

E n t s c h e i d u n g s b e s p r e c h u n g

Folgerichtiger Nichtrauchererschutz: Von Verfassungen wegen keine halben Sachen?

1. Entscheidet sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums für ein Konzept des Nichtrauchererschutzes in Gaststätten, das den Gesundheitsschutz im Ausgleich insbesondere mit der Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber verfolgt, so müssen Ausnahmen vom Rauchverbot derart gestaltet sein, dass sie auch bestimmte Gruppen von Gaststätten – hier die getränkegeprägte Kleingastronomie – miteinbeziehen, um bei diesen besonders starke wirtschaftliche Belastungen zu vermeiden.

2. Es stellt einen gleichheitswidrigen Begünstigungsausschluss dar, wenn gesetzlich in Gaststätten zugelassene Raucherräume in Diskotheken untersagt sind (amtliche Leitsätze).

GG Art. 3, 12, 14; BVerfGG § 35; LNRSchG BW § 7; BerlNRSchG § 2

*BVerfG, Urt. v. 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07, 402/08 u. 906/08**

I. Hintergrund und Bedeutung der Entscheidung

Am 30.7.2008 hat das BVerfG mit Urteil des Ersten Senats zur schon seit längerem umstrittenen Frage Stellung genommen, ob und inwieweit gesetzliche Rauchverbote in Gaststätten verfassungsrechtlich zulässig sind. Ganz im Vordergrund standen dabei materiellrechtliche, namentlich grundrechtliche Fragen, während die ebenfalls schon lange diskutierte Kompetenzfrage, ob derartige Rauchverbote in die Zuständigkeit des Bundes oder aber der Landesgesetzgeber fallen,¹ hier nur am Rande² eine Rolle spielte. Dies lag wesentlich daran, dass

* DVBl 2008, 1110. Die Entscheidung findet sich auch auf der Homepage des BVerfG: www.bverfg.de und bei juris.

¹ Siehe dazu – insbesondere auch mit Blick auf die Folgen der Föderalismusreform (Rückgabe der Kompetenz für das Gaststättenrecht an die Länder, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) – *Rossi/Lenski*, NJW 2006, 2657 ff.; *Siekmann*, NJW 2006, 3382 ff.; *Wendtlandt*, DÖV 2007, 647 ff.; früher schon *Ossenbühl/Cornils*, Hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass eines Nichtrauchererschutzgesetzes?, 1994.

² Im Genaueren: Zweifelhaft war, ob die Landesregelung (zumal des berlinischen NRSchG) nicht insofern wegen Verstoßes gegen Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 i.V.m. Art. 72 Abs. 1 GG nichtig ist, als sie dem Normtext nach voraussetzt, dass die Einrichtung von Raucherräumen nur in Betracht kommt, wenn Passivrauch-Gefährdungen schlechthin, d.h. also auch gegenüber dem Bedienpersonal, vermieden werden (§ 4 Abs. 5 BerlNRSchG). Eine solche Regelung würde mit der vom Bund in der Arbeitsstättenverordnung in Anspruch genommenen Kompetenz für den Arbeitsschutz kollidieren: Die Bundes-Verordnung sieht nur eine viel weichere Regelung

die fraglichen, durch Verfassungsbeschwerden betroffener Gastwirte zur Überprüfung gestellten Vorschriften solche des Landesrechts waren und sich daher die schwierige Frage einer Bundeskompetenz für ein umfassendes Rauchverbot, das insbesondere auch Gaststätten einbezieht, nicht stellte. Alle Landesgesetzgeber haben seit August 2007 derartige Nichtrauchererschutzgesetze – betreffend Landeseinrichtungen, Gaststätten und sonstige öffentliche Einrichtungen – erlassen,³ nachdem der Bund das Vorhaben einer umfassenden bundesgesetzlichen Regelung wegen der erwähnten kompetenzrechtlichen Bedenken aufgegeben und sich im neuen BNichtRSchG vom 1.9.2007 auf das Rauchverbot in Bundeseinrichtungen beschränkt hatte. Das Urteil des BVerfG ist bemerkenswert, weil es grundrechtsdogmatische Thesen formuliert, die ebenso innovativ und grundsätzlich wie sachlich zweifelhaft sind. Dementsprechend ist auch das Ergebnis schon auf den ersten Blick durchaus erstaunlich: Obwohl ein totales Rauchverbot für alle Gaststätten nach Ansicht der Richtermehrheit verfassungsrechtlich zulässig wäre, soll dies bei den differenzierten Regelungen der geprüften Landesgesetze nicht der Fall sein, insofern diese Regelungen zwar bei größeren Etablissements abgetrennte Raucherräume zulassen, kleine Eckkneipen („Einraumgaststätten“), bei denen keine Möglichkeit der Einrichtung separater Raucherräume besteht, jedoch mit dem Rauchverbot strikt treffen. Die dieses Ergebnis tragende Begründung hat auch im Senat nicht alle Richter überzeugt, vielmehr zu deutlichem Widerspruch in den Sondervoten der Richter *Bryde* und *Masing* geführt. Die bis in das Senatskollegium hinein führende Umstrittenheit der Entscheidung sowie die Grundsätzlichkeit des Dissenses lassen es aus Sicht des Examenskandidaten allemal geraten erscheinen, sich mit den wichtigsten Aspekten des Falles vertraut zu machen.

II. Die Entscheidung: Sachverhalt und Gründe

Gegenstand der rechtlichen Überprüfung waren baden-württembergische und berlinische Vorschriften in den jeweils neu erlassenen Nichtrauchererschutzgesetzen über ein Rauchverbot in Gaststätten. Diese Vorschriften normierten zunächst ein striktes Rauchverbot, von dem nur Bier-, Wein- und Festzelte ausgenommen sind. Sodann durchbrechen die Regeln-

vor, nach der betriebliche Rauchverbote nur verlangt werden können, wenn dies nach der Natur des Betriebes möglich ist – was bei Gaststätten nach der ratio dieser Norm nicht anzunehmen wäre. Das BVerfG rettet die Landesregelung mit einer verfassungskonformen Auslegung: Die problematische Bestimmung über die Vermeidung von Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen ist Kompetenzkonflikt vermeidend so zu interpretieren, dass sie überhaupt nur die Räumlichkeiten außerhalb der Raucherräume erfasst, also nicht das Bedienpersonal in den Raucherräumen und damit den (bundesrechtlich abschließend geregelten) Arbeitsschutz betrifft.

³ Vgl. dazu *Zimmermann*, NVwZ 2008, 705 ff.; zum NiSchG NW *Breitkopf/Stollmann*, NWVBl 2008, 125 ff.; zum NRSchG TH *Horsch*, ThürVBl 2008, 145 ff.; zum LNRSchG BW *Pörtl*, VBIBW 208, 5 ff.; zum bayerischen GesSchG *Rode*, GewArch 2008, 156 ff.

gen das strikte Rauchverbot insofern, als sie in vollständig abgetrennten und als Raucherräumen gekennzeichneten Nebenräumen das Rauchen zulassen. Für Diskotheken freilich wird diese Möglichkeit wieder (rück-)ausgeschlossen. Verfassungsbeschwerdeführer waren Betreiber von Einraumkneipen sowie ein Diskothekenbetreiber, die jeweils erhebliche, bei den kleinen Kneipen sogar Existenz gefährdende Absatzeinbußen infolge des sie unentrinnbar treffenden Rauchverbots plausibel machen konnten. Gerade die Eckkneipen sind durch das Rauchverbot besonders betroffen, weil die typische Kundschaft dieser Art von Gaststätten zu einem weit überwiegenden Teil aus rauchenden Stammgästen besteht, die neben dem Alkoholkonsum das Rauchen in den Mittelpunkt ihres geselligen Beisammenseins in den Stammkneipen stellen.

Das BVerfG prüft die Regelungen über das Rauchverbot, soweit die Einraumkneipen betroffen sind, am Maßstab des Grundrechts der Berufsfreiheit, Art. 12 Abs. 1 GG. Art. 14 GG soll demgegenüber zurücktreten, da es im Schwerpunkt nicht um die Nutzung des Hausrechts gehe, sondern um die „Beschränkung der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit des Gastwirts“. Da die Regelungen sich nicht nur an die Gäste richten und diesen gegenüber ein Rauchverbot aussprechen, sondern daneben auch die Wirte hinsichtlich der Durchsetzung dieses Verbots in Pflicht nehmen (mit⁴ oder ohne⁵ Bußgeldbewehrung), ist der Eingriff in das Grundrecht (und nicht nur eine faktisch-mittelbare Beeinträchtigung oder gar nur ein grundrechtsirrelevanter „Reflex“)⁶ ohne weiteres zu bejahen. Dass ein Rauchverbot geeignet ist, das verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 2 GG stark fundierte Anliegen des Gesundheitsschutzes der Nichtraucher zu fördern, steht außer Frage.⁷ Um den (paternalistischen) Schutz der Raucher vor sich selbst geht es den Gesetzen, dass ist wichtig zu erkennen, nicht. Eine solche Bevormundung wäre auch vor dem Hintergrund, dass das Rauchen selbst unter dem Gesichtspunkt der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) grundrechtlich geschützt ist, verfassungsrechtlich schwerlich zulässig. Schonendere Alternativen des Nichtraucherschutzes, etwa eine freiwillige Selbstverpflichtung der Gastwirte, haben sich in der Vergangenheit jedenfalls als

nicht gleichermaßen effektiv erwiesen. Die grundrechtlichen Würfel fallen also unter dem Aspekt der Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne). Und hier trifft die Senatsmehrheit zwei bemerkenswerte Aussagen. Zum einen wird festgeschrieben, dass auch ein totales, ausnahmslos geltendes Rauchverbot in Gaststätten wegen des überragenden Gewichts des Gesundheits- und Lebensschutzes der Nichtraucher noch als verhältnismäßig hätte beurteilt werden können. Anders sei dies jedoch, und das ist die zweite Aussage, mit den hier in Rede stehenden Regelungen. Indem der Gesetzgeber mit der Zulassung von Raucherräumen Ausnahmen vom Rauchverbot vorgesehen habe, habe er dem Gesundheitsschutz selbst kein unbedingt vorrangiges, höchstes Gewicht zugemessen, sich vielmehr für ein Schutzkonzept entschieden, welches nur ein geringeres Maß an Gesundheitsschutz verfolge. Diese gesetzgeberische Entscheidung habe aber Rückwirkungen auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Regelung gegenüber den besonders hart betroffenen Betreibern von Gaststätten, bei denen die Einrichtung von Raucherräumen unmöglich sei. Ihnen gegenüber könne die massive, bis hin zur Betriebsaufgabe reichende Einschränkung der Berufsfreiheit nicht mehr als zumutbar angesehen werden,⁸ wenn doch der Gesetzgeber selbst dem Einschränkungsground des Gesundheitsschutzes in der grundrechtlichen Abwägung nur ein schwächeres Gewicht zugewiesen habe. Habe sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums bei der Einschätzung eines Gefahrenpotenzials zu einer bestimmten Bewertung der betroffenen Interessen entschlossen und danach ein bestimmtes Regelungskonzept gewählt, so müsse er diese Entscheidung auch *folgerichtig* weiterverfolgen. Gefahreinschätzungen seien „nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigegeben werde.“ Im Ergebnis wird die differenzierte Regelung der Landesgesetzgeber also als grundrechtswidrig beanstandet. Freilich führt dies nicht zur Nichtig-, sondern nur zur Unvereinbarkeitserklärung, da es Sache des Gesetzgebers sei, die Regelung entweder als totales Rauchverbot ohne jede Ausnahme der Raucherräume auch die Einraumkneipen von dem Rauchverbot auszunehmen. Allerdings greift das BVerfG zum Mittel einer auf § 35 BVerfGG gestützten Zwischenregelung und befreit die Kleingastronomie (weniger als 75 m²) kraft Richterspruchs bis zur gesetzlichen Neuregelung von dem Rauchverbot.

Hinsichtlich der Diskotheken zieht das BVerfG den allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, als Maßstab heran. Insofern diagnostizieren die Richter eine durch ausreichend tragfähige sachliche Gründe nicht gerechtfertigte Be-

⁴ So in Berlin, § 7 Abs. 1 Nr. 2 lit. b BerlNRSchG.

⁵ So in B-W, § 8 Abs. 2 LNRSchG. Der Verzicht auf die Bußgeldbewehrung ändert am Eingriffscharakter nichts; das BVerfG verweist zur Begründung der Rechtfertigung der Verpflichtung der Gastwirte auch ohne Bußgeldsanktionen noch ergänzend darauf, dass Verstöße gegen diese Verpflichtung zur gaststättenrechtlichen Unzuverlässigkeit und damit am Ende sogar zur Aufhebung der Gaststättenerelaubnis führen können, mithin sehr wohl auch rechtlich mittelbar sanktioniert sind.

⁶ Siehe zu diesen Kategorien in der seit den Entscheidungen „Osho“ (BVerfGE 105, 279) und „Glykol“ (BVerfGE 105, 252) neu konzipierten Eingriffsdogmatik des Ersten Senats zusammenfassend BVerfGE 116, 202, (82) – Tariftreue.

⁷ Vom BVerfG verwertete Zahl des Deutschen Krebsforschungszentrums: mindestens 3300 durch Passivrauchen verursachte Sterbefälle in Deutschland jährlich.

⁸ Schon der rheinland-pfälzische Verfassungsgerichtshof (NVwZ 2008, 552) und der sächsische Verfassungsgerichtshof (Beschl. v. 27.3.2008, Vf. 25-IV-08, juris) hatten die jeweiligen landesrechtlichen Verbotsregelungen durch einstweilige Anordnungen zugunsten der Kleingaststättenbetreiber ausgesetzt – freilich nur im Ergebnis einer Folgenabschätzung, nicht einer verfassungsrechtlichen Entscheidung der Grundrechtsfrage.

nachteiligung der Diskotheken, indem diesen die Möglichkeit der Einrichtung von Raucherräumen versagt bleibt. Der geltend gemachte Grund besonders hoher Schadstoffkonzentrationen in Diskotheken könne jedenfalls dann nicht zutreffen, wenn die Raucherräume von den Nichtraucheräumen hinreichend abgetrennt seien. Und das Argument, angesichts der überwiegend jugendlichen Klientel in Diskotheken müsse das Rauchverbot strikt gehalten sein, um Nachahm- und Nachfolgeeffekte der nichtrauchenden Jugendlichen in ihren Cliquen zu vermeiden, könne jedenfalls für diejenigen Diskotheken, in denen der Zutritt nur Erwachsenen offen stehe, nicht überzeugen. Auch hier erklärt das BVerfG das die Diskotheken betreffende Verbot der Landesgesetze für unvereinbar und ordnet übergangsweise an, dass der Ausschluss der Möglichkeit der Einrichtung von Raucherräumen nur für diejenigen Diskotheken gelten könne, zu denen Jugendliche unter 18 Jahren Zutritt haben.

III. Kritik

Die Entscheidung ist in ihren Gründen und auch im Ergebnis in mehrfacher, von den Sondervoten scharfsinnig erfasster Hinsicht problematisch.⁹

1. Unschlüssigkeit der These vom abgesenkten Schutzniveau

Dies betrifft zum einen die für die Entscheidung tragende Annahme, der Gesetzgeber habe mit der Zulassung von Raucherräumen das Schutzgut Leben und Gesundheit in seiner Bedeutung niedriger bewertet, sich also zu weniger striktem Nichtraucherschutz entschlossen. Beide Sondervoten weisen zu Recht daraufhin, dass dies schlicht nicht zutrifft. Wenn es, und das ist gemeinsame Prämisse aller Richter und auch des Gesetzgebers, nur um den Gesundheitsschutz der Nichtraucher geht (der Schutz der Beschäftigten in Gaststätten ist schon aus Kompetenzgründen ausgeschlossen, weil insoweit der Bundesgesetzgeber eine arbeitsschutzrechtliche, erschöpfende Regelung getroffen hat), wird dieser durch die Zulassung von Raucherräumen, durch deren Einrichtung Nichtraucher von dem Tabakrauch abgeschirmt werden, gerade nicht abgesenkt. Das differenzierte Konzept der Gesetzgeber macht beim Gesundheitsschutz der Nichtraucher keineswegs Abstriche, lässt aber gleichzeitig der Freiheit der Raucher, Art. 2 Abs. 1 GG, (und parallel der berufsfreiheitsrechtlich geschützten Entscheidungsfreiheit der Gastwirte) dort im wahrsten Sinne des Wortes Raum, wo die gesundheitliche Integrität der Nichtraucher nicht berührt wird. Es verwirklicht also in grundrechtsschonender Weise eine Koexistenz beider grundrechtsberechtigten Betroffenenengruppen unter einem Dach, aber in getrennten Räumen, ein „freiheitsbestimmtes Nebeneinander von Rauchern und Nichtrauchern“ (Sondervotum *Masing*). Soweit das BVerfG behauptet, es komme bei einer solchen Koexistenz (also bei der Raucherraum-Regelung) eben doch zu gewissen Passivrauch-Beeinträchtigungen der Nichtraucher (und deswegen zu einer gesetzgeberisch in Kauf genommenen Absenkung des

Schutzniveaus), steht diese Behauptung schon in tatsächlicher Hinsicht auf ganz dünnem Eis. Jedenfalls aber wäre die Begründung eines Schutzes der Nichtraucher auch noch davor, dass sie sich mit den Rauchern in die Raucherräume begeben, hochgradig paternalistisch (Schutz vor den Folgen der eigenen, freien Entscheidung) und deswegen verfassungsrechtlich nicht geeignet, die Grundrechte der Raucher und Gastwirte so massiv einzuschränken. Dieses Argument spricht im Übrigen auch gegen die *obiter dictu*¹⁰ von der Senatsmehrheit abgesegnete Gesetzgebungsoption, das Rauchen in Gaststätten ausnahmslos zu verbieten (Totalverbot). Eine solche Lösung würde gerade keine praktische Konkordanz der betroffenen Grundrechte verwirklichen, sondern einen absoluten Vorrang des Gesundheitsschutzes der Nichtraucher unabhängig von deren Entscheidung und gegebenenfalls sogar gegen deren eigenen Willen behaupten: Es mag auch Nichtraucher geben, die es sogar schätzen, in Gaststätten die Geselligkeit mit rauchenden Rauchern zu pflegen. Gegen die angebliche Unverhältnismäßigkeit der differenzierenden Regelung ist also festzuhalten: Wenn nach der (fragwürdigen) Auffassung der Senatsmehrheit ein totales Rauchverbot die Eckkneipiers nicht in ihrer Berufsfreiheit verletzt, dann vermag dies auch eine Regelung nicht, die Raucherräume zulässt, da die in beiden Fällen gleich hohe Bedeutung des Gesundheitsschutzes der Nichtraucher die schwer wiegende Beschränkung der Berufsfreiheit gleichermaßen rechtfertigt. Nicht die landesrechtliche Regelung, sondern die Begründung der Senatsmehrheit ist also unschlüssig.

2. Legislatorsische Definition des Grundrechtsschutzes?

Grundsätzlichen Einwänden ist auch die Vorstellung der Senatsmehrheit ausgesetzt, der Gesetzgeber habe es in der Hand, die grundrechtliche Wertigkeit von Grundrechtsgütern

¹⁰ *Masing* wirft der Senatsmehrheit vor, die Verfassungsbeschwerden hätten die Ausführungen zur Zulässigkeit eines totalen Rauchverbots in keiner Weise veranlasst; es liege in diesen Ausführungen ein unzulässiger Übergriff in die Gesetzgebungspolitik. Ob dies vom Standpunkt der Begründung der Senatsmehrheit aus zutrifft, erscheint indes nicht ganz sicher: Erstens kam es im Begründungskonzept der Mehrheit ja tragend auf die legislatorisch intendierte Absenkung des Schutzniveaus an. Von diesem Ansatz aus lag es schon nahe auszuführen, dass sich der durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewährte Schutz der Einraumgaststätten-Wirte nicht schlechthin und unmittelbar schon aus der Verfassung (Art. 12 Abs. 1 GG) ergab, sondern erst aus der Selbstbindung des Gesetzgebers. Freilich hätten es die Richter hier wohl auch dabei bewenden lassen können, die Frage, ob ein totales Rauchverbot zulässig wäre, offen zu lassen. Zweitens spielt die Option eines totalen Rauchverbots aber für die Begründung der prozessualen Unvereinbarkeitserklärung eine tragende Rolle: Die Feststellung, die Nichtigerklärung scheidet aus, weil der Gesetzgeber auch ein totales Rauchverbot wählen könne, ist sinnvoll nur möglich, wenn diese Regelungsoption als verfassungsrechtlich zulässige ausgewiesen werden kann.

⁹ Zustimmend hingegen *Bulla*, ZJS 2008, 585 (in dieser Ausgabe).

(hier: Leben und Gesundheit, Art. 2 Abs. 2 GG) selbst zu bemessen mit der Folge, dass sich die Gewichte in der verfassungsrechtlichen Abwägung auf der dritten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung (hier mit der Handlungsfreiheit der Raucher, Art. 2 Abs. 1 GG und der Berufsfreiheit der Gastwirte, Art. 12 Abs. 1 GG) veränderten. Art. 1 Abs. 3 GG unterwirft den Gesetzgeber wie alle Staatsgewalt der Bindung an die Grundrechte und die diesen eigenen Rechtfertigungsanforderungen der Verhältnismäßigkeit. Damit ist es nicht vereinbar, dass der Gesetzgeber selbst über die relativen Gewichte der Grundrechtsgüter und damit des Grundrechtsschutzes im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung befindet. Inhalt und Gewicht betroffener Grundrechte sind aus der Verfassung heraus zu bestimmen, nicht nach Maßgabe der Entscheidung des Gesetzgebers.

3. Folgerichtigkeit als Gleichheitsforderung

Dies bedeutet nicht, dass innere Konsistenz und Widerspruchsfreiheit, eben „Folgerichtigkeit“ gesetzgeberischer Entscheidungen ohne verfassungsrechtliche Bedeutung wären. Jedoch ergeben sich verfassungsrechtliche Folgerichtigkeits-Postulate nicht aus dem freiheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sondern aus den verfassungsrechtlichen Gleichheitssätzen,¹¹ wie das etwa in der Rechtsprechung des BVerfG zum Steuerverfassungsrecht auch anerkannt ist (Folgerichtigkeit der Steuergesetzgebung als Ausprägung des Gleichheitssatzes).¹² Auch dann, wenn die besonderen Belastungswirkungen einer Regelung gerade auf bestimmte Betroffene freiheitsrechtlich durchaus als zumutbar (d.h. durch das verfolgte Schutzinteresse hinreichend getragen) beurteilt werden müssen, können sie doch gleichheitswidrig sein, wenn die Regelungen ohne ausreichend tragfähigen Differenzierungsgrund gerade diese Betroffenen so belastet, andere Personen oder Personengruppen aber nicht (Sonderopfer). Nur aus dem Gleichheitssatz kann sich eine Selbstbindung des Gesetzgebers an selbst gewählte „Konzepte“ ergeben, nicht aus der freiheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeit. Deshalb das BVerfG dogmatisch originell, aber überraschend und fragwürdig den Folgerichtigkeitsgedanken in den freiheitsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingebunden und das Problem einer möglichen Schiefelage der Regelung zu Lasten der Kleingastronomie nicht viel nahe liegender und richtig als Gleichheitsproblem (so wie bei den Diskotheken) behandelt hat, ist nicht recht erfindlich. Diese Vorgehensweise hat aber eine nicht zu unterschätzende Bedeutung: Hätte der Senat hier einfach eine Gleichheitsprüfung angestellt, so wäre die Offenlegung des Umstandes kaum vermeidbar gewesen, dass zwischen den Einraumgaststätten und den Etablissements mit abtrennbaren Raucherräumen schlagende Unterschiede in der Gefährdung der Nichtraucher durch Passivrauchen bestehen. Gleichheitsrechtlich hätte die Differenzierung also dann aber wohl akzeptiert werden müssen¹³ –

auch bei Anwendung des Maßstabes der „Neuen Formel“, bei der es nicht nur darauf ankommt, dass die Differenzierung willkürfrei erfolgt, sondern zusätzlich darauf, dass der aus der Differenzierung erwachsende Belastungseffekt in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit der differenzierenden Regelung verfolgten Rechtsgüterschutz steht.¹⁴ Erst die (abzulehnende) Mobilisierung der Folgerichtigkeit für die freiheitsrechtliche Verhältnismäßigkeitsabwägung ermöglicht dem Senat überhaupt den Zugang zum Verdikt der Verfassungswidrigkeit.

Kein Richter, auch nicht die Dissenter, hat indessen den absoluten verfassungsrechtlichen Vorrang des Nichtraucherschutzes vor den vereinigten Raucher- und Gastwirtinteressen in Frage gestellt. Die „radikalliberale“ Position, der Gesundheitsschutz der Nichtraucher könne deswegen nicht die Beseitigung der Entscheidungsfreiheit der Gastwirte (also auch nicht der Einraumgastwirte) rechtfertigen, weil ja niemand gezwungen sei, Gaststätten aufzusuchen, in denen geraucht werde, scheint den hohen Richtern offenbar abwegig und keiner weiteren Diskussion mehr wert. So völlig gewiss kommt mir die Verfassungsrechtslage an dieser Stelle freilich immer noch nicht vor, zumal dann nicht, wenn man die nicht-paternalistische, auf Selbstbestimmung setzende Grundposition des Sondervotums *Masing* teilt, die dieses freilich nur auf die Koexistenz in den größeren Gaststätten mit Raucherräumen bezieht.¹⁵ Wenn es den Nichtrauchern in solchen Gaststätten zu ihrer Eigenverantwortung zugerechnet werden muss, ob sie von der Möglichkeit, die Passivinhala­tion von Tabakrauch zu vermeiden, auch Gebrauch machen (oder nicht), so könnte man dies durchaus auch auf die Entscheidung übertragen, überhaupt eine Rauchergaststätte zu besuchen oder dies bleiben zu lassen. Dass faktische Einengungen der Handlungsmöglichkeiten (auf dem Land gibt es vielleicht nur eine Rauchergaststätte) daran etwas ändern sollen, ist nicht restlos überzeugend. Unter der Flagge des Nichtraucherschutzes entfaltet sich hier ein grundrechtlich-leistungsrechtlicher Anspruch auf rauchfreien Gaststättenbesuch mit Drittwirkung gegen private Gastwirte. So etwas ist aber grundrechtlich keine Selbstverständlichkeit, sondern eher eine Anomalie.

Prof. Dr. Matthias Cornils, Mainz

(878), der meint, auch das Ergebnis des BVerfG gleichheitsrechtlich rekonstruieren zu können.

¹⁴ Zum Gleichheitssatz als bloßem Willkürverbot und qualifiziertem Verbot unverhältnismäßiger Differenzierung von Personen(-gruppen) BVerfGE 55, 72 (88); 107, 133; *Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 3 Rn. 13 ff.

¹⁵ BVerfG (Fn. 1) – Sondervotum *Masing* Rn. 187: „Eine solche Argumentation, die allein den Wunsch eines Nichtrauchers nach der Gesellschaft von Rauchern hinreichen lässt, um Letzteren das Rauchen zu untersagen, stellt das freiheitsbestimmte Nebeneinander von Rauchern und Nichtrauchern selbst infrage. Sie stärkt nicht den Nichtraucherschutz beim Gaststättenbesuch, sondern eröffnet es Nichtrauchern, sich Rauchern gegen ihren Willen auch dann aufzudrängen, wenn diese sich in einen eigenen Bereich zurückziehen. Verfassungsrechtlich gibt es hierfür keine Rechtfertigung.“

¹¹ Dazu eingehend *Michael*, JZ 2008, 875 (878 ff.); ebenso *Bäcker*, DVBl 2008, 1180 (1182).

¹² BVerfGE 66, 214 (222); 84, 239 (271); 107, 27 (47 f.).

¹³ Ähnlicher Gedanke bei *Bäcker*, Urteilsanmerkung, DVBl 2008, 1180 (1182); anders offenbar *Michael*, JZ 2008, 875