

Oberverwaltungsgericht NRW, 4 B 608/13

Datum: 01.08.2013
Gericht: Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper: 4. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 4 B 608/13

Vorinstanz: Verwaltungsgericht Gelsenkirchen, 19 L 529/13

Tenor: Der angefochtene Beschluss wird mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert.

Der Antragsgegnerin wird vorläufig untersagt, aufgrund der §§ 4 und 5 des Gesetzes zum Schutz von Nichtraucherinnen und Nichtrauchern in Nordrhein-Westfalen (Nichtraucherschutzgesetz - NiSchG - NRW) gegen die Antragstellerin vorzugehen, solange sie in ihrer Gaststätte (C.----straße in N.) nur Wasserpfeifen (Shishas) anbietet, die ausschließlich tabakfrei mit melassebehandelten Shiazio-Steinen oder getrockneten Früchten genutzt werden.

Diese Anordnung gilt bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache (VG Gelsenkirchen - 19 K 2289/13 -) oder bis zu einer anderweitigen Erledigung der Hauptsache.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens beider Instanzen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 2.500,- Euro festgesetzt.

<u>Gründe:</u>	1
Die Beschwerde hat Erfolg.	2
Der Senat versteht das Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin in dem aus dem Tenor ersichtlichen Sinne. Insoweit ist der Antrag zulässig und begründet; insbesondere fehlt der Antragstellerin nicht das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis.	3
Zwar gewährt § 123 Abs. 1 VwGO im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Prinzip der Gewaltenteilung grundsätzlich keinen vorläufigen vorbeugenden Rechtsschutz mit dem Ziel, die Entscheidungsfreiheit der Verwaltung im Rahmen ihrer gesetzlichen Zuständigkeiten und Aufgabenerfüllung durch richterliche Anordnungen	4

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 – ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis für vorbeugenden Rechtsschutz zur Seite.

Vgl. hierzu auch BayVGH, Beschluss vom 30. November 2010 - 9 CE 10.2468 -, BayVBl 2011, 214; Hopp, in: Eyermann, VwGO-Kommentar, 13. Aufl. 2010, § 123 Rn. 37; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO-Kommentar, 3. Aufl. 2010, § 123 Rn. 71 m. w. N. 5

Die Antragsgegnerin hat in ihrem Schreiben vom 15. April 2013 die Antragstellerin ausdrücklich aufgefordert sicherzustellen, dass ab dem 1. Mai 2013 in ihrer Gaststätte auch getrocknete Früchte oder Shiazio-Steine mittels Wasserpfeifen nicht mehr geraucht werden, und für den Fall der Nichteinhaltung des Rauchverbots mit der Einleitung von Bußgeldverfahren gedroht. Dies bekräftigte sie gegenüber den Gesellschaftern der Antragstellerin in mehreren Gesprächen; eine Duldung oder auch nur das Absehen von Sanktionen bis zu einer abschließenden gerichtlichen Klärung komme nicht in Betracht. 6

Nach § 5 Abs. 2 NiSchG NRW kann die Antragstellerin mit einer Geldbuße belegt werden, wenn sie entgegen der Verpflichtung nach § 4 Abs. 2 S. 2 NiSchG NRW 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. Jeder Gast begeht einen gesonderten Verstoß gegen das Rauchverbot und damit eine neue Tat im strafrechtlichen Sinn, bei deren Duldung die Antragstellerin jeweils erneut zur Verantwortung gezogen werden kann. 7

Angesichts dessen 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, die jedenfalls in der Summe eine existenzvernichtende Höhe erreichen können, belastet zu werden. Dies gilt insbesondere angesichts des Umstandes, als durch die Neufassung des Nichtraucherschutzgesetzes der Bußgeldrahmen auf 2.500 € für Verstöße gegen das Rauchverbot mehr als verdoppelt worden ist. Für die Vermutung des Verwaltungsgerichts, die Antragsgegnerin werde zunächst nur einen Bußgeldbescheid erlassen und vor Erlass weiterer Bescheide den Ausgang des allfälligen Ordnungswidrigkeitenverfahrens abwarten, gibt es keine verlässliche Grundlage. Unabhängig davon ist in der Rechtsprechung geklärt, dass auch die Provokation eines Bußgeldbescheides dem einzelnen regelmäßig nicht zugemutet werden kann. 8

OVG NRW, Beschluss vom 30. September 1966 - 4 B 541/66 -, OVGE 22, 285, 291 m. w. N.; Kopp/ Schenke, VwGO-Kommentar, 19. Aufl. 2013, vor § 40 Rn. 34; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 14. November 1989 - 1 BvL 14/85 und 1 BvR 1276/84 -, BVerfGE 81, 70, 82 f.; Beschluss vom 6. Oktober 1987 - 1 BvR 1086, 1468 und 1623/82 -, BVerfGE 77, 84, 99 f. 9

- Darüber hinaus droht bei mehrfachen Verstößen auch gegen Vorschriften des 10
Nichtraucherschutzgesetzes der Entzug der gaststättenrechtlichen Erlaubnis wegen
Unzuverlässigkeit. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts kann es der
Antragstellerin nicht zugemutet werden, erst gegen eine entsprechende, jedenfalls
potentiell das Ende ihres Betriebes besiegelnde Verfügung möglicherweise
vorbeugenden Rechtsschutz zu erlangen.
- In diesem Zusammenhang ist zudem zu berücksichtigen, dass es die 11
Antragsgegnerin ausdrücklich abgelehnt hat, den Beispielen anderer Städte in
Nordrhein-Westfalen zu folgen und bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens
von sich aus auf den Erlass von Bußgeldbescheiden wegen des von ihr als verboten
erachteten Verhaltens zu verzichten. Die hieraus jedenfalls resultierende
Unsicherheit kann jedoch nicht zulasten der Antragstellerin gehen.
- Vgl. zu Vorstehendem insgesamt auch BayVGH, Beschluss vom 30. November 12
2010 - 9 CE 10. 2468 -, BayVBI 2011, 214.
- Der Antrag ist auch begründet. 13
- Bei der hier vorliegenden Sachlage ist vorläufiger vorbeugender Rechtsschutz 14
geboten. Die Antragstellerin weist zu Recht auf die Gefahr der Existenzgefährdung
hin, sei es, weil sie gezwungen wäre, ihre Gäste – unter Inkaufnahme einer
Abschreckungswirkung - auf die Gefahr ordnungswidrigen Verhaltens in jedem
Einzelfall hinweisen zu müssen, sei es, weil sie zeitweise auf das Angebot von mit
getrockneten Früchten und Shiazio-Steinen betriebenen Wasserpfeifen verzichten
müsste. Dem nachvollziehbaren Vortrag der Antragstellerin, bei ihrem
gastronomischen Angebot handele es sich lediglich um Begleitangebote, ist die
Antragsgegnerin nicht entgegengetreten.
- Vgl. in diesem Zusammenhang auch VerfGH Berlin, Beschluss vom 11. Juli 2008 - 15
VerfGH 93 A/08 -, GewArch 2008, 410 f.
- Die Antragstellerin hat glaubhaft gemacht, dass ihr neben einem Anordnungsgrund 16
ein Anspruch auf die begehrte Anordnung zusteht. Es ist überwiegend
wahrscheinlich, dass der Betrieb von Wasserpfeifen mit Shiazio-Steinen oder
getrockneten Früchten nicht unter den Anwendungsbereich des
Nichtraucherschutzgesetzes NRW fällt. Zwar ist in diesem, insbesondere auch in der
Verbotsnorm des § 3 NiSchG NRW nur vom „Rauchen“ die Rede, ohne dass
Tabakprodukte ausdrücklich erwähnt werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass im
Nichtraucherschutzgesetz NRW keine Differenzierung danach erfolgte, welche
Stoffe bzw. Produkte dem Rauchverbot unterfallen sollen. Aus der Begründung zum
ursprünglichen Gesetzentwurf aus dem Jahre 2007 (LT-Drs. 14/4834), auf der die
Begründung der jetzigen Gesetzesfassung aufbaut, ergibt sich vielmehr, dass
lediglich das Rauchen von Tabakprodukten verboten sein soll. Bereits die
einleitenden Ausführungen zur Notwendigkeit des Gesetzes verweisen mehrfach auf
die gesundheitlichen Gefahren des Passivrauchens durch Tabakrauch (LT-Drs.
14/4834 S. 1, 15 f.). Im Hinblick auf die konkrete Verbotsnorm des § 3 NiSchG NRW
wird erläutert, dass das Gesetz ein umfassendes Rauchverbot regelt, dass das
Rauchen aller Tabakprodukte einschließlich des Inhalierens des Tabakrauchs mittels
Wasserpfeife oder des Rauchens unter Verwendung anderer Hilfsmittel betreffe. Der
Zweck des Gesetzentwurfs, einen umfassenden, d.h. möglichst viele Bereiche des

öffentlichen Lebens erfassenden Schutz von Nichtraucherinnen und Nichtrauchern vor Tabakrauch zu schaffen, wird besonders hervorgehoben.

LT-Drs 14/4834 S. 19. 17

Der genannten Passage ist nicht zu entnehmen, dass auch das Rauchen von getrockneten Früchten sowie Shiazo-Steinen verboten werden sollte. Vielmehr stellt der letzte Satzteil „des Rauchens unter Verwendung anderer Hilfsmittel“ lediglich klar, dass nicht nur das Rauchen von Tabak mittels Zigaretten oder Zigarren, sondern auch mittels einer Wasserpfeife oder anderer Hilfsmittel verboten werden soll. Nicht gemeint sind hiermit aber Stoffe, die den Tabak ersetzen. Denn der hier verwandte Begriff „Hilfsmittel“ bezieht sich auf die Benutzung einer Wasserpfeife, nicht auf den Tabak. 18

Vgl. zur gleichlautenden Regelung in § 3 des bayerischen Gesundheitsschutzgesetzes BayVGH, Beschluss vom 30. November 2010 - 9 CE 10. 2468 -, BayVBI 2011, 214, 215. 19

Diese Auslegung des nur in der Gesetzesbegründung verwendeten Begriffs „Tabakprodukte“ wird bestätigt, wenn insoweit auf die Bestimmung des § 3 des Vorläufigen Tabakgesetzes (VTabakG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1997 (BGBl. I Seite 2296), zuletzt geändert durch Gesetz vom 6. Juli 2010 (BGBl. I Seite 848), zurückzugreifen sein sollte. 20

Vgl. BayVGH, Beschluss vom 30. November 2010 - 9 CE 10.2468 -, BayVBI 2011, 214, 215. 21

Auch dessen Voraussetzungen liegen nicht vor. Die von der Antragstellerin verwendeten getrockneten Früchte und die aus Mineralien bestehenden Shiazo-Steine unterfallen nämlich auch nicht der – allenfalls in Betracht kommenden – Variante des §§ 3 Abs. 2 Nr. 1 (VTabakG), da es sich offensichtlich nicht um „Tabakerzeugnissen ähnliche Waren“ handelt. 22

Hieran hat sich auch nichts durch die Neufassung des Nichtraucherschutzgesetzes geändert. Die in der Gesetzesbegründung (LT-Drs. 16/125) enthaltene Klarstellung, wonach ein allgemeines Rauchverbot geregelt werde, ohne Unterscheidung hinsichtlich des Konsums bestimmter Produktgruppen wie z. B. Zigaretten, Zigarren, Kräutertzigaretten oder elektrischer Zigaretten, (S. 13), betrifft ebenfalls nur die Konsummodalitäten, ändert aber nichts daran, dass lediglich der Konsum von Tabak Regelungsgegenstand ist. Dies folgt - wie ausgeführt – schon daraus, dass die Neufassung auf der Schädlichkeitsbeurteilung des geltenden Gesetzes aufbaut, das wiederum nur die Gefahren des Passivrauchens von Tabakprodukten erfasste. Aus der Erwähnung von E-Zigaretten und Kräutertzigaretten folgt nichts anderes, da hiermit keine begriffsnotwendige Erweiterung des Verbots auf andere Einsatzstoffe verbunden ist. E- und Kräutertzigaretten können vielmehr auch mit Tabakprodukten verwendet werden. 23

Vgl. auch OVG NRW, Beschluss vom 23. April 2012 - 13 B 127/12 -, GewArch 2012, 256. 24

Unabhängig davon ist keine Rechtfertigung für die Einbeziehung der hier in Rede 25

- stehenden Produkte in das Nichtraucherschutzgesetz NRW ersichtlich. Selbst das zuständige Ministerium hat ausdrücklich eingeräumt, über keine Erkenntnisse zur Gefährdung Dritter durch das bei Benutzung von Shiao-Steinen und getrockneten Früchten entstehende Verdampfungsprodukt zu verfügen.
- Vgl. Stellungnahme vom 12. März 2013; zur insofern möglicherweise abweichenden Situation für E-Zigaretten, auch wenn sie ausschließlich mit tabakfreien sog. Liquids gefüllt werden, Breitkopf/Stollmann, NWVBl. 2013, 161, 162. 26
- Der vom Ministerium daraus gezogene Schluss, dieses Verhalten müsse verboten werden, bis der Beweis der Ungefährlichkeit erbracht sei, verkennt die Anforderungen an gesetzgeberischer Grundrechtseingriffe. Diese, nicht der Freiheitgebrauch, bedürfen der Rechtfertigung. 27
- Soweit in der Literatur die Einbeziehung auch tabakfreier Produkte in das Rauchverbot mit der Vermeidung von Vollzugsproblemen begründet wird, 28
- vgl. Breitkopf/Stollmann, NWVBl. 2013, 161, 162 f. 29
- ist bereits zweifelhaft, ob solche Probleme bei Wasserpfeifen, die der Betreiber eines Cafés zur Verfügung stellt, überhaupt zu erwarten stehen. 30
- BayVGH, Beschluss vom 30. November 2010 - 9 CE 10.2468 -, BayVBl 2011, 214, 215; VG München, Urteil vom 5. Oktober 2011 - M 18 K 10.3997 -, juris. 31
- Anders als möglicherweise bei E-Zigaretten dürfte sich bei Wasserpfeifen bereits durch eine optische Kontrolle ohne weiteres feststellen lassen, ob sie mit Früchten bzw. Steinen oder aber mit Tabakprodukten gefüllt sind. Jedenfalls können etwaige Vollzugsprobleme allein keine Rechtfertigung für ein Verbot sein. 32
- Selbst wenn man indes die Erfolgsaussichten der erhobenen Feststellungsklage für offen hielte, fiel die dann erforderliche allgemeine Interessenabwägung hier zu Gunsten der Antragstellerin aus. Es ist nicht ersichtlich, welche nicht hinzunehmenden Nachteile daraus entstünden, dass das Nichtraucherschutzgesetz NRW vorübergehend auf das umstrittene Angebot der Antragstellerin nicht angewandt werden dürfte. Dies gilt schon deshalb, weil die Antragsgegnerin gegen Shisha-Cafés bisher offenbar nicht eingeschritten ist, obwohl der Einsatz von Wasserpfeifen mit der üblichen Befüllung auch mit Tabakprodukten bereits nach früherer Rechtslage unzulässig war. 33
- Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 22. Mai 2012 - 4 B 220/12 -. 34
- Im Gegenteil hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin noch im Jahr 2011 eine gaststättenrechtliche Erlaubnis in Kenntnis der vorgesehenen Betriebsart erteilt. Dass das Verbot nunmehr unbedingt und sofort durchgesetzt werden müsste, obwohl für die Gefährlichkeit der Benutzung von Shiao-Steinen und getrockneten Früchten - anders als für den Einsatz von Tabakprodukten in Wasserpfeifen, 35
- vgl. BVerfG, Beschluss vom 2. August 2010 - 1 BvQ 23/10 -, GewArch 2010, 495 f.; OVG NRW, Beschluss vom 22. Mai 2012 - 4 B 220/12 -, 36
- nicht einmal Indizien angeführt werden können, ist nicht zu begründen. Hinzu 37

kommt, dass Betriebe wie der der Antragstellerin ohnehin eher selten von potentiell zu schützenden Nichtraucherern aufgesucht werden. Auf der anderen Seite hat die Antragstellerin nachvollziehbar dargelegt, dass sie zur Betriebsaufgabe gezwungen sei, sollte sie das Angebot von mit getrockneten Früchten und Shiazio-Steinen betriebenen Wasserpfeifen bis zur Entscheidung in der Hauptsache einstellen müssen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1, 2 GKG. 38

Der Beschluss ist unanfechtbar, § 152 Abs. 1 VwGO. 39
