

Klausurenkurs im Öffentlichen Wirtschaftsrecht

Ein Fall- und Repetitionsbuch für den Schwerpunktbereich

Bearbeitet von
Elke Gurlit, Josef Ruthig, Stefan Storr

2., neu bearbeitete Auflage 2017. 2017. Buch. XVIII, 411 S. Kartoniert

ISBN 978 3 8114 5558 0

Format (B x L): 16,4 x 23,6 cm

Gewicht: 696 g

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Die Smokers Lounge

36

Die Smoker's Lounge Ltd. (S) mit Sitz in London betreibt europaweit Gaststätten, die vor allem von Genussrauchern frequentiert werden, die sich ihren Whiskey oder Cognac einfach nicht ohne Pfeife, Zigarre oder Zigarillo vorstellen können. Angesichts des überwältigenden Erfolges dieses Konzeptes will sie auch in der Mainzer Altstadt eine entsprechende Lounge eröffnen. Diese soll durch einen Hinweis an der Tür deutlich als Rauchergaststätte gekennzeichnet und nur für Erwachsene zugänglich sein. Eine Aufteilung des 150 m² großen Schankraumes, eines ehemaligen mittelalterlichen Spitals, in mehrere Gasträume ist aus technischen und denkmalschutzrechtlichen Gründen nicht möglich.

Wie in allen Einrichtungen der S sollen kleine Snacks und alkoholische Getränke aller Art angeboten werden. Der Antrag auf Erteilung der nach Landesrecht erforderlichen gaststättenrechtlichen Erlaubnis wird jedoch von der zuständigen Behörde abgelehnt. Begründet wird die formell ordnungsgemäße Entscheidung damit, dass das Vorhaben der S dem gesetzgeberischen Konzept eines umfassenden Nichtraucherschutzes zuwiderlaufe und daher eine Genehmigung nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG nicht erteilt werden könne. Die nach § 7 Abs. 2 NRSRG (Nichtraucherschutzgesetz RP) zulässigen Ausnahmen für kleine Gaststätten und Festzelte sowie abgetrennte Raucherbereiche seien ersichtlich nicht einschlägig, weitere habe der Gesetzgeber bewusst nicht vorgesehen.

S ist entsetzt. Für ihr Geschäftsmodell komme die Regelung des NRSRG einem Berufsverbot gleich und verstoße daher sowohl gegen die Berufs- wie die Niederlassungsfreiheit. Dies sei umso bedenklicher, als das Gesetz ja durchaus Ausnahmen vom allgemeinen Rauchverbot zulasse. So dürfe in Festzelten und separaten Nebenräumen schon nach dem Willen des Gesetzgebers und nach der Rechtsprechung auch in kleinen, inhabergeführten Einraumkneipen geraucht werden. Insbesondere in ihren Entscheidungen zur Sportwette hätten sowohl EuGH wie BVerfG immer wieder die Verpflichtung des Gesetzgebers zu einer kohärenten Ausgestaltung der Verfolgung der Schutzziele angemahnt. Aus genau diesem Grund habe ja auch das BVerfG die meisten Nichtraucherschutzgesetze scheitern lassen. Dass Nichtraucherschutz immer auch Raum für Rückzugsbereiche von Rauchern lassen müsse, zeige sich auch im Ausland. Schließlich habe sie ihr Konzept in fast allen Mitgliedstaaten der EU ohne Probleme umsetzen können. Überhaupt fehle schon die Gesetzgebungskompetenz des Landes für eine solche Regelung. Es gehe in der Sache jedenfalls um Gesundheitsschutz, für den nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG der Bund zuständig sei, welcher in seinem Nichtraucherschutzgesetz das Rauchen in Gaststätten gerade nicht geregelt habe.

In allen 3 Instanzen teilen die Gerichte allerdings die Auffassung der Behörde, § 7 NRSRG sei verfassungsgemäß. Auch ein Verstoß gegen Unionsrecht liege offensichtlich nicht vor, so dass das BVerwG auch auf eine Vorlage an den EuGH verzichtete. Dies

wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die Anwendung der Niederlassungsfreiheit schon an den Grundsätzen der Keck-Rechtsprechung scheitere.

Anschließend erhebt S Verfassungsbeschwerde und rügt die Verletzung ihrer Niederlassungs- und Berufsfreiheit sowie des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG). Wie wird das BVerfG entscheiden, dass die Verfassungsbeschwerde nach § 93a BVerfGG zur Entscheidung angenommen hat?

Bearbeitervermerk: Auf die Anhörungsrüge nach § 152a VwGO ist nicht einzugehen.

Für die Bearbeitung sind nur die im Sachverhalt genannten Bestimmungen des NRSG (Nichtraucherschutzgesetz RP) heranzuziehen.

Vorüberlegungen

Der Fall behandelt mit dem Nichtrauchererschutz in Gaststätten einen Dauerbrenner der verfassungsrechtlichen Diskussion der letzten Jahre. Konkret geht es um das Rauchverbot für die sog. „Erlebnisastronomie“, bei der der Tabakkonsum untrennbar mit dem Geschäftskonzept verbunden ist, also etwa auch Shisha-Cafés uä¹, die die strengen Anforderungen an Systemgerechtigkeit bzw. Kohärenz einer Regelung, die das BVerfG in seinen ersten, als bekannt vorauszusetzenden Urteilen zum Nichtrauchererschutz entwickelt hatte, auf eine Bewährungsprobe stellten. Ausgangspunkt einer Prüfung des Art. 12 GG ist dabei für das BVerfG die Drei-Stufen-Lehre, ohne dass es die genaue Abgrenzung dieser Stufen abschließend geklärt oder auch nur in allen Fällen überhaupt herangezogen hätte. Die Stufenlehre lässt sich am besten als konkretisierende Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips begreifen, deren Raster vom BVerfG auch nicht sklavisch befolgt wird². Sie kann als Argumentationsraster hilfreich sein, muss aber nicht unbedingt Niederschlag im Text finden.

Der Fall führt außerdem an die „Schnittstelle“ von Verfassungs- und Europarecht. Dies beginnt mit der Frage der Grundrechtsberechtigung ausländischer juristischer Personen, die das BVerfG ausdrücklich anerkannt hat³ und setzt sich fort mit der Anwendung von Deutschengrundrechten auf EU-Ausländer sowie dem Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), der auch bei Unterlassen der Vorlage an den EuGH verletzt sein kann. Auch zur Reichweite der Vorlagepflicht gibt es aktuelle Entscheidungen des BVerfG⁴. In diesem Kontext kommt es auch zu einer Prüfung der Grundfreiheiten, obwohl diese nicht (unmittelbarer) Prüfungsgegenstand im verfassungsgerichtlichen Verfahren sein können.

Prozessual eingekleidet ist der Fall als Verfassungsbeschwerde. Die Zulässigkeit (als Urteilsverfassungsbeschwerde gegen eine letztinstanzliche Entscheidung) bereitet bis auf die Frage der Beteiligtenfähigkeit einer ausländischen juristischen Person keine

1 Zur (im Ergebnis für zulässig gehaltenen) Einbeziehung von Shisha-Kneipen und Erlebnisastronomie in das Rauchverbot BVerfG, NVwZ 2011, 294; BayVerfGH GewArch 2011, 503; s. aber auch BerlVerfGH, GewArch 2008, 410 f; SaarlVerfGH, NVwZ-RR 2010, 951, die das Rauchverbot im Rahmen einer Folgenabwägung vorläufig ausgesetzt hatten; anders insoweit BayVerfGH, NVwZ-RR 2010, 946. Als bislang letzte Entscheidung vgl BVerfG v. 24.01.2012 – Az. 1 BvL 21/11 zur Verfassungswidrigkeit der hamburgischen Regelung, die (anders als für Schankgaststätten) in Speisegaststätten keine abgetrennten Raucherbereiche zulässt.

2 S. auch Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG Art. 12 Rn 40; Mann, in: Sachs, GG Art. 12 Rn 137 ff; Ruthig, in: Ruthig/Storr, Rn 121.

3 BVerfG, NJW 2011, 3430. S. auch schon Ruthig, in: Ruthig/Storr, Rn 152 f mwN auch zu den bisher vertretenen Konstruktionen für das unionsrechtlich zwingende Ergebnis.

4 BVerfG, Beschluss v. 20.02.2017, Az. 2 BvR 63/15 (juris); BVerfG, Beschluss v. 15.12.2016, Az. 2 BvR 222/11; s. auch ausf BVerfG, NVwZ 2014, 646 ff.

Probleme⁵. Besonderer Aufmerksamkeit bedarf allerdings bei Urteilsverfassungsbeschwerden der Prüfungsmaßstab. Das BVerfG ist keine „Superrevisionsinstanz“ und beschränkt sich auf die Prüfung der Verletzung sog. „spezifischen Verfassungsrechts“ (vgl Rn 43). Die Verfassungswidrigkeit einer vom Richter angewandten Norm stellt aber einen eindeutigen Fall der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts dar und führt in jedem Fall zur Begründetheit der Urteilsverfassungsbeschwerde.

Insgesamt behandelt der Fall also aktuelle Rechtsfragen, die auch für den Pflichtfachbereich relevant sind. Im Schwerpunkt Öffentliches Wirtschaftsrecht können diese Fragen selbstverständlich gewerberechtlich eingekleidet sein⁶.

Gliederung

38 A. Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

- I. Beteiligtenfähigkeit (Verfassungsbeschwerdefähigkeit)
- II. Beschwerdegegenstand: Akt öffentlicher Gewalt, § 90 Abs. 1 BVerfGG
- III. Verfassungsbeschwerdebefugnis, § 90 Abs. 1 BVerfGG
- IV. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

B. Die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

- I. Prüfungsmaßstab
- II. Vereinbarkeit des Rauchverbots mit Art. 12 GG
 1. Schutzbereich der Berufsfreiheit
 - a) Sachlicher Schutzbereich
 - b) Persönlicher Schutzbereich
 2. Eingriff
 3. Rechtfertigung des Eingriffs
 - a) Vorbehalt des Gesetzes
 - b) Materielle Verfassungsmäßigkeit
- III. Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (gesetzl. Richter)
 1. EuGH als gesetzlicher Richter
 2. Verletzung der Vorlagepflicht
 - a) Entscheidungserheblichkeit
 - b) Auslegung des Unionsrechts: Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV
 3. Willkürmaßstab

⁵ Ausdrücklich gefragt ist nach der Verfassungsbeschwerde zum BVerfG. Eine zB gem. Art. 130a LV RP grundsätzlich eröffnete Verfassungsbeschwerde zum Landesverfassungsgericht (VerfGH) schied vorliegend aus, da Gegenstand der Verfassungsbeschwerde jedenfalls auch eine bundesgerichtliche Entscheidung ist. Der Hinweis auf das Annahmeverfahren (vgl dazu etwa *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht Rn 80 ff, 257 ff) ersetzt nicht die Prüfung der Zulässigkeit, da zwar im Annahmeverfahren offensichtlich unzulässige Verfassungsbeschwerden ausgeschieden werden, die Annahme aber keine bindende Entscheidung über die Zulässigkeit enthält.

⁶ Als Klausurfall *Heintzen/Albrecht*, Jura 2009, 787 (vorläufiger Rechtsschutz gegen den Widerruf der Gaststätten Erlaubnis); vgl auch *Ruthig*, in: *Hendler/Hufen/Jutzi*, Landesrecht RP, § 6 Rn 22. Als gefahrenabwehrrechtliche Variante, ausschließlich gestützt auf das NRSVG VG Neustadt, BeckRS 2017, 107009.

Lösung

A. Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

I. Beteiligtenfähigkeit (Verfassungsbeschwerdefähigkeit)

Verfassungsbeschwerde kann gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG von „jedermann“ mit der Behauptung erhoben werden, in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein. Gemeint sind solche des Grundgesetzes. Da die Verfassungsbeschwerdebefugnis also nicht auf die Verletzung von Unionsrecht gestützt werden kann, kann sich aus diesem auch nicht die Beteiligtenfähigkeit ergeben⁷.

Exkurs: Auch den Gewährleistungen der EMRK kommt kein Verfassungsrang zu, so dass sie ebenfalls kein geeigneter Prüfungsmaßstab für das Verfassungsbeschwerdeverfahren sind⁸. Das BVerfG zieht sie bzw die Entscheidungen des EGMR aber sehr wohl als Konkretisierungen der Grundrechte des GG heran⁹: Es müsse jedenfalls die Möglichkeit bestehen „in einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zu rügen, staatliche Organe hätten eine Entscheidung des Gerichtshofs missachtet oder nicht berücksichtigt. Dabei steht das Grundrecht in einem engen Zusammenhang mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vorrang des Gesetzes, nach dem alle staatlichen Organe im Rahmen ihrer Zuständigkeit an Gesetz und Recht gebunden sind (vgl BVerfGE 6, 32, 41)“.

Die Verfassungsbeschwerdebefugnis setzt voraus, dass der **Beschwerdeführer** überhaupt **Träger von Grundrechten** oder **grundrechtsgleichen Rechten** sein kann, knüpft also an die *Grundrechtsfähigkeit* an¹⁰. Während der Anspruch auf „ihren“ gesetzlichen Richter für alle Prozessbeteiligten gilt¹¹, bedarf die Verfassungsbeschwerdebefugnis bei S im Übrigen näherer Prüfung. Träger von Grundrechten können (außer natürlichen Personen) nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 GG nur **inländische juristische Personen** des Privatrechts sein. Maßgebend für die Qualifikation als inländisch ist der (tatsächliche) Sitz¹². Danach ist S als ausländische juristi-

7 Die Grundfreiheiten können daher nicht unmittelbar mit der Verfassungsbeschwerde verteidigt werden, BVerfGE 110, 141, 154 f; *Hillgruber*, Verfassungsprozessrecht, Rn 126a mwN.

8 BVerfGE 111, 307, 317.

9 Vgl BVerfGE 111, 307, 329 f.

10 *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 93 Rn 80; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Rn 1255, 1265; *Sachs*, Verfassungsprozessrecht, 2004, Rn 447. Die Frage partiell fehlender Grundrechtsfähigkeit (hinsichtlich der Deutschengrundrechte) wird nach dieser Auffassung frühestens für die Frage der Verfassungsbeschwerdebefugnis relevant. Insoweit aA *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl 2001, Rn 426; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, Rn 104 ff, die (auch) auf die konkret erhobene Verfassungsbeschwerde abstellen. Diese Auffassung wird vor allem damit begründet, dass sich ja jedermann auf die Prozessgrundrechte berufen könne und deswegen beteiligtenfähig sei, verwischt jedoch die Grenzen zur Verfassungsbeschwerdebefugnis. Selbstverständlich sind in der Klausur beide Auffassungen vertretbar.

11 StRspr, vgl BVerfGE 12, 6, 8; 18, 441, 447; 64, 1, 11.

12 Inländisch ist also nach der hier vertretenen Auffassung ungeachtet der (möglicherweise „ausländischen“) Rechtsform eine juristische Person, die ihren Sitz, dh ihr faktisches Verwaltungszentrum, im Inland hat. Teile des Schrifttums hatten bisher weitergehend verlangt, dass die (inländische) juristische Person auch nicht von Ausländern beherrscht wird, vgl *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, Art. 19 Rn 22 mwN.

sche Person einzuordnen. Allerdings folgt aus den Grundfreiheiten und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV das Verbot einer Ungleichbehandlung in- und ausländischer juristischer Personen. Jedenfalls im verfassungsgerichtlichen Verfahren lässt sich diese nur dadurch erreichen, dass man die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen aus Art. 19 Abs. 3 GG auf juristische Personen aus Mitgliedsstaaten der EU erstreckt¹³.

II. Beschwerdegegenstand: Akt öffentlicher Gewalt, § 90 Abs. 1 BVerfGG

- 40 Als Gegenstand der Verfassungsbeschwerde kann jeder Akt der öffentlichen Gewalt in Betracht kommen (§ 94 Abs. 3 BVerfGG). Vorliegend kommen also neben der in jedem Fall anzugreifenden **letztinstanzlichen Entscheidung** auch die Urteile der Vorinstanzen, der ursprüngliche Verwaltungsakt sowie das Gesetz in Betracht. In jedem Fall liegt nur eine Verfassungsbeschwerde vor¹⁴.

Exkurs: Im vorliegenden Fall bereitet dieser Prüfungspunkt keine Probleme. Anders verhält es sich bei der Frage, ob auch Akte „ausländischer Gewalt in Deutschland“ Gegenstand der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle sein können, wie es in der Maastricht-Entscheidung anklingt¹⁵. Dies kann jedoch allenfalls mittelbar der Fall sein, wenn entweder die Zustimmungs- oder Vollzugsgesetze Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sind. Ein Akt deutscher öffentlicher Gewalt liegt auch bei einem Gesetz vor, das der Umsetzung von Unionsrecht dient. Die Frage, ob dieses überhaupt am Maßstab der Grundrechte geprüft werden kann, ist dogmatisch am besten als Frage der Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung, also im Rahmen der Verfassungsbeschwerdebefugnis zu prüfen. Akte von Unionsorganen (insb Richtlinien und Verordnungen) können selbst genauso wenig Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein wie die Mitwirkungsakte deutscher Organe¹⁶.

13 Zu dieser „Anwendungserweiterung des deutschen Grundrechtsschutzes“ ausf BVerfGE 129, 78, = NJW 2011, 3428, 3430 ff.

14 Vgl näher zum Beschwerdegegenstand *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Rn 1233; aA *Hillgruber/Goos*, Rn 92. Dass die Aufspaltung in unterschiedliche „Streitgegenstände“ (für die dann auch in der Tat jeweils getrennt die Zulässigkeit der VB zu prüfen wäre, vgl *Hillgruber/Goos*, Rn 92a) nicht weiterführt, belegen die Ausführungen des BVerfG zu solchen Fällen, in denen sich die Verfassungsbeschwerde ausdrücklich auf die letztinstanzliche Entscheidung beschränkt. Hier entnimmt das BVerfG ggf der Begründung, dass sie sich auch gegen den im Verfahren aufrecht erhaltenen Ausgangsbescheid und die Entscheidungen der Vorinstanzen richtet, vgl BVerfGE 6, 386, 387; 54, 53, 64 ff. Würde es sich um einen nicht vom Antrag erfassten Streitgegenstand handeln, wäre dies prozessrechtlich unzulässig. Die tlw abweichende Argumentation in BVerfGE 19, 377, 389 ist nur mit der damaligen besonderen Lage in Berlin (Besatzungsvorbehalt) zu erklären. Beschränkt sich die materielle Prüfung gar wie hier bei der Urteilsverfassungsbeschwerde auf die Verfassungsmäßigkeit der zugrunde gelegten Norm (s. Rn 43), kann dies erst recht nicht als anderer Streitgegenstand gedeutet werden. Klausurtaktisch ist es nicht empfehlenswert diese Frage zu vertiefen.

15 BVerfGE 89, 155 LS 7; s. auch *Streinz*, Europarecht Rn 247.

16 BVerfGE 22, 293, 295 ff; *Streinz*, Europarecht Rn 245. Für die Prüfung der vom BVerfG in Anspruch genommenen erweiterten Kompetenzen bei sog „ausbrechenden Rechtsakten“ besteht hier kein Anlass, vgl dazu *Mager*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV Art. 19 Rn 93 ff.

III. Verfassungsbeschwerdebefugnis, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Die Beschwerdebefugnis setzt voraus, dass der Beschwerdeführer durch den entsprechenden Akt öffentlicher Gewalt in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt wurde, dh er geltend macht, durch den angegriffenen hoheitlichen Akt selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Rechten betroffen zu sein. S rügt eine Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit gem. Art. 12 GG. Es ist nicht von vorneherein auszuschließen, dass das Urteil bzw das gesetzliche Rauchverbot in ungerechtfertigter Weise in die gem. Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit der S in ungerechtfertigter Weise eingreifen (sachlicher Schutzbereich). Allerdings ist fraglich, inwieweit sich S überhaupt auf Art. 12 GG berufen kann (persönlicher Schutzbereich)¹⁷. Wenn man bei juristischen Personen schon gezwungen ist, Art. 19 Abs. 3 GG erweiternd auszulegen (s. o.), spricht vieles dafür, auch die **Deutschengrundrechte auf EU-Ausländer** anzuwenden. Für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde kann diese Frage allerdings dahinstehen, da jedenfalls eine Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG möglich ist und dies für die Zulässigkeit der VB genügt¹⁸. Auf jeden Fall kann S Verfassungsbeschwerde mit der Behauptung erheben, in ihrem **Recht auf den gesetzlichen Richter** (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) verletzt zu sein¹⁹. Nicht gerügt werden können allerdings (unmittelbar) die Grundfreiheiten des AEUV.

Exkurs: Nur bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde bedarf es zwingend näherer Prüfung, dass der Beschwerdeführer auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Grundrechten betroffen ist. Selbstverständlich ist es aber zulässig, diese Konkretisierung der Maßstäbe auch vorliegend anzusprechen: S macht geltend, in eigenen Grundrechten verletzt zu sein und ist daher selbst betroffen. Gegenwärtigkeit ist gegeben, wenn der Beschwerdeführer schon oder noch betroffen ist, dh die Beschwer weder nur zukünftig droht noch bereits wieder entfallen ist. Unmittelbarkeit liegt vor, wenn der angegriffene Akt ohne weiteren, vermittelnden Umsetzungsakt in den Rechtskreis des Beschwerdeführers einwirkt. Hinsichtlich des letztinstanzlichen Urteils ist dies ohne weiteres der Fall²⁰.

IV. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

Die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen sind anzusprechen, bereiten aber bei einer Urteilsverfassungsbeschwerde keine Probleme. Insbesondere ist bei einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des BVerwG der Rechtsweg ohne weiteres erschöpft, vgl § 90 Abs. 2 BVerfGG. Auf die Anhöhrungsrüge nach § 152a VwGO, die teilweise über den ausdrücklich geregelten Fall des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG und seine

17 Ruthig, in: *Ruthig/Storr*, Rn 151 ff mwN.

18 Vgl auch *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Rn 1265, 130 ff mwN. BVerfG, NJW 2011, 3428 hatte diese Frage nicht zu entscheiden, da eine Verletzung des Art. 14 GG gerügt wurde. Es ist aber selbstverständlich vertretbar, diese Frage bereits iRd Verfassungsbeschwerdebefugnis zu erörtern.

19 BVerfGE 64, 1, 11.

20 Aber auch hinsichtlich der Norm läge die Voraussetzung vor: Das Rauchverbot ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, ohne dass es eines behördlichen Umsetzungsakts oder einer sonstigen hoheitlichen Maßnahme bedarf. Damit wäre auch eine Rechtssatzverfassungsbeschwerde zulässig (davon gehen ohne weitere Begründung zB auch aus BVerfG, NVwZ 2011, 294; VerfGH RP, LKRZ 2010, 216).

einfachgesetzlichen Konkretisierungen) auf Art. 101 Abs. 1 S.2 GG erstreckt wird²¹ und dazu führen würde, dass dieser Rechtsbehelf Vorrang vor einer Verfassungsbeschwerde hat²², war nach dem Bearbeitervermerk nicht einzugehen. Ebenfalls keiner näheren Erörterung bedarf mangels entsprechender Angaben die Frist (§ 93 BVerfGG).

Hinweis: Obwohl in der Sache vor allem die gesetzliche Regelung angegriffen wird, ist die **Jahresfrist** des § 93 Abs. 3 BVerfGG nicht einschlägig, die lediglich die sog. Rechtssatzverfassungsbeschwerde (nur) gegen ein Gesetz betrifft, aber als rein prozessrechtliche Regelung selbstverständlich keine „Heilung“ der Norm herbeiführt. Für die vorliegende Konstellation wird tlw der Begriff der „mittelbaren Rechtssatzverfassungsbeschwerde“ verwendet, was aber nur klarstellt, dass im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde zwar nur eine „inzidente Normenkontrolle“ stattfindet, über die Verwerfung einer Norm aber auf Grund der Ausnahmenvorschrift des § 95 Abs. 3 Nr. 2 BVerfGG – genauso wie bei einer abstrakten Normenkontrolle – allgemeinverbindlich, dh mit Gesetzeskraft, entschieden wird (§ 31 Abs. 2 Nr. 2 BVerfGG).

B. Die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Hinweis: Bei der Verfassungsbeschwerde wird die Verletzung von Grundrechten geprüft. Dogmatisch nicht überzeugend ist daher ein Aufbau, der nach formeller (insb Gesetzgebungsverfahren) und materieller Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes differenziert. Allerdings handelt es sich dabei um einen weit verbreiteten Fehler, der bei der Bewertung idR nicht allzu schwer gewichtet wird.

I. Prüfungsmaßstab

- 43 Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die staatliche Maßnahme den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt. Die Prüfung beschränkt sich also auf die **Verletzung spezifischen Verfassungsrechts**²³. **Maßstab der verfassungsgerichtlichen Prüfung** ist lediglich die Verletzung der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG genannten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte. Vorliegend könnte die Entscheidung insoweit auf der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts, dh der Berufsfreiheit, beruhen, als das Gericht die Verfassungsmäßigkeit des § 7 NRSG unterstellt hat, sein Urteil also nicht auf einer verfassungsmäßigen Rechtsgrundlage beruht (dazu II). Nicht geprüft wird demgegenüber, ob das Gericht die einfachrechtliche Vorschrift des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG zutreffend ausgelegt hat. Außerdem könnte das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt sein, Art. 101 Abs. 1 S.2 GG (dazu III).

21 Ausf zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 152a VwGO Rn 17 ff. Zum Verhältnis von Verfassungsbeschwerde und Anhörungsritze *Schenke*, aaO Rn. 16c; *Thiemann*, DVBl 2012, 1422 jeweils mwN.

22 Die Entlastung des BVerfG war ausdrücklicher Zweck der Regelung, die auf eine Entscheidung des BVerfG zurückgeht, vgl BVerfG, NJW 2003, 1924; dazu auch *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 152a VwGO Rn 1 f.

23 Dazu ausf *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Rn 1304 ff; zur vorliegenden Konstellation *Schenke*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, 1587, S. 59.