

# Übungsfall: Rauchfreie Gaststätte

Von Wiss. Mitarbeiter Ass. Jur. **Holger Greve**, Berlin\*

## Sachverhalt

Nachdem eine, zunächst zwischen dem Landesverband der Gaststätten- und Spielhallenbetreiber und dem Land L getroffene, nicht rechtsverbindliche Zielvereinbarung zum Nichtraucherschutz keinen Erfolg hatte, trat am 1.1.2010 das vom Landesparlament beschlossene Nichtraucherschutz-Gesetz (LNSG) im Land L in Kraft.

Ein Zweck des Gesetzes ist der Schutz der menschlichen Gesundheit vor den Gefahren des Passivrauchens; darüber hinaus zielt es darauf ab, den Tabakkonsum bei Kindern und Jugendlichen zu verringern. Das Gesetz enthält u.a. folgende Vorschriften:

### § 2 LNSG Allgemeines Rauchverbot

(1) Das Rauchen ist in folgenden Einrichtungen untersagt [...]

(2) Soweit nicht von Absatz 1 erfasst, gilt das Rauchverbot auch in folgenden Einrichtungen: [...]

8. Gaststätten
10. Spielhallen

### § 3 LNSG Ausnahmen

Das allgemeine Rauchverbot gilt nicht in [...] abgetrennten Nebenräumen von Gaststätten, sofern diese als Räume, in denen das Rauchen zugelassen ist, gekennzeichnet sind [...].

### § 4 LNSG Umsetzung des Rauchverbotes

(1) Verantwortlich für die Einhaltung des Rauchverbotes sind der Inhaber des Hausrechts, der Betreiber einer gewerblichen Einrichtung und deren Beauftragte.

(2) Auf das Rauchverbot ist deutlich sichtbar hinzuweisen.

(3) Bei Verstößen gegen das Rauchverbot hat der Verantwortliche das Rauchen zu unterbinden.

### § 5 LNSG Ordnungswidrigkeiten

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig in einer rauchfreien Einrichtung raucht oder als Verantwortlicher seinen Pflichten nach § 4 Abs. 2 oder 3 nicht nachkommt.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu 5000 EUR geahndet werden.

B, deutsche Staatsangehörige, betreibt eine Spielhalle im Land L in der Stadt A. Da am Eingang ihrer Spielhalle ein Schild mit dem Hinweis „Rauchen erlaubt“ angebracht war und die B das Rauchen in der Spielhalle gestattete, erließ die Stadt A am 17.3.2010 einen Bußgeldbescheid gegen B mit

einer Geldbuße in Höhe von 200 Euro. Hiergegen erhob die B vor dem zuständigen Amtsgericht in A Einspruch. B sieht sich in ihrer Gewerbeausübung unzumutbar beeinträchtigt, da ihr aufgrund eines Rauchverbotes unzumutbare Umsatzeinbußen drohen würden. Angesichts des klaren Wortlauts von § 2 Abs. 2 Nr. 10 LNSG hält das Amtsgericht dies für verfassungswidrig. Zudem sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber ein dem Grundsatz der Folgerichtigkeit entsprechendes Schutzkonzept entwickelt habe, denn für Spielhallenbetreiber sei anders als für Gaststättenbetreiber keine Ausnahmemöglichkeit gegeben. Wäre daher das Gesetz verfassungswidrig, müsste die B vom Vorwurf der Ordnungswidrigkeit nach § 5 LNSG freigesprochen werden. Das Amtsgericht legt daher dem Bundesverfassungsgericht § 2 Abs. 2 Nr. 10 LNSG zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit vor. Es ist davon auszugehen, dass die B vom Vorwurf der Ordnungswidrigkeit freigesprochen werden muss, sofern sich § 2 Abs. 2 Nr. 10 LNSG als verfassungswidrig erweist.

Prüfen Sie Zulässigkeit und Begründetheit der Vorlage des Amtsgerichts unter allen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten.

## Lösungsvorschlag<sup>1</sup>

Das BVerfG wird § 2 Abs. 2 Nr. 10 LNSG für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklären, sofern die Vorlage des AG zulässig und begründet ist, § 81 BVerfGG.

### A. Zulässigkeit

#### I. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG müsste vorliegend zunächst für die Sachentscheidung zuständig sein. Die Zuständigkeit des BVerfG ist in Art. 93 Abs. 1 GG, § 13 BVerfGG abschließend geregelt. Das BVerfG kann nur tätig werden, wenn ihm das angestrebte Verfahren zugewiesen ist.<sup>2</sup> Die Zuständigkeit im Verfahren der konkreten Normenkontrolle ergibt sich aus Art. 93 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. Art. 100 Abs. 1 GG, Art. 94 Abs. 2 S. 1 GG

<sup>1</sup> Dem Fall liegen die Entscheidungen des BVerfG NJW 2008, 2409 = BVerfGE 121, 317 m. Anm. *Cornils*, ZJS 2008, 660; BVerfG NJW 2008, 2701; BVerfG NVwZ 2010, 38; ThürVerfGH, Beschl. v. 5.12. 2008 – VerfGH 26/08; VerfGH 34/08, abrufbar unter <http://www.thverfgh.thueringen.de/>; SaarlVerfGH, Urt. v. 1.12.2008 – LV 2/08; 3/08; 6/08, abrufbar unter <http://www.verfassungsgerichtshof-saarland.de/>; Sächs-VerfGH, Beschl. v. 20.11.2008 – Vf. 63-IV-08 (HS); sowie Beschl. v. 16.10.2008 – Vf. 15-IV-08; 59-IV-08, abrufbar unter <http://www.verfassungsgerichtshof.sachsen.de/>, zugrunde. Siehe ferner zur Thematik etwa *Heintzen/Albrecht*, Jura 2009, 787; *Betzinger/Wöhler*, NdsVBl. 2009, 59; *Reuter/Wiedmann*, Jura 2009, 221; *Langenfeld/v. Bargen/Müller*, JuS 2008, 795; *Kintz*, JuS 2008, 816.

<sup>2</sup> Vgl. BVerfGE 13, 174 (176 f.); 22, 293 (298); 63, 73 (76); 91, 38 (39); *Storost*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger* (Hrsg.), BVerfGG, 2. Aufl. 2005, § 13 Rn. 6; *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl. 2010, Rn. 77.

\* Der Verf. ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter von Prof. Dr. Michael Kloepfer am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht, Umweltrecht, Finanz- und Wirtschaftsrecht, Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Er dankt Herrn Prof. Dr. Michael Kloepfer für wertvolle Hinweise und Anregungen.

i.V.m. §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG. Das BVerfG kann auch über die Verfassungsmäßigkeit von Landesgesetzen entscheiden (hier LNSG), soweit die Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz gerügt wird Art. 100 Abs. 1 S. 2 GG, § 13 Nr. 11 BVerfGG. Das Landesverfassungsgericht wäre nur dann zuständig, wenn es um die Vereinbarkeit eines Landesgesetzes mit der Landesverfassung ginge (Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG). Zu klären ist hier die Vereinbarkeit von § 2 Abs. 2 Nr. 10 LNSG mit dem Grundgesetz. Folglich ist das BVerfG zuständig.

## II. Vorlageberechtigung

Des Weiteren müsste die Vorlageberechtigung gegeben sein. § 80 Abs. 1 BVerfGG i.V.m. Art. 100 Abs. 1 GG sieht vor, dass ein Fachgericht durch Vorlage- und Aussetzungsbeschluss die Entscheidung des BVerfG einholt. Als Gericht ist hierbei jede allein durch Richter (Art. 92 GG) handelnde Spruchstelle zu verstehen, die sachlich unabhängig, in einem formell gültigen Gesetz mit den Aufgaben eines Gerichts betraut und als Gericht bezeichnet ist.<sup>3</sup> Bei dem vorliegenden Amtsgericht ist dies unproblematisch der Fall.

## III. Vorlagegegenstand

Es müsste ferner gemäß § 80 Abs. 1 BVerfGG i.V.m. Art. 100 Abs. 1 GG ein statthafter Vorlagegegenstand gegeben sein. Hierunter fallen nach der einschränkenden Auslegung des BVerfG von Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG alle formell verkündeten Bundes- und Landesgesetze, die nachkonstitutionell ergangen sind.<sup>4</sup> Grund hierfür ist der Schutz des parlamentarischen Gesetzgebers vor der Missachtung seiner Normen durch jeden Richter, sowie die Vermeidung von Rechtsunsicherheit und Rechtszersplitterung in der Klärung verfassungsrechtlicher Fragen.<sup>5</sup> Zudem wird die Wahrung der Autorität des konstitutionellen Gesetzgebers bei vorkonstitutionellem Recht nicht gefährdet.<sup>6</sup> Da es sich vorliegend um ein formelles Landesgesetz handelt, liegt mithin ein tauglicher Vorlagegegenstand vor.

## IV. Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit

Die Zulässigkeit einer Richtervorlage setzt nach § 80 Abs. 1 BVerfGG i.V.m. Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG des Weiteren voraus, dass das vorlegende Gericht das dem BVerfG vorgelegte formelle Gesetz für verfassungswidrig hält. Bloße Zweifel hingegen genügen nicht und führen zur Unzulässigkeit der Vorlage.<sup>7</sup> Das beanstandete Gesetz dürfte auch keiner verfas-

sungskonformen Auslegung zugänglich sein, denn sofern auch nur eine Auslegungsmethode zu dem Ergebnis kommt, das Gesetz sei, interpretierte man es in eine bestimmte Richtung, mit dem Grundgesetz vereinbar, wäre für eine Vorlage kein Raum.<sup>8</sup> Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass das Gericht etwaige Auslegungsmöglichkeiten verkannt hat.

## V. Vorlagegrund/Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Norm

Schließlich wäre die Vorlage zum BVerfG nur dann zulässig, wenn das formelle Gesetz für den Ausgang des Rechtsstreits entscheidungserheblich wäre, es also auf seine Gültigkeit für die Entscheidung ankommt.<sup>9</sup> Dies ist nur dann der Fall, wenn das vorlegende Gericht bei Gültigkeit des formellen Gesetzes anders entscheiden müsste als bei dessen Ungültigkeit.<sup>10</sup> Maßgeblich für die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit ist die Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts, sofern sie nicht offensichtlich unhaltbar ist.<sup>11</sup> Wäre vorliegend § 2 Abs. 2 Nr. 10 LSNG verfassungsgemäß und würde somit ausnahmslos das allgemeine Rauchverbot für Spielhallen gelten, wäre der auf Grundlage von § 5 Abs. 1 i.V.m. 4, § 2 Abs. 2 Nr. 10 LNSG ergangene Bußgeldbescheid rechtmäßig, müsste die Geldbuße festgesetzt werden.<sup>12</sup> Sofern jedoch von der Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 2 Nr. 10 LSNG auszugehen wäre, müsste dem Einspruch durch Freispruch der B stattgegeben werden, da ein Bußgeldbescheid in diesem Falle rechtswidrig wäre. Folglich hängt die Endentscheidung des Amtsgerichts nach dessen vertretbarer Beurteilung von der Gültigkeit des für verfassungswidrig gehaltenen Gesetzes ab.

## VI. Form

Mangels gegenteiliger Angaben ist davon auszugehen, dass der Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Amtsgerichts den Begründungs- und Formerfordernissen von §§ 80 Abs. 2, 23 Abs. 1 BVerfGG entspricht.

## VII. Zwischenergebnis

Die Vorlage ist demnach zulässig.

## B. Begründetheit

Die Vorlage des Amtsgerichts ist begründet, sofern § 2 Abs. 2 Nr. 10 LSNG nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist, §§ 81, 82 i.V.m. 78 BVerfGG. Die vorgelegte Norm ist in allen ihren Rechtswirkungen und unter allen Gesichtspunkten

<sup>3</sup> BVerfGE 6, 55 (63); 7, 1 (5); 30, 170 (171 f.); *Dollinger*, in: *Umbach/Clemens/Dollinger* (Fn. 2), § 80 Rn. 27 ff.

<sup>4</sup> BVerfGE 2, 124 (128 ff.); 70, 126 (129 f.); 97, 117 (122); *Ulsamer*, in: *Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 29 Lfg., Stand: 2009, § 80 Rn. 27, 36.

<sup>5</sup> Vgl. *Heun*, AöR 122 (1997), 610 (612, 614) m.w.N.; ferner *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 135 ff.

<sup>6</sup> *Schoch*, *Übungen im Öffentlichen Recht I*, 2000, S. 309.

<sup>7</sup> BVerfGE 1, 184 (189); 78, 104 (117); 80, 54 (59); 86, 52 (57).

<sup>8</sup> *Dollinger* (Fn. 3), § 80 Rn. 55; *Ulsamer* (Fn. 4), § 80 Rn. 283.

<sup>9</sup> BVerfGE 104, 74 (82); siehe auch *Schlaich/Korioth* (Fn. 2), Rn. 146 ff.

<sup>10</sup> BVerfGE 50, 108 (113); 76, 100 (104); 85, 337 (343); 90, 145 (170).

<sup>11</sup> BVerfGE 2, 380 (389); 7, 171 (175), 65, 1 (7); 72, 51 (60); 78, 1 (5); 79, 245 (249), 81, 40 (49 f.).

<sup>12</sup> Vgl. § 72 Abs. 3 OWiG.

Gegenstand des Verfahrens, folglich sind alle Verfassungsbestimmungen Prüfungsmaßstab.<sup>13</sup>

## I. Formelle Verfassungsmäßigkeit

### 1. Zuständigkeit

Das Land L müsste für den Erlass des LNSG zuständig gewesen sein. Grundsätzlich steht den Bundesländern das Recht zur Gesetzgebung zu, Art. 70 GG.<sup>14</sup> Dieses ist nur insoweit ausgeschlossen, als dem Bund entweder eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz nach Art. 71, 73 GG zusteht oder er von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 GG) abschließend Gebrauch gemacht hat, so dass die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG einer landesgesetzlichen Regelung entgegen stehen würde. Für den Regelungsbereich des Nichtraucherschutzes in Spielhallen steht dem Land L gemäß Art. 70 Abs. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz zu.<sup>15</sup> Andere Auffassungen hinsichtlich der einschlägigen Gesetzgebungskompetenzen sind bei entsprechender Argumentation durchaus vertretbar. So kommen durchaus auch andere Kompetenzmaterien im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung in Betracht, so etwa Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 („Fürsorge“), Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 („Arbeitsschutz“), Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 („Maßnahmen gegen gemeingefährliche Krankheiten“; „Recht der Gifte“), Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 („Recht der Genussmittel“) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 („Luftreinhaltung“) GG, auf die ein Rauchverbot in der Gastronomie und ebenso in Spielhallen jeweils gestützt werden könnte.<sup>16</sup> Eine umfassende Kompetenz zum Erlass von Rauchverboten steht dem Bund aber wohl nicht zur Verfügung, er kann nur in expliziten Teilbereichen ein Rauchverbot normieren, dementspre-

chend dürfte hier die Allzuständigkeit der Länder nach Art. 70 GG eingreifen.<sup>17</sup> Letztlich kann die Entscheidung vorliegend jedoch dahingestellt bleiben, denn es ist nicht ersichtlich, dass der Bundesgesetzgeber eine abschließende Regelung getroffen hat, so dass die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG nicht eingreift.

### 2. Verfahren, Form

Hinsichtlich Verfahren und Form gibt es keine Hinweise, so dass diesbezüglich keine Prüfung angezeigt ist.

### 3. Zwischenergebnis

Das LNSG ist formell verfassungsgemäß zustande gekommen.

## II. Materielle Verfassungsmäßigkeit

### 1. Verletzung von Art. 14 Abs. 1 GG

#### a) Schutzbereich

##### aa) Persönlicher Schutzbereich

Die Eröffnung des persönlichen Schutzbereiches kann vorliegend unproblematisch bejaht werden.

##### bb) Sachlicher Schutzbereich

Zwar hat das BVerfG<sup>18</sup> es bislang offen gelassen, ob der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb die konstituierenden Merkmale des verfassungsrechtlichen Eigentumsbeg-

<sup>13</sup> BVerfGE 3, 187 (196 f.); 26, 44 (58); 67, 1 (11); 93, 121 (133).

<sup>14</sup> Vgl. etwa Uhle, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, 54. Lfg., Stand: 2009, Art. 70 Rn. 2.

<sup>15</sup> In diese Richtung BVerfGE 121, 317 (347); SaarlVerfGH, Urt. v. 1.12.2008 – LV 2/08; 3/08; 6/08, UA S. 14; explizit SächsVerfGH, Beschl. v. 20.11.2008 – Vf. 63-IV-08 (HS), UA S. 7; ähnlich aber zusätzlich auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG abstellend ThürVerfGH, Beschl. v. 5.12.2008 – VerfGH 26/08; 34/08, UA S. 12; ferner VG München GewArch 2008, 258; so auch VG Neustadt GewArch 2008, 170, die sich auf den Umkehrschluss von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG berufen. Die Föderalismusreform 2006 hat einzelne, zuvor nicht ausdrücklich benannte Teilbereiche des Rechts der Wirtschaft von der Bundeszuständigkeit ausgenommen und diese Gegenstände dadurch in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder überführt. Im Einzelnen sind dies das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schausstellung von Personen, der Messen sowie der Ausstellungen und Märkte. Dementsprechend wäre vorliegend die Länder nach Art. 70 Abs. 1 GG regelungsbefugt.

<sup>16</sup> Vgl. etwa Zimmermann, NVwZ 2008, 705 (707); Rossi/Lenski, NJW 2006, 2657; sowie bereits die ausführliche Untersuchung bei Ossenbühl/Cornils, Hat der Bund die Gesetzgebungskompetenzen zum Erlaß eines Nichtraucherschutzgesetzes?, 1994 m.w.N.

<sup>17</sup> So z.B. Rossi/Lenski, NJW 2006, 2657 (2660); so auch schon Ossenbühl/Cornils (Fn. 16), S. 95. Der Bund hat bisher auch nur in einzelnen Teilbereichen Rauchverbote eingeführt, so z.B. das Gesetz zur Einführung eines Rauchverbotes in Einrichtungen des Bundes und öffentlichen Verkehrsmitteln – BNichtrSchG v. 20.7.2007, BGBl I 2007, S. 1595 oder etwa § 5 ArbStättV. Die Frage inwieweit etwa mit der Arbeitsstättenverordnung entgegenstehendes Bundesrecht vorliegt, kann vorliegend dahin stehen, da ein Eingehen der Bearbeiter darauf nicht erwartet werden kann und es ohnehin an einem Hinweis im Sachverhalt mangelt; vgl. dazu die entsprechende Passage aus dem Urteil: „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. 2 ArbStättV) getroffen, nicht aber auch – wie die Landesgesetze zum Nichtraucherschutz (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 BadWürttNRS; § 1 BerlNRS) – mit dem Ziel des Schutzes der Bevölkerung insgesamt – und damit insbesondere der Besucher von Gaststätten – vor Gesundheitsgefährdungen durch Passivrauchen“, BVerfGE 121, 317 (347); siehe auch BayVerfGH, Ent. v. 25.6.2010 – Vf. 1-VII-08, juris Rn. 138. Dementsprechend liegt auch keine Sperrwirkung nach Art. 72 Abs. 1 GG und auch kein Vorrang eines Bundesgesetzes nach Art. 31 GG vor.

<sup>18</sup> Vgl. etwa BVerfGE 105, 252 (278) m.w.N.

riffs aufweist, dies kann aber vorliegend dahinstehen, denn die Beeinträchtigung, aufgrund des Rauchverbotes erhebliche Umsatzeinbußen zu erleiden, wird von Art. 14 Abs. 1 GG nicht umfasst. Art. 14 GG schützt gerade keine Chancen und Verdienstmöglichkeiten, sondern nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen.<sup>19</sup> Die Beschränkung der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit des Spielhallenbetreibers wird nicht von der Gewährleistungsfunktion der Eigentumsgarantie umfasst.<sup>20</sup> Denn der Erwerb ist allein vom Schutzbereich des Art. 12 GG umfasst, während der Schutz des Erworbenen Art. 14 GG unterfällt. Zudem zielen die durch das LNSG auferlegten Verbote und Verhaltenspflichten schwerpunktmäßig auf die gewerbliche Tätigkeit der Spielhallenbetreiber ab und nicht auf die Ausübung von Eigentümerbefugnissen.<sup>21</sup> Folglich ist der Schutzbereich von Art. 14 GG nicht eröffnet.<sup>22</sup>

## 2. Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG<sup>23</sup>

### a) Schutzbereich

#### aa) Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich ist unproblematisch eröffnet.

<sup>19</sup> BVerfGE 30, 292 (334 f.).

<sup>20</sup> BVerfGE 121, 317 (344 f.).

<sup>21</sup> SächsVerfGH, Beschl. v. 20.11.2008 – Vf. 63-IV-08 (HS), UA S. 16.

<sup>22</sup> Inwieweit der Kundenstamm vom Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG umfasst wird, ist umstritten. Vgl. dazu *Correll/Wagner*, DÖV 2009, 698 (700).

<sup>23</sup> Grundsätzlich sind Freiheits- und Gleichheitsrechte nebeneinander anwendbar. In einigen Fällen besteht zwischen Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 12 Abs. 1 GG eine „verbundene Idealkonkurrenz“ (*Breuer*, in: HStR VI, § 147 Rn. 99). Dabei ergeben sich Inhalt und Reichweite einzelner Grundrechtspositionen der Berufsfreiheit aus dem Zusammenspiel mit Art. 3 Abs. 1 GG. Sofern der Gesetzgeber eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu einer Gruppe anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten, liegt eine Verletzung des Gleichheitsgrundrechts vor. Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind hier umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, hier namentlich die durch Art. 12 Abs. 1 GG verbürgten Berufsausübungsfreiheit auswirken. Dementsprechend ist eine solche Regelung am Maßstab von Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG zu messen, da sich die Ungleichbehandlung zwischen Gaststätten und Spielen auf Art. 12 Abs. 1 GG auswirkt. Vertretbar wäre es aber sicherlich auch Art. 3 Abs. 1 GG getrennt zu prüfen. Die bisherige Rechtsprechung des BVerfG und der Landesverfassungsgerichte haben das Rauchverbot jedenfalls anhand von Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG bzw. dessen landesrechtlicher Verbürgung geprüft, so dass diesem Lösungsweg hier gefolgt wird; vgl. BVerfGE 121, 317 (369 ff.); BVerfG NVwZ 2010, 38 (39).

### bb) Sachlicher Schutzbereich

Der Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG suggeriert eine Aufspaltung des Abwehrrechts in ein unbeschränkbares Grundrecht der Wahl von Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte und ein dem Vorbehalt gesetzlicher Regelung unterworfenen Recht auf freie Berufsausübung.

Schon früh ist jedoch in der Rechtsprechung des BVerfG die Einheitlichkeit des abwehrrechtlichen Schutzbereichs klargestellt worden. Trotz des Wortlauts bilden Berufswahl- und -ausübungsfreiheit ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit.<sup>24</sup> Berufswahl und Berufsausübung lassen sich nicht als verschiedene Phasen des Berufslebens voneinander trennen, denn einerseits stellt die Aufnahme der Berufstätigkeit sowohl den Beginn der Berufsausübung als auch die erste (und häufig einzige) Betätigung der Berufswahl dar, andererseits aktualisiert sich die Berufswahl in der laufenden Berufsausübung oder in deren freiwilliger Beendigung.<sup>25</sup> Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet somit auch das Recht der freien Wahl und Ausübung von Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte. Zentraler Begriff des grundrechtlichen Schutzbereichs ist der des Berufs, worin eine Neuentwicklung unter dem Grundgesetz zu sehen ist, denn traditionell ist derjenige des Gewerbes gebräuchlich gewesen. Hierunter wird in Rechtsprechung<sup>26</sup> und Literatur<sup>27</sup> jede auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage verstanden. Das Betreiben einer Spielhalle fällt unproblematisch unter den verfassungsrechtlichen Berufsbegriff. Die in Art. 12 Abs. 1 GG umfassend geschützte Berufsausübungsfreiheit erstreckt sich auch auf das Recht, Art und Qualität der am Markt angebotenen Güter und Leistungen selbst festzulegen und damit den Kreis der angesprochenen Interessenten selbst auszuwählen.<sup>28</sup> Somit ist hiervon auch die Freiheit umfasst, Tabak rauchenden Gästen die Nutzung der Spielhalle zu ermöglichen.

### b) Eingriff

Ein Eingriff ist jede staatliche Maßnahme, die dem Einzelnen die Ausübung seiner Grundrechte ganz oder teilweise unmöglich macht bzw. erschwert, egal ob die Wirkung mittelbar oder unmittelbar, final oder unbeabsichtigt, rechtlich oder tatsächlich, mit oder ohne Befehl und Zwang ist (moderner Eingriffsbegriff).<sup>29</sup> Die durch Art. 12 Abs. 1 GG verbürgte Gewährleistung, die Bedingungen der Marktteilnahme eigen-

<sup>24</sup> BVerfGE 7, 377 (401); 9, 338 (344); 95, 193 (214).

<sup>25</sup> BVerfGE 7, 377 (401); vgl. dazu *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehungssicherung und Bestandsschutz, 1970, S. 85 ff.

<sup>26</sup> BVerfGE 7, 377 (397); 102, 197 (212); 105, 252 (265); 111, 10 (28).

<sup>27</sup> Vgl. statt aller *Jarass*, in: Ders./Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl. 2009, Art. 12 Rn. 4.

<sup>28</sup> BVerfGE 106, 275 (299); 121, 317 (345).

<sup>29</sup> Vgl. hierzu BVerfGE 105, 279 (299 ff.); 116, 202 (222); *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2009, 313; *Jarass* (Fn. 27), Vorb. vor Art. 1 Rn. 26 ff.; vertiefend zu Grundrechtseingriffen *Bethge*, VVDStRL 57 (1998), 7; *Eckhoff*, Der Grundrechtseingriff, 1992.

verantwortlich zu bestimmen, insbesondere Art und Qualität der angebotenen Güter und Leistungen selbst festzulegen und damit den Kreis der angesprochenen Interessenten selbst auszuwählen, wird durch das in § 2 Abs. 2 Nr. 10 LNSG ausnahmslos geregelte Rauchverbot für Spielhallen beeinträchtigt. Damit beschränkt der Gesetzgeber die Freiheit der Spielhallenbetreiber, selbst darüber zu befinden, ob sie ihre Leistungen auch Tabak rauchenden Gästen anbieten wollen.<sup>30</sup> Hierbei handelt es sich auch nicht um eine reflexartige Beeinträchtigung, denn die Spielhallenbetreiber werden im Bereich ihrer beruflichen Betätigung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben herangezogen, nämlich zur Unterstützung des Schutzes der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens.<sup>31</sup> Diese Indienstnahme drückt sich etwa in dem in § 2 Abs. 2 Nr. 10 LNSG geregelten immanenten Verbot aus, die Leistungen gegenüber Rauchern anzubieten, ein Zuwiderhandeln gegen diese Verpflichtung erweist sich zudem als bußgeldbewehrt. Dem Betreiber wird die Möglichkeit genommen, selbst darüber zu bestimmen, ob den Besuchern in der von ihm betriebenen Spielhalle das Rauchen gestattet oder untersagt ist. Er wird damit daran gehindert, seine Leistungen gegenüber solchen Gästen zu erbringen, die auf das Rauchen in der Spielhalle nicht verzichten wollen.<sup>32</sup> Auch das umstrittene Erfordernis der berufsregelnden Tendenz<sup>33</sup> ist vorliegend erfüllt, da das Rauchverbot in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs steht und sich schwerpunktmäßig auf die Berufsausübungsfreiheit auswirkt.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Vgl. SächsVerfGH, Beschl. v. 16.10.2008 – Vf. 15-IV-08; 59-IV-08, UA S. 7; Beschl. v. 20.11.2008 – Vf. 63-IV-08 (HS), UA S. 6.

<sup>31</sup> BVerfGE 121, 317 (345 f.); SächsVerfGH, Beschl. v. 20.11.2008 – Vf. 63-IV-08 (HS), UA S. 7; vgl. dazu auch *Sachs*, in: Detterbeck (Hrsg.), *Recht als Medium der Staatlichkeit*, Festschrift für Herbert Bethge, 2009, 251 (259 f.).

<sup>32</sup> ThürVerfGH, Beschl. v. 5.12.2008 – VerfGH 26/08; 34/08, UA S. 11.

<sup>33</sup> Weil es zahlreiche normative Regelungen gibt, die einen bestimmten Zweck verfolgen, die Berufsfreiheit aber nur am Rande berühren, versucht die Rechtsprechung namentlich des BVerfG, die relevanten Eingriffe auf solche mit objektiv berufsregelnder Tendenz zu begrenzen (vgl. etwa BVerfGE 13, 181 [186]; 97, 228; 98, 218 [258]; 111, 191 [213]; jüngst BVerfG, NVwZ 2009, 1486 [1487 f.]; gegen die Beschränkung BVerfGE 61, 291 [308]). Voraussetzung hierfür ist, dass die Regelung nach Entstehungsgeschichte und Inhalt im Schwerpunkt Tätigkeiten betrifft, die typischerweise beruflich ausgeübt werden, BVerfGE 97, 228 (254). Diese Rechtsprechung wird zum Teil in der Literatur heftig kritisiert, da sie im Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 GG keine Stütze finde und kein Grund ersichtlich sei, von der allgemeinen Eingriffsdogmatik abzuweichen (vgl. hierzu etwa *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 12 Rn. 75 ff.). Möglich sind nach der Rechtsprechung auch Eingriffe durch Regelungen mit subjektiv berufsregelnder Tendenz, d.h. durch solche Regelungen, die sich in erster Linie an beruflich Tätige richten (BVerfGE 13, 181 [185]).

<sup>34</sup> Vgl. dazu *Zimmermann*, NVwZ 2008, 705 (706).

### c) Rechtfertigung/Schranke

Der Eingriff wäre gerechtfertigt, wenn der Gesetzvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG und die Schranken-Schranken gewahrt sind.

Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG ermöglicht die Regelung der Berufsfreiheit durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes. Der Begriff der Regelung nimmt Bezug auf die (historische) Regulierungsbedürftigkeit gewerblicher Betätigung (Gewerbe-recht). In der Sache werden „Regelung“ und „Eingriff“ aber synonym behandelt, so dass sich Satz 2 im Ergebnis als Gesetzesvorbehalt auswirkt.<sup>35</sup> Weil Art. 12 Abs. 1 GG einen einheitlichen Grundrechtstatbestand beschreibt, der Berufswahl und Berufsausübung umfasst, betrifft der Regelungsvorbehalt das gesamte Grundrecht und nicht nur die Berufsausübung.<sup>36</sup>

Formell fordert Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, dass alle Eingriffe in die Berufsfreiheit auf eine gesetzliche Grundlage zurückzuführen sind. Beschränkungen sind durch förmliches Gesetz, Rechtsverordnung, Satzung möglich, doch muss bei Eingriffen durch untergesetzliche Normen eine hinreichende formell-gesetzliche Ermächtigung bestehen.

Wie bereits unter I. festgestellt wurde, liegt mit dem LNSG ein formell verfassungsmäßiges Gesetz vor. Des Weiteren muss die gesetzliche Regelung den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Gesetze genügen. Neben der Voraussetzung des kompetenzgemäßen Erlassens, müssen zur Rechtfertigung hinreichende, der Art der betroffenen Betätigung und der Intensität des jeweiligen Eingriffs Rechnung tragende Gründe des Gemeinwohls vorliegen, die ihrerseits dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen.<sup>37</sup>

### d) Schranken-Schranken/Verhältnismäßigkeit

#### aa) Legitimer Zweck

Jedes staatliche Handeln muss einem legitimen Zweck dienen, der vom Staat als solcher verfolgt werden darf. Die Beeinträchtigung der Freiheitsgewährleistungen des Einzelnen ist nur zu verfassungserlaubten Zwecken und nur mit verfassungserlaubten Mitteln zulässig.<sup>38</sup> Zweck des Nichtraucherschutzgesetzes ist nach dessen § 1 der Schutz der menschlichen Gesundheit vor den Gefahren des Passivrauchens; darüber hinaus zielt das Gesetz darauf, den Tabakkonsum bei Kindern und Jugendlichen zu verringern. Der Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren und der besondere Gesundheitsschutz bei Minderjährigen gehören zu den legitimen Aufgaben des Staates und stellen ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dar, das Beschränkungen der Be-

<sup>35</sup> BVerfGE 33, 125 (159); 54, 237 (246).

<sup>36</sup> BVerfGE 54, 237 (246); 84, 133 (148); 110, 304 (321).

<sup>37</sup> BVerfGE 95, 193 (214); 102, 197 (213); 121, 317 (346).

<sup>38</sup> Vgl. *Merten*, in: Ders./Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. 3/2, 2009, § 68 Rn. 54; *Kloepfer*, in: Schmidt/Aßmann (Hrsg.), *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003, 329 (334).

rufsausübungsfreiheit zu rechtfertigen vermag<sup>39</sup>, denn die durch Tabakrauch in Spielhallen verursachte Belastung der Raumluft mit toxischen und krebserzeugenden Substanzen unterscheidet sich nicht wesentlich von derjenigen in Gaststätten. Dass Nichtraucher nicht zwingend eine Spielhalle aufsuchen müssen und sich insofern durch die Entscheidung für einen Spielhallenbesuch „freiwillig“ etwaigen Belastungen durch Tabakrauch aussetzen, stellt die grundsätzliche Legitimation von Einschränkungen der Gewerbefreiheit mit dem Ziel eines umfassenden Schutzes der Bevölkerung vor den von passivem Rauchen ausgehenden Gefahren nicht in Frage. Denn solange es keine ausreichenden Möglichkeiten für Nichtraucher gibt, in Gaststätten oder Spielhallen rauchfreie Räume zu finden, können sie sich vor der mit einem Gaststätten- oder Spielhallenbesuch einhergehenden Tabakexposition vielfach nur durch den vollständigen Verzicht auf diese Art der Teilnahme am gesellschaftlichen Leben schützen.<sup>40</sup> Somit liegt eine legitime Zweckverfolgung vor.

#### bb) Geeignetheit

Für die Eignung reicht es aus, wenn durch die Berufsausübungsregelung der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Es genügt mithin bereits die Möglichkeit einer Zweckerreichung.<sup>41</sup> Die Regelung in § 2 Abs. 2 Nr. 10 LNSG ist geeignet, das angestrebte Ziel des Nichtraucherschutzes zu fördern. Das allgemeine Rauchverbot schließt Tabakrauchbelastungen in Spielhallen aus und beugt insofern den mit dem Passivrauchen verbundenen Gesundheitsgefahren vor.<sup>42</sup>

#### cc) Erforderlichkeit

Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn es kein milderes Mittel gibt, welches den gleichen Erfolg mit der gleichen Sicherheit und einem vergleichbaren Aufwand herbeiführen würde.<sup>43</sup>

Es hatte sich bereits im Vorfeld ausweislich des Sachverhalts gezeigt, dass die nicht rechtsverbindliche Zielvereinbarung nicht erfolgreich zum Nichtraucherschutz beigetragen hat, so dass der Gesetzgeber auf der Grundlage des ihm zukommenden Einschätzungs- und Prognosespielraums davon ausgehen durfte, dass bei einer den Spielhallenbetreibern überlassenen freien Entscheidung über die Ausrichtung ihrer Spielhalle als Raucher- oder Nichtraucherspielhalle, 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.<sup>44</sup>

Da ein anderes, gleich wirksames, aber die Berufsfreiheit weniger einschränkendes Mittel nicht zur Verfügung steht, sind die gesetzlichen Rauchverbote auch erforderlich.<sup>45</sup>

#### dd) Angemessenheit/Verhältnismäßigkeit i.e.S.

Dieses Gebot verlangt, dass die Schwere des Eingriffs bei einer Gesamtabwägung nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen darf.<sup>46</sup> Denn je tiefgreifender die Freiheit der Berufsausübung beeinträchtigt wird, desto höher müssen die Anforderungen an die Dringlichkeit der öffentlichen Interessen sein, die zur Rechtfertigung solcher Beeinträchtigung ins Feld geführt wird.<sup>47</sup> Bei der gebotenen Abwägung zwischen dem verfolgten Gemeinwohlbelang und dem Interesse des Einzelnen, in dessen Rechte eingegriffen wird, ist insbesondere die im Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG zum Ausdruck kommende Wertung zu berücksichtigen, dass die Berufswahl grundsätzlich frei sein soll<sup>48</sup>, so dass Eingriffe in die Berufswahlfreiheit schwerer zu rechtfertigen sind als Eingriffe in die bloße Berufsausübung. Insofern hat das BVerfG folgende „Abwägungsregel“ als typisierte Angemessenheitsprüfung entwickelt (sog. Drei-Stufen-Theorie): Objektive Berufszulassungsregeln sind nur zur Abwehr nachweisbarer schwerer Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter zulässig. Subjektive Berufszulassungsregeln sind zulässig zum Schutz bedeutsamer Gemeinschaftsgüter. Reine Berufsausübungsregelungen können bereits durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden. Bei dem hier vorliegenden Rauchverbot handelt es sich um Berufsausübungsregelungen. Zwar wirkt sich das Rauchverbot bei dem Spielhallenbetreiber durchaus als schwerwiegender Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit aus, denn durch das in den Spielhallen geltende Rauchverbot wird für die Gruppe der Raucher ein Besuch in denselbigen deutlich an Attraktivität verlieren, so dass mit Umsatzeinbußen zu rechnen ist.<sup>49</sup> Dem steht allerdings gegenüber, dass mit Rauchverboten in Spielhallen überragend wichtige Gemeinwohlbelange verfolgt werden. Dies gilt zunächst für den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, dem verfassungsrechtlich ein hohes Gewicht zukommt. Aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) folgt aus der objektiv-rechtlichen Dimension der Grundrechte eine Schutzpflicht des Staates zugunsten der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens

<sup>39</sup> BVerfGE 121, 317 (349 ff.); SächsVerfGH, Beschl. v. 20.11.2008 – Vf. 63-IV-08 (HS), UA S. 7 f.

<sup>40</sup> BVerfGE 121, 317 (349 f.); SaarlVerfGH, Urt. v. 1.12.2008 – LV 2/08; 3/08; 6/08, UA S. 15.

<sup>41</sup> BVerfGE 96, 10 (23); 100, 313 (373); 103, 293 (307); 117, 163 (188 f.); 121, 317 (354); ferner etwa *Kloepfer* (Fn. 38), 329 (334).

<sup>42</sup> BVerfGE 121, 317 (354); SächsVerfGH, Beschl. v. 20.11.2008 – Vf. 63-IV-08 (HS), UA S. 8.

<sup>43</sup> Siehe dazu etwa *Merten* (Fn. 38), § 68 Rn. 67.

<sup>44</sup> BVerfGE 121, 317 (354 f.).

<sup>45</sup> BVerfGE 121, 317 (354); ThürVerfGH, Beschl. v. 5.12.2008 – VerfGH 26/08; 34/08, UA S. 12.

<sup>46</sup> Vgl. BVerfGE 90, 145 (173); 109, 279 (349 ff.); 113, 348 (382); st. Rspr.

<sup>47</sup> BVerfGE 11, 30 (43).

<sup>48</sup> BVerfGE 7, 377 (406).

<sup>49</sup> Vgl. ThürVerfGH, Beschl. v. 5.12.2008 – VerfGH 26/08; 34/08, UA S. 13; siehe zur drohenden Existenzgefährdung in diesem Zusammenhang SaarlVerfGH, Beschl. v. 21.6.2010 – Lv 3/10; 4/10; 6/10, UA S. 12 f.

der Nichtraucher.<sup>50</sup> Sie umfasst eine Risikovorsorge gegen Gesundheitsgefährdungen. 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.<sup>51</sup>

Dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) kommt in der Werteordnung ein hohes Gewicht zu.<sup>52</sup> Angesichts des hohen Rangs des Gesundheitsschutzes gegenüber den durch ein Rauchverbot beeinträchtigten Freiheitsrechten, insbesondere der Gewerbefreiheit der Spielhallenbetreiber und der Verhaltensfreiheit der Raucher<sup>53</sup> ebenso wie der Nichtraucher<sup>54</sup>, wäre der Landesgesetzgeber unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit befugt, dem Gesundheitsschutz den uneingeschränkten Vorrang einzuräumen und ein striktes Rauchverbot in Gaststätten zu verhängen.<sup>55</sup> Der Gesetzgeber ist jedoch nicht daran gehindert, 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. Ein solches Schutzkonzept mit nur verminderter Intensität liegt dem LNSG zu Grunde, das in § 3 zahlreiche Ausnahmen vom Rauchverbot regelt. Dann ist jedoch nur eine Ausgestaltung verhältnismäßig und dem Gleichheitsgrundsatz entsprechend, sofern die Ausnahmen im Regelungskonzept folgerichtig weiter verfolgt werden.<sup>56</sup>

<sup>50</sup> BVerfGE 121, 317 (356); *Kloepfer*, Verfassungsrecht, Bd. 2, 2010, § 57 Rn. 30.

<sup>51</sup> Vgl. BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 115, 118 (152); 121, 317 (356); ThürVerfGH, Beschl. v. 5.12.2008 – VerfGH 26/08; 34/08, UA S. 13.

<sup>52</sup> BVerfGE 110, 141 (163).

<sup>53</sup> Siehe dazu etwa RhPfVerfGH, Urt. v. 8.3.2010 – VGH B 60/09; 70/09, UA S. 12 ff.

<sup>54</sup> Hierauf etwa hinweisend *Sachs*, in: Detterbeck (Fn. 31), 251 (257).

<sup>55</sup> BVerfG 121, 317 (357); kritisch hierzu das Sondervotum von *Masing*, in: BVerfGE 121, 317, 381 (385): „Die Ausführungen zur Verfassungsmäßigkeit eines radikalen Rauchverbots sind für die verfassungsrechtliche Beurteilung der angegriffenen Vorschriften weder erforderlich noch für die Begründung des Senats tragend.“

<sup>56</sup> Vgl. BVerfGE 121, 317 (362 f.), das jedoch den Grundsatz der Folgerichtigkeit des Regelungskonzept allein im Rahmen der Angemessenheitsprüfung des Art. 12 Abs. 1 GG anspricht (siehe auch BVerfG NVwZ 2010, 38 [39]; ferner BVerfG NJW 2010, 505 [508]; Ansätze hierzu bereits in BVerfGE 111, 10 [45 ff.]). In diese Richtung auch *Bulla*, ZJS 2008, 585; *ders.*, Freiheit der Berufswahl, 2009, S. 212 ff., 307 ff., der sich für das Prinzip der Systemstimmigkeit bzw. Folgerichtigkeit als Grenze des legislativen Einschätzungsspielraums ausspricht, das auch im Rahmen des Übermaßverbots bei Freiheitsrechten und nicht nur bei Gleichheitsrechten zu prüfen ist. Gegen eine Übernahme des Prinzips der Folgerichtigkeit als Gleichheitsforderung in den freiheits-

5. Gleichheitswidrigkeit – Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG

#### a) Vorliegen einer Ungleichbehandlung

Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln<sup>57</sup>, und verpflichtet die Grundrechtsadressaten, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches entsprechend seiner Verschiedenheit und Eigenart ungleich zu behandeln.<sup>58</sup> Er ist verletzt, wenn die gleiche oder ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte mit Gesetzmäßigkeiten, die in der Natur der Sache selbst liegen, und mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht mehr vereinbar ist, wenn also bezogen auf den jeweils in Rede stehenden Sachbereich und seine Eigenart ein vernünftiger, einleuchtender Grund für die Regelung fehlt.<sup>59</sup>

Ein die Berufsfreiheit beschränkendes Gesetz, das als solches dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, kann aber insoweit gegen Art. 12 Abs. 1 i.V.m. 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. Der Gesetzgeber kann dann gehalten sein, den unterschiedlichen Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung durch Härtere Regelungen oder weitere Differenzierungen wie Ausnahmetatbeständen Rechnung zu tragen.<sup>60</sup>

#### b) Vergleichspaar innerhalb eines gemeinsamen Oberbegriffs

Wesentlich Gleiches liegt vor, wenn sich für die Vergleichsgruppen ein gemeinsamer Oberbegriff finden lässt, der gerade diese Vergleichsgruppen mit hinreichender Schärfe kennzeichnet, sie m.a.W. von anderen Gruppen abgrenzt. Vorliegend werden Gaststätten mit Spielhallen verglichen, beide zeichnen sich dadurch aus, dass sie in abgeschlossenen Räumlichkeiten Leistungen offerieren und dass von Tabak-

rechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz *Cornils*, ZJS 2008, 660 (663); ebenso *Michael*, JZ 2008, 875 (878 ff.); *Bäcker*, DVBl. 2008, 1180 (1182). Hierfür spricht, dass es sich bei dem Prinzip der Folgerichtigkeit um ein spezifisches Prinzip des Gleichheitsgrundsatzes handelt und es somit auch dort zu prüfen ist; vgl. etwa zur bereichsspezifischen Ausprägung im Steuerrecht *Tipke*, JZ 2009, 533; *Drüen*, JZ 2010, 91; kritisch *Lepsius*, JZ 2009, 260. Ausdrücklich gegen ein Prinzip der Folgerichtigkeit auch das Sondervotum von *Bryde*, in: BVerfGE 121, 317, 378 (380 f.), der hierin ein Erfordernis sieht, dass „kein demokratischer Gesetzgeber leisten kann.“ S. auch *Bumke*, Der Staat 49 (2010), 77 (79 ff.).

<sup>57</sup> BVerfGE 74, 9 (24).

<sup>58</sup> Vgl. bereits BVerfGE 1, 14 (52); st. Rspr.; vertiefend *Kloepfer*, Gleichheit als Verfassungsfrage, 1980.

<sup>59</sup> Vgl. BVerfGE 76, 256 (329); 83, 89 (107 f.); 103, 310 (318); 107, 218 (244).

<sup>60</sup> BVerfGE 121, 317 (358).



rauchbelastungen in den jeweiligen Betriebsstätten ein annähernd gleiches Gefährdungspotential für die Gesundheit von Gästen und Beschäftigten ausgeht. Auch hinsichtlich der Auswirkungen unterscheiden sich die Rauchverbote in Gaststätten und Spielhallen nicht. Jeweils wird hierdurch in die Berufsfreiheit der Betreiber eingegriffen; in gleichem Maße sind sie dadurch betroffen, dass sie die Raucher unter ihren Gästen mit ihren Angeboten nur noch schwerer erreichen können.<sup>61</sup>

#### c) Ungleichbehandlung

Es findet vorliegend auch eine Ungleichbehandlung statt. Vorliegend hat der Landesgesetzgeber zwar zunächst für Spielhallen und Gaststätten (§ 2 Abs. 2 Nr. 8 und 10 LNSG) ein Rauchverbot ausgesprochen, jedoch Ausnahmen vom Rauchverbot u.a. in abgetrennten Raucherräumen (§ 3 Nr. 3 LNSG) in Gaststätten zugelassen. Anders als Gaststätten (vgl. § 3 Nr. 3 LNSG) können Spielhallen keine Ausnahmemöglichkeit vom absoluten Rauchverbot nach § 2 Abs. 2 Nr. 10 LNSG in Anspruch nehmen. Die Nichtberücksichtigung der Spielhallen bei der gesetzlichen Ausnahmeregelung ist daher auch an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen.<sup>62</sup>

#### d) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung könnte vorliegend gerechtfertigt sein.

Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (sog. „neue Formel“). 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. 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. 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, nachteilig auswirken kann.<sup>63</sup>

#### e) Angemessenheit der Differenzierung

Zwar knüpft die Ungleichbehandlung formal an die Betriebsart an. Gleichwohl ist bei der Prüfung von einer strengeren Bindung des Gesetzgebers auszugehen, weil hier die Ungleichbehandlung der Sachverhalte eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Die differenzierende Regelung in § 3 Nr. 3 LNSG führt dazu, dass die Betreiber von Spielhallen, anders als die Gaststättenbetreiber, daran gehindert sind, für ihre Gäste Raucherräume einzurichten. Dies hat zur Folge, dass Spielhallenbetreiber nicht in freier Ausübung ihres Berufs das Angebot ihrer Spielhallen 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.<sup>64</sup>

Vorliegend wurde durch das gewählte Regelungskonzept, das für abgetrennte Räume in Gaststätten Ausnahmen vorsieht, der Nichtraucherschutz relativiert. Damit steigt insbesondere die Gefahr, dass auch nichtrauchende Personen sowie Kinder und Jugendliche Raucherräume aufsuchen. Dies führt zu eindeutigen Einbußen am Gesundheitsschutz. Der Landesgesetzgeber hat die Ausnahmen aufgrund eigener Wertungs- und Gestaltungsentscheidungen zugelassen und sich damit für eine Konzeption des Nichtraucherschutzes entschieden, die das Schutzziel nicht unbedingt verfolgt. Er hat mit Rücksicht auf kollidierende Interessen einen eingeschränkten, von verschiedenen Ausnahmetatbeständen durchzogenen Schutz als hinreichend angesehen. An die Entscheidung, wie er den Nichtraucherschutz im Konflikt mit den Belangen der Gewerbetreibenden und der Raucher verfolgen will, bleibt er auch dann gebunden, wenn die Zumutbarkeit des Rauchverbots für die Betreiber von Spielhallen zu beurteilen ist.<sup>65</sup> Denn Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird.<sup>66</sup> Wegen des Ausschlusses der Spielhallen von der Möglichkeit abgetrennte Raucherräume einzurichten, wirkt sich das in § 2 Abs. 2 Nr. 10 LNSG geregelte Rauchverbot einschneidender auf die Berufsausübungsfreiheit der Spielhallenbetreiber aus. Im Gegensatz zu Gastwirten ist es ihnen nicht möglich, ihre Leistungen auch für Raucher attraktiv zu gestalten. Wenn sie diesen Personenkreis mit ihren Angeboten nicht mehr oder nur noch schwer erreichen können, haben Spielhallen – anders als Gaststätten – mit größeren Umsatzeinbußen zu rechnen. Für eine solche Ungleichbehandlung bei der Berücksichtigung schutzwürdiger Belange der Gewerbetreibenden bedarf es gewichtiger Rechtfertigungsgründe.<sup>67</sup> Dass von in Spielhallen eingerichteten Raucherräumen ein größeres Gefährdungspotential ausgehen könnte als von denjenigen in Gaststätten, liegt ebenso wenig nahe, sodass auch derartige

<sup>61</sup> SächsVerfGH, Beschl. v. 20.11.2008 – Vf. 63-IV-08 (HS), UA S. 12.

<sup>62</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2010, 38 (39) mit Verweis auf BVerfGE 121, 317 (369 ff.).

<sup>63</sup> BVerfGE 121, 317 (370).

<sup>64</sup> BVerfGE 121, 317 (370); ferner SächsVerfGH, Beschl. v. 20.11.2008 – Vf. 63-IV-08 (HS), UA S. 14 f.

<sup>65</sup> ThürVerfGH, Beschl. v. 5.12.2008 – VerfGH 26/08; 34/08, UA S. 15.

<sup>66</sup> BVerfGE 107, 186 (197); 121, 317 (362 f.).

<sup>67</sup> SächsVerfGH, Beschl. v. 20.11.2008 – Vf. 63-IV-08 (HS), UA S. 15.



Erwägungen den generellen Begünstigungsausschuss nicht zu rechtfertigen vermögen. Das Regelungskonzept erweist sich daher nicht als folgerichtig und somit gleichheitswidrig, da identischen Gefährdungslagen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird und somit einzelne Personengruppen<sup>68</sup> ohne rechtfertigende, durch das verfolgte Gemeinwohlziel bedingte Gründe schlechter gestellt werden.

### Ergebnis

Die Vorlage ist zulässig und begründet. Das Bundesverfassungsgericht wird feststellen, dass die gegenwärtige Regelung gemäß §§ 82 Abs. 1, 78, 35 BVerfGG mit dem Grundgesetz unvereinbar ist.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Spielhallenbetreiber im Vergleich zu den Gaststättenbetreibern.

<sup>69</sup> Vorliegend führt die Verfassungswidrigkeit der Regelung nicht zur Nichtigkeit, da den Landesgesetzgebern mehrere Möglichkeiten zur Neuregelung zur Verfügung stehen. Vgl. BVerfGE 99, 280 (298); 105, 73 (133); 117, 163 (199); 121, 317 (373), siehe dazu auch *Gerhardt*, Probleme des gesetzgeberischen Unterlassens in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bericht des Bundesverfassungsgerichts für die XIV. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte 2008, 2007, S. 38.