

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.48 vom 8. Juni 2015

BS Appellationsgericht, 2015-06-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2016.48

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.48 du 8 juin 2015

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.48 del 8 giugno 2015

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Zuständigkeit des Dreiergerichts des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich aus § 42 Organisationsgesetz (OG, SG 153.100) i.V.m. § 12 Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRPG, SG 270.100) i.V.m. § 92 Ziff. 11 Gerichtsorganisationsgesetz (GOG, SG 154.100).

1.2 Angefochten ist ein Rückweisungsentscheid der Vorinstanz. Ein solcher stellt grundsätzlich einen Zwischenentscheid dar, dessen Anfechtbarkeit sich nach den qualifizierten Voraussetzungen von § 10 Abs. 2 VRPG richtet. Ein Rückweisungsentscheid ist allerdings dann wie ein Endentscheid zu behandeln, wenn der Instanz, die aufgrund der Rückweisung neu zu verfügen hat, bei ihrem neuen Entscheid kein Entscheidungsspielraum zukommt bzw. dieser einzig der Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient (Kölz/Höner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Auflage 2013, N 1432). Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben, weshalb es zusätzlich keines nicht wiedergutzumachenden Nachteils für den Rekurrenten bedarf.

1.3 Die Legitimation des Rekurrenten zur Ergreifung eines Rechtsmittels 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 durch die ihm auferlegten Kontrollgebühr beschwert. Auf den form- und fristgerecht erhobenen und begründeten Rekurs ist daher einzutreten.

1.4 Streitgegenstand im Rekursverfahren ist allein die dem Rekurrenten auferlegte Kontrollgebühr, nachdem die Vorinstanz die gegen ihn ausgesprochene kostenpflichtige Verwarnung aufgehoben hat. Beschwert ist er folglich ausschliesslich aufgrund der Kontrollgebühr.

E. 2

2.1 Gemäss § 38 Gastgewerbegesetzes (GGG; SG 563.100) i.V.m. § 3 Verordnung zum GGG (GGV; SG 563.110) ist dem BGI zur Ausübung seiner Aufsichts- und Kontrollfunktionen der Zutritt zu allen Räumlichkeiten eines gastwirtschaftlichen Betriebs zu gestatten. Für die Kontrollen werden in Anwendung von § 8 Abs. 1 Gebührenverordnung zum GGG (SG 563.170) Gebühren zwischen CHF 300.■ bis CHF 1■000.■ erhoben. Die Vorinstanz erwoog zusammengefasst, der Rekurrent habe, indem er bei beiden Kontrollen während der Hauptbetriebszeit bzw. zu störungsanfälligen Betriebszeiten nicht im Restaurationslokal anzutreffen war, gegen die ihm gesetzlich auferlegten Pflichten verstossen und damit gerechtfertigten Kontrollaufwand verursacht. Da durch sein Fehlverhalten Kosten verursacht worden seien, rechtfertige es sich, ihm diese zu überbinden, wenn auch vom Aussprechen einer Verwarnung aus zweckgerichteten Gründen

abzusehen sei.

E. 2.2

2.2.1 Mit dem Rekurs hält der Rekurrent zunächst an seiner bereits vor erster Instanz vorgetragenen Rüge einer Verletzung seines rechtlichen Gehörs fest. Er moniert, ihm sei keine Gelegenheit eingeräumt worden, zeitnah zu den beiden Kontrollen zum Sachverhalt und den Vorwürfen Stellung zu nehmen. Er habe insbesondere keine Möglichkeit gehabt, sofort nach den Kontrollen Beweise zu sichern, da nach den Kontrollen vom 27. März 2015 und 13. April 2015 während zweier Monaten zugewartet worden sei. Erst mit der am 8. Juni 2015 verfügten kostenpflichtigen Verwarnung sei er über die Anwesenheitskontrollen informiert worden. Da er sich ■ aufgrund des definitiven Verlustes der Beweise ■ betreffend den Grund seiner Absenz nicht mehr wehren könne, sei sein rechtliches Gehör unheilbar verletzt.

2.2.2 Darin kann dem Rekurrenten nicht gefolgt werden. Wie dem Kontrollbericht des BGI vom 27. April 2015 entnommen werden kann, hat der zuständige Kontrolleur bei seinen Besuchen im Restaurant [...] jeweils bei Serviceangestellten nach dem Rekurrenten gefragt. Diese haben ihm bei beiden Kontrollen je mitgeteilt, der Rekurrent befinde sich im Büro der Firma an der [...]strasse. Soweit die Angestellten den Rekurrenten jeweils nicht (unverzüglich) über den behördlichen Kontrollbesuch informierten, hat dies der Rekurrent als damaliger Bewilligungsinhaber, welcher für die fachgerechte Organisation des Betriebes verantwortlich ist, selber zu vertreten. Der Rekurrent war daher über seine Hilfspersonen bereits im Zeitpunkt der Kontrollen über diese orientiert, so dass seine Rüge ins Leere zielt.

E. 2.3

2.3.1 Weiter bestreitet der Rekurrent eine Verletzung der gesetzlichen Anwesenheitspflicht. Das Gastgewerbegesetz setzt die persönliche Anwesenheit des Inhabers der Betriebsbewilligung als Grundlage für die Wahrnehmung seiner Aufsichts- und Kontrollpflicht voraus (VGE VD.2014.73 vom 29. April 2015 E. 3.3.3). Gemäss § 12 Abs. 1 GGv ist die verantwortliche Person ■ im Rahmen der üblichen Normalarbeitszeit zur Präsenz im Betrieb verpflichtet ■ und ■ hat mindestens während der Hauptbetriebszeiten und störungsanfälliger Zeiten persönlich die Verantwortung an Ort und Stelle zu übernehmen ■.

2.3.2 Der Rekurrent macht nun geltend, der Zeitpunkt der beiden Kontrollen um 11:40 Uhr und um 12:15 Uhr habe weder Hauptbetriebszeiten noch störungsanfällige Zeiten betroffen. Darin kann ihm mit den Erwägungen der Vorinstanz nicht gefolgt werden: Bei den Begriffen der ■ Hauptbetriebszeiten ■ und der ■ störungsanfälligen Zeiten ■ handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, bei deren Auslegung der Bewilligungsbehörde ein gewisses Ermessen zukommt. Zwar ist es grundsätzlich Aufgabe der Gerichte, unbestimmte Gesetzesbegriffe im Einzelfall auszulegen und zu konkretisieren sowie Interessenabwägungen vorzunehmen. Wo aber der Gesetzgeber mit der offenen Normierung der Verwaltung eine erhebliche Entscheidungsbefugnis einräumen wollte und dies mit der Verfassung vereinbar ist, darf und muss das Gericht seine Kognition entsprechend einschränken (BGE 127 II 184 E. 5a aa S. 191 m.w.H.). Das Verwaltungsgericht auferlegt sich denn auch praxisgemäss eine gewisse Zurückhaltung bei der Anwendung und Auslegung von solchermassen offenen Gesetznormen und trägt so dem Beurteilungsspielraum und der besonderen Sachkenntnis der Verwaltungsbehörden Rechnung, ohne freilich auf eine blosser Willkürüberprüfung beschränkt zu sein (statt vieler:

VG E. 2010.227 vom 6. Januar 2012 E. 1.3). Dabei ist allerdings der Zweck der Einräumung von Ermessen an die Verwaltung zu berücksichtigen. Soweit diese der Einzelfallgerechtigkeit dienen soll, besteht kein Grund einer beschränkten richterlichen Überprüfung. Zurückhaltung ist aber dann zu üben, wenn der Gesetzgeber mit unbestimmten Rechtsbegriffen Sachverständigenermessen oder politisches Ermessen einräumen will (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage 2016, Rz. 446c m. Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum unbestimmten Rechtsbegriff). Vor diesem Hintergrund ist der Vorinstanz zu folgen, wenn sie ausführt, dass bei einem durchschnittlichen, mittags und abends geöffneten Restaurant davon auszugehen sei, dass die Störungsanfälligkeit und Hauptöffnungszeit in die typischen Haupt-essenzeiten (Mittag- und Abendessen) fallen würden. Die beiden Kontrollzeiten befinden sich in diesem Zeitfenster. Entgegen den Ausführungen des Rekurrenten beginnt die Mittagszeit auch nicht erst um 12:00 Uhr, da bereits vorher das **■mise en place■** zu erfolgen hat und es auch nicht unüblich ist, bereits etwas früher zu Mittag zu speisen. Dementsprechend sind auch die angebenen Öffnungszeiten des Restaurants [...] über den Mittag gemäss dessen homepage von 11:30 bis 14:30 Uhr. Indem sich der Rekurrent bei beiden Kontrollen im Büro seiner Arbeitgeberin an der [...]strasse und nicht im Restaurationsbetrieb an der [...]gasse aufhielt, hat er demnach seine gesetzliche Präsenzpflicht nicht erfüllt. Wie schon die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, ist zudem unerheblich, dass er im Büro für das Personal jederzeit erreichbar gewesen sein will, wie er an der Gerichtsverhandlung erneut geltend macht: Das mit den verschiedenen Transportmittel mindestens zehn Minuten entfernte Büro gehört nämlich offensichtlich nicht zum Restaurationsbetrieb, da einzig im Lokal an der [...]gasse Speisen und Getränke zum Konsum an Ort und Stelle abgegeben werden (vgl. § 11 GGG). Die Anwesenheitspflicht verlangt unmissverständlich eine Präsenz an eben diesem Ort. Der Rekurrent hat damit gegen das GGG verstossen.

2.4 Neu lässt der Rekurrent geltend machen, die Auferlegung einer Gebühr verstosse gegen das Rechtsgleichheitsgebot. Es sei unverständlich, dass bei einer Verwarnung keine Kontrollgebühren erhoben würden, hingegen bei einem Tatbestand, der keine Verwarnung sondern nur eine Beanstandung rechtfertige, Kontrollgebühren erhoben würden. Das in der Art. 8 Bundesverfassung (BV, SR 101) verbrieftete Recht der Rechtsgleichheit besagt grundsätzlich, dass **■Gleiches nach der Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach der Massgabe seiner Ungleichheit ungleich■** zu behandeln ist. Es ist dem Gesetzgeber damit verboten, Differenzierungen zu treffen, für die sachliche und vernünftige Gründe fehlen (vgl. zum Ganzen: Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Auflage 2012, N 742 ff.). Mit seiner Argumentation übersieht der Rekurrent, dass bei einer Beanstandung aufgrund einer Anwesenheitskontrolle entweder eine Verwarnungsverfügung oder eine Beanstandungsverfügung je mit Gebühr ergehen kann. Wenn auch in der ursprünglichen Verfügung des BGI vom 8. Juni 2015 in allgemeiner Weise als **■kostenpflichtige Verwarnung■** bezeichnet, handelt es sich um nichts anderes als eine Verwarnung mit Gebührenauflegung (vgl. Wortlaut § 8 Abs. 1 Gebührenverordnung GGG: **■Von der zuständigen Verwaltungseinheit im Bauinspektorat werden weitere Gebühren erhoben für: . Verwarnung CHF 300.■ bis 1■000.■ ■**). Die Kostenaufgabe bei Beanstandungs- oder Verwarnungsverfügungen rechtfertigt sich in sachlicher Hinsicht durch den der Verwaltung entstehenden Mehraufwand. Anders als nach Durchführung einer Kontrolle ohne Beanstandung sind im Falle einer Kontrolle mit Beanstandung nämlich immer zusätzliche Schritte in die Wege zu leiten, wie etwa die Durchführung weiterer

Kontrollen sowie der Erlass einer Beanstandungs- oder Verwarnungsverfügung. Die Kostenerhebungen ist entsprechend gesetzlich auch in beiden Fällen vorgesehen (§ 8 Abs. 1 Gebührenverordnung GGG). Daraus folgt, dass die Auferlegung der Kontrollgebühr an den Rekurrenten auch unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgebotes nicht zu beanstanden ist, da gerade unter Berücksichtigung des Veranlassungsprinzips ein sachlicher Grund für die Andersbehandlung gegenüber Kontrollen, die zu keiner Beanstandung führen, vorliegt und eine Ungleichbehandlung in Bezug auf Kontrollen mit Verwarnung gegenüber Kontrollen mit Beanstandung gar nicht vorliegt. Inwiefern die in der Verwarnung auferlegte Gebühr zusätzlich zur Kostenüberwälzung auch noch einen pönalen Zweck zu erreichen hat und allenfalls höher ausfallen kann, ist in diesem Zusammenhang nicht zu erörtern, zumal die Höhe der aufzuerlegenden Gebühr (noch) nicht feststeht.

2.5 Der Rekurrent lässt weiter ausführen, es habe niemals ein Scheinpatent vorgelegen. Der Rekurrent sei im Zeitraum der Patentausübung einzig für das Restaurant [...] zuständig gewesen und habe entsprechend die damit einhergehende Verantwortung für den Betrieb auch tatsächlich wahrgenommen. Die seitens des BGI geforderte Anwesenheit im Restaurationsbetrieb sei derart hoch, dass bei einem an sieben Tagen in der Woche und auch abends geöffneten Betrieb eine Person als Betriebsbewilligungsinhaber nicht mehr innerhalb eines zumutbaren Arbeitspensums in der Lage sei, der Gesamtheit ihrer Aufgaben nachzukommen.

Auch damit vermag der Rekurrent nichts an der Richtigkeit des angefochtenen Entscheids zu ändern: Er hat die gesetzlichen Vorgaben zur Betriebsführung entsprechend den vorgehenden Ausführungen klar verletzt. Soweit er das Modell der gesetzlich vorgesehenen Gaststubenföhrung grundsätzlich anzweifelt, ist er auf den politischen Weg zu verweisen.

E. 3

3.1 Mit seinem Rekurs beanstandet der Rekurrent weiter die vorinstanzliche Kostenverteilung. Dazu hat die Vorinstanz erwogen, dass Verfahrenskosten zwar grundsätzlich dem Ausgang desselben folgten. Vorliegend sei aber in Anwendung des Veranlassungsprinzips zu berücksichtigen, dass der Rekurrent mit seinem Standpunkt nicht durchdringe und die vorinstanzlich festgestellte Pflichtverletzung materiell nicht zu widerlegen vermöge. Daraus folge, dass zwar auf die Erhebung einer Spruchgebühr zu verzichten, dem Rekurrenten aber keine Entschädigung für seine Vertretungskosten zu leisten sei.

3.2 Wenn der Rekurrent dem entgegenhält, dass er sämtliche Pflichtverletzungen widerlegt habe, so kann ihm darin nach dem Gesagten nicht gefolgt werden. Zu keinem anderen Ergebnis föhrt auch, dass der Rekurrent im vorinstanzlichen Verfahren teilweise mit seinen Anträgen durchgedrungen ist. Diesem teilweisen Obsiegen hat die Vorinstanz mit dem Verzicht auf die Erhebung von Kosten Rechnung getragen. Im Übrigen durfte sie aber in Anwendung des Veranlassungsprinzips berücksichtigen, dass der Rekurrent die Kontrollen durch seine Pflichtverletzung verursacht und das Verfahren daher insoweit veranlasst hat. Die vorinstanzliche Kostenverteilung erweist sich folglich als korrekt.

E. 4

Entsprechend den Erwägungen ist der Rekurs vollumfänglich abzuweisen und der Rekurrent hat die Kosten des Rekursverfahrens zu tragen. Es wird ihm eine Verfahrensgebühr von CHF 1■200.■ auferlegt.

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