

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.184 vom 4. Februar 2014**

BS Appellationsgericht, 2014-02-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2013.184](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2013.184)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.184 du 4 février 2014

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2013.184 del 4 febbraio 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Rekurse ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements sowie den §§ 10 ff. VRPG und § 42 OG.

1.2 Gegenstand der Rekurse sind gebührenpflichtige Verwarnungen. Allein schon durch die Gebührenaufgabe sind die Rekurrierenden berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, weshalb auf die rechtzeitig erhobenen und begründeten Rekurse einzutreten ist (vgl. VGE VD.2012.170 vom 7. Februar 2013, VD.2011.61 vom 12. März 2012, je E. 1.2).

1.3 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften von § 8 VRPG und umfasst die Prüfung, ob die Verwaltung das massgebliche öffentliche Recht, vorliegend namentlich das PaRG und das GGG, nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt oder ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat. Über die Angemessenheit der Verfügung ist dagegen nicht zu entscheiden. Im Rekursverfahren vor Verwaltungsgericht gilt das Rügeprinzip. Das Verwaltungsgericht prüft einen angefochtenen Entscheid nicht von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten, sondern untersucht nur die rechtzeitig vorgebrachten konkreten Beanstandungen (Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, BJM 2005 305; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, S. 504).

1.4 Die Begründung der vorliegenden Rekurse ist identisch mit jenen der vom Verwaltungsgericht am 20. März und 9. Juli 2013 beurteilten Rekurse anderer durch Advokat [...] vertretener Wirtemitglieder des Vereins ■Fümoar■ gegen kostenpflichtige Verwarnungen wegen Verstosses gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Passivrauchen (VGE VD.2013.17, VD.2012.183, VD.2013.107, VD.2013.108 und VD.2013.115). Es rechtfertigt sich daher, im Folgenden die Erwägungen aus jenen Entscheiden, an welchen das Verwaltungsgericht vollumfänglich festhält, mit den notwendigen Anpassungen ebenfalls praktisch integral zu übernehmen. Dies gilt umso mehr, als dass das Bundesgericht mittlerweile mit seinem Urteil 2C\_912/2012 vom 7. Juli 2013 die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts zum Rauchverbot gemäss § 34 GGG vollumfänglich gestützt hat. Auf diesen Entscheid gilt es in Ergänzung zu der nachfolgend zu übernehmenden Begründung aus den genannten Entscheiden des Verwaltungsgerichts an geeigneter Stelle jeweils hinzuweisen.

### **E. 2**

2.1 Gemäss Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 PaRG ist das Rauchen in geschlossenen Räumen, die öffentlich zugänglich sind oder mehreren Personen als Arbeitsplatz dienen, verboten. Als öffentlich zugängliche Räume gelten gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. h PaRG insbesondere auch Restaurations- und Hotelbetriebe. Gemäss Art. 3 PaRG können Restaurationsbetriebe auf Gesuch hin als Raucherlokale bewilligt werden, wenn der Betrieb eine dem Publikum zugängliche Gesamtfläche von höchstens 80 m<sup>2</sup> hat, gut belüftet und nach aussen leicht erkennbar als Raucherlokal bezeichnet ist und nur Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt, die einer Tätigkeit im Raucherlokal im Arbeitsvertrag zugestimmt haben.

Das Rauchverbot gemäss der kantonalrechtlichen Regelung in § 34 GGG geht gestützt auf die explizite Ermächtigung zum Erlass weitergehender kantonalen Regelungen in Art.

#### **E. 4**

4.1 Wie das Verwaltungsgericht schon in den bereits zitierten Urteilen vom 25. Juni 2012 (je E. 4.4) und vom 7. Februar 2013 und 20. März 2013 (je E. 4.1) ■ und das Bundesgericht im Urteil 2C\_912/2012 vom 7. Juli 2013 (E. 4.1 und 4.2) ■ festgehalten hat, kann aufgrund der dargestellten gesetzlichen Regelung entgegen der Auffassung der Rekurrierenden auch nicht gesagt werden, dass mit dem System der ■Fümoar■-Lokale der Passivraucherschutz gemäss PaRG und § 34 GGG ■in anderer Weise■ als durch das Rauchverbot erfüllt werde. Diese Argumentation fusst darauf, dass durch die deutliche Kennzeichnung der ■Fümoar■-Lokale, den Mitgliedschaftszwang, das Zutrittsverbot für Nichtmitglieder und die vereinsinterne Kontrolle der Einhaltung der entsprechenden Regeln gewährleistet werde, dass niemand unfreiwillig dem Passivrauch ausgesetzt sei. Die Rekurrierenden übersehen dabei, dass verwaltungsrechtliche Regelungen zwingend sind. Sie können nicht durch eine Erklärung der Betroffenen, auf gesetzlichen Schutz verzichten zu wollen, für diese ausser Kraft gesetzt werden (Portmann/Ribbe, a.a.O., 656). Der gesetzliche Zweck des Schutzes vor Passivrauchen gemäss dem PaRG und § 34 GGG zielt nicht allein auf die Gewährleistung, dass niemand unfreiwillig dem Passivrauchen ausgesetzt wird. Bereits vor dem Erlass des PaRG und der kantonalen Passivraucherschutzregelung war niemand gezwungen, Restaurants zu besuchen, in denen geraucht werden durfte. Dies war denn auch die zentrale Argumentationslinie der Gegner einer Gesetzgebung zum Schutz vor Passivrauchen. Der Gesetzgeber wollte indessen die Gelegenheiten, bei denen Menschen in der Öffentlichkeit beim Besuch einer Gastwirtschaft Rauchimmissionen ausgesetzt werden, auf unbediente Fumoirs nach dem Basler Modell resp. auf Fumoirs und kleinere Raucherlokale gemäss PaRG begrenzen. § 34 GGG und das PaRG wollen nicht nur Nichtraucher, sondern alle Menschen und somit auch Raucher vor den Gefahren des Passivrauchens schützen (BGer 6B\_75/2012 vom 26. Oktober 2012 E. 3.3). Wie das Bundesgericht ausdrücklich festgestellt hat, ist die ■Einwilligung des Einzelnen in die Gefährdung der Gesundheit durch Passivrauchen ( ) rechtlich unerheblich und schliesst eine Bestrafung nicht aus■. Der Schutz der Gesundheit als Zweck des Gesetzes steht nicht zur Disposition des Einzelnen. Deshalb ist das Rauchen im Rahmen des PaRG (sowie von § 34 GGG) auch dann strafbar, wenn die übrigen Anwesenden dem Rauchen zustimmen oder gar selber rauchen (BGer 6B\_75/2012 vom 26. Oktober 2012 E. 3.6). Die Regelung bezweckt daher, wie das Bundesgericht in seiner neusten Entscheid erkannte hat, ■über den engen Wortlaut des ■Schutzes vor dem Passivrauchen■ hinaus ( ) ein grundsätzliches Rauchverbot in öffentlich zugänglichen Räumen■ (BGer 2C\_912/2012 vom 7. Juli 2013 E. 3.4.4).

4.2 Die Rekurrierenden irren daher, wenn sie geltend machen, das Rauchverbot sei weniger zwingend als eine Stoppsstrasse, ein Rotlicht oder eine Geschwindigkeitsbeschränkung, da Personen, die sich freiwillig dem ■Passivrauch■ anderer aussetzen, davor nicht geschützt werden müssten. Ihre Ansicht, dass es ■ ■im Unterschied zur Gurtentrapflicht im Auto, durch die jeder Insasse unter Strafandrohung verpflichtet wird, sich selbst vor Kollisionsschäden zu schützen■ ■ nicht Ziel und Zweck der Passivrauchschutzbestimmungen sei, die Nichtraucher gegen ihren Willen vor dem Passivrauchen zu schützen, sondern dass eine solche Interpretation ■klarerweise der Grundlage der Passivraucherschutzgesetzgebung widersprechen■ würde (Rekursbegründung S. 7), ist aufgrund der oben dargelegten Teleologie der Bestimmungen offensichtlich falsch. Vielmehr war gerade ein solcher umfassender Schutz vor gesundheitsschädigendem Passivrauchen die Intention des Gesetzgebers. Damit sollte auch dem Sozialdruck für Nichtraucher bei der Lokalwahl in einer Gruppe mit Raucherinnen und Rauchern begegnet werden. Genau diesen Zweck möchte das Vereinsmodell hintertreiben, worauf zurückzukommen sein wird.

4.3 Unerheblich ist, dass das Schweizer und auch Basler Stimmvolk im Herbst 2012 eine Initiative der Lungenliga, welche eine weitere Verschärfung des im Bund geltenden Rechts anstrebte, abgelehnt hat, hat sich doch dadurch an der geltenden Rechtslage im Kanton nichts geändert. Wenn die Rekurrierenden ausführen lassen, dass das Bau- und Verkehrsdepartement ■vollständig gegen einen grossen Teil der Bevölkerung■ politisiere, ■der sich nicht nur gegen die Bevormundung Erwachsener und gegen die sinnlose Verbotskultur in diesem angeblich freiheitsliebenden und liberalen Staat zur Wehr■ setze (Rekursbegründung S. 7), sind sie daran zu erinnern, dass das Bau- und Verkehrsdepartement mit dem angefochtenen Entscheid bloss den in zwei kantonalen Volksabstimmungen bestätigten Willen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers durchsetzt. An dieser allein massgebenden Tatsache kann auch die Zahl der Wirte- und Gästemitglieder des Vereins ■Fümoar■ nichts ändern.

4.4 Für die Beurteilung des Rekurses irrelevant sind vor dem Hintergrund des zwingenden Charakters der genannten Bestimmungen auch die Kontrollmechanismen, die der Verein ■Fümoar■ zur Gewährleistung der ausschliesslichen Bedienung von Gästemitgliedern in den angeschlossenen Betrieben aufgezogen hat. Auf die entsprechenden Ausführungen der Rekurrierenden (Rekursbegründung S. 8) braucht daher nicht eingegangen zu werden.

## **E. 5**

5.1 Schliesslich ist wie bereits in den erwähnten Entscheiden des Verwaltungsgerichts vom 25. Juni 2012 (je E. 5.7), vom 7. Februar 2013 und vom 20. März 2013 (je E. 5.1) mit der Vorinstanz (angefochtene Entscheid S. 5) festzustellen, dass die Gründung des Vereins ■Fümoar■ zur Ermöglichung des Rauchens in Restaurationsbetrieben ohne Einrichtung von abgetrennten und unbedienten Fumoirs eine Gesetzesumgehung darstellt. Eine Gesetzesumgehung liegt dann vor, wenn mit einer Vorgehensweise zwar dem Wortlaut einer Verbotsnorm Beachtung geschenkt, aber ihr Sinn missachtet wird (Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Nr. 26 B VII, mit Hinweis auf BGE 114 Ib 15). Im vorliegenden Fall ergibt sich die beabsichtigte Gesetzesumgehung bereits aus dem statutarischen Zweck des Vereins, der auf die ■Milderung der wirtschaftlichen Folgen des Rauchverbots in nicht eigens abgetrennten, bedienten und nicht mit eigener Lüftung versehenen Innenräumen von Gastgewerbebetrieben■ und die ■Ermöglichung des Betriebes von Gastwirtschaften ( )

ohne Verpflichtung zur kostspieligen, nicht zumutbaren Einrichtung eines ■Fumoirs■■ abzielt. Der Verein hat damit den einzigen Zweck, das gesetzlich geregelte Rauchverbot für seine Mitglieder ausser Kraft zu setzen (so auch Portmann/Ribbe, a.a.O., 655 f.). Ein darüber hinaus gehendes Vereinsleben besteht nicht. Die Qualifikation des Vereinssystems als Gesetzesumgehung wird bestärkt durch die oben dargestellte Art des Erwerbs der Mitgliedschaft, die spontan in dem Moment erfolgt, in dem eine Person sich zum Besuch einer Gaststätte entschliesst, welche dem Verein ■Fümoar■ angeschlossen ist. Wie erwähnt sind die Gästemitglieder im Verein weder stimm- noch wahlberechtigt. Der von ihnen für den Erwerb der Mitgliederkarte bezahlte Mitgliederbeitrag wird vom Verein an die jeweils einkassierenden Wirtemitglieder abgetreten. Er erhöht damit deren Einnahmen, ohne dass das Gästemitglied mit seinem Vereinsbeitrag ansonsten zu einem ideellen Vereinszweck beitragen würde.

5.2 Im Ergebnis qualifiziert sich der Verein ■Fümoar■ damit als Zusammenschluss von Wirten, die dem Publikum gegen die Entrichtung eines bestimmten Entgelts während einer bestimmten Zeit das Rauchen in ihren Lokalen ermöglichen wollen, ohne dafür eigens abgetrennte, unbediente und mit einer eigenen Lüftung versehene Räume zur Verfügung zu stellen, obwohl dies gesetzlich verboten ist. Das Mittel der Vereinsgründung diene somit nicht der gemeinsamen Verfolgung eines ideellen Zwecks aller Mitglieder, sondern ausschliesslich der Gesetzesumgehung, indem eine fehlende Öffentlichkeit der angeschlossenen Betriebe durch ihre exklusive Zugänglichkeit für Vereinsmitglieder konstruiert werden sollte. Zum gleichen Schluss ist kürzlich auch das Bundesgericht mit Bezug auf eine Bar in Arbon im Kanton Thurgau gekommen, in der ebenfalls nach Erlass des PaRG weiterhin geraucht werden durfte und die auch nur für Mitglieder eines vom Wirt mitgegründeten Vereins zugänglich war. Das Bundesgericht hat in jenem Entscheid erwogen, dass die vom Beschwerdeführer in jenem Verfahren betriebene Bar von jeder Person aufgesucht werden könne, welche Passivmitglied in dem vom Beschwerdeführer mitgegründeten Verein sei. Die Vereinsmitgliedschaft könne problemlos erlangt werden und sei offenkundig nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck, auch nach dem Inkrafttreten des Passivrauchschutzgesetzes entgegen der neuen gesetzlichen Regelung in Restaurationsbetrieben rauchen zu können. Deshalb diene der Verein der Umgehung des Gesetzes (BGer 6B\_75/2012 vom 26. Oktober 2012 E. 3.5). Dasselbe gilt nach dem vorstehend Gesagten für den Verein ■Fümoar■, und es spielt entgegen der Auffassung der Rekurrierenden (Rekursbegründung S. 12) hinsichtlich der Frage der Gesetzesumgehung keine Rolle, dass das Bundesgerichtsurteil von der strafrechtlichen Abteilung gefällt worden ist. Dies gilt umso mehr, als die 2. öffentlich-rechtliche Abteilung diesen Entscheid mit Urteil 2C\_912/2012 vom 7. Juli 2013 E. 4.2 in diesem Punkt bestätigt hat.

## **E. 6**

Nicht einzutreten ist auf die Ausführungen der Rekurrierenden bezüglich des Jugendschutzes, welcher in den ■Fümoar■-Betrieben über die gesetzlichen Anforderungen hinaus gehe (Rekursbegründung S. 10). Selbst wenn dem so wäre, würde dies nichts an der vorstehend dargelegten Unzulässigkeit des Vereinsmodells ändern. Es bleibt den Rekurrierenden und den anderen Wirtemitgliedern des Vereins ■Fümoar■ unbenommen, nach einem allfälligen Einbau eines abgetrennten Fumoirs die Zugänglichkeit für Jugendliche entsprechend den vereinsrechtlichen Richtlinien zu beschränken.

## **E. 7**

7.1 Schliesslich rügen die Rekurrierenden die Höhe der ihnen auferlegten Gebühr von CHF 300.■ (resp. CHF 600.■ für die zweite Verwarnung) für die kostenpflichtigen Verwarnungen (Rekursbegründung S. 13). Diese Gebühr stütze sich zwar angeblich auf § 8 der Gebührenverordnung zum Gastgewerbegesetz, stelle aber in Wirklichkeit eine Busse dar, der die Rechtsgrundlage fehle. Das Departement habe eine sehr grosse Anzahl entsprechende gebührenpflichtige Verwarnungen ausgesprochen, bei welchen es sich durchwegs um ein ■wortgleiches, einseitiges Schreiben■ handle. Das Erstellen eines solchen abgespeicherten Schreibens nehme höchstens 10 Minuten in Anspruch, wenn man dabei noch das Hervorholen des entsprechenden Dossiers miteinrechne. Die Gebühr sei völlig überrissen und sprengte den Rahmen der erforderlichen Kostendeckung bei weitem. Sie sei unverhältnismässig und unzulässig (Rekursbegründung S. 13).

7.2 Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. § 39 GGG verweist für die Gebührenerhebung auf das Verwaltungsgebührengesetz (VGG) und eine das Nähere zu bestimmende Verordnung (§ 39 Abs. 3 GGG). Gemäss § 1 VGG erheben die Verwaltungsbehörden des Kantons für Tätigkeiten, die sie in Erfüllung ihrer Aufgaben vornehmen, nach dem Kostendeckungs- und dem Äquivalenzprinzip zu berechnende Gebühren. Zu diesen Tätigkeiten gehören auch die Kontrollen gemäss § 38 GGG und die daraus folgende Verwarnung von Betriebsbewilligungsinhabern. Gemäss § 8 der Gebührenverordnung zum Gastgewerbegesetz vom 10. Mai 2005 (GebV GGG) kann von der zuständigen Verwaltungseinheit im Bauinspektorat für Verwarnungen eine Gebühr von CHF 300.■ bis CHF 1'000.■ erhoben werden. Die Regelung in der Gebührenverordnung zum GGG beruht daher auf einer in allen Teilen genügenden gesetzlichen Grundlage (VGE VD.2011.61 vom 12. März 2012 E. 7).

Das Kostendeckungsprinzip bedeutet nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass der Ertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen darf. Gemäss den Ausführungen in BGE 126 I 180 E. 3a/aa S. 188 gehören zum Gesamtaufwand nicht nur die laufenden Ausgaben des entsprechenden Verwaltungszweiges, sondern auch die Rückstellungen, Abschreibungen und Reserven. Das Kostendeckungsprinzip wird im basel-städtischen Recht durch das VGG, auf das sich die GebV GGG explizit bezieht, weiter konkretisiert. Laut § 2 VGG ist der Verwaltungsaufwand, nach welchem sich die Gebühr grundsätzlich bemisst, gemäss dem Prinzip der Gesamtkostendeckung zu bemessen. Diese Berechnung wird in § 2 ff. der Verordnung zum Gesetz über die Verwaltungsgebühren (VGGV) erläutert. Der massgebliche Verwaltungsaufwand wird durch die Gesamtheit der mittelbaren und unmittelbaren Kosten gebildet, die durch die entsprechenden Amtshandlungen entstehen. Mit den Verwaltungsgebühren dürfen nach dem Kostendeckungsprinzip jene Ausgaben gedeckt werden, die dem Gemeinwesen aus einem bestimmten Verwaltungszweig erwachsen (VGE VD.2010.256 vom 5. März 2012 E. 5.2, VD.2010.168 vom 10. Mai 2011).

Die Rekurrierenden behaupten nicht, dass mit den gestützt auf § 8 GebV GGG erhobenen Gebühren die Kosten des entsprechenden Verwaltungszweiges mehr als gedeckt würden. Soweit sie sich mit Bezug auf das Kostendeckungsprinzip zudem allein auf das Verfassen der angefochtenen Verwarnung beziehen, übersehen sie die dieser Verfügung zugrunde liegenden Kontrollbemühungen der Behörden, welche bis zum Erlass der ersten kostenpflichtigen Verwarnungen für die Rekurrierenden ohne Kostenfolgen gewesen sind. Es kann daher von vornherein nicht gesagt werden, dass die Gebühren von CHF 300.■ für

erste und CHF 600.■ für zweite kostenpflichtige Verwarnungen in einem Missverhältnis zum Aufwand des BGI stünden.

#### **E. 8**

Nach dem Gesagten erweist sich der Rekurs in allen Teilen als unbegründet und ist daher abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens tragen die Rekurrierenden gemäss § 30 Abs. 1 VRPG dessen ordentliche Kosten in solidarischer Verbindung. Bei der Bemessung der Gebühr ist unter dem Gesichtspunkt des Äquivalenzprinzips auch der kumulierte Interessenwert der neun Rekurrenten zu berücksichtigen. Sie ist daher auf CHF 4■000.■ festzusetzen.

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