2'500.– (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

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.