

Das Verfassungsprinzip der Folgerichtigkeit und seine Auswirkungen auf die Grundrechtsdogmatik

Zugleich eine Besprechung der Nichtraucherschutz-Entscheidung des BVerfG vom 30.7.2008

Von Wiss. Mitarbeiter **Simon Bulla**, Augsburg*

I. Einführung

In seiner viel beachteten Entscheidung vom 30.7.2008 hat das BVerfG den Verfassungsbeschwerden zweier Inhaber von Einraumgaststätten (sog. Eckkneipen) und eines Diskothekenbetreibers stattgegeben, die sich gegen das inkonsequente Regelungsregime des baden-württembergischen bzw. berlinerischen Nichtraucherschutzgesetzes gewandt hatten.¹ Beide Gesetze statuierten ein grundsätzliches Rauchverbot in Gaststätten, sahen jedoch Ausnahmen für abgetrennte Nebenräume vor. Diskotheken waren von dieser Privilegierung ausgeschlossen.² Aufsehenerregend ist das Urteil nicht nur deshalb, weil die gesetzlichen Rauchverbote die Öffentlichkeit wie wenige andere Themen polarisieren; auch grundrechtsdogmatisch hat das Mehrheitsvotum der Verfassungsrichter Neuland beschritten. Das Prinzip der Folgerichtigkeit bzw. Systemstimmigkeit, das bislang vornehmlich im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes verortet worden war, ist erstmalig bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in Freiheitsgrundrechte, namentlich der Berufsausübungsfreiheit, thematisiert worden. Während der folgende Beitrag im ersten Teil die tragenden Entscheidungsgründe der Nichtraucherschutz-Entscheidung aufbereitet und im allgemeinen Prüfungsschema einordnet (sub II.), widmet sich der zweite Teil der Folgerichtigkeit als (wiederentdecktem) Verfassungsprinzip und ihren Auswirkungen auf die allgemeine Grundrechtsdogmatik (sub III.).

II. Die Nichtraucherschutz-Entscheidung des BVerfG

1. Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

a) Eingriff in den Schutzbereich

Schon die Bestimmung von Schutzbereich und Eingriff bereitet Probleme. Zwar ist der Gastwirt zunächst ohne Weiteres ein Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG, also eine auf Dauer angelegte und nicht nur vorübergehende, der Schaffung

und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Tätigkeit³, doch ist das gesetzliche Rauchverbot prima vista nicht an den Gaststättenbetreiber, sondern an seine Gäste gerichtet. Ließe sich insoweit an das von der Eigentumsfreiheit geschützte Hausrecht des Gastwirts oder den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb denken (dessen Schutz durch Art. 14 Abs. 1 GG verfassungsgerichtlich weiterhin nicht endgültig geklärt ist⁴), stellt das BVerfG klar, dass der „Schwerpunkt des Eingriffs [...] nicht in der Begrenzung der Innehabung und Verwendung dieser Vermögensposition, sondern in der Beschränkung der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit des Gastwirts“ liege.⁵ Kurz: Es geht um den Schutz des Erwerbs und nicht um den Schutz des Erworbenen.

Mit einigem argumentativen Aufwand wird ein unmittelbarer Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit subsumiert. Deren umfassender Schutz erstreckte sich auch auf das Recht, Art und Qualität der am Markt angebotenen Güter und Leistungen selbst festzulegen, also auch den Kreis der angesprochenen Interessenten selbst auszuwählen. Durch das Rauchverbot werde dem Gaststätteninhaber nun die Möglichkeit genommen, seine Leistungen auch solchen Gästen anzubieten, die diese nur zusammen mit dem Rauchen von Tabak in Anspruch nehmen wollen. Wolle der Gastwirt keine Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit riskieren⁶, obliege ihm ferner, Verstöße gegen das Rauchverbot zu unterbinden (wozu er im Übrigen auch durch das baden-württembergische bzw. berlinerische Nichtraucherschutzgesetz verpflichtet wird). Der Gastwirt werde gleichsam zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Dienst genommen.⁷

³ BVerfGE 7, 377 (397); 9, 73 (78); 13, 97 (106); 50, 290 (362); 97, 228 (252 f.); 110, 141 (156); 111, 10 (28); BVerwGE 1, 92 (93); 2, 85 (86); 4, 250 (254 f.); 22, 286 (287) – stRspr.

⁴ BVerfGE 66, 116 (145); 68, 193 (222 f.); 77, 84 (118); 81, 208 (228); 96, 375 (397); hierzu auch *Papier*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 14 Rn. 95, Stand: Juni 2002. Vgl. auch *Michael*, JZ 2008, 875 (876): „geradezu aufdrängende dogmatische Alternative“.

⁵ BVerfG NJW 2008, 2409 (2410).

⁶ Vgl. § 15 Abs. 1 i.V.m. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GaststättenG i.d.F. der Bekanntmachung vom 20.11.1998 (BGBl. I, S. 3418). Zwar ist mit der Föderalismusreform die Gesetzgebungskompetenz für das Gaststättenrecht auf die Länder übergegangen, doch gilt das GaststättenG des Bundes nach Art. 125a Abs. 1 GG bis zum Erlass einschlägiger Ländergesetze fort. Als erstes Bundesland hat Brandenburg ein Gaststättengesetz verabschiedet, das am 6.10.2008 in Kraft getreten ist (GVBl. Brandenburg, S. 218).

⁷ BVerfG NJW 2008, 2409 (2410). Kritisch *Michael*, JZ 2008, 875 (876), dem zufolge auch das Verbot des Drogenkonsums mit dieser Begründung an der Berufsfreiheit der

* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn Prof. Dr. Ivo Appel und freier Mitarbeiter von Herrn Prof. em. Dr. Reiner Schmidt, dem dieser Beitrag zu seinem 72. Geburtstag gewidmet ist.

¹ BVerfG, Urt. v. 30.7.2008, 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08 = NJW 2008, 2409.

² § 7 Abs. 1 und 2 des Landes Nichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg (BadWürttNRSg) vom 25.7.2007, GBl. BadWürtt, S. 337 sowie § 2 i.V.m. § 4 Abs. 3 des Berliner Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit (BerlNRSg) vom 16.11.2007, GVBl. Berlin, S. 578. § 7 Abs. 1 S. 3 BadWürttNRSg erlaubte das Rauchen zusätzlich auch in Bier-, Wein- und Festzelten bzw. in Gaststätten, die im Reisegewerbe betrieben werden.

Der Verfassungsrichter *Bryde* führt in seinem Sondervotum demgegenüber aus, es sei zwar Teil der Berufsfreiheit, sich im Rahmen der bestehenden Gesetze das Suchtverhalten des Publikums wirtschaftlich zu Nutzen zu machen, doch schütze Art. 12 Abs. 1 GG nicht davor, dass der Gesetzgeber solches Verhalten zum Schutz von Leben und Gesundheit erfolgreich bekämpft. Das Rauchverbot wirke gegenüber den Gastwirten mithin nur als Reflex.⁸

Beide Argumentationsansätze überzeugen nur bedingt, ist doch ein unmittelbarer, finaler Eingriff in ein Grundrecht nach der modernen Grundrechtsdogmatik nicht länger notwendig.⁹ So hätte die Annahme eines mittelbaren Eingriffs näher gelegen. Freilich setzt dieser im Falle des Art. 12 Abs. 1 GG voraus, dass die Auswirkungen auf die Berufsfreiheit von einigem Gewicht sind, also „in einem engen Zusammenhang mit der Ausübung des Berufs stehen und objektiv eine berufsregelnde Tendenz deutlich erkennen lassen.“¹⁰ Das Rauchverbot greift nicht unmittelbar über etwaige Verhaltenspflichten in die Berufsfreiheit der Gastwirte ein; es wirkt vielmehr mittelbar, objektiv berufsregelnd, wenn nämlich ein erheblicher Anteil der rauchenden Gäste ausbleibt. Die gegenüber den Betreibern größerer Lokale signifikant erhöhte wirtschaftliche Belastung der Inhaber kleinerer Gaststätten, die vom BVerfG im Rahmen der Angemessenheit ausführlich erörtert wird, wäre an dieser Stelle zu diskutieren gewesen. Das Verfassungsgericht mag gescheut haben, seine zentralen Erwägungspunkte für die Unverhältnismäßigkeit der Regelung schon auf der Ebene des Eingriffs vorwegzunehmen.

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Zur Rechtfertigung dieses Eingriffs müsse die Berufsausübungsregelung – unausgesprochen knüpft die Entscheidung insoweit an die überkommene Stufentheorie an – auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, einen hinreichenden Gemeinwohlbelang verfolgen sowie dem Übermaßverbot Genüge tun, also geeignet, erforderlich und angemessen sein. Der Sache nach unterliegt die Berufsausübungsfreiheit, wie auch der Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG impliziert, einem einfachen Gesetzesvorbehalt. Formell begegnen die Nichtraucherschutzgesetze keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Insbesondere sind die Länder nach Art. 70 Abs. 1 GG gesetzgebungskompetent.¹¹ Im Rahmen der materiellen Ver-

Gastwirte zu messen sei. Ähnlich *Sachs*, JuS 2008, 916 (917).

⁸ Sondervotum *Bryde*, NJW 2008, 2409 (2420).

⁹ So auch *Sachs*, JuS 2008, 916 (917).

¹⁰ BVerfGE 75, 108 (153 f.); ferner BVerfGE 13, 181 (185 f.); 52, 42 (54); 55, 7 (25 ff.); 61, 291 (308); 81, 108 (121); 98, 83 (97); 98, 106 (117). Vgl. auch *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2004, Art. 12 Rn. 85.

¹¹ Soweit der Bund zum Schutz der nichtrauchenden Beschäftigten auf der Grundlage seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für den Arbeitsschutz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) mit § 5 Arbeitsstättenverordnung vom 12.8.2004 (BGBl. I, S. 2179) eine abschließende Regelung getroffen hat, geht diese den Landes Nichtraucherschutzgesetzen vor (Art. 31

fassungsmäßigkeit liegt der Schwerpunkt der Prüfung auf dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

aa) Verhältnismäßigkeit und gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum

Mit dem Schutz der Bevölkerung vor den Gesundheitsgefahren des Passivrauchens verfolgt der Gesetzgeber einen Gemeinwohlbelang, der sogar Verfassungsrang genießt: Es entspricht dem gängigen Verständnis, dass die verfassungsrechtliche Schutzpflicht für Leben und Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG einmal auch bei weniger finalen Gefahren und selbst dann greift, wenn die Gefahren nicht durch den Staat, sondern durch Dritte – hier: die Raucher – geschaffen werden¹², dass der Legislative zugleich aber ein *weiter* Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukommt.¹³

Der Nichtraucherschutz wird als legitimierender Gemeinwohlbelang nach Auffassung des BVerfG nicht schon dadurch hinfällig, dass der Einzelne sich durch den Besuch einer Gaststätte freiverantwortlich selbst gefährde, denn typischerweise liege hierin kein Einverständnis mit einer Gesundheitsgefährdung durch Passivrauchen, sondern eine (mangels vorhandener Alternativen in Form rauchfreier Gaststätten) faktisch unvermeidbare Inkaufnahme des Risikos, um uneingeschränkt am gesellschaftlichen Leben teilnehmen zu können. Zum anderen werde die gesetzgeberische Beurteilung der Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen auch nicht dadurch erschüttert, dass vereinzelt Gutachten seine Gefährlichkeit negieren, zumal die überwiegende Zahl der wissenschaftlichen Untersuchungen die gesetzgeberische Gefahreinschätzung stütze.¹⁴

Auch soweit die Verfassungsrichter dem Gesetzgeber nicht nur bei der Wahl der Regelungsziele, sondern auch bei der Beurteilung dessen, was er zur Verwirklichung dieser Ziele für geeignet und erforderlich halten darf, einen weiten Einschätzungs- und Prognosespielraum einräumen, bewegen

GG, vgl. auch § 7 Abs. 3 BadWürttNRSG). Vor diesem Hintergrund legt das BVerfG NJW 2008, 2409 (2411) das BerlNRSG systematisch dahingehend aus, dass es nicht die Beschäftigten vor der Passivrauchbelastung in den separierten Raucherräumen schützen, sondern nur den Nichtraucherschutz *außerhalb* der Raucherräume, etwa durch das Eindringen des Tabakrauches, sicherstellen solle.

¹² BVerfGE 45, 187 (254 f.); 46, 160 (164) – Schleyer-Entführung. Grundsätzlich zur Schutzpflicht als Ausfluss der objektiven Wertentscheidungen der Grundrechte auch BVerfGE 39, 1 (42) – Schwangerschaftsabbruch; 49, 89 (140 ff.); 53, 30 (57 ff.) – Gefahren durch Atomkraft.

¹³ BVerfG NJW 2008, 2409 (2412). Zur stRpsr. siehe auch BVerfGE 46, 160 (164); 56, 54 (80 f.); 77, 381 (405); 79, 174 (200); 85, 191 (212); 92, 26 (46); 96, 56 (64); 110, 141 (157 f.); 117, 163 (189). Ferner *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2004, Art. 2 II Rn. 86. Siehe hierzu auch *Appel/Bulla*, DVBl 2008, 1277 (1279).

¹⁴ BVerfG NJW 2008, 2409 (2412).

sie sich auf bekannten Bahnen.¹⁵ Bemerkenswert ist hingegen, wie der Gestaltungsspielraum noch auf der Ebene der Angemessenheit fortwirken soll. Zwar erfordere die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, dass bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze des Zumutbaren gewahrt bleiben müsse.¹⁶ Aber:

„Es ist Sache des Gesetzgebers, in Bezug auf den jeweiligen Lebensbereich darüber zu entscheiden, mit welchem Schutzniveau und auf welche Weise Situationen entgegengewirkt werden soll, die nach seiner Einschätzung zu Schäden führen können [...]. Hierbei kommt ihm grundsätzlich ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu [...]. 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.“¹⁷

Vor diesem Hintergrund konsequent betont die Nichtraucher-schutz-Entscheidung in einem obiter dictum (denn eine solche Regelung war dem BVerfG nicht zur Entscheidung vorgelegt worden), dass der Gesetzgeber angesichts der besonders hohen Bedeutung des grundrechtlich verbürgten Gesundheitsschutzes nicht gehindert gewesen wäre, ein striktes, ausnahmsloses Rauchverbot in Gaststätten zu statuieren –

¹⁵ StRspr., vgl. nur BVerfGE 50, 290 (332 ff.) – Mitbestimmung; 61, 291 (313 f.); 88, 203 (262 ff.) – Schwangerschaftsabbruch II; 90, 145 (173 ff.) – Cannabis; 96, 56 (64); 110, 141 (157) – Kampfhunde; 111, 10 (38 ff.) – Ladenschlussgesetz.

¹⁶ BVerfG NJW 2008, 2409 (2413). Ebenso schon BVerfGE 13, 97 (116); 23, 50 (60) – stRspr. Vgl. aus der jüngeren Judikatur BVerfGE 101, 331 (350); 102, 197 (220); 113, 167 (252 f.).

¹⁷ BVerfG NJW 2008, 2409 (2414). Auch in BVerfGE 90, 145 (184 ff.) wurde das vom Gesetzgeber gewählte Schutzkonzept nicht nur im Rahmen der Geeignetheit und Erforderlichkeit, sondern auch auf der Ebene der Angemessenheit berücksichtigt. Vgl. ferner BVerfGE 88, 203 (264 ff.), in dem das Verfassungsgericht in Schwangerschaftskonflikten den Übergang zu einem Beratungskonzept billigte: „Der Gesetzgeber des Schwangerschafts- und Familienhilfegesetzes hat den Wechsel im Schutzkonzept mit vertretbaren Einschätzungen vollzogen“ (S. 264), „Verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist die aus dieser Analyse gewonnene Einschätzung des Gesetzgebers [...]“ (S. 265), „Es ist daher eine verfassungsrechtlich unbedenkliche Einschätzung des Gesetzgebers [...]“ (S. 266).

selbst um den Preis einer wirtschaftlichen Existenzgefährdung der Inhaber von Kleingaststätten. Auch die besonderen beruflichen und wirtschaftlichen Interessen der Betreiber von kleinen Gaststätten könnten den Gesetzgeber nicht zwingen, seinen Entschluss zur strikten Verfolgung überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter wie dem Gesundheitsschutz in einem nicht unerheblichen Gefährdungsbereich aufzugeben.¹⁸

Auf der Gegenseite stehe ihm aber ebenso offen, ein Schutzkonzept zu wählen, das einerseits die konkurrierenden Interessen und (Verfassungs-)Rechtsgüter der Gastwirte und Raucher berücksichtigt und andererseits den Gesundheitsschutz der Nichtraucher denknotwendig relativiert und weniger stringent verfolgt. In diesem Fall sei es Sache der gesetzgebenden Gewalt, im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben darüber zu bestimmen, welches Gewicht sie den konfligierenden Schutzgütern beimisst, und diese zu einem sachgerechten Ausgleich zu bringen.¹⁹ In der verfassungsgerichtlichen Billigung dieser sich diametral gegenüberstehenden Regelungskonzepte wird offenbar, wie weitgehend die Verhältnismäßigkeitsprüfung als rechtsstaatliches Korrektiv durch den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum überlagert und letztlich entkernt worden ist.

bb) Das Prinzip der Folgerichtigkeit als Grenze der Einschätzungsprärogative

An dieser Stelle geht das BVerfG in seiner Nichtraucher-schutz-Entscheidung einen entscheidenden Schritt weiter und engt den gesetzgeberischen Gestaltungsfreiraum ein. Neben das sog. Untermaßverbot, das erst verletzt ist, wenn der Gesetzgeber überhaupt keine, gänzlich ungeeignete bzw. völlig unzureichende Schutzvorkehrungen trifft²⁰, tritt als neue Schranke das Gebot der Folgerichtigkeit hinzu:

„Hat sich der Gesetzgeber auf Grund 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.“²¹

¹⁸ Sehr kritisch zu diesen „weder veranlasst[en] noch in der Sache tragfähig[en]“ Ausführungen äußert sich der Verfassungsrichter *Masing* in seinem Sondervotum, NJW 2008, 2409 (2421 f.). Der „Schutz der Bürger vor sich selbst“ im Sinne einer „staatlichen Inpflichtnahme zu einem ‚guten Leben‘“ sei mit der Freiheitsordnung des Grundgesetzes nicht vereinbar. Mit seinem obiter dictum greife der Senat unzulässig in die Gesetzgebungspolitik über.

¹⁹ BVerfG NJW 2008, 2409 (2414 f.) unter Verweis auf BVerfGE 115, 205 (234).

²⁰ BVerfG NJW 2008, 2409 (2412). Ferner BVerfGE 46, 160 (164); 56, 54 (80 f.); 77, 381 (405); 79, 174 (200); 85, 191 (212); 92, 26 (46); 96, 56 (64).

²¹ BVerfG NJW 2008, 2409 (2415) – Hervorh. durch d. Verf.

Wenn der Gesetzgeber ein bestimmtes Regelungssystem wähle, bleibe das nicht ohne Auswirkungen auf die Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Indem beispielsweise die Nichtraucherschutzgesetze die von Verfassung wegen nicht gebotenen Ausnahmen vom Rauchverbot für separate Raucherräume, für die Außengastronomie und (wie in Baden-Württemberg) für Bier-, Wein- und Festzelte vorsähen, würde das Ziel des Nichtraucherschutzes zugunsten der Interessen der Gaststättenbetreiber relativiert. Diese Gefahreinschätzung und Interessenbewertung müsse aber auch konsequent verfolgt werden. Im Besonderen seien daher die Belange der Inhaber von Kleingaststätten zu berücksichtigen, welche überwiegend Stammgäste mit einer vergleichsweise großen Zahl von Rauchern ansprechen und in denen die Einrichtung separater Raucherräume regelmäßig nicht möglich sei. Für diese Gastwirte wirke das Rauchverbot faktisch absolut, sie würden nachweisbar erheblich stärker wirtschaftlich belastet als die Betreiber größerer Lokale. Die Außerachtlassung gerade ihrer Interessen sei vor dem relativierten Schutzkonzept der Nichtraucherschutzgesetze systemwidrig. Das Rauchverbot stelle insoweit einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung dar.²² Auf diesen Gedanken wird am Ende des Beitrags noch einmal zurückzukommen sein.

2. Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Darüber hinaus verstößt auch das absolute Rauchverbot für Diskotheken nach Ansicht des BVerfG gegen Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG. Ausführlich wird nach dieser eher apodiktischen Feststellung jedoch nur eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes geprüft. Anders als die Inhaber der Einraumgaststätten erstrebe der Beschwerde führende Diskothekenbetreiber keine zusätzliche Ausnahme vom Rauchverbot, sondern wende sich dagegen, dass ihm ein bereits gesetzlich geregelter Ausnahmetatbestand vorenthalten werde. Der Gleichheitssatz verpflichte den Gesetzgeber aber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Dabei sei ihm freilich nicht jede Differenzierung verwehrt: Aus Art. 3 Abs. 1 GG ergäben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen würden.²³ Entsprechend der sog. Neuen Formel wird der Rechtfertigungsmaßstab also durch den Grad der Intensität der Ungleichbehandlung bedingt.²⁴

Im Folgenden argumentiert das Verfassungsgericht, eine Ungleichbehandlung sei regelmäßig dann von großer Intensi-

tät, wenn sie Personengruppen und nicht nur Sachverhalte betreffe. Obschon die Nichtrauchergesetze Baden-Württembergs und Berlins nicht etwa an persönliche Eigenschaften der Gastwirte, sondern an die Betriebsart anknüpfen – die Betriebsart ‚Diskothek‘ wird von der Privilegierung ausgenommen, einen abgetrennten Nebenraucherraum errichten zu können –, mithin eine *Ungleichbehandlung von Sachverhalten* vorliegt, stellen die Verfassungsrichter eine Diskriminierung von hoher Intensität fest: Die strengen Maßstäbe der Neuen Formel gälten nämlich auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhalten *mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirke*.²⁵ Das Ergebnis überzeugt, nicht aber seine Begründung. Die Rechtsfigur der mittelbaren Ungleichbehandlung von Personengruppen verwischt die kategorische Unterscheidung und beraubt sie ihrer Abgrenzungsfunktion.²⁶ Denn kaum einmal wird sich nicht ein derartiger mittelbarer Personenbezug konstruieren lassen. Aussagekräftiger sind jene Kriterien, die das BVerfG in früheren Entscheidungen zu lediglich verhaltensbezogenen Ungleichbehandlungen entwickelt hat. Hiernach hänge der Grad der Intensität davon ab, inwieweit die Betroffenen in der Lage seien, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Unterscheidungsmerkmale zu beeinflussen, inwieweit die Ungleichbehandlung sich an die in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Diskriminierungsverbote annähere und inwieweit sie sich auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken könne.²⁷ Letzteres Kriterium wäre auch in der Nichtraucherschutz-Entscheidung einschlägig gewesen, denn eine Beeinträchtigung (und sogar Verletzung) der Berufsfreiheit der Diskothekenbetreiber war zu diesem Zeitpunkt bereits festgestellt.

Führt die intensive Ungleichbehandlung nach dem eben Gesagten zu einem verschärften Prüfungsmaßstab, untersucht das BVerfG im Folgenden, ob sie durch hinreichende Gründe gerechtfertigt ist. Zwar wolle das absolute Rauchverbot in Diskotheken den Umständen Rechnung tragen, dass dort zum einen die Schadstoffkonzentration besonders hoch sei, was bei gleichzeitiger körperlicher Aktivität der Gäste zu einer stärkeren Inhalation führe, und zum anderen eine große Gefahr der Nachahmung durch jugendliche Gästen bestehe, jedoch seien diese Gründe nicht von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie die Ungleichbehandlung tragen könnten. Dem gesteigerten Schutz der Diskothekenbesucher im Allgemeinen könne durch abgetrennte Raucherräume Rechnung getragen werden. Der Jugendschutz im Besonderen sei gewährleistet, wenn nur in solchen Diskotheken die Einrichtung von Raucherräumen erlaubt werde, die ausschließlich volljährigen Personen Zutritt gewähren.²⁸ Die Ungleichbehandlung

²² BVerfG NJW 2008, 2409 (2416 f.). Vgl. auch *Michael*, JZ 2008, 875 (876), der in der Berücksichtigung ökonomischer Argumente, etwa den „empfindlichen Umsatzrückgängen“ oder den existenzgefährdenden Folgen, eine „verschleierte Schutzbereichsverstärkung des Art. 12 Abs. 1 GG durch Aspekte der Eigentumsfreiheit“ sieht.

²³ BVerfG NJW 2008, 2409 (2417). Ebenso BVerfGE 88, 87 (96); 89, 15 (22); 89, 365 (375); 91, 346 (362); 91, 389 (401); 110, 274 (291); 117, 1 (30).

²⁴ BVerfGE 55, 72 (88); bereits angedeutet in BVerfGE 34, 103 (115) – stRSpr.

²⁵ BVerfG NJW 2008, 2409 (2417 f.) unter Verweis auf BVerfGE 88, 87 (96); 102, 41 (54); 104, 126 (144 f.); 107, 133 (141).

²⁶ Ähnlich kritisch *Sachs*, JuS 2008, 916 (919).

²⁷ BVerfGE 88, 87 (96); 95, 267 (316 f.); 99, 367 (388); 107, 27 (46). Vereinzelt werden diese Kriterien auch schon angewendet in BVerfGE 55, 72 (88); 60, 123 (134); 62, 256 (274); 82, 126 (146).

²⁸ BVerfG NJW 2008, 2409 (2417 f.).

von Diskotheken und sonstigen Gaststätten verstoße im Ergebnis auch gegen den allgemeinen Gleichheitssatz.

3. Folgen der Verfassungswidrigkeit

Trotz der Verletzung der Berufsausübungsfreiheit und des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes tenoriert das BVerfG die angegriffenen Bestimmungen nur als verfassungswidrig, nicht aber als nichtig. Nur scheinbar weicht diese Unvereinbarkeitserklärung ohne Nichtigkeitsfolge von dem Grundsatz ab, dass verfassungswidrige Gesetze ex tunc und eo ipso nichtig sind. Zumindest beim sog. *gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss* hinsichtlich der Diskothekenbetreiber gilt: Nicht das absolute Rauchverbot für Diskotheken an sich ist unverhältnismäßig, sondern erst ihre Ausnahme von der Privilegierung der sonstigen Gaststätten, einen abgetrennten Raucherraum anzubieten; nicht eine einzelne Norm, sondern das Verhältnis verschiedener Normen zueinander ist verfassungswidrig.²⁹ Dieser Gedanke kann auch auf die Verletzung von Freiheitsgrundrechten wegen Verstoßes gegen das Folgerichtigkeitsprinzip bzw. das Gebot der Systemstimmigkeit übertragen werden. Auch hier stehen dem Gesetzgeber mindestens zwei Möglichkeiten zur Verfügung, den Systemverstoß zu beseitigen: Er kann dem Schutz der Gesundheit Vorrang geben und ein absolutes Rauchverbot einführen oder aber ein weniger strenges Schutzkonzept wählen und dieses folgerichtig und gleichheitsgerecht ausgestalten.³⁰ Der Sache nach geht es darum, den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu wahren.³¹

Wenn das BVerfG den Landesgesetzgebern für den Erlass verfassungskonformer Neuregelungen eine Frist bis zum 31.12.2009 setzt und die angegriffenen Bestimmungen auf Grundlage des § 35 BVerfGG bis dahin unter Auflagen für anwendbar erklärt, will es aber auch der hohen Bedeutung des Gesundheitsschutzes Rechnung tragen.³² Um die Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers größtmöglich zu schonen, sein Regelungskonzept zu wahren und ihm nach Möglichkeit nicht vorzugreifen, erweitert es die Nichtraucherchutzgesetze lediglich um eine Ausnahme für Kleingaststätten, die eine Gastfläche von weniger als 75 m² aufweisen, keine zubereiteten Speisen anbieten, nur volljährigen Personen Zutritt gestatten und als Rauchgaststätte gekennzeichnet sind. Auch Diskotheken, zu denen keine minderjährigen Personen Zutritt haben, können in der Übergangszeit Raucherräume einrichten, sofern sich keine Tanzflächen in diesen befinden.³³

²⁹ Vgl. auch *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl. 2004, Rn. 394 ff. (insb. Rn. 402).

³⁰ BVerfG NJW 2008, 2409 (2419).

³¹ Vgl. *Sachs*, JuS 2008, 916 (919). Ablehnend *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 6. Aufl. 2004, Rn. 404.

³² BVerfG NJW 2008, 2409 (2419). Ebenso schon BVerfGE 33, 303 (347 f.) – numerus clausus I; 73, 40 (101 f.: „rechtliches Vakuum“) – 3. Parteispenden-Urteil; 99, 280 (298); 104, 74 (91), 105, 73 (133); 115, 276 (317 ff.) – Sportwetten; 116, 69 (92 f.) – Jugendstrafvollzug; 117, 163 (199).

³³ BVerfG NJW 2008, 2409 (2419 f.).

III. Auswirkungen des Prinzips der Folgerichtigkeit auf die allgemeine Grundrechtsdogmatik

Neben ihrer (gesellschafts-)politischen Bedeutung hat die Nichtraucherchutz-Entscheidung vor allem durch ihre (Wieder-)Entdeckung des Prinzips der Folgerichtigkeit besonderes Aufsehen erregt und Kritik hervorgerufen. In einem abweichenden Sondervotum mahnt der Verfassungsrichter *Bryde*, man könne vom Gesetzgeber, der „ohnehin schon zwischen Untermaßverbot hinsichtlich einer möglichen Verletzung der Schutzpflicht und Übermaßverbot hinsichtlich der durch die Regelung Betroffenen eingeklemmt ist“, „keine Folgerichtigkeit und Systemreinheit einfordern, die kein demokratischer Gesetzgeber leisten kann“. Jedes Gesetzgebungsvorhaben sei massivsten Widerständen mächtiger Lobbys ausgesetzt und ermögliche häufig nur einen mehr oder minder durchlöchernten Kompromiss. Die Forderung einer Alles-oder-Nichts-Lösung gefährde die Reformfähigkeit der Politik.³⁴ Auch in der Literatur wird der vermeintliche Zwang kritisiert, entweder eine politisch kaum durchsetzbare Radikallösung zu wählen oder das gesetzgeberische Regelungskonzept durch zahlreiche Ausnahmen noch weitergehend als politisch ohnehin erforderlich zurückzunehmen. Vor allem aber wird die Verortung des Folgerichtigkeitsprinzips in der Prüfung der Freiheitsgrundrechte angegriffen. Die Freiheits- und Gleichheitsrechte vermengende Konstruktion eines „Grundrechts auf Konsequenz“ führe letztlich dazu, eine Ungleichbehandlung, für die es hinreichende Gründe gebe, aufgrund von wirtschaftlichen Nachteilen, die den Betroffenen zumutbar seien, für verfassungswidrig zu erklären.³⁵ An anderer Stelle wird konstatiert, das Postulat der Folgerichtigkeit könne zu Rigorosität führen, die gegebenenfalls den Freiheitsrechten als Abwehrrechten und dem Übermaßverbot geradezu entgegen laufe. Das BVerfG verlasse und überschreite in bedenklicher Weise diese bewährten Strukturen des Übermaßverbots.³⁶ Angesichts dieser grundsätzlichen Einwände ist im Folgenden zu klären, inwieweit dem Prinzip der Folgerichtigkeit tatsächlich Verfassungsrang zukommt (1.), welche Anforderungen es an den Gesetzgeber stellt (2.) und welche Auswirkungen es auf die herkömmliche Prüfung der Verhältnismäßigkeit zeitigt (3.). Abschließend ist die Nichtraucherchutz-Entscheidung an diesen Vorgaben zu messen (4.).

1. Folgerichtigkeit als Verfassungsprinzip

a) Entwicklung in der Rechtsprechung des BVerfG

Der Topos der Systemstimmigkeit (auch als Systemgerechtigkeit, Folgerichtigkeit bzw. negativ als Systemwidrigkeit umschrieben) findet sich schon im ersten Urteil des BVerfG angedeutet³⁷ und wurde in der Folgezeit zunächst als Maß-

³⁴ Sondervotum *Bryde*, NJW 2008, 2409 (2420).

³⁵ *Bäcker*, DVBl 2008, 1180 (1183).

³⁶ *Michael*, JZ 2008, 875 (877), der sich im Übrigen dafür ausspricht, das Gebot der Folgerichtigkeit im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG als wirtschaftliche Wettbewerbsgleichheit zu rekonstruieren.

³⁷ In BVerfGE 1, 14 (45) wirft das Gericht in Anknüpfung an die rechtsstaatliche Bindung des Gesetzgebers die Frage auf,

stab steuerrechtlicher Vorschriften entwickelt. Die Systemwidrigkeit als Verletzung der vom Gesetz selbst statuierten Sachgesetzlichkeiten wurde dabei lediglich als *Indiz für einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz* betrachtet.³⁸ Entscheidend käme es darauf an, ob die Abweichung vom System „sachlich hinreichend gerechtfertigt“ sei bzw. ob „plausible Gründe“ für sie vorlägen, denn grundsätzlich stünde es dem Gesetzgeber frei, von seinem selbst gesetzten System abzuweichen.³⁹ Damit war der Grundsatz der Systemstimmigkeit zwar in den Rang eines Verfassungsprinzips erhoben, seine Verortung in Art. 3 Abs. 1 GG und die damit verbundene Beschränkung auf eine Willkürkontrolle marginalisierten jedoch seine Bedeutung in der Verfassungspraxis, denn nach der Willkürformel war der Gleichheitssatz nur bei einer evidenten Unsachlichkeit bzw. Ungerechtigkeit als verletzt anzusehen.⁴⁰ Selten war und wird dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber indes vorzuwerfen sein, seine gesetzliche Regelung entbehere subjektiv wie objektiv jeglicher sachlicher Begründung.⁴¹

Mit der sog. Neuen Formel hat das BVerfG im Jahr 1980 nicht nur einen nach Intensität der Ungleichbehandlung differenzierenden Rechtfertigungsmaßstab eingeführt (s. o.), sondern auch ausdrücklich klargestellt – diese zweite Aussage hat bislang wenig Beachtung gefunden –, dass anhand dieses Maßstabes auch die Systemstimmigkeit einer Maßnahme zu prüfen ist, was aufgrund ihrer dogmatischen Verortung in Art. 3 Abs. 1 GG eigentlich ohnehin eine Selbstverständlichkeit ist. Wird also ein gesetzliches System durchbrochen und weist diese Durchbrechung eine gewisse Intensität auf, so kann sie nur durch Gemeinwohlbelange gerechtfertigt werden, die in einem angemessenen Verhältnis zur Ungleichbehandlung stehen.⁴²

„ob gewisse in einem inneren Zusammenhang zueinander stehende Bestimmungen [eines] Gesetzes [...] in sich widerspruchsvoll und deshalb nichtig“ sein können. Siehe zum Ganzen auch *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, Kap. 4 I. 2. (im Erscheinen).

³⁸ BVerfGE 34, 103 (115) – zum Körperschaftssteuerrecht. Ebenso schon BVerfGE 9, 20 (28) – zur Berücksichtigung von Vermögen und Einkommen des Partners einer eheähnlichen Lebensgemeinschaft für die Arbeitslosenhilfe; BVerfGE 13, 331 (340) – zur Gewerbesteuer bei Kapitalgesellschaften.

³⁹ BVerfGE 9, 20 (28); 13, 31 (38); 18, 315 (334); 81, 156 (207); 104, 74 (87). Vgl. hierzu auch *Zacher*, AöR 93 (1968), 341 (352 ff.).

⁴⁰ BVerfGE 12, 326 (333); 14, 221 (238). Nach BVerfGE 9, 201 (206); 14, 221 (238 f.); 17, 319 (330); 18, 121 (124) habe der Gesetzgeber eine sehr weite Gestaltungsfreiheit. Es sei nicht Sache des Verfassungsgerichts zu überprüfen, ob er die jeweils gerechteste und zweckmäßigste Lösung getroffen hat, sondern lediglich, ob die äußeren Grenzen gewahrt seien.

⁴¹ Ebenso *Wendt*, NVwZ 1988, 778 (780).

⁴² BVerfGE 55, 72 (88): „Demgemäß ist dieses Grundrecht [Art. 3 Abs. 1 GG] vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Ge-

In der Nichtraucherschutz-Entscheidung ist das Gebot der Folgerichtigkeit zum ersten Mal nun auch bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in Freiheitsrechte *expressis verbis* berücksichtigt worden, ohne freilich eine nähere Konkretisierung erfahren zu haben.⁴³

b) Maßstab der Systemstimmigkeit

Deutlich hervorzuheben ist der Bezugspunkt: Die verfassungsgerichtliche Überprüfung der Folgerichtigkeit einer Regelung hat grundsätzlich am Maßstab des betreffenden Teilsystems zu erfolgen, in welches die Norm eingebettet ist, bezieht also keine über- oder nebengeordneten Rechtssysteme mit ein. Wird etwa die Regelung eines Umweltgesetzes, eines berufsregelnden Gesetzes (HandwO, Hufbeschlaggesetz, ApoG etc.) oder, wie hier, des Nichtraucherschutzgesetzes auf ihre Systemstimmigkeit überprüft, ist *nur das System der jeweiligen Teilrechtsordnung maßstabsbildend*.⁴⁴ Diese

wicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (vgl. BVerfGE 22, 387 [415]; 52, 277 [280]). Diesen Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht namentlich im Zusammenhang mit Versuchen hervorgehoben, aus einem Gesetzeswerk eine den Gesetzgeber bindende Sachgesetzlichkeit herzuleiten und eine *Systemwidrigkeit als Verletzung des Gleichheitssatzes zu beanstanden* (BVerfGE 34, 103 [105]).“ (Hervorh. durch d. Verf.). Siehe auch bereits BVerfGE 46, 97 (107 ff.). Ferner *Stern*, in: *Stern*, Staatsrecht, III/2, 1994, § 96 IV 9, S. 1830: „Insgesamt will der Gleichheitssatz Objektivität, Sachgerechtigkeit, Systemtreue und Folgerichtigkeit des gesetzgeberischen Handelns im Grundsätzlichen sichern.“

⁴³ Angedeutet hatte sich diese Rechtsprechung bereits in der Entscheidung des BVerfG zum staatlichen Sportwettenmonopol, das aufgrund des Widerspruchs zwischen gesetztem Ziel (Eindämmung der Spielsucht) und tatsächlicher bzw. rechtlicher Ausgestaltung (z.B. exzessive Werbung für staatliches Lotto, Toto etc.) für verfassungswidrig erklärt worden ist (BVerfGE 115, 276 [311]): „Die mit erheblichen Einnahmemeffekten für den Staat einhergehende Eröffnung eines Betätigungsfeldes für die in der Bevölkerung vorhandene Wettleidenschaft lässt nicht ohne weiteres eine *konsequente und wirkliche Ausrichtung* an der Bekämpfung und Begrenzung von Wettsucht und problematischem Spielverhalten erkennen.“ (Hervorh. durch d. Verf.). Vgl. ferner das Sondervotum der Richter *Papier*, *Jaeger*, *Hömig* und *Hoffmann-Riem* zur Ladenschluss-Entscheidung, BVerfGE 111, 10 (43 ff.): „Bei der Prüfung der Angemessenheit der Zuordnung der verfolgten Zwecke und der eingesetzten Mittel kann das Ziel eines besonderen Arbeitszeitschutzes im Einzelhandel nur mit dem Gewicht berücksichtigt werden, das der Gesetzgeber ihm nach seinem Konzept erkennbar noch zumisst. [...] Das jetzt geschaffene System enthält viele Unstimmigkeiten [...]. Der Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz folgt daher aus den gleichen Gründen, die zur Verfassungswidrigkeit der Regelung im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG führen.“

⁴⁴ Etwa wurde in BVerfGE 34, 118 (130 f.) entschieden, dass der Ausschluss eines Schmerzensgeldanspruches im gesetzlichen Unfallversicherungsrecht (§§ 636 Abs. 1 S. 1, 637

auf eine ‚Binnenbetrachtung‘ reduzierte Untersuchung der Systemstimmigkeit eines Gesetzes ist damit streng zu unterscheiden von der weitergehenden Rechtsfigur der *Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung*, die das BVerfG in seiner Entscheidung zu den landesrechtlichen Abfallabgaben bzw. kommunalen Verpackungssteuern entwickelt hatte, mittlerweile aber zu Recht wieder aufgegeben zu haben scheint.⁴⁵ Der Topos der Einheit der Rechtsordnung ist angesichts der unzähligen Gesetze und Verordnungen mit ihren jeweils eigenen Sachgesetzmäßigkeiten, Zielen und Instrumenten, angesichts des föderativ gewünschten Pluralismus und der heterogenen Gemengelage aus originär mitgliedstaatlichen und aus gemeinschaftsrechtlich determinierten Regelungen schon im Grundsätzlichen zu hinterfragen; erst recht ist er kein praktikables Korrektiv der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit.⁴⁶

Verengt man den verfassungsrechtlichen Blickwinkel auf die jeweilige Teilrechtsordnung, lässt sich als grundlegende Aussage der Neuen Formel des BVerfG festhalten, dass der Gesetzgeber Ausnahmen und Durchbrechungen von seinem selbst statuierten System nicht nur als Ungleichbehandlung konkreter Vergleichsgruppen, sondern auch vor der Systemstimmigkeit als Verfassungsprinzip am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG zu rechtfertigen hat.⁴⁷

Abs. 1 Reichsversicherungsordnung – RVO) keinen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG darstelle, obwohl nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln bei deliktischem Handeln ein immaterieller Schadensersatz zu leisten ist (§ 847 BGB a.F. bzw. § 253 BGB n.F.). Hierzu auch *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 3 I Rn. 313a, Stand: Juni 2002. Kritisch zu diesem „Binnendenken“ *Zacher*, AöR 93 (1968), 341 (insb. 354 f.). Hierzu im Allgemeinen siehe *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, Kap. 4 I. (im Erscheinen).

⁴⁵ Nach BVerfGE 98, 83 (97 ff.); BVerfGE 98, 106 (119) widersprechen landesrechtliche Abfallabgaben bzw. kommunale Verpackungssteuern aufgrund ihrer Lenkungswirkung dem Kooperationsprinzip als Grundentscheidung des BImSchG bzw. des KrW-/AbfG. Der Steuergesetzgeber dürfe die vom Sachgesetzgeber getroffene Entscheidung für kooperative, mittelbare Steuerungsformen nicht durch Lenkungsregelungen verfälschen, deren verhaltensbestimmende Wirkungen dem Kooperationsprinzip zuwiderliefen. Nochmals aufgegriffen, aber für nicht streitentscheidend befunden wird das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung in BVerfGE 116, 164 (186).

⁴⁶ Kritisch zur Rechtsfigur der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung auch *Heintzen*, in: Dolzer/Vogel (Hrsg.), BK, GG, Art. 70 Rn. 62, Stand: Dezember 2003; *Jarass*, AöR 126 (2001), 588 (594 ff.); *Rozek*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2005, Art. 70 Rn. 23; *Sendler*, NJW 1998, 2875 ff.

⁴⁷ Insoweit irrt *Kischel*, AöR 124 (1999), 174 (194), dem zufolge nur eine fiktive, nicht an Art. 3 Abs. 1 GG messbare Ungleichbehandlung vorliege, da ein Gegenstand in seiner gesetzlichen Behandlung mit einem entsprechenden Gegenstand in seiner imaginären, gerade nicht in einem Gesetz vorgesehenen Behandlung verglichen werde. Stets werden

c) *Aussagelosigkeit des Folgerichtigkeitsprinzips?*

Dieser Befund veranlasst zu der kritischen Frage, inwieweit dem Prinzip der Folgerichtigkeit über die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes hinaus ein eigener Aussagegehalt zukommt.⁴⁸ Die Folgerichtigkeit als Wettbewerbsgleichheit bzw. als spezifisch wirtschaftsrechtliche Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes zu begreifen, der über das bloße Willkürverbot hinaus zu einer Prüfung von Wettbewerbsverzerrungen am strengen Maßstab der Verhältnismäßigkeit veranlasse, greift zu kurz.⁴⁹ Einmal, weil der Grundsatz der Systemstimmigkeit in seinem Anwendungsbereich nicht auf Eingriffe in Wirtschaftsgrundrechte reduziert werden kann, zum anderen, weil bei Betroffenheit von (Wirtschafts-)Grundrechten nach der Neuen Formel ohnehin ein verschärfter Rechtfertigungsmaßstab gilt. Das Folgerichtigkeitsprinzip wäre insoweit tatsächlich aussage- und bedeutungslos.

Zu weit ginge hingegen eine absolute Systembindung des Gesetzgebers, die ihn strikt an systemprägende, ältere Normen, die unter Umständen noch aus früheren Legislaturperioden stammen, binden wollte; in diesem Fall würde tatsächlich eine „Gefahr der Verkrustung des Rechts“ drohen.⁵⁰ Es versteht sich von selbst, dass der Gesetzgeber sein selbst geschaffenes System jederzeit modifizieren, teilweise oder ganz abschaffen oder ersetzen können muss, ohne strikt an das Vorhandene gebunden zu sein (*lex posterior derogat legi priori*). Die unbestrittene Notwendigkeit eines gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums darf aber nicht zu der Annahme verleiten, die Bestimmung eines Systems sei dort, wo unterschiedliche und widerstreitende Gesetzesziele bestünden, aufgrund der vorhandenen Brüche und Verwerfungen unmöglich.⁵¹ In eine ähnliche, falsche Richtung geht die Überlegung, dass der Gesetzgeber durch jede einzelne Ausnahme, die er seinem Regelwerk hinzufügt, zugleich auch das System verändert. Ein genauerer Blick auf die jeweils einschlägigen Teilrechtsordnungen zeigt, dass sich aus einem Gesetz (etwa seinen Zielbestimmungen, seinen grundlegenden Instrumen-

sich jedoch auch gesetzlich geregelte, konkrete Vergleichsgruppen finden lassen; im Falle der Nichtraucherschutzgesetze werden beispielsweise die Einraumgaststätten und Diskotheken einerseits und die sonstigen Gaststätten andererseits ungleich behandelt.

⁴⁸ *Jarass*, AöR 126 (2001), 588 (595 f.); *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 3 Rn. 29; *Sendler*, NJW 1998, 2875 (2876), verkürzen die Prüfung der Systemstimmigkeit gar auf eine Willkürkontrolle. Ähnlich auch *C. Brüning*, NVwZ 2002, 33 (35 f.); *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 2. Aufl. 2000, § 124 Rn. 231 f. Ausführlicher hierzu *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, Kap. 4 I. 3. (im Erscheinen).

⁴⁹ So aber *Michael*, JZ 2008, 875 (878).

⁵⁰ *Kischel*, AöR 124 (1999), 174 (204 ff.). Mit ähnlicher Tendenz *Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985, S. 96 f., S. 299 f. und S. 313 f., der den Verlust der Offenheit der Verfassung anmahnt und die Freiheit des Gesetzgebers nicht über die „normalen“ Verfassungsgehalte hinaus beschränken will.

⁵¹ So aber *Müller*, GewArch 2007, 361 (367).

ten etc.), zumindest aber aus der Gesetzesbegründung sehr wohl ein Regel-Ausnahme-Verhältnis extrapolieren lässt, an welches das Prinzip der Folgerichtigkeit anknüpfen kann.

2. Anforderungen an den Gesetzgeber

a) Bestimmung des Systems

Im Regel-Ausnahme-Verhältnis eines Gesetzes, genauer: in seinem System, liegt des Pudels Kern. Ohne eine exakte Bestimmung des inneren Systems lässt sich auch keine Aussage über seine Stimmigkeit bzw. über die Folgerichtigkeit einer Rechtsnorm treffen. Begriffsnotwendig kann ein System nicht aus einem einzelnen Element bestehen, sondern setzt sich aus mehreren unterscheidbaren normativen Entscheidungen des Gesetzgebers zusammen, etwa in Form von System konstituierenden Grundwertungen, Einzelwertungen und sonstigen Rechtssätzen einer (Teil-)Rechtsordnung.⁵² Seine Mindestbestandteile bilden eine Regel, die der Umsetzung des Grundprinzips der jeweiligen Ordnung dient, und eine Ausnahme, die ein anderes neben- oder untergeordnetes Prinzip verwirklicht. Am Beispiel der baden-württembergischen und berlinerischen Nichtrauchererschutzgesetze ist der Gesundheitsschutz der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens die Regel und der tragende Grundsatz, die Exemtionen für abgetrennte Nebenräume, Bier-, Wein- und Festzelte sind die diese Regel relativierenden Ausnahmen.⁵³ Das Mehrheitsvotum der Nichtrauchererschutz-Entscheidung zieht hieraus den Schluss, die Gesetzgeber verfolgten das Ziel eines relativierten, teilweise zugunsten der Freiheitsrechte von Gaststättenbetreibern und Rauchern zurückgenommenen Gesundheitsschutzes.⁵⁴

Der teilweise vorgebrachte Einwand, in der Systembestimmung liege eine verfassungsrechtlich bedenkliche „legis-

latorische Definition des Grundrechtsschutzes“, überzeugt nicht. Ohne Zweifel bindet Art. 1 Abs. 3 GG alle staatliche Gewalt und damit auch den Gesetzgeber an die Grundrechte. Ebenso unbestritten ist das *verfassungsrechtliche* Gewicht des Gesundheitsschutzes aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht Folge gesetzlicher Wertungen, sondern deren Maßstab (*Masing*).⁵⁵ Wenn der Gesetzgeber aber ein Regelungs- bzw. Schutzkonzept statuiert, ist er grundsätzlich nicht nur einem einzigen, gleichsam isolierten Grundrecht verpflichtet, hier also dem Schutz von Leben und Gesundheit der Nichtraucher; stets hat er auch entgegengesetzte, ebenfalls grundrechtlich geschützte Verfassungsrechtsgüter wie vorliegend die Freiheitsrechte der Raucher (Art. 2 Abs. 1 GG) und Gastwirte (Art. 12 Abs. 1 GG) zu berücksichtigen und die konfligierenden Interessen zu einem sachgerechten Ausgleich zu bringen. Mit anderen Worten wird nicht der Grundrechtsschutz, sondern das *einfachgesetzliche* Schutzkonzept von der Legislative definiert. Eben hierfür wird ihr ein Wertungs- und Gestaltungsspielraum eingeräumt. Eine andere Frage ist es, wie diese gesetzgeberische Einschätzungsprärogative, die de facto auch die Prüfung der Verhältnismäßigkeit determiniert (s.o.), wieder rechtsstaatlich umhegt werden kann.

b) Begründungs- und Rechtfertigungspflichten

Was ist nun, um die zuvor artikulierte Frage wiederaufzugreifen, mit dem Prinzip der Systemstimmigkeit über die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes hinaus gewonnen? Der Topos der Systemstimmigkeit respektive Folgerichtigkeit beschreibt das Passen einer gesetzgeberischen Entscheidung in das vorhandene Rechtssystem⁵⁶; auf der Gegenseite lässt sich die Systemwidrigkeit als Verhalten des Gesetzgebers im Widerspruch zu seinen eigenen Prinzipien fassen.⁵⁷ Der Gesetzgeber muss also seine Entscheidungen, schafft er kein umfassendes neues System, was der Ausnahmefall sein wird, in das bestehende Regelungskonzept einfügen; er muss die bestehenden Wertungen und Grundentscheidungen berücksichtigen – zumindest im Sinne einer argumentativen Auseinandersetzung.

Aus der herkömmlichen, bipolaren Prüfung des Gleichheitssatzes wird eine multipolare Prüfung der Systemstimmigkeit. Nicht nur die Ungleichbehandlung *einer* Personengruppe oder eines Sachverhaltes mit *einer* anderen Vergleichsgruppe, sondern das stimmige Einfügen einer Maßnahme in ein mitunter komplexes System wird zum Prü-

⁵² Nach *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983, S. 46 f., sind nur die *Grundwertungen*, nicht aber sämtliche *Einzelwertungen* eines Gesetzes systemkonstituierend. Zum Begriff des inneren Systems erstmals *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 139 ff. (insb. S. 142 f.: „sachlicher Zusammenhang zwischen den hervorgebrachten Gedanken“); ferner *Rüthers*, Rechtstheorie, 3. Aufl. 2007, Rn. 751. Kritisch hinsichtlich der Rückführbarkeit von Rechtsnormen auf wenige tragende Grundsätze *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 62 ff. (insb. S. 66 f.). Siehe ausführlicher auch *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, Kap. 4 I. und IV. (im Erscheinen).

⁵³ Vgl. die Gesetzesbegründung zum BadWürttNRSg, LT-Drs. 14/1359, S. 8: „Mit dem vorliegenden Gesetz wird ein umfassender Schutz der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens angestrebt. Gesetzliche Rauchverbote sind ein wichtiger Schritt, um dies auch in rechtlicher Hinsicht zu gewährleisten.“ Ferner die Gesetzesbegründung zum BerlNRSg, Abgeordnetenhaus-Drs. 16/0716, S. 10: „Durch das Gesetz sollen die Bürgerinnen und Bürger wirksam vor den Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen geschützt werden.“

⁵⁴ BVerfG NJW 2008, 2409 (2415). Siehe hierzu nochmals unter III. 4.

⁵⁵ Vgl. *Cornils*, ZJS 2008, 660 (662 f.) (in dieser Ausgabe), und das Sondervotum *Masing*, NJW 2008, 2409 (2421).

⁵⁶ Vgl. *Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985, S. 25. *Kischel*, AöR 124 (1999), 174 (177), versteht die Systembindung als die Bindung des Gesetzgebers an von ihm selbst zuvor aufgestellte normative Strukturen, Ordnungsprinzipien oder Wertungen eines Rechtsbereichs. Ähnlich *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1983, S. 46 ff., der den Systembegriff als folgerichtige Durchführung einer axiomatischen oder teleologischen Ordnung allgemeiner Rechtsprinzipien definiert.

⁵⁷ *Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976, S. 4.

fungsgegenstand. Hat sich der Gesetzgeber also für ein bestimmtes System und insbesondere für ein bestimmtes Schutzkonzept entschieden, muss er dieses konsequent weiterverfolgen. Abweichungen und Durchbrechungen von einem bestehenden System sind ihm zwar nicht verwehrt, er muss sie aber hinreichend rechtfertigen.⁵⁸ In dieser Begründungspflicht, der gleichsam umgekehrten Argumentationslast der Systemkonformität liegt die eigentliche Bedeutung des Verfassungsprinzips der Folgerichtigkeit.

c) Konkrete Handlungsanweisungen an die Legislative

Soll der Grundsatz der Folgerichtigkeit über ein akademisches Gedankenspiel hinaus einen praktischen Nutzwert haben, muss der Versuch unternommen werden, konkrete Handlungsanforderungen an die Legislative zu entwickeln.⁵⁹ Führt der Gesetzgeber ein neues Regelungsregime ein oder reformiert er ein bestehendes grundlegend, sollte er die legitimierende Zwecksetzung hinreichend deutlich herausstellen. Neben den primären Gesetzeszwecken, die auch bislang zumindest mithilfe der Gesetzesmaterialien ausgelegt werden konnten, wären vor allem auch die sekundären und ggf. tertiären Zwecke, die den Ausnahmen vom Grundkonzept der jeweiligen Teilrechtsordnung zugrunde liegen, explizit zu benennen. Es böte sich an, die verschiedenen Haupt- und Nebenzwecke nicht nur in der Gesetzesbegründung zu umschreiben, sondern, wie es insbesondere in Gemeinschaftsrechtsakten und in jüngeren Gesetzen, etwa im Umwelt- und Öffentlichen Wirtschaftsrecht, üblich geworden ist, in einer einleitenden Norm zu definieren.

Wichtiger noch wäre, dass der Gesetzgeber das Verhältnis von primären zu sekundären bzw. tertiären Gesetzeszwecken bestimmt. Um den Hauptzweck und die untergeordneten Ziele eines Gesetzes in Einklang, gleichsam in eine Art ‚praktische Konkordanz‘, zu bringen, könnte die raumordnungsrechtliche Figur des *Gegenstromprinzips* gedanklich übertragen werden.⁶⁰ Die gesetzliche Ausprägung und Auslegung der Unter- bzw. Nebenziele hätten sich in das durch den primären Gesetzeszweck konstituierte Grundkonzept einzu-

fügen; umgekehrt würde der Primärzweck durch die untergeordneten Ziele modifiziert und relativiert. Nicht zuletzt aus Gründen der Rechtsklarheit und um eine einheitliche Rechtsanwendung zu ermöglichen, sollte der Gesetzgeber dieses Zusammenspiel (zumindest in seiner Gesetzesbegründung) nachvollziehbar machen.

Der Gesetzgeber wäre damit nicht absolut, wohl aber relativ an das von ihm konstituierte System der jeweiligen Teilrechtsordnung gebunden. Insbesondere, wenn er ein bestehendes Grundkonzept durchbrechen will, hätte er die Auswirkungen des Neuen auf das Vorhandene zu bewerten und etwaige Wertungswidersprüche und Systemdurchbrechungen hinreichend zu begründen. Das Verfassungsprinzip der Folgerichtigkeit könnte so eine Besinnungs- und Disziplinierungsfunktion gegenüber dem Gesetzgeber entfalten; aus Sicht des Bürgers käme ihm eine Klarstellungsfunktion zu. In nuce würde das Prinzip der Systemstimmigkeit in Gestalt der Pflicht zur Systemberücksichtigung den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz um rechtsstaatliche Begründungserfordernisse anreichern; der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit würde eine gewisse Pflicht zur Gestaltungsgleichheit gegenübergestellt.

3. Konsequenzen für die Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁶¹

a) Konnexität von Freiheits- und Gleichheitsverstößen

Das eigentliche Novum der Nichtraucherentscheidung liegt jedoch nicht in der Renaissance des Folgerichtigkeitsprinzips, sondern in dessen erstmaliger Übertragung auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung eines Eingriffs in ein Freiheitsgrundrecht. Keineswegs wird der Gesetzgeber damit, wie *Bryde* in seinem Sondervotum konstatiert, zwischen Untermaßverbot und Übermaßverbot eingeklemmt; keineswegs steht der Gesetzgeber einzig vor der Alternative einer (politisch nicht durchsetzbaren) Radikallösung oder einer durch zahlreiche Ausnahmen bedingten Selbstaufgabe seines Steuerungsanliegens.⁶² Das Gebot der Systemstimmigkeit auch auf die Prüfung von Eingriffen in Freiheitsgrundrechte anzuwenden macht nicht nur Sinn, sondern ist geboten. Mit der Neuen Formel hat das Verfassungsgericht klargestellt, dass Gleichheits- und Freiheitsgrundrechte insoweit nicht beziehungslos nebeneinander stehen, als eine Beeinträchtigung von Freiheitsgrundrechten zugleich den Rechtfertigungsmaßstab für Ungleichbehandlungen verschärft. Ein solcher Zusammenhang lässt sich aber auch in umgekehrter Richtung ableiten: Eine intensive Ungleichbehandlung würde demnach einen strengeren Rechtfertigungsmaßstab für Eingriffe in Freiheits-

⁵⁸ Ähnlich auch *Ruthig*, in: *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2005, Rn. 114 und 116; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2005, Art. 3 Abs. 1 Rn. 45 (insb. Fn. 231); *Stober*, in: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2008, § 28 Rn. 16. Vgl. auch *Baumeister*, *GewArch* 2007, 310 (317), der – im Übrigen eher kritisch gegenüber der Folgerichtigkeit als Verfassungsprinzip – darauf hinweist, dass mit steigender einfachgesetzlicher Regelungsdichte auch die Bindungen des Gesetzgebers zunehmen.

⁵⁹ Siehe hierzu auch *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, Kap. 4 II. 2. (im Erscheinen).

⁶⁰ Nach § 1 Abs. 3 Raumordnungsgesetz vom 18.8.1997 (BGBl. I, S. 2081) soll die „Entwicklung, Ordnung und Sicherung der Teilräume [...] sich in die Gegebenheiten und Erfordernisse des Gesamttraums einfügen; die Entwicklung, Ordnung und Sicherung des Gesamttraums soll die Gegebenheiten und Erfordernisse seiner Teilräume berücksichtigen (Gegenstromprinzip).“

⁶¹ Siehe hierzu ausführlicher *Bulla*, Freiheit der Berufswahl, Kap. 4 III. (im Erscheinen).

⁶² Sondervotum *Bryde*, NJW 2008, 2409 (2420); ähnlich Sondervotum *Masing*, NJW 2008, 2409 (2421). Siehe auch *Bäcker*, JZ 2008, 1180 (1183); *Michael*, JZ 2008, 875 (877). Kritisch zur „überraschend[en] und fragwürdig[en]“ Verortung des Folgerichtigkeitsgedankens im freiheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch *Cornils*, ZJS 2008, 660 (663 vor Fn. 13) (in dieser Ausgabe).

rechte bedingen. Der allgemeine Gleichheitssatz würde mit neuem, die Freiheitsrechte verstärkendem Gehalt erfüllt.

Die Intensität einer Ungleichbehandlung kann nun freilich nicht, soll eine *petitio principii* vermieden werden, mit ihren nachteiligen Folgen für den Gebrauch von Freiheitsrechten begründet werden. Als ebenso eindeutiger wie praktikabler Ersatz bietet sich hier das Gebot der Folgerichtigkeit an. Steht eine diskriminierende Regelung im Widerspruch zum System der Teilrechtsordnung oder durchbricht es dieses gar, wirkt sie intensiver als eine systemkonforme Ungleichbehandlung. Nicht nur dürfte sich der Betroffene regelmäßig stärker benachteiligt fühlen, wenn er in Durchbrechung des gesetzlichen Regelungskonzeptes, dem er unterworfen ist und das er anzuerkennen hat, diskriminiert wird, auch die Systematik der Teilrechtsordnung spricht in diesem Fall wider die Beibehaltung der inkonsequenten Regelung. Liegt eine intensive, da systemwidrige Ungleichbehandlung vor, ist somit der Rechtfertigungsmaßstab für Eingriffe in Freiheitsrechte zu verschärfen. Einen tauglichen Ansatzpunkt bietet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

b) Modifizierte Prüfung der Verhältnismäßigkeit

Nach herkömmlichem Verständnis ist eine Maßnahme verhältnismäßig, wenn sie einem legitimen Ziel dient sowie geeignet, erforderlich und angemessen (= verhältnismäßig i.e.S.) ist. Insbesondere die Prüfung der Geeignetheit ist in der verfassungsgerichtlichen Praxis indes zu einem weitgehend inhaltsleeren Formalismus verkommen. Für die Geeignetheit eines Mittels genügt, wenn es zur Zielerreichung förderlich ist bzw. zumindest hierzu beitragen kann; weder muss es das bestmögliche oder am besten geeignete sein noch in jedem Einzelfall Wirkung entfalten.⁶³ Hinzu kommt, dass das BVerfG unter Rekurs auf die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative seine Kontrolldichte häufig noch weiter zurücknimmt und lediglich prüft, ob das eingesetzte Mittel schlechthin ungeeignet oder evident untauglich ist.⁶⁴

Hier bietet sich eine Verschärfung des Rechtfertigungsmaßstabes an. Liest man das Folgerichtigkeitsprinzip in das Gebot der Geeignetheit hinein, ist nicht mehr nur eine einzelne Maßnahme isoliert auf ihre Eignung hin zu untersuchen, sondern müssen auch ihre Implikationen auf das Gesamtsystem und ihre Interferenzen mit den sonstigen innerhalb der Teilrechtsordnung vorgesehenen Instrumenten bedacht werden. Grundsätzlich verbleibt dem Gesetzgeber zwar ein weitgehender Gestaltungsspielraum; dieser findet jedoch seine Grenze dort, wo offenkundig konfligierende Instrumente

eingesetzt werden. Sieht er also mehrere Instrumente mit gegebenenfalls unterschiedlicher Zwecksetzung vor, muss er ihre Auswirkungen aufeinander und auf das Gesamtsystem berücksichtigen. Widersprechen sich die eingesetzten Mittel in Zwecksetzung und Wirkung so weitgehend, dass sie sich gegenseitig neutralisieren, kann das Erreichen des jeweils verfolgten (primären oder sekundären) Gesetzeszweckes gefährdet werden. Insbesondere wenn sich die Wertungswidersprüche kumulieren, kann die Eignung einer Maßnahme schließlich ganz entfallen. Aus der bipolaren Prüfung der Geeignetheit würde eine pluripolare Untersuchung der Systemstimmigkeit.

Veranschaulichen lassen sich die Auswirkungen eines so verstandenen Prinzips der Folgerichtigkeit beispielsweise am Großen Befähigungsnachweis der Handwerksordnung: An sich wäre der Meisterzwang als Eröffnungskontrolle zwar geeignet, Gefahren für Gesundheit und Leben Dritter vorzubeugen, indem er ein hohes Qualifikationsniveau der handwerklich Tätigen gewährleistet⁶⁵; tatsächlich wird das Prinzip der geprüften Qualifikation jedoch durch zahlreiche inkonsequente Ausnahmen für Reisegewerbe, Industriebetriebe, Kleingewerbe, Hilfs- und Nebenbetriebe, die ohne Befähigungsnachweis betrieben werden können sowie durch Privilegierungen für EG-Handwerker, Hochschulabsolventen und eingesessene Meister anderer Handwerksberufe durchlöchert.⁶⁶ Es ist vornehmlich diese systematische Inkonsequenz der Handwerksordnung, die den Großen Befähigungsnachweis seine Eignung nimmt und ihn unverhältnismäßig werden lässt.⁶⁷

Ein Verstoß gegen das Gebot der Systemstimmigkeit kann sich unter Umständen auch aus einem gesetzgeberischen Unterlassen ergeben: Errichtet etwa der Gesetzgeber ein staatliches Wettmonopol u.a. zu dem legitimen Zweck, die Spiel- und Wetsucht in der Bevölkerung zu bekämpfen⁶⁸, muss er auch durch rechtliche Rahmenbedingungen sicherstellen, dass der Staat das Wettverhalten seiner Bürger (wie geschehen) nicht durch aggressive Werbekampagnen fördert und sein Monopol vornehmlich zur Einnahmeerzielung ausnutzt. Andernfalls ist der massive Eingriff in die Freiheit der Berufswahl privater Wettanbieter verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.⁶⁹

Der Nachteil einer dergestalt modifizierten Prüfung der Verhältnismäßigkeit liegt auf der Hand: Das Übermaßverbot wird seiner Schlichtheit und Eindeutigkeit beraubt. Doch ist die überkommene Simplifizierung noch angemessen angesichts der vielschichtigen Zwecksetzungen moderner Geset-

⁶³ BVerfGE 63, 88 (115); 67, 157 (175); 96, 10 (23 ff.). Ferner Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 20 VII Rn. 112, Stand: November 2006; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 20 Rn. 84.

⁶⁴ BVerfGE 25, 1 (17 und 19 f.); 50, 290 (333 ff.) – stRpsr. Aus neuerer Zeit BVerfGE 103, 293 (307); 104, 337 (347 f.); 105, 17 (34), 110, 141 (158). Siehe auch Sachs, in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 20 Rn. 151; Schulze-Fielitz, in: Dreier (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 2004, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 182; Stern, in: Stern, Staatsrecht III/2, 1994, § 91 V 3, S. 1352.

⁶⁵ Vgl. § 1 Abs. 1, § 7 Abs. 1 des Gesetzes zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung – HandwO) i.d.F. der Bekanntmachung vom 24.9.1998, zuletzt geändert durch Gesetz vom 7.9.2007 (BGBl. I, S. 2246).

⁶⁶ Vgl. § 1 Abs. 2, §§ 2, 3 und 7a ff. HandwO.

⁶⁷ Hierzu ausführlich Bulla, Freiheit der Berufswahl, Kap. 4 IV. (im Erscheinen).

⁶⁸ Zu dem repressiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt siehe § 1, § 5 Abs. 4 und §§ 6, 7 des Staatsvertrages zum Lotteriewesens in Deutschland (BayGVBl. 2004, S. 230).

⁶⁹ BVerfGE 115, 276 (304 und insb. 311 ff.).

ze, in denen regelmäßig mehrere legitime Ziele umgesetzt werden, miteinander interagieren und teilweise in Konflikt geraten? Während bislang Systemwidersprüche (so sie denn überhaupt thematisiert werden) als ‚soft issues‘ in der Gesamtabwägung aller tangierten Belange unterzugehen drohen, verspricht das Prinzip der Folgerichtigkeit, die Geeignetheit zu einem vergleichsweise harten Prüfungselement der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung aufzuwerten. Der Gesetzgeber sähe sich gezwungen, sowohl die Auswirkungen der einzelnen Instrumente auf das Gesamtsystem als auch die Wirkung des Gesamtsystems auf die einzelnen Instrumente, insbesondere also das Verhältnis von Regel und gesetzlichen Ausnahmetatbeständen zu berücksichtigen. Grundlage hierfür ist wiederum eine hinreichende Begründung seiner verschiedenen sich verstärkenden, konkurrierenden oder überlagernden Gesetzeszwecke. Werden Wertungswidersprüche nicht hinlänglich gerechtfertigt, droht eine Maßnahme am Übermaßverbot zu scheitern.

4. Kritische Würdigung der Nichtraucherchutz-Entscheidung

Nimmt man vor diesem Hintergrund die Nichtraucherchutz-Entscheidung des BVerfG nochmals in den Blick, ist sie weniger in ihrem Ergebnis als in der Begründung kritikwürdig. Tatsächlich vermittelt sie den Anschein, als wolle sie den Gesetzgeber vor die Alternative stellen, entweder eine politisch kaum durchsetzbare Radikallösung oder ein von zahlreichen Ausnahmen verwässertes Regelungskonzept zu wählen, dem kaum noch eine Steuerungswirkung zukäme.⁷⁰ Auch der Verfassungsrichter *Masing* mahnt eingangs seines ausführlichen Sondervotums: „Der *Senat* schlägt dem Gesetzgeber ohne Grund ein von diesem entwickeltes Konzept für einen anspruchsvollen, aber ausbalancierten Nichtraucherchutz aus der Hand [...] und öffnet zugleich den Weg für eine Extremlösung, die mangels Interessenausgleichs unverhältnismäßig ist und die Gefahr paternalistischer Bevormundung birgt“. *Masing* zufolge hätten die Nichtraucherchutzgesetze das durchaus stringente Schutzkonzept eines „grundsätzlichen Vorrangs des Schutzes von Nichtrauchern bei nachrangiger Ermöglichung eines ergänzenden Raucherangebots“ verfolgt, das auch gegenüber kleinen Einraumgaststätten verhältnismäßig gewesen sei. Konsequenter hinterfragt er, warum der Gesundheitsschutz zwar ein ausnahmsloses Rauchverbot, nicht aber ein Rauchverbot, das diesem Vorrangprinzip folgt, rechtfertigen kann. Einzig die Exzeption des baden-württembergischen Nichtraucherchutzgesetzes für Bier-, Wein- und Festzelte sei ein „konzeptwidrige[r] Sonderfall“.⁷¹

⁷⁰ Siehe nochmals Sondervotum *Bryde*, NJW 2008, 2409 (2420); *Bäcker*, DVBl 2008, 1180 (1183); *Michael*, JZ 2008, 875 (877).

⁷¹ Sondervotum *Masing*, NJW 2008, 2409 (2421). Auch die besonders starke Belastung sog. Eckkneipen mache die Regelung nicht unverhältnismäßig. Art. 12 Abs. 1 GG gewährleiste „weder einen Anspruch auf gleichbleibende Wettbewerbsbedingungen noch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbschancen“ (unter Hinweis auf

Und dennoch: Das Mehrheitsvotum hat die Nichtraucherchutzgesetze nicht ‚ohne Grund‘ für verfassungswidrig erklärt. So sehr das von *Masing* konstruierte Vorrangprinzip auch argumentativ überzeugt, die Landesgesetzgeber haben es in ihren Gesetzesbegründungen gerade nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht. Gleiches gilt für das von *Bryde* ausgemachte Konzept, Nichtrauchern zumindest einen rauchfreien (Haupt-)Raum zu gewährleisten.⁷² Die Privilegierung abgetrennter Raucherräume wurde pauschal mit dem Übermaßverbot begründet; zugleich wurde versäumt, sich zumindest in den Gesetzesbegründungen mit dem wirtschaftlichen Sonderopfer der Inhaber von Einraumgaststätten auseinanderzusetzen. Im Besonderen wäre ferner zu rechtfertigen gewesen, warum ein vorrangiger Nichtraucherchutz in Diskotheken nicht ebenfalls durch die Einrichtung separater Raucherräume (ggf. ohne Tanzflächen und unter Ausschluss minderjähriger Jugendlicher) verwirklicht werden konnte.⁷³ Am offenkundigsten gegen die *ratio legis* verstößt jedoch die baden-württembergische Ausnahme der Bier-, Wein- und Festzelte vom Rauchverbot, die lediglich mit deren temporä-

BVerfGE 24, 236 [251]; 34, 252 [256]; 105, 252 [265]; 106, 275 [299]; 110, 274 [288]; 116, 135 [152]). Besonderen Härtefällen könne durch Übergangsregelungen, etwa zur Amortisierung von Investitionen, Rechnung getragen werden. Tendenziell zustimmend *Cornils*, ZJS 2008, 660 (662) (in dieser Ausgabe), der die These vom abgesenkten Schutzniveau grundsätzlich bestreitet.

⁷² Sondervotum *Bryde*, NJW 2008, 2409 (2420).

⁷³ So erschöpft sich die Begründung zum BadWürttNRSg, LT-Drs. 14/1359, S. 15 f., in folgenden Aussagen: „Absatz 2 eröffnet für Gaststättenbetreiber und Gaststättenbetreiberinnen die Möglichkeit, abgetrennte Raucherräume einzurichten“; „Satz 2 sieht ein ausnahmsloses Rauchverbot für Diskotheken vor. Dies dient vor allem dem Schutz der Jugendlichen vor den Gefahren des Passivrauchens und trägt dem Umstand Rechnung, dass die Schadstoffkonzentration in Diskotheken besonders hoch ist bei gleichzeitig körperlicher Aktivität der Gäste, was zu stärkerer Inhalation der schadstoffhaltigen Innenraumluft führt.“ Auch in der Begründung zum BerlNRSg, Abgeordnetenhaus-Drs. 16/0716, S. 13, findet sich keine Erklärung dafür, dass Diskotheken von der Raucherraum-Privilegierung ausgenommen werden sollen: „In Gaststätten und Vereinsgaststätten in Sporteinrichtungen können zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unter der Voraussetzung, dass eine Gesundheitsgefährdung Dritter durch Tabakrauch ausgeschlossen ist, Ausnahmen vom Rauchverbot zulässig sein. Bei Vorhandensein entsprechender Raumkapazitäten können völlig vom Nichtraucherbereich separierte und geschlossene Nebenräume als Raucherräume eingerichtet werden“; „Für Diskotheken gelten die Ausnahmeregelungen nicht. Da Diskotheken größtenteils von Jugendlichen aufgesucht werden und aufgrund der in Diskotheken vorliegenden hohen Feinstaubbelastung muss hier der Schutzgedanke des Gesetzes strikter umgesetzt werden und ein generelles Rauchverbot bestehen.“

ren Charakter begründet wird⁷⁴ – denn der Besuch jeder Gaststätte ist vorübergehender Natur.

Letztlich stellen die Exemption der Bier-, Wein- und Festzelte vom Rauchverbot und die Ausnahme der Diskotheken von der Privilegierung abgetrennter Raucherräume tatsächlich inkonsequente Systembrüche dar, die nicht nur am allgemeinen Gleichheitssatz zu messen sind, sondern über das Gebot der Folgerichtigkeit auch zur Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit führen. Im Übrigen könnte sich das Rauchverbot in Einraumkneipen durchaus in ein stimmiges Konzept des Nichtraucherschutzes einfügen: Voraussetzung hierfür wäre zum einen eine hinreichende Abwägung der betroffenen Interessen und zum anderen – dieser Schritt ist unter dem Gesichtspunkt der Systemstimmigkeit bzw. Folgerichtigkeit nicht minder wichtig –, dass das Ergebnis dieser Abwägung und das zugrundeliegende Schutzkonzept (zumindest) in den Gesetzesbegründungen hinreichend zum Ausdruck gebracht wird. Beides haben die baden-württembergischen und berlinerischen Gesetzgeber versäumt. Insoweit resultiert die Verfassungswidrigkeit ihrer Nichtraucherschutzgesetze derzeit aus ihren Begründungsdefiziten.

IV. Ausblick

Im Ergebnis ist die Nichtraucherschutz-Entscheidung weniger für die Zukunft des Nichtraucherschutzes in Deutschland entscheidend; schon deuten sich neue Initiativen auf Bundes- und Gemeinschaftsebene an.⁷⁵ Wegweisend sind vielmehr die (Wieder-)Entdeckung des Gebotes der Folgerichtigkeit und der Versuch, es in die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in Freiheitsgrundrechte zu implementieren. Trotz des dergestalt aufgeladenen Übermaßverbots verbleibt dem Gesetzgeber, entgegen der in der Literatur geäußerten Kritik, ein weiter, wenn auch nicht schrankenloser Gestaltungsspielraum. Während das Untermaßverbot weiterhin erst verletzt ist, wenn er gänzlich untätig bleibt oder völlig ungeeignete oder unzureichende Schutzvorkehrungen trifft, fordert ihm das Übermaßverbot in Verbindung mit dem Gebot der Systemstimmigkeit nach der hier vertretenen Auffassung vor

allem eine hinreichende Begründung ab. Selbstverständlich steht es der Legislative weiterhin offen, im Gesetzgebungsprozess nach Kompromisslösungen zu suchen. Sehr wohl aber ist auch und gerade vom demokratischen Gesetzgeber zu verlangen, sein einmal gewähltes Regelungskonzept hinreichend zu begründen, konsequent zu verfolgen und Durchbrechungen dieses Konzepts zu rechtfertigen. Die Nichtraucherschutz-Entscheidung ist nur ein erster Schritt in diese Richtung. Die weitere Rechtsprechung des BVerfG wird aufmerksam zu verfolgen sein.

⁷⁴ Vgl. BadWürttNRSG, LT-Drs. 14/1359, S. 15: „Ausgenommen sind nach Absatz 1 Satz 3 allerdings Bier-, Wein- und Festzelte. Dadurch wird dem Umstand Rechnung getragen, dass diese Zelte nur temporäre Einrichtungen sind“.

⁷⁵ Die EU-Kommission will im kommenden Jahr eine Richtlinie vorlegen, die das Rauchen am Arbeitsplatz und damit auch in Gaststätten verbietet. Da die Kompetenz für die Gesundheitspolitik bei den Mitgliedstaaten liegt, soll das Verbot nicht zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, sondern zum Schutz der Arbeitnehmer erlassen werden, vgl. SZ, Nr. 251 vom 28.10.2008, S. 1. Auf nationaler Ebene hat die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN am 24.9.2008 einen Gesetzesentwurf in den Bundestag eingebracht, der einen umfassenden Nichtraucherschutz im Arbeitsschutzgesetz verankern will, BT-Drs. 16/10337. Einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes spricht indirekt auch *Bryde* in seinem Sondervotum, NJW 2008, 2409 (2420), das Wort.