

Menz & Partner · Kalchstraße 4 · 87700 Memmingen

Bayerische Verfassungsgerichtshof
Prielmayerstr. 5

80335 München

000000191919

21. Juli 2010
08/70039 AM / kd

Sekretariat RA Dr. Mayer:
Fr. Katschewitz, Tel.: 95 00-22

**Antrag auf Erlass einer
einstweiligen Anordnung
im Popularklageverfahren**

der Treff GmbH, Geschäftsführer Herrn Robert Manz,
Kuttelgasse 20, 87700 Memmingen

- Antragstellerin -

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

gegen

Freistaat Bayern

- Antragsgegner -

gegen die Norm des

Art. 2 Nr. 8 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 Satz 1

Gesundheitsschutzgesetz (GSG)

in der ab 1. August 2010 gültigen Fassung

Namens und im Auftrag der Antragstellerin beantragen wir unter Bezugnahme auf die Popularklage vom 13./27. August 2008, Aktenzeichen Vf. 13-VII-08, zuletzt mit Schriftsatz vom 16.07.2010 erweitert, auf die ab 01.08.2010 geltende Neufassung des GSG folgende

einstweilige Anordnung

zu erlassen:

**Die Anwendung des Art. 2 Nr. 8 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG wird bis zur Entscheidungen über die Popularklage der Antragstellerin ausgesetzt.
- Hilfsweise eingeschränkt auf getränkeorientierte Gastronomiebetriebe.**

Begründung:

1. Popularklage

Die Popularklage betreffend des vom 01.08.2010 an geltenden Gesundheitsschutzgesetzes (GSG) ist zulässig, da sowohl ein grundlegender Wandel der Lebensverhältnisse eingetreten ist, als auch neue rechtliche Gesichtspunkte mit der Popularklage geltend gemacht wurden. Der Antrag stützt sich ebenfalls auf neue, in der früheren Entscheidung nicht gewürdigte Tatsachen, welche dem Gericht im Hauptsacheverfahren und speziell mit Schreiben vom 09.10.2009 und Schriftsatz vom 16.07.2010 dargelegt wurden.

Neue rechtliche Gesichtspunkte sind insbesondere in Hinblick auf die vom BVerfG zugestandene Handlungsfreiheit der Nichtraucher begründet worden:

Die einräumte Handlungsfreiheit, „*uneingeschränkt am gesellschaftlichen Leben... teilnehmen zu können*“ (BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 102), müsste geeignet sein, den „*schwerwiegenden Eingriff in die freie Berufsausübung der Gastwirte*“ (BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 118) zwingend erforderlich zu machen.

Für den Bereich der Gastronomie ist jedoch die Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt – auch in Bezug auf die Handlungsfreiheit von Rauchern.

Das vor der Gesetzesneufassung vorhandene Angebot an Nichtraucherrestaurants ist in die Grundrechteabwägung ebenfalls mit einzubeziehen, insbesondere da das BVerfG die Zulässigkeit der Rauchverbote damit begründete, „solange es keine ausreichenden Möglichkeiten für Nichtraucher gibt, in Gaststätten rauchfreie Räume zu finden“ (BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 102).

Darüber hinaus wurde betreffend der "Vereinbarung zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung und dem Bundesverband des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes" dargelegt, dass insbesondere hinsichtlich der getränkegeprägten Gastronomie der Bezug nicht gerechtfertigt war, da diese Vereinbarung lediglich für die Speisegastronomie geschlossen wurde und zudem fehlerhafte Zahlenbezüge, welche das Scheitern dieser Vereinbarung belegen sollten, in die bisherige Rechtsprechung der Verfassungsgerichte Eingang fanden.

Die mit der Popularklage angefochtenen Grundrechtseinschränkungen des GSG sind nicht zwingend erforderlich. Unter Berücksichtigung der im Hauptsacheverfahren dargelegten Gründe ist die Erfolgsaussicht der Popularklage zumindest nicht offensichtlich ausgeschlossen.

2. Einstweilige Anordnung

Die einstweilige Anordnung ist zur Abwehr schwerer Nachteile als auch zum gemeinen Wohl dringend geboten (Art. 26 Abs. 1 VfGHG).

Für viele Gaststättenbetreiber, insbesondere in der getränkegeprägten Gastronomie, steht die Existenz auf dem Spiel.

a)

Sollte die einstweilige Anordnung bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren nicht erlassen werden, ist mit großer Sicherheit anzunehmen, dass eine signifikante Anzahl bayerischer Gastronomiebetriebe schließen müsste. Tausende bayerischer Gaststätten, welche ihren Betrieb (auch) an den Wünschen und Bedürfnissen von Rauchern ausrichten möchten, könnten ihrer teils dominierenden Gästeklientel nicht mehr das Rauchen gestatten.

Rückläufige Besucherzahlen beim bisherigen Stammpublikum hätten zur Folge, dass diese Art von Gaststättenbetrieben nicht mehr in einem einträglichen Umfang von ihrer jeweiligen Zielgruppe

besucht werden und daraus folgend nicht mehr die erforderlichen Gewinnmargen für einen profitablen Betrieb erwirtschaften, zumindest jedoch teils deutliche Umsatzeinbußen haben.

Raucher könnten nicht mehr wie bisher zuweilen über viele Stunden gemütlich in ihren Stammlokalen ihre Freizeit verbringen. Gewachsene Gastronomiestrukturen würden zu Grunde gehen.

Personen, welche sich keinem Passivrauch aussetzen möchten, wäre der ungehinderte Zugang zu allen standhaltenden Gastronomiebetrieben und Nebenräumlichkeiten ermöglicht.

b)

Sollte hingegen – wie beantragt – die einstweilige Anordnung erlassen werden, hätten potentielle Interessenten *lediglich* die Selbstbestimmung des Fernbleibens, wenn sie eine von einem Wirt angebotene Rauchergaststätte bzw. einen Rauchernebenraum zwar gerne aufsuchen wollten, sich jedoch dem dort emittierten Passivrauch nicht aussetzen möchten.

Die von einigen Wirten favorisierte Zielgruppe der Raucher könnte weiterhin Lokale oder Nebenräume, in denen das Rauchen vom Hausrechtsinhaber gestattet wird, besuchen. Sie müssten für ihr „Laster“ ihren Sitzplatz und das Lokal nicht verlassen.

Aufgrund des extrem stark gestiegenen Angebotes an Nichtraucher-gaststätten werden Nichtraucher weiterhin am gesellschaftlichen Leben partizipieren können.

c)

Der Schutz vor Passivrauch kann bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren insofern gesichert werden, indem Gaststättenbetreibern, welche das Rauchen in ihrer Gaststätte beziehungsweise einem Nebenraum gestatten möchten, eine Kennzeichnungspflicht auferlegt wird.