



Sachverhalt¹

– Nichtdampferschutz –

Aufgrund weitgehender Nichtraucherchutzgesetze und einer sich stetig erhöhenden Tabaksteuer greifen immer mehr Raucher:innen auf E-Zigaretten zurück. Diese Geräte verbrennen keinen Tabak, sondern verdampfen ein sogenanntes Liquid, welches Nikotin und andere Stoffe, etwa Geschmacksstoffe enthält.

Obwohl die Forschungslage mangels ausreichender Daten noch unklar ist, steht fest, dass der Dampf zwar deutlich weniger Schadstoffe als Tabakrauch enthält, allerdings nicht schadstofffrei ist. So wurden bei Nutzer:innen Lungenreizungen festgestellt. Außerdem besteht im Vergleich zu Menschen, die das Produkt nicht nutzen, ein erhöhtes, wenn auch gegenüber dem Rauchen ungleich niedrigeres Krebsrisiko.

Auch legen Studien nahe, dass der Dampf umstehende Menschen gesundheitlich beeinträchtigt. Zum einen nimmt die Lunge des:der aktiven Nutzer:in nicht alle Reizstoffe auf, sodass Partikel in die Atmosphäre abgesondert werden. Zum anderen wurde empirisch festgestellt, dass bei den untersuchten Kindern und Jugendlichen, die an Asthma erkrankt sind, häufiger Anfälle auftraten, wenn sie dem Dampf ausgesetzt waren. Eine endgültige Bestätigung dieses Zusammenhangs gibt es nicht.

Die Staatsregierung des Freistaates Sachsen will bereits jetzt auf diese möglichen Gefahren für „Passivdampfer:innen“ reagieren. Sie bringt daher Anfang 2020 in den Landtag ein Gesetz ein, das den Nutzer:innen von E-Zigaretten weitreichende Beschränkungen auferlegt (Nichtdampferschutzgesetz, SächsNSG). Ein umfassender gesetzlicher Schutz der „Nichtdampfer:innen“, insbesondere der Kinder und Jugendlichen, gegen die Gefahren des „Passivdampfens“ sei unabdingbar, um den Schutzpflichten des Staates gegenüber den Bürger:innen nachzukommen. Freiwillige Vereinbarungen hätten in der Vergangenheit keinen hinreichenden Erfolg gebracht. Das in einem ordnungsgemäßen Verfahren verabschiedete und vom

¹ In Anlehnung an BVerfGE 120, 274 ff.



LEO Repetitorium Staatsrecht II

Juristenfakultät Universität Leipzig

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf

Landtagspräsidenten ausgefertigte und verkündete Gesetz soll zum 1. August 2020 in Kraft treten.

W betreibt in Leipzig eine Einraumgaststätte mit 100 m² Gastfläche, deren Gäste überwiegend „Dampfer:innen“ sind. Sie ist über das SächsNSG besorgt, weil sie befürchtet, dass ihr durch das Gesetz ruinöse Umsatzeinbußen drohen, da bei einem „Dampfverbot“ ihre Gäste fernblieben. Die Einrichtung eines abgetrennten „Dampfraumes“ sei aufgrund der räumlichen Situation, was zutrifft, nicht möglich.

W erhebt daher noch im Mai 2020 eine Verfassungsbeschwerde gegen das SächsNSG zum Sächsischer Verfassungsgerichtshof.

Aufgabe: Hat dieses Vorgehen Aussicht auf Erfolg?

Bearbeitungsvermerk: Es ist zu unterstellen, dass die Verfassungsbeschwerde allgemeine Bedeutung hat.

Nichtdampferschutzgesetz (SächsNSG)

§ 2 Allgemeines Dampfverbot.

[...]

(2) Das Dampfverbot gilt auch in folgenden Einrichtungen: ...

8. Gaststätten im Sinne des § 1 des Sächsischen Gaststättengesetzes ...

§ 3 Ausnahmen.

Das allgemeine Dampfverbot gilt nicht in

[...]

3. a) abgetrennten Nebenräumen dieser Gaststätten, die als Dampferäume gekennzeichnet sind, zu denen Minderjährige keinen Zutritt erhalten,

b) Einraumgaststätten mit weniger als 75 m² Gastfläche, die im Eingangsbereich als Dampfergaststätten gekennzeichnet sind, zu denen Minderjährige keinen Zutritt erhalten, [...]



LEO Repetitorium Staatsrecht II

Juristenfakultät Universität Leipzig

Prof. Dr. Hubertus Gersdorf

§ 4 Umsetzung des Dampfverbotes.

- (1) Verantwortlich für die Einhaltung des Dampfverbotes sind der Inhaber des Hausrechts, der Betreiber einer gewerblichen Einrichtung und deren Beauftragte.*
- (2) [...]*
- (3) Bei Verstößen gegen das Dampfverbot hat der Verantwortliche das Dampfen zu unterbinden.*



Gliederung

– Nichtdampferschutz –

A.	Zulässigkeit der VB	1
I.	Parteifähigkeit (§ 27 Abs. 1 SächsVerfGHG) und Prozessfähigkeit	1
II.	Beschwerdegegenstand (§ 27 Abs. 1 SächsVerfGHG)	1
III.	Beschwerdebefugnis (§ 27 Abs. 1 SächsVerfGHG)	1
1.	Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung	1
2.	Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Beschwer	1
3.	Zwischenergebnis	2
IV.	Erschöpfung des Rechtswegs (§ 27 Abs. 2 SächsVerfGHG).....	2
V.	Grundsatz der Subsidiarität.....	3
VI.	Ordnungsmäßigkeit des Antrags (§§ 10 Abs. 1, 28 SächsVerfGHG, § 23 Abs. 1 BVerfGG) und Frist (§ 29 Abs. 3 SächsVerfGHG)	3
VII.	Zwischenergebnis	3
B.	Begründetheit der VB	3
I.	Berufsfreiheit (Art. 28 Abs. 1 SächsVerf)	3
1.	Schutzbereich	3
a)	Persönlicher Schutzbereich.....	3
b)	Sachlicher Schutzbereich	4
2.	Eingriff.....	4
3.	Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	5
a)	Formelle Verfassungsmäßigkeit des SächsNSG.....	5
aa)	Gesetzgebungskompetenz	5
bb)	Gesetzgebungsverfahren und -form	6
cc)	Zwischenergebnis	6
b)	Materielle Verfassungsmäßigkeit des SächsNSG	6
aa)	Legitimer Zweck.....	7
bb)	Eignung	7
cc)	Erforderlichkeit	8
dd)	Angemessenheit.....	8
ee)	Zwischenergebnis	10



c) Zwischenergebnis.....	10
4. Zwischenergebnis	10
II. Eigentumsfreiheit (Art. 31 Abs. 1 SächsVerf)	10
III. Zwischenergebnis.....	11
C. Gesamtergebnis	11



Lösung

– Nichtdampferschutz –

Die Verfassungsbeschwerde (VB) der W hat gem. Art. 81 Abs. 1 Nr. 4 SächsVerf i. V. m. §§ 7 Nr. 4, 10 Abs. 1, 27 ff. SächsVerfGHG i. V. m. § 23 Abs. 1 BVerfGG Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit der VB

I. Parteifähigkeit (§ 27 Abs. 1 SächsVerfGHG) und Prozessfähigkeit

W ist als natürliche Person Träger von Grundrechten und mithin "jede Person" i. S. d. § 27 Abs. 1 SächsVerfGHG. Ebenso besitzt sie die Fähigkeit, Verfahrenshandlungen vor dem SächsVerfGH vorzunehmen.

II. Beschwerdegegenstand (§ 27 Abs. 1 SächsVerfGHG)

Der Erlass des SächsNSG ist ein Akt der "öffentlichen Gewalt des Landes" i. S. d. § 27 Abs. 1 SächsVerfGHG und das SächsNSG damit ein tauglicher Beschwerdegegenstand.

III. Beschwerdebefugnis (§ 27 Abs. 1 SächsVerfGHG)

1. Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

W müsste die Möglichkeit einer Verletzung in eigenen Grundrechten aus der SächsVerf substantiiert geltend machen, d. h. eine Grundrechtsverletzung darf nicht von vornherein und unter jedem erdenklichen Gesichtspunkt ausgeschlossen sein. Vorliegend kommt die Verletzung von Art. 28 Abs. 1 und von Art. 31 Abs. 1 SächsVerf in Betracht. Die Regelungen des SächsNSG, insb. § 2 Abs. 2 Nr. 8 SächsNSG, berühren die Freiheit der W, ihre berufliche Betätigung (Betrieb der Gaststätte) frei zu gestalten. Ebenso könnte das Eigentum der W unter den Gesichtspunkten des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sowie der sich aus ihrem Betrieb ergebenden Gewinnchancen berührt sein. Eine Verletzung der W in eigenen Grundrechten erscheint also als möglich.

2. Eigene, gegenwärtige und unmittelbare Beschwer

Weiterhin müsste W durch das SächsNSG selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein. Selbst beschwert ist W dann, wenn sie Adressatin des angegriffenen Dampfverbots ist. Das



Dampfverbot in § 2 Abs. 2 Nr. 8 SächsNSG richtet sich zwar nicht direkt an die Betreiber:innen der Gaststätten wie die W (etwa bei einer Formulierung „Den Betreibern von Gaststätten ist verboten, E-Zigaretten konsumierende Gäste zu dulden.“). Als Betreiberin einer Gaststätte ist W aber direkte Adressatin der Regelungen des § 4 SächsNSG, die die Dampfverbote aus § 2 SächsNSG umsetzen. Insbesondere überträgt § 4 Abs. 1 SächsNSG den Betreiber:innen der Gaststätten die Verantwortung, das Dampfverbot umzusetzen. W ist daher selbst betroffen.

Die gegenwärtige Beschwer ist gegeben, wenn der Beschwerdeführer von dem angegriffenen Hoheitsakt aktuell und nicht erst irgendwann in der Zukunft betroffen sein wird. Bei einem noch nicht in Kraft getretenen Gesetz ist mangels aktuell von dem Gesetz ausgehender Rechtswirkungen grundsätzlich (noch) keine gegenwärtige Beschwer gegeben. Eine Ausnahme besteht aber dann, wenn das Gesetz schon verkündet, aber noch nicht in Kraft getreten ist, da dann die Rechtswirkungen des Gesetzes gewiss sind. Diese Situation ist hier gegeben: Das SächsNSG wurde schon vom Landtagspräsidenten ausgefertigt und verkündet, ist aber noch nicht in Kraft getreten. Somit ist W hier ausnahmsweise schon gegenwärtig beschwert.

Unmittelbar beschwert ist W, wenn der angegriffene Hoheitsakt unmittelbar auf die Rechtsstellung des Beschwerdeführers einwirkt und dazu nicht eines zusätzlichen Vollzugsaktes bedarf. Andernfalls wäre zunächst der Rechtsweg gegen den entsprechenden Vollzugsakt zu beschreiten. Das SächsNSG erlegt u. a. den Gaststättenbetreiber:innen die Pflichten auf, auf das „Dampfverbot“ ausdrücklich hinzuweisen sowie gegen E-Zigaretten konsumierende Gäste vorzugehen (§ 4 Abs. 2, Abs. 3 SächsNSG). Indem sie den Gaststättenbetreiber:innen bestimmte Verhaltensweise auferlegen, wirken die Regelungen direkt auf die Rechtsstellung der Betreiber:innen ein, ohne dabei eines zusätzlichen Vollzugsaktes (etwa im Wege von Sanktionsmaßnahmen nach § 5 Abs. 1 SächsNSG) zu bedürfen. Daher ist W auch unmittelbar beschwert.

3. Zwischenergebnis

W ist nach § 27 Abs. 1 SächsVerfGHG beschwerdebefugt.

IV. Erschöpfung des Rechtswegs (§ 27 Abs. 2 SächsVerfGHG)

Gegen Gesetze besteht kein Rechtsweg i. S. d. § 27 Abs. 2 S. 1 SächsVerfGHG, so dass das Gebot der Rechtswegerschöpfung hier nicht gilt.



V. Grundsatz der Subsidiarität

Der VB der W könnte jedoch der Grundsatz der Subsidiarität entgegenstehen. Dieser Grundsatz verlangt, dass der:die Beschwerdeführer:in über das Gebot der Rechtswegerschöpfung im engeren Sinne hinaus die ihm zur Verfügung stehenden und zumutbaren Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzungen zu erreichen oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern.

Vorliegend handelt es sich laut Sachverhalt aber um eine Sache von allgemeiner Bedeutung im Sinne des § 27 Abs. 2 S. 2 SächsVerfGHG, der hinsichtlich des Grundsatzes der Subsidiarität analog gilt. Mithin steht der Grundsatz der Subsidiarität der VB der W nicht entgegen.

VI. Ordnungsmäßigkeit des Antrags (§§ 10 Abs. 1, 28 SächsVerfGHG, § 23 Abs. 1 BVerfGG) und Frist (§ 29 Abs. 3 SächsVerfGHG)

Da das SächsNSG noch nicht in Kraft getreten ist, hat die einjährige Beschwerdefrist des § 29 Abs. 3 SächsVerfGHG noch nicht zu laufen begonnen und kann somit noch eingehalten werden.

Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass W die VB schriftlich (§ 10 Abs. 1 SächsVerfGHG i. V. m § 23 Abs. 1 BVerfGG) und mit einer den Anforderungen des § 28 SächsVerfGHG genügenden Begründung eingelegt hat.

VII. Zwischenergebnis

Die VB der W gegen das SächsNSG ist damit zulässig.

B. Begründetheit der VB

Die zulässige VB der W ist auch begründet, wenn die Bestimmungen des SächsNSG die W in einem ihrer Grundrechte aus Art. 28 Abs. 1 oder Art. 31 Abs. 1 SächsVerf verletzen.

I. Berufsfreiheit (Art. 28 Abs. 1 SächsVerf)

1. Schutzbereich

a) Persönlicher Schutzbereich

Die Berufsfreiheit des Art. 28 Abs. 1 S. 1 SächsVerf ist mangels Einschränkungen im Wortlaut ein sog. Jedermann-Grundrecht. W wird also vom persönlichen Schutzbereich des Art. 28 Abs. 1 SächsVerf erfasst.



b) Sachlicher Schutzbereich

Beruf i. S. d. Art. 28 Abs. 1 S. 1 SächsVerf ist jede auf Dauer angelegte und auf Erzielung von Gewinn gerichtete Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient. Der Begriff "Beruf" umfasst nicht nur alle Berufe, die sich in bestimmten, traditionellen oder sogar rechtlich fixierten Berufsbildern darstellen, sondern auch die vom: von der Einzelnen frei gewählten untypischen Betätigungen, aus denen sich dann wieder neue, feste Berufsbilder ergeben können. Art. 28 Abs. 1 S. 1 SächsVerf ist ein einheitliches Grundrecht, das die freie Berufswahl und die freie Berufsausübung schützt. Der Betrieb einer Gaststätte ist eine auf Dauer angelegte und auf Erzielung von Gewinn gerichtete Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage des: der Gastwirt:in dient, mithin ein Beruf i. S. d. Art. 28 Abs. 1 S. 1 SächsVerf. Der sachliche Schutzbereich ist damit ebenso eröffnet.

2. Eingriff

In diesen Schutzbereich müsste durch das SächsNSG eingegriffen werden. Ein Eingriff in die Berufsfreiheit liegt bei jeder hoheitlichen Regelung vor, die sich gerade auf das „Ob“ (Berufswahlfreiheit) oder das „Wie“ (Berufsausübungsfreiheit) der beruflichen Betätigung bezieht und sie unmittelbar zum Gegenstand hat (unmittelbarer Eingriff). § 4 Abs. 2, 3 SächsNSG erlegt den Gaststättenbetreiber:innen bestimmte Verhaltenspflichten auf (Hinweis auf „Dampfverbot“, Unterbindung des „Dampfens“) und greift damit unmittelbar in deren Berufsausübungsfreiheit ein.

Aber auch Regelungen, die sich nur mittelbar bzw. faktisch auf berufliche Tätigkeiten auswirken, können einen Grundrechtseingriff darstellen, wenn sie eine objektiv berufsregelnde Tendenz ausweisen (mittelbarer Eingriff). Die Normierung des „Dampfverbots“ in § 2 Abs. 2 Nr. 8 SächsNSG allein bezieht sich nicht unmittelbar auf die Berufsausübung der Gastwirt:innen, wirkt sich aber zwangsläufig darauf aus, nämlich wenn E-Zigaretten-Nutzer:innen grundsätzlich vom Besuch des Lokals ausgeschlossen werden müssen und die Gaststättenbetreiber:innen so nicht mehr frei entscheiden können, wen sie bewirten und wen nicht. Mithin weist die Regelung des § 2 Abs. 2 Nr. 8 SächsNSG eine objektiv berufsregelnde Tendenz auf und stellt damit einen mittelbaren Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit dar.

Gleichwohl liegt hier nur ein Eingriff des SächsNSG in die von Art. 28 Abs. 1 S. 1 SächsVerf garantierte Berufsausübungsfreiheit vor.



3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 28 Abs. 1 S. 1 SächsVerf ist verletzt, wenn die Schutzbereichsbeeinträchtigung nicht durch den Regelungsvorbehalt des Art. 28 Abs. 1 S. 2 SächsVerf gedeckt ist.

Das SächsNSG, das die einschlägigen Regelungen enthält, nimmt diesen Regelungsvorbehalt wahr. Es kann die Berufsausübungsfreiheit der W jedoch nur dann wirksam einschränken, wenn es in jedweder Hinsicht, also sowohl formell als auch materiell, verfassungsgemäß ist.

a) Formelle Verfassungsmäßigkeit des SächsNSG

aa) Gesetzgebungskompetenz

Ob dem Freistaat Sachsen die Kompetenz zum Erlass des SächsNSG zusteht, bestimmt sich im bundesstaatlichen Kompetenzgefüge des GG nach Art. 30, 70 Abs. 1 GG. Danach haben grundsätzlich die Länder die Kompetenz zum Erlass von Gesetzen, sofern nicht das GG die Kompetenz ausdrücklich dem Bund zuweist.

Problematisch ist hier, dass das Landesverfassungsgericht das GG als Maßstab heranzieht. Nach der Rechtsprechung des SächsVerfGH ist dies auf Grundlage der Gliedstaatsklausel des Art. 1 Abs. 1 S. 1 SächsVerf möglich.

In Betracht kommt hier eine Kompetenz des Bundes aus dem Titel für das „Recht der Wirtschaft“ nach Art. 72 Abs. 1, Abs. 2, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, der alle Normen erfasst, die das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solches regeln. Daneben kämen auch die Titel des Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 19 Alt. 1 GG für „Maßnahmen gegen gemeingefährliche [...] Krankheiten“ und – im Hinblick auf die Gaststättenmitarbeiter:innen – des Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 12 GG für das „Arbeitsrecht einschließlich [...] des Arbeitsschutzes“ in Betracht. Sofern mehrere Kompetenztitel einschlägig sind, ist derjenige heranzuziehen, der den Schwerpunkt der gesetzlichen Regelung abbildet.

Einer Entscheidung, nach welchem konkreten Kompetenztitel der Bund ein Dampfverbot in Gaststätten anordnen könnte, bedarf es derweil nicht, da der Bund laut Sachverhalt von einer etwaigen Gesetzgebungskompetenz vorliegend keinen (umfassenden) Gebrauch gemacht hat. Mangels bundesgesetzlicher Regelung für ein Dampfverbot in Gaststätten stand dem Freistaat Sachsen hier die entsprechende Gesetzgebungskompetenz nach Art. 30, 70 Abs. 1 GG zu.



bb) Gesetzgebungsverfahren und -form

Das Gesetzgebungsverfahren hat laut Sachverhalt ordnungsgemäß stattgefunden.

cc) Zwischenergebnis

Das SächsNSG ist damit formell verfassungsgemäß.

b) Materielle Verfassungsmäßigkeit des SächsNSG

Darüber hinaus müsste das SächsNSG mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 1 S. 2, Art. 3 Abs. 3 SächsVerf) fließenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang stehen. Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit hat im Rahmen des Art. 28 Abs. 1 S. 2 SächsVerf durch die im "Apothekenurteil" des BVerfG entwickelte sog. "Drei-Stufen-Theorie", die ebenso auf die landesverfassungsrechtliche Gewährleistung der Berufsfreiheit anzuwenden ist, seine besondere Ausprägung gefunden.

Die "Drei-Stufen-Theorie" geht davon aus, dass die Regelungsbefugnis des Gesetzgebers und mit ihr die Möglichkeit, Grundrechtsbeeinträchtigungen zu rechtfertigen, umso weiter reicht, je mehr die Regelung die Berufsausübung betrifft, und umso begrenzter ist, je mehr sie die Berufswahl berührt, d. h. je stärker die Berufswahl betroffen ist, umso strikter sind die inhaltlichen Anforderungen an das das Grundrecht einschränkende Gesetz.

Anmerkung: Hierbei werden drei Stufen unterschieden, innerhalb derer bestimmte Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Eingriffen gelten.

Die erste Stufe betrifft die Regelung der Berufsausübung, also der Art und Weise der beruflichen Tätigkeit („Wie“ der beruflichen Tätigkeit). Regelungen der Berufsausübung können schon durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden.

Die zweite Stufe bilden die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen. Sie knüpfen an die Eigenschaften der die Zulassung begehrenden Person an (z. B. Mindest- und Höchstalter, Körpergröße) oder an solche Umstände, deren Erfüllung in der Hand des Betroffenen liegt (z. B. Zuverlässigkeit, Eignung, Befähigung). Sie sind nur zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig.

Die dritte Stufe betrifft die objektiven Zulässigkeitsvoraussetzungen, also Kriterien, auf deren Vorliegen der Betroffene keinen Einfluss hat. Wichtigstes Beispiel sind Bedürfnisklauseln. Diese



sind grundsätzlich unzulässig und nur ausnahmsweise zum Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter gerechtfertigt.

Da die Drei-Stufen-Theorie lediglich ein Bewertungstopos hinsichtlich des vom Gesetzgeber verfolgten Zwecks ist, muss die betreffende Regelung darüber hinaus auch den weiteren Elementen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen. Gleichfalls ist zu beachten, dass die Übergänge zwischen den einzelnen Stufen fließend sind und im Einzelfall die Zuordnung zu einer bestimmten Stufe schwierig sein kann. Beispielsweise knüpfen Anforderungen an das Alter oder die Körpergröße der Betroffenen zwar an Eigenschaften der Person an, sind also grundsätzlich den subjektiven Zulassungsvoraussetzungen zuzuordnen. Die Betroffenen können auf deren Erfüllung aber keinen Einfluss nehmen. Insofern kann es in der Einzelfallanwendung erforderlich sein, die Rechtfertigungsanforderungen der zweiten Stufe anzuheben, also in Richtung der dritten Stufe zu modifizieren.

aa) Legitimer Zweck

Die Regelungen des SächsNSG betreffen, wie bereits festgestellt, die Berufsausübung der Gastwirt:innen. Folglich muss der Gesetzgeber gemäß der Drei-Stufen-Theorie mit dem SächsNSG vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls verfolgen. Das SächsNSG, insb. die unmittelbare Regelung des „Dampfverbots“ in § 2 SächsNSG, dient dem Schutz der menschlichen Gesundheit vor zwar nicht endgültig nachgewiesenen aber zumindest naheliegenden Gefahren des Passivdampfens, d. h. dem Schutz der Volksgesundheit. Dieses Schutzgut stellt mit Blick auf die sich aus Art. 16 Abs. 1 S. 1 SächsVerf ergebenden Schutzpflichten des Staates für das Leben und die körperliche Unversehrtheit der Bürger:innen eine vernünftige Gemeinwohlerwägung dar. Ein ebenso legitimer Zweck ist der angeführte Kinder- und Jugendschutz, dem vor dem Hintergrund des Art. 9 Abs. 1, 2 SächsVerf gleichfalls Verfassungsrang zukommt. Dass es noch keine gesicherten Kenntnisse über die Auswirkungen des Passivdampfens gibt, ist an dieser Stelle nicht von Belang. Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber ist in seinen Möglichkeiten nicht durch den Stand der Naturwissenschaft begrenzt.

bb) Eignung

Indem das SächsNSG das „Dampfen“ (auch) in Gaststätten weitgehend untersagt, schützt es dort vor den Gefahren des „Passivdampfens“ und fördert so den Schutz der menschlichen



Gesundheit, insbesondere der Kinder und Jugendlichen als Gesetzeszweck. Es ist also zur Erreichung dieser Zwecke geeignet.

cc) Erforderlichkeit

Zusätzlich müsste es auch erforderlich sein. Dies ist dann nicht der Fall, wenn das vom SächsNSG bezweckte Schutzniveau auch durch mildere, d. h. weniger intensiv in das Grundrecht eingreifende Maßnahmen erreicht werden könnte. Zu denken wäre zunächst an die Förderung freiwilliger Maßnahmen der Gaststättenwirtschaft. Dies könnte punktuell zu Verbesserungen hinsichtlich des Schutzes von „Nichtdampfer:innen“ führen, v. a. in gesundheitsbewussten Regionen/Stadteilen. Jedoch hatten solche Vereinbarungen in der Vergangenheit keinen erkennbaren Erfolg gebracht. Zudem besitzt der Gesetzgeber hinsichtlich der Frage der Effektivität verschiedener denkbarer Maßnahmen einen gerichtlich nur eingeschränkt im Sinne einer Evidenzkontrolle überprüfbareren Einschätzungsspielraum. Dies gilt in besonderer Weise dort, wo die Auswirkungen von Schutzmaßnahmen wegen der Komplexität des zu regelnden Sachverhaltes nicht eindeutig bestimmbar sind und Zweifel verbleiben. Indem sich der Landesgesetzgeber dazu entschloss, das Konsumieren von E-Zigaretten in Gaststätten zum Zwecke des Gesundheitsschutzes weitgehend zu untersagen, hat er seinen Einschätzungsspielraum in zulässiger Weise ausgefüllt. Die Regelungen des SächsNSG sind somit auch erforderlich.

dd) Angemessenheit

Die Regelungen des SächsNSG müssten aber auch angemessen sein, d. h. ihr Zweck muss in einem angemessenen Verhältnis zu der mit der Maßnahme bewirkten Beeinträchtigung der betroffenen Grundrechtsträger:innen stehen. Zur Ermittlung dessen ist eine umfassende Abwägung der beteiligten Verfassungsrechtsgüter durchzuführen.

Auf der einen Seite steht der Schutz der Gaststättenbesucher:innen allgemein und insbesondere der der Kinder und Jugendlichen. Vor dem Hintergrund der staatlichen Schutzpflicht für die menschliche Gesundheit aus Art. 16 Abs. 1 S. 1 SächsVerf sowie dem Staatsziel des Kinder- und Jugendschutzes in Art. 9 Abs. 1, 2 SächsVerf kommt diesen Rechtsgütern auch Verfassungsrang zu. Auf der anderen Seite stehen aber auch die Belange der Gaststättenbetreiber:innen, vor allem derer, deren Kund:innenstamm wesentlich durch E-Zigaretten-Konsu-



ment:innen gebildet wird. Ihnen wird durch das „Dampfverbot“ in Gaststätten ein nicht unwesentlicher Teil ihrer Geschäftsgrundlage entzogen. Die freie Ausübung des Berufs des:der Gastwirt:in nach eigenen Vorstellungen wird von Art. 28 Abs. 1 S. 1 SächsVerf geschützt und genießt daher ebenso Verfassungsrang. Auch wenn ein Teil der „Dampfer:innen“ mit dem Verbot einverstanden sein und das „Dampfen“ während des Gaststättenbesuchs vor das Lokal verlegen wird, werden die anderen „Dampfer:innen“ dem Lokal fernbleiben. Damit fallen aber auch nicht unerhebliche Umsätze weg, was in Einzelfällen zur Existenzgefährdung führen kann.

Der Gesetzgeber ist weder dazu verpflichtet, jeden Einzelfall bei der Gestaltung einer gesetzlichen Regelung zu beachten, noch ist es ihm möglich, für jede denkbare Situation Vorkehrungen zu treffen. Er darf typisieren und im Rahmen seines Einschätzungsspielraums ein bestimmtes Konzept verfolgen, muss aber auch Ausnahmen vorsehen, um absehbare, nicht nur ganz vereinzelt auftretende unbillige Härten abzumildern. Hier bestehen solche Ausnahmen in den Regelungen der § 3a SächsNSG, welche die Einrichtung von Dampfräumen ermöglicht, sowie in § 3b SächsNSG, der Gaststätten mit weniger als 75 m² Gastfläche vom Verbot ausnimmt.

Dennoch ist zu prüfen, ob auch unter Beachtung der Ausnahmen der intendierte Schutz der Rechtsgüter der Gesundheit und des Kinder- und Jugendschutzes überwiegen. Diese haben grundsätzlich hohen Stellenwert. Auch wenn die Gesundheitsschädigung nicht endgültig nachgewiesen werden kann, ist eine solche aufgrund der empirischen Beobachtungen bei an Asthma leidenden Jugendlichen sowie der Tatsache, dass der für den Nutzer:innen schädliche Dampf wieder in die Atmosphäre abgesondert wird, naheliegend.

In der Prüfung der Angemessenheit ist aber darüber hinaus auch die Intensität der Gefahr für das Rechtsgut in Rechnung zu stellen. Diese ist hier sehr überschaubar. So besteht die Möglichkeit der Häufung von Asthmaanfällen sowie von Lungenreizungen umstehender Personen. Hinzu kommt, dass dies keine gesicherten Kenntnisse sind.

Im Ergebnis ist die Angemessenheit auch unter Beachtung der im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen zu verneinen. Bei den Asthma-Patient:innen handelt es sich um überschaubare Gruppe erkrankte Menschen, die in aller Regel aus eigenem Antrieb einen Kontakt zu reizenden Stoffen vermeiden wird. Insofern würde ein Hinweis am Eingang der Gaststätte, dass in dieser E-Zigaretten konsumiert werden dürfen, ausreichen, um möglicherweise dadurch gehäufte Asthmaanfälle zu verhindern. Ein Recht darauf, in jeder Gaststätte in Sachsen eine



gesundheitlich gänzlich unbedenkliche Luft einzuatmen, gibt es nicht. Bezüglich der nicht erkrankten Besucher:innen ist festzustellen, dass eine bloße Lungenreizung eine sehr geringe gesundheitliche Auswirkung darstellt. Etwaige Störungen durch den Dampf an sich oder dessen Geruch sind nicht ausschlaggebend. Angesichts dieser überschaubaren Gesundheitsrisiken ist ein grundsätzliches Verbot des E-Zigarettenkonsums nicht angemessen. Bei solch begrenzten Auswirkungen ist vielmehr auf die Eigenverantwortung und die marktwirtschaftliche Nachfrage nach „dampffreien“ Gaststätten zu vertrauen, die weitgehend ohne staatlichen Zwang wirksam ein Einatmen des Dampfes durch Dritte vermeiden können. Eine Pflicht zur Kennzeichnung als „Dampfer:innengaststätte“ hätte ausgereicht und die Berufsfreiheit der Gaststättenbezeichner in sehr viel kleinerem Umfang berührt.

ee) Zwischenergebnis

Die Regelungen des SächsNSG sind unverhältnismäßig und somit materiell verfassungswidrig.

c) Zwischenergebnis

Als verfassungswidriges Gesetz kann das SächsNSG den Regelungsvorbehalt des Art. 28 Abs. 1 S. 2 SächsVerf nicht wahrnehmen und so den Eingriff in die Berufsfreiheit verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen.

4. Zwischenergebnis

Die Berufsfreiheit der W wird durch das SächsNSG folglich verletzt.

II. Eigentumsfreiheit (Art. 31 Abs. 1 SächsVerf)

Das SächsNSG könnte aber auch die Eigentumsfreiheit der W aus Art. 31 Abs. 1 SächsVerf verletzen. Diese schützt neben dem zivilrechtlichen Sacheigentum auch alle anderen vermögenswerten Rechte. Umstritten ist, inwieweit dazu auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb im Einzelnen zählt. Anerkannt ist aber, dass der eigentumsgrundrechtliche Schutz des Gewerbebetriebs nicht weiter reichen kann als der Schutz seiner wirtschaftlichen Grundlagen. Danach kann der Gewerbebetrieb nur insoweit geschützt sein, als er in seiner Substanz, also seiner konkreten Sach- und Rechtsgesamtheit betroffen ist. Nicht geschützt sind dagegen bloße zukünftige Umsatz- und Gewinnchancen sowie situationsbedingte Erwerbchancen und -vorteile. Dazu zählen auch der erworbene Kund:innenstamm und die Marktposition.



Hier sind jedoch nur solche zukünftigen Erwerbschancen betroffen. Aufgrund der durch das Dampfverbot ausbleibenden Kundschaft werden lediglich erwartete Umsätze entfallen. Auch der sich aller Voraussicht nach verringernde Kund:innenstamm stellt nur eine in der Zukunft liegende und – auch unabhängig von der Einführung des Dampfverbots – keineswegs sichere Erwerbschance dar. Mithin kann auch die Erwartung der Gastwirt:innen, ihren Kund:innenstamm weiter in der bisherigen Zusammensetzung und in dem bisherigen Umfang bewirten zu können, nicht als Bestandteil des von Art. 31 Abs. 1 SächsVerf geschützten Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb angesehen werden.

Da der Schutzbereich der Eigentumsfreiheit schon nicht eröffnet ist, verletzt das SächsNSG auch nicht das Grundrecht der W aus Art. 31 Abs. 1 SächsVerf.

III. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der W ist aufgrund der Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG begründet.

C. Gesamtergebnis

Die VB der W vom Mai 2020 gegen das SächsNSG ist zulässig und begründet und hat daher Aussicht auf Erfolg.