

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 22 CS 11.1992
Sachgebietsschlüssel: 423

Rechtsquellen:

§ 5 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GastG;
Art. 2 Nr. 8, Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG;
§ 146 VwGO.

Hauptpunkte:

Durchsetzung des Rauchverbots gegenüber einer Gaststätte für den von ihr als Bewirtungsfläche verwendeten Fußgängerbereich innerhalb eines Einkaufszentrums;
Begriff des Innenraums im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG;
Innenraum einer Gaststätte.

Leitsätze:

Das Rauchverbot des Art. 3 Abs. 1 GSG gilt auch für Bewirtungsflächen einer Gaststätte im allseits umschlossenen und überdachten Durchgangsbereich eines Einkaufszentrums.

Beschluss des 22. Senats vom 11. November 2011
(VG München, Entscheidung vom 3. August 2011, Az.: M 18 S 11.1436)

22 CS 11.1992
M 18 S 11.1436

*Großes
Staatswappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In der Verwaltungsstreitsache

**** *

***** *

***** *

- Antragstellerin -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte ***** *

***** *

gegen

Landeshauptstadt München,
vertreten durch den Oberbürgermeister,
Kreisverwaltungsreferat, Hauptabteilung I,

***** *

- Antragsgegnerin -

beigeladen:

** *

** *

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte ***** *

***** *

beteiligt:

Landesrechtsanwaltschaft Bayern
als Vertreter des öffentlichen Interesses,
Ludwigstr. 23, 80539 München,

wegen

gaststättenrechtlicher Auflage

(Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO);

hier: Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichts München vom 3. August 2011,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 22. Senat,

durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Schenk,

den Richter am Verwaltungsgerichtshof Demling,

den Richter am Verwaltungsgerichtshof Dr. Dietz

ohne mündliche Verhandlung am **11. November 2011**

folgenden

Beschluss:

- I. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.
- II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.
- III. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 2.500 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Antragstellerin betreibt eine Gaststätte in einem Einkaufszentrum, in dem ein privatrechtliches Rauchverbot besteht, das sich aber nicht auf die Gaststätte bezieht. Von ihrer Konzession sind die innerhalb des Gebäudes baulich getrennten Gasträume und Nebenräume sowie eine Bewirtungsfläche außerhalb ihres Gastraumes, aber innerhalb des Einkaufszentrums erfasst. Diese Bewirtungsfläche

befindet sich im Durchgangsbereich der Besucher nahe einer Rolltreppenanlage und eines Liftes mit Zugang zu den höher und tiefer gelegenen Stockwerken. Der atriumartige Durchgangsbereich erstreckt sich als allseits umschlossener Innenhof über mehrere Stockwerke nach oben und ist schließlich von einem halbtonnenförmigen Glasdach abgeschlossen.

- 2 Auf Grund von Beschwerden über auf der Bewirtungsfläche rauchende Gäste hörte die Antragsgegnerin die Antragstellerin an. Mit Bescheid vom 1. März 2011 erließ sie gegenüber der Antragstellerin die Auflage, dafür Sorge zu tragen, dass weder Gäste noch Mitarbeiter in den Räumlichkeiten der Gaststätte sowie auf dem allseits umschlossenen Passagen-Wirtsgarten rauchen. Bei Verstößen gegen das Rauchverbot seien unverzüglich die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um eine Fortsetzung des Verstoßes oder einen neuen Verstoß zu verhindern. Aschenbecher oder vergleichbare Gegenstände dürften nicht bereit gestellt oder herausgegeben werden (Nr. 1 des Bescheids). Für diese Auflage wurde die sofortige Vollziehung angeordnet (Nr. 2 des Bescheids).
- 3 Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der gegen den Bescheid erhobenen Klage blieb ohne Erfolg (Beschluss des VG München vom 3.8.2011 Az. M 18 S 11.1436). Hiergegen wurde Beschwerde eingelegt.
- 4 Wegen der Einzelheiten wird auf die Gerichtsakten beider Instanzen und auf die beigezogenen Behördenakten verwiesen.

II.

- 5 Die Beschwerde bleibt ohne Erfolg. Die von der Antragstellerin dargelegten Gründe, auf welche die Prüfung des Beschwerdegerichts beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), rechtfertigen keine Abänderung des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses.
- 6 Das Verwaltungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass – bei summarischer Überprüfung – vorliegend die Voraussetzungen für die durch Bescheid vom 1. März 2011 verfügte (nachträgliche) Auflage einer Verpflichtung zur Unterbindung des Rauchens in der von der Antragstellerin betriebenen Gaststätte und auf dem allseits umschlossenen Passagenbereich gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GastG i. V. m. Art. 1, Art. 2 Nr. 8, Art. 3 Abs. 1 Satz 1, Art. 7 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 des Gesetzes zum

Schutz der Gesundheit vom 23. Juli 2010 (GSG) gegeben sind. Es ist ebenfalls zutreffend davon ausgegangen, dass weder die Erfolgsaussichten der Klage gegen den streitgegenständlichen Bescheid vom 1. März 2011 (dazu 1.) noch die Abwägung der widerstreitenden Interessen (dazu 2.) eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gebieten.

- 7 1. Die Antragstellerin rügt zunächst, die Erfolgsaussichten der Klage gegen den streitgegenständlichen Bescheid vom 1. März 2011 seien gegeben, denn das Verwaltungsgericht habe fehlerhaft den von ihr als Bewirtungsfläche genutzten Bereich der Passage im Einkaufszentrum als Innenraum der Gaststätte im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG angesehen.
- 8 Die Einschätzung des Verwaltungsgerichts, dass eine Bewirtungsfläche in einem überdachten und umschlossenen Innenhof eines Einkaufszentrums als „Innenraum“ einer Gaststätte im Sinne des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG anzusehen ist, ist nicht zu beanstanden. Zwar ist der Antragstellerin zuzugeben, dass der Gesetzgeber den Begriff des „Innenraums“ einer Gaststätte nicht ausdrücklich definiert hat, doch die Auslegung des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG bestätigt das vom Verwaltungsgericht gefundene Ergebnis, dass hierunter auch als Bewirtungsfläche genutzte und allseits umschlossene und vollständig überdachte Durchgangsbereiche in einem Einkaufszentrum fallen.
- 9 a) Die grammatikalische Auslegung des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG führt zwar nicht eindeutig zur Zurechnung einer solchen Bewirtungsfläche zum „Innenraum“. Sie schließt eine solche Zurechnung aber auch nicht aus.
- 10 Art. 2 Nr. 8 GSG definiert weder den Begriff der Gaststätte noch ihrer Räume, sondern nimmt Bezug auf das Gaststättengesetz. Raum einer Gaststätte im Sinne des Gaststättengesetzes kann jeder räumliche Bezirk in Gebäuden oder im Freien sein, für den eine Gaststättenerlaubnis erteilt ist oder in dem eine Gaststätte betrieben wird (vgl. Metzner, GastG, 6. Aufl. 2002, RdNr. 65 zu § 3). Da eine gaststättenrechtliche Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 Satz 1 GastG „für bestimmte Räume“ erteilt wird, gehören zur „Gaststätte“ im Sinne des Art. 2 Nr. 8 GSG alle von der Erlaubnis umfassten Räume, auch Bewirtungsflächen wie im vorliegenden Fall oder derartige Flächen im Freien. Auch eine Bewirtungsfläche im Durchgangsbereich eines Einkaufszentrums, die nur aus einer Schanktheke und Tischen mit Bestuhlung besteht und kei-

nerlei bauliche Abgrenzung aufweist, kann Raum einer „Gaststätte“ im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 GastG sein, unabhängig davon, ob die Gaststätte noch über weitere Räume verfügt oder nicht (vgl. VG Köln vom 4.2.2009, Az. 7 L 1760/08 <juris> RdNr. 30).

- 11 Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG knüpft daran an und verbietet das Rauchen „in Innenräumen der in Art. 2 bezeichneten Gebäude ... Gaststätten ...“. Zwar kann die Genitiv-Verknüpfung „in Innenräumen der ... Gaststätten“ mit der Antragstellerin dahin verstanden werden, dass hierzu nur solche Räume gehören, die durch die Außenwände eines Gaststättengebäudes begrenzt werden, nicht aber Räume davor (so OLG Bamberg vom 12.8.2009 Az. 2 Ss OWi 795/09 <juris> RdNr. 13 f.; a. A. OVG NRW vom 11.11.2009 Az. 4 B 512/09 <juris> RdNr. 13 zur textlich verschiedenen Rechtslage in Nordrhein-Westfalen, wonach das Rauchverbot für Gaststätten in einem Gebäude oder einem sonstigen vollständig umschlossenen Raum gelten soll). Es können aber nach dem Wortlaut auch solche „Innenräume“ gemeint sein, die zur Gaststätte rechnen, aber nicht (mehr) von einem Gaststättengebäude, sondern anderweitig nach außen baulich abgegrenzt sind. Dies gilt vor allem, wenn die Gaststätte ganz oder teilweise im Durchgangsbereich eines Einkaufszentrums liegt. „Innenraum“ einer Gaststätte kann danach jeder allseits umschlossene und vollständig überdachte Raum sein, der von ihr genutzt wird. Er liegt gerade nicht „außen“ im Freien und ist nicht nur teilweise baulich gegen die Witterung geschützt, sondern er befindet sich „innen“ in einem allseits geschlossenen Gebäude.
- 12 b) Die Berücksichtigung der Entstehungsmotive von Art. 2 Nr. 8 und Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG im Wege der historischen Auslegung stützt das vom Verwaltungsgericht gefundene Ergebnis.
- 13 Die Einzelbegründung zu Art. 3 Abs. 1 GSG a. F. (LT-Drs. 15/8603, S. 9 f.) definiert Innenräume als „geschlossene Räume“, „die nach allen Seiten von Wänden oder Fenstern eingegrenzt werden. Abgegrenzt wird der Begriff des Innenraums von dem des Außen- oder Freibereichs ... in den Freibereichen wie nicht (vollständig) überdachten Innenhöfen ... und insbesondere im Frei- und Außenbereich der Gastronomie, z. B. in Wirts- und Biergärten, ist das Rauchen weiterhin erlaubt ... In der Außenluft können sich die Schadstoffe des Tabakrauchs besser verteilen, sodass die Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen erheblich vermindert sind.“ Die Einzelbegründung zu Art. 6 Abs. 4 GSG a. F. (vgl. LT-Drs. 15/8603, S. 11) spricht insofern

vom Rauchen unter freiem Himmel, bei welchem der Nichtraucher nicht zwangsläufig den Risiken des Passivrauchens ausgesetzt ist, da er sich dem Qualm leicht durch Weggehen entziehen kann. Die Gesetzesmaterialien unterscheiden erkennbar nur zwei Bereiche: Räume und Flächen in allseits umschlossenen und vollständig überdachten Gebäuden als Innenbereich einerseits sowie Frei- und Außenflächen im Außengelände andererseits. Einen dritten Bereich gibt es nach den den Gesetzesmaterialien zu Grunde liegenden Vorstellungen auch nicht in den Durchgangsbereichen von Einkaufszentren.

- 14 Der damalige parlamentarische Gesetzgeber machte sich diese Begründung zu eigen (vgl. BayVerfGH vom 25.6.2010 BayVBl. 2010, 658/663) und wollte durch das Rauchverbot die erheblichen Gesundheitsgefahren des Passivrauchens in allseits umschlossenen Räumen bannen, stellte also die Umschlossenheit des Raums in den Vordergrund. Die derzeitige Fassung des Art. 2 Nr. 8 und des Art. 3 Abs. 1 GSG vom 23. Juli 2010 enthält demgegenüber keine Veränderungen. Ihr liegen ersichtlich dieselben Erwägungen zu Grunde.
- 15 Da der strittige Bereich eindeutig nicht als Frei- oder Außenbereich anzusehen ist, bleibt nach jenen den Gesetzesmaterialien zu Grunde liegenden Vorstellungen nur die Zuordnung zur Kategorie des Innenraums.
- 16 c) Die Systematik der Regelungen der Art. 2 Nr. 8 und Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG stützt ebenfalls das vom Verwaltungsgericht gefundene Ergebnis.
- 17 Art. 2 GSG zählt jene Gebäude und Einrichtungen auf, auf welche das Gesetz anwendbar ist: Nr. 1 nennt öffentliche Gebäude. Nr. 2 erfasst Einrichtungen für Kinder und Jugendliche, darunter Gebäude wie Schulen und Kindertageseinrichtungen, aber auch räumlich abgegrenzte Kinderspielplätze. Nrn. 3–6 zählen Bildungs-, Gesundheits- und Kultureinrichtungen teils unter Nennung spezifischer Gebäude auf, Nr. 7 hingegen erfasst Sportanlagen und Nr. 8 erstreckt sich auf Gaststätten sowie Nr. 9 spezifisch auf Gebäude und Gebäudeteile der Verkehrsflughäfen. Damit sind je nach Nutzungsart und Schutzbedürftigkeit Gebäude teils insgesamt, teils auch nur beschränkt von der Regelung ergriffen. Freiflächen werden nur erfasst, soweit es um Kinderspielplätze und Sportstätten geht (§ 2 Nr. 2 Buchst. c und Nr. 7 GSG). Für diesen Anwendungsbereich legt Art. 3 GSG fest, inwieweit ein Rauchverbot gelten soll, nämlich grundsätzlich in den Innenräumen.

- 18 Darin zeigt sich das legislative Schutzkonzept: Personen sollen vor der (unfreiwilligen) Beeinträchtigung durch Rauch in geschlossenen Räumen geschützt werden, der sie sich nicht entziehen können, weil sie auf die Benutzung der Gebäude und das Betreten der Räume angewiesen sind (vgl. LT-Drs. 15/8603, S. 9 zu Art. 3 GSG). Dies gilt in besonderem Maß für öffentliche Gebäude, Bildungs- und Gesundheitseinrichtungen, aber auch für Gaststätten um der Teilhabe am gesellschaftlichen Leben willen (vgl. BVerfG vom 30.7.2008 BVerfGE 121, 317/349 f.; BVerfG vom 2.8.2010 BayVBl. 2010, 723/724 RdNr. 13; BayVerfGH vom 25.6.2010 BayVBl. 2010, 658/660; BayVerfGH vom 14.4.2011 BayVBl. 2011, 466/468). Das Rauchverbot wird für einen Teil des Anwendungsbereichs nur dort gelockert, wo Raucher in baulich und technisch so abgegrenzten Räumen rauchen, dass eine Ausbreitung des Rauches in andere Bereiche ausgeschlossen ist (sog. Raucherraum nach Art. 6 Abs. 3 GSG a. F., vgl. LT-Drs. 15/8603, S. 11 zu Art. 6 Abs. 3 GSG). Dort können Dritte dem Rauch ausweichen, indem sie die Räume und die Gesellschaft der Raucher meiden.
- 19 Somit ist das Gesetz systematisch auf den Schutz von Nichtrauchern in geschlossenen Räumen angelegt, wenn und soweit sie dort der Beeinträchtigung durch Rauch nicht zumutbar ausweichen können. Das trifft auch auf die streitgegenständliche Bewirtungsfläche in einem Einkaufszentrum zu, die sich am Rand des durch Wände und Türen allseits umschlossenen und einige Stockwerke höher von einem Glasdach bedeckten Atriums befindet. In unmittelbarer Nähe der Bewirtungsfläche befinden sich ausweislich der Baupläne ein Zugang zur Tiefgarage sowie zwei Rolltreppen als Zugang zur nächsthöheren Etage. Damit liegt die Bewirtungsfläche für Passanten zwangsläufig an ihrem Weg nach oben und unten innerhalb des Einkaufszentrums. Der entstehende Rauch verflüchtigt sich nicht, sondern verteilt sich innerhalb des Atriums, ohne dass sich Nichtraucher dem entziehen können. Mag der Durchgangsbereich andere Zu- und Ausgänge haben, bleibt der gesamte Raum doch verqualmt.
- 20 Die Antragstellerin hat zwar zu Recht darauf hingewiesen, dass nicht jeder Innenraum eines Gebäudes, auf dessen Benutzung die Bevölkerung angewiesen ist, vom Rauchverbot erfasst wird. So gilt für Einkaufszentren ein öffentlich-rechtliches Rauchverbot nur, wenn und soweit eine Kinderbetreuung angeboten wird (Art. 2 Nr. 2 Buchst. e GSG). Diese Beschränkung ist aber der Rücksichtnahme auf das private Hausrecht des Gebäudeeigentümers geschuldet (vgl. Art. 3 Abs. 2 GSG und

LT-Drs. 15/8603, S. 9, Einzelbegründung zu Art. 2 Nr. 4 GSG a. F.) und nicht auf Gaststätten übertragbar (vgl. LT-Drs. 15/8603, Teil B, S. 8). Die Gesetzesbegründung weist insofern im Zusammenhang mit Arztpraxen und Ambulatorien darauf hin, dass das öffentlich-rechtliche Rauchverbot in Bereichen nicht gelten soll, die bereits weitgehend auf Grund des privaten Hausrechts rauchfrei sind. Hiervon geht der Gesetzgeber ersichtlich auch bei Einkaufszentren aus, während er diese Annahme bei Gaststätten gerade nicht für gerechtfertigt hält. Es gibt also – anders als die Antragstellerin meint – keinen Beleg dafür, dass Einkaufszentren im Umkehrschluss generell Raucherzonen sein sollten.

- 21 Abgesehen davon liegt auch aus einem anderen Grund kein Wertungswiderspruch darin, dass die Laufflächen vor den einzelnen Geschäften innerhalb eines Einkaufszentrums nicht vom öffentlich-rechtlichen Rauchverbot erfasst werden, wohl aber zu Gaststätten gehörende Räume und Flächen in demselben Gebäude (so aber OLG Bamberg vom 12.8.2009 Az. 2 Ss OWi 795/09 <juris> RdNr. 15, 19). Denn in Gaststätten – gleich an welchem Ort und auch in Einkaufszentren – halten sich die Besucher typischerweise länger auf, nehmen Speisen und anregende Getränke zu sich und rauchen unter diesen Umständen mehr und länger (vgl. OVG NRW vom 11.11.2009 Az. 4 B 512/09 <juris> RdNr. 24).
- 22 Aus diesen Gründen fällt somit auch der als Bewirtungsfläche genutzte und allseits umschlossene und überdachte Durchgangsbereich eines Einkaufszentrums systematisch unter den Begriff des „Innenraums“ einer Gaststätte.
- 23 d) Schließlich findet die Auffassung des Verwaltungsgerichts auch in der Zielrichtung des Gesetzes eine hinreichende Stütze.
- 24 Der bayerische Gesetzgeber will die Bevölkerung mit dem in Art. 1 und Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG geschaffenen Rauchverbot vor den Gesundheitsgefahren des Passivrauchens schützen. Dieses Anliegen hat insbesondere hinsichtlich der Gaststätten durch die auf einen Volksentscheid zurückgehende Neufassung vom 23. Juli 2010 noch zusätzliches Gewicht erhalten. Solche Gefahren sieht der Gesetzgeber insbesondere in geschlossenen Räumen, weil sich die gesundheitsschädlichen Inhaltsstoffe dort absetzen und nach Ende des Rauchens trotz moderner Lüftungsanlagen vorhanden bleiben, also jedermann bedrohen, der sich anschließend in diesem Raum aufhält (vgl. LT-Drs. 15/8603, S. 7 unter A. I., S. 11 zu Art. 6 Abs. 3 GSG a.

F.). Teleologisch nimmt er die Gesamtbevölkerung in Schutz vor Beeinträchtigungen, denen sie sich an bestimmten Orten nicht entziehen kann, weil sie auf die Benutzung dieser Räume angewiesen ist (ebenda, S. 9 zu Art. 3 GSG a. F.). Dies ist auch bei als Bewirtungsflächen einer Gaststätte genutzten und allseits weiträumig umschlossenen Bereichen einer Passage in einem Einkaufszentrum der Fall, weil – wie ausgeführt – der entstandene Rauch darin hängen bleibt, alle Gäste, Bedienstete und Passanten der Passage beeinträchtigt und sie sich dem nicht entziehen können. Mit dem Betreten der Passage verzichten die Passanten nicht automatisch auf den Schutz vor Rauch (wie hier OVG NRW vom 28.2.2011 Az. 4 B 1162/10 <juris> RdNr. 24; allgemein BVerfG vom 30.7.2008 BVerfGE 121, 317/349 f.).

25 2. Die Antragstellerin rügt weiter, die Abwägung der widerstreitenden Interessen durch das Verwaltungsgericht sei fehlerhaft, denn die Anordnung des Sofortvollzugs sei nicht gerechtfertigt, weil eine besondere Gesundheitsgefährdung nicht bestehe.

26 Fehl geht die Auffassung der Antragstellerin, mit der Rauchentwicklung auf ihrer Bewirtungsfläche seien keine besonderen Gesundheitsgefahren verbunden. Vielmehr ist in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt, dass Passivrauchen, also das Einatmen von Tabakrauch aus der Umgebungsluft, eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung darstellt (vgl. BVerfG vom 30.7.2008 BVerfGE 121, 317/350 ff., 356, 361 f.; BayVerfGH vom 25.6.2010 BayVBl. 2010, 658/660; BayVerfGH vom 14.4.2011 BayVBl. 2011, 466/468). Die Antragstellerin hat keinerlei Anhalt für eine Abkehr von dieser Einschätzung dargetan. Daher ist die Abwägung des Verwaltungsgerichts nicht zu beanstanden, bis zur Bestandskraft des Bescheids dem Schutz der Allgemeinheit und der Beschäftigten vor Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen den Vorrang vor den wirtschaftlichen Interessen der Antragstellerin einzuräumen.

27 Kosten: § 154 Abs. 2, § 162 Abs. 3 VwGO.

28 Streitwert: § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 2, § 47 Abs. 1 GKG; in Ermangelung anderer Anhaltspunkte wie Vorinstanz.