

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.200 vom 28. November 2013**

BS Appellationsgericht, 2013-11-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2014.200](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2014.200)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.200 du 28 novembre 2013

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.200 del 28 novembre 2013

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Rekurse ergibt sich aus den Überweisungsbeschlüssen des Präsidialdepartements sowie den §§ 10 ff. des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100) und § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100).

1.2 Gegenstand der Rekurse sind zwei gebührenpflichtige Verwarnungen. Allein schon durch die Gebührenaufgabe ist die Rekurrentin berührt und hat daher ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügungen. Daran ändert auch der Umstand nicht, dass die Rekurrentin gemäss ihrer Rekursbegründung im Verfahren VD.2014.201 ihr Patent per 31. Mai 2014 ■zurückgezogen■ hat und nicht beabsichtigt, es nochmals einzusetzen. Da die Verwarnungen mit Bussen verbunden worden sind, deren Bestand vom Einsatz des Wirtepatents unabhängig ist, besitzt die Rekurrentin nach wie vor ein aktuelles Rechtsschutzinteresse. Auf die rechtzeitig erhobenen und begründeten Rekurse ist daher einzutreten (vgl. VGE VD.2012.170 vom 7. Februar 2013 und 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 Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (PaRG, SR 818.31) und das kantonale Gesetz über das Gastgewerbe (GGG, SG 563.100), 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 Verfügungen ist dagegen nicht zu entscheiden. Im Rekursverfahren vor Verwaltungsgericht gilt das Rügeprinzip. Das Gericht 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 Frage des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005 305; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 504).

1.4 Die Rekurrentin macht in ihrer Replik im Verfahren VD.2014.201 (act. 4) unter Berufung auf die § 47 Abs. 1 OG geltend, die Verwaltung hätte wegen der aufschiebenden Wirkung des Rekurses keine dritte kostenpflichtige Verwarnung erlassen dürfen, solange nicht rechtskräftig über ihren Rekurs betreffend die zweite kostenpflichtige Verwarnung entschieden worden sei. Es trifft zwar zu, dass einem verwaltungsinternen Rekurs gegen eine Verfügung des BGI gemäss § 47 Abs. 1 OG grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt, soweit diese nicht mit der angefochtenen Verfügung selber oder durch Beschluss

der Rekursinstanz ausdrücklich entzogen wird. Die aufschiebende Wirkung bezieht sich aber einzig auf den Streitgegenstand des jeweiligen Verfahrens, im vorliegenden Fall also auf die zweite kostenpflichtige Verwarnung wegen der damals festgestellten Verletzungen von Bestimmungen zum Schutz vor Passivrauchen. Sie bedeutet konkret, dass die mit der zweiten kostenpflichtigen Verwarnung ausgesprochene Busse nicht eingetrieben werden darf, solange nicht rechtskräftig über den entsprechenden Rekurs entschieden ist. Die aufschiebende Wirkung bedeutet aber nicht, dass bei neuen Verstössen gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Passivrauchen nicht weitere kostenpflichtige Verwarnungen ausgesprochen werden dürften. Wenn dabei jedoch wie vorliegend Bezug auf frühere (noch nicht rechtskräftige) Massnahmen genommen wird, wäre die neue (vorliegend dritte) kostenpflichtige Verwarnung im Falle der Gutheissung des Rekurses gegen die frühere (vorliegend zweite) kostenpflichtige Verwarnung entsprechend anzupassen, d.h. in eine zweite kostenpflichtige Verwarnung mit entsprechend niedrigerer Busse abzuändern.

## **E. 2**

2.1 Gemäss Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 PaRG ist das Rauchen in geschlossenen Räumen, welche 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 kantonrechtlichen Regelung in § 34 GGG geht gestützt auf die explizite Ermächtigung zum Erlass weitergehender kantonaler Regelungen in Art.

## **E. 2.5**

2.5.1 Im Kontrollbericht vom 20. September 2013 wird festgehalten, dass auf allen Tischen Aschenbecher stünden und dass die im Service tätige Frau (mit schwarzen Haaren) rauche. In den Berichten vom 1. und 29. Oktober 2013 wird das Vorhandensein eines Fumoirs erwähnt und festgestellt, dass die Gäste im Fumoir bedient würden (VD.2014.200 act. 6). Dasselbe ergibt sich aus dem Bericht vom 25. April 2014 betreffend die Kontrollen vom 25. Februar 2014, 4. März 2014, 18. März 2014 und 3. April 2014 (VD.2014.201 act. 5). Da diese Feststellungen von der Rekurrentin bestritten wurden und die Berichte der darin namentlich nicht genannten Kontrollperson nicht sehr detailliert sind ■ unklar ist insbesondere, ob die gemäss Bericht rauchende Servicemitarbeiterin dies während des Servierens oder während einer Pause tat und worin die festgestellten Bedienungsleistungen im Fumoir bestanden haben ■, wollte der Verfahrensleiter die entsprechenden Kontrollperson als Zeuge in die Verhandlung laden. Es handelt sich dabei gemäss Auskunft des BGI um B\_\_\_\_, welcher indessen zwischenzeitlich nicht mehr beim BGI tätig, sondern in den Fernen Osten gezogen ist, was eine Zeugenbefragung in der Verhandlung undurchführbar erscheinen liess. Es sind ihm daher schriftlich detaillierte Fragen unterbreitet worden, wobei auch der Rekurrentin und der Vorinstanz Gelegenheit gegeben worden ist, Fragen zu stellen (welche sie indessen nicht wahrgenommen haben). Die notariell beglaubigten Antworten von B\_\_\_\_ vom 2. Juni 2015 sind am 12. Juni 2015 beim Gericht eingegangen.

2.5.2 Mit diesen Antworten hat B\_\_\_\_\_ die Feststellungen der Berichte eindeutig bestätigt und noch offene Fragen geklärt. So hat er erklärt, dass er bei der Kontrolle am 20. September 2013 eine Serviceangestellte mit schwarzen Haaren angetroffen habe, die allein an einem Tisch im Gastraum gesessen sei und dort geraucht habe. Nachdem sie sein bestelltes Getränk serviert habe, sei sie wieder an ihren Tisch gesessen. Anlässlich der Kontrollen vom 1. und 29. Oktober 2013 sowie der dem Bericht vom 25. April 2014 zugrundeliegenden Kontrollen vom 25. Februar 2014, 4. März 2014, 18. März 2014 und 3. April 2014 habe er festgestellt, dass eine Rauntrennung im inneren Bereich des Gastraums vorgenommen worden sei (Fumoir). Gäste, die sich in diesem abgetrennten Bereich befunden hätten, seien bedient worden. Es seien dort ihre Bestellungen entgegengenommen und in diesem Bereich serviert worden. Ausserdem sei Leergut abgeräumt und die Aschenbecher geleert worden.

2.5.3 Dass vor der Einrichtung des Fumoirs im Lokal geraucht worden ist, wird von der Rekurrentin nicht bestritten. Hingegen bestreitet sie bis heute vehement, dass die Gäste im Fumoir bedient worden seien. Wie einem vom Vertreter des BVD in der Verhandlung des Verwaltungsgerichts als Novum eingereichten separaten Bericht von B\_\_\_\_\_ vom 24. April 2014 (ad acta) indessen zu entnehmen ist, war die Rekurrentin ■ entgegen ihrer entsprechenden Verpflichtungen als Bewilligungsinhaberin ■ während der Kontrollen vom 25. Februar 2014, 4. März 2014, 18. März 2014 und 3. April 2014 gar nicht im Betrieb anwesend. Dass dies im Bericht vom 25. April 2014 betreffend die Feststellungen betreffend Rauchen resp. Bedienen im Fumoir nicht ebenfalls erwähnt worden ist und dass auch nach der Bestreitung der Feststellungen der Kontrollperson durch die Rekurrentin der Bericht betreffend deren Anwesenheit nicht beigezogen worden ist, ist schwer verständlich und hat das Verfahren sicher nicht vereinfacht. In der Verhandlung des Verwaltungsgerichts hat die Rekurrentin nach Vorlage des Berichts vom 24. April 2014 aber schliesslich eingeräumt, dass sie während der fraglichen Kontrollen gar nicht im Betrieb anwesend war und daher den Feststellungen des Kontrolleurs B\_\_\_\_\_ nicht entgegenstehende eigene Beobachtungen in den konkreten Fällen entgegenhalten konnte (Protokoll S. 3). Damit sind die glaubhaften Feststellungen von B\_\_\_\_\_ nachgewiesen.

2.6 Es stellt sich allerdings die Frage, was unter dem Begriff ■bedienen■ im Sinne von § 16 Abs. 2 VGGG resp. § 34 GGG genau zu verstehen ist, resp. welche Tätigkeiten des Servicepersonals in ■unbedienten■ Fumoirs zulässig und welche unzulässig sind. Der ehemalige Kontrolleur der BGI scheint davon auszugehen, dass das Gastgewerbegesetz jedwede Tätigkeit des Servicepersonals in Fumoirs verbietet. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Bewilligungsinhaber resp. die Bewilligungsinhaberin ist für die Führung des Betriebs verantwortlich. Dazu gehört, dass er oder sie für eine hygienisch einwandfreie, saubere und ordentliche Betriebsführung Sorge zu tragen hat. Das Lokal und insbesondere die Tische ■ auch des Fumoirs ■ dürfen nicht verschmutzt und mit Leergut und vollen Aschenbechern übersät sein. Es kann daher nicht sein, dass im Fumoir erst nach Betriebsschluss Abräum- und Reinigungsarbeiten ausgeführt werden dürfen, sondern es ist unabdingbar, dass dort auch während des Betriebs periodisch die Aschenbecher geleert, Leergut abgeräumt und die Tische bei Bedarf geputzt werden. Demgegenüber sind aber die Aufnahme und die Auslieferung von Bestellungen sowie das Einkassieren zur ■Bedienung■ im engeren Sinn zu zählen, die im Fumoir grundsätzlich nicht erfolgen darf. Dies entspricht auch der Regelung im Kanton Basel-Landschaft, wie sie aus den von der Volkswirtschaft- und Gesundheitsdirektion erlassenen und im Internet publizierten ■FAQs:

## Bundesgesetz über den Schutz vor Passivrauchen■

(<https://www.baselland.ch/passivrauchen-hm.312428.0.html>) hervorgeht. Dort wird zur Frage ■Welche Regeln gelten für Fumoirs in Gastwirtschaftsbetrieben?■ unter lit. g ausgeführt: ■Die Gäste im Fumoir dürfen von niemandem (auch nicht von der Wirtin oder dem Wirt) bedient werden. Das heisst, dass keine Speisen und/oder Getränke serviert werden dürfen■. Das wird unter der Frage ■Was ist dem Servicepersonal in den unbedienten Fumoirs erlaubt?■ nochmals bekräftigt mit dem Hinweis ■Angestellte oder die Wirtsleute selber dürfen in unbedienten Fumoirs keine Gäste bedienen. Sie dürfen jedoch abräumen und reinigen. Wenn Angestellte in Raucherräumen arbeiten, müssen sie ihr Einverständnis dazu schriftlich im Arbeitsvertrag erklärt haben.■ Damit ist die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Arbeiten in unbedienten Fumoirs auch für den Kanton Basel-Stadt zutreffend gezogen. Zusammenfassend ist festzuhalten: Im Fumoir dürfen weder von den Wirtsleuten selbst noch von Angestellten Bestellungen aufgenommen oder ausgeliefert oder einkassiert werden. Abräumen, Aschenbecher leeren und Reinigungsarbeiten ausführen dürfen dort nur die Wirtsleute selbst sowie Angestellte, welche im Arbeitsvertrag schriftlich ihr Einverständnis dazu erklärt haben.

2.7Ist aufgrund der Feststellungen von B\_\_\_\_ erstellt, dass im Fumoir des Betriebs der Rekurrentin nicht nur Leergut abgeräumt, Aschenbecher geleert und die Tische geputzt, sondern auch Bestellungen aufgenommen und ausgeliefert worden sind, so hat die Rekurrentin als Bewilligungsinhaberin und damit für den Betrieb Verantwortliche die Bestimmungen über den Schutz vor Passivrauchen klar verletzt. Die angefochtenen kostenpflichtigen Verwarnungen sind daher zu Recht ergangen.

3.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Rekurse abzuweisen sind. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind gemäss § 30 Abs. 1 VRPG deren ordentliche Kosten der Rekurrentin aufzuerlegen. Angesichts des Umstands, dass sich die Vorinstanz trotz Bestreitung des Sachverhalts durch die Rekurrentin einzig auf die gewisse Frage offen lassenden Berichte einer Kontrollperson gestützt hat, welche der Rekurrentin nicht einmal namentlich bekannt war, und erst vor Verwaltungsgericht eine eigentliche Beweiserhebung stattgefunden hat, sind der Rekurrentin indessen bloss reduzierte Gebühren von je CHF 400.■ pro Rekurs aufzuerlegen.

## E. 4

PaRG in zulässiger Weise über die bundesrechtliche Regelung hinaus (BGE 139 I 242 E. 3.4.3 f. S. 250 ff.). Es nimmt vom grundsätzlichen Rauchverbot in öffentlich zugänglichen Räumen nur ■eigens abgetrennte, unbediente und mit eigener Lüftung versehene Räume (sog. Fumoirs)■ aus. Insbesondere lässt das kantonale Recht keine Raucherlokale im Sinne von Art. 3 PaRG zu. In § 16 der Verordnung zum Gastgewerbegesetz (VGGG, SG 563.110) ist diese Bestimmung weiter konkretisiert worden. Danach gilt als öffentlich zugänglich jeder ■Raum, der von jedermann insbesondere zum Zweck des entgeltlichen Erwerbs von Speisen und/oder Getränken zum Konsum an Ort und Stelle betreten werden darf■ (vgl. VGE VD.2014.117 vom 4. November 2014 E. 3.1, VD.2013.17 vom 20. März 2013 mit weiteren Hinweisen). Gemäss § 16 Abs. 2 VGGG darf in einem Fumoir zwar geraucht werden; Gäste, die sich in Fumoirs aufhalten, dürften jedoch nicht bedient werden.

2.2Im vorliegenden Fall stellt sich die Vorinstanz unter Bezugnahme auf die Kontrollberichte vom 20. September 2013, 1. Oktober 2013 und 29. Oktober 2013

(VD.2014.200 act. 6) sowie jenen vom 25. April 2014 betreffend die Kontrollen vom 25. Februar 2014, 4. März 2014, 18. März 2014 und 3. April 2015 (VD.2014.201 act. 5) auf den Standpunkt, es sei erstellt, dass die Rekurrentin zunächst in ihrem Gasträum habe rauchen lassen und später (ab Oktober 2013) zwar ein Fumoir eingerichtet habe, dort aber noch vor Einholung einer entsprechenden Bewilligung habe rauchen lassen. Namentlich seien die im Fumoir anwesenden Gäste bedient worden.

2.3 Die Rekurrentin moniert in formeller Hinsicht, dass der Kontrolleur des BGI die anwesende Bedienung jeweils nicht über die vorgenommenen Kontrollen in Kenntnis gesetzt habe, sodass diese die ■ offenbar entstandenen falschen Eindrücke ■ nicht habe korrigieren können. Es könne sich nämlich nur um Verwechslungen und Missverständnisse handeln, da gemäss ihrer Weisung und Beobachtung und der Zusicherung aller Mitarbeiter die Gäste im Fumoir nie bedient worden seien. Hierzu ist folgendes festzuhalten: Zwar müssen die Parteien eines Verfahrens grundsätzlich aufgrund ihres Anspruchs auf Mitwirkung im Beweisverfahren als Teilgehalt des Anspruchs auf das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) und § 12 Abs. 1 lit. b der Kantonsverfassung (KV, SG 111.100) zu einem Augenschein, bei dem ein strittiger, unabgeklärter Sachverhalt festgestellt werden soll, beigezogen werden (BGer 1P.666/2001 vom 11. Januar 2002 E. 2.5.3). Davon kann aber dann abgesehen werden, wenn der Beizug dem Beweisziel zuwiderlaufen würden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die vorherige Ankündigung den Zweck eines Augenscheins vereiteln könnte (Rhinow/Koller/Kiss/Thurnherr/ Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 3. Auflage, Basel 2014, Rz. 1229). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt. Es war abzuklären, ob die Rekurrentin das Rauchverbot im normalen täglichen Betrieb ihres Lokals einhielt resp. durchsetzte. Diese Abklärung wäre nicht möglich gewesen, wenn die Kontrolle vorgängig angekündigt worden wäre. Zwar schliesst dies nicht aus, dass der Kontrolleur im Anschluss an die Kontrolle die Kontrollierten darüber informiert. Dann könnten diese zu den Feststellungen unmittelbar Stellung nehmen können. Dies ist aber auch im Rahmen des Verfahrens möglich (VGE VD.2011.61 vom 12. März 2012 E. 3.4). Damit wäre eine allfällige Verletzung des Gehörsanspruchs im bisherigen Verfahren geheilt (vgl. BGE 137 I 195, E. 2.6 S. 199, 135 V 387 E. 5.1 S. 390; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, N 1710). Eine solche hat indessen gar nicht stattgefunden, ergibt sich doch aus dem vom Vertreter des BVD in der Verhandlung des Verwaltungsgerichts als Noveneingabe eingereichten Bericht von B\_\_\_\_\_ vom 24. April 2014 (ad acta), dass die zur Zeit der Kontrollen allein im Betrieb anwesende Mitinhaberin [...] über die Kontrollen informiert worden ist.

2.4 In materieller Hinsicht macht die Rekurrentin geltend, dass sie für das genannte Fumoir ein Bewilligungsgesuch (BGI Nr. V-BGG 9■068■041 [1] vom 18. Juli 2014) eingereicht habe, welches zwischenzeitlich auch bewilligt worden sei. Sie bestreitet, dass die Gäste im Fumoir bedient worden seien; diese müssten vielmehr jeweils ihre Getränke selbst am Buffet abholen. Die Mitinhaberin des Lokals, [...], welche selbst rauche und sich daher oft im Fumoir aufhalte, würde dort höchstens ab und zu abräumen, nicht aber die Gäste bedienen.

Die Frage, inwieweit die Verwarnungen mit der im damaligen Zeitpunkt fehlenden ■ zwischenzeitlich erteilten ■ baurechtlichen Bewilligung für den abgetrennten Raucherraum begründet werden können, kann offen bleiben, wenn nachgewiesen ist, dass vor der Einrichtung dieses Fumoirs im Gasträum geraucht wurde und später im Fumoir nicht nur

geraucht, sondern auch die dort anwesenden Gäste bedient wurden.

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