

Verfassungsbeschwerde

Beschwerdeführerin:

Treff GmbH, Kuttelgasse 20, 87700 Memmingen,
eingetragen beim AG Memmingen, HRB 9110, vertreten durch den Geschäftsführer (und Alleingesellschafter) Robert Manz

Beschwerdegegenstand:

Art. 2 Nr. 8 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 Satz 1,
Art. 7 Abs. 1 Nr. 3, Art. 9 Abs. 2 Gesetz zum Schutz der Gesundheit (GSG)
vom 20.12.2007 (GVBl S. 919, BayRS 2126-3-UG), geändert durch Gesetz vom 22. Juli 2008 (GVBl S. 465), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Juli 2009 (GVBl S. 384)

Grundrechtsrüge (Beschwerdefähige Rechte):

Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG [Berufsfreiheit],
Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG [Eigentumsgarantie],
Art. 3 Abs. 1 GG [Gleichheit vor dem Gesetz],
Art. 2 Abs. 1 GG [Freie Entfaltung der Persönlichkeit].

A. Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde

Die Beschwerdeführerin betreibt in Memmingen (Bayern) eine getränkeorientierte Zweiraum-Gaststätte¹, welche zu über 90 %² von Rauchern besucht wird.

I. Beschwerdefähigkeit

„Beschwerdefähig ist, ‘wer Träger der angeblich verletzten Grundrechte oder grundrechtsähnlichen Rechte sein ... kann’ (sogenannte Grundrechtsfähigkeit).“³

¹ Detaillierte Beschreibung unter B III.

² Dieser Wert wurde von den Mitarbeitern der Beschwerdeführerin in einem zusammenhängenden Zeitraum von zwei Wochen ermittelt (Anlage A1, 4 Seiten).

³ Zuck, „Das Recht der Verfassungsbeschwerde“, 3. Aufl. 2006, Absatz-Nr. 627, letzter Satz.

„Art. 19. Abs. 3 GG erstreckt die Geltung der Grundrechte ausdrücklich auf inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf sie anwendbar sind.“⁴

Die Beschwerdeführerin ist eine *Juristische Person des Privatrechts* und kann als solche auf Grund der Eigenart der in Anspruch genommenen Grundrechte folgende Grundrechte für sich in Anspruch nehmen:

Art. 12 Abs. 1, Satz 1 GG⁵ und

Art. 14 Abs. 1, Satz 1 GG⁶.

Art. 3 Abs. 1, GG⁷,

Auf den Sonderfall des Art. 2 Abs. 1 GG wird nachstehend unter V (Betroffenheits-Trias) eingegangen.

II. Verfahrens- und Postulationsfähigkeit

"Für eine juristische Person handeln deren Organe ... und für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung gem. § 35 Abs. 1 GmbHG die Geschäftsführer."⁸ Die Prozessfähigkeit ist für die Beschwerdeführerin gegeben.

Im gegenwärtigen Stadium des Verfassungsbeschwerdeverfahrens ist die Beschwerdeführerin, vertreten durch ihren Geschäftsführer, zur Erhebung und Begründung der Verfassungsbeschwerde befugt.

III. Beschwerdegegenstand

Die Bestimmungen des bayerischen Gesetzes zum Schutze der Gesundheit (GSG) stellen im Sinne des § 90 Abs. 1 BVerfGG einen *Akt der öffentlichen Gewalt* dar, gegen den der Rechtsweg nicht offen steht.

Durch die Novellierung des GSG mit Wirkung zum 1. August 2009 wurde folgende Einschränkung vorgenommen:

⁴ Zuck, „Das Recht der Verfassungsbeschwerde“, 3. Aufl. 2006, Absatz-Nr. 632.

⁵ BVerfGE 21, 261 (266); 23, 208 (223); 53, 1 (13); 97, 228 (253).

⁶ BVerfGE 4, 7 (17); 23, 208 (223); 53, 336 (345); 66, 116 (130).

⁷ BVerfGE 3, 383 (390); 4, 7 (12); 19, 206 (215); 23, 153 (163); 23, 208 (223); 30, 112 (120); 40, 126 (149); 53, 336 (345); 78, 350 (354); 95, 267 (317).

⁸ Hartmann in Pieroth/Silberkuhl (Hrsg.): Die Verfassungsbeschwerde: Einführung • Verfahren • Grundrechte. Münster: ZAP Verlag, 2008, zu § 90 BVerfGG, Rn 22, (Seite 68).

Der Zusatz zum Gaststättenbegriff in Art. 2 Nummer 8 GSG (alte Fassung) „*soweit sie öffentlich zugänglich sind*“, wurde durch die aktuelle Novellierung entfernt.

Diese Streichung hat nunmehr zur Folge, dass sich die Beschwerdeführerin und viele bayerische Wirte⁹ nicht mehr zur Not auf diesen Ausnahmetatbestand berufen können, um über diesen Durchschlupf ihr Geschäftskonzept¹⁰ – ausgerichtet an den Bedürfnissen ihrer rauchenden Gäste – betreiben zu können.

Hinzufügen von Ausnahmen ins novellierte GSG:

Art. 5 Abs. 1 Nummer 4 GSG: **Bier-, Wein- und Festzelte** werden – seit August 2009 (wieder¹¹) auf gesetzlicher Grundlage – generell vom Rauchverbot und entsprechenden Jugendschutzvorschriften¹² befreit.

Das Bundesverfassungsgericht stellte bezüglich dieser konkreten Relativierung des Gesundheitsschutzes in seiner Entscheidung vom 30. Juli 2009 fest:

„Selbst wenn es sich ... nur um vorübergehende, zeitlich begrenzte Einrichtungen handeln sollte, stellt die generelle Ausnahme für die Zeltgastronomie eine erhebliche Einschränkung des Nichtraucher-schutzes dar, weil Besucher dort überhaupt keine Möglichkeit haben, sich der Belastung mit Tabakrauch zu entziehen.“¹³

„Diese Ausnahmen sind von Verfassungs wegen nicht geboten (vgl. oben B. I. 1. b dd <2>). Die Landesgesetzgeber haben sie aufgrund eigener Wertungs- und Gestaltungsentscheidungen zugelassen und sich damit für Konzeptionen des Nichtraucher-schutzes entschieden, die das Schutzziel nicht unbedingt verfolgen, sondern mit Rücksicht auf kollidierende Interessen einen eingeschränkten, von verschiedenen Ausnahmetatbeständen durchzogenen Schutz als hinreichend ansehen. **Die Gefahren durch Passivrauchen werden danach zwar als erheblich eingeschätzt, aber - verfassungsrechtlich vertretbar - nicht als derart schwerwiegend bewertet, dass der Gesundheitsschutz in jeder Hinsicht Vorrang vor einer Berücksichtigung der beruflichen Interessen der Gaststättenbetreiber und der Verhaltensfreiheit der Raucher genießen müsste.**“¹⁴

Durch diese „verfassungsrechtlich vertretbar[e]“ Relativierung des Gesundheitsschutzes strahlt die Veränderung der „Wertungs- und Gestaltungsentscheidung“ des Gesetzgebers auch über die rein formal vorgenommenen Änderungen beim GSG auch auf die bestandsmäßige Normierung

⁹ „Alleine in München entstanden im vergangenen Jahr knapp 1000 [Raucherclubs]. - Pressebericht des Münchner Merkur v. 21.1.2009, (http://www.vebwk.com/cms/upload/PDF_33/MM_21.01._Stadt.pdf).

¹⁰ Welches sich klar an Personen wendet, die (in ihrer Freizeit) legale Genussgifte konsumieren wollen. - Nötigenfalls durch die Bildung von Raucherclubs (Geschlossene Gesellschaften).

¹¹ Obwohl seit jeher, also auch seit Einführung des GSG am 1.1.2008 generell das Rauchen in Fest-, Wein- und Bierzelten – auf Anweisung der Bay. Staatsregierung - unbeanstandet blieb, gab es lediglich für den Zeitraum ab der ersten Gesetzesnovellierung v. 22.07.2008 eine gesetzliche Grundlage dafür. Diese Ausnahme war zeitlich lediglich bis zum Jahresende 2008 beschränkt und wurde seitdem auf Weisung der Staatsregierung weiter geduldet.

¹² Die für andere Gaststätten bzw. Nebenräume mit *Raucherlaubnis* zu gelten haben.

¹³ BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 133.

¹⁴ BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 134. Hervorhebung durch den Unterzeichner vorgenommen.

und deren Bewertung hinaus. Der gesamte Komplex der Rauchverbotsgesetzgebung im Bereich der Gastronomie hat eine Wendung erfahren, indem der Gesetzgeber die Gefahren durch Passivrauch – möglicherweise berechtigt – nicht als derart schwerwiegend bewertet.

Weitere hinzugefügte Ausnahme:

Art. 5 Abs. 1 Nummer 5 GSG: getränkegeprägte Gaststätten ohne Nebenraum und mit weniger als 75 qm Gastfläche¹⁵ werden vom Rauchverbot ausgenommen.

Getränkeorientierte Gastronomiebetriebe unter 75 qm Gastfläche stehen in unmittelbarer Konkurrenz zu größeren Kneipen.

Diese können nun ihren Gästen in ihrem Hauptgastraum das Rauchen gestatten, während die Wirte von größeren getränkeorientierten Betrieben¹⁶ ihren Gästen das Rauchen im Hauptraum (mit Theke) versagen müssen.¹⁷

Durch die Entfernung der Möglichkeit auf der einen Seite, Raucherclubs bilden zu können und andererseits die Relativierung des Gesundheitsschutzes durch die Schaffung von Ausnahmen, sind die Bestimmungen des GSG – Gaststätten betreffend – grundsätzlich beschwerdefähig, zumindest aber unter Berücksichtigung der Folgen, die sich aus der Novellierung ergeben.¹⁸

Die Voraussetzungen des § 90 BVerfGG sind gegeben.

IV. Fristen

Für rechtswegverschlossene Hoheitsakte gilt die Jahresfrist gem. § 93 Abs. 3 BVerfGG.

¹⁵ In der BVerfG-Entscheidung vom 30. Juli 2008 wurde 43-mal der Begriff *Einraumgaststätte(n)* erwähnt und entsprechend oft auf die Besonderheiten dieser Gastronomiebetriebe verwiesen. Dies ist auch nicht weiter verwunderlich, wenn als *Musterkläger* „nur“ solche Betriebe an dem Verfahren teilnahmen. Die künstliche „75-qm-Grenzziehung“ wurde im Übrigen über die DEHOGA-Vereinbarung „eingeführt“*, die dort geregelt aber nur auf Speise(!)-Gaststätten Anwendung fand! (*BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 167). Jedoch waren auch größere getränkeorientierte Betriebe von dieser Vereinbarung ausgelassen!

¹⁶ Auch kleine Kneipen unter 75 qm mit zwei oder mehr Räumlichkeiten dürfen auf Grund der Neuregelung in ihrem Hauptgastraum nicht mehr rauchen lassen.

¹⁷ Dies führt zu einem eklatanten Wettbewerbsnachteil für den Kneipenbetrieb der Beschwerdeführerin. Rauchende Gäste wandern zu Konkurrenzunternehmen ab, bei denen sie (als Alternative) ihren spezifischen Freizeitbedürfnissen – Alkohol trinken und Rauchen – ohne verhaltenstrennender Gängelung nachgehen können.

¹⁸ Gegen den unterzeichnenden Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, sowie auch gegen eine Mitarbeiterin ist jeweils ein Bußgeldverfahren anhängig, deren gerichtliche Auseinandersetzung noch bevor steht. Auch im Hinblick auf diesen Instanzenweg wäre zu einem späteren Zeitpunkt – binnen Monatsfrist – die Möglichkeit für eine *erneute* Verfassungsbeschwerde gegeben, welche keine Rücksicht auf eventuelle Einschränkungen nehmen müsste, die sich aus der hier lediglich anzufechtenden Gesetzesnovellierung ergeben könnten. In Hinblick auf den (folgenden) Sachvortrag wäre baldige Rechtssicherheit wünschenswert.

Das bayerische GSG trat erstmals am 1. Januar 2008 in Kraft.

Durch die Novellierung des GSG zum 1. August 2009 wurden essentielle Änderungen¹⁹ der Rahmenbedingungen für den Bereich der Gastronomie vorgenommen, welche die Frist – zumindest für die geänderten Normen²⁰ und den sich daraus ergebenden Neubewertungen für den Gesamtkomplex der Rauchverbotsvorschriften im Gastronomiebereich – neu in Lauf setzen.

Die Frist für die Erhebung der Verfassungsbeschwerde gem. § 93 Abs. 3 BVerfGG beginnt somit am 1. August 2009 und ist zum Zeitpunkt der Antragstellung gewahrt.

V. Betroffenheits-Trias

Die Beschwerdeführerin ist als Betreiberin eines Raucherlokales²¹ unzweifelhaft selbst, gegenwärtig und unmittelbar durch die angefochtenen Normen des GSG verletzt (Art. 12 Abs. 1 Satz 1, Art. 14 Abs. 1 Satz 1 sowie Art. 3 Abs. 1 GG).

Eine detailliertere Behandlung der Betroffenheits-Trias ist an dieser Stelle im Hinblick auf die Selbstbetroffenheit der Beschwerdeführerin gemäß Art. 2 Abs. 1 GG, der Handlungsfreiheit von Rauchern, angebracht.

Durch die „jüngste Rechtsprechung“²² des BVerfG gilt:

„Eine Selbstbetroffenheit ist aber auch dann gegeben, wenn der Akt an Dritte gerichtet ist und eine hinreichend enge Beziehung zwischen der Grundrechtsposition des Beschwerdeführers und der Maßnahme besteht. Es muss eine rechtliche Betroffenheit vorliegen; eine nur faktische Beeinträchtigung im Sinne einer Reflexwirkung reicht nicht“²³.

Ein Rauchverbot für Gaststättenbesucher im Sinne einer Einschränkung der *Freien Entfaltung der Persönlichkeit* ist zwar *ursprünglich* an Raucher gerichtet, hat jedoch schon dadurch unmittelbare Konsequenzen für die Betreiber von größeren Raucherkneipen, die demzufolge ihre Geschäftsausrichtung nicht mehr verfolgen können.

Die Beschwerdeführerin²⁴ hat den Willen und die Fähigkeit, für Raucher ein adäquates gastronomisches Angebot bereitzustellen. Sie ist durch den Willensakt des Gesetzgebers,

¹⁹ Sowohl verschärfend als auch befreiend (für Konkurrenzbetriebe).

²⁰ BVerfGE 80, 137 (149; BVerfK 1, 306 (307)).

²¹ Definition in diesem Sinne: Gaststätte, in der der Gastwirt seinen Gästen das Rauchen gestattet bzw. gestatten möchte.

²² Zuck, „Das Recht der Verfassungsbeschwerde“, 3. Aufl. 2006, Absatz-Nr. 693 und 692.

²³ BVerfGE 108, 370 (384).

²⁴ Gleiches gilt für die Angestellten der Beschwerdeführerin, die sich ebenfalls ihren Beruf und Arbeitsplatz frei wählen wollen und nicht vom Gesetzgeber „(zwangs)geschützt“ werden wollen (Anlage A2, Vorder- und Rückseite)

Rauchern in größeren Kneipen das Rauchen zu untersagen, auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar durch die Grundrechtseinschränkung der Handlungsfreiheit von Rauchern betroffen.

VI. Weitere Annahmegründe:

Die Annahme der Entscheidung ist geboten, da der Grundrechtsverletzung – wie nachfolgend dargelegt – grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt, diese gewichtig ist und darüber hinaus der Beschwerdeführerin (und weiterer Gaststättenbetreiber) durch eine Versagung der Entscheidung zur Sache besonders schwere Nachteile drohen.

Die für die Verfassungsbeschwerde maßgebliche verfassungsrechtliche Frage wurde durch das Bundesverfassungsgericht noch nicht entschieden – insbesondere nicht abschlägig – sondern lediglich durch ein obiter dictum gewürdigt.

„Auszugehen ist alleine vom (verfassungs)rechtlichen Obersatz; es ist dagegen unerheblich, ob der der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt schon einmal Gegenstand einer Entscheidung des BVerfG war.“²⁵

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 30. Juli 2008 den hier relevanten wichtigen *Leitsatz* verkündet:

„Entscheidet sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums für ein Konzept des Nichtrauchererschutzes in Gaststätten, das den Gesundheitsschutz im Ausgleich insbesondere mit der Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber verfolgt, so müssen Ausnahmen vom Rauchverbot derart gestaltet sein, dass sie auch bestimmte Gruppen von Gaststätten ... miteinbeziehen, um bei diesen besonders starke wirtschaftliche Belastungen zu vermeiden.“²⁶

Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht seine Urteilsbegründung mit sehr weitgehenden Bemerkungen bis hin zu der grundsätzlichen Zulässigkeit von generellen Rauchverboten in der Gastronomie ergänzt, obgleich dies für die Begründung des Leitsatzes nicht zwingend geboten war.

"Das Gericht hat jedoch nur den jeweiligen Einzelfall, also betreffend den Streitgegenstand, zu entscheiden. Mit per obiter dictum geäußelter Rechtsauffassung greift es über seinen Entscheidungsauftrag hinaus der Gesetzgebungskompetenz der Legislative vor. Das gilt auch für das Bundesverfassungsgericht: Ultima Ratio seiner Kompetenz ist die Nichtigkeitserklärung gemäß § 31 Abs. 2 Satz 2 Bundesverfassungsgerichtsgesetz".²⁷

Dieser Auffassung wird sich hier angeschlossen. Für eine ratio decidendi sind diejenigen Rechtsansichten nötig, welche die Entscheidung tragen. Es ist darauf hinzuweisen, dass durch den Leitsatz den Beschwerdeführern im Wesentlichen entsprochen wurde.

²⁵ Zuck, „Das Recht der Verfassungsbeschwerde“, 3. Aufl. 2006, Absatz-Nr. 999.

²⁶ BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, 1. Leitsatz (Auszug).

²⁷ Quelle: Wikipedia, „obiter dictum“.

Im Übrigen wird sich dem Standpunkt des Richters Masing angeschlossen, der sich in seiner abweichenden Meinung wie folgt äußerte:

"Die Ausführungen zur Verfassungsmäßigkeit eines radikalen Rauchverbots sind für die verfassungsrechtliche Beurteilung der angegriffenen Vorschriften weder erforderlich noch für die Begründung des Senats tragend."²⁸

Um zu dem verfassungsrechtlichen Obersatz der Entscheidung vom 30. Juli 2008 zu gelangen, wählte sich das Bundesverfassungsgericht drei Verfassungsbeschwerden aus – zwei Vertreter der Kleingastronomie aus Berlin und Baden-Württemberg sowie eine Diskothekenbetreiberin – die maßgeblich nur Ausnahmen für ihre spezifischen Rahmenbedingungen anstrebten.

Unerlässliche grundrechtsrelevante Fragen, insbesondere die, ob der Aspekt des Gesundheitsschutzes bei Räumlichkeiten, die freiwillig aufgesucht werden und deshalb zunächst eines "Hilfskonstrukts" bedürfen, nämlich ein höher gewichtetes Recht, Gaststätten betreten können zu müssen, um dadurch in die Grundrechte der Gastwirte (und Raucher) eingreifen zu können, wurden nicht hinreichend erörtert.

Um die Schutznotwendigkeit vor Passivrauch erforderlich werden zu lassen, bedarf es – bevor erst dieser Gesichtspunkt zum Tragen kommen kann – einer Klärung der Frage, ob die Handlungsfreiheitsrechte von Nichtrauchern²⁹ gegenüber den spezifischen Berufsfreiheitsrechten³⁰ und Eigentums Garantien³¹ der Gastwirte, als auch den Handlungsfreiheitsrechten von Rauchern³², den Besuch von Rauchergaststätten betreffend, als erheblicher zu gewichten sind.

Das zwingend erforderliche höherwertige Besuchsrecht von Nichtrauchern³³ – Rauchergaststätten ihren Wünschen entsprechend besuchen zu dürfen – ist nicht ersichtlich und fand weder vom Normgeber, noch in der Entscheidung³⁴ des Bundesverfassungsgerichtes, hinreichende Berücksichtigung.

²⁸ BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 185

²⁹ Art. 2 Abs. 1 GG

³⁰ Art. 12 Abs. 1 GG

³¹ Art. 14 Abs. 1 GG

³² Art. 2 Abs. 1 GG

³³ Mit diesem Begriff sind im Grunde nur diejenigen Nichtraucher gemeint, welche sich keinem Passivrauch aussetzen möchten.

Der Begriff ist somit letztlich nicht ganz korrekt gewählt, da es viele Nichtraucher gibt, die – wenn sie eine Kneipe mit Freunden besuchen – kein (!) Problem damit haben, wenn ihre Freunde in Geselligkeit rauchen. Dies mag auch altersabhängig sein. - „Passivrauchvermeider“ wäre wohl als Begriffsdefinition zu hart.

³⁴ BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008

Am 6. August 2008 hat das Bundesverfassungsgericht drei Verfassungsbeschwerden (1 BvR 3198/07, 1 BvR 1431/08) bezüglich des vormals geltenden bayerischen Gesundheitsschutzgesetzes nicht zur Entscheidung angenommen. Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass es in Hinsicht auf das hier vorliegende Verfahren auch für Nichtannahmebeschlüsse keine Bindungswirkung gibt, "weil die Kammer, was immer in ihrer Entscheidung, wenn sie begründet worden ist, gesagt wird, begrifflich nichts zur Sache selbst ausgesagt haben kann"³⁵.

B. Sachverhalt

I. Entscheidender zeitlicher Ablauf vor der Rauchverbotsgesetzgebung im Gaststättenbereich

Die folgenden Ausführungen sind insofern von Bedeutung, da die gesetzgeberische Begründung für die *notwendigen* Rauchverbotsgesetzgebungen und damit für die gerügten Grundrechtseingriffe, die gescheiterte freiwillige Vereinbarung³⁶ mit dem deutschen Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA) war.

Auch das Bundesverfassungsgericht bezog sich bei seiner Entscheidung vom 30. Juli 2008³⁷ nicht unerheblich auf die DEHOGA-Vereinbarung – wenn es auch offen lies, „*ob zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit zunächst ein kooperatives Modell mit einer Selbstverpflichtung des Gastronomiegewerbes, für Nichtraucher eine ausreichende Zahl von Plätzen bereitzustellen, überhaupt versucht werden musste*“.

³⁵ Zuck, „Das Recht der Verfassungsbeschwerde“, 3. Aufl. 2006, Absatz-Nr. 990.

³⁶ <http://www.fschuster.de/cms/files/zielvereinbarung.pdf>

³⁷ BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 112: „*Es bestand auch hinreichender Anlass für das Tätigwerden der Gesetzgeber. Hierbei kann offen bleiben, ob zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit zunächst ein kooperatives Modell mit einer Selbstverpflichtung des Gastronomiegewerbes, für Nichtraucher eine ausreichende Zahl von Plätzen bereitzustellen, überhaupt versucht werden musste; denn diesen Ansatz durften die Landesgesetzgeber jedenfalls als gescheitert betrachten. Die Vorgaben für die Einrichtung von Nichtraucherbereichen in Speisegaststätten, die zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung und dem Deutschen Hotel- und Gaststättenverband (DEHOGA Bundesverband) am 1. März 2005 vereinbart wurden, sind bereits auf der ersten der drei vorgesehenen Stufen deutlich verfehlt worden.*“

BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 115: „*Namentlich die Erfahrungen mit der gescheiterten Umsetzung der Zielvereinbarung mit dem DEHOGA Bundesverband legen die Annahme nahe, dass die überwiegende Zahl der Gaststättenbetreiber mit Rücksicht auf ihre geschäftlichen Interessen nicht bereit ist, die Attraktivität ihres Lokals für rauchende Gäste zu schmälern. Die Gesetzgeber durften daher auf der Grundlage des ihnen auch hier zukommenden Einschätzungs- und Prognosespielraums ... davon ausgehen, dass bei einer den Gaststättenbetreibern überlassenen freien Entscheidung über die Ausrichtung ihrer Gaststätte als Raucher- oder Nichtraucherlokal mit Blick auf den erstrebten Gesundheitsschutz kein Angebot für Nichtraucher zur Verfügung stehen wird, das ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung in hinreichendem Maße Rechnung trägt.*“

Dieses Übereinkommen ging die Bundesregierung, vertreten durch das Bundesministerium für Gesundheit und soziale Sicherung (BMGS) als Vertragspartner ein.

In der Vereinbarung vom 1. März 2005 erklärte sich der DEHOGA-Bundesverband 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 vorgenannten Zeitstufen 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 Rahmen der oben genannten DEHOGA-Vereinbarung bereit, im Gegenzug *auf eine Initiative zur Einführung eines gesetzlichen Rauchverbotes im Gastgewerbe zu verzichten*.³⁸

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 mit dem Titel: *"Bundesregierung ebnet Weg für mehr Nichtraucherschutz"*.

Aus dem Inhalt dieser Pressemitteilung:

„Zuvor beschloss das Kabinett Eckpunkte für mit den Ländern abgestimmte Initiativen.

Merkel äußerte sich zufrieden darüber, dass die Länder mitgeteilt hätten, sich in einer Arbeitsgruppe umfassend mit dem Thema Nichtraucherschutz auseinanderzusetzen. Es würden auch Vertreterinnen und Vertreter des Bundes eingeladen, in der Arbeitsgruppe mitzuarbeiten. ‘Das wird der Bund natürlich gern tun.’ ...

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.**³⁹

Nach dieser Kabinettsentscheidung vom 12. Dezember 2006 und der Presseveröffentlichungen der Bundesregierung, nämlich im Januar und Februar 2007 (!), wurde dann im Auftrag des

³⁸ „Bis zum Ablauf der Vereinbarung verzichtet das BMGS auf eine Initiative zur Einführung eines gesetzlichen Rauchverbotes im Gastgewerbe.“ <http://www.fschuster.de/cms/files/zielvereinbarung.pdf>

³⁹ http://www.bundesregierung.de/nn_774/Content/DE/Artikel/2001-2006/2006/12/2006-12-13-weg-fuer-nichtraucherschutz-geebnet.html - Hervorhebung vom Unterzeichner vorgenommen.

Bundesministeriums für Gesundheit eine Studie erstellt, die feststellte, *dass die zukünftige Vereinbarung*, die ab dem 1. März 2007 (!) zu gelten hätte, *nicht eingehalten "wurde"*.^{40,41}

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."⁴²

Zum 1. März 2007 wäre – ohne die einseitige Aufkündigung durch die Drogenbeauftragte – die nächste Stufe der oben genannten Vereinbarung zwischen Bundesregierung und DEHOGA in Kraft getreten, zu denen sich die Speisegastronomiebetreiber bezüglich eines weiter steigenden Platzangebotes für Nichtraucher verpflichtet und eingestellt hatten.

Es drängt sich der Eindruck auf, dass man es von Seiten der Drogenbeauftragten der Bundesregierung sehr pressant hatte, das Scheitern verfrüht festzustellen, bevor weitere Gastronomiebetriebe die getroffenen Vereinbarungen zum März 2007 erfüllten. Darüber hinaus gilt es darzulegen, dass die Bundesregierung durch ihre Ankündigung im Dezember 2006 ihre vertragliche Verpflichtung nicht einhielt, auf eine Initiative zur Einführung eines gesetzlichen Rauchverbotes im Gastgewerbe zu verzichten.

⁴⁰ http://www.vzbv.de/mediapics/studie_nichtraucherschutz.pdf(Seite 9): 33,2 % der Gastronomiebetriebe boten Nichtraucherplätze an. Also mehr als die geforderte Zahl. Fazit: Vorgabe erfüllt! Verlangt waren zu diesem Zeitpunkt 30% der Gaststättenbetriebe – nicht – wie suggeriert – 60 %!

Von den 33,2 % der Gastronomiebetriebe boten laut Studie (Seite 10, oben) 61,9 % separate NR-Bereiche an, 24 % einen getrennten Bereich innerhalb des Gastraumes mit klarer Trennung und lediglich 14 % einen getrennten Nichtraucherbereich innerhalb des Gastraumes ohne klare Trennung.

Es sprengt (fast) den Rahmen der anzuführenden Anmerkungen zu den Ungereimtheiten dieser Studie, aber die Macher bleiben auch eine wirklich nachvollziehbare Antwort schuldig, warum *plötzlich* bei der Berechnung der prozentualen Fläche des Nichtraucherbereiches Gastronomiebetriebe bis 85 qm ausgenommen wurden, wobei doch ihr Fragebogen (letzte Seite, Punkt 7) eindeutig alle Gaststätten über 75 qm schätzen bzw. erfragen lässt. Hier darf der leise Verdacht geäußert werden, dass die Einbeziehung dieser Betriebe bis 85 qm für das prozentuale Ergebnis bezüglich der NR-Gastfläche evtl. nicht zielführend war.

⁴¹ Auch das Bundesverfassungsgericht bezog sich bei seiner Entscheidung vom 30.7.2009, Absatz-Nr. 112, letzter Satz, auf Zahlenvorgaben der vorgenannten Studie, die zum Zeitpunkt der Erhebung noch gar nicht eingehalten werden mussten und hat sich durch einen *mathematischen Berechnungstrick – der auf die Zukunft bezogen war* – irreführen lassen. Zitat aus der vorgenannten Studie (Seite 10): *„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.“* Diese Zahlen hat das BVerfG bei seiner Entscheidung (Rn 112) übernommen.

[Randbemerkung:] Selbst wenn alle Gastronomiebetriebe die zukünftigen Vorgaben bezüglich des dann geltenden prozentual erhöhten Platzangebotes nicht erfüllt hätten, wäre dies im Januar und Februar 2007 nicht zu beanstanden gewesen.

⁴² <http://www.suchtmittel.de/info/nikotinsucht/001955.php>

Da die Bundesregierung den Weg für mehr Nichtraucherschutz bereits im Dezember 2006 ebnete, war von dieser Vorgehensweise außerdem ein ungünstiger Einfluss auf das Verhalten der Gastronomiebetreiber und somit auf das Ergebnis der Studie vom Januar und Februar 2007 gegeben.

Weiter darf darauf hingewiesen werden, dass die Studie welche das „Scheitern der Vereinbarung“ im Februar 2007 feststellte, keine Aussage darüber machte, inwiefern die bereits bis dahin bereitgestellten Nichtraucherplätze letztlich von Gästen angenommen wurden.

Bezüglich der Ansicht, dass Nichtraucher nicht am gesellschaftlichen Leben teilnehmen könnten, kann augenscheinlich 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 sei darauf hingewiesen, dass von Wirten wohl nicht gefordert werden kann, eine künstlich festgelegte Anzahl an rauchfreien Sitzplätzen – kontinuierlich steigend – anzubieten, wenn in der jeweiligen Lokalität schon das bisher vorhandene Angebot nicht angenommen wurde.

Bei gutem Willen hätte man jedenfalls im Rahmen der Studie prüfen können, ob die bis dahin vom Gastgewerbe angebotenen rauchfreien Sitzplätze im Grunde angenommen wurden.

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

Der Landesgesetzgeber bezog sich auf die Studie, welche durch den falschen Zahlenbezug die signifikante Nichteinhaltung der Vereinbarung durch die beteiligten Gastronomiebetriebe suggerierte und für die Entscheidungsträger der Landtage den dringenden gesetzlichen Handlungsbedarf begründete.

Das Bundesverfassungsgericht bezog sich bei seiner Entscheidung vom 30. Juli 2008 indirekt auf das Scheitern der DEHOGA-Vereinbarung, aus der der Erste Senat in seiner Urteilsbegründung die Feststellung zog, dass sich Nichtraucher nicht uneingeschränkt am gesellschaftlichen Leben beteiligen könnten.⁴³

⁴³ BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 102:

„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.“

II. Lage der Gastronomie in Bayern

Im Jahr 2008 erfuhr das GSG insbesondere im Verwaltungsvollzug in Verbindung mit der Handhabung der Raucherclubs mehrere Änderungen. Unmittelbar nach Einführung des Gesundheitsschutzgesetzes in der Fassung vom 20. Dezember 2007 und einer sechswöchigen Übergangsfrist war man noch der Auffassung, dass eine Umgehung des GSG mittels Raucherclubs nicht toleriert und auch nicht flächendeckend hingenommen werde. Daraufhin hatten sich jedoch eine Vielzahl von "geschlossenen Gesellschaften" gebildet, die faktisch mehr oder minder öffentlich zugängliche Gaststätten (mit Raucherlaubnis) betrieben. Die Vorgaben für den Verwaltungsvollzug wurden "angepasst". Nach anfänglichen Schwierigkeiten 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 war dieses Phänomen bis zum 1. August 2009 weit verbreitet.

Raucherclubs fristeten eine halblegale Existenz und wurden meist nicht, beziehungsweise je nach Gemeinde unterschiedlich kontrolliert. "Nicht-öffentliche Gaststätten" verzichteten "freiwillig" auf Laufkundschaft und den damit verbundenen Umsätzen. Viele getränkegeprägte Gastronomiebetriebe, die sich an das Rauchverbot (temporär) hielten, kämpften mit Umsatzeinbrüchen, die nicht durch eine steigende Zahl von nichtrauchenden Besuchern kompensiert werden konnten. Etliche Betriebe gründeten „Clubs“, die sich eines teils deutlichen Zuspruches nicht nur von rauchenden Gästen erfreuten. Andere Kneipen hatten unter der Einschränkung zu leiden, dass sie auf Grund der gesetzlichen Vorgaben nicht mehr für Laufkundschaft besuchbar waren.

Durch die aktuelle Gesetzesnovellierung vom 15. Juli 2009 und der damit verbundenen neuerlichen Änderung der Rahmenbedingungen, ergeben sich abermals Umstellungsprobleme für viele bayerische Gastronomiebetriebe, die sich je nach Kundenausrichtung und Lokalgröße an die revidierten gesetzlichen Vorgaben anzupassen haben. Wettbewerbsnachteile ergeben sich ausnehmend für größere Gastronomiebetriebe, die sich maßgeblich aus der Einführung einer künstlichen 75m²-Grenzziehung bezüglich der Gaststättengröße ergeben.

Der Landesgesetzgeber ging diesbezüglich von einer „*Vorgabe*“ des Bundesverfassungsgerichtes aus: *„In Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts wird die Grenze bei 75 Quadratmetern Gastfläche festgesetzt.“*⁴⁴

Benachteiligt werden jetzt Zweiraumgaststätten – unabhängig von deren Größe – und Kneipen mit einer Gastfläche von über 75m², da diese in ihrem Hauptgasträum (meist mit Theke) ihr Zielpublikum nicht mehr rauchen lassen können. So ist davon auszugehen, dass diese Bars von

⁴⁴ Begründung der aktuellen GSG-Novellierung des Bayerischen Landtages, Seite 4 zu § 1 Nr. 2 a Doppelbuchstabe bb, vorletzter Absatz;
<http://www.bayern.landtag.de/www/servlet/Vorgangsmappe?wp=16&typ=V&drsnr=954&intranet=>

ihren rauchenden Kunden nicht mehr besucht werden, da diese auf solche Gaststätten ausweichen, in denen das Rauchen im Hauptgastraum und speziell an der Theke gestattet ist.

Gaststätten, die sich an die 75m²-Regelung nach unten anpassen wollen, benötigen – bedingt durch die Raumveränderung für ihren konzessionierten Gaststättenbetrieb – eine neue Baugenehmigung. Diese frisch zu erteilende (räumliche) Gaststättenerlaubnis ist meist mit veränderten Auflagen ggü. ihrer ursprünglichen Konzession verbunden, die mit beträchtlichen Kosten gepaart ist. In den seltensten Fällen dürfte darüber hinaus gegenüber dem Vermieter bzw. Verpächter eine hinreichende Senkung der Raumkosten zu erreichen sein.

Getränkeorientierte Gaststättenbetriebe, die sich nicht an diese künstliche Vorgabe anpassen können, beziehungsweise den Aufwand und die Kosten scheuen, verlieren ihre Gäste an solche Konkurrenzunternehmen, die ihren Kunden – bedingt durch die unnatürliche Grenzziehung – das Rauchen in ihrem Hauptgastraum gestatten können. Sei dies durch Zufall bereits so vorgegeben oder teils mit erheblichem Aufwand realisiert.

Im konkurrierenden Fest- und Bierzelten durfte und darf seit jeher – ab 01.08.2009 wieder mit gesetzlicher Grundlage – geraucht werden. Durch die Bevorzugung dieser Betriebe ist zu erwarten, dass die Festzeltgastronomie einen weiteren Aufschwung erfährt und deren Betreiber vermehrt in Konkurrenz zum stehenden Gastgewerbe treten.

Eigens für diese Monopolbetriebe, bei denen man argumentieren könnte, dass auch Nichtraucher ein berechtigtes Interesse daran haben „rauchfrei am gesellschaftlichen Leben teilhaben zu können“, sieht der Bayerische Gesetzgeber jedoch die komplette Freistellung vom Rauchverbot vor.

Im Unterschied zum stehenden Gastgewerbe, bei dem sich der Landesgesetzgeber zur bereits eingeführten und konkurrierenden Bundesgesetzgebung in Bezug auf Gaststätten (§§ 4, 10 Abs. 1 JuSchG) die Präventionsaufgabe des Jugendschutzes aufbürdete, dürfen Kinder und Jugendliche hingegen Bier- und Festzelte betreten.

III. 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 sieben 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, Tischfußball, Spielautomaten und sechs Internetterminals. Das

Hauptzielpublikum ist die Altersgruppe zwischen 20 und 40 Jahren. Die Kneipe wurde in den vergangenen Jahrzehnten jedoch auch von 16- und 17jährigen Jugendlichen besucht.

Der ausgemessene Gastbereich (ohne Sanitäranlagen, Bereich hinter der Theke und Kühlraum im Sinne der Grenzregelung des GSG) beträgt 96 m².

Die zweite Räumlichkeit mit 63,32 m² ist komplett raumeinnehmend ebenfalls von der Theke dominiert. Es existiert hier lediglich noch ein Stehtisch in einer Ecke. Es werden von der einzig eingesetzten Bedienung neben dem Hauptumsatzbringer Getränke auch einfache selbst zubereitete Speisen angeboten. Das Zielpublikum hat hier ein Durchschnittsalter von deutlich über 40 Jahren, an welches die entsprechenden musikalischen Rahmenbedingungen angepasst sind.

Der Raucheranteil in beiden Loklräumlichkeiten liegt bei circa 90 %. Dieser Wert wurde von den Mitarbeitern der Antragstellerin in einem zusammenhängenden Zeitraum von zwei Wochen erhoben (Anlage A1). Derzeit sind bei der Antragstellerin (nur) noch zehn 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 Alleingeschafters Robert Manz als Geschäftsführer, der nach 20 Jahren Tätigkeit als Polizeibeamter seine Lebenszeitstellung aufgegeben hatte, da er sich in der Lage sah, mit der öffentlichen Gaststätte seinen Lebensunterhalt zu bestreiten. Nach Einführung des Rauchverbotes berief sich der Gaststättenbetreiber auf den Ausnahmetatbestand des Art. 5 Nr. 3 GSG, indem er in seinen Gasträumlichkeiten mit seinen Gästen "das Leben vor dem Rauchverbot nachspielte". Er glaubte einerseits, dass "künstlerische Darbietungen" ein Jedermannsrecht darstellen und betrachtete dies andererseits als Alternative zu den "halblegalen Raucherclubs". Es sind nun zwei 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. Erstmalig 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 unserem Rechtsanwalt Dr. Mayer⁴⁵, bereits eingeleitet. Die Stadt Memmingen sieht die erforderliche Zuverlässigkeit zum Betreiben einer Gaststätte als nicht gegeben an.

Das Konzessionsentzugsverfahren will die Stadt Memmingen nunmehr zügig zum Abschluss bringen. Der Grund ist nachvollziehbar. Angesichts der Neuregelung im GSG, muss die

⁴⁵ In vorliegendem Verfahren zum aktuellen Zeitpunkt (auf Grund seines längeren Urlaubs) noch keine Vollmacht erteilt.

Antragstellerin einerseits die Gäste ihres Hauptgasträum im Keller (weiterhin) mit einem Rauchverbot belegen. Andererseits ist derzeit noch unklar, ob der "Nebenraum" im Erdgeschoß mit eigenen Sanitäranlagen und der komplette raumfüllenden Theke überhaupt als solcher zu bezeichnen wäre, selbst wenn in der Küche nicht mehr selbst zubereitete Speisen produziert würden. Eine Konzessionstrennung der beiden Räumlichkeiten ist u. a. auf Grund des gemeinsamen Einganges nicht möglich. Die Küche erwirtschaftet weniger als 10 % des jährlichen Gesamtumsatzes von gut 300.000,- €.

Die Antragstellerin hat damit vorliegend die Wahl zwischen "Pest und Cholera". Sie kann entweder das Rauchverbot einhalten und wegen der ausbleibenden Gäste des Haupt-Kellerlokales die Insolvenz herbeiführen oder sich bei Nichteinhaltung des Rauchverbots die Konzession entziehen lassen und infolgedessen die Insolvenz herbeiführen. Sie ist bei verfassungsgemäß statthafter Rauchverbotsregelung dazu gezwungen, ihre langfristigen finanziellen Verpflichtungen wie Personal- und Mietverträge – letzteres mit persönlicher Bürgschaft – zu kündigen, um nicht finanziell unterzugehen bzw. im zeitgleichen Kampf zwischen regulärer Geschäftsbeendigung und Insolvenz die Auflösung des Betriebes anzugehen.

Der Betreiber sowie die langjährigen Festangestellten – in zwei Fällen mit über 20-jähriger Betriebszugehörigkeit (noch vom Vorgängerbetrieb übernommen) – hätten ihre Arbeitsstellen verloren. Für die geringfügig Beschäftigten gilt gleiches.

Alle Beschäftigten hatten sich gezielt und wissend um die Rahmenbedingungen in der Raucherkneipe der Beschwerdeführerin beworben und darüber hinaus erklärt, dass sie vom Gesetzgeber nicht gegen ihren Willen „(zwangs-)geschützt“ werden wollen (Anlage A2).

C. Rechtsausführungen

I. Handlungsfreiheit von Nichtrauchern (Art. 2 Abs. 1 GG) versus Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und Eigentumsgarantie von Wirten (Art. 14 GG) sowie Handlungsfreiheit von Rauchern (Art. 2 Abs. 1 GG)

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.

Zum Eingriff in die Berufsausübung der Gastwirte stellte das Bundesverfassungsgericht fest:

„Ein Rauchverbot für Gaststätten stellt 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. Viele Raucher werden – zumindest vorübergehend – Gaststätten seltener aufsuchen oder die Dauer ihres Besuchs abkürzen, weil der Aufenthalt für sie durch das Rauchverbot erheblich an Attraktivität verloren hat. In Anbetracht eines Raucheranteils von 33,9 % unter der erwachsenen Bevölkerung in Deutschland (vgl. Drogen- und Suchtbericht der Drogenbeauftragten der Bundesregierung, Mai 2008, S. 38) kann dies je nach Ausrichtung der gastronomischen Angebote und der damit angesprochenen Besucherkreise für die Betreiber der Gaststätten zu empfindlichen Umsatzrückgängen führen.“⁴⁶

Dass es sich bei einem normierten Rauchverbot um einen schwerwiegenden Eingriff in die Berufsausübung der Gastwirte handelt, kann folglich festgestellt werden.

Darüber hinaus stellt eine Raucherkneipe in sich ein Konsumangebot für Besucher dar, welches von Gästen angenommen oder gemieden werden kann. So wie bei allen Arten von „ungesunden“ Konsumentenangeboten – inklusive einer Schachtel Zigaretten – kann der Normalverbraucher ebenfalls den Besuch einer Raucherkneipe sein lassen.

Die Gastronomiebranche stellt bekanntlich ein großes Spektrum an zielgruppenorientierten Betrieben bereit, bis hin zu "Hard-Rock-Schuppen" und "Rotlichtmilieu". Anstößige oder nicht den eigenen Wünschen entsprechende gastronomische Einrichtungen braucht der (potentielle) Gast nicht zu betreten.

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

Auch Rauchern ist es zu ermöglichen, ihre Freizeit den eigenen Wünschen entsprechend gestalten zu können. Denn es wäre schon paradox, die eigenverantwortliche und legale Handlung des Rauchens zu gestatten im Sinne eines Selbstschadigungsrechtes, andererseits aber die selbstbestimmte Handlung, sich Passivrauch auszusetzen, zu verbieten. Obwohl letzteres nachgewiesenermaßen deutlich geringere gesundheitliche Auswirkungen für das so entscheidende Individuum hat.

Der Steuergesetzgeber geht derzeit jedenfalls nicht von einem Grundbedürfnis auf Gaststättenbesuch aus, wenn er einzig Gastronomiebetrieben für den Verkauf von Speisen und alkoholfreien Getränken den inzwischen auf 19 % angehobenen Mehrwertsteuersatz aufbürdet. (Aktuelle Bestrebungen einer Senkung des Mehrwertsteuersatzes für die rauchfreie Gastronomie böten sich freilich als fördernd an.)

⁴⁶ BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 118.

Des Weiteren ist kein höherwertiges Recht für Nichtraucher erkennbar, sich Rauchern an jedweder Örtlichkeit anzuschließen zu können, um daselbst dann ein Rauchverbot zu fordern. Dies wäre eine unverhältnismäßige Ausweitung der Handlungsfreiheit von Nichtrauchern (Übermaßverbot).

Einem Nichtraucher ist die Abwägung zuzumuten, ob er eine Raucherkneipe betreten will oder nicht. Es gibt auch einen gewissen Anteil der nichtrauchenden Bevölkerung, die zeitlich begrenzt in solchen Lokalitäten "damit leben können", wenn Freunde und Bekannte in gemütlicher Atmosphäre rauchen.

Dies ist bei der Hauptzielgruppe der Beschwerdeführerin (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.

Es steht folglich nicht das Anrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG), sondern vorgeschaltet und zwingend notwendig, um das vorgenannte Grundrecht überhaupt zur Wirkung zu bringen, ein einfaches Handlungsfreiheitsrecht von Nichtrauchern (Art. 2 Abs. 1 GG) dem spezifischen Grundrecht der Gaststättenbetreiber (Art. 12 Abs. 1 GG), sowie den Handlungsfreiheitsrechten von Rauchern (Art. 2 Abs. 1 GG) gegenüber.

Im Bereich der Gastronomie ist darüber hinaus nicht belegt, dass die marktwirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten der gegenseitigen Bedingtheit von Angebot und Nachfrage nicht greifen. Das Scheitern der DEHOGA-Vereinbarung gibt einen solchen Schluss aus den oben genannten Gründen nicht her.

Sofern Gaststätten keinen Monopolstatus besitzen – auf diese Fälle wird nachstehend noch eingegangen – richten sich Gastronomen berufsbedingt auf die Bedürfnisse ihrer Kunden ein, indem sie ihren jeweiligen Besuchern die gewünschte Gastfreundlichkeit bieten, um ihren Umsatz zu erzielen. Es gibt eine ausreichende Nachfrage nach Nichtraucherlokalitäten und wie in vielen Presseveröffentlichungen der vergangenen 1 ½ Jahren zu lesen war, werden Nichtraucherlokale auch ohne normiertes Rauchverbot angeboten.

Die oben angeführten Begründungen gelten ferner in Hinsicht auf das Grundrecht der Wirte gemäß Art. 14 Abs. 1 GG, welches das Eigentum gewährleistet. Die Beschwerdeführerin betreibt eine florierende Kneipe mit über 300.000,- € Jahresumsatz. Das Inventar in der Mieträumlichkeit (inklusive der kompletten Wand- und Deckeneinbauten aus massivem Holz, integrierter Lüftungsanlagen, Sanitäreinrichtungen, etc.) ist Eigentum der Gaststättenbetreiberin. Der Geschäftswert beträgt ca. 200.000,- €. Wird dem Wirt nicht mehr gestattet, das auf sein Zielpublikum ausgerichtete Angebot anzubieten, sinkt der Geschäftswert auf nahe Null. Art. 14

Abs. 2 GG findet in diesem Zusammenhang keine Anwendung, da durch das neu eingeführte Rauchverbot der Eigentumswert im Wesentlichen unbrauchbar vernichtet wird.

Es wäre in diesem Zusammenhang auch an einen Bestandsschutz zu denken, um diesen Grundrechtseingriff zu vermeiden.⁴⁷

Die Beschränkungen der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und Eingriffe in die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) von Gastwirten sind in Hinblick auf die angefochtenen Bestimmungen des GSG unter den gegenwärtigen Voraussetzungen weder durch ein fehlendes Gastronomieangebot für Nichtraucher belegt, noch in Abwägung zu den Handlungsfreiheitsrechten (Art. 2 Abs. 1 GG) der Nichtraucher gerechtfertigt.

II. Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

1. 75-m²-Regelung

Die angefochtenen Bestimmungen des GSG behandeln durch die willkürlich gezogene Grenze von 75 m² Gastfläche gleichartige (getränkegeprägte) Gastronomiebetriebe in Bezug auf wesentliche geschäftsrelevante Rahmenbedingungen ungleich (Art. 3 Abs. 1 GG). So werden Bars über 75 m² und Kneipen mit zwei oder mehr Räumen – auch diejenigen unter 75 m² Gastfläche – durch die Normvorschriften gezwungen, im umsatzträchtigen Hauptgasträum ihrer Zielgruppe das Rauchen zu versagen.

Eine solche Regelung stellt für Zweiraumkneipen und Bars über 75 m² einen erheblichen Wettbewerbsnachteil gegenüber denjenigen dar, welche – bedingt durch die willkürliche Grenzziehung – ihren Gästen im Hauptraum (an der Theke) das Rauchen gestatten dürfen.

Neue Kneipenkonzepte werden logischerweise hervorgerufen, die sich in Konkurrenz zu bestehenden Gastronomiestrukturen genau an diesen künstlich festgelegten Vorgaben ausrichten. Speziell, um Raucher in ihrem Hauptgasträum mit Theke rauchen lassen zu dürfen. Dies stellt einen Wettbewerbsnachteil für die (getränkegeprägte) Bestandsgastronomie dar, die sich diesen Vorgaben nicht anpassen kann.

Die "Gefährlichkeit" von Passivrauch hängt jedenfalls nicht von der Gaststättengröße ab. Es besteht auch bei größeren Gastbetrieben die Wahlmöglichkeit des Besuchers, ein solches Haus⁴⁸ zu besuchen oder die Visite sein zu lassen.

⁴⁷ Unter dem Gesichtspunkt der Kapitalvernichtung - bereits investiertes Inventar wird faktisch enteignet (Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG) - wäre evtl. die Eigentumsgarantie in Zusammenhang mit der Rauchverbotsgesetzgebung dennoch Beschwerdefähig.

Das BVerfG sah in seiner Entscheidung vom 30. Juli 2008 die Beschwerdefähigkeit bezüglich der Eigentumsgarantie nicht als gegeben an: „Der Schutz der Eigentumsgarantie kommt hier daher nicht in Betracht (vgl. BVerfGE 30, 292 <335>).“ BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 91.

Beschränkungen der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sind auch bei Betreibern größerer Bars nicht nachvollziehbar, da deren Kneipen ebenfalls freiwillig aufgesucht werden. Es fehlt am Schutzerfordernis der Besucher und begründet keine eigenmächtige Grenzziehung bezüglich der Gaststättengröße gleichgearteter Gastronomiebetriebe.

Durch die willkürliche Grenzziehung bezüglich der Größe von getränkegeprägter Gastronomie wird der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt (Art. 3 Abs. 1 GG).

2. Bevorzugung von Bier- und Festzelten (mit Monopolstatus)

Fest- und Bierzelte werden einseitig bevorzugt, indem diesen Betrieben im Gegensatz zum konkurrierenden stehenden Gastgewerbe gestattet wird, ihren Gästen das Rauchen zu ermöglichen. Der Gesetzgeber relativiert auch hier die Schutznotwendigkeit vor Passivrauch.

Begründet wird diese Sonderstellung durch die „kurze Stand- und Betriebszeit eines Zeltbetriebes“. Es „birgt ein solcher Betrieb nicht im gleichen Maße Gesundheitsgefahren durch Passivrauch wie übliche ortsfeste Gastronomiebetriebe, die an 365 Tagen im Jahr besucht werden.“ Die maximale Standzeit ist auf „höchstens 21 aufeinander folgende Tage“⁴⁹ beschränkt.

Nun ist dagegenzuhalten, dass die wenigsten ortsfesten Gastronomiebetriebe – wie vom Gesetzgeber impliziert – an 365 Tagen im Jahr besucht werden. Die meisten Gaststätten haben ebenfalls nicht an mehr als 21 aufeinanderfolgenden Tagen geöffnet (Ruhetage). Mögliche Gesundheitsgefahren sind durch die Länge der ununterbrochenen Öffnungszeit jedenfalls nicht fortgefallen und werden vom Gesetzgeber relativiert.

So gibt es auch keine Jahreshöchstgrenze, wie lange solche Bierzelte wiederkehrend betrieben werden dürfen. – Festzelte werden zu allen Jahreszeiten in Konkurrenz zum stehenden Gastgewerbe betrieben.

Entscheidend ist jedoch, dass gerade Fest- und Bierzelte, die (bisher) in aller Regel – oft in Verbindung mit Volksfesten – eine besondere Monopolstellung inne haben, vom Rauchverbot und den Jugendschutzbestimmungen des GSG ausdrücklich ausgenommen werden. Es sind also genau diejenigen Betriebe befreit, für deren Besuch man von einem berechtigten Interesse der Nichtraucher ausgehen könnte, rauchfrei am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen.

⁴⁸ Der Stadt Memmingen (40.000 Einwohner), in der die Beschwerdeführerin ihre Gaststätte betreibt, wurde bis vor kurzem die größte Gaststättendichte nach Frankfurt zugeschrieben. Insofern wird hier sowohl für Nichtraucher als auch für Raucher ein entsprechend großes Angebot vorgehalten.

⁴⁹ Zitate aus der Begründung der aktuellen GSG-Novellierung des Bayerischen Landtages, Seite 4 zu § 1 Nr. 2 a Doppelbuchstabe bb;

<http://www.bayern.landtag.de/www/servlet/Vorgangsmappe?wp=16&typ=V&drsnr=954&intranet=>

Bei Gastronomiebetrieben wird mit zweierlei Maß gemessen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) ist in Bezug auf die angefochtenen Normen verletzt.

3. Sonderfälle: (einzige) Dorfwirtschaft und evtl. Discotheken mit Monopolstatus

Dem Argument der grundsätzlichen Freiwilligkeit des Gaststättenbesuches und dem Bezug auf die marktwirtschaftlich bedingten Kräfte von Nachfrage und Angebot könnte entgegengehalten werden, dass es auch monopolartiges ortsgebundenes Gastgewerbe gibt und somit die Verfügbarkeit von rauchfreier Gastronomie nicht gewährleistet sei.

Vorsorglich wird kurz auf diesen Sonderfall eingegangen, falls der Verfügbarkeit von rauchfreier Gastronomie – als staatlicher Aufgabe – grundrechtsrelevante Bedeutung⁵⁰ zugesprochen wird.

Dem Gesetzgeber ist es möglich, genau für diese Besonderheiten spezifische Auflagen vorzugeben, indem er Monopolbetrieben beispielsweise einen Mindeststandard an rauchfreien Sitzplätzen oder Gastfläche vorschreibt und deren (rauchfreie) Zugänglichkeit regelt.

Es wären auch Befugnisse für die Kommunalverwaltungen von Städten und Gemeinden denkbar. Diese könnten dem Subsidiaritätsprinzip entsprechend in die Lage versetzt werden, mit entsprechenden Auflagen auf die besondere Gastronomiesituation vor Ort zu reagieren. Auf diese Weise könnte wesentlich Ungleiches auch ungleich behandelt werden.⁵¹

Sonderfälle sind jedenfalls separat regelbar. Diese rechtfertigen die angefochtenen Grundrechtseinschränkungen nicht.

III. Intention des Gesetzgebers

Die Intention des Gesetzgebers sowie der darlegte Zweck des GSG ist bloß der "Schutz vor Passivrauch".

Die teleologische Auslegung ergibt einerseits, dass durch die Norm keine Präventivmaßnahme gegen das Rauchen an sich angestrebt wird.⁵² Das Rauchen bleibt weiterhin eine erlaubte Handlung. Andererseits kommt zum Ausdruck, dass Unbeteiligte vor möglichen Gefahren des Passivrauches geschützt werden sollen.

⁵⁰ Im Sinne einer Schutzpflicht (für diese Fälle).

⁵¹ Art. 3 Abs. 1 GG.

⁵² Der Landesgesetzgeber wäre auch dafür nicht zuständig.

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

Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Sachverhalt bereits tangiert, in dem es ausführte:

„In Wahrnehmung dieser politischen Verantwortung hat der Gesetzgeber im Rahmen des ihm hierbei zustehenden weiten Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums Nichtraucherschutzvorschriften geschaffen, die ihr Ziel jedenfalls nicht offensichtlich verfehlen, zumal sie gerade diejenigen Lebensbereiche erfassen, in denen sich der Einzelne – wie beispielsweise am Arbeitsplatz oder in öffentlichen Verkehrsmitteln – 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.“⁵³

Bereiche, die ganz speziell aufgesucht werden müssen, sind von einem normierten Rauchverbot auszunehmen. Die Schutznotwendigkeit ist für solche Lebensbereiche nicht gegeben. Dies gilt umso mehr, wenn – wie hier dargelegt – essentielle Grundrechte beschnitten werden.

IV. Beschäftigte im Gastgewerbe

Auf Grund diverser Ausnahmeregelungen vom Rauchverbot bei Bier- und Festzelten sowie bezüglich kleinerer getränkeorientierter Gaststätten wird vorliegend nicht davon ausgegangen, dass der Schutz der Beschäftigten den Landesgesetzgeber leitete.

Es ist auch insofern nicht seine Aufgabe, da der Bundesgesetzgeber in § 5 Abs. 2 ArbStättV hinreichend spezifische Vorschriften für den Gastronomiebereich erlassen hat.

Eine Anmerkung sei dennoch gestattet, weil diese finale Rechtfertigung im Hinblick auf Angestellte häufig in die Diskussion bezüglich erforderlicher Rauchverbote im Gastgewerbe eingebracht wird.

Beschäftigte bewerben sich ganz gezielt bei einem Gastronomiebetrieb vor Ort, von dem die Bewerber ganz genau die Rahmenbedingungen kennen.

Diese gezielte Arbeitsplatzwahl stellt einen erheblichen Unterschied zu vielen anderen Berufsbildern dar, bei denen Angestellte auf Grund ihres Hauptbetätigungsfeldes nicht mit Rauch am Arbeitsplatz zu rechnen haben.

Der Begriff Raucherkneipe definiert geradezu einen solchen Betrieb mit seinen spezifischen Gefahren.

Darüber hinaus sollte bei der Beurteilung nicht vernachlässigt werden, dass enorm viele Bedienungen aus dem vorliegenden Grund gezielt einen solchen Arbeitsplatz anstreben, da dort

⁵³ BVerfG, 1 BvR 2234/97 vom 9.2.1998, Absatz-Nr. 7.

– wie im Falle der Kneipe der Beschwerdeführerin – Beschäftigten das Rauchen am Arbeitsplatz gestattet wird. Insofern kommt auch für Angestellte das Grundrecht, Beruf und Arbeitsplatz frei wählen zu können, zur Anwendung.

V. Verhältnismäßigkeit (Zweck des GSG) – Abgrenzung zu allgemeinen Präventionsmaßnahmen

Durch eine allgemeine „Kennzeichnungspflicht von Raucherkneipen“ ist dem Schutzzweck völlig entsprochen.

Monopolartige Einzelfälle lassen sich wesensgemäß regeln, ohne zwingend und allgemeingültig normiert die Grundrechte der Wirte zu beschneiden sowie die Handlungsfreiheit von Gaststättenbesuchern einzuengen.

Ein gesundes Vertrauen im Hinblick auf die eigenverantwortlichen Handlungen der Bürger wäre hilfreich. Nicht jedwedes mögliche Zusammentreffen von Rauchern und Nichtrauchern ist normiert zu regeln. In der täglichen Praxis arrangieren sich die Bürger und schaffen geeignete Strukturen im gesellschaftlichen Mit- und Nebeneinander.

Darüber hinaus besteht für den Gesetzgeber zuvorderst die Möglichkeit, rauchfreie Gastronomie zu fördern, wie beispielsweise durch eine Senkung des Mehrwertsteuersatzes, um dem Wunsch nach rauchfreier Gastronomie entgegenzukommen und den gesellschaftlichen Wandel zu begünstigen.

Der Eingriff in die Grundrechte der Wirte⁵⁴ ist durch die Forderung von Nichtrauchern – „uneingeschränkt am gesellschaftlichen Leben teilnehmen zu können“⁵⁵ – nicht gerechtfertigt und unverhältnismäßig.⁵⁶

Zentrale Obliegenheit des Gastgewerbes ist es, es den Besuchern behaglich und angenehm zu machen – ausgerichtet auf unterschiedlichste Gastwünsche und Kundenbedürfnisse.⁵⁷ Raucher stellen bei der getränkegeprägten Gastronomie oft die Hauptzielgruppe⁵⁸ dar. Den Betreibern von größeren Gaststätten, die Bewirtung von Rauchern nur noch in einem Nebenraum zu gestatten, ist durch ein Schutzbedürfnis vor Passivrauch nicht abgedeckt.

⁵⁴ Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG.

⁵⁵ Unter Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG.

⁵⁶ Übermaßverbot.

⁵⁷ Der Gastronomiebereich überlebt wegen seiner Vielfalt, nicht durch Égalité.

⁵⁸ Oft auch auf Grund der *besonderen* Bereitschaft von Rauchern, gerne andere Genussmittel (-gifte) zu konsumieren, mit denen ein solch ausgerichteter Wirt in seiner Kneipe die Umsätze erzielt. Dies lässt sich auch nicht mit künstlichen Argumenten, wie „*Nichtraucher seinen in der Mehrzahl*“ und „*...hätten auch mehr Geld, weil sie dieses nicht für Rauchwaren ausgeben*“, „*Raucher gehören zu der [finanziellen] Unterschicht*“, o. ä. zerreden.

Der Zweck des GSG ist nicht, Bestimmungen einzuführen, die einen gesellschaftlichen Wandel – weg von „Suchtstoffen“ – anstreben. Es ist auch nicht verhältnismäßig, durch die „Hintertür“ eines *Schutzes vor Passivrauch* implizite Verhaltensänderungen bei Rauchern⁵⁹ anzustreben, insofern Nichtraucher unbehelligt bleiben.

Wenn der Gesetzgeber das Rauchen selbst einzuschränken, zurückzudrängen oder verbieten will, bleibt ihm unbenommen, einen klaren Vorstoß vorzunehmen. Sodann können auch Gegenargumente eingebracht werden, welche das Rauchen nicht nur einseitig von der (langfristigen) Schädlichkeitsseite betrachten.

VI. Ordnungswidrigkeit

Das GSG sieht einen Ordnungswidrigkeitstatbestand für die Betreiber von Gaststätten vor. Der Betreiber wird mit Bußgeld belegt, wenn die rechtswidrige Tat von einer Person ausgeführt wird, die normalerweise in keinem Abhängigkeitsverhältnis zum Gaststättenbetreiber steht und der Gastwirt nicht die „erforderlichen Maßnahmen“ ergreift. Hier wird der Wirt bei Ordnungswidrigkeiten, die von einem Fremden begangen wurden, zu einem „Hilfsbeamten“ der Verfolgungsbehörden herauf gestuft. Insofern tangiert diese Verpflichtung ebenfalls die Handlungs- und Berufsfreiheit derjenigen Gastwirte⁶⁰, die eine Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten ihrer Gäste nicht zu ihren Aufgaben zählen.

D. Gesundheitsgefahr Passivrauch & WHO-Übereinkommen

Die vorliegende Verfassungsbeschwerde stellt in diesem Verfahren mögliche Gefahren, die vom Passivrauch ausgehen, nicht in Abrede.^{61 62} Es wird gegenwärtig davon ausgegangen, dass das

⁵⁹ Mehr oder minder offen wird dieses – vorgeblich gesellschaftliche - Ziel dennoch proklamiert.

⁶⁰ Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG.

⁶¹ Die zugrundeliegenden Studien wären jedoch bei der juristischen Aufarbeitung einer besonderen Prüfung zu unterziehen, insbesondere wenn diese von Organisationen oder Personen stammen, die – völlig offen – „ein Ziel verfolgen“ und dadurch ein „berechtigtes Interesse“ an gewissen *Ergebnissen* haben.

In der Entscheidung des Zweiten Senats vom 22.01.1997 (2 BvR 1915/91, Absatz-Nr. 56) – bezüglich der Zulässigkeit von Tabakwarnhinweisen – gründete das BVerfG seine Entscheidung auf drei Studien von Richard Doll, über den in Wikipedia zu lesen ist: „*Ein im Dezember 2006 erschienener Artikel ... wirft allerdings ein etwas anderes Licht auf sein Lebenswerk. Er enthüllt, dass Richard Doll jahrelang auf der Gehaltsliste des Monsanto-Konzerns stand, als er unter anderem die Unbedenklichkeit von Agent Orange bescheinigte. Auch von anderen Chemie-Konzernen wurde er für Untersuchungen bezahlt, die beispielsweise Vinylchlorid eine Verbindung mit Krebs absprachen.*“ http://de.wikipedia.org/wiki/Richard_Doll (letzter Absatz [auch mit weiteren Quellenangaben])

⁶² Das BVerfG stellt zu Passivrauchbelastungen u. a. fest: „*Der Annahme eines hinreichenden legitimen Ziels steht nicht entgegen, dass Prof. Dr. Gerhard Scherer bei seiner Anhörung als sachkundige Auskunftsperson die Auffassung vertreten hat, die Gesundheitsgefahren durch Passivrauchbelastung seien relativ gering und teilweise nicht nachweisbar, weshalb eine „Nullexposition“ weder praktikabel noch notwendig sei.*“ BVerfG, 1 BvR 3262/07 vom 30.7.2008, Absatz-Nr. 111.

Selbstschädigungsrecht – bezüglich der festgestellten Passivrauchgefahren⁶³ – ausreichend Grundlage bietet, wenn Bürger sich diesen freiwillig aussetzen.

Nach geltender Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ist das Selbstschädigungsrecht bezüglich des Rauchens über Art. 2 Abs. 1 GG abgedeckt. Analog angewandt sollte die zu Grunde liegende Handlung, sich Passivrauch auszusetzen, ebenfalls durch Art. 2 Abs. 1 GG abgedeckt sein.

Bekannt ist darüber hinaus, dass sich die Bundesrepublik Deutschland unter der Schirmherrschaft der politischen Organisation WHO bereits am 21. Mai 2003 verpflichtet hat, einerseits anzuerkennen, dass vom „Passivrauchen Tod, Krankheit und Invalidität verursacht“ wird. Und andererseits sich verantwortlich zeichnete

„in Bereichen bestehender innerstaatlicher Zuständigkeit nach innerstaatlichem Recht wirksame gesetzgeberische, vollziehende, administrative und/oder sonstige Maßnahmen zum Schutz vor Passivrauchen am Arbeitsplatz in geschlossenen Räumen, in öffentlichen Verkehrsmitteln, an geschlossenen öffentlichen Orten und gegebenenfalls an sonstigen öffentlichen Orten“⁶⁴

durchzuführen.

„*Innerstaatliches Recht*“ der Bundesrepublik Deutschland – im Sinne des WHO-Übereinkommens – sieht jedoch einen Zwangsschutz vor Passivrauch nicht vor. Insbesondere nicht bevormundend gegenüber dem Willen derjenigen, die sich Passivrauch bewusst und freiwillig aussetzen.

Insofern wird auch gegen das WHO-Abkommen nicht verstoßen, wenn Gaststättenbetreibern grundsätzlich erlaubt wird, speziell gekennzeichnete Rauchergaststätten zu betreiben.

Sollte der Bundesgesetzgeber sich über die Arbeitsstättenverordnung dazu entschließen, auch Arbeitnehmern unter Beschränkung ihres Grundrechtes nach Art. 12 GG zu untersagen, Beruf und Arbeitsplatz frei wählen zu können, also in Raucherkneipen zu arbeiten, wäre dieser Zwangsschutz eventuell einer späteren Prüfung zu unterziehen. Dieser Verfassungsbeschwerde sind allein die Normen des bayerischen GSG zugrundegelegt.

⁶³ Unter anderem belegt von Dr. med. Martina Pötschke-Langer, Leiterin der Stabsstelle Krebsprävention und des WHO-Kollaborationszentrums für Tabakkontrolle, Deutsches Krebsforschungszentrum Heidelberg.

⁶⁴ Art. 8 Rahmenübereinkommen der WHO zur Eindämmung des Tabakgebrauchs vom 21. Mai 2003, Amtliche deutsche Übersetzung vom 2. April 2004:
http://www.tabakkontrolle.de/pdf/FCTC_deutsche_Uebersetzung.pdf

E. Rauchen – nur Selbstschädigungsrecht?

Das Bundesverfassungsgericht wird vermutlich nicht umhin kommen, den zu Grunde liegenden Sachverhalt in Verbindung mit dem Vorgang des Rauchens selbst zu behandeln, der bekanntlich durch die bisherige Rechtsprechung des Gerichts im Sinne eines Selbstschädigungsrecht⁶⁵ abgedeckt ist.

Kommentare, aber auch Gerichtsentscheidungen lassen jedoch dieses „*Recht*“ auf Rauchen durchaus auf „tönernen Füßen“ stehen, wie hier auszugsweise dokumentiert wird. Darauf wird kurz grundsätzlich einzugehen sein.

„Rauchen gehört allerdings nicht zum unantastbaren Kernbereich persönlicher Entfaltung und kann somit grundsätzlich in verhältnismäßiger Weise durch den Erlass von Rauchverboten eingeschränkt werden, etwa zum Schutze von Nichtraucher. Im Konflikt zwischen Rauchern und Nichtrauchern in öffentlichen Räumen wird die Grenzziehung der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Rechte anderer besonders plastisch, die schwierige Frage geht nicht dahin, ob der Staat etwa in Restaurants ein Rauchverbot erlassen darf – daran besteht, soweit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet ist, kein Zweifel –, sondern ob er dazu wegen der situativen Unausweichlichkeit der Freiheitskollision zwischen den Belästigenden und den davon Betroffenen von Verfassungs wegen sogar verpflichtet ist. Jedenfalls wird von einigen im Falle besonderer Belastungen Dritter die Reglementierung von Rauchverboten zum Verfassungsgebot aus Art. 2 Abs. 2 GG, ggf. auch aus Art. 2 Abs. 1 GG erhoben.“⁶⁶

„Derlei praktische Einsichten machen die Sozialgebundenheit der Freiheitsausübung sichtbar, der Bereich der allein den Handelnden angehenden Selbstgefährdung kann unterschiedlich weit gezogen, aber auch bis auf Null verengt werden; in einer hochgradig verwobenen Gesellschaft können mit guten Gründen auch jede Selbstgefährdung von der Ernährung bis zum Nikotin- und Alkoholgenuss eingeschränkt werden.“⁶⁷

„Vereinzelt wird auf Basis einer im jeweiligen Einzelfall nach Maßgabe praktischer Konkordanz auflösenden Grundrechtskollision der Rechte der Raucher und Nichtraucher ab einer gewissen Erheblichkeitsschwelle eine entsprechende Pflicht zum Erlass eines Rauchverbots abgeleitet.“⁶⁸

Die hier auszugsweise wiedergegebenen Kommentare zeigen doch recht deutlich, dass die gegenwärtige Rechtssprechung dahin tendiert, die Handlung „Rauchen“ lediglich noch als „*blankes*“ Selbstschädigungsverhalten anzusehen, welches im Konfliktfall gegenüber allen anderen Rechten zurückzutreten hat.

Nun stellt diese Verfassungsbeschwerde auf die Grundrechte von Wirten⁶⁹ ab, **mit Rauchern Geschäfte machen zu dürfen**. Sie ist demzufolge nur abgeschwächt darauf angewiesen, dass das Selbstschädigungsrecht auch den „*Konflikten zwischen Rauchern und Nichtrauchern*“

⁶⁵ Art. 2 Abs. 1 GG.

⁶⁶ Di Fabio in Maunz/Dürig, Komm z. GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 50.

⁶⁷ Di Fabio in Maunz/Dürig, Komm z. GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 52.

⁶⁸ Di Fabio in Maunz/Dürig, Komm z. GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 62.

⁶⁹ Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG.

standhält, deren „dogmatische Erfassung“ „praktisch mitunter bedeutsam und theoretisch reizvoll ist“⁷⁰.

„Reizvoll“ und wichtig ist für den Unterzeichner die Feststellung, dass Rauchen nicht nur eine individuell unvernünftige und **ausschließlich** selbstschädigende Verhaltensweise ist. Ein solcher Beweis liegt nicht vor! Es ist lediglich aktuell gültige wissenschaftliche Lehrmeinung, deren Revision wie so oft im Laufe der Wissenschaftsgeschichte und ärztlicher Dogmen beileibe nicht ausgeschlossen ist.

Es wäre auch höchst unvernünftig, anzunehmen, der Mensch hätte sich zwar über die Jahrmillionen seiner evolutionären Entwicklung außerordentlich erfolgreich an die Umgebung angepasst, den Umgang mit Feuer erlernt (mit vermutlich vielen Toten)⁷¹, jedoch zufällig zeitgleich mit dem medizinischen Fortschritt krankhafte Süchte entwickelt, die mit starkem Willen, Psychotherapie oder Medikamenten zu behandeln sind. Abhängigkeiten können entstehen, aber bezüglich des Rauchens sicher nicht generalisierend.

Es soll hier nicht der Unvernunft das Wort geredet werden⁷², aber es muss auch darauf hingewiesen werden, dass gängige wissenschaftliche und insbesondere medizinische Lehrmeinungen einem ständigen Wandel unterworfen sind.

Die wissenschaftliche Forschung ist sich durchaus bewusst, dass sie die komplexen Zusammenhänge menschlicher Verhaltensweisen und körperlicher Vorgänge nicht umfassend versteht.

Dass bestimmte Verhaltensweisen (derzeit) rational nicht nachvollziehbar sind, begründet jedenfalls nicht, dass es keine rationalen Gründe für derartige Handlungsweisen gibt.⁷³ Entscheidend ist, dass solch körperliches Verlangen nach – kulturell verwurzelten – Giften durchaus für manche Individuen und deren Karrieren Sinn ergeben kann. Prominente Beispiele aus Politik und Kultur mit erfolgreichen Lebensläufen gibt es genug, die ihren „Lastern“ nachgingen und extrem kreativ und produktiv waren.

⁷⁰ Di Fabio in Maunz/Dürig, Komm z. GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 62.

⁷¹ Man möge sich mal eine hypothetische juristische Auseinandersetzung zu Urzeiten vorstellen, die bei den ersten Erfahrungen, die Menschen im Umgang mit Feuer machten, - sinngemäß gleich wie bezüglich des Rauchens - argumentieren würde: „Es sei völlig natürlich, ohne Feuer Nahrung zu sich zu nehmen“ u. ä. und „auf Grund der Opferzahlen müsse der Umgang mit diesem ‘brandgefährlichen Stoff’ verboten werden“. – So einseitig wird jedenfalls bezüglich des Rauchens argumentiert.

⁷² Der Unterzeichner hofft inständig, beim BVerfG niemandem „zu Nahe“ zu treten und versucht diese grundsätzlichen Ausführungen auch sehr kurz zu halten. Bedauerlicherweise gibt es auf beiden Seiten „bezüglich Rauchen“ viele unversöhnliche Vorfestlegungen (und Kampagnen).

⁷³ Die „Suchtforschung“ geht derzeit davon aus, dass Suchtmittel auf dem körpereigenen (biologischen) Belohnungssystem aufsetzen – was selbstverständlich richtig ist – ziehen aber daraus den *einzigsten* Schluss, dass Menschen nach diesen Suchtmitteln **grundlos konditioniert** streben. Dies ist in dieser generalisierenden Form imho falsch. Der gezielte – auch unbewusste – Einsatz von *Drogen*, um das körpereigene Belohnungssystem zu steuern, den Körper mit *Giften* „ruhig zu stellen“ oder zeitgesteuert zu entspannen, birgt große Möglichkeiten [der Kreativität und Produktivität] in sich. Auch Gefahren.

Sollte das Gericht diesen Gedanken folgen – zumindest nicht ausschließen – hätten die kulturell verwurzelten Gifte auch in der Rechtsprechung eine höhere Rechtsstellung inne, als ein in jeglichem Konfliktfalle zurückweichendes bloßes Selbstschädigungsrecht – freilich aber ohne Fremdschädigungsbefugnisse.

F. Antrag

Es wird beantragt, der Verfassungsbeschwerde nach Maßgabe des § 95 BVerfGG stattzugeben.

Als Auflage wäre eine Kennzeichnungspflicht (für Raucherkneipen) sinnvoll.

Memmingen, 20. August 2009

Für die Treff GmbH, Robert Manz