

## Abschrift

MENZ & PARTNER  
RECHTSANWÄLTE STEUERBERATER

Menz & Partner · Kalchstraße 4 · 87700 Memmingen

Bayerischer Verfassungsgerichtshof  
Prielmayerstr. 5

80335 München



GERHARD MENZ  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

DR. HOLGER HOFFMANN  
Fachanwalt für Erbrecht  
Fachanwalt für Strafrecht

ALEXANDRA MENZ  
Fachwältin für Familienrecht

DR. ANDREAS MAYER  
Steuerberater  
Rechtsanwalt

DR. RENATE BENS  
Rechtsanwältin

RONNY ESCHLER  
Rechtsanwalt

In Kooperation mit  
THOMAS FREY  
Dipl.-Betriebswirt (FH)  
Steuerberater

09. Oktober 2009  
08/70039 AM / br

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

In Sachen

**Popularklage der Treff GmbH**

Az: Vf. 13-VII-08

beziehen wir in Anbetracht der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes (BVerfG, 1 BvR 2054/09 vom 10.9.2009) im Hinblick auf vorliegendes Popularklageverfahren Stellung.

I.

Die 2. Kammer des Ersten Senats ist bei ihrer Entscheidungsbegründung mit keinem Wort auf die der Verfassungsbeschwerde unseres Mandanten zugrundeliegende Kernaussage eingegangen:

*"Der Kern der hier vorgelegten Verfassungsbeschwerde stützt sich darauf, dass die Rechte von Gaststättenbetreibern (und deren Angestellten), ihre Art der Berufsausübung selbständig wählen zu dürfen, erheblicher zu gewichten sind, als das auf das Grundrecht der Handlungsfreiheit fußende Begehren von Nichtrauchern, eine Gaststätte unter den geforderten Rahmenbedingungen besuchen können zu müssen. ..."*

***"Es steht folglich nicht das Anrecht auf körperliche Unversehrtheit (...), sondern vorgeschaltet und zwingend notwendig, um das vorgenannte Grundrecht überhaupt zur Wirkung zu bringen, ein einfaches Handlungsfreiheitsrecht von Nichtrauchern (...) dem spezifischen Grundrecht der Gaststät-***



*tenbetreiber (...), sowie den Handlungsfreiheitsrechten von Rauchern (...) gegenüber." (Verfassungsbeschwerde der Treff GmbH vom 20.08.2009, S. 15ff)*

Eine verfassungsrechtliche Auseinandersetzung damit, dass Raucher kneipen absichtlich und bewusst durch gezielte Handlungen aufgesucht werden und somit keine normierte Schutznotwendigkeit vor Tabakrauch begründen, fand nicht statt. Weder bei der aktuell veröffentlichten Entscheidung, noch beim Urteil vom 30. Juli 2008 (1 BvR 3262/07).

Gaststätten ganz allgemein und Raucher kneipen im speziellen sind ein Konsumangebot an den Verbraucher.

Der vom Bundesverfassungsgericht eingeräumte „Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum“ lässt völlig außer Acht, dass sowohl rauchen, als auch (indirekt) sich Tabakrauch auszusetzen, eine selbstbestimmte und legitime Handlung darstellt. Das Übermaßverbot ist in Bezug auf die Handlungsfreiheit von Nichtrauchern zu beachten, wenn ein Wirt nachfragekonform eine hauptsächlich an Rauchern und an deren Bedürfnissen ausgerichtete Kneipe anbietet.

Der Gesetzgeber geht auch nicht von einem Grundbedürfnis auf Gaststättenbesuch aus. Denn einzig Gastronomiebetreiber müssen für den Verkauf von Speisen und (alkoholfreien) Getränken, die normalerweise dem verminderten Steuersatz zugeordnet sind, die 19%ige Umsatzsteuer abführen. Gerade weil diese Produkte in einer Gaststätte konsumiert werden und somit kein Grundbedürfnis vorliegt. Nichtraucher können auch weiterhin am gesellschaftlichen Leben teilnehmen, wenn Gaststättenbetreiber eigenverantwortlich entscheiden, ob sie ihren Gästen das Rauchen versagen oder gestatten. Der Landesgesetzgeber nimmt sogar Monopolbetriebe, die in Zusammenhang mit Volksfesten stehen, vom Rauchverbot aus.

2.

Auch die neu normierte Ungleichbehandlung innerhalb der getränkegeprägten Gastronomie tritt nunmehr in den Fokus der Betrachtung.

Die Begründung des Bundesverfassungsgerichtes, dass es der Beschwerdeführerin „*aber ebenso wie anderen Inhabern von Mehrraumgaststätten grundsätzlich unbenommen [sei], einen Rauchernebenraum einzurichten und dort das Rauchen weiter zuzulassen*“ (BVerfG, 1 BvR 2054/09 vom 10.9.2009, Absatz-Nr. 15), verkennt die dramatischen Wettbewerbsnachteile, die sich für völlig gleich ausgerichtete Gaststättenbetriebe ergeben, die in ihrem Hauptgasträum und an der Theke nicht mehr rauchen lassen dürfen.

So gibt es auch keine typische Belastung von „Einraumgastronomie“, sondern eine typische Belastung von getränkegeprägter Gastronomie, die sich aus der differenzierten Haltung der Bevölkerung zum Rauchen bei der Einnahme von Speisen ergibt.

Es handelt sich im Falle der Beschwerdeführerin auch nicht um *"eine einzelne Sonderkonstellation"* sondern betrifft nahezu alle getränkegeprägten Gastronomiebetriebe, die nicht mehr das Rauchen gestatten dürfen und nun zusätzlich ihr ursprüngliches Zielpublikum an bevorzugte Konkurrenzbetriebe verlieren.

Das Bundesverfassungsgericht führt weiter aus:

*"Dabei stellt sich die Grenze von 75 m<sup>2</sup> entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht als willkürlich dar. Sie geht auf eine Vereinbarung zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung und dem Bundesverband des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes vom 1. März 2005 zurück."* (BVerfG, 1 BvR 2054/09 vom 10.9.2009, Absatz-Nr. 18)

Unerwähnt lässt das Bundesverfassungsgericht jedoch die Tatsache, dass sich die DEHOGA-Vereinbarung ausschließlich auf speiseorientierte Gaststättenbetriebe bezog und gerade die getränkeorientierten Kneipen unabhängig von ihrer Größe von dieser Vereinbarung zur Gänze ausgenommen waren:

*"Bis zum 1. März 2008 sollen mindestens 90% der Speisebetriebe mindestens 50% des Platzangebotes für Nichtraucher bereithalten."* (o. g. DEHOGA-Vereinbarung v. 1.3.05)

Unser Mandant hat darüber hinaus ausführlich ab Seite 8 ff. seiner Verfassungsbeschwerde vom 20.08.2009 dargelegt, dass diese Vereinbarung von der Drogenbeauftragten der Bundesregierung vorzeitig aufgekündigt wurde, obwohl sich die Speisegastronomie an den Zeitplan der Vereinbarung hielt.

3.

Auch die Grundrechtsrüge, dass das Eigentum nicht gewährleistet ist und es sich um Wertvernichtung von bereits angelegtem Kapital handelt, beschäftigte das Bundesverfassungsgericht nicht. Wenn jedoch das investierte Kapital nicht mehr dem ursprünglichen Geschäftszweck entsprechend eingesetzt werden kann und durch die (ungleiche) Normierung eine Gaststätte nicht mehr rentabel zu bewirtschaften ist, handelt es sich um faktische Enteignung, die zumindest einen Bestandsschutz erforderlich macht. Im vorliegenden Fall sind weit über die Hälfte des Investitionsvolumens von ca. 200.000,00 €

in massive Wand-, Decken- und sonstige Holzeinbauten, Theken, Sanitäreinrichtungen, Lüftungsanlagen, etc. verbaut, die ohne rentables Geschäftskonzept (nahezu) wertlos werden – sogar Abbaukosten verursachen.

Schlussbemerkung:

Es wird kein Bürger Bayerns durch Passivrauch belästigt, der nicht bewusst und gezielt das Konsumangebot einer Rauchergaststätte durch eine aktive Handlung in Anspruch nimmt.

Wie beantragt, richtet sich die Popularklage grundsätzlich gegen Art. 2 Nummer 8 GSG und wird nunmehr auch in Hinblick auf die Ungleichbehandlung gleichartiger getränkeorientierter Gastronomiebetriebe auf den Passus der einschränkenden Regelung des Art. 5 Abs. 1 Nummer 5 GSG „mit weniger als 75 qm Gastfläche und ohne abgetrennten Nebenraum“ erweitert.

Der beantragten verfassungsrechtlichen Entscheidung stehen weder Bundesnormen, noch Leitsätze des Bundesverfassungsgerichtes entgegen.

Rechtsanwalt