Fall-Nr.:	VD/G-15.16
Stelle:	Generalsekretariat Volkswirtschaftsdepartement
Instanz:	Volkswirtschaftsdepartement
Publikationsdatum:	04.09.2020
Entscheiddatum:	14.03.2016

Rekursentscheid VD; Gastwirtschaftsrecht

Nach Art. 7 GWG wird das Patent für einen Betrieb erteilt, wenn der Gesuchsteller [...] Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung bietet (Bst. c). Solche Gewähr bietet nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG insbesondere, wer in den letzten zwei Jahren nicht wiederholt oder in schwerwiegender Weise Vorschriften der [...] Fremdenpolizei [...] verletzt hat. Der Rekurrent wurde mit Strafbefehl vom 20. Januar 2015 der Förderung der rechts-widrigen Einreise nach Art. 116 Abs. 1 Bst. a AuG schuldig gesprochen. Art. 116 AuG unterscheidet zwischen leichten, mittleren und schweren Fällen. Demgegenüber setzt Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG voraus, dass entweder ein wiederholter oder ein schwerwiegender Verstoss gegen eine Vorschrift des Fremdenpolizeirechtes vorliegt. Die beiden Bestimmungen verwenden also nicht identische Kriterien bzw. sie beruhen nicht auf der gleichen Einteilung. Der „mittlere“ Fall aus der Dreiteilung nach Art. 116 AuG kann nicht eindeutig in die Zweiteilung nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG (schwerwiegend – nicht schwerwiegend) eingeordnet werden.

vgl. PDF

© Kanton St.Gallen 2026

Kanton St.Gallen
Volkswirtschaftsdepartement

VD/G-15.16

Entscheid vom 14. März 2016

Rekurrent

A.___, St.Gallen, vertreten durch RA B.___

gegen

Vorinstanz

Stadtpolizei St.Gallen

Betreff

Verfügung vom 16. November 2015 betreffend Nichterteilung des Patentes zur Ausübung einer gastgewerblichen Tätigkeit

Sachverhalt

A. A.___ übernahm laut Mietvertrag vom 7. August 2015 per 1. September 2015 den Imbiss „C.___“ und stellte mit Arbeitsvertrag vom 11. August 2015 D.___ als Geschäftsführerin an. Am 28. August 2015 erteilte die Stadtpolizei St.Gallen (im Folgenden Stadtpolizei) D.___ gestützt auf Art. 7 ff. des Gastwirtschaftsgesetzes (sGS 553.1; GWG) das Patent für den Imbiss „C.___“ für die Zeit vom 1. September 2015 bis 31. März 2016.

B. Am 16. September 2015 reichte A.___ der Stadtpolizei das Zertifikat betreffend die am 10. September 2015 bestandene Prüfung in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention ein und ersuchte selbst um Erteilung des Patentes für den Imbiss „C.___“. Da A.___ nicht über einen aktuellen Auszug aus dem Schweizerischen Strafregister verfügte, bestellte er das Dokument unmittelbar bei der Stadtpolizei. Der Strafregisterauszug vom 17. September 2015 traf am 18. September 2015 bei der Stadtpolizei ein. Laut Strafregisterauszug war A.___ mit rechtskräftigem Strafbefehl vom 20. Januar 2015 der Förderung der rechtswidrigen Einreise nach Art. 116 Abs. 1 Bst. a des Ausländergesetzes (SR 142.20; abgekürzt AuG) schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 20 Tages-sätzen zu je Fr. 30.--, bedingt aufgeschoben bei einer Probezeit von zwei Jahren, sowie mit einer Busse von Fr. 150.-- bestraft worden. Die Stadtpolizei teilte A.___ am 18. September 2015 daher mit, er biete aufgrund des Strafregistereintrages keine Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung im Sinn von Art. 7 Bst. c i.V.m. Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG, weshalb ihm das Patent für den Imbiss „C.___“ nicht erteilt werden könne.

C. Am 2. Oktober 2015 informierte RA B.___ (im Folgenden Rechtsvertreterin) die Stadtpolizei, dass sie A.___ anwaltlich vertrete, und machte geltend, dass A.___ alle Patentvoraussetzungen gemäss Art. 7 ff. GWG erfülle.

D. Am 6. Oktober 2015 teilte die Stadtpolizei der Rechtsvertreterin mit, A.___ erfülle die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Patenterteilung nicht.

E. Mit Schreiben vom 19. Oktober und 6. November 2015 ersuchte die Rechtsvertreterin die Stadtpolizei um Erlass einer anfechtbaren Verfügung.

F. Am 16. November 2015 erliess die Stadtpolizei folgende Verfügung:

1. Das Gesuch um Erteilung eines […] Patentes von […] A.___ […] vom 16. September 2015 wird abgelehnt.
2. Die Gebühr für diese Verfügung beträgt Fr. 400.-- […].

Zur Begründung führte die Stadtpolizei Folgendes aus:

> Ein Patent für einen Betrieb werde nach Art. 7 GWG erteilt, wenn der Gesuchsteller handlungsfähig, charakterlich geeignet und zur Nutzung des Betriebes berechtigt sei sowie Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung biete. Solche Gewähr biete nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG u.a., wer in den letzten zwei Jahren nicht wiederholt oder schwerwiegend Vorschriften der Fremdenpolizei bzw. des Ausländerrechtes verletzt

habe. A.___ sei mit Strafbefehl vom 20. Januar 2015 der Förderung der rechtswidrigen Einreise schuldig gesprochen worden, was ein ausländerrechtliches Vergehen darstelle. Zudem habe er vorsätzlich gehandelt und sowohl Vorbereitungs- als auch Erleichterungshandlungen vorgenommen. Nach Art. 116 Abs. 2 AuG könne die Förderung der rechtswidrigen Einreise in leichten Fällen nur mit Busse bestraft werden. A.___ sei aber mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen und einer Busse bestraft worden. E contrario liege nicht ein leichter, sondern ein schwerwiegender Verstoss gegen Vorschriften des Ausländerrechtes vor, weshalb A.___ derzeit keine Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung biete.

G. Am 24. November 2015 erhob die Rechtsvertreterin von A.___ gegen die vorerwähnte Verfügung Rekurs beim Volkswirtschaftsdepartement. Es wurde beantragt, die Verfügung der Vorinstanz vom 16. November 2015 sei vollumfänglich aufzuheben, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Zur Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

- Eine gesetzliche Grundlage zur Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 und Art. 94 der Bundesverfassung (SR 101; abgekürzt BV) finde sich in Art. 7 ff. GWG. Nach Art. 7 GWG werde das Patent für einen Betrieb erteilt, wenn der Gesuchsteller handlungsfähig sei, charakterlich geeignet sei, Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung biete und zur Nutzung des Betriebes berechtigt sei. Es sei unbestritten, dass der Rekurrent handlungsfähig, charakterlich geeignet und zur Nutzung des Betriebes berechtigt sei; zu Unrecht werde dem Rekurrenten aber die Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung abgesprochen. Solche Gewähr biete gemäss Art. 7 Bst. c i.V.m. Art. 8 Abs. 1 GWG insbesondere, wer Kenntnisse in der Lebensmittelhygiene und Suchtprävention habe und in den letzten zwei Jahren nicht wiederholt oder schwerwiegend Vorschriften der Gesundheits-, der Lebensmittel-, der Fremden-, der Wirtschaftspolizei, des Arbeitsrechtes oder der Betäubungsmittelgesetzgebung verletzt habe. Der Rekurrent habe die Prüfung in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention bestanden und verfüge deshalb über entsprechende Kenntnisse; zudem habe er in den letzten zwei Jahren keine Vorschriften der Gesundheits-, der Lebensmittel-, der Wirtschaftspolizei, des Arbeitsrechtes oder der Betäubungsmittelgesetzgebung verletzt. Es gehe daher einzig um die Frage, ob der Rekurrent wiederholt oder schwerwiegend Vorschriften der Fremdenpolizei verletzt habe.
- Der Rekurrent sei mit Strafbefehl vom 20. Januar 2015 der Förderung der rechtswidrigen Einreise schuldig gesprochen worden und habe damit fremdenpolizeiliche Vorschriften verletzt. Er sei am 12. Dezember 2014 in Begleitung seines Cousins mit dem Zug von Bregenz (Österreich) nach St.Margrethen in die Schweiz eingereist, wobei sich der Cousin bei einer Kontrolle in der Schweiz nur mit einer österreichischen Asylkarte habe ausweisen können. Laut Strafbefehl habe der Rekurrent Vorbereitungs- und Erleichterungshandlungen für die illegale Einreise seines Cousins in die Schweiz vorgenommen. Der Strafregisterauszug enthalte nur diesen Eintrag, weshalb keine wiederholten Verstösse gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften vorlägen.
- Nach Art. 116 Abs. 1 Bst. a AuG werde mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer im In- oder Ausland einem Ausländer die rechtswidrige Einreise erleichtere oder vorbereiten helfe; in leichten Fällen könne nur auf Busse anerkannt werden (Art. 116 Abs. 2 AuG). Nach Art. 116 Abs. 3 AuG sei die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe und mit der Freiheitsstrafe sei eine Geldstrafe zu verbinden, wenn der Täter mit der Absicht handle, sich oder einen anderen unrechtmässig zu bereichern, oder der Täter für eine Vereinigung oder Gruppe

handle, die sich zur fortgesetzten Begehung dieser Tat zusammengefunden habe. Nach Art. 34 Abs. 1 des Strafgesetzbuches (SR 311.0; abgekürzt StGB) betrage die Geldstrafe, falls es das Gesetz nicht anders bestimme, höchstens 360 Tagessätze, wobei das Gericht deren Zahl nach dem Verschulden des Täters bestimme.

- Der Rekurrent sei zu einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu je Fr. 30.-- verurteilt worden, bedingt vollziehbar mit einer Probezeit von zwei Jahren. Der Rekurrent habe zudem eine Busse von Fr. 150.-- bezahlen müssen. Die sehr tiefe Geldstrafe von 20 Tagessätzen – möglich seien 360 Tagessätze – zeige, dass die Strafverfolgungsbehörde das Verschulden des Rekurrenten als gering eingestuft und nur eine symbolische Strafe ausgesprochen habe. Das rechtswidrige Verhalten des Rekurrenten habe einzig darin bestanden, mit seinem Cousin im Zug von Österreich in die Schweiz zu fahren. Weder habe der Rekurrent versucht, Personen oder Behörden zu täuschen noch habe er bei der Polizei falsche Angaben über das eigene Vorhaben gemacht. Bei der Person, welcher der Rekurrent die Einreise in die Schweiz erleichtert habe, habe es sich zudem um ein Familienmitglied gehandelt, also nicht um einen Fremden, welcher dem Rekurrenten noch Geld bezahlt hätte oder Ähnliches.

- Art. 116 AuG enthalte verschiedene Strafandrohungen: Busse, Geldstrafe, Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe i.V.m. Geldstrafe; entsprechend sei zwischen leichtem, mittlerem und schwerem Verschulden zu unterscheiden. Die Vorinstanz schliesse aus Art. 116 Abs. 2 AuG e contrario, dass ein schwerwiegender Verstoss vorliege, weil der Rekurrent nicht nur mit einer Busse, sondern zusätzlich mit einer bedingten Geldstrafe bestraft worden sei. Diese Argumentation befremde, weil ein Verstoss, der nicht als leicht im Sinn von Art. 116 Abs. 2 AuG eingestuft werde, nicht eo ipso ein schwerwiegender Verstoss sei. Vielmehr gebe es nicht nur leichte und schwerwiegende Verstösse, sondern auch mittlere Verstösse, welchen mit der entsprechenden Bemessung der Tagessätze Rechnung getragen werde. Läge ein schwerwiegender Verstoss gegen Art. 116 Abs. 1 AuG vor, wäre der Rekurrent entweder mit einer deutlich höheren Geldstrafe oder aber mit einer Freiheitsstrafe bestraft worden.

- Der Terminus „Verstoss in schwerwiegender Weise“ finde sich im Ausländerrecht auch im Zusammenhang mit dem Widerruf der Niederlassungsbewilligung. Aus der Rechtsprechung folge, dass ein Verstoss in schwerwiegender Weise nicht nur hochwertige Rechtsgüter betreffen müsse, sondern auch gravierender als ein erheblicher Verstoss sein müsse, was somit bestätige, dass es nebst leichten und schwerwiegenden Verstössen auch eine grosse Bandbreite an mittleren Verstössen gebe:

  - *Urteil des Obergerichtes des Kantons Uri vom 3. Dezember 2010 (OG V 10 48, E. 3b):* „Im Unterschied zum Widerruf anderer Bewilligungen (vgl. Art. 62 Bst. c AuG) genügt allerdings ein erheblicher oder wiederholter Verstoss […] nicht, sondern der Widerruf einer Niederlassungsbewilligung setzt voraus, dass der Verstoss in schwerwiegender Weise erfolgt (Art. 63 Abs. 1 Bst. b AuG), also gravierender ist.“
  - *Urteil 2C_446/2014 des Bundesgerichtes vom 5. März 2015:* „Ein schwerwiegender Verstoss […] liegt in erster Linie vor, wenn die ausländische Person durch ihre Handlungen besonders hochwertige Rechtsgüter wie namentlich die körperliche, psychische und sexuelle Integrität eines Menschen verletzt oder gefährdet hat.“
  - *Bundesgerichtsentscheid BGE 137 II 297:* Das Bundesgericht habe das Vorliegen von Verstössen in schwerwiegender Weise im Fall eines als Erwachsener in die Schweiz eingereisten Ausländers verneint, der in einem Zeitraum von etwa zehn Jahren 16 Mal zu Freiheitsstrafen von insgesamt 33 Monaten wegen Vermögensdelikten sowie Widerhandlungen gegen aufenthaltsrechtliche Bestimmungen verurteilt worden sei.

Das AuG enthalte zudem Strafbestimmungen mit höheren Strafandrohungen als Art. 116 AuG; diesbezüglich werde vorab auf Art. 117 und Art. 118 AuG verwiesen.

- Es bestehe somit keine genügende gesetzliche Grundlage, um die Wirtschaftsfreiheit des Rekurrenten einzuschränken, weil er nicht schwerwiegend gegen Art.116 Abs. 1 AuG verstossen habe; vielmehr seien sowohl das Verschulden als auch der Verstoss des Rekurrenten als eher gering einzustufen. Hinzukomme, dass für die Nichterteilung des Patentes aufgrund der Verurteilung des Rekurrenten weder ein öffentliches Interesse gegeben noch die Verhältnismässigkeit gewahrt sei. Zusammengefasst habe der Rekurrent somit weder wiederholt noch schwerwiegend fremdenpolizeiliche Vorschriften verletzt. Er erfülle daher alle Voraussetzungen gemäss Art. 7 ff. GWG, weshalb ihm das Patent für den Imbiss „C.___“ zu erteilen sei.

H. Mit Vernehmlassung vom 14. Dezember 2015 beantragte die Vorinstanz die Abweisung des Rekurses. Es wurde was folgt ausgeführt:

- Dem Rekurrenten werde nur die Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung im Sinn von Art. 7 Bst. c i.V.m Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG abgesprochen. Er sei mit Strafbefehl vom 20. Januar 2015 der Förderung der rechtswidrigen Einreise schuldig gesprochen worden. Der Umstand, dass der Rekurrent eines Vergehens und nicht einer Übertretung schuldig gesprochen worden sei, schliesse per definitionem einen geringen Verstoss aus. Hätte die Strafverfolgungsbehörde nur eine symbolische Strafe aussprechen wollen, hätte sie von Art. 116 Abs. 2 AuG Gebrauch gemacht und auf einen leichten Fall befunden. Zudem zeige die Rechtsprechung, dass in ausländerrechtlichen Fällen durchaus tiefere Bestrafungen die Norm seien. So werde z.B. in BVGer C-50/2006 festgehalten, dass eine im Kanton St.Gallen wohnhafte Person wegen widerrechtlichem Aufenthalt und Stellenantritt ohne Bewilligung nur mit Busse von Fr. 300.-- bestraft worden sei; gemäss BVGer C-3127/2010 sei eine Person wegen des Versuchs, Personen mit gefälschten Identitätskarten in die Schweiz zu bringen, wegen Förderung der rechtswidrigen Einreise zu einer Geldstrafe von 10 Tagessätzen verurteilt worden.
- Der Rekurrent erkläre, diverse AuG-Strafbestimmungen (z.B. Art. 117 und Art. 118 AuG) beinhalteten höhere Strafandrohungen als Art. 116 AuG. Tatsächlich gebe es nur einen Tatbestand – nämlich Art. 116 Abs. 3 AuG –, der mit einer höheren Strafe bedroht sei; alle anderen auf natürliche Personen anwendbaren AuG-Straftatbestände hätten einen gleichen oder tieferen Strafrahmen. Zudem könnten fremdenpolizeiliche Normen nicht auf das AuG reduziert werden. Eine ganzheitliche Betrachtung beinhalte u.a. auch das Gesetz über Niederlassung und Aufenthalt (sGS 453.1; abgekürzt NAG), welches auch Strafbestimmungen beinhalte. Verstösse gegen das NAG würden allesamt mit Busse bis Fr. 200.-- bestraft. Entsprechend sei festzustellen, dass das vom Rekurrenten begangene Vergehen weder als mittlerer noch leichter Verstoss, sondern als schwerwiegender Verstoss einzustufen sei.
- Der Rekurrent versuche seine Auslegung des Begriffes „schwerwiegender Verstoss“ durch einen Vergleich mit der Rechtsprechung zu Art. 63 AuG zu stützen. So argumentiere er, dass ein schwerwiegender Verstoss hochwertige Güter betreffen und gravierender als ein erheblicher Verstoss sein müsse. Leider zitiere der Rekurrent Art. 63 Abs. 1 Bst. b AuG nicht vollständig; danach setze der Entzug einer Niederlassungsbewilligung voraus, dass „[…] der Ausländer in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet“. Art. 63 AuG beziehe sich auf den Widerruf einer Niederlassungsbewilligung, was

weitreichendere Konsequenzen habe, als die Nichterteilung eines Patentes; zudem stehe das Kriterium „Verstoss gegen fremdenpolizeiliche Bestimmungen“ in keinem Verhältnis zum Kriterium „Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung und die Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit“. Die schwerwiegenden Verstösse im Sinn von Art. 63 Abs. 1 Bst. b AuG würden tatsächlich gravierende Umstände betreffen, die zu einer Verletzung hochwertiger Rechtsgüter führten, weil die „öffentliche Sicherheit und Ordnung“ einen ganzen Katalog an schweren Delikten beinhalte. Jedoch sei im vorliegenden Fall der „schwerwiegende Verstoss“ nicht mit diesem Deliktskatalog, sondern mit jenem der fremdenpolizeilichen Bestimmungen zu vergleichen, welche deutlich weniger gravierende Delikte beinhalten würden. Entsprechend sei der Massstab zur Beurteilung der Schwere des begangenen Verstosses deutlich tiefer anzusetzen, weshalb das vom Rekurrenten begangene Delikt als schwerwiegend im Sinn des Gesetzgebers zu qualifizieren sei. Schliesslich bestehe ein öffentliches Interesse und die Verhältnismässigkeit werde gewahrt; dies gelte umso mehr, weil der Imbiss „C.___“ bereits über ein Patent verfüge.

I. Mit Replik vom 21. Dezember 2015 führte die Rechtsvertreterin Folgendes aus:

- Der Rekurrent bezeichne sein Vergehen nicht als gering, sondern als eher gering, zumal dessen Strafe am unteren Rand der Strafzumessungsbandbreite liege. Nur weil es einen Fall gebe, in welchem die Förderung der rechtswidrigen Einreise mit 10 Tagessätzen bestraft worden sei, bedeute das noch lange nicht, dass der Rekurrent schwerwiegend fremdenpolizeiliche Vorschriften verletzt habe.
- Das NAG regle diverse Punkte betreffend Aufenthalt und Niederlassung und betreffe teilweise auch Ausländer. Es stelle sich die Frage, wie die Vorinstanz einen Verstoss gegen Art. 116 AuG bezeichnen würde, für welchen der Täter mit Freiheitsstrafe oder mit einer Geldstrafe von mehr als 20 Tagessätzen bestraft werde: „überschwer“ existiere im Strafrechtsvokabular leider nicht.
- Die in Art. 116 AuG und Art. 63 AuG geschützten Rechtsgüter seien unterschiedlich. Aus der exemplarischen Auflistung der Bundesgerichtsentscheide folge jedoch, dass ein schwerwiegender Verstoss einer besonderen Gravität bedürfe und somit nicht leichthin angenommen werden dürfe; insbesondere gebe es zwischen geringen und schwerwiegenden Verstössen eine grosse Bandbreite an mittleren Verstössen.
- Der Umstand, dass es sich der Rekurrent leisten könne, eine Geschäftsführerin einzustellen, sage nichts über die Verhältnismässigkeit des Grundrechtseingriffes aus.

J. Mit Duplik vom 7. Januar 2016 führte die Vorinstanz Folgendes aus: Die Behauptung des Rekurrenten, eine Strafe von 20 Tagessätzen sei symbolischer Art, werde mit dem Hinweis auf Art. 116 Abs. 2 AuG und die Bestrafungspraxis im Ausländerrecht widerlegt. Die zwei zitierten Fälle seien indikativ dafür, dass im Ausländerrecht 20 Tagessätze durchaus als schwerwiegend zu betrachten seien. Der Rekurrent versuche mit dem nicht-existierenden Begriff „überschwer“ zu argumentieren, dass das begangene Delikt nicht schwerwiegend sei, da die Möglichkeit einer höheren Bestrafung bestehe. Werde dieser Argumentation gefolgt, gälte ein Delikt so lange nicht als schwerwiegend, bis der Strafrahmen voll ausgeschöpft sei.

K. In der Folge verzichtete die Rechtsvertreterin auf die Einreichung einer weiteren Stellungnahme.

Erwägungen

1. Die Rekursvoraussetzungen sind sowohl hinsichtlich Zuständigkeit und Rekursberechtigung, als auch in Bezug auf die Form- und Fristerfordernisse erfüllt (Art. 43bis ff. des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [sGS 951.1, abgekürzt VRP]). Auf den Rekurs ist somit einzutreten.

2. Die gastgewerbliche Tätigkeit ist durch die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet (Art. 27 und Art. 94 BV). Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, eines überwiegenden öffentlichen Interesses, müssen verhältnismässig sein und den Kerngehalt des Grundrechtes beachten (Art. 36 BV). Staatliche Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit im Gastwirtschaftsbereich sind auf das zwingend Nötige zu beschränken. Sie sind nur angezeigt, wenn sie zum Schutz der Polizeigüter – vorab öffentliche Gesundheit, Ruhe, Ordnung und Sicherheit – unumgänglich sind (Jörg Paul Müller, Grundrechte in der Schweiz: im Rahmen der BV von 1999, der UNO-Pakte und der EMRK, Bern 1999, S. 656 ff.; Botschaft zum GWG: ABl *1994*, 2450 und 2454).

3. Nach Art. 7 GWG wird das Patent für einen Betrieb erteilt, wenn der Gesuchsteller handlungsfähig (Bst. a), charakterlich geeignet (Bst. b) und zur Nutzung des Betriebes berechtigt ist (Bst. d) sowie Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung bietet (Bst. c). Solche Gewähr bietet nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG insbesondere, wer in den letzten zwei Jahren nicht wiederholt oder in schwerwiegender Weise Vorschriften der Gesundheits-, der Lebensmittel-, der Fremden-, der Wirtschaftspolizei, des Arbeitsrechtes oder der Betäubungsmittelgesetzgebung verletzt hat.

4. Im vorliegenden Fall ist einzig umstritten, ob der Rekurrent Vorschriften der Fremdenpolizei bzw. des Ausländerrechtes in schwerwiegender Weise verletzt hat, was nachfolgend zu prüfen ist.

4.1. Aus dem rechtskräftigen Strafbefehl vom 20. Januar 2015 folgt, dass der Rekurrent am 12. Dezember 2014 in Begleitung seines Cousins im Zug von Österreich kommend bei St.Margrethen in die Schweiz einreiste, wobei nach ihrer Ankunft beide Personen durch die Grenzwache kontrolliert wurden. Dabei konnte sich der Cousin des Rekurrenten nur mit einer österreichischen Asylkarte ausweisen und war weder im Besitz eines gültigen Reisepasses noch eines zur Einreise in die Schweiz erforderlichen Visums. Gemäss Bescheid bzw. Spruch des österreichischen Bundesamtes für Fremdenwesen und Asyl war auf das Asylgesuch vom Cousin des Rekurrenten nicht eingetreten worden, weil die Zuständigkeit beim Erstasylland Ungarn lag. Laut Strafbefehl war der Rekurrent

nach Bregenz (Österreich) gefahren, hatte dort seinen Cousin abgeholt und ihn im Zug zu Asylzwecken in die Schweiz begleitet, wodurch der Rekurrent Vorbereitungs- und Erleichterungshandlungen für die illegale Einreise seines Cousins in die Schweiz vornahm. Entsprechend wurde der Rekurrent laut Strafregisterauszug vom 17. September 2015 mit Strafbefehl vom 20. Januar 2015 der Förderung der rechtswidrigen Einreise nach Art. 116 Abs. 1 Bst. a AuG schuldig gesprochen und mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu je Fr. 30.--, bedingt aufgeschoben bei einer Probezeit von zwei Jahren, sowie mit einer Busse von Fr. 150.-- bestraft.

4.2. Die Strafe für den „Normalfall“ ist in Art. 116 Abs. 1 AuG geregelt. Im Weiteren enthält Art. 116 AuG in Abs. 2 eine Strafminderung für den leichten Fall und in Abs. 3 eine Strafverschärfung für qualifizierte Fälle. Art. 116 AuG unterscheidet somit hinsichtlich des Strafrahmens zwischen leichten, mittleren und schweren Fällen. Demgegenüber setzt Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG voraus, dass entweder ein wiederholter oder ein schwerwiegender Verstoss gegen eine Vorschrift des Fremdenpolizeirechtes vorliegt. Die beiden Bestimmungen verwenden also nicht identische Kriterien bzw. sie beruhen nicht auf der gleichen Einteilung.

Grundsätzlich stünde es dem kantonalen Gesetzgeber frei, den Begriff des schwerwiegenden Verstosses gegen eine Vorschrift des Fremdenpolizeirechtes selber zu umschreiben und zum Beispiel auch einen leichten Fall im Sinn von Art. 116 Abs. 2 AuG als schwerwiegend im Sinn von Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG zu definieren. Wenn der kantonale Gesetzgeber aber wie im Fall von Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG darauf verzichtet, den Begriff des schwerwiegenden Verstosses näher zu umschreiben, rechtfertigt es sich, die Gewichtung eines Verstosses nach Art. 116 AuG auch im Rahmen von Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG zu berücksichtigen. Daraus folgt zum einen, dass ein leichter Fall im Sinn von Art. 116 Abs. 2 AuG kein schwerwiegender Verstoss nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG sein kann, während ein schwerer Fall nach Art. 116 Abs. 3 AuG immer auch ein schwerwiegender Verstoss gegen eine Vorschrift des Fremdenpolizeirechtes im Sinn von Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG ist. Zum anderen folgt daraus aber auch, dass sich im vorliegenden Fall aus der straf- bzw. ausländerrechtlichen Gewichtung kein direkter Rückschluss auf die Frage ziehen lässt, ob ein schwerwiegender Verstoss nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG vorliegt. Der „mittlere“ Fall aus der Dreiteilung nach Art. 116 AuG kann nämlich nicht eindeutig in die Zweiteilung nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG (schwerwiegend – nicht schwerwiegend) eingeordnet werden. Oder anders herum formuliert: der schwerwiegende Verstoss nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG umfasst zwar zwingend alle Fälle von Art. 116 Abs. 3 AuG, beschränkt sich aber nicht auf diese. Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG behandelt den *wiederholten* Verstoss gegen eine Vorschrift des Fremdenpolizeirechtes gleich wie den *schwerwiegenden* Verstoss. Da ein wiederholter leichter Fall nach Art. 116 Abs. 2 AuG klar in den Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG fällt und damit feststeht, dass nicht nur schwere Fälle im Sinn von Art. 116 AuG zur Verweigerung oder dem Entzug des Gastwirtschaftspatentes

führen können, setzt aus gesetzessystematischen Gründen auch der schwerwiegende Verstoss nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG nicht zwingend einen schweren Fall nach Art. 116 AuG voraus.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass die Bestrafung des Rekurrenten nach Art. 116 Abs. 1 AuG einen schwerwiegenden Fall im Sinn von Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG weder zwingend einschliesst noch ausschliesst. Die Frage, ob ein schwerwiegender Fall vorliegt kann nicht allein aufgrund der angewendeten Strafbestimmung des AuG entschieden werden, sondern ist nach den Umständen des konkreten Falles zu beurteilen.

4.3. Der Rekurrent verweist darauf, dass er lediglich zu einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen verurteilt worden sei, was zeige, dass die Strafverfolgungsbehörden sein Verschulden als gering eingestuft hätten.

Nach Art. 47 StGB misst das (Straf-)Gericht die Strafe nach dem Verschulden des Täters zu. Es berücksichtigt das Vorleben und die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf das Leben des Täters. Das Verschulden wird nach der Schwere der Verletzung oder Gefährdung des betroffenen Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.

Der Rekurrent geht fälschlicherweise davon aus, dass Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG ebenfalls auf dem Verschuldensprinzip beruht. Als gewerbepolizeiliche Bestimmung will Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG jedoch die einwandfreie gastgewerbliche Betriebsführung sicherstellen und zwar unabhängig davon, ob dem Patentinhaber der Verstoss gegen Vorschriften der Gesundheits-, der Lebensmittel-, der Fremden- oder der Wirtschaftspolizei als Verschulden vorgeworfen werden kann. Aus gewerbepolizeilicher Sicht ist ein Einschreiten gegen solche Verstösse auch dann nötig, wenn der Patentinhaber subjektiv gar nicht in der Lage ist, die Vorschriften zu erfüllen. So ist es zum Beispiel irrelevant, ob ein Patentinhaber das Rauchverbot nach Art. 52^{quater} Abs. 1 des Gesundheitsgesetzes (sGS 311.1) in seinem Gastwirtschaftsbetrieb nicht durchsetzt, weil er das Rauchverbot ablehnt, oder weil er sich gegen seine rauchenden Gäste nur nicht durchsetzen kann. Der Beweggrund des Patentinhabers ist allenfalls auf der Ebene der Verhältnismässigkeit der Massnahme von Bedeutung, nicht aber bei der Beurteilung, ob der Tatbestand von Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG erfüllt ist.

Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG bezweckt in diesem Sinn einen nicht auf dem Verschuldens- sondern auf dem Erfolgsprinzip beruhenden Schutz wichtiger Polizeigüter – vorab der öffentlichen Gesundheit, Ruhe, Ordnung und Sicherheit –, weshalb es im vorliegenden Fall keine Rolle spielt, dass der Rekurrent „nur“ zu einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen verurteilt wurde.

4.4. Der Rekurrent verweist weiter auf die Rechtsprechung zum Begriff des schwerwiegenden Verstosses in Art. 63 AuG, wonach der Widerruf der Niederlassungsbewilligung einen Verstoss gegen hochwertige Rechtsgüter voraussetze.

Dem Rekurrenten ist zu entgegen, dass bereits der Wortlaut von Art. 63 Abs. 1 Bst. b AuG für den Widerruf der Niederlassungsbewilligung voraussetzt, dass „die Ausländerin oder der Ausländer in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet". Das Erfordernis, dass der Verstoss hochwertige Rechtsgüter betreffen muss, ergibt sich bei Art. 63 AuG somit schon aus dem Gesetz. Zudem hat der dauerhafte Entzug der unbefristet geltenden Niederlassungsbewilligung offensichtlich schwerere Auswirkungen auf den Betroffenen als die Verweigerung oder der Entzug eines Gastwirtschaftspatentes. Dementsprechend rechtfertigt es sich, für die Anwendung von Art. 63 AuG strengere Anforderungen an die Schwere des Verstosses zu stellen als im Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG. Der Rekurrent kann daher aus der Rechtsprechung zu Art. 63 AuG nichts zu seinen Gunsten ableiten.

4.5. Wie oben ausgeführt ist jeweils anhand der Umstände des konkreten Falles zu beurteilen, ob ein schwerwiegender Verstoss gegen eine Vorschrift des Fremdenpolizeirechtes im Sinn von Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG vorliegt. Die Schwere des Verstosses muss zudem einen Bezug zu den durch die Patentpflicht nach Art. 3 GWG geschützten öffentlichen Interessen haben.

Gemäss den Ausführungen im Strafbefehl vom 20. Januar 2015 hat der Rekurrent gegenüber der Polizei ausgesagt, er habe seinen Cousin zu Asylzwecken in die Schweiz begleitet. Der Rekurrent wollte also seinem Cousin offenbar ermöglichen oder zumindest erleichtern, in der Schweiz ein Asylgesuch zu stellen. Aus dem Strafbefehl ergibt sich weiter, dass das österreichische Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl auf ein Asylgesuch dieses Cousins nicht eingetreten war, weil die Zuständigkeit beim Erstasylland Ungarn liege. Es muss dem Rekurrenten, der selber aus Syrien stammt, angesichts der aktuellen Medienberichterstattung über die Zuständigkeit für Asylgesuche von syrischen Flüchtlingen völlig klar gewesen sein, dass die Schweiz gestützt auf die Dublin-Assoziierungsabkommen (vgl. Art. 21 des Asylgesetzes [SR 142.31]) auf ein Asylgesuch seines Cousins ebenfalls nicht eintreten würde. Der Rekurrent versuchte also seinem Cousin das Einreichen eines offensichtlich aussichtslosen Asylgesuchs in der Schweiz zu ermöglichen. Ein solcher versuchter Missbrauch des Asylrechtes stellt einen schwerwiegenden Verstoss im Sinn von Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG dar. Hinzukommt, dass ein erheblicher Verdacht besteht, dass der Rekurrent seinem Cousin gar nicht das Einreichen eines (offensichtlich aussichtslosen) Asylgesuchs, sondern den illegalen Aufenthalt in der Schweiz ermöglichen wollte. Auch kann die Befürchtung, dass der Rekurrent seinen Cousin ohne Arbeitserlaubnis in seinem Gastwirtschaftsbetrieb beschäftigt hätte, nicht von der

Hand gewiesen werden. Der schwerwiegende Verstoss gegen eine Vorschrift des Fremdenpolizeirechtes hatte somit auch einen Bezug zu den durch die Patentpflicht nach Art. 3 GWG geschützten öffentlichen Interessen.

4.6. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der Rekurrent seinen Cousin dabei unterstützen wollte, in der Schweiz ein offensichtlich unzulässiges Asylgesuch einzureichen. Er verstiess damit in schwerwiegender Weise gegen eine Vorschrift des Fremdenpolizeirechtes im Sinn von Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG.

5.

5.1. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 36 Abs. 3 BV fordert, dass eine Verwaltungsmassnahme ein geeignetes und erforderliches Mittel darstellt, um das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen, und dass sie in einem vernünftigen Verhältnis zu den Freiheitsbeschränkungen steht, die den Betroffenen auferlegt werden (Häfelin / Müller Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, N. 581 ff.).

5.2. Die Nichterteilung des Patentes für einen Betrieb ist im Sinn der präventiven Kontrolle grundsätzlich geeignet, den in Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG aufgezählten gesetzlichen Vorschriften Nachachtung zu verschaffen und den Schutz der betroffenen Polizeigüter zu gewährleisten.

5.3. Die Nichterteilung des Patentes für einen Betrieb muss ferner mit Blick auf die Gewährleistung der öffentlichen Gesundheit und Sicherheit erforderlich sein. Sie hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde. Die Massnahme darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen.

Es ist keine andere Massnahme als die (befristete) Verweigerung des Patentes erkennbar, mit der die Einhaltung der in Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG aufgezählten gesetzlichen Vorschriften gleich wirksam gefördert werden kann. Die Verweigerung des Patentes wirkt sich vor allem präventiv aus, indem der Rekurrent dazu gebracht wird, zukünftig solche gesetzlichen Vorschriften einzuhalten, damit er sich nach Ablauf der in Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG erwähnten zweijährigen Frist erneut um ein Patent bewerben kann.

5.4. Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt auch, dass die Verwaltungsmassnahme in einem vernünftigen Verhältnis zu den Freiheitsbeschränkungen steht, die dem Rekurrenten auferlegt werden.

Im vorliegenden Fall hat die Verweigerung des Patentes keine schwerwiegenden Auswirkungen für den Rekurrenten. Das Patent für den Betrieb des Rekurrenten lautet seit der Eröffnung am 1. September 2015 auf die Geschäftsführerin D.___. Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise, dass dieses Patent von der Vorinstanz nicht erneuert werden würde, so dass der Rekurrent seinen Betrieb

während der in Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG erwähnten zweijährigen Frist wird weiterhin offen halten können, weshalb die Verweigerung des Patentes nicht einem „Berufsverbot“ gleichkommt.

Zudem sind wie bereits mehrfach erwähnt im Rahmen von Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG nur Verstösse massgebend, die „in den letzten zwei Jahren“ begangen wurden. Der Rekurrent wird also nach Ablauf dieser Frist erneut ein Patentgesuch einreichen können, so dass die Auswirkungen der angefochtenen Verfügung zeitlich begrenzt sind. Die Verwaltungsmassnahme steht somit in einem vernünftigen Verhältnis zu den Einschränkungen, die dem Rekurrenten auferlegt werden und verstösst nicht gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip.

6.

6.1. Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten jener Beteiligte die amtlichen Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Da der Rekurs vollständig abzuweisen ist, sind die amtlichen Kosten dem Rekurrenten zu auferlegen. Gemäss Nr. 10.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung (sGS 821.5) ist die Entscheidgebühr auf Fr. 1'500.-- festzusetzen, wobei der Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- an die Entscheidgebühr anzurechnen ist. Der Rekurrent hat somit noch den Betrag von Fr. 500.-- zu bezahlen.

6.2. Entsprechend dem Verfahrensausgang werden dem Rekurrenten keine ausseramtlichen Kosten entschädigt (Art. 98bis VRP).

Entscheid

1. Der Rekurs von A.___, St.Gallen, wird abgewiesen.

2. Die amtlichen Kosten in Höhe von Fr. 1'500.-- werden A.___ auferlegt, wobei der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- an die Entscheidgebühr angerechnet wird. A.___ bezahlt somit noch den Betrag von Fr. 500.--.

3. A.___ werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt.

VOLKSWIRTSCHAFTSDEPARTEMENT
DES KANTONS ST.GALLEN
Der Vorsteher:

Benedikt Würth
Regierungspräsident

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.