

Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs  
vom 27. August 2008  
über die Popularklage  
der Frau A. S. in W.

auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit  
der Art. 2 Nr. 8, Art. 3 und 6 Abs. 1 des Gesetzes zum Schutz der Gesundheit  
(Gesundheitsschutzgesetz – GSG) vom 20. Dezember 2007 (GVBI S. 919, BayRS  
2126-3-UG), geändert durch Gesetz vom 22. Juli 2008 (GVBI S. 465)

Aktenzeichen: Vf. 5-VII-08

### **Entscheidung:**

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgewiesen.

### **Gründe:**

I.

Die Antragstellerin wendet sich mit ihrer Popularklage gegen Art. 2 Nr. 8, Art. 3 und Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz – GSG) vom 20. Dezember 2007 (GVBI S. 919, BayRS 2126-3-UG), geändert durch Gesetz vom 22. Juli 2008 (GVBI S. 465), soweit das darin geregelte Rauchverbot in Gaststätten auch inhabergeführte Ein-Raum-Gaststätten erfasst. Hilfsweise beantragt sie, die Klage als Verfassungsbeschwerde zu behandeln.

Die angegriffenen Bestimmungen lauten:

## Art. 2

### Anwendungsbereich

Dieses Gesetz findet Anwendung auf:

...

#### 8. Gaststätten:

Gaststätten im Sinn des Gaststättengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. November 1998 (BGBl I S. 3418), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes vom 7. September 2007 (BGBl I S. 2246), soweit sie öffentlich zugänglich sind,

...

## Art. 3

### Rauchverbot

(1) <sup>1</sup>Das Rauchen ist in Innenräumen der in Art. 2 bezeichneten Gebäude, Einrichtungen, Heime, Sportstätten, Gaststätten und Verkehrsflughäfen verboten. <sup>2</sup>In Einrichtungen für Kinder und Jugendliche (Art. 2 Nr. 2) ist das Rauchen auch auf dem Gelände der Einrichtungen verboten.

(2) Rauchverbote in anderen Vorschriften oder auf Grund von Befugnissen, die mit dem Eigentum oder dem Besitzrecht verbunden sind, bleiben unberührt.

## Art. 6

### Raucherraum, Raucherbereich

(1) <sup>1</sup>Der oder die Verantwortliche (Art. 7) kann abweichend von Art. 3 Abs. 1 Satz 1 für jedes Gebäude oder jede Einrichtung das Rauchen in einem Nebenraum gestatten. <sup>2</sup>Satz 1 gilt nicht für Einrichtungen nach Art. 2 Nr. 2 – mit Ausnahme von Einrichtungen der ambulanten und stationären Suchttherapie sowie der Erziehungs- und Eingliederungshilfe für Jugendliche und junge Volljährige – sowie nicht für Einrichtungen nach Art. 2 Nrn. 6 bis 8.

...

II.

1. Die Antragstellerin macht im Wesentlichen geltend, die angegriffenen Bestimmungen verletzen, soweit von ihnen auch als nicht rauchfrei gekennzeichnete, inhabergeführte Ein-Raum-Gaststätten erfasst würden, Art. 101 BV (Berufsfreiheit), Art. 103 BV (Eigentumsgarantie), Art. 118 BV (Gleichheitssatz) und Art. 124 BV (Schutz von Ehe und Familie). Ihre Kleingaststätte sei bis zum Inkrafttreten des Gesundheitsschutzgesetzes zu etwa 80 bis 90 % von Rauchern besucht worden. Wegen des Rauchverbots müsse die Antragstellerin mit einem Rückgang des Jahresumsatzes um 30 bis 50 % oder mehr rechnen. Bereits ein Umsatzrückgang von 10 bis 15 % habe aber den Verlust ihrer wirtschaftlichen Existenz und der ihrer Familie zur Folge. Zur Wahrung der Chancengleichheit müsse zwischen den unterschiedlichen Arten von Gastronomiebetrieben differenziert werden. Die Rechtsgüter, deren Schutz der Gesetzgeber bezwecke, seien bei gastronomischen Betrieben wie dem der Antragstellerin nur am Rande oder geringfügig beeinträchtigt. Ob Nichtraucher durch den Aufenthalt in von Rauchern besuchten Gaststätten gesundheitlich geschädigt werden könnten, sei wissenschaftlich zumindest umstritten. Das umfassende Rauchverbot widerspreche der Verpflichtung des Gesetzgebers, bei Eingriffen in Grundrechte den Weg der geringstmöglichen Belastung zu suchen.

Die Antragstellerin beantragt, eine einstweilige Anordnung zu erlassen mit dem Inhalt, dass von dem Rauchverbot des Art. 3 GSG Gaststätten ausgenommen werden, die ausschließlich inhabergeführt sind, wenn neben der Betreiberin/dem Betreiber keine weiteren Personen als Beschäftigte oder als Selbstständige im laufenden Gastronomiebetrieb tätig sind, es sei denn, dass es sich hierbei lediglich um eine Mithilfe von volljährigen Familienmitgliedern der Betreiberin/des Betreibers handelt, und soweit die Gaststätten am Eingangsbereich deutlich sichtbar darauf hinweisen, dass in diesem Gastronomiebetrieb auch geraucht wird.

Die Popularklage sei nicht offensichtlich unbegründet. Würde der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abgewiesen und erweise sich die Popularklage

als begründet, sei der Betrieb der Antragstellerin infolge des zu erwartenden Umsatzverlustes in seiner Existenz bedroht. Es sei zu befürchten, dass die Zahl der in Bayern in gleicher Weise betroffenen Betriebe der Kleingastronomie im vierstelligen Bereich liege. Umgekehrt wären die Nachteile, die entstünden, wenn aufgrund der einstweiligen Anordnung das Rauchen in Ein-Raum-Gaststätten vorübergehend wieder zugelassen und sich später herausstellen würde, dass die Popularklage keinen Erfolg habe, weniger gewichtig. Nichtraucher könnten bei Kennzeichnung einer Gaststätte als nicht rauchfrei bewusst entscheiden, ob sie diese aufsuchen wollen. Die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen bestehe nicht, weil inhabergeführte Ein-Raum-Gaststätten in den Möglichkeiten zur Umsatzerzielung im Vergleich zu größeren Gaststätten beschränkt seien und eine allenfalls in geringem Umfang zu erwartende Abwanderung von Rauchern keine wirtschaftliche Existenzvernichtung großer Gaststätten befürchten lasse. Die Übergangsregelung für Festzelte und Festhallen auf Volksfesten zeige, dass ein sofortiger und ausnahmsloser Vollzug des Gesetzes nicht notwendig sei. Da zudem eine Vielzahl von Raucherclubs eingerichtet worden sei, bestehe in Bayern kein ausnahmsloses Rauchverbot. Wenn aber Ausnahmen zugelassen würden, müssten diese nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juli 2008 folgerichtig ausgestaltet werden.

2. Der Bayerische Landtag beantragt, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzuweisen. Die Popularklage sei weder offensichtlich begründet noch seien die für die vorläufige Außervollzugsetzung der angegriffenen Regelungen sprechenden Gründe so gewichtig, dass sie im Interesse der Allgemeinheit eine einstweilige Anordnung unabweisbar machten. Ein solches Interesse der Allgemeinheit habe die Antragstellerin weder behauptet noch dargetan. Eine Behandlung der Popularklage als Verfassungsbeschwerde sei nicht möglich, weil Gegenstand von Verfassungsbeschwerden nur behördliche Maßnahmen und Unterlassungen sein könnten.

3. Die Bayerische Staatsregierung hält den Antrag für unbegründet. Das Bundesverfassungsgericht habe in seiner Entscheidung vom 30. Juli 2008 ausdrücklich

festgestellt, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht gehalten sei, mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit der Betreiber von Gaststätten Ausnahmen von einem Rauchverbot für Gaststättenbetriebe in Gebäuden und vollständig umschlossenen Räumen zuzulassen. Er könne sich vielmehr für ein Konzept des Nichtraucherschutzes entscheiden, das einer möglichst großen Reichweite und Effizienz des Schutzes vor den Gefahren des Passivrauchens Priorität gebe. Der bayerische Gesetzgeber habe von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Dies habe das Bundesverfassungsgericht in einer weiteren Entscheidung vom 6. August 2008 bestätigt. Auch im Rahmen der vorzunehmenden Folgenabwägung sei den Belangen eines umfassenden Nichtraucherschutzes der Vorrang vor den wirtschaftlichen Belangen der Antragstellerin einzuräumen.

### III.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat keinen Erfolg.

Der Verfassungsgerichtshof kann auch im Popularklageverfahren eine einstweilige Anordnung erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund dringend geboten ist (Art. 26 Abs. 1 VfGHG). Wegen der weit reichenden Folgen, die eine einstweilige Anordnung im Popularklageverfahren in der Regel auslöst, ist an die Voraussetzungen, unter denen sie erlassen werden kann, ein strenger Maßstab anzulegen (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH vom 13.1.1995 = VerfGH 48, 1/3 f.). Aufgrund des Wesens der Popularklage als eines abstrakten Normenkontrollverfahrens dürfen konkrete Maßnahmen zugunsten einzelner von einem Rechtssatz betroffener Personen nicht erlassen werden; vielmehr kommt auch im Rahmen einer einstweiligen Anordnung nur eine Regelung infrage, die generell den Vollzug vorläufig aussetzt (vgl. VerfGH vom 6.5.1965 = VerfGH 18, 50). Die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Vorschrift vorgetragen werden, haben im Regelfall außer Betracht zu bleiben. Nur wenn bereits offensichtlich ist, dass die Popularklage aus prozessualen oder sachlichen Gründen keine Aussicht

auf Erfolg hat, kommt eine einstweilige Anordnung von vornherein nicht in Betracht. Umgekehrt kann der Erlass der einstweiligen Anordnung dann geboten sein, wenn die Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Vorschrift offensichtlich ist (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH vom 5.6.1989 = VerfGH 42, 86/91 m. w. N.; VerfGH vom 28.1.2008).

Nach diesen Maßstäben ist die beantragte einstweilige Anordnung nicht zu erlassen, weil die Popularklage offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat. Das in Art. 2 Nr. 8, Art. 3 Abs. 1 Satz 1 und Art. 6 Abs. 1 GSG geregelte Verbot, in den Innenräumen von Gaststätten zu rauchen, verstößt offensichtlich nicht gegen Normen der Bayerischen Verfassung.

Das Bundesverfassungsgericht hat im Beschluss vom 6. August 2008 (Az. 1 BvR 3198/07 u. a.) – unter Bezugnahme auf seine zu den Nichtraucherschutzgesetzen der Länder Baden-Württemberg und Berlin ergangene Entscheidung vom 30. Juli 2008 (Az. 1 BvR 3262/07 u. a.) – ausgeführt, dass die Regelungen des bayerischen Gesundheitsschutzgesetzes über das Rauchverbot in Gaststätten weder Raucher noch Gaststättenbetreiber in den Grundrechten des Grundgesetzes verletzen. Der Gesetzgeber sei von Verfassungs wegen nicht gehindert, dem Gesundheitsschutz gegenüber den damit beeinträchtigten Freiheitsrechten, insbesondere der Berufsfreiheit der Gastwirte und der Verhaltensfreiheit der Raucher, den Vorrang einzuräumen und ein striktes Rauchverbot in Gaststätten zu verhängen. Ein solch striktes Rauchverbot folge für die Innenräume öffentlich zugänglicher Gaststätten aus Art. 3 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 2 Nr. 8 GSG. Ausnahmen seien dabei nicht vorgesehen. Die in Art. 11 Abs. 2 GSG enthaltene Aufhebung des Rauchverbots für Bier-, Wein- und Festzelte stelle lediglich eine bis 31. Dezember 2008 befristete Übergangsregelung dar, durch die das dem Gesetz zugrunde liegende Regelungskonzept nicht infrage gestellt werde. Diesen Ausführungen schließt sich der Verfassungsgerichtshof für die insoweit inhaltsgleichen Grundrechte der Bayerischen Verfassung an.

Eine unverhältnismäßige Benachteiligung der Betreiber von Gaststätten der Kleingastronomie, die größtenteils von Rauchern besucht werden und deshalb infolge des Rauchverbots besondere wirtschaftliche Einbußen hinzunehmen haben, wie dies von der Antragstellerin geltend gemacht wird, ist damit nicht verbunden. Hat sich der Gesetzgeber – wie in Bayern – aufgrund des ihm zukommenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums für ein striktes Schutzkonzept entschieden, das einer möglichst großen Reichweite und Effizienz des Schutzes vor den Gefahren des Passivrauchens den Vorrang einräumt, kann er dem Gesundheitsschutz gegenüber den kollidierenden Freiheitsrechten von Gastwirten auch dann den Vorzug geben, wenn für diese Gaststätten besondere berufliche oder wirtschaftliche Belastungen entstehen und sogar ihre wirtschaftliche Existenz gefährdet ist (vgl. BVerfG vom 30.7.2008).

Eine Verletzung des Grundrechts auf Schutz von Ehe und Familie (Art. 124 Abs. 1 BV) scheidet ebenfalls offensichtlich aus. Insoweit fehlt es bereits an einem Eingriff in den Schutzbereich dieses Grundrechts. Das Rauchverbot für Gaststätten knüpft nicht an ehe- oder familienrechtliche Beziehungen an. Berufsausübungsregelungen, die sich auf die wirtschaftlichen Erwerbschancen einzelner Familienmitglieder auswirken, berühren, auch wenn die Erwerbstätigkeit zum Familienunterhalt beiträgt, nicht die von Art. 124 Abs. 1 BV erfassten Schutzgüter, sondern das insoweit speziellere Grundrecht der Berufsfreiheit.

Eine Verletzung anderer Vorschriften der Bayerischen Verfassung ist weder dargetan noch sonst ersichtlich.

Der hilfsweise gestellte Antrag, die Popularklage als Verfassungsbeschwerde (Art. 120 BV) zu behandeln, kann dem Begehren der Antragstellerin ebenfalls nicht zum Erfolg verhelfen. Eine entsprechende „Umdeutung“ scheidet schon deswegen aus, weil nur behördliche und gerichtliche Entscheidungen („durch eine Behörde“), nicht aber die Verfassungsmäßigkeit von Normen Prüfungsgegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein kann (vgl. Meder, Die Verfassung des Frei-

staates Bayern, 4. Aufl. 1992, RdNrn. 3 ff. zu Art. 120 m. w. N.). Eine Verkürzung der Rechte der Antragstellerin ist damit nicht verbunden.

#### IV.

Das Verfahren ist kostenfrei (Art. 27 Abs. 1 Satz 1 VfGHG).