

# **OW\_GERICHTE VVGE 1978/80 Nr. 66 vom 1. Juli 2016**

OW Obergericht, 2016-07-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow\\_gerichte\\_VVGE\\_1978\\_80\\_Nr\\_66](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_VVGE_1978_80_Nr_66)

FR: OW\_GERICHTE VVGE 1978/80 Nr. 66 du 1 juillet 2016

IT: OW\_GERICHTE VVGE 1978/80 Nr. 66 del 1 luglio 2016

## **Regeste**

VVGE 1978/80 Nr. 66, S. 137: a) Rechtliche Bedeutung von Richtlinien der Verwaltung (Erwägung 1). b) Art. 6 WG. Die Umwandlung der miteinander verbundenen Patente "Alkoholfreies Restaurant, Café" und "Kioskwirtschaft" in das Patent "Restau

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gemäss Art. 13 VVzWG sind im Rahmen der Bestimmungen der VV für die Ausgestaltung der Räumlichkeiten, insbesondere in bezug auf Beleuchtung, Belüftung, Heizung, Kücheneinrichtung usw. die Richtlinien des Laboratoriums der Urkantone massgebend, soweit sie vom Regierungsrat genehmigt sind. Am 13. Juni 1972 hat der Regierungsrat diese Richtlinien genehmigt. Die Richtlinien sind aber nicht publiziert worden. Es entspricht gesicherter Doktrin und Praxis, dass Rechtssätze formgerecht zu publizieren sind, d.h. dass Rechtssätze ohne ihre Veröffentlichung die Geltung allgemeinverbindlicher Rechtssätze nicht beanspruchen können (BGE 100 Ib 343; 98 Ia 399 und 417; 93 I 110; 86 I 320; 76 IV 52; Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Basel 1976, 91; Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Neudruck 1976, 772; Giacometti, Allgemeine Lehren, Zürich 1960, 156). Hingegen können die "Richtlinien" durchaus für den konkreten Anwendungsfall eine im Rahmen von Art. 10 VVzumWG vernünftige und einer im Kanton einheitlichen Verwaltungspraxis dienende Entscheidungsgrundlage bilden (ZBl 1972, 103).

### **E. 2**

Art. 10 VVzumWG schreibt vor, die Räume der Wirtschaftsbetriebe und deren Einrichtungen hätten hygienisch einwandfrei, betriebssicher und leicht kontrollierbar zu sein sowie den feuer- und lebensmittelpolizeilichen Vorschriften in jeder Beziehung zu entsprechen. Im angefochtenen Entscheid hält der Regierungsrat fest, die kleine, einfach eingerichtete Küche könne für den jetzigen Betrieb als genügend bezeichnet werden, fährt dann aber fort, bei einer Ausdehnung des Patentes auf einen Restaurationsbetrieb mit Alkoholausschank müsste die Küche den "Vorschriften" angepasst werden. Aus dem angefochtenen Entscheid geht indessen nicht hervor, unter welchem Aspekt die bestehende Küche einem Restaurationsbetrieb mit Alkoholausschank nicht mehr genügen sollte. Die Beschwerdeführerin macht geltend, den bisherigen "Snack-Betrieb" beibehalten zu wollen. Es sei namentlich nicht vorgesehen, wie die normalen Restaurationsbetriebe eigentliche Mahlzeiten anzubieten und abzugeben. Die Behauptung des Regierungsrates, unter einem Restaurant mit Alkoholausschank verstehe das obwaldnerische Wirtschaftsgesetz einen Betrieb, in welchem ganze Menüs und nicht nur kleine Mahlzeiten abgegeben würden, findet im Gesetz keinen Rückhalt. Das Restaurantpatent gemäss Art. 3 Abs. 1 Ziff. 4 WG berechtigt zwar, verpflichtet aber nicht, Speisen und Getränke jeder Art abzugeben. Es

bleibt dem Wirt demnach unbenommen, ob er überhaupt und allenfalls welchen Speisezettel er seinem Gaste vorlegen will. Die Erteilung des Wirtschaftspatentes gemäss Art. 3 Abs. 1 Ziff. 4 WG würde gegenüber dem bisherigen Betrieb als einzige Änderung den Ausschank von Alkohol bringen. Ausgehend von der regierungsrätlichen Feststellung, die bestehenden Einrichtungen hätten bisher genügt, ist nicht einzusehen, weshalb nun diese nur wegen der Möglichkeit des Alkoholausschanks nicht mehr genügen sollten. Die unterschiedlichen Anforderungen an Küchen, je nachdem ob es um "alkoholfreie Wirtschaften" oder andere Betriebe sich handelt (Ziff. 4 der "Richtlinien"), entbehrt einer sachlichen Begründung. Die Frage, ob im jeweiligen Falle eine einfache Küche oder eine "eigentliche Küche" erforderlich ist, beurteilt sich vernünftigerweise nach andern Gesichtspunkten wie der Grösse der Lokalität, Art der abzugebenden Speisen usw. Richtigerweise machen denn auch die "Baulichen Richtlinien/Gastwirtschaftsbetriebe" (herausgegeben von der Gesellschaft schweizerischer Lebensmittelinspektoren, Chur 1977), die nach Auskunft des Lebensmittelinspektors in Obwalden zwar bereits angewendet werden, indessen bislang vom Regierungsrat nicht genehmigt worden sind, es nicht vom Alkoholausschank abhängig, ob nur eine Küche oder auch ein sog. Vorbereitungsraum den gestellten hygienischen, feuerpolizeilichen und anderen Anforderungen mehr genüge (Ziff. 3.1 Abs. 1). Soweit der Regierungsratsbeschluss die Ablehnung des Gesuches damit begründet, die Kücheneinrichtungen seien für einen Restaurationsbetrieb mit Alkoholausschank ungenügend, ist er deshalb aufzuheben. Er ist aber auch wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör aufzuheben.

### **E. 3**

Nach Art. 20 Abs. 1 WG werden Patente gemäss Art. 3 WG vom Regierungsrat nach vorausgehender Begutachtung durch den betreffenden Einwohnergemeinderat erteilt. Gemäss Art. 21 WG sind Gesuche beim Einwohnergemeinderat einzureichen, der sie mit einer ausführlich begründeten Stellungnahme an den Regierungsrat weiterleitet. Der Einwohnergemeinderat hat demnach in einem hängigen Bewilligungsverfahren den konkreten Sachverhalt festzustellen und auch zu würdigen, namentlich über das Bestehen eines Bedürfnisses sich auszusprechen. Das im WG vorgesehene Verfahren schreibt zwar nicht vor, dass dem Gesuchsteller Gelegenheit zu geben sei, zur gesetzlich vorgesehenen Begutachtung der Bedürfnisfrage durch den Einwohnergemeinderat Stellung zu nehmen. Indessen bleibt zu überprüfen, ob nicht der unmittelbar aus Art. 4 BV fliessende Anspruch auf rechtliches Gehör, welcher nicht nur im Zivil- und Strafrecht, sondern mit gewissen Einschränkungen auch im Verwaltungsprozess gilt (99 Ia 25 f./45 f. E. 3b; 98 Ia 8 E. 2c; VGE i.S. R. c/Regierungsrat vom 10. Januar 1978, VVGE 1978/80, Nr. 36 E. 2 f. und Nr. 56 E. 4; VGE i.S. M. c/Regierungsrat vom 30. Oktober 1975, S. 5 f.), dem Gesuchsteller dieses Recht gibt.

### **E. 4**

Es ist unbestritten, dass die Begutachtung der Bedürfnisfrage durch den Einwohnergemeinderat vor Erlass des angefochtenen Entscheides der Gesuchstellerin nicht unterbreitet worden war, und dass diese insoweit auch keine Gelegenheit hatte, sich zu diesem Bericht zu äussern. Das Bundesgericht hat wiederholt festgestellt, dass der unmittelbar aus Art. 4 BV fliessende Anspruch auf rechtliches Gehör dem Betroffenen kein Recht gebe, zu Berichten verwaltungsinterner Fachstellen, auf welche die verfügende Behörde sich stützt, vorgängig Stellung nehmen zu können (BGE 101 Ia 311 E. 1a - recte: b; 89 I 16). Dies ist allerdings in der Literatur nicht unwidersprochen geblieben, namentlich

insoweit in älteren Entscheiden dieses Recht dem Betroffenen auch gegenüber ausserhalb der Verwaltung stehenden Fachstellen verweigert wurde (F. Gygi, Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, Bern 1969, 46; R. Tinner, Das rechtliche Gehör in ZSR NF 83 II 348 Anm. 62; K. Reinhardt, Das rechtliche Gehör in Verwaltungssachen, Zürich 1968, 194 ff.). Im vorliegenden Fall handelt es sich zwar um das Gutachten einer Verwaltungsbehörde (Einwohnergemeinderat), doch nicht einer in bezug auf die entscheidende Behörde (Regierungsrat) verwaltungsinternen Fachstelle. Im angefochtenen Entscheid wird hinsichtlich des Bedürfnisses vorbehaltlos auf die Stellungnahme des Einwohnergemeinderates und die darin vorgetragenen Sachdarstellungen und Rechtsbehauptungen abgestellt, ohne dass die Gesuchstellerin dazu sich hätte äussern können. Damit wurde der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Die Beschwerdeführerin hat dieses Vorgehen zwar nicht ausdrücklich gerügt. Indessen ist die Nichtanhörung des Betroffenen, wenn der Antrag auf Aufhebung des Entscheides, wie dies vorliegend der Fall ist, gestellt ist, von Amtes wegen zu berücksichtigen (BGE 97 I 886; Imboden/Rhinow, a.a.O., 546 f.).

## E. 5

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist nach konstanter Praxis des Bundesgerichtes formeller Natur (BGE 101 Ia 303 E. 4; 83 I 240), d.h. seine Verletzung hat die Aufhebung des angefochtenen Entscheides auch dann zur Folge, wenn der Beschwerdeführer ein materielles Interesse hieran nicht nachzuweisen vermag, weshalb nichts darauf ankommt, ob irgendwelche Aussicht besteht, dass der Regierungsrat nach Anhörung der Gesuchstellerin zu einer Änderung seines Entscheides gelangt. Es stellt sich noch die Frage, ob dieser Mangel im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren dadurch geheilt werden könnte, dass der Beschwerdeführerin nunmehr Gelegenheit gegeben würde, zum Gutachten des Einwohnergemeinderates Stellung zu nehmen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dies nur dann möglich, wenn die Rechtsmittelinstanz im betreffenden Fall die Befugnis hat, Sachverhalt und rechtliche Würdigung frei zu überprüfen (BGE 97 I 885 E. 1b). Bei der Frage, ob ein Bedürfnis im Sinne von Art. 30 WG bestehe, handelt es sich im wesentlichen um die Würdigung tatsächlicher Verhältnisse nach dem Ermessen der Bewilligungsbehörde (95 I 209 E. 3). Da das Verwaltungsgericht sein Ermessen nicht einfach an die Stelle des Ermessens der unteren Instanzen stellen kann (Art. 65 Bst. a GOG), ist die Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren nicht heilbar. Die Beschwerde ist im Sinne der Erwägungen gutzuheissen und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, die nach Anhörung der Gesuchstellerin zum Gutachten des Einwohnergemeinderates nochmals zu entscheiden hat.

de| fr | it Schlagworte regierungsrat anspruch auf rechtliches gehör entscheid  
verwaltungsgericht restaurant gutachten gesuchsteller ermessen bundesgericht sachverhalt  
frage bedürfnis sache rahm gesetz Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund BV: Art.4  
WG: Art.3 Art.20 Art.21 Art.30 Leitentscheide BGE 76-IV-43 S.52 101-IA-309 S.311  
95-I-206 S.209 98-IA-395 S.399 97-I-881 S.885 100-IB-341 S.343 101-IA-298 S.303  
99-IA-22 S.25 83-I-240 86-I-312 S.320 89-I-11 S.16 97-I-881 S.886 83-II-345 S.348  
93-I-106 S.110 98-IA-1 S.8 VVGE 1978/80 Nr. 36 1978/80 Nr. 66