Fall-Nr.:	VD/G-16.03
Stelle:	Generalsekretariat Volkswirtschaftsdepartement
Instanz:	Volkswirtschaftsdepartement
Publikationsdatum:	29.05.2020
Entscheiddatum:	29.04.2016

Rekursentscheid VD; Gastwirtschaftsrecht

Aufgrund der klaren und eindeutigen Regelung von Art. 7 ff. GWG steht fest, dass sich die Erteilung provisorischer Patente nicht auf das GWG abstützen lässt.

vgl. PDF

© Kanton St.Gallen 2026

Kanton St.Gallen
Volkswirtschaftsdepartement

VD/G-16.03

Entscheid vom 29. April 2016

Rekurrenten

A.___, wohnhaft in Z.___, vertreten durch RA B.___

gegen

Vorinstanz

Politische Gemeinde Z.___

Rekursgegner

C.___, wohnhaft in Y.___, vertreten durch RA D.___

Betreff

Verfügung vom 19. Januar 2016 betreffend provisorische Patenterteilung zur Ausübung der gastgewerblichen Tätigkeit für das „E.___“

Sachverhalt

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

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

B. Am 25. Februar 2015 ersuchte C.___ den Gemeinderat Z.___ um Erteilung des Patentes zur Ausübung einer gastgewerblichen Tätigkeit für den Betrieb „E.___“, welcher sich im vorerwähnten Mehrfamilienhaus B an der F.___ in Z.___ befindet.

Mit Verfügung vom 9. März 2015 erteilte der Gemeinderat Z.___ C.___ ein provisorisches Patent für das „E.___“, in welchem der Gemeinderat Z.___ insbesondere Folgendes verfügte:

1. Feststellungen

1.1. Der Patentinhaber erfüllt die allgemeinen Voraussetzungen für die Patenterteilung gemäss Art. 7 des Gastwirtschaftsgesetzes (sGS 553.1; abgekürzt GWG) derzeit noch nicht.

1.2. Der Patentinhaber ist in Rorschach angemeldet. Im Patentgesuch wurden folgende Angaben über die bisherigen Tätigkeiten gemacht:
2001 – 2007: Pizzeria I.___;
2008 – 2010: Pizzeria J.___;
2012 – 2013: Restaurant K.___.

Aufgrund der Weisungen zur Gastwirtschaftsgesetzgebung kann der Nachweis von Kenntnissen in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention durch Ausbildungsabschlüsse, einschlägige Berufspraxis oder das Bestehen einer Prüfung nachgewiesen werden.

1.3. Das Patent wird bis 31. Dezember 2015 unter der Bedingung erteilt, dass C.___ den Vorbereitungskurs in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention bei Gastro St.Gallen absolviert. Die Kursbescheinigung ist bis Ende Jahr 2015 beizubringen.

1.4. Die Räumlichkeiten können gemäss Mietvertrag vom 20. Februar 2015 zwischen L.___ und M.___ sowie N.___ genutzt werden.

Zur ständigen Bewirtung von Gästen stehen 78 Plätze zur Verfügung. Nicht ständig stehen 44 Plätze in der Gartenwirtschaft zur Verfügung.

1.5. Die baurechtlichen Voraussetzungen, die Räume als Gastwirtschaft zu nutzen, sind erfüllt. Vorbehalten bleibt die nähere Prüfung durch das kantonale Amt für Verbraucherschutz und Veterinärwesen.

2. Patenterteilung

2.1. Das provisorische Patent wird erteilt. Der Patentinhaber ist verantwortlich für die Betriebsführung. Er wird auf die Pflichten gemäss Art. 20 ff. GWG aufmerksam gemacht.

2.2 Das Patent ist befristet bis 31. Dezember 2015.

3. Schliessungszeiten

3.1. Die Schliessungszeit dauert von Mitternacht bis 05.00 Uhr gemäss Art. 16 GWG. Vom Freitag auf Samstag und vom Samstag auf Sonntag beginnt die Schliessungszeit um 01.00 Uhr.

Für einzelne Polizeistundenverlängerungen (Verkürzung der Schliessungszeit) ist jeweils vorgängig ein Gesuch einzureichen (telefonisch oder schriftlich mindestens 8 Tage im Voraus).

Spezielle Auflagen und Bedingungen aufgrund vom Reglement der Stockwerkeigentümergemeinschaft sind vorbehalten.

C. Am 13. November 2015 teilte RA B.___ dem Gemeindepräsidenten der Politischen Gemeinde Z.___ u.a. mit, dass er A.___ in der seit längerer Zeit andauernden Auseinandersetzung wegen Immissionen betreffend den Betrieb des „E.___“ anwaltlich vertrete. A.___ würden im Mehrfamilienhaus B an der F.___ in Z.___ wohnen, in welchem sich auch das „E.___“ befinde.

Mit Eingabe vom 11. Dezember 2015 stellte der Rechtsvertreter von A.___ gegenüber dem Gemeinderat Z.___ sodann verschiedene Anträge in Bezug auf die allfällige Erneuerung des Patentes von C.___ für das „E.___“.

D. Mit Verfügung vom 19. Januar 2016 erneuerte der Gemeinderat Z.___ C.___ das provisorische Patent für das „E.___“. Der Gemeinderat Z.___ verfügte vorab was folgt:

1. Feststellungen

1.1. Der Patentinhaber erfüllt die allgemeinen Voraussetzungen für die Patenterteilung gemäss Art. 7 GWG derzeit noch nicht.

1.2. Der Patentinhaber ist in Y.___ angemeldet. Im Patentgesuch wurden folgende Angaben über die bisherigen Tätigkeiten gemacht:
2001 – 2007: Pizzeria I.___;
2008 – 2010: Pizzeria J.___;
2012 – 2013: Restaurant K.___.

Aufgrund der Weisungen zur Gastwirtschaftsgesetzgebung kann der Nachweis von Kenntnissen in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention durch Ausbildungsabschlüsse, einschlägige Berufspraxis oder das Bestehen einer Prüfung nachgewiesen werden.

1.3. Das Patent vom 9. März 2015 wurde unter der Bedingung erteilt, dass C.___ den Vorbereitungskurs in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention bei Gastro St.Gallen bis Ende Jahr 2015 absolviert. Mit Schreiben vom 9. Dezember 2015 informierte C.___, dass der Kursbesuch aus beruflichen und familiären Gründen nicht möglich gewesen sei. Gleichzeitig versicherte er, dass er den Kurs im ersten Halbjahr 2016 absolvieren werde.

1.4. Die Räumlichkeiten können gemäss Mietvertrag vom 20. Februar 2015 zwischen L.___ und M.___ sowie N.___ genutzt werden.

Zur ständigen Bewirtung von Gästen stehen im Gebäude 78 Plätze zur Verfügung. Nicht ständig stehen Plätze in der Gartenwirtschaft zur Verfügung.

1.5. Die baurechtlichen Voraussetzungen, die Räume als Gastwirtschaft zu nutzen, sind erfüllt. Vorbehalten bleibt die nähere Prüfung durch das kantonale Amt für Verbraucherschutz und Veterinärwesen.

2. Patenterteilung

2.1. Das provisorische Patent wird erteilt. Der Patentinhaber ist verantwortlich für die Betriebsführung. Er wird auf die Pflichten gemäss Art. 20 ff. GWG aufmerksam gemacht.

Gemäss Art. 21 GWG hat der Patentinhaber insbesondere:

a) dafür zu sorgen, dass die Nachbarschaft nicht durch übermässige Einwirkungen belästigt wird;
b) den Beginn der Schliessungszeit eine Viertelstunde vorher anzukünden und die Gäste zum rechtzeitigen Verlassen des Betriebes aufzufordern;
c) das Spielen um hohe Geldbeträge oder Sachwerte verbieten;
d) Art und Preise der gastgewerblichen Leistungen gut sichtbar bekanntzugeben;
e) Gäste, die der Aufforderung zur Einhaltung der Ordnung keine Folge leisten, wegzuweisen. Kann er die Wegweisung nicht durchsetzen, nimmt er die Hilfe der Polizei in Anspruch

2.2 Das Patent ist befristet bis 30. Juni 2016.

3. Schliessungszeiten

3.1. Die Schliessungszeit dauert von Mitternacht bis 05.00 Uhr gemäss Art. 16 GWG. Vom Freitag auf Samstag und vom Samstag auf Sonntag beginnt die Schliessungszeit um 01.00 Uhr.

Für einzelne Polizeistundenverlängerungen (Verkürzung der Schliessungszeit) ist jeweils vorgängig ein Gesuch einzureichen (telefonisch oder schriftlich mindestens 8 Tage im Voraus).

Spezielle Auflagen und Bedingungen aufgrund vom Reglement der Stockwerkeigentümergemeinschaft sind vorbehalten.

Der Gemeinderat Z.___ eröffnete die vorerwähnte Verfügung gleichzeitig auch dem Rechtsvertreter von A.___.

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

1. Es sei die provisorische Patenterteilung des Gemeinderates Z.___ vom 19. Januar 2016 […] ausgestellt auf das […] „E.___“, […], Betriebsleiter C.___, […], Gültigkeitsdauer: 19. Januar 2016 vollumfänglich aufzuheben;

2. eventualiter sei die provisorische bzw. nach Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen die definitive Patenterteilung lediglich unter folgenden Auflagen zu bestätigen:

a) sofern der Betrieb länger als bis 22.00 Uhr geöffnet sein soll, ist vorab ein entsprechendes Baugesuch einzureichen;
b) für die Nutzung des Sitzungszimmers (früher: Gewerbefläche) für gastgewerbliche Tätigkeit ist vorab ein entsprechendes Baugesuch einzureichen;
c) für den Betrieb einer Gartenwirtschaft ist vorab ein Baugesuch einzureichen;
d) für die Einrichtung eines Pizzakuriers und/oder einer Takeaway-Mitnahmemöglichkeit ist vorab ein Baugesuch einzureichen;
e) das Gartenrestaurant ist um 19.00 Uhr, eventualiter 22.00 Uhr zu schliessen;
f) der Patentinhaber ist anzuhalten, auf die Nachbarschaft Rücksicht zu nehmen und Lärmimmissionen auf einem Minimum zu halten;
g) es sei der Betriebsinhaber darauf hinzuweisen, dass dies die letzte provisorische Patenterteilung ist und keine weitere provisorische Patenterteilung gewährt wird, wenn nicht die Voraussetzungen für eine definitive Patenterteilung erfüllt werden; sofern die Voraussetzungen für eine definitive Patenterteilung erfüllt werden, ist das Patent höchstens probeweise für ein weiteres Jahr zu erteilen;

3. es sei vorsorglich anzuordnen, dass jegliche gastgewerbliche Tätigkeit im […] „E.___“, […], per sofort einzustellen ist, bis ein rechtskräftiges Patent vorliegt;

4. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Zur Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

- Die Rekurrenten seien Eigentümer und Bewohner der Wohnung im zweiten Stock über dem „E.___“. Seit C.___ den Betrieb führe, litten die Rekurrenten an den Immissionen aus dessen rücksichtsloser Betriebsführung. Insbesondere könnten sie regelmässig auch nach 22.00 Uhr nicht schlafen, weil C.___ trotz unverändertem Anschlag am Eingang (Öffnungszeiten bis 22.00 Uhr) regelmässig bis über Mitternacht hinaus wirte (im Sommer auch im Gartenrestaurant) und die Gäste nicht zur Rücksichtnahme anhalte. Sie seien durch die Betriebsführung durch einen unqualifizierten und wohl auch charakterlich ungeeigneten Gastwirt unmittelbar in ihren Interessen berührt und damit auch ohne weiteres zum Rekurs legitimiert. Entsprechend seien die Rekurrenten bereits am 11. Dezember 2015 mit ihren Beschwerden schriftlich an die Vorinstanz gelangt und hätten – wenn überhaupt – eine Patenterteilung nur unter Auflagen beantragt. Die Rekurrenten seien damals noch davon ausgegangen, dass C.___ inzwischen die Voraussetzungen für ein definitives Patent erfülle; laut angefochtenem Patent erfülle C.___ die entsprechenden Voraussetzungen aber immer noch nicht.

- Das GWG kenne keine provisorischen Patente. Jede Führung eines Gastwirtschaftsbetriebes erfordere ein definitives bzw. ordentliches Patent. Die Rekurrenten erachteten es als unerhört, dass die Vorinstanz C.___ ein zweites provisorisches Patent erteilt habe. Das angefochtene provisorische Patent sei deshalb aufzuheben. Die Rekurrenten litten nun schon seit bald einem Jahr unter der unqualifizierten Betriebsführung durch C.___. Es sei mittels vorsorglicher Massnahme gemäss Art. 58 i.V.m. Art. 18 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1; abgekürzt VRP) anzuordnen, dass jegliche gastgewerbliche Tätigkeit im „E.___“ per sofort einzustellen sei bis ein rechtskräftiges Patent vorliege. Das gebiete sich nur schon aus dem Grundsatz, dass ein Rekurs gemäss Art. 51 VRP aufschiebende Wirkung habe und dementsprechend das provisorische Patent keine Wirkung entfalte, weshalb C.___ seit 1. Januar 2016 illegal wirte. Ferner seien aufsichtsrechtliche Massnahmen gegen die Vorinstanz angezeigt.

- Gemäss Vorinstanz seien die baurechtlichen Voraussetzungen, um die Räume als Gastwirtschaft zu nutzen, erfüllt. Dies treffe so nicht zu. Laut den Baugesuchsunterlagen aus dem Jahr 1988 sei der Gastwirtschaftsbetrieb als Café ohne Alkoholausschank bewilligt worden. Das Baugesuch habe nur das eigentliche Café mit ca. 43 Sitzplätzen umfasst, nicht aber den kleinen Saal im hinteren Teil, der mit der Zeit mit zusätzlichen ca. 35 Sitzplätzen ebenfalls für das Café umgenutzt worden sei; auch eine Gartenwirtschaft sei nie bewilligt worden. Irgendwann sei das Café in eine Piz-

zeria umgenutzt worden. Für diese Umnutzung sei nie um eine Baubewilligung ersucht worden. Die Umnutzung habe lange Zeit zu keinen Problemen geführt, da die Pizzeria jeweils um 22.00 Uhr geschlossen worden sei. Dementsprechend habe es auch kaum mehr Immissionen als bei einem Café gegeben, auch wenn ein Café in der Regel bereits um 20.00 Uhr oder sogar um 18.00 Uhr schliesse. Die Rekurrenten behielten sich ausdrücklich vor, auf Café-Schliessungszeiten zu bestehen.

Die Rekurrenten wären unpräjudizierlich bereit, eine Schliessungszeit um 22.00 Uhr hinzunehmen. Wolle der Pächter aber die allgemeinen Schliessungszeiten gemäss GWG ausnutzen, sei dafür ein Baugesuch zu verlangen. Der Betrieb einer Pizzeria mit Alkoholausschank bis Mitternacht oder am Wochenende bis 01.00 Uhr sei jedenfalls nicht mehr durch die ursprüngliche Baubewilligung für ein Café ohne Alkoholausschank abgedeckt. Eine solche Verlängerung der Öffnungszeiten sei regelmässig mit einer Zunahme der Immissionen verbunden. Es liege deshalb eine wesentliche, baubewilligungspflichtige Änderung der Nutzung vor (Art. 78 Abs. 2 Bst. o des Baugesetzes [sGS 731.1; abgekürzt BauG]). Inwiefern einem solchen Baugesuch entsprochen werden könnte, wäre sodann im Baubewilligungsverfahren zu entscheiden. Es sei diesbezüglich jedoch darauf hinzuweisen, dass der Gastwirtschaftsbetrieb in einer Wohnüberbauung mit einer grossen Zahl Wohnungen liege, weshalb von einer entsprechenden Lärmempfindlichkeit auszugehen sei. Störend seien insbesondere auch die Raucher, die sich im Freien aufhalten (Rauchertischchen) und dort ihre Gespräche in unverminderter Lautstärke weiterführen würden, der Betrieb des Gartenrestaurants sowie die Gäste, die spät abends das Restaurant verlassen und vom Pächter nicht zur Ruhe angehalten würden.

- Weiter werde im Baubewilligungsverfahren zu prüfen sein, ob die bestehenden 5 Besucherparkplätze für das ursprüngliche Café mit 43 Sitzplätzen auch für einen Gastwirtschaftsbetrieb mit 78 Innensitzplätzen und zusätzlichen Aussensitzplätzen genügten. Das kommunale Baureglement verweise diesbezüglich auf die VSS-Normen, die einen Parkplatz je 5 Sitzplätze verlangten, was bereits für die 78 Innensitzplätze einen Parkplatzbedarf von mindestens 16 Besucherparkplätzen ergäbe. Weiterer Bedarf komme für die Gartenwirtschaft hinzu. Dass eine solche Zahl Besucherparkplätze erforderlich sei, habe sich vergangenen Samstag gezeigt, als die Pizzeria voll gewesen sei und insgesamt 38 Besucher-PW's an allen Ecken und Enden gestanden seien und nicht zuletzt auch die Zufahrt zur Tiefgarage der Überbauung verstellt hätten.

- In der Baubewilligung und in den zugehörigen Unterlagen finde sich kein Hinweis auf eine Gartenwirtschaft. Dementsprechend sei davon auszugehen, dass für eine Gartenwirtschaft nie eine Baubewilligung erteilt worden sei, weshalb diesbezüglich ein Baugesuch einzufordern sei. Mit Email vom 9. Dezember 2015 verweise die kommunale Bausekretärin auf das Reglement der Stockwerkeigentümergemeinschaft, welches ein Gartenrestaurant für das Café vorsehe. Ein solches Reglement könne eine Baubewilligung nicht ersetzen. Zudem sei darauf hinzuweisen, dass laut Aufteilungsplan vom Jahr 1988 (die angeblichen Aufteilungspläne vom Jahr 1991 seien offenbar nicht unterzeichnet) das Gartenrestaurant viel kleiner gewesen sei, als dasselbe heute benutzt werde. Die Anlage von 44 Plätzen wäre gemäss Plan vom Jahr 1988 nicht möglich gewesen. Das Gartenrestaurant sei denn auch von den bisherigen Pächtern nur mit ca. 20 Plätzen verteilt auf 5 Tische betrieben worden. Eine Erweiterung auf 44 Plätze stelle somit ebenfalls eine erhebliche, baubewilligungspflichtige Erweiterung dar. Das Gleiche gelte für die beiden Rauchertische beim Eingang.

- Bezüglich Gartenrestaurant und Rauchertischchen sei es offensichtlich, dass die Nachtruhe in der Wohnüberbauung gestört werde. Es werde diesbezüglich auf den Bundesgerichtsentscheid 1C_440/2008 Erw. 4.2 verwiesen*: "Die vorgesehene, um 22.00 Uhr endende Betriebszeit ist angesichts der Lage der umstrittenen Gastwirtschaft in einem Hinterhof in Mitten des bewohnten Ortszentrums … mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung sogar eher als grosszügig einzustufen. So wurden bei einer Gartenwirtschaft Betriebszeiten bis 19.00 Uhr als rechtmässig bezeichnet"*. Die Rekurrenten hätten sich versuchsweise und unpräjudizierlich mit einer Schliessungszeit des Gartenrestaurants (inkl. Rauchertischchen) um 22.00 Uhr einverstanden erklären wollen, wenn sich der Pächter um eine allgemeine Verminderung

der Immissionen bemüht hätte. Angesichts der Rücksichtslosigkeit von C.___ bestünden die Rekurrenten aber auf einer Schliessung des Gartenrestaurants um 19.00 Uhr gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung.

- Nach Art. 21 Abs. 1 Bst. a GWG habe der Patentinhaber dafür zu sorgen, dass die Nachbarschaft nicht durch übermässige Einwirkungen belästigt werde. Dazu gehörten einerseits die Lärmimmissionen und andererseits u.a. die stinkenden Abfälle, die C.___ regelmässig gegen jede feuerpolizeilichen und hygienischen Vorschriften in der Tiefgarage einlagere. Trotz mehrfachen Hinweisen nehme C.___ seine Verantwortung nicht wahr. Er sei deshalb zu ermahnen und es sei ein allfälliges definitives Patent, wenn denn der Gesuchsteller die entsprechenden Voraussetzungen einmal erfüllen sollte, höchstens probeweise für ein weiteres Jahr zu erteilen.

F. Mit Eingabe vom 10. März 2016 reichte der Rekursgegner C.___, vertreten durch RA D.___, seine Stellungnahme mit folgenden Rechtsbegehren ein:

1. Auf den Rekurs sei nicht einzutreten.
2. Soweit darauf eingetreten werden kann, sei der Rekurs vom 29. Januar 2016 gegen die provisorische Patenterteilung abzuweisen.
3. Vom Erlass von vorsorglichen Massnahmen sei abzusehen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Rekurrenten.

Zur Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

- Im Laufe des letzten Jahres hätten die Rekurrenten behauptet, die Lärmimmissionen des „E.___“ seien unverhältnismässig. Diese Behauptung sei durch eine Umfrage des Patentinhabers entkräftet worden, in der alle Bewohner der betreffenden Überbauung angegeben hätten, dass die Lärmimmissionen durch die Gäste nicht stören würden; Reklamationen von weiteren Anwohnern seien nicht bekannt. Es sei auch nichts bekannt von angeblich störenden Rauchern, von Gästen, die spät abends das Restaurant verlassen und übermässigen Lärm verursachen würden, sowie von übermässigen Lärmimmissionen wegen der Gartenwirtschaft. Dies deute darauf hin, dass sich einzig die Rekurrenten an angeblichen Lärmimmissionen stören würden und ihre Lärmempfindlichkeit unverhältnismässig ausgeprägt sei. Das „E.___“ sei in Z.___ sehr beliebt und die Bevölkerung schätze es, dass der engagierte Patentinhaber zur Belebung des Dorfes beitrage.
- Am 19. Januar 2016 habe die Vorinstanz dem Patentinhaber ein zweites Mal ein provisorisches Patent erteilt, da derselbe – abgesehen von der Absolvierung des Vorbereitungskurses in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention – alle Patentvoraussetzungen erfüllt habe. Der Patentinhaber werde den Kurs im ersten Halbjahr 2016 absolvieren. Im Patent werde festgehalten, dass nicht ständige Plätze in der Gartenwirtschaft zur Verfügung stünden, dass die ordentliche Schliessungszeit von Mitternacht bis 05.00 Uhr gelte und dass die baurechtlichen Voraussetzungen, die Räume als Gastwirtschaft zu nutzen, erfüllt seien.
- Der Patentinhaber habe bisher nie gegen feuerpolizeiliche und hygienische Vorschriften verstossen. Abfälle seien immer korrekt gelagert worden; konkret würden Abfälle – in Absprache mit dem Hauswart – jeweils am Mittwochabend für die Abfallentsorgung am Donnerstagmorgen bereitgestellt. Die Gäste würden ihre Fahrzeuge stets korrekt parken und hätten nie die Zufahrt zur Tiefgarage der Überbauung verstellt. Die Gartenwirtschaft werde stets um 22.00 Uhr geschlossen. Die Rekurrenten würden die Vorgänge um den Betrieb des Restaurants ständig beobachten und sodann beanstanden. Dieses Verhalten sei nicht zu rechtfertigen und stehe im Widerspruch zur Tatsache, dass sämtliche Bewohner der Überbauung und die Anwohner nichts gegen den Betrieb des Restaurants einwenden würden. Entsprechend seien die Aussagen der Rekurrenten nicht glaubwürdig.

- Die Rekurrenten machten Lärmimmissionen durch den Betrieb des „E.___“ als Rekurslegitimation für die Aufhebung des provisorischen Patentes geltend. Diese Legitimation sei nicht gegeben. Die Patentvoraussetzungen knüpften nicht an das Erfordernis an, dass gewisse Lärmimmissionsgrenzwerte eingehalten werden müssten. Auch der Verlust des Patentes nach Art. 13 Abs. 2 GWG knüpfe nicht an besagtes Erfordernis an. Angebliche Lärmimmissionen seien nicht Bestandteil des vorliegenden Verfahrens. Ohnehin sei es den Rekurrenten nicht gelungen, eine besondere Betroffenheit namhaft zu machen, geschweige denn zu belegen, dass die Erteilung des Patentes sie mehr betreffe als irgendeinen Dritten oder die Allgemeinheit. Dies bedeute, dass die Rekurrenten nicht rekursberechtigt seien.

- Aufgrund des provisorischen Patentes bestehe das Restaurant bereits. Es durch eine vorsorgliche Massnahme zu schliessen, wäre unverhältnismässig und würde die wirtschaftliche Existenz des Patentinhabers zerstören.

- Die (wiederholte) Ausstellung von provisorischen Patenten werde von zahlreichen politischen Gemeinden vorgenommen und sei weit verbreitet. Deshalb stelle die Erteilung eines provisorischen Patentes durch die Vorinstanz keinen Einzelfall dar, sondern entspreche der gängigen Praxis im Kanton St.Gallen (vgl. VGE B 2008/90). Andere Kantone würden diese Bewilligungsart auch kennen. Sollte die Erteilung provisorischer Patente durch die politischen Gemeinden gesetzeswidrig sein, sei der Patentinhaber in jedem Fall berechtigt, die gesetzeswidrige Praxis, die Dritten im Kanton St.Gallen bislang zuteil geworden sei, auch für sich zu verlangen.

- Die Rekurrenten brächten ausschliesslich baurechtliche Gründe vor, die für den Entzug des Patentes sprechen würden. Diese Gründe hätten mit dem vorliegenden Verfahren um Erteilung eines provisorischen Patentes nichts zu tun. Im Folgenden werde dennoch auf die jeweiligen Ausführungen eingegangen.

  - Der Patentinhaber habe im Gesuch vom 25. Februar 2015 um Erteilung des Patentes für einen Betrieb angegeben, dass das Baubewilligungsverfahren abgeschlossen sei und die üblichen Schliessungszeiten nach Art. 16 GWG vorgesehen seien. Mit Wissen der Vorinstanz habe der Rekurrent angenommen, dass die geltenden gesetzlichen Bestimmungen betreffend Öffnungszeiten und Alkoholausschank anwendbar seien. Die Bewilligung sei daraufhin erteilt worden und weil die Betriebsführung einwandfrei gewesen sei, habe die Vorinstanz am 19. Januar 2016 ein zweites provisorisches Patent ausgestellt. Alle Patentvoraussetzungen seien erfüllt gewesen und seien dies im Übrigen immer noch.

  - Ein allfälliges Baubewilligungsverfahren sei nicht Teil des Verfahrens um die Erteilung oder den Verlust eines provisorischen Patentes. Das Gleiche gelte für das angebliche Fehlen einer Baubewilligung für eine Gartenwirtschaft. Zum Vorhandensein der Gartenwirtschaft und deren Nutzung durch den Patentinhaber sei festzuhalten, dass bereits die erste Betriebsbewilligung des Volkswirtschaftsdepartementes für das „G.___“ eine Kopie aus dem Grundbuchplan enthalte, worin eine Gartenwirtschaft eingezeichnet sei. Diese Gartenwirtschaft werde seit jeher von den jeweiligen Restaurantbetreibern für Gäste benutzt.

  - Bezüglich der Gartenwirtschaft und des zitierten Bundesgerichtsentscheides sei anzumerken, dass dieses Urteil unter Würdigung der örtlichen Verhältnisse gefällt worden sei. Es habe sich um eine „Gastwirtschaft in einem Hinterhof inmitten des bewohnten Ortszentrums“ gehandelt. Die Lage jener Gartenwirtschaft sei nicht mit der vorliegenden Gartenwirtschaft zu vergleichen, weil diese zur Strasse hin gerichtet sei. Obwohl das Bundesgericht Betriebszeiten von einer Gartenwirtschaft bis 19.00 Uhr als rechtmässig bezeichne (BGE 1A.139/2002 vom 5. März 2003), handle es sich um einen Extremfall und es müssten die konkreten örtlichen Verhältnisse in Betracht gezogen werden. Die Nachtruhe in der Politischen Gemeinde Z.___ gelte ab 22.00 Uhr, was für die Öffnungszeiten der Gartenwirtschaft massgebend sei. Die Forderung, die Gartenwirtschaft um 19.00 Uhr zu schliessen, sei unverhältnismässig.

  - Im vorliegenden Fall könne sich der Patentinhaber auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes gemäss Art. 9 der Bundesverfassung (SR 101; abgekürzt BV) berufen. Dabei seien kumulativ folgende Voraussetzungen notwendig: das Vorhandensein einer Vertrauensgrundlage, das Vertrauen in das Verhalten einer staatlichen Behörde und die Vertrauensbetätigung. Die Vertrauensgrundlage sei durch das Vorhandensein von zwei provisorischen Patenten ohne weiteres gegeben. Auf Vertrauen in das Verhalten der staatlichen Behörden könne sich nur berufen, wer von der Vertrauensgrundlage Kenntnis gehabt habe. Die Vertrauensgrundlage sei bei Adressaten von Verfügungen – wie im vorliegenden Fall – anzunehmen. Schliesslich sei eine Vertrauensbetätigung notwendig, u.a. mit dem Tätigen von Investitionen, was der Patentinhaber aufgrund der Ausstellung von zwei provisorischen Patenten seit dem 9. März

2015 getan habe. Der Patentinhaber könne sich somit auf jeden Fall auf den Vertrauensschutz berufen und die provisorische Patenterteilung vom 19. Januar 2016 habe Gültigkeit.

- Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Rekurrenten nicht rekurslegitimiert seien. Werde die Rekurslegitimation bejaht, sei festzuhalten, dass die Erteilung provisorischer Patente der Praxis entspreche. Der Patentinhaber habe unter Annahme der geltenden gesetzlichen Bestimmungen und mit dem Wissen der Vorinstanz zweimal ein provisorisches Patent wegen des sehr professionellen Betriebs des Restaurants erhalten. Weiter sei zu betonen, dass – abgesehen von den Rekurrenten – sämtliche Bewohner der Überbauung und Anwohner bislang keine Beanstandungen bezüglich angeblicher Lärmimmissionen gemacht hätten. In jedem Fall geniesse der Patentinhaber Vertrauensschutz bezüglich der provisorischen Patenterteilung.

G. Mit Vernehmlassung vom 10. März 2016 beantragte die Vorinstanz, dass der Rekurs abzuweisen und auf den Erlass eines Nutzungsverbotes zu verzichten sei. Zur Begründung führte die Vorinstanz Folgendes aus:

- Die Bezeichnung der angefochtenen Verfügung als „provisorische Patenterteilung“ habe keine rechtliche Wirkung und diene nur als Hinweis an den Patentinhaber, dass die Absolvierung des Vorbereitungskurses in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention erwartet werde. Der Patentinhaber erfülle die Voraussetzungen für die Patenterteilung (Art. 7 und Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 2 GWG) ohnehin und habe damit einen Anspruch auf die Patenterteilung. Die provisorische und eng befristete Patenterteilung stelle sicher keinen Nachteil für die Rekurrenten dar.
- Die Rekurrenten brächten vor, dass die baulichen Voraussetzungen nicht erfüllt seien. In den Jahren 1986 und 1988 sei zuerst die Baubewilligung für den Bau von drei Mehrfamilienhäusern und hernach für das Mehrfamilienhaus B erteilt worden. Auch wenn die Pläne nicht nach den heutigen Anforderungen erstellt worden seien, ergebe sich aus den Plänen ohne weiteres, dass ein Restaurant und eine Aussenwirtschaft bewilligt worden seien. Die Fläche des Restaurants im Gebäudeinnern entspreche der heutigen Betriebsfläche und die Aussenwirtschaft sei auf der noch heute bestehenden, eigens dafür geschaffenen befestigten Fläche erstellt worden. Einschränkungen der Betriebszeiten seien in der Baubewilligung – wie damals üblich – nicht enthalten. Es bestehe daher keine Grundlage, diese im Patent über die gesetzlichen Vorgaben nach Art. 16 GWG einzuschränken. Für die Berechnung der erforderlichen Anzahl Parkplätze sei nicht das Baureglement vom 18. Dezember 2012 massgebend. Die Parkplätze seien in den Jahren 1986 und 1988 bewilligt worden und es gebe keinen Anlass, diese aufgrund der geänderten Rechtslage in Frage zu stellen.
- Die Rekurrenten machten weiter geltend, dass der Betrieb des Gartenrestaurants die Nachtruhe störe. Für die Gartenwirtschaft liege keine baurechtliche Beschränkung der Betriebszeiten vor, weshalb auch im Patent keine Einschränkung der Betriebszeiten verfügt werden könne.
- Nachdem die Betriebsführung des Patentinhabers einzig durch die Rekurrenten beanstandet werde, bestehe keine Grundlage, die Patenterteilung zu verweigern oder den Patentinhaber zu verwarnen.
- Die Rekurrenten beantragten schliesslich, dass die gastwirtschaftliche Tätigkeit per sofort einzustellen sei. Ein sofortiges und umfassendes Nutzungsverbot sei nicht angezeigt und widerspräche dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit.

H. Mit Eingabe vom 21. März 2016 verzichtete der Rechtsvertreter der Rekurrenten auf die Einreichung einer Replik. Der Rekursgegner gestehe in seiner Stellungnahme vom 10. März 2016 ein, dass ihm die Absolvierung des Vorbereitungskurses in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention als Voraussetzung für die Patenterteilung fehle. Es werde um raschen Entscheid über den Rekurs und die darin anbegehrten vorsorglichen Massnahmen ersucht.

I. Mit Duplik vom 4. April 2016 hielt der Rechtsvertreter des Rekursgegners an den Rechtsbegehren vom 10. März 2016 fest und stellte folgende Anträge zum Verfahren:

1. Die aufschiebende Wirkung des Rekurses gemäss Art. 51 Abs. 2 VRP sei zu entziehen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Rekurrenten.

Zur Begründung wurde Folgendes ausgeführt:

- Die aufschiebende Wirkung des Rekurses zu entziehen, weil dem Patentinhaber einerseits durch die aufschiebende Wirkung des Rekurses ernsthafte nicht wieder gutzumachende Nachteile drohten und andererseits sämtliche Voraussetzungen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung gegeben seien:
  - *Keine Geldleistung als Gegenstand der Verfügung:* Eine Geldleistung sei nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung.
  - *Kein sofortiger Entscheid in der Hauptsache und keine unzweifelhafte Prognose in Bezug auf den Ausgang des Rekursverfahrens möglich:* Das Volkswirtschaftsdepartement habe nicht sofort in der Hauptsache entscheiden können, da seit der Rekurseingabe vom 29. Januar 2016 noch kein Entscheid gefällt worden sei. Das Bundesgericht verstehe unter einem sofortigen Entscheid eine Dauer von weniger als einem Monat. Zusätzlich sei eine unzweifelhafte Prognose in Bezug auf den Ausgang des vorliegenden Rekursverfahrens nicht möglich.
  - *Verhältnismässigkeit der aufschiebenden Wirkung:* Diesbezüglich sei vorzubringen, dass eine Fortdauer der aufschiebenden Wirkung aus Sicht des Patentinhabers weitaus gravierendere Folgen hätte als die Beeinträchtigung durch angebliche Lärmimmissionen für die Rekurrenten. Das „E.___“ werde seit Frühjahr 2015 betrieben. Die Schliessung des Restaurants würde die wirtschaftliche Existenz des Patentinhabers, seiner Familie und der Angestellten zerstören und schwere finanzielle Schwierigkeiten mit sich bringen.
- Die Rekurrenten seien nicht rekurslegitimiert. Die Geltendmachung von angeblichen Lärmimmissionen zur Aberkennung des provisorischen Patentes stelle keine Rekurslegitimation dar. Weiter sei es den Rekurrenten nicht gelungen, eine besondere Betroffenheit gemäss Art. 45 Abs. 1 VRP geltend zu machen. Aus der fehlenden Rekurslegitimation ergebe sich, dass keine aufschiebende Wirkung vorliegen könne und das angefochtene provisorische Patent gültig sei. Der Patentinhaber verhalte sich bei der momentanen Führung des „E.___“ gesetzeskonform.
- Die (wiederholte) Erteilung von provisorischen Patenten sei eine gängige Vorgehensweise von politischen Gemeinden im Kanton St.Gallen. Die Ausstellung des provisorischen Patentes sei unter der Bedingung erfolgt, dass der Patentinhaber bis 30. Juni 2016 den Vorbereitungskurs in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention zu absolvieren habe. Die Erteilung eines provisorischen Patentes mit Auflagen von Seiten der Vorinstanz sei rechtens und entspreche der Praxis der st.gallischen Gemeinden.
- Der Antrag auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen sei unbegründet und unverhältnismässig. Die Erteilung eines provisorischen Patentes sei rechtens und die Führung eines Gastwirtschaftsbetriebes erfordere nicht ausschliesslich ein definitives bzw. ordentliches Patent. Die Ausstellung eines provisorischen Patentes stelle keinen Grund dar, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen. Weiter sei der zweite geltend gemachte Grund für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen, nämlich die „unqualifizierte Betriebsführung“ des Patentinhabers, unwahr; das Gegenteil werde in der Eingabe des Rekursgegners vom 10. März 2016 umfassend erläutert. Es resultiere somit, dass die Rekurrenten keine konkreten Interessen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen besitzen würden. Diesem Umstand gegenüber zu stellen sei das gesetzeskonforme Führen des „E.___“ durch den Patentinhaber und die Sicherstellung von dessen Existenz. Zudem wäre die sofortige Einstellung jeglicher gastgewerblicher Tätigkeit unverhältnismässig.

- Die Kostenverlegung sei nach Art. 94 ff. VRP vorzunehmen. Somit würden die ausseramtlichen Kosten bei der Abweisung des Rekurses zu Lasten der Rekurrenten gehen; zudem sei dem Rekursgegner eine Parteientschädigung zuzusprechen.

Erwägungen

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

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

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

Die Rekurrenten sind als (Stockwerk-) Eigentümer und Bewohner einer Wohnung, welche sich wie das „E.___“ im Mehrfamilienhaus B an der F.___ in Z.___ befindet, durch die angefochtene Verfügung bzw. den Betrieb des „E.___“ unmittelbar und in höherem Ausmass als ein beliebiger Dritter oder die Allgemeinheit in ihren Interessen betroffen. Da die angefochtene Verfügung zudem den aktuellen und künftigen Betrieb des „E.___“ betrifft, ist auch das Erfordernis einer aktuellen Beschwer der Rekurrenten gegeben.

1.3. Es ist somit festzuhalten, dass auch die Rekursberechtigung der Rekurrenten gegeben ist. Da sämtliche Rekursvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf den Rekurs einzutreten und der Antrag des Rekursgegners auf Nichteintreten ist abzuweisen.

2. Die Rekurrenten stellen den Antrag, es sei vorsorglich anzuordnen, dass jegliche gastgewerbliche Tätigkeit im „E.___“ per sofort einzustellen sei, bis ein rechtskräftiges Patent vorliege.

Dieser Antrag wird aufgrund des vorliegenden Entscheides in der Hauptsache gegenstandslos.

3. Der Rekursgegner stellt den Antrag, es sei die aufschiebende Wirkung des Rekurses gemäss Art. 51 Abs. 2 VRP zu entziehen.

Dieser Antrag wird aufgrund des vorliegenden Entscheides in der Hauptsache ebenfalls gegenstandslos.

4. Die Vorinstanz erteilte dem Rekursgegner mit Verfügung vom 19. Januar 2016 ein provisorisches, bis 30. Juni 2016 befristetes Patent für das „E.___“. Nachfolgend ist zu prüfen, ob das GWG die Erteilung provisorischer Patente für Betriebe zulässt.

4.1. Die Voraussetzungen für die Erteilung eines Patentes für einen Betrieb sind in Art. 7 ff. GWG geregelt. 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 GWG insbesondere, wer Kenntnisse in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention hat (Bst. a) 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 hat (Bst. b). Die Kenntnisse in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention kann der Gesuchsteller nach Art. 8 Abs. 2 GWG u.a. nachweisen durch wenigstens drei Jahre Berufserfahrung auf dem Gebiet der Lebensmittelhygiene im Gastgewerbe (Ziff. 2) oder durch das Bestehen einer Prüfung in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention (Ziff. 5). Zudem dürfen der nachgesuchten gastgewerblichen Nutzung gemäss Art. 9 GWG keine bau-, feuer- und lebensmittelpolizeilichen Vorschriften entgegenstehen.

4.2. Aus Art. 7 ff. GWG folgt, dass die Ausübung einer gastgewerblichen Tätigkeit eines Patentes bedarf, welches nur erteilt werden darf, wenn der Gesuchsteller bestimmte Eigenschaften und Fähigkeiten hat, d.h. wenn er sämtliche gesetzlichen Patentvoraussetzungen erfüllt. Aufgrund der klaren und eindeutigen Regelung von Art. 7 ff. GWG steht fest, dass sich die Erteilung provisorischer Patente nicht auf das GWG abstützen lässt. Da die Vorinstanz sowohl im Patent vom 9. März 2015 wie auch im Patent vom 19. Januar 2016 ausdrücklich festhielt, dass der Rekursgegner die Patentvoraussetzungen zum jeweiligen Zeitpunkt noch nicht erfüllte – der Nachweis der erforderlichen

Kenntnisse in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention konnte nicht erbracht werden –, hätte die Vorinstanz dem Rekursgegner kein Patent erteilen dürfen.

4.3. Die angefochtene Verfügung vom 19. Januar 2016 ist aufgrund des vorstehend Gesagten deshalb grundsätzlich aufzuheben (vgl. aber auch die Ausführungen unter Erw. 5 und 6 hiernach).

5. Der Rekursgegner beruft sich auf den Grundsatz der Rechtsgleichheit gemäss Art. 8 BV.

5.1. Der Rekursgegner bringt vor, die (wiederholte) Ausstellung von provisorischen Patenten werde von zahlreichen politischen Gemeinden vorgenommen und entspreche der gängigen Praxis im Kanton St.Gallen. Zudem würden auch andere Kantone diese Bewilligungsart kennen. Sollte die Erteilung provisorischer Patente durch die politischen Gemeinden gesetzeswidrig sein, sei der Rekursgegner berechtigt, die gesetzeswidrige Praxis, die Dritten im Kanton St.Gallen bislang zuteil geworden sei, auch für sich zu verlangen.

5.2. Der Grundsatz der Gleichbehandlung gemäss Art. 8 Abs. 1 BV verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist (Häfelin / Müller / Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St.Gallen 2016, Rz. 572 ff.). Eine Verletzung dieses Grundsatzes liegt im vorliegenden Fall nicht vor. Es verstösst nicht gegen das Rechtsgleichheitsgebot, dass in verschiedenen politischen Gemeinden oder Kantonen unterschiedliche Rechtsordnungen gelten bzw. gleich lautende Rechtssätze unterschiedlich gehandhabt werden. Das ist eine Folge der föderalistischen Struktur des schweizerischen Staatswesens sowie der Eigenständigkeit der politischen Gemeinden und Kantone (Imboden / Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band I: Allgemeiner Teil, Basel und Frankfurt am Main, 1986, Nr. 67 B.1. und II., Rhinow / Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt am Main, 1990, Nr. 67 B.I. und II., sowie Häfelin / Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht: Die neue Bundesverfassung, 6., stark überarbeitete Auflage, Zürich 2005, N. 738 ff., vorab N. 767; alle mit Hinweisen).

Darüber hinaus belegt der Rekursgegner sein Vorbringen, dass die Erteilung provisorischer Patente durch die politischen Gemeinden der gängigen Praxis im Kanton St.Gallen entspreche, nicht näher, weshalb das entsprechende Vorbringen eine blosse Behauptung darstellt. Diese Behauptung ist im Weiteren unzutreffend, hält der Rechtsdienst des Volkswirtschaftsdepartementes gegenüber den politischen Gemeinden doch regelmässig fest, dass die Erteilung provisorischer Patente nicht zulässig ist.

5.3. Der Rekursgegner macht einen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht geltend. Ein solcher Anspruch besteht im vorliegenden Fall nicht, weil die diesbezüglichen Anforderungen nicht erfüllt sind. Es kann nicht angenommen werden, dass die Vorinstanz die behauptete gesetzeswidrige Praxis, d.h. die Erteilung provisorischer Patente, weiterführen wird. Selbst wenn dies aber der Fall sein sollte, wäre eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dabei wären das gewichtige öffentliche Interesse und das Interesse der Rekurrenten an der Einhaltung der GWG-Vorschriften – beispielsweise darf die Nachbarschaft nicht durch übermässige Einwirkungen belästigt werden (Art. 21 Abs. 2 Bst. a GWG) – gegenüber dem Interesse des Rekursgegners, in Abweichung vom GWG ein provisorisches Patent zu erhalten, höher zu gewichten (Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 599 ff.).

5.4. Es ist somit festzuhalten, dass keine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung gemäss Art. 8 Abs. 1 BV vorliegt.

6. Der Rekursgegner beruft sich weiter auf den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 9 BV.

6.1. Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Damit auf den Vertrauensschutz abgestützt werden kann, muss eine Vertrauensgrundlage vorhanden sein, auf die sich nur derjenige berufen kann, der die Vertrauensgrundlage kannte und über deren allfällige Fehlerhaftigkeit derselbe keine Kenntnis hatte. Der sich auf den Vertrauensschutz Berufende muss ausserdem bereits Dispositionen getätigt haben, die er aufgrund des Vertrauens vorgenommen hat und die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können. Falls diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist noch eine Abwägung der öffentlichen Interessen und dem Interesse am Vertrauensschutz vorzunehmen, wobei die Berufung auf Treu und Glauben dann scheitert, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen gegenüberstehen (Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 624 ff.).

6.2. Als Vertrauensgrundlage nennt der Rekursgegner die Verfügungen betreffend provisorische Patenterteilung vom 9. März 2015 und 19. Januar 2016 für das „E.___“.

6.2.1. Der vom Rekursgegner anbegehrte Vertrauensschutz kann sich im vorliegenden Fall – wenn überhaupt – nur darauf richten, dass ihm die Vorinstanz nach Ablauf des ersten provisorischen Patentes ein zweites solches Patent erteilen würde, was denn auch der Fall war. Selbst wenn die Vorinstanz dem Rekursgegner aber kein zweites provisorisches Patent erteilt hätte, hätte er sich kaum auf den Vertrauensschutz berufen können. So wurde der Rekursgegner bereits im Rahmen des ersten provisorischen, bis 31. Dezember 2015

befristeten Patentes vom 9. März 2015 aufgefordert, den Vorbereitungskurs in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention bei Gastro St.Gallen zu absolvieren und die diesbezügliche Kursbescheinigung – gemeint war wohl der Nachweis betreffend das Bestehen der Prüfung in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention – bis Ende Jahr 2015 beizubringen. Indem der Rekursgegner die fragliche Bescheinigung bis Ende Jahr 2015 nicht beibrachte, konnte er von vornherein nicht berechtigterweise darauf vertrauen, dass ihm erneut ein provisorisches Patent erteilt werden würde. Dies gilt umso mehr, als dass in der Zeit von März bis Ende Dezember 2015 vier Kurse und vier Prüfungen stattfanden.

6.2.2. Das Volkswirtschaftsdepartement selbst setzte demgegenüber keine Vertrauensgrundlage, weshalb sich der Rekursgegner gegenüber dem Volkswirtschaftsdepartement nicht darauf berufen kann, dass ein rechtswidrig erteiltes Patent gegen Rekurse geschützt werden muss. Es mangelt somit an einer tauglichen Vertrauensgrundlage. Auf die Prüfung der weiteren Voraussetzungen für einen Vertrauensschutz kann daher verzichtet werden.

6.3. Es ist festzuhalten, dass es an einer tauglichen Vertrauensgrundlage mangelt. Die Voraussetzungen für einen Vertrauensschutz sind somit nicht gegeben und es liegt keine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben gemäss Art. 9 GWG vor.

7. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass der Rekurs der Rekurrenten dahingehend gutzuheissen ist, dass die angefochtene Verfügung vom 19. Januar 2016 aufzuheben ist.

8. Die Vorinstanz wird im Rahmen eines allfälligen Verfahrens um Erteilung des Patentes für das „E.___“ zu prüfen haben, ob der Rekursgegner die erforderlichen Kenntnisse in Lebensmittelhygiene und Suchtprävention gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. a GWG durch wenigstens drei Jahre Berufserfahrung auf dem Gebiet der Lebensmittelhygiene im Gastgewerbe nach Art. 8 Abs. 2 Ziff. 2 GWG nachzuweisen und dadurch allenfalls Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung im Sinn von Art. 7 Bst. c GWG zu bieten vermag.

9. Weiter wird die Vorinstanz im Rahmen eines allfälligen Verfahrens um Erteilung des Patentes für das „E.___“ Art. 9 GWG Rechnung zu tragen haben. Danach dürfen der nachgesuchten gastgewerblichen Nutzung keine bau-, feuer- und lebensmittelpolizeilichen Vorschriften entgegenstehen (vgl. zum Ganzen: GVP *2001,* Nr. 91).

9.1. Der Begriff der baupolizeilichen Vorschriften umfasst sämtliche baupolizeilich relevanten Vorschriften des kommunalen, kantonalen und eidgenössischen Rechtes. Insbesondere gehört auch das Lärmschutzrecht, das im Bundesgesetz über den Umweltschutz (SR 814.01) und in der Lärmschutz-Verordnung (SR 814.41) geregelt ist, zu den baupolizeilichen Vorschriften im Sinn von

Art. 9 GWG. Einem Betrieb, welcher die baupolizeilichen Vorschriften nicht erfüllt, darf daher grundsätzlich das Patent nicht erteilt bzw. nicht erneuert werden.

Zuhanden der Vorinstanz ist nachfolgend im Sinn eines Hinweises aufzuzeigen, in welchen Verfahren die Einhaltung der baupolizeilichen Vorschriften materiell beurteilt werden kann.

9.2.

9.2.1. Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass das GWG keine materiellen baupolizeilichen Vorschriften mehr enthält. Art. 22 aGWG bestimmte noch, dass Räume und Einrichtungen von Gastwirtschaften so anzuordnen und zu gestalten sind, dass die Nachbarn gegen Lärm und andere übermässige Einwirkungen geschützt sind. Diese Bestimmung verlor jedoch ihre selbständige Bedeutung in Bezug auf den Lärmschutz bereits mit Inkrafttreten der Bundesgesetzgebung über den Umweltschutz, da das Bundesrecht den Schutz vor gewerblichem Lärm abschliessend regelt (BGE 118 Ib 595 Erw. 3a). Entsprechend enthält Art. 9 GWG keine materiellen Lärmschutzvorschriften mehr, sondern verweist auf die anwendbaren baupolizeilichen Vorschriften. Die lärmschutzrechtliche Zulässigkeit einer gastgewerblichen Nutzung beurteilt sich somit unabhängig davon, ob die Beurteilung in einem Baubewilligungsverfahren oder in einem Patentverfahren erfolgt, materiell nach dem Lärmschutzrecht des Bundes.

9.2.2. Die Überprüfung von rechtskräftigen Baubewilligungen im Rahmen des Patentverfahrens hätte eine Vervielfachung des Verwaltungsaufwandes zur Folge, die der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Zweck des aufwändigen Baubewilligungsverfahrens ist u.a., durch die umfassende Prüfung aller baurechtlich relevanten Aspekte die Basis für eine zeitlich unbefristete Bewilligung zu schaffen, auf deren Gültigkeit sich sowohl der Bewilligungsinhaber, als auch die Behörde verlassen kann. Diesem Zweck liefe es diametral entgegen, wenn sich die Behörde im Patentverfahren nicht auf die Richtigkeit der Baubewilligung verlassen dürfte, sondern nochmals umfassend prüfen müsste, ob sämtliche Bau- und Lärmschutzvorschriften eingehalten sind.

Ebensowenig will Art. 9 GWG ermöglichen, dass Lärmemissionen gleichzeitig in einem patentrechtlichen Verfahren und einem baurechtlichen Verfahren beurteilt werden können. Da die materielle Beurteilung in beiden Verfahren nach denselben Vorschriften vorzunehmen wäre (vgl. Erw. 9.2.1. hiervor), müssten die Entscheide inhaltlich koordiniert werden. Die Zweispurigkeit hätte somit nur eine Verdoppelung des Verwaltungsaufwandes und einen erhöhten Aufwand für die betroffenen Privaten zur Folge, dem kein praktischer Nutzen, insbesondere keine Verbesserung des Rechtsschutzes gegenüberstünde.

9.2.3. Es ist daher festzuhalten, dass im Rahmen von Art. 9 GWG weder eine rechtskräftige Baubewilligung auf ihre materielle Richtigkeit hin überprüft

werden darf, noch eine gastgewerbliche Nutzung materiell baurechtlich zu beurteilen ist, wenn dieselbe Nutzung gleichzeitig Gegenstand eines Baubewilligungsverfahrens bildet. Im Rahmen von Art. 9 GWG ist somit 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 Nutzungsberechtigung, darf das Patent nicht erteilt bzw. nicht erneuert werden. Das Fehlen einer rechtsgültigen Baubewilligung steht in diesen Fällen einer gastgewerblichen Nutzung selbst dann entgegen, wenn die Baute oder Nutzung nicht gegen materielles Baurecht verstösst.

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, sofern sie nicht schon vor der Baubehörde hängig ist.

9.2.4. In Bezug auf den vorliegenden Fall folgt aus den eingereichten Akten, dass der Gemeinderat Z.___ mit rechtskräftigen Baubewilligungen vom 16. Oktober 1986, 21. März 1988 und 28. August 1989 die Überbauung „F.___“ (Neubau von drei Mehrfamilienhäusern) in Z.___ bewilligte. Betreffend das Mehrfamilienhaus B bewilligte der Gemeinderat Z.___ zudem eine gewerbliche Nutzung (Bauvorhaben Café). Mit Verfügung vom 6. März 1992 erteilte ferner das Volkswirtschaftsdepartement für das „G.___“ im Mehrfamilienhaus B die Betriebsbewilligung für eine Gastwirtschaft nach Art. 17 aGWG. Laut Betriebsbewilligung wurden die Gasträume in „ständig zur Bewirtung von Gästen genutzte Flächen (Café im Erdgeschoss mit 48 Plätzen, Fläche 65 m^2“ und „nicht ständig zur Bewirtung von Gästen genutzte Flächen (Säli „H.___“ im Erdgeschoss mit 34 Plätzen, Fläche 43 m^2“) unterschieden, wobei auf den zur Betriebsbewilligung gehörenden Plänen eine Gartenwirtschaft vermerkt war. Die Betriebsbewilligung wurde seinerzeit ohne Berechtigung zum Alkoholausschank nach Art. 21 Abs. 1 aGWG erteilt.

Da vorliegend – zumindest soweit ersichtlich – derzeit kein Baubewilligungsverfahren hängig ist, zugleich aber umstritten ist, ob die nachgesuchte gastgewerbliche Nutzung baubewilligungspflichtig ist, wird die Vorinstanz die Frage der Baubewilligungspflicht entweder in einem neu einzuleitenden Baubewilligungsverfahren oder aber vorfrageweise im Patentverfahren materiell zu klären haben. Es wird zu prüfen sein, ob die vorerwähnten rechtskräftigen Baubewilligungen die heutige gastgewerbliche Nutzung des „E.___“ durch den Rekursgegner

abdecken. Dabei wird die Vorinstanz über die verschiedenen, von den Rekurrenten vorgebrachten baurechtlichen Einwände zu befinden haben, beispielsweise ob die seinerzeitige Umwandlung des Cafés in eine Pizzeria eine baubewilligungspflichtige Zweckänderung im Sinn von Art. 78 Abs. 2 Bst. o BauG darstellte, ob für die Gartenterrasse des „E.___“ eine Baubewilligung erteilt wurde und welche Öffnungszeiten für die Gartenwirtschaft gelten, ob die Anzahl verfügbarer Parkplätze genügt, etc.. Für die Dauer des Verfahrens wird zudem zu prüfen sein, inwieweit die gastgewerbliche Nutzung des „E.___“ mittels einer vorsorglichen Massnahme zugelassen werden kann.

10.

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

Die amtlichen Kosten für den vorliegenden Entscheid sind gemäss Nr. 10.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindeverwaltung (sGS 821.5) auf Fr. 1‘500.-- festzulegen und dem Verfahrensausgang entsprechend dem unterliegenden Rekursgegner aufzuerlegen (Art. 95 Abs. 1 VRP). Den Rekurrenten ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1‘000.-- zurückzuerstatten.

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

10.2.1. Dem Rekursgegner sind aufgrund des Verfahrensausgangs keine ausseramtlichen Kosten zu entschädigen (Art. 98bis VRP). Das diesbezügliche Begehren ist abzuweisen.

10.2.2. Weil der Rechtsvertreter der Rekurrenten 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 Rekursgegner die Rekurrenten mit insgesamt Fr. 2'000.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) ausseramtlich zu entschädigen (Cavelti / Vögeli, a.a.O., Rz. 832 ff.).

Entscheid

1. Der Rekurs wird dahingehend gutgeheissen, dass die angefochtene Verfügung des Gemeinderates der Politischen Gemeinde Z.___ vom 19. Januar 2016 betreffend provisorisches Patent für das „E.___“, lautend auf C.___ als Patentinhaber, aufgehoben wird.

2. Die amtlichen Kosten werden auf Fr. 1‘500.-- festgelegt und C.___ auferlegt.

3. A.___, wird der Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 1‘000.-- zurückerstattet.

4. C.___ bezahlt A.___ eine ausseramtliche Entschädigung von Fr. 2‘000.-- (inkl. Barauslagen und MWSt).

Der Vorsteher

Benedikt Würth
Regierungsrat

Rechtsmittelbelehrung

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