

LU_GERICHTE JSD 2022 5 vom 1. März 2022

LU Gerichte, 2022-03-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_JSD_2022_5

FR: LU_GERICHTE JSD 2022 5 du 1 mars 2022

IT: LU_GERICHTE JSD 2022 5 del 1 marzo 2022

Regeste

Wirtschaftsbewilligungen für einen Restaurationsbetrieb sind in der Regel auf unbestimmte Zeit zu erteilen. | § 7 Abs. 2 GaG, § 7 Abs. 3 GaG | Gastgewerbewesen

Erwägungen

E. 3

Unstreitig ist, dass die vom Beschwerdeführer beabsichtigte Tätigkeit (Abgabe von Speisen und Getränken) vom Geltungsbereich des Gesetzes über das Gastgewerbe, den Handel mit alkoholischen Getränken und die Fasnacht (GaG) vom 15. September 1997 erfasst wird (vgl. § 2 Abs. 1a GaG) und der diesbezüglichen Bewilligungspflicht unterstellt ist (§ 6 Abs. 1b GaG). Die Zulässigkeit der streitigen Befristung der Wirtschaftsbewilligung ist mithin unter dem Gesichtswinkel des GaG zu beurteilen.

E. 3.1

Wer um eine Bewilligung nachsucht, muss handlungsfähig sein, Gewähr für die einwandfreie Führung des Betriebs bieten und über ausreichende fachliche Kenntnisse verfügen (§§ 9 Abs. 1 und 10 Abs. 1 GaG). Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung bietet insbesondere, wer in den letzten fünf Jahren nicht wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Widerhandlung gegen das GaG oder gegen Vorschriften der Lebensmittelpolizeigesetzgebung, der Betäubungsmittelgesetzgebung, des Ausländerrechts oder der Arbeitsgesetzgebung bestraft worden ist und wer Kenntnisse in der Gastgewerbegesetzgebung, der Lebensmittelgesetzgebung und Hygiene, der Suchtprävention (inkl. Alkoholgesetzgebung sowie Glücksspiel und Automaten), im Arbeits und Ausländerrecht, im Sozialversicherungsrecht und im Brandschutz hat (§§ 9 Abs. 2 und 10 Abs. 1 GaG). § 21 GaG verpflichtet den Bewilligungsinhaber im Weiteren zur Aufrechterhaltung von Ruhe, Ordnung und Anstand im Betrieb und in dessen unmittelbarer Umgebung, soweit die Immissionen durch Gäste des Betriebs verursacht werden. Wesen und Zweck der Wirtschaftsbewilligung ist es, sowohl zum Schutz der eigentlichen Kundschaft als auch im Interesse der Allgemeinheit die Führung eines ordnungsgemässen Betriebs zu gewährleisten. Sie soll sicherstellen, dass bestimmte Voraussetzungen wie moralische und fachliche Qualifikationen sowie die charakterliche Eignung vorhanden sind, die aus polizeilicher Sicht unerlässlich erscheinen, um einen störungsfreien Wirtschaftsbetrieb zu garantieren. Vom Bewilligungsinhaber wird insgesamt eine für Gäste und Personal einwandfreie Wirtschaftsführung erwartet (Urteil des Bundesgerichts 2C_860/2010 vom 2. März 2011 E. 3.2). Sind die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen erfüllt, wird die Wirtschaftsbewilligung erteilt. Die Erteilung der Bewilligung schliesst die Feststellung ein, dass der Aufnahme des Restaurationsbetriebes keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse im Wege stehen. Die Wirtschaftsbewilligung gilt nach Lehre und Rechtsprechung als Polizeierlaubnis, für

welche charakteristisch ist, dass die darum ersuchende Person einen Rechtsanspruch auf Erteilung besitzt, wenn sie die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen erfüllt. Das heisst indes nicht, dass die Bewilligung nur frei von Einschränkungen, wie z.B. Bedingungen oder Auflagen, erteilt werden darf. Generell bedingungsfeindliche Verfügungen bilden vielmehr die Ausnahme (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich/St. Gallen 2016, Rz 2650 ff.; BGE 109 Ia 128 E. 5).

E. 3.2.1

Nebenbestimmungen, wie Auflagen und Bedingungen, gestalten die in Verfügungen geregelten Rechte und Pflichten näher aus, indem sie die Voraussetzungen ihrer Wahrnehmung verdeutlichen bzw. konkretisieren. Nebenbestimmungen fallen vor allem bei Nutzungsanweisungen in Betracht. Bedingungen und Auflagen sind dabei das Mittel, um allfällige gesetzwidrige Auswirkungen einer Bewilligung zu verhindern. Obwohl der Begriff «Nebenbestimmung» darauf schliessen lassen könnte, dass lediglich Nebenpunkte der Verfügung betroffen sein sollen, berühren zusätzliche Anordnungen oftmals wichtige Regelungen in der Verfügung und werden daher als einzelne separate Ziffern des Rechtspruchs von der entscheidenden Behörde verfügt, damit sie vom Hauptinhalt der Verfügung unterschieden werden können (LGVE 2020 IV Nr. 3 E. 3.2.1).

E. 3.2.2

Im Grundsatz setzt die Zulässigkeit von Nebenbestimmungen voraus, dass sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, welche jedoch nicht zwingend eine ausdrückliche zu sein braucht. Fehlt es an einer solchen, erweisen sie sich insoweit als zulässig, als sie in einem engen sachlichen Zusammenhang mit den Zwecken stehen, welche die Hauptregelung (z.B. die Bewilligung) im Einzelfall verfolgt, und überdies mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbar sind; unzulässig sind demgegenüber sachfremde Nebenbestimmungen. Bei begünstigenden Verfügungen wie Bewilligungen, sind Nebenbestimmungen namentlich dann zulässig, wenn die Bewilligung aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen überhaupt verweigert werden könnte und die Nebenbestimmungen insofern als mildere Alternative zur gänzlichen Abweisung des Gesuchs erscheinen. So kann statt einer negativen Verfügung eine mit Bedingungen und Auflagen versehene positive erlassen werden (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 906 ff.; BGE 121 II 88 E. 3a mit Hinweisen, LGVE 2020 IV Nr. 3 E. 3.2.2). Die sachliche Komponente fordert, dass eine Bewilligung nicht zu verweigern ist, wenn der rechtmässige Zustand durch eine mit der Bewilligung verknüpfte Nebenbestimmung (z.B. eine Auflage, Bedingung oder Befristung) erreicht werden kann. Auch bei einer reinen Polizeierlaubnis, bei welcher der behördliche Ermessensspielraum weniger weit geht und der Gesuchsteller bei gegebenen Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung hat, sind Nebenbestimmungen unter den genannten Voraussetzungen grundsätzlich zulässig. Ein enger Sachzusammenhang zur Hauptregelung und die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes werden auch dann verlangt, wenn es um die Anordnung von gesetzlich vorgesehenen Nebenbestimmungen geht, im Besonderen dann, wenn sich das Sachgesetz lediglich mit einer allgemeinen Ermächtigungsklausel zur Anordnung von Bedingungen und Auflagen begnügt.

E. 3.3

Die im vorliegenden Fall streitige Nebenbestimmung, wonach die Wirtschaftsbewilligung wiederum nur befristet verlängert wird, kann sich auf keine ausdrückliche gesetzliche

Grundlage im GaG stützen. Gemäss § 7 Absatz 2 GaG kann zwar die Bewilligung mit Auflagen und Bedingungen verbunden werden. § 7 Absatz 3 GaG sieht aber vor, dass Bewilligungen gemäss § 6 Absatz 1a-d GaG in der Regel auf unbestimmte Zeit erteilt werden. Das am 1. Januar 1998 in Kraft getretene GaG hat in Bezug auf die Erteilung von Wirtschaftsbewilligungen gegenüber der alten Rechtsordnung eine Deregulierung in dem Sinn gebracht, dass nunmehr alle Bewilligungen für gastgewerbliche Betriebe in der Regel auf unbestimmte Zeit und nicht mehr wie bis anhin auf eine Dauer von jeweils vier Jahren befristet erteilt werden. Der kantonale Wirteverband hatte sich nämlich bereits seit Langem gegen diesen für seine Mitglieder unverständlichen Aufwand ausgesprochen und eine Abschaffung der Erneuerungspflicht gefordert. Der Gesetzgeber hat dem Anliegen im Sinn einer Deregulierung entsprochen und auf die periodische Erneuerungspflicht verzichtet (vgl. Botschaft B 58 des Regierungsrates vom 3.9.1996 zum Entwurf eines Gesetzes über das Gastgewerbe, den Handel mit alkoholischen Getränken und die Fasnacht [GaG], in: Verhandlungen des Grossen Rates 1996 S. 1280 ff.). Dies bedeutet, dass Wirtschaftsbewilligungen seither im Normalfall unbefristet zu erteilen sind.

E. 4

Die Vorinstanz macht geltend, gemäss langjähriger Praxis würden Wirtschaftsbewilligungen mit dauernder Ausnahme von der Schliessungszeit anfänglich befristet ausgestellt. Dadurch könnten Betriebe und Behörden Erfahrungen sammeln und allenfalls Anpassungen vornehmen. Würden Probleme auftreten, werde die Bewilligung erneut befristet ausgestellt. Eine Befristung habe für die Betriebe keine wirtschaftlichen Einschränkungen zur Folge. (...)

E. 5

Wie bereits erwähnt, sind Wirtschaftsbewilligungen in der Regel auf unbestimmte Zeit zu erteilen. Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Wirtschaftsbewilligung zum fünften Mal nur für sechs Monate verlängert. Ein solches Vorgehen widerspricht § 7 Absatz 3 GaG. Der Gesetzgeber hat es bewusst abgelehnt, Wirtschaftsbewilligungen von Gesetzes wegen zu befristen. Wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, ist die Bewilligung deshalb in der Regel unbefristet zu erteilen. Aus der polizeilichen Natur der Wirtschaftsbewilligung ergibt sich aber, dass eine Befristung aus polizeilichen Gründen zulässig sein kann. Es kann also durchaus Gründe geben, Wirtschaftsbewilligungen mit dauernder Ausnahme von der Schliessungszeit anfänglich oder allenfalls sogar mehrmals nur befristet auszustellen, wie es der Praxis der Vorinstanz entspricht. Die Vorinstanz kann jedoch die dem Beschwerdeführer auferlegte «Probezeit» nicht beliebig verlängern, wenn keine gravierenden Vorfälle hinzukommen. Die Hürde für eine Verweigerung einer unbefristeten Bewilligung liegt nach einer ursprünglich nur befristet erteilten Bewilligung höher, zumal es der Vorinstanz unbenommen ist, bei einem gravierenden Vorfall die Bewilligung zu widerrufen (vgl. § 15 GaG). Dies gilt umso mehr, wenn die Bewilligung – wie im vorliegenden Fall – bereits zum fünften Mal nur befristet erteilt worden ist. Eine Befristung führt nämlich dazu, dass ein Restaurationsbetrieb nach Ablauf der Frist eingestellt werden muss, und rechtfertigt sich deshalb nur aus den gleichen Gründen, die im Zeitpunkt des Fristablaufs auch zu einer Bewilligungsverweigerung oder einem Entzug führen könnten. Eine Bewilligung ist dann zu befristen, wenn zwar im Zeitpunkt der Erteilung die Voraussetzungen erfüllt sind, aber aktuell schon absehbar ist, dass sie nach einiger Zeit möglicherweise nicht mehr erfüllt sein werden und ihre Aufrechterhaltung auch mit den Mitteln der Aufsicht nicht sichergestellt werden kann. Sie

rechtfertigt sich jedoch nicht schon damit, dass die Aufsichtsorgane die vorschriftsgemäße Führung eines Restaurationsbetriebes zu überprüfen haben. Dies ist vielmehr der gesetzliche Normalfall (vgl. § 16 GaG). Hinzu kommt, dass dem Bewilligungsinhaber mit einer Befristung der Wirtschaftsbewilligung Investitionen kaum möglich sind. Ebenso wenig rechtfertigt es sich, eine Wirtschaftsbewilligung zum fünften Mal nur befristet zu erteilen, um Erfahrungen zu sammeln.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.