

Gericht: VGH
Aktenzeichen: 9 CE 10.2468
Sachgebietsschlüssel: 540

Rechtsquellen:

§ 123 VwGO;
§ 43 VwGO;
Art. 1, 3, 7 Satz 2 , 9 GSG;
Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 LStVG;

Hauptpunkte:

vorläufiger vorbeugender Rechtsschutz;
Unzumutbarkeit nachträglichen Rechtsschutzes;
Nicht-Anwendbarkeit des Gesundheitsschutzgesetzes auf tabakfreie Stoffe;

Leitsätze:

1. Muss ein betroffener Gaststättenbesitzer damit rechnen, bereits vor Klärung einer unklaren Rechtslage im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens mit einer Vielzahl von auf dieser Rechtslage fußenden Bußgeldbescheiden überzogen zu werden und einer Gewerbeuntersagung ausgesetzt zu sein, kann er neben einer vorbeugenden Feststellungsklage ausnahmsweise Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO stellen.
2. Das ausschließlich tabakfreie Rauchen von Wasserpfeifen (sog. Shishas) in Gaststätten unterfällt nach der Gesetzesbegründung nicht dem Anwendungsbereich des bayerischen Gesundheitsschutzgesetzes vom 23. Juli 2010 (GVBl S. 314).

Beschluss des 9. Senats vom 30. November 2010

(VG München, Entscheidung vom 9. September 2010, Az.: M 18 E 10.3996)

9 CE 10.2468
M 18 E 10.3996

*Großes Staats-
wappen*

Bayerischer Verwaltungsgerichtshof

In der Verwaltungsstreitsache

**** * * * * *

***** * * * * *

***** * * * * *

- Antragstellerin -

bevollmächtigt:

Rechtsanwälte ***** * * * * *

***** * * * * *

gegen

Landeshauptstadt München,
vertreten durch den Oberbürgermeister,
KVR-I/323 BI Mitte
Ruppertstr. 11, 80337 München,

- Antragsgegnerin -

wegen

Gesundheitsschutzgesetz (Antrag nach § 123 VwGO);
hier: Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Bayerischen Ver-
waltungsgerichts München vom 9. September 2010,

erlässt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, 9. Senat,
durch den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgerichtshof Graf zu Pappenheim,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Bergmüller,
den Richter am Verwaltungsgerichtshof Priegl

ohne mündliche Verhandlung am **30. November 2010**

folgenden

Beschluss:

- I. Der Beschluss des Bayer. Verwaltungsgerichts München vom 9. September 2010 wird aufgehoben.
Der Antragsgegnerin wird bis zum Erlass einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts in der Hauptsache (Az. 18 K 10.3997) untersagt, das Gesetz zum Schutz der Gesundheit auf das Shisha-Café der Antragstellerin in München, ***** **, anzuwenden, wenn in diesem die Wasserpfeifen ausschließlich tabakfrei mit Shisha-Steinen oder getrockneten Früchten geraucht werden.
- II. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.
- III. Der Streitwert wird auf 2.500 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Antragstellerin betreibt ein sog. Shisha-Café in München. Sie legte am 4. August 2010 eine mit einem Antrag auf Gewährung von einstweiligem Rechtsschutz verbundene Popularklage beim Bayer. Verfassungsgerichtshof ein. Dieser wies den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit Entscheidung vom 24. September 2010 (Az. Vf. 12-VII-10) zurück, unter anderem mit der Begründung, es seien keine verfassungsrechtlich relevanten Umstände ersichtlich, die es gebieten würden, Shisha-Lokale hinsichtlich des Rauchverbots anders zu behandeln als sonstige Gaststätten.
- 2 Am 16. August 2010 hat die Antragstellerin bei dem Bayer. Verwaltungsgericht München Klage dahingehend erhoben, 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 Shiazio-Steinen oder getrockneten Früchten betrieben werden.

3 Gleichzeitig beantragte sie

4 den Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit der der Antragsgegnerin 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.

5 Zur Begründung führte sie aus: Sie biete ihren Gästen derzeit ausschließlich tabakfreie Ersatzstoffe zum Rauchen an. Dies seien zum einen in Eigenproduktion hergestellte Trockenfrüchte aus Äpfeln, Rosinen u. a., die mit einer Flüssigkeit aus aromatisierter Melasse getränkt würden und zum anderen sog. Shiazio-Steine, ein Mineralprodukt, welches ebenfalls mit aromatisierter Melasse befeuchtet werde. Auf Anfrage der Antragstellerin bei der Antragsgegnerin, ob die Verwendung der genannten Stoffe dem Schutzbereich des Gesundheitsschutzgesetzes unterfalle, teilte diese mit Schreiben vom 9. August 2010 mit, dass auch die Verwendung von Shiazio-Steinen und getrockneten Früchten den Bestimmungen des Gesundheitsschutzgesetzes unterliege und die Antragstellerin bei Weiterverwendung dieser Produkte mit einem entsprechenden Bußgeldverfahren rechnen müsse. Telefonisch habe die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass entsprechende Bußgelder wiederholt und bei jedem Verstoß ausgesprochen werden könnten, und in den nächsten Tagen mit Kontrollen zu rechnen sei.

6 Das Verwaltungsgericht lehnte den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit Beschluss vom 9. September 2010 ab. Der Antrag sei mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, da es der Antragstellerin zuzumuten sei, den Erlass entsprechender Anordnungen durch die Antragsgegnerin abzuwarten und sodann den nach der Verwaltungsgerichtsordnung und dem Ordnungswidrigkeitsrecht vorgesehenen nachträglichen Rechtsschutz auszuschöpfen.

7 Mit ihrer hiergegen erhobenen Beschwerde beantragt die Antragstellerin:

8 1. Der Beschluss des Verwaltungsgerichts München vom 9. September 2010 wird aufgehoben.

- 9 2. Es wird der Erlass einer einstweiligen Anordnung beantragt, mit der der Antragsgegnerin 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 (Shishas) mit Shiazo-Steinen und getrockneten Früchten betrieben werden.
- 10 Der Antragstellerin sei ausnahmsweise vorläufiger vorbeugender Rechtsschutz zu gewähren. Sie sei nach den einschlägigen Bestimmungen des Gesundheitsschutzgesetzes verpflichtet, jedem einzelnen Verstoß gegen das Rauchverbot in ihrem Betrieb nachzugehen. Jeder einzelne Gast begehe einen gesonderten Verstoß gegen das Rauchverbot und somit eine Tat im strafrechtlichen Sinn, bei deren Duldung die Antragstellerin mit der Verhängung eines Bußgeldes zur Verantwortung gezogen werden könne. Dabei handele es sich im strafrechtlichen Sinne nicht um eine fortgesetzte Tat. Der Antragstellerin drohe deshalb bis zur Klärung der endgültigen Rechtslage die Einleitung einer Vielzahl von Bußgeldverfahren. Bei einer regelmäßigen Verfahrensdauer im Rahmen von Einspruchsverfahren vor dem Amtsgericht von einem halben bis zu einem Jahr könnten gegen die Antragstellerin mehrere Bußgeldbescheide erlassen werden, bevor erstmals im Rahmen der ersten Instanz eine Entscheidung zur Rechtslage getroffen werde. Zudem drohe der Erlass von Verwaltungszwangsmaßnahmen sowie der Entzug der gaststättenrechtlichen Erlaubnis. Zwar könne sich die Antragstellerin auch hiergegen im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes wehren, es könne jedoch nicht im Sinn des von Art. 19 Abs. 4 GG garantierten Rechtsschutzes sein, sich bis zur Klärung strittiger Rechtsfragen dem Risiko auszusetzen, im Falle einer negativen Entscheidung mit Bußgeldern in nicht überschaubarer Höhe und dem Entzug der Gaststättenerlaubnis belastet zu sein. Der Antragstellerin bleibe nur die Möglichkeit, sich bis zur Klärung der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Gesetzes einem nicht überschaubaren und nicht hinnehmbaren wirtschaftlichen und persönlichen Risiko auszusetzen oder aber ihr Angebot von mit Früchten bzw. Shiazo-Steinen betriebenen Wasserpfeifen zeitweilig vollständig einzustellen. Dies führe zu einer Existenzgefährdung bzw. sogar -vernichtung der Antragstellerin. Der primäre Geschäftszweck sei der Shisha-Verleih und der Genuss in einem orientalischen Ambiente. Eine Umstellung des Betriebskonzeptes führe dazu, dass alle Gäste, die das Lokal bisher wegen des Shisha-Angebotes besucht hätten, auf Dauer wegbleiben würden. Die Schaffung irreversibler Fakten folge auch

noch daraus, dass auch die bei der Antragstellerin verkehrenden Gäste bei Feststellung eines Verstoßes gegen das Rauchverbot mit entsprechenden Bußgeldern verwarnt werden könnten. Die Gäste fragten sowohl bei der Reservierung von Tischen als auch beim Bestellen einer Shisha nach, ob sie sich durch den Genuss derselben strafbar machen könnten. Die Antragstellerin sei derzeit gezwungen, sämtlichen Gästen mitzuteilen, dass sie hierzu keine verbindliche Aussage treffen könne. Sie könne lediglich auf das oben genannte Schreiben der Antragsgegnerin vom 9. August 2010 verweisen. Habe sich in den Köpfen der Gäste erst einmal verfestigt, dass auch das Rauchen von tabakfreien Ersatzstoffen mit einem Bußgeld geahndet werden könne, sei dies nicht mehr rückgängig zu machen.

11 Der sonach zulässige Antrag sei auch begründet. Nach der Begründung des Regierungsentwurfes vom 10. Juli 2007 sei vom Rauchverbot umfasst das Rauchen aller Tabakprodukte sowie das Inhalieren von Tabakrauch. Sowohl das Gesundheitsschutzgesetz in seiner Ursprungsfassung als auch das derzeit gültige Gesundheitsschutzgesetz beinhalteten somit die Zielsetzung, die Bevölkerung lediglich vor den Gefahren des passiven Rauchens durch das Verbrennen von Tabakprodukten zu schützen, gerade weil die Gefährlichkeit dieser konkreten Art von Rauch nach Auffassung des Gesetzgebers wissenschaftlich nachgewiesen sei. Es beinhalte hingegen gerade nicht einen umfassenden Schutz der Bevölkerung vor dem Einatmen jeglicher Art von Rauch, der durch Verbrennungsvorgänge entstehe. Abgesehen davon, dass die von der Antragsgegnerin angeführten Schwierigkeiten beim Vollzug des Gesetzes im Falle der Zulässigkeit des Benutzens von tabakfreien Stoffen kein für die Auslegung eines Gesetzes maßgebliches Kriterium sein könnten, sei diese Aussage im Übrigen unzutreffend. Der Unterschied zwischen Tabakblättern und den von der Antragstellerin verwendeten Ersatzstoffen sei auch für Vollzugsbeamte vor Ort zweifelsfrei ersichtlich.

12 Die Antragsgegnerin beantragt,

13 die Beschwerde zurückzuweisen.

14 Wenn bestimmte Formen des Rauchens nicht unter das Gesundheitsschutzgesetz fielen, gäbe es auf Vollzugsebene ein nicht zu lösendes Problem, da nicht jede einzelne Wasserpfeife durch Kontrollbeamte technisch auf deren Aufbau hin untersucht werden könne. Darüber hinaus beurteile die Fachaufsichtsbehörde der Antragsgegnerin das Produkt Shiazó so, dass hierbei der Schutzgedanke des Ge-

sundheitsschutzgesetzes greife. Das Gesundheitsschutzgesetz habe den Schutz der Bevölkerung vor gesundheitlichen Gefahren durch Passivrauchen zum Ziel. Aus medizinischer Sicht erzeugten alle Produkte, die verraucht werden, unter anderem Gefahrstoffe wie polyzyklische aromatische Kohlenwasserstoffe, Kohlenmonoxid, Feinstaub, Schwermetalle in der Innenraumluft, und gefährdeten dadurch auch Dritte. Vor diesem Hintergrund sei das Rauchen im Sinne des Gesundheitsschutzgesetzes das Verrauchen von allen Produkten, die unter das Vorläufige Tabakgesetz fielen. Das Produkt „Shiako“ enthalte zwar keinen Tabak, diene aber als Tabakersatz für Wasserpfeifen und sei somit eine den Tabakerzeugnissen ähnliche Ware im Sinne des Vorläufigen Tabakgesetzes. Da „Shiako“ zum Rauchen bestimmt sei, bei dessen Konsum auch Staub entstehe und daher davon auszugehen sei, dass Schadstoffe freigesetzt werden und in die Raumluft gelangen, gelte auch hierfür das Rauchverbot. Fakt sei auch, dass beim Rauchen der Wasserpfeife eine Dunstwolke entstehe, die auf einen Verbrennungsprozess zurückzuführen sei.

- 15 Mit Schriftsatz vom 19. November 2010 teilte die Antragsgegnerin mit, dass gegen den Geschäftsführer der Antragstellerin inzwischen ein Bußgeldverfahren eingeleitet worden sei, nachdem bei einer am 15. Oktober 2010 zwischen 23.25 und 23.50 Uhr durchgeführten Kontrolle festgestellt worden sei, dass im Obergeschoß des Betriebs ca. 60 Personen anwesend gewesen seien, die 36 Wasserpfeifen geraucht hätten. Im Übrigen gebe es mittlerweile zur Thematik des Rauchens der Wasserpfeife mit Shiako-Steinen eine fundierte Einschätzung des Sachgebiets 50 (Technischer Umweltschutz) der Regierung der Oberpfalz. Diese komme zu dem Ergebnis, dass der dabei entstehende Rauch potentiell gesundheitsschädlich sei. Da das Rauchen von Früchten nach Kenntnis der Antragsgegnerin ebenfalls auf Kohlebasis erfolge, gehe sie davon aus, dass sich dieser Sachverhalt inhaltsgleich oder zumindest vergleichbar zur zitierten Stellungnahme der Regierung der Oberpfalz darstelle. Nach alledem müsse unterstellt werden, dass ein Inhalieren auch von tabakfreien Raucherzeugnissen auf Früchtebasis ebenso wie das Rauchen von „Shiako“ die signifikante Gefahr einer Gesundheitsbeeinträchtigung (auch passiv) berge. Im Übrigen sei in der Begründung zum Gesundheitsschutzgesetz davon die Rede, dass vom Rauchverbot das Rauchen aller Tabakprodukte sowie das Inhalieren des Tabakrauchs mittels Wasserpfeife oder das Rauchen unter Verwendung anderer Hilfsmittel erfasst sei. Daraus werde ersichtlich, dass durch das Verbot des „Rauchens unter Verwendung anderer Hilfsmittel“ letztlich das Rauchen in einer umfassenderen Form verboten

worden sei, da hier nicht mehr der Begriff des Tabakrauchens verwendet, sondern auf das Rauchen generell abgestellt werde.

16 Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Gerichtsakten verwiesen.

II.

17 Die zulässige Beschwerde ist begründet. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO zu Unrecht mangels Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig abgelehnt. Die Beschwerde ist auch begründet, da das ausschließlich tabakfreie Rauchen mit getrockneten Früchten oder Shiazo-Steinen dem Anwendungsbereich des bayerischen Gesetzes zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz - GSG -) vom 23. Juli 2010 (GVBl S. 314) nicht unterfällt.

18 Die Antragstellerin begehrt nach Auslegung ihres Antrags sinngemäß, dass der Antragsgegnerin bis zum Erlass einer Entscheidung in der Hauptsache über die erhobene Feststellungsklage gerichtlich untersagt wird, das Gesundheitsschutzgesetz auf das Shisha-Café der Antragstellerin in München, ***** **, anzuwenden, wenn in diesen die Wasserpfeifen ausschließlich tabakfrei mit getrockneten Früchten oder Shiazo-Steinen betrieben werden. Es soll mittels einstweiliger Anordnung vorläufig insbesondere der Erlass von Bußgeldbescheiden verhindert werden.

19 1. Der Antrag ist zulässig.

20 Das Verwaltungsgericht weist zwar zutreffend darauf hin, dass § 123 Abs. 1 VwGO im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Prinzip der Gewaltenteilung grundsätzlich keinen vorläufigen vorbeugenden Rechtsschutz mit dem Ziel gewährt, die Entscheidungsfreiheit der Verwaltung im Rahmen ihrer gesetzlichen Zuständigkeiten und Aufgabenerfüllung durch richterliche Anordnungen einzuengen, indem ihr durch Gerichtsbeschluss der Erlass eines in die Rechte des Bürgers eingreifenden Verwaltungsakts verboten werden soll. Im vorliegenden Fall kann die Antragstellerin jedoch nicht in zumutbarer Weise auf den von der Verwaltungsgerichtsordnung im Regelfall als angemessen und ausreichend angesehenen nachträglichen vorläufigen Rechtsschutz verwiesen werden; vielmehr steht ihr - in Ausnahme vom Grundsatz der Subsidiarität des § 43 Abs. 2 VwGO - das von der herrschenden Meinung geforderte

sog. qualifizierte Rechtsschutzbedürfnis für vorbeugenden Rechtsschutz zur Seite (siehe zum Problemkreis Happ in Eyermann, VwGO, 13. Aufl. 2010, RdNr. 37 zu § 124; Schenk in Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl. 2009, RdNrn. 33 ff. zu Vorb. § 40; BayVGH vom 28.4.1991 NVwZ-RR 1993, 54 - dort allerdings das Rechtsschutzbedürfnis verneinend).

- 21 Die Antragsgegnerin hat in ihrem Schreiben vom 9. August 2010 die Antragstellerin auf Nachfrage ausdrücklich aufgefordert, ab sofort das Rauchen von Wasserpfeifen auch mit getrockneten Früchten oder Shiazosteinen in ihrer Gaststätte einzustellen, und für den Fall der Nichteinhaltung des Rauchverbots mit der Einleitung eines Bußgeldverfahrens gedroht; anlässlich einer Kontrolle am 15. Oktober 2010 hat sie inzwischen auch tatsächlich ein Bußgeldverfahren gegen den Geschäftsführer der Antragstellerin eingeleitet. Darüber hinaus teilte die Antragsgegnerin telefonisch der Antragstellerin mit, dass entsprechende Bußgelder wiederholt und bei jedem Verstoß ausgesprochen werden könnten. Gemäß Art. 9 Abs. 2 GSG kann die Antragstellerin mit einer Geldbuße belegt werden, wenn sie entgegen der Verpflichtung nach Art. 7 Satz 2 GSG nicht die erforderlichen Maßnahmen ergreift, um eine Fortsetzung des Verstoßes oder einen neuen Verstoß gegen das Rauchverbot zu verhindern. Sie ist deshalb verpflichtet, gegen jeden einzelnen Verstoß in ihrem Betrieb vorzugehen. Da es sich strafrechtlich nicht um eine sog. fortgesetzte Tat handelt, begeht darüber hinaus jeder einzelne Gast einen gesonderten Verstoß gegen das kraft Gesetzes bestehende Rauchverbot und somit eine neue Tat im strafrechtlichen Sinn, bei deren Duldung die Antragstellerin jeweils entsprechend zur Verantwortung gezogen werden kann. Hinzu kommt, dass die Antragsgegnerin nicht verpflichtet ist, einen auf Art. 7 Abs. 2 Nr. 1 LStVG i.V.m. Art. 3 und Art. 9 Abs. 2 GSG gestützten, sofort vollziehbaren sicherheitsrechtlichen Bescheid mit dem Inhalt zu erlassen, dass das Rauchen mit getrockneten Früchten und Shiazosteinen verboten sei bzw. wäre, wogegen vorläufiger nachträglicher Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO möglich wäre. Da sich die Antragsgegnerin für die Alternative der sofortigen Einleitung von Bußgeldverfahren entschieden hat, ist es der Antragstellerin nicht zuzumuten, auf Einspruchsverfahren gegen eine mögliche Vielzahl von Bußgeldbescheiden verwiesen und bis zur dortigen endgültigen Klärung der Rechtslage mit einer nicht überschaubaren Zahl von Bußgeldbescheiden belastet zu werden. Hinzu kommt, dass bei mehrfachen Verstößen der Entzug der gaststättenrechtlichen Erlaubnis wegen Unzuverlässigkeit droht; da, wie erwähnt, der Erlass eines sicherheitsrechtlichen Bescheides nicht erforderlich ist, wäre es der Antragstellerin damit generell verwehrt, bis zum Erlass ei-

ner gaststättenrechtlichen Untersagungsverfügung verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.

- 22 Bei dieser Sachlage ist vorläufiger vorbeugender Rechtsschutz geboten ohne Rücksicht darauf, ob der Antragstellerin bei einem zeitweisen Verzicht auf das Angebot von mit getrockneten Früchten und Shiazio-Steinen betriebenen Wasserpfeifen eine Existenzgefährdung bzw. -vernichtung droht.
- 23 2. Der somit zulässige Antrag ist auch begründet. Die Antragstellerin hat gemäß § 123 Abs. 3 VwGO, § 294 ZPO glaubhaft gemacht, dass ihr mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Anspruch auf die begehrte Feststellung zusteht und ein Anordnungsgrund vorliegt.
- 24 a) Sie hat unbestritten vorgetragen, dass es sich bei den hier einschlägigen Produkten (getrocknete Früchte und Shiazio-Steine) um tabakfreie Produkte handelt. Zwar ist im Gesundheitsschutzgesetz, insbesondere auch in der Verbotsnorm des Art. 3 GSG, nur von „Rauchen“ die Rede, ohne dass das Rauchen mit Tabakprodukten ausdrücklich erwähnt wird. Nicht zutreffend ist jedoch insoweit die Schlussfolgerung der Antragsgegnerin, dass im Gesundheitsschutzgesetz keine Differenzierung danach erfolge, welche Stoffe bzw. Produkte dem Rauchverbot unterfallen sollen. Aus der Begründung zum Gesetzentwurf 2008 vom 10. Juli 2007 (LTDrs. 15/8603) folgt unmissverständlich, dass lediglich das Rauchen von Tabakprodukten verboten werden sollte. Bereits die Begründung des Handlungsbedarfs zum Erlass des Gesetzes verweist immer wieder auf die gesundheitlichen Gefahren des Passivrauchens durch Tabakrauch (S. 7 der Begründung). Zusammenfassend wird schließlich in der Begründung zum Rauchverbot nach Art. 3 GSG darauf hingewiesen, dass vom Rauchverbot das Rauchen aller Tabakprodukte sowie das Inhalieren des Tabakrauchs mittels Wasserpfeife oder das Rauchen unter Verwendung anderer Hilfsmittel umfasst ist. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist der Passage „... das Inhalieren des Tabakrauchs mittels Wasserpfeife oder das Rauchen unter Verwendung anderer Hilfsmittel“ ein Verbot des Rauchens von getrockneten Früchten sowie Shiazio-Steinen nicht zu entnehmen. Vielmehr stellt dieser Satzteil lediglich klar, dass nicht nur das Rauchen von Tabak mittels Zigaretten oder Zigarren, sondern auch mittels Benutzung einer Wasserpfeife oder anderer Hilfsmittel verboten werden soll. Nicht gemeint sind hiermit aber Stoffe, die den Tabak ersetzen. Denn der hier verwendete

Begriff „Hilfsmittel“ bezieht sich auf die Benutzung einer Wasserpfeife, nicht auf den Tabak.

- 25 Diese Auslegung des Gesundheitsschutzgesetzes verstößt auch nicht gegen die vom Bayerischen Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 24. September 2010 (Az. Vf. 12-VII-10) aufgestellten Grundsätze. Danach sind zwar keine verfassungsrelevanten Umstände ersichtlich, die es gebieten würden, Shisha-Lokale hinsichtlich des Rauchverbots anders zu behandeln als sonstige Gaststätten. Auch ist der Begriff des „Rauchens“ unter Berücksichtigung des Ziels der gesetzlichen Regelung, des Zusammenhangs mit anderen Vorschriften und der Entstehungsgeschichte des Gesundheitsschutzgesetzes nach Auffassung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs ohne Weiteres hinreichend bestimmbar, zumal zur Auslegung des Begriffs „Tabakprodukte“ auf die Bestimmung des § 3 des Vorläufigen Tabakgesetzes (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 könne. Auch dessen Voraussetzungen liegen jedoch nicht vor. Die von der Antragstellerin verwendeten getrockneten Früchte und die aus Mineralien bestehenden Shiazosteine unterfallen nämlich auch nicht der - allenfalls in Frage kommenden - Variante des § 3 Abs. 2 Nr. 1 VTabakG, da es sich offensichtlich nicht um „Tabakerzeugnisse ähnliche Waren“ handelt.
- 26 Nach alledem kommt es auch nicht darauf an, ob und ggf. inwieweit gesicherte Forschungsergebnisse im Hinblick auf eine evtl. Schädlichkeit des Passivrauchens der von der Antragstellerin verwendeten, hier in Frage stehenden Produkte vorliegen.
- 27 Ein anderes Ergebnis folgt schließlich nicht aus dem von der Antragsgegnerin 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.) ebenso wie der Bayerische Verfassungsgerichtshof (a.a.O.) mit Blick auf den Gleichheitsgrundsatz 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 - restriktiven - Auslegung der Norm selbst herangezogen werden dürfen. Des Weiteren 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. Im Übrigen hat der Senat Zweifel, ob die von der Antragsgegnerin befürchteten Vollzugsprobleme eintreten werden, da eine Unterscheidung zwischen Tabak einerseits und den von der Antragstellerin verwendeten Produkten andererseits ohne größere Probleme möglich erscheint.

28 b) Bei dieser Sachlage liegt eine besondere Eilbedürftigkeit und damit auch der Anordnungsgrund vor.

29 Nach alledem war der Beschwerde mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO stattzugeben. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 2, § 53 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (Kopp/Schenke, a.a.O., Anhang zu § 164).

30 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

31 Graf zu Pappenheim

Bergmüller

Priegl