

Wir zeigen an, dass uns die Antragstellerin Vollmacht erteilt (Anlage) und uns mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt hat. Namens und in ihrem Auftrag beantragen wir unter Bezugnahme auf die Popularklage vom 13./27. August 2008, Az. Vf. 13-VII-08 (Anlage A1), folgende

Einstweilige Anordnung

zu erlassen:

1. Die Anwendung des Art. 2 Nr. 8 GSG wird bis zur Entscheidung über die Popularklage der Antragstellerin ausgesetzt.
2. Der Freistaat Bayern hat die notwendigen Auslagen der Antragstellerin zu tragen.

Begründung:

A. Sachverhalt

I. Situation in der Pilsbar des Antragstellers

Die Antragstellerin betreibt in Memmingen eine Zweiraumgaststätte, die Pilsbar "Treff". Die Haupträumlichkeit (150,54 m²) liegt im Keller und wird von einer gut 15 m langen Theke dominiert. Darüber hinaus gibt es acht Tische in dem "schlauchartigen" Kellerlokal, von dem aus über lange Laufwege und eine enge Treppe der Gehweg vor dem Lokaleingang erreicht werden kann. Ergänzende Rahmenbedingungen sind ein umfangreiches Freizeitangebot mit Billard, Darts, Spielautomaten und sechs Internetterminals. Das Hauptzielpublikum ist die Altersgruppe zwischen 20 und 40 Jahren.

Die zweite Räumlichkeit mit 63,32 m² wird raumeinnehmend ebenfalls von der Theke dominiert. Es existiert hier lediglich noch ein Stehtisch in einem Eck. Es werden selbst zubereitete kleine Speisen angeboten. Das Zielpublikum hat hier ein Durchschnittsalter von deutlich über 40 Jahren. Dem wird durch entsprechende musikalische Rahmenbedingungen Rechnung getragen.

Der Raucheranteil in beiden Lokalräumen liegt bei circa 90 %. Dieser Wert wurde von den Mitarbeitern der Antragstellerin in einem zusammenhängenden Zeitraum von zwei Wochen erhoben (Anlage A2). Derzeit sind bei der Antragstellerin noch elf Personen beschäftigt, fünf davon in Vollzeitstellung.

Die Treff GmbH hat im Oktober 1996 den Gaststättenbetrieb inklusive Personal übernommen. Im November 2000 erfolgte der Eintritt des Alleingesellschafters als Geschäftsführer, der nach 20 Jahren Tätigkeit als Polizeibeamter seine Lebenszeitstellung aufgegeben hatte, da er sich in der Lage sah, mit seiner öffentlichen Gaststätte den zukünftigen Lebensunterhalt zu bestreiten. Nach Einführung des Rauchverbotes berief sich der Gaststättenbetreiber auf den Ausnahmetatbestand des Art. 5 Nr. 3 GSG, indem er in seinen Gasträumen mit seinen Gästen "das Leben vor dem Rauchverbot nachspielte". Er glaubte einerseits, dass "künstlerische Darbietungen" ein Jedermannsrecht darstellen würden und betrachtete dies andererseits als Alternative zu den "halblegalen Raucherclubs". Es sind indes wegen dieser Vorgehensweise nun mehrere Bußgeldverfahren anhängig, die noch nicht zum Abschluss gebracht wurden.

Seitens der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde, der Stadt Memmingen, ist der Antragstellerin in der

Vergangenheit mehrfach der Konzessionsentzug angedroht worden. Erstmals geschah dies bereits mit Schreiben vom 2. Januar 2008 (Anlage A3). Des Weiteren mit Schreiben vom 18. Februar 2008 (Anlage A4) sowie wiederholt fernmündlich. Das Konzessionsentziehungsverfahren wurde nach Auskunft des leitenden Rechtsdirektors der Stadt Memmingen, Karl Kraus, gegenüber dem Unterzeichner, Rechtsanwalt Dr. Mayer, bereits eingeleitet, was hiermit anwaltlich versichert wird. Die Stadt Memmingen sieht die erforderliche Zuverlässigkeit zum Betreiben einer Gaststätte wegen der Verstöße gegen das Rauchverbot als nicht gegeben an.

Das Konzessionsentzugsverfahren will die Stadt Memmingen nunmehr zügig zum Abschluss bringen. Der Grund ist nachvollziehbar. Angesichts der geplanten Neuregelung, welche die Bayerische Staatsregierung nach Kabinettsbeschluss am 20. Januar 2009 angekündigt hat, muss die Antragstellerin einerseits die Gäste ihres Hauptgastraumes im Keller (weiterhin) mit einem Rauchverbot belegen. Andererseits darf auch in der zweiten Räumlichkeit, diese mit angeschlossener Küche, entweder ebenfalls nicht geraucht werden, weil dort selbst zubereitete Speisen angeboten werden oder die Küche selbst muss geschlossen werden. Eine Konzessionstrennung der beiden Räumlichkeiten ist u. a. auf Grund des gemeinsamen Einganges nicht möglich. Die Küche erwirtschaftet circa 15 % des jährlichen Gesamtumsatzes von brutto ca. 300.000,00 €.

Die Antragstellerin hat damit vorliegend die Wahl zwischen "Pest und Cholera". Sie kann entweder das Rauchverbot einhalten und wegen der ausbleibenden Gäste die Insolvenz herbeiführen oder aber bei Nichteinhaltung des Rauchverbots sich die Konzession entziehen lassen und infolgedessen die Insolvenz herbeiführen.

Angesichts dieser Situation und der aktuellen politischen Entwicklung wird der vorliegende Antrag unter Hinweis auf die bereits eingereichte Popularklage gestellt.

II. Aktuelle Lage der Gastronomie in Bayern

Im vergangenen Jahr erfuhr das GSG insbesondere im Verwaltungsvollzug in Verbindung mit der Handhabung der Raucherclubs mehrere Änderungen. Unmittelbar nach Einführung des Gesundheitsschutzgesetzes und einer sechswöchigen Übergangsfrist war man noch der Auffassung, dass eine Umgehung des GSG mittels Raucherclubs nicht toleriert und flächendeckend hingenommen werde. Mittlerweile haben sich eine Vielzahl von "geschlossenen Gesellschaften" gebildet, die faktisch mehr oder minder öffentlich zugängliche Gaststätten (mit Raucherlaubnis) betreiben. Die Vorgaben für den Verwaltungsvollzug wurden "angepasst". Nach anfänglichen Schwierigkeiten, die teils immer noch bestehen, bezüglich der Fragestellung, was nun wie erlaubt sei, haben sich die Raucherclubs zu einem festen Bestandteil in der Gesellschaft entwickelt. Insbesondere in der getränkeorientierten Gastronomie ist dieses Phänomen dominierend verbreitet.

Um die aktuelle Lage ausschnittsweise zu dokumentieren, sind diesem Antrag Zeitungsausschnitte des Zeitraumes 21. Januar bis 23. Januar 2009 - also nach der Bekanntgabe der nunmehr geplanten Änderungen - beigelegt:

"Obwohl das strenge bayerische Nichtraucherschutzgesetz, das das Rauchen generell verbietet, nach wie vor in Kraft ist, scheren sich Wirte und Gäste kaum noch drum" (Anlage A5). "Ein halbes Jahr noch herrscht in Bayern Chaos mit Rauchverbot und Raucherclubs ..." (Anlage A6). "Wir hatten extreme Umsatz-Einbußen, bis zu 50 Prozent hat das ausgemacht" (Anlage A7). "Will man damit die Gesundheit der Fleischpflanzerl schützen?" (Anlage A 8). "Bevor wir ein Raucherclub wurden, hatten wir ständig Ärger mit den Nachbarn" (Anlage A9). "Schon die halb legalen Qualm-Vereine konnte die Behörde kaum in den Griff bekommen. Alleine in München entstanden im vergangenen Jahr knapp 1000. "Offenbar hat die Regierung aus den Raucherclubs nichts gelernt", schimpft Blume-Beyerle" (Anlage A10).

Raucherclubs fristen ein halblegales Dasein und werden meist nicht, beziehungsweise je nach Gemeinde unterschiedlich kontrolliert. "Nicht-öffentliche Gaststätten" verzichten "freiwillig" auf Laufkundschaft und die damit verbundenen Umsätzen. Ein schleichendes Kneipensterben ist die Folge. Auch die derzeit geplanten Neuregelungen versprechen hinsichtlich der Quadratmeter-Grenzziehung und den geplanten Auflagen im Speisebereich weiterhin Chaos. Die grundsätzlichen rechtlichen Probleme, auf die nun folgend eingegangen wird, kommen noch hinzu.

B. Rechtsausführungen

I. Prüfungsgrundsätze

1.) Erfolgsaussichten der Popularklage

a) Begründetheit

Es stellt sich die Frage, ob ein normiertes Rauchverbot in Gaststätten unter Berücksichtigung der Intention des Gesetzgebers geboten und zulässig ist. Oder ob gegen das Berufsfreiheitsrecht der Wirte und die Handlungsfreiheitsrechte der Gäste verstoßen wird.

Der erklärte Zweck des GSG ist der "Schutz vor Passivrauch".

Die teleologische Auslegung ergibt einerseits, dass durch die Norm keine Präventivmaßnahme gegen das Rauchen an sich angestrebt wird. Das Rauchen bleibt weiterhin eine erlaubte Handlung. Andererseits kommt zum Ausdruck, dass Unbeteiligte vor möglichen Gefahren des Passivrauches geschützt werden sollen.

Ein Schutz vor Passivrauch ist somit - von der Intention des Gesetzgebers ausgehend - in den Lebensbereichen anzustreben, für die jedem Bürger der Zugang gewährleistet sein muss.

Es stellt sich also die Frage, ob eine öffentliche Gaststätte ein solch schützenswerter Ort ist.

Eine Gaststätte stellt in sich selbst ein Konsumangebot (!) für potentielle Gäste dar. So geht der Steuergesetzgeber auch keineswegs von einem Grundbedürfnis auf Gaststättenbesuch aus, wenn er einzig diesen Betrieben für den Verkauf von Speisen und Getränken den mittlerweile auf 19 % angehobenen Mehrwertsteuersatz auferlegt.

Den Kunden steht es frei, eine solche Gaststätte zu betreten oder den Besuch zu unterlassen. In der Gastronomie gibt es ein großes Spektrum an zielgruppenorientierten Betrieben. Angefangen von "Edelgastronomiebetrieben" im Speise- und Promi-Discothekenbereich, Speise- und getränkeorientierter Gastronomie unterschiedlichster Spezialitätenausrichtung bis hin zu "Hard-RockSchuppen" und "Rotlichtmilieu". Anstößige oder nicht den eigenen Wünschen entsprechende gastronomische Einrichtungen braucht der (potentielle) Kunde nicht zu betreten. Erst durch den subjektiven Entschluss, eine - wie hier - klar gekennzeichnete Rauchergaststätte zu betreten, kann es zu Kontakt mit Passivrauch kommen.

Eine Örtlichkeit jedoch, die aus eigenem Antrieb und freiwillig im Rahmen der persönlichen Lebensgestaltung aufgesucht wird, kann nicht auf Grund eines "Schutz-Argumentes vor Passivrauch" mit einem normierten Rauchverbot belegt werden.

Denn es wäre schon paradox, die eigenverantwortliche und legale Handlung des Rauchens zu gestatten im Sinne eines Selbstschädigungsrechtes, andererseits aber die eigenverantwortliche Handlung, sich Passivrauch auszusetzen, zu verbieten. Obwohl letzteres nachgewiesenermaßen deutlich geringere gesundheitliche Auswirkungen für das jeweilige Individuum hat.

Des Weiteren ist kein Recht für Nichtraucher erkennbar, sich Rauchern jederzeit anzuschließen zu können, um dort dann ein Rauchverbot zu fordern. Einem Nichtraucher ist die Abwägung zuzumuten, ob er eine Raucherkneipe betreten will oder nicht. Es gibt auch einen gewissen Anteil der nichtrauchenden Bevölkerung, die "temporär" in solchen Lokalitäten "damit leben können", wenn Freunde und Bekannte in gemütlicher Atmosphäre rauchen. Dies ist bei der Hauptzielgruppe (20 - 40 Jahre) durchaus verbreitet. Auch die Raucherquote ist in dieser Altersgruppe deutlich höher als bei der Durchschnittsbevölkerung.

Eigenverantwortlich handelnde Bürger bedürfen keines Zwangsschutzes vor Passivrauch, zumal die eigenverantwortliche Handlung des Rauchens eine erlaubte Handlung darstellt.

Die angefochtene Vorschrift des Art. 2 Nr. 8 GSG stellt i. V. m. Art. 3 I GSG einen unzulässigen Eingriff in die Verfassungsrechte von Gaststättenbetreibern und deren (potentiellen) Gästen dar und ist mit der Handlungsfreiheit des Art. 101 BV nicht vereinbar.

aa) Aktuelle Norm des GSG

Den bayerischen Bürgern ist es seit Inkrafttreten des GSG nicht mehr möglich, **öffentliche** Gaststätten zu besuchen, in denen der Wirt seinen Gästen das Rauchen gestatten möchte.

Der Gesundheitsschutz als hoheitliche Schutzaufgabe käme aber nur dann zum Tragen, wenn für einen potentiellen Gast das **Besuchsrecht** oder die "Besuchsnotwendigkeit" in einer von einem Wirt betriebenen Gaststätte höher wöge, als die Berufsausübungsrechte bayerische Gaststättenbetreiber.

Von Gaststätten jedoch, die von allen Beteiligten zu ihrer Berufs- und Freizeitgestaltung selbstbestimmt aufgesucht werden, geht keine Gefahr für Dritte aus. Sie werden nicht einmal belästigt.

Auch Angestellte in Rauchergaststätten begründen keinen Regelungsbedarf für den Landesgesetzgeber. Einerseits bewerben sich diese ganz gezielt an einer Arbeitsstelle vor Ort, von der sie die Rahmenbedingungen kennen. Dies stellt schon einen Unterschied zu anderen Berufsbildern dar, bei denen man nicht unbedingt mit Rauchen am Arbeitsplatz zu rechnen hat. Andererseits steht dem Landesgesetzgeber für den Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz keine Kompetenz zu, da der Bund spezifische Regelungen erlassen hat (§ 5 Abs. 2 Arbeitsstättenverordnung).

Die angefochtene Vorschrift des GSG stellt dagegen "einen schwerwiegenden Eingriff in die freie Berufsausübung der Gastwirte dar. Da der Betreiber das Rauchen in den Räumen seiner Gaststätte nicht mehr erlauben darf, kann er mit seinen Angeboten insbesondere an Speisen und Getränken die Raucher unter seinen möglichen Gästen nur noch schwer oder, wenn diese auf das Rauchen in Gaststätten keinesfalls verzichten möchten, nicht mehr erreichen." (BVerfG v. 30.07.2008, Rn. 118). Der schwerwiegende Eingriff in die freie Berufsausübung stellt aus den o. a. Gründen auch in Form eines "strikten und ausnahmslosen" Rauchverbotes einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Handlungsfreiheit bayerischer Bürger dar.

Denn mit dem mildereren Mittel einer "Kennzeichnungspflicht" wäre dem Schutzgedanken ebenso gut genügt.

bb) Geplante Normänderungen beim GSG

"Der VerFGH prüft die angefochtene Norm grundsätzlich in der Fassung, die im Zeitpunkt seiner Entscheidung gilt" (Lindner/Möstl/Wolff, 2009, Art. 98, Rn. 23). Insofern wird hier auch kurz auf die von der Bayerischen Staatsregierung angekündigten und geplanten Änderungen einzugehen sein.

An der Feststellung, ob funktionslos gewordene Rechtsnormen mit der BV vereinbar waren, besteht das Interesse insbesondere dann, "wenn nicht auszuschließen ist, dass sie noch rechtliche Wirkungen entfalten, etwa weil sie für künftige Entscheidungen noch rechtlich relevant sind" (Lindner/Möstl/Wolff, s. o.). Dies ist hier der Fall.

In Bezug auf die ausstehenden Bußgeldverfahren gegen die Antragstellerin besteht ein berechtigtes Interesse, die derzeit geltende Regelung einer Überprüfung zu unterziehen.

Jedoch auch die geplanten Neuregelungen treffen neben der Antragstellerin noch eine Vielzahl weiterer Gaststättenbetreiber. Sie erleiden (erst) hierdurch einen Wettbewerbsnachteil. Mit ihren Kernelementen einer künstlichen 75-m²-Grenzziehungen sowie möglichen Einschränkungen bei der Speisenzubereitung soll das GSG "gelockert" werden. Folgen sind jedoch andere. Neue Kneipenkonzepte werden dadurch hervorgebracht, dass sie sich in Konkurrenz zu bestehenden Strukturen genau an diesen künstlichen Vorgaben orientieren. Beispielsweise um in ihrem Hauptgasträum (mit Theke) Rauchen lassen zu dürfen. Dies stellt einen Wettbewerbsnachteil für viele Gaststätten dar, die sich diesen Vorgaben nicht anpassen können.

Die "Gefährlichkeit" von Passivrauch hängt nicht von der Gaststättengröße ab; auch nicht davon, ob Speisen angeboten werden. Es bleibt auch immer die freie Wahl des Gastes, einen solchen Betrieb zu besuchen oder nicht. Beschränkungen der Berufsfreiheit sind nicht mit "Schutz vor Passivrauch" begründbar, weil es kein Schutzerfordernis an Orten gibt, die freiwillig aufgesucht werden. Geplante Vorgaben, die Gaststättengröße betreffend oder Einschränkungen bei der Speisenzubereitung sind Eingriffe in die Berufsfreiheit, die mit dem Schutz vor Passivrauch nicht begründet werden können.

Das "Argument" der Wettbewerbsverzerrung ist bei näherer Betrachtung nicht haltbar. Führt doch erst die künstliche qm-Grenzziehung zum Nachteil der größeren Gaststätten.

Normierte Speisenbeschränkungen sind bei genauen Betrachtungen ebenfalls nicht nachvollziehbar, bedenkt man, dass besonders im Bereich der Speisegastronomie weit verbreiteter gesellschaftlicher Konsens darüber besteht, in Speiselokal nicht zu Rauchen, und zwar auch bei Bürgern, die selbst rauchen.

Einen Regelungsbedarf wäre für Monopolbetriebe denkbar. Hier könnte argumentiert werden, dass auch Nichtraucher ein berechtigtes Interesse daran haben, rauchfrei "am gesellschaftlichen Leben" teilhaben zu können. - Der Gesetzgeber selbst spricht jedoch mit seiner Befreiung von Festzelten (Oktoberfest, etc.) eine andere Sprache.

Die Staatsregierung hält es insoweit also selbst nicht für nötig, das Gesundheitsschutzgesetz vollständig umzusetzen. Die Situation in einem Festzelt ist aber vergleichbar mit der Situation in einer Rauchergaststätte: Die Gäste suchen diese Örtlichkeit auf, um sich zu amüsieren, zu trinken und dabei zu rauchen. Diejenigen, die nicht akzeptieren, dass dort geraucht wird, müssen diese Orte nicht aufsuchen. Die unterschiedliche Behandlung von Festzelten und Rauchergaststätten behandelt daher wesentlich Gleiches ungleich und verletzt damit den Gleichheitssatz des Art. 118 BV. Die Ungleichbehandlung von Festzelten und Raucherkneipen ist nicht sachlich gerechtfertigt, sondern willkürlich.

Der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz wird durch die geplante Gesetzesnovellierung also nicht hinfällig.

b) Verfassungsrechtliche Frage ist nicht entschieden

Die für die Popularklage maßgebliche verfassungsrechtliche Frage wurde durch das Bundesverfassungsgericht noch nicht entschieden.

Streitgegenstand des Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht war eine Norm des baden-württembergischen beziehungsweise des berlinerischen Landesrechts. Das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 30. Juli 2008 (1 BvR 3262/07 u. a.) entschieden, dass die von den Beschwerdeführern angefochtenen Bestimmungen **nicht** verfassungskonform waren.

Die darüber hinausgehenden Aussagen des Bundesverfassungsgerichts entfalten keine Bindungswirkung für das vorliegende Popularklageverfahren. Es handelt sich bei den Ausführungen in der Urteilsbegründung um ein obiter dictum.

Für die Grundsatzentscheidung des BVerfG hatte sich das Verfassungsgericht drei so genannte Musterkläger ausgesucht, die allesamt lediglich Ausnahmetatbestände für sich reklamierten. Ein Beschwerdeführer, der die Rauchverbotsgesetzgebung(en) im Grundsatz anfocht, war nicht dabei.

Auch ein Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts (1 BvR 3198/07 u. a.) entfaltet keine Bindungswirkung (Zuck, Verfassungsbeschwerde, 3. A., Rn. 990). Ein anhängiges beziehungsweise erfolglos abgeschlossenes Verfahren vor dem BVerfG lässt ebenfalls das Klarstellungsinteresse für ein Popularklageverfahren nicht entfallen (Lindner/Möstl/Wolff, 2009, Art. 98, Rn. 50, letzter Satz).

Festzustellen ist jedenfalls, dass über die Verfassungsmäßigkeit die hier angefochtene Norm des GSG nicht entschieden ist.

2.) Abwehr schwerer Nachteile

a) Wirtschaftliche Nachteile einer (Teil-)Berufsgruppe

Für den Betrieb des Antragstellers steht durch das Rauchverbot bedingt die wirtschaftliche Existenz auf dem Spiel.

Die Umsatzeinbußen treffen hauptsächlich die getränkeorientierte Gastronomie und erst Recht diejenigen, die weiterhin eine öffentliche Gaststätte betreiben wollen. Von einem Gaststättenbetreiber kann jedoch nicht verlangt werden, dass dieser sich "freiwillig" von der Öffentlichkeit wegsperret und bedingt dadurch ebenfalls Umsatzeinbußen erleidet. Auch diese "Lösung" führt in vielen Fällen dazu, wenn auch temporär etwas verlangsamt, dass Kneipen nicht mehr ihre Kosten erwirtschaften können und schließen müssen.

Speisegaststätten scheinen aufgrund des gesellschaftlichen Konsenses wenig oder nicht unter dem gesetzlichen Rauchverbot zu leiden.

Öffentliche getränkeorientierte Gastronomiebetriebe gibt es fast nicht mehr in Bayern. Die meisten wurden zu mehr oder minder legalen "Clubs", wobei auch diese teilweise mit den wirtschaftlichen Nachteilen zu kämpfen haben, die sich daraus ergeben, dass spontane Besuche von Laufkundschaft durch das "freiwillig Wegsperren vor der Öffentlichkeit" verunmöglicht werden.

b) Informationelle Selbstbestimmung

Bedingt durch die Sonderregelung "soweit nicht öffentlich zugänglich" sind mittlerweile hunderttausende von Gäste-Mitgliedschaften in Raucherclubs entstanden. Bürger haben oft mehreren unbekanntem Wirten gegenüber ihre Personalien anzugeben, um den Verwaltungsvorschriften, die im Zusammenhang mit der Raucherclublösung festgelegt wurden, zu entsprechen. In der großen Masse treten diese in nicht eingetragene Vereine ein - mit entsprechenden Haftungsrisiken für mögliche Makenchaften des jeweiligen Clubs, falls "finanzielle Schwierigkeiten" eintreten.

Diese Regelung des Verwaltungsvollzuges verstößt - wenn auch nicht direkt durch die Popularklage angreifbar - 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).

Eine solche Dimension darf im Zusammenhang mit der angefochtenen Norm des GSG jedoch nicht unbeachtet bleiben und ist für die Entscheidung für bzw. gegen den Erlass der einstweiligen Anordnung berücksichtigungsfähig.

c) Störung des Rechtsfriedens - Gesetzesbefolgungspflicht

Es liegt eine Störung des Rechtsfriedens vor.

Der VerfGH sieht für die Bürger des Freistaates Bayern die Gesetzesbefolgungspflicht als Grundpflicht an (VerfGH 21,67 [Ls.3] in Lindner/Möstl/Wolff, 2009, vor Art. 98, Rn. 17, auch Fußnote). Dies stellt durchaus eine Besonderheit im deutschen Verfassungsrecht dar.

Im Umkehrschluss kann sich aus dieser Pflicht für die Bürger auch die Pflicht der Staatsorgane ableiten, nicht stillschweigend hinzunehmen, dass gesetzestreuen Bürgern Nachteile hieraus erwachsen.

Das gastronomische Rauchverbot wird in vielen Teilen Bayerns nicht kontrolliert. Genauer gesagt, es wird unterschiedlich kontrolliert. Von gar nicht bis zur bußgeldbewährten Verfolgung und Androhung des Konzessionsentzuges. Die gesellschaftliche Akzeptanz des Rauchverbotes ist in bestimmten Gastronomiebereichen als "mäßig" zu konstatieren. Dies könnte berechtigte Ursachen haben.

Raucherclubs sind faktisch öffentliche Gaststätten. Kontrollen finden nicht oder lediglich sporadisch statt. Bürger begeben sich in großen Zahlenmengen in nicht eingetragene Vereine, sogenannte "Raucherclubs". Dieser Zustand ist weit verbreitet. Er stellt in großen Teilen die gesellschaftliche Wirklichkeit unter dem Einfluss der angefochtenen Bestimmung dar.

Die Gültigkeit einer Norm ist jedenfalls infrage zu stellen, wenn sie zu ungleicher Anwendung kommt. So kann eine "Schutzpflicht" daraus erwachsen, für solche Normen zu sorgen, die nicht zum Nachteil derjenigen führen, die sich an diese halten. Besonders betroffen sind die getränkeorientierten Gastronomiebetriebe. Unabhängig von deren Größe. In der Kneipe gehört für sehr viele in ihrer Freizeit das Rauchen "zum Bier" dazu und wird auch mehr oder minder legal so gehandhabt.

Die gesellschaftliche Akzeptanz bei Speisegaststätten wäre sicher anders zu beurteilen. Aber auch hier kann der Wirt seinen Kundenbedürfnissen entsprechen - ohne den flankierenden Schutz eines gesetzlichen Rauchverbotes.

Desweiteren wird derzeit in Bier- und Festzelten weiterhin geraucht. Genauso wie im ersten Halbjahr 2008 ohne Rechtsgrundlage. Im vergangenen Jahr geschah dies bis zur ersten Gesetzesnovellierung

am 22. Juli 2008.

Der (konkrete) Verwaltungsvollzug ist nicht Gegenstand der Popularklage. Für die Entscheidung über eine mögliche einstweilige Anordnung sollten jedoch die tatsächlichen Gegebenheiten entsprechende Berücksichtigung finden.

Es besteht ein berechtigtes Bedürfnis der Bürger, durch eine entsprechende Grundsatzentscheidung Rechtssicherheit bei dem hier vorliegenden Sachverhalt zu erlangen. So könnte die Aufgabe der Rechtsprechung darin liegen, die Geltung des (Verfassungs-)Rechts zu gewährleisten, bevor die "Macht des Faktischen" in vielen Betrieben zu unumkehrbaren Existenzfolgen führt.

II. Folgenabwägung

1.) Folgen für den Antragsteller

a) Betreiber und Angestellte

Ergeht die einstweilige Anordnung nicht, so wird dem Kneipenbetrieb der Antragstellerin die wirtschaftliche Grundlage entzogen.

Durch Befolgung des Rauchverbots nach Art. 2 Nr. 8 GSG ist die Gaststätte nicht mehr rentabel zu führen, da die Raucher künftig die Kneipe nicht mehr aufsuchen würden. Darüber hinaus werden bei einer schlecht besuchten Kneipe auch weitere Gäste fernbleiben (Schneeballeffekt). Zudem ist zu beachten, dass gerade die örtlichen Gegebenheiten in der Pilsbar "Treff" als "schlauchartiges" Kellerlokal es für die Gäste sehr unattraktiv machen, über eine lange Wegstrecke und Treppen zum Rauchen auf den Gehweg unmittelbar vor dem Lokaleingang zu gehen.

Die Einhaltung des Rauchverbots ist in einer Kneipe auch für die Raucher selbst somit nicht ohne erhebliche Beeinträchtigungen möglich. Die Befolgung des Rauchverbots würde deshalb dazu führen, dass die Gäste - Schritt für Schritt - ausbleiben und die Kneipe zu Grunde geht.

Nachdem die Antragstellerin eine juristische Person ist, haben ihre Geschäftsführer einerseits Gegenmaßnahmen zu ergreifen, die drohende Insolvenz abzuwenden, andererseits bei Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung zur Vermeidung strafrechtliche Konsequenzen Insolvenzantrag zu stellen. Das Insolvenzverfahren führt in nahezu allen Fällen zur wirtschaftlichen Zerschlagung des Betriebs und zur anschließenden Liquidation mit Löschung im Handelsregister, so dass eine Fortführung der Kneipe durch die Antragstellerin nicht mehr möglich wäre. Es wären damit irreparable Schäden eingetreten.

Wenn hingegen die Antragstellerin das Rauchverbot nicht umsetzen würde, kämen unkalkulierbare Bußgeldverfahren auf die Geschäftsführer zu und es würde der Gesellschaft von der Stadt Memmingen, wie bereits mehrfach angedroht, die Konzession zum Betrieb der Gaststätte entzogen.

Ohne die Konzession kann die Antragstellerin ihre laufenden Zahlungsverpflichtungen nicht mehr erfüllen und müsste daher unverzüglich versuchen, die Gesellschaft abzuwickeln bzw. zwangsläufig wegen Zahlungsunfähigkeit / Überschuldung in die Insolvenz gehen.

Ohne Erlass der einstweiligen Anordnung kommt es zur Insolvenz der Antragstellerin und daher zu irreparablen Schäden. Selbst wenn sie dann mit der Popularklage Erfolg hätte, wäre Personal betriebsbedingt entlassen, der Geschäftsbetrieb eingestellt und wohl zu diesem Zeitpunkt schon die GmbH im

Handelsregister gelöscht. Eine Weiterführung der Gaststätte wäre - neben den schon eingetretenen Schäden - nicht mehr möglich.

Sollte die einstweilige Anordnung nicht ergehen, sind vom Antragsteller unverzüglich der Mietvertrag für die Geschäftsräumlichkeiten zu kündigen, um im zeitgleichen Kampf zwischen regulärer Geschäftsbeendigung und Insolvenz die Abwicklung des Betriebes anzugehen.

Die langjährigen Festangestellten - in zwei Fällen mit über 20-jähriger Betriebszugehörigkeit (noch vom Vorgängerbetrieb übernommen) - hätten ihre Arbeitsstelle verloren. Für die geringfügig Beschäftigten gilt gleiches.

Ergeht die einstweilige Anordnung, bliebe aber später der Popularklage der Erfolg versagt, so kann die Antragstellerin mit ihren Mitarbeitern in der Zwischenzeit ihre Raucherkneipe betreiben.

b) (Potentielle) Gäste

Würde der Antrag versagt, herrscht Rauchverbot in der Gaststätte des Antragstellers. Die Gäste bleiben aus. Alternativ besuchen Sie nur selten und kurz die Kneipe.

Bei einem erfolgreichen Antrag hingegen würden die Gäste weiterhin die Raucherkneipe des Antragstellers besuchen.

Die Gaststätte der Antragstellerin ist deutlich als "Raucherkneipe" am Eingang gekennzeichnet, so dass kein Nichtraucher sich hierin unbewusst dem Passivrauch aussetzt. Jeder, der das Lokal betritt, weiß, dass er sich hierdurch dem Passivrauch aussetzen wird.

Wer sich vor Passivrauch schützen will, wird somit am Eingang deutlich vor dessen Auftreten in der Raucherkneipe gewarnt und kann hiernach sein Verhalten darauf einstellen und vom Betreten der Gaststätte Abstand nehmen.

Während der Geltungsdauer der einstweiligen Anordnung wären nur Menschen, die sich nicht dem Passivrauch aussetzen wollen, daran "gehindert", das Lokal der Antragstellerin zu besuchen. Diese Einschränkung erscheint im Hinblick darauf, dass solche Menschen sowieso nicht typischerweise zum Besucherkreis einer Raucherkneipe wie der Pilsbar "Treff" zählen, vertretbar.

2.) Bayernweite Auswirkungen

a) Betreiber und Angestellte

Der Umsatz in einer getränkeorientierten Raucherkneipe sinkt, wenn dort nicht mehr geraucht werden darf: Die Menschen besuchen solche Kneipen ja primär, weil sie während ihrer Gespräche und ihres Trinkens rauchen und sich damit wohlfühlen möchten. Wenn diese Möglichkeit wegfällt, haben die Gäste, vor allem auch die Stammkunden, keinen Grund mehr, diese Kneipen regelmäßig zu besuchen.

Die Raucherclubs fristen weiterhin ein halblegales Dasein. In konkurrierenden Fest- und Bierzelten darf weiterhin mit oder ohne gesetzliche Grundlage geraucht werden. Öffentliche getränkeorientierte Gaststätten verlieren "langsam" ihre Kunden. Öffentliche Kneipen werden faktisch nicht mehr angeboten. Nur wenige solche Betriebe überleben.

Die Festzeltgastronomie erfährt einen Aufschwung und wird vermehrt in Konkurrenz zum stehenden Gastgewerbe - auch zu den Clubs - treten.

Stilles Kneipensterben im Bereich der getränkeorientierten Gastronomie. Dies betrifft auch Raucherclubs, die nicht mehr öffentlich zugänglich sind.

Würde jedoch der Antrag positiv beschieden, bräuchte es die halblegalen Raucherclubs nicht mehr.

Gaststätten müssten an ihrer Eingangstüre einen Hinweis anbringen, wenn bei ihnen geraucht werden darf.

Es herrscht bei allen Beteiligten Klarheit über die aktuelle Vorgaben.

Wirte bemühen sich ohne gesetzliche Einschränkungen, unterschiedlichsten Kundenansprüchen gerecht zu werden.

b) (Potentielle) Gäste

Bei einem erfolglosen Antrag haben rauchende Gäste sich weiterhin unter Angabe ihrer Personalien mit der Clublösung zu arrangieren und treten in diese ein. Raucher weichen darüber hinaus vermehrt auf private Bereiche aus.

Nichtrauchende Gäste besuchen weiterhin unzureichend die öffentlich angebotene getränkeorientierte Gastronomie. Bedingt dadurch wird der kleinere Markt von wenigen Betrieben aufgeteilt.

Die Gäste haben hingegen bei Erlass einer einstweiligen Anordnung die Wahlmöglichkeit, die Gaststätten aufzusuchen, welche ihren Wünschen und Bedürfnissen entsprechen. Andere Gaststätten vermeiden sie vernünftigerweise.

Die gesamte Gastronomie erfährt einen Wachstumsschub, da sie allen unterschiedlichen Gastbedürfnissen entsprechen darf. Der Gast und seine Bedürfnisse stehen wieder im Mittelpunkt der gastronomischen Arbeit.

Gäste wissen in Bezug auf das Rauchen ganz genau, welcher Betrieb ihren individuellen Bedürfnissen entspricht.

c) Gesetzgeber

Der Gesetzgeber wird in die Lage versetzt, festzustellen, ob für Nichtraucher ein (gut) ausreichendes Angebot an rauchfreier Gastronomie feilgeboten wird und kann seine Handlungen entsprechend ausrichten.

Der gesellschaftliche Wandel wird im Spiel zwischen Angebot und Nachfrage sichtbar. Einschränkungen bei der Handlungsfreiheit aller Beteiligten sind nur noch in geringem Maße notwendig.

III. Gegenargumente

1.) Schutzpflicht "Gesundheitsschutz" sei nicht erfüllt

Es ist "Vorsicht geboten, dass die Berufung auf die grundrechtlichen Schutzpflichten auf der einen Seite nicht zu übermäßiger Grundrechtsverkürzung auf der anderen Seite führt. Nicht jede grundrechtliche Betätigung des einen, die den anderen stört oder in seiner Freiheit eingeengt, ist unter Berufung auf die Schutzpflicht zu untersagen. Ansonsten geriete der Freiheitsbereich des einen unter fremdbestimmten Duldungsvorbehalt auf Seiten des anderen, die Freiheitsordnung würde pervertiert" (Lindner/Möstl/Wolff, 2009, vor Art. 98, Rn. 95).

Eine fremdbestimmte Handlungseinschränkung dürfte einem "fremdbestimmten Duldungsvorbehalt" in nichts nachstehen.

Einerseits kann eine Schutzpflicht bezüglich solcher Örtlichkeiten abgeleitet werden, für die jedem Bürger der Zugang gewährleistet sein muss. Öffentliche Behörden, öffentliche Verkehrsmittel, etc.. Andererseits sind aber auch die Grenzen der Schutzpflicht erreicht, wenn Bürger sich durch freien Willensentschluss in Bereiche hinbegeben ohne dort hin zu müssen.

2.) Nichtraucher könnten ohne gesetzliches Rauchverbot nicht am gesellschaftlichen Leben teilnehmen

Es ist keine Studie oder Erhebung bekannt, welche diese Behauptung bestätigen würde.

Von den Verbotsbefürwortern wird die so genannte freiwillige Vereinbarung mit dem Deutschen Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA) zitiert, welche angeblich auf Grund des Verhaltens der Gastronomen gescheitert sei.

In dieser Vereinbarung (Anlage A11) erklärte sich der DEHOGA Bundesverband gegenüber dem Bundesministerium für Gesundheit und soziale Sicherung (BMGS) bereit, in drei Stufen - jeweils März 2006/2007/2008 - ein wachsendes Platzangebot für Nichtraucher bereitzustellen. Dies sollte einerseits durch eine steigende Anzahl aller Speise(!)-Betriebe erreicht werden, die in den drei vorgeannten Zeit-Stufen teilnehmen sollten: 30 % (03/2006), 60 % (03/2007) und 90 % der Betriebe ab März 2008. Andererseits sollten diese Betriebe für ein prozentual wachsendes Platzangebot für Nichtraucher in den eigenen Lokalitäten sorgen: 30%, 40% und 50% der Sitzplätze in der letzten Stufe.

Das Gesundheitsministerium erklärte sich im Gegenzug bereit, "auf eine Initiative zur Einführung eines gesetzlichen Rauchverbotes im Gastgewerbe" zu verzichten.

Der zeitliche Ablauf stellte sich dann wie folgt dar: ab dem 1. März 2006 hatten 30 % der Speisebetriebe 30 % ihrer Gastfläche als Nichtraucherzone auszuweisen.

Am 12. Dezember 2006 veröffentlichte die Bundesregierung eine Pressemitteilung (Anlage A12), Titel "Bundesregierung ebnet Weg für mehr Nichtraucherschutz" und aus dem Inhalt: "Zuvor beschloss das Kabinett Eckpunkte für mit den Ländern abgestimmte Initiativen." Und weiter: "Das Eckpunktepapier enthält auch den Appell an die Länder, in den Bereichen, für die sie Verantwortung tragen, wirksame Maßnahmen gegen das Passivrauchen zu treffen. Das gilt konkret für die landeseigenen beziehungsweise kommunalen Einrichtungen (...), aber auch für die Gaststätten."

Nach dieser Kabinettsentscheidung und Presseveröffentlichungen der Bundesregierung, nämlich im Januar und Februar 2007 (!), wurde dann im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit eine Studie erstellt, die feststellte, dass die ZUKÜNFTIGE Vereinbarung, die ab dem 1. März 2007 (!) zu gelten hätte, nicht eingehalten "wurde" - siehe Anlage A13.

Am 26. Februar 2007 stellte die Drogenbeauftragte der Bundesregierung, Frau Sabine Bätzing, diesen Bericht vom 19. Februar 2007 der Öffentlichkeit vor und erklärte: "Der Weg der Freiwilligkeit in der Gastronomie ist gescheitert" und weiter: "Das Ergebnis unserer repräsentativen Untersuchung zeigt aber deutlich, dass der Nichtraucherschutz ohne gesetzliche Regelungen nicht zu erreichen ist. Von daher appelliere ich an die Ministerpräsidenten, das Rauchverbot in Gaststätten in allen Ländern lückenlos und ohne Sonderregelungen einzuführen."

Am 23. März 2007 konnte das Bayerische Kabinett noch unter dem damaligen Ministerpräsidenten Stoiber einen fertigen Gesetzentwurf der Öffentlichkeit vorstellen.

Die oben genannte Studie welche das Scheitern der Vereinbarung feststellte, machte jedenfalls keine Aussage darüber, inwiefern die bereitgestellten Nichtraucherplätze überhaupt von Gästen angenommen wurden.

Für die Aussage, dass Nichtraucher nicht am gesellschaftlichen Leben teilnehmen könnten, kann jedenfalls festgestellt werden, dass diese von der Drogenbeauftragten der Bundesregierung veranlasste Studie dafür keine Grundlage bot. Da es sich um Landesgesetzgebung handelt, fehlt auch jeglicher Bezug dazu, wie die Situation in Bayern war. Im Übrigen könnte von Wirten nicht verlangt werden, eine künstlich festgelegte Anzahl an rauchfreien Sitzplätzen - permanent steigend - anzubieten, wenn in der jeweiligen Lokalität schon das bisherige Angebot nicht angenommen wurde. Bei gutem Willen hätte man wenigstens im Rahmen der Studie prüfen können, ob die ("zu wenig") angebotenen rauchfreien Sitzplätze überhaupt angenommen wurden.

Durch den Erlass einer einstweiligen Anordnung ist nicht damit zu rechnen, dass Nichtraucher nicht mehr am gesellschaftlichen Leben teilnehmen könnten, wenn Wirten (wieder) die Möglichkeit eröffnet wird, eigenverantwortlich im Rahmen des Hausrechtes entsprechende Regelungen bezüglich des Rauchens festzulegen.

C. Auflagen

Im Zusammenhang mit dem Erlass der einstweiligen Anordnung könnten Auflagen in Betracht kommen. Auf diese ist hier näher einzugehen.

I) Kenntlichmachung von Gaststätten

Die Auflage einer Kennzeichnungspflicht ist für den Schutzzweck des GSG erforderlich.

Es ist durchaus möglich, dass auch die örtlichen Medien in der Art eines "Gastrospiegels" der Öffentlichkeit die jeweilige Gastronomiesituation vor Ort darstellen.

II) Arbeiter und Angestellte

In Bezug auf die Angestellten im Gastronomiebereich ist keine spezifische Auflage erforderlich, da der Bundesgesetzgeber hierzu bereits mit § 5 Abs. 2 Arbeitsstättenverordnung eine entsprechende Regelung getroffen hat.

III) Jugendschutz

Gleiches gilt für den Bereich des Jugendschutzes, der ebenfalls als Präventivmaßnahme der Bundesgesetzgebung unterliegt. Vom Bund wurden hinreichend spezifische Regelungen für den Besuch von Jugendlichen in Gaststätten geschaffen (§§ 4, 10 JuSchG). Dadurch stehen dem Landesgesetzgeber bezüglich der Präventionsmaßnahme "Jugendschutz" keine Gesetzgebungskompetenzen zu. Auch die derzeitige Planung der Staatsregierung sieht für den Besuch von rauchtolerierten Festzelten vor, dass diese von Jugendlichen betreten werden dürfen.

Die Gesetzgebungskompetenz der Länder für den Bereich der Gastronomie ist Ausfluss des Wirtschaftsrechts. Präventivmaßnahmen, insbesondere auch der Jugendschutz unterliegt der Bundesgesetzgebung.

IV) Gaststättengröße

Für den Zeitraum der einstweiligen Anordnung ist keine spezifische Unterscheidung in Bezug auf die Größe von Gaststätten erforderlich.

Einerseits sehen die Planungen der Staatsregierung vor, insbesondere bei den größten Gastronomiebetrieben, namentlich Bier- und Festzelten mit Monopolcharakter, weiterhin unbeschränkte Raucherlaubnis zu gewähren. Zum anderen ist nicht ersichtlich, dass die Größe des Gastronomiebetriebes beim stehenden Gastgewerbe für den Zweck des Schutzes vor Passivrauch von wesentlicher Bedeutung ist.

Eine willkürliche und künstliche Quadratmeterbeschränkung würde erst eine Wettbewerbsverzerrung zum Nachteil größerer Gastronomiebetriebe herbeiführen. Diese dürften dann im Gegensatz zu den vom Rauchverbot "befreiten" Kneipen in ihrem Hauptgasträum (mit Theke) nicht mehr Rauchen lassen.

V) (Eingeschränkte) Erlaubnis zur Speisenzubereitung

Deutliche Unterschiede bei den Umsatzverlusten ergaben sich aus den Erfahrungen des vergangenen Jahres daraus, ob es sich um einen speiseorientierten oder einen getränkeorientierten Nichtraucher-Gastronomiebetrieb handelte. Wobei festzustellen gilt, dass die getränkeorientierten Kneipen durch das Rauchverbot besonders litten. Kleine speiseorientierte Betriebe verbuchten (nahezu) keine Umsatzeinbrüche oder erhöhten gar ihre Umsätze durch Familien mit Kindern, die nunmehr ihre Betriebe besuchten. Es ist nicht ersichtlich, dass Auflagen bezüglich einer (eingeschränkten) Speisenzubereitung den Nichtraucherschutz signifikant beeinflussen.

Gerade speiseorientierte Betriebe litten nicht oder wenig unter dem Rauchverbot, da es weitgehend gesellschaftlich akzeptiert ist, im Zusammenhang mit Essen auf das Rauchen zu verzichten. Wirten fällt es bei dieser speiseorientierten gastronomischen Ausrichtung besonders leicht, eine rauchfreie Gaststätte zu führen.

Von einer Wettbewerbsverzerrung zum Vorteil von RaucherKneipen kann nicht ausgegangen werden, wenn auch diese uneingeschränkt Speisen anbieten dürfen.

Es ist realistischerweise zu erwarten, dass die überwiegende Anzahl an Restaurantbetreibern ihre Betriebe weiterhin rauchfrei hält.

D. Schlussbemerkungen

Die enormen Hürden, die den Erlass einer einstweiligen Anordnung rechtfertigen und damit die Aussetzung der angefochtenen Rechtsnorm zur Folge hätten, sind allen Beteiligten auf Seiten des Antragstellers hinreichend bekannt. So ist auch unserem Mandanten bekannt: "Wirtschaftliche Nachteile, die einzelnen durch den Vollzug erwachsen, können die Aussetzung grundsätzlich nicht rechtfertigen" (Lindner/Möstl/Wolff, 2009, Art. 98, Rn. 81).

Dennoch sah unser Mandant für sich und seinen Betrieb keine Alternative zu diesem Antrag, da er ansonsten für seine persönliche Zukunft Glaubwürdigkeits- und auch unüberschaubare finanzielle Verluste befürchtet. Für seinen Betrieb bestehen nunmehr auch unter Berücksichtigung der geplanten Änderungen beim GSG keine positiven Zukunftsaussichten. Er ist nun zum Handeln angehalten, seine langfristigen finanziellen Verpflichtungen wie Personal- und Mietverträge - letzteres mit persönlicher Bürgschaft - zu kündigen, um nicht finanziell unterzugehen.

Unser Mandant bat unsere Kanzlei mit Nachdruck darum, dem Gericht mitzuteilen, dass er nun im Sinne des Vorspruches zur Verfassung des Freistaates Bayern seine beruflichen Geschicke in die Hände des Bayerischen Verfassungsrechts begibt. Was wir hiermit getan haben.

Es wird beantragt, bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren die Anwendung des Art. 2 Nr. 8 GSG auszusetzen.

Rechtsanwalt