



Zitierung: BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. (1 - 194), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080730_1bvr326207.html

Frei für den nicht gewerblichen Gebrauch. Kommerzielle Nutzung nur mit Zustimmung des Gerichts.



Entscheidungen

Leitsätze

zum Urteil des Ersten Senats vom 30. Juli 2008

- 1 BvR 3262/07 -
- 1 BvR 402/08 -
- 1 BvR 906/08 -

1. **Entscheidet sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums für ein Konzept des Nichtraucherschutzes in Gaststätten, das den Gesundheitsschutz im Ausgleich insbesondere mit der Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber verfolgt, so müssen Ausnahmen vom Rauchverbot derart gestaltet sein, dass sie auch bestimmte Gruppen von Gaststätten - hier: die getränkegeprägte Kleingastronomie - miterfassen, um bei diesen besonders starke wirtschaftliche Belastungen zu vermeiden.**
2. **Es stellt einen gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss dar, wenn gesetzlich in Gaststätten zugelassene Raucherräume in Diskotheken untersagt sind.**

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

- 1 BvR 3262/07 –
- 1 BvR 402/08 -
- 1 BvR 906/08 -

Verkündet
am 30. Juli 2008
Kehrwecker
Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle



Im Namen des Volkes

In den Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerden

1. des Herrn N...

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. Rupert Scholz, Prof. Dr. Christoph Moench, Dr. Cathrin Correll,
in Sozietät Gleiss, Lutz,
Friedrichstraße 71, 10117 Berlin -

gegen § 7 des Landesnichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg (LNRSchG) vom 25. Juli 2007 (GBl.BW S. 337)

- 1 BvR 3262/07 -,

2. der Frau T...

- Bevollmächtigter: Prof. Dr. Heinrich Amadeus Wolff,
Rudolf-Ditzen-Weg 12, 13156 Berlin
- 2. Rechtsanwalt Michael Friedrich,
Keithstraße 14, 10787 Berlin -

gegen § 2 Abs. 1 Nr. 8 in Verbindung mit § 4 Abs. 3, § 6 Abs. 2, § 7 Abs. 2 des Berliner Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit (Nichtraucherschutzgesetz - NRSG) vom 16. November 2007 (GVBl <BE> S. 578)

- 1 BvR 402/08 -,

3. der H... GmbH & Co. KG,
vertreten durch die Geschäftsführer W... und G...

- Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. Rupert Scholz, Prof. Dr. Christoph Moench, Dr. Cathrin Correll,
in Sozietät Gleiss, Lutz,
Friedrichstraße 71, 10117 Berlin -

gegen § 7 des Landesnichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg
(LNRSchG) vom 25. Juli 2007 (GBl.BW S. 337)

- 1 BvR 906/08 -

hat das Bundesverfassungsgericht - Erster Senat - unter Mitwirkung der Richterin und Richter

Präsident Papier,
Hohmann-Dennhardt,
Bryde,
Gaier,
Eichberger,
Schluckebier,
Kirchhof,
Masing

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. Juni 2008 durch

Urteil

für Recht erkannt:

- 1. § 7 Absatz 1 Satz 1 des Landesnichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg vom 25. Juli 2007 (Gesetzblatt für Baden-Württemberg Seite 337) und § 2 Absatz 1 Nummer 8 des Berliner Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit vom 16. November 2007 (Nichtraucherschutzgesetz, Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin Seite 578) sind nach Maßgabe der Gründe mit Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar.**

Bis zu einer Neuregelung, die die Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 2009 zu treffen haben, gelten die Vorschriften mit der Maßgabe fort, dass in Gaststätten mit weniger als 75 Quadratmetern Gastfläche und ohne abgetrennten Nebenraum, zu denen Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr der Zutritt verwehrt wird, der Gaststättenbetreiber das Rauchen gestatten darf, wenn er über eine Gaststättenerlaubnis verfügt, die das Verabreichen zubereiteter Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle nicht einschließt, und wenn die Gaststätte am Eingangsbereich in deutlich erkennbarer Weise als Rauchergaststätte, zu der Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr keinen Zutritt haben, gekennzeichnet ist.

- 2. § 7 Absatz 2 Satz 2 des Landesnichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg vom 25. Juli 2007 (Gesetzblatt für Baden-Württemberg Seite 337) ist mit Artikel 12 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes unvereinbar.**

Bis zu einer Neuregelung, die der Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 2009 zu treffen hat, gilt die Vorschrift fort, nicht jedoch für solche Diskotheken, zu denen ausschließlich Personen ab vollendetem 18. Lebensjahr Zutritt erhalten, mit der Maßgabe, dass sich in einem Nebenraum im Sinne von § 7 Absatz 2 Satz 1 des Nichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg keine Tanzfläche befinden darf.

- 3. Das Land Baden-Württemberg hat den Beschwerdeführern zu 1) und 3), das Land Berlin der Beschwerdeführerin zu 2) ihre gesamten notwendigen Auslagen zu erstatten.**

Gründe:

A.

Die Beschwerdeführer wenden sich als Betreiber von Gaststätten und einer Diskothek in Baden-Württemberg und Berlin gegen landesgesetzliche Vorschriften über das Rauchverbot in Gaststätten.

1

I.

1. a) In Baden-Württemberg wird durch das Landesnichtraucherschutzgesetz (LNRSchG Baden-Württemberg) vom 25. Juli 2007 (GBl.BW S. 337) seit dem 1. August 2007 das Rauchen in zahlreichen öffentlichen Einrichtungen (§ 1 Abs. 1), darunter auch in Gaststätten (§ 7 Abs. 1), verboten. Die Regelungen dienen dem Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens, insbesondere sollen Kinder und Jugendliche geschützt werden (§ 1 Abs. 1 Satz 2). § 7 LNRSchG Baden-Württemberg lautet:

2

§ 7

3

Rauchfreiheit in Gaststätten

4

(1) In Gaststätten ist das Rauchen untersagt. Gaststätten im Sinne dieses Gesetzes sind Betriebe, die Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreichen, wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personen zugänglich ist und den Vorschriften des Gaststättengesetzes in der Fassung vom 20. November 1998 (BGBl I S. 3419) unterliegt. Satz 1 gilt nicht für Bier-, Wein- und Festzelte sowie die Außengastronomie und die im Reisegewerbe betriebenen Gaststätten.

5

(2) Abweichend von Absatz 1 ist das Rauchen in vollständig abgetrennten Nebenräumen zulässig, wenn und soweit diese Räume in deutlich erkennbarer Weise als Raucherräume gekennzeichnet sind und die Belange des Nichtraucherschutzes dadurch nicht beeinträchtigt werden. Satz 1 gilt nicht für Diskotheken.

6

(3) Arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt.

7

Gemäß § 8 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 LNRSchG Baden-Württemberg sind die Gaststättenbetreiber für die Einhaltung des Rauchverbots in ihrer Gaststätte verantwortlich. Soweit ihnen Verstöße gegen das Rauchverbot bekannt werden, haben sie die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um weitere Verstöße zu verhindern (§ 8 Abs. 1 Satz 3 LNRSchG Baden-Württemberg). Der Verstoß gegen diese Verpflichtung ist allerdings nicht als

8

Ordnungswidrigkeit sanktioniert; nach § 9 Abs. 1 Nr. 6 LNRSchG Baden-Württemberg handelt nur ordnungswidrig, wer entgegen § 7 LNRSchG Baden-Württemberg in einer Gaststätte raucht.

b) In der Begründung ihres Gesetzentwurfs zum Landesnichtraucherschutzgesetz vom 14. Juni 2007 (LTDrucks 14/1359) nennt die Landesregierung von Baden-Württemberg als Ziel des Gesetzes, dass ein umfassender Schutz der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens erreicht werden solle. Dies gelte insbesondere für solche Einrichtungen, in denen sich Kinder und Jugendliche aufhielten. Es sei nicht das Ziel des Gesetzes, das Rauchen an sich zu verbieten. Ziel des Gesetzes sei es ferner nicht, tabakrauchbedingte Belästigungen zu vermeiden, vielmehr solle ein Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens geschaffen werden. Daher verbiete das Gesetz grundsätzlich nicht das Rauchen im Freien (LTDrucks 14/1359, S. 18). Ausnahmen für Raucher seien vertretbar, sofern die Belange des Nichtraucherschutzes dadurch nicht beeinträchtigt würden. In einem abgetrennten Raum, der nur die Funktion eines Raucherraums habe und daher freiwillig aufgesucht werden könne, bestehe die Problematik des Nichtraucherschutzes nicht (LTDrucks 14/1359, S. 18).

Vor allem in Gaststätten werde traditionell viel geraucht und damit eine besondere Gefahr des Passivrauchens geschaffen. Rauchverbote auf der Grundlage des Hausrechts (Hausordnung), die bereits derzeit überall möglich seien, hätten sich häufig als unzureichend erwiesen, um einen wirksamen Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens zu gewährleisten (LTDrucks 14/1359, S. 10). Das Gesetz verfolge insoweit das Ziel, im Gefolge anderer europäischer Länder Gaststätten grundsätzlich rauchfrei zu machen (LTDrucks 14/1359, S. 14 f.). Die Erfahrungen aus anderen europäischen Ländern, die bereits Rauchverbote für Gaststätten erlassen hätten, zeigten, dass zumindest mittelfristig keine Umsatzeinbußen in der Gastronomie eingetreten seien (LTDrucks 14/1359, S. 15). Aufgrund dieser Erfahrungen sei davon auszugehen, dass ein Rauchverbot auch in Baden-Württemberg zu keinen Umsatzeinbußen führe (LTDrucks 14/1359, S. 24). Sollten die Umsätze wider Erwarten dennoch zurückgehen, müsste dies im Interesse des Gesundheitsschutzes hingenommen werden.

Ausgenommen vom Rauchverbot seien nach § 7 Abs. 1 Satz 3 LNRSchG Baden-Württemberg allerdings Bier-, Wein- und Festzelte. Dadurch werde dem Umstand Rechnung getragen, dass diese Zelte nur temporäre Einrichtungen seien. Ebenfalls vom Rauchverbot ausgenommen seien die im Reisegewerbe betriebenen Gaststätten wie etwa Imbissstände und Verkaufsbuden sowie die Außen-gastronomie wie Biergärten und Straßencafés (LTDrucks 14/1359, S. 15).

§ 7 Abs. 2 LNRSchG Baden-Württemberg eröffne für Gaststättenbetreiber die Möglichkeit, abgetrennte Raucherräume einzurichten, sofern die Luftqualität in den übrigen Gasträumen nicht beeinträchtigt werde (LTDrucks 14/1359, S. 16). Um den Anteil der Nichtraucher in der Bevölkerung angemessen zu berücksichtigen und dem Anliegen dieses Gesetzes Nachdruck zu verleihen, dürfte es sich bei den Raucherräumen nur um Nebenräume handeln, neben dem Raucherraum müsse mindestens ein weiterer Gastraum für Nichtraucher vorhanden sein.

Das ausnahmslose Rauchverbot für Diskotheken nach § 7 Abs. 2 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg diene vor allem dem Schutz der Jugendlichen vor den Gefahren des Passivrauchens und trage dem Umstand Rechnung, dass die Schadstoffkonzentration in Diskotheken besonders hoch sei. Dabei führe die gleichzeitige körperliche Aktivität der Gäste zu stärkerer Inhalation der schadstoffhaltigen Innenraumluft (LTDrucks 14/1359, S. 16). Das ausnahmslose Rauchverbot in Diskotheken sei zudem notwendig, weil bei Jugendlichen Nachahm- und Nachfolgeeffekte eine große Rolle spielten. Gäbe es einen Raucherraum in der Diskothek und hielte sich der Kern der Clique dort auf, würde der Gruppenzwang dazu führen, dass sich auch die Nichtraucher dorthin begäben und damit dem Passivrauchen ausgesetzt seien (LTDrucks 14/1359, S. 24). Ein temporäres Rauchverbot (etwa bis 24.00 Uhr) sei nicht geeignet, den Nichtraucherschutz für die übrige rauchfreie Zeit sicherzustellen, weil die gesundheitsschädlichen Substanzen sich in Wänden, Teppichen, Polstermöbeln usw. festsetzten und von dort an die Innenraumluft abgegeben würden (LTDrucks 14/1359, S. 24).

2. a) Das Berliner Gesetz zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit (Nichtraucherschutzgesetz - NRSchG) vom 16. November 2007 (GVBl <BE> S. 578) nennt als Gesetzeszweck, die Bevölkerung vor den Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen zu schützen. Nach § 2 NRSchG Berlin ist das Tabakrauchen unter anderem in Gaststätten untersagt. Die Bestimmung, soweit hier von Interesse, lautet:

§ 2

Rauchverbot

(1) Das Tabakrauchen ist nach Maßgabe des Absatzes 2 und des § 4 in

1. bis 7. ...

8. Gaststätten im Sinne des § 3 Abs. 7, einschließlich Clubs und Diskotheken und

9. ...

verboten.

(2) Das Rauchverbot gemäß Absatz 1 gilt in Gebäuden und sonstigen vollständig umschlossenen Räumen.	22
(3) ...	23
Zur Regelung der vom Rauchverbot erfassten Gaststätten verweist § 3 Abs. 7 NRSB Berlin auf die „Einrichtungen nach § 1 des Gaststättengesetzes“.	24
§ 4 Abs. 3 NRSB Berlin gibt dem Betreiber der Gaststätte die Möglichkeit, abgetrennte Nebenräume einzurichten, in denen das Rauchen erlaubt ist. Die Bestimmung lautet:	25
§ 4	26
Ausnahmeregelungen	27
(1) bis (2) ...	28
(3) Abweichend von § 2 Abs. 1 und 2 können die Betreiberin oder der Betreiber in der Gaststätte oder der Vereinsgaststätte in Sporteinrichtungen abgetrennte Nebenräume einrichten, in denen das Rauchen erlaubt ist, wenn voneinander getrennte und abgeschlossene Räume sowohl für rauchende Gäste als auch für nicht rauchende Gäste zur Verfügung stehen. Die Ausnahmen gelten nicht für Diskotheken, zu denen Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr Zutritt haben.	29
(4) ...	30
(5) Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen sind bei allen Ausnahmeregelungen auszuschließen.	31
Gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit § 6 Abs. 2 NRSB Berlin haben die Betreiber von Gaststätten bei einem Verstoß gegen das Rauchverbot die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um den Verstoß zu unterbinden und weitere Verstöße zu verhindern. Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen § 2 NRSB Berlin raucht (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 NRSB Berlin) oder als Betreiber einer Gaststätte entgegen § 6 Abs. 2 NRSB Berlin eine notwendige Maßnahme nicht ergreift, um einen Verstoß gegen das Rauchverbot zu unterbinden (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b NRSB Berlin). Gemäß § 8 Abs. 1 NRSB Berlin trat das Gesetz am 1. Januar 2008 in Kraft; abweichend hiervon ist das Inkrafttreten der Bestimmungen über Ordnungswidrigkeiten bis zum 1. Juli 2008 aufgeschoben (§ 8 Abs. 2 NRSB Berlin).	32
b) Nach der Begründung des Gesetzentwurfs des Senats von Berlin soll das Gesetz zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit nicht nur Kunden und Gäste schützen, sondern auch „die über 90.000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Berliner Gastronomie, die anhaltend der Passivrauchbelastung ausgesetzt sind und damit erheblich höhere Gesundheitsrisiken tragen müssen“ (vgl. Drucks 16/0716 des Abgeordnetenhauses Berlin, Begründung Allgemeines; vgl. auch Einzelbegründung zu § 3 Abs. 7). Die Regelungen über Ausnahmen vom Rauchverbot seien gemäß § 4 Abs. 5 eng auszulegen. Sie dürften nicht dazu führen, dass nicht rauchende Personen durch das Passivrauchen gefährdet würden. Dem Schutz vor dem Passivrauchen sei stets ein besonderes Gewicht beizumessen (vgl. Drucks 16/0716 des Abgeordnetenhauses Berlin, Einzelbegründung zu § 4 Abs. 5).	33
3. Die Nichtraucherchutzgesetze der übrigen Länder und des Bundes treffen Regelungen zum Schutz vor dem Passivrauchen in grundsätzlich vergleichbarer Weise. Allerdings sind im Bayerischen Gesetz zum Schutz der Gesundheit vom 20. Dezember 2007 (BayGVBl S. 919), das gemäß Art. 2 Nr. 8 in Verbindung mit Art. 3 das Rauchen in öffentlich zugänglichen Gaststätten verbietet, keine Ausnahmen für Gaststätten und insbesondere auch nicht die Einrichtung von Raucherräumen vorgesehen. Demgegenüber gilt im Saarland nicht nur eine Ausnahme vom Rauchverbot für abgeschlossene und belüftete Nebenräume, sondern auch für inhabergeführte Gaststätten, wenn neben dem Betreiber der Gaststätte „keine weiteren Personen als Beschäftigte im Sinne des § 21 des Gaststättengesetzes oder als Selbständige im laufenden Gastronomiebetrieb tätig sind, sofern es sich hierbei nicht lediglich um eine gelegentliche Mithilfe von volljährigen Familienmitgliedern des Betreibers handelt“ (§ 3 Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens vom 21. November 2007, Abl 2008, S. 75).	34
4. Zuvor hatten das Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung mit dem Bundesverband des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes (DEHOGA) am 1. März 2005 eine Zielvereinbarung zum Nichtraucherchutz in Hotellerie und Gastronomie getroffen. In dieser Vereinbarung hatten sich der DEHOGA Bundesverband und die Landesverbände im DEHOGA verpflichtet, auf ihre Mitgliedsbetriebe und auf die Gesamtbranche einzuwirken, um die Einrichtung von Nichtraucherbereichen so voranzutreiben, dass bis zum 1. März 2006 mindestens 30 % der Speisegaststätten mindestens 30 % des Platzangebots, bis zum 1. März 2007 mindestens 60 % der Speisegaststätten mindestens 40 % des Platzangebots und schließlich bis zum 1. März 2008 mindestens 90 % der Speisegaststätten mindestens 50 % des Platzangebots für Nichtraucher bereithalten. Von dieser Regelung waren	35

Betriebe mit weniger als 75 m² Gastfläche oder weniger als 40 Sitzplätzen ausgenommen. In der Präambel der Vereinbarung hatten sich das Ministerium und der DEHOGA Bundesverband darüber geeinigt, dass nur bei Erreichen der verabredeten Ziele ein gesetzliches Rauchverbot im Gastgewerbe vermieden werden könne.

Nach den im Februar 2007 vorgelegten Ergebnissen einer Untersuchung durch das Institut für angewandte Verbraucherforschung hatte die überwiegende Mehrzahl der aufgesuchten Gastronomiebetriebe die Zielvereinbarung bislang nicht umgesetzt. So könnten in 66,8 % aller Betriebe Gäste nach wie vor uneingeschränkt zur Zigarette greifen. In den verbleibenden 33,2 % aller untersuchten Gastronomiebetriebe seien sehr individuelle Nichtraucherregelungen ermittelt worden, die teilweise keinesfalls mit der Intention der Zielvereinbarung in Einklang stünden. Insgesamt erfüllten lediglich 15,5 % aller aufgesuchten Betriebe die Vorgaben hinsichtlich des Platzangebots, nur 10,9 % hinsichtlich Platzangebot und geforderter Kennzeichnung. Auf dieser Grundlage hatte das Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung anschließend festgestellt, dass die freiwillige Selbstverpflichtung der Gastronomie zum Nichtraucherschutz in Gaststätten gescheitert sei.

36

II.

1. Der Beschwerdeführer zu 1) betreibt seit September 1985 in innerstädtischer Altstadtlage von T... eine kleine Gaststätte. Das Lokal wurde bislang überwiegend von Stammgästen besucht, rund 70 % von ihnen sollen Raucher sein. Die Gaststätte besteht aus lediglich einem Gastraum, dessen Grundfläche einschließlich des Thekenbereichs 63 m² umfasst. Eine Aufteilung dieses Gastraums in verschiedene Räume ist aus baulichen Gründen nicht möglich. In der Gaststätte werden überwiegend Getränke ausgedient; daneben werden nur kleinere Gerichte angeboten, die etwa 3 % bis 5 % des Gesamtumsatzes ausmachen sollen. Für den Fall, dass das Angebot von Speisen einer Ausnahme vom Rauchverbot entgegenstehen sollte, hat der Beschwerdeführer erklärt, auf dieses Angebot künftig verzichten zu wollen. Nach Angaben des Beschwerdeführers verfügt sein Betrieb über kein fest angestelltes Personal, es werden allerdings zwischen fünf und zehn Personen als - zumeist studentische - Aushilfen beschäftigt.

37

a) Nach den Angaben des Beschwerdeführers hielten sich die rauchenden Stammgäste erheblich kürzer in seiner Gaststätte auf und konsumierten entsprechend weniger, seit er nach Inkrafttreten des Landesnichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg eine reine Nichtraucher-Gaststätte führen müsse, ohne einen Raucherraum anbieten zu können. Dies sei typisch für Einraumgaststätten, weil bei diesen der Anteil von Stammgästen besonders hoch liege und sich unter diesen ein ungewöhnlich hoher Anteil von Rauchern finde. Der Gaststättentyp „Kleinkneipe“ habe bestimmte soziokulturelle Hintergründe und diene den Stammgästen oftmals als „ein Stück Zuhause“. Die sozialen Kontakte der Gäste untereinander ersetzten andere, insbesondere familiäre Bindungen, zumal auch das Rauchen zu Hause inzwischen oft unerwünscht sei. Ein erheblicher Teil der Stammgäste verkürze daher den Aufenthalt in Einraumgaststätten oder wandle von ihnen ab und wende sich größeren Gaststätten zu, die über eigene Raucherräume verfügten. Das ausnahmslose Rauchverbot in Einraumgaststätten bei gleichzeitig eingeschränktem Rauchverbot in größeren Gaststätten habe so zur Folge, dass ein bestimmter, raucherdominierter Typus der Kleingaststätte die wirtschaftliche Existenzgrundlage verliere.

38

In der Gaststätte des Beschwerdeführers habe das Rauchverbot zunächst zu Umsatzrückgängen zwischen 30 % und 40 % im Vergleich zu den Vorjahresmonaten geführt. Auch nach zehn Monaten Rauchverbot blieben die Umsätze noch rund 20 % hinter den Vorjahresumsätzen zurück. Würde es bei dem Umsatzrückgang bleiben, sei absehbar, dass die Gaststätte zukünftig nicht mehr profitabel geführt werden könne. Nach der Umsatzsteuerstatistik des DEHOGA Bundesverbandes, die mehr als 42.000 Betriebe der Kategorie Einraumgaststätte erfasse, liege deren durchschnittlicher Jahresumsatz bei rund 123.000 €. Das Betriebsergebnis liege für Pachtbetriebe bei durchschnittlich 14.000 € (Gewinn vor Ertragsteuern), bei Eigentümerbetrieben bei rund 18.000 €. Bereits ein Umsatzrückgang von 20 % würde das Betriebsergebnis für Pachtbetriebe danach ins Minus führen.

39

b) Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG. § 7 LNRSchG Baden-Württemberg sei insoweit verfassungswidrig, als in Einraumgaststätten, bei denen keine Möglichkeit der Einrichtung eines Raucherraums bestehe, das Rauchen untersagt sei.

40

Das Rauchverbot schränke das Hausrecht des Gastwirts ein, indem er nunmehr dazu verpflichtet werde, seinen Betrieb als Nichtraucherbetrieb zu führen. In kleinen Einraumgaststätten wirke sich dieses Rauchverbot faktisch als Berufszulassungsregelung aus, weil eine Abtrennung von Raucherräumen aus tatsächlichen Gründen nicht möglich sei und Einraumgaststätten damit unrentabel würden. Soweit das Gesetz das Ziel einer vorsorglichen Abwehr von Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen bezwecke, sei ein kausaler Nachweis zwischen dem Passivrauchen in Gaststätten und dem Eintritt einer gesundheitlichen Beeinträchtigung im Einzelfall nicht zu führen. Dies gelte insbesondere für Kurzzeiteexpositionen, wie sie beim Besuch von Gaststätten aufträten.

41

Auch sei die Erforderlichkeit dieser Maßnahme fraglich, weil es der Gesetzgeber den Gastwirten selbst überlassen müsse, freiwillig räumlich abgegrenzte Nichtraucherzonen zu schaffen. Zudem hätten informelle Absprachen wie die Zielvereinbarung zum Nichtraucherschutz in Speisegaststätten zwischen der Regierung und dem Verband der Hotel- und Gaststättenbetreiber durchaus Erfolg gebracht. Als weniger stark einschränkendes Mittel käme anstelle eines Rauchverbots ferner eine Kennzeichnungspflicht von Gaststätten in Betracht. Nichtraucher könnten dann vor Betreten der Gaststätte bewusst entscheiden, ob sie sich Tabakrauch aussetzen wollten oder nicht.

42

- Angesichts der erheblichen Folgen gerade für die Kleingastronomie seien absolute Rauchverbote hier jedenfalls übermäßig. Vorliegend stünden sich die widerstreitenden Interessen verschiedener Grundrechtsträger, nämlich der Raucher, der Nichtraucher sowie der Gastronomen gegenüber. Ein faktisch absolutes Rauchverbot, das in vorhersehbarer Weise dazu führe, dass ein bestimmter, zahlenmäßig häufiger Gaststättentypus nicht mehr existenzfähig sei, sei nicht verhältnismäßig. 43
- Die Regelung des § 7 LNRSchG Baden-Württemberg verletze den Beschwerdeführer darüber hinaus in seinem Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG, das mit dem Eigentum auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb schütze. Dazu gehöre vorliegend auch der langjährige Kundenstamm des Beschwerdeführers, der untrennbar mit dem Bestand der Gaststätte zusammenhänge. Eine existentielle Beschränkung des Eigentums des Beschwerdeführers überschreite die Grenze der Sozialpflichtigkeit und sei daher nicht mehr entschädigungslos hinzunehmen. Kompensatorische Regelungen wie etwa Sonderkündigungsrechte von Pachtverträgen seien im Gesetz nicht vorgesehen. 44
2. Die Beschwerdeführerin zu 2) ist Betreiberin einer kleinen Gaststätte namens „D...“ in B... . 45
- a) Nach den Schilderungen der Beschwerdeführerin wende sich ihre Gaststätte als typische Berliner „Eckkneipe“ in erster Linie nicht an Touristen, sondern sei Anziehungspunkt für die ortsansässige Bevölkerung. Die Gaststätte verfügere über 40 Sitzplätze, der Gastraum habe eine Fläche von 36 m². Über 80 % der Besucher seien Stammgäste. Viele der Gäste kämen einmal oder öfter in der Woche; die Gaststätte sei für sie ein soziales und kommunikatives Zentrum ihres Alltags. Die Gaststätte habe ab 20.00 Uhr geöffnet und schließe, nachdem sie der letzte Gast verlassen habe. Die Beschwerdeführerin beschäftige keine Angestellten im Ausschank, im Falle ihrer Verhinderung helfe ihre erwachsene Tochter aus. In Urlaubs- und Krankheitszeiten bleibe die Gaststätte geschlossen. Es seien nur Getränke im Angebot, Speisen würden nicht gereicht. 46
- Der Anteil der Raucher unter den Gästen liege durchschnittlich bei 70 %. Das Tabakrauchen stehe im Mittelpunkt der Bedürfnisse der Gäste. Deshalb rechnet die Beschwerdeführerin für die Zeit nach Inkrafttreten der Bußgeldbewehrung des Rauchverbots mit Umsatzeinbußen in Höhe von 30 % bis 40 %. Die bisherigen Stammgäste würden sich entweder in private Räume zurückziehen oder auf alternative Angebote in größeren Gaststätten mit eingerichteten Raucherräumen ausweichen. Bauliche Möglichkeiten, ein räumlich getrenntes Nebenzimmer als Raucherzimmer einzurichten, gebe es für die Beschwerdeführerin nicht. Hierdurch entstehe die konkrete Gefahr, dass ihre Stammkundschaft in eine der am Prenzlauer Berg zahlreichen, nahe gelegenen größeren Gaststätten, die Raucherzimmer einrichten könnten, abwandere. Gäbe es ein umfassendes Rauchverbot ohne Ausnahmen, so wäre nach Ansicht der Beschwerdeführerin eine geringere Abwanderung zu befürchten als bei der gegenwärtigen Regelung. Ein Ausweichen der Gaststättenbenutzer auf den Straßenraum vor ihrem Lokal werde in dem dicht besiedelten Wohngebiet zu Konflikten mit den Anwohnern führen, die auf die Einhaltung der Ruhezeiten nach der Berliner Lärmschutzverordnung bestünden. 47
- b) Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung ihrer Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG. § 2 Abs. 1 Nr. 8 in Verbindung mit § 4 Abs. 3, § 6 Abs. 2, § 7 Abs. 2 NRSchG Berlin seien verfassungswidrig, soweit auch in den inhaberbetriebenen einräumigen Gaststätten ein Rauchverbot gelte, während gleichzeitig in zwei- oder mehrräumigen Gaststätten die Bewirtung von rauchenden Gästen unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen sei. 48
- Die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Regelung folge daraus, dass die Ausnahmeregelung dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufe und gerade die Kleinbetriebe unverhältnismäßig im Vergleich zu den großen Gaststättenbetrieben belaste. Ein Eingriff in die Berufsfreiheit der Beschwerdeführerin sei insbesondere darin zu sehen, dass der Gesetzgeber durch die Ausnahmeregelung für größere Gaststätten und die damit verbundenen Abwanderungsbewegungen der Gäste die Rahmenbedingungen für den Betrieb der Gastwirtschaft der Beschwerdeführerin verändert habe. 49
- Dieser Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG sei unverhältnismäßig. Hier sei zu berücksichtigen, dass der durch das Rauchverbot in Gaststätten bewirkte Gesundheitsschutz für Nichtraucher im Ergebnis nicht sonderlich effektiv sei. Nichtraucher würden trotz des Verbots weiterhin in vielfältiger Form Zigarettenrauch ausgesetzt, sei es aus familiären Gründen, sei es aus sozialen Gründen, weil sie Menschen begleiteten, die selbst Raucher seien. Weiterhin sei der Grad der Gesundheitsbeeinträchtigung durch Passivrauchen nicht sehr hoch, erst die ständige Präsenz des Rauchs bewirke nachweisbare Schäden. Zudem dränge das Nichtraucherschutzgesetz dem Nichtraucher seinen Schutz vor Rauch in Gaststätten geradezu auf. Nichtraucher besuchten die Gaststätten aus freiem Entschluss, ihre Einwilligung in die Gesundheitsgefährdung sei rechtlich gesehen frei abgegeben und wirksam. Sofern der Anteil der Nichtrauchergaststätten groß genug sei, um den Nichtrauchern ein attraktives Angebot in unterschiedlichen Restaurationen zu bieten, wäre daher der gebotene Schutz gewährleistet und eine darüber hinausgehende Beschränkung der Raucher nicht erforderlich. 50
- Dem stehe ein hohes Maß an Eingriffsintensität zu Lasten der Gastwirte gegenüber; denn die Beeinträchtigung der Berufswahlfreiheit der Beschwerdeführerin könne bis zur Betriebsaufgabe führen. Durch das Rauchverbot werde ein bestimmter Typus von Gaststätten - nämlich die Berliner Eckkneipe - fast vollständig beseitigt. Schließlich würden auch die Gaststättenbetreiber durch die Pflicht, Verstößen gegen das Rauchverbot entgegenzuwirken, in die Erfüllung von staatlichen Pflichten eingebunden. Dies widerspreche diametral ihrer Rolle, die sie in ihrer inhaberbetriebenen Einraumgaststätte spielten. Sie seien Ansprechpartner der Stammgäste für alle möglichen privaten Beziehungen und Bedürfnisse. Verlange der Staat nun von ihnen, den Nichtraucherschutz durchzusetzen, der von den Rauchern typischerweise als staatliche Gängelung eingeordnet werde, so treibe der Gesetzgeber einen Keil zwischen Gaststättenbetreiber und Kunden. Beziehe man in die Gesamtabwägung mit ein, dass absolute Rauchverbote 51

über das

hinausgehen, was zum Schutz des frei verantwortlich handelnden Nichtraucherers nötig sei, und zudem das deutlich übersteige, was der Staat noch vor zwei Jahren im Rahmen der Zielvereinbarung mit dem DEHOGA Bundesverband als hinreichend erachtet habe, so sprächen die besseren Gründe für die Annahme der Unverhältnismäßigkeit der Regelung.

Eindeutig unangemessen sei die in Berlin geltende Variante des Nichtraucherschutzes. Die Regelung eines Rauchverbots mit Ausnahmegenehmigung sei von seinen Wirkungen her deutlich von einem absoluten Rauchverbot ohne Ausnahmen zu unterscheiden. Ausnahmeregelungen wirkten wettbewerbsverzerrend zugunsten der großen Betriebe; solche Regelungen seien daher insgesamt verfassungswidrig. Durch die Ausnahmegenehmigung verdeutliche der Gesetzgeber, dass es ihm nicht um einen vollständigen Ausschluss des Rauchens in Gaststätten gehe, sondern um eine bloße Reduzierung des Rauchs. Das Ziel der Bereitstellung einer ausreichenden Anzahl von Nichtraucherergaststätten oder von echten Nichtraucherplätzen lasse sich jedoch auch anders erreichen, etwa durch eine Beschränkung des Rauchverbots auf Speisegaststätten. 52

Durch die Ausnahmeregelung des Berliner Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit werde weiterhin Art. 3 Abs. 1 GG verletzt. Die unterschiedliche rechtliche Behandlung von Einraumgaststätten einerseits und Raucherräumen von Mehrraumgaststätten andererseits sei nicht gerechtfertigt. Selbst wenn die durch Verweisung auf ausländische Erfahrungen unterstützte Behauptung stimmen sollte, dass sich die Gesamtsumme der innerhalb der Gastronomiewirtschaft erarbeiteten Umsätze durch die Einführung eines flächendeckenden Rauchverbots nicht reduzieren würde, seien die verzerrenden Wirkungen, die durch die Ausnahmeregelung zugunsten von Raucherzimmern eingeführt würden, für eine bestimmte Gruppe von Gastwirten verheerend. Inhaberbetriebene Einraumgaststätten würden von einer erheblichen Abwanderung betroffen werden, welche die Unternehmensfreiheit schwerwiegend beeinträchtige. Grund hierfür seien die durch die Ausnahmeregelungen verursachten Wettbewerbsverzerrungen, die sich mit dem eigentlich angestrebten gesetzlichen Schutz der Nichtraucher nicht vertragen würden. 53

3. Die Beschwerdeführerin zu 3) betreibt seit zwei Jahren in H... die Großraumdiskothek „M...“ . 54

a) Diese im Gewerbegebiet gelegene Diskothek erstreckt sich über zwei Geschosse und verfügt über eine Gastfläche von 2.250 m², verteilt auf fünf Räume, davon drei Tanzräume. Nach der räumlichen Situation können ohne weiteres ein Raum oder mehrere Räume als Raucherbereich abgetrennt werden. Die Diskothek der Beschwerdeführerin soll über ein effizientes Entlüftungssystem verfügen, das die Innenraumluft im gesamten Innenbereich der Diskothek absauge und in jeder Stunde 15 mal gegen Frischluft austausche. 55

Als Gäste der Diskothek sind nach Darstellung der Beschwerdeführerin nur Personen im Alter von über 18 Jahren zugelassen. Der Anteil der Raucher habe bis August 2007 etwa 60 % betragen. Bis zu diesem Zeitpunkt habe der monatliche Umsatz konstant zwischen 300.000 € und 400.000 € gelegen. Seit dem Inkrafttreten des Rauchverbots seien die Umsätze der Beschwerdeführerin um rund 30 % gegenüber den jeweiligen Vorjahresmonaten zurückgegangen. Dies beruhe in erster Linie darauf, dass die Gäste ihre Verweildauer in der Diskothek erheblich verkürzt hätten und daher deutlich weniger konsumierten. Diese Umsatzentwicklung entspreche auch den Ergebnissen von Untersuchungen des DEHOGA, wonach Diskotheken in Baden-Württemberg seit August 2007 mit Umsatzrückgängen zwischen 30 % und 80 % zurechtkommen müssten. Diskothekenbetriebe in anderen Bundesländern, die Raucherräume einrichten dürften, hätten keine vergleichbare Verkürzung der Verweildauer der Gäste zu verzeichnen. 56

b) Die Beschwerdeführerin trägt vor, die angegriffene landesgesetzliche Regelung verletze sie in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG. § 7 LNRSchG Baden-Württemberg sei insoweit verfassungswidrig, als in Diskotheken das Rauchen absolut verboten sei. 57

Das absolute Rauchverbot in Diskotheken nach § 7 Abs. 2 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg stelle sich als Berufsausübungsregelung dar, die sich im Ergebnis als unverhältnismäßig erweise. Es fehle an der Erforderlichkeit, weil die Grundrechte weniger einschränkende Regelungen möglich seien. So ließe sich durch freiwillige Rauchverbote und den Einsatz moderner Entlüftungssysteme ein ausreichender Gesundheitsschutz auch in einer Diskothek erzielen. Als weniger einschneidendes Mittel zur Erreichung des Schutzes der Nichtraucher vor Passivrauchen komme zudem die Einrichtung von Raucherräumen in der Diskothek in Betracht. Dieses Mittel sei genauso wirksam wie ein Rauchverbot, weil sich Tabakrauch auf einen eng umgrenzten Bereich beschränken ließe und es jedem Gast selbst überlassen bleibe, ob er sich einer solchen Selbstgefährdung aussetzen wolle. Jugendschutzaspekte würden hierdurch nicht berührt, weil die meisten Diskothekenbetriebe - wie auch derjenige der Beschwerdeführerin - nur Personen über 18 Jahren einließen und dies auch kontrollierten. 58

Die angegriffene Landesregelung verletze darüber hinaus den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG in mehrfacher Hinsicht. Zum einen würden nach § 7 Abs. 2 LNRSchG Baden-Württemberg Diskothekenbetreiber im Vergleich zu Gaststättenbetreibern schlechter behandelt, weil für Gaststätten die Möglichkeit bestehe, einen Raucherraum einzurichten. Zum anderen würden die Betreiber von Festzelten, in denen häufig Tanzveranstaltungen abgehalten würden, nach § 7 Abs. 1 Satz 3 LNRSchG Baden-Württemberg gänzlich vom Rauchverbot ausgenommen, während für Diskothekenbetreiber besonders strenge Vorgaben gelten würden. Sachliche Gründe für diese Ungleichbehandlungen seien nicht ersichtlich. 59

III.

- Zu den Verfassungsbeschwerden haben das Ministerium für Arbeit und Soziales des Landes Baden-Württemberg namens der Landesregierung, das Abgeordnetenhaus von Berlin, die Senatsverwaltung für Gesundheit, Umwelt und Verbraucherschutz Berlin, das Ministerium der Justiz des Landes Brandenburg namens der Landesregierung, das Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern namens der Landesregierung, das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen namens der Landesregierung, der Landtag von Rheinland-Pfalz, das Ministerium der Justiz des Landes Rheinland-Pfalz, das Justizministerium des Freistaats Thüringen, das Statistische Bundesamt, die Deutsche Gesellschaft für Arbeitsmedizin und Umweltmedizin, das Deutsche Krebsforschungszentrum, das Aktionsbündnis Nichtraucher, die Nichtraucher-Initiative Deutschland, der Verband der Deutschen Rauchtobakindustrie und der Deutsche Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband) Stellung genommen. 60
1. Das Ministerium für Arbeit und Soziales Baden-Württemberg teilt zur Frage der Veränderung der Umsätze von Einraumgaststätten seit Inkrafttreten des Nichtraucherschutzgesetzes mit, die Gastronomie weise die höchste Insolvenzquote in der gesamten gewerblichen Wirtschaft auf, und zwar unabhängig von Umsatzsteuererhöhungen oder gesetzlichem Rauchverbot. Nach Einschätzung des Wirtschaftsministeriums Baden-Württemberg hätten sich die Schwierigkeiten insbesondere in der getränkegeprägten Gastronomie seit Einführung des Nichtraucherschutzes allerdings verstärkt. Aufgrund der gesetzlichen Zielsetzung, nach der jede Gaststätte über einen rauchfreien Hauptraum verfügen solle, seien zwangsläufig Einraumgaststätten anders betroffen als Mehrraumgaststätten. Das sei eine in Kauf zu nehmende Folge dieser Systematik. Einer Ausnahmeregelung für Einraumgaststätten habe die Befürchtung entgegengestanden, dass sich bei Einführung einer Deklarationslösung an der bestehenden Situation wenig ändern würde und so die Belange eines umfassenden und glaubwürdigen Nichtraucherschutzes nicht verwirklicht werden könnten. Im Interesse eines möglichst umfassenden Gesundheitsschutzes seien Umsatzrückgänge - insbesondere bei den am ehesten betroffenen getränkeorientierten Kleingaststätten - hinzunehmen. 61
- Das Rauchverbot in Gaststätten habe keine berufsregelnde Tendenz im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG. Es stelle sich allerdings die Frage, ob dieses Verbot mit berufsneutraler Zielsetzung aufgrund seiner mittelbaren oder tatsächlichen Auswirkungen den Schutzbereich tangiere. Dies sei im Ergebnis jedoch abzulehnen, weil der Schutzbereich des Grundrechts des Art. 12 GG ansonsten konturlos würde. Jedenfalls wäre eine solche Beschränkung durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls legitimiert. 62
- Die vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung zwischen mehrräumigen Gaststätten und Einraumgaststätten sei nicht zu beanstanden. Dadurch würden Mitarbeiter als Hauptbetroffene des Passivrauchens in einer Gaststätte mit Raucher-Nebenraum im Vergleich zu einer Raucher-Einraumgaststätte deutlich geringer belastet, weil sie den Raucher-Nebenraum nur zum Bedienen und Kassieren betreten müssten, im Übrigen sich aber dort nicht aufhielten. Demgegenüber seien Mitarbeiter in Raucher-Einraumgaststätten während ihrer vollständigen Arbeitszeit dem Passivrauchen ausgesetzt. 63
- Das ausnahmslose Rauchverbot in Diskotheken trage dem Umstand Rechnung, dass die Schadstoffkonzentration in der Diskothek selbst besonders hoch sei, was bei gleichzeitiger körperlicher Aktivität der Gäste zu stärkerer Inhalation der schadstoffhaltigen Innenraumluft führe. Außerdem spiele bei Jugendlichen und Heranwachsenden der Nachahm- und Nachfolgeeffekt eine große Rolle. Insbesondere in der Altersgruppe der jungen Erwachsenen zwischen 18 und 27 Jahren habe der Cliqueneffekt großen Einfluss auf den Einzelnen. Die Wahrscheinlichkeit, dass wegen des Cliqueneffekts häufiger geraucht werde und auch Nichtraucher veranlasst würden, zur Zigarette zu greifen oder sich dem Passivrauchen auszusetzen, sei in Diskotheken größer als in Gaststätten. In einer Diskothek seien vollständig abgetrennte Nebenräume, die die Belange des Nichtraucherschutzes nicht beeinträchtigten, schon wegen der hohen Bewegungsintensität der Besucher kaum vorstellbar. 64
2. Das Abgeordnetenhaus von Berlin vertritt die Auffassung, die Beschwerdeführerin zu 2) werde durch das Nichtraucherschutzgesetz nicht in ihren Grundrechten verletzt. Zwar könne man auch in einem Rauchverbot, das zwischen verschiedenen Arten von Gaststätten differenziere und auf die jeweiligen unterschiedlichen Verhältnisse eingehe, ein milderes Mittel der gesetzlichen Ausgestaltung sehen. Es wäre jedoch nicht in gleicher Weise für den Nichtraucherschutz wirksam wie das umfassende Verbot in § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSG Berlin. Angesichts der großen Anzahl von Einraumgaststätten in Berlin würde ein solches eingeschränktes Rauchverbot in erheblichem Umfang leer laufen und seinen Zweck verfehlen. Nur ein allgemein geltendes, generelles Rauchverbot, das den Nichtrauchern die Möglichkeit gebe, jede Gaststätte zu besuchen, ohne dabei den Gefahren des Passivrauchens ausgesetzt zu sein, stelle - gemessen an den Verhältnissen im Land Berlin - wirklich einen effektiven Nichtraucherschutz im Bereich der Gastronomie dar. 65
- Zwar sei nicht auszuschließen, dass das Rauchverbot in der Zukunft eine gewisse Umsatzeinbuße bei der Beschwerdeführerin zu 2) zur Folge habe. Dies könne jedoch nicht als eine zwangsläufige Folge der neuen Regelung angesehen werden. Es erscheine zudem fraglich, ob der Aufenthalt in einem Raucherraum wirklich so attraktiv sei, dass eine größere Anzahl von Gästen dadurch zum Wechsel des Stammlokals veranlasst werde. In diesen Räumen finde keine Bedienung an den Tischen statt, was sich insbesondere aus § 4 Abs. 5 NRSG Berlin ergebe, wonach Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen bei allen Ausnahmeregelungen auszuschließen seien. Das vom Gesetzgeber ausdrücklich angestrebte Ziel, gerade auch die Beschäftigten in der Gastronomie vor den Gefahren des Passivrauchens zu schützen, würde weitgehend verfehlt, wenn diese gezwungen wären, in den stark mit Rauch belasteten Nebenräumen zu bedienen. 66
3. Die Senatsverwaltung für Gesundheit, Umwelt und Verbraucherschutz Berlin teilt mit, dass mangels einer stringenten Einhaltung des Rauchverbots 67

bis zum Inkrafttreten der Bestimmungen über Ordnungswidrigkeiten zum 1. Juli 2008 eine aussagekräftige Einschätzung der Umsatzentwicklung in Einraumgaststätten noch nicht möglich sei. Auch könne nicht pauschal von einer Abwanderungsbewegung der Stammkunden von Einraumgaststätten in die Nebenräume von Mehrraumgaststätten ausgegangen werden. Die Erfahrungen in anderen europäischen Ländern zeigten, dass die Durchsetzung eines Rauchverbots für Gaststätten keine erheblichen Umsatzeinbußen oder gar eine Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz nach sich gezogen hätten. Zurückzuführen seien rückläufige Einnahmen vielmehr auf ein Ursachenbündel, zu dem auch die Erhöhung der Anzahl der Gaststätten in Berlin und der dadurch gesteigerte Konkurrenzdruck innerhalb bestimmter Gastronomiebereiche zähle.

Mit der generellen Ausnahme von Einraumgaststätten vom Rauchverbot ginge ein erhebliches Missbrauchsrisiko einher. Dies belegten nicht nur Erfahrungen aus Spanien, auch in Deutschland gebe es bereits Beispiele, wie durch ein extensives Ausschöpfen der Ausnahmemöglichkeiten im Wege der Umwidmung öffentlicher Gaststätten das Rauchverbot umgangen werden könne. So habe in Bayern die Nichtanwendung des Rauchverbots auf Raucherclubs eine ausufernde Umbenennung normaler Gaststätten in Raucherclubs zur Folge gehabt.

4. Das Ministerium der Justiz des Landes Brandenburg verweist darauf, dass bei Zulassung von „Einraum-Rauchergaststätten“ zu befürchten sei, dass eine solche Gaststätte etwa in ländlichen Gebieten die einzige Gaststätte am Wohnort einer nicht rauchenden Person wäre oder aber die einzige, die vom Arbeitsplatz einer nicht rauchenden Person in der Mittagspause zu Fuß erreicht werden könne. Ferner erscheine es lebensnah, dass sich nicht rauchende Personen, und zwar auch solche, welche die Gesundheitsschädigung durch Passivrauchen dezidiert ablehnten, unter bestimmten Umständen gleichwohl zum Besuch der Rauchergaststätte entschließen würden. Um ein möglichst hohes Schutzniveau, namentlich einen möglichst lückenlosen Schutz von Nichtraucherern zu gewährleisten, sei eine derartige Ausnahme für Einraumgaststätten nicht in Frage gekommen.

5. Auch das Justizministerium Mecklenburg-Vorpommern betont, dass es gerade in den ländlichen Gebieten oft nur eine Gastwirtschaft im Ort gäbe. Handele es sich bei der Gaststätte um eine Einraumgaststätte, so würden die Bürgerinnen und Bürger, die nicht von der so genannten Gaststättenkultur, also etwa von dem geselligen Treffen Bekannter ausgeschlossen sein wollten, ohne Rauchverbot dem Zwang zum Passivrauchen ausgesetzt. Als Alternative bliebe ihnen dann nur, auf den Besuch der Gaststätte zu verzichten. Das aber halte die Landesregierung in Anwendung des Grundsatzes, dass der Nichtstörer dem Störer nicht zu weichen brauche, nicht für zumutbar. Besonders bei Jugendlichen entstehe außerdem oft ein Gruppendruck zum Mitrauchen.

6. Das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen führt aus, auch in Nordrhein-Westfalen sei erwogen worden, eine Ausnahme vom Rauchverbot für Einraumgaststätten vorzusehen. Im Vordergrund der Überlegungen hätten dabei Ausnahmemöglichkeiten für so genannte Eckkneipen oder die Anknüpfung an bestimmte Platzzahlen oder Raumgrößen gestanden. Letztlich habe man von derartigen Ausnahmemöglichkeiten aufgrund verfassungsrechtlicher Vorbehalte und aufgrund der Bedenken hinsichtlich der Vollzugstauglichkeit derartiger Eckkneipenmodelle abgesehen.

7. Der Landtag von Rheinland-Pfalz betont das Ziel der gesetzlichen Regelung, jedem Nichtraucher einen rauchfreien Platz und damit einen nicht gesundheitsgefährdenden Zugang zu allen gastronomischen Betrieben zu ermöglichen. Es müsse dem Gesetzgeber unbenommen sein, in Bereichen, denen eine wichtige soziale Funktion zukomme, effektive Maßnahmen zur Gefahrenvermeidung zu treffen; handele es sich um Gefahren für höchstrangige Rechtsgüter, so hätten dahinter auch betroffene Grundrechte Privater zurückzutreten.

Einraumgaststätten unterschieden sich von Mehrraumgaststätten oder anderen größeren Betrieben des Gaststättengewerbes vor allem dadurch, dass sie ganz wesentlich durch den Getränkeabsatz und die durch eine „familiäre“ Atmosphäre in besonderer Weise beförderte Möglichkeit des sozialen Austauschs geprägt seien. Nach Einführung des Rauchverbots möge es aus einer gewissen Protesthaltung heraus zu kurzfristigen Umsatzrückgängen durch für einen begrenzten Zeitraum ausbleibende Stammgäste kommen; eine endgültige Abwanderung dieser Gäste in andere gastronomische Betriebe dürfte dagegen eher weniger wahrscheinlich sein.

Der Gesetzgeber habe auch nicht dadurch gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen, dass er eine Ausnahme vom Rauchverbot zugunsten von Wein-, Bier- und Festzelten sowie für die Außengastronomie geschaffen habe. Bei Zelten handele es sich um lediglich temporäre Einrichtungen. Hieraus folge, dass eine Konkurrenzsituation mit Gaststätten, insbesondere auch den inhabergeführten Einraumgaststätten, im Hinblick auf rauchende Gäste kaum entstehen dürfte.

8. Das Ministerium der Justiz des Landes Rheinland-Pfalz verweist auf aktuelle Entwicklungen in der Gastronomie in Rheinland-Pfalz infolge der einstweiligen Anordnung des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz vom 11. Februar 2008. Zwar habe sich die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs ausschließlich auf inhabergeführte Einraumgaststätten bezogen; in der Konsequenz sähen sich jedoch nicht nur die typischen Eckkneipen mit überwiegend rauchendem Publikum betroffen, sondern auch alle anderen Betriebsarten von Gaststätten (Cafés, Bistros und Speisegaststätten). Einige Betreiber hätten in der Folge der Entscheidung bereits Personal entlassen und hätten, etwa durch das Herausbrechen von Trennwänden, bauliche Maßnahmen zur Herstellung einer Einraumgaststätte umgesetzt. Eine Handhabe gegen entsprechende Änderungsanträge der jeweiligen Gaststättenerlaubnis bestehe für die Ordnungsbehörden nicht.

9. Das Justizministerium des Freistaats Thüringen vertritt die Auffassung, es sei zumindest zweifelhaft, ob das Rauchverbot in Gaststätten überhaupt

eine berufsregelnde Tendenz habe. Jedenfalls sei die Normierung des Rauchverbots als Berufsausübungsregelung verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Angesichts der Vielgestaltigkeit und Wandelbarkeit der gastronomischen Strukturen sei es für den Landesgesetzgeber unmöglich, für jeden Gastronometyp eine passgenaue, umsatz- und gewinnwahrende Lösung zu finden und gleichzeitig einen möglichst optimalen Gesundheitsschutz für die Passivraucher zu gewährleisten.

10. Das Statistische Bundesamt legt einen Vergleich der Umsatzentwicklung von Gaststätten in Ländern mit und solchen ohne Rauchverbot vor. Die Ergebnisse deuteten darauf hin, dass das Gaststättengewerbe in Bundesländern mit Nichtraucherschutzgesetzen größere Umsatzeinbußen habe hinnehmen müssen als in solchen Ländern ohne Nichtraucherschutzgesetze. Der Vergleich von speisen- und getränkegeprägter Gastronomie führe dabei zum Ergebnis, dass die Nichtraucherschutzgesetze wahrscheinlich zu stärkeren Umsatzrückgängen im Bereich der getränkegeprägten Gastronomie geführt hätten.

77

11. Die Deutsche Gesellschaft für Arbeitsmedizin und Umweltmedizin verweist auf Ergebnisse epidemiologischer Studien. Aus ihnen lasse sich ableiten, dass Tabakrauchexposition das relative Risiko für Lungenkrebs erhöhe. In umfangreichen Metaanalysen werde ein relatives Risiko im Bereich von 1,2 bis 1,3 - also eine Risikoerhöhung um 20 % bis 30 % - ohne Differenzierung nach Dauer oder Umfang der Exposition gefunden. Die Anwesenheit von kanzerogenen und mutagenen Stoffen im Tabakrauch, die nachgewiesene Aufnahme von mutagenen Stoffen aus Tabakrauch bei Passivrauchern, die Expositions-Wirkungs-Beziehung zwischen Tabakrauchexpositionen und Lungenkrebshäufigkeit sowie die Ergebnisse der bisher vorliegenden tierexperimentellen Kanzerogenitätsstudien erfüllten in ihrer Gesamtheit die Kriterien einer Einstufung als krebserzeugend für den Menschen. Die Passivrauch-Belastung in Deutschland sei zwar rückläufig, aber nach wie vor erheblich. Während die häusliche Exposition schwer beeinflussbar sei, zeigten aktuelle Studien, dass sich die passivrauch-bedingte Morbidität und Mortalität durch öffentliche Rauchverbote deutlich reduzieren ließen. Entsprechende Maßnahmen seien auch präventiv zur Vermeidung von Expositionen am Arbeitsplatz notwendig und würden gut toleriert.

78

12. Das Deutsche Krebsforschungszentrum führt aus, Tabakrauch sei ein komplexes Gemisch aus über 4.800 Substanzen, darunter Gifte wie Blausäure, Ammoniak und Kohlenmonoxid. Mehr als 70 der Substanzen im Tabakrauch seien nachweislich krebserzeugend. Bereits kleinste Belastungen mit diesen krebserzeugenden Stoffen könnten zur Entstehung von Tumoren beitragen. Dementsprechend stuften nationale und internationale Forschungszentren und Gremien das Passivrauchen beim Menschen als krebserzeugend ein. So habe die Senatskommission zur Prüfung gesundheitsschädlicher Arbeitsstoffe der Deutschen Forschungsgemeinschaft bereits im Jahre 1998 die Problematik eingehend untersucht und sei zu dem Ergebnis gekommen, dass Passivrauchen erwiesenermaßen „krebserzeugend für den Menschen“ sei. Es gebe keine Menge Tabakrauch, die ungefährlich wäre. Passivrauchen sei außerdem verantwortlich für die Entwicklung chronischer Krankheiten mit möglicher Todesfolge. Schon kurzzeitiges Passivrauchen reize die Atemwege und schädige das Blutgefäßsystem. Da einzelne Komponenten des Passivrauchs lange in der Raumluft verweilen und sich die Partikel an Wänden, Gebrauchsgegenständen und auf Böden ablagerten und von dort wieder in die Raumluft gelangten, seien Räume, in denen das Rauchen erlaubt sei, eine kontinuierliche Expositionsquelle für die Giftstoffe des Tabakrauchs, auch wenn dort aktuell nicht geraucht werde.

79

Nach einer in Zusammenarbeit mit dem Institut für Epidemiologie und Sozialmedizin der Universität Münster und dem Hygiene-Institut des Universitätsklinikums Heidelberg veröffentlichten Studie aus dem Jahr 2005 verstürben in Deutschland jedes Jahr über 3.300 Nichtraucher aufgrund von Lungenkrebs oder koronaren Herzkrankheiten an den Folgen des Passivrauchens. Wer mit einem Raucher zusammenlebe oder bei der Arbeit Tabakrauch ausgesetzt sei, habe ein um 20 % bis 30 % erhöhtes Risiko, an Lungenkrebs und ein um 25 % bis 30 % erhöhtes Risiko, an koronaren Herzkrankheiten zu erkranken.

80

Beschäftigte in der Gastronomie, die Tabakrauch ausgesetzt seien, litten als Folgeschäden unter akuten Gesundheitsstörungen wie brennenden, geröteten Augen, Reizungen des Rachens und der unteren Atemwege, Husten und Kopfschmerzen bis hin zu einer veränderten Lungenfunktion. Langfristig sei eine Risikoerhöhung für Herz-Kreislauf-Erkrankungen und Lungenkrebs zu erwarten.

81

13. Das Aktionsbündnis Nichtrauchen betont, die Annahme, ein kausaler Nachweis zwischen dem Passivrauchen und dem Eintritt einer gesundheitlichen Beeinträchtigung sei im Einzelfall nicht zu führen, sei nachweislich unzutreffend. Alle nationalen und internationalen Gremien bejahten die Frage, ob Passivrauchen gesundheitsschädlich sei und insbesondere das Risiko für Lungenkrebs erhöhe. Dieses Risiko sei im Vergleich zu nicht tabakrauchexponierten Personen um 20 % bis 25 % erhöht.

82

14. Die Nichtraucher-Initiative Deutschland hält es aufgrund wissenschaftlicher Studien für nachgewiesen, dass Passivrauchen in Deutschland jährlich mehrere tausend Opfer fordere. Es sei nicht zu bezweifeln, dass Raucherräume in Mehrraumgaststätten zu Umsatzverlusten bei Einraumgaststätten führen könnten. Wenn es eine Möglichkeit für Raucher gäbe, einem Rauchverbot auszuweichen, dann werde sie auch wahrgenommen. Die Einraumgaststätten hätten in dieser Konstellation das Nachsehen. Solche Wettbewerbsverzerrungen stellten sich vor allem dann ein, wenn der Raucheranteil unter den bisherigen Gästen sehr hoch gewesen sei und sich für die Raucher eine Ausweichmöglichkeit biete.

83

15. Unter Hinweis auf eigene Untersuchungen berichtet der Verband der Deutschen Rauchtobakindustrie, dass mit der Einführung der Rauchverbote die Frequenz der Kneipenbesuche sinke, sich die Verweildauer dort verkürze und signifikante Umsatzrückgänge bei den so genannten

84

Einraumgaststätten zu verzeichnen seien. Nach einer Studie des Marktforschungsinstituts CHD seien im Segment Einraumkneipe die wirtschaftlichen Auswirkungen des Nichtraucherschutzgesetzes am stärksten sichtbar. Im Vergleich zu einer Studie vom November 2007 habe sich in einer Studie vom Februar 2008 die Quote der Kneipen mit Gästeschwund von 50 % auf 75 % erhöht. Über 60 % der Einraumgaststätten berichteten sogar von Gästeverlusten von mehr als 10 %. Kneipen hätten auch den stärksten Rückgang beim Getränkekonsum zu verzeichnen, knapp 40 % aller Betriebe stellten eine Verringerung fest.

Ferner verweist der Verband der Deutschen Rauchtabakindustrie auf eine Stammgastbefragung zum Thema Rauchverbot in der Gastronomie durch das Meinungsforschungsinstitut tns-emnid. Danach habe ein Großteil der befragten Stammkneipennutzer - nämlich 65 % - auch nach Einführung des Rauchverbots die gleiche Stammkneipe besucht. Rund 23 % hätten jedoch ihre Stammkneipe gewechselt, 17 % führten dies direkt auf das Rauchverbot zurück und gäben als Grund für den Wechsel ihrer Stammkneipe das Rauchverbot an. Gewechselt worden sei in eine Gaststätte, die größer als die bisherige Stammkneipe sei beziehungsweise über einen separaten Raucherraum verfüge. Handele es sich bei der Stammkneipe allerdings um eine Einraumkneipe, in der das Rauchen nach Einführung des Rauchverbots nicht mehr erlaubt gewesen sei, blieben nur 53 % ihrer Stammkneipe treu. Wegen des Rauchverbots wechselten dann 24 % ihre Stammkneipe zugunsten einer größeren Kneipe beziehungsweise einer Kneipe mit separatem Raucherraum.

85

16. Im Rahmen seiner Stellungnahme trägt der Deutsche Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband) vor, die Betreiber von Einraumgaststätten seien die Verlierer der Landesnichtraucherschutzgesetze. Von den insgesamt etwa 240.000 Gaststättenbetrieben würden zwischen 60.000 und 80.000 als getränkegeprägte Einraumbetriebe geführt. Die getränkegeprägte Einraumgaststätte generiere ihre Umsätze fast ausschließlich über einen Kundenstamm, von dem durchschnittlich 70 % Raucher seien. Die Existenz eines ganzen gastgewerblichen Branchensegments stehe seit der Einführung der gesetzlichen Rauchverbote auf dem Spiel, es drohe das Aussterben einer einzigartigen gewachsenen Kneipen- und Barkultur in Deutschland. Die Betriebstypen Kneipe, Bar sowie Diskothek, die keine Rauchernebenräume einrichten dürften, wiesen die größten Umsatzverluste auf. Da diese Gaststätten ohnehin nur einen geringen Gewinn abwerfen würden, stelle ein Umsatzrückgang durch die gesetzlichen Rauchverbote in Höhe von mindestens 20 % die Rentabilität dieser Betriebe unweigerlich in Frage. Im Gegensatz dazu verlaufe die Umsetzung der Nichtraucherschutzgesetze in Hotels und klassischen Restaurants wie Kantinen weitestgehend problemlos.

86

Nach einer aktuellen Umfrage des DEHOGA Baden-Württemberg vom März 2008 zu den Folgen des Rauchverbots habe sich das Nichtraucherschutzgesetz in 77,7 % der Einraumbetriebe negativ ausgewirkt mit Umsatzverlusten von über 20 %. 61,3 % der Einraumbetriebe berichteten von einer Existenzgefährdung. Demgegenüber habe sich das Nichtraucherschutzgesetz auf 11,4 % der Mehrraumbetriebe positiv ausgewirkt, 38,2 % könnten keine Auswirkungen des Gesetzes feststellen, wohingegen 48 % der Mehrraumbetriebe von negativen Umsatzauswirkungen berichteten. In ihrer Existenz gefährdet sähen sich lediglich 30,1 % der Mehrraumbetriebe. Bei den Diskotheken habe sich das Nichtraucherschutzgesetz sogar bei 97,9 % der Betriebe negativ ausgewirkt, hier werde von Umsatzverlusten von knapp 30 % berichtet. 71,8 % der Diskothekenbetriebe berichteten von einer Existenzgefährdung durch das Gesetz.

87

IV.

In der mündlichen Verhandlung am 11. Juni 2008 haben die Beschwerdeführer ihren Vortrag vertieft. Darüber hinaus haben sich der Landtag und die Landesregierung von Baden-Württemberg, das Abgeordnetenhaus und der Senat von Berlin, das Deutsche Krebsforschungszentrum, Prof. Dr. Gerhard Scherer als sachverständige Auskunftsperson, das Statistische Bundesamt, der Deutsche Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband), das Aktionsbündnis Nichtrauchen und die Nichtraucher-Initiative Deutschland geäußert.

88

B.

Die zulässigen Verfassungsbeschwerden sind begründet.

89

I.

1. Der Beschwerdeführer zu 1) wird durch das in § 7 Abs. 1 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg geregelte Rauchverbot in Gaststätten in dem Grundrecht auf freie Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) verletzt. Entsprechendes gilt für die Beschwerdeführerin zu 2) mit Blick auf das Rauchverbot nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSchG Berlin. Ein Rauchverbot in Gaststätten ist zwar nicht schlechthin mit der Verfassung unvereinbar. Die Verfassungswidrigkeit ergibt sich aber daraus, dass die Landesgesetzgeber bei den von ihnen gewählten Ausgestaltungen des Nichtraucherschutzes keine Regelungen getroffen haben, die auch mit Rücksicht auf die besonderen Belastungen einer bestimmten Gruppe von Gaststättenbetreibern insgesamt zumutbar erscheinen.

90

- a) Obwohl das Verbot, in Gaststätten zu rauchen, vornehmlich an die Gäste gerichtet ist, greift es auch in den Schutzbereich der Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber ein. An der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) ist das Rauchverbot hingegen nicht zu messen. Zwar berührt es auch das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Hausrecht, der Schwerpunkt des Eingriffs liegt jedoch nicht in der Begrenzung der Innehabung und Verwendung dieser Vermögensposition, sondern in der Beschränkung der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit des Gastwirts. Der Schutz der Eigentumsgarantie kommt hier daher nicht in Betracht (vgl. BVerfGE 30, 292 <335>). 91
- aa) Die Freiheit der Berufsausübung wird durch Art. 12 Abs. 1 GG umfassend geschützt (vgl. BVerfGE 85, 248 <256>). Der Schutz erstreckt sich auch auf das Recht, Art und Qualität der am Markt angebotenen Güter und Leistungen selbst festzulegen (vgl. BVerfGE 106, 275 <299>) und damit den Kreis der angesprochenen Interessenten selbst auszuwählen. Unter diesem Gesichtspunkt beeinträchtigt das Rauchverbot die freie Berufsausübung der Gastwirte. 92
- Durch das Rauchverbot in Gaststätten, wie es in den vorliegenden Fällen durch § 7 Abs. 1 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg und § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSG Berlin geregelt ist, wird dem Gaststättenbetreiber die Möglichkeit genommen, selbst darüber zu bestimmen, ob den Besuchern in seiner Gaststätte das Rauchen gestattet oder untersagt ist. Damit kann der Gastwirt nur noch in den gesetzlich geregelten Ausnahmefällen darüber entscheiden, ob er die Leistungen und Dienste seines Gaststättenbetriebs auch solchen Gästen anbieten will, die diese zusammen mit dem Rauchen von Tabak in Anspruch nehmen möchten. Dem Gastwirt wird es nicht nur erheblich erschwert, Raucher mit seinen Angeboten zu erreichen, sondern er wird regelmäßig daran gehindert, seine Leistungen insbesondere in Form des Verabreichens von Speisen und Getränken gegenüber solchen Gästen zu erbringen, die auf das Rauchen in der Gaststätte nicht verzichten wollen. 93
- bb) Diese Beeinträchtigung der beruflichen Betätigung ist nicht ein bloßer Reflex eines an die Raucher gerichteten Verbots, sondern stellt einen unmittelbaren Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Gaststättenbetreiber dar. Aus der Systematik der gesetzlichen Regelungen über das Rauchverbot in Gaststätten folgt, dass durch diese Vorschriften auch den Gastwirten untersagt wird, ihre Leistungen und Dienste den Rauchern unter ihren Gästen anzubieten. Die angegriffenen Nichtraucherchutzgesetze verbinden nämlich das an die Besucher von Gaststätten gerichtete Rauchverbot mit einer Verpflichtung der Gastwirte, Verstöße gegen dieses Verbot zu unterbinden und weitere Verstöße zu verhindern (§ 8 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 und 3 LNRSchG Baden-Württemberg; § 6 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 NRSG Berlin). Dass diese Verpflichtung in Baden-Württemberg - im Unterschied zu Berlin (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b NRSG Berlin) und anderen Bundesländern - nicht bußgeldbewehrt ist, ändert nichts an ihrer Verbindlichkeit und damit an ihrer Bedeutung zum Beispiel für die Gaststättenerlaubnis unter dem Gesichtspunkt der Zuverlässigkeit des Gaststättenbetreibers (§ 15 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Gaststättengesetzes, im Folgenden: GastG). Diese Indienstnahme des Gastwirts zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben setzt zwangsläufig voraus, dass ihn das Gesetz bereits an der Bewirtung von Rauchern hindert. Der Gastwirt kann nicht einerseits verpflichtet sein, das Rauchen in seiner Gaststätte zu unterbinden, während er andererseits den Aufenthalt rauchender Gäste hinnehmen und diesen Speisen und Getränke soll anbieten dürfen. 94
- b) Um vor der Garantie der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) Bestand haben zu können, müssen Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist (vgl. BVerfGE 7, 377 <405 f.>; 94, 372 <390>; 101, 331 <347>). Die aus Gründen des Gemeinwohls unumgänglichen Einschränkungen der Berufsfreiheit stehen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit (vgl. BVerfGE 19, 330 <336 f.>; 54, 301 <313>; 104, 357 <364>). Daher müssen die Eingriffe zur Erreichung des Eingriffsziels geeignet sein und dürfen nicht weiter gehen, als es die Gemeinwohlbelange erfordern (vgl. BVerfGE 101, 331 <347>; 104, 357 <364>). Die Eingriffsmittel dürfen zudem nicht übermäßig belastend sein (vgl. BVerfGE 19, 330 <337>), so dass bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist (vgl. BVerfGE 103, 1 <10>; 106, 181 <192>). Diesen Anforderungen genügen die angegriffenen Vorschriften über das Rauchverbot in Gaststätten nicht in jeder Hinsicht. Es fehlt zwar nicht an einer gesetzlichen Grundlage (aa) und den Verboten liegen auch legitime Zwecke zugrunde (bb), zu deren Erreichung die Vorschriften geeignet und erforderlich sind (cc); in den hier zu beurteilenden Ausgestaltungen führt das Rauchverbot jedoch zu einer übermäßigen Belastung einer bestimmten Gruppe von Gaststättenbetreibern, zu denen auch die Beschwerdeführer zu 1) und 2) zählen (dd). 95
- aa) Den Anforderungen an eine gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) genügt nur ein kompetenzgemäß erlassenes Gesetz (vgl. BVerfGE 98, 265 <298>; 102, 197 <213>). Unter diesem Gesichtspunkt sind die angegriffenen Vorschriften nicht zu beanstanden. 96
- (1) Für den Erlass der angegriffenen Rauchverbote in Gaststätten steht den Ländern nach Art. 70 Abs. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz zu. Ob der Bund aufgrund einer Regelungsmaterie der konkurrierenden Gesetzgebung (Art. 74 GG) ein solches Verbot anordnen könnte, bedarf keiner Entscheidung; denn von dieser etwaigen Zuständigkeit hat der Bund keinen oder zumindest keinen umfassenden Gebrauch gemacht, so dass die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG landesgesetzlichen Bestimmungen nicht entgegensteht. Insbesondere hat der Bund auf der Grundlage seiner Gesetzgebungskompetenz für den Arbeitsschutz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) mit den Vorschriften über den Erlass betrieblicher Rauchverbote in § 5 der Verordnung über Arbeitsstätten (Arbeitsstättenverordnung - ArbStättV) Regelungen zwar zum Schutz der nicht rauchenden Beschäftigten (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbStättV) getroffen, nicht aber auch - wie die Landesgesetze zum Nichtraucherchutz (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg; § 1 NRSG Berlin) - mit dem Ziel des Schutzes der Bevölkerung insgesamt - und damit insbesondere der Besucher von Gaststätten - vor 97

Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen.

(2) Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn auch der Schutz der Gesundheit des Gaststättenpersonals zum Anliegen eines Landesnichtraucherschutzgesetzes gemacht wird, so wie dies im Land Berlin ausweislich der Gesetzesbegründung beabsichtigt ist (vgl. Drucks 16/0716 des Abgeordnetenhauses Berlin, Begründung Allgemeines; auch Einzelbegründung zu § 3 Abs. 7). Von dem Ziel des Schutzes der Gesamtbevölkerung durch ein Rauchverbot in Gaststätten müssen die Landesgesetzgeber die im Gastronomiegewerbe Beschäftigten nicht ausnehmen. Maßgebend für die Verteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern in Art. 74 GG ist der Gegenstand des jeweiligen Gesetzes (vgl. BVerfGE 4, 60 <67, 69 f.>; 68, 319 <327 f.>), nicht das vom Gesetzgeber in den Blick genommene Gemeinwohlziel. Wirkt daher der angestrebte Schutz aller vor den Gefahren des Passivrauchens in Gaststätten auch zugunsten der dort Beschäftigten, so berührt dies hinsichtlich der Arbeitnehmer nicht die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Arbeitsschutz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG.

Auch wenn insoweit die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG nicht eingreift, muss der Landesgesetzgeber allerdings den Vorrang des Bundesrechts nach Art. 31 GG beachten, wenn Regelungen des Bundes- und des Landesrechts auf denselben Sachverhalt anwendbar sind und bei ihrer Anwendung zu verschiedenen Ergebnissen führen (vgl. BVerfGE 96, 345 <364>; 98, 145 <159>). Während § 7 Abs. 3 LNRSchG Baden-Württemberg eine Kollision mit den Vorschriften der Arbeitsstättenverordnung durch eine ausdrückliche Bestimmung vermeidet, nach der diese von den Bestimmungen des Landesnichtraucherschutzgesetzes unberührt bleiben sollen, fehlt im Berliner Nichtraucherschutzgesetz eine vergleichbare Vorschrift. Dies kann wegen abweichender Rechtsfolgen zur Kollision mit Bundesrecht führen, weil nach § 4 Abs. 5 NRSG Berlin bei sämtlichen Ausnahmen vom Rauchverbot und damit auch bei der Einrichtung von Raucherräumen in Gaststätten Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen auszuschließen sind. Sollte diese Bestimmung auch zugunsten der in Gaststätten beschäftigten Personen Anwendung finden, so geriete sie in Konflikt mit § 5 Abs. 2 ArbStättV, wonach Schutzmaßnahmen für die nicht rauchenden Beschäftigten bei Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr nur insoweit gefordert sind, als die Natur des Betriebs und die Art der Beschäftigung es zulassen, was aber bei der Möglichkeit der Einrichtung von Raucherräumen in Gaststätten gerade hinsichtlich der Bedienung der Gäste regelmäßig ausgeschlossen erscheint.

Ein solches Normverständnis ist indessen nicht zwingend. Mit Blick auf die Bestimmungen zum Arbeitsschutz ist § 4 Abs. 5 NRSG Berlin vielmehr einer systematischen Auslegung dahin zugänglich, dass kein Schutz der Beschäftigten vor der Passivrauchbelastung in Raucherräumen herbeigeführt, sondern nur der Nichtraucherschutz außerhalb der Raucherräume sichergestellt werden soll, indem etwa das Eindringen von Tabakrauch in die angrenzenden Räumlichkeiten zu verhindern ist. Dieses Normverständnis ist als Ergebnis einer verfassungskonformen Auslegung geboten, weil es eine Kollision von Landes- und Bundesrecht und damit die Nichtigkeit der landesgesetzlichen Regelung wegen Verstoßes gegen den Vorrang des Bundesrechts gemäß Art. 31 GG (vgl. dazu BVerfGE 26, 116 <135>) vermeidet (vgl. BVerfGE 112, 164 <182 f.> m.w.N.; stRspr).

bb) Mit dem Rauchverbot in Gaststätten verfolgen die Gesetzgeber ein Gemeinwohlziel, das auf vernünftigen Erwägungen beruht und daher die Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit grundsätzlich zu legitimieren vermag.

(1) Beide Gesetze nennen als ihr Ziel den Schutz der Bevölkerung vor den Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg; § 1 NRSG Berlin). Der Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren zählt zu den überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern (vgl. BVerfGE 7, 377 <414>), die selbst objektive Berufszulassungsvoraussetzungen und damit erst recht auch Beschränkungen der Berufsausübung rechtfertigen können. Die Freiwilligkeit der Entscheidung des Einzelnen, sich insbesondere beim Besuch einer Gaststätte der Belastung durch Tabakrauch auszusetzen, macht das Anliegen des Gesundheitsschutzes nicht hinfällig. Jedenfalls solange es keine ausreichenden Möglichkeiten für Nichtraucher gibt, in Gaststätten rauchfreie Räume zu finden, bedeutet eine solche Entscheidung typischerweise kein Einverständnis mit einer Gesundheitsgefährdung durch Passivrauchen, sondern nur die faktisch unvermeidbare Inkaufnahme dieses Risikos, um uneingeschränkt am gesellschaftlichen Leben durch den Besuch einer ausgewählten Gaststätte teilnehmen zu können.

(2) Ebenso wenig ist es verfassungsrechtlich zu beanstanden, dass die Landesgesetzgeber Passivrauchen, also Tabakrauch in der Umgebungsluft („environmental tobacco smoke“ - „ETS“), als Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung angesehen und zum Anlass gesetzlicher Regelungen genommen haben. Wird der Gesetzgeber zur Verhütung von Gefahren für die Allgemeinheit tätig, so belässt ihm die Verfassung bei der Prognose und Einschätzung der in den Blick genommenen Gefährdung einen Beurteilungsspielraum, der vom Bundesverfassungsgericht bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung je nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann. Der Beurteilungsspielraum ist erst dann überschritten, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers so offensichtlich fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für die angegriffenen gesetzgeberischen Maßnahmen abgeben können (vgl. BVerfGE 77, 84 <106>; 110, 141 <157 f.>; 117, 163 <183>).

(a) Hiernach durften sich die Landesgesetzgeber auf die zahlreichen wissenschaftlichen Untersuchungen stützen, nach denen mit dem Passivrauchen schwerwiegende gesundheitliche Risiken verbunden sind (vgl. etwa Radon/No-wak, Passivrauchen - aktueller Stand des Wissens, Deutsche Medizinische Wochenschrift, 2004, S. 157 ff.).

So veröffentlichte das Deutsche Krebsforschungszentrum in Zusammenarbeit mit dem Institut für Epidemiologie und Sozialmedizin der Universität

Münster und dem Hygiene-Institut des Universitätsklinikums Heidelberg im Jahre 2005 erstmals Zahlen für die durch Passivrauchen erhöhte Sterblichkeit der nicht rauchenden Bevölkerung in Deutschland aufgrund von Lungenkrebs, chronisch-obstruktiven Lungenerkrankungen, Herz-Kreislauf-Erkrankungen und plötzlichem Kindstod. Nach dieser als konservativ eingeschätzten Berechnung versterben in Deutschland jährlich über 3.300 Nichtraucher an den Folgen des Passivrauchens. Bestätigt werden diese Gefahren durch die Einschätzung, wonach Passivrauchen weltweit die dritt wichtigste vermeidbare Todesursache darstellen soll (vgl. Raupach/Radon/Nowak/Andreas, Passivrauchen: Gesundheitliche Folgen, Effekte einer Expositionskarenz und Präventionsaspekte, Pneumologie 2008, S. 44).

Im Rahmen seiner für die vorliegenden Verfahren abgegebenen Stellungnahmen führt das Deutsche Krebsforschungszentrum ferner an, dass hinsichtlich der Gesundheitsgefährdung durch Passivrauchen nationaler und internationaler Konsens bestehe. Der in die Raumluft durch das Glimmen abgegebene Nebenstromrauch von Tabakprodukten enthalte in deutlich höherer Konzentration die gleichen giftigen und krebserregenden Substanzen wie der - vom Raucher eingeogene und wieder ausgeatmete - Hauptstromrauch. Das Aktionsbündnis Nichtraucher verweist in seiner Stellungnahme auf wissenschaftliche Belege für mehr als 40 im Tabakrauch enthaltene Substanzen, die erwiesenermaßen genschädigend und krebserregend seien. Für die genschädigenden und krebserregenden chemischen Stoffe im Tabakrauch gebe es keine Schwellendosis, unterhalb derer diese Stoffe unschädlich seien.

106

Die Deutsche Gesellschaft für Arbeitsmedizin und Umweltmedizin kommt in ihrer Stellungnahme zu dem Schluss, aus den Ergebnissen der epidemiologischen Studien und der nachgewiesenen Expositions-Wirkungs-Beziehungen lasse sich ableiten, dass Tabakrauchexposition das Risiko für Lungenkrebs im Vergleich zu nicht tabakrauchexponierten Personen um 20 % bis 30 % erhöhe. Das Aktionsbündnis Nichtraucher erläutert hierzu weiter, die Annahme, ein kausaler Nachweis zwischen dem Passivrauchen und dem Eintritt einer gesundheitlichen Beeinträchtigung sei im Einzelfall nicht zu führen, sei nachweislich unzutreffend. Alle nationalen und internationalen Gremien bejahten die Frage, ob Passivrauchen gesundheitsschädlich sei und insbesondere das Risiko für Lungenkrebs erhöhe.

107

Zudem hat auch die Weltgesundheitsorganisation (WHO) die wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen zum Anlass genommen, auf einer Konferenz der Vertragsparteien im Jahre 2007 Leitlinien zum Schutz vor Passivrauchen zu verabschieden.

108

(b) Die Annahme der Landesgesetzgeber, gerade in Gaststätten sei von einer besonderen Gefährdung der Gäste und der Beschäftigten durch Passivrauchen auszugehen, stützt sich ebenfalls auf hinreichende tatsächliche Grundlagen.

109

So ist nach den im Jahre 2007 veröffentlichten Ergebnissen eines unter Federführung des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit durchgeführten Forschungsprojekts zur gesundheitlichen Bedeutung der Tabakrauchbelastung in öffentlich zugänglichen Einrichtungen (abrufbar unter <http://www.lgl.bayern.de/gesundheit/umweltmedizin/tabakrauchbelastung.htm>) die Belastung der Raumluft von Gastronomiebetrieben mit toxischen und krebserzeugenden Substanzen aus dem Tabakrauch erheblich und stellt eine Gesundheitsgefährdung für Gäste und Beschäftigte dar. In allen Gastronomiebetrieben gleich welcher Kategorie - ob Restaurant, Kneipe oder Diskothek - seien hohe Konzentrationen gesundheitsschädlicher Substanzen nachgewiesen worden. Diese Erkenntnisse werden durch das Deutsche Krebsforschungszentrum bestätigt (Deutsches Krebsforschungszentrum <Hrsg.>, Erhöhtes Gesundheitsrisiko für Beschäftigte in der Gastronomie durch Passivrauchen am Arbeitsplatz, 2007). Danach sollen Beschäftigte in der Gastronomie als Folgeschäden unter akuten Gesundheitsstörungen bis hin zu einer veränderten Lungenfunktion leiden. Als langfristige Gesundheitsbedrohung benennt der Report eine Risikoerhöhung für Herz-Kreislauf-Erkrankungen und Lungenkrebs. Während in der Normalbevölkerung drei von 10.000 Personen an durch Tabakrauchbelastung verursachtem Lungenkrebs versterben, sollen dies unter den 40 Jahre lang in der Gastronomie Beschäftigten 41 von 10.000 Personen sein.

110

(c) Der Annahme eines hinreichenden legitimen Ziels steht nicht entgegen, dass Prof. Dr. Gerhard Scherer bei seiner Anhörung als sachkundige Auskunftsperson die Auffassung vertreten hat, die Gesundheitsgefahren durch Passivrauchbelastung seien relativ gering und teilweise nicht nachweisbar, weshalb eine „Nullexposition“ weder praktikabel noch notwendig sei. Angesichts der geschilderten, in der Wissenschaft ersichtlich ganz überwiegend vertretenen Gegenmeinung ist die Einschätzung der Gesundheitsgefährdung durch die Landesgesetzgeber vertretbar und nicht offensichtlich unrichtig. Schon die Schwere der drohenden gesundheitlichen Schädigungen und das hohe Gewicht, das dem Schutz des menschlichen Lebens und der menschlichen Gesundheit in der Werteordnung des Grundgesetzes zukommt (vgl. BVerfGE 110, 141 <163>), sprechen dafür, selbst bei nicht völlig übereinstimmenden Positionen innerhalb der Wissenschaft eine ausreichende tatsächliche Grundlage für den Schutz vor Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen als Gemeinwohlbelang anzuerkennen. Das Bundesverfassungsgericht hat auch bereits in der Vergangenheit die damals vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnisse als ausreichend angesehen, um sie zur Grundlage für Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung zum Schutz vor Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen zu machen (vgl. BVerfGE 95, 173 <184 f.> zu Warnhinweisen auf Packungen von Tabakerzeugnissen).

111

(3) Es bestand auch hinreichender Anlass für das Tätigwerden der Gesetzgeber. Hierbei kann offen bleiben, ob zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit zunächst ein kooperatives Modell mit einer Selbstverpflichtung des Gastronomiegewerbes, für Nichtraucher eine ausreichende Zahl von Plätzen bereitzustellen, überhaupt versucht werden musste; denn diesen Ansatz durften die Landesgesetzgeber jedenfalls als gescheitert betrachten. Die Vorgaben für die Einrichtung von Nichtraucherbereichen in Speisegaststätten, die zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale

112

Sicherung und dem Deutschen Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband) am 1. März 2005 vereinbart wurden, sind bereits auf der ersten der drei vorgesehenen Stufen deutlich verfehlt worden. Nachdem die durch das Ministerium veranlasste Überprüfung ergeben hatte, dass Anfang 2007 nicht die vereinbarten 30 %, sondern nur 15,5 % der betroffenen Gaststätten nur 10,9 % und nicht wie vereinbart 30 % der Plätze in der gebotenen Weise für Nichtraucher bereithielten, gab es keinen Grund, mit einer gesetzlichen Regelung weiter zuzuwarten.

cc) Zum Schutz vor Gefährdungen der Gesundheit durch Passivrauchen sind gesetzliche Rauchverbote in Gaststätten geeignet und erforderlich. 113

(1) Für die Eignung reicht es aus, wenn durch die Berufsausübungsregelung der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es genügt mithin bereits die Möglichkeit einer Zweckerreichung (vgl. BVerfGE 96, 10 <23>; 100, 313 <373>; 103, 293 <307>; 117, 163 <188 f.>). Diese ist zu bejahen, weil ein Rauchverbot in Gaststätten zu einer Verminderung der Tabakrauchexposition beiträgt und damit das Ausmaß des Passivrauchens sowie die mit ihm verbundenen Gesundheitsrisiken reduziert werden. 114

(2) Da ein anderes, gleich wirksames, aber die Berufsfreiheit weniger einschränkendes Mittel nicht zur Verfügung steht, sind die gesetzlichen Rauchverbote auch erforderlich (vgl. BVerfGE 80, 1 <30>; 117, 163 <189>). Es begegnet insbesondere keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass die Gesetzgeber eine Verpflichtung der Gastwirte, lediglich zwischen einem Betrieb ihres Lokals entweder als Raucher- oder Nichtraucher-gaststätte verbindlich zu wählen, nicht als in gleicher Weise wirksam wie ein gesetzliches Rauchverbot eingeschätzt haben. Namentlich die Erfahrungen mit der gescheiterten Umsetzung der Zielvereinbarung mit dem DEHOGA Bundesverband legen die Annahme nahe, dass die überwiegende Zahl der Gaststättenbetreiber mit Rücksicht auf ihre geschäftlichen Interessen nicht bereit ist, die Attraktivität ihres Lokals für rauchende Gäste zu schmälern. Die Gesetzgeber durften daher auf der Grundlage des ihnen auch hier zukommenden Einschätzungs- und Prognosespielraums (vgl. BVerfGE 110, 141 <157 f.>; 117, 163 <189>) davon ausgehen, dass bei einer den Gaststättenbetreibern überlassenen freien Entscheidung über die Ausrichtung ihrer Gaststätte als Raucher- oder Nichtraucherlokal mit Blick auf den erstrebten Gesundheitsschutz kein Angebot für Nichtraucher zur Verfügung stehen wird, das ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung in hinreichendem Maße Rechnung trägt. 115

dd) Die angegriffenen Regelungen sind jedoch nicht verhältnismäßig im engeren Sinne; denn sie belasten in unzumutbarer Weise die Betreiber kleinerer Einraumgaststätten mit getränkegeprägtem Angebot. 116

(1) Trifft der Gesetzgeber Regelungen, die in die Freiheit der Berufsausübung eingreifen, so muss bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze des Zumutbaren gewahrt bleiben (vgl. BVerfGE 102, 197 <220>; 112, 255 <267>). 117

(a) Ein Rauchverbot für Gaststätten stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die freie Berufsausübung der Gastwirte dar. Da der Betreiber das Rauchen in den Räumen seiner Gaststätte nicht mehr erlauben darf, kann er mit seinen Angeboten insbesondere an Speisen und Getränken die Raucher unter seinen möglichen Gästen nur noch schwer oder, wenn diese auf das Rauchen in Gaststätten keinesfalls verzichten möchten, nicht mehr erreichen. Viele Raucher werden - zumindest vorübergehend - Gaststätten seltener aufsuchen oder die Dauer ihres Besuchs abkürzen, weil der Aufenthalt für sie durch das Rauchverbot erheblich an Attraktivität verloren hat. In Anbetracht eines Raucheranteils von 33,9 % unter der erwachsenen Bevölkerung in Deutschland (vgl. Drogen- und Suchtbericht der Drogenbeauftragten der Bundesregierung, Mai 2008, S. 38) kann dies je nach Ausrichtung der gastronomischen Angebote und der damit angesprochenen Besucherkreise für die Betreiber der Gaststätten zu empfindlichen Umsatzrückgängen führen. Bestätigt wird dies durch die Untersuchung des Statistischen Bundesamts, nach der die Umsatzrückgänge des Gaststättengewerbes - insbesondere der getränkegeprägten Gastronomie - in den Bundesländern mit Rauchverbot deutlich stärker waren als in den Ländern, in denen für Gaststätten noch keine Rauchverbote galten (vgl. Pressemitteilung des Statistischen Bundesamts vom 6. Juni 2008 - 207/08). Selbst wenn die Berichte aus Staaten mit bereits länger geltenden Rauchverboten über eine Erholung oder sogar Verbesserung des Umsatzes zutreffend seien und sich auch für Deutschland bestätigen sollten, müssten die Betreiber von Gaststätten bis zu dieser Entwicklung über eine längere Zeit geringere Einnahmen hinnehmen. Schon das kann zu einer Einschränkung oder sogar zur Schließung des Geschäftsbetriebs zwingen. 118

(b) Dem steht allerdings gegenüber, dass mit Rauchverboten in Gaststätten überragend wichtige Gemeinwohlbelange verfolgt werden. Dies gilt zunächst für den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, dem in der Werteordnung des Grundgesetzes ein hohes Gewicht zukommt (vgl. BVerfGE 110, 141 <163>). Aus Art. 2 Abs. 2 GG kann daher eine Schutzpflicht des Staates folgen, die eine Risikoversorge gegen Gesundheitsgefährdungen umfasst (vgl. BVerfGE 56, 54 <78>). Angesichts der Zahl der Todesfälle, die sich nach wissenschaftlichen Erkenntnissen auf Erkrankungen durch Passivrauchen zurückführen lassen, ist zudem auch der Schutz des menschlichen Lebens betroffen. Die Verfassung begründet auch insoweit eine Schutzpflicht des Staates, die es ihm gebietet, sich schützend und fördernd vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen (vgl. BVerfGE 39, 1 <42>; 46, 160 <164>; 115, 118 <152>). Die Annahme einer beträchtlichen Gefährdung dieser Rechtsgüter begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, weil sich die Landesgesetzgeber insoweit der in der Wissenschaft vorherrschenden Einschätzung anschließen können, wonach Tabakrauch auch bereits in geringsten Mengen wegen der enthaltenen genotoxischen Kanzerogene gesundheitsgefährdend sei (vgl. oben B. I. 1. b bb <2> <a>). 119

(2) Es ist Sache des Gesetzgebers, in Bezug auf den jeweiligen Lebensbereich darüber zu entscheiden, ob, mit welchem Schutzniveau und auf welche Weise Situationen entgegengewirkt werden soll, die nach seiner Einschätzung zu Schäden führen können (vgl. BVerfGE 110, 141 <159>; vgl. auch BVerfGE 111, 10 <38 f., 43>). Hierbei kommt ihm grundsätzlich ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (vgl. BVerfGE 96, 113 <117>). 120

56 <64>). Dies ermöglicht es dem Gesetzgeber, bei seiner Wahl für ein Schutzkonzept auch Interessen zu berücksichtigen, die gegenläufig zu dem von ihm verfolgten Gemeinwohlziel sind, und so eine Lösung durch Zuordnung und Abwägung kollidierender Rechtsgüter zu entwickeln. Soweit sich nicht in seltenen Ausnahmefällen der Verfassung eine konkrete Schutzpflicht entnehmen lässt, die zu einem bestimmten Tätigwerden zwingt, bleibt die Aufstellung und normative Umsetzung eines Schutzkonzepts dem Gesetzgeber als dem dafür zuständigen staatlichen Organ überlassen.

(3) Auf der Grundlage der ihm zuzubilligenden Spielräume wäre der Gesetzgeber nicht gehindert, dem Gesundheitsschutz gegenüber den damit beeinträchtigten Freiheitsrechten, insbesondere der Berufsfreiheit der Gastwirte und der Verhaltensfreiheit der Raucher, den Vorrang einzuräumen und ein striktes Rauchverbot in Gaststätten zu verhängen. 121

(a) Da die Gesundheit und erst recht das menschliche Leben zu den besonders hohen Gütern zählen, darf ihr Schutz auch mit Mitteln angestrebt werden, die in das Grundrecht der Berufsfreiheit empfindlich eingreifen (vgl. BVerfGE 17, 269 <276>; 85, 248 <261>; 107, 186 <196>). Der Gesetzgeber ist daher von Verfassungs wegen nicht gehalten, mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit der Betreiber von Gaststätten Ausnahmen von einem Rauchverbot für Gaststättenbetriebe in Gebäuden und vollständig umschlossenen Räumen zuzulassen. Er kann sich vielmehr für ein Konzept des Nichtraucher-schutzes entscheiden, das einer möglichst großen Reichweite und Effizienz des Schutzes vor den Gefahren des Passivrauchens Priorität gibt. Werden nämlich Ausnahmen vom Rauchverbot in Gaststätten insbesondere für Raucherräume oder die Zeltgastronomie zugelassen, so bedeutet dies einen teilweisen Verzicht auf das an sich angestrebte Ziel des Gesundheitsschutzes. Um die ansonsten drohende „deutliche Reduzierung des Nichtraucher-schutzes“ zu vermeiden, hat etwa der Bundesgesetzgeber in § 1 Abs. 3 Satz 2 des Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens (vom 20. Juli 2007, BGBl I S. 1595) für die Verkehrsmittel des öffentlichen Personenverkehrs, also insbesondere für Eisenbahnen, Straßenbahnen, Omnibusse und Flugzeuge, keine Ausnahmen vom Rauchverbot zugelassen (vgl. BTDrucks 16/5049, S. 9). 122

(b) Entscheidet sich der Gesetzgeber wegen des hohen Rangs der zu schützenden Rechtsgüter für ein striktes Rauchverbot, so müssen hiervon auch solche Gaststätten nicht ausgenommen werden, die aufgrund der geringen Zahl der Gästeplätze der Kleingastronomie zuzurechnen sind und deren Angebot durch den Ausschank von Getränken geprägt ist („Eckkneipen“). 123

Zwar kann ein die Berufsfreiheit beschränkendes Gesetz, das als solches dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, insoweit gegen Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, als bei der Regelung Ungleichheiten nicht berücksichtigt wurden, die typischerweise innerhalb der betroffenen Berufsgruppe bestehen. Dies ist anzunehmen, wenn Gruppenangehörige nicht nur in einzelnen, aus dem Rahmen fallenden Sonderkonstellationen, sondern in bestimmten, wenn auch zahlenmäßig begrenzten typischen Fällen ohne zureichende sachliche Gründe verhältnismäßig stärker belastet werden als andere (vgl. BVerfGE 25, 236 <251>; 30, 292 <327>; 59, 336 <356>; 68, 155 <173>; 77, 84 <113>). Der Gesetzgeber kann dann gehalten sein, den unterschiedlichen Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung durch Härteregelungen oder weitere Differenzierungen wie Ausnahmetatbeständen Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 34, 71 <80>). 124

Es bedarf jedoch an dieser Stelle keiner Entscheidung, ob diese Voraussetzungen einer besonderen Betroffenheit für kleinere Einraumgaststätten erfüllt sind. Denn eine stärkere Belastung dieser Gruppe, einschließlich der Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz, ist durch hinreichende sachliche Gründe gerechtfertigt, weshalb eine differenzierende Regelung nicht erforderlich ist (vgl. BVerfGE 34, 71 <79>). Auf eine Ausnahme für die Kleingastronomie muss sich der Gesetzgeber nicht einlassen, wenn er das Konzept eines strikten Rauchverbots wählt. Denn dies hätte zur Folge, dass entgegen der - von der Werteordnung des Grundgesetzes gedeckten - Regelungskonzeption des Gesetzgebers in einem nicht unwesentlichen Teil des Gaststättengewerbes auf den Schutz der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens gänzlich und auf Dauer verzichtet werden müsste. Auch die besonderen beruflichen und wirtschaftlichen Interessen der Betreiber von kleinen Gaststätten können den Gesetzgeber jedoch nicht zwingen, seinen Entschluss zur strikten Verfolgung überragend wichtiger Gemeinwohlbelange in einem nicht unerheblichen Gefährdungsbereich völlig aufzugeben. 125

(c) Auch wenn die Interessen der rauchwilligen Gäste in den Blick genommen werden, ist ein striktes Rauchverbot in Gaststätten nicht unverhältnismäßig. Zwar führt das Rauchverbot zu einer nicht unwesentlichen Beeinträchtigung der Raucher, weil ihnen der Aufenthalt in Gaststätten durch den erzwungenen Verzicht auf das Tabakrauchen erschwert wird und der Besuch von Gaststätten zudem einen nicht unwesentlichen Aspekt der Teilnahme am gesellschaftlichen Leben darstellt. Diese Beeinträchtigung der Verhaltensfreiheit der Raucher (Art. 2 Abs. 1 GG) erscheint jedoch wegen der herausragenden Bedeutung des mit dem Rauchverbot verfolgten Schutzziels nicht unangemessen, zumal die Möglichkeit bleibt, eine Gaststätte zum Rauchen vorübergehend zu verlassen. Die Raucher werden hierbei nicht in unzulässiger Weise bevormundet, ihnen wird insbesondere kein Schutz vor Selbstgefährdung aufgedrängt (vgl. BVerfGE 59, 275 <278 f.>). Die Landesnichtraucherschutzgesetze zielen weder auf Suchtprävention noch auf den Schutz des Einzelnen vor sich selbst. Ihr Ziel ist vielmehr der Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg; § 1 NRSG Berlin). Es geht um den Schutz der Gesundheit nicht des Rauchers, sondern der Gesundheit der anderen Personen, die in der jeweiligen Situation nicht selbst rauchen. 126

Ebenso wenig wird den Nichtrauchern unter den Gaststättenbesuchern der Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens aufgedrängt. Die gesetzliche Regelung trägt lediglich dem Umstand Rechnung, dass ihnen, solange es keine ausreichende Zahl von Plätzen in rauchfreien Gasträumen gibt, keine andere Wahl bleibt, als bei dem Besuch einer Gaststätte eine Gesundheitsgefährdung durch Passivrauchen hinzunehmen (vgl. oben B. I. 1. b bb <1>). 127

Nichtraucher sollen in diesem Bereich des gesellschaftlichen Lebens nicht nur um den Preis der Gefährdung ihrer Gesundheit teilnehmen können.

(4) Zu einem anderen Ergebnis führt die Verhältnismäßigkeitsprüfung jedoch, wenn kein striktes Rauchverbot zur Entscheidung steht, sondern - wie von den Landesgesetzgebern in den vorliegenden Fällen - für den Schutz vor den Gefährdungen durch Passivrauchen eine Konzeption gewählt wurde, bei der den Belangen der Gaststättenbetreiber und der Raucher stärkeres Gewicht beigelegt wird und mit Rücksicht hierauf das Ziel des Gesundheitsschutzes relativiert und damit teilweise zurückgenommen ist. 128

(a) Zwar hätte der Gesetzgeber, wie ausgeführt (vgl. oben B. I. 1. b dd <3>), die gegenläufigen Interessen der Gaststättenbetreiber und der Raucher im Ergebnis auch vollständig zurücktreten lassen dürfen. Dies hindert ihn angesichts des ihm zukommenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums jedoch nicht, ein Schutzkonzept zu wählen, bei dem der Schutz der Gesundheit der Nichtraucher im Ausgleich mit den Freiheitsrechten der Gaststättenbetreiber und der Raucher weniger stringent verfolgt wird. Dass die Landesgesetzgeber bei der Wahl eines solchen Konzepts die zum Ausgleich zu bringenden Belange der Betroffenen in verfassungsrechtlich nicht vertretbarer Weise fehlerhaft bewertet hätten, ist nicht erkennbar. 129

Die Wahl eines solchen Schutzkonzepts, das den Freiheitsrechten der Gaststättenbetreiber und Raucher mehr Raum gewährt, bleibt allerdings nicht ohne Folgen für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit der gleichwohl noch verbleibenden Grundrechtseingriffe. Denn mit ihrer Entscheidung für ein bestimmtes Konzept bewerten die Landesgesetzgeber die Vor- und Nachteile für die jeweils betroffenen Rechtsgüter und wägen diese hinsichtlich der Folgen für die verschiedenen betroffenen Rechtsgüter gegeneinander ab. In dieser Hinsicht ist es der Gesetzgeber, der im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben darüber bestimmt, mit welcher Wertigkeit die von ihm verfolgten Interessen der Allgemeinheit in die Verhältnismäßigkeitsprüfung eingehen (vgl. BVerfGE 115, 205 <234>). 130

(b) In Baden-Württemberg hat der Landesgesetzgeber durch § 7 Abs. 1 Satz 1 LNRSchG zunächst ein Rauchverbot für alle Gaststätten ausgesprochen, ohne nach deren Größe, bisherigen Nutzung oder Eigenarten etwa des Kundenstamms zu differenzieren. In § 7 Abs. 1 Satz 3 LNRSchG Baden-Württemberg werden dann jedoch Ausnahmen vom Rauchverbot für Zeltwirtschaften, die Außengastronomie sowie das Reisegewerbe zugelassen. Schließlich wird durch § 7 Abs. 2 LNRSchG Baden-Württemberg die Möglichkeit eingeräumt, abgetrennte Raucherräume vorzuhalten. In Berlin gelten vergleichbare Bestimmungen. Dort gilt das Rauchverbot in Gaststätten (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSG) zwar auch für die Zeltgastronomie (vgl. § 2 Abs. 2 NRSG), die Einrichtung von Raucherräumen ist nach § 4 Abs. 3 Satz 1 NRSG aber auch in Berlin zulässig. Damit werden in beiden Ländern praktisch bedeutsame Ausnahmen zugelassen und auf diese Weise das Ziel des Gesundheitsschutzes mit verminderter Intensität verfolgt. 131

Die Einbußen an Gesundheitsschutz werden bei der Einrichtung von Raucherräumen deutlich. Lässt der Gesetzgeber diese Ausnahme vom Rauchverbot in Gaststätten zu, so ist nicht auszuschließen, dass Raucherräume auch von nicht rauchenden Gästen aufgesucht werden, die Rauchern dorthin folgen oder wegen vollständig belegter Plätze im Nichtraucherbereich nach dort ausweichen. Besonders betroffen sind Kinder und Jugendliche, die von ihren erwachsenen Begleitpersonen in Raucherräume mitgenommen werden und denen - nach den hier zu beurteilenden Nichtraucherschutzgesetzen - der Aufenthalt dort nicht untersagt ist. Obgleich die Landesgesetzgeber nicht gehindert sind, auch den Gesundheitsschutz des Gaststättenpersonals als Gemeinwohlziel zu verfolgen (vgl. oben B. I. 1. b aa <1>), werden außerdem Gesundheitsgefährdungen für diejenigen Beschäftigten hingenommen, die Raucherräume insbesondere zur Bedienung der Gäste betreten müssen. Schließlich weisen wissenschaftliche Untersuchungen darauf hin, dass die Giftstoffe des Tabakrauchs, die sich in Raucherräumen verbreiten, nicht zuverlässig von den angrenzenden rauchfreien Räumlichkeiten ferngehalten werden können und mithin auch die Personen in den Nichtraucherbereichen belasten (vgl. Blank/Pötschke-Langer, in: Deutsches Krebsforschungszentrum <Hrsg.>, Erhöhtes Gesundheitsrisiko für Beschäftigte in der Gastronomie durch Passivrauchen am Arbeitsplatz, 2007, S.18). 132

Für Bier-, Wein- und Festzelte, die in Baden-Württemberg vom Rauchverbot ausgenommen sind (§ 7 Abs. 1 Satz 3 LNRSchG), gilt im Ergebnis nichts anderes. Selbst wenn es sich - was in Baden-Württemberg allerdings im Gesetz nicht bestimmt ist - nur um vorübergehende, zeitlich begrenzte Einrichtungen handeln sollte, stellt die generelle Ausnahme für die Zeltgastronomie eine erhebliche Einschränkung des Nichtraucherschutzes dar, weil Besucher dort überhaupt keine Möglichkeit haben, sich der Belastung mit Tabakrauch zu entziehen. Dabei ist nicht hinreichend sichergestellt, dass Zelte stets oder auch nur im Regelfall besser als Gebäude durchlüftet sind und daher die Tabakrauchexposition der Besucher deutlich geringer ausfällt. 133

(c) Diese Ausnahmen sind von Verfassungen wegen nicht geboten (vgl. oben B. I. 1. b dd <2>). Die Landesgesetzgeber haben sie aufgrund eigener Wertungs- und Gestaltungsentscheidungen zugelassen und sich damit für Konzeptionen des Nichtraucherschutzes entschieden, die das Schutzziel nicht unbedingt verfolgen, sondern mit Rücksicht auf kollidierende Interessen einen eingeschränkten, von verschiedenen Ausnahmetatbeständen durchzogenen Schutz als hinreichend ansehen. Die Gefahren durch Passivrauchen werden danach zwar als erheblich eingeschätzt, aber - verfassungsrechtlich vertretbar - nicht als derart schwerwiegend bewertet, dass der Gesundheitsschutz in jeder Hinsicht Vorrang vor einer Berücksichtigung der beruflichen Interessen der Gaststättenbetreiber und der Verhaltensfreiheit der Raucher genießen müsste. 134

Die Landesgesetzgeber bleiben an ihre Entscheidung, mit welcher Intensität sie den Nichtraucherschutz im Konflikt mit den Belangen der Gaststättenbetreiber und der Raucher verfolgen wollen, auch dann gebunden, wenn - wie in den vorliegenden Fällen - die Zumutbarkeit des 135

Rauchverbots für die Betreiber kleinerer Einraumgaststätten zu beurteilen ist. Hat sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotenzials entschlossen, auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet und ein Regelungskonzept gewählt, so muss er diese Entscheidung auch folgerichtig weiterverfolgen. Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird (vgl. BVerfGE 107, 186 <197>).

(d) Haben hiernach die Landesgesetzgeber durch weitreichende Ausnahmenvorschriften die aktuelle Bedeutung des von ihnen verfolgten legitimen Ziels des Gesundheitsschutzes relativiert, indem sie insbesondere die Berücksichtigung der Interessen der Gaststättenbetreiber zulassen, so erlangen folgerichtig die spezifischen Auswirkungen des Rauchverbots für die getränkegeprägte Kleingastronomie im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtabwägung ein stärkeres Gewicht. 136

Diese Betriebe unterscheiden sich nicht nur durch eine geringere Zahl von Sitzplätzen sowie das vorwiegend an Getränken und weniger an Speisen ausgerichtete Angebot von den übrigen Gaststätten, sondern auch durch die besondere Gästestruktur. Solche Gaststätten sprechen überwiegend Stammgäste an, unter denen sich wiederum eine vergleichsweise große Zahl von Rauchern befindet. Der DEHOGA Bundesverband hat hierzu in seiner ergänzenden Stellungnahme auf Untersuchungen verwiesen, wonach in solchen Gaststätten der Raucheranteil unter den Gästen mindestens 50 % beträgt und in vielen Fällen mehr als drei Viertel erreicht. Da die Betreiber solcher Gaststätten aufgrund der begrenzten räumlichen Kapazitäten regelmäßig keine Raucherräume anbieten können, verlieren ihre Lokale für den von ihnen vorwiegend angesprochenen Kundenkreis der rauchenden Gäste erheblich an Attraktivität. Es ist daher zu erwarten, dass zahlreiche Raucher solche Gaststätten, bei denen sie ihren Aufenthalt nicht mit Tabakrauchen verbinden können, entweder nicht mehr aufsuchen oder aber die Dauer ihres Besuchs deutlich verkürzen werden. 137

Die damit einhergehenden Umsatzrückgänge werden durch die bereits erwähnte Untersuchung des Statistischen Bundesamts (vgl. oben B. I. 1. b dd <1> <a>) zumindest tendenziell belegt. Danach sind die Umsätze in der getränkegeprägten Gastronomie, der die angesprochenen Gaststätten typischerweise zuzuordnen sind, in den Bundesländern mit Rauchverboten für Gaststätten deutlich stärker zurückgegangen als in den Ländern, in denen Rauchverbote noch nicht in Kraft getreten waren. So standen im dritten Quartal 2007 Umsatzrückgänge von 9,8 % solchen von 6,8 % gegenüber, während im vierten Quartal desselben Jahres sogar Rückgänge von 14,1 % gegenüber solchen von 8,8 % zu verzeichnen waren. Die Untersuchung belegt zugleich die besondere Betroffenheit der Gaststätten, die vorwiegend Getränke anbieten; denn für die speisegeprägte Gastronomie hat derselbe Vergleich für das dritte Quartal keinen und im vierten Quartal nur einen geringen Umsatzrückgang ergeben. 138

Bestätigt wird diese Entwicklung durch weitere Untersuchungen, die zusammen mit den eingeholten Stellungnahmen vorgelegt worden sind. So hat die Nichtraucher-Initiative Deutschland auf eine in ihrem Auftrag im Januar 2007 durchgeführte Umfrage der GfK Marktforschung verwiesen, nach der zwei Drittel der befragten Raucher die Absicht bekundeten, häufiger (45,1 %) oder ausschließlich (22,1 %) Kneipen und Bars aufzusuchen, falls diese von einem Rauchverbot ausgenommen würden. In dieselbe Richtung weisen die Ergebnisse einer vom Verband der Deutschen Rauchtobakindustrie in Auftrag gegebenen Stammgastbefragung durch das Meinungsforschungsinstitut tns-empid. Danach sind nach Einführung des Rauchverbots nur 53 % der befragten Raucher ihren Stammgaststätten, bei denen es sich um „Einraumkneipen“ handelte, treu geblieben. 139

Zudem liegt die Annahme nahe, dass durch die Zulassung von abgetrennten Raucherräumen weitere Gäste, die auf Rauchen nicht verzichten wollen, sich von den kleineren Gaststätten, die solche Räume nicht einrichten können, abwenden und nun größere Gaststätten mit Raucherräumen besuchen. Nicht nur das Aktionsbündnis Nichtrauchen hat in seiner Stellungnahme die Auffassung vertreten, eine Abwanderungsbewegung von Einraumgaststätten in Gaststätten mit Raucherraum sei nicht von der Hand zu weisen. Auch das Deutsche Krebsforschungszentrum führt zur Frage einer Abwanderungsbewegung der Stammgäste von Eckkneipen in die Raucherräume größerer Gaststätten aus, ein solches Kundenverhalten sei aus ökonomischer Sicht sehr plausibel. Einen Hinweis auf ein solches Gästeverhalten gibt zudem eine Umfrage des DEHOGA Baden-Württemberg zu den Folgen des Rauchverbots aus dem März 2008. Danach hat sich das Nichtraucherschutzgesetz in 77,7 % der Einraumbetriebe mit Umsatzverlusten von über 20 % negativ ausgewirkt, 61,3 % der Einraumbetriebe berichteten sogar von einer Existenzgefährdung. Demgegenüber soll sich das Nichtraucherschutzgesetz auf 11,4 % der Mehrraumbetriebe sogar positiv ausgewirkt haben. Auch die bereits erwähnte Befragung durch das Meinungsforschungsinstitut tns-empid bestätigt das Abwandern von Stammgästen aus der Kleingastronomie; denn hiernach gaben 24 % der Befragten an, wegen des Rauchverbots von „Einraumkneipen“ in größere Gaststätten, insbesondere in solche mit separatem Raucherraum zu wechseln. 140

Die durch das Rauchverbot verursachten Umsatzrückgänge haben für die Betreiber kleinerer Gaststätten auch dann schwerwiegende Folgen, wenn sie sich nur auf eine vorübergehende Zeit erstrecken. Aufgrund ihres geringen Platzangebots ermöglichen solche Gaststätten ihren Betreibern keine hohen Einnahmen und damit auch nicht die Bildung größerer Rücklagen. Umsatzrückgänge bei unveränderten Fixkosten haben daher zur Folge, dass schwächere Geschäftsphasen nicht für längere Zeit zu überbrücken sind und eine solche Gaststätte bald nicht mehr rentabel betrieben werden kann. 141

(e) Gemessen an den Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsentscheidungen, die den Konzeptionen des Nichtraucherschutzes in den vorliegenden Fällen zugrunde liegen, ist es den Gastwirten der getränkegeprägten Kleingastronomie nicht zuzumuten, diese besonderen Belastungen, die für sie durch das Rauchverbot geschaffen werden, hinzunehmen. 142

Die Landesgesetzgeber haben Ausnahmen vom Rauchverbot in Gaststätten für abgeschlossene Nebenräume zugelassen. Für größere Gaststätten, 143

die über solche Nebenräume verfügen oder solche einrichten können, gilt hiernach nur ein relatives Rauchverbot; ihrem Interesse, auch den rauchenden Gästen ein Angebot unterbreiten zu können, wird damit nachgekommen. Hingegen besteht für kleinere Gaststätten weiterhin ein absolutes Rauchverbot, sofern hier - wie aufgrund der geringeren Grundfläche regelmäßig der Fall - Nebenräume nicht verfügbar sind und auch nicht geschaffen werden können. Nur gegenüber den Betreibern solcher Gaststätten bleibt es bei einer strikten Verfolgung des Schutzziels. Die Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen erhalten so bei der Abwägung gegenüber der Berufsfreiheit der Gastwirte ein unterschiedliches Gewicht.

Aufgrund dieser ungleichen Gewichtung führt das Rauchverbot für die Betreiber von kleineren Gaststätten zu einer erheblich stärkeren wirtschaftlichen Belastung als für die Betreiber größerer Lokale. Nur letztere vermögen ihre Angebote durch die Ausweisung von Raucherräumen für Raucher attraktiver zu gestalten. Für Betriebe der Kleingastronomie können sich hingegen die Nachteile, die mit dem speziell für sie geltenden absoluten Rauchverbot verbunden sind, in den geschilderten existenzbedrohenden Umsatzrückgängen niederschlagen. Betroffen sind typischerweise Kleingaststätten, deren Angebot sich im Wesentlichen auf den Ausschank von Getränken beschränkt. Von den Betreibern solcher Gaststätten wird mithin die strikte Einhaltung des Rauchverbots selbst um den Preis des Verlustes ihrer wirtschaftlichen Existenz gefordert, obgleich die Landesgesetzgeber den angestrebten Gesundheitsschutz nicht uneingeschränkt, sondern nur unter Berücksichtigung der beruflichen Belange der Gastwirte verfolgen wollen. Angesichts der Zurücknahme des erstrebten Schutzziels steht das Maß der sie hiernach treffenden Belastung aber nicht mehr in einem zumutbaren Verhältnis zu den Vorteilen, die die Landesgesetzgeber mit dem gelockerten Rauchverbot für die Allgemeinheit erstreben.

144

Dies gilt umso mehr, als bei der gewählten Konzeption für die Ausgestaltung des Nichtrauchererschutzes gerade die Berücksichtigung auch der Interessen der getränkegeprägten Kleingastronomie folgerichtig wäre, weil diese von dem Rauchverbot in Gaststätten ohnehin besonders nachteilig betroffen ist. Tatsächlich ist diesem Gesichtspunkt jedoch, wie die Gesetzesmaterialien belegen, kein nennenswerter Stellenwert eingeräumt worden. Die Ausnahmen vom Rauchverbot und dabei namentlich die Zulassung von Raucherräumen schaffen im Gegenteil noch eine zusätzliche Ursache für die Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation der genannten Gastwirte. Die Landesgesetzgeber tragen durch die von ihnen gewählte Konzeption und Ausgestaltung des Nichtrauchererschutzes entscheidend dazu bei, dass sich die wirtschaftliche Lage der Kleingastronomie noch weiter verschlechtert. Da für diese Lokale keine Raucherräume angeboten werden können, müssen ihre Betreiber nicht nur Verluste wegen der Raucher hinnehmen, die jetzt auf einen Gaststättenbesuch völlig verzichten oder ihren Aufenthalt verkürzen; sie sind vielmehr zusätzlich noch durch die Abwanderung der Gäste belastet, die nunmehr Gaststätten mit Raucherräumen aufsuchen. Die gesetzliche Regelung verschärft so die Belastung der Betreiber kleinerer Gaststätten, indem sie größeren Gaststätten, bei denen abgetrennte Raucherräume eingerichtet werden können, Vorteile im Wettbewerb um die Gäste verschafft. Vor diesem Hintergrund können die unterschiedlichen Auswirkungen der gesetzlichen Regelungen auf die einzelnen Gaststättensparten nicht lediglich als Ausdruck der jeweiligen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und des Wettbewerbs unbeachtet bleiben.

145

Zwar ist den Landesgesetzgebern in den vorliegenden Fällen zuzubilligen, dass die von ihnen gewählte Konzeption des Nichtrauchererschutzes von dem schlüssigen Ansatz ausgeht, dass ein Gast für jede beliebige Gaststätte die Möglichkeit erhalten soll, einen Platz zu finden, an dem er keinem Tabakrauch ausgesetzt ist. Dieser Grundsatz ist aber schon dadurch eingeschränkt, dass durch den Verlust der für Raucher benötigten Platzkontingente das Platzangebot im Nichtraucherbereich reduziert wird und sich Gäste deshalb veranlasst sehen, in Raucherräume auszuweichen. Überdies ist die grundlegende Konzeption eines Rauchverbots mit Ausnahme für Nebenräume in Baden-Württemberg durch die völlige Ausnahme der Zeltgastronomie vom Rauchverbot für einen Teilbereich aufgegeben. Vor allem aber weicht das gewählte Schutzkonzept von seinem eigenen Grundansatz ab, einen Interessenausgleich herzustellen, und berücksichtigt nicht die Interessen der durch das Rauchverbot besonders betroffenen Kleingastronomie, sondern allein und einseitig die Belange der nicht rauchenden Gaststättenbesucher.

146

Für deren Teilnahme am gesellschaftlichen Leben ist aber der Besuch kleinerer Einraumgaststätten mit getränkeorientiertem Angebot typischerweise nicht von wesentlicher Bedeutung, so dass durch die gegenwärtigen Regelungen nur geringe Verbesserungen für den Nichtrauchererschutz zu erwarten sind. Die vom

147

DEHOGA Bundesverband genannte Zahl von 60.000 bis 80.000 Einraumgaststätten unter den etwa 243.000 Hotel- und Gaststättenbetrieben ist insoweit nicht aussagekräftig. Sie differenziert weder hinsichtlich eines getränke- oder speiseorientierten Angebots der Einraumgaststätten noch gibt sie Aufschluss über die Raumgrößen und damit über die Möglichkeiten zur Einrichtung von Raucherräumen. Wegen des typischerweise geringen Platzangebots lässt sich aus dem Anteil der Einraumbetriebe an der Gesamtgastronomie zudem nicht auf einen entsprechend großen Anteil an dem Gesamtangebot von Gästeplätzen schließen. Die geringe Bedeutung, die kleineren Einraumgaststätten mit getränkeorientiertem Angebot für einen effektiven Nichtrauchererschutz zukommt, zeigt sich stattdessen an dem außergewöhnlich hohen Raucheranteil unter ihren Gästen. Vor allem aber belegen die beträchtlichen Umsatzrückgänge nach dem Inkrafttreten der Rauchverbote, dass es den Betreibern solcher Gaststätten offensichtlich nicht gelingt, nunmehr für ihre gastronomischen Angebote verstärkt nicht rauchende Gäste zu interessieren. Die Landesgesetzgeber mussten mithin davon ausgehen, dass mit einer Ausnahme vom Rauchverbot für kleinere Einraumgaststätten mit getränkeorientiertem Angebot das Ziel eines - nach der ihrem Konzept zugrunde liegenden Bewertung - ausreichenden Nichtrauchererschutzes nicht ernsthaft in Frage gestellt wird, weil insgesamt ein genügendes Angebot an rauchfreien Plätzen in Gaststätten zur Verfügung steht.

2. Auch die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin zu 3), die sich gegen § 7 Abs. 2 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg richtet, ist begründet. Im Unterschied zu den Beschwerdeführern zu 1) und 2) erstrebt die Beschwerdeführerin zu 3) keine zusätzliche Ausnahme vom

148

Rauchverbot in Gaststätten, sondern wendet sich dagegen, dass ihr ein bereits gesetzlich geregelter Ausnahmetatbestand vorenthalten wird. Damit hat sie Erfolg. Es ist mit Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar, dass auch Diskotheken, zu denen Jugendliche keinen Zutritt erhalten, von der Möglichkeit ausgeschlossen sind, nach Maßgabe des § 7 Abs. 2 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg Raucherräume einzurichten.

a) Ungeachtet der Anforderungen, die sich unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG ergeben, können Berufsausübungsregelungen nur dann Bestand haben, wenn sie auch sonst in jeder Hinsicht verfassungsmäßig sind und insbesondere den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG beachten (vgl. BVerfGE 25, 236 <251>). 149

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfGE 1, 14 <52>; 98, 365 <385>; 116, 164 <180>; stRspr). Damit ist dem Gesetzgeber allerdings nicht jede Differenzierung verwehrt. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich vielmehr je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl. BVerfGE 110, 274 <291>; 117, 1 <30>; stRspr). Da der Grundsatz, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung (vgl. BVerfGE 88, 87 <96>). Daher ist das Gleichheitsgrundrecht verletzt, wenn der Gesetzgeber bei Regelungen, die Personengruppen betreffen, eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu einer anderen Gruppe anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (vgl. BVerfGE 102, 41 <54>; 104, 126 <144 f.>; 107, 133 <141>; stRspr). Diese Grundsätze gelten aber auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Deshalb sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, namentlich auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte freie Berufsausübung (vgl. BVerfGE 62, 256 <274>), nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 92, 53 <69>; stRspr). 150

Der allgemeine Gleichheitssatz gilt für ungleiche Belastungen wie auch für ungleiche Begünstigungen. Verboten ist auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird (vgl. BVerfGE 116, 164 <180> m.w.N.). 151

b) Daran gemessen ist der generelle Ausschluss der Diskotheken von der Begünstigung, die in der Ausnahme abgetrennter Raucherräume vom Rauchverbot gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg zu sehen ist, nicht gerechtfertigt. 152

aa) Mit der vorliegend zu beurteilenden Differenzierung zwischen Gaststätten im Allgemeinen und solchen der besonderen Betriebsart „Diskothek“ (vgl. § 3 Abs. 1 GastG) werden Sachverhalte unterschiedlich behandelt. Gleichwohl ist bei der Prüfung von einer strengeren Bindung des Gesetzgebers auszugehen, weil hier die Ungleichbehandlung der Sachverhalte eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Die differenzierenden Regelungen in § 7 Abs. 2 Satz 1 und 2 LNRSchG Baden-Württemberg führen dazu, dass die Betreiber von Diskotheken anders als die übrigen Gaststättenbetreiber daran gehindert sind, für ihre Gäste Raucherräume einzurichten. Dies hat zur Folge, dass Diskothekenbetreiber nicht in freier Ausübung ihres Berufs das Angebot ihrer Gaststätten auch für Raucher attraktiv gestalten können. Damit wirkt sich die Ungleichbehandlung der Sachverhalte nachteilig auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, nämlich auf die Berufsfreiheit aus, die auch die Beschwerdeführerin zu 3) als Kommanditgesellschaft gemäß Art. 19 Abs. 3 GG für sich beanspruchen kann (vgl. BVerfGE 105, 252 <265>; stRspr). 153

bb) Für diese Ungleichbehandlung fehlt es an hinreichenden Gründen. 154

(1) Nach der Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung von Baden-Württemberg verfolgt das Landesnichtraucherschutzgesetz mit dem ausnahmslosen Rauchverbot für Diskotheken vor allem den Schutz der Jugendlichen vor den Gefahren des Passivrauchens. Es werde dem Umstand Rechnung getragen, dass die Schadstoffkonzentration in Diskotheken besonders hoch sei, was bei gleichzeitiger körperlicher Aktivität der Gäste zu stärkerer Inhalation der schadstoffhaltigen Innenraumluft führe (vgl. LTDrucks 14/1359, S. 16). Das ausnahmslose Rauchverbot in Diskotheken sei zudem notwendig, weil bei Jugendlichen Nachahm- und Nachfolgeeffekte eine große Rolle spielten. Gäbe es einen Raucherraum in der Diskothek und hielte sich der Kern der Clique dort auf, würde der Gruppenzwang dazu führen, dass sich auch die Nichtraucher dorthin begäben und damit dem Passivrauchen ausgesetzt seien (vgl. LTDrucks 14/1359, S. 24). 155

(2) Diese Gründe sind nicht von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie ungleiche Rechtsfolgen für Diskotheken einerseits und die übrigen Gaststätten andererseits rechtfertigen könnten. 156

(a) Dies gilt zunächst, soweit der Gesetzgeber für Diskotheken von einem gesteigerten Schutzbedarf zugunsten der Gäste ausgeht. Zwar steht dem Gesetzgeber auch hier ein Spielraum hinsichtlich der Einschätzung von Gefahren zu, die der Allgemeinheit drohen. Es ist daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Landesgesetzgeber seinen Überlegungen eine besonders hohe Schadstoffkonzentration in Diskotheken zugrunde gelegt hat. Er kann sich hierfür auf einschlägige wissenschaftliche Untersuchungen wie etwa die Ergebnisse des bereits erwähnten Forschungsprojekts unter der Federführung des Bayerischen Landesamts für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit (vgl. oben B. I. 1. b bb <2>) berufen. Danach wurde für alle Gastronomiebetriebe gleich welcher Kategorie eine hohe Belastung der Raumluft mit toxischen und krebserzeugenden 157

Substanzen aus dem Tabakrauch festgestellt, wobei die höchsten Belastungen auf Diskotheken entfallen. Dieser Umstand macht jedoch, wenn für andere Gaststätten Raucherräume zugelassen werden, den generellen Ausschluss dieser Ausnahme für Diskotheken nicht erforderlich. Ist das Rauchen nur noch in vollständig abgetrennten Nebenräumen erlaubt, so entfällt das an die besondere Betriebsart anknüpfende Argument der gesteigerten Gefährlichkeit von Passivrauchen in Diskotheken. Eine Gefährdung der Gäste in den Nichtraucherbereichen kann durch strikte Einhaltung der Vorgaben des § 7 Abs. 2 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg verhindert werden, der auch für Raucherräume in Diskotheken zu beachten ist. Hiernach dürfen durch die Einrichtung von Raucherräumen die Belange des Nichtraucherschutzes nicht beeinträchtigt werden, so dass - nötigenfalls durch technische Maßnahmen - sichergestellt sein muss, dass eine Belastung der Luftqualität durch Tabakrauch außerhalb der Raucherräume nicht zu verzeichnen ist.

(b) Der Hinweis auf die große Bedeutung von Nachahm- und Nachfolgeeffekten bei Jugendlichen oder jungen Erwachsenen vermag die unterschiedliche Behandlung von Diskotheken gegenüber anderen Gaststättenarten ebenfalls nicht zu rechtfertigen. 158

Aufgrund des Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers begegnet zwar auch die Annahme dieser Gefährdungssituation für Jugendliche keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Das ausnahmslose Rauchverbot in Diskotheken ist jedoch nicht erforderlich, um Jugendliche davor zu bewahren, ihrer Clique oder einzelnen Personen in den Raucherbereich zu folgen. Um den angestrebten Schutz dieser Bevölkerungsgruppe zu erreichen, reicht es nämlich aus, wenn - wie etwa im Land Berlin durch § 4 Abs. 3 Satz 2 NRSchG geregelt - der Ausschluss von Raucherräumen auf solche Diskotheken beschränkt wird, zu denen Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr Zutritt haben. Die Betreiber vieler Diskotheken - so auch die Beschwerdeführerin zu 3) - sehen ohnehin Altersbegrenzungen für ihr Publikum vor und könnten auf diese Weise selbst entscheiden, ob sie es vorziehen, auf die Einrichtung von Raucherräumen zu verzichten oder aber den Publikumszutritt beschränken wollen. Eine solche, Wahlmöglichkeiten der Diskothekenbetreiber eröffnende Regelung stellt das mildere Mittel gegenüber dem generellen Ausschluss von Raucherzimmern dar. 159

Auch mit dem Ziel, Nachfolge- und Cliqueneffekte bei dem erwachsenen Publikum in Diskotheken zu verhindern, ist der Ausschluss von Raucherzimmern nicht gerechtfertigt. Der Landesgesetzgeber hat schon mit der allgemeinen Zulassung von Raucherräumen in Gaststätten in Kauf genommen, dass sich dort auch Nichtraucher aufhalten. Damit sind aber auch Nachfolgeeffekte bei Erwachsenen akzeptiert worden, die nicht in gleichheitswidriger Weise nur bei Diskotheken unterbunden werden dürfen. Selbst einem gesteigerten Nachfolgeeffekt, von dem der Gesetzgeber aufgrund des vorwiegend aus jungen Erwachsenen bestehenden Diskothekenpublikums ausgeht, kann auf weniger belastende Weise dadurch entgegengewirkt werden, dass die Attraktivität der Raucherräume reduziert wird. Hierfür kommt insbesondere die Möglichkeit in Betracht, die Einrichtung von Tanzflächen in Raucherräumen zu untersagen. Dahingehende Regelungen bestehen etwa für die Freie Hansestadt Bremen (§ 3 Abs. 6 Satz 3 des Bremischen Nichtraucherschutzgesetzes <BremNiSchG>) und die Länder Rheinland-Pfalz (§ 7 Abs. 1 Satz 2 des Nichtraucherschutzgesetzes Rheinland-Pfalz), Saarland (§ 3 Abs. 5 Satz 2 des Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens < Nichtraucherschutzgesetz >) und Thüringen (§ 5 Satz 3 des Thüringer Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens <Thüringer Nichtraucherschutzgesetz - ThürNRSchutzG>). 160

II.

Die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Bestimmungen führt nicht zu deren Nichtigkeit. Da den Landesgesetzgebern für die Neuregelung mehrere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, kann lediglich die Unvereinbarkeit der gegenwärtigen Regelungen mit dem Grundgesetz festgestellt werden (vgl. BVerfGE 117, 163 <199> m.w.N.). 161

Für den Erlass verfassungsgemäßer Neuregelungen steht den Landesgesetzgebern eine Frist bis zum 31. Dezember 2009 zur Verfügung. Die Länge dieser Frist erscheint ausreichend bemessen, um den Landesgesetzgebern hinreichende Zeit auch für eine Entscheidung über das grundlegende Konzept für die gesetzliche Ausgestaltung eines Rauchverbots in Gaststätten zu belassen. 162

1. Die Landesgesetzgeber können entweder dem Ziel des Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens Vorrang geben und sich unter Verzicht auf Ausnahmetatbestände für eine strenge Konzeption des Nichtraucherschutzes in Gaststätten entscheiden, oder sie können im Rahmen eines weniger strengen Schutzkonzepts, das den Interessen der Gaststättenbetreiber und der Raucher mehr Raum gibt, Ausnahmen vom Rauchverbot zulassen. Mit der Entscheidung zugunsten eines strikten Nichtraucherschutzes in Baden-Württemberg entfielen auch die Grundlage für die von der Beschwerdeführerin zu 3) beanstandete Ungleichbehandlung. Gibt es keine Ausnahme vom Rauchverbot, so wird den Betreibern von Diskotheken durch das Verbot von Raucherräumen keine Vergünstigung vorenthalten. 163

2. Fällt die Entscheidung zugunsten eines zurückgenommenen Gesundheitsschutzes, so müssen die zugelassenen Ausnahmen vom Rauchverbot allerdings folgerichtig auch auf besondere Belastungen einzelner Bereiche des Gaststättengewerbes Rücksicht nehmen und gleichheitsgerecht ausgestaltet sein. Daher darf der Gesetzgeber, der als Ausnahme von einem Rauchverbot in Gaststätten das Rauchen in abgetrennten Nebenräumen gestattet, insbesondere die Interessen der ohnehin verhältnismäßig stark betroffenen und durch diese Gestaltung noch vermehrt belasteten getränkegeprägten Kleingastronomie nicht aus dem Blick verlieren. Da die beengte räumliche Situation dieser Gaststätten typischerweise nicht die Einrichtung abgetrennter Raucherbereiche erlaubt, kommt für sie nur die Freistellung vom Rauchverbot in Betracht. Nicht anders als bei der 164

Zeltgastronomie in Baden-Württemberg bleibt dann jedem Gaststättenbetreiber die Entscheidung überlassen, ob er sein Lokal als Raucher- oder als Nichtraucheraststätte führen will. Die Freistellung vom Rauchverbot davon abhängig zu machen, dass in zumutbarer Nähe ein vollwertiges Nichtraucherangebot zur Verfügung steht, dürfte hingegen daran scheitern, dass sich diese Voraussetzung in der Praxis mit vernünftigen Aufwand nicht feststellen lassen wird. Zudem muss die Freistellung von Dauer sein. Eine nur übergangsweise Ausnahme vom Rauchverbot könnte die drohende Existenzgefährdung der betroffenen Gaststätten lediglich aufschieben, nicht jedoch ausräumen. Da in der Kleingastronomie größere Rücklagen regelmäßig nicht gebildet werden können (vgl. oben B. I. 1. b dd <4> <d>), lässt sich die Übergangszeit nicht dazu nutzen, um die nötigen finanziellen Mittel für eine Umorientierung, insbesondere für eine Vergrößerung des Gaststättenbetriebs und die Einrichtung eines Raucherraums zu sammeln.

3. Bei der Bestimmung der genauen Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand zugunsten der Kleingastronomie sind die Landesgesetzgeber, weil es um die Ordnung von Massenvorgängen geht, an typisierenden Regelungen nicht gehindert (vgl. BVerfGE 111, 115 <137>). So lässt sich dem Merkmal des spezifisch getränkeorientierten Angebots der betroffenen Gaststätten dadurch Rechnung tragen, dass Betriebe, für die das Verabreichen zubereiteter Speisen gemäß § 3 GastG erlaubt worden ist, von der Ausnahme nicht erfasst werden. Zur Eingrenzung der Ausnahme auf kleinere Gaststätten ohne abtrennbaren Nebenraum kommt die Festlegung eines Höchstmaßes für die Grundfläche des Gastraums oder die Zahl der für Gäste vorgehaltenen Sitzplätze in Betracht; beide Parameter können auch kombiniert werden. Möglich ist es ferner, den Umstand, ob eine Gaststätte im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 2 des Nichtraucherschutzgesetzes Saarland „inhabergeführt“ betrieben werden kann, als Anknüpfungspunkt für die besonders belastete Kleingastronomie zu wählen. Den Landesgesetzgebern bleibt es ferner unbenommen, für Gaststätten, die als Raucherlokale betrieben werden, eine Kennzeichnungspflicht vorzusehen, um Gäste bereits vor dem Betreten solcher Lokale darauf aufmerksam zu machen, dass sie sich in Räumen aufhalten werden, in denen sie keinen Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens erwarten können.

165

III.

Die angegriffenen Bestimmungen bleiben wegen der hohen Bedeutung des Schutzes der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens in der Zwischenzeit bis zu den verfassungsgemäßen Neuregelungen anwendbar. Gemäß den Bestimmungen der jeweiligen Nichtraucherschutzgesetze ist danach weiterhin in Baden-Württemberg und Berlin das Rauchen in Gaststätten untersagt.

166

1. Mit Blick auf die Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber und um für sie in beruflicher Hinsicht existentielle Nachteile zu vermeiden, besteht jedoch für den Zeitraum bis zu den gesetzlichen Neuregelungen ein unabwendbares Bedürfnis nach einer Zwischenregelung durch das Bundesverfassungsgericht auf der Grundlage des § 35 BVerfGG (vgl. BVerfGE 48, 127 <184>; 84, 9 <21>). Da hierbei größtmögliche Schonung der Gestaltungsfreiheit der Landesgesetzgeber geboten ist (vgl. BVerfGE 103, 111 <141 f.>), gilt es, das Regelungskonzept des Gesetzgebers so weit als möglich zu erhalten und ihm nach Möglichkeit nicht vorzugreifen (vgl. BVerfGE 84, 9 <23>; 109, 256 <274>). Das Bundesverfassungsgericht setzt daher nicht in Abweichung von der bisherigen Schutzkonzeption der Landesgesetzgeber sämtliche Ausnahmen vom Rauchverbot aus, sondern erweitert die in den Nichtraucherschutzgesetzen bereits vorgesehenen Ausnahmen um eine weitere zugunsten der getränkegeprägten Kleingastronomie. Die vorläufige Regelung der von dieser zusätzlichen Ausnahme erfassten Gaststätten orientiert sich an der Zielvereinbarung zum Nichtraucherschutz in Hotellerie und Gastronomie zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung und dem Bundesverband des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes vom 1. März 2005. Dort wurde mit den Interessenvertretern des Gaststättengewerbes als ein Maßstab für die Befreiung vom Nichtraucherschutz eine Gastfläche - definiert als der Bereich, in dem Tische und Stühle für den Aufenthalt von Gästen bereitgehalten werden - von weniger als 75 m² vereinbart, weil für derart kleine Lokale eine Trennung von Raucher- und Nichtraucherbereichen „in aller Regel nicht sinnvoll“ sei. Anders als die - ohne Zwang zur räumlichen Trennung - alternativ vereinbarte Grenze von weniger als 40 Sitzplätzen, erscheint die - nicht ohne weiteres zu verändernde - Gastfläche als geeignete Größe, um bei typisierender Betrachtung als Indikator für die Möglichkeit der Einrichtung eines abgetrennten Raucherzimmers zu dienen. Soweit solche Gaststätten trotz der geringen Gastfläche einen abgetrennten Nebenraum im Sinne von § 7 Abs. 2 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg beziehungsweise § 4 Abs. 3 Satz 1 NRSG Berlin vorweisen und damit einen Raucherbereich einrichten können, gibt es allerdings keinen Anlass für eine Ausnahme vom Rauchverbot. Außerdem ist die Befreiung, um die typischerweise besonders belastete Gruppe zu erfassen, auf solche Gaststätten zu beschränken, die keine zubereiteten Speisen anbieten und nicht über eine entsprechende Erlaubnis nach § 3 GastG verfügen.

167

Dem weiteren Regelungsziel der Landesgesetzgeber, insbesondere Kinder und Jugendliche vor den Gefahren des Passivrauchens zu schützen (so für Baden-Württemberg ausdrücklich § 1 Abs. 1 Satz 2 LNRSchG; für Berlin vgl. § 4 Abs. 3 Satz 2 NRSG; Drucks 16/0716 des Abgeordnetenhauses Berlin, Einzelbegründung zu § 4 Abs. 3), wird für die Übergangszeit dadurch Rechnung getragen, dass ein Gastwirt von der Ausnahme vom Rauchverbot nur Gebrauch machen kann, wenn er Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr den Zutritt zu seiner Gaststätte verwehrt. Am bisherigen gesetzgeberischen Konzept ausgerichtet (vgl. § 7 Abs. 2 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg; § 5 Satz 3 NRSG Berlin) ist auch die Regelung zur Kennzeichnungspflicht der Raucheraststätte und der damit geltenden Zutrittsbeschränkung.

168

2. Für Diskotheken ergänzt die Zwischenregelung zur Vermeidung weiterer erheblicher wirtschaftlicher Nachteile den § 7 Abs. 2 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg um die Maßgabe, dass die Zulassung von Raucherräumen gemäß § 7 Abs. 2 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg nur für solche Diskotheken nicht gilt, zu denen Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr Zutritt haben. Damit wird der bestehende Gleichheitsverstoß

169

vorläufig im Sinne eines Wahlrechts des Hausrechtsinhabers aufgelöst. Entscheidet sich der Diskothekenbetreiber dafür, seinen Betrieb nicht für Jugendliche zu öffnen, so kann er Raucherräume einrichten. Anderenfalls verbleibt es bei der Regelung des § 7 Abs. 2 Satz 2 LNRSchG Baden-Württemberg. Führt der Betreiber eine entsprechende Zugangsbeschränkung durch, so ist allerdings die Einschätzung des Gesetzgebers zu respektieren, dass die Schadstoffkonzentration in Diskotheken besonders hoch sei und die gleichzeitige körperliche Aktivität der Gäste zu stärkerer Inhalation der schadstoffhaltigen Innenraumlufte führe (LTDruks 14/1359, S. 16). Dem ist im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Übergangsregelung durch einen Ausschluss von Tanzflächen in Raucherräumen zu entsprechen.

IV.

Da die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu 1) bis 3) in vollem Umfang Erfolg haben, sind ihnen sämtliche notwendigen Auslagen gemäß § 34a Abs. 2 BVerfGG zu erstatten. 170

Die Entscheidung ist hinsichtlich der Zulässigkeit eines strikten Rauchverbots und hinsichtlich der Unverhältnismäßigkeit der Regelung für die getränkegeprägte Kleingastronomie mit jeweils 6 : 2 Stimmen und im Übrigen einstimmig ergangen. 171

Papier	Hohmann-Dennhardt	Bryde
Gaier	Eichberger	Schluckebier
Kirchhof		Masing

Abweichende Meinung des Richters Bryde

zum Urteil des Ersten Senats vom 30. Juli 2008

- 1 BvR 3262/07 -

- 1 BvR 402/08 -

- 1 BvR 906/08 -

Mit der Mehrheit des Senats bin ich der Auffassung, dass der Gesetzgeber mit dem Nichtraucherschutz ein besonders wichtiges Gemeinwohlziel verfolgt. Die wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Gefahren nicht nur des Rauchens sondern auch des Passivrauchens sind so eindeutig, dass die staatliche Schutzpflicht für Leben und Gesundheit gefordert ist. 172

Ebenfalls mit der Mehrheit halte ich daher auch ein vollständiges Rauchverbot in für die Öffentlichkeit bestimmten Räumen einschließlich der Gastronomie für verfassungsrechtlich zulässig. Die Berufsfreiheit hat in diesem Fall auch dann, wenn das für einzelne Betriebe tiefgreifende Folgen hat, hinter dem Gesundheitsschutz zurückzutreten. Das wäre noch deutlicher, wenn eine generelle bundesweit geltende Nichtraucherschutzgesetzgebung nicht an - möglicherweise unbegründeten - Zweifeln an einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes gescheitert wäre. Die wirtschaftlichen Auswirkungen einer solchen generellen Verbannung des Rauchens aus öffentlichen Räumen wäre nämlich für die (mit-) betroffene Gastronomie grundrechtlich nur Reflex gewesen und hätte den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG damit überhaupt nicht mobilisiert. Es ist Teil der Berufsfreiheit, sich im Rahmen der bestehenden Gesetze das Suchtverhalten des Publikums wirtschaftlich zu Nutzen zu machen, aber Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht davor, dass der Gesetzgeber solches Verhalten zum Schutz von Leben und Gesundheit erfolgreich bekämpft. 173

Im Ansatz kann ich auch der Überlegung der Mehrheit folgen, dass ein Gesetzgeber, der kein absolutes Rauchverbot für die Gastronomie anordnet, sondern Ausnahmen zulässt, dabei nicht willkürlich vorgehen und einzelne Gruppen unverhältnismäßig treffen darf. Das ist jedoch im vorliegenden Fall bei Anwendung der in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts üblichen Maßstäbe für die Überprüfung des berufsregelnden Gesetzgebers an Verhältnismäßigkeitsprinzip und Gleichheitssatz auch nicht geschehen. Den angegriffenen Landesgesetzen liegt aus der Perspektive des Gesetzgebers ein schlüssiges Konzept zugrunde. Ich kann nicht erkennen, dass die Landesgesetzgeber das Ziel des Nichtraucherschutzes relativiert hätten, so dass Lebens- und Gesundheitsschutz auch als Abwägungsposition gegenüber wirtschaftlichen Interessen relativiert werden könnten. Die Gesetze wollen Nichtrauchern eine rauchfreie Gastronomie garantieren, das heißt mindestens einen rauchfreien Hauptraum. Ausnahmen vom Rauchverbot sollen nur insoweit zugelassen werden, als diese den Nichtraucherschutz nicht gefährden. Die Umsetzung dieses Konzepts mag dem Gesetzgeber nicht perfekt gelungen sein. Die Annahme, Festzelte gleichen eher Außenbereichen als Innenräumen ist möglicherweise wissenschaftlich unzutreffend und auch die Zulassung des Rauchens in Nebenräumen mag in der Praxis Auswirkungen auf Nichtraucher haben. Aber nach der Einschätzung des Gesetzgebers sollte das gerade nicht der Fall sein, er wollte den Nichtraucherschutz so umfassend garantieren wie möglich und nur dort zurücktreten lassen, wo er keinen Schutz für nötig hielt. Wenn er dabei geirrt hat, mag die praktische Erfahrung den Gesetzgeber zum Nachbessern zwingen, das gefundene Modell liegt aber im Rahmen seiner Einschätzungsprerogative. Er hätte sich umgekehrt Vorwürfen einer unverhältnismäßigen Regelung ausgesetzt, wenn er das Rauchen auch dort noch verboten hätte, wo dies nach seiner vertretbaren Einschätzung für den Nichtraucherschutz nicht erforderlich ist. 174

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber bei der Regelung der Berufsausübung mit Recht in ständiger Rechtsprechung einen weiten 175

Spielraum eingeräumt, der auch notwendig ist, will es nicht zum Ersatzgesetzgeber werden. Das gilt besonders beim Schutz von wichtigen Gemeinschaftsgütern - und mit Leben und Gesundheit stehen hier die wichtigsten auf dem Spiel -, bei dem der Gesetzgeber von Verfassungen wegen ohnehin schon zwischen Untermaßverbot hinsichtlich einer möglichen Verletzung der Schutzpflicht und Übermaßverbot hinsichtlich der durch die Regelung Betroffenen eingeklemmt ist. Davon weicht die Mehrheit im vorliegenden Fall ab. Dabei wäre das Festhalten an einem weiten Spielraum gerade hier wichtig. Eine gesetzliche Reform wie der Nichtrauchererschutz - aber Vergleichbares ließe sich für viele Fälle aktueller Reformbemühungen im Verbraucher-, Umwelt- und Gesundheitsschutz sagen - ist ein politischer Kraftakt, bei dem der Gesetzgeber massivsten Widerständen mächtiger Lobbys ausgesetzt ist. Welche Widerstände zu überwinden waren, zeigt sich schon daran, dass die Bundesrepublik Deutschland im Nichtrauchererschutz ein Nachzügler in Westeuropa ist. Unter solchen Bedingungen wird im ersten Anlauf häufig nur ein mehr oder weniger durchlöcherter Kompromiss möglich sein – und Kompromiss ist geradezu Wesensmerkmal demokratischer Politik. Das Bundesverfassungsgericht darf keine Folgerichtigkeit und Systemreinheit einfordern, die kein demokratischer Gesetzgeber leisten kann. Zwingt man den Gesetzgeber unter solchen politischen Rahmenbedingungen in ein alles oder nichts, indem man ihm zwar theoretisch eine - politisch kaum durchsetzbare - Radikallösung erlaubt, aber Ausnahmen und Unvollkommenheiten benutzt, die erreichten Fortschritte zu kassieren, gefährdet das die Reformfähigkeit von Politik.

Bryde

Abweichende Meinung des Richters Masing

zum Urteil des Ersten Senats vom 30. Juli 2008

- 1 BvR 3262/07 -
- 1 BvR 402/08 -
- 1 BvR 906/08 -

Der Entscheidung des Senats vermag ich weder insoweit, als sie von den angegriffenen Rauchverboten weitreichende Ausnahmen fordert, noch insoweit, als sie den Gesetzgeber auf die Möglichkeit eines ausnahmslos strikten Rauchverbots verweist, zuzustimmen. Der Senat schlägt dem Gesetzgeber ohne Grund ein von diesem entwickeltes Konzept für einen anspruchsvollen, aber ausbalancierten Nichtrauchererschutz aus der Hand (I) und öffnet zugleich den Weg für eine Extremlösung, die mangels Interessenausgleichs unverhältnismäßig ist und die Gefahr paternalistischer Bevormundung birgt (II).

176

I.

Die angegriffenen Regelungen verwirklichen ein Schutzkonzept, das als Ausgleich verschiedener Interessen auch gegenüber kleinen Einraumgaststätten mit getränkeorientiertem Angebot („Eckkneipen“) grundsätzlich mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar und verhältnismäßig ist. Indem der Senat für alle derartigen Gaststätten eine Ausnahme fordert, nimmt er diesem Konzept seine Stringenz und einen großen Teil seiner Wirkung.

177

1. Der Gesetzgeber verfolgt das Konzept eines grundsätzlichen Vorrangs des Schutzes von Nichtrauchern bei nachrangiger Ermöglichung eines ergänzenden Raucherangebots. Jeder Gaststättenbetreiber hat danach die Pflicht, primär das Angebot auf Nichtraucher auszurichten. Ein Nichtraucher soll nicht vor die Alternative gestellt werden, entweder auf einen Gaststättenbesuch verzichten oder sich gesundheitsschädlichem Rauch aussetzen zu müssen. Erst wenn der Nichtrauchererschutz gesichert ist, sind daneben auch Raucherangebote erlaubt. Abgesehen von dem untergeordneten - und insoweit konzeptwidrigen - Sonderfall der Festzelte nach § 7 Abs. 1 Satz 3 LNRSchG Baden-Württemberg, erstreckt der jeweilige Gesetzgeber diese Regelung gleichermaßen und konsequent auf alle Gaststätten. Er räumt dem Gesundheitsschutz insoweit strikten Vorrang ein. Andererseits trägt er durch die nachrangige Möglichkeit eines räumlich zu trennenden Raucherangebots zugleich auch den Interessen der Raucher Rechnung.

178

2. Gegenüber den Gastwirten sind diese Regelungen - darin stimme ich mit dem Senat überein - ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit, der durch das Ziel des Gesundheitsschutzes legitimiert sowie hierfür geeignet und erforderlich ist. Entgegen der Auffassung des Senats ist dieser Eingriff aber grundsätzlich auch in Bezug auf „Eckkneipen“ verhältnismäßig im engeren Sinne. Das Ziel, Nichtraucher vor der Alternative zu schützen, sich Gesundheitsgefährdungen auszusetzen oder auf einen Gaststättenbesuch zu verzichten, hat hinreichendes Gewicht, um eine solche Inpflichtnahme auch ihnen gegenüber zu tragen. Die hierzu konzeptbezogen wechselnde Argumentation des Senats ist demgegenüber widersprüchlich. Warum der Gesundheitsschutz zwar ein ausnahmsloses Rauchverbot, wie der Senat meint (dazu unten II), nicht aber auch ein Rauchverbot, das dem Vorrangprinzip folgt, gegenüber „Eckkneipen“ tragen soll, ist nicht einzusehen. Das verfassungsrechtliche Gewicht des Gesundheitsschutzes ist nicht Folge gesetzlicher Wertungen, sondern deren Maßstab. Angesichts der klaren Vorrangverpflichtung zu Nichtraucherangeboten vor Raucherangeboten lässt sich dem Gesetzgeber auch nicht vorhalten, er selbst habe eine hinreichende Priorität des Gesundheitsschutzes nicht gewollt.

179

Freilich treffen die Gesetze Gaststätten je nach deren Möglichkeit, Raucherräume einzurichten, faktisch verschieden stark. Dabei werden „Eckkneipen“ besonders stark belastet: In der Regel kann in ihnen ein Raucherraum nicht abgetrennt werden und haben sie zugleich einen besonders großen Anteil an rauchenden Gästen, die vielfach abwandern werden. Dennoch ist die Regelung auch insoweit nicht unverhältnismäßig. Dass sich durch die

180

Änderung von gesetzlichen Rahmenbedingungen zum Schutz der Gesundheit, der Umwelt oder zur Durchsetzung sozialer Belange auch die Marktchancen der betroffenen Gewerbetreibenden oder Unternehmen ändern, schließt Art. 12 Abs. 1 GG nicht aus. Er gewährleistet weder einen Anspruch auf gleichbleibende Wettbewerbsbedingungen noch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbschancen (vgl. BVerfGE 24, 236 <251>; 34, 252 <256>; 105, 252 <265>; 106, 275 <299>; 110, 274 <288>; 116, 135 <152>). Die unterschiedlichen Auswirkungen der Regelungen auf die Gaststätten, je nachdem, ob sie ihrer Größe und Möglichkeit nach Nichtraucherräume einrichten können, sind angesichts gestiegener Anforderungen an den Gesundheitsschutz Ausdruck ihrer jeweiligen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und des Wettbewerbs. Von daher ist auch ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz nicht zu erkennen: Ebenso wenig wie etwa im Umweltrecht können auch vorliegend Schutzanforderungen, die für alle gleich gelten, allein wegen ihrer verschiedenen wirtschaftlichen Folgen das Verdikt der verfassungswidrigen Ungleichbehandlung begründen. Dass auch der relativ hohe Raucheranteil in „Eckkneipen“ nicht deren Freistellung von Schutzanforderungen aus Gleichheitsgründen erfordert, beurteilt bezogen auf ein striktes Rauchverbot auch der Senat nicht anders. Warum der Gesundheitsschutz im Rahmen des vom Gesetzgeber gewählten Vorrangkonzepts diese Ungleichbehandlung demgegenüber nicht rechtfertigen soll, leuchtet nicht ein.

Allerdings können unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit Härteregelungen zur Abpufferung einer Übergangszeit geboten sein, wie zum Beispiel Regelungen, die in Einzelfällen Zeit geben zur Verlegung oder Zusammenlegung von Betrieben, zur Erarbeitung von alternativen Angebotskonzepten, zur Anpassung von Dauerverträgen oder zur Amortisierung von Investitionen. Auch können Ausnahmen für Fälle erforderlich sein, in denen offenkundig ein vollwertiges Nichtraucherangebot in zumutbarer Nähe besteht. Diesbezüglich genügen die angegriffenen Regelungen in der Tat nicht in jeder Hinsicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. Ob der Gesetzgeber solche Regeln für praktikabel hält oder aus verwaltungspraktischen Gründen die Ausnahmen dann typisierend ausweiten will, hat nicht das Bundesverfassungsgericht, sondern er selbst zu entscheiden.

181

Über solche einzelfallbezogenen Übergangs- und Ausnahmeklauseln hinaus ist demgegenüber von Verfassungs wegen eine Korrektur der Gesetze nicht geboten. Im Grundsatz ist die Härte der Regelung für „Eckkneipen“ nur die Konsequenz eines vom Gesetzgeber im Rahmen seiner Gestaltungsmöglichkeiten zulässig in den Vordergrund gestellten Gesundheitsschutzes für Nichtraucher und verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

182

3. Demgegenüber entwertet der Senat den durch die angegriffenen Regelungen ins Werk gesetzten Nichtraucherschutz prinzipiell und erheblich. Indem er für alle „Eckkneipen“ unterschiedslos eine Ausnahme vom Rauchverbot fordert, wird eine große Zahl von Gaststätten von dem Rauchverbot ausgenommen (auf Bundesebene sollen von etwa 243.000 Hotel- und Gaststättenbetrieben beziehungsweise 187.000 Betrieben des Gaststättengewerbes 60.000 bis 80.000 überwiegend getränkegeprägte Einraumbetriebe sein; vgl. Stellungnahme DEHOGA Bundesverband). Auch wenn diese angesichts ihrer Größe nur über vergleichsweise wenige Sitzplätze verfügen und zu den vom Senat erfassten „Eckkneipen“ keine genauen Zahlenangaben möglich sind, ist doch deutlich, dass die geforderte Ausnahme das gesetzgeberische Schutzkonzept weit mehr als am Rande betrifft. Sie setzt in weitem Umfang schon den Grundgedanken des Konzepts selbst außer Kraft und erlaubt das Rauchen auch dort, wo für Nichtraucher keine Ausweichmöglichkeiten bestehen.

183

II.

Als politische Alternative verweist der Senat auf die Möglichkeit eines radikalen Rauchverbots in Gaststätten ohne jede Ausnahme. Diese Ausführungen sind weder veranlasst noch in der Sache tragfähig. Ein ausnahmsloses Rauchverbot ist zum Schutz der Nichtraucher nicht erforderlich und als Maßnahme der Suchtprävention zum Schutz der Bürger vor sich selbst unverhältnismäßig. Es wäre ein Schritt in Richtung einer staatlichen Inpflichtnahme zu einem „guten Leben“, die mit der Freiheitsordnung des Grundgesetzes nicht vereinbar ist.

184

1. Die Ausführungen zur Verfassungsmäßigkeit eines radikalen Rauchverbots sind für die verfassungsrechtliche Beurteilung der angegriffenen Vorschriften weder erforderlich noch für die Begründung des Senats tragend. Zumal in Deutschland ein solches Konzept bisher in keinem Bundesland - nach der praxisleitenden Interpretation des geltenden Rechts auch nicht in Bayern - politisch durchgesetzt wurde, gibt es für ein solches obiter dictum keinen Anlass. Wenn der Senat dennoch hierzu breite Ausführungen macht, liegt darin ein unzulässiger Übergriff in die Gesetzgebungspolitik.

185

2. Ein ausnahmsloses Rauchverbot in allen Gaststätten wäre meines Erachtens auch in der Sache verfassungswidrig. Es handelte sich hierbei um einen Eingriff sowohl in die Berufsfreiheit der Gastwirte nach Art. 12 Abs. 1 GG als auch in die Freiheit der Raucher nach Art. 2 Abs. 1 GG, der mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vereinbar wäre.

186

a) Mit Blick auf den Schutz der Nichtraucher vor den Gefahren des Passivrauchens fehlt es für ein ausnahmsloses Rauchverbot schon an der Erforderlichkeit. Wenn in einer Gaststätte ein vollwertiges Nichtraucherangebot gewährleistet ist, ändert ein ergänzender Raucherraum nichts daran, dass die Inanspruchnahme der gastronomischen Leistung ohne Gesundheitsgefährdung möglich ist. Ein umfassendes Verbot auch von Rauchernebenräumen lässt sich insbesondere nicht dadurch rechtfertigen, dass Nichtraucher möglicherweise gerade in diesen Nebenraum einkehren möchten, um die Gesellschaft der dort befindlichen Gäste zu genießen. Eine solche Argumentation, die allein den Wunsch eines Nichtrauchers nach der Gesellschaft von Rauchern hinreichen lässt, um Letzteren das Rauchen zu untersagen, stellt das freiheitsbestimmte Nebeneinander von Rauchern

187

und Nichtraucher selbst in Frage. Sie stärkt nicht den Nichtraucherschutz beim Gaststättenbesuch, sondern eröffnet es Nichtrauchern, sich Rauchern gegen ihren Willen auch dann aufzudrängen, wenn diese sich in einen eigenen Bereich zurückziehen. Verfassungsrechtlich gibt es hierfür keine Rechtfertigung.

b) Ein ausnahmsloses Rauchverbot kann auch nicht auf den Schutz der „Eckkneipen“ vor Abwanderung von deren rauchenden Gästen gestützt werden. Dass ein mit dem Gesundheitsschutz Dritter vereinbares Raucherangebot wirtschaftlich nicht allen Gaststätten gleichermaßen möglich ist, legitimiert es nicht, ein entsprechendes Angebot insgesamt zu verbieten. Die Festschreibung tatsächlicher Marktkräfte ist kein hinreichender Grund, um Rauchern den Genuss von Tabak bei Speise und Trank in der Öffentlichkeit auch dort zu untersagen, wo es aus Gründen des Nichtraucherschutzes nicht erforderlich ist. 188

c) Der Landesgesetzgeber kann ein ausnahmsloses Rauchverbot auch nicht mit dem Schutz der Beschäftigten rechtfertigen. Ihm fehlt für eine darauf bezogene Regelung die Kompetenz. Den Konflikt zwischen Arbeitsschutz und den Gefährdungen des Passivrauchens hat der Bund durch seine Arbeitsstättenverordnung abschließend geregelt. Gegenüber Regelungen der Länder, die spezifisch diesen Konflikt aufgriffen, ihn anders bewerteten und zum Anlass oder zur Rechtfertigung einer strengeren Regelung nahmen, entfaltet diese Regelung gemäß Art. 72 Abs. 1 GG Sperrwirkung. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit weist das Grundgesetz den Ländern nicht die Kompetenz zu, abschließende Bundesregelungen, die sie für unzulänglich und reformbedürftig halten, durch andere weitergehende Normen „nachzubessern“ (vgl. BVerfGE 36, 193 <211>; 109, 190 <230>; stRSpr). 189

d) Ein absolutes Rauchverbot lässt sich auch nicht auf das allgemeine Anliegen der Suchtprävention und den darin eingeschlossenen Gedanken des Schutzes der Bürger vor sich selbst stützen. 190

Allerdings ist die Suchtprävention ein legitimes Anliegen des Gesetzgebers, das es erlauben kann, freiheitsverbürgte Verhaltensweisen, die zugleich ein Suchtpotential haben, zu erschweren, einzugrenzen oder ein Stück weit aus der öffentlichen Wahrnehmung zu drängen. Der Gesetzgeber kann insoweit in Blick auf negative Folgen für Dritte oder die Allgemeinheit oder auch unmittelbar zur Verminderung von Abhängigkeiten Regelungen zum Schutze der Betroffenen vor Versuchungen und damit letztlich vor sich selbst treffen. 191

Auch dieses Anliegen aber - auf das die Nichtraucherschutzgesetze bisher auffälligerweise nicht gestützt wurden - könnte ein ausnahmsloses Rauchverbot in Gaststätten nicht tragen. Zwar mag es geeignet und erforderlich sein, um die Attraktivität des Rauchens und damit auch Wege in die Abhängigkeit zu verringern. Es wäre in seiner Kompromisslosigkeit aber unverhältnismäßig. 192

Mit einem absoluten gaststättenrechtlichen Rauchverbot wird das gesellige Beisammensein und Feiern bei Tabak, Speise und Trank völlig aus dem öffentlichen Raum und dem gewerblichen Angebot verbannt. Soll es ohne Umgehungsmöglichkeit ernst genommen werden, muss es grundsätzlich auch entsprechende gewerbliche Angebote im Rahmen von privaten Vereinen umfassen. Der Genuss von Tabak bei Speise und Trank wäre danach im Wesentlichen nur noch innerhalb der privaten vier Wände möglich. Dieses aber ist angesichts einer Tradition, in der diese Verbindung seit Jahrhunderten von vielen als Teil von Lebensfreude empfunden und gepflegt wird, und angesichts eines Raucheranteils von mehr als 30 % der erwachsenen Bevölkerung unverhältnismäßig. Auch wenn der Tabakkonsum überaus gesundheitsschädlich und der Genuss von Tabak wie der Genuss jeder Droge unvernünftig ist und auch wenn er einen großen Teil der Raucher in bedrückende Abhängigkeit bringt, so ändert das nichts daran, dass er als Bestandteil unserer Kultur von der allgemeinen Handlungsfreiheit geschützt ist. Das gaststättenrechtliche Rauchverbot ist insoweit auch mehr als die Bagatelbelastung, zur Befriedigung einer Sucht vor die Tür treten zu müssen. Es unterbindet vielmehr eine tradierte Form des kommunikativen Miteinanders in als persönlich wichtig angesehenen Situationen, für die der - zu Recht oder zu Unrecht als subjektiv frei empfundene - Rückgriff auf den gesundheitsschädigenden Tabak als wesentlich erlebt wird. In Blick auf damit verbundene Gefahren kann der Gesetzgeber auf solche Traditionen einwirken und sie zurückdrängen. Dabei hat er auch einen erheblichen Gestaltungsspielraum. Er kann aber nicht auf dem Verbotswege die Verbindung von Tabak, Speise und Trank völlig dem gewerblichen Angebot in der Öffentlichkeit entziehen. 193

3. Die Freiheitsrechte des Grundgesetzes verpflichten den Gesetzgeber auf Regelungen, die der schwierigen Spannung von Schutz und Freiheit ausgleichend Rechnung tragen. Damit verträgt sich die Radikallösung eines absoluten gaststättenrechtlichen Rauchverbots nicht. Mit ihr wird vielmehr ein Weg edukatorischer Bevormundung vorgezeichnet, der sich auf weitere Bereiche ausdehnen könnte und dann erstickend wirkt. In der Praxis wird ein solches Konzept überdies Gefahr laufen, doppelbödige Ausweichstrategien oder Vollzugsdefizite hervorzubringen, und auch von daher das Rechtsstaatsprinzip aufweichen. Indem der Senat einerseits ein auf Ausgleich bedachtes Nichtraucherschutzkonzept entkräftet, andererseits aber auf eine kompromisslose Maximallösung verweist, verstellt er dem Gesetzgeber Mittellösungen, wie sie einer freiheitlichen Ordnung gemäß sind. 194

Masing