

ter Verwendungszweck kommt in Betracht, wenn er mit engen Begrenzungen der Eingriffsvoraussetzungen kombiniert wird. Möglich sind aber auch Kombinationen von enger gefassten Zweckbestimmungen mit entsprechend geringeren Voraussetzungen für die Aufnahme in den Fahndungsbestand und die Voraussetzungen für den Erhebungsanlass.<sup>80</sup>

Das BVerfG hält somit den automatischen Kennzeichenabgleich nicht generell für verfassungswidrig. Entscheidend ist vielmehr, wie die jeweiligen landesrechtlichen Normen ausgestaltet sind. Das saarländische Recht unterscheidet sich von den beanstandeten Regelungen dadurch, dass der Abgleich »zur« Abwehr einer konkreten Gefahr erfolgen soll. Ein Abgleich muss also unterbleiben, wenn er nichts zur Gefahrenabwehr beiträgt. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen nur die Daten des Kfz-Kennzeichens erfasst werden. Ein Abgleich mit anderen polizeilichen Dateien als dem Fahndungsbestand darf nur zur Abwehr von im Einzelfall oder im Hinblick auf bestimmte Ereignisse bestehenden Gefahren erfolgen. Die aufgezeichneten Daten müssen spätestens nach zwei Wochen gelöscht werden, soweit sie nicht zur Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung erforderlich sind. Daraus wird deutlich, dass dem saarländischen Gesetzgeber an einer restriktiven Handhabung dieser Maßnahmen gelegen war. Da es sich überdies um eine Ermessensnorm handelt, muss dem informationellen Selbstbestimmungsrecht auch bei der Anwendung der Norm im Einzelfall Rechnung getragen werden. Weil im Augenblick des Normerlasses nicht abzusehen war, welche An-

forderungen das BVerfG an den Kennzeichenabgleich stellen wird und derartige Maßnahmen im Saarland ohnehin nicht vor 2009 praktiziert werden sollen, sollte die Ausgestaltung der Landesregelung nochmals überdacht werden. Um auf der sicheren Seite zu stehen, wäre zu überlegen, ob man den Abgleich nicht wie in Brandenburg vom Vorliegen einer konkreten Gefahr für bestimmte Rechtsgüter abhängig machen soll. Des Weiteren sollte klar gestellt werden, dass der Kennzeichenabgleich keinesfalls flächendeckend erfolgen darf. Schließlich sollte man sich Gedanken über die Aufnahme zusätzlicher verfahrensrechtlicher Vorgaben zum Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung machen.

Schließlich sieht der neue § 27 Abs. 4 SPolG die Möglichkeit der Videoüberwachung polizeilich genutzter Räume vor, sofern dies zum Schutz der festgehaltenen Person oder der Polizeivollzugsbeamten erforderlich ist. Die Neuregelung soll die Möglichkeit zur Videoüberwachung der Gewahrsamszelle eröffnen, wenn eine Selbstmordgefahr oder Gefahr für die Beamten nicht auszuschließen ist.<sup>81</sup> Da auch diese Maßnahme nach den o. g. Grundsätzen einen Grundrechtseingriff bedeutet, darf sie im Einzelfall nur dann angeordnet werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Gefahr vorhanden sind.

*(Der Beitrag wird im nächsten Heft der LKRZ fortgesetzt.)*

80 BVerfG (Fn. 58), Rn. 183

81 LT-Drucks. 13/1313, S. 18; s. dazu auch *Kramer*, VR 2005, 186, 190.

## Nichtraucherschutzgesetze der Länder Hessen, Rheinland-Pfalz und Saarland

Rechtsanwalt Marcus Hirschfelder, Saarbrücken\*

Bereits am 01.10.2007 trat in Hessen das Gesetz zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in Kraft,<sup>1</sup> ähnliche Regelungen traten in Rheinland-Pfalz<sup>2</sup> sowie im Saarland<sup>3</sup> am 15.02.2008 in Kraft. Eine vergleichende Untersuchung der Regelungen in den drei Ländern unter Berücksichtigung der jeweiligen landesrechtlichen Besonderheiten soll zunächst zur Einführung in die Thematik dienen. In einem zweiten Schritt soll die zu einzelnen Bestimmungen bisher ergangene Rechtsprechung erörtert und im Hinblick auf ihre Auswirkungen sowie auf verfassungsrechtliche Berührungspunkte hin untersucht werden.

### I. Überblick über die gesetzlichen Regelungen

Die Gefahren des Passivrauchens werden durch zahlreiche wissenschaftliche Untersuchungen belegt.<sup>4</sup> In der Rechtsprechung des BVerfG sind die gesundheitlichen Gefahren, die mitunter auch vom Passivrauchen ausgehen, mittlerweile anerkannt. Im Ergebnis sei nach heutigem medizinischem

Kenntnisstand gesichert, dass Rauchen Krebs sowie Herz- und Gefäßkrankheiten verursache, damit zu tödlichen Krankheiten führe und auch die Gesundheit der nicht rauchenden Mitmenschen gefährde.<sup>5</sup> Zweck der Bestimmungen der einzelnen Nichtrauchererschutzgesetze ist daher der Schutz der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens und den hierdurch bedingten gesundheitlichen Beeinträchtigungen, § 1 SaarlNRSG, § 1 Abs. 1 RhPfNRSG.<sup>6</sup>

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner in der Rechtsanwaltskanzlei Falckenstein & Hirschfelder in Saarbrücken.

1 HessGVBl. I 2007 S. 568, im Folgenden: HessNRSG.

2 RhPFGVBl. 2007 S. 188, im Folgenden RhPfNRSG.

3 Gesetz Nr. 1637 (SaarlAmtsbl. 2007 S. 75), im Folgenden: SaarlNRSG.

4 *Pöttl*, KommunalPraxis Spezial 2007, 199 m. w. N., u. a. Deutsches Krebsforschungszentrum, Passivrauchen – ein unterschätztes Gesundheitsrisiko, Rote Reihe Tabakprävention und Tabakkontrolle, Bd. 5, 2. Aufl. 2006, S. 33.

5 BVerfGE 95, 173, 184 f. - zur Kennzeichnungspflicht von Tabakerzeugnissen zum Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren; *Pöttl* (Fn. 4).

6 Das HessNRSG enthält zwar keine ausdrückliche Zweckbestimmung, jedoch ergibt sich diese bereits aus der Gesetzesüberschrift »Gesetz zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens«.

### 1. Nichtrauchererschutzgesetz Hessen

Allen Gesetzen gemeinsam sind die recht umfassenden Rauchverbotsregelungen öffentliche Einrichtungen betreffend. Diese sollen anhand des § 1 HessNRSRG exemplarisch dargestellt werden. § 1 Abs. 1 HessNRSRG bestimmt ein umfassendes Rauchverbot für Gebäude der Behörden des Landes, der Gemeinden und der Landkreise, des Landtages, des Hessischen Rundfunks, der Krankenhäuser, Sportanlagen, Theater, Museen, Kinos, Konzertsäle, der Hochschulen, Heime, der Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe, der Flughäfen sowie letztlich auch der Gaststätten i. S. d. § 1 GaststG. Die Bezugnahme auf § 1 GaststG ist ebenfalls in allen Landesgesetzen enthalten; erfasst sind demnach sowohl Speise- als auch Schankwirtschaften (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 GaststG). Auch kommt es auf eine Erlaubnispflicht nicht an, so dass erlaubnisfreie Gaststätten ebenfalls erfasst werden.<sup>7</sup>

Ausnahmen von dem grundsätzlich geltenden Rauchverbot sind in § 2 HessNRSRG vorgesehen. So erklärt § 2 Abs. 4 HessNRSRG die Einrichtung von vollständig abgetrennten Nebenräumen für zulässig, in denen das Rauchen gestattet werden kann. Diese sind jedoch – ebenfalls eine Gemeinsamkeit aller Regelungen – entsprechend zu kennzeichnen. Räumliche Vorgaben insbesondere hinsichtlich der Größe der Raucher- und Nichtraucherbereiche werden hingegen nicht gemacht.

Verantwortlich für die Durchsetzung der Bestimmungen ist die Betreiberin oder der Betreiber, § 4 Nr. 2 HessNRSRG; Verstöße sind Ordnungswidrigkeiten und können in Hessen mit Bußgeldern bis zu 2.500 € geahndet werden.

### 2. Nichtrauchererschutzgesetz Rheinland-Pfalz

Neben umfassenden Regelungen zu Rauchverboten in öffentlichen Gebäuden, Krankenhäusern, Einrichtungen der Jugendhilfe, Schulen, Heimen etc. enthält § 7 RhPfNRSRG die Rauchverbotsregelung für Gaststätten. Ausdrücklich klargestellt wird in § 7 Abs. 1 RhPfNRSRG, dass die Regelung für alle zum Aufenthalt von Gästen bestimmten Räume Geltung beansprucht, insbesondere auch für Schank- und Speiseräume, Tanzflächen und sonstige Tanzlokale.

Eine Ausnahme sieht § 7 Abs. 2 RhPfNRSRG vor: Hiernach kann in durch Trennwänden abgeordneten, entsprechend gekennzeichneten Räumen das Rauchen gestattet werden. Weitergehend als im HessNRSRG ist jedoch weitere Voraussetzung, dass die räumliche Fläche des Nichtraucherbereiches größer ist als die des abgetrennten Raucherraumes.

Verantwortlich für die Umsetzung der gesetzlichen Bestimmungen ist auch hier die Betreiberin oder der Betreiber, Verstöße sind ebenfalls Ordnungswidrigkeiten und können mit Bußgeldern bis zu 1.000 € geahndet werden.

### 3. Nichtrauchererschutzgesetz Saarland

In § 2 SaarlNRSRG finden sich die Rauchverbotsregelungen für die oben bezeichneten Einrichtungen, das Rauchverbot für Gaststätten ist in § 2 Abs. 1 Nr. 7 SaarlNRSRG normiert. Die Regelung gilt auch für Beherbergungsbetriebe und Diskotheken. Die Ausnahmen hierzu finden sich in § 3 Abs. 3 Nr. 1 und 2 SaarlNRSRG: Ebenso wie das RhPfNRSRG enthält § 3 Abs. 3 Nr. 1 SaarlNRSRG eine Ausnahmeregelung für abgeschlossene und belüftete Nebenräume, die nicht größer sein dürfen als die übrigen dem Aufenthalt der Gäste dienenden rauchfreien Räume.

Eine Besonderheit des saarländischen Gesetzes findet sich in § 3 Abs. 3 Nr. 2 SaarlNRSRG, wonach das Rauchen auch ohne einen räumlich abgetrennten Bereich gestattet werden kann, wenn die Gaststätte inhabergeführt ist. Voraussetzung hierfür ist, dass die Gaststätte allein von der Betreiberin oder dem Betreiber geführt wird und dieser kein abhängig beschäftigtes Fremdpersonal einsetzt.<sup>8</sup> Zulässig ist die gelegentliche Mithilfe von volljährigen Familienangehörigen der Betreiberin oder des Betreibers.<sup>9</sup> Die Inhaberregelung privilegiert hierbei Gaststätten, denen aufgrund der räumlichen Gegebenheiten die Einrichtung eines abgetrennten Raucherbereiches nicht möglich ist. Hier kann im Unterschied zu den Regelungen der Länder Hessen und Rheinland-Pfalz – sofern die Gaststätte vom Inhaber allein geführt wird –, weiterhin den Besuchern das Rauchen erlaubt werden.

Verstöße sind nach § 6 Abs. 1 SaarlNRSRG ebenfalls Ordnungswidrigkeiten und können gemäß § 6 Abs. 2 SaarlNRSRG mit einem Bußgeld bis zu 1.000 € geahndet werden.

## II. Verfassungsrechtliche Berührungspunkte

Die gesetzlichen Regelungen zum Nichtrauchererschutz weisen vielfältige verfassungsrechtliche Berührungspunkte auf, die teilweise bereits Gegenstand gerichtlicher Verfahren waren bzw. sind. Insbesondere könnten Eingriffe in die Grundrechte der Eigentums- und Berufsfreiheit sowie ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen, die auf ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung zu überprüfen wären. Weiterhin könnten eine Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit der Raucher, sowie ein Eingriff in die Versammlungsfreiheit im Falle so genannter Rauchervereine zu verzeichnen sein. Die diesbezüglich ergangenen Entscheidungen sollen im Folgenden auf ihre Relevanz für die verfassungsrechtliche Beurteilung hin untersucht werden.

### 1. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG – Eigentum

Ein Eingriff in das Eigentumsrecht des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG setzt nach der Rechtsprechung des BVerfG eine Beeinträchtigung des konkreten Bestands an vermögenswerten Gütern durch ungerechtfertigte Eingriffe der öffentlichen Gewalt voraus.<sup>10</sup> Eine allgemeine Wertgarantie vermögenswerter Rechtspositionen jedoch folgt aus Art. 14 Abs. 1 GG nicht.<sup>11</sup> Art. 14 Abs. 1 GG erfasst demnach nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, nicht aber in der Zukunft liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten,<sup>12</sup> so dass zweifelhaft erscheint, ob durch die Regelungen des Nichtrauchererschutzes bedingte, unter Umständen zu erwartende Beeinträchtigungen durch künftige Umsatzrückgänge überhaupt vom Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG erfasst werden.

<sup>7</sup> Pörtl (Fn. 4), S. 202.

<sup>8</sup> Informationsbroschüre des Saarländischen Ministeriums für Justiz, Arbeit, Gesundheit und Soziales, [http://www.saarland.de/dokumente/thema\\_nichtraucherschutz/Nichtraucherschutz\\_Pf4de.pdf](http://www.saarland.de/dokumente/thema_nichtraucherschutz/Nichtraucherschutz_Pf4de.pdf) (26.02.2008), S. 5.

<sup>9</sup> Familienangehörige sollen laut der Informationsbroschüre (Fn. 8) Verwandte ersten Grades sein, genannt werden Kinder, Eltern und Geschwister der Betreiberin oder des Betreibers. Geschwister indes sind nach der Regelung des § 1589 BGB als Verwandte 2. Grades in der Seitenlinie anzusehen, da jedoch in § 3 Abs. 3 Nr. 2 SaarlNRSRG lediglich von Familienangehörigen ohne Bezugnahme auf den Grad der Verwandtschaft die Rede ist, dürften auch sie erfasst sein.

<sup>10</sup> BVerfGE 105, 252, 278 (»Glykolwarnung«).

<sup>11</sup> BVerfGE 105, 17 (zitiert nach juris, Rn. 43).

<sup>12</sup> BVerfGE 68, 193 (zitiert nach juris, Rn. 77).

Darüber hinaus erfasst der Schutzbereich des Eigentumsrechts des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG jedoch auch den Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes. Dies wird zwar vom BVerfG in neuerer Rechtsprechung ausdrücklich offen gelassen,<sup>13</sup> ist jedoch in der Rechtsprechung des BGH wie auch des BVerwG anerkannt.<sup>14</sup> Hier erscheint zumindest nicht ausgeschlossen, dass in diesen Schutzbereich durch die Regelungen der jeweiligen Landesgesetze eingegriffen wird, wenn im Einzelfall durch die Einschränkungen Umsatzeinbußen und -rückgänge bis hin zum Existenzverlust<sup>15</sup> zu befürchten sind. Der SächsVerfGH ließ im einstweiligen Anordnungsverfahren die Höhe der möglichen Umsatzeinbußen ausdrücklich dahin stehen, da bei Ein-Raum-Gaststätten bereits der Wegfall eines nicht unerheblichen Teils der Stammgäste zu einer existenzbedrohenden Situation führen könne.<sup>16</sup> Für den Sonderfall der Wasserpfeifen-Cafés entschied der VerfGHSaarl ebenfalls im Wege der einstweiligen Anordnung, dass auch hier eine Verletzung der Rechte der Antragsteller aus Art. 18 Abs. 1 SaarlVerf (Eigentumsfreiheit) und Art. 44 Satz 1 SaarlVerf (Gewerbefreiheit) nicht ausgeschlossen sei.<sup>17</sup> Da zumindest die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs besteht, soll für die weitere Prüfung vom Vorliegen eines Eingriffs ausgegangen werden.

Zu klären wäre weiterhin, ob es sich bei dem Eingriff um eine Enteignung, die an den zusätzlichen Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 3 GG zu messen wäre, oder um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG handelt. Unter Enteignung ist die final-konkret individuelle Entziehung subjektiver Rechtspositionen zu verstehen.<sup>18</sup> Die Inhalts- und Schrankenbestimmung hingegen soll eine Einschränkung der Eigentumsbefugnisse in abstrakt-genereller Weise darstellen. Zur Abgrenzung in vorliegender Konstellation kann die vergleichbare Problematik der Vereinbarkeit denkmalschutzrechtlicher Landesgesetze mit der Eigentums-garantie herangezogen werden. Hier hat das BVerfG entschieden, dass eine Vorschrift, die eine Genehmigungspflicht im Falle des beabsichtigten Abrisses eines denkmalgeschützten Gebäudes vorsieht, keine Enteignung i. S. v. Art. 14 Abs. 3 GG, sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung darstellt.<sup>19</sup> Zur Begründung wurde ausgeführt, die Regelung entziehe keine konkrete Eigentumspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben, sondern beschränke generell und abstrakt die Nutzungsmöglichkeiten eines mit einem Denkmal bebauten Grundstücks. Damit handele es sich um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentumsrechts. Eine Übertragung der dargestellten Grundsätze führt hinsichtlich der Einordnung des Eingriffs zu folgendem Ergebnis: Auch die Nichtrauchererschutzgesetze der Länder dienen nicht der Entziehung subjektiver Eigentumsrechte, sondern stellen eine abstrakt generelle Beschränkung dar. Letztlich sind sie daher als Inhalts- und Schrankenbestimmungen einzuordnen.<sup>20</sup>

Die zitierte Entscheidung ist jedoch auch in einem weiteren Punkt für die vorliegende Problematik von Interesse: Hinsichtlich der Genehmigungspflicht des Abrisses eines denkmalgeschützten Gebäudes wurde die betreffende landesrechtliche Bestimmung als unverhältnismäßig starke Einschränkung und damit als mit Art. 14 Abs. 1 GG nicht vereinbar erachtet. Das BVerfG sah zwar in dem Schutz erhaltungswürdiger Kulturdenkmäler ein legitimes gesetzgeberisches Ziel. Auch wurde die Regelung für grundsätzlich geeignet und erforderlich erachtet, das angestrebte Ziel zu errei-

chen. Zur Begründung führte das Gericht aus, durch das Beseitigungsverbot werde die bestehende Nutzung eines Bau-denkmals grundsätzlich nicht unzumutbar eingeschränkt. Der Eigentümer müsse es in bestimmtem Maße hinnehmen, dass ihm aufgrund denkmalschutzrechtlicher Vorgaben möglicherweise eine rentablere Nutzung des Grundstücks verwehrt wird. Darüber hinaus schütze Art. 14 Abs. 1 GG nicht die ein-träglichste Nutzung des Eigentums; der Regelung fehlt es jedoch an dem Kriterium der Angemessenheit. Denn wenn für ein geschütztes Baudenkmal keinerlei sinnvolle Nutzungsmöglichkeit mehr besteht und selbst ein dem Denkmalschutz aufgeschlossener Eigentümer von einem Baudenkmal keinen vernünftigen Gebrauch machen und es praktisch auch nicht veräußern kann, sei dessen Privatnützigkeit nahezu vollständig beseitigt. Dazu könne es kommen, wenn die ursprüngliche Nutzung infolge geänderter Verhältnisse hin-fällig wird und eine andere Verwendung, auf die der Eigentümer in zu-mutbarer Weise verwiesen werden könnte, sich nicht verwirklichen lässt. Im Einzelfall kann daher die Versagung einer Beseitigungsgenehmigung nicht mehr zumutbar sein. Da die Norm des § 13 Abs. 1 Satz 2 RhPfDSchPflG derart unverhältnismäßige Belastungen des Eigentümers nicht ausschließe und keinerlei Vorkehrungen zur Vermeidung enthalte, sei sie unverhältnismäßig und somit verfassungswidrig.

Überträgt man die Rechtsprechung des BVerfG im Bereich denkmalschutzrechtlicher Belange auf die Problematik des Nichtraucher-schutzes ergibt sich Folgendes:

Auf der Ebene der Inhalts- und Schrankenbestimmungen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffes ist der Schutz der Bevölkerung vor den gesundheitlichen Gefahren des Passivrauchens als ein legitimes gesetzgeberisches Anliegen zu qualifizieren. Die Bestimmungen der Nichtraucher-schutzgesetze sind geeignet und erforderlich, den angestrebten Zweck zu erreichen. Bei der Verhältnismäßigkeit des Eingriffes ergeben sich jedoch Bedenken: Die Nichtraucher-schutzgesetze der Länder Hessen und Rheinland-Pfalz, die keine dem § 3 Abs. 3 Nr. 2 SaarlNRSRG entsprechende Ausnahmeregelung für diejenigen Gaststätten enthalten, die aufgrund der räumlichen Situation keine abgetrennten Nichtraucher-bereiche einrichten können, können im Einzelfall durch Umsatzrückgänge zu einer unzumutbaren Belastung führen und verstoßen gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit i. e. S. Gerade kleinere Gaststätten werden häufig von Stammgästen frequentiert, die rauchen und einen erheblichen Anteil des Umsatzes ausmachen. Bei Ein-Raum-Gaststätten ist überdies häufig bereits aus Platzgründen die Einrichtung abgetrennter Raucherbereiche nicht möglich. Da die Nichtraucher-schutzgesetze der Länder Hessen und Rheinland-Pfalz für diese Fälle keine Ausnahmeregelung vorsehen, kann im Einzelfall eine unzumutbare Belastung vorliegen, wenn die Umsatzerlöse so-wweit rückläufig sind, dass eine Schließung der Gaststätte droht. Eine andere Verwendung, auf die der Betreiber sich grund-sätzlich in zumutbarer Weise verweisen lassen müsste, ist dann nicht mehr möglich. Die Aufrechterhaltung des Rauchver-

13 BVerfGE 105, 252, 278 (»Glykolwarnung«).

14 BGHZ 92, 34, 37; BVerwGE 62, 224, 226. Das BVerwG sieht im Grundsatz ausdrücklich auch den erworbenen Kundenstamm als vom Schutzbereich des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs erfasst an.

15 Der RhPfVerfGH hält in seinem Beschl. v. 11.02.2008 (LKRZ 2008, 136, 138) Umsatzrückgänge von 80% für ausreichend begründet dargelegt.

16 SächsVerfGH, Beschl. v. 27.03.2008 – Az. Vf. 25 IV/08 u.a. –.

17 SaarlVerfGH, Beschl. v. 27.03.2008 (LKRZ 2008, ### – in diesem Heft).

18 BVerfGE 52, 1, 27.

19 BVerfG, NJW 1999, 2877; es ging um § 13 Abs. 1 Satz 2 RhPfDSchPflG.

20 So auch *Pöhl* (Fn. 4), S. 200.

bots wäre damit nicht mehr zumutbar. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Bestimmungen der Nichtrauchererschutzgesetze der Länder Hessen und Rheinland-Pfalz unverhältnismäßig und mit Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG nicht vereinbar sind.

## 2. Art. 12 Abs. 1 GG – Berufsfreiheit

Der RhPfVerfGH geht in seinem Beschluss im einstweiligen Anordnungsverfahren vom 11.02.2008 zutreffend davon aus, dass in der Rauchverbotsregelung für Ein-Raum-Gaststätten eine Berufsausübungsregelung zu sehen sei.<sup>21</sup> Eine Berufsausübungsregelung liegt vor, wenn die Einschränkung das »Wie« der beruflichen Tätigkeit zum Gegenstand hat. Hierbei handelt es sich um einen Eingriff auf der ersten Stufe der Drei-Stufen-Theorie, der in der Regel durch vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden kann. Das Gericht konstatiert jedoch eine tendenziell stärkere Belastung derjenigen Gaststätteninhaber, die aufgrund räumlicher Gegebenheiten eine räumliche Trennung in Raucher- und Nichtraucherbereiche nicht vornehmen können. Eine abschließende Bewertung wird im Hinblick auf das anhängige Hauptverfahren zwar nicht vorgenommen, jedoch stellt das Gericht im Rahmen der Folgenabwägung des einstweiligen Anordnungsverfahrens weitere Erwägungen an. Zu erwähnen ist, dass das Gericht trotz des für die Aussetzung des Vollzugs eines förmlichen Gesetzes anzulegenden besonders strengen Prüfungsmaßstabes, eine Aussetzung des Inkrafttretens für notwendig erachtete. Insbesondere die drohenden besonders schweren wirtschaftlichen Nachteile veranlassten das Gericht zu der Aussetzung. Die Prognose der Beschwerdeführer, es sei mit Umsatzeinbußen von mehr als 80% zu rechnen, wurde hierbei angesichts des spezifisch soziokulturellen Hintergrundes, welcher Kleingaststätten prägt, ausdrücklich für nachvollziehbar und substantiiert erachtet. Die hierdurch drohenden Nachteile wurden angesichts zunächst gleich bleibender Verpflichtungen aus Bierlieferungsverträgen und Pachtzinsvereinbarungen für so gravierend gehalten, dass eine Aussetzung für notwendig gehalten wurde.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG muss eine Berufsausübungsregelung den Anforderungen genügen, die gemäß Art. 12 Abs. 1 GG an Einschränkungen der freien Berufstätigkeit zu stellen sind.<sup>22</sup> Auch ein Eingriff in die Berufsausübung muss demnach mit sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls begründet werden können. Das eingesetzte Mittel muss geeignet und erforderlich sein, um den angestrebten Zweck zu erreichen und die Grenze der Zumutbarkeit muss im Rahmen einer Gesamtabwägung der Umstände gewahrt sein. Selbst wenn eine Berufsausübungsregelung für einen Großteil der Betroffenen diesen Erfordernissen entspricht, kann sie jedoch mit Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar sein, wenn Ungleichheiten außer Acht gelassen werden, die typischerweise innerhalb eines Berufs bestehen, und damit ein Teil der Berufsgruppe ohne zureichenden Grund unverhältnismäßig belastet wird.<sup>23</sup>

Hinsichtlich des Eingriffes in das Recht der Berufsfreiheit durch das Nichtrauchererschutzgesetz, stellt der RhPfVerfGH zunächst fest, dass die Möglichkeit der Existenzgefährdung im Einzelfall nicht zwingend zu einer Unzumutbarkeit der Regelung führen muss.<sup>24</sup> Indes könne sich jedoch in Verbindung mit dem Gleichheitsgrundsatz eine unverhältnismäßige Belastung durch Ungleichbehandlung der Betreiber großer und derjenigen von Ein-Raum-Gaststätten ergeben. Anknüpfend

hieran ist daher näher zu untersuchen, ob in den genannten Regelungen eine Ungleichbehandlung zu erkennen ist, die im Einzelfall zu einer unverhältnismäßigen Belastung der Betroffenen führt. Zunächst ist festzustellen, dass in mehrfacher Hinsicht Ungleichbehandlungen vorliegen können: Zum einen werden Betreiber von Ein-Raum-Gaststätten gegenüber Betreibern größerer Gaststätten benachteiligt. Letztere können, sofern die räumlichen Gegebenheiten bestehen, durch Abtrennung eines Raucherbereiches die Voraussetzungen schaffen, um weiterhin das Rauchen in Teilen der Gaststätte zu gestatten. Den Inhabern von Ein-Raum-Gaststätten bleibt zumindest nach den Regelungen der Länder Hessen und Rheinland-Pfalz diese Möglichkeit verwehrt. Lediglich die saarländische Lösung sieht eine entsprechende Ausnahmebestimmung für inhabergeführte Gaststätten vor. Auch hierin ist jedoch wiederum eine Ungleichbehandlung zu sehen, die darin besteht, dass die Betreiber nicht inhabergeführter Ein-Raum-Gaststätten eben nicht über ein Rauchverbot in ihrer Gaststätte entscheiden können.

Die Privilegierung von Betreibern größerer Gaststätten gegenüber den Betreibern von Ein-Raum-Gaststätten könnte in den Ländern Hessen und Rheinland-Pfalz mangels Vorliegen einer Ausnahmeregelung im Einzelfall zu einer unzumutbaren Belastung führen, insbesondere, wenn man sich vor Augen führt, dass einzelne Betreiber von Ein-Raum-Gaststätten u. U. gezwungen sind, ihren Betrieb aufgrund der Ungleichbehandlung gänzlich einzustellen. Von einer sachlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung kann überdies nicht ausgegangen werden, denn es ist nicht ersichtlich, wieso von Ein-Raum-Gaststätten, in denen geraucht wird, eine höhere Gesundheitsgefahr für Gäste und Beschäftigte ausgehen sollte, als von einem abgetrennten Raucherbereich in einer größeren Gaststätte.

## 3. Art. 2 Abs. 1 GG – Allgemeine Handlungsfreiheit

Die Regelungen der Nichtrauchererschutzgesetze könnten einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der Raucher darstellen. Der sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG ist eröffnet. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG gewährt Art. 2 Abs. 1 GG eine umfassende Handlungsfreiheit, die jedes Verhalten des Grundrechtsinhabers schützt, auch selbst schädigendes oder unvernünftiges Verhalten.<sup>25</sup> Hiernach ist auch das Rauchen vom sachlichen Schutzbereich erfasst.<sup>26</sup> Der persönliche Schutzbereich hingegen dürfte für die Betreiberinnen und Betreiber von Gaststätten nicht einschlägig sein, hier ist die Verfassungsmäßigkeit vorrangig anhand der oben erläuterten Grundrechte der Berufs- und Eigentumsfreiheit zu beurteilen. Allerdings könnten die Raucher als Grundrechtsinhaber in ihrem Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG verletzt sein.

In dem bußgeldbewehrten Verbot durch §§ 1 Abs. 2; 7; 11 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 RhPfNRSRG ist ein Eingriff in den Schutzbereich zu sehen. Dieser ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Der Schutz der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens stellt einen legitimen Gesetzeszweck dar. Die Verminderung der Passivrauchbelastung zum Schutz der

21 RhPfVerfGH, LKRZ 2008, 136, 137 – zu Art. 58 RhPfVerf.

22 BVerfGE 30, 292, 316 f., 326 f.

23 BVerfGE 59, 336 f. – betr. den Ladenschluss im Friseurhandwerk.

24 RhPfVerfGH, LKRZ 2008, 136, 137.

25 BVerfGE 80, 137, 152, (Reiten im Walde).

26 So auch VG Neustadt/Weinstr., Beschl. v. 01.02.2008 – Az. 4 L 58/08.NW – (zitiert nach juris, Rn 39).

Gäste und des Personals ist geeignet, um den angestrebten Zweck zu erreichen. Nach Auffassung des VG Neustadt ist der Eingriff auch erforderlich, da die Einrichtung von rauchfreien Gaststätten auf freiwilliger Basis bisher nur in geringem Umfang genutzt worden sei und den Nichtrauchern oftmals nur die Möglichkeit verbliebe, auf den Besuch einer Gaststätte gänzlich zu verzichten. Insofern sei es dem Verursacher der Gesundheitsgefahr, mithin dem Raucher, eher zuzumuten, Einschränkungen hinzunehmen, als dass von dem potentiell Geschädigten zu erwarten wäre, der Gefahr auszuweichen.<sup>27</sup>

Erforderlich ist ein Eingriff jedoch nur, soweit es kein anderes Mittel gibt, welches unter geringeren Belastungen des Grundrechtsträgers zur Zielerreichung ebenso geeignet ist. Fraglich ist, ob hier nicht weniger eingriffsintensive Alternativ-Lösungen in Betracht zu ziehen sind. Zu beachten ist jedoch, dass die Einrichtung rauchfreier Gaststätten auf freiwilliger Basis nicht hinreichend effektiv sein dürfte.<sup>28</sup> Hier wäre zu befürchten, dass den Nichtrauchern letztlich keine Entscheidungsalternative verbliebe, wenn sich zu wenige Gaststätten an der Einrichtung von Nichtraucherbereichen beteiligen. Das BVerfG hat in einem Verfassungsbeschwerdeverfahren den Antrag des Beschwerdeführers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung aus den genannten Gründen abgelehnt.<sup>29</sup> Eine Eilbedürftigkeit sei jedenfalls nicht gegeben, da dem Beschwerdeführer zuzumuten sei, bis zur endgültigen Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde die Einschränkungen durch das Nichtrauchererschutzgesetz hinzunehmen. Ähnlich argumentierte auch der RhPfVerfGH und lehnte daher im Ergebnis den Antrag eines Rauchers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab.<sup>30</sup> Als Begründung wurde ausgeführt, die durch das Inkrafttreten des Gesetzes bedingten Beeinträchtigungen der allgemeinen Handlungsfreiheit der Raucher seien der hohen Bedeutung des Schutzgutes der Gesundheit der Bevölkerung untergeordnet und seien demzufolge nicht geeignet, den Erlass einer einstweiligen Anordnung zugunsten einzelner Raucher zu rechtfertigen.

#### 4. Art. 9 Abs. 1 GG – Versammlungsfreiheit

Mit der besonderen Problematik sog. Raucherclubs oder Rauchervereine setzte sich das VG Neustadt/Weinstr. auseinander.<sup>31</sup> Der Antragsteller, ein eingetragener Verein, rügte insbesondere eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 9 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG. Zur Begründung wurde angeführt, der Verein sei in seiner Existenz gefährdet, da die Gaststätte, in der üblicherweise die Rauchabende stattfänden, nur über einen Schankraum ohne ortsfeste Trennwände verfüge, in dem aufgrund der Regelungen des Nichtrauchererschutzgesetzes das Rauchen nunmehr untersagt sei.

Das Gericht führt aus, ein subjektives Recht des Antragstellers auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung sei nicht gegeben und könne auch nicht aus Grundrechten hergeleitet wer-

den. Im Übrigen seien Grundrechte des Antragstellers ohnehin nicht betroffen. Art. 9 Abs. 1 GG garantiere zwar die Freiheit, Vereine zu gründen und aufzulösen, ihnen beizutreten oder fernzubleiben und deren Struktur autonom zu regeln, nicht aber jede beliebige Tätigkeit, die der Verein ausüben will. Insofern sei der Verein auf Ausweichmöglichkeiten zu verweisen, wie z. B. die Veranstaltung der Vereinsabende in Gaststätten mit abgetrennten Raucherbereichen. Auch ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG sei zumindest verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Dem ist zuzustimmen, da ein Eingriff in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit nicht vorliegt. Der Verein wird in seiner Existenz nicht unmittelbar beeinträchtigt. Auch eine mittelbare Existenzgefährdung erscheint fraglich, da insoweit von zumutbaren Ausweichmöglichkeiten auszugehen ist.

### III. Zusammenfassung und Lösungsansätze

Die Nichtrauchererschutzgesetze stoßen im Hinblick auf die Grundrechte der Eigentums- und Berufsfreiheit in Verbindung mit dem Gleichheitsgrundsatz bezüglich der Betreiber von Einraum-Gaststätten auf erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Grundrechtsbeeinträchtigungen der Raucher selbst oder spezieller Rauchervereine oder Raucherclubs hingegen sind in der Regel zumindest verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Zur Behebung der angesprochenen Unverhältnismäßigkeit und Ungleichbehandlung und den damit verbundenen grundrechtsrelevanten Beeinträchtigungen sind mehrere Lösungsansätze denkbar: Nahe liegend ist zunächst die Einführung einer dem § 3 Abs. 3 Nr. 2 SaarlNRSRG entsprechenden Ausnahmeregelung in die Nichtrauchererschutzgesetze der Länder Hessen und Rheinland-Pfalz. Hier drohen hingegen weitere Ungleichbehandlungen wie oben erläutert. Weiterhin käme ein gänzlichliches Rauchverbot in Gaststätten ohne Ausnahmeregelung in Betracht, wie es z. B. zunächst in Bayern umgesetzt wurde. In diesem Fall ist davon auszugehen, dass das Grundrecht der Raucher aus Art. 2 Abs. 1 GG hinter dem Schutz der Bevölkerung vor gesundheitlichen Gefahren zurücktreten muss. Die Entscheidung den Gaststättenbetreibern zu überlassen ist zwar eine denkbare Alternative, die jedoch nicht geeignet erscheint, das angestrebte Ziel des Schutzes der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens zu erreichen. Hier ist in der Tat zu befürchten, dass sich zu wenige Gaststätten beteiligen würden.

<sup>27</sup> VG Neustadt/Weinstr. (Fn. 26), Rn. 45.

<sup>28</sup> VG Neustadt/Weinstr. (Fn. 26), Rn. 45.

<sup>29</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.01.2008 – 1 BVR 2822/07 –.

<sup>30</sup> RhPfVerfGH, LKRZ 2008, 136, 137.

<sup>31</sup> VG Neustadt/Weinstr. (Fn. 26).