

vollstreckungsverfahrens, da der Gläubiger, um die Betreibung fortsetzen zu können, genötigt ist, Bestand und Umfang seines Anspruchs im Wege des ordentlichen Forderungsprozesses (Art. 79 SchKG) feststellen zu lassen. Eine Verlängerung des Verfahrens hat aber ein Zwischenentscheid stets zur Folge, wenn er auf der Beantwortung einer Frage beruht, die, anders gelöst, das Verfahren beenden oder abkürzen würde. Soweit hierin ein bleibender Nachteil liegt, ist es ein bloss tatsächlicher, nicht ein rechtlicher Nachteil, wie ihn Art. 87 OG im Auge hat und die Rechtsprechung stets verlangt hat (BGE 63 I 76, 314; 64 I 98, 68 I 168, 77 I 226; BIRCHMEIER, Handbuch des OG S. 356). Die durch die Einschaltung des ordentlichen Prozesses bedingte Verlängerung des Betreibungsverfahrens stellt somit keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 87 OG dar. Ein solcher Nachteil liegt sodann auch nicht darin, dass der Gläubiger sich in diesem Prozess nicht mit der Vorlegung des Rechtsöffnungstitels begnügen kann, sondern Bestand und Umfang seines Anspruchs zu beweisen hat. Die Erteilung der provisorischen Rechtsöffnung bietet dem Gläubiger übrigens keinen Schutz vor diesen mit der Durchführung des ordentlichen Prozesses verbundenen Nachteilen, da dem Schuldner ja die Aberkennungsklage offen steht, deren einzige Besonderheit gegenüber der Forderungsklage nach Art. 79 SchKG — von der Frage des Gerichtsstandes abgesehen — in der Vertauschung der Parteirollen besteht (BGE 68 III 87, 71 III 92/3). Dagegen wird dem Gläubiger mit der Verweigerung der provisorischen Rechtsöffnung die ihm im Falle der Bewilligung nach Art. 83 Abs. 1 SchKG zustehende Befugnis genommen, provisorische Pfändung zu verlangen oder, sofern der Schuldner der Konkursbetreibung unterliegt, die Aufnahme eines Güterverzeichnisses zu beantragen, um zu verhindern, dass der Schuldner sich während des Aberkennungsprozesses seiner Aktiven entäussert oder diese von andern, ihm dann vorgehenden Gläubigern gepfändet und verwertet werden. Ob der Ver-

lust dieser Sicherungsmittel einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 87 OG darstellt, ist fraglich, weil danach nur Nachteile zu berücksichtigen sind, die der Zwischenentscheid unmittelbar und mit einiger Sicherheit zur Folge hat, nicht dagegen solche, die später einmal möglicherweise eintreten können (BGE 79 I 47). Diese Frage kann indessen offen bleiben, da im vorliegenden Falle nicht geltend gemacht wird, dass die Verweigerung der provisorischen Rechtsöffnung in dieser Beziehung nachteilig sei für den Beschwerdeführer, denn er hat weder behauptet, er hätte im Falle der Erteilung der Rechtsöffnung von jenen Sicherungsmitteln Gebrauch gemacht, noch darzutun versucht, es bestehe Gefahr, dass die Aktiven des Schuldners von diesem beiseite geschafft oder von andern Gläubigern gepfändet würden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

28. Urteil vom 20. Mai 1953 i. S. Wirtverein von Basel-Stadt und Konsorten gegen Basel-Stadt, Appellationsgericht und Polizeidepartement.

Staatsrechtliche Beschwerde : Legitimation der Gewerbetreibenden zu Beschwerden gegen Bewilligungen zur Eröffnung oder Verlegung von Alkoholkirtschaften (Praxisänderung).

Recours de droit public : Les concurrents ont qualité pour former un recours de droit public contre des autorisations d'ouvrir ou de transférer des débits de boissons alcooliques (changement de jurisprudence).

Ricorso di diritto pubblico : I concorrenti hanno veste per interporre un ricorso di diritto pubblico contro autorizzazioni di aprire o trasferire spacci di bevande alcoliche (cambiamento di giurisprudenza).

A. — Das Wirtschaftsgesetz von Basel-Stadt (WG), vom 6. Juli 1950, bestimmt :

§ 35. 1) Die in § 7, Ziffern 1-5, aufgeführten Patente werden nur erteilt, wenn der Betrieb unter Berücksichtigung der Zahl und

der Verteilung gleichartiger Betriebe einem Bedürfnis im Sinne der Artikel 31^{ter} und 32^{quater} der Bundesverfassung entspricht.
2)

B. — Am 1. August 1951 ersuchte die PAX, Schweiz. Lebensversicherungsgesellschaft in Basel, das Polizeidepartement des Kantons Basel-Stadt um Bewilligung zur Übertragung des Patentbesitzes der eingegangenen alkoholführenden Wirtschaft Sternwarte, Mittlerestrasse 11 in Basel, auf das bisher alkoholfrei betriebene Restaurant « Gryfenegg » an der Greifengasse 18. Gegen dieses Gesuch erhoben der kantonale Wirtverein Basel-Stadt und mehrere Wirte Einspruch. Es wurde vom Polizeidepartement am 13. September 1951 zunächst abgewiesen, weil kein Bedürfnis für eine weitere Alkoholvirtschaft in der fraglichen Gegend bestehe. Nach einer vom Regierungsrat als Rekursinstanz veranlassten nochmaligen Prüfung der Angelegenheit stimmte dann das Polizeidepartement am 6. November 1951 der Patentübertragung zu mit der Auflage, dass der Alkoholausschank auf die Zeit von 11-15 Uhr und von 17-21 Uhr zu beschränken sei.

Gegen diese Verfügung rekurrten der kantonale Wirtverein Basel-Stadt und 4 Wirte an den Regierungsrat und an das Appellationsgericht. Dieses entschied am 12. Dezember 1952, dass auf den Rekurs des Wirtvereins wegen fehlender Aktivlegitimation nicht eingetreten und die Rekurse der 4 Wirte abgewiesen werden. Zur Begründung dieses Entscheides wird ausgeführt :

a) Nach § 13 VRPG sei zum Verwaltungsrekurs berechtigt, wer von der angefochtenen Verfügung persönlich betroffen sei, d. h. wer Interessen besitze, deren Schutz Zweck und nicht bloss Reflexwirkung der Gesetzesbestimmung sei, auf die sich die angefochtene Verfügung gründet. Die Aktivlegitimation der Rekurrenten sei daher, soweit sie Wirte sind, gegeben, sofern mit der Bedürfnisklausel für Alkoholvirtschaften, deren Verletzung gerügt wird, neben der Bekämpfung des Alkoholismus auch der Schutz der Gewerbetreibenden vor übermässiger Konkurrenz

nicht nur als Reflexwirkung erreicht, sondern eigentlich bezweckt werde. Selbst in diesem Falle könne dagegen dem kantonalen Wirtverein kein Rekursrecht zuerkannt werden, da er keine Wirtschaft betreibe und daher durch die angefochtene Verfügung nicht persönlich, sondern höchstens mittelbar betroffen sei.

Dagegen sei die Aktivlegitimation der rekurrierenden Wirte zu bejahen. § 35 WG, der die Bedürfnisklausel u. a. gestützt auf Art. 31^{ter} BV aufstelle, sei eine gewerbepolitische Bestimmung ; er bezwecke den Schutz der Gewerbetreibenden vor unmittelbarer Konkurrenz. Diese seien daher zur Rüge einer Verletzung der Bedürfnisklausel legitimiert. Art. 31^{ter} BV beziehe sich — entgegen BGE 74 I 379 ff — nicht nur auf alkoholfreie Wirtschaften, sondern auf das Gastwirtschaftsgewerbe überhaupt, so dass unter die auf Grund dieser Bestimmung aufgestellte Bedürfnisklausel auch die — zahlenmässig weit überwiegenden — Alkoholvirtschaften fallen.

b) In der Sache selbst folge aus den gemachten Feststellungen, dass die Bewilligung zur Patentübertragung nur bei Bejahung der Bedürfnisfrage habe erteilt werden dürfen. Dabei sei aber entgegen der Auffassung der Rekurrenten nicht einfach das Bedürfnis nach einer weiteren Alkoholvirtschaft im Zentrum von Kleinbasel abzuklären gewesen. Wenn gemäss Art. 31^{ter} BV und § 35 WG bei der Prüfung des Bedürfnisses von der Zahl « gleichartiger » Betriebe auszugehen sei, so werde damit nicht nur die Unterscheidung zwischen alkoholfreien und alkoholführenden Wirtschaften verlangt, sondern es sei auch den innerhalb dieser beiden Hauptgruppen bestehenden wesentlichen Verschiedenheiten durch eine weitere Unterteilung Rechnung zu tragen. Der von der PAX geplante Betrieb weise nun verschiedene Eigenheiten auf, die ihn von den umliegenden Alkoholvirtschaften wesentlich unterscheiden (Barbuffet mit reichlicher Auswahl sofort verfügbarer Speisen verschiedener Preisklasse, dominierende Stellung der alkoholfreien Getränke, zeitlich beschränkter Alkohol-

ausschank). Bei der Beurteilung der Frage, ob für einen Betrieb dieser Art am vorgesehenen Orte ein Bedürfnis bestehe, handle es sich um einen Ermessensentscheid, der gemäss § 8 VRPG nur auf Willkür hin zu überprüfen sei. Willkürlich sei indessen die Bejahung der Bedürfnisfrage im vorliegenden Falle sicher nicht. Da der Begriff des Bedürfnisses, der an die Stelle der gesetzlichen Gewerbe-freiheit trete, ohnehin einer weiten Auslegung rufe, lasse sich im vorliegenden Falle zwanglos die Auffassung vertreten, es bestehe selbst in dem von Wirtschaften anderer Art überbesetzten Zentrum von Kleinbasel im Hinblick auf die heutigen Lebensgewohnheiten ein Bedürfnis nach einer modernen Speisebar, die eine möglichst reichhaltige, sichtbare Auswahl von Speisen und Getränken anbietet und während der Essenszeit auf Wunsch auch Alkohol ausschenkt.

C. — Gegen diesen Entscheid des Appellationsgerichtes erheben der kantonale Wirteverein Basel-Stadt und die 4 Wirte rechtzeitig und formrichtig staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht. Sie beantragen, die Entscheide des Appellationsgerichtes vom 12. Dezember 1952 und des Polizeidepartementes Basel-Stadt vom 29. November 1951 aufzuheben, weil dieselben Art. 31^{ter} und Art. 4 BV sowie § 35 WG verletzen.

D. — Polizeidepartement und PAX beantragen, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell, sie unter Kostenfolge abzuweisen.

Das Bundesgericht ist auf die Beschwerde eingetreten und hat sie abgewiesen

in Erwägung :

1. — Ob die Beschwerdeführer zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert seien, ist ausschliesslich nach den Vorschriften des OG zu prüfen und unabhängig davon, welche Parteistellung ihnen im kantonalen Verfahren zukam und ob sie dort legitimiert waren (BIRCHMEIER

zu Art. 88 OG S. 358 und dort zitierte Entscheide ; BGE 74 I 379).

a) Nach Art. 88 OG steht das Recht zur Führung der staatsrechtlichen Beschwerde Bürgern, Privaten und Korporationen bezüglich solcher Rechtsverletzungen zu, die sie durch allgemein verbindliche Erlasse oder Verfügungen erlitten haben. Danach ist Voraussetzung der staatsrechtlichen Beschwerde eine Rechtsverletzung, die der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung erleidet, also ein Eingriff in seine persönlichen, rechtlich geschützten Interessen. Zur Wahrung öffentlicher Interessen dagegen ist die staatsrechtliche Beschwerde so wenig gegeben wie zur Verfolgung bloss tatsächlicher Interessen (BGE 72 I 98, 182 ; 74 I 379).

b) Die Beschwerdeführer berufen sich auf Art. 31^{ter} und Art. 4 BV. Indessen dient Art. 31^{ter} BV nicht dem Schutze individueller Rechte. Er räumt überhaupt keine Rechte gegen die Staatsgewalt ein, sondern er ermächtigt die kantonale Staatsgewalt, die den Privaten in Art. 31 BV gewährleistete Handels- und Gewerbe-freiheit unter bestimmten Voraussetzungen einzuschränken. Der Kanton hat dabei den Weg der Gesetzgebung zu beschreiten. Wenn ein Kanton von dieser Ermächtigung Gebrauch macht und dabei Interessen Privater schützt, so ist es ein Schutz kantonalen Rechts. Unter dem Gesichtspunkte einer mit staatsrechtlicher Beschwerde anfechtbaren Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger (Art. 84, Abs. 1 lit. a OG) kommt dabei — wenn sich die Anfechtung, wie hier, nicht gegen die kantonale Ordnung selbst richtet —, lediglich ein Verstoß gegen Art. 4 BV in Frage. Die Legitimation zur Geltendmachung eines derartigen Verstoßes bestimmt sich danach, ob sich der Beschwerdeführer auf persönliche Interessen berufen kann, denen die kantonale Ordnung rechtlichen, nicht lediglich tatsächlichen Schutz gewährt.

Das Appellationsgericht hat angenommen, § 35 WG, der die Erteilung von Wirtschaftspatenten nur gestattet,

wenn der Betrieb einem Bedürfnis im Sinne der Art. 31^{ter} und 32^{quater} BV entspricht, gewähre den Inhabern von Wirtschaftsgewerben auch rechtlichen Schutz ihres Interesses an der Beschränkung der Zahl von Konkurrenzbetrieben. Das Bundesgericht hat schon deshalb keinen Anlass, der Frage nach der Legitimation eine andere Auslegung zu Grunde zu legen, weil es sich in Fragen kantonalen Rechts nicht ohne Not von Auslegungen entfernt, zu denen die kantonalen Behörden gelangen. Es erachtet die Auslegung des Appellationsgerichtes aber auch als die zutreffende Lösung. Sie beruht auf der Auffassung, dass § 35 WG, der gleichzeitig auf Art. 31^{ter} und Art. 32^{quater} BV Bezug nimmt, gewerbepolizeilichen und gewerbepolitischen Charakter aufweise, und dass er, soweit letzteres der Fall sei, den Gewerbetreibenden rechtlichen Schutz gewähre. Das Gericht stimmt — nach neuer Prüfung der Frage — auch der Auffassung zu, dass sich, entgegen BGE 74 I 379 ff., die Bedeutung von Art. 31^{ter} BV nicht in der Wirkung erschöpft, die Einführung von Bedürfnisklausel auch für alkoholfreie Wirtschaften zu ermöglichen, sondern dass Art. 31^{ter} das gesamte Wirtschaftsgewerbe umfasst. Wenn auch mit der Einführung dieser Bestimmung in das Verfassungsrecht zunächst ermöglicht werden sollte, auch alkoholfreie Wirtschaften einer Bedürfnisklausel zu unterstellen, (vgl. Sten. Bull. 1939 NR. S. 533 f., Voten der Berichterstatter Nietlisbach und Rais), so ist die Bestimmung ihrem Wortlaute nach doch keine Sondervorschrift für diesen Zweig des Wirtschaftsgewerbes, sondern sie betrifft das Wirtschaftsgewerbe als solches. Dies ist heute die herrschende Auffassung in der Literatur (FLEINER/GIACOMETTI, Schweiz. Bundesstaatsrecht 1949, S. 298 f; GIACOMETTI, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln der BV in « Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht », S. 185; SCHÜRMAN, Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der BV in Zentralblatt f. Staats- und Gemeindeverwaltung, Bd. 49 S. 65 f; NEF,

Handels- und Gewerbefreiheit, Schweiz. juristische Kartothek Nr. 621, S. 3 f; MARTI, Handels- und Gewerbefreiheit S. 187; LEUCH, Der Bedürfnisnachweis im Wirtschaftsgewerbe nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Berner Diss. 1950, S. 42 und 54). Die abweichende Meinung, die das Gewicht auf den unmittelbaren Anlass der Verfassungsrevision legen möchte (STEINER, Die Bedürfnisklausel für das Gastwirtschaftsgewerbe in Schweiz. Juristenzeitung 42 S. 81 ff und in Festgabe für Nawiasky S. 58 ff.), ist überholt. Hat demnach die in § 35 WG eingeführte Bedürfnisklausel auch gewerbepolitischen Charakter, so sind die Gewerbetreibenden zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert. Dass es unter dieser Voraussetzung so sei, wurde übrigens schon in BGE 74 I 383 festgestellt.

Die Beschwerde ist daher zur Behandlung entgegenzunehmen, soweit sie von den 4 Wirten erhoben wird, die sich durch die Erteilung des Wirtschaftspatentes für den « Gryfenegg » in ihren ökonomischen Interessen verletzt fühlen. Ob der Wirteverein die Voraussetzungen erfüllt, unter denen die Praxis die Legitimation von Berufsverbänden anerkennt (vgl. BIRCHMEIER, Bundesrechtspflege S. 360 f.), kann dahingestellt bleiben.

2. — Materiell ist die Beschwerde unbegründet. Das Appellationsgericht hat dargelegt, dass und warum in der Erteilung des Wirtschaftspatentes für den « Gryfenegg » unmöglich Willkür liegen kann. Die Beschwerdeführer bringen nichts vor, was die sorgfältig erwogenen und überzeugenden Darlegungen im angefochtenen Urteil irgendetwie zu entkräften vermöchte. Von Willkür kann schlechterdings keine Rede sein.