



Fall-Nr.: B 2008/204
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 Nichtrauchertraum nicht nachgewiesen, Verweigerung der Bewilligung verstösst nicht gegen den Grundsatz der Rechtsgleichheit, gegen das Willkürverbot und gegen die Wirtschaftsfreiheit. Ausserdem besteht kein Anspruch auf Gleichbehandlung mit Betrieben in anderen politischen Gemeinden (Verwaltungsgericht, B 2008/204).

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

Z.,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin C.,

gegen

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



St.Galler Gerichte

Vorinstanz,

und

Politische Gemeinde E.,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Ausnahmebewilligung für einen Raucherbetrieb

hat das Verwaltungsgericht festgestellt:

A./ Z. betreibt in E. das Restaurant "Zur H."; es liegt in der Landwirtschaftszone, ist je nach Jahreszeit unterschiedlich häufig geöffnet und verfügt über eine Netto-Schankfläche von 58,94 m² mit ca. 62 Sitzplätzen sowie eine Gartenterrasse mit Kinderspielplatz.

Mit Schreiben vom 28. Juli 2008 stellte Z. beim Gemeinderat E. das Gesuch, es sei ihm eine Ausnahmebewilligung zu erteilen, damit er sein Restaurant als Raucherbetrieb führen könne.

Mit Verfügung vom 11. August 2008 wies der Gemeinderat das Gesuch ab.

B./ Mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin vom 28. August 2008 erhob Z. gegen die Verfügung des Gemeinderats E. Rekurs beim Gesundheitsdepartement. Gleichzeitig stellte er ein Gesuch um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen mit dem Begehren, es sei ihm für die Dauer des Rekursverfahrens eine Bewilligung zur Führung seines Restaurants "Zur H." als Raucherbetrieb zu erteilen.



Mit Verfügung vom 29. September 2008 wies das Gesundheitsdepartement das Gesuch um Anordnung von vorsorglichen Massnahmen ab. Auch der Rekurs wurde mit Entscheid des Gesundheitsdepartements vom 14. November 2008 abgewiesen. Das Gesundheitsdepartement kam in seinem Rekursentscheid zum Ergebnis, in Anbetracht der gesamten Umstände sei Z. die Errichtung eines Rauchzimmers zumutbar. Falls er darauf verzichte, habe er die Beeinträchtigung der Verhaltensfreiheit seiner rauchenden Stammgäste in Kauf zu nehmen. Dies erscheine mit Blick auf die herausragende Bedeutung des mit dem Rauchverbot verfolgten Schutzziels verhältnismässig. Ein Härtefall liege ebenfalls nicht vor, und das Rechtsgleichheitsgebot sei nicht verletzt.

C./ Mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin vom 2. Dezember 2008 erhob Z. Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der Rekursentscheid vom 14. November 2008 sei aufzuheben, dem Beschwerdeführer sei die Ausnahmegewilligung gemäss Art. 52quinquies Abs. 2 des Gesundheitsgesetzes (sGS 311.1, abgekürzt GesG) zu erteilen, so dass er sein Gastlokal "Zur H." als Raucherbetrieb führen dürfe, und es sei ein Augenschein im Gastlokal "Zur H." durchzuführen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Zur Begründung wird im wesentlichen vorgebracht, die Vorinstanz habe Recht verletzt, indem sie einerseits Art. 52quinquies Abs. 2 GesG unrichtig angewendet bzw. den unbestimmten Rechtsbegriff der Zumutbarkeit fehlerhaft konkretisiert und andererseits ihr Ermessen missbraucht habe. Die Vorinstanz habe ihr Ermessen klar missbraucht und Recht verletzt, indem sie abschliessend festhielt, dem Beschwerdeführer sei die Errichtung eines Rauchzimmers zumutbar und es liege somit kein Härtefall vor. Aufgrund des angeschlagenen Gesundheitszustandes des 1954 geborenen Beschwerdeführers sei alles andere als klar, wie lange er das Lokal überhaupt noch als Einmann-Betrieb werden führen können. Ein Härtefall liege auch deshalb vor, weil der Beschwerdeführer die hohen Kosten für den Einbau eines belüfteten Fumoirs nicht zu tragen vermöchte, zumal vorauszusehen sei, dass die daraus sich ergebende Boxenhaltung sowohl der Raucher wie der Nichtraucher massiv auf den Geschäftsgang drücken würde. Im übrigen sei es stossend, wenn die Vorinstanz geltend machen wolle, der Beschwerdeführer habe den Nachweis für die Unzumutbarkeit nicht erbracht. Es gelte, wenn auch eingeschränkt, gemäss Art. 12 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, abgekürzt VRP) der Untersuchungsgrundsatz.



Ausserdem habe die Vorinstanz offensichtlich ihr Ermessen missbraucht, als sie den Schluss zog, dem Beschwerdeführer sei der Einbau eines Fumoirs zumutbar. Der Einbau sei ihm nicht zumutbar, da er nur über einen Schankraum mit geringer Fläche verfüge. Der Einbau eines kleinen Fumoirs von nicht einmal 20 m² würde eine wesentliche Konzeptänderung des Lokals bedeuten, was dem Beschwerdeführer nicht (mehr) zumutbar sei. Der Umsatz würde stark sinken, was bei dem geringen Umsatz das Ende des Betriebs bedeuten würde. Schliesslich sei auch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt; der Betrieb sei bereits heute oft geschlossen und der Umsatz tief.

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 20. Januar 2009 auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

Die Politische Gemeinde E. hat als Beschwerdegegnerin innert der gesetzten Frist keine Vernehmlassung eingereicht.

Darüber wird in Erwägung gezogen:

1. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist gegeben (Art. 59bis Abs. 1 VRP). Der Beschwerdeführer ist zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP). Die Beschwerdeeingabe vom 2. 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). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Der Beschwerdeführer beantragt in seiner Beschwerdeschrift, es sei im Gastlokal "Zur H." ein Augenschein durchzuführen. Aufgrund der vorliegenden Akten der Vorinstanz – und insbesondere der ausführlichen Fotodokumentation – ist der Sachverhalt klar erstellt; auf einen Augenschein im Gastlokal des Beschwerdeführers wird daher verzichtet.

3. Der Beschwerdeführer macht geltend, die Vorinstanz habe mit ihrem Entscheid Recht verletzt. Einerseits habe sie Art. 52quinquies Abs. 2 GesG unrichtig angewendet bzw. den unbestimmten Rechtsbegriff der Zumutbarkeit fehlerhaft konkretisiert, und zum anderen habe sie ihr Ermessen missbraucht.



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 im vorliegenden Fall Art. 52quinquies Abs. 2 GesG angewendet und ist zum Schluss gelangt, die Errichtung eines Rauchzimmers sei für den Beschwerdeführer zumutbar. Insbesondere liege kein Härtefall vor. Dabei stellte sich die Vorinstanz 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 sei 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. Nichtzumutbarkeit nach objektiven oder nach subjektiven Kriterien richtet, lässt Art. 52quinquies Abs. 2 GesG offen. Beim Begriff "unzumutbar" 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. Die konkreten örtlichen Verhältnisse spielen dabei eine bedeutsame Rolle. Dabei stehen naturgemäss die Verwaltungsbehörden den 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 beim Entscheid, ob eine Trennung von Raucher- und Nichtraucherräumen im Einzelfall zumutbar ist, den Verwaltungsbehörden jedoch 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.



3.2. Im Streitfall ist zu prüfen, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat und damit rechtswidrig handelte.

Der Beschwerdeführer wirft der Vorinstanz vor, sie habe mit dem Entscheid vom 14. November 2008 ihr Ermessen missbraucht; der Einbau eines Fumoirs sei ihm nicht zuzumuten. Dazu bringt er vor, er verfüge lediglich über einen Schankraum mit geringer Fläche, das Lokal würde mit dem Einbau eines Fumoirs seinen ursprünglichen Charakter verlieren, der Einbau eines Fumoirs würde eine - nicht mehr zumutbare - wesentliche Konzeptänderung bringen, der Umsatz würde stark sinken, und schliesslich komme ein Fumoir mit einer Gesamtfläche von nicht einmal 20 m² einer "Geflügelfarm-Haltung" gleich. Wenn die Vorinstanz ernsthaft geltend machen möchte, dass dem Beschwerdeführer ein Fumoir mit einer Gesamtfläche von nicht einmal 20 m² zumutbar sei, so verhalte sie sich schlicht praxisfremd und vor allem willkürlich. Willkürlich sei der Entscheid der Vorinstanz auch deshalb, weil sie - zu Unrecht - nicht von einem Härtefall ausgegangen sei; er sei IV-Rentner und sein gesundheitlicher Zustand angeschlagen, und im übrigen sei ohnehin alles andere als klar, wie lange er das Lokal - das bereits heute im Winter und bei schlechtem Wetter nur einmal pro Woche geöffnet sei - überhaupt noch werde betreiben können. Ein Härtefall liege auch vor, weil er die hohen Kosten für den Einbau eines belüfteten Fumoirs in Anbetracht seines bescheidenen Geschäftsumsatzes nicht zu tragen vermöge, und schliesslich würde die daraus sich ergebende "Boxenhaltung" - der Raucher und Nichtraucher - massiv auf den Geschäftsgang drücken.

3.2.1. Ein Ermessensmissbrauch liegt vor, wenn die Behörde zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der Vorschrift fremden Erwägungen leiten lässt oder allgemeine bei der Ermessensausübung zu achtende verfassungsrechtliche Grundsätze - insbesondere den Grundsatz der Rechtsgleichheit, der Verhältnismässigkeit oder das Verbot der Willkür - verletzt (BGE 123 V 152 E. 2). Ebenso wird Ermessensmissbrauch angenommen, wenn die Behörde wesentliche Gesichtspunkte unberücksichtigt lässt.

Willkür im Sinne von Art. 9 der Bundesverfassung (SR 101, abgekürzt BV) liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre; sie ist erst gegeben, wenn der Entscheid offensichtlich - nicht nur in



der Begründung, sondern auch im Ergebnis - unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 127 I 56 E. 2b).

3.2.2. Bei ihrer Entscheidung, die Errichtung eines Fumoirs im Umfang von 20 m² sei dem Beschwerdeführer zumutbar, liess sich die Vorinstanz von sachlichen Argumenten leiten. Sie begründete ihren Entscheid damit, dass der zugezogene Sachverständige den Einbau eines Fumoirs für durchführbar hielt und ein entsprechender baulicher Eingriff mit relativ bescheidenem finanziellem Aufwand zu bewerkstelligen wäre. Ausserdem prüfte sie ausführlich, ob in Bezug auf den Beschwerdeführer ein Härtefall vorliege. Sie kam zu einem negativen Ergebnis, da sie erwog, die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers seien im Hinblick auf die Frage der Zumutbarkeit gesamthaft zu betrachten. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer gleichzeitig einen Landwirtschaftsbetrieb führe, sei zu berücksichtigen. Sie verneinte einen Härtefall ausserdem, weil der Beschwerdeführer seiner Obliegenheit, die ihm Art. 52quinquies Abs. 2 zweiter Satz GesG auferlege, nicht nachgekommen sei; er habe weder konkrete Angaben über den erzielbaren Umsatz des Gastwirtschaftsbetriebs noch Angaben zu seinen realen Einkünften aus Gastwirtschafts- und Landwirtschaftsbetrieb oder zu seinen tatsächlichen Vermögensverhältnissen gemacht.

In den Erwägungen der Vorinstanz ist – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers – keine Willkür zu erblicken. Dass der Entscheid offensichtlich unhaltbar wäre oder zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch stehen oder eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzen oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen würde, lässt sich nicht erkennen. Die Vorinstanz hat ihr Ermessen nicht missbraucht, als sie – gestützt auf die genannten Erwägungen – zum Schluss kam, die Installation eines Fumoirs sei dem Beschwerdeführer zumutbar und es liege in Bezug auf den Beschwerdeführer kein Härtefall vor. Eine Rechtsverletzung liegt – entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers – nicht vor.

Insbesondere hat die Vorinstanz weder ihr Ermessen missbraucht noch Recht verletzt, indem sie zum Schluss kam, der Beschwerdeführer selbst – und nicht etwa die Verwaltungsbehörde - hätte in Anwendung von Art. 52quinquies Abs. 2 zweiter Satz



GesG den Nachweis erbringen müssen, dass ihm eine Trennung von Raucher- und Nichtraucheräumen nicht möglich gewesen wäre. Wie unmittelbar aus der Gesetzesbestimmung hervorgeht, entspricht dies dem Willen des Gesetzgebers.

3.3. Der Beschwerdeführer macht im weiteren geltend, die Vorinstanz habe mit ihrem Entscheid das Prinzip der Rechtsgleichheit im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV verletzt. Es möge zwar richtig sein, dass eine unterschiedliche Regelung des gleichen Tatbestandes in verschiedenen Kantonen oder Gemeinden das Rechtsgleichheitsgebot in der Regel noch nicht verletze, und es sei auch korrekt, dass es grundsätzlich keinen Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht gebe; dies gelte jedoch nur dann, wenn die abweichende Behandlung lediglich in einem einzigen oder in einigen wenigen Fällen erfolgt sei, wovon aber vorliegend ganz klar nicht mehr die Rede sein könne. Folglich sei auch ihm die widerrechtliche Begünstigung Dritter zu gewähren.

Wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, bleibt es einer Gemeinde unbenommen, bei der Konkretisierung der Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung nach Art. 52quinquies Abs. 2 GesG die örtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen, wobei die festgelegten Kriterien dann aber für die gesamte Gemeinde gleich anzuwenden seien. Ein Anspruch auf Rechtsgleichheit, der über das Gemeindegebiet hinausgeht, besteht indessen nicht. Es liegt gerade im Ermessen der Politischen Gemeinde, im Sinne von Art. 52quinquies Abs. 2 GesG das Führen eines gastgewerblichen Betriebs als Raucherbetrieb zu bewilligen oder die Bewilligung zu verweigern. Der Gemeinde kommt dabei Autonomie im Sinn von Art. 4 des Gemeindegesetzes (sGS 151.2) zu. Es entspricht dem Willen des Gesetzgebers, dass jede Politische Gemeinde in dieser Frage ihr Ermessen im Rahmen des Gesetzes frei ausübt (vgl. zur Beratung im Kantonsrat: [www.ratsinfo.sg.ch/Geschäfts-Nr. 22.07.16](http://www.ratsinfo.sg.ch/Geschäfts-Nr.22.07.16)). Damit hat der Gesetzgeber auch bewusst in Kauf genommen, dass die Betriebe von Gemeinde zu Gemeinde unterschiedlich behandelt werden können. Der Beschwerdeführer hat somit keinen Anspruch auf Gleichbehandlung gegenüber gastgewerblichen Betrieben in anderen Politischen Gemeinden. Soweit Gemeinden ihr Ermessen nicht im Sinne des Gesundheitsgesetzes ausüben, ist die Vorinstanz zudem bereit, aufsichtsrechtliche Massnahmen zu ergreifen. Das Argument des Beschwerdeführers, die Vorinstanz habe mit ihrem Entscheid das Gleichbehandlungsgebot im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV verletzt, geht daher fehl.



3.4. Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe im Rahmen ihrer Interessenabwägung das öffentliche Interesse an der Verweigerung der Bewilligung zu Unrecht höher gewichtet als sein privates Interesse, die Gastwirtschaft "Zur H." als Raucherbetrieb zu führen. Er bestreite das öffentliche Interesse am Schutz der Bevölkerung vor dem Passivrauchen grundsätzlich nicht, doch seien bei der Interessenabwägung auch die lokalen Verhältnisse einzubeziehen.

Die Vorinstanz hat ausführlich dargelegt, inwiefern sie das öffentliche Interesse am Schutz der Bevölkerung vor dem Passivrauchen höher gewichtet als das Interesse des Beschwerdeführers, seinen Gastwirtschaftsbetrieb "Zur H." als Raucherbetrieb zu führen. Als Begründung gab sie an, die gesundheitsschädigenden Folgen des Passivrauchens seien wissenschaftlich belegt, die Mehrheit der Schweizer Bevölkerung rauche nicht, und die Passivrauchexposition sei in Restaurants, Cafés und Bars am höchsten. Nur ein möglichst weitgehendes Rauchverbot, welches den Nichtraucher die Möglichkeit gebe, eine Gaststätte zu besuchen, ohne dabei den Gefahren des Passivrauchens ausgesetzt zu sein, stelle einen effektiven Nichtraucherchutz im Bereich der Gastronomie sicher. Im Interesse eines möglichst umfassenden Gesundheitsschutzes seien Umsatzrückgänge – insbesondere auch bei den am ehesten betroffenen getränkeorientierten Kleingaststätten – grundsätzlich hinzunehmen. Das öffentliche Interesse am Schutz der Bevölkerung vor dem Passivrauchen lege nahe, dass Ausnahmegewilligungen nur sehr restriktiv zu erteilen seien.

Die im Entscheid vom 14. November 2008 vorgebrachten Erwägungen der Vorinstanz sind nachvollziehbar, sachlich und umfassend. Abwägungsfehler lassen sich in der Beurteilung nicht erkennen. Weder ist die Abwägung unterblieben, noch sind die berührten Interessen fehlerhaft ermittelt oder unzutreffend beurteilt worden. Die Vorinstanz kam zu Recht zum Schluss, das öffentliche Interesse sei im vorliegenden Fall höher zu gewichten als das private Interesse des Beschwerdeführers, seine Gaststätte als Raucherbetrieb zu führen. Auch die lokalen Verhältnisse – wie etwa die Grösse des Betriebs und die Kundschaft - hat die Vorinstanz angemessen berücksichtigt. Die Interessenabwägung der Vorinstanz ist daher nicht zu beanstanden.



3.5. Der Beschwerdeführer bringt schliesslich vor, die Vorinstanz habe mit ihrem Entscheid vom 14. November 2008 das Prinzip der Verhältnismässigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BV verletzt. Das angestrebte Ziel stehe zum Eingriff für den Beschwerdeführer in keinem Verhältnis; der staatliche Eingriff sei dem Beschwerdeführer nicht zumutbar, weshalb der angefochtene Rekursentscheid aufzuheben sei.

3.5.1. Die Vorinstanz erwog in ihrem Entscheid, mit Blick auf die herausragende Bedeutung des mit dem Rauchverbot verfolgten Schutzziels erscheine es verhältnismässig, keine Ausnahmegewilligung zu erteilen; die Errichtung eines Fumoirs sei zumutbar, und falls der Beschwerdeführer darauf verzichte, habe er die Beeinträchtigung der Verhaltensfreiheit seiner rauchenden Stammgäste in Kauf zu nehmen. Die Massnahme sei auch verhältnismässig, weil die Möglichkeit bleibe, die in Frage stehende Gaststätte zum Rauchen vor-übergehend zu verlassen.

3.5.2. Gemäss Art. 5 Abs. 2 BV muss staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit fordert, dass die Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig sind (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 130 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).

3.5.3. Der Entscheid der Vorinstanz, dem Beschwerdeführer die Ausnahmegewilligung zur Führung seiner Gastwirtschaft als Raucherbetrieb zu verweigern und die Errichtung eines Rauchzimmers als für ihn zumutbar zu beurteilen, ist geeignet, das Ziel – den Schutz der Bevölkerung vor dem Passivrauchen – zu erreichen; mit der Verweigerung der Ausnahmegewilligung wird der – überwiegende – Teil der nichtrauchenden Bevölkerung wirkungsvoll geschützt. Der Entscheid geht zudem in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinaus; dem Beschwerdeführer bleibt es insbesondere unbenommen, seine Gaststätte mit einem



vergleichsweise bescheidenen Aufwand mit einem Fumoir auszustatten und somit auch seine rauchenden Gäste weiterhin bedienen zu können, womit der Beschwerdeführer in seiner Wirtschaftsfreiheit nicht übermässig eingeschränkt wird. Schliesslich steht der angestrebte Zweck auch in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen, welche dem Beschwerdeführer auferlegt werden. Wie sich gezeigt hat, ist die Verweigerung der Ausnahmegewilligung dem Beschwerdeführer zumutbar. Mit ihrem Entscheid hat die Vorinstanz den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BV somit nicht verletzt.

3.6. 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. Folglich ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

4. 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 Rechtsanwältin C.)
- 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.