



Fall-Nr.: B 2008/224
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 19.08.2009
Entscheiddatum: 19.08.2009

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. August 2009

Gesundheitsgesetz, Schutz vor dem Passivrauchen, Art. 52quinquies GesG (sGS 311.1). Rechtmässigkeit der Verweigerung einer Bewilligung als Raucherbetrieb, Unzumutbarkeit der Trennung von Raucher- und Nichtraucherraum nicht nachgewiesen, Verweigerung der Bewilligung verstösst nicht gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit, gegen das Willkürverbot und gegen die Wirtschaftsfreiheit (Verwaltungsgericht, B 2008/224).

Anwesend: Präsident Prof. Dr. U. Cavelti; Verwaltungsrichter Dr. E. Oesch-Frischkopf, lic. iur. A. Linder, Dr. B. Heer, lic. iur. A. Rufener; Gerichtsschreiber lic. iur. Th. Vögeli

In Sachen

Hanns-Ulrich Ilg, Restaurant Le Bistro, Vadianstrasse 29, 9000 St. Gallen,

Beschwerdeführer,

vertreten durch

gegen

Gesundheitsdepartement des Kantons St. Gallen, Davidstrasse 27, 9001 St. Gallen,



St.Galler Gerichte

Vorinstanz,

und

Politische Gemeinde St. Gallen, vertreten durch den Stadtrat, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Ausnahmebewilligung für einen Raucherbetrieb

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Hanns-Ulrich Ilg betreibt im Parterre des Neumarkts 3 an der Vadianstrasse 29 in St. Gallen seit dem Jahr 2002 das Restaurant "Le Bistro"; es verfügt über einen Innenbereich und eine Terrasse mit jeweils ca. 90 Sitzplätzen.

Mit Schreiben vom 9. Juli 2008 stellte Hanns-Ulrich Ilg bei der Stadtpolizei St. Gallen (nachfolgend Stadtpolizei) das Gesuch, es sei ihm eine Ausnahmebewilligung im Sinne von Art. 52quinquies des Gesundheitsgesetzes (sGS 311.1, abgekürzt GesG) zu erteilen, damit er das Restaurant "Le Bistro" als Raucherbetrieb führen könne.

Mit Verfügung vom 25. Juli 2008 wies die Stadtpolizei das Gesuch ab.

B./ Mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin vom 11. August 2008 erhob Hanns-Ulrich Ilg gegen die Verfügung der Stadtpolizei Rekurs beim Gesundheitsdepartement. In seiner Rekursergänzung und -begründung vom 29. September 2008 stellte er den Antrag, es sei ihm im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Verfahrens die Bewilligung zu erteilen, seinen Gastronomiebetrieb als Raucherbetrieb zu führen, eventuell befristet, bis das Stimmvolk des Kantons St. Gallen über die Initiativen der Lungenliga sowie der Raucherliga entschieden habe.



St.Galler Gerichte

Mit Zwischenentscheid vom 3. Oktober 2008 lehnte das Gesundheitsdepartement das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab. Die am 9. Oktober 2008 gegen diesen Zwischenentscheid des Gesundheitsdepartements erhobene Beschwerde wies der Präsident des Verwaltungsgerichts mit Entscheid vom 7. November 2008 ab.

Mit Entscheid vom 25. November 2008 wies das Gesundheitsdepartement den ab. Es erwog, der Einbau eines Fumoirs sei Hanns-Ulrich Ilg zumutbar. Die Stadtpolizei habe das Rechtsgleichheitsgebot nicht verletzt, als sie ihm die Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 52quiquies Abs. 2 GesG verweigerte. Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit sei nicht verletzt worden. Eine Verletzung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne liege ebenfalls nicht vor, und es sei im vorliegenden Fall generell keine Ausnahmesituation gegeben, welche die Erteilung einer Ausnahmegewilligung rechtfertigen würde.

C./ Mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin vom 11. Dezember 2008 erhob Hanns-Ulrich Ilg Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, es sei ihm die Bewilligung zu erteilen, seinen Gastronomiebetrieb "Le Bistro", Neumarkt 3, Vadianstrasse 29, 9000 St. Gallen, als Raucherbetrieb zu führen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Im wesentlichen macht der Beschwerdeführer geltend, der Einbau eines Fumoirs sei ihm aus finanziellen Gründen nicht zumutbar. Die Vorinstanz habe in ihrem Entscheid nicht sämtliche Kosten berücksichtigt, die beim Einbau eines Fumoirs anfallen, und die Verweigerung, eine Ausnahmegewilligung zu erteilen, verletze – ebenso wie die gesetzliche Regelung des Rauchverbots und das Konzept der Ausnahmegewilligungen – die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 der Schweizerischen Bundesverfassung (SR 101, abgekürzt BV) in Verbindung mit Art. 94 BV. Schliesslich verstosse die Bewilligungsbehörde der Stadt St. Gallen gegen das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV, da sie die Kriterien nicht transparent mache, nach denen sie Ausnahmegewilligungen erteile.

Die Vorinstanz liess sich mit Schreiben vom 27. Januar 2009 vernehmen; sie beantragt die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Denselben Antrag stellte die Beschwerdeführerin in ihrer Vernehmlassung vom 18. Februar 2009.



St.Galler Gerichte

Der Beschwerdeführer erhielt Gelegenheit, sich zu den Vernehmlassungen der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin zu äussern. Dies tat er mit Eingabe vom 6. März 2009.

Mit Schreiben vom 26. Mai 2009 reichte der Beschwerdeführer unaufgefordert weitere Dokumente nach, welche die Geschäftsentwicklung seines Restaurants in den Monaten März und April 2008 bzw. 2009 dokumentieren.

Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin haben innert der angesetzten Frist auf eine weitere Stellungnahme verzichtet.

Mit Schreiben vom 15. Juli 2009 reichte der Beschwerdeführer Dokumente nach, welche die Geschäftsentwicklung seines Restaurants in den Monaten Mai und Juni 2008 bzw. 2009 dokumentieren.

Die weiteren von den Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge gemachten Ausführungen werden, soweit wesentlich, in den nachstehenden Erwägungen dargelegt und gewürdigt.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59bis Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, sGS 951.1, abgekürzt VRP). Der Beschwerdeführer ist zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerdeeingabe vom 11. Dezember 2008 entspricht zeitlich, formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VRP).

Dem Beschwerdeführer wurden die Vernehmlassungen der Vorinstanz sowie der Beschwerdegegnerin zugestellt, und es wurde ihm Gelegenheit gegeben, dazu Stellung zu nehmen, soweit darin neue tatsächliche oder rechtliche Argumente vorgebracht würden, welche bisher nicht erörtert worden seien. Es wurde darauf hingewiesen, dass das Gericht über die Zulassung der Stellungnahme entscheiden werde. Der Beschwerdeführer nahm mit Eingabe vom 6. März 2009 zu den beiden Vernehmlassungen Stellung.



Eine Beschwerdeergänzung auf dem Wege der Replik ist nur insoweit statthaft, als die Ausführungen in den Vernehmlassungen dazu Anlass geben. Mit Anträgen und Rügen, welche der Beschwerdeführer bereits in der Beschwerde hätte erheben können, ist er nach Ablauf der Beschwerdefrist ausgeschlossen (BGE 132 I 42 E. 3.3.4 mit Hinweis auf BGE 131 I 291 ff.).

Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin haben in ihren Stellungnahmen keine Anträge gestellt, die über die im Rekursverfahren gestellten Begehren hinausgingen. Die Vorinstanz hat indes in ihrer Stellungnahme vom 27. Januar 2009 Argumente tatsächlicher Natur vorgebracht, die sich als neu qualifizieren lassen und denen sich auch die Beschwerdegegnerin in ihrer Stellungnahme vom 18. Februar 2009 anschloss; so relativierte sie Berechnungen des Beschwerdeführers zu den Umsatzeinbussen in seinem Lokal für die Monate Oktober und November 2008, indem sie neue Berechnungen anstellte und diese auf Zahlen abstützte, welche der Beschwerdeführer erst im Verfahren vor Verwaltungsgericht eingereicht hatte. Ausserdem setzte sie den Abschreibungszeitraum für ein allenfalls einzubauendes Fumoir auf 15 Jahre fest, während sie im Entscheid vom 25. November 2008 noch von fünf Jahren ausging. Da neue tatsächliche Vorbringen vorliegen, hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Replik; auf seine Stellungnahme vom 6. März 2009 ist somit einzutreten.

2. Der Beschwerdeführer beantragt in seiner Stellungnahme vom 6. März 2009, es sei in seinem Restaurant "Le Bistro" ein Augenschein durchzuführen. Aufgrund der vorliegenden Akten der Vorinstanz – und insbesondere der Fotodokumentation – ist der Sachverhalt klar erstellt; auf einen Augenschein im Lokal des Beschwerdeführers wird daher verzichtet.

3. Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe in ihrem Entscheid vom 25. November 2008 den unbestimmten Rechtsbegriff der "Zumutbarkeit" im Sinne von Art. 52quinquies Abs. 2 GesG fehlerhaft konkretisiert. Es sei in seinem Fall objektiv begründet, weshalb ihm der Einbau eines Fumoirs nicht zumutbar sei. Er verfüge nicht über die notwendigen finanziellen Mittel, um den Einbau eines Fumoirs zu realisieren, und er bestreite, dass es ihm selbst bei einem Betrieb mit Fumoir gelingen würde, die Kosten des Einbaus innert fünf Jahren zu amortisieren und daneben noch ein existenzsicherndes Einkommen zu erzielen. Die Weiterführung



seines Betriebs würde sich damit für ihn nicht mehr lohnen und die Notwendigkeit der Geschäftsaufgabe mit sich bringen. Er selbst – wie auch seine Angestellten – würden ihre Existenzgrundlage verlieren.

3.1. Gemäss Art. 52quinquies Abs. 2 GesG können gastgewerbliche Betriebe auf Bewilligung der politischen Gemeinde hin als Raucherbetriebe geführt werden; diese wird erteilt, wenn die Betreiberin oder der Betreiber den Nachweis erbringt, dass eine Trennung von Raucher- und Nichtraucherräumen nicht möglich oder unzumutbar ist und die Voraussetzungen nach Abs. 1 lit. a und b erfüllt sind. In gastgewerblichen Betrieben sind Rauchzimmer gemäss Art. 52quinquies Abs. 1 GesG auf höchstens einem Drittel der Schankfläche in geschlossenen Räumen zulässig, wenn ein Patent für einen Betrieb nach dem Gastwirtschaftsgesetz vom 26. November 1995 erteilt wurde (lit. a) und für angrenzende, allgemein zugängliche Räume der Schutz vor Passivrauchen gewährleistet ist (lit. b).

3.1.1. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid vom 25. November 2008 Art. 52quinquies Abs. 2 GesG angewendet; dabei ist sie zum Ergebnis gelangt, der Einbau eines Fumoirs sei dem Beschwerdeführer zumutbar. Sie stellte sich auf den Standpunkt, es habe ausser Acht zu bleiben, ob der Einbau eines Rauchzimmers subjektiv als unzumutbar empfunden werde; abzustellen sei einzig auf objektiv nachvollziehbare Kriterien. Dabei seien insbesondere das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Pflicht zur Wahrung der öffentlichen Interessen zu befolgen, wobei im vorliegenden Fall keiner dieser Grundsätze verletzt sei.

3.1.2. Unter welchen Umständen eine Trennung von Raucher- und Nichtraucherräumen unzumutbar oder zumutbar ist und ob sich diese Zumutbarkeit bzw. Unzumutbarkeit nach objektiven oder nach subjektiven Kriterien richtet, lässt Art. 52quinquies Abs. 2 GesG offen. Beim Begriff "unzumutbar", den der Gesetzgeber in Art. 52quinquies Abs. 2 GesG verwendet hat, handelt es sich um einen klassischen unbestimmten Rechtsbegriff (vgl. etwa Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 446). Unbestimmte Rechtsbegriffe sind dadurch gekennzeichnet, dass die Umschreibung des Tatbestands unbestimmt ist (BGE 122 III 289 E. 3a; Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 26 N 25). Durch unbestimmte Rechtssätze überlässt es der Gesetzgeber in gewissem



Umfang den rechtsanwendenden Behörden, den Tatbestand näher zu bestimmen; der Richter oder die rechtsanwendende Behörde tun dies durch eine Auslegung bzw. Konkretisierung der unbestimmten Norm im weiteren Sinn (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St. Gallen, St. Gallen 2003, Rz. 724). Die Auslegung wird als Rechtsfrage angesehen (BGE 119 Ib 40 E. 3b; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 26 N 28), weshalb das in der Kognition grundsätzlich auf die Rechtskontrolle beschränkte Verwaltungsgericht befugt ist, die Konkretisierung bzw. Auslegung durch die Vorinstanz frei zu überprüfen (vgl. BGE 119 Ib 40 E. 3b; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 446b; Cavelti/ Vögeli, a.a.O., Rz. 724). Allerdings gilt es zu beachten, dass das Verwaltungsgericht nicht den ganzen Bereich des Beurteilungsspielraums, der bei einem unbestimmten Rechtsbegriff gegeben ist, voll überprüfen soll, wenn die Verwaltungsbehörde zur Beurteilung der konkreten Umstände besser geeignet ist als das Gericht; dies trifft insbesondere zu, wenn die örtlichen Verhältnisse besonders wichtig, die aufgeworfenen Fragen technischer Natur oder die Verwaltungsbehörden den tatsächlichen Verhältnissen näher oder damit vertrauter sind (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 446c; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 26 N 29).

3.1.3. Der Entscheid über eine Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 52quinquies Abs. 2 GesG ist ein Verwaltungsakt, dessen Ergebnis von verschiedenen tatsächlichen Faktoren abhängt. Sowohl den örtlichen Verhältnissen als auch technischen Fragen kommt dabei eine entscheidende Rolle zu. Naturgemäss stehen die Verwaltungsbehörden diesen tatsächlichen Verhältnissen näher als das Verwaltungsgericht. Was der Begriff der "Unzumutbarkeit", wie ihn Art. 52quinquies Abs. 2 GesG festhält, umfasst, ist grundsätzlich eine rechtliche Frage. Wie – zumindest sinngemäss – aus dem Wortlaut des Art. 52quinquies Abs. 2 GesG hervorgeht, wollte der Gesetzgeber jedoch beim Entscheid, ob eine Trennung von Raucher- und Nichtraucheräumen im Einzelfall zumutbar ist, den Verwaltungsbehörden eine gerichtlich zu respektierende Entscheidungsbefugnis einräumen. Der Verwaltungsbehörde ist somit – im Rahmen der Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der "Unzumutbarkeit" – ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen, in welchen das Verwaltungsgericht nicht eingreift. Festzuhalten gilt es in diesem Zusammenhang aber, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, es habe ausser Acht zu bleiben, ob der Einbau eines Rauchzimmers subjektiv als unzumutbar empfunden werde; die Vorinstanz durfte voraussetzen, dass die verfügende Behörde



ihren Entscheid einzig auf objektiv nachvollziehbare Kriterien abstellt, was der Beschwerdeführer im übrigen auch nicht bestreitet. Im Streitfall ist einzig zu prüfen, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte. Diese Rechtsfrage prüft das Verwaltungsgericht von Amtes wegen.

Eine Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn die Behörde in einem Bereich Ermessen ausübt, in welchem der Rechtssatz kein Ermessen eingeräumt hat (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 467). Ermessensmissbrauch liegt vor, wenn die Behörde zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Entscheidungsspielraums bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der Vorschrift fremden Erwägungen leiten lässt oder allgemeine Rechtsgrundsätze – wie etwa das Willkürverbot oder das Rechtsgleichheitsgebot - verletzt. Ebenso wird Ermessensmissbrauch angenommen, wenn die Behörde wesentliche Gesichtspunkte unberücksichtigt lässt.

3.1.4. Dass die Vorinstanz mit ihrem Entscheid vom 25. November 2008 Ermessen überschritten hätte, ist nicht ersichtlich; Art. 52quinquies Abs. 2 GesG gewährt mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der "Unzumutbarkeit" ausdrücklich einen Beurteilungsspielraum. Zu prüfen ist einzig, ob die Vorinstanz mit ihrem Entscheid Ermessen missbraucht hat.

Wie aus den Akten hervorgeht, hat sich die Vorinstanz bei ihrem Entscheid, dass der Einbau eines Fumoirs dem Beschwerdeführer zumutbar ist, von sachlichen Argumenten leiten lassen. Sie hat die finanziellen Folgen, welche der allfällige Einbau eines Fumoirs dem Beschwerdeführer verursachen würde - insbesondere die Höhe der anfallenden Kosten sowie deren Amortisation -, sorgfältig geprüft und dabei die wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt; dasselbe gilt für die Beurteilung der Umsatzentwicklung im Lokal des Beschwerdeführers. Auch mit den technischen Aspekten eines allfälligen Umbaus – wie etwa der Wahl des Glases für ein allfälliges Fumoir, die Art der Zugangstüre und Fragen zur erforderlichen Lüftungsanlage - hat sich die Vorinstanz detailliert befasst. Willkür ist im Entscheid der Vorinstanz ebensowenig ersichtlich wie ein Verstoss gegen das Rechtsgleichheitsgebot. Insbesondere kann offen bleiben, ob der allfällige Einbau eines Fumoirs Kosten von rund Fr. 70'000.-- oder – wie der Beschwerdeführer geltend macht – von Fr. 111'400.-- verursachen würde. Angesichts der aufgrund der Steuererklärung ausgewiesenen



Vermögens- und Einkommensverhältnisse durfte die Vorinstanz davon ausgehen, dass dem Beschwerdeführer selbst die Amortisation des höheren Investitionsbetrags zumutbar wäre, weshalb sie auch in dieser Hinsicht das Willkürverbot nicht verletzt hat.

Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe den unbestimmten Rechtsbegriff der "Zumutbarkeit" im Sinne von Art. 52quinquies Abs. 2 GesG fehlerhaft konkretisiert, ist unbegründet; die Beschwerde ist daher in diesem Punkt abzuweisen.

3.2. Der Beschwerdeführer macht im weiteren geltend, der Entscheid der Vorinstanz vom 25. November 2008 - wie auch generell die gesetzliche Regelung des Rauchverbots im Sinne von Art. 52quater ff. GesG - verletze seine Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 in Verbindung mit Art. 94 BV. Zudem verletze die im Kanton St. Gallen geltende gesetzliche Regelung zum Schutz der Bevölkerung vor dem Passivrauchen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit in verschiedener Hinsicht.

Zu unterscheiden gilt es somit zwei Rügen: Zunächst ist zu prüfen, ob generell die per 1. Oktober 2008 mit dem IX. Nachtrag zum Gesundheitsgesetz in Kraft getretenen kantonalen Bestimmungen zum Schutz vor dem Passivrauchen das kraft Schweizerischer Bundesverfassung garantierte Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit verletzen, indem sie – wie der Beschwerdeführer behauptet – in verschiedener Hinsicht unverhältnismässig sind; in einem zweiten Schritt gilt es zu prüfen, ob im vorliegenden Fall die Vorinstanz mit ihrem Entscheid den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 94 BV verletzt hat.

3.2.1. Der Beschwerdeführer bringt vor, die mit dem IX. Nachtrag zum Gesundheitsgesetz im Kanton St. Gallen eingeführte und seit 1. Oktober 2008 geltende gesetzliche Regelung des Rauchverbots verletze die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 in Verbindung mit Art. 94 BV und verstosse in verschiedener Hinsicht gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Zwar bestreite er nicht, dass eine gesetzliche Grundlage für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit sowie ein öffentliches Interesse zum Schutz vor dem Passivrauchen bestehe, und auch ein gänzlich Rauchverbot in gastgewerblichen Betrieben möge sich zum Nichtraucherchutz eignen; die konkrete Regelung sei jedoch weder erforderlich noch verhältnismässig im engeren Sinn. Es gebe in allernächster Nähe seines Betriebs genügend Lokale, in denen entweder nur in



Fumoirs oder überhaupt nicht mehr geraucht werden dürfe. Es sei deshalb zum Schutz der Nichtraucher nicht erforderlich, einen so kleinen Betrieb wie den seinigen ebenfalls noch rauchfrei zu halten. Schliesslich sei die kantonale Regelung nicht wettbewerbsneutral, sondern wettbewerbsverzerrend, da das Konzept der Ausnahmegewilligungen gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten verstosse; dieses Instrument sichere dem einen das wirtschaftliche Überleben, während der andere seine Existenz verliere.

3.2.1.1. Gemäss Art. 81 der Verfassung des Kantons St. Gallen (sGS 111.1, abgekürzt KV) überprüfen Recht sprechende Instanzen im konkreten Anwendungsfall eine Gesetzes- oder Verordnungsvorschrift auf ihre Übereinstimmung mit übergeordnetem Recht. Das Verwaltungsgericht ist somit befugt, im Sinne einer konkreten Normenkontrolle die Bestimmungen des IX. Nachtrags zum Gesundheitsgesetz, in Kraft seit 1. Oktober 2008, im Anwendungsfall daraufhin zu überprüfen, ob sie Art. 27 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 94 Abs. 1 BV im allgemeinen und Art. 36 Abs. 3 BV im besonderen verletzen.

3.2.1.2. Eine Gesetzesbestimmung ist erforderlich, wenn sie das im öffentlichen Interesse liegende Ziel anstrebt; sie hat – ebenso wie ein Verwaltungsakt – zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Bestimmung für den angestrebten Erfolg ausreichen würde (vgl. für die Erforderlichkeit einer Massnahme Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 591 und 594). Eine Gesetzesbestimmung muss jedoch nicht nur sachlich erforderlich sein, sondern auch räumlich, zeitlich und in personeller Hinsicht: Die Erforderlichkeit in räumlicher Hinsicht fehlt, wenn die Gesetzesbestimmung von ihrem örtlichen Wirkungsbereich her weiter ausgreift als nötig (vgl. in Bezug auf eine Massnahme Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 21 N 11), in zeitlich Hinsicht, wenn die Anordnung länger dauert als zur Erreichung des angestrebten Ziels (vgl. in Bezug auf eine Massnahme Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 605; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 21 N 13), und in persönlicher Hinsicht, wenn die Gesetzesbestimmung alle trifft, während das angestrebte Ziel auch durch individuelle Verbote oder Beschränkungen erreicht werden kann (vgl. in Bezug auf eine Massnahme Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 610; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 21 N 15).



Eine Gesetzesbestimmung ist verhältnismässig im engeren Sinne und damit zumutbar, wenn sie – ebenso wie ein Verwaltungsakt – ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für den betroffenen Privaten bewirkt, wahrt (vgl. in Bezug auf eine Massnahme Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 614). In diesem Sinne ist eine geeignete und erforderliche Gesetzesbestimmung gleichwohl unverhältnismässig, wenn der damit verbundene Eingriff in die Rechtsstellung des einzelnen Bürgers im Vergleich zur Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen unvertretbar schwer wiegt (vgl. in Bezug auf eine Massnahme Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 21 N 17).

3.2.1.3. Die Behauptung des Beschwerdeführers, die geltende Regelung sei weder erforderlich noch verhältnismässig im engeren Sinn, geht fehl. Damit sich das öffentliche Interesse – der Schutz der Bevölkerung vor dem Passivrauchen – durchsetzen lässt, sind einschneidende Massnahmen erforderlich, die sich gezwungenermassen auf die wirtschaftlichen Interessen von Einzelpersonen auswirken. Die öffentliche Gesundheit ist mithin ein Polizeizug, das sich mit einer polizeilichen Massnahme schützen lässt (vgl. Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 675; P. Mahon, N 14 zu Art. 27 BV, in: Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003). Der st. gallische Gesetzgeber hat mit dem IX. Nachtrag zum Gesundheitsgesetz eine Regelung getroffen, die angesichts der Gefahren, welche das Passivrauchen für die Gesundheit der Bevölkerung erwiesenermassen darstellt, sachlich erforderlich ist. Den nichtrauchenden Teil der Bevölkerung mit anderen Regeln als einem Rauchverbot in allgemein zugänglichen, geschlossenen Räumen vor den Folgen des Passivrauchens zu schützen, erwiese sich als wirkungslos. Im übrigen gilt das Rauchverbot auch nicht in allen allgemein zugänglichen, geschlossenen Räumen; Art. 52quater GesG nimmt Rauchzimmer ausdrücklich von der Regelung aus. Das in Art. 52quater Abs. 1 GesG festgehaltene Rauchverbot ist nicht nur sachlich, sondern auch räumlich, zeitlich und in personeller Hinsicht erforderlich: Um Ungleichbehandlungen aus geografischer Sicht zu vermeiden, erstreckt sich das Verbot über den gesamten Kanton, es ist dauerhaft, weil sich das angestrebte Ziel nur mit einem zeitlich unbeschränkten Verbot verwirklichen lässt, und es trifft sämtliche natürlichen und juristischen Personen, die über allgemein zugängliche, geschlossene Räume im Sinne von Art. 52quater Abs. 2 GesG verfügen,



da individuelle Verbote oder Beschränkungen den Grundsatz der Rechtsgleichheit im Sinne von Art. 8 BV verletzen würden. Verhältnismässig im engeren Sinne ist die gesetzliche Regelung – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – ebenfalls. Das öffentliche Interesse – der Schutz der Bevölkerung vor dem Passivrauchen – ist als hoch einzuschätzen; der Eingriff in die Rechtsstellung des einzelnen Bürgers wiegt somit nicht unvertretbar schwer. Um überdies Härtefälle zu vermeiden, hat der Gesetzgeber in Art. 52quinquies Abs. 2 GesG vorgesehen, dass gastgewerbliche Betriebe – auf Bewilligung der politischen Gemeinde hin – als Raucherbetriebe geführt werden können. Die vom st. gallischen Gesetzgeber getroffene Regelung des Rauchverbots mit der Möglichkeit, Ausnahmen vorzusehen, ist somit erforderlich und verhältnismässig im engeren Sinne; sie verletzt Art. 36 Abs. 1-4 BV nicht.

Mit der Regelung zum Schutz vor dem Passivrauchen tangiert der kantonale Gesetzgeber zwar die Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 Abs. 1 BV, und es ist auch unbestritten, dass sich aufgrund des Beurteilungsspielraums, der den Gemeinden kraft Art. 52quinquies Abs. 2 GesG offensteht, die Praxis bei Ausnahmegewilligungen auf die Wettbewerbssituation unter den gastgewerblichen Betrieben auswirkt. Dass die gesetzliche Regelung über Ausnahmegewilligungen deswegen aber den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 Abs. 1 BV verletzt, ist nicht ersichtlich. Auch die Ausnahmegewilligungen haben mit Art. 52quinquies Abs. 2 GesG eine gesetzliche Grundlage, sie sind durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig, da sie dem Einzelfall Rechnung tragen lassen, und sie verletzen den Kerngehalt des Grundrechts nicht. Die Rüge des Beschwerdeführers, das Konzept der Ausnahmegewilligungen verletze Art. 27 Abs. 1 BV in Verbindung mit Art. 94 Abs. 1 BV, ist daher unbegründet.

Ebenfalls unbegründet ist das Vorbringen des Beschwerdeführers, das Konzept der Ausnahmegewilligungen verstosse gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden verbietet lediglich Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen (BGE 130 I 53 E. 6.3.3.1; Vallender, a.a.O., N 28 zu Art. 27 BV). Auf das Konzept der Ausnahmegewilligungen



trifft dies nicht zu. Der st. gallische Gesetzgeber hat Art. 52quinquies Abs. 2 GesG nicht mit dem Ziel erlassen, in den Wettbewerb einzugreifen; mit dem Konzept der Ausnahmegewilligungen wollte er vielmehr Härtefälle vermeiden. Eine sozialpolitisch und gesundheitspolizeilich begründete Massnahme ist nicht schon deshalb unzulässig, weil sie gewisse Reflexwirkungen auf den Wettbewerb hat; einzig spürbare, durch das öffentliche Interesse nicht gerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen sind zu vermeiden (BGE 130 I 53 E. 6.3.3.1). Da die gesetzliche Regelung der Ausnahmegewilligungen gemäss Art. 52quinquies Abs. 2 GesG nicht gegen Art. 27 Abs. 1 BV in Verbindung mit Art. 94 Abs. 1 BV verstösst, ist die Beschwerde auch in diesem Punkt abzuweisen.

Zu prüfen gilt es im folgenden, ob die Vorinstanz mit ihrem Entscheid vom 25. November 2008 Art. 27 Abs. 1 BV verletzt hat.

3.2.2. Gemäss Art. 27 Abs. 1 BV ist die Wirtschaftsfreiheit in der Schweiz gewährleistet; sie umfasst nach Art. 27 Abs. 2 BV insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung. Die Wirtschaftsfreiheit gilt indes nicht absolut; sie darf nach den allgemeinen, in Art. 36 BV umschriebenen Regeln für Grundrechtseingriffe eingeschränkt werden (vgl. K. A. Vallender, St. Galler Kommentar, 2. Aufl. 2008, N 49 zu Art. 27 BV, Mahon, a.a.O., N 12 zu Art. 27 BV). Eingriffe bedürfen gemäss Art. 36 Abs. 1-4 BV einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein, haben die Grundsätze der Verhältnismässigkeit sowie der Rechtsgleichheit zu wahren (vgl. BGE 125 I 337 E. 2a) und dürfen den Kerngehalt des Grundrechts nicht verletzen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit setzt voraus, dass die Verwaltungsmassnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig ist (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 581; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 21 N 4). Der angestrebte Zweck muss zudem in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die der Privatperson auferlegt werden (BGE 120 II 438 E. 5.2; BGE 125 I 482 E. 3; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 581 und 614; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 21 N 17). Diese drei Gebote müssen kumulativ erfüllt sein (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 586; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 21 N 4). Das Gebot der Rechtsgleichheit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV schliesslich verlangt, dass Rechte und Pflichten der Betroffenen nach dem gleichen Massstab festzusetzen sind; Gleiches ist nach



Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 495; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 23 N 3).

3.2.3. Dass der Entscheid der Vorinstanz vom 25. November 2008 das gemäss Schweizerischer Bundesverfassung garantierte Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit verletzt, ist nicht ersichtlich. Mit Art. 52quater Abs. 1 und Art. 52quinquies Abs. 2 GesG hat der Entscheid der Vorinstanz eine gesetzliche Grundlage; wie die Vorinstanz zutreffend feststellte, ist die Nichterteilung der Ausnahmegewilligung durch ein überwiegendes öffentliches Interesse – den Schutz der Bevölkerung vor dem Passivrauchen - gerechtfertigt. Eine restriktive Bewilligungspolitik ist notwendig, soll die gesetzliche Regelung mit der Erteilung von Ausnahmegewilligungen nicht geradezu ausgehebelt werden. Der Entscheid der Vorinstanz verletzt auch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht: Die Massnahme ist geeignet, das im öffentlichen Interesse liegende Ziel zu verwirklichen, und sie ist notwendig; ausserdem steht der angestrebte Zweck – der Schutz der Bevölkerung vor dem Passivrauchen - in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen, die dem Beschwerdeführer auferlegt werden. Dass dieser - zumindest vorübergehend - weniger Umsatz generiert, weil ein Teil seiner Kundschaft ausbleibt, macht die Verweigerung der Ausnahmegewilligung nicht unverhältnismässig. Diese Folge trifft auch die andern gastwirtschaftlichen Betriebe. Im übrigen ist nicht erstellt, dass der Umsatzrückgang ausschliesslich eine Folge des Rauchverbots ist. Möglicherweise hat der Rückgang noch andere Ursachen, etwa die Verschlechterung der Wirtschaftslage. Um die Frage der Kausalität schlüssig beantworten zu können, wären umfangreiche Erhebungen und Vergleiche mit anderen, ähnlich strukturierten Lokalen erforderlich. Solche können aber unterbleiben, da die Kausalität von Rauchverbot und Umsatzrückgang nicht entscheiderelevant ist. Schliesslich steht es dem Beschwerdeführer frei, im Sinne von Art. 52quinquies Abs. 1 GesG die Installation eines Fumoirs zu beantragen; wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, ist ihm diese bauliche Massnahme zumutbar. Schliesslich hat die Vorinstanz mit ihrem Entscheid vom 25. November 2008 auch den Grundsatz der Rechtsgleichheit nicht verletzt; sie hat sorgfältig geprüft, ob der Beschwerdeführer allenfalls gegenüber jenen gastwirtschaftlichen Betrieben ungleich behandelt wurde, die er in seiner Rekurschrift erwähnte. Es finden sich in den vorliegenden Akten keine Hinweise, dass die Vorinstanz mit ihrem Entscheid den Grundsatz der Rechtsgleichheit



St.Galler Gerichte

im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV verletzt hat. Auch der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 Abs. 1 BV ist mit dem Entscheid nicht angetastet, zumal der Beschwerdeführer auch trotz der Massnahme die Möglichkeit hat, seine privatwirtschaftliche Tätigkeit – wenn auch mit Einschränkungen – auszuüben.

Der Entscheid vom 25. November 2008 tangiert zwar die Wirtschaftsfreiheit des Beschwerdeführers, verletzt sie aber nicht. Der Eingriff in das Grundrecht genügt den in Art. 36 BV genannten Anforderungen.

3.3. Der Beschwerdeführer bringt schliesslich vor, die Verschleierungspolitik der Bewilligungsbehörde der Stadt St. Gallen unter Berufung auf datenschutzrechtliche Überlegungen verstosse gegen das Willkürverbot im Sinne von Art. 9 BV, da die Rechtsanwendung in diesem Bereich einer Überprüfung entzogen sei; die Bewilligungsbehörde habe bisher nicht transparent gemacht, welche Kriterien sie bewog, in etwa 20 Fällen gestützt auf Art. 52quinquies Abs. 2 GesG eine Ausnahmebewilligung zu erteilen.

3.3.1. Gemäss Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Willkür bedeutet "grobe Unrichtigkeit", Handeln nach Belieben, ohne übergeordnete Leitlinien (vgl. Chr. Rohner, St. Galler Kommentar, 2. Aufl. 2008, N 4 und 8 zu Art. 9 BV), gleichsam Negation von Recht und Gerechtigkeit (Mahon, a.a.O., N 4 zu Art. 9 BV). Ein Erlass ist willkürlich, wenn er sich nicht auf ernsthafte, sachliche Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist (BGE 131 I 6 E. 4.2; BGE 131 I 316 E. 3.2); allerdings ist er nicht schon dann willkürlich, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (vgl. BGE 132 I 17 E. 5.1).

3.3.2. Inwiefern die Bewilligungsbehörde der Stadt St. Gallen eine Verschleierungspolitik betreiben und deswegen das Willkürverbot im Sinne von Art. 9 BV verletzen soll, geht aus den vorliegenden Akten nicht hervor. Vielmehr lässt sich feststellen, dass die Bewilligungsbehörde im Rahmen des Rekursverfahrens über das



Verfahrensergebnis jener gastwirtschaftlicher Betriebe Auskunft gegeben hat, welche der Beschwerdeführer in seiner Rekurschrift nannte und bei denen er Zweifel äusserte, ob ihnen zu Recht eine Ausnahmegewilligung erteilt worden war. Die von der Vorinstanz durchgeführte Anfrage bei der Bewilligungsbehörde ergab, dass in drei der fünf Fälle die Ausnahmegewilligung befristet und in einem Fall gar nicht erteilt worden war. In einem fünften Fall erwies sich das Lokal, das nach der Ansicht des Beschwerdeführers eine Ausnahmegewilligung erhalten hatte, als Fumoir eines Hotels. Der Vorwurf des Beschwerdeführers, die Bewilligungsbehörde betreibe eine Verschleiерungspolitik, erweist sich daher als unbegründet. Die Behauptung des Beschwerdeführers, die Bewilligungsbehörde habe in etwa 20 Fällen eine Ausnahmegewilligung erteilt, ist nicht konkretisiert, es fehlen konkrete Angaben zu den Betrieben. Es ist daher nicht näher darauf einzugehen.

Die Rüge des Beschwerdeführers, die Bewilligungsbehörde der Stadt St. Gallen verstosse gegen das Willkürverbot im Sinne von Art. 9 BV, erweist sich als unbegründet. Die Beschwerde ist deshalb auch in diesem Punkt abzuweisen.

4. Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 52quinquies Abs. 2 GesG für die Bewirtschaftung seiner Gaststätte als Raucherbetrieb zu Recht verweigert hat. Dabei hat sie keine Grundrechte der Bundesverfassung verletzt. Auch die Regeln zum Schutz der Bevölkerung vor dem Passivrauchen, die mit dem IX. NG zum GesG per 1. Oktober 2008 in Kraft getreten sind, verletzen die Grundrechte der Bundesverfassung – insbesondere die Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 94 Abs. 1 BV – nicht. Aus diesen Gründen ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

5. Dem Verfahrensausgang entsprechend gehen die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zulasten des Beschwerdeführers (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Gebühr von Fr. 2'000.-- ist angemessen (Art. 13, Ziff. 622 Gerichtskostentarif, sGS 941.12). Sie ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen.

Ausseramtliche Kosten sind nicht zu entschädigen (Art. 98bis VRP).



Demnach hat das Verwaltungsgericht

zu Recht erkannt:

1./ Die Beschwerde wird abgewiesen.

2./ Die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt, unter Anrechnung des geleisteten Kostenvorschusses in gleicher Höhe.

3./ Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.

V. R. W.

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Versand dieses Entscheides an:

- den Beschwerdeführer (durch)
- die Vorinstanz
- die Beschwerdegegnerin

am:



Rechtsmittelbelehrung:

Sofern eine Rechtsverletzung nach Art. 95 ff. BGG geltend gemacht wird, kann gegen diesen Entscheid gestützt auf Art. 82 lit. a BGG innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde erhoben werden.