

Bayerischer Verfassungsgerichtshof  
Prielmayerstr. 5

80335 München

\*000000140329\*

13. August 2008  
08/70039 AM / gb

Sekretariat RA Dr. Mayer:  
Frau May, Tel.: 95 00-35

## **POPULARKLAGE**

**der**

Treff GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Robert Manz,  
Kuttelgasse 20, 87700 Memmingen

**- Antragstellerin -**

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Menz & Partner,  
Kalchstraße 4, 87700 Memmingen

gegen

den Freistaat Bayern

**- Antragsgegner -**

wegen Gesetz zum Schutz der Gesundheit vom 20.12.2007  
(Drs. 15/8603, 15/9513)

Wir zeigen an, dass uns die Antragstellerin Vollmacht erteilt (Anlage) und uns mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt hat. Namens und im Auftrag der Antragstellerin erheben wir hiermit

### **Popularklage**

gegen das Gesetz zum Schutz der Gesundheit vom 20.12.2007 (Drs 15/8603, 15/9513)

Wir stellen folgende Anträge:

1. Das Gesetz zum Schutz der Gesundheit vom 20.12.2007 (Drs. 15/8603; 15/9513) ist mit der Bayerischen Verfassung nicht vereinbar und verstößt insbesondere gegen Art. 101, 103 Abs. 1, 118 Abs. 1 BV.
2. Der Freistaat Bayern hat der Antragstellerin die notwendigen Auslagen zu ersetzen.

### **Begründung:**

#### **I. Sachverhalt**

Die Antragstellerin betreibt in Memmingen eine öffentliche Gaststätte, die Pilsbar „Treff“. Es handelt sich hierbei um eine getränkeorientierte Raucherkneipe.

Definitionen im Sinne dieses Antrages:

- "Raucherkneipe": eine öffentliche Gaststätte, in welcher der Betreiber seinen Gästen das Rauchen gestattet und in der Regel sein Angebot an diese Zielgruppe orientiert anbietet.
- "getränkeorientiert": die Hauptzielrichtung einer solchen Gaststätte liegt im Verkauf von Getränken. Selbst zubereitete Speisen (Schnitzel mit Pommes-Frites, Spätzle, belegte Seelen, Currywurst, Hamburger, kleine Salate und Dosensuppen) erweitern jedoch das Kunden-Angebot, um die

Attraktivität der Gaststätte zu erhöhen, damit die angesprochene Zielgruppe durchaus viele Stunden in einer solchen Kneipe verbringen kann. Speisen sind jedoch nicht die Hauptumsatzbringer. Gemessen am Gesamtumsatz beträgt der Umsatz, welcher in der Pilsbar Treff mit Speisen erwirtschaftet wird, circa 15 %.

Das "Treff" wird zu deutlich über 2/3 von Stammgästen besucht, welche meist lange Zeiträume Ihrer Freizeit in dieser Kneipe verbringen. Zweck des Besuches ist in der Regel das gesellige Zusammensein mit Freunden und (flüchtigen) Bekanntschaften, welche die Kunden oft nur von der Kneipe her kennen. Der Getränkekonsum dieser "Musikkneipe", mit der die Antragstellerin Ihren Umsatz erwirtschaftet, steht auch bei den Gästen durchaus im Mittelpunkt. Das Rauchen ist erhebliche Rahmenbedingung, um es dieser Zielgruppe angenehm und gemütlich zu machen. Der Raucheranteil beträgt circa 90 %. Der Rest sind Nichtraucher, welche mit dem Passivrauch erklärtermaßen "kein Problem" haben.

Die Pilsbar Treff ist an der Eingangstüre deutlich und unübersehbar durch einen circa 80 cm breiten Hinweis als Raucherkneipe gekennzeichnet. Potentielle Kunden wissen somit vor dem Betreten der Gaststätte, dass in dieser geraucht werden darf und sie sich durch den Besuch Belästigungen beziehungsweise Gefahren des Passivrauches aussetzen, sofern sie nicht selbst als Raucher aktiv dazu beitragen.

Die Haupt-Räumlichkeit der Gaststätte befindet sich im Keller, welche durch eine circa 10 m lange - ums Eck gehende - Kellertreppe erreicht wird. Das Lokal selbst ist „schlauchartig“ angeordnet, und misst in seiner Längenausdehnung circa 30 m. Die Thekenlänge beträgt zirka 15 m. Darüber hinaus gibt es acht Tische, welche mit fünf bis acht Personen belegt werden können. Billard, Darts, "Photo-Play", Geldspielautomaten und Internetterminals runden das Angebot ab. Das Lokal selbst wurde vor circa 35 Jahren gebaut und eingerichtet (massive Holzeinbauten) und hat an seinem Ende als Notausgang lediglich eine senkrecht nach oben führende Feuerleiter. Die Größe des Kellerlokales beträgt 150,54 m<sup>2</sup>.

Die Neben-Räumlichkeit der Gaststätte befindet sich im Erdgeschoss. Nahezu komplett raumeinnehmend ist hier ebenfalls eine gut 10 m lange Theke verbaut. Lediglich in einem Eck befindet sich noch ein Stehtisch. Ein kleines, circa 6 m<sup>2</sup> großes Räumchen (hinter der Theke) dient für die Zubereitung der oben genannten Speisen, welche von der jeweils eingesetzten Bedienung mit übernommen wird. Die Größe der Nebenräumlichkeit beträgt 63,32 m<sup>2</sup>.

Der Raucheranteil ist in beiden Gaststättenräumlichkeiten gleich hoch, wobei sich - bedingt durch die unterschiedliche Musik-Rahmenbedingung - in der kleineren oberen Räumlichkeit älteres Zielpublikum aufhält und im Kellerlokal jüngere Erwachsene das Zielpublikum darstellen.

Die Antragstellerin beschäftigt derzeit 14 Mitarbeiter, wovon fünf fest angestellt sind (siehe beigefügte Personalerklärung in der Anlage).

Durch das Rauchverbot in Gaststätten gemäß Art. 2 Nr. 8 GSG geht der Umsatz der Gaststätte existenzgefährdend stark zurück. Die wirtschaftliche Existenz der Antragstellerin ist erheblich in Frage gestellt.

## II. Rechtsausführungen

### II.1. Zulässigkeit

1. Die Antragstellerin ist als juristische Person des Privatrechts unproblematisch antragsbefugt (Art. 98 S. 4 BV, 55 Abs. 1 VfGHG).
2. Prüfungsgegenstand ist das Gesetz zum Schutz der Gesundheit, ein formelles Gesetz des bayerischen Landesrechts (Art. 98 S. 4 BV).
3. Es ist keine Antragsbefugnis erforderlich. Die Popularklage setzt keine eigene Beschwerde des Antragstellers voraus.
4. Das Gesetz zum Schutz der Gesundheit verstößt gegen das Recht der Allgemeinen Handlungsfreiheit und insbesondere ggü. der Antragstellerin der Berufsfreiheit gem. Art. 101 BV, das Recht auf Eigentumsfreiheit nach Art. 103 BV, und den Gleichheitsgrundsatz nach Art. 118 Abs. 1 BV (Art. 98 S. 4 BV, Art. 55 Abs. 1 S. 2 VfGHG).

## II.2. Begründetheit

### **1. Verstoß gegen die Handlungsfreiheit im Allgemeinen sowie gegen die Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiberin gem. Art. 101 BV**

Das GSG ist verfassungswidrig, weil es gegen die allgemeine Handlungsfreiheit und insbesondere die Freiheit der Berufswahl und Berufsausübung (Art. 101 BV) verstößt.

#### **a) Eingriff**

Das Rauchverbot in Gaststätten nach Artikel 2 Nr. 8, 3 Abs. 1 GSG stellt einen Eingriff in die Berufsausübung der Gaststättenbetreiberin, die eine getränkeorientierte Raucherkneipe betreibt, dar.

Der Betrieb einer Kneipe fällt unproblematisch in den Schutzbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 101 BV). Darunter versteht man jede selbstständige oder unselbstständige Tätigkeit, die auf Dauer ausgeübt wird und der Schaffung einer dauernden Einnahmequelle dient. Durch das Rauchverbot wird dem Gastwirt vorgeschrieben, dass in seiner Gaststätte nicht geraucht werden darf. Dies stellt einen Eingriff in die Berufsausübung dar. Dies hat auch das BVerfG in seinem Urteil vom 30.07.2008 so festgestellt (BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.07.2008, Absatz-Nr. 90 ff).

So stellt das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Rauchverbot vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 92, fest, dass die "Freiheit der Berufsausübung ... sich auch auf das Recht, Art und Qualität der am Markt angebotenen Güter und Leistungen selbst festzulegen und damit den Kreis der angesprochenen Interessenten selbst auszuwählen" erstreckt. Und weiter unter Absatz-Nr. 93, letzter Satz: "Dem Gastwirt wird es nicht nur erheblich erschwert, Raucher mit seinen Angeboten zu erreichen, sondern er wird regelmäßig daran gehindert, seine Leistungen insbesondere in Form des Verabreichens von Speisen und Getränken gegenüber solchen Gästen zu erbringen, die auf das Rauchen in der Gaststätte nicht verzichten wollen."

Darüber hinaus wird in die Berufswahl eingegriffen. Besonders eingriffsintensive Berufsausübungsregelungen können den Berufszugang faktisch unmöglich machen, also in eine Berufswahlbeschränkung umschlagen (Maunz/Dürig Art. 12 Rz 253, 325). Dies ist im vorliegenden Fall gegeben, da die Pilsbar Treff eine Raucherkneipe ist. Das Rauchverbot macht die Führung einer Raucherkneipe von vornherein unmöglich und stellt insofern eine objektive Beschränkung der Berufswahlmöglichkeit dar.

## **b) Verhältnismäßigkeit**

Der Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 101 BV ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt, weil er unverhältnismäßig ist.

### **aa) Eignung**

Der Zweck des Gesetzes ist nach Art. 1 GSG der Schutz der Bevölkerung vor gesundheitlichen Gefahren durch Passiv-Rauchen und ist erklärt nicht als Präventivmaßnahme "gegen das Rauchen an sich" angelegt. Dies stellt einen legitimen Zweck dar, sofern die Gefahren durch Passivrauchen hinreichend belegt sind und durch ein Rauchverbot in öffentlichen Gaststätten verifizierbare beziehungsweise höchstwahrscheinlich zu erwartende Gesundheitsschäden von der Bevölkerung abgewendet werden können.

Der Gesetzgeber bezieht sich auf eine Gesundheitsstudie des Deutschen Krebsforschungszentrums (DKFZ), bei der durch mathematische Berechnungen "festgestellt" wurde, dass in Deutschland zirka 3300 Tote durch Passivrauch verursacht werden. Welchen Anteil daran die bayerische Gastronomie hat, auf die sich - neben anderen öffentlichen Einrichtungen - die Rauchverbote beziehen, ist nicht belegt.

Aufgrund des dem Gesetzgeber zuzubilligenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraumes, wäre das festgelegte Rauchverbot in Gaststätten nur dann dem Gesetzeszweck entsprechend geeignet, wenn es sich hierbei um Lebensbereiche handelt, welche die Bevölkerung aufsuchen muss, um diese vor Passiv-Rauchen zu schützen. - Dies ist jedoch nicht der Fall.

Schutz ist im Zusammenhang mit Passivrauchen nur an solchen Orten notwendig, welche auch Nichtraucher aufsuchen müssen, beziehungsweise wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 9.2.1998, 1BvR 2234/97 (Absatz-Nr. 7, Satz 5) ausführte, "zumal sie gerade diejenigen Lebensbereiche erfassen, in denen sich der Einzelne ... den Raucheinwirkungen nicht ohne weiteres entziehen und dadurch auch nur in eingeschränktem Maße selbst für seinen Schutz vor möglichen Gesundheitsbeeinträchtigungen durch Passivrauchen Sorge tragen kann."

Ein Rauchverbot jedoch für solche Lebensbereiche zu erlassen, in denen sich die Bürger im Rahmen Ihrer verfassungsrechtlich geschützten Handlungsfreiheit freiwillig hinein begeben, dürfte bereits die

grundsätzliche Eignung eines solchen gesetzlichen Verbotes in Frage stellen. Ein gesetzgeberisches Handeln, welches einem Schutzzweck für seine Bürger dient, widerspricht sich selbst und verkommt zum Zwangs-Schutz, wenn die Bürger an solchen freiwillig aufgesuchten Orten entgegen Ihres eigenen Willens in Ihrer Handlungsfreiheit eingeschränkt werden.

Das Bundesverfassungsgericht wählte in seiner Entscheidung vom 30.7.2008 folgendes "Hilfskonstrukt", um möglicherweise eine generelle Zulässigkeit von Rauchverboten zu bejahen, indem es Nichtrauchern ein (höherwertigeres) Recht einräumte, "in Gaststätten rauchfreie Räume zu finden", welche den schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit ermöglichen soll.

Das Bundesverfassungsgericht führt in diesem Zusammenhang in seiner Urteilsbegründung vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 102, S. 2 und 3, wie folgt aus: "die Freiwilligkeit der Entscheidung des Einzelnen, sich insbesondere beim Besuch einer Gaststätte der Belastung durch Tabakrauch auszusetzen, macht das Anliegen des Gesundheitsschutzes nicht hinfällig. Jedenfalls solange es keine ausreichenden Möglichkeiten für Nichtraucher gibt, in Gaststätten rauchfreie Räume zu finden, bedeutet eine solche Entscheidung typischerweise kein Einverständnis mit einer Gesundheitsgefährdung durch Passivrauchen, sondern nur die faktisch unvermeidbare Inkaufnahme dieses Risikos, um uneingeschränkt am gesellschaftlichen Leben durch den Besuch einer ausgewählten Gaststätte teilnehmen zu können."

Es ist zu bezweifeln, ob dieses "Recht" der Nichtraucher - "in Gaststätten rauchfreie Räume zu finden" - den schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht der Berufsausübung rechtfertigen kann. Ohne ein solches "Recht", wäre jedenfalls die Eignung der gesetzlichen Rauchverbote schon von vorneherein zu verneinen, da der Besuch einer Gaststätte eine freiwillige Angelegenheit darstellt.

Dieses Hilfskonstrukt für den Eingriff in die Berufsfreiheit der Gastwirte kann aber so nicht hingenommen werden, da für die "Feststellung" des Bundesverfassungsgerichtes, dass "es keine ausreichenden Möglichkeiten für Nichtraucher gibt, in Gaststätten rauchfreie Räume zu finden", kein belastbares Zahlenmaterial vorliegt. Im Zusammenhang mit der fehlenden Erforderlichkeit des Rauchverbotes wird nachfolgend noch näher eingegangen.

Die Eignung, Rauchverbote zum Schutz vor Passivrauch in solchen Lebensbereichen einzuführen, welche von den Bürgern lediglich im Rahmen ihrer Handlungsfreiheit bewusst und freiwillig aufgesucht werden, muss daher verneint werden.

**bb) Fehlende Erforderlichkeit: Kennzeichnungspflicht ausreichend**

Selbst wenn die Eignung zu bejahen wäre, ist der Schutz der Gäste vor Passivrauchen in einer Raucherkneipe, die ausdrücklich und unübersehbar als eine solche gekennzeichnet ist, gerade nicht erforderlich. Als weniger einschneidendes und genauso effektives Mittel steht hier eine **Kennzeichnungspflicht** für Kneipen, in denen geraucht werden darf, als Raucherkneipe zur Verfügung. Dies gilt im Übrigen auch für Teilbereiche innerhalb einer Gaststätte, wenn der Zugang zu der selbigen inklusive der Sanitäreinrichtungen rauchfrei gestaltet werden kann.

Ein Rauchverbot ist nur in denjenigen Lebensbereichen notwendig, in denen sich der Einzelne den Raucheinwirkungen nicht ohne weiteres entziehen kann. In einer Raucherkneipe, die nur von Rauchern besucht wird bzw. von Gästen, bei denen jeder von vornherein weiß, dass dort geraucht wird, ist der Schutz vor dem Passiv-Rauchen aber nicht nötig oder zweckmäßig. Wer sich bewusst und gezielt in die Gefahr begibt, die vom Passiv-Rauchen ausgeht, muss nicht geschützt werden. Insoweit besteht allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 101 BV). Diese beinhaltet das Recht am eigenen freien Willen. Der freie Wille des Rauchers bzw. sonstigen Besuchers, der sich bewusst in eine Raucherkneipe begibt und sich dort bewusst den Risiken des Passivrauchens aussetzt, muss respektiert werden. Eine staatliche Bevormundung ist in diesem Bereich nicht nötig und zulässig.

Das Rauchverbot ist auch aus weiteren Gründen nicht erforderlich, da es nicht das mildeste Mittel ist, um den angestrebten legitimen Zweck zu erreichen. Die Raucherkneipen könnten beispielsweise schon deutlich sichtbar am Eingang ihres Lokals durch eine klare Kennzeichnung an der Eingangstüre darauf hinweisen, dass dort geraucht werden darf. So können Nichtraucher frei eine Entscheidung treffen, ob sie die Kneipe besuchen wollen und sich den Gefahren des Passivrauchens bewusst aussetzen wollen. Zwar hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum Rauchverbot in anderen Bundesländern vom 30.07.2008 ausgeführt, dass es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken begegne, „dass die Gesetzgeber eine Verpflichtung der Gastwirte, lediglich zwischen einem Betrieb ihres Lokals entweder als Raucher- oder Nichtraucher-gaststätte verbindlich zu wählen, nicht als in gleicher Weise wirksam wie ein gesetzliches Rauchverbot eingeschätzt haben“ (BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.07.2008, Absatz-Nr. 115). Dabei hat sich das BVerfG nahezu ausschließlich auf die gescheiterten Zielvereinbarungen des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes (DEHOGA) berufen und daraus geschlossen, dass die überwiegende Zahl der Gaststättenbetreiber aus geschäftlichen und wirtschaftlichen Interessen nicht bereit ist, die Anziehungskraft ihrer Gaststätten für rauchende Gäste zu schmälern. Dementsprechend stünde bei einer den Gaststättenbetreibern überlassenen freien Entscheidung über den Betrieb der Gaststätte als Raucher- oder Nichtraucher-gaststätte im Hinblick auf den angestrebten Gesundheitsschutz kein ausreichendes Angebot für Nichtraucher zur Verfügung.



Diese Schlussfolgerung ist jedoch abzulehnen. Zum einen hat die vom BVerfG als Erkenntnisquelle herangezogene Zielvereinbarung des DEHOGA für getränkeorientierte Gaststätten wie die der Antragstellerin keinerlei Aussagekraft. Die Zielvereinbarung der DEHOGA betraf nur Speisegaststätten, die im Gegensatz zur Gaststätte der Antragstellerin ihr Angebot vor allem in Speisen und dazu angebotenen Getränken haben. Dementsprechend zielen diese Gaststätten auch auf einen völlig anderen Kundenkreis wie die Antragstellerin. Während die von der freiwilligen Selbstverpflichtung betroffenen Gaststätten sich an Personen jeden Alters, an Familien und auch an wechselnde Gästekreise richten, zielt die Antragstellerin erkennbar auf Stammkundschaft ab, die sich dort „am Feierabend auf ein Bier“ trifft. Insofern fehlt es also schon deswegen an der Vergleichbarkeit.

Des weiteren liegt bei einem Speiselokal der Fall ganz anders: Dort gehen die Menschen eben primär hin, um zu essen und müssen nebenbei das Rauchen ertragen. Zu den Gästen gehören auch Familien und Kinder. In eine Raucherkneipe gehen Menschen aber nur, um zu rauchen und etwas zu trinken. Demgegenüber gehören Familien mit Kindern nicht typischerweise zum Gästekreis solcher Gaststätten. Keiner, der Angst vor der Gefahr des Passiv-Rauchens hat, hat eine Motivation, die verrauchte Kneipe zu besuchen. Daher ist das Rauchverbot auch deswegen nicht erforderlich. Es gibt niemanden, der geschützt werden müsste.

Im Übrigen geht aber auch die weitere Schlussfolgerung des BVerfG fehl. Nur aufgrund der Tatsache, dass Speisewirtschaften sich nicht in dem Maße an der Selbstverpflichtung beteiligten, wie dies ursprünglich eventuell gewünscht war, kann nicht darauf geschlossen werden, das bei einer gegebenen Möglichkeit zur freiwilligen Ausrichtung zur Raucher- oder Nichtraucher-gaststätte nahezu keine Nichtraucher-gaststätten beziehungsweise Gaststätten mit rauchfreien Räumen angeboten würden. Das BVerfG schlussfolgert hier ein „Marktversagen“, ohne dafür auch nur hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte zu haben.

Die Antragstellerin wurde zu keinem Zeitpunkt vom Bayerischen Hotel und Gaststättenverband (BHG) in die Zielvereinbarung der sogenannten "freiwilligen Vereinbarung" mit einbezogen. Sie ist nicht Mitglied im Bayerischen Hotel und Gaststättenverband (BHG), welcher dafür bekannt ist, dass er im Wesentlichen Hotels und Speiserestaurants vertritt. Unserer Einschätzung nach - ohne dies konkret mit Zahlen belegen zu können - dürfte lediglich ein einstelliger Prozentsatz der getränkeorientierten Gastronomie durch den BHG vertreten sein.

Es ist äußerst zweifelhaft, ob die "gescheiterte Umsetzung der Zielvereinbarung" (BVerfG v. 30.7.2008, Absatz-Nr. 115) im Bereich der - explizit angesprochenen - Speisegastronomie dazu führen kann, in getränkeorientierten Kneipen - aufgrund eines "Scheiterns" - ein generelles Rauchverbot einzuführen. Dies gilt umso mehr, als dass eben gerade nicht Speisegastronomiebetriebe durch die eingeführten Rauchverbote besonders stark betroffen werden, sondern Gaststätten wie die der Antragstellerin, welche - in Bayern unabhängig von der Gaststättengröße - ihr Konzept an einer möglichst langen Verweildauer der Gäste und deren Getränkekonsum ausrichten. Die Tatsache, dass auch selbst zubereitete Speisen - dem Geschäftszweck dienlich - mit angeboten werden, ändert nichts an der Grundausrichtung dieses Betriebes. Speisegaststätten bieten auch nicht nur Speisen, sondern natürlich auch Getränke an. Gleiches gilt eben auch umgekehrt.

Die Tatsache, dass Speisegaststätten durch die Einführung des Rauchverbotes weniger zu leiden haben, hat durchaus mit dem "weit verbreiteten gesellschaftlichen Konsens" (auch von Rauchern) zu tun, bei der Einnahme von Speisen in Gaststätten auf das Rauchen zu verzichten. In Kneipen hingegen ist die gesellschaftliche Akzeptanz, Wirten die Entscheidungsfreiheit zu belassen, ob diese ein Raucher- oder ein Nichtraucherlokal betreiben, erheblich größer.

Die freiwillige Vereinbarung des DEHOGA mit dem Bundesministeriums für Gesundheit - welche vom Ministerium vorzeitig aufgekündigt wurde - kann jedoch noch aus einem anderen Grunde nicht für die Schlussfolgerung herhalten, dass es "keine ausreichenden Möglichkeiten für Nichtraucher gibt, in Gaststätten rauchfreie Räume zu finden". Es handelt sich nämlich bei dem zugrunde liegenden "Angebot von rauchfreien Sitzplätzen in der Speisegastronomie" um eine willkürliche und in mehreren Stufen sich steigernde Anzahl von rauchfreien Sitzplätzen, welche die betreffenden Gastronomen bereitzustellen hätten. Nicht untersucht wurde, inwiefern diese künstlich festgelegte Zahl von rauchfreien Sitzplätzen überhaupt von Nichtrauchern angenommen wurde. Aber darauf kommt es ja gerade an, ob diesem Angebot auch eine entsprechende Nachfrage gegenüberstand.

Einem Gastwirt ist nicht zuzumuten, dass er immer größere Kontingente an rauchfreien Sitzplätzen zur Verfügung stellt, wenn nicht einmal das bestehende Angebot angenommen wird und sich die Bürger (Raucher und Nichtraucher) perfekt im Raucherbereich arrangieren und aufhalten, indem sie temporär während des Speisens auf das Rauchen - mit völligem gesellschaftlichen Konsens - verzichten und "die Zigarette danach" als völlig unproblematisch einstufen.

Um die fundamentalen Eingriffe in die Grundrechte der Berufsfreiheit der Wirte zu rechtfertigen, liegen jedenfalls keine belastbaren Zahlen vor, welche ein schwerwiegendes Marktversagen begründen. Es ist auch nicht zu unterstellen, dass im Bereich der Gastronomie nur solche Anbieter

aufzutreten, welche sich der Nichtraucher-Nachfrage verweigern. In einem solchen Szenario müsste es entweder überhaupt kein Angebot an rauchfreier Gastronomie gegeben haben oder - falls zu wenig - die dem Markt feilgebotene Gastronomie überlaufen gewesen sein. Beides traf nicht zu.

Hier soll nur noch darauf hingewiesen werden, dass es im Rahmen der Selbstbestimmung (Art. 101 BV) jedermann freisteht, eine entsprechend gekennzeichnete Rauchergaststätte nicht aufzusuchen. Art. 101 BV kann aber nicht dahingehend ausgestaltet und verstanden werden, dass er für den einzelnen Nichtraucher ein Recht konstituiert, das es diesem ermöglicht, an „diesem Bereich des gesellschaftlichen Lebens“ (BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.07.2008, Absatz-Nr. 127) teilnehmen zu können - unter gleichzeitigem Ausschluss jeglicher potentieller Gesundheitsgefährdung infolge Passiv-Rauchens.

Insofern stellt dann aber die Möglichkeit, den Gaststättenbetreibern die Möglichkeit zu geben, sich freiwillig für eine Ausrichtung zur Raucher- oder Nichtrauchergaststätte zu entscheiden, die weit weniger einschneidende Maßnahme in die Berufsausübung dar. Besteht aber die Möglichkeit, von zwei Maßnahmen die weniger tiefgreifende Maßnahme zu wählen, so ist der Gesetzgeber gehalten, diese zu wählen und die entsprechende Regelung des GSG so zu gestalten (BVerfGE 85, 248/259).

Die Erforderlichkeit ist daher hier nicht gewahrt, da eine **Kennzeichnungspflicht** für Kneipen als Raucherkneipe ausreichend ist und den Marktteilnehmern dadurch erst eine klare Transparenz des vielschichtigen Gastronomieangebotes vermittelt wird. Auch die Ausweisung kompletter Rauch- bzw. Nichtraucherbereiche innerhalb EINES Betriebes wäre durch Kennzeichnung möglich, wenn dies der Gesetzgeber gestattet.

Von einer Wettbewerbsverzerrung kann nicht ausgegangen werden, wenn den Gastronomiebetreibern von Seiten des Gesetzgebers unterschiedliche Kundenangebote und -ausrichtungen ermöglicht werden. Sollte nach einer Einführung der Kennzeichnungspflicht tatsächlich festgestellt werden, dass für Nichtraucher kein ausreichendes Angebot bereitgestellt wird, sollte zumindest in Erwägung gezogen werden, ob nicht eine "Förderung der Verbreitung von rauchfreien Gaststätten" zielführender und weniger in die Grundrechte der Bürger und Gaststättenbetreiber einschneidend ist.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber gerade nicht von einem "Grundbedürfnis" auf den Besuch von Gaststätten ausgeht, da einzig und allein Gaststättenbetreiber für den Verkauf von Speisen und alkoholfreien Getränken nicht den ermäßigten Steuersatz, sondern den mittlerweile auf 19% angehobenen Mehrwertsteuersatz an den Fiskus abliefern müssen. Wenn man von einem Grundbedürfnis der Bürger auf eine rauchfreie Gastronomie ausgeht, wäre bereits hier

ein erster Ansatz, für rauchfreie Gaststätten den Grundbedürfnissesteuersatz anzuwenden. Festzuhalten bleibt derweil, dass ein solches "Grundbedürfnis" vom Steuergesetzgeber nicht unterstellt wird.

Eine Kennzeichnungspflicht erfüllt zu 100% den Schutzzweck des Gesetzes und wäre daher verhältnismäßig.

### **cc) Angemessenheit**

#### **aaa) Fehlende Ausnahme für Raucherkneipen**

In jedem Fall ist das GSG aber unangemessen, weil es keine Ausnahme für Raucherkneipen enthält.

Abzuwägen ist hier der Zweck des Gesetzes, der bei der Berufsausübungsregelung eine vernünftige Erwägung des Gemeinwohls sein muss. Die Einschränkung der Berufswahlfreiheit in objektiver Hinsicht, die hier vorliegt, weil die Führung einer Raucherkneipe durch das Rauchverbot unmöglich gemacht wird, ist nur in sehr engen Grenzen möglich. Der Zweck der Einschränkung muss die Abwehr nachweisbar oder höchst wahrscheinlich schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut sein.

Es muss in diesem Zusammenhang ausdrücklich festgestellt werden, dass zwar eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass das Passivrauchen Ursache für verschiedene Krankheiten ist. Keinesfalls ist aber sicher bewiesen, dass Passivrauchen ganz bestimmte Krankheiten mit Sicherheit verursacht. Der Nachweis, dass das Rauchen und Passivrauchen monokausale Ursache für bestimmte Krankheiten, etwa Lungenkrebs, kanzeroide oder Herz/Coronar-Erkrankungen ist, kann von der Wissenschaft gerade nicht geführt werden. Die Berufsfreiheit wird also zugunsten des Gesundheitsschutzes eingeschränkt, wobei schon nicht sicher bewiesen werden kann, wieweit die Gesundheit durch das Rauchverbot mehr geschützt wird. Schon diese Relation ist unverhältnismäßig.

Das GSG ist im vorliegenden Fall darüber hinaus auch aus anderen Gründen unverhältnismäßig. Auf der einen Seite steht zwar der Schutz vor dem Passiv-Rauchen. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass in eine Raucherkneipe sowieso nur Raucher hineingehen und solche Menschen, die sich bewusst in die Gefahr des Passiv-Rauchens begeben. Solche Menschen müssen aber nicht geschützt werden. Dem gegenüber sinkt der Umsatz in einer Raucherkneipe erheblich, wenn dort nicht mehr geraucht werden kann: Die Menschen besuchen diese Kneipe ja primär, um während ihrer Gespräche und ihres Trinkens zu rauchen. Wenn das Rauchen wegfällt, haben die Gäste, vor allem auch die Stammkunden,

auch keinen Grund mehr, in diese Kneipe zu gehen. Der Umsatz sinkt drastisch, die Existenz der Kneipe ist gefährdet. Der Betrieb einer Raucherkneipe ist von vornherein an den Bedürfnissen von Rauchern ausgerichtet und nur durch eine längere Verweildauer, verbunden mit einem entsprechenden Getränkekonsum dieses Zielpublikums rentabel zu führen. Bleiben die Raucher aus, kann die Raucherkneipe mangels Rentabilität nicht mehr betrieben werden.

Demgegenüber gibt es genügend rauchfreie Gaststätten, die von den Gästen besucht werden können, die sich vor den Gefahren des Passivrauchens schützen wollen. Dies gilt insbesondere, soweit es sich um keine Monopolbetriebe beziehungsweise Monopolveranstaltungen handelt - wie z.B. Volksfeste mit Festzelten, bei denen man auch ein begründetes Interesse der nichtrauchenden Bevölkerung unterstellen kann, rauchfrei an solchen gesellschaftlichen Ereignissen teilnehmen zu können. Die Antragstellerin betreibt Ihre Gaststätte in Memmingen - einer Stadt mit 40.000 Einwohnern - welcher bis vor wenigen Jahren die größte Kneipendichte (nach Frankfurt) unterstellt wurde. Bereits vor Einführung des gesetzlichen Rauchverbotes gab es hier komplett rauchfreie Gaststätten, sowie viele Gaststätten mit zusätzlich rauchfreiem bzw. dominierend rauchfreiem Angebot.

Zudem ist zu beachten, dass gerade die örtlichen Gegebenheiten in der Pilsbar Treff als "schlauchartiges" Kellerlokal es für die Gäste sehr unattraktiv macht, über eine lange Wegstrecke und Treppen zum Rauchen nach draußen zu gehen. Die Einhaltung des Rauchverbots ist in dieser Kneipe für die Raucher somit nicht so einfach möglich. Das Rauchverbot führt dazu, dass die Gäste ausbleiben und die Kneipe zugrunde geht.

Das GSG ist somit unverhältnismäßig, weil es keine Ausnahme für Raucherkneipen zulässt.

### **bbb) Ausnahme für geschlossene Gesellschaften („Raucherclubs“) ist verfassungswidrig**

Die faktische Ausnahmeregelung für sogenannte „Raucherclubs“ im GSG ist verfassungswidrig. Sie verstößt insbesondere gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 GG, Art. 100, 101 BV), den Datenschutz und die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 101 BV) sowie die negative Vereinigungsfreiheit (Art. 9 Abs. 1 GG, 114 Abs. 2 BV).

Es ist in Bayern gängige Praxis, dass viele öffentliche Gaststätten, um ihren Gästen dennoch das Rauchen zu ermöglichen, einen so genannten Raucherclub bilden. Damit erreichen diese Kneipen, dass für sie Art. 2 Nr. 8 GSG nicht einschlägig ist, da ihr Lokal nicht öffentlich zugänglich ist, sondern

nur Club-Mitgliedern. Zum einen kann es schon nicht angehen, dass auf diesem Wege eine „Umgehung“ des Rauchverbots und damit des GSG möglich ist, solchen Wirten aber nicht gestattet wird, die ausdrücklich am Eingang ihres Lokals darauf hinweisen und davor warnen wollen, dass hier geraucht wird.

Zum Zweiten gibt es beim sogenannten "Club-Modell" das Problem, dass jedes Club-Mitglied vorher dem Wirt seine Personalien angeben und meist einen gewissen Betrag bezahlen muss. Das führt faktisch dazu, dass bei dem Besuch dieser Kneipen, die im Übrigen schon sehr zahlreich sind und damit das Angebot an **öffentlichen** Gaststätten teilweise erheblich reduziert, jeder Gast nunmehr gezwungen ist, seine Personalien anzugeben und in der Regel Geld zu bezahlen. Dies wiederum verstößt gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 GG, Art. 100, 101 BV), den Datenschutz und die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 101 BV). Die Wirte dieser Clubs können mit den angegebenen Daten machen, was sie wollen. Sie können sie für eigene, individuelle Werbezwecke nutzen, sie können sie auch weiterverkaufen. Dieses momentan zulässige "Club-Modell" stellt daher einen Eingriff in die Rechte des Bürgers dar, wohingegen die Erlaubnis zum Führen einer expliziten Raucherkneipe überhaupt nicht in die Rechte der Bürger eingreift. In beiden Fällen handelt es sich jedoch faktisch um denselben Sachverhalt: Eine Kneipe will ihren Gästen das Rauchen ermöglichen. Wenn eine Raucherkneipe zulässig wäre, könnte sich jeder frei und ohne Einschränkungen, etwa die Angabe von Personalien, entscheiden, ob er die Raucherkneipe besucht oder nicht. Nicht unproblematisch ist darüber hinaus zu werten, dass es sich bei den meisten kleineren "Clubs" um nicht eingetragene Vereine handelt, bei denen die so "gezwungenen" Klubmitglieder zumindest theoretisch voll für die "Machenschaften" des Vereins haftbar sind.

Insofern steht auch zu befürchten, dass zukünftig alle Gaststättenbetreiber, die ihren Gästen auch weiterhin das Rauchen ermöglichen wollen, sich dem „Club-Modell“ anschließen werden. Entsprechend sind dann aber die Raucher, die ein solches Lokal aufsuchen möchten, faktisch dazu gezwungen, Mitglied des jeweiligen „Raucher-Clubs“ zu werden. Dies stellt einen Verstoß gegen die durch Art. 9 I GG, 114 I BV garantierte negative Vereinigungsfreiheit dar. Diese gibt auch das Recht, einer Vereinigung fernzubleiben bzw. die dahingehende Entscheidung (BverfGE 50, 290, 354). Zwar besteht natürlich kein rechtlicher Zwang, den entsprechenden „Raucher-Clubs“ beizutreten. Nichtsdestotrotz ist bei der zunehmenden Zahl der „Raucher-Clubs“ - und einer damit verbundenen drastischen Reduzierung von öffentlichen Gaststätten - in Bayern nicht von der Hand zu weisen, dass ein entsprechender faktischer Zwang für den einzelnen Raucher entstehen wird, diesen Clubs beizutreten. Ein faktischer Zwang, verursacht durch ein staatliches Handeln, reicht jedoch als Eingriff in eine grundrechtliche geschützte Rechtsposition aus.

In diesem Zusammenhang ist ebenfalls wiederum das Urteil des BVerfG zum Rauchverbot vom 30.07.2008 zu beachten. Das Gericht führt dort aus, dass der Gesetzgeber zur Verhängung eines strikten Rauchverbots ohne Ausnahmen berechtigt sei (BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.07.2008, Absatz-Nr. 125). Das angegriffene GSG normiert aber kein derart striktes Rauchverbot, vielmehr enthält es zahlreiche Ausnahmen, welche von der Ausgestaltung her verfassungswidrig sind und deshalb zur Verfassungswidrigkeit des GSG insgesamt führen.

Schon die Existenz des Art. 2 Nr. 8 GSG zeigt aber, dass auch das hier angegriffene Gesetz Ausnahmen enthält. Durch die Begründung dieser Ausnahmen hat der Gesetzgeber jedoch zum Ausdruck gebracht, dass er den Gesundheitsschutz vor den Gefahren des Passiv-Rauchens zwar „als erheblich einschätzt, aber -verfassungsrechtlich vertretbar - nicht als derart schwerwiegend bewertet, dass der Gesundheitsschutz und das "Recht, ausschließlich rauchfrei Gaststätten vorzufinden", in jeder Hinsicht Vorrang vor einer Berücksichtigung der beruflichen Interessen der Gaststättenbetreiber und der Verhaltensfreiheit der Raucher genießen müsste“ (BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.07.2008, Absatz-Nr. 134). Der Gesetzgeber muss es sich jedoch dann auch gefallen lassen, dass die von ihm insofern statuierten Ausnahmen ebenfalls an den Grundrechten der von diesen Ausnahmen Betroffenen gemessen werden und in einen Ausgleich mit dem kollidierenden Gesundheitsschutz sowie den Grundrechten anderer Betroffener gebracht werden.

Wie bereits gezeigt stellt die Ausnahme, die zur Gründung zahlreicher „Raucher-Clubs“ führte, einen faktischen Verstoß gegen die negative Vereinigungsfreiheit, Art. 114 I BV, sowie gegen das informationelle Selbstbestimmungsrecht des Art. 100, 101 BV und die allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 101 BV, dar.

Damit hat der Gesetzgeber durch die festgelegten Ausnahmen die Bedeutung des Gesundheitsschutzes relativiert und gegen weitere Grundrechte der Bayerischen Verfassung verstoßen. Auch von daher ist das GSG verfassungswidrig.

### **ccc) Ausnahme für Festzelte (Oktoberfest, etc.) ist verfassungswidrig**

Die derzeitige Ausnahmeregelung für Festzelte ist verfassungswidrig.

Angebliche Sicherheitsbedenken für das kommende Oktoberfest veranlassten den Gesetzgeber dazu, das seit 1.1.2008 in Kraft getretene GSG bayernweit für sämtliche Festzelte nicht zur Anwendung zu

bringen. Diese Ausnahmeregelung soll, soweit nicht wieder anderweitig entschieden wird, bis zum Jahresende 2008 Bestand haben.

Regionale Festzelte treten temporär in unmittelbare Konkurrenz zum stehenden Gastgewerbe. Das angesprochene Zielpublikum ist - neben anderen - identisch mit dem der Antragstellerin. Gerade Raucher haben durch die Möglichkeit, in Festzelten rauchen zu dürfen, einen zusätzlichen Anreiz, gesetzlich vorgeschriebene Nichtraucherlokale zu meiden und anstelle dessen vermehrt Festzelte aufzusuchen. Dies stellt einen unangemessenen Wettbewerbsnachteil für das stehende Gastgewerbe dar. Das Argument der "Sicherheitsbedenken" kann für die besonders im Sommerhalbjahr reichlich durchgeführten Festzeltbetriebe nicht nachvollzogen werden - insbesondere, da das zu Grunde liegende Gesetz bereits zum 1.1.2008 in Kraft getreten ist.

Es ist vielmehr so, dass gerade bei Volksfesten diese Festzelte einen Monopolstatus besitzen und besonders in diesem Bereich von einem begründeten Bedürfnis der nichtrauchenden Bevölkerung ausgegangen werden kann, rauchfreie Sitzplätze vorfinden zu können. In einem voll funktionsfähigen Markt jedoch, in dem sich die Antragstellerin zu bewähren hat, muss davon ausgegangen werden, dass die Marktgesetzmäßigkeiten funktionieren und entsprechende Nachfragen von Marktteilnehmern auch nachfragekonforme Angebote zur Folge haben.

Für den Zeitraum, in dem Sicherheitsbedenken des Oktoberfestes dazu führen, dass bayernweit alle Festzeltbetriebe vom Rauchverbot ausgenommen werden, hat diese Ausnahmeregelung auch für Gaststätten Anwendung zu finden.

## **2. Verstoß gegen die Eigentumsfreiheit, Art. 103 BV**

Das Gesetz zum Schutz der Gesundheit ist auch deshalb verfassungswidrig, weil es gegen die Eigentumsfreiheit verstößt (Art. 103 BV).

### **a) Eingriff**

Der Bestand der Kneipe ist als eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb von der Eigentumsfreiheit nach Art. 103 BV umfasst (Maunz/Dürig Art. 14 Rn 95). Jedenfalls fällt eine Gaststätte mit langjährigem festen Kundenstamm, die erfolgreich betrieben wird, als gesicherte Vermögensposition unter die Eigentumsfreiheit.



Art. 2 Nr. 8 GSG greift in diese Eigentumsfreiheit ein, weil das Rauchverbot in der Pilsbar „Treff“ faktisch zu einer Existenzgefährdung der Kneipe führt. Aufgrund des Rauchverbots bleiben die Gäste der Pilsbar aus, der Umsatz sinkt und die Kneipe geht zugrunde, die Fortführung des Gewerbebetriebs wird unmöglich. Wenn das Rauchverbot nicht eingehalten wird, führt dies zum Konzessionsentzug und die Existenz der Kneipe ist vernichtet, die Fortführung des Gewerbebetriebs wird unmöglich gemacht.

### **b) Unverhältnismäßigkeit**

Zwar kann das Eigentumsrecht vom Gesetzgeber durch formelle Gesetze eingeschränkt werden (Art. 103 Abs. 2 BV). Das Ermessen des Gesetzgebers ist aber durch das Gebot gerechter Abwägung begrenzt (Maunz/Dürig, Art. 14 Rn 303). Insbesondere müssen die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis gebracht werden unter Berücksichtigung einer sozialgerechten Eigentumsordnung (Maunz/Dürig Art. 14 Rn 303).

Eine verfassungswidrige Eigentumsbeschränkung liegt nicht vor, wenn der Normgeber im Interesse des Gemeinwohls den Inhalt des Eigentums allgemein verbindlich abgrenzt. Er darf dabei allerdings das Eigentumsrecht in seinem Wesensgehalt nicht antasten und dem Eigentümer keine unzumutbaren, mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht in Einklang stehenden Beschränkungen auferlegen (ständige Rechtsprechung; vgl. VerFGH vom 24.1.1991, VerFGH 44, 5/8; 48, 99/103 f.; 54, 36/39; VerFGH vom 20.11.200, VerFGH 56, 178/188 ff.).

### **c) Eignung, fehlende Erforderlichkeit (Kennzeichnungspflicht ausreichend), Angemessenheit sowie bestehende Ausnahmeregelungen für geschlossene Gesellschaften ("Raucherclubs")**

Die Begründung der Verfassungswidrigkeit wurde bereits zum Verstoß gegen die Berufsfreiheit, Art. 101 BV, vorgenommen und findet gleichlautend Anwendung auf den gesetzgeberischen Eingriff in das Grundrecht der Eigentumsfreiheit, Art. 103 BV.

### **3. Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz, Art. 118 Abs. 1 BV**

Ebenso verstößt das GSG gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 118 Abs. 1 BV).

Der Gleichheitssatz verbietet Willkür. Er lässt nur Differenzierungen zu, die durch sachliche Erwägungen gerechtfertigt sind. Dabei bleibt es dem Ermessen des Normgebers überlassen zu bestimmen, in welcher Weise dem Gedanken der Angemessenheit, Billigkeit und Zweckmäßigkeit Rechnung zu tragen ist. Wenn die Grenzen dieses Ermessens überschritten sind, wenn für getroffene Regelungen der sachliche Grund fehlt, ist der Gleichheitssatz verletzt (VerfGH v. 29.1.2008 Vf-VII-06).

Dies ist mit Art. 2 Nr. 8 GSG der Fall. Hier wird geregelt, dass pauschal ein Rauchverbot für alle Gaststätten gilt. Es wird nicht differenziert zwischen Speisegaststätten, Gaststätten und solchen, bei denen ein Rauchverbot aus räumlichen Gründen leicht zu verwirklichen ist (ebenerdige Gaststätten). Zudem wird nun das Rauchen in Festzelten weiterhin erlaubt.

Zu vergleichen ist einmal die Situation in einer Speisegaststätte. Dort könnte das Rauchverbot sinnvoll sein, weil zu den Gästen dieser Gaststätten auch Familien mit Kindern gehören und Gäste diese Orte primär zum Zweck des Essens besuchen - wenn man wirklich von einem höherwertigen Recht der Nichtraucher ausgehen möchte, rauchfreie Sitzplätze in der Gastronomie vorfinden zu können. In dieser Situation könnte das Rauchverbot seinen Zweck, den Schutz von unfreiwilligen Passivrauchern, erfüllen.

Bei einer Raucherkneipe liegt der Fall jedoch anders: Die Gäste besuchen die Kneipe, um oft über lange Zeiträume hinweg dort ihre Freizeit zu verbringen, sich zu entspannen, wohl zu fühlen und um sich ihren legalen "Lastern" hinzugeben - wozu eben auch das Rauchen zu den subjektiven Wohlgefühlbedürfnissen der absolut überwiegenden Anzahl solcher Kneipenbesucher zählt. Zum Gästekreis der Pilsbar „Treff“ gehören typischerweise gerade nicht Familien. Im Gegenteil: diese Kneipe wird nur von Menschen besucht, die sich wissend und bewusst in die Gefahr des Rauchens begeben wollen. Diese sind schon nicht schutzwürdig.

Zwischen der Rauchergaststätte und anderen Gaststätten besteht also ein fundamentaler Unterschied. Wesentlich ungleiches darf aber nach dem Gleichheitsgrundsatz (Art. 118 BV) nicht gleich behandelt werden. Auch deshalb ist das GSG verfassungswidrig.

Ebenso wurde im GSG nicht berücksichtigt, dass es Kneipen wie die Pilsbar Treff gibt, bei denen aus örtlichen Gegebenheiten („schlauchartiges Kellerlokal“) sich das Rauchverbot nicht so einfach verwirklichen lässt wie bei anderen Kneipen. Viele Kneipen sind ebenerdig gebaut, so dass es keine weitere Schwierigkeit darstellt, wenn die Raucher kurz zum Rauchen auf die Straße gehen. Dies ist aber bei der Pilsbar Treff nicht der Fall: die Haupträumlichkeit befindet sich im Keller und es stellt einen erheblichen Aufwand dar, wenn die Gäste zum Rauchen auf den schmalen Gehweg unmittelbar vor dem Lokal hinaufgehen müssen. Der Zweck eines solchen Gaststättenbesuches - also sich zu entspannen und wohl zu fühlen - wird für das rauchende Zielpublikum ad absurdum geführt. Das führt dazu, dass die Gäste die Pilsbar Treff weniger besuchen werden, als andere Lokale, wo sich das Rauchen trotz Verbot leicht verwirklichen lässt. Auch hierdurch ist Art. 118 Abs. 1 BV verletzt, denn das GSG enthält keine Ausnahmenvorschrift für diejenigen Gaststätten und Kneipen, für die das Rauchverbot nur mit unverhältnismäßigem Aufwand eingehalten werden kann.

Zudem stellt die Erlaubnis, momentan in Festzelten, etwa auf dem Oktoberfest, weiterhin rauchen zu dürfen, einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz dar (Art. 118 BV). Denn die Situation in einem Festzelt ist vergleichbar mit der Situation in einer kleinen Raucherkneipe: die Gäste suchen diese Örtlichkeiten auf, um sich zu amüsieren, zu trinken und dabei zu rauchen. Diejenigen, die nicht akzeptieren, dass dort geraucht wird, haben keinen Grund, diese Orte zu besuchen. Die Ungleichbehandlung von Festzelten und Raucherkneipen ist nicht gerechtfertigt, sondern willkürlich.

### **3. Schlussbemerkungen**

#### **3.1. Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Rauchverbot vom 30.7.2008**

Das Bundesverfassungsgericht hat bei seiner Entscheidung vom 30.7.2008 in einer Vielzahl an Fundstellen darauf hingewiesen, dass besonders die Kleingastronomie (Eckkneipen) von den Rauchverboten betroffen seien und durch die geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen in Berlin und Baden-Württemberg benachteiligt seien. Dies ist zwar grundsätzlich in diesen betreffenden Bundesländern richtig gewesen, da größere Gaststätten eher in der Lage waren, die gesetzlich zulässigen Raucherräume einzurichten. Ohne einen solchen gesetzgeberischen Vorteil für größere Gaststätten sind jedoch getränkeorientierte Gaststättenbetriebe unabhängig von deren Größe durch die Rauchverbote gleich betroffen.

Durch die nun gültige Regelung, welche das Bundesverfassungsgericht für Berlin und Baden-Württemberg vorgegeben hat, dass in Kneipen unter 75 m<sup>2</sup> wieder geraucht werden kann, schlägt der

bisherige Wettbewerbsvorteil zu einem Wettbewerbsnachteil für größere Gaststätten um, da diese weiterhin gezwungen sind, ihren Hauptgasträum - meist dem mit der Theke - rauchfrei zu halten.

Signifikant unterschiedliche Umsatzentwicklungen ergeben sich jedoch seit Einführung der Rauchverbote zwischen getränkeorientierten Gaststättenbetrieben und Speisegaststätten - und dies unabhängig von deren Größe. Eine mögliche Belästigung beziehungsweise Schädlichkeit von Passivrauch ist jedenfalls nicht an die Quadratmetergröße einer Kneipe gebunden - schon eher, ob eine Lüftung vorhanden ist oder nicht. (Die Lüftungskapazitäten in der Pilsbar Treff sind regelrecht überdimensioniert und stoßen selbst bei "überfülltem" Lokal nicht an Ihre Grenzen.)

Der wesentliche Kern dieser Verfassungsbeschwerde liegt in dem Umstand, dass nicht allein das hohe Rechtsgut der Gesundheit für den Eingriff in die Grundrechte der Berufs- und Eigentumsfreiheit der Gastwirte zum Tragen kommt, sondern dies nur in Verbindung mit einem "Hilfskonstrukt" - dem Recht, rauchfrei Gastronomie vorzufinden - stattfindet. Bereits an diesem Punkt wird hier die Auffassung vertreten, dass die Grundrechte der Berufsfreiheit und der Eigentumsfreiheit höherwertiger einzustufen sind.

Darüber hinaus fehlt es an belastbarem Zahlenmaterial darüber, dass die bisher schon angebotenen rauchfreien Sitzplätze in der Gastronomie nicht nachfragekonform ausreichend waren. So ist keinesfalls erwiesen, dass das gesellschaftliche Mit- und Nebeneinander von Rauchern und Nichtrauchern nicht funktioniert - beispielsweise dass auch Nichtraucher zusammen mit ihren rauchenden Freunden und Bekannten den Nichtraucherbereich "links liegen lassen", um nach einem rauchfreien Essen problemlos das Rauchen zu ermöglichen.

Eine fiktiv vorgegebene Anzahl an rauchfreien Sitzplätzen in der Speisegastronomie im Rahmen einer "freiwilligen Selbstverpflichtung" (inklusive deren Scheitern) trifft jedenfalls keine Aussage darüber, ob diesem Angebot eine unbefriedigte Übernachfrage gegenüberstand und somit ein "Marktversagen" konstatiert werden muss.

Auch in klar getränkeorientierten Gastronomiebetrieben sollte es deren Betreibern ermöglicht werden, im begrenzten Maße selbst zubereitete Speisen anzubieten. Die Schädlichkeit von Passivrauch ändert sich nicht, ob Speisen angeboten werden oder nicht. Lediglich die Bewertung, rauchfrei Gaststätten im Bereich der Speisegastronomie vorfinden zu müssen, könnte hier im Gegensatz zur getränkeorientierten Gastronomie, differenziert ausfallen.

Der Schutz der Arbeitnehmer fällt in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes und wurde in § 5 Abs. 2 Arbeitsstättenverordnung sinnvoll geregelt. Angestellte bewerben sich ganz gezielt und

wissend um die Rahmenbedingungen ihres jeweiligen Arbeitsplatzes in einer Raucherkneipe, die geradezu diesen Betrieb - mit seinen berufsspezifischen Gefahren - definiert.

Der Schutzzweck des Gesetzes - vor Passivrauch - ist durch eine Kennzeichnungspflicht 100%ig gegeben. Durch eine Kennzeichnungspflicht ist dem Gesetzgeber ein milder Eingriff möglich, um sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrageseite für alle Marktteilnehmer die dringend notwendige und gewünschte Transparenz im Bereich der Gastronomie zu schaffen.

Das Gesundheitsschutzgesetz ist in der jetzigen Form als verfassungswidrig einzustufen.

### **3.2. Zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 12.8.2008 ("Erfolgreiche Verfassungsbeschwerden gegen bayerische Nichtraucherchutzregelungen"):**

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Verlautbarung vom 12.8.2008 und unter Bezug auf sein Urteil vom 30.7.2008 die "gegen bayerische Nichtraucherchutzregelungen gerichteten Verfassungsbeschwerden" nicht zur Entscheidung angenommen, da es nach wie vor davon ausgeht, "*dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht gehindert ist, ein striktes Rauchverbot in Gaststätten zu verhängen*". (Quelle: Pressemitteilung des Bundesverfassungsgerichtes vom 12.8.2008, <http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg08-080.html>)

In seiner Begründung bezieht sich das BVerfG damit weiterhin auf das (hier unausgesprochene) Recht von Nichtrauchern, dass es "ausreichende Möglichkeiten für Nichtraucher gibt, in Gaststätten rauchfreie Räume zu finden".

Wie bereits ausgeführt, rechtfertigt dieses "Hilfskonstrukt" schon von vorne herein nicht den schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte der Berufsfreiheit und Eigentumsfreiheit. Ohne dieses "Hilfskonstrukt" greift das Argument des Gesundheitsschutzes nicht, da sich alle Beteiligten in einer Raucherkneipe freiwillig aufhalten.

Im Ergebnis stehen also den Berufs- und Eigentumsrechten der Gastwirte nicht (nur) das Recht auf Gesundheitsschutz gegenüber, sondern - zwingend - das Recht "in Gaststätten rauchfreie Räume zu finden".

Unabhängig davon, ob dieses Recht überhaupt dazu geeignet ist, in die Grundrechte der Gastwirte einzugreifen und es schon äußerst bedenklich ist, quasi ein Recht auf gesunde Konsumprodukte zu unterstellen, ist schlichtweg kein Nachweis erbracht, dass "es keine ausreichenden Möglichkeiten für

Nichtraucher gibt, in Gaststätten rauchfreie Räume zu finden". Eine Rauchergaststätte stellt nichts anderes dar, als ein im Rahmen der Freien Marktwirtschaft angebotenes (ungesundes) Konsumprodukt.

Die gescheiterte Vereinbarung mit den Speisegastronomiebetrieben des DEHOGA führt darüber hinaus keinerlei Nachweis darüber, ob überhaupt die angebotenen Nichtrauchersitzplätze in ausreichender Anzahl in Anspruch genommen wurden oder gar diesem Angebot von Nichtrauchersitzplätzen in der Gastronomie eine unbefriedigte Übernachtungsfrage gegenüberstand.

Von Gastwirten kann grundsätzlich nicht erwartet werden, dass diese eine fiktiv festgelegte und unrealistische Anzahl an Sitzplätzen für Nichtraucher zur Verfügung stellen, wenn diese in der Praxis nicht angenommen werden. Für getränkeorientierte Gastronomiebetriebe gibt es darüber hinaus überhaupt kein Zahlenmaterial, welche die "Feststellung" des BVerfG, dass es "keine ausreichenden Möglichkeiten für Nichtraucher gibt", rechtfertigt. (Quelle der BVerfG-Zitate: Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 30.7.2008, Absatznummer 102)

Eine solche Konstruktion, wie diese das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf Gaststätten gewählt hat, würde in anderen Lebensbereichen dazu führen können, beispielsweise die Schokoladenproduzenten dazu zu verpflichten, nur noch Diätschokolade anzubieten (da es kein ausreichend gesundes Angebot gibt), den Anbieter von Schweinshaxn dazu zu verpflichten, nur noch gesunde fettfreie Produkte anzubieten oder gar Schwimmbadbetreiber zur Absenkung des Wasserspiegels zu verpflichten, da auch Nichtschwimmern der Zugang zu den großen schönen Becken ermöglicht werden muss und für diesen Personenkreis auch das Recht auf den Beruf des Bademeisters ermöglicht werden müsse. Diese Beispiele mögen veranschaulichen, um was es bei dem Verbot von öffentlichen Raucherkneipen geht: ein Konsumprodukt (Nichtraucherergaststätten) wird vermeintlich zu selten im Rahmen der freien Marktwirtschaft angeboten und hat zur Folge, dass ein anderes Konsumprodukt (Raucherkneipen) - welches ja nicht konsumiert werden muss - verboten wird. Auf den Tatbestand, dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Steuergesetzgebung nicht von einem "Grundbedürfnis auf Gaststättenbesuch" ausgeht, wurde bereits hingewiesen.

In seiner oben angesprochenen Pressemitteilung vom 12.8.2008 teilt das Bundesverfassungsgericht weiter mit:

*"Soweit das bayerische Gesetz für das Rauchverbot darauf abstellt, dass die Gaststätte "öffentlich zugänglich" ist, und daraus in der Praxis gefolgert wird, dass unter bestimmten Voraussetzungen (feste Mitgliederstruktur mit bekanntem oder abrufbarem Mitgliederbestand, Einlasskontrollen mit*

*Zurückweisung von "Laufkundschaft", kein Erwerb der Mitgliedschaft am Eingang der Gaststätte)  
"Raucherclubs" vom Rauchverbot in Gaststätten nicht erfasst werden, ist damit keine Verletzung der  
Berufsfreiheit der Gastwirte verbunden. Da die Möglichkeit, einen "Raucherclub" einzurichten, nicht  
von Voraussetzungen abhängig ist, die die Betreiber bestimmter Gruppen von Gaststätten nicht  
erfüllen können, führt sie weder zu einer Ungleichbehandlung noch zu unzumutbaren wirtschaftlichen  
Belastungen für einzelne Sparten des Gastronomiegewerbes (wie etwa "Eckkneipen")." [Ende des  
Zitates]*

Auch wenn die Pilsbar Treff zu 2/3 von wiederkehrenden Stammgästen besucht wird, kann man nicht davon ausgehen, dass der Verzicht auf Laufkundschaft, unregelmäßig wiederkehrende Gäste sowie gerade auch Personen, die einfach nicht gewillt sind, einem (unbekannten) Gastwirt Ihre Personalien anzugeben, zu keinen "unzumutbaren wirtschaftlichen Belastungen" führt. Von einem Wirt zu verlangen, dass er keine öffentliche Gaststätte mehr zu betreiben habe, stellt einen schwerwiegenden Eingriff in seine Grundrechte dar - und selbst ein "freiwilliges" Wegsperrern vor der Öffentlichkeit, um sein Zielpublikum rauchen lassen zu können, ist mit erheblichen Umsatzeinbußen verbunden. Die Handlungsfreiheitsrechte der Bürger - in öffentlichen Gaststätten rauchen zu können, sofern ihnen dies ein Kneipier anbietet - werden diesem Personenkreis ebenfalls untersagt, da dies nur noch in Verbindung mit einer Zwangsmitgliedschaft in einem i. d. R. nicht eingetragenen Verein ermöglicht wird.

Dr. Andreas Mayer

Rechtsanwalt