



**Fall-Nr.:** B 2009/13  
**Stelle:** Verwaltungsgericht  
**Rubrik:** Verwaltungsgericht  
**Publikationsdatum:** 19.08.2009  
**Entscheiddatum:** 19.08.2009

### **Urteil des Verwaltungsgerichts vom 19. August 2009**

**Gastwirtschaftsrecht, Art. 13 Abs. 2 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 lit. c und Art. 8 Abs. 1 lit. b GWG, Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 lit. e GWG (sGS 553.1). Rechtmässigkeit des Entzugs des Gastwirtschaftspatents gegenüber einem Gastwirt, der es wiederholt unterliess, Verstösse gegen das Rauchverbot in seinem Betrieb zu verhindern (Verwaltungsgericht, B 2009/13).**

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

X. ,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwältin S.,

gegen

Volkswirtschaftsdepartement des Kantons St. Gallen, Davidstrasse 35, 9001 St. Gallen,

Vorinstanz,



und

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

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Entzug des Gastwirtschaftspatentes

### **hat das Verwaltungsgericht festgestellt:**

A./ X. betreibt das Restaurant Y.

Mit Verfügung vom 1. Januar 2008 erneuerte die für den Vollzug des Gastwirtschaftsgesetzes (sGS 553.1, abgekürzt GWG) zuständige Stadtpolizei St. Gallen (nachfolgend Stadtpolizei) X. das Gastwirtschaftspatent bis 31. Dezember 2010.

..

Mit Schreiben vom 9. Juli 2008 beantragte X. bei der Stadtpolizei eine Ausnahmegewilligung im Sinne des damals noch nicht in Kraft gesetzten Art. 52quinquies Abs. 2 GesG; er beantragte, seine Gaststätte als Raucherbetrieb führen zu dürfen.

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

..

Per 1. Oktober 2008 setzte die Regierung den IX. Nachtrag zum Gesundheitsgesetz (sGS 311.1, abgekürzt GesG) in Kraft. Der mit dem Nachtrag eingeführte Art. 52quater



## St.Galler Gerichte

Abs. 1 GesG sieht vor, dass das Rauchen in allgemein zugänglichen, geschlossenen Räumen – ausgenommen in Rauchzimmern – verboten ist.

Am 2. Oktober 2008, um 13.30 Uhr, führte die Stadtpolizei im Restaurant eine erste Kontrolle durch, um den Vollzug der neuen Gesetzesbestimmungen zu überprüfen; sie stellte dabei fest, dass an fast allen Tischen des Lokals die Gäste rauchten. Zudem befanden sich auf den Tischen Aschenbecher. X. wurde mitgeteilt, er habe das Rauchverbot durchzusetzen und sämtliche Aschenbecher zu entfernen; ausserdem wurden ihm weitere Kontrollen sowie eine Strafanzeige angedroht für den Fall, dass er das Rauchverbot weiterhin missachte.

Mit Zwischenentscheid vom 3. Oktober 2008 lehnte das Gesundheitsdepartement das Begehren um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab. Gleichentags, um 13.30 Uhr, führte die Stadtpolizei im Restaurant eine zweite Kontrolle durch; dabei stellte sie fest, dass zwei Drittel der anwesenden Gäste rauchten und sich auf allen Tischen Aschenbecher befanden. Die Stadtpolizei stellte X. eine Anzeige wegen Missachtung des Gesundheitsgesetzes, die Einleitung verwaltungsrechtlicher Massnahmen – bis hin zum Entzug seines Gastwirtschaftspatents – sowie für die nächsten Tage eine weitere Kontrolle in Aussicht.

Am 4. Oktober 2008, um 10.50 Uhr, führte die Stadtpolizei im Restaurant eine dritte Kontrolle durch und stellte fest, dass die überwiegende Mehrheit der anwesenden Gäste – etwa 25 bis 30 Personen – rauchte. Auf den Tischen befanden sich anstelle der Aschenbecher Unterteller von Kaffeetassen. X. wurde angewiesen, diese zu entfernen.

Am 6. Oktober 2008, um 16.25 Uhr, führte die Stadtpolizei im Restaurant eine vierte Kontrolle durch, wobei sie wiederum rauchende Gäste antraf. Sie händigte X. ein auf den 6. Oktober 2008 datiertes Schreiben aus, in welchem ihm die Schliessung seines Restaurants angedroht wurde für den Fall, dass das Rauchverbot in seinem Betrieb weiterhin missachtet werde. Zudem wurde X. darauf hingewiesen, er müsse das Rauchverbot in seinem Lokal durchsetzen.

Am 13. Oktober 2008 erstattete die Stadtpolizei beim Untersuchungsamt St. Gallen gegen X. Strafanzeige mit dem Tatbestand der "Missachtung des Schutzes für



## St.Galler Gerichte

Passivrauchen" während der vier Kontrolltage bzw. Widerhandlung gegen Art. 52quater lit. h und Art. 55 lit. d GesG sowie Art. 292 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (SR 311.0, abgekürzt StGB).

Mit Entscheid vom 7. November 2008 wies der Präsident des Verwaltungsgerichts die gegen den Zwischenentscheid des Gesundheitsdepartements vom 3. Oktober 2008 betreffend den Erlass vorsorglicher Massnahmen erhobene Beschwerde ab.

Am 15. November 2008, um 16.10 Uhr, führte die Stadtpolizei im Restaurant eine fünfte Kontrolle durch; im Lokal traf sie auf 30 Gäste, wobei alle Aschenbecher vor sich hatten. Von den Gästen rauchten einer an der Bar, drei an einem Tisch sowie ein weiterer an einem anderen Tisch. Gleichentags erstattete die Stadtpolizei gegen X. beim Untersuchungsamt St. Gallen Strafanzeige wegen wiederholten Missachtens des Schutzes vor Passivrauchen am 15. November 2008 bzw. Widerhandlung gegen Art. 52quater lit. h und Art. 55 lit. d GesG sowie Art. 292 StGB.

Bei der sechsten Kontrolle im Restaurant, die am 17. November 2008 um 10.05 Uhr stattfand, traf die Stadtpolizei auf 8 bis 10 rauchende Gäste, die über Aschenbecher verfügten.

Am 19. November 2008 erstattete die Stadtpolizei gegen X. beim Untersuchungsamt St. Gallen Strafanzeige mit dem Tatbestand "Missachtung Schutz vor Passivrauchen" am 17. November 2008 bzw. Widerhandlung gegen Art. 52quater lit. h und Art. 55 lit. d GesG sowie Art. 292 StGB.

Mit Schreiben vom 3. Dezember 2008 gab die Stadtpolizei X. Gelegenheit, sich zum beabsichtigten Entzug des Gastwirtschaftspatents zu äussern. X. beantragte mit Stellungnahme vom 9. Januar 2009, das Verfahren betreffend den Entzug des Gastwirtschaftspatents sei aufzuheben.

Bei der siebten Kontrolle im Restaurant, die am 14. Januar 2009 um 11.30 Uhr stattfand, traf die Stadtpolizei auf vier rauchende Gäste; gegen drei dieser Gäste sprach sie eine Ordnungsbusse aus. Auf den Tischen des Restaurants befanden sich Zettel, welche die Gäste auf das geltende Rauchverbot aufmerksam machten; sie



## St.Galler Gerichte

trugen gleichzeitig den Hinweis, die Gäste sollen einen Aschenbecher bestellen, falls sie trotz des Verbots im Lokal rauchen wollten, und sie könnten dabei gebüsst werden.

Am 15. Januar 2009 erstattete die Stadtpolizei gegen X. beim Untersuchungsamt St. Gallen Strafanzeige mit dem Tatbestand "Nichteinhalten der Pflichten als Patentinhaber" am 14. Januar 2009 bzw. Widerhandlung gegen Art. 21 und 28 in Verbindung mit Art. 52quater und quinquies GesG.

Mit Verfügung vom 21. Januar 2009 entzog die Stadtpolizei X. das Gastwirtschaftspatent mit sofortiger Wirkung; ausserdem wurde einem allfälligen Rekurs die aufschiebende Wirkung entzogen.

Am 29. Januar 2009 wies ein Vertreter der Stadtpolizei X. im Restaurant mündlich darauf hin, dass dieser das Lokal ab dem 30. Januar 2009 geschlossen zu halten habe; gleichzeitig wurde ihm für den Fall einer Widerhandlung die zwangsweise Betriebsschliessung angedroht.

B./ Mit Eingabe vom 29. Januar 2009 erhob X. durch seine Rechtsvertreterin Rekurs beim Volkswirtschaftsdepartement mit dem Antrag, die Verfügung vom 21. Januar 2009 betreffend den Entzug des Gastwirtschaftspatents sei aufzuheben, im Sinne einer dringlichen Anordnung sei dem Rekurs die aufschiebende Wirkung wieder zu erteilen und die Vorinstanz sei unverzüglich anzuweisen, bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung des Rekurses von Vollzugshandlungen abzusehen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Mit Entscheid vom 5. Februar 2009 wies das Volkswirtschaftsdepartement X.s Rekurs ab. Es erwog, X. sei – entgegen seiner Ansicht - verpflichtet, das Rauchverbot im Sinne von Art. 52quater Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 2 lit. h GesG in seinem Restaurant durchzusetzen. Er habe die Gäste aufzufordern, das Rauchen zu unterlassen und gemäss Art. 21 Abs. 2 lit. e GWG Gäste aus seinem Betrieb wegzuweisen, die der Aufforderung zur Einhaltung der Ordnung bzw. des Rauchverbots keine Folge leisten. Das seit 1. Oktober 2008 geltende Rauchverbot habe X. in seinem Betrieb trotz mehrerer Ermahnungen der Stadtpolizei nicht durchgesetzt und damit wiederholt Vorschriften der Gastwirtschaftsgesetzgebung – insbesondere Art. 21 Abs. 1 und



Abs. 2 lit. e GWG - verletzt. X. biete somit keine Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung im Sinne von Art. 13 Abs. 2 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 7 lit. c und Art. 8 Abs. 1 lit. b GWG, weshalb ihm das Gastwirtschaftspatent zu entziehen sei. Der Patententzug sei verhältnismässig. Es handle sich um eine geeignete Massnahme, um den Schutz des Polizeigutes der öffentlichen Ordnung bzw. die im öffentlichen Interesse liegende Einhaltung der Rechtsordnung zu gewährleisten und damit Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 lit. e GWG Nachachtung zu verschaffen. Zudem sei der Patententzug mit Blick auf die Einhaltung der Rechtsordnung erforderlich, und die Verwaltungsmassnahme stehe in einem vernünftigen Verhältnis zu den Freiheitsbeschränkungen, die X. auferlegt werden. Schliesslich werde mit der Verfügung auch Art. 8 Abs. 1 der Schweizerischen Bundesverfassung (SR 101, abgekürzt BV) nicht verletzt. Es verstosse nicht gegen das Rechtsgleichheitsgebot, dass in verschiedenen Kantonen und Gemeinden unterschiedliche Rechtsordnungen gelten bzw. gleich lautende Rechtssätze unterschiedlich gehandhabt werden.

C./ Mit Eingaben seiner Rechtsvertreterin vom 6. Februar und 12. März 2009 erhob X. Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Verfügung der Stadtpolizei vom 21. Januar 2009 sowie der Entscheid des Volkswirtschaftsdepartements vom 5. Februar 2009 seien aufzuheben und es sei im Fall des Beschwerdeführers von einem Entzug des Gastgewerbepatents abzusehen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Auf die Begründung wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

Die Vorinstanz hat innert der angesetzten Frist auf eine Stellungnahme verzichtet.

Die Beschwerdegegnerin liess sich mit Schreiben vom 2. April 2009 vernehmen; sie beantragt die kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

### **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 Beschwerdeeingaben vom 6. Februar und 12.



## St.Galler Gerichte

März 2009 entsprechen zeitlich, formal und inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen (Art. 64 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2 VRP). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2. Die Vorinstanz kam in ihrem Entscheid vom 5. Februar 2009 zum Schluss, der Beschwerdeführer habe wiederholt Vorschriften der Gastwirtschaftsgesetzgebung - insbesondere Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 lit. e GWG - verletzt; er biete somit keine Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung im Sinne von Art. 13 Abs. 2 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 lit. c und Art. 8 Abs. 1 lit. b GWG, weshalb ihm das Gastwirtschaftspatent für sein Restaurant zu entziehen sei.

Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe mit ihrem Entscheid vom 5. Februar 2009 Art. 7 Abs. 1 lit. c, Art. 8 Abs. 1 lit. b, Art. 13 Abs. 2 Ziff. 1 und Art. 21 Abs. 1 GWG verletzt. Es sei nicht seine Aufgabe als Gastwirtschaftsbetreiber und Patentinhaber, sondern Aufgabe des Staates, die Vorschriften des Gesundheitsgesetzes durchzusetzen. Es sei nicht er, der gegen das Gesundheitsgesetz verstossen habe, sondern in erster Linie der rauchende Gast; es könne ihm nicht vorgeworfen werden, er habe rauchende Gäste nicht des Lokals verwiesen oder bei deren Weigerung, es zu verlassen, nicht die Polizei zur Entfernung des unbelehrbaren Gastes aufgeboten zu haben. Da er nicht verpflichtet sei, die Regeln des Gesundheitsgesetzes in seinem Betrieb durchzusetzen, habe er Art. 8 Abs. 1 lit. b und Art. 21 Abs. 1 GWG nicht verletzt. Die Vorinstanz habe ihm deshalb zu Unrecht gestützt auf Art. 13 Abs. 2 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 lit. c und Art. 8 Abs. 1 lit. b sowie Art. 21 Abs. 1 GWG das Gastwirtschaftspatent entzogen.

2.1. Gemäss Art. 13 Abs. 2 GWG wird das Gastwirtschaftspatent entzogen, wenn die Voraussetzungen der Erteilung nicht mehr erfüllt sind (Ziff. 1) oder im Betrieb Vorschriften der Betäubungsmittelgesetzgebung verletzt werden (Ziff. 2). Die Voraussetzungen für die Erteilung im Sinne von Art. 13 Abs. 2 Ziff. 1 GWG regelt Art. 7 Abs. 1 GWG. Gemäss dieser Bestimmung wird das Patent für einen Betrieb erteilt, wenn der Gesuchsteller handlungsfähig ist (lit. a), charakterlich geeignet ist (lit. b), Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung bietet (lit. c) und zur Nutzung des Betriebes berechtigt ist (lit. d). Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 lit. c GWG bietet gemäss Art. 8 Abs. 1 GWG insbesondere, wer



Kenntnisse in der Lebensmittelhygiene und in der Suchtprävention hat (lit. a) und in den letzten zwei Jahren nicht wiederholt oder in schwerwiegender Weise Vorschriften der Gesundheits-, der Lebensmittel-, der Fremden-, der Wirtschaftspolizei, des Arbeitsrechts oder der Betäubungsmittelgesetzgebung verletzt hat (lit. b). Art. 21 Abs. 1 GWG schreibt im weiteren vor, der Patentinhaber habe für Ordnung in seinem Betrieb zu sorgen; Art. 21 Abs. 2 lit. e GWG verpflichtet den Patentinhaber insbesondere, Gäste, die der Aufforderung zur Einhaltung der Ordnung keine Folge leisten, wegzuweisen und – falls er die Wegweisung nicht durchsetzen kann – die Hilfe der Polizei in Anspruch zu nehmen.

Wie das Wort "insbesondere" in Art. 8 Abs. 1 GWG ausdrückt, sind die Umstände, unter denen ein Gesuchsteller Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung bietet, nicht abschliessend aufgezählt. E contrario zählt das Gesetz auch die Umstände nicht abschliessend auf, unter denen der Inhaber eines Gastwirtschaftspatents für eine einwandfreie Betriebsführung keine Gewähr mehr bietet und ihm deshalb in Anwendung von Art. 13 Abs. 2 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 lit. c GWG das Gastwirtschaftspatent entzogen wird. In diesem Sinne darf die Behörde, wenn sie über den Entzug eines Gastwirtschaftspatents entscheidet, auch Umstände berücksichtigen, die Art. 8 Abs. 1 GWG nicht ausdrücklich nennt. Es steht ihr somit frei, einem Gastwirt das Gastwirtschaftspatent nicht gestützt auf Art. 8 Abs. 1 lit. a oder lit. b GWG, sondern gestützt auf Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 lit. e GWG zu entziehen, wenn sie zum Schluss gelangt, der betreffende Patentinhaber Sorge nicht für Ordnung in seinem Lokal oder weise Gäste nicht weg, die der Aufforderung zur Einhaltung der Ordnung keine Folge leisten.

2.2. Gemäss Art. 52quater Abs. 1 GesG, in Kraft seit 1. Oktober 2008, ist das Rauchen – ausgenommen in Rauchzimmern - in allgemein zugänglichen, geschlossenen Räumen verboten. Gastgewerbliche Betriebe können gemäss Art. 52quinquies Abs. 2 GesG auf Bewilligung der politischen Gemeinde hin als Raucherbetriebe geführt werden. Art. 52quater Abs. 1 GesG auferlegt den Patentinhabern eines gastgewerblichen Betriebs, die über keine Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 52quinquies Abs. 2 GesG verfügen, keine unmittelbare Pflicht, das Rauchverbot gemäss Art. 52quater Abs. 1 GesG in ihrem Lokal durchzusetzen; das Rauchverbot



richtet sich primär gegen die Besucher allgemein zugänglicher, geschlossener Räume, und es obliegt den Behörden, Personen zu büssen, die gegen dieses Verbot verstossen. Darf der Patentinhaber eines gastgewerblichen Betriebs Verstösse gegen das Rauchverbot – wie auch andere Gesetzesverstösse – nicht sanktionieren, bedeutet dies jedoch nicht, dass er auch gegen allfällige Verstösse in seinem Betrieb nichts vorkehren müsste; Art. 21 Abs. 1 GWG verpflichtet jeden Patentinhaber eines gastgewerblichen Betriebs, in seinem Lokal für Ordnung zu sorgen. Dazu gehört auch, mit allen ihm zumutbaren Mitteln zu verhindern, dass Personen in seinem Lokal rauchen. Kann der Patentinhaber den Verstoss gegen das Rauchverbot im Sinne von Art. 52quater Abs. 1 GWG nicht verhindern, muss er – in Anwendung von Art. 21 Abs. 2 lit. e GWG – den rauchenden Gast aus dem Lokal wegweisen, wenn dieser der Aufforderung zur Einhaltung der Ordnung keine Folge leistet. Kann der Patentinhaber die Wegweisung nicht durchsetzen, nimmt er gemäss Art. 21 Abs. 2 lit. e GWG die Hilfe der Polizei in Anspruch. Der Patentinhaber ist somit kraft Art. 52quater Abs. 1 GesG in Verbindung mit Art. 21 Abs. 1 GWG verpflichtet, alles ihm Zumutbare zu unternehmen, um einen Verstoss gegen das Rauchverbot zu verhindern. Gelingt ihm dies nicht, verstösst er seinerseits gegen die Pflicht, als Patentinhaber in seinem Betrieb für Ordnung zu sorgen. In diesem Fall darf ihm die zuständige Behörde die Gewähr für eine einwandfreie Betriebsführung absprechen und gestützt auf Art. 13 Abs. 2 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 lit. c GWG das Gastwirtschaftspatent entziehen.

2.3. Wie aus den vorliegenden Akten hervorgeht, hat die Stadtpolizei im Lokal des Beschwerdeführers seit Inkrafttreten des IX. Nachtrags zum Gesundheitsgesetz am 1. Oktober 2008 in einem Zeitraum von dreieinhalb Monaten insgesamt sieben Kontrollen durchgeführt; bei sämtlichen Kontrollen stellte sie fest, dass jeweils im Lokal des Beschwerdeführers mehrere Personen rauchten. Über eine Ausnahmegewilligung im Sinne von Art. 52quinquies Abs. 2 GesG verfügte der Beschwerdeführer in keinem der Zeitpunkte, als die Kontrollen stattfanden; ebensowenig gewährte ihm ein Rechtsmittel, das er im Zeitraum der Kontrollen eingereicht hatte, die aufschiebende Wirkung. Das Rauchen war somit seit 1. Oktober 2008 im Lokal des Beschwerdeführers verboten.

Wie im weiteren aus den Akten hervorgeht, hat der Beschwerdeführer in keinem Zeitpunkt, als die Stadtpolizei die Kontrollen durchführte, alles ihm Zumutbare



## St.Galler Gerichte

unternommen, um seine Gäste vom Rauchen in seinem Lokal abzuhalten. Anlässlich der Kontrollen vom 2. und 3. Oktober 2008 stellte die Stadtpolizei fest, dass sich auf den Tischen des Lokals Aschenbecher befanden; am 4. Oktober 2008 standen anstelle der Aschenbecher Unterteller von Kaffeetassen auf den Tischen. Am 15. November 2008 hatten die im Zeitpunkt der Kontrolle rauchenden Gäste Aschenbecher vor sich, ebenso anlässlich der Kontrolle vom 17. November 2008. Bei der Kontrolle vom 14. Januar 2009 bot sich der Stadtpolizei dasselbe Bild; ausserdem stellte sie fest, dass der Patentinhaber auf den Tischen seines Lokals Zettel angebracht hatte, in denen er seine Gäste auf das Rauchverbot aufmerksam machte und sie darauf hinwies, dass sie gebüsst werden könnten. Auf demselben Zettel forderte er sie jedoch auf, einen Aschenbecher zu bestellen, "sollten Sie dennoch hier rauchen wollen". Zudem forderte er die Gäste auf: "Bitte bezahlen Sie die Busse auf keinen Fall an Ort und Stelle. So verursachen Sie dem Staat einen enormen administrativen Aufwand."

Der Beschwerdeführer hat seine Pflicht, im Sinne von Art. 21 Abs. 1 GWG in Verbindung mit Art. 52quater Abs. 1 GesG alles ihm Zumutbare zu unternehmen, damit die Gäste in seinem Gastwirtschaftslokal nicht rauchen, in sämtlichen Zeitpunkten verletzt, in denen die Stadtpolizei Kontrollen durchführte. Dass der Beschwerdeführer eingeschritten wäre, als seine Gäste im Lokal gegen das Rauchverbot verstiessen, lässt sich nicht erkennen; vielmehr duldete er die Verstösse bewusst. Wie sich dem Zettel entnehmen lässt, der sich zumindest am 14. Januar 2009 auf den Tischen des Lokals befand, wies der Beschwerdeführer die – allenfalls - gegen das Gesetz verstossenden Gäste vielmehr an, wie sie sich zu verhalten hätten, falls sie das Gesundheitsgesetz verletzen sollten. Schliesslich vermochten auch mehrmalige Aufforderungen der Stadtpolizei, die Gäste vom Rauchen abzuhalten, den Beschwerdeführer nicht zu beeindrucken. Dasselbe gilt für die Androhung von Strafanzeigen, die eingereichten Strafanzeigen selbst sowie für den Entscheid des Verwaltungsgerichtspräsidenten vom 7. November 2008 betreffend vorsorgliche Massnahmen im Verfahren zur Bewilligung als Raucherbetrieb. Der Beschwerdeführer unterliess es bewusst, in seinem Betrieb für Ordnung zu sorgen, indem er davon absah, seine Gäste mit allen ihm zumutbaren Mitteln vom Rauchen abzuhalten. Die Vorinstanz hat daher kein Recht verletzt, als sie zum Schluss kam, der Beschwerdeführer habe Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2 lit. e GWG mehrfach verletzt,



weshalb ihm das Gastwirtschaftspatent für sein Restaurant gestützt auf Art. 13 Abs. 2 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 lit. c und Art. 8 GWG zu entziehen sei.

3. Der Beschwerdeführer macht im weiteren geltend, die Vorinstanz habe mit ihrem Entscheid den Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seinem Kernbereich verletzt; sie habe bei ihrer Interessenabwägung im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn nicht berücksichtigt, dass Verstösse gegen Art. 7, 8 oder 21 GWG eine gewisse Schwere haben müssten, um eine derart eingreifende Sanktion – den Entzug des Gastwirtschaftspatents – zu rechtfertigen. Dies gelte auch für die Pflicht gemäss Art. 21 GWG, wonach der Patentinhaber in seinem Betrieb für Ordnung sorgen muss. Dies sei vorliegend nicht der Fall, weshalb angesichts des Bagatelldcharakters des zugrunde liegenden Verstosses der Entzug des Gastgewerbepatents in keinem Verhältnis zu den Auswirkungen stehe, die eine solche Massnahme für den betroffenen Gastwirt habe. Schliesslich verliere er mit der Massnahme seine Erwerbsgrundlage.

3.1. 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, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 581; Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 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).

Die letzte der drei Bedingungen, welche der Beschwerdeführer mit dem Entscheid der Vorinstanz verletzt sieht, bringt zum Ausdruck, dass Verwaltungsmassnahmen zumutbar sein sollen. Eine Massnahme mag geeignet und erforderlich sein, doch ist sie gleichwohl unverhältnismässig, wenn der damit verbundene Eingriff in die Rechtsstellung des betroffenen Bürgers im Vergleich zur Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen unverhältnismässig schwer wiegt; für die Prüfung der Zumutbarkeit sind alle berührten Interessen abzuwägen (Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 21 N 17).



3.2. Die Vorinstanz kam nach einer ausführlichen Prüfung zum Schluss, das öffentliche Interesse an der Durchsetzung des Rauchverbots im Sinne von Art. 52quater Abs. 1 GesG überwiege die privaten Interessen des Beschwerdeführers. Diese Interessenabwägung ist nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführer hat mit seinem Verhalten wiederholt und während eines längeren Zeitraums unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, dass er sich dem Rauchverbot und dessen Durchsetzung mit allen Mitteln widersetzen werde. Die einschneidenden Folgen, welche sein Verhalten insbesondere für seine privaten Interessen zeitigen könnte, kannte er, und er nahm sie bewusst in Kauf. Die privaten Interessen des Beschwerdeführers müssen vor dem öffentlichen Interesse an der Durchsetzung des Rauchverbots zurücktreten; andernfalls würde der Vollzug des Gesetzes – wie die Vorinstanz zu Recht feststellte – ausgehebelt. Somit ist die Verwaltungsmassnahme – der Entzug des Gastwirtschaftspatents – dem Beschwerdeführer zumutbar. Die Vorinstanz hat den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BV – entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers – nicht verletzt.

4. Der Beschwerdeführer macht schliesslich geltend, durch den Entzug seiner Existenzgrundlage sei seine Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 BV tangiert; er könne nicht einfach an einem anderen Ort einen Gastgewerbebetrieb eröffnen, da er das Restaurant im Rohbau gemietet habe und deshalb sämtliches Inventar und alle Investitionen ortsgebunden seien.

4.1. 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). Eingriffe bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein und den Grundsatz der Verhältnismässigkeit sowie der Rechtsgleichheit wahren (vgl. BGE 125 I 337 E. 2a).

4.2. Dass der Entscheid der Vorinstanz einen der in Art. 36 BV genannten Grundsätze verletzt, ist nicht ersichtlich. Der Entzug des Gastwirtschaftspatents hat mit Art. 13 Abs.



## St.Galler Gerichte

2 Ziff. 1 GWG eine gesetzliche Grundlage, die Massnahme ist – wie sich ergeben hat – durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt, die Einschränkung ist verhältnismässig, und auch der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 Abs. 1 BV ist mit der Massnahme nicht verletzt. Der Entzug des Gastwirtschaftspatents tangiert zwar die Wirtschaftsfreiheit des Beschwerdeführers, verletzt aber dessen verfassungsmässig garantiertes Grundrecht nicht. Die Beschwerde erweist sich deshalb auch in diesem Punkt als unbegründet.

5. Zusammenfassend ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen, dass die Vorinstanz mit ihrem Entscheid vom 5. Februar 2009 weder kantonale Bestimmungen noch Grundrechte der Bundesverfassung verletzt hat, indem sie zum Schluss gelangte, dem Beschwerdeführer sei das Gastwirtschaftspatent zu entziehen. Folglich ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

6. 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 Verrechnung 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 S.)
- 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 dreissig Tagen nach der Eröffnung Beschwerde beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden.