

# **SG\_PUBLIKATIONEN VD/G-15.16 vom 14. März 2016**

SG Gerichte, 2016-03-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publikationen\\_VD\\_G-15.16](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publikationen_VD_G-15.16)

FR: SG\_PUBLIKATIONEN VD/G-15.16 du 14 mars 2016

IT: SG\_PUBLIKATIONEN VD/G-15.16 del 14 marzo 2016

## **Erwägungen**

### **E. 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.

### **E. 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).

### **E. 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.

### **E. 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.

#### **E. 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

Seite 8/13 nach Bregenz (Österreich) gefahren, hatte dort seinen Cousin abgeholt und ihn im Zug zu Asylzwecken in die Schweiz begleitet, wodurch der Rekurrent Vorbe- reitungs- und Erleichterungshandlungen für die illegale Einreise seines Cousins in die Schweiz vornahm. Entsprechend wurde der Rekurrent laut Strafregister- auszug vom 17. September 2015 mit Strafbefehl vom 20. Januar 2015 der För- derung 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.

#### **E. 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 ver- wenden 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 Verstos- ses 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 berück- sichtigen. 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 Gewich- tung kein direkter Rückschluss auf die Frage ziehen lässt, ob ein schwerwiegen- der 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) einge- ordnet 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 be- handelt den wiederholten Verstoss gegen eine Vorschrift des Fremdenpolizei- rechtes 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

Seite 9/13 führen können, setzt aus gesetzssystematischen Gründen auch der schwer- wiegende Verstoss nach Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG nicht zwingend einen schwe- ren 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.

#### **E. 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. 52quater 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.

Seite 10/13

#### **E. 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.

#### **E. 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 Patentespflicht 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

Seite 11/13 Hand gewiesen werden. Der schwerwiegende Verstoss gegen eine Vorschrift des Fremdenpolizeirechtes hatte somit auch einen Bezug zu den durch die Patentespflicht nach Art. 3 GWG geschützten öffentlichen Interessen.

#### **E. 4.6**

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

#### **E. 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.).

### **E. 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.

### **E. 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.

### **E. 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

Seite 12/13 während der in Art. 8 Abs. 1 Bst. b GWG erwähnten zweijährigen Frist 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 Patentge-such 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.

### **E. 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 Entscheidgebür auf Fr. 1'500.-- festzusetzen, wobei der Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- an die Ent- scheidgebür anzurechnen ist. Der Rekurrent hat somit noch den Betrag von Fr. 500.-- zu bezahlen.

### **E. 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.\_\_\_\_ aufer- legt, wobei der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- an die Entscheidgebür 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

Seite 13/13

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.

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