

KANZLEI FÜR ARBEITSRECHT
HELMUT P. KRAUSE
RECHTSANWALT UND FACHANWALT FÜR ARBEITSRECHT
TÄTIGKEITSSCHWERPUNKT: KÜNDIGUNGSSCHUTZRECHT

Rechtsanwalt Krause · Frühlingsstrasse 29 · 82178 Puchheim

Bayerischer Verfassungsgerichtshof
Prielmayerstraße 5
80335 München

www.rakrause.de
82178 Puchheim
Frühlingsstrasse 29
Tel. (089) 123 87 54
Telefax (089) 123 87 58
rakrause@seminare-arbeitsrecht.de
www.querdenkerforum.de/forum

3. April 2008
NIMP04/KE

Popularklage

Namens und im Auftrag

- 1) der Nichtraucher-Initiative München e.V., vertreten durch deren Vorsitzenden Ernst-Günther Krause, Carl-von-Linde-Str. 11, 85716 Unterschleißheim
- 2) des Ärztlicher Arbeitskreis Rauchen und Gesundheit e.V., Landesverband Bayern, vertreten durch dessen Sprecher Dr. Roland Guttenberger, Weitersdorfer Weg 36, 90547 Stein
- 3) von Ernst-Günther Krause, Carl-von-Linde-Str. 11, 85716 Unterschleißheim
- 4) von weiteren Beschwerdeführern, deren ladungsfähige Anschrift nachgereicht wird,
- 5) sowie im eigenen Namen

beantrage ich, festzustellen, dass

Artikel 2 Ziffer 8 letzter Halbsatz des Gesetzes zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz – GSG) verfassungswidrig ist.

Artikel 2 des Gesetzes zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz – GSG) bestimmt seit dem 1. Januar 2008, dass aus Gründen des Gesundheitsschutzes u.a. in Gaststätten nicht mehr geraucht werden darf.

Das zunächst vorgesehene generelle Rauchverbot für Gaststätten, mit dem im Ausland und außerhalb von Bayern beste Erfahrungen gemacht wurden, wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens auf Druck der Tabaklobby in der Weise abgeschwächt, dass es nur noch für Gaststätten gelten soll, die "öffentlich zugänglich" sind.

Artikel 2 Ziffer 8 letzter Halbsatz GSG erhielt deswegen folgenden Wortlaut:

„Gaststätten im Sinn des Gaststättengesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. November 1998 (BGBl I S. 3418), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes vom 7. September 2007 (BGBl I S. 2246), **soweit sie öffentlich zugänglich sind,**“

Diese Einschränkung des Geltungsbereiches des Gesetzes, die in der Praxis zur Umgehung des Gesetzes durch die Einrichtung von so genannten „privaten Raucherclubs“ geführt hat, ist aus mehrfachen Gründen mit der Bayerischen Verfassung nicht vereinbar:

A Begründung der Verfassungswidrigkeit von Artikel 2 Ziffer 8 letzter Halbsatz Gesundheitsschutzgesetz

Verletzt werden durch die Beschränkung des Geltungsbereichs des GSG auf "öffentlich zugängliche" Gaststätten insbesondere folgende Bestimmungen der Bayerischen Verfassung:

1. Artikel 166 Bayerische Verfassung - Schutz der Arbeit

Artikel 166 Abs. 1 BV dient dem Schutz der Arbeit.

Wörtlich heißt es dort: „**Die Arbeit ist die Quelle des Volkswohlstandes und steht unter dem besonderen Schutz des Staates.**“

Mit dieser Vorschrift ist ein Gesetz nicht vereinbar, das in Gaststätten beschäftigte Arbeitnehmer zwingt, sich einer hochgiftigen Tabakrauchexposition auszusetzen, wenn sie ihren Arbeitsplatz nicht verlieren wollen.

Würde eine Maschine am Arbeitsplatz auch nur einen Bruchteil der Schadstoffe ausstoßen wie ein Mensch, der eine Zigarette raucht, müsste die Maschine nach der heute geltenden Gefahrstoffverordnung stillgelegt und dürfte nur nach Einführung aufwändiger Schutzvorkehrungen wieder in Gang gesetzt werden. Im Anhang IV Nr. 23 zur Gefahrstoffverordnung sind u.a. auch die im Tabakrauch in größeren Mengen zu messenden N-Nitrosaminverbindungen aufgeführt, für die als "besonders gefährliche krebserzeugende Stoffe" gilt, dass sie nur in geschlossenen Anlagen hergestellt oder verwendet werden dürfen.

Passivrauch ist als Stoffgruppe in den Technischen Regeln für Gefahrstoffe¹ unter "TRGS 905 Verzeichnis krebserzeugender, erbgutverändernder oder fortpflanzungsgefährdender Stoffe" aufgeführt – und zwar in Kategorie 1 (nachgewiesen krebserzeu-

¹ Die Technischen Regeln für Gefahrstoffe (TRGS) geben den Stand der Technik, Arbeitsmedizin und Arbeitshygiene sowie sonstige gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse für Tätigkeiten mit Gefahrstoffen, einschließlich deren Einstufung und Kennzeichnung, wieder. Sie werden vom Ausschuss für Gefahrstoffe (AGS) aufgestellt und von ihm der Entwicklung entsprechend angepasst. Die TRGS werden vom Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit im Bundesarbeitsblatt (BarbBl) bekannt gegeben.

Durch die Richtlinie 67/548/EWG sowie die TRGS 905 und die Richtlinie 2004/37/EG sowie TRGS 906 werden Stoffe, Tätigkeiten und Verfahren bekannt gemacht, die nach ermittelten gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen krebserzeugende, erbgutverändernde oder fortpflanzungsgefährdende Eigenschaften für Beschäftigte haben.

gend). Darüber hinaus sind zahlreiche im Passivrauch enthaltene einzelne Stoffe als den Kategorien 1, 2 und 3 zugehörig ausgewiesen (vgl. Bundesarbeitsblatt Heft 7/8/9-2005). Für krebserzeugende Stoffe gilt das Minimierungsprinzip.

2. Artikel 167 Abs. 1 Bayerische Verfassung - Schutz der Arbeitskraft

In Artikel 167 Abs. 1 BV wird die menschliche Arbeitskraft geschützt.

Wörtlich heißt es dort: **„Die menschliche Arbeitskraft ist als wertvollstes wirtschaftliches Gut eines Volkes gegen Ausbeutung, Betriebsgefahren und sonstige gesundheitliche Schädigungen geschützt.“**

Unter diese Vorschrift fällt auch die in Gaststätten beschäftigte menschliche Arbeitskraft. Ein Gesetz, das in Gaststätten beschäftigte Arbeitnehmer zwingt, das Schadstoffgemisch Tabakrauch einzuatmen, verstößt gegen Artikel 167 Abs. 1 BV.

3. Artikel 167 Abs. 2 Bayerische Verfassung - Schutz der Arbeitskraft

Artikel 167 Abs. 2 BV sieht vor, dass Arbeitgeber, die ihren Arbeitnehmern bei der Ausbeutung von deren Arbeitskraft gesundheitliche Schäden zufügen, wegen Körperverletzung bestraft werden.

Wörtlich heißt es dort: **„Ausbeutung, die gesundheitliche Schäden nach sich zieht, ist als Körperverletzung strafbar“**.

4. Artikel 167 Abs. 3 Bayerische Verfassung - Schutz der Arbeitskraft

Ein Gastwirt, der gegen die Bestimmung des Artikel 167 Abs. 1 BV zum Schutz gegen Gefahren und gesundheitliche Schädigungen in Betrieben verstößt, ist gemäß Artikel 167 Abs. 3 BV zu bestrafen.

Wörtlich heißt es dort: **„Die Verletzung von Bestimmungen zum Schutz gegen Gefahren und gesundheitliche Schädigungen in Betrieben wird bestraft.“**

5. Artikel 103 Bayerische Verfassung - Gewährleistung von Eigentum und Erbrecht

Artikel 103 BV Abs. 1 sieht vor, dass Eigentumsrecht und Erbrecht gewährleistet werden.

Wörtlich heißt es dort: **„Eigentumsrecht und Erbrecht werden gewährleistet.“**

Unter den Begriff des Eigentumsrechts fällt auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb und fallen damit auch Gaststätten, deren Inhaber nicht bereit sind, ihre Gaststätte in gesetzeswidriger Weise in einen „Raucherclub“ „umzuwandeln“.

Ein Gesetz, das es zulässt, dass sein Zweck, der Schutz von Nichtrauchern vor Tabakrauch, durch die Gründung von „Raucherclubs“ „konterkariert“ wird, ist mit Artikel 103 Abs. 1 BV nicht vereinbar.

Die Ausnahme vom Rauchverbot in Gaststätten für geschlossene Gesellschaften führt über die Gründung von Raucherclub-Gaststätten und die "künstliche" Ausweisung von "geschlossenen Gesellschaften" zur Wettbewerbsverzerrung zu Lasten der gesetzestreuen Gastwirte, die ihre Gaststätten weiterhin rauchfrei halten:

Ihre rauchenden Gäste und – infolge des Gruppendrucks – zum Teil auch die nicht rauchenden Gäste wechseln in Gaststätten mit Rauchmöglichkeit. Das hat inzwischen dazu geführt, dass in manchen Orten Bayerns in mehr als der Hälfte der Gaststätten wieder geraucht wird und rauchfreie Gaststätten aufgeben müssen.

In Bayern konnte in den ersten zwei Monaten nach Inkrafttreten des Gesundheitsschutzgesetzes sehr gut verfolgt werden, wie Umsätze von gesetzestreuen Gaststätten mit der Zunahme von Raucherclub-Gaststätten und der Ausweisung von geschlossenen Gesellschaften zurückgingen. Die Gaststätten mit "Rauchgesellschaften" nahmen den Gaststätten ohne "Rauchgesellschaften" die rauchenden Gäste weg, die sonst mangels Ausweichmöglichkeit bei ihnen geblieben wären.

Beispiel 1: **Rockkneipe Hannes Chaos**, Hannelore Wutzdorff-Brunner,
Am Platzl 22, 94315 **Straubing**, Tel 0157/73379519

Die Kneipe mit Musik (Disco-Anlage) verkauft nur Getränke und bietet kostenlos Chips und Brezeln an. Sie verfügt über 70 Sitzplätze, an manchen Tagen kamen bis zu 100 Gäste oder auch mehr. Die Kneipe wird seit rund zehn Jahren erfolgreich betrieben. Das Publikum besteht zu 90 Prozent aus jungen Leuten unter 25. Die Wirtin ist Nichtraucherin. Die Zahl der Kneipenbesucher hat sich seit Mitte Januar 2008 stark verringert, weil viele der bisherigen rauchenden Gäste in die Kneipen abgewandert sind, die darauf setzen, sich mit der Ausweisung von geschlossenen Gesellschaften um das Gesundheitsschutzgesetz herumdrücken zu können. Hannelore Wutzdorff-Brunner und ihr Sohn ermittelten am 17. März 2008 bei einem Rundgang 25 Gaststätten, 4 Diskotheken und 5 Spielotheken, in denen geraucht wird wie vor Inkrafttreten des GSG.

Beweis: 1) Zeugnis Frau Hannelore Wutzdorff-Brunner
2) Zeugnis Alexander Zaczek
3) Übersicht "Situation in Straubing – ermittelt am 17. März 2008" als [Anlage 1](#)

Ähnliche Zahlen melden einige bayerische Zeitungen auch für andere Orte, z.B. **Coburg** (Neue Presse vom 27.02.08). In der **Passauer Innenstadt** gibt es nur noch wenige rauchfreie Gaststätten und Diskotheken – so die Mitteilung mehrerer Einwohner, die sich völlig unabhängig voneinander im März 2008 bei der Nichtraucher-Initiative München darüber beklagt haben.

Beispiel 2: **Café Bistro Atelier**, Gerd Hendel
Katzheimerstr. 1B, 96050 **Bamberg**, Tel 0951/14422

Das Café-Bistro mit ca. 80 Plätzen bietet zahlreiche Getränke und eine kleinere Auswahl Speisen an.

Der Wirt ist starker Raucher und geht zum Rauchen immer vor die Tür. Parallel zur Zunahme der Raucherclubs in anderen Gaststätten (Kneipen) hat die Zahl der Raucher in dieser Gaststätte abgenommen. Argument der Raucher: Hier können wir nicht rauchen, dort können wir rauchen. Einer der bisherigen Gäste zum Wirt: "Tut mir leid, aber ich möchte zum Kaffee gern eine Zigarette rauchen. Ich habe jetzt schon drei (Raucher-)

Clubkarten, da brauche ich nicht mehr weit gehen." Wenn sich bis Mai an dieser Wettbewerbsverzerrung nichts ändert, muss die Gaststätte aufgeben.

Das Kreisverwaltungsreferat der Landeshauptstadt **München** hat laut dem Bericht "Rauchen aus allen Schlupflöchern" in der Süddeutschen Zeitung vom 26. März 2008 knapp 1000 Lokale kontrolliert und dabei festgestellt, dass etwa ein Drittel der Lokale der Einraumgastronomie solche mit so genannten Mischkonzepten zu Raucherclubs geworden sind.

Der "Verein zum Erhalt der bayerischen Wirtshauskultur (VEBWK)" wirbt damit, dass sich bereits 1352 Gaststätten in Bayern (Stand 29. März 2008) nicht mehr an das Rauchverbot des Artikel 2 Ziffer 8 des Gesetzes zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz – GSG) gebunden fühlen. Die allein in Straubing ermittelten 34 Raucherclub-Gaststätten werden nicht als Mitglieder des VEBWK geführt. Deshalb ist bayernweit von mehreren tausend Raucherclub-Gaststätten auszugehen.

Diese Situation erhöht die gesundheitliche Belastung der Beschäftigten des Gaststättengewerbes um ein Vielfaches und macht einen Arbeitsplatzwechsel nahezu unmöglich.

B Argumente für die Beibehaltung des jetzigen Zustands

Die Argumente der Befürworter der Umwidmung von Gaststätten in "Raucherclubs" sind scheinheilig, naiv, zynisch und "theoretisch".

Die Befürworter der Umwidmung von Gaststätten in "Raucherclubs" verweisen insbesondere darauf, dass es jedem Menschen frei stehe zu entscheiden, ob er sich zum Essen und Trinken sowie zur Pflege sozialer Kontakte in einen "Raucherclub" oder in eine Gaststätte begibt, die von einem gesetzestreuem Gastwirt betrieben wird.

Dieses Argument ist auf den ersten Blick einleuchtend. Bei näherem Hinsehen ist es aber scheinheilig, naiv, zynisch und "theoretisch".

Ähnlich scheinheilig, naiv, zynisch und "theoretisch" wäre es, eine junge Frau glauben zu machen, ihr könne "nichts passieren", wenn Sie einem ihr unbekanntem Fahrer, der sie des nachts nach einem Diskothekenbesuch nach Hause fährt, vor Fahrtantritt signalisiert, dass sie an einem sexuellen Kontakt mit ihm kein Interesse habe.

Die nächtliche Autofahrt und der Aufenthalt in einem Raucherclub haben gemein, dass formell beides "freiwillig" geschieht.

Dabei wird jedoch übersehen, dass sich die Beteiligten in beiden Fällen in einer gewissen "Zwangssituation" befinden.

Bei der jungen Frau wäre die Alternative zur nächtlichen Fahrt mit dem Unbekannten das buchstäbliche Übernachten "auf der Straße".

Für die Beschäftigten im Gaststättengewerbe bedeutet die zunehmende Einrichtung von "Raucherclubs" in letzter Konsequenz, entweder arbeitslos zu werden oder "sich nicht so anzustellen" und das "Bisschen Gesundheitsschädigung" einfach wieder in Kauf zu nehmen.

Nicht rauchende Gaststättenbesucher, deren Freunde und Bekannte noch rauchen, stehen vor der Alternative, auf die Pflege von sozialen Kontakten zu verzichten oder sich bewusst den seit dem 1. Januar 2008 erhöhten gesundheitlichen Gefahren in den zu Raucherclubs "umfirmierten" Gaststätten auszusetzen.

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass mit der Zulassung der flächendeckenden "Umwidmung" von "normalen" Gaststätten in "Raucherclubs" der Bayerische Gesetzgeber sich endgültig der Lächerlichkeit preisgeben würde.

Dem kann nur durch die Streichung der beanstandeten Ausnahmegesetzvorschrift im Artikel 2 Ziffer 8 GSG begegnet werden.

Zu welcher absurden Situation die derzeitige Rechtslage führt, sei an folgendem aktuellem Beispiel verdeutlicht:

Im Januar hatten mich Freunde für den 23. März 2008 zu einer Geburtstagsfeier in die seit dem Jahre 1546 bestehende und für die Qualität ihrer Speisen und Getränke bekannte Gaststätte "Ebracher Hof" in Schweinfurt eingeladen.

Als ich am 23. März 2008 gegen 12.30 Uhr von der Einladung Gebrauch machen wollte, musste ich feststellen, dass die Gaststätte "Ebracher Hof" seit dem 1. März 2008 nicht mehr existierte.

An der Stelle, an der man bis zum 29. Februar 2008 Speisen und Getränke einnehmen konnte, befand sich nunmehr deutlich von außen als solcher gekennzeichnet ein "Club", in dem für jedermann zugänglich Speisen und Getränke angeboten wurden.

Da ich meine Gastgeber nicht brüskieren wollte und alle anwesenden Gäste freiwillig auf ihr Recht zu rauchen und zu pfutzen verzichteten, nahm ich als Nichtraucher zum ersten Mal in meinem Leben Speisen und Getränke in einem "(Raucher-)Club" ein.

Nachdem wir unsere Bestellung aufgegeben hatten, wurde uns eine Liste der "Clubmitglieder" vorgelegt mit der Bitte, uns dort ebenfalls einzutragen – "für das Ordnungsamtsamt".

Nachdem aus der Liste erkennbar war, dass auch ein Herr Max Mustermann und eine Frau Emma Affentheater bereits Mitglied in diesem "Club" waren, fiel es mir leicht, dem Club als Norbert Nichtraucher beizutreten.

Hinzuweisen ist noch darauf, dass wir, abgesehen davon, dass keine Tagesordnung für das angebliche "Clubtreffen" erkennbar war und dass die Bedienung auch auf Nachfrage gar nicht daran dachte, uns Mitgliedsausweise auszuhändigen und Mitgliedsbeiträge zu kassieren, mit dem Speisen- und Getränkeangebot der "ehemaligen" Gaststätte und des heutigen "Clubs" sehr zufrieden waren. Bei zukünftigen Besuchen der "früheren" Gaststätte sehen wir deshalb weiteren humoristischen Einlagen seitens der Gastgeber und Gäste mit Interesse entgegen.

Gleichwohl müssen wir uns das Recht vorbehalten, den Bewirtungsvertrag in dem Augenblick fristlos zu kündigen, in dem das erste "Clubmitglied" ansetzt – ohne Rücksicht auf andere Gäste und auf die meist weiblichen Servierkräfte im zeugungsfähigen Alter – von seinem Recht Gebrauch zu machen, die Luftqualität im Gastraum durch Rauchen, Pfutzen und andere Aktivitäten deutlich zu verschlechtern.

C Einstweilige Anordnung

Durch die dargelegten Zustände nach Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz – GSG) ist davon auszugehen, dass

- den rauchfreien Gastwirten,
- den Arbeitnehmern der rauchfreien Gastwirte sowie
- den Nichtraucherern in den "Raucherclubs"

schwere wirtschaftliche und/oder gesundheitliche Nachteile entstehen.

Deshalb beantrage ich,

Artikel 2 Ziffer 8 letzter Halbsatz des Gesetzes zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz – GSG) gemäß Art. 26 Abs. 1 VfGHG im Wege einer einstweiligen Anordnung vorläufig außer Anwendung zu setzen.

Hilfsweise beantrage ich,

Artikel 2 Ziffer 8 letzter Halbsatz des Gesetzes zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz – GSG) gemäß Art. 26 Abs. 1 VfGHG im Wege einer einstweiligen Anordnung vorläufig außer Anwendung zu setzen, soweit es sich bei der Gaststätte um eine Ein-Raum-Gaststätte handelt, in der neben dem Inhaber keine weiteren Personen im laufenden Gastronomiebetrieb tätig sind, soweit im Eingangsbereich dieser Ein-Raum-Gaststätten deutlich sichtbar darauf hingewiesen wird, dass das Rauchverbot nicht gilt.

Die Argumente, die diese Anträge unterstützen, habe ich in der Ausarbeitung "Das Rauchverbot gemäß Art. 2 Nr. 8 Gesundheitsschutzgesetz gilt auch in 'Raucherclubs'.", die ich als [Anlage 2](#) beifüge, zusammengestellt.

Ich gehe davon aus, dass die Gesundheitsgefahren, die vom Passivrauchen ausgehen, dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof hinreichend bekannt sind. Sie finden sich auch in der Begründung des Gesetzentwurfs der Bayerischen Staatsregierung vom 10.07.2007 – Drucksache 15/8603.

Um das Ausmaß der Gesundheitsgefährdung des Passivrauchens für die Kunden und das Personal der Gaststätten sowie für die Gastwirte zu verdeutlichen, habe ich einen Auszug aus der Stellungnahme des *Aktionsbündnis Nichtraucher* für das Bundesverfassungsgericht als [Anlage 3](#) beigefügt.

Sollte das Gericht weiteren Sachvortrag, weitere Beweismittel oder weitere Anträge zur Beschleunigung des Verfahrens für erforderlich halten, bitte ich um einen kurzen Hinweis gemäß § 139 Abs. 1 ZPO.