

Menz & Partner · Kalchstraße 4 · 87700 Memmingen

Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Prielmayerstr. 5

80335 München

000000191311

16. Juli 2010
08/70039 AM / kd

In Sachen

Popularklage der Treff GmbH

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

Az: Vf. 13-VII-08

zu Ihrem Schreiben vom 29.06.2010 nehmen wir Stellung wie folgt:

Unser Mandant hält an seiner Popularklage fest. Nach unserer Ansicht wurden die von uns vorgetragene verfassungsrelevanten Argumente in der Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes vom 25.06.2010 nicht beraten. Bei einer entsprechenden Rücksichtnahme bedarf der Leitsatz unter Beachtung der vorgetragene Argumente eine einschränkende Ergänzung, soweit es sich um Gaststätten handelt. Von daher wird an der Popularklage festgehalten, insofern verweisen wir auch auf unseren letzten Schriftsatz vom 09.10.2009.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof stützt sich ebenso wie das Bundesverfassungsgericht auf die Argumentation, dass die Grundrechtseingriffe gegenüber Gastwirten auch deshalb statthaft seien, da es ansonsten Nichtrauchern nicht möglich sei, *"uneingeschränkt am gesellschaftlichen Leben... teilnehmen zu können."* (BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 102, sowie BVerfGH v. 25. Juni 2010, Vf. 1-VII-08, V. A. 1. b) aa) [i. V. m.] V. H. 2.).

Mithilfe dieses vorgeschalteten Hilfskonstrukts, nämlich eines zugeschriebenen Anspruchs, uneingeschränkt am gesellschaftlichen Leben teilnehmen zu können, wird bisher die Verfassungsmäßigkeit der Rauchverbote im Gastgewerbe gerechtfertigt. Daraus folgt jedoch, dass das zugestandene

uneingeschränkte Handlungsfreiheitsrecht der Nichtraucher auch dazu geeignet sein muss, die angefochtenen Grundrechtseingriffe auf Seiten der Wirte und Raucher bezüglich Art. 100, 101, 103 Abs. 1, 109 Abs.1, 114 Abs. 1 und 118 Abs. 1 BV zu rechtfertigen.

Der *"schwerwiegende Eingriff in die freie Berufsausübung der Gastwirte"* (BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 118) ist durch die uneingeschränkt zugestandene Handlungsfreiheit von Nichtrauchern weder verhältnismäßig noch stichhaltig. Zunächst wäre also zu prüfen, ob die bejahte Handlungsfreiheit geeignet ist, den schwerwiegenden Eingriff in die freie Berufsausübung der Gastwirte zu rechtfertigen. Von daher kommt es teilweise erst nachgelagert zu einer Abwägung mit dem Gesundheitsschutz. Denn ohne das Zugeständnis an die Nichtraucher, uneingeschränkt am gesellschaftlichen Leben teilnehmen zu können, wäre es mitnichten statthaft, einem Unternehmer sein Geschäftskonzept zu versagen, welches sich an den spezifischen Bedürfnissen einer großen zahlungskräftigen Kundschaft ausrichtet, die eigenverantwortlich und wollend (s)ein Konsumangebot annehmen möchte.

Das Gesundheitsschutzgesetz geht im Bereich der Gastronomie zu weit, wenn es die Handlungsfreiheit der Nichtraucher über die Berufs- und Eigentumsfreiheit der Gastwirte stellt und ein vielfach nachgefragtes Geschäftskonzept mit teilweise enormen Investitionen, welches sich eindeutig an den Bedürfnissen von Rauchern ausrichtet, verbietet. Unser Mandant hat mit seiner Popularklage klar dargelegt, dass sein Gastronomiebetrieb regelmäßig und dauerhaft von über 90 % Rauchern besucht wird, sowie auch von Nichtrauchern, die sich aufgrund der deutlichen Kennzeichnung der Rauchergaststätte an der Eingangstür durch eine bewusste Entscheidung in sein Lokal begeben wollen.

Für die Ansicht, dass *"es keine ausreichenden Möglichkeiten für Nichtraucher gibt, in Gaststätten rauchfreie Räume zu finden"* und deshalb die *"Freiwilligkeit der Entscheidung des einzelnen, sich insbesondere beim Besuch einer Gaststätte der Belastung durch Tabakrauch auszusetzen"* den *„Gesundheitsschutz nicht hinfällig“* macht, fehlt es gänzlich an erforderlichen Fakten. Unabhängig davon, ob dieses Nichtvorhandensein eines gewünschten Angebotes bereits ausreichend geeignet ist, den schwerwiegenden Eingriff in die freie Berufsausübung der Gastwirte zu rechtfertigen (Zitate aus BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 102).

Die "freiwillige Vereinbarung" der DEHOGA mit dem Bundesministerium für Gesundheit und soziale Sicherung, Speisegaststätten betreffend, begründet jedenfalls kein Fehlen von rauchfreien Räumen. Hierzu hat unser Mandant bereits ausführlich in seiner Verfassungsbeschwerde vom 20. August 2009 (ab Seite 9) dargelegt, dass sich die Bundesregierung durch Ihre Kabinettsentscheidung vom 12. Dezember 2006 nicht an ihre Zusage im Rahmen der DEHOGA-Vereinbarung hielt, *auf eine Initiative*

zur Einführung eines gesetzlichen Rauchverbotes im Gastgewerbe zu verzichten (<http://www.fschuster.de/cms/files/zielvereinbarung.pdf>, Präambel). Zudem wurde im Auftrag der Bundesregierung eine Studie im Januar und Februar 2007 erstellt, welche der Öffentlichkeit suggerierte, dass die zukünftigen – erst ab März 2007 - vereinbarten Kontingente angeblich *nicht eingehalten wurden*.

Tatsächlich hatten jedoch von den im Januar/Februar 2007 geforderten 30 % sogar 33,2 % der Gastronomiebetriebe Nichtraucherplätze angeboten. Selbst das Bundesverfassungsgericht hat sich durch den manipulativen Berechnungskniff, der auf die noch nicht einzuhaltende Zukunft bezogen war, irreführen lassen. Die Studie, welche das Scheitern der freiwilligen Vereinbarung feststellte, informierte folgendermaßen: *"Lediglich 15,5% aller aufgesuchten Betriebe erfüllen bislang die Vorgaben zum 01.03.2007 hinsichtlich des Platzangebotes und 10,9% hinsichtlich des Platzangebotes und der deutlichen Kennzeichnung."*

(http://www.vzbv.de/mediapics/studie_nichtraucherschutz.pdf , S. 10)

Wer jedoch – wie das BVerfG, die Öffentlichkeit und faktisch alle politischen Entscheidungsträger – nicht genau auf den Zukunftsbezug achtete, der von den Vertretern der Speisegastronomie noch gar nicht eingehalten werden musste, wurde in die Irre geführt. Denn tatsächlich hatten von den 33,2 % Gastronomiebetrieben, welche zu diesem Zeitpunkt Nichtraucherplätze anboten, 61,9 % *Separate NR-Räume*, 24,0 % *Getrennte Bereiche mit klarer Trennung* und lediglich 14,0 % hatten „*Getrennte [NR-]Bereiche innerhalb des Gastraumes ohne klare [!] Trennung*“ (Ebda. S. 10). – Es wurden somit über 10 % mehr Gastronomiebetriebe mit Nichtraucherbereichen angeboten, als die erforderlichen 30 %. Und von diesen 33,2 % der Gastronomiebetriebe wurde lediglich bei 14 % eine *"klare Trennung"* beanstandet.

Das Bundesverfassungsgericht urteilte jedenfalls auf Grund dieses „*kleinen Datumszaubers*“, der auf die noch nicht einzuhaltende Zukunft bezogen war, in seiner Entscheidung vom 30. Juli 2008 klar fehlerhaft, *"dass Anfang 2007 nicht die vereinbarten 30 %, sondern nur 15,5 % der betroffenen Gaststätten nur 10,9 % und nicht wie vereinbart 30 % der Plätze in der gebotenen Weise für Nichtraucher" bereitgehalten wurden*“ (BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 112). Was wie dargelegt nicht den Tatsachen entsprach.

Des Weiteren begründete das Bundesverfassungsgericht die Zulässigkeit der "Grenze von 75 m²" innerhalb der getränkeorientierten [!] Gastronomie mit der *"Vereinbarung zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und soziale Sicherung und dem Bundesverband des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes vom 1. März 2005"* (BVerfG, 1 BvR 2054/09 vom 10.9.2009,

Absatz-Nr. 18). Dieser rechtfertigende Bezug ist deshalb zu beanstanden, da gerade die getränkeorientierten Gastronomiebetriebe zur Gänze und vollkommen unabhängig von Ihrer Größe nicht Bestandteil dieser Vereinbarung waren! „Kneipen“ sind im Übrigen auch faktisch nicht beim DEHOGA organisiert. Die klassische Speisegastronomie profitiert sogar von dem Scheitern der Vereinbarung und den folgenden Rauchverboten, welche der getränkeorientierten Gastronomie zu schaffen macht.

Genau aber für diese Betriebe, die von der Vereinbarung ausgenommen waren – und zwar unabhängig von ihrer Gaststättengröße – wurde dann vom Gesetzgeber die willkürliche Grenze eingezogen: namentlich „*in getränkegeprägten Gaststätten*“ (Art. 5 Abs. 1 Nr. 5 GSG). Diese Ungleichbehandlung innerhalb der getränkeorientierten Gastronomie führt nunmehr zu erheblichen Wettbewerbsnachteilen für größere Kneipen, die in ihrem Hauptgasträum und an der Theke nicht mehr rauchen lassen dürfen, während dies die oft nur marginal kleinere Konkurrenz ihren rauchenden Gästen gestatten kann.

Bedauerlicherweise bestätigte auch der Bayerische Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 25. Juni 2010 (V. H. 4. a) bb)) die willkürliche Grenzziehung von 75 m² innerhalb der getränkeorientierten Gastronomie unter Bezug auf die Vereinbarung mit dem Deutschen Hotel- und Gaststättenverband, der doch nur mit der Speisegastronomie vereinbart wurde, wie bereits klar in unserem Schriftsatz vom 9. Oktober 2009 an den Verfassungsgerichtshof dargelegt.

Unter Berücksichtigung der Faktenlage rechtfertigt das GSG jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt keinen verfassungsrechtlich bedeutsameren Eingriff, als eine klare und eindeutige Kennzeichnung der jeweiligen Gastronomiebetriebe bzw. Nebenräume, welche von den Wirten in Wahrnehmung Ihres Rechtes auf Berufsfreiheit und in Ausrichtung auf die vorhandenen Bedürfnisse ihrer Gäste nachfragekonform angeboten werden. Der staatliche Schutz vor Passivrauch wird an vielen Orten gewährleistet. Er endet jedoch dort, wo gewolltes und eigenverantwortliches Handeln seiner Bürger entgegensteht.

Selbst ein möglicherweise wünschenswertes und stets in der politischen Debatte mitschwingendes Anliegen, die Bürger zu einem gesünderen Leben anzuleiten, ist nicht Zweck eines Gesetzes zum Schutze vor Passivrauch. Es mag beispielsweise vielen Politikern und Ärzteverbänden eine Herzensangelegenheit sein, ihre Lebensprioritäten und -weisheiten auf andere zu übertragen. Die teleologische Auslegung des GSG rechtfertigt derartige Bestrebungen jedoch nicht über diesen Weg.

Sollte der Bayer. Verfassungsgerichtshof den "Schutz der Angestellten" als *Zusatz-Aufgabe* der Landesgesetzgebung in Erwägung ziehen, sei neben formalrechtlichen Bedenken bezüglich der

konkurrierenden Gesetzgebung auf Bundesebene auch darauf verwiesen, dass sich Angestellte, wissend um die jeweiligen Rahmenbedingungen, sehr häufig genau einen solchen Arbeitsplatz auswählen, an dem Sie entsprechend Ihrer eigenen Bedürfnisse und Berufsfreiheit rauchen wollen. Es wird sich jedenfalls gezielt vor Ort beworben.

Für unseren Mandanten besteht ein begründeter Anspruch auf eine Entscheidung bezüglich der aktuell geltenden und bisherigen Gesetzesfassungen des Gesundheitsschutzgesetzes, da nicht auszuschließen ist, dass diese noch rechtliche Wirkung entfalten und insbesondere für künftige Entscheidungen noch rechtlich relevant sind. Dies gilt, wie bereits vorgetragen, im Hinblick auf zwei Bußgeldverfahren, die noch immer nicht zum Abschluss gebracht wurden, aber auch in Hinblick darauf, dass ein mögliches anstehendes Konzessionsentzugsverfahren auch rückwirkend auf die Verstöße der vergangenen Gesetzesversionen gründet. Hinsichtlich der aktuell geltenden Rechtslage ist darüber hinaus ein begründetes Interesse an einer Sachentscheidung vorzumerken, falls das neue GSG einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht standhält und somit die alte (derzeit geltende) Gesetzesfassung möglicherweise gleichlautend wieder in Kraft tritt.

Die Popularklage wird hiermit auch auf das ab 1. August 2010 geltende GSG erweitert. Die vorgetragenen Argumente gelten *ex aequo*. Insbesondere hinsichtlich der zugestandenen Handlungsfreiheit von Nichtrauchern, welche die angefochtenen Grundrechtseingriffe gegenüber Wirten und Rauchern i. V. m. dem Gesundheitsschutz rechtfertigen soll. Als auch in Bezug auf die karge Faktenlage, mit welchem die Rauchverbote im Bereich der Gastronomie begründet werden.

Unser Mandant ist seit nunmehr zwei Jahren an einer sachlichen Auseinandersetzung mit der Thematik interessiert. Es geht beim GSG um den berechtigten Schutz vor Passivrauch, aber auch um berechnete Anliegen von Wirten, die ihr Geschäftskonzept (auch) an den Bedürfnissen von Rauchern ausgerichtet haben. Aufgabe des GSG ist es nicht, selbstbestimmt handelnde Bürger mittels eines falsch verstandenen und überzogenen Schutz-Konstrukts zu erziehen. An dem Erfordernis von staatlichem Handeln im Bereich der Gastronomie und den damit verbundenen Einschränkungen bei der Kundenorientierung – über eine Kennzeichnungspflicht hinaus – bestehen erhebliche Zweifel.

Rechtsanwalt