

**Dr. Jürgen Brand**  
**Rechtsanwalt**

Richter des Verfassungsgerichtshofs  
für das Land Nordrhein-Westfalen (2006-2012)  
Präsident des Landessozialgerichts a. D.

**58093 Hagen, Husterstr. 22**

Tel: 0 23 34 - 4 45 21 55

Fax: 0 23 34 - 4 45 21 54

Mobil: 0172 247 33 31

E-Mail: drjbrand@web.de

Datum: 19. September 2012



**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Landesregierung 16/125**  
**(Gesetz zur Änderung des Nichtraucherschutzgesetzes)**  
**aus verfassungsrechtlicher Sicht**

Mit dieser Stellungnahme soll der rechtliche Handlungsrahmen des Gesetzgebers auf dem Gebiet des Nichtraucherschutzes im konkreten Fall aufgezeigt werden. Die Überlegungen orientieren sich dabei am Grundgesetz, der Landesverfassung und vor allem der vorliegenden verfassungsrechtlichen Rechtsprechung. Dabei wird auch auf die Diskussion im politischen Bereich über die sogenannte „Entschärfung“ dieses Gesetzentwurfs eingegangen.

**I. Ausgangslage**

Der Gesetzentwurf der Landesregierung vom 21. August 2012 bewegt sich vom (stark) eingeschränkten Nichtraucherschutz des Nichtraucherschutzgesetzes NRW vom 20.12.2007 (GV NRW S. 742) hin zum (fast) „strikten“ Nichtraucherschutz, ohne allerdings dieses Ziel vollständig erreichen zu wollen.

Im hier zu behandelnden Bereich des Nichtraucherschutzes stehen der Gesundheitsschutz des einzelnen (s. BVerfGE 7, 377, 414) in Kollision mit der Berufsfreiheit und anderen Rechten der Gaststättenbetreiber/ Wirte (vor allem aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1 und Art. 20 Grundgesetz) sowie der Verhaltensfreiheit der Raucher nach Art. 2 Grundgesetz.

Aus der Abwägung der einzelnen widerstreitenden Rechte sind die Fragen zu beantworten, ob ein striktes Rauchverbot ausgesprochen werden kann, welche Ausnahmen gegebenenfalls zugelassen werden müssen und welche Folgen dies mit sich bringt. Nicht umstritten dürfte die Einrichtung eines Nichtraucherschutzes als solchem sein.

Aus den Normen des Verfassungsrechts ergibt sich eine Beantwortung dieser Fragen nicht ohne weiteres, wohl aber aus den bereits vorliegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.

**Dr. Jürgen Brand**  
**Rechtsanwalt**

**II. Der strikte Nichtraucherchutz**

Nach den vorliegenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist nicht mehr umstritten, dass der Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht daran gehindert ist, dem Gesundheitsschutz als überragendem Rechtsgrund gegenüber beeinträchtigten Freiheitsrechten, insbesondere der Berufsfreiheit der Wirte und der Verhaltensfreiheit der Raucher, den Vorrang einzuräumen und ein striktes Rauchverbot in Gaststätten zu verhängen.

Dabei muss sich der Gesetzgeber wegen der mangelnden Kontrollmöglichkeiten auf Ausnahmeregelungen für reine Rauchergaststätten nicht einlassen. Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen auch eine stärkere Belastung von Inhabern kleinerer Gaststätten bis hin zur Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz durch hinreichende sachliche Gründe für gerechtfertigt erklärt (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 2. August 2010, Aktenzeichen 1 BvR 1746/10; Urteil vom 30. Juli 2008, Aktenzeichen 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08).

In dem grundlegenden Urteil vom 30. Juli 2008 führt das Gericht zum bayerischen Gesundheitsschutzgesetz aus, dass der Gesetzgeber sich auch nicht auf Ausnahmeregelungen für reine Rauchergaststätten einlassen muss, zu denen Nichtraucher keinen Zutritt haben, wenn er sich wegen des hohen Rangs der zu schützenden Rechtsgüter (Schutz von Leben und Gesundheit) für ein striktes Rauchverbot in allen Gaststätten ausspricht. Das Gericht schreibt wörtlich, dass die Voraussetzungen einer solchen Ausnahme praktisch nicht zu kontrollieren wären und „geradezu zur Umgehung des Verbots einladen“ würden. Dabei sei es auch nicht relevant, dass das auch möglicherweise zu einer Existenzgefährdung der betroffenen Gaststätten führen würde.

Die Gesundheit und erst recht das menschliche Leben werden von Bundesverfassungsgericht nämlich zu den wichtigsten Gemeinschaftsgütern gezählt. Ihr Schutz darf auch mit Mitteln angestrebt werden, die in das Grundrecht auf Berufsfreiheit empfindlich eingreifen (Rn. 122 des o.g. Urteils). Der Gesetzgeber, so das Gericht, sei nicht gehalten, mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit der Betreiber von Gaststätten Ausnahmen von einem Rauchverbot für Gaststättenbetriebe in Gebäuden und vollständig geschlossenen Räumen zuzulassen. Er könne sich vielmehr für ein Konzept des Nichtraucherschutzes entscheiden, das einer möglichst großen Reichweite und Effizienz des Schutzes vor den Gefahren des Passivrauchens Priorität gibt. „Werden nämlich Ausnahmen vom Rauchverbot in Gaststätten, insbesondere für Raucherräume oder die Zeltgastronomie

**Dr. Jürgen Brand**  
**Rechtsanwalt**

zugelassen, so bedeutet dies einen teilweisen Verzicht auf das an sich angestrebte Ziel des Gesundheitsschutzes" (Rn 122).

Das Gericht weist mehrfach darauf hin, dass dem Gesetzgeber ein erheblicher Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zustehe (z.B. Rn. 120), wonach er nicht gehindert sei, dem Gesundheitsschutz gegenüber den dadurch beeinträchtigten Freiheitsrechten, insbesondere der Berufsfreiheit der Gastwirte und der Verhaltensfreiheit der Raucher, den Vorrang einzuräumen und ein striktes Rauchverbot in Gaststätten zu verhängen.

### **III. Der eingeschränkte Nichtraucherchutz**

Aus diesem erheblichen Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers folgt allerdings nach allen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch das Recht des Gesetzgebers, in Bezug auf den jeweiligen Lebensbereich darüber zu entscheiden, ob, mit welchem Schutzniveau und auf welche Weise er Situationen entgegenwirken will, die nach seiner Einschätzung zu Schäden führen können.

Das bedeutet, dass der Gesetzgeber bei seiner Wahl für ein Schutzkonzept auch Interessen berücksichtigen darf, die gegenläufig zu dem von ihm verfolgten Gemeinwohlziel (hier: die Gesundheit) sind und so eine Lösung durch Zuordnungsabwägung der kollidierenden Rechtsgüter (Gesundheitsschutz auf der einen Seite, Berufsfreiheit und Verhaltensfreiheit der Wirte und Raucher auf der anderen Seite) entwickeln kann. Insoweit bleibt es dem Gesetzgeber überlassen, ein Schutzkonzept aufzustellen und normativ umzusetzen.

Der Gesetzgeber kann für den Schutz vor Gefährdung durch Passivrauchen demnach eine Konzeption wählen, bei der den Belangen der Gaststättenbetreiber und Raucher stärkeres Gewicht beigegeben wird und mit Rücksicht hierauf das Ziel des Gesundheitsschutzes relativiert und damit teilweise zurückgenommen wird.

Das Bundesverfassungsgericht weist allerdings sehr deutlich darauf hin, dass die Wahl eines solchen Konzeptes, das den Freiheitsrechten der Gaststättenbetreiber und Raucher mehr Raum gewährt, nicht ohne Folgen für die Prüfung weiterer Fälle sein wird. Denn mit der Entscheidung des Gesetzgebers über das Konzept des nur eingeschränkten Nichtraucherchutzes würden die Vor- und Nachteile für die jeweils betroffenen Rechtsgüter unterschiedlich gegenüber dem strikten Nichtraucherchutz abgewogen. Wenn der Gesetzgeber beim Nichtraucherchutz praktisch bedeutsame Ausnahmen zulässt (z.B. vom Bundesverfassungsgericht erwähnte Ausnahmen vom Rauchverbot

**Dr. Jürgen Brand**  
**Rechtsanwalt**

für Zeltwirtschaften, die Außengastronomie sowie das Reisegewerbe) und auf diese Weise das Ziel des Gesundheitsschutzes nur mit verminderter Intensität verfolgt (Rn. 131), ist er an diese Wertung auch bei der Zulassung von weiteren Ausnahmen gebunden. Der Gesetzgeber darf nämlich identischen Gefährdungen in demselben Gesetz kein unterschiedliches Gewicht beimessen, wenn er sich für eine bestimmte Gefährdungseinschätzung entschieden hat.

Da in den vom Bundesverfassungsgericht entschiedenen Fällen der Gesetzgeber erhebliche Ausnahmen vom strikten Rauchverbot zugelassen hatte, hielt das Gericht beispielsweise ein Rauchverbot für die Betreiber kleinerer Einraumgaststätten und das Verbot der Einrichtung von Raucherräumen in Diskotheken für unverhältnismäßig und nicht gerechtfertigt. Hier fehle es für die Ungleichbehandlung an hinreichenden Gründen.

**IV. Ergebnis**

1. Der vorliegende Entwurf der Landesregierung schlägt den Weg zu einem strikten Nichtraucher-schutz ein. Diese Regelung ist verfassungsrechtlich unbedenklich.
2. Unbedenklich wäre auch die Einräumung weiterer Ausnahmen vom Nichtraucherschutz.
3. In diesem Fall besteht allerdings die vom Verfassungsgericht sehr deutlich aufgezeigte Gefahr, dass wegen des damit dokumentierten Willens, den Gesundheitsschutz und damit den Nichtraucherschutz nur mit geringerer Intensität zu verfolgen, immer mehr Felder aufgrund des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Gleichheitsgebotes des Art. 3 Grundgesetz aus dem Nichtraucherschutz herausfallen und er deswegen nur noch sehr eingeschränkt bestehen bleiben wird. Die Zulassung von Ausnahmen wird sich, entscheidet sich der Gesetzgeber für eine solche Konzeption, nicht auf die dann vom Gesetzgeber ausdrücklich formulierten Tatbestände beschränken, sondern auch auf gleichgelagerte Fälle, an die gegenwärtig noch nicht gedacht ist, ausgedehnt werden müssen.

Hagen, d. 19. September 2012

gez. Dr. Jürgen Brand