Fall-Nr.:	VD/G-14.06
Stelle:	Generalsekretariat Volkswirtschaftsdepartement
Instanz:	Volkswirtschaftsdepartement
Publikationsdatum:	07.09.2020
Entscheiddatum:	06.03.2015

Rekursentscheid VD; Gewerberecht, Verfahrensrecht

Das Rechtsschutzinteresse hat grundsätzlich aktuell zu sein. Fällt das Interesse im Verlauf des Verfahrens dahin, so ist die Streitsache in der Regel als gegenstandslos abzuschreiben (GVP 1991 Nr. 61). Typischerweise ist dies dann der Fall, wenn der Zeitraum, für den eine Bewilligung verlangt wurde, verstrichen ist (GVP 1972 Nr. 34). In Ausnahmefällen kann indessen auf das Erfordernis der Aktualität des Rechtsschutzinteresses verzichtet werden. Eine Ausnahme ist namentlich dann gegeben, wenn wegen der Dauer des Rechtsmittelverfahrens ansonsten nie rechtzeitig ein endgültiger Entscheid in Grundsatzfragen herbeigeführt werden könnte, oder wenn es sich um einen Sachverhalt handelt, der sich in Zukunft in gleicher Weise wiederholen könnte. Vorliegend geht es um eine Bewilligung, die für die Zeit vom tt. bis tt. mmm 2014 erfolglos beantragt wurde. Mithin ist der Bewilligungszeitraum bereits verstrichen. Es besteht somit für den Rekurrenten kein aktuelles Interesse an der Bewilligungserteilung für das Jahr 2014 mehr. Die Beantwortung der Frage, ob dem Rekurrenten die Standbewilligung für den Jahrmarkt zu Unrecht verweigert wurde, ist indessen von grundsätzlicher Bedeutung. Dieselbe Frage kann sich jedes Jahr von Neuem stellen, ohne dass jemals in einem Rechtsmittelverfahren rechtzeitig ein endgültiger Entscheid herbeigeführt werden könnte. Anfechtungsobjekt im vorliegenden Rekursverfahren ist ein Rekursentscheid des Gemeinderates und nicht die darin bestätigte erstinstanzliche Verfügung. Dementsprechend hat sich das Volkswirtschaftsdepartement mit der Begründung auseinanderzusetzen, die dem angefochtenen Rekursentscheid zugrunde liegt. Eine andere Frage ist, ob der Gemeinderat dem Rekurrenten die anbegehrte Standbewilligung mit einer anderen Begründung, als sie der Verfügung vom 23. April 2014 zugrunde lag, verweigern durfte. Dies ist grundsätzlich zu bejahen. Im verwaltungsinternen Rechtsmittelverfahren ist auf den Sachverhalt abzustellen, wie er sich im Zeitpunkt des Rechtsmittelentscheids präsentiert. Das gilt selbst dann, wenn während der Rechtshängigkeit des Rechtmittels neue Tatsachen zum Sachverhalt, welcher der ursprünglichen Verfügung zugrunde lag,

© Kanton St.Gallen 2026

hinzutreten (GVP 1988 Nr. 99). Der Gemeinderat durfte daher im vorinstanzlichen Rekursverfahren Informationen - insbesondere über die Eignung des Rekurrenten als Marktfahrer - , die offenbar erst nach Erlass der Verfügung der Bauverwaltung bekannt geworden waren, berücksichtigen und in der Folge seinem Rekursentscheid vom 5. Mai 2014 eine von der Verfügung der Bauverwaltung abweichende Begründung zugrunde legen. Eine solche sogenannte Motivsubstitution ist zulässig). Den Parteien ist aber vor einer Motivsubstitution das rechtliche Gehör zu gewähren, wenn sich die Rechtsmittelinstanz auf Rechtsnormen oder Rechtsgründe stützen will, die im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurden, auf die sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit deren Erheblichkeit sie nicht rechnen konnten.

vgl. PDF

© Kanton St.Gallen 2026

Kanton St.Gallen
Volkswirtschaftsdepartement

VD/G-14.06

Entscheid vom 6. März 2015

Rekurrent

A.___, vertreten durch RA B.___

gegen

Vorinstanz

Gemeinderat Z.___

Betreff

Rekursentscheid des Gemeinderates vom 5. Mai 2014;
Verweigerung einer Standbewilligung für den Jahrmarkt 2014

Sachverhalt

A.

a. Mit Schreiben vom 10. Januar 2014 bewarb sich A.___ bei der Gemeinde Z.___ um einen Standplatz für seine Softeis-, Granita- und Zuckerwattemaschine am Z.___er Jahrmarkt vom tt. bis tt. mmm 2014. Der Z.___er Jahrmarkt findet jährlich auf dem Marktplatz statt.

b. Am 2. April 2014 erteilte die zuständige Sachbearbeiterin der Bauverwaltung A.___ eine Absage. Begründet wurde die Absage mit den vielen Anmeldungen für den Z.___er Jahrmarkt. In der Folge verlangte A.___, vertreten durch RA B.___, den Erlass einer anfechtbaren Verfügung.

c. Am 23. April 2014 verfügte die Bauverwaltung was folgt:

1. A.___ erhält keine Standplatzbewilligung für den Jahrmarkt vom tt. bis tt. mmm 2014.
2. Die Entscheidgebühr beträgt CHF 100.

Die Bauverwaltung begründete die ablehnende Verfügung mit der begrenzten Kapazität des Z.___er Jahrmarkts. 74 Zusagen stünden 35 Absagen gegenüber. Weiter führte die Bauverwaltung aus, bei der Auswahl werde auf ein ausgewogenes und marktgerechtes Angebot geachtet. Das entsprechende Angebot an Softeis und Zuckerwatte sei bereits durch die C.___GmbH (D.___) abgedeckt, weshalb A.___ nicht berücksichtigt werden könne. An den Märkten in der ganzen Schweiz sei es üblich, dass Marktfahrer, welche Mitglied des Marktverbandes seien und schon mehrere Jahre am selben Markt teilnehmen würden, Anspruch auf einen Standplatz hätten. Dies treffe auf D.___ zu.

B. Gegen die Verfügung der Bauverwaltung erhob A.___s Rechtsvertreterin mit Eingabe vom 25. April 2014 Rekurs beim Gemeinderat Z.___ und stellte folgende Rechtsbegehren:

1. Die Verfügung der Bauverwaltung (Marktwesen) der Gemeinde Z.___ vom 23. April 2014 sei aufzuheben.
2. Es sei dem Rekurrenten für den Z.___er Jahrmarkt vom tt. bis tt. mmm 2014 ein Standplatz zum Verkauf von Softeis, Granita und Zuckerwatte zuzuteilen.
3. Die Bewilligung sei unter dringlicher Anordnung, eventualiter durch Präsidialverfügung, zu erteilen. Allenfalls ist sicherzustellen, dass der Rekurrent am Markt vom tt. bis tt. mmm 2014 teilnehmen kann, indem die Bewilligung als vorsorgliche Massnahme nach Art. 18 VRP erteilt wird.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Zur Begründung führte die Rechtsvertreterin Folgendes aus:

- Der Rekurrent bewerbe sich seit dem Jahr 2008 jährlich um einen Standplatz und erhalte regelmässig Absagen. Dabei habe der Rekurrent festgestellt, dass D.___ für den Verkauf von Softeis und Zuckerwatte regelmässig zwei Marktstände zugeteilt erhalte.
- Vom Rekurrenten könne nicht verlangt werden, Mitglied des Marktverbandes oder langjähriger Marktfahrer zu sein, um einen Standplatz zu erhalten.
- Gemäss Art. 13 Bst. b Marktreglement müsse der Rekurrent Gewähr für eine ordnungsgemässe Ausübung des Marktgewerbes bieten. In der Verfügung der Bauverwaltung werde dies nicht in Frage gestellt. Hingegen sei es wohl kein Zufall, dass das Amt für Verbraucherschutz des Kantons St.Gallen genau jetzt eine unangekündigte Lebensmittelkontrolle beim Rekurrenten durchgeführt habe.
- Aus der in Art. 27 Bundesverfassung (SR 101; abgekürzt BV) verankerten Wirtschaftsfreiheit folge, dass die Gemeinde den Zugang zum Markt nicht mit fadenscheinigen Begründungen verhindern dürfe.
- Der Rekurrent habe Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden.
- Der Rekurs sei dringlich zu behandeln, damit der Rekurrent am Markt vom tt. bis tt. mmm 2014 teilnehmen könne. Allenfalls sei mittels vorsorglicher Massnahme sicherzustellen, dass der Rekurrent am Markt teilnehmen könne.

C.

a. Am 5. Mai 2014 um 09.19 Uhr teilte der Ratsschreiber von Z.___, A.___s Rechtsvertreterin per E-Mail mit, dass der Gemeinderat den Rekurs noch am Abend des 5. Mai 2014 behandeln werde.

b. Die Rechtsvertreterin reichte darauf am 5. Mai 2014 um 14.35 Uhr per Fax eine weitere Stellungnahme ein. Darin machte sie eine schädliche und rechtswidrige Kommunikation zwischen der Bauverwaltung bzw. der Marktkommission Z.___ und dem Marktverband geltend. Die Sachbearbeiterin der Bauverwaltung habe sich im April 2014 beim Marktverband erkundigt, ob der Rekurrent überhaupt eine Bewilligung als Marktfahrer besitze. In der Folge habe ein Mitglied des Marktverbands den Rekurrenten gewarnt, er werde ihm in Zukunft keinen Standplatz am Markt in Y.___ SG mehr zuteilen und auch andere Märkte würden ihm keine Standplätze mehr zuteilen, wenn er den Rekurs nicht zurückziehe und sich bei der Gemeinde Z.___ entschuldige. Hintergrund der rechtswidrigen Kommunikation bildete gemäss der Rechtsvertreterin ein Wortwechsel zwischen der Sachbearbeiterin der Bauverwaltung und dem Rekurrenten, als dieser nach der Absage für den Z.___er Jahrmarkt 2014 persönlich bei der Bauverwaltung vorstellig geworden war.

D. Mit Protokollauszug vom 5. Mai 2014 erliess der Gemeinderat folgenden Rekursentscheid:

1. Der Rekurs wird abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr von CHF 400 wird dem Rekurrenten auferlegt.

Zur Begründung führte der Gemeinderat Folgendes aus:

- Das kantonale Recht enthalte keine abschliessende Regelung über die Durchführung von Marktveranstaltungen. Da der vorliegende Sachverhalt somit den Autonomiebereich der Gemeinde Z.___ betreffe, verfüge der Gemeinderat über einen grossen Ermessensspielraum.
- Der Rekurrent sei bekannt für sein auffälliges Verhalten. Es lägen Informationen vor, zum Beispiel aus X.___, wonach sich das Verhalten des Rekurrenten auch in anderen Gemeinden als sehr schwierig erwiesen habe. Es bestehe ein erhebliches Risiko, dass es am Z.___er Jahrmarkt zu Problemen kommen könnte, wenn der Rekurrent dort einen Stand betreibe. Die Bauverwaltung habe dieses Risiko nicht eingehen wollen und daher nicht willkürlich sondern sachlich begründet gehandelt, als sie dem Rekurrenten einen Standplatz am Jahrmarkt verweigerte. Demgegenüber führe sich das Team der C.___GmbH am Jahrmarkt in Z.___ stets korrekt auf.
- Im Übrigen wäre es nicht möglich, dem Rekurrenten derart kurzfristig einen Standplatz zuzuteilen. Der Jahrmarkt 2014 sei restlos belegt und es sei kein einziger Standort mehr verfügbar, der dem Rekurrenten zugewiesen werden könnte.

Die ergänzende Stellungnahme des Rekurrenten vom 5. Mai 2014 wurde in der ab 15.00 Uhr beginnenden Sitzung des Gemeinderats nicht mehr berücksichtigt.

E. Gegen den Rekursentscheid des Gemeinderates erhob A.___s Rechtsvertreterin mit Eingabe vom 15. Mai 2014 Rekurs beim Volkswirtschaftsdepartement mit folgenden Rechtsbegehren:

1. Der Rekursentscheid der Gemeinde Z.___, vertreten durch den Gemeinderat, vom 5. Mai 2014 und die entsprechende Verfügung der Bauverwaltung der Gemeinde Z.___ vom 23. April 2014 seien aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass die Bewilligung zur Standzuteilung anlässlich des Z.___er Jahrmarkts vom tt. bis tt. mmm 2014 zu Unrecht nicht erteilt wurde.
3. Die Gemeinde Z.___ sei zu verpflichten, dem Rekurrenten anlässlich des Z.___er Jahrmarkts im Frühling 2015 einen Standplatz zuzuteilen.
4. Die Gemeinde Z.___ sei zu verpflichten, den Rekurrenten für die in den Verfahren vor der Gemeinde – Rekursverfahren und Bewilligungsverfahren – aufgelaufenen Parteikosten von CHF 2'656.35 zu entschädigen.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Gemeinde Z.___.

Als Begründung führte die Rechtsvertreterin des Rekurrenten zusammengefasst Folgendes an:

- Der Rekurrent habe ein Interesse an der Beantwortung der sich im Verfahren stellenden Frage, auch wenn die Ablehnung den Jahrmarkt vom tt. bis tt. mmm 2014 betroffen habe. Eine rechtzeitige Bewilligung wäre jeweils nicht möglich, wenn diese jedes Mal im Rekursverfahren erhältlich gemacht werden müsste.
- Die Eingabe des Rekurrenten vom 5. Mai 2014 sei vom Gemeinderat Z.___ bei dessen Entscheid nicht berücksichtigt worden. Die Eingabe sei im vorliegenden Verfahren vor dem Volkswirtschaftsdepartement zu berücksichtigen.
- Der Rekurrent habe schon im Jahr 2013 eine Absage erhalten, worauf ihm die Sachbearbeiterin der Bauverwaltung versprochen habe, sie werde im Jahr 2014 sehen, was sich machen lasse. Als der Rekurrent im Jahr 2014 wieder eine Absage erhalten habe, habe er sich persönlich bei der Sachbearbeiterin gemeldet, wobei es zu einem lauteren Wortwechsel gekommen sei. Dabei seien aber keine bösen Worte gefallen. Daraufhin habe sich die Sachbearbeiterin beim Marktverband über den Rekurrenten erkundigt und sich dabei negativ über den Rekurrenten geäussert.
- Der Rekurrent sei als Marktfahrer darauf angewiesen, Standplätze an Märkten zugeteilt zu erhalten. Das Vorgehen der Gemeinde Z.___ sei für ihn ein Einschnitt in die Handels- und Gewerbefreiheit sowie kredit- und rufschädigend.
- Ein Konkurrent des Rekurrenten, die C.___GmbH (D.___), erhalte jedes Jahr nicht nur einen, sondern sogar zwei Standplätze zugeteilt. Die C.___GmbH verkaufe ebenfalls Softeis und Zuckerwatte. Es bestünden keine objektiven Unterschiede zwischen der C.___GmbH und dem Rekurrenten, weshalb der Rekurrent gleich wie die C.___GmbH zu behandeln sei.
- Hätte es ausser aus X.___ noch aus anderen Gemeinden negative Rückmeldungen über den Rekurrenten gegeben, so hätte der Gemeinderat diese zweifellos in seinem Rekursentscheid zitiert. Das Problem in X.___ sei auf ein widersprüchliches Verhalten der dortigen Marktkommission zurückzuführen gewesen.
- Das Gespräch zwischen der Sachbearbeiterin der Bauverwaltung und dem Rekurrenten sei kein objektiver Ablehnungsgrund. Erstens werde die Darstellung, dass sich der Rekurrent auffällig benommen habe, bestritten. Zweitens gehe es hier wie auch in X.___ um Verhandlungen mit den Marktkommissionen und nicht um das Verhalten am Markt selber. Auf zahlreichen Märkten in anderen Gemeinden – die Rechtsvertreterin zählt 18 Gemeinden auf – habe es nie Reklamationen gegeben, weshalb es an den Haaren herbeigezogen sei, wenn der Gemeinderat behaupte, der Rekurrent stelle ein nicht unerhebliches Risiko für negative Auswirkungen auf die Gesamtveranstaltung dar.

F. Mit Eingabe vom 3. Juli 2014 stellte der Gemeinderat dem Volkswirtschaftsdepartement folgende Rechtsbegehren:

1. Der Rekurs sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Rekurrenten.

Dazu führte der Gemeinderat zusammengefasst Folgendes aus:

- Die Stellungnahme des Rekurrenten vom 5. Mai 2014 sei zu spät eingegangen. Um 14.36 Uhr sei die Faxmitteilung bei der zentralen Anlaufstelle im Z.___er Rathaus (Einwohneramt) eingegangen und um 15.20 Uhr per E-Mail an den Ratsschreiber weitergeleitet worden. Deshalb habe die Faxmitteilung den Ratsschreiber nicht mehr vor der um 15.00 Uhr beginnenden Gemeinderatssitzung erreicht.
- Die Behauptung des Rekurrenten, wonach sich die Sachbearbeiterin der Bauverwaltung negativ gegenüber Dritten über ihn geäussert hätte, sei reine Spekulation und treffe nicht zu.
- Die Gemeinde Z.___ habe kein Interesse daran, den Rekurrenten gegenüber Dritten in ein schlechtes Licht zu rücken. Aufgrund der Rückmeldungen aus anderen Gemeinden sei aber davon auszugehen, dass auch andere Märkte den Rekurrenten nicht berücksichtigen würden. Dafür könne nicht die Gemeinde Z.___ verantwortlich gemacht werden.
- Den Gemeinden komme bei der Vergabe von Standplätzen ein grosser Ermessensspielraum zu. Vorliegend sei ein Mitkonkurrent des Rekurrenten aus sachlichen Gründen bevorzugt behandelt worden. Rückmeldungen von anderen Marktveranstaltern hätten gezeigt, dass der Rekurrent einen mehr als nur zweifelhaften Ruf geniesse. Er drohe, beleidige, beschimpfe, betreibe Terror und werde handgreiflich. Dies sei Grund genug gewesen, der Konkurrenz den Vorzug zu geben. Weil die Gemeinde Z.___ den Ball habe flach halten wollen, sei zunächst bewusst davon abgesehen worden, von anderen Marktveranstaltern schriftliche Stellungnahmen dazu einzufordern.

Seiner Eingabe legte der Gemeinderat ein Schreiben der Gemeinde X.___ vom 5. Juni 2014 und eine E-Mail der Gemeinde W.___ vom 30. Juni 2014 bei. Gemäss dem Schreiben der Gemeinde X.___ war A.___ trotz einer Absage einfach am X.___er Markt vom 14. August 2011 erschienen und habe sich vom Marktchef nicht vom Platz weisen lassen. Neben vielen Beschimpfungen und Drohungen habe er die Präsidentin der dortigen Marktkommission privat belästigt und einen regelrechten Telefonterror betrieben. Gemäss der E-Mail der Gemeinde W.___ sei A.___ am Markt in V.___ ebenfalls einfach am Markt erschienen. Dort habe er ohne Einverständnis seinen Stand aufstellen wollen, habe Terror gemacht und sei handgreiflich geworden, so dass seine Frau ihn habe zurückpfeifen müssen. Dazu habe der Rekurrent den Marktchef als Rassisten beschimpft. Gemäss der E-Mail der Gemeinde W.___ sei es auch schon zu Konflikten zwischen A.___ und der Marktchefin von U.___ gekommen.

G. Mit Schreiben vom 29. Juli 2014 reichte die Rechtsvertreterin des Rekurrenten eine weitere Stellungnahme ein. Zusammengefasst führte sie Folgendes aus:

- Die Eingabe vom 5. Mai 2014 hätte dem Gemeinderat Z.___ problemlos noch bekannt gegeben werden können. Die zusätzliche Eingabe wäre für dessen Entscheid wesentlich gewesen.
- Es sei unzutreffend, dass die Sachbearbeiterin der Bauverwaltung sich nie negativ über den Rekurrenten geäussert habe. Die Sachbearbeiterin habe der Rechtsvertreterin gegenüber am 16. April 2014 am Telefon geäussert, dass sie "dem" (A.___) bestimmt keine Bewilligung erteilen werde.
- Die Behauptung der Vorinstanz, wonach sachliche Gründe für die Bevorzugung eines Mitkonkurrenten gesprochen hätten, sei unzutreffend und widersprüchlich. Zunächst habe die Gemeinde Z.___ die Absage mit zu vielen Anmeldungen begründet. Dabei sei es aber nur um eine Bevorzugung des Marktfahrers D.___ gegangen, der seit kurzem über zwei Marktstände verfügen würde. Erst nachdem der Rekurrent eine Gleichbehandlung verlangt habe, sei von der Vorinstanz nach anderen Gründen für die Ablehnung gesucht worden.
- Die Schreiben der Gemeinden X.___ und W.___ seien zu relativieren. Es handle sich hier um Gefälligkeitsantworten unter Gemeindeverantwortlichen, die sich kennen und offensichtlich gegenseitig unterstützen würden.
- Diskussionen habe es nur in den Gemeinden Z.___, X.___ und W.___ gegeben, wo der Rekurrent sich nicht ohne Grund schlecht und ungleich behandelt gefühlt habe. Daneben trete er an Dutzenden von anderen Märkten auf, ohne dort je Anstände mit den Marktorganisatoren zu haben. Unzutreffend sei auch, dass sich der Rekurrent im Rathaus Z.___ im Ton vergriffen habe. Es seien lediglich die Stimmen beider Seiten lauter geworden, so dass ein Büronachbar der zuständigen Sachbearbeiterin gefragt habe, ob alles in Ordnung sei.
- Die Ausführungen der Gemeinde X.___ entsprächen nicht dem effektiven Geschehen. Der Rekurrent habe in X.___ unerwartet eine Absage erhalten, nachdem er dort am Markt zuvor noch einen Standplatz zum Verkauf von Softeis und Zuckerwatte erhalten und seinen Stand problemlos betrieben hatte. Es sei in X.___ weder zu Beschimpfungen noch Drohungen gekommen.
- Am Markt in W.___ sei nach der Pensionierung des bisher jeweils berücksichtigten Eisverkäufers ein Schweizer Eisverkäufer statt des Rekurrenten berücksichtigt worden, obschon sich der Rekurrent schon seit Jahren beworben hatte. Der Rekurrent gehe davon aus, dass er in gewissen Fällen als Ausländer nachteilig behandelt werde. Die von der Gemeinde W.___ angeführte Marktchefin von U.___ sei überdies selber Marktfahrerin und deshalb auf den Goodwill der Gemeinden angewiesen, was bei der Beweistauglichkeit von allfälligen Ausführungen ihrerseits zu berücksichtigen wäre.

- Der Marktverband habe sich gegenüber der Gemeinde Z.___ nicht über eigene Wahrnehmungen geäussert. Die Äusserungen des Verantwortlichen des Marktverbandes, der selber Marktfahrer sei, zeigten lediglich, dass die Marktfahrer der Willkür der Marktkommission ausgesetzt seien. Diese Willkür werde von der Vorinstanz rechtsmissbräuchlich als ihr Ermessenspielraum angesehen.

- Der Rekurrent bestreite, dass es zu Drohungen oder Beleidigungen gekommen sei. Zu Handgreiflichkeiten sei es seinerseits nie gekommen. Auch sei es noch nie zu Auseinandersetzungen mit anderen Marktfahrern oder zu Reklamationen von Konsumenten gekommen.

H. Mit Duplik vom 25. August 2014 führte der Gemeinderat zusammengefasst Folgendes aus:

- Aufgrund des zeitlichen Ablaufs habe dem Gemeinderat die Möglichkeit gefehlt, das kurzfristig per Fax eingereichte Schreiben des Rekurrenten in die Beratung vom 5. Mai 2014 miteinzubeziehen. Es sei praxisfremd und absurd, zu verlangen, dass das Einwohneramt, welches Kundenkontakt am Schalter unterhalte, mit der Weiterleitung des Fax nicht hätte 44 Minuten zuwarten dürfen und dass elektronische Postfächer im Minutentakt geleert werden müssten. Der diesbezügliche Dialog wäre im Übrigen nicht zu führen, wenn der Rekurrent schon mit der Rekurseingabe an den Gemeinderat eine vollständige Begründung abgegeben hätte.

- Der Rekurrent halte krampfhaft an Spekulationen fest, wonach die Gemeinde Z.___ ein rufschädigendes Telefonat mit dem Marktverband geführt habe, was nicht der Fall gewesen sei.

- In den vergangenen dreieinhalb Jahren sei es in der Gemeindeverwaltung zu drei Wechseln in der Sachbearbeitung für das Marktwesen gekommen, weshalb es die vom Rekurrenten vermutete Vernetzung zu anderen Marktorganisationen nicht gebe. Deshalb seien auch keine "Gefälligkeitsantworten" zu erwarten.

- Der C.___GmbH seien anstelle eines grossen zwei relativ kleine Standplätze zugewiesen worden. An einem Stand seien Softeis und Zuckerwatte und am anderen Stand Marroni angeboten worden. Marroni stünden nicht im Angebot des Rekurrenten. Am relativ kleinen Z.___er Jahrmarkt sei Zuckerwatte neben der C.___GmbH zudem noch von drei weiteren Marktfahrern, u.a. von E.___, angeboten worden.

- Der Rekurrent habe sich bei der zuständigen Sachbearbeiterin massiv im Ton vergriffen, was verschiedene Zeugen bestätigen könnten. So sei der Leiter der Abteilung Sicherheit auf den Vorfall aufmerksam geworden, obschon sich dessen Büro relativ weit entfernt von der Bauverwaltung befinde, so dass er sich zum Einschreiten veranlasst gesehen habe.

- Die Einzelheiten der Vorfälle in X.___ und W.___ seien der Gemeinde Z.___ nicht bekannt. Es sei aber nicht anzunehmen, dass sich gleich zwei Gemeinden grundlos derart negativ über einen Marktfahrer äussern würden. Die Drohungen, Beleidigungen und Handgreiflichkeiten seien damit immerhin schriftlich belegt.

I. Mit Schreiben vom 11. September 2014 reichte die Rechtsvertreterin des Rekurrenten eine weitere Stellungnahme ein. Zusätzlich zu ihren früheren Vorbringen, welche sie im Wesentlichen wiederholte, führte sie neu aus:

- Offenbar habe die C.___GmbH sogar drei Standplätze am Z.___er Jahrmarkt 2014 belegt. Bekannt sei, dass die C.___GmbH die Standplätze Nr. 001 und 002 belegt habe. Der Rekurrent habe aber festgestellt, dass die C.___GmbH zwei weit voneinander entfernte Stände führte. Zudem sei es unzutreffend, dass die C.___GmbH jeweils an einem Stand Marroni und am anderen Stand Softeis und Zuckerwatte verkaufe. Marroni würden regelmässig nur in der kalten Jahreszeit und nicht im Monat mmm angeboten. Der Rekurrent habe am Jahrmarkt vom tt. bis tt. mmm 2014 Fotos gemacht, auf denen zu sehen sei, dass an zwei Marktständen der C.___GmbH Softeis verkauft wurde und zumindest an einem noch zusätzlich Zuckerwatte.
- Die Vorinstanz behaupte, noch weitere Marktfahrer hätten Zuckerwatte verkauft. Von den aufgezählten Marktfahrern verkaufe zumindest E.___ keine Zuckerwatte. Offenbar wisse die Vorinstanz jeweils selber nicht, welche Marktfahrer welche Produkte verkaufen würden.
- Die Vorinstanz behaupte, es sei nicht möglich gewesen, dem Rekurrenten kurzfristig noch einen Standplatz für den Jahrmarkt 2014 zuzuweisen. Dies sei widerlegt. Fotos des Rekurrenten sei zu entnehmen, dass mehrere Stände leer geblieben und auch sonst noch freie Standplätze vorhanden gewesen seien.

Ihrer Stellungnahme legte die Rechtsvertreterin zum Beweis mehrere Fotos bei, die vom Rekurrenten selber am tt. mmm 2014 am Z.___er Jahrmarkt aufgenommen worden seien.

J. Mit Eingabe vom 29. September 2014 hielt der Gemeinderat an seinen bisherigen Rechtsbegehren fest. In formeller Hinsicht führte er aus, zufolge ferienbedingter Abwesenheit des Gemeindepräsidiums werde die Eingabe durch den Ratsschreiber unterzeichnet. Falls die Rekursinstanz eine Doppelunterschrift fordere, sei eine Nachfrist anzusetzen. Zu den neuen Vorbringen des Rekurrenten vom 11. September 2014 führte der Gemeinderat bzw. der Ratsschreiber im Wesentlichen aus:

- Die C.___GmbH habe wie vom Rekurrenten angeführt die Standplätze Nr. 001 und 002 belegt. Dem Situationsplan sei zu entnehmen, dass diese beiden Standplätze nicht nebeneinander gelegen hätten. Ableitungen, wonach der C.___GmbH drei Standplätze am Jahrmarkt zugeteilt wurden, seien absurd. Auch seien die beiden Standplätze Nr. 001 und 002 zusammen kleiner als beispielsweise der Standplatz Nr. 003 gewesen. Nur am Standplatz Nr. 002 sei zudem das mit dem Rekurrenten in Konkurrenz stehende Angebot Softeis und Zuckerwatte angeboten worden.

- Eines der vom Rekurrenten ins Recht gelegten Fotos (act. 9 des Rekurrenten) sei nicht auf dem Z.___er Jahrmarkt aufgenommen worden. Es fehle im Hintergrund das Hotel Taucher und die darauf erkennbare Baumgruppe stehe definitiv nicht auf dem Z.___er Marktplatz. Auf einem weiteren der eingereichten Fotos sei zudem nicht wie vom Rekurrenten behauptet D.___ zu sehen.
- Am Markt vom tt. bis tt. mmm 2014 seien sämtliche Standplätze belegt gewesen. Am tt. mmm 2014 hätten Sturmböen teilweise Stände umgerissen, weshalb verschiedene Stände früher geräumt worden seien. Ein vom Rekurrenten eingereichtes Foto zeige zudem einen privaten Platz ausserhalb des Marktgeländes, der für den Markt gar nicht zur Verfügung stehe.
- Weiter habe E.___ am Z.___er Jahrmarkt Zuckerwatte verkauft. Dies sei anhand einer Bildaufnahme vom tt. mmm 2014 (act. 7 zur Eingabe vom 29. September 2014) belegt. Wieder behaupte der Rekurrent Dinge, die ganz einfach nicht stimmten.

K.

a. Der Rechtsdienst des Volkswirtschaftsdepartements setzte der Vorinstanz zur ordentlichen Unterzeichnung ihrer Eingabe vom 29. September 2014 eine Frist bis 20. Oktober 2014.

b. Mit Schreiben vom 6. Oktober 2014 beschwerte sich die Rechtsvertreterin des Rekurrenten beim Rechtsdienst des Volkswirtschaftsdepartements über die der Vorinstanz gewährte Nachfrist und verlangte, Eingabe vom 29. September 2014 sei - auch wenn sie nachträglich noch ordentlich unterzeichnet werde - im Verfahren nicht zu berücksichtigen.

c. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2014 reichte die Vorinstanz eine vom Gemeindepräsidenten und dem Ratsschreiber gemeinsam unterzeichnete Version ihrer Eingabe vom 29. September 2014 nach.

L. Am 3. November 2014 stellte der Rechtsdienst des Volkswirtschaftsdepartements der Rechtsvertreterin des Rekurrenten die von der Vorinstanz zusammen mit der Eingabe vom 29. September 2014 eingereichten Akten zu.

M. Mit Eingabe vom 14. November 2014 gab die Rechtsvertreterin des Rekurrenten eine weitere Stellungnahme ab. Zusätzlich zu ihren früheren Vorbringen führte sie zusammengefasst Folgendes aus:

- Die Eingaben der Vorinstanz vom 29. September bzw. 17. Oktober 2014 seien aus dem Recht zu weisen.
- Auf dem Standplatz Nr. 001 seien von der C.___GmbH erst ab Sonntag den tt. mmm 2014 Marroni verkauft worden. Am tt. und tt. mmm 2014 seien dagegen an beiden Ständen der C.___GmbH Softeis und Zuckerwatte verkauft worden. Der Rekurrent gehe davon aus, dass der Wech-

sel auf Marroni am Stand Nr. 001 erst am tt. mmm 2014 erfolgt sei, weil entweder die C.___GmbH wegen dem laufenden Rekursverfahren von der Vorinstanz dazu aufgefordert worden war oder wegen dem kühleren Wetter am Sonntag.

- Die vom Rekurrenten eingereichten Fotos seien auf dem Z.___er Marktplatz aufgenommen worden und es sei auch Herr D.___, der darauf zu sehen sei.
- Von E.___ sei am Jahrmarkt 2014 jedenfalls kein Softeis angeboten worden. Zudem stehe die Zuckerwattemaschine, die auf dem von der Vorinstanz eingereichten Foto von E.___s Stand zu erkennen sei, praktisch unzugänglich hinter anderen Produkten.
- Das Volkswirtschaftsdepartement habe sich im vorliegenden Verfahren nur an den Ablehnungsgründen in der ursprünglichen Verfügung der Bauverwaltung vom 23. April 2014 zu orientieren, wogegen die vom Gemeinderat Z.___ in seinem Rekursentscheid vom 5. Mai 2014 nachgeschobenen Gründe im vorliegenden Rekursverfahren nicht zu beachten seien.

N. Auf die (weiteren) Ausführungen der Beteiligten wird – soweit entscheidwesentlich – in den Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1.

1.1 Ob auf den Rekurs eingetreten werden kann, ist von Amtes wegen zu prüfen. Die Zuständigkeit des Volkswirtschaftsdepartements als Rechtsmittelinstanz ist nach Art. 43bis des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, abgekürzt VRP) i.V.m. Art. 21 Bst. h des Geschäftsreglements der Regierung und der Staatskanzlei (sGS 143.3, abgekürzt GeschR) gegeben. Der Rekurs wurde innert Frist eingereicht und genügt den Formvorschriften (Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP).

1.2 Einer eingehenderen Prüfung bedarf die Frage nach der Rekurslegitimation. Nach Art. 45 Abs. 1 VRP ist zur Erhebung des Rekurses berechtigt, wer an der Änderung oder Aufhebung der Verfügung oder des Entscheids ein eigenes schutzwürdiges Interesse dartut. Das Rechtsschutzinteresse hat grundsätzlich aktuell zu sein. Fällt das Interesse im Verlauf des Verfahrens dahin, so ist die Streitsache in der Regel als gegenstandslos abzuschreiben (GVP 1991 Nr. 61). Typischerweise ist dies dann der Fall, wenn der Zeitraum, für den eine Bewilligung verlangt wurde, verstrichen ist (GVP 1972 Nr. 34). In Ausnahmefällen kann indessen auf das Erfordernis der Aktualität des Rechtsschutzinteresses verzichtet werden. Eine Ausnahme ist namentlich dann gegeben, wenn wegen der Dauer des Rechtsmittelverfahrens ansonsten nie rechtzeitig ein endgültiger Entscheid in Grundsatzfragen herbei-

geführt werden könnte, oder wenn es sich um einen Sachverhalt handelt, der sich in Zukunft in gleicher Weise wiederholen könnte (Urs Peter Cavelti/ Thomas Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.Gallen – dargestellt an den Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, St.Gallen 2003, Rz. 401).

Vorliegend geht es um eine Bewilligung, die für die Zeit vom tt. bis tt. mmm 2014 erfolglos beantragt wurde. Mithin ist der Bewilligungszeitraum bereits verstrichen. Es besteht somit für den Rekurrenten kein aktuelles Interesse an der Bewilligungserteilung für das Jahr 2014 mehr. Die Beantwortung der Frage, ob dem Rekurrenten die Standbewilligung für den Z.___er Jahrmarkt zu Unrecht verweigert wurde, ist indessen von grundsätzlicher Bedeutung. Dieselbe Frage kann sich jedes Jahr von Neuem stellen, ohne dass jemals in einem Rechtsmittelverfahren rechtzeitig ein endgültiger Entscheid herbeigeführt werden könnte. Das schutzwürdige Interesse des Rekurrenten an einem Entscheid darüber, ob ihm die Bewilligung für den Z.___er Jahrmarkt 2014 zu Unrecht verweigert wurde, ist somit zu bejahen.

Auf die Beiladung von Mitbewerbern in das Verfahren ist indes zu verzichten, da nicht vorausgesehen werden kann, wer sich an künftigen Z.___er Jahrmärkten für einen Standplatz bewerben wird und welche Sortimente dabei angeboten werden sollen.

1.3 Hingegen kann auf den Antrag 3 des Rekurrenten, die Gemeinde Z.___ sei zu verpflichten, dem Rekurrenten am Z.___er Jahrmarkt im Frühling 2015 einen Standplatz zuzuweisen, nicht eingetreten werden. Die Bewilligung für das Jahr 2015 ist weder Gegenstand der Verfügung der Bauverwaltung noch Gegenstand des Rekursentscheids des Gemeinderates und somit nicht Bestandteil des Anfechtungsobjekts des vorliegenden Rekursverfahrens. Die Standzuteilung für das Jahr 2015 kann daher im vorliegenden Rekursverfahren nicht Streitgegenstand sein.

1.4 Zusammenfassend ergibt die Prüfung der Rekursvoraussetzungen, dass diese hinsichtlich Antrag 3 des Rekurrenten nicht erfüllt sind. Im Übrigen ist auf den Rekurs einzutreten.

2. In prozessualer Hinsicht beantragt der Rekurrent, die Eingabe der Vorinstanz vom 29. September 2014 sei aus dem Recht zu weisen. Dieser Antrag ist abzuweisen.

Nach Art. 12 i.V.m. Art. 58 Abs. 1 VRP hat die Rekursbehörde den Sachverhalt vom Amtes wegen zu ermitteln. Soweit in der Eingabe vom 29. September 2014 neue Tatsachenbehauptungen aufgestellt werden, sind diese Tatsachen von Amtes wegen zu berücksichtigen. Zudem schreibt Art. 48 Abs. 2 VRP vor, dass eine Nachfrist anzusetzen ist, wenn bei einem Rekurs die Un-

terschrift fehlt. Umso mehr ist es bei einer im Verfahrensablauf nachfolgenden Rechtsschrift zulässig, eine Nachfrist zur Unterzeichnung anzusetzen.

3. Der Rekurrent macht geltend, die von der Vorinstanz im Rekursentscheid vom 5. Mai 2014 vorgebrachten Gründe seien unbeachtlich und das Volkswirtschaftsdepartement habe sich nur mit der Begründung der ursprünglichen Verfügung vom 23. April 2014 auseinanderzusetzen.

3.1 Anfechtungsobjekt im vorliegenden Rekursverfahren ist der Rekursentscheid des Gemeinderates vom 5. Mai 2014 und nicht die Verfügung vom 23. April 2014. Dementsprechend hat sich das Volkswirtschaftsdepartement mit der Begründung auseinanderzusetzen, die dem angefochtenen Rekursentscheid des Gemeinderates zugrunde liegt.

Eine andere Frage ist, ob der Gemeinderat dem Rekurrenten die anbegehrte Standbewilligung mit einer anderen Begründung, als sie der Verfügung vom 23. April 2014 zugrunde lag, verweigern durfte. Dies ist grundsätzlich zu bejahen. Im verwaltungsinternen Rechtsmittelverfahren ist auf den Sachverhalt abzustellen, wie er sich im Zeitpunkt des Rechtsmittelentscheids präsentiert. Das gilt selbst dann, wenn während der Rechtshängigkeit des Rechtmittels neue Tatsachen zum Sachverhalt, welcher der ursprünglichen Verfügung zugrunde lag, hinzutreten (GVP 1988 Nr. 99). Der Gemeinderat durfte daher im vorinstanzlichen Rekursverfahren Informationen - insbesondere über die Eignung des Rekurrenten als Marktfahrer - , die offenbar erst nach Erlass der Verfügung der Bauverwaltung bekannt geworden waren, berücksichtigen und in der Folge seinem Rekursentscheid vom 5. Mai 2014 eine von der Verfügung der Bauverwaltung abweichende Begründung zugrunde legen. Eine solche sogenannte Motivsubstitution ist zulässig (vgl. Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Auflage 2013, Rz. 1136).

3.2 Den Parteien ist vor einer Motivsubstitution das rechtliche Gehör zu gewähren, wenn sich die Rechtsmittelinstanz auf Rechtsnormen oder Rechtsgründe stützen will, die im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurden, auf die sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit deren Erheblichkeit sie nicht rechnen konnten (vgl. Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O. Rz. 530).

Aus den eingereichten Akten geht hervor, dass der Vorwurf, der Rekurrent biete keine Gewähr für eine ordnungsgemässe Ausübung des Marktgewerbes, erstmals im Rekursentscheid des Gemeinderates vom 5. Mai 2014 erhoben wird. Zwar scheint der Rekurrent von Dritten erfahren zu haben, dass die Gemeinde Z.___ während des vorinstanzlichen Rekursverfahrens Informationen über ihn einholte. Er musste jedoch nicht damit rechnen, dass der Gemeinderat die Verweigerung der Standplatzbewilligung mit einer neuen recht-

lichen Begründung schützt, die sich zumindest teilweise auf diese neuen Informationen abstützt. Dem Rekurrenten hätte daher vor Erlass des Rekursentscheides Gelegenheit gegeben werden müssen, sich zur geplanten Rechtsanwendung zu äussern.

Zudem hätte dem Rekurrenten vor Erlass des Rekursentscheides Gelegenheit gegeben werden müssen, sich zu den neuen Sachverhaltsabklärungen der Vorinstanz zu äussern. Die Vorinstanz bestreitet nicht, dass das Ressort Bau/Umwelt während des vorinstanzlichen Rekursverfahrens "Abklärungen" vornahm (vgl. Stellungnahme der Vorinstanz vom 3. Juli 2014, Ziff. II.B.2.5). Auch reichte die Bauverwaltung im vorinstanzlichen Rekursverfahren eine Stellungnahme ein, in welcher sie die Abweisung des Rekurses beantragte (vgl. Rekursentscheid vom 5. Mai 2014, Ziff. I.B., 1. Satz; Die entsprechende Stellungnahme findet sich allerdings nicht in den Akten).

Es steht somit ohne jeden Zweifel fest, dass die Vorinstanz dem Rekurrenten vor Erlass des Rekursentscheides hätte Gelegenheit geben müssen, sich zu den ergänzenden Sachverhaltsabklärungen, zur Stellungnahme der Bauverwaltung und zur geplanten Rechtsanwendung zu äussern. Der Anspruch des Rekurrenten auf rechtliches Gehör wurde offensichtlich verletzt.

Eine weitere Verletzung des rechtlichen Gehörs besteht darin, dass die Eingabe des Rekurrenten, die er am 5. Mai 2014 per Fax an den Gemeinderat sandte, bei der Gemeinderatssitzung vom 5. Mai 2014 nicht berücksichtigt wurde. Aufgrund der Akten steht fest, dass die Rechtsvertreterin des Rekurrenten am 5. Mai 2014 vom Ratsschreiber per Mail die Mitteilung erhielt, dass der Gemeinderat "den Rekurs heute Abend behandeln" werde. In der Folge reichte die Rechtsvertreterin bei der Gemeindeverwaltung per Fax Ergänzungen zu den bisherigen Rechtsschriften ein, die gemäss Sendebericht des Faxgerätes um 13:35 Uhr versandt worden sind und zwar an die Faxnummer, welche der Ratsschreiber im oben erwähnten Mail angegeben hatte. Der weitere Verlauf der Faxeingabe lässt sich aus den Akten nicht vollständig rekonstruieren. Fest steht, dass die Eingabe um 15:20 Uhr vom Einwohneramt Z.___ per Mail an den Ratsschreiber weitergeleitet wurde. Unklar ist hingegen, weshalb die per Fax eingereichte Eingabe um 14:36 von der Adresse "F.___@Z.___.ch" ans Einwohneramt weitergeleitet worden war und warum die Empfangszeit 14:34 um eine Stunde von der Sendezeit gemäss Sendebericht des Faxgerätes abweicht. Selbst wenn angenommen wird, dass die Zeit auf dem Faxgerät der Rechtsvertreterin falsch eingestellt war, steht fest, dass ihre Eingabe spätestens um 14:36 bei der Gemeinde Z.___ eingetroffen war und problemlos dem Gemeinderat für die Beschlussfassung über den Rekurs hätte unterbreitet werden können. Es ist nicht dem Rekurrenten anzulasten, wenn eine Faxeingabe auf die vom Ratsschreiber angegebene Faxnummer zuerst ans Einwohneramt weitergeleitet wird und dort nahezu eine Stunde liegen bleibt, obwohl aus der Eingabe ersichtlich war, dass sie für die Gemein-

deratssitzung vom gleichen Tag bestimmt war. Der Einwand der Vorinstanz, dass elektronische Postfächer nicht im Minutentakt geleert werden könnten (vgl. Stellungnahme vom 25. August 2014, Ziff. III.1.), ist im Zeitalter von Smartphones unbehelflich. Es darf vermutet werden, dass mindestens einer der Sitzungsteilnehmer über ein Smartphone verfügte, so dass die Eingabe elektronisch in die Sitzung des Gemeinderates hätte weitergeleitet werden können. Sicher aber wäre es möglich gewesen, die Eingabe in Papierform in die Gemeinderatssitzung zu bringen. Unzutreffend ist auch der Vorwurf, der Rekurrent habe es sich selbst zuzuschreiben, dass seine Einwände nicht mehr berücksichtigt worden seien, weil er eine unvollständige Rekursschrift eingereicht habe. Die Eingabe vom 5. Mai 2014 betrifft hauptsächlich Sachverhaltselemente, von denen der Rekurrent erst nach Rekurserhebung erfahren hat bzw. die erst nach Rekurserhebung eingetreten sein sollen.

3.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass das Rechtsbegehren 1 teilweise gutzuheissen und der angefochtene Entscheid des Gemeinderates vom 5. Mai 2014 wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben ist.

Anzumerken ist, dass das Volkswirtschaftsdepartement auch erhebliche Zweifel an der formellen Rechtsmässigkeit der Verfügung der Bauverwaltung vom 23. April 2014 hat. Gemäss Art. 11 des Marktreglements der Gemeinde Z.___ vom 10. August 1998 wird die Bewilligung zur Teilnahme am Markt von der Marktkommission erteilt. Nach Angabe der Vorinstanz wurde die Marktkommission jedoch schon vor Jahren aufgelöst (vgl. Vernehmlassung vom 3. Juli 2014, Ziff. III.1.2.) und deren Aufgaben offenbar der Bauverwaltung übertragen. Offen bleibt allerdings, worauf die Gemeinde diese Abänderung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung abstellt. Offen ist auch, warum die Verfügung vom 23. April 2014 vom Vorsteher des Ressorts Kultur/Freizeit/Sport, Gemeinderat G.___, unterzeichnet wurde und nicht vom Vorsteher des Ressorts Bau/Umwelt, Gemeinderat H.___, oder dessen Stellvertreter, Gemeinderat I.___. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass sich im Protokollauszug vom 5. Mai 2014 kein Hinweis darauf findet, dass Gemeinderat G.___ bei der Beratung des Rekurses wie von Art. 7 Abs. 2 VRP vorgeschrieben im Ausstand war. Da diese weiteren formellen Mängel nicht gerügt worden sind, brauchen die Zweifel nicht abschliessend geklärt zu werden. Die Gemeinde Z.___ wird aber empfohlen, sich den aufgeworfenen Fragen gelegentlich anzunehmen und die Organisation des Marktwesens den gesetzlichen Vorschriften anzupassen oder das Marktreglement entsprechend abzuändern.

4. In materieller Hinsicht macht der Rekurrent einen Verstoss gegen die Handels- und Gewerbefreiheit geltend. Diese räume ihm im Rahmen des gesteigerten Gemeingebrauchs einen Anspruch auf einen Standplatz am Z.___er Jahrmarkt ein. Mit der Verweigerung eines Standplatzes bevorzuge die Gemeinde Z.___ regelmässig bestimmte Mitbewerber.

4.1 Die Wirtschaftsfreiheit vermittelt nach ständiger Praxis einen Anspruch auf Gleichbehandlung der Gewerbegenossen (Art. 27 Abs. 1 der Bundesverfassung [SR 101; abgekürzt BV] und Art. 94 Abs. 1 i.V.m. Art. 94 Abs. 4 BV; Klaus A. Vallender, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3. Auflage 2014, Art. 27 BV, Rz. 28 ff.). Hinsichtlich der Ausübung der Erwerbstätigkeit auf öffentlichem Grund vermittelt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen aber nur einen bedingten Anspruch auf eine Bewilligung des gesteigerten Gemeingebrauchs (Klaus A. Vallender, a.a.O., Art. 27 BV, Rz. 37 ff.; BGE 132 I 97). Kann bei der Zuteilung eines Standplatzes an einem öffentlichen Jahrmarkt wegen des Überhangs der Nachfrage und den begrenzten Platzverhältnissen von vornherein nur ein Teil der interessierten Bewerber berücksichtigt werden, kommt dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen nicht die gleiche Tragweite zu wie in Bereichen, wo die Regelung der Zulassungsvoraussetzungen keinen Kapazitätsbeschränkungen unterliegt (BGE 121 I 287). In solchen Fällen bleibt die Gemeinde zwar dem institutionellen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit verpflichtet, indem sie mit ihrer Bewilligungspraxis auf möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse hinzuwirken hat. Sie darf bei der Zuteilung der Standplätze aber auf eigene Interessen Rücksicht nehmen, indem sie beispielsweise auf ein abwechslungsreiches Angebot am Jahrmarkt hinwirkt (BGE 132 I 97, BGE 128 I 136).

4.2 Die Gemeinde Z.___ hat den Zugang zu den Märkten auf ihrem Gemeindegebiet wie bereits erwähnt im Marktreglement vom 10. August 1998 geregelt. Wer am Z.___er Jahrmarkt teilnehmen will, benötigt eine Bewilligung, die in der Regel auch die Zuteilung des Standplatzes enthält (vgl. Art. 11 Abs. 1 Marktreglement). Die Zuteilung eines Standplatzes kann insbesondere verweigert werden, wenn das Marktgebiet für die Berücksichtigung aller Gesuche nicht ausreicht (vgl. Art. 13 Abs. 1 Bst. a Marktreglement) oder der Gesuchsteller keine Gewähr für eine ordnungsgemässe Ausübung des Marktgewerbes bietet (vgl. Art. 13 Abs. 1 Bst. b Marktreglement). Liegen mehr Gesuche von geeigneten Gesuchstellern vor, als bewilligt werden können, werden in erster Linie die "vollberuflichen Marktfahrer" berücksichtigt und anschliessend wird - wenn das erste Auswahlkriterium nicht ausreicht - ausgelost (vgl. Art. 13 Abs. 2 Marktreglement).

Die Gemeinde Z.___ hat damit in ihrem Marktreglement sachlich begründete Auswahlkriterien für die Zuteilung von Standplätzen festgelegt, die mit dem Gebot möglichst fairer Wettbewerbsverhältnisse grundsätzlich vereinbar sind und es ist nachfolgend nur zu prüfen, ob der Gemeinderat die massgebenden Bestimmungen richtig angewendet hat. Da das Marktwesen in den Autonomiebereich der Gemeinden fällt (vgl. Botschaft der Regierung zur Bereinigung des kantonalen Gewerberechts, ABl 2007, *969*), hat sich das Volkswirtschaftsdepartement nach Art. 46 Abs. 2 VRP auf eine Rechtskontrolle zu be-

schränken. Bei der Überprüfung des angefochtenen Entscheids vom 5. Mai 2014 kann das Volkswirtschaftsdepartement daher nicht eigenes Ermessen an die Stelle des Ermessens der Vorinstanz setzen. Sodann hat sich das Volkswirtschaftsdepartement auch bei der Rechtskontrolle in Zurückhaltung zu üben. Als kantonale Behörde darf das Volkswirtschaftsdepartement in einem Rekursverfahren nicht von einer vertretbaren Auslegung des kommunalen Rechts durch die Gemeindebehörde abweichen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, S. 318, Rz. 1399).

4.3 Nach Art. 13 Abs. 1 Bst. b Marktreglement kann die Zulassung zum Markt verweigert werden, wenn der Gesuchsteller keine Gewähr für eine ordnungsgemässe Ausübung des Marktgewerbes bietet. Wie eben ausgeführt, fällt diese Bestimmung in den Autonomiebereich der Gemeinde. Diese kann daher im Rahmen ihres Ermessens selbst festlegen, welche Anforderungen sie an die Ordnungsmässigkeit stellt bzw. ab wann sie die ordnungsgemässe Ausübung des Marktgewerbes als gefährdet betrachtet.

Der Gemeinderat vertrat im angefochtenen Rekursentscheid die Ansicht, der Rekurrent stelle ein erhebliches Risiko dafür dar, dass es am Z.___er Jahrmarkt zu Problemen kommen könne. Einerseits habe die Bauverwaltung der Gemeinde Z.___ im Umgang mit dem Rekurrenten schon negative Erfahrungen gemacht. Der Gemeinderat bezieht sich dabei offenbar auf den Wortwechsel zwischen dem Rekurrenten und der Sachbearbeiterin der Bauverwaltung. Anderseits sei der Rekurrent auch bei anderen Marktveranstaltern bekannt für sein schwieriges und auffälliges Verhalten. Der Gemeinderat führte dazu den Markt von X.___ an, wo der Rekurrent nach einem abschlägigen Bewilligungsentscheid am 14. August 2011 einfach am Markt erschienen sei und sich trotz fehlender Standbewilligung geweigert habe, den Platz wieder zu verlassen. Daneben sei es dort zu vielen Beschimpfungen und Drohungen sowie privaten Belästigungen bei der dortigen Präsidentin der Marktkommission durch den Rekurrenten gekommen. Eine ähnliche Verhaltensweise sei von der Gemeinde W.___ dokumentiert worden, wo der Rekurrent ebenfalls ohne Bewilligung habe einen Stand aufstellen wollen und den dortigen Marktchef als Rassisten beschimpft habe.

Der Rekurrent bestreitet diese Vorwürfe und macht hinsichtlich des Vorfalles in X.___ sinngemäss geltend, er habe in guten Treuen annehmen dürfen, dass er am Markt teilnehmen dürfe. Das vom Rekurrenten als Beleg eingereichte Schreiben an die Marktkommission X.___ vom 15. Juni 2011 vermittelt jedoch eher ein gegenteiliges Bild. Der Rekurrent erklärt darin nämlich, dass er die zuständige Frau J.___ telefonisch nie erreicht habe und nun aufgrund der Telefone mit einer Frau K.___ an den Markt kommen werde. Ein solches Verhalten muss zumindest als merkwürdig bezeichnet werden. Offenbar war dem Rekurrenten bekannt, dass Frau J.___ für das Marktwesen zuständig

war. Unter diesen Umständen konnte er nicht einfach unter Bezugnahme auf sein Telefongespräch mit Frau K.___ einen Standplatz für sich beanspruchen. Anzumerken ist auch, dass die negativen Vorkommnisse in den Gemeinden X.___ und W.___ von den dortigen Gemeindeverantwortlichen schriftlich bestätigt wurden.

Unter diesen Umständen erscheint es vertretbar, dass die Vorinstanz im Rahmen der ihr zustehenden Gemeindeautonomie einen strengen Massstab an die Ordnungsmässigkeit stellte und gemessen daran entschied, dass der Rekurrent keine Gewähr für eine ordnungsgemässe Ausübung des Marktgewerbes biete. Insbesondere ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz nicht nur das Verhalten des Rekurrenten gegenüber seinen Kundinnen und Kunden berücksichtigte - welches offenbar nicht zu beanstanden ist -, sondern auch sein Verhalten gegenüber den für das Marktwesen zuständigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Gemeinden.

Das Rechtsbegehren 2 ist daher in materieller Hinsicht abzuweisen.

5. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass das Rechtsbegehren 1 teilweise gutzuheissen und der angefochtene Entscheid des Gemeinderates vom 5. Mai 2014 wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufzuheben ist, dass aber das Rechtsbegehren 2 abzuweisen und auf das Rechtsbegehren 3 nicht einzutreten ist.

6.

6.1 Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die amtlichen Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, wobei auf die Erhebung der amtlichen Kosten bei der Vorinstanz zu verzichten ist (Art. 95 Abs. 3 VRP). Nach Ziff. 10.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung (sGS 821.5) ist die Gebühr für diesen Entscheid auf Fr. 2'000.-- festzusetzen.

6.2 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 in der Regel nach Obsiegen oder Unterliegen auferlegt (Art. 98bis VRP). Die Vorschriften der Schweizerischen Zivilprozessordnung (SR 272; abgekürzt ZPO) über die Parteientschädigung finden sachgemäss Anwendung (Art. 98ter VRP i.V.m. Art. 95 ff. ZPO). Bei teilweisem Obsiegen werden die Entschädigungsansprüche der beiden Parteien miteinander verrechnet. Dabei wird nicht auf den tatsächlichen Entschädigungsanspruch in Franken abgestellt, sondern auf das Verhältnis zwischen Obsiegen und Unterliegen bzw. die Differenz zwischen dem anteilsmässigen Obsiegen der einen Partei und dem anteilsmässigen Unterliegen der anderen Partei, multipliziert

mit dem Entschädigungsanspruch der mehrheitlich obsiegenden Partei (vgl. Rebecca Hirt, Die Regelung der Kosten nach st.gallischem Verwaltungsrechtspflegegesetz, Diss St.Gallen 2004, S. 183). Diese Berechnungsmethode ist auch dann massgebend, wenn der einen Partei gar keine ausseramtliche Entschädigung zusteht, was insbesondere auf Gemeinden zutrifft ist (vgl. dazu Hirt, a.a.O., S. 176).

Im vorliegenden Rekursverfahren haben die beiden Parteien je zur Hälfte obsiegt. Es gibt daher keine mehrheitlich obsiegende Partei, die gestützt auf obigen Verteiler einen Entschädigungsanspruch geltend machen kann, denn die Differenz zwischen dem anteilsmässigen Obsiegen der einen Partei (= 50%) und dem anteilsmässigen Unterliegen der anderen Partei (= 50%) beträgt Null.

Anzumerken ist, dass im Rekursverfahren vor Gemeindebehörden in der Regel keine ausseramtlichen Kosten zulasten der Gemeinde zugesprochen werden (vgl. Art. 98 Abs. 3 Bst. a VRP). Dementsprechend wird auch im nachfolgenden Rekursverfahren vor einer kantonalen Behörde keine ausseramtliche Entschädigung für das Verfahren vor der Gemeinde zugesprochen und das Rechtsbegehren 4 ist ohne weiteres abzuweisen.

6.3 Ausnahmsweise kann eine ausseramtliche Entschädigung gestützt auf das Verursacherprinzip zugesprochen werden. Unter anderem kann einer Partei unabhängig vom Obsiegen oder Unterliegen eine ausseramtliche Entschädigung zugesprochen werden, wenn ihr im vorinstanzlichen Verfahren das rechtliche Gehör verletzt wurde (vgl. Art. 98ter VRP i.V.m. Art. 107 Abs. 1 Bst. f ZPO; Hirt, a.a.O., S. 186). Eine solche Entschädigung wird auch dann nach Ermessen festgelegt, wenn die Partei bzw. deren Rechtsvertreterin oder Rechtsvertreter eine Honorarnote einreichte (vgl. Art. 107 Abs. 1 ZPO).

Wegen der schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorinstanzlichen Rekursverfahren rechtfertigt es sich, dem Rekurrenten für das vorliegende Rekursverfahren eine ausseramtliche Entschädigung zuzusprechen. Im Rekursverfahren vor dem Volkswirtschaftsdepartement beträgt das Honorar pauschal Fr. 500.-- bis Fr. 6'000.-- (Art. 22 Abs. 1 Bst. a der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten, sGS 963.75; abgekürzt 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). Im vorliegenden Fall ist die ausseramtliche Entschädigung auf Fr. 1'000.-- (inkl. MWSt) festzusetzen. Zuhanden des Rekurrenten ist festzuhalten, dass es sich dabei nicht um eine volle Entschädigung im Sinn von Art. 2 Abs. 2 HonO handelt.

6.4 Der Gemeinderat Z.___ beantragt mit Eingabe vom 3. Juli 2014 eine ausseramtliche Entschädigung. Als Vorinstanz hat die Gemeinde aber

grundsätzlich keinen Anspruch auf Kostenersatz (Cavelti/Vögeli, a.a.O., Rz. 825 ff.), unabhängig davon, dass ihr im vorliegenden Fall auch aufgrund des Ausgangs des Verfahren keine ausseramtliche Entschädigung zuzusprechen wäre (vgl. Erw. 6.2).

Entscheid

1. Der Entscheid des Gemeinderates vom 5. Mai 2014 wird wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgehoben. Im Übrigen wird der Rekurs abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Die amtlichen Kosten werden auf Fr. 2'000.-- festgesetzt und den beiden Parteien je zur Hälfte auferlegt. Gegenüber der Gemeinde Z.___ wird auf die Erhebung der amtlichen Kosten verzichtet.

3. Die Gemeinde Z.___ hat A.___ eine ausseramtliche Entschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. MWSt) zu bezahlen.

VOLKSWIRTSCHAFTSDEPARTEMENT
DES KANTONS ST.GALLEN
Der Vorsteher

Benedikt Würth
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann nach Art. 59bis VRP und – soweit Verletzung der Autonomie geltend gemacht wird – nach Art. 59bis Abs. 2 Bst. a Ziff. 1 VRP innert 14 Tagen seit Eröffnung Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons St.Gallen (Spisergasse 41, 9001 St.Gallen) erhoben werden.