

Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs

vom 4. November 2010

über die Popularklage

– hier: Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung –  
der C & B GmbH in N. u. a.

auf Feststellung der Verfassungswidrigkeit  
der Art. 2 Nr. 8 und Art. 3 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes zum Schutz der Gesundheit  
(Gesundheitsschutzgesetz – GSG) vom 23. Juli 2010 (GVBl S. 314, BayRS 2126-  
3-UG)

Aktenzeichen: Vf. 16-VII-10

### Leitsatz:

Ablehnung eines Antrags, das Rauchverbot in Gaststätten (Art. 2 Nr. 8, Art. 3  
Abs. 1 Satz 1 GSG) im Hinblick auf den Betrieb einer Zigarren-Lounge außer Voll-  
zug zu setzen.

### **Entscheidung:**

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wird abgewiesen.

## **Gründe:**

### I.

Die Antragsteller wenden sich mit ihrer Popularklage gegen Art. 2 Nr. 8 und Art. 3 Abs. 1 Satz 1 des durch Volksentscheid vom 4. Juli 2010 beschlossenen Gesetzes zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz – GSG) vom 23. Juli 2010 (GVBl S. 314, BayRS 2126-3-UG), soweit das darin geregelte Rauchverbot auch Gaststätten erfasst, deren Umsatz sich zum überwiegenden Teil auf den Vertrieb von Tabakwaren in einer sogenannten Zigarren-Lounge bezieht.

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),

...

#### 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. ...

II.

1. Die Antragstellerin zu 1, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Geschäftsführer die Antragsteller zu 2 und 3 sind, betreibt in N. die „Cigarrenlounge C.“. In den auf das 1. und 2. Obergeschoss eines Gebäudes in zentraler Lage verteilten, ca. 250 m<sup>2</sup> großen Geschäftsräumen werden nach ihren Angaben zum einen Tabakwaren, insbesondere hochwertige Zigarren und Zigarillos, verkauft, zum anderen befindet sich in beiden Etagen jeweils eine Bar mit 17 bzw. 40 Sitzplätzen, an denen Getränke und kleine Imbisse angeboten werden. Die Antragsteller machen geltend, die angegriffenen Bestimmungen verletzen Art. 101 BV (Berufs- und allgemeine Handlungsfreiheit), Art. 103 BV (Eigentumsgarantie), Art. 118 Abs. 1 BV (Gleichheitssatz) sowie die Warenverkehrsfreiheit des Art. 34 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

a) Der Betrieb der Zigarren-Lounge sei ein besonderer, in Bayern einmaliger Beruf, dessen eigenständiges Berufsbild darin bestehe, dass der Vertrieb von Zigarren mit vertriebsfördernden Gasträumen verbunden werde, in denen Zigarren in Gesellschaft anderer Zigarrenraucher geraucht werden könnten. Der Lizenzgeber des zugrunde liegenden Franchisekonzepts verlange die Einhaltung bestimmter Kriterien, zu denen auch das Anbieten hochwertiger Getränke gehöre. Das Rauchverbot des Gesundheitsschutzgesetzes hebe die Legalität eines solchen Unternehmens auf und verletze damit die durch Art. 101 BV geschützte Freiheit der Berufswahl sowie die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung, deren Schutz durch Art. 166 BV verstärkt werde. Hierfür gebe es keine Rechtfertigung. Die Besucher einer Zigarren-Lounge hielten sich freiwillig in dieser auf, eine Verletzung ihrer körperlichen Unversehrtheit sei daher ausgeschlossen. Eine staatliche Schutzpflicht, mit der das Gesundheitsschutzgesetz begründet werde, bestehe insoweit nicht. Aktivraucher seien nicht zugleich Passivraucher, die vor dem Rauch geschützt werden müssten. Sollte sich einmal ein Nichtraucher in die Lounge verirren, sei dies rechtlich bedeutungslos. Der weite Begriff der Gaststätte in Art. 2 Nr. 8 GSG sei sach- und damit verfassungswidrig. Auch in Tabakwarengeschäften werde vielfach geraucht, ohne dass dies verboten sei.

b) Selbst wenn man das Rauchverbot für die Zigarren-Lounge fälschlich als bloße Berufsausübungsregelung einstufe, ändere dies nichts an der Verfassungswidrigkeit, da der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gewahrt sei. Denn niemand werde gegen seinen Willen gefährdet. Für die Antragsteller bedeute das Rauchverbot in Gaststätten eine unzumutbare Härte. Sie seien Opfer der Unterscheidungsdefizite des Gesundheitsschutzgesetzes.

c) In diesem Zusammenhang sei auch auf Art. 166 Abs. 2 BV hinzuweisen, wonach jedermann das Recht habe, sich durch Arbeit eine auskömmliche Existenz zu schaffen. Das Rauchverbot für die Zigarren-Lounge der Antragsteller würde sieben Arbeitsplätze vernichten. Art. 167 Abs. 1 BV, der die Arbeitskraft vor gesundheitlichen Schädigungen schütze, sei insoweit nicht einschlägig, da die Mitarbeiter der Antragsteller Raucher seien. Zudem sei für bestmögliche Entlüftung gesorgt. Im Übrigen sei der Gesundheitsschutz für Arbeitnehmer durch § 5 Arbeitsstättenverordnung in Ausführung einer Richtlinie der Europäischen Union bundesrechtlich geregelt, sodass Bayern insofern keine Gesetzgebungskompetenz habe. Dies schließe es aus, den Gesundheitsschutz rauchender Arbeitnehmer in die verfassungsrechtlichen Erwägungen einzubeziehen.

d) Das Rauchverbot in der Zigarren-Lounge beeinträchtige das Unternehmen als eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Antragsteller und damit deren durch Art. 103 Abs. 1 BV geschütztes Eigentum. Das Darreichen von Getränken und Snacks sei zwar untergeordnete, aber unverzichtbare Nebensache des Zigarrenrauchens und des Vertriebs der Zigarren. Ohne die Lounge würden die Verkaufsräume im Wesentlichen funktionslos, weil sie keinen unmittelbaren Straßenzugang hätten. Das Rauchverbot zwinge somit zur Einstellung des Betriebs. Für diese Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz der Antragsteller gebe es keine Rechtfertigung. Entscheidend sei, dass der Betrieb der Zigarren-Lounge niemandem schade, weil sich niemand darin aufhalte, der nicht rauchen oder zumindest in der Gesellschaft von Zigarrenrauchern sein wolle.

e) Auch die allgemeine Handlungsfreiheit der Gäste werde beeinträchtigt. Es sei nicht Zweck des Gesundheitsschutzgesetzes, Aktivraucher vor dem Rauchen zu schützen. Bloße Passivraucher hielten sich in der Lounge aber nicht auf. Das Rauchverbot habe dort keinerlei Schutzwirkung für Dritte und könne durch kein verfassungsgemäßes Argument gerechtfertigt werden. Im Übrigen Sorge das aufwendige Entlüftungssystem der Lounge stetig für gute Luft.

f) Aufgrund der zwischen der Zigarren-Lounge der Antragsteller und üblichen Gaststätten bestehenden Unterschiede sei der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 118 Abs. 1 BV) verletzt, der eine sachwidrige Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte, also eine Gleichmacherei, verbiete. Die Ausdehnung des Rauchverbots auf die Zigarren-Lounge sei sachlich nicht begründbar und damit ein gesetzgeberischer Willkürakt.

g) Die Zigarren-Lounge sei eine Vertriebsform für Zigarren, die die Antragsteller u. a. aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union, nämlich Spanien, den Niederlanden und Italien, bezögen. Die teuren Zigarren würden vor allem in der Lounge geraucht. Mit dem dortigen Rauchverbot werde nicht nur eine wichtige Vertriebsform für diese Zigarren unterbunden, sondern der Zigarrenkonsum selbst erheblich eingeschränkt. Dies sei eine nicht gerechtfertigte Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit des Art. 34 AEUV, die der Verfassungsgerichtshof auch im Popularklageverfahren zu berücksichtigen habe.

2. Die Antragsteller beantragen, Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG durch einstweilige Anordnung vorläufig außer Vollzug zu setzen, soweit die Regelung sich auf Gaststätten im Sinn von Art. 2 Nr. 8 GSG bezieht, „deren Geschäftsgegenstand im Wesentlichen (mehr als 50 % des Umsatzes) der Vertrieb von Tabakwaren mittels einer Zigarren-Lounge ist“.

Berechnungen einer Unternehmensberatung hätten ergeben, dass das Unternehmen der Antragsteller in spätestens drei Monaten insolvenzreif sei, wenn das im Gesetz vorgesehene Rauchverbot eingreife. Die Antragsteller müssten den Be-

trieb der Lounge endgültig einstellen. Ein schwererer Nachteil sei nicht denkbar. Hinzu kämen die Missachtung der Persönlichkeitsentfaltung der Gäste und der Warenverkehrsfreiheit der Europäischen Union. Die schweren Nachteile für die Antragsteller würden in keiner Weise durch Belange des Allgemeinwohls aufgewogen, da es keine Belange gebe, die das Verbot des Rauchens in der Zigarren-Lounge rechtfertigen könnten. Die einstweilige Anordnung sei somit dringend geboten. Die Popularklage habe offensichtlich Aussicht auf Erfolg. Der Gesetzgeber habe atypische Gaststätten, wie diejenige der Antragsteller, bei denen ein alternatives Konzept ohne Rauchen nicht möglich sei, nicht berücksichtigt. Eine Umgehungsgefahr bestehe nicht, weil sich solche Gaststätten über den überwiegenden Umsatz mit dem Verkauf von Tabakwaren klar und leicht nachprüfbar identifizieren ließen.

### III.

1. Der Bayerische Landtag ist der Auffassung, für eine einstweilige Anordnung bestehe kein Rechtsgrund. Von einer schweren Benachteiligung oder anderen wichtigen Gründen könne im vorliegenden Fall nicht die Rede sein. Eine Eilbedürftigkeit sei nicht gegeben. Im Übrigen werde auf die Ausführungen der Bayerischen Staatsregierung Bezug genommen.

2. Die Bayerische Staatsregierung hält den Antrag für unbegründet.

Die von den Antragstellern geltend gemachten wirtschaftlichen und beruflichen Nachteile könnten die einstweilige Außervollzugsetzung des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG nicht rechtfertigen, weil dann der mit dem Gesundheitsschutzgesetz beabsichtigte Schutz der Allgemeinheit vor den gesundheitlichen Gefahren des Passivrauchens in den von dem Antrag betroffenen Gaststätten nicht gewährleistet wäre. Mit Blick auf die Bedeutung des Gesundheitsschutzes der Allgemeinheit seien keine unabweisbaren Gründe ersichtlich, die den Erlass einer einstweiligen Anordnung geböten.

Zudem sei für den Erlass einer einstweiligen Anordnung kein Raum, weil die Popularklage ohne Aussicht auf Erfolg sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, der sich der Bayerische Verfassungsgerichtshof angeschlossen habe, sei der Gesetzgeber nicht gehindert, dem Gesundheitsschutz gegenüber den damit beeinträchtigten Freiheitsrechten der Gastwirte und der Raucher Vorrang einzuräumen und ein striktes Rauchverbot in Gaststätten zu verhängen. Die Rügen der Antragsteller gäben keine Veranlassung, von dieser Rechtsprechung abzuweichen.

Der Betrieb einer Zigarren-Lounge begründe kein eigenständiges Berufsbild, vielmehr handle es sich um eine Gaststätte im Sinn des § 1 GastG. Der Gesetzgeber habe insoweit eine zulässige rechtliche Fixierung des Berufsbildes vorgenommen. Das strikte Rauchverbot in Gaststätten stelle eine gesetzliche Rahmenbedingung und damit lediglich eine Berufsausübungsregelung dar. Diese sei verfassungsrechtlich zulässig, eine differenzierende Regelung sei nicht erforderlich. Die entsprechenden, auf die getränkegeprägte Kleingastronomie bezogenen Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG vom 30.7.2008 = BVerfGE 121, 317/357 ff.) seien auf den von den Antragstellern vorgetragenen Sachverhalt übertragbar. Die angefochtenen Vorschriften stellten auch keine eigentumsrelevante Maßnahme dar.

Ein Verstoß gegen Art. 166 Abs. 2 BV liege nicht vor. Den Staat treffe keine Garantiepflcht für ein bestimmtes Maß an Arbeitsplätzen. Die Konzeption anderer Regelungsbereiche, wie hier der Gesundheitspolitik, werde durch Art. 166 Abs. 2 BV nicht determiniert.

Der Gleichheitssatz sei durch die angegriffenen Vorschriften nicht verletzt. Fraglich sei, ob sich Gaststätten, deren Geschäftsgegenstand im Wesentlichen der Vertrieb von Tabakwaren mittels einer Zigarren-Lounge sei, überhaupt in rechtlich relevanter Weise von sonstigen Gaststätten unterscheiden. Selbst wenn man von einer Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte ausginge, bestünden hier-

für sachliche Gründe. Regelungszweck des Gesundheitsschutzgesetzes sei der konsequente Schutz der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens. Differenzierungen oder Ausnahmen würden dieses Konzept unterlaufen und seine Effektivität beeinträchtigen.

Ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit gemäß Art. 34 AEUV könne im Popularklageverfahren nicht unmittelbar gerügt werden. Ob das Unionsrecht mittelbar über das Rechtsstaatsprinzip des Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV Bedeutung erlange, habe der Verfassungsgerichtshof bisher offengelassen. Das Rechtsstaatsprinzip könnte insoweit jedoch allenfalls bei einem offenkundigen, schwerwiegenden, besonders krassen Widerspruch der angefochtenen Vorschrift zum Unionsrecht verletzt sein, an dem es vorliegend offensichtlich fehle.

3. Der Beauftragte des dem angegriffenen Gesetz zugrunde liegenden Volksbegehrens „Für echten Nichtraucherenschutz!“ beantragt, den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung als unbegründet zurückzuweisen.

Die Antragsteller erstrebten zu ihren Gunsten den Erlass eines für ihre persönliche und betriebliche Situation maßgeschneiderten Einzelfallgesetzes. Dies sei abzulehnen. Abgesehen von dem Problem, wie eine „Zigarren-Lounge“ überhaupt zu definieren wäre, sei nicht erkennbar, inwiefern es gerechtfertigt sein könnte, diese vom Rauchverbot auszunehmen, andere Gaststätten mit mehr als 50 % Umsatz durch Tabakverkauf jedoch nicht. Der Vortrag der Antragsteller, ihr Gaststättenkonzept fördere in erheblichem Ausmaß den Absatz von Tabakwaren, gelte in gleicher Weise für eine Gaststätte, in der Zigaretten durch das Personal oder mittels Automaten verkauft würden. Die Ausführungen zu einem eigenständigen Berufsbild der Antragsteller seien zweifelhaft, es bleibe im Ergebnis bei den Berufen des Gastwirts und des Tabakverkäufers. Das Argument, der Aufenthalt in einer Zigarren-Lounge sei freiwillig, gelte für alle bayerischen Gaststätten. Nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sei nicht zu beanstanden, dass der Landesgesetzgeber auch den Gesundheitsschutz der Mitarbeiter einer Gaststätte als Ziel verfolge.

#### IV.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat keinen Erfolg.

1. 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 weitreichenden 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 27.8.2008 Vf. 5-VII-08; VerfGH vom 24.9.2010).

2. Nach diesen Maßstäben ist die beantragte einstweilige Anordnung nicht zu erlassen, weil die Popularklage offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat. Das in Art. 3 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 2 Nr. 8 GSG geregelte Rauchverbot in Gaststätten ist auf der Grundlage der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sowohl mit Art. 101 BV als auch mit Art. 118 Abs. 1 BV offensichtlich vereinbar und begegnet auch im Übrigen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

a) Das Bundesverfassungsgericht hat im Beschluss vom 6. August 2008 (NJW 2008, 2701) – unter Bezugnahme auf seine zu den Nichtraucherschutzgesetzen der Länder Baden-Württemberg und Berlin ergangene Entscheidung vom 30. Juli 2008 (BVerfGE 121, 317) – ausgeführt, dass die Regelungen des bayerischen Gesundheitsschutzgesetzes vom 20. Dezember 2007 (GVBl S. 919) über das Rauchverbot in Gaststätten weder Raucher noch Gaststättenbetreiber in den Grundrechten des Grundgesetzes verletzen. Der Gesetzgeber sei von Verfassung 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. Mittlerweile hat das Bundesverfassungsgericht zudem entschieden, dass auch die – vorliegend angegriffenen – Regelungen des Gesundheitsschutzgesetzes vom 23. Juli 2010 zum Rauchverbot in Gaststätten verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind (BVerfG vom 2.8.2010 = GewArch 2010, 370). Entscheide sich der Gesetzgeber wegen des hohen Rangs der zu schützenden Rechtsgüter für ein striktes Rauchverbot in allen Gaststätten im Sinn von § 1 GastG, so dürfe er dieses Konzept konsequent verfolgen und müsse sich auch nicht auf Ausnahmeregelungen für reine Rauchergaststätten einlassen, zu denen Nichtraucher keinen Zutritt erhielten. Die Voraussetzungen einer solchen Ausnahme wären praktisch nicht zu kontrollieren und würden geradezu zur Umgehung des Verbots einladen. Eine stärkere Belastung von Inhabern bestimmter Gaststätten – bis hin zur Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz – sei angesichts der für alle Gaststätten geltenden Regelung durch hinreichende sachliche Gründe gerechtfertigt, sodass der Gesetzgeber sich nicht auf Ausnahmeregelungen einlassen müsse, wenn er das Konzept eines strikten Rauchverbots wähle (vgl. BVerfGE 121, 317/358 f.).

Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 25. Juni 2010 (BayVBl 2010, 658/659, 665) zum Gesundheitsschutzgesetz vom 20. Dezember

2007 (GVBl S. 919) in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 27. Juli 2009 (GVBl S. 384) festgestellt, es sei nicht ersichtlich, dass die Rechtslage für die insoweit inhaltsgleichen Grundrechte der Bayerischen Verfassung anders zu beurteilen wäre, sodass dem Gesetzgeber auch nach deren Maßstab die Einführung eines strikten Rauchverbots in Gaststätten nicht verwehrt sei. Am 24. September 2010 hat der Verfassungsgerichtshof im Verfahren Vf. 12-VII-10 den Antrag mehrerer Betreiber sogenannter Shisha-Cafés, das Gesundheitsschutzgesetz außer Vollzug zu setzen, abgelehnt, da die Popularklage offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg habe. Es seien keine verfassungsrechtlich relevanten Umstände erkennbar, die es gebieten würden, derartige Lokale, in denen das Rauchen der Wasserpfeife angeboten wird, hinsichtlich des Rauchverbots anders zu behandeln als sonstige Gaststätten.

b) Die vorliegende Popularklage gibt zu einer anderen verfassungsrechtlichen Beurteilung keinen Anlass.

aa) Die auf Einraumgaststätten („Eckkneipen“) bezogene Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, das verfassungsgemäße Konzept eines strikten Rauchverbots für alle Gaststätten rechtfertige eine stärkere Belastung einzelner Gaststättenbetriebe bis hin zur Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz (BVerfGE 121, 317/358 f.), gilt in gleicher Weise nicht nur für Wasserpfeifen-Lokale (vgl. VerfGH vom 24.9.2010), sondern auch für Gaststättenbetriebe, denen das von den Antragstellern vorgetragene Konzept einer Verknüpfung mit dem Vertrieb von Zigarren zugrunde liegt. Weshalb gerade für dieses Geschäftsmodell bezüglich des mit dem Rauchverbot verbundenen Eingriffs in die durch Art. 101 BV geschützte Berufsfreiheit ein anderer Maßstab zur Anwendung kommen sollte als für sonstige Gaststätten, ist nicht erkennbar.

bb) Solange eine „Zigarren-Lounge“ die Kriterien eines Gaststättengewerbes im Sinn des § 1 GastG erfüllt – was hinsichtlich des Betriebs der Antragsteller nicht zweifelhaft erscheint und im Übrigen in streitigen Fällen von den das Gesundheitsschutzgesetz vollziehenden Behörden und gegebenenfalls den Fachgerichten

anhand der konkreten Umstände zu beurteilen wäre –, besteht ersichtlich weder unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit noch im Hinblick auf Art. 118 Abs. 1 BV eine verfassungsrechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers, ein derartiges Lokal hinsichtlich des Rauchverbots anders zu behandeln als sonstige Gaststätten. Die von den Antragstellern insoweit geforderte Ausnahme würde vielmehr ihrerseits verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss der Gesetzgeber, wenn er sich im Rahmen seines Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotentials des Passivrauchens entschlossen, auf dieser Grundlage die Interessen bewertet und ein Regelungskonzept gewählt hat, diese Entscheidung auch folgerichtig weiterverfolgen. Gefahreinschätzungen wären nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen würde (BVerfGE 121, 317/362 f.). Vor diesem Hintergrund ist nicht erkennbar, inwiefern es gerechtfertigt sein könnte, eine als „Zigarren-Lounge“ betriebene Gaststätte vom Rauchverbot auszunehmen, sonstige „Rauchergaststätten“ dagegen nicht.

cc) Der von den Antragstellern hervorgehobene Umstand, eine Zigarren-Lounge werde regelmäßig nur von Personen besucht, die selbst rauchten oder die Gesellschaft von Rauchern suchten, gilt in gleicher Weise für herkömmliche „Rauchergaststätten“ und Shisha-Lokale. Die Programmvorschrift des Art. 166 BV (vgl. VerfGH vom 4.8.1999 = VerfGH 52, 79/91; VerfGH vom 9.8.2010) steht der Einführung eines strikten Rauchverbots für alle Gaststätten offensichtlich nicht entgegen. Entgegen der Auffassung der Antragsteller ist es auch im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz nicht zu beanstanden, wenn der Landesgesetzgeber mit dem Gesundheitsschutzgesetz zugleich einen konsequenten Schutz sämtlicher Beschäftigter in der Gastronomie anstrebt (vgl. BVerfGE 121, 317/347 f.; BVerfG GewArch 2010, 370). Die unterschiedliche Behandlung von Gaststätten, hinsichtlich derer der Gesetzgeber von einer ganz besonderen Gefährdung der Gäste und der Beschäftigten durch Passivrauchen ausgehen durfte (vgl. BVerfGE 121, 317/352 f.), gegenüber anderen Einrichtungen lässt sich erkennbar auf sachliche

Gründe stützen, die eine Differenzierung rechtfertigen (vgl. VerfGH vom 24.9.2010).

dd) Dass das Rauchverbot nicht in den Schutzbereich des Eigentumsrechts (Art. 103 Abs. 1 BV) von Gaststättenbetreibern eingreift, hat der Verfassungsgerichtshof bereits entschieden (VerfGH BayVBl 2010, 658/665; vgl. auch BVerfGE 121, 317/344 f.).

ee) Die von den Antragstellern als verletzt bezeichnete Norm des Art. 34 AEUV ist im Popularklageverfahren kein Prüfungsmaßstab. Die Frage, ob das Europäische Gemeinschaftsrecht wie Bundesrecht über das Rechtsstaatsprinzip (Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV) mittelbar Bedeutung erlangen kann, hat der Verfassungsgerichtshof bisher offengelassen. Selbst wenn man dies bejahte, könnte Art. 3 Abs. 1 Satz 1 BV nur bei einem offenkundigen, schwerwiegenden, besonders krassen Widerspruch zum Europäischen Gemeinschaftsrecht verletzt sein (vgl. VerfGH vom 20.6.2008 = VerfGH 61, 130/139 m. w. N.). Inwiefern diese Voraussetzungen hier erfüllt sein könnten, ist von den Antragstellern weder vorgetragen noch sonst auch nur ansatzweise erkennbar.

## V.

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