

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.73 vom 29. April 2015

BS Appellationsgericht, 2015-04-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2014.73

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.73 du 29 avril 2015

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2014.73 del 29 aprile 2015

Erwägungen

E. 1

Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100). Auch für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG. Die Legitimation des Rekurrenten ergibt sich aus § 13 Abs. 1 VRPG. Danach ist unter anderem zum Rekurs legitimiert, wer durch die angefochtene Verfügung unmittelbar berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung derselben hat. Der Rekurrent ist Adressat des angefochtenen Entscheids und damit unmittelbar von diesem berührt. Der Rekurs ist form- und fristgerecht erhoben worden.

E. 2

Der Rekurrent hat sich anfänglich dem Entzug der auf seinen Namen lautenden Betriebsbewilligung widersetzt. In seiner Replik teilt der Rekurrent dem Verwaltungsgericht nun mit, dass das BGI die Betriebsbewilligung für den Restaurationsbetrieb "B____" neu Herrn C____ erteilt hat. Mit seinem Antrag auf Abschreibung des Verfahrens infolge Gegenstandslosigkeit signalisiert er, dass er an seiner ursprünglichen Absicht nicht mehr festhält. Dementsprechend ist das Rechtsschutzinteresse des Rekurrenten nachträglich weggefallen. Das Rekursverfahren ist somit antragsgemäss als gegenstandslos abzuschreiben. Zu entscheiden ist bei diesem Ausgang alleine noch über die Verfahrenskosten.

E. 3

3.1 Wird ein Verfahren abgeschrieben, richtet sich die Kostenverteilung je nach Lage des Einzelfalls danach, wer das Rekursverfahren veranlasst hat, wie das Verfahren mutmasslich ausgegangen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, welche das Verfahren gegenstandslos werden liessen. Zu prüfen ist daher, wer die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat oder wie aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrunds hätte entschieden werden müssen (Beusch, in: Auer/Müller/ Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, Art. 63 N 16; Maillard, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 63 N 17; Pfleiderer, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 58 N 50; vgl. ferner zu Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO: Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, Art. 107 N 16; Rüegg, in: Basler Kommentar ZPO, 2. Auflage 2013, Art. 107 N 8). Bei der Beurteilung der Kostenfolgen im Rekursverfahren muss aber der angefochtene Entscheid nur einer summarischen Prüfung unterzogen werden

(Schwank, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, Diss. Basel 2003, S. 198).

3.2 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Gesuch um Erteilung einer Betriebsbewilligung an den früheren "Kellner" C_____ zumindest mit der Zustimmung des Rekurrenten erfolgt ist. Der Rekurrent hat somit selbst die Situation herbeigeführt, welches zum nachträglichen Wegfall des Rechtsschutzinteresses geführt hat. Der Rekurrent hat somit die Abschreibung des vorliegenden Verfahrens selbst verursacht, weshalb er dessen Kosten grundsätzlich selbst zu tragen hat.

3.3 Zu keinem anderen Ergebnis führt auch eine summarische Prüfung des mutmasslichen Ausgangs des Rekursverfahrens.

3.3.1 Das BGI hat dem Rekurrenten die Betriebsbewilligung entzogen, da dieser bei insgesamt neun Kontrollen, welche im Zeitraum zwischen dem 27. September und 10. Dezember 2012 stattgefunden hatten, nicht angetroffen werden können. Vielmehr sei bei den Kontrollen, welche in fünf Fällen über die Mittagszeit, in drei Fällen zwischen 11:20 Uhr und 11:50 Uhr und in einem Fall zwischen 18:40 Uhr und 19:05 Uhr stattgefunden hätten, jeweils ausschliesslich der als "Kellner" bezeichnete C_____ angetroffen worden. Auch bei verschiedenen Polizeikontrollen habe der Rekurrent im Restaurant nicht angetroffen werden können. Daraus habe sich ergeben, dass der Rekurrent als Betriebsbewilligungsinhaber nur zum Schein als verantwortliche Person agiere, namentlich in den störungsanfälligen Zeiten nicht im Restaurant anwesend sei und damit seine Aufgabe als Inhaber der Betriebsbewilligung nicht wahrnehme. Die Vorinstanz hat diese Verfügung im angefochtenen Entscheid gestützt und ausgeführt, dass es unter diesen Umständen nicht zu beanstanden sei, dass das BGI dem Rekurrenten gestützt auf § 28 Abs. 2 lit. a des Gastgewerbegesetzes (GGG, SG 563.100) die Betriebsbewilligung entzogen hat. Entgegen den Ausführungen des Rekurrenten liege kein Fall einer unrechtmässigen verdeckten Ermittlung vor.

In seinem Rekurs an das Verwaltungsgericht macht der Rekurrent wie bereits vor der Vorinstanz geltend, dass es sich bei den Kontrollen um Fälle von illegaler verdeckter Ermittlung handle. Zudem sei eine Präsenzverletzung während den störungsanfälligen Zeiten nicht nachgewiesen und der Entzug der Betriebsbewilligung sei unverhältnismässig.

3.3.2 Den Akten ist zu entnehmen, dass sich der Mitarbeiter des BGI gemäss dessen Angaben bei der ersten Kontrolle im Betrieb des Rekurrenten als solcher ausgewiesen hat. Dies wird vom Rekurrenten bestritten, obwohl er selber bei der Kontrolle gar nicht anwesend war. Vom Rekurrenten wird weder eine Erklärung des damals anwesenden "Kellners" C_____, wonach sich der Mitarbeiter des BGI nicht als solcher zu erkennen gegeben habe, ins Recht gelegt, noch wird C_____ als Zeuge angerufen. Es ist bei dieser Ausgangslage auf die Angaben des Mitarbeiters des BGI abzustellen, zumal kein Grund ersichtlich ist, weshalb dieser über den Ablauf der Kontrollen falsche Angaben machen sollte. Bei den Kontrollen ging es ausschliesslich darum zu prüfen, ob der Rekurrent damals in seinem Lokal anwesend war und damit seinen Pflichten als Bewilligungsinhaber nachkam. Hierfür war alleine die Beobachtung des Kontrolleurs erforderlich. Der Mitarbeiter des BGI hat seine eigenen Beobachtungen in einem der Öffentlichkeit zugänglichen Lokal festgehalten. Eine vorherige Ankündigung war nicht möglich, weil damit der Zweck der Kontrolle vereitelt worden wäre (vgl. VD.2011.61 vom 12. März 2012 E. 3.4). Von einer unrechtmässigen verdeckten Ermittlung kann keine Rede sein.

3.3.3 Das Gastgewerbegesetz setzt die persönliche Anwesenheit des Inhabers der Betriebsbewilligung als Grundlage für die Wahrnehmung seiner Aufsichts- und Kontrollpflicht voraus. Darauf wurde der Rekurrent bereits mit der Erteilung der Betriebsbewilligung im Jahr 2007 hingewiesen. Gemäss § 28 Abs. 2 lit. a GGG kann die Bewilligungsbehörde die Bewilligung entziehen, wenn Inhaberinnen und Inhaber der Bewilligung ihrer Pflicht zur verantwortlichen Führung des Betriebs, insbesondere ihrer persönlichen Anwesenheit während störungsanfälliger Öffnungszeiten, nicht nachkommen. Mit der "Kann-Vorschrift" von § 28 Abs. 2 lit. a GGG wird der zuständigen Behörde ein Ermessen eingeräumt, welches allerdings sachgerecht und unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebots und des Verhältnismässigkeitsprinzips ausgeübt werden muss. Dem ist im vorliegenden Fall Rechnung getragen worden. Bereits im Jahr 2011 wurde der Rekurrent darauf hingewiesen, dass die damals befragte Mieterin des Lokals ausgeführt habe, der Rekurrent sei nie im Lokal anwesend. Der Aufforderung zur Einreichung einer Arbeitszeitaufstellung zur Entkräftung dieser Aussage ist der Rekurrent damals und auch zu späteren Zeitpunkten nicht nachgekommen mit dem Argument, er sei "täglich zu den Hauptbetriebszeiten" im Lokal anwesend; Ausnahmen bestünden wegen Ferien und Botengängen (Schreiben Rekurrent vom 3. April 2011). In der Folge konnte bei polizeilichen Kontrollen im Juni 2011 der Rekurrent nicht im Lokal angetroffen werden. Daraufhin wurde dem Rekurrenten mit Schreiben vom 5. August 2011 das rechtliche Gehör gewährt und er wurde auf seine Präsenzpflichten hingewiesen. Der Rekurrent äusserte sich mit Schreiben vom 4. November 2011. Daraufhin wurde dem Rekurrenten mitgeteilt, dass weitere Kontrollen vorbehalten würden.

Die nachfolgend vorgenommenen insgesamt neun Kontrollen, bei welchen der Rekurrent in keinem Fall angetroffen worden ist, haben dann aber ergeben, dass die Angaben des Rekurrenten offensichtlich nicht zutreffen. Der Rekurrent konnte kein einziges Mal im Betrieb angetroffen werden. Die Mittagszeit zwischen 11:00 Uhr und 14:00 Uhr und die Abendstunden zwischen 18:00 Uhr und 21:00 Uhr werden in angefochtenen Entscheid zutreffend als in einem Speiserestaurant störungsanfällige Zeiten bezeichnet. Das BGI durfte demnach schliessen, dass der Rekurrent seine Aufgaben als Bewilligungsinhaber nicht wahrnimmt. Aufgrund der dargestellten mehrjährigen Vorgeschichte und der mehrfachen Interventionen des BGI, welche keine Verbesserung der Situation brachten, ist es nicht zu beanstanden, dass das BGI dem Rekurrenten die Betriebsbewilligung umgehend entzogen und ihm gegenüber nicht bloss eine Verwarnung ausgesprochen hat. Da der unrechtmässige Zustand gemäss dem obigen Beweisergebnis bereits seit längerer Zeit andauert hat und keine Anzeichen für eine Verbesserung vorlagen, war auch keine Übergangsfrist zur möglichen Einreichung eines neuen Bewilligungsgesuches erforderlich oder angezeigt.

E. 4

Aus den genannten Gründen ergibt sich aus der für den Kostenentscheid erforderlichen summarischen Prüfung des mutmasslichen Ausgangs des Rekursverfahrens, dass die Wahrscheinlichkeit eines Obsiegens des Rekurrenten als eher gering angesehen werden muss. Der Rekurrent wird daher kostenpflichtig und hat eine Abschreibungsgebühr von CHF 500.■ zu bezahlen. Seine Vertretungskosten hat er selber zu tragen.