Vf. 26-IV-08 (HS)
Vf. 28-IV-08 (HS)
Vf. 30-IV-08 (HS)
Vf. 34-IV-08 (HS)
Vf. 36-IV-08 (HS)
Vf. 42-IV-08 (HS)
Vf. 44-IV-08 (HS)

DER VERFASSUNGSGERICHTSHOF

DES FREISTAATES SACHSEN

IM NAMEN DES VOLKES

Beschluss

In den Verfahren über die Verfassungsbeschwerden

1) der Frau N.

2) der Frau B.

3) der Frau B.

4) der T. GbR, vertreten durch den alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter Z.,

5) der Frau H.

6) der Frau K.

7) des Herrn Sch.

Verfahrensbevollmächtigte zu 1) bis 7): Rechtsanwältin R.

hat der Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen durch die Präsidentin des Verfassungsgerichtshofes Birgit Munz sowie die Richter Jürgen Rühmann, Matthias Grünberg, Ulrich Hagenloch, Hans Dietrich Knoth, Rainer Lips, Hans v. Mangoldt, Martin Oldiges und Hans-Heinrich Trute

am 16. Oktober 2008

beschlossen:

1. **§ 2 Abs. 2 Nr. 8 des Gesetzes zum Schutz von Nichtrauchern im Freistaat Sachsen (Sächsisches Nichtraucherschutzgesetz – SächsNSG) vom 26. Oktober 2007 (Sächs-GVBl. S. 495) verletzt die Beschwerdeführer zu 1) bis 7) nach Maßgabe der Gründe in ihrem Grundrecht aus Art. 28 Abs. 1 SächsVerf und ist insoweit mit der Verfassung des Freistaates Sachsen unvereinbar.**

2. **Bis zu einer Neuregelung, die der Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 2009 zu treffen hat, gilt § 2 Abs. 2 Nr. 8 SächsNSG mit der Maßgabe fort, dass in Gaststätten mit weniger als 75 Quadratmetern (qm) Gastfläche und ohne abgetrennten Nebenraum, zu denen Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr keinen Zutritt erhalten, der Gaststättenbetreiber das Rauchen gestatten darf, wenn die Gaststätte am Eingangsbereich in deutlich sichtbarer Weise als Rauchergaststätte, zu der Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr keinen Zutritt haben, gekennzeichnet ist.**

3. **Der Freistaat Sachsen hat den Beschwerdeführern zu 1) bis 7) ihre notwendigen Auslagen zu erstatten.**

4. **Die mit Beschluss des Verfassungsgerichtshofes des Freistaates Sachsen vom 27. März 2008 (Vf. 25-IV-08, Vf. 27-IV-08, Vf. 29-IV-08, Vf. 31-IV-08, Vf. 33-IV-08, Vf. 35-IV-08, Vf. 37-IV-08, Vf. 43-IV-08, Vf. 45-IV-08) erlassene und mit Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 24. September 2008 wiederholte einstweilige Anordnung tritt damit außer Kraft.**

G r ü n d e:

A.

Bei dem Verfassungsgerichtshof des Freistaates Sachsen sind am 19. Februar 2008 die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu 1) bis 5) und am 25. Februar 2008 die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu 6) und 7) eingegangen, mit welchen sie sich gegen § 2 Abs. 2 Nr. 8 i.V.m. § 3 Nr. 3 SächsNSG wenden und die Feststellung begehren, dass das allgemeine Rauchverbot mit der Verfassung des Freistaates Sachsen unvereinbar ist, soweit es Ein-Raum-Gaststätten erfasst, bei denen keine Möglichkeit besteht, abgetrennte Raucherräume einzurichten.

1. Am 1. Februar 2008 trat das Sächsische Nichtraucherschutzgesetz in Kraft. Zweck des Gesetzes ist der Schutz der menschlichen Gesundheit vor den Gefahren des Passivrauchens; darüber hinaus zielt es darauf, den Tabakkonsum bei Kindern und Jugendlichen zu verringern (§ 1 SächsNSG). In § 2 SächsNSG werden die Einrichtungen aufgeführt, in denen ein allgemeines Rauchverbot gilt; darunter fallen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 8 SächsNSG alle Gaststätten im Sinne des Gaststättengesetzes (GastG) sowie sonstige Einrichtungen, die den Vorschriften des Gaststättengesetzes unterliegen. Nach § 2 Abs. 3 Satz 1 SächsNSG erstreckt sich das allgemeine Rauchverbot auf vollständig umschlossene Räume in Gebäuden einschließlich dazugehöriger Nebeneinrichtungen. Ausnahmen vom allgemeinen Rauchverbot normiert § 3 SächsNSG; nach dessen Nr. 3 gilt das Verbot nicht in abgetrennten Nebenräumen von Gaststätten, sofern diese als Räume gekennzeichnet sind, in denen das Rauchen zugelassen ist. Für die Einhaltung des Rauchverbots sind nach § 4 Abs. 1 SächsNSG der Inhaber des Hausrechts, der Betreiber der gewerblichen Einrichtung sowie deren Beauftragte verantwortlich. Der Verantwortliche hat in der Einrichtung nach § 4 Abs. 3 SächsNSG das Rauchen zu unterbinden und gemäß § 4 Abs. 2 SächsNSG dafür Sorge zu tragen, dass deutlich sichtbar auf das Rauchverbot hingewiesen wird; ein Verstoß gegen diese Pflichten ist nach § 5 Abs. 1 Alt. 2 SächsNSG bußgeldbewehrt.

2. Die Beschwerdeführer betreiben Gaststätten, die jeweils nur über einen Gastraum verfügen. Nach ihren Angaben erzielen sie ihre Umsätze überwiegend durch den Verkauf von Getränken, insbesondere alkoholischer Art. Die räumliche Situation der Gaststätten, deren Bewirtschaftung und die Auswirkungen des gesetzlichen Rauchverbots beschreiben sie wie folgt:

Die Beschwerdeführerin zu 1) betreibt seit 27 Jahren die Gaststätte „G. S.“ in L.; ihre gaststättenrechtliche Erlaubnis weist als Betriebsarten aus: allgemeine Schank- und Speisewirtschaft. Die Gaststätte bestehe aus einem Gastraum mit einer Fläche von 48 qm, zwei Lagerräumen, einem Vorraum, dem Küchenbereich und den sanitären Einrichtungen. Im Gastraum befänden sich im vorderen Bereich der Tresen und im hinteren Bereich der Zugang zu den sanitären Einrichtungen. Die Beschwerdeführerin zu 1) bringt vor, sie beschäftige eine Küchenkraft, welche nicht im Gastraum bediene; gelegentlich helfe auch ihr Lebenspartner – überwiegend in der Küche – aus. Sowohl ihr Lebenspartner als auch die Küchenkraft seien Raucher. Ihr gastronomisches Angebot sei getränkegeprägt. Zwar biete sie auch zubereitete Speisen an; diese machten aber nur einen Anteil von ca. 10% am Umsatz aus. Vor dem 1. Februar 2008 habe sie einen durchschnittlichen monatlichen Umsatz von ca. 6.000 Euro erzielt, wobei der Anteil der Raucher an den Gästen bei ca. 80% gelegen habe. Nach dem In-Kraft-Treten des Sächsischen Nichtraucherschutzgesetzes sei der Umsatz im Vergleich zum Monat Januar 2008 um 27,5% und im Vergleich zum Monat April 2008, in welchem das Rauchverbot durch eine einstweilige Anordnung außer Anwendung gesetzt gewesen sei, um 32% eingebrochen.

Die Beschwerdeführerin zu 2) ist Inhaberin der Gaststätte „S. B.“ in L.; sie verfügt über eine Gaststättenerlaubnis für eine Schankwirtschaft und Bar. Ihren Gästen biete sie auch aufgewärmte Speisen an; der Umsatzanteil betrage insoweit aber weniger als 1% am Gesamtumsatz. Die Gaststätte habe einen Gastraum mit einer Fläche von 40 qm, des weiteren einen Vorraum, Putzraum, Personaltoiletten und sanitäre Einrichtungen für Gäste sowie einen weiteren kleinen Raum. In der Gaststätte bediene sie selbst und beschäftige keine Mitarbeiter. Den Anteil rauchender Gäste vor dem 1. Februar 2008 schätzt sie auf ca. 75 bis 80%. Infolge des Rauchverbots

habe sich der ursprünglich erwirtschaftete monatliche Umsatz von ca. 6.300 Euro verringert; der Umsatz sei im Vergleich zu den Monaten Januar und Mai 2008, in denen das Rauchverbot nicht gegolten habe, um ca. 14 bzw. 21% niedriger gewesen.

Die Beschwerdeführerin zu 3), die keine Mitarbeiter beschäftigt, betreibt das Bistro „D.“ in L., das als Schank- und Speisewirtschaft mit Sommergarten konzessioniert ist. Im Winter belaufe sich der Umsatzanteil der – vorwiegend nur bis zum Nachmittag – ausgegebenen Speisen auf ca. 5% und im Sommer auf ca. 10% des Gesamtumsatzes. Die Gaststätte sei in den Gastraum mit einer Fläche von 78 qm und den Küchenbereich unterteilt. Über den gesamten linken Bereich des Gastraums erstrecke sich der Tresen mit einer Länge von 7,5 Metern und einer Breite von 3,5 Metern; dieser Bereich könne nicht als Gastfläche verwendet werden. Im rechten Bereich des Gastraums befänden sich die Sitzgelegenheiten. Der Anteil der Raucher an den Gästen ihrer Kneipe habe bei ca. 75% gelegen. Vor dem 1. Februar 2008 sei ein monatlicher Umsatz von ca. 8.000 Euro erreicht worden; danach sei der Tagesumsatz um ca. 30 bis 45% gesunken.

Die Beschwerdeführerin zu 4) betreibt in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts die „F. B.“ in L. Die Bar ist als allgemeine Schankwirtschaft konzessioniert. Sie bestehe aus einem Gastraum mit einer Fläche von ca. 45 qm, der hälftig von einem halbrunden Tresen ausgefüllt werde; neben dem Tresen befänden sich weitere drei Gasttische. In der Kneipe bedienten ausschließlich die beiden Gesellschafter der Beschwerdeführerin zu 4). Der Anteil der Raucher an den Gästen habe vor dem In-Kraft-Treten des Sächsischen Nichtraucherschutzgesetzes bei ca. 90% gelegen. Der damalige monatliche Umsatz sei mit ca. 6.000 Euro anzugeben. Gegenüber den Monaten Januar und Mai 2008 sei der Umsatz im Februar 2008 um 20 bzw. 25% geringer gewesen.

Die Beschwerdeführerin zu 5), die keine Mitarbeiter beschäftigt, ist Inhaberin des Musik-Cafes „F.“ in L. Dieses bestehe aus einem Gastraum mit einer Fläche von 33 qm, einem Küchenbereich sowie den sanitären Einrichtungen. Auf der rechten Seite des Gastraums befinde sich der Eingangsbereich und links gelegen der Tresen. Selbst zubereitete Speisen biete sie ihren Gästen nicht an. Bei einem geschätzten Raucheranteil von ca. 75% habe sie vor dem 1. Februar 2008 einen monatlichen Umsatz von ca. 2.000 Euro erwirtschaftet. Seit Geltung des Rauchverbots habe sich der Tagesumsatz zunächst um ca. 50% reduziert. Nachdem das Rauchverbot einstweilen außer Anwendung gesetzt wurde, sei der Umsatz im Mai 2008 um ca. 21% höher gewesen als im Februar 2008.

Die Beschwerdeführerin zu 6) ist Inhaberin der Kneipe „B. B.“ in D., die als Schankwirtschaft konzessioniert ist. Diese verfüge über einen Gastraum mit einer Fläche von 75,45 qm, einen Lagerraum sowie sanitäre Einrichtungen. Der Gastraum sei schlauchförmig zugeschnitten, wobei sich links der Tresen mit einem Arbeitsbereich von 30 qm und rechts der Treppenabgang zum Sanitärbereich befinde. Bei der Gaststätte handele es sich um eine Szenebar für Homosexuelle. Das Ordnungsamt der Stadt D. habe die Schankerlaubnis mit der Auflage versehen, dass die Beschwerdeführerin den Aufenthalt von Gästen im Eingangsbereich bzw. im näheren Umfeld der Gaststätte zu unterbinden habe, so dass sie das Rauchen „vor der Tür“ nicht gestatten dürfe. Die Beschwerdeführerin zu 6) beschäftigt einen Angestellten, der monatlich bis zu 1.400 Euro verdiene und selbst Raucher sei. Der Anteil der Raucher an den Gästen habe vor dem 1. Februar

2008 bei ca. 95% gelegen; pro Monat sei ein Umsatz von ca. 8.000 Euro erwirtschaftet worden. Nach dem In-Kraft-Treten des Sächsischen Nichtraucherschutzgesetzes sei der Umsatz im Vorjahresvergleich um durchschnittlich 30% zurückgegangen.

Der Beschwerdeführer zu 7) ist Inhaber des Tagescafes „I.“ in D. Soweit seine Gaststättenerlaubnis eine Schankwirtschaft mit eingeschränktem Speiseangebot umfasst, biete er seinen Gästen neben dem Getränkeausschank lediglich kalte Speisen an. Die Gaststätte bestehe aus einem Gastraum mit 60 qm, einem kleinen Lagerraum und den sanitären Einrichtungen. Im vorderen Bereich des Gastraums seien Sitzmöglichkeiten und im hinteren rechten Bereich der Tresen sowie links der Zugang zu den sanitären Einrichtungen. Der Beschwerdeführer zu 7) bediene in der Kneipe vorwiegend selbst; er beschäftige kein nicht rauchendes Personal. Der Raucheranteil an den Gästen habe vor dem 1. Februar 2008 ca. 90% betragen. Der ursprünglich erzielte monatliche Umsatz von ca. 3.000 Euro sei nach dem In-Kraft-Treten des Sächsischen Nichtraucherschutzgesetzes gesunken; im Monat Februar 2008 sei nur ein Umsatz von 2.019,90 Euro erzielt worden.

3. Mit den Verfassungsbeschwerden rügen die Beschwerdeführer übereinstimmend, das in § 2 Abs. 2 Nr. 8 SächsNSG geregelte allgemeine Rauchverbot verletze ihre Berufsfreiheit (Art. 28 Abs. 1 SächsVerf) und ihr Grundrecht auf Eigentum (Art. 31 Abs. 1 Satz 1 SächsVerf) jeweils i.V.m. dem Gleichheitssatz (Art. 18 SächsVerf).

Aufgrund der geringen Größe der Gasträume sowie der Aufteilung und des Zuschnitts der Räumlichkeiten sei den Beschwerdeführern die Einrichtung eines separaten Raucherraums unmöglich. Da sie ihren Gästen aufgrund des allgemeinen Rauchverbots somit nicht die Gelegenheit bieten könnten, in der Gaststätte zu rauchen, seien seit dem In-Kraft-Treten des Sächsischen Nichtraucherschutzgesetzes die rauchenden Stammgäste weitgehend ausgeblieben. Viele besuchten die Kneipe nicht mehr oder gestalteten ihren Aufenthalt sehr viel kürzer als vorher. Auch sei es den Betreibern von Ein-Raum-Kneipen nicht möglich, den Ausfall der rauchenden Stammgäste durch Akquise neuer Kundenkreise zu kompensieren. Insbesondere sei wegen des auf erwachsene Stammgäste ausgerichteten Geschäftskonzepts und mit Blick auf die Öffnungszeiten nicht zu erwarten, dass Familien mit Kindern und Jugendlichen, die bislang nicht zu ihren Gästen zählten, die Gaststätten nunmehr verstärkt aufsuchten. Bei Fortsetzung der momentanen Umsatzentwicklung seien die Beschwerdeführer gezwungen, ihre wirtschaftliche Betätigung aufzugeben. Insbesondere könnten bereits in den nächsten Monaten die unverändert bleibenden Miet- und Mietnebenkosten, Versicherungs- sowie Verwaltungskosten u.ä. nicht mehr bedient werden. Auf liquide Mittel könnten sie nicht zurückgreifen, weil bei den im Niedriggewinnbereich geführten Ein-Raum-Kneipen eine Rücklagenbildung kaum möglich sei. Darüber hinaus wirke sich erschwerend aus, dass es wegen des kurzen Zeitraums zwischen der Verkündung und dem In-Kraft-Treten des Sächsischen Nichtraucherschutzgesetzes nicht möglich gewesen sei, zusätzliche Räume anzumieten oder sonst sachgerecht auf die neue Gesetzeslage zu reagieren.

Die beschriebene Situation decke sich mit den Ergebnissen einer Studie des internationalen Marktforschungsinstituts CHD-Expert und eines Gutachtens des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes e.V. (DEHOGA) vom 18. Januar 2006. Darüber hinaus habe die Verfahrensbevollmächtigte anlässlich einer in L. durchgeführten Befragung ermittelt, dass die Inhaber geträn-

kegeprägter Ein-Raum-Gaststätten in den ersten 14 Tagen nach In-Kraft-Treten des Sächsischen Nichtraucherschutzgesetzes im Durchschnitt 50% weniger Umsatz erwirtschaftet hätten.

Das Rauchverbot verstoße gegen das Grundrecht der Beschwerdeführer auf Berufsfreiheit. Es greife in den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 28 Abs. 1 SächsVerf ein, weil sie nicht mehr frei entscheiden könnten, ob sie das Rauchen in ihrer Gaststätte gestatteten. In Anbetracht der existenzbedrohenden Auswirkungen seien sie nicht mehr in der Lage, den gewählten Beruf zur Grundlage ihrer Lebensführung zu machen. Damit stelle sich § 2 Abs. 2 Nr. 8 SächsNSG als objektive Berufszulassungsregelung dar, die den zu stellenden besonders strengen Rechtfertigungsanforderungen nicht genüge. Selbst wenn von einer Berufsausübungsregelung ausgegangen werde, erweise sich auch diese als unverhältnismäßig.

Das Sächsische Nichtraucherschutzgesetz sei im Sinne des beabsichtigten Schutzes nicht geeignet. Zum einen zündeten Raucher nunmehr ihre Zigaretten zu Hause an und setzten damit Kinder und Ehegatten höheren Rauchbelastungen aus. Diejenigen Raucher, welche die Gaststätten weiterhin aufsuchten, rauchten vor der Tür oder im Treppenhaus; dies führe zu einer verstärkten Belastung von Anwohnern und zudem dazu, dass Kinder und Jugendliche auf offener Straße mit Rauchern konfrontiert würden. Darüber hinaus folgten die Nichtraucher ihren rauchenden Begleitern häufig in den Raucherbereich von Mehrraumgaststätten; auch dies verkehre den beabsichtigten Schutz in sein Gegenteil. Das gesetzgeberische Ziel, Kinder und Jugendliche zu schützen, verfehle in den Kleinkneipen seine Wirkung, weil diese von einem solchen Personenkreis typischerweise nicht aufgesucht würden. Soweit der Gesetzgeber die generelle Eindämmung des Tabakkonsums bezwecke, mangele es an einem legitimen Ziel, weil das Rauchen eine persönliche Entscheidung jedes Einzelnen sei und § 2 Abs. 2 Nr. 8 SächsNSG insoweit mit dem Grundrecht der Raucher auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit kollidiere.

Das generelle Rauchverbot in Ein-Raum-Gaststätten sei auch nicht erforderlich. Bei den Kleinkneipen handele es sich um eine eigene kleine Soziokultur, in der traditionell viel geraucht werde. Es bestehe die weniger einschneidende Möglichkeit, den Gaststättenbetreibern einzuräumen, selbst darüber zu entscheiden, ob in ihrer Einrichtung geraucht werden dürfe oder nicht. Durch entsprechende Hinweisschilder am Eingang könne jeder Nichtraucher informiert werden und sei in seiner Entscheidung frei, das Lokal zu betreten oder auf eine rauchfreie Alternative auszuweichen. Auch der Schutz des angestellten Personals rechtfertige ein generelles Rauchverbot nicht, zumal auch Beschäftigte in Mehrraumgaststätten im Raucherraum bedienen müssten. Im Übrigen sei jeder Arbeitnehmer in Kenntnis der Rauchbelastung das Beschäftigungsverhältnis eigenbestimmt eingegangen. Der Jugendschutz könne ebenfalls durch mildere Mittel verwirklicht werden; Kleinkneipen könnten ihr Angebot durch deutlich sichtbare Hinweisschilder ausschließlich volljährigen Bürgern offerieren.

Im Hinblick auf Ein-Raum-Gaststätten fehle es der angegriffenen Regelung außerdem an der Angemessenheit. Die Beschwerdeführer seien vom Rauchverbot stärker belastet als der Großteil der Gaststätten, weil sie aufgrund der räumlichen Gegebenheiten keinen Raucherraum einrichten könnten. Es bestehe die begründete Besorgnis, dass ihre Kundschaft entweder zu Hause bleibe oder auf Mehrraumgaststätten mit Raucherräumen ausweiche, so dass aufgrund der damit verbundenen erheblichen Umsatzeinbußen die Existenz der Kleinkneipen zerstört werde. Demge-

genüber profitierten Mehrraumgaststätten mit einem Raucherraum von neu gewonnener Nichtraucherklientel und von aus Ein-Raum-Kneipen abgewanderten Kunden. Dies führe faktisch zu einem Eingriff in den freien Wettbewerb. Der Gesetzgeber verkenne insoweit zugleich die Bedeutung des Gleichheitssatzes aus Art. 18 Abs. 1 SächsVerf, indem er Ein-Raum-Gaststätten gegenüber größeren Einrichtungen benachteilige.

Das Rauchverbot verstoße hinsichtlich der Ein-Raum-Gaststätten auch gegen die Eigentumsfreiheit des Art. 31 Abs. 1 Satz 1 SächsVerf, insbesondere gegen das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Der Bestand des Gewerbebetriebs sei aufgrund des generellen Rauchverbots in höchstem Maße gefährdet. Aufgrund der beschriebenen Wirkungen des Sächsischen Nichtraucherschutzgesetzes sei zudem von einer gesetzlichen Enteignungsmaßnahme auszugehen, die unverhältnismäßig sei; auch fehle es an der nach Art. 32 Abs. 1 Satz 2 SächsVerf erforderlichen Junktimsklausel. Selbst wenn die angegriffene Regelung lediglich als Inhalts- und Schrankenbestimmung angesehen werde, liege ein unverhältnismäßiger Eingriff vor. Soweit die Beschwerdeführer nicht in den Genuss der Ausnahmeregelung des § 3 Nr. 3 SächsNSG kämen und das Rauchverbot zur Aufgabe der Gaststätte sowie zum Verlust der Einkommensquelle führen könne, werde die Grenze der Sozialpflichtigkeit des Eigentums überschritten. Dies gelte umso mehr, als der Gesetzgeber keine Härtefallklauseln oder Übergangsvorschriften vorgesehen habe.

4. Der Sächsische Landtag hat von einer Stellungnahme abgesehen.

5. Der Sächsische Staatsminister der Justiz hält die Verfassungsbeschwerden für unbegründet.

Für die Gastwirte stelle sich das Rauchverbot in Gaststätten als Berufsausübungsregelung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 SächsVerf dar; der Eingriff in dieses Grundrecht sei verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Die mit dem Sächsischen Nichtraucherschutzgesetz verfolgten Ziele seien gewichtige Gemeinwohlbelange. Das Rauchverbot diene dem Schutz der Bevölkerung vor den erheblichen Gesundheitsgefahren des Passivrauchens. Es solle mit der Neuregelung erreicht werden, dass Nichtraucher jede Gaststätte aufsuchen könnten, ohne die Gefahr von Gesundheitsschäden in Kauf nehmen zu müssen. Darüber hinaus verfolge der Gesetzgeber das besondere Ziel, den Tabakkonsum bei Kindern und Jugendlichen zu verringern.

Zur Erreichung dieser Ziele sei die angegriffene Regelung geeignet. Dass in abgetrennten Nebenräumen von Gaststätten weiterhin geraucht werden dürfe, stehe der Geeignetheit des Rauchverbots nicht entgegen, weil dem Aspekt, vor den Gefahren des Passivrauchens zu schützen, in diesen Räumen eine untergeordnete Bedeutung zukomme. Im Übrigen solle mit dem Gesetz lediglich sichergestellt werden, dass ein Nichtraucher bei dem Besuch einer Gaststätte immer eine echte Wahlfreiheit habe.

Der Gesetzgeber habe das Rauchverbot in Gaststätten mit der Möglichkeit, einen Raucherraum einzurichten, auch für erforderlich halten dürfen. Mildere, gleich geeignete Mittel seien nicht ersichtlich. Es stelle kein gleich geeignetes Mittel dar, es den Gastwirten freizustellen, ob in ihren Räumlichkeiten geraucht werden dürfe. Eine solche Freiwilligkeitsregelung verfehle den angestrebten besseren Schutz vor den gesundheitlichen Risiken des Passivrauchens, weil die

große Mehrzahl der Gastwirte – wie bisher – das Rauchen weiterhin gestatten würde. Auch eine Pflicht zur Kenntlichmachung von Rauchergaststätten ermögliche keinen ausreichenden Schutz, denn es handele sich bei der Entscheidung eines Nichtrauchers, eine Rauchergaststätte zu betreten, nicht um ein bewusstes und eigenverantwortliches Eingehen des Gesundheitsrisikos. Häufig werde das Risiko unterschätzt oder die Eigenverantwortlichkeit – gerade bei Jugendlichen – durch gruppendynamische Prozesse unterdrückt. Auch ein ausnahmsloses Rauchverbot in allen Gaststätten stelle kein milderes Mittel dar. Der Verzicht auf den Ausnahmetatbestand des § 3 Nr. 3 SächsNSG griffe deutlich stärker in die Berufsfreiheit der Gastwirte ein und sei ebenfalls mit einem stärkeren Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der Raucher verbunden. Eine solch weit reichende Lösung habe der Gesetzgeber aber nicht für notwendig gehalten. Unter Berücksichtigung dieses Konzepts verfehle jedoch die Ausklammerung bestimmter Arten von Gaststätten vom grundsätzlichen Rauchverbot den gesetzgeberischen Zweck und stelle kein ebenso geeignetes Mittel dar. Die von den Beschwerdeführern angestrebte Freistellung der Ein-Raum-Gaststätten vom Rauchverbot sei bereits mit Blick auf die im Einzelfall bestehenden baulichen und wirtschaftlichen Besonderheiten nicht mit hinreichender Bestimmtheit regelbar. Eine Anknüpfung an die „Möglichkeit“ der Einrichtung eines Raucherraums öffne Manipulationen „Tür und Tor“ und sei praktisch kaum effektiv zu kontrollieren. Ebenso wenig sei der Anteil an rauchendem Publikum oder an Stammgästen ein objektiv messbares Kriterium, auf dem eine Differenzierung basieren könnte. Eine generelle Ausklammerung von Ein-Raum-Gaststätten mit einer „geringen Fläche“ komme genauso wenig in Betracht, denn mit einer für viele kleine Gaststätten geltenden Ausnahme werde der Zweck des Gesetzes völlig entwertet. Zudem gebe es keine belastbaren Erkenntnisse, ab welcher Quadratmeterzahl eine Raumtrennung möglich sei, so dass ein solches Differenzierungskriterium nur willkürlich aufgestellt werden könnte und dessen Beachtung nur schwer überprüfbar sei. Schließlich sei auch eine Freistellung inhabergeführter Gaststätten, die ohne Beschäftigte auskämen, zur Erreichung des Gesetzeszwecks ungeeignet, da auf diese Weise die Gaststättenbesucher nicht hinreichend geschützt werden könnten.

Das Rauchverbot mit der Möglichkeit, abgetrennte Raucherräume einzurichten, sei bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs sowie der ihn rechtfertigenden Gründe auch angemessen. Die Berufsausübung werde nur unerheblich eingeschränkt, weil den Gastwirten lediglich die Einrichtung eines Raucherraums abverlangt werde. Dem stehe mit der Gesundheit der Bevölkerung ein überragend wichtiges Gemeingut gegenüber. Zudem knüpfe das Rauchverbot an der aus Art. 16 Abs. 1 SächsVerf erwachsenden Schutzpflicht des Staates an, sich schützend und fördernd vor das Leben und die Gesundheit zu stellen. Mit Blick auf wissenschaftliche Untersuchungen sei eine Beschränkung des Rauchens in Gaststätten zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens besonders wichtig. Hiermit ließen sich tabakrauchbedingte Gesundheitsbeschwerden bei Angestellten und Gästen nachhaltig reduzieren.

Die angegriffene Regelung sei auch mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 18 Abs. 1 SächsVerf vereinbar. Das Rauchverbot gelte für alle Gaststättenbetreiber gleichermaßen, so dass eine Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte nicht vorliege. Ebenso wenig handele es sich um eine unsachgemäße Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte. Eine differenzierende Regelung zugunsten kleiner Gastronomieeinrichtungen sei verfassungsrechtlich nicht geboten. Es fehle insoweit bereits an der Mehrbelastung einer nach konkreten Kriterien hinreichend abgrenzbaren Gruppe von Betroffenen. Die Raumanzahl sei kein besonderes Merk-

mal der von den Beschwerdeführern betriebenen Gaststätten. Es gebe eine Vielzahl von Ein-Raum-Gaststätten, die nicht von rauchendem Publikum geprägt seien, wie Saftbars oder kleine Tagescafes. Aus den bereits genannten Gründen sei zudem weder der Anteil der Raucher an den Gästen noch die „Möglichkeit“ der Abtrennung eines Raucherraums ein geeignetes Abgrenzungskriterium. In den Beschwerdeschriften werde im Übrigen keine nachhaltige Belastung der Betreiber kleiner Gaststätten nachgewiesen. Die Angaben seien nicht mit objektiv nachprüfbaren Fakten unterlegt und bezögen sich auf einen kurzen, nicht repräsentativen Zeitraum; ein gewisser Umsatzausfall nach einer Neuregelung sei hinzunehmen. Auch die von den Beschwerdeführern vorgelegten Stellungnahmen des DEHOGA und von CHD-Expert seien nicht repräsentativ und widersprächen zudem internationalen Erfahrungen. Selbst wenn aber die Betreiber von Ein-Raum-Gaststätten als Gruppe nach typischen Merkmalen abgegrenzt werden könnten und vergleichsweise stärker belastet wären, bestünde hierfür ein sachlicher Grund. In der rauchergeprägten Kleingastronomie sei die Gesundheitsgefahr durch Passivrauchen besonders erhöht, so dass weiter reichende Eingriffe zulässig seien. Darüber hinaus sei es Aufgabe jedes Gewerbetreibenden, sein Geschäftskonzept laufend an die Bedingungen des Marktes anzupassen. Die angegriffene Regelung könne selbst dann nicht beanstandet werden, wenn einzelne Gaststättenbetreiber ihre Geschäftstätigkeit einstellen müssten, denn dieser kleine Personenkreis erscheine unter Berücksichtigung des mit dem Gesetz verfolgten Zwecks nicht schützenswert.

Ob durch das Rauchverbot der Schutz der Eigentumsgarantie des Art. 31 Abs. 1 SächsVerf berührt werde, könne offen bleiben. Jedenfalls sei § 2 Abs. 2 Nr. 8 i.V.m. § 3 Nr. 3 SächsNSG aus den genannten Gründen als eine verhältnismäßige Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums anzusehen.

6. Der Verfassungsgerichtshof hatte mit Beschluss vom 27. März 2008 eine einstweilige Anordnung des Inhalts erlassen, dass § 2 Abs. 2 Nr. 8 SächsNSG bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerden insoweit außer Anwendung gesetzt wird, als sich das allgemeine Rauchverbot auf Ein-Raum-Gaststätten erstreckt, in denen neben dem Inhaber keine weiteren Personen im laufenden Gastronomiebetrieb tätig sind und in deren Eingangsbereich deutlich sichtbar darauf hingewiesen wird, dass das allgemeine Rauchverbot keine Anwendung findet. Mit Beschluss vom 24. September 2008 wiederholte der Verfassungsgerichtshof die einstweilige Anordnung für die Dauer von sechs Monaten, längstens jedoch bis zur Entscheidung über die vorliegenden Verfassungsbeschwerden.

B.

Die zulässigen Verfassungsbeschwerden haben im tenorierten Umfang Erfolg.

I.

Das in § 2 Abs. 2 Nr. 8 SächsNSG für Gaststätten geregelte allgemeine Rauchverbot, das nach der gesetzgeberischen Konzeption gemäß § 3 Nr. 3 SächsNSG durch eine Ausnahme für abgetrennte Raucherräume durchbrochen ist, verletzt die Beschwerdeführer zu 1) bis 7) in ihrem

Grundrecht aus Art. 28 Abs. 1 SächsVerf, weil es die Betreiber kleiner Ein-Raum-Gaststätten unzumutbar in ihrer freien Berufsausübung beeinträchtigt.

1. Nach § 2 Abs. 2 Nr. 8 i.V.m. § 3 Nr. 3 SächsNSG gilt in Gaststätten ein allgemeines Rauchverbot mit der Ausnahme für abgetrennte Nebenräume, sofern diese als Räume gekennzeichnet sind, in denen das Rauchen zugelassen ist. Hierdurch wird es Gaststättenbetreibern untersagt, ihren Gästen das Rauchen in den in § 2 Abs. 3 Satz 1 SächsNSG näher bezeichneten Räumlichkeiten ausgenommen in abgetrennten Raucherräumen zu gestatten. Mit dieser Regelung greift der Gesetzgeber in den Schutzbereich der Berufsfreiheit der Gastwirte ein.

   Art. 28 Abs. 1 SächsVerf verbürgt allen Menschen das Grundrecht, den Beruf frei zu wählen und frei auszuüben. Nach Art. 37 Abs. 3 SächsVerf ist die Gewährleistung auch auf juristische Personen anwendbar, sobald sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben, die ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise von einer juristischen oder natürlichen Person wahrgenommen werden kann. Eine nach Maßgabe der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. BGHZ 146, 341 [343]) rechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann grundsätzlich Trägerin des Grundrechts auf Berufsfreiheit sein (vgl. dazu BVerfG NJW 2002, 3533). Neben den Beschwerdeführern zu 1) bis 3) und 5) bis 7) ist danach auch die Beschwerdeführerin zu 4) befugt, eine Verletzung von Art. 28 Abs. 1 SächsVerf geltend zu machen.

   Da der Gesetzgeber die Freiheit der Gastwirte beschränkt, selbst darüber zu befinden, ob sie ihre Leistungen auch Tabak rauchenden Gästen anbieten wollen, sofern nicht die Ausnahme nach § 3 Nr. 3 SächsNSG eingreift, wird in das durch Art. 28 Abs. 1 SächsVerf garantierte Recht eingegriffen, die Bedingungen der Marktteilnahme eigenverantwortlich zu bestimmen, insbesondere Art und Qualität der angebotenen Güter und Leistungen selbst festzulegen und damit den Kreis der angesprochenen Interessenten selbst auszuwählen (vgl. BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08). Dies gilt in besonderem Maße für die Betreiber kleiner Ein-Raum-Gaststätten, denen es aufgrund begrenzter räumlicher Kapazitäten unmöglich ist, die nach § 3 Nr. 3 SächsNSG vom Rauchverbot freigestellten abgetrennten Nebenräume als Raucherräume einzurichten. Sie sind nicht in der Lage, ihre gastronomischen Leistungen gegenüber solchen Personen zu erbringen, die nicht auf das Rauchen in der Gaststätte verzichten wollen, so dass es ihnen erheblich erschwert wird, diesen Personenkreis mit ihren Angeboten zu erreichen.

   Gastwirte werden im Bereich ihrer beruflichen Betätigung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben herangezogen, nämlich zur Unterstützung des Schutzes der Bevölkerung vor den Gefahren des Passivrauchens. Diese sich unmittelbar – nicht nur reflexartig – auf ihre Berufsausübungsfreiheit auswirkende Indienstnahme drückt sich nicht nur in dem § 2 Abs. 2 Nr. 8 SächsNSG immanenten Verbot aus, ihre Leistungen gegenüber Rauchern anzubieten (vgl. auch SächsVerfGH, SächsVBl. 2008, 145 [146]). Vielmehr begründet § 4 Abs. 2 und 3 SächsNSG für die nach § 4 Abs. 1 SächsNSG verantwortlichen Betreiber auch konkrete Handlungsgebote. Diese haben nicht nur Hinweispflichten nachzukommen, sondern Verstöße ihrer Gäste gegen das Rauchverbot zu unterbinden. Ein Verstoß gegen diese Pflichten ist

nach § 5 Abs. 1 Alt. 2 SächsNSG bußgeldbewehrt und kann zudem Rückwirkungen auf die Gaststättenerlaubnis erzeugen (vgl. § 15 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GastG).

2. Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung bedürfen gemäß Art. 28 Abs. 1 Satz 2 SächsVerf einer gesetzlichen Grundlage, die mit der Kompetenzordnung in Einklang stehen und den Anforderungen der Verfassung an grundrechtsbeschränkende Gesetze genügen muss. Regelungen zur Berufsausübung sind dann mit Art. 28 Abs. 1 SächsVerf vereinbar, wenn sie durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sind und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen, wenn also das gewählte Mittel zur Erreichung des Zwecks geeignet und auch erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt ist (vgl. BVerfGE 95, 173 [183]; 103, 1 [10]; 106, 181 [192]).

3. Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit beruht auf einer kompetenzgemäß erlassenen gesetzlichen Grundlage. Dem sächsischen Gesetzgeber steht nach Art. 70 Abs. 1 GG die Gesetzgebungskompetenz für die Anordnung eines auf den Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens zielenden Rauchverbots in Gaststätten zu. Der Bund hat diesbezüglich von einer ihm gegebenenfalls zustehenden Gesetzgebungskompetenz keinen oder zumindest keinen abschließenden Gebrauch gemacht (vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08; BVerfGE 7, 377 [414]).

4. Das allgemeine Rauchverbot in Gaststätten mit der Ausnahme für abgetrennte Nebenräume, sofern diese als Räume gekennzeichnet sind, in denen das Rauchen zugelassen ist, wird im Ausgangspunkt von ausreichenden Gemeinwohlgründen im Sinne von Art. 28 Abs. 1 SächsVerf getragen. Zweck des Sächsischen Nichtraucherschutzgesetzes ist der Schutz der menschlichen Gesundheit vor den Gefahren des Passivrauchens; daneben erstrebt der Gesetzgeber, den Tabakkonsum bei Kindern und Jugendlichen zu verringern (§ 1 SächsNSG). Der Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren und eingeschlossen der besondere Gesundheitsschutz bei Minderjährigen gehört zu den legitimen Aufgaben des Staates und stellt ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut dar, das Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit zu rechtfertigen vermag (vgl. BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08).

5. Der Gesetzgeber hat das herausragende Gemeinwohlziel in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise zum Anlass genommen, ein allgemeines Rauchverbot in Gaststätten mit Ausnahme von abgetrennten Raucherräumen zu regeln. Unter Berücksichtigung des ihm von Verfassungs wegen zustehenden Prognose- und Einschätzungsspielraums durfte er auf der Grundlage der in der Gesetzesbegründung (Drs. 4/8621) angegebenen wissenschaftlichen Erkenntnisse – die der vorherrschenden Einschätzung in der Wissenschaft entsprechen – davon ausgehen, dass Tabakrauchbelästigungen in Gaststätten zu schwerwiegenden Gesundheitsgefahren für Gäste und Beschäftigte führen können, und diese Beurteilung des Gefährdungspotentials zur Grundlage für Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit der Gastwirte machen (vgl. BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08). Das in § 2 Abs. 2 Nr. 8 i.V.m. § 3 Nr. 3 SächsNSG geregelte Konzept genügt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit allerdings nicht in allen Normanwendungsbereichen. Es

ist zwar zur Erreichung der verfolgten Gemeinwohlziele geeignet und auch erforderlich. Die angegriffene Regelung führt aber zu einer übermäßigen Belastung der Gruppe der Betreiber kleiner Ein-Raum-Gaststätten und wahrt insoweit die Grenze der Zumutbarkeit nicht.

a) Das vom Gesetzgeber gewählte Regelungskonzept, das einerseits den Zielen des § 1 SächsNSG zu dienen bestimmt ist, zum anderen aber zugleich den Gaststätten ermöglicht, durch abgetrennte Nebenräume auch für Raucher ein entsprechendes Angebot an Speisen und Getränken vorzuhalten, ist unter Abwägung der unterschiedlichen Interessen geeignet, die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele zu erreichen. Soweit die Beschwerdeführer die Geeignetheit – insbesondere mit Blick auf die besondere Situation in Ein-Raum-Gaststätten – in Zweifel ziehen, vermag dies nicht zu überzeugen. Die von ihnen beschriebenen Auswirkungen des gesetzgeberischen Konzepts, wie eine erhöhte Tabakrauchbelastung für Familienmitglieder sowie für in der Umgebung von Gaststätten wohnende Personen, stellen nicht in Frage, dass § 2 Abs. 2 Nr. 8 i.V.m. § 3 Nr. 3 SächsNSG zu einer Verringerung der Tabakrauchbelastung in Gaststätten beiträgt und den Gefahren des Passivrauchens entgegenwirkt. Es ist nicht ersichtlich und wird von den Beschwerdeführern auch nicht behauptet, dass der angestrebte Erfolg durch die geschilderten Begleiterscheinungen überlagert wird. Ebenso wenig erscheint die angegriffene Regelung deswegen als ungeeignet, weil sich der Gesetzgeber für ein Schutzkonzept entschieden hat, das die Einrichtung von abgetrennten Raucherräumen gestattet. Diese gesetzliche Konzeption stellt grundsätzlich sicher, dass jedem Gast ein rauchfreier Gastraum zur Verfügung steht und unterstützt damit die Verwirklichung des Gesetzesziels. Auch ist – wie der Sächsische Staatsminister der Justiz zu Recht ausführt – nicht ersichtlich, dass Nachfolgeeffekte im Zusammenhang mit in größeren Gaststätten eingerichteten Raucherräumen die Eignung des allgemeinen Rauchverbots ausschließen könnten. Im Übrigen steht auch der Umstand, dass Kinder und Jugendliche nur selten zu den Gästen der Beschwerdeführer zählen, der Eignung des Rauchverbots nicht entgegen; mit ihm wird im Ausgangspunkt der Gesetzeszweck, Kinder und Jugendliche besonders zu schützen, nachhaltig verfolgt.

b) Unter Berücksichtigung des dem Gesetzgeber zustehenden Einschätzungs- und Prognosespielraums hält die Annahme des Gesetzgebers, ein allgemeines Rauchverbot in Gaststätten mit der Möglichkeit, abgetrennte Nebenräume für Raucher einzurichten, sei erforderlich, um die Ziele des Gesetzes zu erreichen, einer verfassungsrechtlichen Überprüfung stand. Eingriffe in die Freiheit der Berufsausübung dürfen zwar nicht weitergehen, als es die mit dem Gesetzgebungsverfahren verfolgten Gemeinwohlbelange erfordern. Eine Beschränkung auf mildere Mittel durfte aber mit der Erwägung ausgeschlossen werden, dass weniger eingriffsintensive Maßnahmen zur Erreichung des angestrebten Gesetzeszwecks nicht gleich geeignet sind.

Insbesondere musste der Gesetzgeber sich nicht darauf verweisen lassen, den Gaststättenbetreibern das weniger belastende Wahlrecht einzuräumen, ob sie ihre Leistungen in Form einer Raucher- oder Nichtrauchergaststätte anbieten wollen. Im Hinblick auf die unzulängliche Umsetzung freiwilliger Kooperationsmodelle in der Gastronomie begegnet es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn der Gesetzgeber davon ausgegan-

gen ist (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Soziales, Gesundheit, Familie, Frauen und Jugend vom 21. September 2007 – Drs. 4/9753), dass hierin kein gleich wirksames Mittel liegt, weil sich mit an die unternehmerische Entscheidungsfreiheit anknüpfenden Schutzkonzepten die angestrebte wirksame Vorbeugung von Gesundheitsgefahren nicht ausreichend verwirklichen lässt (vgl. BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08).

Darüber hinaus schließt auch die Annahme, jeder Nichtraucher könne bei entsprechender Kennzeichnung der gastronomischen Einrichtung freiwillig darüber entscheiden, ob er sich den Gefahren des Passivrauchens aussetze, die Erforderlichkeit eines darüber hinausgehenden gesetzlichen Schutzkonzepts nicht aus. Aufgrund der vor In-Kraft-Treten des Sächsischen Nichtraucherschutzgesetzes bestehenden Marktsituation konnte nicht angenommen werden, dass Nichtrauchern ein ausreichendes Angebot rauchfreier Gaststätten zur Verfügung stand, so dass ihnen eine echte Wahlfreiheit nicht eröffnet war; vor diesem Hintergrund scheidet es aus, im Betreten einer Gaststätte – auch bei entsprechender Kennzeichnung – typischerweise deren Einverständnis mit einer Gesundheitsgefährdung zu erblicken.

c) Die angegriffene Regelung ist aber nicht verhältnismäßig im engeren Sinne. Sie belastet in unzumutbarer Weise die Betreiber kleiner Ein-Raum-Gaststätten.

aa) Trifft der Gesetzgeber Regelungen, die in die Freiheit der Berufsausübung eingreifen, so muss bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Zumutbarkeit gewahrt bleiben (vgl. BVerfGE 102, 197 [220]; 112, 255 [267]).

(1) Ein Rauchverbot für Gaststätten stellt ungeachtet der Möglichkeit, in abgetrennten Nebenräumen von Gaststätten das Rauchen zu gestatten, sofern diese als Raucherräume gekennzeichnet sind, einen schwerwiegenden Eingriff in die freie Berufsausübung der Gastwirte dar. Da die Betreiber das Rauchen in den Räumen ihrer Gaststätten nicht mehr erlauben dürfen, sofern sie nicht entsprechende Raucherräume einrichten oder einzurichten vermögen, werden viele Raucher – zumindest vorübergehend – die Gaststätten seltener aufsuchen oder die Dauer ihres Besuchs abkürzen. Das vom Gesetzgeber gewählte Regelungskonzept trifft insoweit die Betreiber solcher Gaststätten in besonderen Maße, die aufgrund begrenzter räumlicher Kapazitäten keine Möglichkeit haben, abgetrennte Raucherräume vorzuhalten. Sie können mit ihren Angeboten insbesondere an Speisen und Getränken die Raucher unter ihren möglichen Gästen nur noch schwer oder, wenn diese auf das Rauchen in Gaststätten keinesfalls verzichten möchten, nicht mehr erreichen. Dies kann zu empfindlichen Umsatzrückgängen führen, die sich gerade für die Betreiber kleiner Gaststätten besonders nachteilig auswirken. Da sie gewöhnlich nicht auf hinreichende finanzielle Rücklagen zurückgreifen können, ist nicht auszuschließen, dass schon vorübergehende Umsatzeinbußen zu einer Einschränkung oder sogar zur Schließung des Geschäftsbetriebs zwingen.

(2) Dem steht allerdings gegenüber, dass mit Rauchverboten in Gaststätten überragend wichtige Gemeinwohlbelange verfolgt werden. Dies gilt zunächst für den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, dem auch in der Werteordnung der Verfassung des Freistaates Sachsen ein hohes Gewicht zukommt. Aus Art. 16 Abs. 1 Satz 1 SächsVerf kann daher eine Schutzpflicht des Staates folgen, die eine Risikovorsorge gegen Gesundheitsgefährdungen umfasst. 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.

bb) Es ist grundsätzlich 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 Einschätzung 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]). Dies ermöglicht es dem Gesetzgeber, bei seiner Wahl für ein Schutzkonzept auch Interessen zu berücksichtigen, die gegenläufig zu dem von ihm verfolgten Gemeinwohlziel sind und so eine Lösung durch Zuordnung und Abwägung kollidierender Rechtsgüter zu entwickeln. Dies hat der Gesetzgeber auch grundsätzlich in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise dadurch getan, dass er für Gaststätten das allgemeine Rauchverbot mit der Möglichkeit verbunden hat, in abgetrennten Nebenräumen das Rauchen zu gestatten, sofern diese als Räume gekennzeichnet sind, in denen das Rauchen zugelassen ist. Dadurch wird es ermöglicht, die Umsatzeinbußen zu mindern und zugleich den Eingriff in die Berufsfreiheit der Gastwirte abzumildern, ohne dass der Gesetzgeber zugleich sein Schutzziel aufgeben müsste. Wie auch der Sächsische Staatsminister der Justiz in seiner Stellungnahme hervorhebt, hat sich der Gesetzgeber für ein Schutzkonzept entschieden, das insbesondere den kollidierenden Interessen der Gaststättenbetreiber Rechnung trägt. In der Gesetzesbegründung zu § 3 SächsNSG (ursprünglich § 4 SächsNSG-E – Drs. 4/8621) wird insoweit eingangs ausgeführt, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Ausnahmen vom allgemeinen Rauchverbot im Hinblick auf bestimmte Personen und Personengruppen erfordere. Vor diesem Hintergrund seien auch generelle Ausnahmen in Gaststätten zugelassen. Der Gesetzgeber hat sich also aufgrund eigener Wertungs- und Gestaltungsentscheidungen für eine Konzeption des Nichtraucherschutzes entschieden, die das Schutzziel nicht unbedingt verfolgt, sondern mit Rücksicht auf kollidierende Interessen einen eingeschränkten Schutz als hinreichend ansieht.

cc) Unter Zugrundelegung dieses gesetzgeberischen Regelungskonzepts erweist sich das allgemeine Rauchverbot für die Betreiber kleiner Ein-Raum-Gaststätten jedoch als unzumutbar.

Diese Betriebe unterscheiden sich nicht nur durch eine geringe Zahl von Sitzplätzen sowie das vorwiegend an Getränken und weniger an Speisen ausgerichteten Angebot

von den übrigen Gaststätten, sondern auch durch die besondere Gästestruktur. Solche Gaststätten sprechen überwiegend Stammgäste an, unter denen sich wiederum eine vergleichsweise große Zahl von Rauchern befindet. Da die Betreiber solcher Gaststätten aufgrund der begrenzten räumlichen Kapazitäten regelmäßig keine Raucherräume anbieten können, verlieren ihre Lokale für den von ihnen vorwiegend angesprochenen Kundenkreis der rauchenden Gäste erheblich an Attraktivität. Es ist daher zu erwarten, dass zahlreiche Raucher solche Gaststätten, bei denen sie ihren Aufenthalt nicht mit Tabakrauchen verbinden können, entweder nicht mehr aufsuchen oder aber die Dauer ihres Besuchs deutlich verkürzen werden. Zudem liegt die Annahme nahe, dass durch die Zulassung von getrennten Raucherräumen weitere Gäste, die auf das Rauchen nicht verzichten wollen, sich von den kleinen Gaststätten abwenden und nun größere Gaststätten mit den Raucherräumen besuchen. Die damit einhergehenden Umsatzrückgänge werden durch unterschiedliche Stellungnahmen belegt (vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08). Gemessen an den Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsentscheidungen, die der Konzeption des Nichtraucherschutzes im vorliegenden Fall zugrunde liegen, ist es den Gastwirten der Kleingastronomie nicht zuzumuten, diese besonderen Belastungen, die für sie durch dieses Regelungskonzept geschaffen werden, hinzunehmen. Vielmehr führt das vom Gesetzgeber vorgesehene Regelungskonzept dazu, dass größere Gaststätten Rauchern wie Nichtrauchern gleichermaßen ihre Leistungen anbieten können, wohingegen kleine Gaststätten, wenn Nebenräume nicht verfügbar sind und auch nicht geschaffen werden können, erhebliche Umsatzeinbußen aufgrund des Wegbleibens ihrer typischen Klientel hinnehmen müssen (vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08). Aufgrund dieser ungleichen Gewichtung führt das Rauchverbot für die Betreiber von kleinen Gaststätten, die von der Ausnahme keinen Gebrauch machen können, zu einer erheblich stärkeren wirtschaftlichen Belastung als für die Betreiber größerer Lokale. Nur letztere vermögen ihre Angebote durch die Ausweisung von Raucherräumen attraktiver zu gestalten. Für Betriebe der Kleingastronomie können sich hingegen die Nachteile, die mit dem speziell für sie geltenden absoluten Rauchverbot verbunden sind, in existenzbedrohenden Umsatzrückgängen niederschlagen. Das Ausmaß der die Betreiber von Ein-Raum-Gaststätten hiernach treffenden Belastungen steht dann aber nicht mehr in einem zumutbaren Verhältnis zu den Vorteilen, die der Gesetzgeber mit seinem Konzept für die Allgemeinheit erstrebt. Dies gilt umso mehr, als bei der gewählten Konzeption für die Ausgestaltung des Nichtraucherschutzes gerade die Berücksichtigung auch der Interessen der Kleingastronomie folgerichtig gewesen wäre, weil diese von dem Rauchverbot in den Gaststätten ohnehin besonders nachteilig betroffen ist. Durch das vom Gesetzgeber gewährte Regelungskonzept wird im Gegenteil noch eine zusätzliche Ursache für die Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation der genannten Gastwirte geschaffen. Die gewählte Konzeption und Ausgestaltung trägt somit entscheidend dazu bei, dass sich die wirtschaftliche Lage der Kleingastronomie noch weiter verschlechtern wird. Die Betreiber müssen nicht nur die Verluste wegen des Wegbleibens der Raucher hinnehmen, die jetzt auf einen Gaststättenbesuch völlig verzichten oder ihren Aufenthalt verkürzen; sie sind vielmehr zusätzlich noch durch die Abwanderung der Gäste belastet, die nunmehr Gaststätten mit Rau-

cherräume aufsuchen. Die gesetzliche Regelung verschärft so die Belastung kleiner Gaststätten, indem sie größeren Gaststätten, bei denen abgetrennte Raucherräume eingerichtet werden können, Vorteile im Wettbewerb um die Gäste verschafft (vgl. BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08).

Nach diesen Maßstäben haben die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführer zu 1) bis 7) vorliegend Erfolg. Sie gehören dem besonders benachteiligten Kreis der Betreiber kleiner Ein-Raum-Gaststätten an, denen aufgrund beschränkter räumlicher Kapazitäten nicht die Möglichkeit eröffnet ist, abgetrennte Raucherräume vorzuhalten. Da sie ihre Angebote mithin für rauchende Gäste nicht attraktiv zu gestalten vermögen, ist es mit Blick auf die von ihnen vorgetragenen Umsatzverluste nahe liegend, dass das gesetzgeberische Regelungskonzept zum Nichtraucherschutz in Gaststätten ihre wirtschaftliche Betätigung existenziell in Frage stellt. Ihre insoweit mit dem In-Kraft-Treten des Sächsischen Nichtraucherschutzgesetzes verbundene Schlechterstellung gegenüber Betreibern größerer Gaststätten mit der Möglichkeit, Raucherräume vorzuhalten, überschreitet die Grenze des Zumutbaren.

II.

Die Regelung in § 2 Abs. 2 Nr. 8 i.V.m. § 3 Nr. 3 SächsNSG berührt weder Art. 31 Abs. 1 SächsVerf noch Art. 32 Abs. 1 SächsVerf (vgl. auch BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08). Die Gastronomen werden durch das allgemeine Rauchverbot und die in § 4 SächsNSG normierten Handlungsgebote im Bereich ihrer erwerbswirtschaftlichen Betätigung in die Pflicht genommen, das staatliche Ziel eines wirksamen Gesundheitsschutzes zu unterstützen. Indem das Sächsische Nichtraucherschutzgesetz den Betreibern bestimmte Verbote und Verhaltenspflichten auferlegt, regelt es schwerpunktmäßig ihre gewerbliche Tätigkeit und nicht die Ausübung von Eigentümerbefugnissen.

C.

Die verfassungsrechtlichen Mängel führen nicht zur Nichtigkeit des § 2 Abs. 2 Nr. 8 SächsNSG, sondern nur zur Feststellung seiner Unvereinbarkeit mit Art. 28 Abs. 1 SächsVerf. Zwar sieht § 31 Abs. 3 Satz 1 SächsVerfGHG grundsätzlich vor, dass ein erfolgreich mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenes Gesetz für nichtig zu erklären ist. Eine Nichtigerklärung ist aber dann nicht angezeigt, wenn der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten hat, den festgestellten Verfassungsverstoß zu beseitigen (vgl. BVerfG, Urteil von 30. Juli 2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08).

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die verfassungswidrige Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit der Betreiber kleiner Ein-Raum-Gaststätten kann der Gesetzgeber in Wahrnehmung seiner Gestaltungsfreiheit auf unterschiedliche Weise beheben. Es steht ihm zum einen frei, das derzeit im Hinblick auf Gaststätten verfolgte Schutzkonzept auszudifferenzieren oder zu ändern und daran orientiert eine – alle Eingriffskonstellationen berücksichtigende – verhält-

nismäßige Nichtraucherschutzregelung zu treffen. Darüber hinaus verbleiben ihm selbst dann verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten, wenn er am gegenwärtigen relativierten Konzept des Nichtraucherschutzes festhält; ihm obliegt dann insbesondere, die Voraussetzungen der gebotenen Freistellung der Ein-Raum-Gaststätten vom Rauchverbot unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu konkretisieren.

Bis zu einer verfassungsgemäßen Neuregelung, die der Landtag innerhalb eines dem Verfassungsgerichtshof angemessen erscheinenden Zeitraums bis zum 31. Dezember 2009 zu treffen hat, bleibt die angegriffene Regelung weiterhin anwendbar. Hierdurch kann in der Zwischenzeit das mit dem Sächsischen Nichtraucherschutzgesetz verfolgte Gemeinwohlziel verwirklicht werden. Allerdings ist es wegen der schwerwiegenden Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit von Betreibern kleiner Ein-Raum-Gaststätten geboten, eine Vollstreckungsanordnung gemäß § 10 Abs. 1 SächsVerfGHG i.V.m. § 35 BVerfGG zu erlassen (vgl. dazu SächsVerfGH, JbSächsOVG 8, 17 [36]), die sowohl die Belange der Grundrechtsträger zu berücksichtigen als auch die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers zu wahren hat. Danach ist zur Vermeidung erheblicher wirtschaftlicher Nachteile anzuordnen, dass das in § 2 Abs. 2 Nr. 8 SächsNSG geregelte allgemeine Rauchverbot dahin eingeschränkt wird, dass in Ein-Raum-Gaststätten mit weniger als 75 qm Gastfläche und ohne abgetrennten Nebenraum, zu denen Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr keinen Zutritt erhalten, der Gaststättenbetreiber das Rauchen gestatten darf, wenn die Gaststätte am Eingangsbereich in deutlich sichtbarer Weise als Rauchergaststätte, zu der Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr keinen Zutritt haben, gekennzeichnet ist.

Mit einer Anknüpfung an der bestimmten Größe der Gastfläche, also dem Bereich, in dem Tische und Stühle für den Aufenthalt von Gästen bereit gehalten werden, wird dem Umstand Rechnung getragen, dass – wie auch in der Vereinbarung zwischen dem DEHOGA Bundesverband und dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung vom 1. März 2005 angenommen wird – in kleinen Gastronomiebetrieben mit einer Gastfläche von weniger als 75 qm eine Raumtrennung regelmäßig nicht sinnvoll ist. Bei typisierender Betrachtung sind es gerade deren Betreiber, für die sich das gesetzliche Regelungskonzept in unzumutbarer Weise auswirkt und zu deren Gunsten daher eine Freistellung vom Rauchverbot geboten erscheint. Unter Beachtung des in § 1 Satz 2 SächsNSG zum Ausdruck kommenden Gesetzeszwecks wird die Freistellung davon abhängig gemacht, dass Kindern und Jugendlichen kein Zutritt zu den Ein-Raum-Gaststätten gewährt werden darf. Diese auch von den Beschwerdeführern aufgegriffene Begrenzung stellt sich nicht deswegen als schutzkonzeptwidrig dar, weil diesem Personenkreis der Aufenthalt in abgetrennten Raucherräumen nach § 3 Nr. 3 SächsNSG gestattet ist. Die hier zu beurteilende Situation weist die Besonderheit auf, dass Kinder und Jugendliche in einer vom Rauchverbot freigestellten Ein-Raum-Gaststätte unausweichlich den Tabakrauchbelastungen ausgesetzt würden, wohingegen ihnen in größeren Gaststätten mit Raucherräumen die Möglichkeit verbleibt, sich in den rauchfreien Räumlichkeiten aufzuhalten. Schließlich sind die Gäste im Eingangsbereich der Ein-Raum-Gaststätte deutlich sichtbar darauf hinzuweisen, dass in den Räumlichkeiten geraucht werden darf. Von darüber hinaus gehenden Einschränkungen der Vollstreckungsanordnung nimmt der Verfassungsgerichtshof Abstand, weil sie unter Berücksichtigung des gesetzlichen Schutzkonzepts nicht angezeigt sind oder dazu führen könnten, dass vorliegend Gastwirte mit bestimmten Betriebsformen von der Freistellung ausgenommen würden, bei denen ebenfalls die Grenze der Zumutbarkeit überschritten ist.

D.

Der Verfassungsgerichtshof hat über die Verfassungsbeschwerden nach § 30 Abs. 7 Satz 1 SächsVerfGHG ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss (§ 10 Abs. 1 SächsVerfGHG i.V.m. § 25 Abs. 2 BVerfGG) entschieden.

E.

Die Entscheidung ergeht nach § 16 Abs. 1 Satz 1 SächsVerfGHG kostenfrei. Der Freistaat Sachsen hat den Beschwerdeführern zu 1) bis 7) gemäß § 16 Abs. 3 SächsVerfGHG jeweils ihre notwendigen Auslagen zu erstatten.

F.

Mit der Entscheidung über die Verfassungsbeschwerden erledigt sich die mit Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 27. März 2008 erlassene und mit Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 24. September 2008 wiederholte einstweilige Anordnung; sie tritt damit außer Kraft.

gez. Munz	gez. Rühmann	gez. Grünberg
gez. Hagenloch	gez. Knoth	gez. Lips
gez. v. Mangoldt	gez. Oldiges	gez. Trute