

# VS\_GERICHTE A1 11 45 vom 8. Juli 2011

VS Kantonsgericht, 2011-07-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs\\_gerichte\\_A1 11 45](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vs_gerichte_A1_11_45)

FR: VS\_GERICHTE A1 11 45 du 8 juillet 2011

IT: VS\_GERICHTE A1 11 45 del 8 luglio 2011

## Regeste

Öffentliche Lokale Etablissements publics KGE A1 11 45 vom 8. Juli 2011

Verwaltungsgerichtsbeschwerde (kantonale) – Vorsorgliche Massnahmen dienen einzig dem Schutz von Interessen innerhalb des Streitgegenstands, weshalb im Rahmen einer neuen Betriebsbewilligungser- teilung eine vorläufige Schliessung des Betriebs, der sich auf eine davon unab- hängige gültige Betriebsbewilligung stützt, nicht möglich ist (E. 2). – Fehlende Beschwerdelegitimation mangels praktischem Interesse, wenn zum einen die Rechtsbegehren nicht über den angefochtenen Entscheid hinausgehen und zum anderen lediglich eine rechtstheoretische Korrektur des Dispositivs ver- langt wird (E. 3 und 4). Ref. CH : Ref. VS : Art. 28a VVRG, Art. 7 GBBK, Art. 44 VVRG, Art. 35 VVRG Recours de droit administratif (cantonal) – Les mesures provisionnelles servent uniquement à la protection des intérêts liés à l’objet du litige. Partant, à l’occasion de l’examen d’une nouvelle autorisation d’exploiter, il n’est pas possible d’ordonner la fermeture provisoire d’un établis- sement public si celui-ci dispose d’une autorisation d’exploiter antérieure qui est encore

## Erwägungen

### E. 2

Um auf die Beschwerde einzutreten und diese materiell zu behandeln, müssen die Prozessvoraussetzungen vorliegen. Als Pro- zessvoraussetzungen gelten beispielsweise die Partei- und Prozessfä- higkeit der Parteien, die Zuständigkeit der angerufenen Instanz, die Legitimation sowie die form- und fristgerechte Rechtsvorkehr. Das Gericht prüft die Prozessvoraussetzungen von Amtes wegen (vgl. Art. 7 74 RVJ / ZWR 2012

RVJ / ZWR 2012 75 Abs. 3 ; Art. 80 Abs. 1 lit. a i. V. m. Art. 44 Abs. 3 VVRG). Auf die Bestrei- tung oder Nichtbestreitung derselben kommt es somit nicht an. Es obliegt dem Beschwerdeführer darzulegen, aus welchen Umständen sich seine Beschwerdebefugnis ergibt, da sich die Begründungspflicht auch auf die Prozessvoraussetzungen erstreckt (Art. 80 lit. c i.V.m. Art. 48 VVRG ; BGE 133 II 249 E. 1.1). Fehlt es an einer Prozessvorausset- zung, so darf die urteilende Behörde keinen Sachentscheid über die Stichhaltigkeit der Beschwerde ausfällen, sondern sie hat sich einer Stellungnahme zum eigentlichen Streitgegenstand zu enthalten und die Sache von der Hand zu weisen (Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechts- pflege, 2. A., Bern 1983, S. 71 ff., 150 f.).

### E. 2.1

Anfechtungsobjekt bildet einzig der vorinstanzliche Entscheid, d.h. der Staatsratsentscheid vom 2. Februar 2011, der im Anschluss an die Gastgewerbe-Betriebsbewilligung vom 21. Januar 2010 erging. Ursprung des laufenden Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahrens ist demnach die Betriebsbewilligung, mit welcher der Betrieb des «Kaf- fee B» auf den

Beschwerdegegner übertragen und bewilligt werden sollte samt der hierbei festgelegten Rechte und Pflichten. Hinsichtlich dieser (neuen) Betriebsbewilligung focht die Beschwerdeführerin vor dem Staatsrat primär die Öffnungszeiten an und beantragte zudem, dass ab 19.00 Uhr ein Türsteher zu positionieren sei. Später und an sich ausserhalb der 30tägigen Beschwerdefrist stellte sie das neue Begehren, dass im gesamten Aussenbereich des Restaurationsbetriebs die Bewirtung und Beschallung ab 19.00 Uhr zu beenden sei. Mithin war vor dem Staatsrat vorab die Regelung der neuen Betriebsbewilligung hinsichtlich der Öffnungszeiten und der Bewirtung des Aussenbereichs Streitgegenstand und die anderen verfügbaren Rechte und Pflichten sind in Rechtskraft erwachsen und nicht mehr abänderbar. Demgegenüber ist die rechtskräftige und noch geltende Betriebsbewilligung vom 18. Dezember 2008 an C., welche eine Öffnungszeit von 08.00 bis 02.00 Uhr festlegt, nicht Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens und kann mithin auch nicht Streitgegenstand sein, da das Anfechtungsobjekt den Rahmen bildet, welcher den möglichen Umfang des Streitgegenstands begrenzt (vgl. BGE 133 II 35 E. 2 ; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N. 2.7). Diesbezügliche Einwände hätten anlässlich der Bewilligungserteilung geltend gemacht werden müssen. Überdies hätte die Gemeinde, oder bei deren Untätigkeit das zuständige Departement als Aufsichtsbehörde, aufgefordert werden müssen, bei Nichteinhalten der in der geltenden Bewilligung oder im

GBBK festgelegten Pflichten einzuschreiten (vgl. Art. 7 Abs. 3, Art. 27 Abs. 1 und 2 GBBK). Dies ist vorliegend augenscheinlich nicht geschehen. Es wurde zwar die Gemeinde angehalten, den Betrieb des «Kaffee B.» zu schliessen, demgegenüber wurde das Departement als Aufsichtsbehörde (vgl. Art. 27 Abs. 2 GBBK) soweit ersichtlich zu keinem Zeitpunkt ersucht, die Einhaltung der aktuell geltenden Regelung zu überprüfen. Im Gegensatz dazu wurden der Staatsrat – und auch das Kantonsgericht – im laufenden Beschwerdeverfahren aufgefordert, im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen den Betrieb des «Kaffee B.» gestützt auf Art. 7 Abs. 3 GBBK zu schliessen.

## **E. 2.2**

Mithilfe von vorsorglichen Massnahmen wird für die mitunter lange Dauer eines Verfahrens ein tatsächlicher oder rechtlicher Zustand erhalten oder werden gefährdete Interessen gewahrt (vgl. Art. 28a VVRG ; Hans Rudolf Kuhn, Der vorläufige Rechtsschutz im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren, Diss. Basel 1981, S. 154 ff.; Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener, Grundlagen des öffentlichen Verwaltungsrechts, Bern 2004, S. 120). Gegen positive Verfügungen, die wie vorliegend Rechte und Pflichten festsetzen, ändern oder aufheben (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. a VVRG), dient die aufschiebende Wirkung als typische vorsorgliche Massnahme, da sie die in der Verfügung angeordnete Rechtsfolge hemmt und damit den bereits bestehenden Zustand für die Dauer des Verfahrens erhält (Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener, a.a.O., S. 121 mit Hinweisen). Der Beschwerde gegen die neue Betriebsbewilligungsverfügung kam denn auch von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu (vgl. Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 80 Abs. 1 lit. d VVRG), womit der Beschwerdegegner im gegenwärtigen Zeitpunkt von ihr noch nicht Gebrauch machen kann und weiter der rechtliche Zustand vor Bewilligungserteilung durch die Gemeinde gilt. Wenn die Beschwerdeführerin den Staatsrat und nunmehr auch das Kantonsgericht darüber hinaus im laufenden Beschwerdeverfahren auffordert, im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen den Betrieb des «Kaffee B.» gestützt auf Art. 7 Abs. 3 GBBK zu schliessen, ist ihr zu entgegen, dass

eine absolute Schranke des vorläufigen Rechtsschutzes ist, dass er nicht weiter gehen kann als der definitive, da er nichts anderes als den definitiven Rechtsschutz zu sichern hat (Hans Rudolf Kuhn, a.a.O., S. 197 ; Regina Kiener, in Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008, N. 8 zu Art. 56, je mit Hinweisen). Demzufolge sind vorsorgliche Massnahmen auf den Streitgegenstand 76 RVJ / ZWR 2012

RVJ / ZWR 2012 77 beschränkt, d.h., vorsorgliche Massnahmen können nur zum Schutz von Interessen innerhalb des Streitgegenstands angeordnet werden und es können nicht beliebige polizeiliche Massnahmen vor der Verwaltungsbeschwerde- bzw.

Verwaltungsgerichtsbeschwerdeinstanz verlangt werden, nur weil dort ein Verfahren hängig ist. Im Anschluss an das Bewilligungsgesuch des Beschwerdegegners und der daraufhin von der Gemeinde erteilten Bewilligung vom 21. Januar 2010 besteht in concreto das Anfechtungsobjekt lediglich darin, ob, in welcher Form und mit welchen Öffnungszeiten der Beschwerdegegner das «Kaffee B» führen darf, nicht aber inwiefern heute eine davon abweichende, rechtskräftige Betriebsbewilligung für den aktuellen Betrieb besteht und ob der laufende Betrieb deren Schranken respektiert. Der provisorische Rechtsschutz kann über die endgültige Regelung, die hier lediglich im Zusprechen der neuen Bewilligung liegt, nicht hinausgehen.

### **E. 2.3**

Schliesslich geht die Beschwerdeführerin auch insofern fehl, als sie vorbringt, ihr diesbezügliches Rechtsbegehren sei vom Staatsrat überhaupt nicht behandelt worden. Denn dieser hat in der Sache in den Erwägungen 2 und 3.4 sehr wohl festgehalten, dass nicht er, sondern die Gemeinde zum Erlass solcher Massnahmen zuständig sei und die Gemeinde angewiesen, ihren gesetzlichen Verpflichtungen nachzukommen. Abgesehen davon musste der Staatsrat im Zeitpunkt des Endentscheids über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht mehr entscheiden, weil diese grundsätzlich zum Endentscheid akzessorisch sind und mit ihm dahin fallen (BGE 129 V 370 E. 4.3 ; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss/Daniela Thurnherr/Denise Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 2. A., Basel 2010, N. 1626, je mit Hinweisen). Dies gilt in gleicher Weise für das Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren. Aus den genannten Gründen ist auf Ziffer 1 der Rechtsbegehren nicht einzutreten.

### **E. 3**

In Ziffer 2 der Rechtsbegehren verlangt die Beschwerdeführerin, die Schliessungszeit sei auf 24.00 Uhr festzulegen und bezieht sich damit auf das Anfechtungsobjekt. Fraglich ist diesbezüglich allerdings die Beschwerdebefugnis.

#### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin, die als Stockwerkeigentümergeinschaft im Rahmen der Verwaltung des Stockwerkeigentums prozessfähig ist (vgl. Art. 712l Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [SR 210]; Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina

Kiener, a.a.O., S. 96 mit Hinweisen), ist als Adressatin des angefochtenen Entscheids und aufgrund der räumlichen Nähe zum «Kaffee B» durch den Staatsratsentscheid berührt. Zur Beschwerde ist jedoch nur legitimiert, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Beurteilung seiner Eingabe hat (Art. 80 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 44 Abs. 1 lit. a VVRG). Dieses muss nicht

nur bei der Beschwer- deeinreichung, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung aktuell und praktisch sein (BGE 123 II 285 E.4 ; Urteil des Bundesge- richts 2C\_166/2009 vom 30. November 2009 E.1.2.1). Fällt das schutz- würdige Interesse im Laufe des Verfahrens dahin, wird die Sache als erledigt erklärt ; fehlte es schon bei der Beschwerdeeinreichung, ist auf die Eingabe nicht einzutreten (BGE 118 Ib 1 E. 2). Das Interesse des Beschwerdeführers gilt als schutzwürdig, wenn seine tatsächliche oder rechtliche Situation durch den Ausgang des Verfahrens unmittelbar beeinflusst werden kann, d.h. wenn er durch das Beschwerdeverfahren einen materiellen oder ideellen Nachteil von sich abwenden oder einen praktischen Nutzen daraus ziehen kann (vgl. zum Ganzen BGE 121 II 176 E. 2a ; 123 II 376 E. 2 ; 125I 7 E. 3c, je mit Hinweisen). Dies ist anhand der einzelnen Rechtsbegehren zu prüfen.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin verlangt, die Betriebsbewilligung sei nur für die Öffnungszeiten von 08.00 Uhr bis 24.00 Uhr zu erteilen. Nachdem sie in ihrer Verwaltungsbeschwerde noch eine Schliessungs- zeit von 22.00 Uhr begehrt hat, fordert sie vor Kantonsgericht damit lediglich, was der Staatsrat und vor ihm erstinstanzlich die Gemeinde bereits in ihren Entscheiden festgelegt haben. Folglich würde sich durch die Gutheissung dieses Rechtsbegehrens weder die tatsächliche noch die rechtliche Situation der Beschwerdeführerin ändern. Das Kan- tonsgericht könnte angesichts des Rechtsbegehrens, welches auf- grund der Dispositionsmaxime den Streitgegenstand festlegt (statt vie- ler Ulrich Zimmerli/Walter Kälin/Regina Kiener, a.a.O., S. 51 f. mit Hinweisen), höchstens bestätigen, was der Staatsrat schon entschie- den hat, aber seinen Entscheid nicht zugunsten der Beschwerdeführe- rin abändern. Demzufolge fehlt es ihr diesbezüglich am schutzwürdi- gen Interesse an der Beschwerdeführung und auf Ziffer 2 der Rechtsbegehren ist nicht einzutreten.

### **E. 4**

Letztlich stellt die Beschwerdeführerin in Ziffer 3 den Antrag, die Betriebsbewilligung sei mit der Auflage zu verbinden, dass keine Bewil- ligung zur Bewirtung des erdgeschossigen Aussenbereichs bestehe. Dies ist gleichbedeutend mit einem Feststellungsbegehren, das sich auf 78 RVJ / ZWR 2012

RVJ / ZWR 2012 79 das Nichtbestehen der Betriebsbewilligung im entsprechenden Bereich bezieht.

#### **E. 4.1**

Wer ein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Inter- esse glaubhaft macht, kann den Erlass einer Feststellungsverfügung über den Bestand, den Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrecht- licher Rechte oder Pflichten verlangen (Art.35 VVRG ; BGE 123 II 402 E. 4b/aa ; 120 Ib 351E. 3a). Die Legitimation zum Stellen von Feststellungs- begehren setzt mithin die Glaubhaftmachung schutzwürdiger Interes- sen voraus. Indessen kann die Feststellungsverfügung nicht abstrakte, theoretische Rechtsfragen zum Gegenstand haben, wie sie sich aus einem Rechtssatz für eine Vielzahl von Personen und Tatbeständen ergibt, sondern nur konkrete Rechte oder Pflichten (Urteil des Bundes- gerichts 1A.188/2006 vom 8. Februar 2007 E. 3 ; BGE 132 V 257 E. 1 ; 130 V 388 E. 2.5 ; 123 II 16 E.2b ; 122 II 97 E. 3 ; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Ver- waltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. A., Zürich 1998, S. 75 ; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss/Daniela Thurnherr/Denise Brühl-Moser, a.a.O., N. 1279 ff.).

#### **E. 4.2**

Ziffer 3 der Beschwerdebegehren richtet sich selbstredend auf die Feststellung öffentlichrechtlicher Pflichten im Sinne von Art. 35 Abs. 1 VVRG, indem darüber befunden werden soll, für welchen Betriebsteil die Betriebsbewilligung besteht. Allerdings hat der Staatsrat auch dieses Begehren beurteilt und in den Erwägungen 3.3 und 3.4 des angefochtenen Entscheids festgestellt, dass für den erdgeschossigen Aussenbereich keine Bewilligung besteht, und die Gemeinde als Handelspolizeibehörde hat im Anschluss an den staatsrätlichen Entscheid die entsprechenden Vorkehrungen getroffen, um die Bewirtung des erdgeschossigen Aussenbereichs zu unterbinden. Mithin fehlt der Beschwerdeführerin im Urteilszeitpunkt ein schützenswertes Interesse an einer Feststellungsverfügung bzw. der Beschwerdeführung.

#### **E. 4.3**

Hiergegen wendet die Beschwerdeführerin ein, da der Staatsrat die Beschwerde lediglich abgewiesen habe, habe der Hinweis auf die Entscheiderwägung 3.4, in welcher er festlegte, dass für den erdgeschossigen Aussenbereich keine Betriebsbewilligung bestehe, keine Rechtswirkung, da aus der Abweisung noch kein reformatorisches Urteil erwachse. Der Beschwerdeführerin ist zuzustimmen, dass ein schützenswertes Interesse an der Beschwerdeführung bestünde, falls sich das Dispositiv und die Begründung des angefochtenen Entscheids widersprächen und das Urteilsdispositiv fehlerhaft wäre (vgl. André

Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, a.a.O., N. 3.185 mit Hinweis). In concreto enthält hingegen Ziffer 1 des Entscheiddispositivs nebst der Beschwerdeabweisung die Anweisung an die Gemeinde, ihrer Aufsichtsverpflichtung gemäss Erwägung 3.4 nachzukommen. Damit erwächst auch der zweite Teil der Dispositivziffer 1 in Rechtskraft, der eine Intervention der Gemeinde ausdrücklich gemäss der Entscheiderwägung 3.4, die folglich zugleich an der Rechtskraft teilhat (vgl. Alfred Kölz/Isabelle Häner, a.a.O., N. 716, mit Hinweisen), fordert. Und in Erwägung 3.4 hielt der Staatsrat ausdrücklich fest, dass für den erdgeschossigen Aussenbereich keine Bewilligung zur Bewirtung besteht und die Gemeinde dies durchzusetzen hat. Folglich widersprachen sich die Entscheiderwägungen und das Urteilsdispositiv nicht, selbst wenn der Staatsrat die Beschwerde genauer nicht hätte abweisen, sondern im Sinne der Erwägung 3.4 teilweise gutheissen sollen. Dasselbe brachte er aber dadurch zum Ausdruck, dass er die Beschwerde zum einen abwies und die Gemeinde zum anderen ausdrücklich aufforderte, im erdgeschossigen Aussenbereich dafür zu sorgen, dass keine Bewirtung erfolgt und insofern die Begehren der Beschwerdeführerin teilweise schützte. Allein die beschriebene redaktionelle Abänderung des Dispositivs begründet indessen, wenn überhaupt höchstens ein (rechts-)theoretisches, nicht aber ein schutzwürdiges praktisches Interesse, weshalb auf die Beschwerde auch insofern nicht einzutreten ist. (...) 80 RVJ / ZWR 2012

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