

A1 14 158

ENTSCHEID VOM 6. FEBRUAR 2015

**Kantonsgericht Wallis
Öffentlichrechtliche Abteilung**

Es wirken mit: Jean-Pierre Zufferey, Präsident, Jean-Bernard Fournier und Thomas Brunner, Richter, sowie Vanessa Brigger, Gerichtsschreiberin,

in Sachen

EINWOHNERGEMEINDE M_____, vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. N_____

gegen

STAATSRAT DES KANTONS WALLIS

X_____, vertreten durch Rechtsanwalt O_____

(Patente und öffentliche Lokale)

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid vom 16. April 2014.

Sachverhalt

A. Am 26. Mai 2011 ersuchte X_____ um eine Betriebsbewilligung für die Abgabe von Speisen und Getränken zum Genuss vor Ort auf der Parzelle Nr. xxx1 in M_____. Das Gesuch wurde im Amtsblatt Nr. xxx vom xxx 2011 publiziert und bei der Gemeindeverwaltung der Einwohnergemeinde M_____ zur Einsichtnahme aufgelegt. Es gingen innerhalb der Frist von dreissig Tagen keine Einsprachen ein.

B. Der Gemeinderat der Einwohnergemeinde M_____ lehnte das Gesuch mit Verfügung vom 28. Juli 2011 (eröffnet am 12. August 2011) ab. Der Gemeinderat hielt fest, der Gesuchsteller erfülle die persönlichen Voraussetzungen hinsichtlich Leumund, obligatorische Prüfung oder anerkannte Berufsausbildung/Berufserfahrung. Seinem Gesuch könne jedoch nicht entsprochen werden, da eine Ausweitung der Strassenrestauration auf dem Hauptbetrieb nicht angegliederte Flächen als nicht anzustrebende Entwicklung für die Destination M_____ angesehen werde, alle bisher bewilligten Aussenstände würden in unmittelbarer Umgebung des Hauptbetriebs betrieben und könnten als Einheit betrachtet werden.

C. Gegen diese Verfügung erhob X_____ am 5. September 2011 Beschwerde beim Staatsrat und warf dem Gemeinderat vor, die Verweigerung der Betriebsbewilligung aus touristischen und wirtschaftspolitischen Gründen verletze die Wirtschaftsfreiheit und das kantonale Gesetz über die Beherbergung, die Bewirtung und den Kleinhandel mit alkoholischen Getränken vom 8. April 2004 (SGS/VS 935.3; fortan GBB) und stelle ausserdem eine Überschreitung des Ermessens dar.

D. Mit Entscheid vom 16. April 2014 hiess der Staatsrat die Beschwerde gut, hob die angefochtene Verfügung auf und wies die Sache an die Gemeinde zurück. Der Staatsrat erwog, es sei aus Sicht des GBB unerheblich, ob es sich um einen „Aussenstand“ eines Hauptbetriebs oder einen eigenständigen Betrieb handle, die Bewilligung dürfe nicht aus den in der Verfügung genannten Gründen verweigert werden. Da aus den Akten nicht klar ersichtlich sei, ob die Voraussetzungen gemäss Art. 5 GBB erfüllt seien, habe die Gemeinde diesbezüglich den Sachverhalt zu ergänzen und im Sinne der Erwägungen neu zu entscheiden.

E. Gegen diesen Entscheid erhob die Einwohnergemeinde M_____ (Beschwerdeführerin) am 23. Mai 2014 Verwaltungsgerichtsbeschwerde an die öffentlichrechtliche Abteilung des Kantonsgerichts mit folgenden Anträgen:

- "1. Der Entscheid des Staatsrates vom 16.04.2014 wird aufgehoben und in Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides wird das Gesuch um Erteilung einer gastgewerblichen Betriebsbewilligung zum Betrieb eines Raclette-Standes auf der Parzelle Nr. xxx1 in M_____ abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten gehen zulasten des Beschwerdegegners.
3. Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung zugesprochen.“

Die Beschwerdeführerin rügte, der Staatsrat übersehe, dass die Aufzählung in Art. 5 GBB nicht abschliessend sei. Die Bestimmung verweise auch auf kommunale und kantonale Vorschriften und erlaube es, bei der Bewilligungserteilung den Bestimmungen und Zielsetzungen des kantonalen Gesetzes über den Tourismus vom 9. Februar 1996 (SGS/VS 935.1; fortan GT) Rechnung zu tragen. Es liege zudem in der Autonomie der kommunalen Bewilligungsbehörde, für dauerhafte Angebote strengere Anforderungen an die räumlichen Voraussetzungen gemäss Art. 5 GBB zu stellen als für bloss gelegentliche Angebote, diese Differenzierung verstosse nicht gegen Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101). Dauerhafte Betriebsstätten hätten wesentlich stärkere Immissionen und Auswirkungen auf die Nachbarschaft, den Verkehr, das Ortsbild usw. zur Folge. Die geplante Verkaufsstelle habe keinen unmittelbaren Bezug zu einem Betrieb und die damit verbundenen Immissionen würden auf Grund der Dauerhaftigkeit ein Ausmass annehmen, das für täglich geöffnete Betriebe nicht angehe. Ausserdem müsse Art. 71 des Bau- und Zonenreglements der Gemeinde vom 25. März 2010 (genehmigt durch den Staatsrat am 09. Juni 2010; fortan BZR), welcher eine negative ästhetische Generalklausel enthalte, berücksichtigt werden. Die vom Gesuchsteller vorgesehene „Stand-Alone-Verkaufsstelle“ sei nicht mit der Wahrung des Ortsbildes in Einklang zu bringen. Es handle sich vorliegend um eine nach Art. 36 BV zulässige grundsatzkonforme Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit, die gesetzliche Grundlage ergebe sich aus Art. 5 GBB und der der kantonalen Gesetzgebung wie dem Tourismusgesetz. Die Verweigerung der Bewilligung für einen dauerhaften Raclette-Stand sei unter Berücksichtigung der anfallenden Immissionen, der Beeinträchtigung des Ortsbildes und der Missachtung des Tourismuskonzeptes rechtmässig gewesen.

F. Der Staatsrat beantragte mit Schreiben vom 11. Juni 2014 die vollumfängliche und kostenpflichtige Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde und reichte die Akten ein. Er verwies bezüglich des rechtserheblichen Sachverhalts und der Begründung auf den angefochtenen Entscheid und verzichtete darüber hinaus auf eine Stellungnahme.

G. X_____ (Beschwerdegegner) reichte am 8. Juli 2014 eine Stellungnahme ein mit den Rechtsbegehren, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen, die Bewilligung

zum Betrieb eines Raclette-Standes zu bestätigen, die Kosten von Verfahren und Entscheidung der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und ihm eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen.

Er kritisierte, die Gemeinde missachte das Gebot der Gleichbehandlung und lasse sich nicht von sachlichen Kriterien leiten: Der vorgesehene Raclette-Stand unterscheide sich bezüglich der räumlichen Voraussetzungen und Emissionen nicht von anderen als dauerhafte Betriebe bewilligten Verpflegungs-Ständen (Bratwurst, Maroni und Glace) in der Gemeinde. Das Argument, es lägen keine geeigneten Räumlichkeiten vor, stosse ins Leere, da der Stand auf einem privaten Grundstück aufgestellt werden solle und die Nebenräume beim Coiffeur „A_____“ benutzt werden könnten. Es lägen keine sachlichen Gründe vor für die Annahme der Gemeinde, das Anbieten von Raclette an einem Stand stehe einem qualitativ hochstehenden Tourismus entgegen. Es könne im Gegenteil angenommen werden, dass Gäste das Angebot dieses für die Region typischen Gerichts an einem Stand schätzen würden. Ausserdem könne die Beschwerdeführerin weder glaubhaft darlegen, weshalb ein Raclette-Stand das Orts- und Strassenbild beeinträchtigen solle noch nachvollziehbar aufzeigen, weshalb eine Verkaufsstelle im Freien einen Bezug zu einem angegliederten Betrieb haben müsse. Das Gebot der Gleichbehandlung mit anderen Verkaufsständen (Glace- und Maroni-Stände) werde nicht respektiert. Der Beschwerdegegner könne die Hygienevorschriften einhalten, da er die Infrastruktur des angrenzenden Coiffeur-Salons von B_____ nutzen dürfe. Schliesslich seien auch die von der Gemeinde behaupteten Lärm- und Geruchsemissionen nicht nachvollziehbar. Wenn die Gemeinde Lärm durch Konsumenten befürchte, gehe sie ausserdem von einer grossen Nachfrage aus, was aus touristischer Sicht sogar für seinen Stand spreche. Der Stand würde sich zudem nicht auf der Bahnhofstrasse befinden und es könne keine Beeinträchtigung des Fussgänger- und Verkehrsflusses entstehen.

H. Die Beschwerdeführerin replizierte am 21. August 2014 und hielt ihre Rechtsbegehren vollumfänglich aufrecht. Sie bekräftigte ihre Rechtsauffassung, die Gemeinde dürfe an Bewilligungen für dauerhafte Angebote höhere Anforderungen stellen und sei aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen befugt, einer dauerhaften Strassengastronomie Einhaltung zu gebieten. Den Vorwurf der rechtsungleichen Behandlung wies die Beschwerdeführerin zurück: In der Gemeinde sei ein einziger Bratwurst-Stand bewilligt worden, es handle sich um einen Einzelfall, bei dem überdurchschnittliche Massnahmen zur Vermeidung von Emissionen getroffen worden seien und der Stand bilde zudem eine Einheit mit dem Metzgerei-Betrieb und könne auf die eigene Betriebsstruktur

zurückgreifen. Die konsequente Bewilligungspraxis der Gemeinde zeige, dass seither keine weiteren derartigen Bewilligungen erteilt wurden. Die anderen Stände würden nur zeitlich eingeschränkt betrieben und seien aufgrund des geringeren Flächenanspruchs und der Produkte emissionsmässig unbedenklicher. Die Gemeinde habe freilich keine Einwände betreffend den Konsum von Raclette, verpönt sei ausschliesslich der Betrieb von offenen Ständen mit Verzehr vor Ort, es gehe um die dauerhafte Aussenverpflegung und die dadurch entstehenden negativen Gesamteinwirkungen. In einer dauerhaften Festhüttenstimmung sei keine Qualitätssteigerung im Sinne des Tourismusgesetzes zu erblicken. Die Beschwerdeführerin ergänzte, der Bezug zu einem Hauptbetrieb sei für die Versorgung mit und Lagerung von Lebensmitteln sowie für das gesamte Erscheinungsbild relevant. Der Beschwerdegegner habe nicht nachgewiesen, dass er die Hygienevorschriften einhalten könne, diese Nachweise seien bei Glace- und Maroni-Ständen als reine Verkaufsflächen nicht erforderlich. Schliesslich würden die Gäste neben Raclette auch weitere Speisen und Alkohol konsumieren, was erfahrungsgemäss zu erhöhten Lärm- und Geruchsemissionen führe und der Betrieb würde an der Bahnhofstrasse liegen, ein verstärkter Personenverkehr liege auf der Hand. Die Beschwerdeführerin präziserte mit Schreiben vom 26. August 2014, dass beim Bratwurst-Stand der Metzgerei der Verzehr vor Ort möglich sei.

I. Am 28. August 2014 verzichtete der Staatsrat auf eine Duplik und verwies bezüglich Sachverhalt und Begründung auf den angefochtenen Entscheid. Am 10. September 2014 duplizierte der Beschwerdegegner und hielt seine Rechtsbegehren ausdrücklich aufrecht. Er reichte als Beweismittel eine Fotografie ein, welche zeige, dass die Abzugsvorrichtung des Bratwurst-Stands bei der Metzgerei nicht funktioniere sowie eine Tagesbewilligung (10. August 2014) für seinen Raclette-Stand: Es habe eine grosse Nachfrage und positive Rückmeldungen, jedoch keine Reklamationen bezüglich Immissionen gegeben, was die Argumentation der Gemeinde widerlege. Der Beschwerdegegner führte zusätzlich aus, Vergleiche mit Betrieben auf öffentlichem Grund und Boden seien unzulässig, da er seinen Stand auf der Privatparzelle Nr. xxx1 aufstellen wolle, und wiederholte seine Rüge, der Grundsatz der Rechtsgleichheit sei verletzt.

J. Mit der Triplik vom 30. September 2014 bestätigte die Beschwerdeführerin ihre Rechtsauffassung und wies insbesondere erneut den Vorwurf einer rechtsungleichen Behandlung zurück. Sie ergänzte, der Dampfabzug des Bratwurst-Standes sei funktionstüchtig und reichte ihrerseits Fotos als Beweismittel ein. Aus der Gewährung einer Tagesbewilligung könne der Beschwerdegegner nichts bezüglich einer Dauerbewilligung ableiten. Ausserdem sei die Tourismusstrategie 2013 - 2018 von der Gemeinde

und den anderen Leistungsträgern als verbindlich erklärt worden; diese sehe explizit vor, dass temporäre Verkaufsstände nur noch bei Grossanlässen zugelassen werden sollen.

Weitere Sachverhaltsdarstellungen, Parteibehauptungen sowie Begründungen sind, soweit rechtlich von Bedeutung, in den nachfolgenden Erwägungen aufgeführt.

Erwägungen

1. Der angefochtene Entscheid des Staatsrats stellt eine letztinstanzliche Verfügung im Sinne von Art. 72 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Oktober 1976 (VVRG; SGS/VS 172.6) dar, die mangels Ausschlusses in den Art. 74 bis Art. 77 VVRG der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegt.

1.1 Gemeinden und Gemeindeverbände sind zur Beschwerde an das Kantonsgericht berechtigt, wenn sie durch eine Verfügung berührt sind und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung haben (Art. 156 Abs. 1 des Gemeindegesetzes vom 5. Februar 2004 [GemG; SGS/VS 175.1]; Art. 80 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 44 Abs. 1 lit. a VVRG; Urteile des Kantonsgerichts A1 12 118/A1 12 119 vom 22. Februar 2013 E. 2.2; A1 11 153 vom 10. Mai 2012 E. 2.2; A1 09 112 vom 22. Januar 2010 E. 1; A1 10 129 vom 7. Oktober 2010 E. 1 und A1 06 104 vom 7. Juli 2006 E. 1). Ohne eine solche Beeinträchtigung sind Gemeinden und Gemeindeverbände zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert, wenn das Gesetz sie hierzu ermächtigt (Art. 80 Abs. 1 lit. a i.V.m. 44 Abs. 1 lit. b VVRG; Jean-Claude Lugon, *Quelques aspects de la loi valaisanne sur la procédure et la juridiction administratives*, RDAF 1989, p. 243 N. 100; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, N. 1782 ff.). Nach der Rechtsprechung kann ein Gemeinwesen auch zur Beschwerde legitimiert sein, wenn es durch den angefochtenen Entscheid in seinen hoheitlichen Befugnissen und Aufgaben berührt wird (BGE 135 I 43 E. 1.2; 131 I 91 E. 1; 128 I 136 E. 1.2). Gemäss Art. 4 GBB obliegt es dem Gemeinderat, Betriebsbewilligungen für dem Gesetz unterstellte Angebote zu erteilen. Mit dem Entscheid vom 16. April 2014 hat der Staatsrat die Verfügung der Gemeinde vom 28. Juli 2011 aufgehoben. Dadurch wurde die Gemeinde in ihrer Stellung als Hoheitsträgerin berührt, was sie zur Einreichung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert.

1.2 Schliesslich hat die Gemeinde mittels Auszug aus dem Gemeinderatsprotokoll vom 22. Mai 2014 ihren Beschluss zur Anfechtung des Staatsratsentscheids vom 16. April 2014 dargetan (vgl. Beleg Nr. 2 der Verwaltungsgerichtsbeschwerde der Gemeinde; siehe auch die Urteile des Kantonsgerichts A1 07 121 und A1 07 122 vom 9. November 2007 E. 1).

1.3 Somit ist die Beschwerdeführerin als Adressatin des angefochtenen Staatsratsentscheids, aber auch als zuständige Behörde für die Erteilung von Betriebsbewilligungen, durch diesen berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Änderung oder Aufhebung, so dass sie gemäss Art. 80 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 44 Abs. 1 lit. a VVRG zur Beschwerdeführung legitimiert ist. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist deshalb einzutreten (Art. 80 Abs. 1 lit. b und c i.V.m. Art. 46 und Art. 48 VVRG).

2. Das Gericht hat die Angelegenheit nicht unter allen Gesichtspunkten zu überprüfen, sondern kann sich im Wesentlichen auf die gerügten Punkte beschränken (Art. 80 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 48 Abs. 2 VVRG). Der Beschwerdeführer hat demnach grundsätzlich die Rügen, die er geltend machen will, in der Beschwerde vollständig und genau anzugeben. Das Kantonsgericht ist zwar an die Begehren des Beschwerdeführers (Art. 79 Abs. 1 VVRG) gebunden, nicht aber an die Begründung der Begehren oder die Motive des angefochtenen Entscheids (Art. 79 Abs. 2 VVRG; Urteile des Kantonsgerichts A1 09 227 vom 30. April 2010 E. 4.1; A1 10 170 vom 25. März 2011 E. 2.2; A1 11 168 vom 18. Januar 2012 E. 2 und A1 11 178 vom 22. Juni 2012). Es können zudem nur Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden, nicht jedoch, abgesehen von hier nicht zutreffenden Ausnahmen, die Unzweckmässigkeit der Verfügung (Art. 78 VVRG).

3. Die Beschwerdeführerin beantragt als Beweismittel die Urkunden gemäss Aktenverzeichnis der Beschwerdeschrift und das Beschwerdedossier der Vorinstanz. In der Triplik vom 30. September 2014 verlangt sie ausserdem die Durchführung einer Ortsschau und die Zeugeneinvernahme von C_____.

3.1 Das Recht, Beweise zu beantragen, ist ein Teilgehalt des rechtlichen Gehörs. Die Parteien haben daher das Recht, die Abnahme relevanter Beweise zu verlangen, wenn die Beweise die Entscheidung beeinflussen können (BGE 137 III 324 E. 3.2.2; 127 I 54 E 2b; 124 I 241 E. 2). Das Beweisverfahren kann nach der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre aber geschlossen werden, ohne damit das rechtliche Gehör zu

verletzen, wenn die entscheidende Instanz sich ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, der rechtsrelevante Sachverhalt würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. A., Zürich 2013, N. 153 und N. 537; Fritz Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. A., Bern 1983, S. 274; BGE 136 I 229 E. 5.3; 134 I 140 E. 5.3; 131 I 153 E. 3; ZWR 2009 S. 46 E. 3b). Dies trifft u.a. zu, wenn eine Beweisführung über einen nicht rechtlich relevanten Sachverhalt verlangt wird (Art. 80 Abs. 1 lit. d, 56 und 17 Abs. 2 VVRG; Urteil des Bundesgerichts 1A.87/2006 vom 12. September 2006 E. 2.2; BGE 131 I 153 E. 3; 130 II 425 E. 2.1; 122 II 464 E. 4a mit Hinweisen). Führen die von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen die Verwaltung oder den Richter bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, ist auf die Abnahme weiterer Beweise zu verzichten (Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, a.a.O., N. 153, 154 und 537; Fritz Gygi, a.a.O., S. 274; BGE 124 I 274 E. 5b; 122 II 464 E. 4a).

3.2 Das Kantonsgericht hat die von der Beschwerdeführerin eingereichten Belege zu den Akten genommen und der Staatsrat hat mit dem Schreiben vom 11. Juni 2014 die Akten des Beschwerdeverfahrens eingereicht. Was die Einvernahme von C_____ (Betreiber der Metzgerei mit Bratwurst-Stand) und die Ortsschau betreffend seinen Betrieb angeht, so würde dies zu keinen neuen Erkenntnissen führen, da sich Fotografien in den Akten befinden, welche die Entlüftungsanlage zeigen. Die vorhandenen Akten enthalten die entscheiderelevanten Sachverhaltselemente und genügen – wie aus den nachfolgenden rechtlichen Erwägungen hervorgeht – zur Beurteilung der rechtserheblichen Fragen. Das Kantonsgericht nimmt unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände in antizipierter Beweiswürdigung an, weitere Beweismittel – insbesondere eine Ortsschau und die Zeugeneinvernahme von C_____ würden an der zu beurteilenden Sach- und Rechtslage nichts ändern, weshalb auf zusätzliche Beweisabnahmen verzichtet wird.

4. Die Beschwerdeführerin kritisiert die Schlussfolgerung der Vorinstanz, es liege keine gesetzliche Grundlage für die vom Gemeinderat getroffene Wertung vor, als offensichtlich verfehlt: Der Staatsrat übersehe, dass die Aufzählung in Art. 5 GBB nicht abschliessend sei sondern bloss exemplarisch und die Bestimmung auch auf kommunale und kantonale Vorschriften, die mit Beherbergung und Bewirtung in Zusammenhang stehen, verweise. Art. 5 GBB erlaube es, bei der Bewilligungserteilung - neben den

ausdrücklich genannten Bestimmungen - den Zielsetzungen und Bestimmungen des kantonalen Tourismusgesetzes Rechnung zu tragen. Dies sei zulässig, sofern die Art. 27 und 94 BV gewahrt seien. Art. 1 GT nenne die Förderung eines qualitativ hochstehenden Tourismus als Zweck des Gesetzes. Die Gemeinden würden gemäss Art. 2 ff. GT zu den verantwortlichen Trägern für diese Zielsetzung gehören und hätten gemäss Art. 7 GT die lokale Tourismuspolitik zu erarbeiten und deren Durchsetzung zu überwachen. Dieser Zielsetzung sei auch bei der Erteilung von Betriebsbewilligungen Rechnung zu tragen. Diese Gesetzssystematik zeige, dass die Schlussfolgerung der Vorinstanz, es liege keine gesetzliche Grundlage vor, verfehlt sei. Die geplante Verkaufsstelle habe keinen unmittelbaren Bezug zu einem Betrieb. Würde man Anlagen wie die geplante nicht nur bei besonderen Anlässen, sondern dauerhaft zulassen, so würde die Regel zur Ausnahme. Der Festbetriebscharakter dieser Anlagen würde das Ortsbild beeinträchtigen und einem qualitativ hochstehenden Tourismus bzw. der Zielsetzung von Art. 1 GT zuwider laufen. Derartige Betriebe würden zu einem „touristischen downgrading“ für die Destination und den Weltkurort M_____ führen. Ausserdem sehe die Tourismusstrategie der Destination M_____ 2013 - 2018 explizit vor, dass temporäre Stände nur noch bei Grossanlässen zugelassen werden sollen. Die Strategie sei von der Gemeinde und den anderen Leistungsträgern als verbindlich erklärt worden.

Nach der Auffassung der Beschwerdeführerin stellt die Verweigerung der Betriebsbewilligung eine nach Art. 36 BV zulässige, grundsatzkonforme Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit dar: Die gesetzliche Grundlage ergebe sich aus Art. 5 GBB und der kantonalen Gesetzgebung, insbesondere dem GT. Aus letzterem ergebe sich auch das öffentliche Interesse (Förderung eines qualitativ hochstehenden Tourismus). Der Beschwerdegegner könne bei besonderen Anlässen einen Raclette-Stand betreiben und in seinem Restaurant Raclette anbieten und sei in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit nicht wesentlich eingeschränkt, weshalb dies verhältnismässig sei. Das Bundesgericht lasse touristisch motivierte Massnahmen trotz Auswirkungen auf die Wirtschaftsfreiheit als grundrechtskonform gelten. Es liege keine gewerbepolitische Massnahme vor, da die Wahrung des touristischen Interesses und der Ortsbildschutz das Ziel seien, was verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Auch der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden werde beachtet, da die Gemeinde bisher keine dauerhaften Aussenstände zugelassen habe. Die vom Beschwerdegegner angeführten Beispiele seien sachverhaltsmässig nicht identisch und es liege keine rechtsungleiche Behandlung vor. Die Gemeinde sei im Übrigen auch nicht gewillt, diese Praxis aufzugeben, womit sich die Frage der Gleichbehandlung im Unrecht gar nicht stelle.

4.1 Der Beschwerdegegner widerspricht, die Gemeinde missachte das Gebot der Gleichbehandlung und es lägen keine sachlichen Gründe vor für die Annahme der Gemeinde, das Anbieten von Raclette an einem Stand stehe einem qualitativ hochstehenden Tourismus entgegen. Es könne im Gegenteil davon ausgegangen werden, dass Gäste das Angebot dieses für die Region typischen Gerichts an einem Stand schätzen würden. Die Unterstellung, ein Raclette-Stand würde zu einem „touristischen downgrading“ führen, sei abschätzig.

4.2 Jede gewerbsmässig ausgeübte privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinnes oder Erwerbseinkommens dient, liegt im Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV; BGE 125 I 276 E. 3a; Klaus A. Vallender in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich/St. Gallen 2014, N. 22 zu Art. 27 BV). Träger des Grundrechts sind natürliche Personen, die Schweizerbürger/Innen oder fremdenpolizeilich uneingeschränkt auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen sind, sowie inländische juristische Personen des Privatrechts (Klaus A. Vallender, a.a.O., N. 46 f. zu Art. 27 BV).

4.3 Der Beschwerdegegner beabsichtigt, an einem Stand Lebensmittel zu verkaufen und erfüllt unbestritten die persönlichen Voraussetzungen (Art. 6 GBB) zur Führung eines Betriebs, er kann sich folglich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen. Die Nichterteilung der Betriebsbewilligung für den gewünschten Raclette-Stand stellt eine Einschränkung der gewinnorientierten, privatwirtschaftlichen Tätigkeit des Beschwerdegegners dar.

4.4 Die Wirtschaftsfreiheit kann nach den in Art. 36 BV umschriebenen Regeln eingeschränkt werden, sofern der Grundrechtseingriff grundsatzkonform ist (Klaus A. Vallender, a.a.O., N. 57 zu Art. 27 BV). Gemäss Art. 36 BV sind Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit nur zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sowie verhältnismässig sind und den Kernbereich des Grundrechts nicht antasten (BGE 131 I 223 E. 4.1 mit Hinweisen).

4.5 Gemäss Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV müssen schwerwiegende Eingriffe in einem Gesetz im formellen Sinne vorgesehen sein. Für weniger schwere Eingriffe genügt eine Verordnung, sie muss jedoch von einer Behörde erlassen worden sein, die befugt dazu ist und die verfassungsrechtlichen Grundsätze der Rechtssetzungsdelegation respektieren (Klaus A. Vallender, a.a.O., N. 16 zu Art. 36 BV). Ein anzuwendender Rechtsatz muss nach dem in Art. 36 Abs. 1 BV verankerten Legalitätsprinzip hinreichend und

angemessen bestimmt sein, d.h. so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach richten können und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können. Das Erfordernis der Bestimmtheit dient der Rechtssicherheit (Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns) sowie der rechtsgleichen Rechtsanwendung. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen, er ist unter anderem abhängig von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, der Komplexität und Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, den Normadressaten, der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung (BGE 139 I 280 E. 5.1 mit Hinweisen).

4.6 Strittig ist vorliegend, ob die Art. 1 ff. GT i.V.m. Art. 5 GBB eine genügende gesetzliche Grundlage für die Verweigerung der Betriebsbewilligung darstellen: Art. 5 GBB statuiert, dass die in der Betriebsbewilligung festgelegten Räumlichkeiten und Plätze insbesondere den Bestimmungen über die Raumplanung, die Bau- und Lebensmittelgesetzgebung sowie den Umweltschutz zu entsprechen haben. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausgeführt hat, ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmung, dass zur Anwendung kommen können. Die Beschwerdeführerin beruft sich primär auf Art. 1 GT, welcher den Titel „Ziel“ trägt und folgenden Wortlaut hat:

„¹Das vorliegende Gesetz bezweckt die Förderung eines qualitativ hochstehenden Tourismus im Kanton.

²Es will namentlich:

- a) durch die Entwicklung des Tourismus die Wirtschaft im Kanton verstärken;
- b) die Bedürfnisse der Einheimischen und Gäste befriedigen;
- c) die natürlichen und kulturellen Gegebenheiten achten.“

Diese Zielbestimmung umschreibt lediglich den Zweck, den das Tourismusgesetz verfolgt. Die Bestimmung definiert nicht, was unter „qualitativ hochstehendem Tourismus“ zu verstehen ist und nennt keine konkreten Massnahmen zur Erreichung dieses Ziels. Aus dem Zweckartikel des GT lässt sich kein Verbot von „Aussenständen ohne Bezug zu einem Hauptbetrieb“ ableiten (vgl. zur ungenügenden Normdichte von Zweckartikeln auch BGE 139 I 280 E. 5.3.2 mit Hinweisen).

Auch aus den weiteren Bestimmungen des GT lässt sich kein Verbot bestimmter Betriebsformen ableiten: Art. 2 GT befasst sich allgemein mit der Tourismuspolitik des Kantons, die Art. 3 ff. GT regeln die Aufgabenteilung auf kantonaler und kommunaler

Ebene und die Art. 10 ff. GT beschäftigen sich mit touristischen Organisationen. Keine dieser Bestimmungen regelt Rechte oder Pflichten von Gewerbetreibenden oder befasst sich mit betrieblichen und räumlichen Voraussetzungen.

4.7 M_____ Tourismus stellt auf seiner Internetseite die „Strategie M_____ 2018“ vor (<http://www.xxx>). Dort ist zu lesen, dass ein Gesamtkonzept erstellt und schrittweise umgesetzt werden soll, „welches die unterschiedlichen Bedürfnisse analysiert, gewichtet und einen Vorgehensplan erstellt“. Als eine der Massnahmen sollen „temporäre POS-Stände“ nur bei Grossevents zugelassen werden. Als zuständig für die Umsetzung des Konzepts wird der Gemeinderat bzw. die „EG“ bezeichnet.

4.8 Vorweg ist anzumerken, dass der Beschwerdegegner seinen Raclette-Stand nicht bloss temporär, sondern dauerhaft betreiben will, worauf die Beschwerdeführerin selbst mehrfach hingewiesen hat. Nach dem Wortlaut der Strategie wäre der geplante Raclette-Stand gar nicht vom Verbot betroffen. So oder anders hat die Gemeinde die vorgesehenen Massnahmen offensichtlich (noch) nicht umgesetzt: Es existiert keine Regelung oder Richtlinie auf Gemeindeebene, die „temporäre POS-Stände“ verbietet. Das Strategie-Papier von M_____ Tourismus stellt nach dem Gesagten (siehe oben E. 4.5) weder ein Gesetz im formellen noch im materiellen Sinne dar, selbst wenn die Gemeinde bereits die Absicht geäussert haben sollte, die genannten Massnahmen umzusetzen. Abgesehen davon lässt die Formulierung der Strategie darauf schliessen, dass die genannten Massnahmen Strassen und Plätze, d.h. nur die Nutzung von öffentlichem Grund betreffen sollen. Es wäre zu prüfen, ob ein derartiges Verbot auf Gemeindeebene mit dem übergeordneten kantonalen und eidgenössischen Recht vereinbar wäre.

4.9 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine gesetzliche Grundlage für das Verbot von temporären oder dauerhaften Aussenständen ohne Bezug zu einem Hauptbetrieb besteht und die Verweigerung der Betriebsbewilligung einzig aufgrund dieses Kriteriums Art. 27 BV verletzt. Da es bereits an der gesetzlichen Grundlage fehlt, erübrigt sich die Prüfung der weiteren Voraussetzungen von Art. 36 BV. Auch eine allfällige Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 BV) bzw. des Gebots der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden muss nicht mehr im Einzelnen geprüft werden. Der Staatsrat hat die Verfügung vom 28. Juni 2011 aus diesem Grund zu Recht aufgehoben.

5. Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, die persönlichen Voraussetzungen (Art. 6 GBB) und die räumlichen Voraussetzungen (Art. 5 GBB) müssten kumulativ erfüllt sein

und vertritt den Standpunkt, neben der touristischen Zielsetzung seien weitere räumliche Voraussetzungen nicht erfüllt: Die Gäste würden neben Raclette auch weitere Speisen und Alkohol konsumieren, was erfahrungsgemäss zu erhöhten Lärm- und Geruchsemissionen führe und der Betrieb würde an der Bahnhofstrasse liegen, ein verstärkter Personenverkehr liege auf der Hand. Die mit dem Betrieb verbundenen Immissionen wie Aussenlärm, Geruchsemissionen, Menschenansammlungen und Beeinträchtigung des Fussgänger- und Verkehrsflusses würden auf Grund der Dauerhaftigkeit ein Ausmass annehmen, das für täglich geöffnete Betriebe nicht angehe. Ausserdem würden Art. 4 GBB und Art. 2 der Verordnung betreffend das Gesetz über die Beherbergung, die Bewirtung und den Kleinhandel mit alkoholischen Getränken vom 3. November 2004 (SGS/VS 935.300; fortan VBB) zwischen dauernden und gelegentlichen Angeboten differenzieren. Es liege in der Autonomie der kommunalen Bewilligungsbehörde, für dauerhafte Angebote strengere Anforderungen an die Voraussetzungen gemäss Art. 5 GBB zu stellen als für bloss gelegentliche Angebote anlässlich bestimmter Veranstaltungen. Dass die in Art. 5 GBB genannten und weitere Bestimmungen hier verstärkt beachtet würden, sei sachgerecht, diese Differenzierung gegenüber bloss gelegentlichen Angeboten oder Betrieben verstosse nicht gegen Art. 8 BV, da dauerhafte Betriebsstätten wesentlich stärkere Immissionen und Auswirkungen auf die Nachbarschaft, den Verkehr, das Ortsbild usw. zur Folge hätten. Auch das Verhältnismässigkeitsprinzip gebiete eine Differenzierung: Für Bewilligungen von kurzer Dauer könnten nicht dieselben Anforderungen verlangt werden wie für dauerhafte Bewilligungen.

Weiter sei der Bezug zu einem Hauptbetrieb für die Versorgung mit und Lagerung von Lebensmitteln sowie für das gesamte Erscheinungsbild relevant. Der Beschwerdegegner habe nicht nachgewiesen, dass er die Hygienevorschriften gemäss Art. 15 des Bundesgesetzes über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 9. Oktober 1992 (LMG; SR 817.0) einhalten könne. Diese Nachweise seien bei Glace- und Maroni-Ständen als reine Verkaufsflächen nicht erforderlich.

5.1 Der Beschwerdegegner widerspricht, er könne die Hygienevorschriften einhalten, da er die Infrastruktur des angrenzenden Coiffeur-Salons von B_____ nutzen dürfe. Die von der Gemeinde behaupteten Lärm- und Geruchsemissionen seien nicht nachvollziehbar. Wenn die Gemeinde Lärm durch Konsumenten befürchte, gehe sie ausserdem von einer grossen Nachfrage aus, was aus touristischer Sicht sogar für seinen Stand spreche. Der Stand befinde sich schliesslich nicht auf der Bahnhofstras-

se sondern auf einem privaten Grundstück und es könne keine Beeinträchtigung des Fussgänger- und Verkehrsflusses entstehen.

5.2 Die Verfügung vom 28. Juli 2011 erwähnt weder das Nichterfüllen von Art. 15 LMG oder andere Vorschriften betreffend die Hygiene, noch geht daraus hervor, dass die Bewilligung wegen zu erwartenden Emissionen oder Verkehrsbehinderungen verweigert worden wäre. Die Nichterteilung der Betriebsbewilligung wird gemäss Ziff. 3.4 der Verfügung einzig mit dem fehlenden Bezug zu einem Hauptbetrieb begründet.

5.3 In den Akten finden sich keine Hinweise darauf, dass die Beschwerdeführerin vor der Verweigerung der Betriebsbewilligung geprüft hätte, ob der Transport der Lebensmittel vom Restaurationsbetrieb des Beschwerdegegners zur Parzelle Nr. xxx1 bzw. die Lagerung der Lebensmittel vor Ort am geplanten Stand mit Art. 15 LMG vereinbar ist. Die Beschwerdeführerin äussert sich auch nicht dazu, weshalb die vom Beschwerdegegner erwähnte Infrastruktur des Coiffeur-Salons „A_____“ den hygienischen Anforderungen nicht genügen soll. Art. 5 GBB nennt im Übrigen neben „Räumlichkeiten“ explizit auch „Plätze“, welche den Anforderungen der Lebensmittelgesetzgebung entsprechen können und für welche eine Bewilligung erteilt werden kann. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der Beschwerdegegner grundsätzlich nicht in der Lage sein sollte, am vorgesehenen Raclette-Stand die Hygienevorschriften des LMG einzuhalten. Zudem hat der Beschwerdegegner am 10. August 2014 eine Tagesbewilligung für den Betrieb des Raclette-Standes erhalten was darauf schliessen lässt, dass keine Bedenken bezüglich der Vorschriften zur Lebensmittelhygiene gemäss Art. 15 LMG bestanden, letztere eingehalten werden konnten und der Beschwerdegegner auch in Zukunft dazu in der Lage sein würde.

5.4 Fest steht, dass gegen das Gesuch des Beschwerdegegners keine Einsprachen von Nachbarn eingegangen sind. Die Beschwerdeführerin bestreitet ausserdem nicht, dass der Raclette-Stand auf der in privatem Eigentum stehenden Parzelle Nr. xxx1 aufgestellt werden soll (S. 7 Ziff. 1 der Beschwerdeschrift), der Beschwerdegegner hat keine Sondernutzungskonzession für die Nutzung von öffentlichem Boden beantragt. Gemäss der nicht datierten Skizze des geplanten Betriebs (Beleg 5 der Beschwerdeführerin) sollen auf der Terrasse vor dem Gebäude neben dem Verkaufstisch auch zwei Stehtische aufgestellt werden, die sich jedoch ebenfalls auf dem privaten Grundstück befinden würden. Die Fläche zwischen dem Verkaufstisch und der Strasse soll gemäss Skizze 7.5 x 3.5 m messen und würde genügend Platz für wartende und konsumierende Kunden bieten. Es ist aufgrund der vorhandenen Akten nicht ersichtlich,

inwiefern der Verkehr auf der Bahnhofstrasse durch den gewünschten Betrieb gestört werden sollte.

5.5 Wenn die Beschwerdeführerin Lärm- und Geruchsemissionen sowie Verkehrsbeeinträchtigungen befürchtet, ist ihr entgegenzuhalten, dass sich auch hier keine Hinweise in den Akten finden, dass diese Fragen vor dem Erlass der negativen Verfügung geprüft worden wären. Es ist deshalb der Einschätzung des Staatsrats beizupflichten, dass den Akten nicht eindeutig entnommen werden kann, ob die Voraussetzungen diesbezüglich erfüllt sind: Es ist z.B. nicht klar, welche Art von Ofen am Raclette-Stand zum Schmelzen von Käse zur Anwendung kommen soll und ob dieser tatsächlich gleich starke Emissionen wie ein Wurstgrill verursachen würde. Aus den Akten geht auch nicht hervor, welche Lärmempfindlichkeitsstufe für die betroffene Parzelle Nr. xxx1 und die Nachbarparzellen gilt, oder ob allenfalls eine Lärmprognose erstellt worden ist. Dazu kommt, dass die Beschwerdeführerin selbst bei begründeter Befürchtung von zu hohen Emissionen im Hinblick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip vor der Verweigerung der Bewilligung zuerst hätte prüfen müssen, ob allenfalls Auflagen zur Beschränkung von Emissionen als milderer Mittel möglich wären. Zu denken wäre z.B. an die Einschränkung der Betriebszeiten zur Verminderung von Lärm oder allenfalls an eine Abzugsvorrichtung, wie die von den Parteien erwähnte bei der Metzgerei, zur Verminderung von Gerüchen.

6. Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, Art. 71 BZR müsse berücksichtigt werden: Die Bestimmung enthalte eine negative ästhetische Generalklausel, welche überdies darauf hinweise, dass Bauten und Anlagen die Verkehrssicherheit nicht beeinträchtigen dürfen. Die vom Gesuchsteller vorgesehene „Stand-Alone-Verkaufsstelle“ habe weder einen unmittelbaren Bezug zum Betrieb noch befinde sie sich in einem regulären Gebäude im Sinne der Gastwirtschaftsgesetzgebung und sei nicht mit der Wahrung des Ortsbildes (Art. 71 BZR) in Einklang zu bringen.

6.1 Art. 71 BZR besagt, dass Bauten, Anlagen, Reklamen und Bemalungen Landschaften, Orts- und Strassenbilder wie auch die Verkehrssicherheit nicht beeinträchtigen dürfen und zur Verhinderung einer störenden Baugestaltung wie störende Farb- oder Materialwahl, ortsfremde Bau- und Dachform u.a. im Baubewilligungsverfahren Bedingungen und Auflagen verfügt, Projektänderungen verlangt oder die Bewilligung verweigert werden können.

6.2 Abgesehen davon, dass die Verfügung vom 28. Juli 2011 weder Gründe des Ortsbildschutzes anführt noch Art. 71 BZR erwähnt, ist vorliegend die Nichterteilung einer

Betriebsbewilligung strittig und nicht eine Baubewilligung. Der Beschwerdegegner beabsichtigt, auf der Terrasse eines privaten Grundstücks drei Tische aufzustellen, was gemäss dem Katalog der bewilligungspflichtigen Bauvorhaben in Art. 19 der Bauverordnung vom 2. Oktober 1996 (BauV; SGS/VS 705.100) keiner Baubewilligung bedarf. Es handelt sich weder um eine Baute oder Anlage noch um Reklamen oder Bemalungen. Die Beschwerdeführerin kann aus Art. 71 BZR nichts zu ihren Gunsten ableiten.

7. Nach dem Gesagten kommt das Kantonsgericht zum Schluss, dass der Staatsrat die am 28. Juli 2011 verfügte Verweigerung der Betriebsbewilligung zu Recht aufgehoben hat. Der Staatsrat hat die Sache an die Gemeinde zurückgewiesen, was ebenfalls nicht zu beanstanden ist: Die Voraussetzungen gemäss Art. 5 GBB sind von der Beschwerdeführerin nicht abgeklärt worden und den vorhandenen Akten kann nicht eindeutig entnommen werden, ob diese erfüllt sind. Die Beschwerdeführerin hat den Sachverhalt zu ergänzen und die Angelegenheit im Sinne der Erwägungen des Staatsrats und des Kantonsgerichts erneut zu beurteilen. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist demnach abzuweisen.

8. Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei mit den entsprechenden Folgen für die Tragung der Kosten und für die Zusprechung einer Parteientschädigung.

8.1 Im Beschwerdeverfahren hat in der Regel die unterliegende Partei die Kosten zu tragen (Art. 89 Abs. 1 VVRG). Den Behörden des Bundes, des Kantons und der Gemeinden, die in ihrem amtlichen Wirkungskreis und ohne dass es sich um ihre Vermögensinteressen handelt, als Partei oder Vorinstanzen in einem Verfahren auftreten, werden in der Regel keine Kosten auferlegt (Art. 89 Abs. 4 VVRG). Es besteht vorliegend kein Grund, von dieser Regel abzuweichen, weshalb keine Gerichtsgebühr erhoben wird.

8.2 Die Beschwerdeführerin hat als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 91 Abs. 1 VVRG e contrario). Abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmen gewährt die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei auf Begehren die Rückerstattung der notwendigen Kosten, die ihr entstanden sind (Art. 91 Abs. 1 VVRG). Die Entschädigung wird im Dispositiv beziffert und der Staats- oder Gemeindekasse auferlegt, soweit sie aus Billigkeitsgründen nicht der unterliegenden Partei auferlegt werden kann (Art. 91 Abs. 2 VVRG). Diese ist global festzusetzen und umfasst die Entschädigung an die berechnete Partei sowie ihre Anwaltskosten (Art. 4 des Gesetzes betreffend den Tarif der Kosten und Entschädigungen vor

Gerichts- oder Verwaltungsbehörden vom 11. Februar 2009 [GTar; SGS/VS 173.8]), die in Anwendung der Art. 27 ff. GTar festzusetzen sind und im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren zwischen Fr. 1 100.-- und Fr. 11 000.-- betragen (Art. 39 GTar). Aufgrund des Umfangs, des geschätzten Aufwands, der Bedeutung und der Schwierigkeit des Falles wird die dem anwaltlich vertretenen Beschwerdegegner für das Verfahren vor dem Kantonsgericht zuzusprechende Parteientschädigung vorliegend auf Fr. 1 800.-- festgesetzt und der Beschwerdeführerin auferlegt.

Demnach erkennt das Kantonsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Dem Beschwerdegegner wird zu Lasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1 800.-- zugesprochen.
4. Das Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Staatsrat des Kantons Wallis und dem Beschwerdegegner schriftlich mitgeteilt.

Sitten, 6. Februar 2015