

folgendes

Urteil:

- I. Es wird festgestellt, dass das Gesetz zum Schutz der Gesundheit (GSG) vom 23. Juli 2010 auf Shisha-Cafés keine Anwendung findet, wenn in diesen die Wasserpfeifen (Shishas) mit Shiazio-Steinen oder getrockneten Früchten benutzt werden.
- II. Die Beklagte hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
- III. Die Entscheidung ist im Kostenpunkt vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vorher Sicherheit in gleicher Höhe leistet.
- IV. Die Berufung wird zugelassen.

Tatbestand:

Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob das Gesetz zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz - GSG -) vom 23. Juli 2010 auf Shisha-Cafés Anwendung findet, wenn in diesen die Wasserpfeifen (Shishas) ausschließlich mit Shiazio-Steinen oder getrockneten Früchten betrieben werden.

Die Klägerin betreibt ein Shisha-Café in M. Sie legte am 4. August 2010 eine mit einem Antrag auf Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz verbundene Popularklage beim Bayerischen Verfassungsgerichtshof ein. Dieser wies den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit Entscheidung vom 24. September 2010 (Az.: Vf. 12-VII-10) zurück, u.a. mit der Begründung, es seien keine verfassungs-

rechtlich relevanten Umstände ersichtlich, die es gebieten würden, Shisha-Lokale hinsichtlich des Rauchverbotes anders zu behandeln als sonstige Gaststätten.

Auf Anfrage der Klägerin bei der Beklagten, ob die Verwendung von Trockenfrüchten (aus Äpfeln, Rosinen u.a., die mit einer Flüssigkeit aus aromatisierter Melasse getränkt werden), und sog. Shiazo-Steinen (ein Mineralprodukt, welches ebenfalls mit aromatisierter Melasse befeuchtet wird), dem Schutzbereich des Gesundheitsschutzgesetzes unterfalle, teilte diese mit Schreiben vom 19. August 2010 mit, dass auch die Verwendung von Shiazo-Steinen und getrockneten Früchten den Bestimmungen des Gesundheitsschutzgesetzes unterliege und die Klägerin bei Weiterverwendung dieser Produkte mit einem entsprechenden Bußgeldverfahren rechnen müsse. Telefonisch teilte die Beklagte weiter mit, dass entsprechende Bußgelder wiederholt und bei jedem Verstoß ausgesprochen werden könnten und in den nächsten Tagen mit Kontrollen zu rechnen sei.

Am 16. August 2010 erhob die Klägerin beim Bayerischen Verwaltungsgericht München Klage und beantragte,

festzustellen, dass das Gesetz zum Schutz der Gesundheit vom 23. Juli 2010 auf Shisha-Cafés keine Anwendung findet, wenn in diesen die Wasserpfeifen nur mit Shiazo-Steinen oder getrockneten Früchten betrieben werden.

Zur Begründung wurde insbesondere ausgeführt, die Klägerin lasse derzeit in ihrem Betrieb lediglich Produkte für ihre Shishas zu, die zu 100 % tabak-, teer- und nikotinfrei seien. Durch die von einer elektrischen Wärmequelle oder auch der Shisha-Kohle erzeugten Hitze verdampfe die in den Shiazo-Steinen oder den Trockenfrüchten enthaltene Feuchtigkeit (Melasse). Durch diese Funktionsweise entstünde kein Rauch, sondern lediglich Dampf, dieser Vorgang sei nicht vom Begriff des Rauchens im Sin-

ne des Gesundheitsschutzgesetzes umfasst und unterfalle somit nicht dessen Geltungsbereich. Zudem sei nach der Begründung des Gesetzesentwurfes vom 10. Juli 2010 vom Rauchverbot lediglich das Rauchen aller Tabakprodukte sowie das Inhalieren von Tabakrauch umfasst. Sowohl das Gesundheitsschutzgesetz in seiner Ursprungsfassung als auch die aktuelle Fassung des Gesundheitsschutzgesetzes beinhalteten lediglich die Zielsetzung, die Bevölkerung vor den Gefahren des passiven Rauchens durch das Verbrennen von Tabakprodukten zu schützen. Einzig die Gefährlichkeit dieser konkreten Art von Rauch sei nach Auffassung des Gesetzgebers wissenschaftlich nachgewiesen. Die Bevölkerung sollte jedoch gerade nicht umfassend vor dem Einatmen jeglicher Art von Rauch, der durch Verbrennungsvorgänge entstünde, geschützt werden.

Mit Schriftsatz vom 20. September 2010 beantragte die Beklagte

die Abweisung der Klage.

Nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG i.V.m. Art. 2 Nr. 8 GSG sei das Rauchen in den Innenräumen von Gaststätten verboten, ohne Differenzierung nach Art und Qualität der gerauchten Stoffe. Es ergebe sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut, dass sich das Rauchverbot auch auf Shishas erstrecke. Eine Einschränkung sehe das Gesundheitsschutzgesetz nicht vor. Es sei nicht auszuschließen, dass sich auch bei dem Verdampfen der Melasse Schadstoffe entwickelten. Der Schutzzweck des Gesundheitsschutzgesetzes, der Schutz der Bevölkerung vor gesundheitlichen Gefahren durch Passivrauch, erlaube keine Einschränkung, da aus medizinischer Sicht alle Produkte, die verraucht würden, Gefahrenstoffe für Dritte seien. Zudem ergäben sich Schwierigkeiten beim Vollzug des Gesetzes, soweit bestimmte Formen des Rauchens nicht unter das Gesundheitsschutzgesetz fielen, dahingehend, dass nicht jede

einzelne Wasserpfeife durch Kontrollbeamte auf Inhalt und Aufbau hin untersucht werden könnte.

Mit Schriftsatz vom 15. April 2011 führte die Beklagte ergänzend aus, es könne zur Auslegung des Begriffes „Tabakprodukte“ - wie auch vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 24. September 2010 (Az.: Vf. 12-VII-10) festgestellt - auf die Bestimmung des § 3 des Vorläufigen Tabakgesetzes (VTabakG) zurückgegriffen werden. Da die getrockneten Früchte und Shiazio-Steine als Ersatz für Tabakerzeugnisse dienen, seien sie dazu bestimmt, Tabakerzeugnisse in ihrer Verwendungsart des Rauchens (mittels Wasserpfeife) zu ersetzen und seien somit „tabakähnliche Waren“ im Sinne des § 3 Abs. 2 Nr. 1 des VTabakG. Zudem ergebe sich aus der Begründung zum Gesetzesentwurf 2008 vom 10. Juli 2007 der gesetzgeberische Wille nach einem umfassenden Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens, da in jedem Fall durch das Rauchen Gefahrstoffe freigesetzt würden. Nicht maßgeblich sei hingegen, ob Tabak oder tabakähnliche Ware verrauchte würde.

Gleichzeitig mit der Klage beantragte die Klägerin am 16. August 2010 den Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit der der Beklagten bis zum Erlass einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache untersagt wird, das Gesetz zum Schutz der Gesundheit auf Shisha-Cafés anzuwenden, wenn in diesen die Wasserpfeifen mit Shiazio-Steinen oder getrockneten Früchten betrieben werden.

Mit Beschluss vom 9. September 2010 lehnte das Bayerische Verwaltungsgericht München den Antrag ab, der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hob den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtes München mit Beschluss vom 30. November 2010 auf.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof wies die Popularklage der Klägerin mit Entscheidung vom 13. September 2011 (Az.: Vf. 12-VII-10) ab, u.a. mit der Begründung, dass es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegne, dass das für Gaststätten

geltende Rauchverbot grundsätzlich auch das Rauchen der Wasserpfeife (Shisha) erfasse. Welche dabei verwendeten Erzeugnisse im Einzelnen unter den Anwendungsbereich des Gesundheitsschutzgesetzes fallen, hätten die zuständigen Gerichte im fachgerichtlichen Verfahren zu entscheiden. Es sei nicht Aufgabe des Verfassungsgerichtshofes im Popularklageverfahren den Begriff des „Rauchens“ einfach rechtlich verbindlich auszulegen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Behörden- und Gerichtsakten, insbesondere auch auf die Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 14. September 2011, verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig und begründet.

Die allgemeine Feststellungsklage gemäß § 43 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) ist hier mit dem Ziel eines vorbeugenden Rechtsschutzes zulässig. Eine Konkretisierung des Rechtsverhältnisses im Sinne des § 43 Abs. 1 VwGO liegt immer dann vor, wenn der Prozessgegner die Zulässigkeit eines bestimmten Verhaltens des Klägers bestreitet und für den Fall einer Verwirklichung bzw. Fortsetzung mit rechtlichen Maßnahmen (Verwaltungsakte, Bußgeldbescheide) droht (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Auflage, § 43, RdNr. 19). Da die Beklagte mit der Einleitung eines Bußgeldverfahrens gedroht hat, sollte das Rauchen von Wasserpfeifen auch mit getrockneten Früchten oder Shiazosteinen in ihrer Gaststätte nicht eingestellt werden, ist eine hinreichende Konkretisierung des Rechtsverhältnisses gegeben. Die Klägerin kann auch nicht auf den Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsklage (§ 43 Abs. 2 VwGO) verwiesen werden, da die Klägerin ihr Ziel nicht auf

andere zumutbare Weise erreichen kann, insbesondere kann ihr das Abwarten einer Vielzahl von Buß- und Zwangsgeldbescheiden nicht zugemutet werden (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Auflage, RdNr. 33 f. vor § 40; BayVGH, Beschluss vom 30.11.2010, Az.: 9 CE 10.2468).

Die vorbeugende Feststellungsklage ist auch begründet.

Das Gesetz zum Schutz der Gesundheit vom 23. Juli 2010 findet auf Shisha-Cafés dann keine Anwendung, wenn in diesen die Wasserpfeifen ausschließlich tabakfrei mit Shiazo-Steinen oder getrockneten Früchten benutzt werden.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 1 ist das Rauchen in Innenräumen der in Art. 2 bezeichneten Gebäude verboten. Ziel des Gesetzes ist der Schutz der Bevölkerung vor gesundheitlichen Gefahren durch Passivrauchen (Art. 1 GSG). Im Gesundheitsschutzgesetz ist lediglich von „Rauchen“ die Rede, ohne dass das Rauchen mit Tabakprodukten ausdrücklich erwähnt wird. Der Begriff des „Rauchens“ ist jedoch unter Berücksichtigung des Ziels der gesetzlichen Regelung, wie sie sich aus der Gesetzesbegründung (Landtagsdrucksache 15/8603), dem sachlichen Zusammenhang der Vorschriften und der Entstehungsgeschichte des Gesundheitsschutzgesetzes hinreichend bestimmbar. Welche Erzeugnisse im Einzelnen unter den Anwendungsbereich des Gesundheitsgesetzes fallen, haben die zuständigen Gerichte im fachgerichtlichen Verfahren zu entscheiden (vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 24.9.2011 und 13.9.2011, Az.: Vf. 12-VII-10).

Bereits in der Problemskizzierung nimmt der Gesetzentwurf Bezug auf Forschungsergebnisse des Deutschen Krebsforschungsinstitutes in Heidelberg, wonach auf Grund aktueller Schätzungen von mehr als 3.300 tabakrauchassoziierte Todesfälle in Deutschland pro Jahr von Nichtraucherinnen und -rauchern durch Passivrauchen

auszugehen sei (Punkt A Gesetzentwurf 2008 vom 10.7.2007, Landtagsdrucksache 15/8603). Aus der Begründung folgt unmissverständlich, dass lediglich das Rauchen von Tabakprodukten verboten werden sollte. So verweist die Begründung zum Handlungsbedarf des Gesetzes immer wieder auf die gesundheitlichen Gefahren des Passivrauchens durch Tabakrauch (S. 7 der Begründung). Eine Einbeziehung von Tabakersatzstoffen in den Geltungsbereich des Gesetzes hat der Gesetzgeber nicht vorgenommen, obgleich schon seit jeher die Möglichkeit des Rauchens mit Tabakersatzstoffen besteht. Ausdrücklich wollte der Gesetzgeber neben Zigaretten oder Zigarren auch andere Hilfsmittel verbieten, mit denen das Rauchen von Tabakprodukten möglich ist (vgl. S. 10 der Begründung zum Gesetzentwurf 2008 vom 10.7.2007 „vom Rauchverbot umfasst ist das Rauchen aller Tabakprodukte sowie das Inhalieren des Tabakrauches mittels Wasserpfeife oder das Rauchen unter Verwendung anderer Hilfsmittel“). Mit „Hilfsmittel“ sind hiermit aber nicht Stoffe gemeint, die den Tabak ersetzen (vgl. BayVGH, Beschluss vom 30.11.2010, Az.: 9 CE 10.2468).

Die Bezugnahme auf wissenschaftliche Studien des Deutschen Krebsforschungsinstitutes Heidelberg, die die Gefährlichkeit des Passivrauchens allein durch Tabakrauch belegen, spricht ebenfalls für eine Auslegung des Begriffes „Rauchen“ der Gestalt, dass unter den Geltungsbereich des Gesetzes ausschließlich das Rauchen von Produkten aus der Tabakpflanze fällt. Wissenschaftliche Untersuchungen zur Frage der Gefährlichkeit des Rauchens von tabaklosen Stoffen werden nicht angeführt.

Auch ist nicht ersichtlich, dass die Initiatoren des Volksentscheides jegliche Verbrennungsprodukte verbieten wollten. Die Initiatoren wandten sich ausdrücklich gegen eine Lockerung des Gesundheitsschutzes insofern, als zwar das Gesundheitsschutzgesetz vom 20. Dezember 2007 in Kraft bleiben sollte, die darin enthaltenen Aus-

nahmeregelung für Gaststätten jedoch zu streichen ist (vgl. Begründung zum Gesetzentwurf 2010, Landtagsdrucksache 16/3158).

Schlussendlich spricht auch die in Art. 9 GSG normierte Ordnungswidrigkeit bei einem Verstoß gegen das Rauchverbot nach Art. 3 Abs. 1 GSG gegen eine weitergehende Auslegung des Begriffes „Rauchen“. Das Gebot der Bestimmtheit in Art. 104 Abs. 1 Bayerische Verfassung (BV) als *lex specialis* zum allgemeinen Gesetzesvorbehalt bezieht sich auch auf das Ordnungswidrigkeitenrecht (BVerfGE 87, 399/411; BayVGh, BayVBl. 1987, 273) und soll einerseits sicherstellen, dass der Normadressat vorhersehen kann, welches konkrete Verhalten mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist und andererseits gewährleisten, dass der Gesetzgeber und nicht erst die Gerichte über die Strafbarkeit oder Ahndbarkeit entscheiden.

Ob zur Auslegung des Begriffes „Rauchen“ auf die Bestimmung des § 3 des VTabakG in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1997 (BGbl. I, S. 2296), zuletzt geändert durch Gesetz vom 6. Juli 2010 (BGbl. I, S. 848) zurückgegriffen werden kann (bejahend Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung vom 24.9.2010, Az.: Vf. 12-VII-10), erscheint fraglich, da die Zielrichtung der beiden Gesetze unterschiedlich ist. Das Vorläufige Tabakgesetz enthält die früher dem Lebensmittelrecht zugeordneten grundlegenden Vorschriften für das Herstellen und In-Verkehr-Bringen von Tabakerzeugnissen, auch um EU-Recht in deutsches Recht umzusetzen. Wie schon das LMBG enthält auch das Vorläufige Tabakgesetz kein Verbot zum Schutze der Gesundheit im Zusammenhang mit der Verwendung von Tabakerzeugnissen (vgl. Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, Lose-Blatt-Kommentar, Stand: März 2011, C 900, RdNr. 6). Jedenfalls liegen die Voraussetzungen des § 3 des VTabakG nicht vor. Die von der Klägerin verwendeten getrockneten Früchte und die aus Mineralien bestehenden Shizao-Steine unterfallen nämlich auch nicht der - allenfalls in Frage kommenden - Variante des § 3 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG, da es sich

offensichtlich nicht um tabakerzeugnisähnliche Waren handelt (vgl. BayVGH, Beschluss vom 30.11.2010, a.a.O.; anderer Ansicht wohl Zipfel/Rathke, a.a.O., RdNr. 22).

Ein anderes Ergebnis folgt schließlich nicht aus dem von der Beklagten befürchteten Vollzugsproblem bei der Kontrolle des Rauchverbots, wenn das Rauchen mit den genannten Produkten erfolgen darf. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 30. Juli 2008 (BVerwGE 121, 317/358 f.) entschieden, dass sich der Gesetzgeber nicht auf Ausnahmeregelungen für reine Rauchergaststätten einlassen muss, zu denen Nichtraucher keinen Zutritt erhielten, da die Voraussetzungen einer solchen Ausnahme praktisch nicht zu kontrollieren wären und gerade zur Umgehung des Verbots einladen würden. Daraus folgt aber nicht, dass erst im Vollzug einer Rechtsnorm auftretende Probleme zur Auslegung der Norm selbst herangezogen werden dürfen. Zudem geht es hier nicht um eine Ausnahmeregelung im Sinne der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, sondern ausschließlich um die Frage, ob das Gesundheitsschutzgesetz bei Verwendung der genannten Produkte überhaupt Anwendung findet (vgl. BayVGH, Beschluss v. 30.11.2010, a.a.O.). Im Übrigen vermag das Gericht die von der Beklagten vorgetragene Vollzugsprobleme nicht zu erkennen, da eine Unterscheidung zwischen Tabak einerseits und den von der Klägerin verwendeten Produkten andererseits ohne größere Probleme möglich erscheint.

Nach alledem war der Klage mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO stattzugeben.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit im Kostenpunkt folgt aus § 167 VwGO i.V.m. § 708 ff. Zivilprozessordnung (ZPO).

Die Berufung war zuzulassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 124 a Abs. 1 VwGO i.V.m. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO).

Rechtsmittelbelehrung:

Nach §§ 124 und 124a Abs. 1 VwGO kann die Berufung innerhalb **eines Monats** nach Zustellung dieses Urteils beim **Bayerischen Verwaltungsgericht München**,

Hausanschrift: Bayerstraße 30, 80335 München, oder
Postanschrift: Postfach 20 05 43, 80005 München

schriftlich eingelegt werden. Die Berufung muss das angefochtene Urteil bezeichnen. Sie ist spätestens innerhalb von **zwei Monaten** nach Zustellung dieses Urteils zu **begründen**. Die Begründung ist, sofern sie nicht zugleich mit der Einlegung der Berufung erfolgt, beim **Bayerischen Verwaltungsgerichtshof**,

Hausanschrift in München: Ludwigstraße 23, 80539 München, oder
Postanschrift in München: Postfach 34 01 48, 80098 München
Hausanschrift in Ansbach: Montgelasplatz 1, 91522 Ansbach

einzureichen. Die Berufungsbegründung muss einen bestimmten Antrag enthalten, sowie die im Einzelnen anzuführenden Gründe der Anfechtung (Berufungsgründe).

Über die Berufung entscheidet der Bayerische Verwaltungsgerichtshof.

Vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof müssen sich die Beteiligten, außer im Prozesskostenhilfungsverfahren, durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Dies gilt auch für Prozesshandlungen, durch die ein Verfahren vor dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof eingeleitet wird. Als Prozessbevollmächtigte zugelassen sind neben Rechtsanwälten und den in § 67 Abs. 2 Satz 1 VwGO genannten Rechtslehrern mit Befähigung zum Richteramt die in § 67 Abs. 4 Sätze 4 und 7 VwGO sowie in §§ 3, 5 RDGEG bezeichneten Personen und Organisationen.

Ettlinger

Höger

Winter

Beschluss:

Der Streitwert wird auf EUR 5.000,-- festgesetzt
(§ 52 Abs. 2 Gerichtskostengesetz -GKG-).

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Beschluss steht den Beteiligten die **Beschwerde** an den Bayerischen Verwaltungsgeschichtshof zu, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes EUR 200,-- übersteigt oder die Beschwerde zugelassen wurde. Die Beschwerde ist innerhalb von **sechs Monaten**, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, beim **Bayerischen Verwaltungsgericht München**,

Hausanschrift: Bayerstraße 30, 80335 München, oder
Postanschrift: Postfach 20 05 43, 80005 München

schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen.

Ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, kann die Beschwerde auch noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Der Beschwerdeschrift eines Beteiligten sollen Abschriften für die übrigen Beteiligten beigefügt werden.

Ettlinger

Höger

Winter

