

SO_GERICHTE VWBES.2009.336 vom 27. Juni 2009

SO Obergericht, 2009-06-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2009.336

FR: SO_GERICHTE VWBES.2009.336 du 27 juin 2009

IT: SO_GERICHTE VWBES.2009.336 del 27 giugno 2009

Regeste

Das Verbot, in einem Restaurant zu rauchen, verstösst nicht gegen die Grundrechte auf persönliche Freiheit und Wirtschaftsfreiheit. Zudem ist die kantonale Verordnung zum Schutz vor Passivrauchen gesetztes- und verfassungskonform und lehnt sich eng an die bundesrechtlichen Vorschriften an.

Erwägungen

E. 6

Die Beschwerdeführer machen geltend, die in den «Grundsätzen» enthaltene Einschränkung auf ein einziges Fumoir pro Betrieb entbehre der gesetzlichen Grundlage. Sowohl der eidgenössische Verordnungsgeber (Passivraucherschutzverordnung, PRSV), der von Raucherräumen spreche, wie auch die kantonale Verordnung (Verordnung zum Schutz vor Passivrauchen, BGS 811.14), die Fumoirs nenne, gingen von einer Mehrzahl aus. Wenn die entsprechenden Voraussetzungen gegeben seien, seien mehrere Räume als Fumoir zu bewilligen. Das Departement weist darauf hin, dass nur von Fumoirs in der Mehrzahl die Rede sei, wo generelle Vorschriften für alle Fumoirs gemeint seien. In § 4 Abs. 2 der kantonalen Verordnung, wo es um das Flächenverhältnis im einzelnen Betrieb gehe, sei vom Fumoir in der Einzahl die Rede.

In der Replik vom 24. November 2009 wird zudem gerügt, dass das Verbot, in einem Restaurant zu rauchen, gegen die Grundrechte der persönlichen Freiheit und der Wirtschaftsfreiheit verstosse. Es liege zwar eine gesetzliche Grundlage vor, diese sei jedoch restriktiv auszulegen. Die Anforderungen bzw. «Kriterien» des Gesundheitsamtes seien keine Normen im materiellen Sinn und entbehrten einer gesetzlichen Grundlage. In den Schlussbemerkungen vom 26. November 2009 wird vorgebracht, das gelte insbesondere auch für die Anforderung, dass ein Fumoir keinen separaten Eingang haben dürfe oder die Auffassung, dass es sich nur um einen Nebenraum handeln könne, wenn dieser mit dem Hauptausschankraum hausintern verbunden sei. Überspitzt sei schliesslich auch das Argument, dass ein weiterer Hauptraum vorliege, wenn der Raum als eigenständiger Betrieb wahrgenommen werde.

E. 7

Die Bundesverfassung der Schweiz (BV, SR 101) gewährleistet einerseits in Art. 10 Abs. 2 jedem Menschen das Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit. Der Schutz erstreckt sich auch auf Eingriffe, die schmerzlos oder harmlos sind, jedenfalls aber auch auf gesundheitsgefährdende (Jörg Paul Müller: Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., S. 25; Rainer W. Schweizer: Kommentar BV, 2. Aufl., N 17 zu Art. 10). Das Grundrecht schützt den Bürger in umfassender Weise in seiner Freiheit, über seine Lebensweise zu

entscheiden, wobei die persönliche Freiheit keine allgemeine Wahl- und Handlungsfreiheit beinhaltet. Ob das Rauchen als grundlegende Tätigkeit für die freie Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit zu betrachten ist, hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid offen gelassen. Es hat jedoch festgehalten, dass das Rauchen insbesondere in öffentlichen Räumen verschiedene nicht miteinander vereinbare Aspekte der persönlichen Freiheit berühre, weshalb es Aufgabe des Rechts sei, durch Abwägung und geeignete Koordination diese zu konkretisieren (BGE 133 I 13 E. 5.2.3 = Pra 2007 Nr. 123). Den Staat trifft im Bereich der Gewährleistung der persönlichen Freiheit nämlich auch eine Schutzpflicht, auch den Gesetzgeber, da der Persönlichkeitsschutz nicht allein durch grundrechtliche Abwehrrechte in all seinen Aspekten gewährleistet werden kann (Jörg Paul Müller: a.a.O., S. 28; Rainer W. Schweizer: a.a.O., N 35 zu Art. 10). Die Gesetzgebung des Kantons und des Bundes zum Schutz vor dem Passivrauchen trägt dieser Schutzpflicht und der Abwägung der verschiedenen Aspekte der persönlichen Freiheit Rechnung.

Die Verfassung des Bundes gewährleistet im Weiteren in Art. 27 die Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch die freie Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit. Geschützt ist jede gewerbsmässig ausgeübte privatwirtschaftliche Tätigkeit, die der Erzielung eines Gewinnes dient. Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet die Freiheit der selbständigen Erwerbstätigkeit mit allen ihren Implikationen, namentlich auch die freie Wahl der sachlichen Mittel (Klaus A. Vallender: Kommentar BV, N 20 zu Art. 27). Lehre und Praxis entwickelten aus der früheren Handels- und Gewerbefreiheit zudem den Grundsatz der «Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden», der Massnahmen verbietet, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren. Dieser spezifische Gleichbehandlungsgrundsatz schützt vor staatlichen Ungleichbehandlungen, die zwar auf ernsthaften und sachlichen Gründen beruhen mögen, gleichzeitig aber einzelne Konkurrenten begünstigen oder benachteiligen. Er gilt sowohl bezüglich staatlicher Massnahmen, die grundsatzkonform sind, als auch betreffend zulässige grundsatzwidrige Vorkehren des Staates (Klaus A. Vallender: a.a.O., N 28 zu Art. 27).

Einschränkungen der Grundrechte sind nach den allgemein geltenden Voraussetzungen von Art. 26 BV zulässig: Erforderlich sind eine gesetzliche Grundlage, ein überwiegendes öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit sowie die Beachtung des Kerngehaltes des Grundrechts. Bei der Wirtschaftsfreiheit weist das Bundesgericht zudem regelmässig auf die Rechtsgleichheit hin. Gerechtfertigt sind nach der Praxis nicht nur polizeiliche, sondern grundsätzlich auch andere allgemein anerkannte öffentliche Interessen, unzulässig sind einzig wirtschafts- oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern (Jörg Paul Müller: a.a.O., S. 660 ff.).

Die beiden genannten Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit und der persönlichen Freiheit stehen im hier zu beurteilenden Anwendungsfall in einem Spannungsverhältnis zueinander. Einerseits hat der Staat jedem Menschen zu gewährleisten, dass er sich ohne gesundheitliche Beeinträchtigung in öffentliche Gastronomielokale begeben kann, insbesondere nicht zum gesundheitsgefährdenden Passivrauchen gezwungen ist; andererseits hat nach der Wirtschaftsfreiheit jedermann das Recht, einen Gastronomiebetrieb nach seinen Vorstellungen zu führen, zum Beispiel auch als Raucherbetrieb.

Der Gesetzgeber hat mit den Vorschriften zum Schutz vor dem Passivrauchen auch diesen Konflikt gelöst. Diese Vorschriften beschränken die Wirtschaftsfreiheit in zulässiger Weise. Sie sind in der Form von formellen Gesetzen erlassen, dienen dem Gesundheitsschutz, also einem polizeilichen Interesse, das anerkanntermassen als öffentliches Interesse gilt, und

sind verhältnismässig, schon weil sie als Ausnahmen Raucherräume oder Raucherbetriebe zulassen. Der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit ist dadurch keinesfalls tangiert.

E. 8

Der Bund hat im Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (PRSG, SR 831.31) für Restaurations- und Hotelbetriebe das Rauchen grundsätzlich untersagt. Ausnahmen sind nach Art. 2 PRSG zulässig in besonderen Räumen, sofern diese abgetrennt, besonders gekennzeichnet und mit ausreichender Lüftung versehen sind. In Art. 2 Abs. 3 PRSG wird dem Bundesrat die Kompetenz erteilt, besondere Vorschriften über die Beschaffenheit von Raucherräumen und die Anforderungen an die Belüftung zu erlassen.

Bei dieser Delegation vom Gesetzgeber an die Exekutive handelt es sich um eine nach Lehre und bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässige Gesetzesdelegation, da die Delegation nicht von Verfassungs wegen ausgeschlossen ist, sie in einem formellen Gesetz enthalten ist, sich auf eine bestimmte genau umschriebene Materie, nämlich die Beschaffenheit von Raucherräumen und die Anforderungen an die Belüftung beschränkt und die Grundzüge der delegierten Materie im Gesetz selber umschrieben sind (vgl. z.B. Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., N 407).

Die Vorschriften, dass die Personen in angrenzenden Räumen nicht durch Rauch aus Raucherräumen belästigt werden dürfen (Art. 3 PRSV), dass Raucherräume durch feste Bauteile von andern Räumen dicht abgetrennt sein und über eine selbsttätig schliessende Türe verfügen müssen und nicht als Durchgang in andere Räume dienen dürfen (Art. 4 Abs. 1 lit. a PRSV), dass sie weiter mit ausreichender Belüftung versehen (Art. 4 Abs. 1 lit. b PRSV) und deutlich und an gut sichtbarer Stelle bei jedem Eingang gekennzeichnet sein müssen (Art. 4 Abs. 2 PRSV), sind reine Vollzugsvorschriften und konkretisieren die bereits im Gesetz enthaltenen Regeln. Sie dürften auch ohne Delegationsnorm erlassen werden, da sie in der allgemeinen Vollzugskompetenz der Exekutive liegen (Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, a.a.O., N 138 ff.).

Die weiteren Vorschriften, dass in Raucherräumen mit Ausnahme von Rauchwaren und Raucherutensilien keine Leistungen angeboten werden dürfen, die im übrigen Bereich nicht erhältlich sind (Art. 4 Abs. 3 PRSV), dass Raucherräume in Gastgewerbebetrieben flächenmässig höchstens einen Drittel der gesamten Ausschankräume ausmachen (Art. 4 Abs. 4 lit. a PRSV) und die Öffnungszeiten nicht länger sein dürfen als im übrigen Betrieb (Art. 4 Abs. 4 lit. b PRSV), sind nicht mehr reine Vollzugsvorschriften. Sie bewegen sich aber jedenfalls innerhalb der dem Bundesrat verliehenen Kompetenz, die Beschaffenheit von Raucherräumen zu definieren. Sie entsprechen insbesondere dem Sinn des Gesetzes, nämlich das Rauchen in Gastgewerbebetrieben nur ausnahmsweise zu erlauben und zu verhindern, dass Raucherbetriebe entstehen, ohne dass die speziellen Voraussetzungen vorliegen, die für Raucherbetriebe in Art. 3 des Bundesgesetzes vorgesehen sind, wo die Gesamtfläche des Betriebes auf maximal 80 m² beschränkt wird. Diese Gesetzesbestimmung könnte unterlaufen werden, wenn die Öffnungszeiten für die Raucherräume am Abend länger sein dürften als diejenigen für den restlichen, rauchfreien Gastgewerbebetrieb. Und wenn die Hälfte oder mehr der Fläche der Ausschankräume als Raucherraum benutzt werden dürfte, würde die Ausnahme ■ wo geraucht werden darf ■ faktisch zur Regel. Die Vorschriften von Art. 4 Abs. 4 PRSV engen zwar die Wirtschaftsfreiheit zusätzlich etwas ein, indem sie die Möglichkeiten eines Gastronomen, in

seinem Betrieb auch Raucher zu bewirten, einschränken, berauben das Grundrecht aber keineswegs seines Kerngehaltes. Sie sind deshalb verfassungsmässig nicht zu beanstanden.

9.a) Vorschriften der Kantone zum Schutz vor dem Passivrauchen sind zulässig, soweit sie nicht gegen übergeordnetes Recht verstossen. Die Bundesverfassung regelt in Art. 118 die Zuständigkeit des Bundes im Bereich des Gesundheitsschutzes. Diese ist nur beschränkt. Im Übrigen ist der Gesundheitsschutz Sache der Kantone. Sogar dort, wo der Bund zuständig ist und die Bundesgesetzgebung in einem bestimmten Bereich als abschliessend erachtet wird, kann ein kantonales Gesetz im selben Bereich Bestand haben, wenn es einen andern Zweck verfolgt. Desgleichen ist der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts in keiner Weise verletzt, wenn das kantonale Gesetz die Effektivität der bundesrechtlichen Regelung erhöhen will (BGE 133 I 13 E. 4.1).

Das Bundesgericht hat sich im eben erwähnten Entscheid betreffend die Genfer Volksinitiative «Passivrauchen und Gesundheit» zumindest indirekt zur Zulässigkeit von weitergehenden kantonalen Rauchverböten in öffentlichen Räumen ausgesprochen, indem es festgehalten hat, dass der Inhalt der vom Grossen Rat in leicht modifizierter Form für gültig erklärten Initiative der Verfassung nicht widerspreche, insbesondere auch verhältnismässig sei, wenn es bestimmte Ausnahmen zulasse, so z.B. für Personen in Haft oder Patienten in einer geschlossenen Klinik sowie in öffentlichen Räumen zum privaten Gebrauch. Sogar wenn keine Raucherbetriebe mehr zulässig wären, würde dies die Betreiber von öffentlichen Lokalen wie Restaurants, Bars oder Hotels nicht unmittelbar in der freien Berufsausübung beeinträchtigen. Es sei im Übrigen gar nicht aufgezeigt, dass ein Rauchverbot zu einer Verminderung des Umsatzes führe (BGE 133 I 13 E. 7.4, mit Hinweis auf BBl 2006 3701 Ziff. 9). Die Entscheide des Bundesgerichts zum Bernischen Gesetz betreffend Rauchverbot in der Gastronomie und zur Bernischen entsprechenden Verordnung sind zwar ergangen, aber noch nicht publiziert; offenbar wurden die Beschwerden von Gastronomen gegen das Rauchverbot bzw. einzelne Bestimmungen jedoch abgewiesen (Jusletter vom 30. November 2009, «Rauchverbot: Berner Wirte vor Bundesgericht abgeblitzt»).

Im Bundesgesetz zum Schutz gegen Passivrauchen ist im Übrigen in Art. 4 explizit ein unechter Vorbehalt zu Gunsten weitergehenden kantonalen Rechts zum Schutz der Gesundheit enthalten.

b) Die Solothurnische Kantonsverfassung (KV, BGS 111.1) garantiert wie die Bundesverfassung als Grundrechte sowohl die persönliche Freiheit (Art. 8 Abs. 1) wie die Wirtschaftsfreiheit (Art. 17). In Art. 21 KV ist festgehalten, dass die Grundrechte nur eingeschränkt werden dürfen, wenn und soweit ein überwiegendes öffentliches Interesse es rechtfertigt. Die Einschränkungen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage und müssen den Kern unangetastet lassen. Die Kantonsverfassung geht damit nicht über die Bundesverfassung hinaus, sondern enthält dieselben Bestimmungen wie die Verfassung der Eidgenossenschaft.

c) Die Verfassungsmässigkeit von § 6bis Abs. 4 des Solothurnischen Gesundheitsgesetzes (BGS 811.11), welches das Rauchen in geschlossenen Räumen, die der Öffentlichkeit zugänglich sind, verbietet, aber gleichzeitig vorsieht, dass für Rauchende getrennte und entsprechend gekennzeichnete Räume mit ausreichender Belüftung vorgesehen werden können, steht damit ausser Frage. Das Verbot ist in einem formellen Gesetz enthalten, es liegt als wichtiges Anliegen des Gesundheitsschutzes der Bevölkerung im öffentlichen

Interesse, ist verhältnismässig, da Ausnahmen zulässig sind und tangiert weder den Kerngehalt der persönlichen Freiheit der Rauchenden noch der Wirtschaftsfreiheit. Es geht im Übrigen nur insoweit über die Einschränkungen gemäss Bundesgesetz hinaus, als es keine reinen kleinen Raucherbetriebe zulässt, was aber nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist.

E. 10

§ 6bis Abs. 4 Gesundheitsgesetz sagt, dass getrennte und entsprechend gekennzeichnete Räume mit ausreichender Belüftung für Rauchende vorgesehen werden können. Diese Ausnahmemöglichkeit vom Rauchverbot muss für alle Bereiche gelten, in welchen das Rauchverbot gilt, also auch in der Gastronomie. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Bestimmung und ihrer Stellung im Gesetzestext. In den Abstimmungserläuterungen zur Volksabstimmung vom 26. November 2006 wurde explizit festgehalten, dass das Rauchverbot in der Gastronomie nicht die Rauchenden diskriminieren solle, weshalb in allen Gebäuden die Möglichkeit bestehe, für Rauchende entsprechende Räume einzurichten. Die Möglichkeit von Raucherräumen in der Gastronomie entspricht zweifellos auch dem Sinn der Vorschrift.

Diese vom Gesetz vorgesehene Möglichkeit für Raucherräume bedarf der Konkretisierung in weiteren Normen, damit sie in der Praxis umgesetzt werden kann. Die vom Regierungsrat in der Solothurnischen Verordnung erlassenen Bestimmungen für Fumoirs in Gastgewerbebetrieben sind allerdings nicht alle blosser Vollzugsvorschriften. Das Gesundheitsgesetz sieht aber in § 8 ausdrücklich vor, dass der Regierungsrat zur Verhütung von Gesundheitsschädigungen die erforderlichen gesundheitspolizeilichen Vorschriften erlässt, insbesondere über Bau, Unterhalt und Benützung allgemein zugänglicher Einrichtungen und die Ausübung von Gewerben. Damit werden Befugnisse zum Erlass weiterer Normen vom Gesetzgeber an die Exekutive delegiert. Zusammen mit dem gesetzlichen Auftrag, Raucherräume zu ermöglichen und der allgemeinen Vollzugskompetenz der Exekutive, die zudem in § 68 des Gesundheitsgesetzes noch ausdrücklich festgeschrieben ist, ist klar, dass der Regierungsrat nicht nur zu reinen Vollzugsbestimmungen befugt ist, sondern auch die relativ offen formulierte Gesetzesbestimmung, welche Raucherräume als Möglichkeit vorsieht, mit zusätzlichen Regeln weiter konkretisieren und damit überhaupt erst praktisch anwendbar machen darf.

E. 11

Die Delegation zum Erlass von Bestimmungen ist nach der Verfassung des Kantons zulässig, soweit es nicht um grundlegende und wichtige Bestimmungen geht (Art. 40 Abs. 1 KV). Grundlegende und wichtige Bestimmungen hat der Kantonsrat in Form des Gesetzes zu erlassen (Art. 71 Abs. 1 KV), während der Regierungsrat Verordnungen auf der Grundlage und im Rahmen der Gesetze, Staatsverträge und Konkordate erlässt (Art. 79 Abs. 2 KV). Was als grundlegende und wichtige Bestimmung im Sinne von Art. 40 Abs. 1 bzw. 71 Abs. 1 KV zu betrachten ist, kann nicht allgemein gesagt werden. Strengere Anforderungen gelten nach der Praxis dort, wo es um eine Einschränkung von Grundrechten geht, wobei die Natur und die Schwere des Eingriffs mit zu berücksichtigen sind. Im weitergehenden Umfang zulässig ist die Delegation namentlich dann, wenn es um die Regelung untergeordneter Einzelheiten technischer oder organisatorischer Natur geht (BGE 2P.283/2004, mit Hinweis auf BGE 130 I 16). Detailvorschriften über den Bau und den Betrieb von Raucherräumen in der Gastronomie fallen im Kontext des gesamten

Gesundheitsgesetzes nicht in diese Kategorie von Vorschriften, die zwingend im formellen Gesetz enthalten sein müssen. Grundlegend und wichtig in diesem Zusammenhang sind einzig das Rauchverbot in der Gastronomie und die Möglichkeit, als Ausnahme Raucherräume einrichten zu dürfen, und diese grundlegenden Bestimmungen sind im Gesetz enthalten.

12.a) Die vom Regierungsrat erlassenen Verordnungsvorschriften sind unbestritten, soweit es in § 1 Verordnung SO um die Definition der öffentlich zugänglichen Gastronomieräume geht, ebenso soweit in § 2 Fumoirs generell und weitere Räume bei Belegung durch geschlossene Gesellschaften vom Rauchverbot ausgenommen werden. Unbestritten bleibt von den Beschwerdeführern auch, dass Fumoirs entsprechend § 4 Abs. 1 so anzulegen sind, dass sie vom Nichtraucherbereich als feste Anlagen baulich getrennt sind, so dass kein Rauch in den übrigen Betrieb gelangen kann, dass sie gut belüftet sind, dass sie nicht als Durchgang zu andern Betriebsräumen dienen dürfen und klar als Raucherräume gekennzeichnet sind. Es handelt sich dabei um reine Vollzugsvorschriften. Diese wurden vom Regierungsrat in einem Zeitpunkt erlassen, in welchem das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen bereits erlassen und die entsprechende Verordnung des Bundesrats im Entwurf bekannt war. Sie lehnen sich ganz eng an die Vorschriften des Bundes an, welche ihrerseits verfassungsmässig nicht zu beanstanden sind. Zu Recht, denn spätestens ab 1. Mai 2010 gehen die Vorschriften des Bundes anderslautenden weniger strengen Vorschriften der Kantone vor, da sie übergeordnetes Recht sind.

b) Zu Recht nicht bestritten ist auch die Bewilligungspflicht nach § 5 der Verordnung SO. Auch dabei handelt es sich um eine reine Vollzugsvorschrift, die nicht zusätzlich oder gar unverhältnismässig in das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit eingreift.

c) Bestritten wird einmal die Gesetzmässigkeit der Vorschriften von § 3 Verordnung SO, wonach Fumoirs baulich abgetrennte Nebenräume des Betriebes sein müssen und nicht im Hauptausschankraum eines Betriebes (Gaststube) bestehen dürfen. Weil diese Vorschriften nicht vom Gesetz gedeckt seien, bedeuteten sie verfassungswidrige Eingriffe in ein Grundrecht. Beide Regeln, die unter sich zusammenhängen, schaffen dem Grundsatz des Rauchverbots in Gastronomiebetrieben Nachachtung, welches der Gesetzgeber erlassen hat. Nach § 12 Abs. 1 des Wirtschaftsgesetzes (WG, BGS 513.81), auf welchen in § 3 Abs. 2 kantonale Verordnung verwiesen wird, ist in Gastwirtschaftsbetrieben mindestens ein Raum allgemein zugänglich; in diesem dürfen sich Gäste zum Zwecke der Konsumation ohne besondere Erlaubnis aufhalten, während in den übrigen Räumen die Bewirtung der Gäste im Belieben der verantwortlichen Person liegt. Dieser Raum ist der Hauptausschankraum oder die sogenannte Gaststube. Und für diesen muss deshalb das Rauchverbot gelten, soweit es um Gastronomiebetriebe geht. Andernfalls würde das Rauchverbot seines Sinnes entleert und ins Gegenteil verkehrt, und es würden entgegen der gesetzlichen Vorschrift Raucherlokale zulässig. Da ein Raucherraum oder ein Fumoir ein separater Raum sein muss, kann es sich im Normalfall eines Gastgewerbebetriebes nur um einen Nebenraum handeln, weil die Gaststube oder der Hauptausschankraum rauchfrei betrieben werden muss.

Die Vorschriften entsprechen also dem Sinn des Gesetzes und sind vom Regierungsrat in Wahrnehmung seiner delegierten Kompetenz und der Vollzugskompetenz erlassen worden. Sie bedeuten keine unverhältnismässige zusätzliche Einschränkung, insbesondere weil auch die Möglichkeit besteht, vom Hauptausschankraum einen kleineren Teil als Raucherraum abzutrennen. Die Rüge der Verfassungswidrigkeit ist daher unberechtigt.

d) Auch die Vorschrift von § 4 Abs. 2 Verordnung SO, wonach die Fläche des Fumoirs kleiner sein muss als die Hälfte der ständig bewirtschafteten bewilligten Fläche, entspricht durchaus dem Sinn des Gesetzes. Sie korrespondiert mit den Regeln von § 3, wonach ein Fumoir in einem Nebenraum einzurichten ist oder ausnahmsweise im abgetrennten kleineren Teil der Gaststube. Wenn der Grundsatz lautet, dass auch in Restaurants, Barlokalen etc. das Rauchverbot gilt, bedeutet das zwingend, dass ein als Ausnahme zugelassener Raucherraum nicht über die grössere Fläche als der Nichtraucherbereich verfügen darf, sonst würde wiederum die Ausnahme (Raucherraum) zur Regel und damit das Gesetz seines Sinnes weitgehend entleert. Auch diese Vorschrift ist also gesetzmässig und widerspricht der Verfassung nicht.

Im Übrigen sieht das Bundesrecht in Art. 4 Abs. 4 PRSV vor, dass Raucherräume in Gastronomiebetrieben höchstens ein Drittel der Gesamtfläche der Ausschankräume betragen darf, und geht damit noch erheblich über die Einschränkung gemäss kantonalem Recht hinaus. Als höherrangiges Recht geht diese Bestimmung dem kantonalen Recht (ab 1. Mai 2010) vor. Ursprünglich hatte der Bundesrat sogar vorgesehen, die maximal zulässige Fläche eines Raucherraumes auf 80 m² zu begrenzen, also auf die Maximalfläche von Raucherbetrieben nach Bundesrecht, was dem Sinn des Gesetzes wohl auch nicht widersprochen hätte.

E. 13

Das Gesundheitsamt hat als zuständige Verwaltungseinheit zur Bewilligung der Fumoirs und zum Vollzug der entsprechenden Vorschriften im Januar 2009 zunächst Richtlinien zur Umsetzung des Rauchverbots geschaffen: Nach Erlass der Verordnung, in welcher diese Richtlinien, die auf den in der Zwischenzeit vom Bund erlassenen Regelungen beruhten, inhaltlich weitgehend übernommen wurden, verfasste das Gesundheitsamt am 25. Juni 2009 «Grundsätze für die Umsetzung der gesetzlichen Vorschriften zum Schutz vor Passivrauchen» und legte darin Kriterien für die Beurteilung von Gesuchen für Fumoirs fest, insbesondere zur Beurteilung, ob es sich beim Raum, für welchen ein Gesuch gestellt wurde, um ihn als Fumoir zu betreiben, um einen Nebenraum im Sinne der Verordnung handelt.

Diese Grundsätze entsprechen am ehesten einer Verwaltungsverordnung bzw. einer Dienstanweisung. Die Hauptfunktion einer Verwaltungsverordnung oder allgemeinen Dienstanweisung besteht darin, eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherzustellen. Nach herrschender Ansicht sind Verwaltungsverordnungen keine Rechtsquellen, enthalten also keine Rechtsnormen (Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, a.a.O., N 123 ff.). Das Verwaltungsgericht ist daran nicht gebunden, es prüft frei, ob die angefochtene Verfügung mit dem Gesetz und der Verordnung übereinstimmt. Soweit die Weisungen sich im Rahmen des Gesetzes und der Verordnung bewegen und keine zusätzlichen Einschränkungen für die Rechte der Betroffenen enthalten, wird das Gericht allerdings nicht ohne Grund davon abweichen (Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, a.a.O., N 134). Gerade bei Vorschriften, welche die Wirtschaftsfreiheit einschränken, ist die gleichmässige und rechtsgleiche Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen von besonderer Bedeutung, um dem im Grundrecht enthaltenen Gebot der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden Rechnung zu tragen.

14.a) Das Departement hat die Ablehnung des Gesuchs, die Lounge im Untergeschoss allein oder zusätzlich zu den Räumen im Obergeschoss als Fumoir zu bewilligen, einmal damit begründet, dass im Betrieb bereits ein Fumoir bewilligt worden sei und grundsätzlich nur ein Fumoir pro Betrieb bewilligt werde. Wie schon aus den «Grundsätzen» hervorgeht und die Beschwerdeführer zu recht monieren, ist die Beschränkung auf ein einziges Fumoir pro Betrieb jedoch weder im Gesetz noch in der Verordnung vorgesehen. Bei vielen Gastronomiebetrieben wird sich die Beschränkung auf einen Raum, in welchem geraucht werden darf, schon daraus ergeben, dass entweder überhaupt nur ein Raum zur Verfügung steht, der dann baulich unterteilt zum Teil als Raucherraum genutzt werden kann, oder nur ein einziger Nebenraum vorhanden ist, der sich als Fumoir betreiben lässt. Zu Recht wird aber schon in den «Grundsätzen» ausgeführt, dass bei grösseren Betrieben mit verschiedenen Angeboten von diesem Grundsatz abgewichen werden kann. Insbesondere wenn in einem grösseren Gastronomiebetrieb mit mehreren Lokalitäten verschiedene Angebote für Gäste vorhanden sind, beispielsweise die «gewöhnliche» Gaststube, ein separater Speisesaal mit gehobenerem Angebot, eine Bar, ein Dancing- oder Cabarettlokal, unter Umständen auch eine Kegelbahn muss es dem Betreiber erlaubt sein, für mehrere dieser verschiedenen Bereiche auch einen Raucherraum oder einen Raucherteil einzurichten und zu betreiben. Andernfalls ergäbe sich einmal ein Widerspruch zu der gesetzlichen Vorschrift, dass das Rauchverbot in allen Bereichen der Gastronomie Geltung hat, aber Ausnahmen für Rauchende vorgesehen werden können. Die Ausnahmevorschrift ist gesetzlich nicht beschränkt auf einzelne Bereiche der Gastronomie, und eine zusätzliche derartige Einschränkung wäre wegen des Grundrechtseingriffs ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage nicht zulässig. Im Weiteren ergäbe sich auch ein Widerspruch zu den «Grundsätzen» selber, wenn dort als Hauptkriterium für die Beurteilung, ob es sich um einen Nebenraum handle, darauf abgestellt wird, dass es sich nicht um ein eigenständiges Angebot handle, welches darin angeboten werde.

Da es sich beim Betrieb der Beschwerdeführer um einen grösseren Gastronomiebetrieb mit mehreren verschiedenen Angeboten handelt, so einem Speiserestaurant, einem Bistro und einer Bar, vermag die Begründung, es sei bereits ein Fumoir bewilligt, nicht durchzuschlagen, da sich das bestehende bewilligte Fumoir von seiner Lage und Ausstattung her klar und ausschliesslich dem Bereich des Restaurants zuordnen lässt.

b) Im Weiteren ist die Ablehnung damit begründet worden, dass es sich nicht um einen Nebenraum handle, sondern um einen eigenen Gastronomiebereich. Die Lounge im Untergeschoss werde aufgrund ihrer Lage im Betrieb mit separatem Eingang in einer andern Gasse als eigenständiger Betrieb wahrgenommen.

Beim Betrieb der Beschwerdeführer handelt es sich um einen grösseren Gastronomiebetrieb mit mehreren verschiedenen Angeboten. Nach der Philosophie der J. Gastronomie steht der Titel RESTAUBISTROBAR für die beste Mischung aus Restaurant, Bistro, Kaffeehaus, Eisdielen und Bar. Vom Frühstück für den Single über den Kaffee für den Shopper, den Mittagslunch für den Geschäftsmann, Eis und Gebäck am Nachmittag für die Schwatzer bis zum Barbesuch für die Nachtschwärmer soll das Gutgelaunt alle möglichen Kunden anziehen. Für die verschiedenen Kunden bzw. Angebotestehen auch verschiedene Räume zur Verfügung. Zwar ist unbestritten, dass im ganzen Lokal dieselbe Karte mit allen Angeboten aufliegt und wohl auch alle Angebote in jedem Raum erhältlich wären, verfügt doch der gesamte Betrieb über einen Warenaufzug, mit welchem sowohl Essen wie Getränke in alle Stockwerke transportiert werden können. In der Praxis ist aber klar, dass

der Geschäftsmann seinen Mittagslunch weder in der Lounge einnehmen wird, welche im Übrigen zu dieser Zeit in der Regel gar nicht geöffnet ist, noch in der Bar oder Eisdielen, sondern entweder im Speisesaal oder in einem der beiden kleineren Räume im Obergeschoss. Und ebenso klar ist, dass der Nachtschwärmer seinen Drink nicht im Obergeschoss einnehmen wird, sogar wenn dieses noch geöffnet hat, sondern in der Bar im Untergeschoss oder allenfalls im Bistro im Erdgeschoss. Da der Betrieb aus mehreren verschiedenen Bereichen besteht, lässt sich auch nicht von einem klaren Hauptraum und verschiedenen Nebenräumen sprechen. Von der Bedeutung für den Betrieb her ist wohl am Morgen und am Nachmittag das Erdgeschoss als Hauptraum zu betrachten, über Mittag und am Abend der Speisesaal im Obergeschoss und ab Feierabend bis zur Schliessungszeit zudem die Lounge im Untergeschoss. Alle diese Räume verfügen über Ausschänkeinrichtungen.

Von der Wahrnehmung von aussen her wirkt die Bar/Lounge im Untergeschoss zweifellos als eigener Betrieb, verfügt sie doch über einen separaten Zugang aus einer ganz andern Gasse und liegt auf einem andern Niveau. Die Wirkung nach aussen ist zwar nicht direkt ein gesetzliches Kriterium, ist aber vom Departement zu Recht als eines der Kriterien für die Definition des Nebenraumes herangezogen worden. Die Gesetzgebung zum Schutz der Gesundheit umfasst ja in § 6bis Gesundheitsgesetz unter der Marginalie «Tabakprävention» nicht nur das Rauchverbot in geschlossenen öffentlichen Räumen (Abs. 4), sondern generell die Tabakprävention, zum Beispiel mittels Verkaufsverbot an Kinder und Jugendliche (Abs. 1) und über Automaten (Abs. 2) sowie Werbeeinschränkungen (Abs. 3). Das Rauchverbot hat also zum Ziel, den Tabakkonsum und damit die entsprechenden gesundheitlichen Risiken und Folgeschäden zu vermindern. Die Wirkung nach aussen bzw. die Wahrnehmung von aussen ist unter diesem Aspekt durchaus von Bedeutung. Wenn ein Teil eines Gastronomiebetriebes, der vom Publikum und aus dem öffentlichen Raum als eigenes Lokal wahrgenommen wird, da er vollständig eingerichtet ist, über einen eigenen Zugang verfügt, andere Öffnungszeiten hat und auch von der Einrichtung her sich deutlich vom übrigen Bereich abhebt, als Fumoir betrieben werden dürfte, liefe das dem Präventionsgedanken diametral zuwider, da der Eindruck eines gesetzlich verpönten Raucherlokals entstünde. Die Bar/Lounge im Untergeschoss verfügt nicht nur über einen separaten Zugang; sie könnte mit den separaten Ausschänkeinrichtungen auch weitgehend autonom funktionieren, ist einzig für die WC-Anlage auf das Hochparterre angewiesen, mit welchem sie über eine interne Treppe verbunden ist. Die Bar wird auch als Bar separat beworben (vgl. Übersicht bei Solothurn-Tourismus unter www.solothurn-city.ch), und zur Zeit ist ein Gesuch um verlängerte Öffnungszeiten hängig. Die Öffnungszeiten sind schon jetzt anders als diejenigen im übrigen Betrieb, einerseits gemäss Gesuchsunterlagen, andererseits gemäss Wahrnehmung am Augenschein (Anschlag mit Öffnungszeiten); die unterschiedlichen Öffnungszeiten sind auch gerichtsnotorisch.

Als eigenständiger Betrieb dürfte die Bar/Lounge im Untergeschoss nicht mit der vollständigen Fläche als Raucherraum betrieben werden, da Raucherbetriebe nach der solothurnischen Gesetzgebung nicht zulässig sind. Aber auch wenn die Bar/Lounge zusammen mit dem Erdgeschoss/Hochparterre, für welches ebenfalls ein Gesuch um verlängerte Öffnungszeiten eingereicht ist, und das ebenfalls über eine Bartheke verfügt und von der Einrichtung her dem Untergeschoss nahe kommt, betrachtet wird, könnte eine Bewilligung nicht erteilt werden. Wenn diese beiden Geschosse zusammen als eigener Gastronomiebereich betrachtet werden, fehlt es zum einen ganz offensichtlich an der

Voraussetzung, dass das Fumoir flächenmässig nicht mehr Raum einnehmen darf, als die Hälfte der Fläche des Hauptausschankraumes. Historisch gesehen und auch aktuell von der Betriebsorganisation her ist das Hochparterre mit dem Hauptzugang vom Friedhofplatz als Hauptausschankraum oder «Gaststube» zu betrachten. Es wird vom Hauptzugang her zuerst erreicht, ohne dass andere Räume durchquert werden müssen, und auf dieser Etage befinden sich zudem sowohl die Küche wie auch die WC-Anlage. Die bewirtete Fläche im Untergeschoss ist mit 68 m² wesentlich grösser als die Fläche im Hochparterre, welche im Gesuch mit 35.2 m² angegeben ist. Zudem erfolgte der Zugang von der Pfisterngasse her durch den Raucherraum, bevor der Nichtraucherbereich im Erdgeschoss/Hochparterre erreicht würde. Würde die Bar/Lounge im Untergeschoss als Hauptausschankraum dieses Gastronomiebereichs betrachtet, dürfte sie ohnehin nicht als Fumoir betrieben werden.

Verwaltungsgericht, Urteil vom 21. Dezember 2009 (VWBES.2009.336)

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