



Verwaltungsgericht Hamburg

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache
xxx

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigter:
Xxxx

g e g e n

die Freie und Hansestadt Hamburg,

- Beklagte -

hat das Verwaltungsgericht Hamburg, Kammer 4, am 10. August 2011 durch

die Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgericht xxx,
die Richterin am Verwaltungsgericht xxx,
den Richter xxx,
die ehrenamtliche Richterin xxx,
den ehrenamtlichen Richter xxx

beschlossen:

1. Das Verfahren wird ausgesetzt.

2. Es wird die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu der Frage eingeholt, ob § 2 Abs. 4 des Hamburgischen Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit (Hamburgisches Passivraucherschutzgesetz – HmbPSchG) vom 11. Juli 2007 (HmbGVBl. 2007, S. 211), zuletzt geändert am 15. Dezember 2009 (HmbGVBl. S. 506) mit Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar ist, soweit nach dieser Regelung Gaststätten, die zubereitete Speisen anbieten bzw. über

eine entsprechende Erlaubnis nach § 3 des Gaststättengesetzes in der Fassung vom 20. November 1998 (BGBl. I S. 3419), zuletzt geändert am 7. September 2007 (BGBl. I S. 2246, 2257), verfügen, anders als Schankwirtschaften (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GastG), keine abgeschlossenen Räume einrichten dürfen, in denen das Rauchen gestattet ist.

Gründe:

Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass sie einen abgeschlossenen Raucherraum in ihrer Speisewirtschaft betreiben darf.

Die Klägerin erhielt am 28. März 2001 die gaststättenrechtliche Erlaubnis zum Betrieb einer Schank- und Speisewirtschaft mit dem Ausschank von Getränken aller Art und der Abgabe von Speisen für die Gaststätte xxx, Hamburg. Diese Erlaubnis wurde für eine Gaststube (70 m²), einen Clubraum (32,94 m²) und eine Terrasse (30 m²) sowie sieben Nebenräume (u.a. Küche und Toiletten) erteilt. Die Gaststätte ist Bestandteil des sog. Autohofes xxx bei der Ausfahrt Hamburg-xxx der Bundesautobahn 7. Dieser Autohof dient in erster Linie als Ruhepunkt für Lkw-Fahrer. Es befinden sich dort neben der Gaststätte ein Parkplatz mit Stellflächen für Lkw, eine Tankstelle sowie Duschen und Toiletten für die Übernachtenden.

Die Gaststätte ist so aufgebaut, dass man durch den Haupteingang den großen Schankraum (Gaststube) erreicht. Gegenüber dem Haupteingang befindet sich der Tresen, außerdem sind Tische und Stühle aufgebaut. Die Küche und ein Verwaltungsraum sind hinter dem Tresen durch einen Durchgang zu erreichen. Die Toiletten befinden sich – vom Eingang aus gesehen – links von der Gaststube. An der rechten Wand der Gaststube gibt es eine Glastür, die die Gaststube mit einem zweiten Gastraum mit Tischen und Stühlen (Clubraum) verbindet. Dieser Clubraum hat eine Tür zur Terrasse, die ebenfalls von Gästen genutzt werden kann und die auch vom Haupteingang der Gaststätte zu erreichen ist.

Mit Schreiben vom 15. Juni 2010 beantragte die Klägerin bei der Beklagten für die gesamte Gaststätte eine Ausnahmegenehmigung vom Rauchverbot des § 2 Abs. 1 Nr. 9 HmbPSchG. Hilfsweise beantragte sie die Genehmigung, den Clubraum neben der

Gaststube als Raucherraum ausweisen und nutzen zu dürfen. Zur Begründung führte sie aus, dass der Clubraum den Erfordernissen des § 2 Abs. 3 des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes in seiner ursprünglichen Fassung vom 11. Juli 2007 genüge und dementsprechend bis zur Änderung des Gesetzes Ende 2009 als abgeschlossener Raucherraum genutzt worden sei.

Eine Ausnahmegenehmigung sei erforderlich, weil die Gaststätte weit überwiegend von Lkw-Fahrern frequentiert werde. Deren Bestellungen würden etwa 80 % des Gesamtumsatzes ausmachen. Dabei handele es sich um eine weitgehend homogene Gruppe. Zwischen 95 % und 100 % der Lkw-Fahrer seien Raucher. Dies würde zumindest die Erfahrung aus etwa 30 Jahren Betrieb des Autohofes zeigen. Die Lkw-Fahrer würden den Autohof als Ruhezone ansehen und hätten die Erwartung, in den Gasträumen des Autohofes rauchen zu dürfen. Schon bei Einführung der ursprünglichen Fassung des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes sei es bei den Lkw-Fahrern zu Verärgerung und infolgedessen zu Umsatzeinbußen von bis zu 20 % gekommen. Das komplette Rauchverbot in Speisewirtschaften nach der neuen Fassung des Passivraucherschutzgesetzes bedrohe sie in ihrer wirtschaftlichen Existenz. Es seien Umsatzeinbußen von etwa 60 % zu erwarten. Die Kundschaft der Lkw-Fahrer würde komplett wegbrechen.

Dieser Umstand werde dadurch verschärft, dass die Gesetzeslage in den umliegenden Bundesländern die Einrichtung von Raucherräumen erlaube. Da die Lkw-Fahrer recht mobil seien, sei mit einem Ausweichen auf Autohöfe im niedersächsischen und schleswig-holsteinischen Umland zu rechnen. Ohne die Kundschaft der Lkw-Fahrer sei der Autohof nicht mehr rentabel zu betreiben. Infolgedessen müsste sie den Betrieb aufgeben. Dieser Zustand stelle einen Eingriff in Art. 14 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG dar. Das geänderte Hamburgische Passivraucherschutzgesetz sei schon deshalb verfassungswidrig, weil es keine Möglichkeit der Ausnahmegenehmigung für Speisegaststätten vorsehe, so dass eine fallbezogene Abwägung im Einzelfall nicht möglich sei. Eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes müsse dazu führen, dass eine Ausnahmegenehmigung auch ohne das Vorliegen einer entsprechenden einfachgesetzlichen Regelung erteilt werden könne.

In einer eidesstattlichen Versicherung vom 8. Juli 2010 erklärte die Klägerin, dass sie etwa 80 % ihres Umsatzes mit Lkw-Fahrern mache. Der Anteil der Raucher unter den Lkw-Fahrern betrage nach ihrer dreißigjährigen Berufserfahrung fast 100 %. Ohne Ausnahme vom Rauchverbot wäre sie gezwungen, den Betrieb des Autohofes einzustellen.

Mit Bescheid vom 23. Juli 2010 lehnte die Beklagte den Antrag auf Erteilung einer Ausnahmegenehmigung ab. Zur Begründung führte sie aus, dass nach § 2 Abs. 1 Nr. 9 HmbPSchG das Rauchen in Gaststätten verboten sei. Die Gaststätte der Klägerin unterfalle diesem Rauchverbot. Es handele sich dabei um ein ausnahmsloses Verbot, so dass der Verwaltung kein Ermessensspielraum für eine Ausnahme zukomme. Die Einrichtung eines Raucherraumes sei für Speisewirtschaften im Rahmen des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes nicht vorgesehen. Da eine Ausnahmeregelung gesetzlich nicht vorgesehen sei, könne sie auch unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls nicht erteilt werden.

Dagegen erhob die Klägerin am 26. August 2010 Widerspruch. Zur Begründung trug sie ergänzend vor, dass der Gesetzgeber in Hamburg von einer einheitlichen Regelung des Nichtraucherschutzes in Form eines umfassenden Verbotes – wie es das Bundesverfassungsgericht für grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig erachtet habe – keinen Gebrauch gemacht habe. Auch sei zu beachten, dass in den angrenzenden Bundesländern eine andere Rechtslage bestehe. Das Hamburgische Passivraucherschutzgesetz könne nicht isoliert betrachtet werden. Vielmehr müssten die Wechselwirkungen mit den landesgesetzlichen Regelungen der umliegenden Bundesländer berücksichtigt werden. Vor diesem Hintergrund werde eine schematische Lösung nach dem Hamburgischen Passivraucherschutzgesetz den Besonderheiten des Falls nicht gerecht.

Mit Widerspruchsbescheid vom 23. November 2010, der Klägerin am 30. November 2010 zugestellt, wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Zur Begründung gab sie ergänzend an, dass es ausschließlich auf das geltende Recht in Hamburg ankomme. Die Rechtslage der angrenzenden Bundesländer sei unbeachtlich. Das Hamburgische Passivraucherschutzgesetz sei auch mit Verfassungsrecht vereinbar. Das Bundesverfassungsgericht habe wiederholt die vorrangige Bedeutung des

Gesundheitsschutzes und des gesundheitlichen Wohls der Gaststättenbesucher hervorgehoben. So habe das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 13. August 2008 (Az.: 1 BvR 2068/08) entschieden, dass es verfassungsrechtlich zulässig sei, den Betreiber einer Gaststätte für die Einhaltung des Rauchverbots verantwortlich zu machen. Es sei auch mit Art. 12 GG vereinbar, wenn Verstöße gegen diese Verantwortlichkeit als Ordnungswidrigkeit geahndet würden.

Am 30. Dezember 2010 hat die Klägerin Klage erhoben. Zur Begründung verweist sie auf das Vorbringen im Rahmen des Widerspruchsverfahrens.

Nachdem die Klägerin im Erörterungstermin vom 6. Juli 2011 die Klage insoweit zurückgenommen hat, als sie die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung für die gesamte Gaststätte begehrt und im Übrigen mit Schriftsatz vom 11. Juli 2011 die Klage umgestellt hat (Bl. 66 d. A.), beantragt sie nunmehr,

festzustellen, dass die Klägerin berechtigt ist, den räumlich abgeschlossenen Gastraum vom Eingang gesehen rechts neben dem Schankraum der Gaststätte „xxx“, xxx, Hamburg, als Raucherraum auszuweisen und zu betreiben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung verweist sie auf die Begründung der angegriffenen Bescheide.

Am 5. April 2011 hat die zuständige Referentin des damals als Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und Verbraucherschutz bezeichneten Landesministeriums dem Gericht mitgeteilt, dass die Änderung des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes im Jahre 2009 Ausdruck eines politischen Kompromisses im Anschluss an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juli 2008 gewesen sei. Eine Begründung für die Differenzierung zwischen Speisewirtschaften und Schankwirtschaften habe es zunächst nicht gegeben. Dann sei die Position entwickelt worden, dass sich in Restaurants vor allem Familien aufhalten würden und deshalb besonderer Schutz erforderlich sei. Außerdem würden sich Raucherräume nicht wirksam von anderen Räumen abtrennen

lassen. Eine Änderung des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes in naher Zukunft sei nicht geplant. Eine Ausnahmegenehmigung für die Klägerin komme wegen der zu großen Rechtsunsicherheit nicht in Betracht.

Die Beteiligten wurden darauf hingewiesen, dass das Gericht eine Vorlage des Verfahrens an das Bundesverfassungsgericht beabsichtigt (Bl. 39 d. A. inkl. Rückseite). Ihnen wurde hierzu die Möglichkeit der Stellungnahme gegeben. Das Gericht hat in dem Erörterungstermin vor Ort am 6. Juli 2011 die Gaststätte der Klägerin in Augenschein genommen. Wegen des Ergebnisses der Inaugenscheinnahme wird auf das Protokoll des Erörterungstermins verwiesen.

Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 11. Juli 2011 (Bl. 71 d. A.) und die Beklagte hat mit Schreiben vom 21. Juni 2011 (Bl. 43 d.A.) auf eine mündliche Verhandlung verzichtet.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Sachakte der Beklagten, die dem Gericht vorgelegen hat, sowie die Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen.

II.

§ 2 Abs. 1 des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes lautet:

„Das Rauchen ist nach Maßgabe der Absätze 2 bis 7 verboten in

...

9. Einrichtungen, in denen Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden (Gaststätten), einschließlich Gaststätten, die in der Betriebsart Diskothek geführt werden ...“.

§ 2 Abs. 4 des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes lautet:

„In Gaststätten gemäß Absatz 1 Nummer 9, die keine zubereiteten Speisen anbieten und nicht über eine entsprechende Erlaubnis nach § 3 des Gaststättengesetzes in der Fassung vom 20. November 1998 (BGBl. I S. 3419), zuletzt geändert am 7. September

2007 (BGBl. I S. 2246, 2257), verfügen, können abgeschlossene Räume eingerichtet werden, in denen das Rauchen gestattet ist. Voraussetzung hierfür ist, dass

1. diese Räume baulich so wirksam abgetrennt werden, dass eine Gefährdung anderer durch Passivrauchen ausgeschlossen wird und die Raucherräume belüftet werden,
2. der Zutritt Personen unter 18 Jahren verwehrt ist und
3. diese Räume nicht größer sind als die übrige Gastfläche.“

III.

Das Verfahren ist gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Satz 1 GG und § 80 BVerfGG auszusetzen und es ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu der Frage einzuholen, ob die gesetzliche Regelung des § 2 Abs. 4 HmbPSchG mit Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar ist, soweit nach dieser Regelung Gaststätten, die zubereitete Speisen anbieten bzw. über eine entsprechende Erlaubnis nach § 3 des Gaststättengesetzes in der Fassung vom 20. November 1998 (BGBl. I S. 3419), zuletzt geändert am 7. September 2007 (BGBl. I S. 2246, 2257), verfügen, anders als Schankwirtschaften, keine abgeschlossenen Räume einrichten dürfen, in denen das Rauchen gestattet ist.

Die Voraussetzungen für eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht (vgl. § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG) liegen vor:

1. Die Vorlage erfolgt an das Bundesverfassungsgericht, weil eine Vorlage an das Hamburgische Verfassungsgericht gemäß Art. 64 Abs. 2 der Hamburgischen Verfassung nicht in Betracht kommt. Die Hamburgische Verfassung sieht keinen Grundrechtskatalog vor, so dass kein Verstoß des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes gegen die Hamburgische Verfassung ersichtlich ist.
2. Die Beteiligten haben Gelegenheit gehabt, zu einer Vorlage an das Bundesverfassungsgericht Stellung zu nehmen und sind mit dieser einverstanden.

Über die Vorlage hat das Gericht ohne mündliche Verhandlung entschieden, weil die Beteiligten gemäß § 101 Abs. 2 VwGO ihr Einverständnis mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren erklärt haben. Insoweit ergeht der Vorlagebeschluss in einem Verfahrensstadium, in dem das Gericht eine sachliche Entscheidung zu treffen hat und in dem es daher auch auf die Gültigkeit der zur Prüfung gestellten Norm ankommt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.7.1979, BVerfGE 51, 401).

Der Vorlagebeschluss ist in der Kammerbesetzung mit drei Berufsrichtern und zwei ehrenamtlichen Richtern getroffen worden (vgl. § 5 Abs. 3 Satz 1 VwGO), da auch die Sachentscheidung im vorliegenden Verfahren in voller Spruchkörperbesetzung zu treffen ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.7.2010, 2 BvL 21/08, juris).

3. Darüber hinaus ist die Verfassungsmäßigkeit des § 2 Abs. 4 HmbPSchG entscheidungserheblich:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann ein Gericht eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Vorschrift nach Art. 100 Abs. 1 GG nur einholen, wenn es zuvor die Entscheidungserheblichkeit der Vorschrift sorgfältig geprüft hat (vgl. BVerfG, Beschl. v. 16.12.2010, 2 BvL 16/09, juris, Rn. 22, m.w.N.). Das vorliegende Gericht muss hierzu mit hinreichender Deutlichkeit darlegen, dass es im Falle der Gültigkeit der für verfassungswidrig gehaltenen Rechtsvorschrift zu einem anderen Ergebnis kommen würde als im Falle ihrer Ungültigkeit und wie es dieses Ergebnis begründen würde (vgl. BVerfG, Beschl. v. 6.11.1957, BVerfGE 7, 171, 173 f.; Beschl. v. 28.5.2008, BVerfGE 121, 233, 237 f.).

Gemessen an diesem Maßstab ist die Verfassungsmäßigkeit der Differenzierung zwischen Speise- und Schankwirtschaften (vgl. zur Legaldefinition § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GastG) gemäß § 2 Abs. 4 HmbPSchG entscheidungserheblich. Die Entscheidung über die Feststellungsklage im Ausgangsverfahren, ob die Klägerin in ihrer Gaststätte einen abgeschlossenen Raucherraum betreiben darf, hängt davon ab, ob die Differenzierung des § 2 Abs. 4 HmbPSchG zwischen Speise- und Schankwirtschaften verfassungswidrig oder verfassungsgemäß ist:

a) Wenn § 2 Abs. 4 HmbPSchG verfassungskonform ist, dann ist die Klage abzuweisen. Gemäß § 2 Abs. 4 HmbPSchG dürfen lediglich in Gaststätten gemäß Absatz 1 Nummer 9, die keine zubereiteten Speisen anbieten und nicht über eine entsprechende Erlaubnis nach § 3 des Gaststättengesetzes in der Fassung vom 20. November 1998 (BGBl. I S. 3419), zuletzt geändert am 7. September 2007 (BGBl. I S. 2246, 2257), verfügen, also in Schankwirtschaften, abgeschlossene Räume eingerichtet werden, in denen das Rauchen gestattet ist.

In der Gaststätte der Klägerin, in der sie mit der entsprechenden Erlaubnis gemäß § 3 GastG zubereitete Speisen anbietet, würde danach das Rauchverbot absolut gelten. Einen abgeschlossenen Raucherraum dürfte sie nicht betreiben.

b) Ist § 2 Abs. 4 HmbPSchG hingegen verfassungswidrig, dann besteht für die Klägerin zumindest die Chance, eine für sie günstigere Regelung durch den Gesetzgeber und damit einen Erfolg der Feststellungsklage zu erreichen. Die Feststellungsklage ist nämlich zulässig [aa]) und bis auf die Tatsache, dass die Klägerin eine Speise- und keine Schankwirtschaft betreibt, begründet [bb]). Zwar würde die Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 4 HmbPSchG nicht unmittelbar dazu führen, dass die Klägerin einen abgeschlossenen Raucherraum in ihrer Speisewirtschaft einrichten dürfte [cc]). Jedoch genügt in den Fällen des gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlusses die Chance, eine günstigere Regelung zu erreichen, für die Entscheidungserheblichkeit der Vorlage [dd]). Davon unabhängig besteht die hohe Wahrscheinlichkeit, dass das Bundesverfassungsgericht im Fall der Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 4 HmbPSchG eine Zwischenregelung zu Gunsten der Klägerin erlassen würde [ee]).

aa) Der Antrag der Klägerin im Ausgangsverfahren ist als allgemeine Feststellungsklage (vgl. § 43 Abs. 1 VwGO) statthaft. Die Klägerin begehrt die Feststellung eines konkreten Rechtsverhältnisses, nämlich dass sie nach den Vorschriften des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes berechtigt ist, in ihrer Gaststätte einen abgeschlossenen Raucherraum betreiben zu dürfen. Dabei handelt es sich nicht um die Klärung einer abstrakten Rechtsfrage, da die Klägerin beabsichtigt, sobald es ihr gesetzlich erlaubt ist, einen abgeschlossenen Raucherraum in ihrer Gaststätte zu betreiben.

Sie hat auch ein Feststellungsinteresse, weil ihr nicht zuzumuten ist, einen abgeschlossenen Raucherraum zu betreiben und ein Ordnungswidrigkeiten-Verfahren gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 4 HmbPSchG abzuwarten, um die Rechtmäßigkeit des Betriebs eines solchen Raumes überprüfen zu lassen (vgl. OVG Münster, Urt. v. 31.1.1996, 13 A 6644/95, juris, m.w.N.).

Die allgemeine Feststellungsklage ist schließlich nicht subsidiär gegenüber einer Gestaltungs- oder Leistungsklage (vgl. § 43 Abs. 2 VwGO), da weder eine Gestaltungs- noch eine Leistungsklage in Betracht kommt. Insbesondere ist eine Verpflichtungsklage auf Erteilung einer Erlaubnis für die Einrichtung und den Betrieb eines abgeschlossenen Raucherraums nicht statthaft, weil das Hamburgische Passivraucherschutzgesetz eine solche gesonderte Erlaubnis nicht vorsieht (vgl. § 2 Abs. 4 HmbPSchG).

bb) Die drei Bedingungen des § 2 Abs. 4 Nr. 1-3 HmbPSchG werden von der Klägerin erfüllt. Voraussetzung für die Einrichtung eines abgeschlossenen Raucherraums ist danach, dass erstens diese Räume baulich so wirksam abgeschlossen werden, dass eine Gefährdung anderer durch Passivrauchen ausgeschlossen wird und die Raucherräume belüftet werden [(1)], zweitens der Zutritt Personen unter 18 Jahren verwehrt ist [(2)] und drittens diese Räume nicht größer sind als die übrige Gastfläche [(3)]. Außerdem würde die Klägerin der Hinweispflicht des § 3 HmbPSchG genügen [(4)].

(1) Der als abgeschlossener Raucherraum geplante Clubraum in der Gaststätte der Klägerin wird sowohl durch eine Lüftungsanlage als auch durch eine Terrassentür belüftet.

Außerdem ist er baulich so wirksam abgeschlossen, dass eine Gefährdung anderer durch Passivrauchen ausgeschlossen wird. Im Rahmen des Ortstermins am 6. Juli 2011 hat sich zwar ergeben, dass der Clubraum nicht durchgehend durch eine Mauer, sondern auch durch eine Glastür und ein Glasfenster, die beide kleine Spalten aufweisen, von der Gaststube abgeschlossen ist. Die Klägerin hat aber - von der Beklagten nicht widersprochen - erklärt, dass bei entsprechender Einstellung der Belüftungsanlage trotz dieser kleinen Spalten in der Glastür und dem Glasfenster kein Rauch in die Gaststube dringen würde, wenn im Clubraum geraucht würde. Dies gelte auch dann, wenn die Glastür zum Hauptraum geöffnet werde, zum Beispiel um Speisen in den geplanten

Raucherraum zu bringen oder wenn Gäste aus dem geplanten Raucherraum zur Toilette gehen würden. Auch in diesen Fällen würde die Entlüftungsanlage dafür sorgen, dass der Rauch nicht in die Gaststube gelangen, sondern nach außen hin abgesaugt würde.

Dafür, dass eine baulich wirksame Abtrennung des geplanten Raucherraums vorliegt, spricht auch, dass - nach übereinstimmenden Angaben der Klägerin und der Beklagten - letztere den abgeschlossenen Raucherraum, den die Klägerin seit Inkrafttreten des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes im Jahre 2007 bis zur Änderung der Gesetzeslage am 31. Dezember 2009 gemäß des damals gültigen § 2 Abs. 3 des Passivraucherschutzgesetzes a.F. in der noch heute bestehenden Ausstattung betrieben hat, nicht beanstandete (vgl. Bl. 62 d.A.).

Davon unabhängig hat die Beklagte im Erörterungstermin am 6. Juli 2011 zugesichert, dass sie sich bereit erklären würde, einen Termin mit der Klägerin durchzuführen, bei dem genau überprüft wird, ob und ggf. welche weiteren baulichen Maßnahmen zur Sicherstellung der Voraussetzungen des § 2 Abs. 4 Nr. 1 HmbPSchG erforderlich sein würden, wenn die Einrichtung eines gesonderten Raucherraums in einer Speisewirtschaft gesetzlich möglich sein sollte. Die Klägerin hat zugesichert, eventuell notwendige zusätzliche Baumaßnahmen durchzuführen, um eine wirksame bauliche Trennung sicherzustellen.

Schließlich ist in der Gaststätte der Klägerin kein nichtrauchender Gast gezwungen, den geplanten Raucherraum zu durchqueren. Sowohl die Terrasse als auch die Toiletten lassen sich ohne Durchquerung des Clubraums erreichen.

(2) Die Klägerin hat im Erörterungstermin am 6. Juli 2011 versichert, dass das Bedienungspersonal die Kontrolle des Zugangs in den geplanten Raucherraum nur für Personen über 18 Jahren gemäß § 2 Abs. 4 Nr. 2 HmbPSchG sicherstellen würde.

(3) Der als Raucherraum geplante Clubraum ist mit 32,94 m² nicht größer als die übrige Gastfläche, da allein die Gaststube 70 m² misst.

(4) Auch der Hinweispflicht des § 3 HmbPSchG wird die Klägerin gemäß ihrer von der Beklagten nicht in Zweifel gezogenen Angaben im Erörterungstermin nachkommen. Sie

wird für den Fall des Betriebs eines abgeschlossenen Raucherraums ein deutlich sichtbares Hinweisschild im Clubraum anbringen, dass es sich um einen Raucherraum handelt und der Zugang Personen unter 18 Jahren verwehrt ist. Ein solches Hinweisschild hatte sie bereits vor der Änderung des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes Ende 2009 im Clubraum angebracht.

cc) Zwar würde die Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 4 HmbPSchG aus zwei Gründen nicht unmittelbar dazu führen, dass die Klägerin einen abgeschlossenen Raucherraum in ihrer Speisewirtschaft einrichten dürfte. Zum Einen würde das Bundesverfassungsgericht § 2 Abs. 4 HmbPSchG nicht für nichtig erklären, weil der Landesgesetzgeber bei dem Verstoß eines Gesetzes gegen Art. 3 Abs. 1 GG mehrere Möglichkeiten hat, um den Verstoß abzustellen (vgl. BVerfG, Ur. v. 30.7.2008, BVerfGE 121, 317, 373). So könnte sich der Landesgesetzgeber vorliegend sowohl für ein ausnahmsloses Rauchverbot als auch für ein kohärentes, folgerichtig ausgestaltetes System von Ausnahmen zum Rauchverbot entscheiden (vgl. BVerfG, Ur. v. 30.7.2008, BVerfGE 121, 317, 374). Deshalb würde das Bundesverfassungsgericht lediglich die Unvereinbarkeit der Regelung mit dem Grundgesetz feststellen, kombiniert mit einer Frist, bis zu deren Ablauf eine verfassungskonforme Neuregelung durch den Landesgesetzgeber zu erfolgen habe.

Zum Anderen würde sich die Verfassungswidrigkeit der Differenzierung des § 2 Abs. 4 HmbPSchG zwischen Speise- und Schankwirtschaften wegen der hohen Bedeutung des Gesundheitsschutzes aller Voraussicht nach nicht auf das grundsätzliche Rauchverbot in Gaststätten gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 9 HmbPSchG auswirken (vgl. BVerfG, Ur. v. 30.7.2008, BVerfGE 121, 317, 376).

dd) Jedoch genügt es für die Entscheidungserheblichkeit in diesem Fall des gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlusses, dass die Differenzierung zwischen Speise- und Schankwirtschaften gemäß § 2 Abs. 4 HmbPSchG verfassungswidrig ist.

Im Fall eines gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlusses ist die Entscheidungserheblichkeit nämlich in der Regel bereits gegeben, wenn das Bundesverfassungsgericht die Unvereinbarkeit der gleichheitswidrigen Regelung mit dem Grundgesetz feststellt (BVerfG, Beschl. v. 31.1.1996, BVerfGE 93, 386, 395 m.w.N.; Wernsmann in: Ehlers/Schoch, Rechtsschutz im öffentlichen Recht, Berlin, 2009, § 16,

Rn. 64 ff., m.w.N). Denn in diesen Fällen hält die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der zur Prüfung gestellten Bestimmung dem Kläger die Chance offen, eine für ihn günstigere Regelung durch den Gesetzgeber zu erreichen (BVerfG, Beschl. v. 31.1.1996, BVerfGE 93, 386, 395 m.w.N.). Dabei genügt es, dass jedenfalls nicht auszuschließen ist, dass die Entscheidung des Gesetzgebers, wie er den gleichheitswidrigen Zustand beenden möchte - zumindest in einem gewissen Umfang - zu einer den Kläger im jeweiligen Ausgangsverfahren begünstigenden Regelung führen wird (BVerfG, Beschl. v. 31.1.1996, BVerfGE 93, 386, 395 m.w.N.). In Fällen des gleichheitswidrigen Begünstigungsausschlusses wird sich nämlich nur mit Schwierigkeiten klären lassen, ob eine - mehr als nur theoretische und daher offen zu haltende - Chance für den Betroffenen besteht, eine für ihn günstige Regelung durch den Gesetzgeber zu erreichen, unter anderem weil es stets um Mutmaßungen zum hypothetischen Willen des Gesetzgebers und um die Bewertung unterschiedlicher Wahrscheinlichkeitsgrade im Hinblick auf die Chance auf den Erlass einer begünstigenden Neuregelung geht (vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.4.2008, BVerfGE 121, 108, 116 m.w.N.). Auch um der Gefahr zu begegnen, dass die Gerichte und letztlich das Bundesverfassungsgericht durch ihre Einschätzung in den Bereich der Gesetzgebung übergreifen, ist daher jedenfalls in dieser Fallgruppe für die Zulässigkeit einer Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG darauf abzustellen, ob es ausgeschlossen ist, dass der Gesetzgeber eine für den Betroffenen günstige Regelung verabschieden wird (vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.4.2008, BVerfGE 121, 108, 116 m.w.N.). Solange der Gesetzgeber nicht aus Rechtsgründen oder aus offenkundigen tatsächlichen Gründen gehindert ist, eine für den jeweiligen Kläger des Ausgangsverfahrens günstige Regelung zu schaffen, ist von der Entscheidungserheblichkeit der Begünstigungsnorm für das Ausgangsverfahren auszugehen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 17.4.2008, BVerfGE 121, 108, 116 m.w.N.).

Vorliegend ist der Landesgesetzgeber weder aus Rechtsgründen noch aus offensichtlichen tatsächlichen Gründen daran gehindert, die Möglichkeit, im Rahmen des § 2 Abs. 4 HmbPSchG abgeschlossene Raucherräume in Gaststätten einzurichten, als Ausnahme vom grundsätzlichen Rauchverbot auch auf Speisewirtschaften zu erstrecken. Die Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 4 HmbPSchG würde der Klägerin die Chance offenhalten, eine für sie günstigere Regelung durch den Gesetzgeber zu erlangen.

ee) Davon unabhängig dürfte die Entscheidungserheblichkeit auch deshalb gegeben sein, weil es der Klägerin für den Übergangszeitraum bis zu einer Neuregelung durch den Landesgesetzgeber durch eine Zwischenregelung des Bundesverfassungsgerichts erlaubt sein könnte, einen abgeschlossenen Raucherraum, der den Voraussetzungen des § 2 Abs. 4 Nr. 1-3 HmbPSchG entspricht, zu betreiben. In dem vergleichbaren Fall, in dem Gaststätten in der Betriebsart „Diskothek“ von der Möglichkeit, einen abgeschlossenen Raucherraum einzurichten, ausgeschlossen waren, hat das Bundesverfassungsgericht zur Vermeidung weiterer erheblicher wirtschaftlicher Nachteile der Betroffenen eine Zwischenregelung getroffen. Danach durfte ein abgeschlossener Raucherraum, der die übrigen gesetzlichen Vorschriften erfüllt, auch in Gaststätten der Betriebsart „Diskothek“ eingerichtet werden, bis der Landesgesetzgeber den gleichheitswidrigen Zustand beendet hat (vgl. BVerfG, Ur. v. 30.7.2008, BVerfGE 121, 317, 377 f.). Wegen der vergleichbaren Interessenlage, insbesondere der drohenden wirtschaftlichen Nachteile der Klägerin, ist auch vorliegend eine solche Zwischenregelung denkbar.

c) Die Entscheidungserheblichkeit der Verfassungsmäßigkeit der Differenzierung zwischen Speise- und Schankwirtschaften gemäß § 2 Abs. 4 HmbPSchG entfällt nicht durch die Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 2 Abs. 4 HmPSchG dahingehend, dass auch in Speisewirtschaften abgeschlossene Raucherräume eingerichtet werden können, ist nämlich nicht möglich. Der eindeutige Wortlaut der Vorschrift schließt eine systematische, historische oder teleologische Interpretation, wonach auch in Speisewirtschaften abgeschlossene Raucherräume eingerichtet werden dürfen, aus. Gleiches gilt für eine Auslegung dahin, dass die Gaststätte der Klägerin nicht als Speisewirtschaft anzusehen ist, denn die Klägerin ist Inhaberin einer Erlaubnis vom 28. März 2001, wonach sie in der Gaststätte zubereitete Speisen anbieten darf.

Darüber hinaus gibt es auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber etwas Anderes habe regeln wollen und es sich bei der Differenzierung von Speise- und Schankwirtschaften eventuell um ein Redaktionsversehen gehandelt haben könnte. Die systematische Auslegung zeigt vielmehr, dass die Differenzierung zwischen Speise- und Schankwirtschaften auch in § 2 Abs. 3 Nr. 3 und Abs. 5 HmbPSchG vorgenommen wird und damit ein prägendes Merkmal der Änderung des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes zum 1. Januar 2010 darstellt. Außerdem ergibt sich im

Rahmen der historischen Auslegung aus den Gesetzesmaterialien zum Änderungsgesetz vom 15. Dezember 2009 (HmbGVBl. S. 506), dass der Gesetzgeber Speise- und Schankwirtschaften bewusst unterschiedlich behandeln wollte (vgl. Plenarprotokoll 19/42, Bürgerschaftssitzung vom 9.12.2009, S. 2623 und 2626, siehe Anlagenband).

4. Schließlich ist das vorliegende Gericht von der Verfassungswidrigkeit des § 2 Abs. 4 HmbPSchG überzeugt.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss das vorliegende Gericht die für seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit der Norm maßgeblichen Erwägungen nachvollziehbar und erschöpfend darlegen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.3.2011, 1 BvL 13/07, juris, m.w.N.). Es muss deutlich machen, mit welchem verfassungsrechtlichen Grundsatz die zur Prüfung gestellte Regelung seiner Ansicht nach nicht vereinbar ist und aus welchen Gründen es zu dieser Auffassung gelangt ist. Dabei muss es sich intensiv mit der einfachen Rechtslage auseinandersetzen, auf naheliegende tatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte eingehen und die in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Auffassungen ebenso verarbeiten wie die Entstehungsgeschichte der betreffenden Norm (vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.3.2011, 1 BvL 13/07, juris, m.w.N.).

Die Kammer ist der Ansicht, dass § 2 Abs. 4 HmbPSchG insoweit gegen Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, als danach in Speisewirtschaften anders als in Schankwirtschaften keine abgeschlossene Raucherräume eingerichtet werden dürfen:

a) Das Rauchverbot in Gaststätten gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 9 HmbPSchG ist ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Klägerin (vgl. BVerfG, Urte. v. 30.7.2008, BVerfGE 121, 317, 345 f.).

b) Dieser Eingriff ist vorliegend nicht gerechtfertigt, obwohl er auf der gesetzlichen Grundlage des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes erfolgt. Denn die Ausgestaltung der Ausnahme vom Rauchverbot gemäß § 2 Abs. 4 HmbPSchG, wonach die Einrichtung eines abgeschlossenen Raucherraums möglich ist, verstößt nach Auffassung der Kammer deshalb gegen Art. 3 Abs. 1 GG, weil im Hinblick auf diese Ausnahme Speisewirtschaften ohne sachliche Rechtfertigung anders als Schankwirtschaften behandelt werden:

aa) Zwar wäre ein ausnahmsloses Rauchverbot in Gaststätten verfassungsrechtlich zulässig. Auf der Grundlage der ihm zuzubilligenden Spielräume wäre der Gesetzgeber 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 (vgl. BVerfG, Urt. v. 30.7.2008, BVerfGE 121, 317, 357; Beschl. v. 2.8.2010, 1 BvR 1746/10, juris; zum absoluten Rauchverbot in Bayern: Bayrischer Verfassungsgerichtshof, Entscheidung v. 14.4.2011, Vf. 13-VII-08, juris).

bb) Etwas anderes ergibt sich aber dann, wenn der Gesetzgeber selbst Ausnahmen vom Rauchverbot zulässt. Denn ungeachtet der Anforderungen, die sich unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG ergeben, können Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit nur dann Bestand haben, wenn sie auch sonst in jeder Hinsicht verfassungsmäßig sind und insbesondere den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG beachten (vgl. BVerfG, Urt. v. 30.7.2008, BVerfGE 121, 317, 369).

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber gemäß der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfG, Urt. v. 30.7.2008, BVerfGE 121, 317, 369, m.w.N.). Damit ist dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung verwehrt. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich vielmehr je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.11.2006, BVerfGE 117, 1, 30, m.w.N.). Das Gleichheitsgrundrecht ist aber dann verletzt, wenn der Gesetzgeber eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu einer anderen Gruppe anders behandelt, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (vgl. BVerfG, Urt. v. 28.1.2003, BVerfGE 107, 133, 141, m.w.N.). Dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind dabei umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, namentlich auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte freie Berufsausübung, nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfG, Urt. 28.1.2003, BVerfGE 107, 133, 141, m.w.N.).

Dabei gilt der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG sowohl für ungleiche Belastungen als auch für ungleiche Begünstigungen. Verboten ist auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, bei dem eine Begünstigung einem Personenkreis gewährt, einem anderen Personenkreis aber vorenthalten wird (vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.6.2006, BVerfGE 116, 164, 180, m.w.N.).

An diesem Maßstab gemessen ist der generelle Ausschluss von Speisewirtschaften, von der Begünstigung des § 2 Abs. 4 HmbPSchG, also von der Möglichkeit abgeschlossene Raucherräume einzurichten, nicht gerechtfertigt:

(1) Die Differenzierung zwischen Schankwirtschaften und Speisewirtschaften bewirkt eine Ungleichbehandlung von Personengruppen. Die Regelung des § 2 Abs. 4 HmbPSchG führt dazu, dass die Betreiber von Speisewirtschaften - anders als die Betreiber von Schankwirtschaften - daran gehindert sind, für ihre Gäste Raucherräume einzurichten. Dies hat zur Folge, dass die Betreiber von Speisewirtschaften nicht in freier Ausübung ihres Berufs das Angebot ihrer Gaststätten auch für Raucher attraktiv gestalten können. Damit wirkt sich die Ungleichbehandlung nachteilig auf die Ausübung der grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit aus (vgl. BVerfG, Urt. v. 30.7.2008, BVerfGE 121, 317, 370).

(2) Für diese Ungleichbehandlung fehlt es an hinreichenden sachlichen Gründen:

(a) Der Antrag auf Änderung des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes vom 25. November 2009 (Bürgerschafts-Drs. 19/4713, siehe Anlagenband), mit dem die Differenzierung von Speise- und Schankwirtschaften in § 2 Abs. 4 HmbPSchG eingeführt wurde, enthält keine Begründung dieser Differenzierung (vgl. auch Becker, Rechtsgutachten zum Hamburgischen Passivraucherschutzgesetz, 5.3.2010, S. 13, n.v., siehe Anlagenband). In dem Antrag wird lediglich ausgeführt, dass das Bundesverfassungsgericht am 30. Juli 2008 entschieden habe, dass bei Ausnahmen von einem strikten, ausnahmslosen Rauchverbot in Gaststätten auch die Interessen der getränkegeprägten Kleingastronomie („Eckkneipen“) zu erfassen seien. Vor diesem Hintergrund sei das Hamburgische Passivraucherschutzgesetz vom 11. Juli 2007 entsprechend anzupassen. Dabei solle dem generellen Ziel des Schutzes vor den Gefahren des Passivrauchens unverändert Rechnung getragen werden, andererseits

sollten auch die Interessen der Gastronomie Berücksichtigung finden. Auf Gründe für die unterschiedliche Behandlung von Speise- und Schankwirtschaften in Bezug auf die Einrichtung abgeschlossener Raucherräume geht der Antrag nicht ein.

(b) Die Bürgerschaftsabgeordnete Heitmann hat in der parlamentarischen Diskussion des Änderungsantrags vom 25. November 2009 als Grund für die Differenzierung von Speise- und Schankwirtschaften angeführt, dass dadurch der Schutz der Angestellten in Gaststätten erhöht werde. Denn wo gegessen werde, da werde im Normalfall auch serviert und die Angestellten müssten sich häufiger in den Raucherräumen aufhalten (Plenarprotokoll 19/42, Bürgerschaftssitzung vom 9.12.2009, S. 2626, siehe Anlagenband).

Zwar ist es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn trotz der bestehenden Regelung betrieblicher Rauchverbote auf Bundesebene in § 5 der Verordnung über Arbeitsstätten (Arbeitsstättenverordnung - ArbStättV) der Schutz der Gesundheit des Gaststättenpersonals auch zum Anliegen eines Landesnichtraucherschutzgesetzes gemacht wird (vgl. BVerfG, Urt. v. 30.7.2008, BVerfGE 121, 317, 347 f.).

Dieser Aspekt rechtfertigt aber nicht die Ungleichbehandlung im Rahmen des § 2 Abs. 4 HmbPSchG, denn Angestellte in Speisewirtschaften sind nicht schutzwürdiger als Angestellte in Schankwirtschaften. Es fehlen jegliche Belege dafür, dass sich Angestellte in Speisewirtschaften länger in Raucherräumen aufhalten würden als in Schankwirtschaften. Auch in Schankwirtschaften wird häufig am Platz serviert. Mit der Differenzierung würde in verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Weise eine identische Gefährdungslage unterschiedlich behandelt (vgl. Becker, Rechtsgutachten zum Hamburgischen Passivraucherschutzgesetz, 5.3.2010, S. 17, n.v., siehe Anlagenband).

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass es eine unverhältnismäßige Beschränkung der Berufsfreiheit der Speisegastwirte wäre, die Differenzierung zwischen Speise- und Schankwirtschaften mit dem Schutz der Angestellten vor dem Aufenthalt im Raucherraum zu begründen. Denn insoweit wäre die Differenzierung nicht erforderlich. Als milderer, gleich effektives Mittel käme etwa in Betracht, den abgeschlossenen Raucherraum in Gaststätten als obligatorischen Selbstbedienungsraum auszugestalten.

(c) In der parlamentarischen Diskussion des Änderungsantrags hinsichtlich des Passivraucherschutzgesetzes wurde die Differenzierung zwischen Speise- und Schankwirtschaften außerdem damit begründet, dass sie auf dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juli 2008 (BVerfGE 121, 317 ff.) beruhe. Das Bundesverfassungsgericht habe eine Unterscheidung zwischen beiden Gaststättenarten für verfassungskonform gehalten und selbst vorgenommen [Plenarprotokoll 19/42, Bürgerschaftssitzung vom 9.12.2009, S. 2623 (Abgeordneter Krüger) und S. 2626 (Abgeordnete Heitmann), siehe Anlagenband].

Diese Begründung dürfte auf einem Missverständnis des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juli 2008 beruhen (so auch: Becker, Rechtsgutachten zum Hamburgischen Passivraucherschutzgesetz, 5.3.2010, S. 15 f., n.v., siehe Anlagenband). Denn in seinem Urteil hat das Bundesverfassungsgericht die Differenzierung zwischen Speise- und Schankwirtschaft lediglich herangezogen, um die getränkegeprägte Kleingastronomie, also Einraumgaststätten, in denen kein abgeschlossener Raucherraum eingerichtet werden kann, näher zu definieren (vgl. BVerfG, Urt. v. 30.7.2008, BVerfGE 121, 317, 363 ff.). Damit sollten lediglich die Einraumgaststätten abgegrenzt werden, die im Verhältnis zu anderen Gaststätten unverhältnismäßig hart von einem relativen Rauchverbot mit bestehenden Ausnahmen betroffen waren. Für diese hatte sich das relative Rauchverbot – mangels Möglichkeit, einen abgeschlossenen Raucherraum einzurichten, - als ein absolutes Rauchverbot dargestellt.

Eine Aussage zur Differenzierung zwischen beiden Gaststättenarten bei der Einrichtung von abgeschlossenen Raucherräumen hat das Bundesverfassungsgericht nicht getroffen. Dazu hatte es auch keinen Anlass, denn die streitgegenständlichen Landesgesetze (Baden-Württemberg und Berlin) differenzierten bei den Ausnahmen vom Rauchverbot nicht zwischen Speise- und Schankwirtschaften (vgl. § 7 Abs. 2 des Landesnichtraucherschutzgesetzes Baden-Württemberg – LNRSchGBW und § 4 Abs. 3 des Berliner Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit – BerNRSG, jeweils in der am 30. Juli 2008 gültigen Fassung). Deshalb lässt sich die Ungleichbehandlung von Speise- und Schankwirtschaften bei der Zulässigkeit der Einrichtung eines abgeschlossenen Raucherraums nicht mit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Juli 2008 rechtfertigen (vgl. auch Becker,

Rechtsgutachten zum Hamburgischen Passivraucherschutzgesetz, 5.3.2010, S. 15 f., n.v., siehe Anlagenband).

Im Gegenteil hat das Bundesverfassungsgericht im selben Urteil die Ungleichbehandlung von Gaststätten im Allgemeinen und solchen der besonderen Betriebsart „Diskothek“ (vgl. § 3 Abs. 1 GastG) in Bezug auf die Einrichtung von abgeschlossenen Raucherräumen für verfassungswidrig erklärt (vgl. BVerfG, Ur. v. 30.7.2008, BVerfGE 121, 317, 368 ff.). Und dies obwohl der baden-württembergische Landesgesetzgeber – anders als vorliegend der hamburgische Landesgesetzgeber in Bezug auf Speisewirtschaften - die unterschiedliche Behandlung durch den Verweis auf besonders hohe Schadstoffkonzentrationen und stärkere Inhalation des Rauches in Diskotheken sachlich zu rechtfertigen versuchte (vgl. BVerfG, Ur. v. 30.7.2008, BVerfGE 121, 317, 371 f.). Das Bundesverfassungsgericht hat insoweit auf Seite 372 des Urteils ausgeführt:

„Ist das Rauchen nur noch in vollständig abgeschlossenen Nebenräumen erlaubt, so entfällt das an die besondere Betriebsart anknüpfende Argument der gesteigerten Gefährlichkeit von Passivrauchen in Diskotheken. Eine Gefährdung der Gäste in den Nichtraucherbereichen kann durch strikte Einhaltung der Vorgaben des § 7 Abs. 2 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg verhindert werden, der auch für Raucherräume in Diskotheken zu beachten ist. Hiernach dürfen durch die Einrichtung von Raucherräumen die Belange des Nichtraucherschutzes nicht beeinträchtigt werden, so dass -- nötigenfalls durch technische Maßnahmen -- sichergestellt sein muss, dass eine Belastung der Luftqualität durch Tabakrauch außerhalb der Raucherräume nicht zu verzeichnen ist.“

Dies zeigt, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Ungleichbehandlung von Gaststätten entsprechend ihrer jeweiligen Betriebsart in Bezug auf die Einrichtung von abgeschlossenen Raucherräumen zumindest aus Gründen des Gesundheitsschutzes nicht zu rechtfertigen sein dürfte.

(d) Entscheidend gegen eine sachliche Rechtfertigung aus Gründen des Gesundheitsschutzes spricht des Weiteren, dass der zum Zeitpunkt der Änderung des Gesetzes zuständige Senator für Gesundheit und Verbraucherschutz bei der Beratung des Passivraucherschutzgesetzes im Ausschuss der Bürgerschaft für Gesundheit und Verbraucherschutz ausgeführt hat, dass es aus gesundheitspolitischer Sicht völlig irrelevant sei, ob man beim Rauchen etwas esse oder nicht. Das sei eine reine Geschmacksfrage und keine gesundheitspolitische Frage. Deswegen sei eine

Unterscheidung zwischen der Getränke- und der Speisegastronomie gesundheitspolitisch nicht begründbar (Wortprotokoll der öffentlichen Sitzung des Ausschusses für Gesundheit und Verbraucherschutz vom 27.3.2009, Drs. 19/9, S. 12, siehe Anlagenband; von einer in allen Arten der Gastronomie etwa gleich hohen Gefährlichkeit geht Scheidler, BayVBl 2010, S. 645, siehe Anlagenband, aus).

(e) Ob die am 5. April 2011 von der zuständigen Referentin des damals als Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und Verbraucherschutz bezeichneten Landesministeriums mitgeteilten Gründe für die Differenzierung zwischen Speise- und Schankwirtschaften als Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen, ist schon deshalb fraglich, weil sie in den offiziellen Begründungen der Änderungen des Hamburgischen Passivraucherschutzgesetzes im Jahre 2009 nicht erwähnt werden. Davon unabhängig vermögen diese beiden Gründe aber auch der Sache nach die Differenzierung nicht zu rechtfertigen:

(aa) Die als Begründung gegebene Behauptung, dass sich in Restaurants vor allem Familien aufhalten würden und deshalb besonderer Schutz erforderlich sei, ist nicht empirisch belegt. Es wird keine Untersuchung angegeben, auf die diese Behauptung gestützt wird.

Darüber hinaus wäre es eine unverhältnismäßige Beschränkung der Berufsfreiheit der Speisegastwirte, die Differenzierung zwischen Speise- und Schankwirtschaften mit dem Schutz der Familie zu begründen. Denn insoweit wäre die Differenzierung nicht erforderlich. § 2 Abs. 4 HmbPSchG sieht schon jetzt vor, dass niemand unter 18 Jahren Zutritt zu den abgeschlossenen Raucherräumen haben darf. Familien mit Kindern bzw. Jugendlichen unter 18 Jahren dürften also die abgeschlossenen Raucherräume auch in Speisewirtschaften nicht betreten und wären damit nicht den Gefahren des Passivrauchens ausgesetzt.

(bb) Auch die Erwägung, dass sich Raucherräume nicht wirksam von anderen Räumen abtrennen lassen würden, ist nicht geeignet, die Ungleichbehandlung von Speisewirtschaften im Verhältnis zu Schankwirtschaften zu rechtfertigen. Wenn sich Raucherräume nicht wirksam abtrennen lassen würden, dann wären die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom Rauchverbot gemäß § 2 Abs. 4 Nr. 1 HmbPSchG nicht erfüllt.

Dies würde für jegliche Art von Gaststätte, also für Speise- und Schankwirtschaften gleichermaßen, gelten.

(f) Andere sachliche Rechtfertigungsgründe werden von der Beklagten nicht vorgetragen und sind auch nicht ersichtlich. So hat sich etwa die Rechtswissenschaft in der Auseinandersetzung mit dem Rauchverbot in Gaststätten nicht mit einer möglichen Differenzierung von Speise- und Schankwirtschaften bei der Einrichtung von abgeschlossenen Raucherräumen auseinandergesetzt (vgl. Correll/Wagner, DÖV 2009, S. 698 ff.; Kibele, VBIBW 2009, S. 201 ff.; Regel/Ahlhaus, GewArch 2009, S. 473 ff.; Scheidler, BayVBI 2010, S. 645 ff.; Wolff/Gielzack, LKV 2009, S. 62 ff.; Zimmermann, NVwZ 2008, S. 705 ff.).

xxx

xxx

xxx