

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00156 vom 26. Oktober 2006

ZH Verwaltungsgericht, 2006-10-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2013.00156

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00156 du 26 octobre 2006

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00156 del 26 ottobre 2006

Regeste

verwaltungsrechtliche Massnahmen | [Im Restaurant des Beschwerdeführers wurde einer 15-jährigen Testperson ein alkoholisches Getränk verkauft, woraufhin die Verwaltungspolizei ihn (kostenpflichtig) zur Einhaltung seiner Pflichten ermahnte.] Zuständigkeit (E. 1). Sowohl im Patent zur Führung einer Gastwirtschaft mit Alkoholausschank als auch in § 25 Abs. 2 f. GastgewerbeG und § 48 Abs. 6 GesG wird der Verkauf und die kostenlose Weitergabe von Alkohol an Jugendliche unter 16 bzw. 18 Jahren verboten (E. 3). Nach § 48 Abs. 7 GesG können Gemeinden (wie auch der Kanton) die Einhaltung des Alkoholabgabeverbotes unter anderem kontrollieren, indem sie Personen, die das erforderliche Mindestalter noch nicht erreicht haben, mit dem Abschluss von Scheingeschäften betrauen (E. 4.2). Verwaltungsrechtliche Massnahmen bis hin zum Patentzug können unabhängig vom Ausgang eines Strafverfahrens angeordnet werden. Für das Straf- und das Verwaltungsverfahren ist daher getrennt und aus verschiedenen Winkeln zu prüfen, ob die Testkäufe zulässig bzw. die Erkenntnisse daraus verwertbar sind (E. 4.4). Für die Testverkäufe und daraus resultierende verwaltungsrechtliche Massnahmen besteht mit § 48 Abs. 7 GesG eine ausdrückliche und spezifische Grundlage. Unerheblich ist dabei, dass die Bestimmung nicht im Gastgewerbegesetz, sondern in dem bei weiterem Geltungsbereich die Gastronomie mitumfassenden Gesundheitgesetz enthalten ist. Es ist von der Zulässigkeit der Testkäufe im Verwaltungsverfahren auszugehen (E. 4.6). Hier liegt eine verhältnismässige Anordnung vor, die nicht zu beanstanden ist (E. 4.8). Die auferlegte Gebühr hält sich innerhalb des von der Verordnung vorgegebenen Rahmens und erscheint überdies in ihrer Höhe nicht als rechtsverletzend (E. 4.9). Dem Beschwerdeführer werden die Kosten auferlegt und es steht ihm keine Parteientschädigung zu (E. 5.2). Sodann bleibt dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung verwehrt (E. 5.3). Abweisung.

Erwägungen

E. 4

der Verfügung vom 27. März 2012 – als verhältnismässig erachtet werden. So dienen sie dazu, Wiederholungsfälle zu vermeiden, indem der Patentinhaber an seine Pflichten erinnert wird. Der Hinweis, dass im Wiederholungsfall allenfalls einschneidende Massnahmen ergriffen werden können, eignet sich ebenso, das Risiko eines weiteren Verstosses zu reduzieren. Insgesamt erweist sich damit die als Verwarnung zu qualifizierende Verfügung als das mildeste Mittel gegenüber den bloss angedrohten einschneidenderen Massnahmen (bis hin zum Patentzug), welche bei fortwährender Missachtung des Alkoholabgabeverbotes zur Disposition stünden. Als solches trägt sie namentlich auch dem Umstand in genügender Weise Rechnung, dass ein ein- bzw. erstmaliger Verstoss gegen die erwähnten Verhaltensvorschriften zur Diskussion steht. Es

liegt insofern eine verhältnismässige Anordnung vor, welche nicht zu beanstanden ist.

E. 4.1

Unter dem Titel "Betriebsführung" sieht das Gastgewerbegesetz insbesondere vor, dass der Patentinhaber für die Aufrechterhaltung von Ordnung und guter Sitte im Betrieb verantwortlich ist (§ 17 Abs. 1 GastgewerbeG), wobei zur ordnungsgemässen Betriebsführung auch das vorgenannte Alkoholabgabeverbot nach § 25 GastgewerbeG zählt – wie sich ohne weiteres bereits aus seiner gesetzessystematischen Stellung ergibt. Der Patentinhaber hat für die Zeit seiner Abwesenheit eine Person mit der Stellvertretung zu beauftragen, welcher die gleichen Pflichten wie ihm obliegen (§ 17 Abs. 2 GastgewerbeG), und ist überdies für das Verhalten der im Betrieb tätigen Personen verantwortlich (§ 19 GastgewerbeG).

E. 4.2

Nach § 3 Abs. 2 GastgewerbeV werden Patente entzogen, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung nicht mehr gegeben sind (vgl. §§ 6–8 sowie 13 f. und 30 GastgewerbeG). Für den Entzug von Patenten (§ 5 Abs. 2 lit. a GastgewerbeG) und den Vollzug des Gastgewerbegesetzes im Allgemeinen ist dabei die Gemeindebehörde zuständig (§ 5 Abs. 2 lit. b GastgewerbeG; vgl. auch § 48 Abs. 1 GesG). Die Gemeinden (wie auch der Kanton) können die Einhaltung des in § 48 Abs. 6 GesG – im Wesentlichen mit § 25 GastgewerbeG übereinstimmend – geregelten Alkoholabgabeverbotes nach dem seit 1. Januar 2012 in Kraft stehenden § 48 Abs. 7 GesG (OS 66, 850) unter anderem kontrollieren, indem sie Personen, die das erforderliche Mindestalter noch nicht erreicht haben, mit dem Abschluss von Scheingeschäften betrauen.

E. 4.3

Nach § 39 Abs. 1 lit. b GastgewerbeG wird derjenige mit einer Busse bestraft, der als verantwortliche Person die Patentbefugnisse überschreitet, die Schliessungsstunde nicht beachtet oder die gesetzlichen Anforderungen an die Betriebsführung verletzt. Weitere – hier nicht einschlägige – Strafbestimmungen sind in § 39 Abs. 1 lit. a und c GastgewerbeG enthalten. Mit Blick auf ein allfälliges Strafverfahren – auf dessen Einleitung im vorliegenden Fall ausdrücklich verzichtet wurde – ist die Durchführung von – als verdeckte Ermittlung zu qualifizierenden – Alkoholtestkäufen durch Jugendliche bzw. deren Verwertbarkeit als Beweismittel – wie auch der Beschwerdeführer moniert – in Ermangelung einer diesbezüglichen gesetzlichen Grundlage im Strafprozessrecht umstritten (vgl. BGr, 10. Januar 2012, 6B_334–337/2011, E. 3–5; OGr, 17. November 2011, UE110021, E. II/4–7 [abrufbar unter www.gerichte-zh.ch —> Entscheide]; BBl 2012, 1315 ff., 1376–1378, sowie 5609 ff., 5611).

E. 4.4

Verwaltungsrechtliche Massnahmen bis zum Patententzug können unabhängig vom Ausgang eines Strafverfahrens angeordnet werden (§ 39 Abs. 2 GastgewerbeG). Diese Regelung verletzt die Unschuldsvermutung, welche im Übrigen so nur für das Strafverfahren gilt, nicht (BGr, 4. Februar 2003, 2P.193/2002, E. 4.1; VGr, 6. Oktober 2010, VB.2010.00167, E. 6.7.2 – 3. September 2009, VB.2009.00368, E. 4.2 [nicht auf www.vgrzh.ch publiziert] – 19. Juni 2008, VB.2008.00237, E. 4.3; vgl. ferner VGr, 9. August 2012, VB.2012.00416, E. 3.1). Mit einem Strafverfahren werden andere Ziele verfolgt als mit einer verwaltungsrechtlichen Massnahme, deren Ziel hier die konsequente Umsetzung der Jugendschutzbestimmungen ist. Für das Strafverfahren und das

Verwaltungsverfahren ist daher getrennt und aus verschiedenen Blickwinkeln zu prüfen, ob die Testkäufe zulässig bzw. die Erkenntnisse daraus verwertbar sind. Die vom Beschwerdeführer angerufene strafrechtliche Rechtsprechung greift hier jedenfalls nicht (vgl. VGr BE, 15. September 2009, BVR 2010 S. 266, E. 4.3 f.; BGr, 10. Januar 2012, 6B_334/2011, E. 4.3).

E. 4.5

Vorliegend wurde auf die Einleitung eines Strafverfahrens explizit verzichtet; ob dies deshalb geschah, weil die Verwertbarkeit solcher Testkäufe als Beweis aufgrund fehlender gesetzlicher Regelung ab Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung am 1. Januar 2011 umstritten war oder Zweifel am Vorsatz der handelnden Angestellten bestanden, kann offenbleiben. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist denn auch nicht eine (strafrechtliche) Busse, sondern vielmehr eine verwaltungsrechtliche Massnahme.

E. 4.6

Der Gemeindebehörde obliegen der Vollzug des Gastgewerbegesetzes und damit auch die Kontrolle der im Patent genannten Auflagen. Dass hierbei die genannten Testkäufe hilfreich sein können, um Missstände aufzudecken und die Zahl der rechtswidrigen Alkoholverkäufe an Jugendliche zu senken, gilt als erstellt (vgl. BBl 2012, 1315 ff., 1376 f. und 1433). Mit § 48 Abs. 7 GesG besteht hierfür auch eine ausdrückliche und spezifische gesetzliche Grundlage. Unerheblich ist dabei, dass die genannte Bestimmung nicht im Gastgewerbegesetz, sondern in dem bei weiterem Geltungsbereich die Gastronomie mitumfassenden (vgl. ABl 2010, 2387) Gesundheitsgesetz enthalten ist. Ebenso wenig wird § 48 Abs. 7 GesG – was die Verwertbarkeit solcherart erlangter Beweise in Verwaltungsverfahren anbetrifft – dadurch in Frage gestellt, dass de lege ferenda die Frage der Testkäufe mit Blick auf die unbefriedigende Rechtslage in strafprozessualer Hinsicht im Rahmen der Totalrevision des Alkoholgesetzes bundesrechtlich geregelt werden soll (vgl. Art. 13 des Entwurfs für ein Alkoholhandelsgesetz [BBl 2012, 1493 ff., 1497 f., sowie dazu BBl 2012, 1315 ff., 1376–1378 und 1433 f.]). Solange eine solche Regelung noch nicht in Kraft ist, behält § 48 Abs. 7 GesG – jedenfalls für die Frage der Verwertbarkeit von Ergebnissen aus Testkäufen im vorliegend interessierenden verwaltungsrechtlichen Kontext – seine selbstständige Bedeutung. Entsprechend ist von der Zulässigkeit der Testkäufe im Verwaltungsverfahren auszugehen (gleicher Meinung VGr BE, 15. September 2009, BVR 2010 S. 266, E. 4.5).

E. 4.7

Das Alkoholabgabeverbot gemäss § 25 GastgewerbeG wird verletzt in dem Moment, in welchem einer das Mindestalter nicht erfüllenden Person ein alkoholisches Getränk ausgegeben wird – auf den Vorsatz der handelnden Person kommt es dabei nicht an. Dass die Verletzung von § 25 GastgewerbeG bzw. der entsprechenden Auflagen im Patent verwaltungsrechtliche Massnahmen zur Folge haben kann, ist nicht zu beanstanden und ergibt sich aus dem Gastgewerbegesetz. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, er sei seinen Pflichten als Patentinhaber nachgekommen und habe seine Angestellten geschult, ist festzuhalten, dass das Alkoholabgabeverbot nach § 25 GastgewerbeG – wie ausgeführt – durch eine für ihn tätige Person, für deren Verhalten er verantwortlich ist, verletzt wurde. Eine weitergehende Exkulpation, wie sie etwa die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 des Obligationengesetzes (SR 220) zulässt (bei Beachtung der cura in eligendo, instruendo et custodiendo), fällt verwaltungsrechtlich, wenn es – wie hier – um den Schutz von

Polizeigütern geht, ausser Betracht (so auch VGr BE, 15. September 2009, BVR 2010 S. 266, E. 5.2). Die Ermahnung, die Pflichten, welche sich aus dem Patent ergeben, einzuhalten, insbesondere das Alkoholabgabeverbot zu beachten, erscheint als angemessene Reaktion auf die erfolgte Abgabe eines Martinis an eine fünfzehnjährige Testperson.

E. 4.8

Eine verwaltungsrechtliche Massnahme muss verhältnismässig sein. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlangt, dass eine behördliche Massnahme geeignet, erforderlich und für den Betroffenen zumutbar ist (vgl. dazu Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 581 ff.). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, können sowohl die Ermahnung des Patentinhabers zur Einhaltung seiner Pflichten – wie dies in Ziff. 1 der Verfügung vom 27. März 2012 erfolgte – wie auch die Androhung weiterer verwaltungsrechtlicher Schritte bis hin zum Patentzug für künftige Verstösse – entsprechend Ziff.

E. 4.9

Mit der Verfügung vom 27. März 2012 wurde dem Beschwerdeführer sodann eine Gebühr für die erfolgte Kontrolle zur Überprüfung der Einhaltung des Alkoholabgabeverbotes auferlegt. Die Kostenaufgabe stützt sich auf die Verordnung über die Gebühren der Gemeindebehörden vom 8. Dezember 1966 (VOGG, LS 681), welche die Verwaltungsgebühr für die Amtstätigkeit der Gemeindebehörden festsetzt, soweit nicht besondere Gebührenvorschriften bestehen. Nach § 1 lit. A Ziff. 4 VOGG wird für die Ausübung der behördlichen Aufsichts- und Kontrollfunktionen eine Gebühr zwischen Fr. 25.- und Fr. 1'500.- vorgesehen, wobei, wenn der behördliche Aufwand im Einzelfall geringfügig ist, niedrigere Ansätze angewendet werden können. Die Gebühr von insgesamt Fr. 336.- hält sich damit innerhalb des vom (materiellen) Gesetz vorgegebenen Rahmens. Als Verwaltungsgebühr erscheint sie überdies in ihrer Höhe – angesichts des der Verwaltungspolizei durch den Beschwerdeführer verursachten Aufwands – nicht als rechtsverletzend.

E. 5.1

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 5.2

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen und steht ihm keine Parteientschädigung zu (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG sowie § 17 Abs. 2 VRG).

E. 5.3

Sodann hat auch der Beschwerdegegner die Zusprechung einer Parteientschädigung verlangt. Gemeinwesen besitzen in der Regel keinen Anspruch auf Parteientschädigung; vor allem grössere und leistungsfähigere haben sich so zu organisieren, dass sie Verwaltungsstreitsachen selbst durchfechten können (Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 17 N. 19, auch zum Folgenden; vgl. RB 2008 Nr. 18 E. 2.3.1 Abs. 2). Denn die Erhebung und Beantwortung von Rechtsmitteln gehört zu den angestammten amtlichen Aufgaben. Zudem beschlagen die Kontroversen meist ein Rechtsgebiet, wo die Gemeinwesen gegenüber den beteiligten Privaten einen Wissensvorsprung aufweisen. Schliesslich übersteigt der in einem Rechtsmittelverfahren gebotene Behördenaufwand

vielfach jenen nicht wesentlich, der im vorangehenden nichtstreitigen Verfahren ohnehin erbracht werden musste. Umgekehrt verhält es sich aber, wenn es ausserordentlicher Bemühungen bedarf (vgl. etwa VGr, 26. Oktober 2006, VB.2006.00292, E. 4 Abs. 2; siehe zum Anspruch von kleineren Gemeinden auf eine Parteientschädigung in Fällen, bei welchen es keiner solchen Bemühungen bedarf, Kölz/Bosshart/Röhl, § 17 N. 20, auch zum Folgenden). Der im vorliegenden Fall zu leistende Aufwand erscheint nicht als aussergewöhnlich, sondern als im Rahmen der ordentlichen Verwaltungstätigkeit liegend, weshalb auch dem Beschwerdegegner keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

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