

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.187 vom 11. Juli 2016**

BS Appellationsgericht, 2016-07-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2017.187](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2017.187)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.187 du 11 juillet 2016

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2017.187 del 11 luglio 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Gemäss § 40 des Gesetzes über das Gastgewerbe des Kantons Basel-Stadt (GGG, SG 563.100) richtet sich das Rechtsmittelverfahren nach den Vorschriften des Gesetzes betreffend die Organisation des Regierungsrates und der Verwaltung des Kantons Basel-Stadt (OG, SG 153.100). Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die Beurteilung des vorliegenden Rekurses ergibt sich somit aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements sowie den §§ 10 ff. des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsrechtspflege des Kantons Basel-Stadt (VRPG, SG 270.100) und § 42 OG. Nach § 92 Abs. 11 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG, SG 154.100) ist das Dreiergericht zum Entscheid berufen.

1.2 Gegenstand des Rekurses ist die Anordnung der Schliessung des Lokals der Rekurrentin. Dadurch ist die Rekurrentin berührt. Sie hat ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides, weshalb auf den rechtzeitig erhobenen und begründeten Rekurs einzutreten ist.

1.3 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften von § 8 Abs. 1 VRPG und umfasst die Prüfung, ob die Verwaltung das massgebliche öffentliche Recht 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.

### **E. 2**

2.1 Gemäss § 4 Abs. 1 GGG bedarf die Führung eines Gastgewerbebetriebs einer Bewilligung der zuständigen Behörde. Die Rekurrentin verfügt unbestrittenermassen über keine solche Betriebsbewilligung. Mit Schreiben vom 18. Mai 2016 erklärte die bisherige Bewilligungsinhaberin, C\_\_\_\_, gegenüber dem BGI, dass sie die Bewilligung unter falschen Angaben erwirkt habe. Sie habe nicht die Absicht gehabt, ein Restaurant zu führen. Vielmehr habe sie einer langjährigen Freundin, nämlich der in der Betriebsbewilligung als Betriebsinhaberin aufgeführten Rekurrentin, einen Freundschaftsdienst erweisen wollen. Aufgrund der Tatsache, dass sie über die vorausgesetzten Befähigungen verfügte, habe sie sich anstelle ihrer Freundin um die Betriebsbewilligung bemüht. Dader Betrieb folglich ohne verantwortliche Person geführt worden ist, verfügte die Bewilligungsbehörde dessen Schliessung. Die Vorinstanz hat den Entzug der Bewilligung in Anbetracht von § 27 Abs. 2 GGG gestützt.

2.2 Die Rekurrentin beantragt, den Entscheid der Vorinstanz aufzuheben. Ferner sei ihr der Betrieb der ■ [ ] ■ zu bewilligen, bis sie das gastgewerbliche Fähigkeitszeugnis, das sogenannte ■ Wirtepatent ■, erworben habe. Sie macht in der Rekursbegründung geltend,

dass sie sich um den Erhalt eines ■Wirtepatents■ bemühe. Es sei nicht verhältnismässig, den Betrieb während der Dauer der entsprechenden Anstrengungen zu schliessen. Insbesondere auch da politische Bestrebungen bestünden, welche das Erfordernis eines Wirtepatents zur Betriebsführung in naher Zukunft abschaffen wollen, sei die Anordnung der Betriebsschliessung nicht verhältnismässig. So überwiege insbesondere das öffentliche Interesse an der Schliessung des Barbetriebs die privaten Interessen der Rekurrentin am Verdienst ihres Lebensunterhalts, welchen sie hauptsächlich durch den Betrieb des fraglichen Betriebs sicherstelle, nicht.

2.3 Das Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt (BVD) als Vorinstanz macht geltend, dass der fragliche Betrieb nicht über eine verantwortliche befähigte Person im Sinne des § 22 Abs. 2 GGG verfüge. Auch eine zeitlich befristete Betriebsbewilligung, wie sie die Rekurrentin verlangt habe, könne nur bei Vorliegen der persönlichen Voraussetzungen der Gesuchstellerin erteilt werden. Es habe sich im vorliegenden Fall die ehemalige Bewilligungsinhaberin in der Absicht, die Führung des Betriebs der Rekurrentin zu überlassen, um die Erlangung einer Betriebsbewilligung bemüht. Es liege somit eine missbräuchliche Erlangung der Betriebsbewilligung vor. Entsprechend sei es nicht statthaft, sich auf § 5 Abs. 2 der Verordnung zum Gastgewerbegesetz des Kantons Basel-Stadt (VGGG, SG 563.110) zu berufen. Diese Übergangsfrist sei nicht für Fälle vorgesehen, in denen sich Personen unter Angaben von falschen Tatsachen die Betriebsbewilligung erschlichen haben. Weiter würden die vielen Fehlversuche der Rekurrentin den Schluss nahelegen, dass ein Bestehen der zur Patenterlangung notwendigen Prüfungen ihrerseits eher unwahrscheinlich erscheint. Weiter führt das BVD an, dass lediglich aufgrund eines bis dato durch die Regierung unbeantworteten Anzugs (die Frist der Regierung zur Beantwortung läuft bis am 9. November 2018) im Grossen Rat der Ansicht der Rekurrentin nicht gefolgt werden könne, wonach das Wirtepatent mit grosser Wahrscheinlichkeit abgeschafft werden würde. Zuletzt weist das BVD noch daraufhin, dass die Massnahme insbesondere auch deshalb verhältnismässig sei, da der Rekurrentin die Zusammenarbeit mit einer über die notwendigen Bewilligungen verfügende Person offen gestanden habe.

2.4 In der Replik vom 20. Dezember 2017 zur Vernehmlassung des BVD informiert die Rekurrentin, dass sie sich zur erneuten Prüfungsablegung im Frühling 2018 im Kanton Jura angemeldet habe. Weiter wird ausgeführt, dass die politische Debatte zu einer allfälligen Abschaffung des Wirtepatents insbesondere deshalb Auswirkungen auf den vorliegenden Fall habe, da die Unverhältnismässigkeit der Betriebsschliessung im Falle einer zeitlich wenig späteren Abschaffung des Erfordernisses des Wirtepatents besonders schwer wiege. Zuletzt weist die Rekurrentin daraufhin, dass die Zusammenarbeit mit einer über die notwendigen Bewilligungen verfügenden Person deshalb nicht gesucht wurde, da der Betrieb nicht genügend finanzielle Mittel generiere, um den Unterhalt von mehr als einer Person zu sichern.

### **E. 3**

3.1 Das Führen eines Gastwirtschaftslokals fällt als privatrechtliche Erwerbstätigkeit in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit, welche auch in Art. 27 der Bundesverfassung (BV, SR 101) verankert ist. Demnach muss sich jede Einschränkung des Rechts auf Berufsausübung auf eine gesetzliche Grundlage stützen, durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit respektieren (Art. 36 BV). Das kantonale Gastgewerbegesetz macht das Führen eines Gastwirtschaftsbetriebs von einer Bewilligung abhängig, die nur beim Vorliegen

bestimmter baulicher, betrieblicher und persönlicher Voraussetzungen erteilt wird (§ 4, 6, 15 ff. GGG). Die Bewilligung zur Führung eines Gastwirtschaftsbetriebs ist eine Polizeierlaubnis, welche eine aus polizeilichen Gründen unter Bewilligungspflicht stehende Tätigkeit zulässt, wenn die zum Schutz der Polizeigüter aufgestellten gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung dieser Tätigkeiten erfüllt sind (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich 2016, N 2650; BGE 109 Ia 128 E. 5 S. 130; VGE VD.2011.339 vom 11. Mai 2011 E. 2, VD.2009.735 vom 23. Juni 2010, E. 2, 700/2008 vom 9. Juni 2009 E. 2.1). Die Bewilligungsvoraussetzung für die Ausübung gastrounernehmerischer Tätigkeiten trägt dem Bedürfnis der Öffentlichkeit an der Einhaltung der objektiven Rechtsordnung im Bereich der Gastronomie, insbesondere in gesundheitspolitischer und arbeitsrechtlicher Hinsicht, Rechnung. Die Berechtigung dieses Bewilligungsverfahrens wird von der Rekurrentin zu Recht nicht in Frage gestellt.

3.2 Die Vorinstanz hat den angefochtenen Entzug der Betriebsbewilligung auf § 27 Abs. 2 GGG gestützt. Danach kann die Bewilligungsbehörde die sofortige Schliessung eines Betriebes verfügen, wenn dieser ohne verantwortliche, befähigte Person im Sinne der §§ 17 ff. GGG geführt wird. Eine gesetzliche Grundlage ist somit gegeben. Da die Bewilligung zum Führen eines Gastgewerbes nur bei Erfüllung der Voraussetzungen erteilt wird, ist ein Bewilligungsentzug geeignet, den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen, wenn sich herausstellt, dass die Voraussetzungen für die Bewilligungserteilung eben nicht erfüllt waren. Die Durchsetzung des Bewilligungsvorbehalts und daraus resultierend ein Entzug der Betriebsbewilligung bei Nichterfüllen der Voraussetzungen liegt entsprechend ebenfalls im öffentlichen Interesse. Dass im vorliegenden Fall die Bedingungen nicht erfüllt sind, da sie selbst die erforderlichen Voraussetzungen nicht erfüllt und die vorgeschobene Bewilligungsinhaberin nach der Aufdeckung der tatsächlichen Verhältnisse auf die Bewilligung verzichtete, wird auch von der Rekurrentin nicht bestritten.

3.3 Von der Rekurrentin wird aber die Verhältnismässigkeit der Schliessung in Frage gestellt und geltend gemacht, es hätte ihr eine Übergangszeit eingeräumt werden sollen bis sie das gastgewerbliche Fähigkeitszeugnis, das sogenannte ■Wirtepatent■, erworben habe. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Rekurrentin hat mit dem Vorschieben einer Bewilligungsinhaberin, welche entgegen den abgegebenen Angaben gar nicht im Betrieb der Rekurrentin tätig war, während längerer Zeit einen unrechtmässigen Zustand geschaffen und aufrecht erhalten. Es liegt kein Anwendungsfall von § 5 Abs. 2 VGGG vor, welcher bei Wegfall des bisherigen Bewilligungsinhabers die Einräumung einer 60-Tagesfrist und in begründeten Fällen eine längere Frist zur Bestimmung einer Nachfolge vorsieht. Diese Bestimmung kann nur dann greifen, wenn der bisherige rechtskonforme Zustand durch den Wegfall der bisherigen Bewilligungsinhaberin wegfällt und dem Betriebsinhaber daher genügend Zeit eingeräumt werden soll, eine Nachfolgeregelung zu finden. Davon unterscheidet sich der vorliegende Fall grundsätzlich, da hier die Betriebsbewilligung aufgrund von falschen Angaben erteilt worden ist und der Betrieb somit während mehrerer Jahre rechtswidrig geführt worden ist. Die Rekurrentin hätte es während dieses von ihr geschaffenen rechtswidrigen Situation in der Hand gehabt, sich um das erforderliche Wirtepatent zu bemühen. Wenn sie dies nun erst unter dem Druck der Schliessung nach der Aufdeckung der rechtswidrigen Situation anfängt, lässt sich daraus kein Anspruch mehr auf eine temporäre Erteilung der Bewilligung ableiten. Ausserdem war im Verfügungszeitpunkt unklar, wann respektive ob die Rekurrentin die vorausgesetzten Prüfungen bestehen würde.

Auch deshalb war eine temporäre Bewilligungserteilung nicht zweckmässig. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass sich die Rekurrentin nunmehr nach erfolglosen Versuchen während des laufenden Rekursverfahrens erneut für die Wirteprüfung angemeldet hat (act. 14).

Entgegen den Ausführungen lässt sich ein Anspruch auf eine Übergangsfrist auch nicht aufgrund von politischen Bemühungen ableiten, die Voraussetzungen für die Erteilung der Betriebsbewilligung zu ändern. Aus der blossen Verabschiedung eines Anzuges durch den Grossen Rat des Kantons Basel-Stadt, in welchem der Regierungsrat dazu aufgefordert wird, darüber zu berichten, den Fähigkeit-Ausweis (Wirtepatent) zur Führung eines Gastronomiebetriebes abzuschaffen und die vorhandenen Gesetze und Verordnungen im Bereich Gastronomie auf Ihre Innovationsfreundlichkeit und Umsetzungsfreundlichkeit hin zu überprüfen (vgl. <http://www.grosser-rat.bs.ch/dokumente/100384/000000384034.pdf>, besucht am 30. Januar 2018) lässt sich noch kaum ableiten, dass auf dieses Erfordernis in Zukunft tatsächlich verzichtet werden soll. Abgesehen davon, dass die effektive Vornahme einer Gesetzesänderung zum jetzigen Zeitpunkt nicht feststeht, könnte eine zukünftige gesetzliche Regelung ohnehin nicht vorwirken.

Dass der Betrieb nur genügend finanzielle Mittel generiert, um den Lebensunterhalt einer Person zu gewährleisten und entsprechend keine die persönlichen Voraussetzungen erfüllende Person beigezogen werden kann, verändert die rechtliche Beurteilung der Lage ferner auch nicht. Das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Vorschriften überwiegt, insbesondere auch unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin den rechtswidrigen Zustand selbst und bewusst herbeigeführt hat, das private Interesse der Rekurrentin an der Weiterführung des Betriebes ohne Erfüllen der persönlichen Voraussetzungen zur Bewilligungserteilung.

3.4 Die Anordnung der Schliessung war somit angebracht und verhältnismässig.

#### **E. 4**

Aus dem Gesagten folgt, dass der Rekurs abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Rekurrentin dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 1'000.■.

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