

Lv 2/08
Lv 3/08
Lv 6/08



Verkündet am 1.12.2008
gez.: Schaller
Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

VERFASSUNGSGERICHTSHOF DES SAARLANDES

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

In den Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerden

1. der **R. u. W.** GbR, vertreten durch die Gesellschafter

Verfassungsbeschwerdeführerin,

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte

2. des Herrn **A. H.**,
3. der Frau **E. H.**
4. des Herrn **K. K.**

Verfassungsbeschwerdeführer,

- Verfahrensbevollmächtigte zu 2 - 4: Rechtsanwälte

Beteiligte:

1. Regierung des Saarlandes, vertreten durch das Ministerium für Justiz, Arbeit, Gesundheit und Soziales, dieses vertreten durch den Minister **Prof. Dr. G. V.**, Franz-Josef-Röder-Straße 23, 66119 Saarbrücken,
2. Landtag des Saarlandes, vertreten durch seinen Präsidenten **H. L.**, Franz-Josef-Röder-Straße 7, 66119 Saarbrücken,

gegen das Gesetz Nr. 1637 zur Regelung des Nichtraucherschutzes und zur Änderung des Feiertagsrechts vom 21. November 2007

hat der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes auf die mündliche Verhandlung vom 18. September 2008 unter Mitwirkung

des Präsidenten des Verfassungsgerichtshofs Prof. Dr. Roland Rixecker
des Vizepräsidenten des Verfassungsgerichtshofs Prof. Dr. Rudolf Wendt
des Verfassungsrichters Ulrich André
des Verfassungsrichters Prof. Dr. Günter Ellscheid
der Verfassungsrichterin Monika Hermanns
des Verfassungsrichters Hans-Georg Warken
des Verfassungsrichters Nikolaus Weber
des Verfassungsrichters Henner Wittling

für R e c h t erkennt:

§ 2 Abs. 1 Nr. 7 in Verbindung mit § 3 Abs. 3 des Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens (Nichtraucherschutzgesetz – NRSchG) vom 21. November 2007 (Amtsbl. 2008, 75) verletzt den Beschwerdeführer zu 4) in seinem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 der Verfassung des Saarlandes – SVerf – und ist nach Maßgabe der Gründe mit ihr unvereinbar.

Bis zu einer Neuregelung, die der Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 2010 zu treffen hat, gelten die Vorschriften mit folgender Maßgabe fort:

In den in § 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG genannten Gaststätten darf die gelegentliche Mithilfe auch durch volljährige Personen erfolgen, die nicht Familienmitglieder der Betreiberin oder des Betreibers sind.

Unabhängig von der Regelung des § 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG darf auch die Betreiberin oder der Betreiber einer Gaststätte mit weniger als 75 m² Gastfläche das Rauchen gestatten, wenn den Gästen neben Getränken allenfalls kalte oder einfach zubereitete warme Speisen verabreicht werden. Für diese Gaststätten gilt § 3 Abs. 8 des Nichtraucherschutzgesetzes entsprechend.

Die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin zu 3) wird verworfen.

Die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu 1) und 2) werden zurückgewiesen.

Dem Beschwerdeführer 4) sind die durch das Verfassungsbeschwerdeverfahren entstandenen notwendigen Auslagen aus der Staatskasse zu erstatten.

Gründe:

A.

I.

Artikel 1 des Gesetzes Nr. 1637 zur Regelung des Nichtraucherschutzes und zur Änderung des Feiertagsrechts (NRSchG) vom 21.11.2007 (Amtsbl. 2008, 75) verbietet mit Wirkung vom 15.2.2008 unter anderem das Rauchen in Gaststätten (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 NRSchG). Abweichend von § 2 Abs. 1 Nr. 7 NRSchG ist das Rauchen in Gaststätten erlaubt (§ 3 Abs. 3 NRSchG), wenn

1. abgeschlossene und belüftete Nebenräume eingerichtet werden, die baulich so wirksam abgetrennt werden, dass hiervon keine Gesundheitsgefahren für Dritte durch passives Rauchen ausgehen. In einer Gaststätte darf die Grundfläche und die Anzahl der Sitzplätze in den Räumen, in denen das Rauchen erlaubt ist, nicht größer sein als in den übrigen dem Aufenthalt der Gäste dienenden rauchfreien Räumen.
2. die Gaststätte inhabergeführt ist. Dies setzt voraus, dass neben der Betreiberin oder dem Betreiber der Gaststätte keine weiteren Personen als Beschäftigte im Sinne des § 21 des Gaststättengesetzes oder als Selbständige im laufenden Gastronomiebetrieb tätig sind, sofern es sich hierbei nicht lediglich um eine gelegentliche Mithilfe von volljährigen Familienmitgliedern der Betreiberin oder des Betreibers handelt.

Verantwortlich für die Einhaltung des Rauchverbotes sind die Betreiberinnen und Betreiber der jeweiligen Einrichtung; soweit ihnen ein Verstoß gegen das Rauchverbot bekannt wird, haben sie die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um weitere Verstöße zu verhindern (§ 5 Abs. 1 und 2 NRSchG). Der Verstoß gegen das Rauchverbot des § 2 NRSchG und das Unterlassen von nach § 5 NRSchG gebotenen Maßnahmen zur Verhinderung von Verstößen können seit dem 1.6.2008 als Ordnungswidrigkeiten mit Geldbuße geahndet werden (§ 6 NRSchG).

II.

1. Die Beschwerdeführerin zu 1), eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, betreibt in **S.** seit 2002 eine Gaststätte mit vier Angestellten unter der Bezeichnung Shisha-Café. Das rund 100 m² große Lokal besteht aus drei etwa gleich großen, hintereinander gelegenen Räumen, wobei die hinteren jeweils nur durch die vorderen zu erreichen sind. Neben der Auswahl einer Shisha aus dem rund 80 Wasserpfeifen umfassenden Sortiment werden orientalisches Gebäck und Getränke angeboten, deren Verzehr im Wesentlichen während des Rauchens einer Wasserpfeife erfolgt.

Die Beschwerdeführerin zu 1) macht geltend, das Nichtraucherschutzgesetz verletze sie dadurch, dass es für Gaststätten wie das von ihr betriebene Shisha-

Café keine Ausnahmeregelung enthalte, in ihren Grundrechten aus Art. 12 GG und – unter dem Gesichtspunkt des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs – aus Art. 14 des Grundgesetzes – GG – sowie in ihren Rechten aus Art. 44 SVerf (Gewerbefreiheit) und aus Art. 54 SVerf, der die freie Entfaltung des selbständigen saarländischen Mittelstandes vorsehe. 80 % der Gäste suchten das Shisha-Café speziell zu dem Zweck auf, eine Wasserpfeife zu rauchen. Mit den Erlösen aus dem Shisha-Angebot erziele sie rund 70 % ihres gesamten Umsatzes. Die Inanspruchnahme der Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 3 Nr. 1 NRSchG durch Abtrennung des letzten Raums der Gaststätte wäre für sie wegen der damit verbundenen räumlichen Beschränkung des Shisha-Angebotes auf etwa ein Drittel der bisherigen Fläche mit einem Umsatzrückgang verbunden, aufgrund dessen sie die Gaststätte in ihrem bisherigen Zuschnitt nicht mehr wirtschaftlich betreiben könnte.

2. Der Beschwerdeführer zu 2) betreibt die Gaststätte " Z. F. D." in V. Diese verfügt über einen Hauptraum von 44,54 m², der zusammen mit einem nicht abgetrennten Nebenraum von 22,47 m² als Restaurant genutzt wird, sowie zwei weitere nicht abgetrennte Nebenzimmer mit zusammen 38 m². Diese sind nach dem Vorbringen des Beschwerdeführers mit einem Billardtisch, zwei E-Dart-Automaten und einem Tischfußballtisch ausgestattet. Sie werden überwiegend von einem Billard- und einem Dartverein für Training, Ligaspiele und Vereinssitzungen genutzt und stehen im Übrigen auch den anderen Gästen als Billard- bzw. Dartraum für die Ausübung ihres Freizeitsports zur Verfügung. Der Beschwerdeführer zu 2) beschäftigt zweimal monatlich bei Vereinsveranstaltungen eine Aushilfskraft. Seiner Ehefrau, der Beschwerdeführerin zu 3), die zuvor ebenfalls als Angestellte in der Gaststätte tätig war, hat er mit Schreiben vom 15. Mai 2008 gekündigt. Sie hält nunmehr unentgeltlich den Küchenbetrieb aufrecht.

Der Beschwerdeführer zu 2) trägt vor, er könne lediglich das erstgenannte Nebenzimmer mit 22,47 m² als Nichtraucherzimmer zur Verfügung stellen, ohne dass er mit einem existenzvernichtenden Wegbrechen von Gästen, namentlich der bei ihm verkehrenden Dart- und Billardspieler, rechnen müsse. Die bauliche Abgrenzung eines Nebenzimmers sei nicht möglich, weil der Vermieter damit

nicht einverstanden sei. Durch das Rauchverbot werde er 30% seiner Gäste und einen entsprechenden Anteil seines Umsatzes verlieren.

Die Beschwerdeführer zu 2) und 3) machen geltend, durch § 2 Abs. 1 Nr. 7, § 3 Abs. 3 Nr. 2, § 5 Abs. 3, § 6 Abs. 1 Nr. 2 NRSchG in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG sowie aus Art. 2, Art. 12 Abs. 1, Art. 22 und Art. 45 SVerf verletzt zu sein. Der Beschwerdeführer zu 2) rügt darüber hinaus eine Verletzung in seinen Grundrechten aus Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 18 Abs. 1 SVerf.

3. Der Beschwerdeführer zu 4) betreibt das Gasthaus „Z. H.“ in V. als inhabergeführte Rauchergaststätte. Diese besteht aus einem Hauptraum, einer Küche und einem nicht vollständig abgetrennten Nebenraum, der ca. 30 % der Fläche in Anspruch nimmt. Dort befinden sich drei Dartautomaten, auf denen Ligaspiele ausgetragen werden. Ein Großteil der Gäste des Beschwerdeführers, auch der Liga-Dartspieler, sind Raucher. Seit Inkrafttreten des Nichtraucherschutzgesetzes beschäftigt der Beschwerdeführer zu 4) keine Mitarbeiter mehr; volljährige Familienmitglieder, die ihn im Falle einer Erkrankung vertreten könnten, sind nicht vorhanden.

Er macht geltend, das Nichtraucherschutzgesetz verletze ihn dadurch, dass es bei inhabergeführten Rauchergaststätten nach § 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG nur die Mithilfe von Familienangehörigen zulasse, in seinen Rechten aus Art. 2, Art. 12 Abs. 1, Art. 18 Abs. 1, Art. 22, Art. 45 SVerf, weil er im Krankheitsfall keine Aushilfspersonen beschäftigen dürfe, sondern – mangels geeigneter Familienangehöriger - die Gaststätte vorübergehend als Nichtrauchergaststätte führen lassen oder schließen müsse. Beides hätte zur Folge, dass er 80 bis 90% seiner Gäste verlieren würde und die Gaststätte aufgeben müsste.

III.

Die beteiligte Regierung des Saarlandes hält die Verfassungsbeschwerden für unbegründet. Passivrauchen löse konkrete, nachweisbare, schwerwiegende gesundheitliche Beeinträchtigungen aus, denen der Staat aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Pflicht zum Schutz vor gesundheitlichen Gefahren wirksam

begegnen müsse. Dabei sei von maßgeblicher Bedeutung, ob und inwieweit die in Frage stehenden Räumlichkeiten und Einrichtungen öffentlich zugänglich, ihr Besuch auch durch Nichtraucher üblich oder sogar geboten sei und ob und inwieweit Nichtraucher deshalb von der Art der jeweiligen Räumlichkeiten her einen entsprechenden Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens erwarten dürften.

Gaststätten seien als zentrale Orte menschlicher Kommunikation und Zusammenkunft notwendige und maßgebliche Regelungsgegenstände eines vor den Gefahren des Passivrauchens schützenden Gesetzes. Das gelte auch für ein Wasserpfeifenlokal, wie es von der Beschwerdeführerin zu 1) betrieben werde. Es liege nach der Lebenserfahrung nahe, dass in dem Lokal auch Gäste verkehrten, die in Begleitung anderer rauchender Gäste selbst keine Wasserpfeife rauchten. Dass sie das Lokal freiwillig aufsuchten, könne nicht maßgeblich sein, weil der Besuch typischerweise von dem vorrangigen Wunsch nach Teilnahme an dem gesellschaftlich-kommunikativen Kontakt mit Menschen des persönlichen Umfelds ausgehe und zwangsläufig die Inkaufnahme auch einer nicht rauchfreien Umgebung um des kommunikativen Kontaktes willen impliziere. Ziel des Gesetzes sei es gerade, bei dem sozialtypisch gemeinsamen gesellschaftlichen Kontakt von Rauchern und Nichtrauchern letztere vor einer entsprechenden Gefährdung durch Passivrauchen in öffentlich zugänglichen Einrichtungen zu schützen.

Die Rechte der Raucher würden nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt, wenn sie – nur – in den vom Nichtraucherschutzgesetz erfassten Einrichtungen nicht mehr rauchen dürften. Auch Grundrechte der Gaststättenbetreiber würden nicht verletzt. Das Rauchverbot mit den in § 3 NRSchG geregelten Ausnahmen sei durch sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt. Die Zumutbarkeit der Regelung werde durch gaststättenspezifische Ausnahmen vom Rauchverbot gewährleistet. Sie stellten ausgewogene, den spezifischen Belangen der jeweiligen Gaststättentypen Rechnung tragende Austarierungen des verfassungsrechtlichen Interessenwiderstreits zwischen dem Gesundheitsschutz vor den Gefahren des Passivrauchens einerseits und einer bereichsspezifischen Berücksichtigung typisiert schutzwürdiger wirtschaftlicher Belange der Gaststättenbetreiber andererseits dar. Die Ausgestaltung der ge-

setzlichen Ausnahmen unterliege der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers; sachwidrige oder gar willkürliche Ungleichbehandlungen seien nicht ersichtlich.

Das Merkmal der Inhaberschaft im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG diene der phänotypischen Umschreibung und gesetzlichen Fixierung des spezifischen soziokulturellen Milieus, das gerade die Kleingaststätten seit jeher präge. Es dürfe im Interesse des Gesundheitsschutzes keine Umgehungstatbestände eröffnen und müsse im Interesse einer rechtssicheren Gesetzeshandhabung klaren Abgrenzungsstrukturen folgen. Die Einbeziehung der gelegentlichen familiären Mithilfe in den Tatbestand des § 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG trage der speziellen verfassungsrechtlichen Schutzwirkung des Familienverbands Rechnung und stelle keine sachwidrige Ungleichbehandlung gegenüber sonstigen Gaststättenbetrieben dar, zumal gerade der familiäre Aspekt den Charakter des soziokulturellen Milieus der Kleingaststätte noch betone und sich unter gesetzlich notwendigerweise typisierenden Gesichtspunkten systemgerecht dort einfüge. Im Falle längerer Abwesenheit könne der Inhaber die Gaststätte durch einen Stellvertreter im Sinne von § 9 GastG betreiben. Bei lediglich kurzzeitiger Abwesenheit in Form von Stunden oder Tagen obliege es der organisatorischen Entscheidungsfreiheit des Gaststätteninhabers, ob er mangels eigener Präsenz oder familiärer Aushilfe sein Lokal kurzzeitig schließe oder ob er es vorübergehend als Nichtraucher-gaststätte führe und Drittpersonen als Aushilfen beschäftige.

Weitere Ausnahmen vom Rauchverbot kämen nur in Betracht, soweit eine tendenziell homogene Gruppe von Gaststätten - typisiert feststellbar - durch das Rauchverbot spezifisch betroffen werde. Das sei bei Gaststätten wie derjenigen des Beschwerdeführers zu 2) nicht der Fall. Auch eine weitere Ausnahme für Gaststätten, die ihr gastronomisches Angebot wie die Beschwerdeführerin zu 1) speziell mit dem Rauchen von Tabakerzeugnissen verknüpften und die dafür erforderlichen Erzeugnisse und Hilfsmittel gegen Entgelt vorhielten, sei nicht gerechtfertigt oder gar geboten und würde den gesundheitsschutzbezogenen Ansatz des Nichtraucherschutzgesetzes geradezu pervertieren. Ein überdurchschnittlicher Grad eigener Betroffenheit der Betreiber solcher Gaststätten sei unter Verhältnismäßigkeits- und Gleichheitsgesichtspunkten solange unbeachtlich, als es sich um Einzelfälle handle, denen keine unter typisierenden Ge-

sichtspunkten homogene Gruppenrelevanz zukomme. Spezielle Raucherangebote wiesen völlig heterogene Erscheinungsformen auf, angefangen von Wasserpfeifenlokalen über sog. Cigar-Lounges in größeren Gastronomieeinheiten bis zu in Gastronomieform geführten Raucherklubs und ähnlichem. Es fehle deshalb an einer soziokulturellen Typisierbarkeit, die Grundlage einer rechtsstaatlich hinreichend bestimmten Ausnahmeregelung sein könne. Zudem öffne eine zusätzliche Ausnahme für solche heterogenen Gastronomieformen dem Missbrauch und der Umgehung des gesundheitsschutzbezogenen Ansatzes Tür und Tor.

B.

Die Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin zu 3) ist unzulässig; die übrigen Verfassungsbeschwerden sind zulässig.

1.

Der Verfassungsgerichtshof des Saarlandes ist gemäß Artikel 97 Nr. 4 SVerf, §§ 9 Nr.13, 55 ff. SVerfGHG zuständig zur Entscheidung über Verfassungsbeschwerden, die von den Beschwerdeführern mit der Behauptung erhoben werden, durch einen Akt der saarländischen öffentlichen Gewalt – hier den Erlass des Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens durch den Landtag des Saarlandes – in ihren Grundrechten oder sonstigen verfassungsmäßigen Rechten verletzt zu sein.

2.

Die Beschwerdeführer können sich nicht auf Grundrechte des Grundgesetzes berufen, weil diese nicht Maßstab der Kontrolle eines Gesetzes durch den Verfassungsgerichtshof des Saarlandes sind (SVerfGH, Beschluss vom 27.3.2008 – Lv 2/08 e.A.).

3.

Eine Verletzung von in der Verfassung des Saarlandes verbürgten Rechten der Beschwerdeführerin zu 3) ist auszuschließen. Es ist nicht ersichtlich, dass sie in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 SVerf berührt wäre oder anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in Gaststätten gegenüber ungleich behandelt würde (Art. 12 SVerf). Auch regelt das Gesetz ehe- und familienrechtliche Fragen nicht (Art. 22 SVerf). Artikel 45 SVerf – die Beschwerdeführerin zu 3) will sich wohl auf das in Artikel 45 Satz 2 SVerf enthaltene Recht auf Arbeit berufen – enthält kein Grundrecht (SVerfGH, Beschluss vom 9.6.1995 – Lv 6/94).

4.

Dagegen erscheint eine Verletzung der Beschwerdeführerin zu 1) sowie der Beschwerdeführer zu 2) und 4) in ihren Rechten aus Art. 44, 18 und 12 SVerf zumindest möglich. Trotz Fehlens einer Art. 19 Abs. 3 GG entsprechenden Norm kann auch die Beschwerdeführerin zu 1) als Gesellschaft bürgerlichen Rechts Träger der genannten Grundrechte der saarländischen Landesverfassung sein und deren Verletzung im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend machen (SVerfGH, Beschluss vom 27.3.2008 – Lv 2/08 e.A.).

Die Beschwerdeführer haben sich zwar jeweils nur auf Art. 44 SVerf (Beschwerdeführerin zu 1), auf Art. 12 SVerf (Beschwerdeführer zu 2) sowie auf Art. 12 und 18 SVerf (Beschwerdeführer zu 4) berufen. Der Verfassungsgerichtshof ist aber berechtigt, eine umfassende Prüfung anhand aller in Betracht kommenden Grundrechte vorzunehmen. In seiner Prüfung einer zulässigen Verfassungsbeschwerde ist er auf den Vortrag des Beschwerdeführers nicht beschränkt (vgl. BVerfGE 42, 312, 325f; 53, 366, 390; 57, 220, 241; 70, 138, 162).

5.

Soweit die Beschwerdeführerin zu 1) darüber hinaus beanstandet, die angegriffene Norm verletze Art. 54 Abs. 1 SVerf (Förderung des selbständigen Mittelstandes), vermag sie sich darauf mit ihrer Verfassungsbeschwerde allerdings nicht zu stützen. Denn Art. 54 Abs. 1 SVerf verbürgt kein Grundrecht (SVerfGH, Beschluss vom 19.1.1987 - Lv 5/85). Auch eine Verletzung des Beschwerdeführers zu 2) in seinem Grundrecht aus Art. 22 SVerf oder einem aus Art. 45 SVerf folgenden Recht scheidet - ebenso wie bei der Beschwerdeführerin zu 3) - aus.

6.

Die Beschwerdeführerin zu 1) und die Beschwerdeführer zu 2) und 4) sind durch § 2 NRSchG selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen. Selbstbetroffenheit ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Beschwerdeführer Adressat der Regelung ist. Gegenwärtig ist die Betroffenheit, wenn die angegriffene Vorschrift auf die Rechtsstellung des Beschwerdeführers aktuell einwirkt, wenn das Gesetz die Normadressaten mit Blick auf seine künftig eintretende Wirkung zu später nicht mehr korrigierbaren Entscheidungen zwingt oder wenn klar abzusehen ist, dass und wie der Beschwerdeführer in der Zukunft von der Regelung betroffen sein wird. Unmittelbare Betroffenheit liegt vor, wenn die angegriffene Bestimmung, ohne eines weiteren Vollzugsakts zu bedürfen, die Rechtsstellung des Beschwerdeführers verändert (vgl. BVerfG, NVwZ 2007, 1287, Tz. 106; BVerfGE 102, 197, 206 f.).

Diese Voraussetzungen sind durch das Gesetz Nr. 1637 zur Regelung des Nichtraucherschutzes erfüllt. Eines besonderen Vollzugsaktes bedarf es danach nicht. § 5 NRSchG macht Inhaber von Gaststätten unmittelbar für die Einhaltung des Rauchverbotes des § 2 NRSchG verantwortlich und verpflichtet sie, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um Verstöße gegen das Rauchverbot zu verhindern. Der gesetzliche Handlungsbefehl richtet sich auch an die Beschwerdeführerin zu 1). Sie ist Betreiberin einer Gaststätte im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 7 NRSchG, § 1 Abs. 1 GastG, weil sie jedenfalls Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht. Dass ihr Geschäftsbetrieb daneben wesent-

lich auf das Angebot von Wasserpfeifen ausgerichtet ist, das für das Gaststättengewerbe nicht typisch ist, nimmt ihm nicht das Gepräge als Gaststätte. Denn dieses Angebot ist ungeachtet seines Anteils am erzielten Umsatz so ausgestaltet, dass es als integrierter Bestandteil eines Gastronomiebetriebs erscheint - nicht anders, als wenn ein Gast bei einem Gaststättenbesuch von ihm selbst mitgebrachte Tabakerzeugnisse konsumiert -, und nicht als bloßes Wasserpfeifengeschäft, bei dem lediglich als zusätzliche, für das Hauptgeschäft verzichtbare Serviceleistung auch Getränke und Beilagen angeboten werden (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 1991, 403, zur Abgrenzung von Speise- und Schankwirtschaften mit Spielgeräten einerseits und Spielhallen mit Speise- und Getränkeangebot andererseits).

Eine Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift des § 5 NRSchG kann nach § 6 NRSchG seit dem 1. Juni 2008 (Art. 4 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 1637) als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Außerdem kann sie zur Folge haben, dass der Gaststätteninhaber gaststättenrechtlich als unzuverlässig betrachtet werden könnte (§ 15 Abs. 2, § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG). Es ist den Beschwerdeführern nicht zuzumuten, auf diese Vorschriften gestützte, gegen sie gerichtete Maßnahmen abzuwarten (SVerfGH, Beschluss vom 27.3.2008 – Lv 2/08 e.A.).

7.

Eine Rechtswegerschöpfung (§ 55 Abs. 3 SVerfGHG) war nicht erforderlich. Bei dem Nichtraucherschutzgesetz handelt es sich um ein formelles Gesetz, gegen das kein Rechtsweg vorgesehen ist.

C.

Die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers zu 4) ist begründet, die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu 1) und 2) sind unbegründet.

I.

Die angegriffenen Regelungen verletzen die Beschwerdeführer nicht in ihren Grundrechten aus Art. 44 SVerf.

1.

Durch das Nichtraucherschutzgesetz wird in den Schutzbereich des Grundrechts der Gewerbefreiheit gemäß Art. 44 S. 1 SVerf eingegriffen.

a.) Art. 44 S. 1 SVerf gewährleistet die Freiheit der Wahl, überhaupt ein Gewerbe zu ergreifen oder aber darauf zu verzichten. Zum anderen wird die Gewerbeausübung, d.h. Form, Mittel, Umfang und Ausgestaltung der Tätigkeit, vom Schutzbereich des Art. 44 SVerf erfasst (vgl. zu Art. 12 GG Jarass/Pieroth, Grundgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2007, Art. 12 Rdnr. 8). Der Schutz erstreckt sich auch auf das Recht, Art und Qualität der am Markt angebotenen Güter und Leistungen selbst festzulegen (vgl. BVerfGE 106, 275, 299; BVerfG, NJW 2008, 2409, Tz. 92) und damit den Kreis der angesprochenen Interessenten selbst auszuwählen.

b.) Unter diesem Gesichtspunkt beeinträchtigt das Rauchverbot, das sich nach dem Willen des Gesetzgebers auch auf das Inhalieren des Tabakrauches mittels Wasserpfeife erstreckt (Begründung zum Gesetzentwurf der Landesregierung, LT-Drs. 13/1574, S. 18, 23), unmittelbar die Gewerbefreiheit von Gastwirten wie der Beschwerdeführerin zu 1), zu deren Angebot neben dem Verzehr von Getränken insbesondere das Rauchen von Wasserpfeifen an Ort und Stelle gehört. Da der Gastwirt nach § 5 Abs. 2 NRSchG verpflichtet ist, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um (weitere) Verstöße gegen das Rauchverbot des § 2 NRSchG zu verhindern, ist es ihm durch das Nichtraucherschutzgesetz untersagt, seinen Gästen das Rauchen von Wasserpfeifen als gewerbliche Leistung anzubieten.

c.) Anderen Gaststättenbetreibern wie den Beschwerdeführern zu 2) und 4) wird durch das Rauchverbot des § 2 Abs. 1 Nr. 7 NRSchG die Möglichkeit genommen, selbst darüber zu bestimmen, ob sie den Besuchern ihrer Gaststätte

das Rauchen gestatten oder untersagen. Damit kann der Gastwirt nur noch in den gesetzlich geregelten Ausnahmefällen darüber entscheiden, ob er die Leistungen und Dienste seines Gaststättenbetriebs auch solchen Gästen anbieten will, die diese zusammen mit dem Rauchen von Tabak in Anspruch nehmen möchten. Dem Gastwirt wird es nicht nur erheblich erschwert, Raucher mit seinen Angeboten zu erreichen, sondern er wird regelmäßig daran gehindert, seine Leistungen insbesondere in Form des Verabreichens von Speisen und Getränken gegenüber solchen Gästen zu erbringen, die auf das Rauchen in der Gaststätte nicht verzichten wollen (vgl. BVerfG, NJW 2008, 2409, Tz. 93).

Diese Beeinträchtigung der gewerblichen Betätigung ist nicht ein bloßer Reflex eines an die Raucher gerichteten Verbots, sondern stellt ebenfalls einen unmittelbaren Eingriff in die Gewerbefreiheit der Gaststättenbetreiber dar. Denn der Gastwirt kann seinen Verpflichtungen aus § 5 Abs. 1 und 2 NRSchG nur nachkommen und eine Ordnungswidrigkeit (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 NRSchG) nur vermeiden, wenn er die Bewirtung von Rauchern unterlässt (BVerfG, NJW 2008, 2409, Tz. 94).

2.

Die Gewerbefreiheit gemäß Art. 44 SVerf wird jedoch - ebenso wie die vom Schutz des Art. 12 GG mit umfasste Gewerbefreiheit - nicht schrankenlos verbürgt, sondern nur nach Maßgabe der Gesetze gewährleistet.

a) Voraussetzung für eine zulässige Einschränkung der Gewerbefreiheit durch das Nichtraucherschutzgesetz ist, dass dem Saarland insoweit die Gesetzgebungskompetenz zusteht. Das ist nach Art. 70 Abs. 1 GG der Fall. Von dem Ziel eines möglichst umfassenden Schutzes der Bevölkerung (vgl. LT-Drs. 13/1574, S. 2) – und damit auch der Besucher von Gaststätten – vor den von passivem Rauchen ausgehenden Gefahren und den dadurch bedingten gesundheitlichen Beeinträchtigungen (§ 1 NRSchG) brauchte der Landesgesetzgeber nicht mit Rücksicht auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Arbeitsschutz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) die im Gastronomiegewerbe Beschäftigten auszunehmen (BVerfG, NJW 2008, 2409, Tz. 97 f.). Der gebotene Vorrang des Bundesrechts (Art. 31 GG) ist dadurch gewahrt, dass gemäß Art. 2 Abs. 4 NRSchG

der durch die bundesrechtliche Arbeitsstättenverordnung vorgegebene Nicht-
raucherschutz ausdrücklich unberührt bleibt.

b.) Die Einschränkung der Gewerbefreiheit genügt auch im Verhältnis zu der
von § 2 Abs. 1 Nr. 7 NRSchG betroffenen Gruppe der Gastwirte insgesamt dem
Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

aa) Das gesetzgeberische Anliegen eines möglichst umfassenden Schutzes der
Bevölkerung vor den von passivem Rauchen ausgehenden Gefahren und den
dadurch bedingten gesundheitlichen Beeinträchtigungen (§ 1 NRSchG) stellt ein
Gemeinwohlziel dar, das grundsätzlich gesetzliche Beschränkungen der Ge-
werbefreiheit erlaubt. Der Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren
zählt zu den überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern. Aufgrund zahlreicher
wissenschaftlicher Untersuchungen (vgl. die Nachweise in BVerfG, NJW 2008,
2409, Tz. 104 ff.) durfte der Landesgesetzgeber unter Berücksichtigung des ihm
bei der Prognose und der Einschätzung der in den Blick genommenen Gefähr-
dung zuzubilligenden Beurteilungsspielraums davon ausgehen, dass mit dem
Passivrauchen schwerwiegende gesundheitliche Risiken verbunden sind und
dass gerade in Gaststätten eine besonders hohe Schadstoffbelastung besteht
(LT-Drs. 13/1574, S. 11, 15).

Dass Nichtraucher nicht zwingend eine Gaststätte aufsuchen müssen und sich
insofern durch die Entscheidung für einen Gaststättenbesuch „freiwillig“ etwai-
gen Belastungen durch Tabakrauch aussetzen, stellt die grundsätzliche Legiti-
mation von Einschränkungen der Gewerbefreiheit mit dem Ziel eines umfas-
senden Schutzes der Bevölkerung vor den von passivem Rauchen ausgehen-
den Gefahren nicht in Frage (vgl. BVerfG, NJW 2008, 2409, Tz. 102). Denn so-
lange es keine ausreichenden Möglichkeiten für Nichtraucher gibt, in Gaststät-
ten rauchfreie Räume zu finden, können sie sich vor der mit einem Gaststätten-
besuch einhergehenden Tabakexposition vielfach nur durch den vollständigen
Verzicht auf diese Art der Teilnahme am gesellschaftlichen Leben schützen. Es
beruht auf vernünftigen und nachvollziehbaren Erwägungen, wenn der Gesetz-
geber einen solchen Verzicht für unzumutbar und in vielen Fällen auch prak-
tisch undurchführbar hält und anstrebt, Nichtrauchern den Besuch einer Gast-

stätte ohne zwangsweise Inkaufnahme von Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen zu ermöglichen.

bb) Das vom saarländischen Gesetzgeber gewählte - eingeschränkte - Rauchverbot in Gaststätten ist zum Schutz vor Gefährdungen der Gesundheit durch Passivrauchen geeignet, weil es dazu beiträgt, den Umfang der Tabakrauchexposition und damit die Gefährdung durch Passivrauchen für Nichtraucher jedenfalls zu verringern.

Es ist zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels auch erforderlich, weil ein anderes, gleich wirksames Mittel, das die Gewerbefreiheit weniger einschränkt, nicht zur Verfügung steht. Die Einschätzung des Gesetzgebers, Bemühungen, auf freiwilliger Basis einen wirksamen Schutz der Nichtraucher zu erreichen, hätten sich in der Vergangenheit als nicht erfolgreich erwiesen (LT-Drs. 13/1574, S. 14), ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BVerfG, NJW 2008, 2409, Tz. 112).

Sie rechtfertigt zugleich die Annahme, durch die Einräumung von Wahlfreiheit für die Gastwirte, ihre Gaststätte als Raucher- oder Nichtraucherlokal zu betreiben und zu kennzeichnen, lasse sich ein vergleichbarer Nichtraucherschutz nicht erzielen. Denn es liegt angesichts der Erfahrungen in der Vergangenheit nahe, dass bei Unterbleiben darüber hinausgehender staatlicher Vorgaben die Zahl der Nichtraucherlokale diejenigen der Raucherlokale auch weiterhin wesentlich unterschreiten würde, weil die überwiegende Zahl der Gaststättenbetreiber mit Rücksicht auf ihre geschäftlichen Interessen nicht bereit wäre, die Attraktivität ihres Lokals für rauchende Gäste zu schmälern (BVerfG, NJW 2008, 2409, Tz. 115).

cc) Der Eingriff in die Gewerbefreiheit muss ferner dem Verhältnismäßigkeitsgebot im engeren Sinne genügen. Er darf die Gastwirte insgesamt nicht übermäßig belasten (vgl. zu Art. 12 GG BVerfGE 19, 330, 337), so dass bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist (vgl. zu Art. 12 GG BVerfGE 102, 197, 220; 112, 255, 267). Das ist der Fall.

(1) Auch ein eingeschränktes Rauchverbot, wie es durch §§ 2 und 3 NRSchG verhängt worden ist, stellt allerdings einen schwerwiegenden Eingriff in die Gewerbefreiheit der Gastwirte dar. Sie dürfen das Rauchen nur noch in abgeschlossenen und belüfteten Nebenräumen erlauben, die eine bestimmte Größe nicht überschreiten (§ 2 Abs. 1 Nr. 7, § 3 Abs. 3 Nr. 1 NRSchG), oder sie müssen ihre Gaststätte als Inhaber selbst und im Wesentlichen allein betreiben (§ 2 Abs. 1 Nr. 7, § 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG). Das kann erhebliche und kostenträchtige Änderungen im baulichen oder organisatorischen Zuschnitt der Gaststätte und/oder in ihrem gastronomischen Angebot erforderlich machen. Wenn und soweit die Gastwirte diese Bedingungen ganz oder teilweise nicht erfüllen und auch nicht erfüllen können, dürfen sie ihre Gaststätte nur als Nichtraucher-gaststätte führen, was – wie etwa im Fall der Beschwerdeführerin zu 1) – auch bedeuten kann, dass sie das Gesamtkonzept der Gaststätte verändern müssen.

(2) Dem steht jedoch gegenüber, dass mit dem Rauchverbot in Gaststätten überragend wichtige Gemeinwohlbelange verfolgt werden. Dies gilt zunächst für den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, dem in der Werteordnung der Verfassung (Art. 1 Satz 2 SVerf) ein hohes Gewicht zukommt (vgl. BVerfGE 110, 141, 163). Daraus kann daher eine Schutzpflicht des Staates folgen, die eine Risikovorsorge gegen Gesundheitsgefährdungen umfasst (vgl. BVerfGE 56, 54, 78). Angesichts der Zahl der Todesfälle, die sich nach wissenschaftlichen Erkenntnissen auf Erkrankungen durch Passivrauchen zurückführen lassen, ist zudem auch der Schutz des menschlichen Lebens betroffen. Die Verfassung begründet auch insoweit eine Schutzpflicht des Staates, die es ihm gebietet, sich schützend und fördernd vor das Leben jedes Einzelnen zu stellen (vgl. BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, 164; 115, 118, 152). Die Annahme einer beträchtlichen Gefährdung dieser Rechtsgüter begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, weil sich der Landesgesetzgeber insoweit der in der Wissenschaft vorherrschenden Einschätzung anschließen durfte, wonach Tabakrauch auch bereits in geringsten Mengen wegen der enthaltenen gentoxischen Kanzerogene gesundheitsgefährdend ist (vgl. BVerfG, NJW 2008, 2409, Tz. 119).

(3) Es ist regelmäßig Sache des Gesetzgebers, in Bezug auf den jeweiligen Lebensbereich darüber zu entscheiden, ob, mit welchem Schutzniveau und auf welche Weise Situationen entgegengewirkt werden soll, die nach seiner Ein-

schätzung zu Schäden führen können (vgl. BVerfGE 110, 141, 159; vgl. auch BVerfGE 111, 10, 38 f., 43). Hierbei kommt ihm grundsätzlich ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (vgl. BVerfGE 96, 56, 64).

Angesichts des hohen Rangs des Gesundheitsschutzes gegenüber den durch ein Rauchverbot beeinträchtigten Freiheitsrechten, insbesondere der Gewerbefreiheit der Gastwirte und der Verhaltensfreiheit der Raucher, wäre der Landesgesetzgeber unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit befugt, dem Gesundheitsschutz den uneingeschränkten Vorrang einzuräumen und ein striktes Rauchverbot in Gaststätten zu verhängen (BVerfG, NJW 2008, 2409, Tz. 121 ff.). Wäre nach der Einschätzung des Gesetzgebers der Schädigung überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter wie Leben und Gesundheit beim Aufenthalt von Nichtrauchern in Gaststätten mit einem nur eingeschränkten Rauchverbot nicht ausreichend zu begegnen, könnte ihm auch im Blick auf die Gewerbefreiheit der Gaststättenbetreiber nicht angesonnen werden, auf ein umfassendes Rauchverbot zum Schutz der betroffenen Gemeinwohlbelange zu verzichten.

Das gilt erst recht für das vom saarländischen Landesgesetzgeber gewählte eingeschränkte Schutzkonzept, mit dem dieser das Ziel verfolgt, dass Nichtraucher jedenfalls außerhalb der Kleingastronomie in jeder Gaststätte einen rauchfreien Raum vorfinden sollen, der mindestens so groß ist wie ein davon abgetrennter Raucherraum.

3.

Ein die Gewerbefreiheit beschränkendes Gesetz, das als solches dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht, kann dennoch insoweit gegen Art. 44 S. 1 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 SVerf verstoßen, als bei der Regelung Ungleichheiten nicht berücksichtigt wurden, die typischerweise innerhalb der betroffenen Gruppe von Gewerbetreibenden bestehen. Dies ist anzunehmen, wenn Gruppenangehörige nicht nur in einzelnen, aus dem Rahmen fallenden Sonderkonstellationen, sondern in bestimmten, wenn auch zahlenmäßig begrenzten typischen Fällen ohne zureichende sachliche Gründe verhältnismäßig stärker belastet werden als andere (vgl. BVerfGE 25, 236, 251; 30, 292, 327; 59, 336, 356; 68, 155, 173; 77, 84, 113). Der Gesetzgeber kann dann gehalten

sein, den unterschiedlichen Auswirkungen einer gesetzlichen Regelung durch Härteregelungen oder weitere Differenzierungen wie Ausnahmetatbestände Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 34, 71, 80; BVerfG, NJW 2008, 2409, Tz. 124).

Aufgrund von Stimmgleichheit kann der Verfassungsgerichtshof nicht feststellen, dass der Landesgesetzgeber verpflichtet gewesen wäre, reine Wasserpfeifenlokale vom Rauchverbot in Gaststätten auszunehmen.

a.) Nach der Auffassung der die Entscheidung nicht tragenden Verfassungsrichter wird die Gewerbefreiheit der Betreiber von Wasserpfeifenlokalen unverhältnismäßig stärker beeinträchtigt als diejenige der Betreiber von Speisegaststätten oder Schanklokalen, deren Angebot sich von vornherein an Raucher und Nichtraucher richtet.

Diese Auffassung beruht auf folgenden Gründen:

Die Betreiber von Speisegaststätten oder Schanklokalen können – auch wenn es sich nicht um inhabergeführte Gaststätten im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG handelt – ihre Gaststätten nach ihrem gastronomischen Konzept trotz des eingeschränkten Rauchverbots unverändert fortführen. Sie können entweder von der Nebenraumausnahme des § 3 Abs. 3 Nr. 1 NRSchG Gebrauch machen und weiterhin rauchende wie nicht rauchende Gäste gleichermaßen bewirten. Oder sie müssen zwar Raucher veranlassen, innerhalb der Gaststätte auf das Rauchen zu verzichten und sich dafür gegebenenfalls kurzfristig außerhalb der Gaststätte aufzuhalten; sie können aber im Übrigen ihre Leistungen Rauchern in derselben Art und Weise anbieten wie Nichtrauchern und wie zur Zeit vor Inkrafttreten des Nichtraucherschutzgesetzes. Für die Inhaber von Gaststätten, die speziell auf das Rauchen von Wasserpfeifen ausgerichtet sind, gilt dies nicht. Diese können gerade ihr besonderes Angebot nicht oder – unter Inanspruchnahme der Nebenraumausnahme – nur auf einer verkleinerten Fläche und mit einem eingeschränkten Sitzplatzkontingent aufrechterhalten. Sie sind deshalb gezwungen, ihr gastronomisches Konzept jedenfalls für den rauchfreien Bereich ihrer Gaststätte so zu verändern, dass dieser zumindest als Schankwirtschaft auch für Nichtraucher attraktiv wird, wenn sie diese Flächen nicht überwiegend leer stehen lassen wollen oder können.

Vor diesem Hintergrund wäre der Landesgesetzgeber gehalten gewesen näher darzulegen, aus welchen Gründen er – auf der Grundlage seines Schutzkonzepts – die Unterwerfung der Betreiber reiner Wasserpfeifengaststätten unter seine gaststättenrechtlichen Regelungen des Nichtraucherschutzes als eine überhaupt geeignete Maßnahme zu dessen Förderung betrachtet hat. Denn zum einen steht außer Frage, dass die nicht an dem Genuss einer Wasserpfeife interessierten Gäste solcher Lokale bewusst und freiwillig die Gefahren des Passivrauchens auf sich nehmen, ohne durch das Fehlen geeigneter Alternativen in irgendeiner Weise zu dem Besuch solcher Einrichtungen gezwungen zu sein. Ausschließlich den Schutz des autonom entscheidenden Einzelnen gegen seinen Willen zu bewirken ist allerdings verfassungsrechtlich nicht statthaft. Zum anderen spricht alles dafür, dass nicht rauchende Gäste sich für oder gegen den Besuch einer Wasserpfeifengaststätte völlig unabhängig von der Frage entscheiden, ob dort Nichtraucherräume zur Verfügung stehen oder nicht. Daher ist der Landesgesetzgeber insoweit zumindest seiner Last, die Geeignetheit seiner Regelung zu begründen, nicht nachgekommen.

b.) Nach der Auffassung der die Entscheidung tragenden vier Verfassungsrichter ist das Fehlen einer – weiteren – Ausnahme für reine Wasserpfeifengaststätten gleichfalls durch das Regelungsziel des Landesgesetzgebers verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Diese Auffassung beruht auf folgenden Gründen:

Zwar pflegen Wasserpfeifenlokale anders als andere Gaststätten bisher in der Regel nicht von Nichtrauchern aufgesucht zu werden. Die Beschwerdeführerin zu 1) hat in der mündlichen Verhandlung vorgetragen, der Aufenthalt von Gästen beschränke sich auf die Dauer des Rauchens einer Wasserpfeife, angebotenes Gebäck und Getränke seien nur Beiwerk. Es ist jedoch das Ziel des Landesgesetzgebers, Nichtraucher vor den Gefahren des Passivrauchens in Gaststätten dadurch zu schützen, dass sie möglichst überall Speise- und Schanklokale vorfinden sollen, die rauchfrei sind oder in denen es zumindest rauchfreie Räume gibt, damit sie nicht vor die Wahl gestellt werden, auf den Besuch einer Gaststätte entweder zu verzichten oder die Gefährdung durch Passivrauchen in

Kauf zu nehmen. Dieses Ziel wird am wirksamsten erreicht, wenn dafür alle Gaststätteninhaber in die Pflicht genommen werden, rauchfreie Räume vorzuhalten.

Der Gesetzgeber dürfte deshalb ein umfassendes Rauchverbot in Gaststätten auch insoweit anordnen, als davon Wasserpfeifenlokale betroffen sind (BVerfG, NJW 2008, 2701 – vor dem Hintergrund eines generellen Rauchverbots in Gaststätten). Dass den Inhabern damit zugleich untersagt wird, das Rauchen von Wasserpfeifen als gewerbliche Leistung in der bisherigen Form anzubieten, beruht auf deren Entscheidung, dieses Angebot gerade im Rahmen eines Gaststättenbetriebs vorzuhalten, der als solcher nur das Verabreichen von Getränken und/oder zubereiteten Speisen an Ort und Stelle voraussetzt (§ 1 Abs. 1 GastG). Die Wahl der Gaststättenform rechtfertigt es, sie - in zulässiger Weise typisierend - denselben Regeln zu unterwerfen wie alle sonstigen Gaststättenbetreiber.

Das gilt auch bei dem hier zu beurteilenden eingeschränkten Rauchverbot. Wenn es der Gesetzgeber zum Schutz von Nichtrauchern für geboten hält, dass in allen Gaststätten, abgesehen von der inhabergeführten Kleingastronomie, zumindest rauchfreie Räume vorhanden sind, braucht er sich nicht darauf einzulassen, für Gaststätten, die auf ein besonderes – raucherbezogenes – Angebot ausgerichtet sind, Ausnahmen von dieser Regelung vorzusehen. Angesichts der hohen Bedeutung des Gesundheitsschutzes darf er vielmehr die allgemeine Entscheidung treffen, dass es grundsätzlich keine Gastwirtschaften mehr geben soll, in denen auf der gesamten Fläche geraucht werden darf, sondern dass alle Gewerbetreibenden, die ihre Leistungen in Form eines Gaststättenbetriebs anbieten, jedenfalls zumindest gleich große Räume Nichtraucher wie für Raucher vorzuhalten haben, damit für Nichtraucher eine ausreichende Zahl von rauchfreien Speise- und Schankwirtschaften erreicht wird. Soweit er daneben für die Kleingastronomie aus Gründen des Existenzschutzes eine (weitergehende) Ausnahme vom Rauchverbot zugelassen hat (§ 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG), stehen die dadurch verfassungsrechtlich gebotenen Möglichkeiten zur Führung einer Rauchergaststätte (s. dazu unten unter III) auch den Inhabern kleinerer Wasserpfeifenkneipen offen. Für größere Wasserpfeifenlokale gilt, dass deren Betreiber Einschränkungen zum Schutz der Gesundheit hin-

nehmen müssen. Der Normadressat muss sich geänderten Bedingungen für die Ausübung seines Gewerbes bis zu einem zumutbaren Maß anpassen. Erst wenn die Grenzen der Zumutbarkeit überschritten sind, kann eine Verfassungswidrigkeit des Gesetzes in Betracht kommen. Das ist angesichts der vom Gesetzgeber durch § 3 Abs. 3 NRSchG zugelassenen Ausnahmen vom Rauchverbot auch im Hinblick auf die Betreiber von Wasserpfeifenlokalen nicht der Fall.

II.

Ob die Beschwerdeführer auch in ihrem Eigentumsgrundrecht nach Art. 18 SVerf betroffen sind, kann dahinstehen. Die Prüfung am Maßstab der Eigentumsgarantie würde jedenfalls nicht zu einem anderen Ergebnis führen als die Prüfung am Maßstab der Gewerbefreiheit.

III.

Das Rauchverbot des § 2 Abs. 1 Nr. 7 NRSchG verletzt jedoch durch die konkrete Ausgestaltung des Ausnahmetatbestandes des § 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG den Beschwerdeführer zu 4) in seinem Recht auf Gleichbehandlung (Art. 12 Abs. 1 SVerf).

1.

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 12 Abs. 1 SVerf gebietet dem Gesetzgeber ebenso wie Art. 3 GG, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu regeln. Aus ihm ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl. BVerfGE 110, 274, 291; 117, 1, 30; BVerfG, DVBl 2008, 842, Tz. 81).

Da nach dieser Vorschrift in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindert werden soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung. Das gilt auch dann, wenn eine Ungleichbehandlung von Sachverhal-

ten mittelbar eine Ungleichbehandlung von Personengruppen bewirkt. Es müssen in diesen Fällen für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 108, 52, 68; 110, 274, 291). Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 88, 87, 96; 92, 53, 69; 97, 271, 290 f.; BVerfG, NJW 2008, 2409, Tz. 150).

Der Gleichheitssatz schützt nicht nur vor ungleichen Belastungen. Von Verfassungs wegen untersagt ist auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsauschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird. (vgl. BVerfGE 116, 164, 180 m.w.N.).

2.

Nach diesen Grundsätzen ist der Gesetzgeber gehindert, Ausnahmen vom Rauchverbot des § 2 Abs. 1 Nr. 7 NRSchG bis zur Grenze der Willkür allein aufgrund von Opportunitätserwägungen vorzunehmen und auszugestalten. Jede Ausnahme vom Rauchverbot hat eine Ungleichbehandlung von Gastwirten hinsichtlich der Zulässigkeit der Bewirtung rauchender Gäste zur Folge, je nach dem, ob sie zur Gruppe der durch die Ausnahme Begünstigten gehören oder ob sie der Gruppe von Gastwirten angehören, die die Voraussetzungen der Ausnahme(n) nicht erfüllen und nicht erfüllen können und deshalb einem strikten Rauchverbot unterliegen. Letztere werden durch das Rauchverbot besonders nachteilig in der Ausübung ihrer Gewerbefreiheit gemäß Art. 44 Satz 1 SVerf betroffen, weil es ihnen zum einen uneingeschränkt untersagt ist, ihren Gästen das Rauchen zu erlauben, und sie zum anderen der Gefahr ausgesetzt sind, dass ihre rauchenden Gäste zu solchen Gaststätten abwandern, in denen auch Raucher bewirtet werden dürfen.

3.

Es bedarf deshalb für die Differenzierung zwischen inhabergeführten Gaststätten im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG und anderen Gaststätten der Unter-

schiede von solcher Art und solchem Gewicht, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen.

a.) Daran fehlt es gegenüber kleineren Gaststätten, die zwar nicht allein vom Inhaber geführt werden bzw. geführt werden können, aber wie diese Betriebe wegen eines verhältnismäßig geringen Umsatzes und dadurch bedingter geringer Rücklagen sowie eines hohen Anteils von Raucherinnen und Rauchern unter ihren Gästen durch das (für größere Gaststätten durch die Nebenraumausnahme des § 3 Abs. 3 Nr. 1 NRSchG eingeschränkte) Rauchverbot in ihrer Existenz bedroht sind.

aa) Der Gesetzgeber hat mit § 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG das Ziel verfolgt, eine Existenzgefährdung von kleinen „Eckkneipen“ zu vermeiden, in denen eine Vielzahl der Gäste Raucherinnen und Raucher sind (LT-Drs. 13/1574, S. 28). Bei der Anknüpfung an den Umstand, dass eine Gaststätte „inhabergeführt“ betrieben werden kann, handelt es sich um ein grundsätzlich geeignetes und zulässiges Kriterium für den Schutz der vorwiegend getränkegeprägten Kleingastronomie, die durch das eingeschränkte Rauchverbot in besonderem Maße betroffen ist (BVerfG, NJW 2008, 2409, Tz. 165). Es ist jedoch in der konkreten Ausgestaltung durch § 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG für einen dem Gleichheitsgebot genügenden Existenzschutz nicht ausreichend.

bb) In ihrer Existenz können in gleicher Weise nämlich solche Gastwirtschaften bedroht sein, die von ihrer Größe und ihrem Angebot her in räumlicher, zeitlicher und gegenständlicher Hinsicht einer rein inhabergeführten Gaststätte entsprechen, in denen aber, aus welchen Gründen auch immer, nicht ausschließlich der Inhaber persönlich tätig ist. Der Gesetzentwurf der Regierung des Saarlandes vom 20.9.2007 (LT-Drs. 13/1574) sah demgemäß in § 3 Abs. 3 Nr. 2 Satz 3 vor, dass auch in inhabergeführten Gaststätten jedenfalls gelegentlich Aushilfskräfte entgeltlich beschäftigt werden könnten. In den parlamentarischen Beratungen (Niederschrift der 47. Sitzung des Landtags des Saarlandes vom 21.11.2007, S. 2733) wurde die Streichung dieses Zusatzes damit begründet, dass Wettbewerbsverzerrungen zwischen inhabergeführten Gaststätten und der Gastronomie, die außer dem Inhaber weitere Personen beschäftige, vermieden werden sollten. Ob es zu Wettbewerbsverzerrungen kommt, hängt jedoch nicht

von dem Einsatz von Fremdpersonal als solchem, sondern vielmehr davon ab, ob dieser so ausgestaltet ist, dass damit Umsatzsteigerungen oder eine Ausweitung des Angebots gegenüber rein inhabergeführten Gaststätten ermöglicht werden. Der allgemeine Gesundheitsschutz (auch) von Beschäftigten kann die Ungleichbehandlung ebenfalls nicht rechtfertigen, weil er auch bei der Einrichtung von Rauchernebenräumen im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 1 NRSchG, die Beschäftigte zur Bewirtung von Gästen ebenso aufsuchen müssen wie den rauchfreien Hauptraum, als nachrangig bewertet worden ist.

cc) Von der Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG werden weiter solche kleinen (inhabergeführten) Gaststätten nicht erfasst, in denen trotz einer ausgeprägten Ausrichtung auf das Angebot von Getränken als „Beiwerk“ begleitend einfach zubereitete Speisen angeboten werden. Ein derartiges Angebot kann vom Inhaber allein nicht dauerhaft aufrechterhalten werden, weil für die Zubereitung die regelmäßige, nicht auf Ausnahmefälle beschränkte Anwesenheit einer zweiten Person in der Küche erforderlich ist. Der Gesetzentwurf der Landesregierung (aaO) hatte diesem Umstand insoweit Rechnung getragen, als nach § 3 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 des Entwurfs neben der gelegentlichen entgeltlichen Beschäftigung von Aushilfskräften eine – dauerhafte – unentgeltliche Mithilfe von Familien- oder Vereinsmitgliedern der Betreiberin oder des Betreibers zulässig sein sollte. Durch das begleitende Angebot einfach zubereiteter Speisen unterscheiden sich kleine (inhabergeführte) Gaststätten nicht maßgeblich von der ausschließlich getränkegeprägten Kleingastronomie. Letztere zeichnet sich dadurch aus, dass sie über eine geringe Zahl von Sitzplätzen verfügt mit der Folge, dass sie einen vergleichsweise niedrigen Umsatz ermöglicht, und dass sie überwiegend Stammgäste anspricht, unter denen sich ein hoher Raucheranteil befindet. Diese typischen Merkmale der klassischen Eckkneipe gehen nicht dadurch verloren, dass in einer solchen Gaststätte – auch – kalte und einfach zubereitete warme Speisen angeboten werden, wie sie zum Beispiel gemäß § 15 Abs. 1 der Verordnung zur Ausführung des Gaststättengesetzes (GastVO vom 27. April 1971, zuletzt geändert durch die Verordnung vom 18. Dezember 2006, Amtsbl. S. 2239) in Straußwirtschaften zulässig sind. Sie unterscheiden sich vielmehr unabhängig davon von einer echten Speisegaststätte, die gleichermaßen rauchende und nicht rauchende Gäste anzieht (vgl. VGH

Rh-Pf, Urteil vom 30. September 2008 – VGH B 31/07 u. a., unter D 3 d). Eine Gleichbehandlung mit der speisegeprägten Gastronomie ist deshalb auch zur Vermeidung eines Wettbewerbsnachteils für diese nicht geboten.

b) Einer verfassungsrechtlichen Prüfung am Maßstab des Gleichheitssatzes hält ferner die unterschiedliche Begünstigung der Betreiberinnen und Betreiber inhabergeführter Gaststätten je nachdem, ob sie volljährige Familienangehörige zur (gelegentlichen) Mithilfe heranziehen können oder ob ihnen dies – wie dem Beschwerdeführer zu 4) – aus natürlichen Gründen verschlossen ist, nicht stand.

Die Regierung des Saarlandes hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Verfassungsgerichtshof erläutert, die Beschränkung auf die Mithilfe von volljährigen Familienangehörigen folge daraus, dass zum Typus inhabergeführter Gaststätten - und damit zur Rechtfertigung der Ausnahme insgesamt – gehöre, dass die einzelne, die Gaststätte betreibende Person sich „nur“ von Familienangehörigen helfen lassen könne und helfen lasse. Dem kann nicht gefolgt werden.

Eine – so nicht ausdrücklich dargestellte, aber in der Begründung des Gesetzesentwurfs der Regierung anklingende – Erwägung, die Gefahren für Beschäftigte vor dem Schutz des Passivrauchens seien in bestimmten Fällen zu vernachlässigen, würde nicht tragen. Gerade die Beschränkung der Mithilfe auf volljährige Familienangehörige kann nämlich dazu führen, dass Personen sich lediglich aus familiärer Verbundenheit bereit erklären, den Betreiberinnen und Betreibern einer inhabergeführten Gaststätte zu helfen, während Außenstehende, die selbst Raucher sind, bereit stehen, unter der von ihnen auch sonst geübten Außerachtlassung ihrer gesundheitlichen Bedürfnisse mitzuarbeiten.

Es ist weiter nicht erkennbar, dass die Ungleichbehandlung allein nach den familiären Verhältnissen der Betroffenen geeignet ist, in dem Wettbewerb zwischen den inhabergeführten Gaststätten und der Gastronomie im Übrigen Chancengleichheit zu gewährleisten. Schließlich liegen dem Verfassungsgerichtshof auch keine Erkenntnisse darüber vor, dass die Typik inhabergeführter Gaststätten in irgendeiner Weise verbunden ist mit dem Familienstand der Betreiberin oder des Betreibers. Daher ist nicht einzusehen, warum Betreiberinnen und Betreiber, die volljährige Familienmitglieder (in Fällen eines gelegentli-

chen Bedarfs) für eine Mithilfe werben können, besser behandelt werden als solche, die nur Freunde, Bekannte oder familienfremde Aushilfskräfte anzusprechen vermögen.

4.

Da der Beschwerdeführer zu 2) keine Gaststätte führt, die nach diesen Grundsätzen gleichfalls von dem Rauchverbot auszunehmen sind, hat seine Verfassungsbeschwerde keinen Erfolg.

D.

I.

Die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Bestimmungen führt nicht zu deren Nichtigkeit. Da dem Landesgesetzgeber bei dem hier vorliegenden Verstoß gegen den Gleichheitssatz mehrere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, kann abweichend von § 61 Abs. 3 Satz 1 SVerfGHG lediglich die Unvereinbarkeit der gegenwärtigen Regelung mit der Landesverfassung festgestellt werden (vgl. BVerfG, NJW 2008, 2409, Tz. 161, m.w.N.).

Für den Erlass einer verfassungsgemäßen Neuregelung steht dem Landesgesetzgeber eine Frist bis zum 31. Dezember 2010 zur Verfügung. Die Länge dieser Frist erscheint ausreichend, um dem Landesgesetzgeber hinreichend Zeit für eine Entscheidung über eine Veränderung des Konzeptes für die gesetzliche Ausgestaltung eines Rauchverbots in Gaststätten und insbesondere für die Ausgestaltung des Schutzes der vorwiegend getränkegeprägten Kleingastonomie zu geben.

II.

§ 2 Abs. 1 Nr. 7 NRschG bleibt wegen der hohen Bedeutung des Schutzes der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens in der Zwischenzeit bis zu einer verfassungsgemäßen Neuregelung anwendbar mit der Folge, dass das Rauchen in Gaststätten weiterhin grundsätzlich untersagt ist.

Mit Blick auf die Gewerbefreiheit der Gastwirte und um für sie existentielle Nachteile zu vermeiden, besteht jedoch für den Zeitraum bis zu der gesetzlichen Neuregelung ein unabwendbares Bedürfnis nach einer Zwischenregelung.

Da hierbei größtmögliche Schonung der Gestaltungsfreiheit des Landesgesetzgebers geboten ist, erweitert der Verfassungsgerichtshof den mit § 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG beabsichtigten, aber nur teilweise gewährleisteten Schutz der vorwiegend getränkegeprägten Kleingastronomie durch eine zusätzliche Ausnahmeregelung.

Er orientiert sich dabei an der Zielvereinbarung zum Nichtraucherschutz in Hotellerie und Gastronomie zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung und dem Bundesverband des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes vom 1.3.2005, mit der als Maßstab für die Befreiung vom Nichtraucherschutz eine Gastfläche – definiert als der Bereich, in dem Tische und Stühle für den Aufenthalt von Gästen bereitgehalten werden – von weniger als 75 m² vereinbart worden ist (vgl. BVerfG, NJW 2008, 2409, Tz. 167). Darauf, ob solche Gaststätten trotz der geringen Gastfläche über einen abgetrennten Nebenraum verfügen, kommt es angesichts des Umstandes, dass § 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG das Fehlen eines solchen Nebenraums auch für die Privilegierung der inhabergeführten Gaststätten nicht voraussetzt, nicht an. Jedoch ist die Befreiung vom Rauchverbot für nicht bereits durch § 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG ausgenommene Gaststätten – in Anlehnung an § 15 Abs. 1 GastVO – auf solche Gaststätten zu beschränken, die lediglich kalte und einfach zubereitete warme Speisen anbieten. Die Verpflichtung der nach § 5 NRSchG Verantwortlichen zur deutlich sichtbaren Kennzeichnung einer Gaststätte nach § 3 Abs. 3 Nr. 2 NRSchG als Rauchergaststätte ist auf Rauchergaststätten nach der vorstehend beschriebenen Ausnahmeregelung zu erstrecken.

III.

Das Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof ist kostenfrei (§ 26 Abs. 1 SVerfGHG). Die Entscheidung über die Auslagenerstattung beruht auf § 26 Abs. 3 SVerfGHG.

gez.: Prof. Dr. Rixecker

Prof. Dr. Wendt

André

Prof. Dr. Ellscheid

Hermanns

Warken

Weber

Wittling

Ausgefertigt:

(Bensch)

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle