

Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs

vom 27. August 2008

über die Popularklage – hier: Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung –  
der N. e. V. in M. u. a.

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

Aktenzeichen: Vf. 7-VII-08

### **Entscheidung:**

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgewiesen.

### **Gründe:**

I.

Die Antragsteller wenden sich mit ihrer Popularklage gegen Art. 2 Nr. 8 letzter  
Halbsatz 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).

Die angegriffene Bestimmung lautet:

## 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 des Gesetzes hat folgenden Wortlaut:

## 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.

## II.

1. Die Antragsteller machen im Wesentlichen geltend, die angegriffene Bestimmung verletze Art. 166 Abs. 1 BV (Schutz der Arbeit), Art. 167 BV (Schutz der Arbeitskraft) und Art. 103 BV (Eigentumsgarantie). Die Ausnahme vom Rauchverbot in Gaststätten für „geschlossene Gesellschaften“ sei mit der Bayerischen Verfassung nicht vereinbar, weil die in den Gaststätten beschäftigten Arbeitnehmer im Rahmen dieser Gesellschaften gezwungen seien, hochgiftigen Tabakrauch einzu-

atmen. Auch führe die Ausnahme zur Gründung so genannter „Raucherclubs“. Dies habe eine Wettbewerbsverzerrung zulasten derjenigen Gastwirte zur Folge, die ihre Gastronomiebetriebe rauchfrei hielten. Sie müssten mit erheblichen Umsatzeinbußen rechnen, weil die Raucher in Gaststätten abwanderten, die als „Raucherclub“ oder „geschlossene Gesellschaft“ ausgewiesen seien. Presseberichten zufolge sei bereits etwa ein Drittel der Ein-Raum-Gaststätten zu „Raucherclubs“ umgestaltet worden. Die Einschränkung des Rauchverbots verstoße zudem gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV). Die Exekutivorgane seien wegen der mangelnden Klarheit und Bestimmtheit der Regelung nicht in der Lage, das Gesetz in der nötigen Form zu vollziehen. Die Umwandlung von Gaststätten in „Raucherclubs“ diene der Umgehung des Gesetzes. Da ihr Besucherkreis jederzeit erweitert werden könne, seien diese Clubs im rechtlichen Sinn öffentlich zugänglich und damit keine „geschlossenen Gesellschaften“. Die Vollzugshinweise des Staatsministeriums für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz seien insoweit unzutreffend.

Die Antragsteller beantragen, Art. 2 Nr. 8 letzter Halbsatz GSG durch einstweilige Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen. Hilfsweise wird beantragt, Art. 2 Nr. 8 letzter Halbsatz GSG vorläufig außer Vollzug zu setzen, soweit es sich bei der Gaststätte nicht um eine Ein-Raum-Gaststätte handelt, in der neben dem Inhaber keine weiteren Personen im laufenden Gastronomiebetrieb tätig sind, soweit im Eingangsbereich dieser Ein-Raum-Gaststätten deutlich sichtbar darauf hingewiesen wird, dass das Rauchverbot nicht gilt.

Die Antragsteller sind der Auffassung, dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung geboten sei, weil den Betreibern rauchfreier Gaststätten, ihren Arbeitnehmern und den Nichtraucher in „Raucherclubs“ sonst schwere wirtschaftliche und gesundheitliche Nachteile entstünden.

2. Der Bayerische Landtag beantragt, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzuweisen. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung sei nicht geboten. Die Popularklage sei weder offensichtlich begründet noch seien die für die

vorläufige Außervollzugsetzung der angegriffenen Regelung sprechenden Gründe so gewichtig, dass sie im Interesse der Allgemeinheit eine einstweilige Anordnung unabweisbar machten. Dies gelte auch für den Hilfsantrag.

3. Die Bayerische Staatsregierung hält den Antrag für unbegründet. Die Popularklage habe offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.

Es bestünden erhebliche Bedenken gegen die Zulässigkeit der Popularklage, weil sich die Antragsteller der Sache nach nicht gegen eine Rechtsvorschrift, sondern gegen das aus ihrer Sicht rechtsmissbräuchliche Umgehen des Gesundheitsschutzgesetzes durch private „Raucherclubs“ wendeten. Damit rügten sie den unzureichenden Vollzug des Gesetzes, der nicht Gegenstand einer Popularklage sein könne. Soweit die Antragsteller geltend machten, der Gesetzgeber hätte das Rauchverbot auf die nicht öffentlich zugänglichen Gaststätten ausweiten müssen, fehle es an einer hinreichend substantiierten Grundrechtsrüge. Die von den Antragstellern angeführten Bestimmungen der Art. 166 und Art. 167 BV stellten lediglich Programmsätze dar. Eine Verletzung des Art. 103 Abs. 1 BV scheidet schon deshalb aus, weil auch nach dem Vortrag der Antragsteller durch das Rauchverbot allenfalls Erwerbschancen gemindert würden, die vom Schutzbereich dieser Bestimmung nicht erfasst seien.

Jedenfalls sei die Popularklage offensichtlich unbegründet. Eine verfassungsrechtliche Verpflichtung des Landesgesetzgebers, ein Rauchverbot zum Schutz der in der Gastronomie beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auch für nicht öffentlich zugängliche Gaststätten festzulegen, bestehe nicht. Es fehle schon an der Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers, weil der Bund auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes von seiner konkurrierenden Gesetzgebung abschließend Gebrauch gemacht habe. Zudem stehe Bürgern grundsätzlich kein verfassungsgerichtlich verfolgbarer Anspruch auf ein bestimmtes Handeln des Gesetzgebers zu. Ein Ausnahmefall liege nicht vor. Eine Verletzung der Eigentumsgarantie scheidet ebenfalls aus, weil der Erhalt von Erwerbschancen durch Art. 103 Abs. 1 BV nicht geschützt sei. Zudem gelte die angegriffene Regelung für

alle Gaststätten gleichermaßen und könne deshalb nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung führen. Dies habe auch das Bundesverfassungsgericht in den Entscheidungen vom 30. Juli 2008 (Az. 1 BvR 3262/07 u. a.) und vom 6. August 2008 (Az. 1 BvR 3198/07 u. a.) bestätigt.

### 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).

Im gegenwärtigen Stadium des Verfahrens kann bei der nur möglichen überschlüssigen Prüfung weder von einer offensichtlichen Aussichtslosigkeit noch von offensichtlichen Erfolgsaussichten der Popularklage ausgegangen werden. Der Verfassungsgerichtshof hat deshalb allein die Folgen, die eintreten, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, die Popularklage aber in der Hauptsache Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abzuwägen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, die Popularklage aber im Hauptsacheverfahren abgewiesen würde. Da durch die einstweilige Anordnung der Vollzug eines Gesetzes ausgesetzt werden soll, müssen die für eine vorläufige Regelung sprechenden Gründe bei dieser Abwägung so gewichtig sein, dass sie im Interesse der Allgemeinheit eine einstweilige Anordnung zur Abwehr schwerer Nachteile unabweisbar machen (ständige Rechtsprechung; vgl. VerfGH 42, 86/91 m. w. N.; VerfGH vom 28.1.2008).

Bei Anwendung dieser Maßstäbe führt die Folgenabwägung zu dem Ergebnis, dass die beantragte einstweilige Anordnung weder in dem im Haupt- noch in dem im Hilfsantrag angeführten Umfang zu erlassen ist. Dabei kann offen bleiben, welcher Bedeutungsgehalt dem angegriffenen Zusatz in Art. 2 Nr. 8 letzter Halbsatz GSG („soweit sie öffentlich zugänglich sind“) zukommt. Einerseits könnte es sich hierbei lediglich um eine Klarstellung in Bezug auf den Gaststättenbegriff des § 1 Gaststättengesetz handeln. Danach wird ein Gaststättengewerbe dann betrieben, wenn der Betrieb „jedermann“ oder „bestimmten Personenkreisen“ zugänglich ist. Vom Rauchverbot ausgenommen wären damit lediglich (weder für „jedermann“ noch „für bestimmte Personenkreise“ zugängliche) „geschlossene Gesellschaften“ im Rahmen privater Veranstaltungen, wie etwa Familienfeiern oder Partys, bei denen nur „ganz bestimmte Einzelpersonen“ bewirtet werden (zur Auslegung des Gaststättenbegriffs vgl. BayObLG vom 13.1.1993 = BayObLGSt 1993, 4; BayObLG vom 28.12.1995 = BayObLGSt 1995, 223/226; OVG NRW vom 29.3.1976 = GewArch 1976, 236; HessVGH vom 1.11.1990 = NVwZ 1991, 805; NdsLAG vom 26.1.2007 Az. 10 Sa 408/06; vgl. auch Metzner, Gaststättengesetz, 6. Aufl. 2002, RdNrn. 38 und 66 ff. zu § 1; Michel/Kienzle/Pauly, Das Gaststättengesetz, 14. Aufl. 2003, RdNr. 49 zu § 1). Art. 2 Nr. 8 letzter Halbsatz GSG könnte

andererseits als – über die „geschlossenen Gesellschaften“ hinausgehende – Einschränkung des Rauchverbots in Gaststätten in dem Sinn zu verstehen sein, dass vom Rauchverbot nur „jedermann“ zugängliche Gaststätten erfasst werden und damit nicht öffentlich (im Sinn von „nicht jedermann“) zugängliche „Raucherclubs“ vom Rauchverbot ausgenommen sind. Der Erlass der beantragten einstweiligen Anordnung ist in beiden Fällen nicht geboten.

1. Ist der Zusatz des Art. 2 Nr. 8 letzter Halbsatz GSG lediglich als Klarstellung im Hinblick auf den Gaststättenbegriff des § 1 Gaststättengesetz zu verstehen, ist eine vorläufige Außervollzugsetzung im Interesse der Allgemeinheit zur Abwehr schwerer Nachteile schon deshalb nicht erforderlich, weil der Zusatz keinen eigenständigen Regelungsgehalt aufweist.

2. Ist der Zusatz dagegen als Einschränkung des Rauchverbots für nicht öffentlich zugängliche „Raucherclubs“ zu verstehen, ist der Erlass der einstweiligen Anordnung nicht geboten, weil die Nachteile, die sich bei seiner Außervollzugsetzung ergeben würden, schwerer wiegen als diejenigen im Fall des Nichterlasses der einstweiligen Anordnung.

a) Würde die einstweilige Anordnung in diesem Fall wie beantragt erlassen, die Popularklage aber später ohne Erfolg bleiben, hätte dies zur Folge, dass bis zur Entscheidung in der Hauptsache in nicht öffentlich zugänglichen „Raucherclubs“ – zu Unrecht – nicht geraucht werden dürfte. Inhaber von „Raucherclubs“ würden dadurch, wenn auch nur vorübergehend, erheblich in ihrer Berufsausübung beschränkt und hätten infolge der zu erwartenden wirtschaftlichen Einbußen möglicherweise nicht wiedergutzumachende Nachteile hinzunehmen.

b) Unterbleibt demgegenüber die einstweilige Anordnung, würde sich aber im Hauptsacheverfahren herausstellen, dass der angegriffene Zusatz gegen die Bayerische Verfassung verstößt, könnte in Gaststätten, die als nicht öffentlich zugängliche „Raucherclubs“ betrieben werden, vorübergehend weiter geraucht werden. Damit würde zwar der vom Gesetzgeber nach Art. 1 GSG verfolgte Zweck,

die Bevölkerung vor den gesundheitlichen Gefahren durch Passivrauchen zu schützen, in diesen Gaststätten bis zur Entscheidung in der Hauptsache nicht erreicht werden. Diese Folge ist für die Allgemeinheit aber hinnehmbar, weil sie sich auf einen überschaubaren Zeitraum erstreckt und weil sie auf nicht öffentlich zugängliche Gaststätten beschränkt ist. Für Gäste, die sich dem Tabakrauch in einem „Raucherclub“ nicht aussetzen wollen, besteht die Möglichkeit, sich für den Besuch einer rauchfreien Gaststätte zu entscheiden. Gleichheitswidrige Wettbewerbsverzerrungen zulasten der Betreiber rauchfreier Gaststätten sind ebenfalls nicht zu befürchten, zumal die Möglichkeit, eine Gaststätte als nicht öffentlich zugänglichen „Raucherclub“ zu betreiben, allen Gastwirten gleichermaßen offensteht (vgl. BVerfG vom 6.8.2008). Für Regelungen zum Schutz der Arbeitnehmer fehlt es bereits an einer Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers. Der Bundesgesetzgeber hat hinsichtlich der Regelung des Nichtraucherschutzes von der im Bereich des Arbeitsschutzes nach Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG bestehenden konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis durch § 5 Arbeitsstättenverordnung umfassend und abschließend Gebrauch gemacht (vgl. BVerfG vom 30.7.2008 S. 32 ff.).

#### IV.

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