

Präsident des BVerfG a. D. Professor Dr. h. c. Ernst Benda, Karlsruhe

Zwischenruf

Nun rauchen die Köpfe

Jetzt darf auch im BVerfG nicht mehr geraucht werden. Das Verbot gilt ja für alle Einrichtungen des Bundes, und es würde dem Gleichheitsprinzip widersprechen, wollte man dem obersten Gericht eine Ausnahme einräumen. Aber muss es so weit gehen, dass sogar für die Arbeitszimmer der Richter und ihrer Mitarbeiter, wo sie ganz für sich allein sind, das Rauchverbot gilt? Wie soll man, wenn man Raucher ist (dies ist unter den heute tätigen Verfassungsrichtern vielleicht eine Minderheit, aber wohl keine so ganz kleine), noch einen klaren Gedanken fassen? Wer sich in langjähriger Berufstätigkeit daran gewöhnt hat, die Akten mit Unterstützung einer Pfeife oder einer Zigarre zu erschließen, mag es als wenig fair empfinden, wenn ihm der Gebrauch solcher Hilfsmittel nun ohne Not untersagt wird. Ob ich meine – lange zurückliegenden – zwölf Jahre im Karlsruher Schlossbezirk in solcher Abstinenz gut überstanden hätte, weiß ich nicht. Aber die heute herrschende Meinung verachtet solche Erkenntnisse der Schwäche.

Vielleicht werden wir bald erleben, dass Verfassungsrichter, ein Aktenbündel aufgeschlagen oder unter dem Arm, vor ihrem Amtsgebäude stehen oder im Park spazieren gehen. Wir kennen das von vielen Büros oder Läden, deren Mitarbeiter einen Teil ihrer Arbeitszeit rauchend vor den Türen verbringen. Im nassen Herbst oder im kalten Winter ist das kein angenehmer Arbeitsplatz. Wenn man sich dabei noch Notizen machen will, wird es schwierig.

Unter den Neuengängen, die vielleicht auf diese Weise studiert werden, befindet sich auch eine von dem Hotel- und Gaststättenverband angekündigte, inzwischen möglicherweise eingereichte Verfassungsbeschwerde gegen das baden-württembergische Nichtrauchererschutzgesetz, das das Rauchen in Gaststätten fast ohne Ausnahme verbietet. Die Gastwirte befürchten oder behaupten schon eingetretene massive Umsatzeinbußen, die ihre wirtschaftliche Existenz bedrohen (so z. B. in *Boulevard aktuell*, Karlsruhe, v. 23. 9. 2007, S. 2). Der Gesetzgeber hätte – so wird argumentiert – sein Ziel, die Nichtraucher zu schützen, in gleicher, aber schonender Weise mit dem „Spanischen Modell“ erreichen können. Dieses bedeutet, dass den Gastwirten die Wahlfreiheit eingeräumt wird, entweder eine Nichtraucher- oder eine Raucher-gaststätte einzurichten. So würden die feindlichen Brüder voneinander getrennt, und jeder Gast könnte sich frei entscheiden, ob er ohne oder mit Rauch speisen will. Das ist immerhin eine schonendere Methode, den Konflikt zu lösen. Sie vermeidet auch den nach den inzwischen in mehreren Bundesländern verabschiedeten Nichtraucherergesetzen entstandenen Eindruck, der Staat wolle seine Bürger in einem

Teilbereich ihrer persönlichen Lebensgestaltung erziehen oder bevormunden.

Die Verfassungsbeschwerde wirft die Frage auf, welche Beschränkungen der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) geeignet und erforderlich sind, um das auch von dem beschwerdeführenden Verband nicht bestrittene Ziel des Nichtraucherschutzes zu erreichen. Anders wäre es, wenn ein Raucher mit der Begründung Verfassungsbeschwerde erheben würde, es sei unangemessen, seinem Wunsch entgegenzutreten, nach einem guten Essen eine Zigarette, Pfeife oder Zigarre zu rauchen. Dies wäre eher eine Frage nach der zulässigen Beschränkung des Grundrechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG). Eine solche Problemstellung rückte in die Nähe des „Reitens im Walde“ (BVerfG, NJW 1989, 2525). In einer abweichenden Meinung hat damals *Dieter Grimm* vor einer „Banalisierung der Grundrechte“ gewarnt (BVerfG, NJW 1989, 2525), die entsünde, wenn vergleichsweise geringfügige Eingriffe des Gesetzgebers in Teilbereiche der persönlichen Lebensgestaltung dem vollen Ernst einer Grundrechtsprüfung unterzogen würden, so wie es damals die Senatsmehrheit aktivistisch mit dem Reitverbot machte. Freilich gehört es auch zur je individuellen Entfaltung der Persönlichkeit, selbst und ohne staatliche Bevormundung darüber zu entscheiden, was einem wichtig ist. Andere Bereiche, zu denen das BVerfG sich zu äußern hatte, waren etwa das Verbot des Taubenfütterns (NJW 1980, 2572) oder – schon gewichtiger – die den Motorradfahrern auferlegte Pflicht, einen Schutzhelm zu tragen (NJW 1982, 1276). An die Beratung der zuletzt genannten Sache erinnere ich mich gut; ein Beschwerdeführer hatte argumentiert, er brauche das „Gefühl von Freiheit und Abenteuer“, das ein Schutzhelm behindere. Dies kommentierte ich mit der Bemerkung, durch die Beratung im Senat werde mein Bedarf nach Freiheit und Abenteuer ausreichend befriedigt.

Übrigens haben wir damals – das war in den siebziger- und achtziger Jahren – bei den Beratungen im Senat noch geraucht, und niemand wäre auf den Gedanken gekommen, einem Richter das Rauchen in seinem eigenen Arbeitszimmer zu verbieten, in dem es niemanden sonst stört. Die Mehrheit des Senats bestand aus Rauchern, und die Nichtraucher tolerierten ihre Gewohnheiten; falls sie sich gestört fühlten, haben sie dies nicht gesagt. Eine Ausnahme erlebte ich, als sich ein neben mir sitzender Kollege über den starken Qualm beklagte, den ich mit meiner Pfeife erzeugte, was mich zu der Bemerkung veranlasste, dies sei mein Mittel, um ihn (er war recht temperamentvoll) ruhig zu stellen. Fühlte sich jemand wirklich belästigt, etwa wegen einer Erkältung, so nahmen

die Raucher darauf Rücksicht. Natürlich glaubten – und glauben – die noch lebenden Altrichter, dass ihre so zustande gekommene Rechtsprechung besser war als die heutige (oder sagen wir: noch besser).

Aber über die Verfassungsbeschwerde der Gastwirte müssen nicht die früheren, sondern die heute amtierenden Richter entscheiden, mit rauchenden Köpfen, aber nicht-rauchend. Wie können sie das tun, ohne ihre eigene Einstellung zum Rauchen mit einzubringen? Einer Befangenheit unverdächtig sind die Nichtraucher, die keine besonders engagierte Einstellung zu dem Problem haben und für die es auch nicht schwierig oder belastend ist, ein Zimmer mit einem Raucher zu teilen. Probleme haben die Raucher unter den Richtern. Möglicherweise sind sie über die auch sie bevormundenden Regelungen nicht glücklich. Sie mögen in der Verfassungsbeschwerde sogar eine Chance sehen, zu der größeren Freizügigkeit der Vergangenheit zurückzukehren. Umgekehrt könnten diejenigen ihrer Kollegen, die zu der heute die Diskussion beherrschenden Gruppe der intensiv ablehnenden oder gar militanten Nichtraucher gehören, mit dem Vor-Urteil in die Beratung gehen, jede Regelung sei zu unterstützen, die dem lästigen Rauchen entgegentritt. Dass Rauchen gesundheitsgefährdend ist, hat der *Zweite Senat* schon vor einiger Zeit bei der Entscheidung über die Zulässigkeit von Warnhinweisen auf den Tabakpackungen als „allgemein bekannt“ festgestellt (BVerfG, NJW 1997, 2871).

Ich stelle mir vor: Vor dem Richter liegt die Verfassungsbeschwerde der Gastwirte, und er ist dabei, sich eine Meinung zu bilden. Er schaut sehnsüchtig nach draußen, will sich eine Pfeife oder eine Zigarette anzünden, weil das, wie er glaubt, das Nachdenken erleichtert, aber es regnet in Strömen – kein Wetter, bei dem man einen Hund vor die Tür jagt, und erst recht nicht einen Richter. Das Mittagessen, das vor einer Stunde eingenommen wurde, war ganz in Ordnung, aber da dürfte man ja auch nicht mehr rauchen. Das Casino des Verfassungsgerichts gibt es schon seit vielen Jahren nicht mehr, und man muss zum Essen in die Stadt gehen. Der Wirt der Gaststätte, zu der man geht, gehört zu den Beschwerdeführern, und wenn er Erfolg hat und als mögliche Konsequenz das „Spanische Modell“ eingeführt wird, also ihm die Entscheidung überlassen wird, ob er eine Nichtraucher- oder eine Rauchergaststätte einrichten will, könnte er sich für seine alten Stammgäste entscheiden, die in ihrer Mehrheit Raucher sind. So wirkt sich das Ergebnis eines juristischen Streits unmittelbar auf meine persönliche Lebensführung aus – bin ich nun befangen oder nicht? Und wenn ja, wie steht es um den Kollegen, der, wie ich weiß, schon immer das Rauchen missbilligt und als eine persönliche Belästigung empfunden hat, der er schon gar nicht bei den Mahlzeiten ausgesetzt sein will? Auch sein Interesse an dem Ausgang der Sache ist nicht akademisch oder abstrakt. Es kann je nach Ergebnis persönli-

che Auswirkungen auf diejenigen haben, die die Entscheidung treffen müssen. Unbefangen sind nur diejenigen Richter, die sich persönlich weder Pro noch Contra besonders engagiert fühlen. Wenn es bei der Prüfung einer möglichen Befangenheit eines Senatsmitgliedes darum geht, „bereits den bösen Schein einer möglicherweise fehlenden Unvoreingenommenheit zu vermeiden“ (BVerfG, NJW 2003, 3404), dann sollte man sich schon einige durchaus ernsthaft Gedanken machen. Kame es zu dem Ergebnis, dass ein oder gar mehrere Senatsmitglieder mit Erfolg abgelehnt würden oder sich selbst für befangen erklärten, so käme es zu dem Losverfahren nach § 19 IV BVerfGG – und der oder die Mitglieder des anderen *Senats*, die die freigewordenen Plätze einzunehmen hätten, sähen sich der gleichen Fragestellung ausgesetzt.

Aber was soll man denn nun machen, wenn ein großer Teil der Richter sich so oder so als befangen bezeichnen müsste? Vor mehr als 150 Jahren hat man die Frage im Wege der Revolution geklärt: Wie *me*. in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung* berichtete, spielte das seit 1810 durch den Polizeipräsidenten in Berlin verhängte Rauchverbot in der Öffentlichkeit bei dem Märzaufruf des Jahres 1848 eine wichtige, wenn nicht sogar die entscheidende Rolle. Die „*Neue Preussische Kreuzzeitung*“ hatte geschrieben: „Die Cigarre ist das Scepter der Ungeniertheit. Mit der Cigarre im Munde sagt und wagt ein junges Individuum ganz andere Dinge, als es ohne Cigarre sagen und wagen würde“. Und *Friedrich Wilhelm III.* erließ 1832 die Order, dass, da auch das „nicht feuergefährliche Tabakrauchen zur Belästigung des Publicums“ gereichen könne, dieses für bestimmte Plätze und Straßen, ja für den ganzen Bezirk eines Ortes bei einer Strafe von 10 Silbergroschen bis 1 Thaler von den örtlichen Polizeibehörden verboten werden dürfe.

Aber dann kam die Revolution, in der es auch um das Rauchverbot ging. Am 19. 3. 1848 trat der Sprecher des Königs vor die vor dem Berliner Schloss versammelte Menge, um mitzuteilen, dass alle Forderungen bewilligt seien. „Wirklich alles“, habe das Volk gefragt. „Ja, alles, meine Herren!“ – „Ooch det Roochen?“ – „Ja, auch das Rauchen.“ – „Ooch im Diergarten?“ – „Ja, auch im Tiergarten darf geraucht werden, meine Herren.“ – „Na, denn können wir ja zu Hause jehn.“ In den folgenden Tagen ließ man die Zigaretten und Pfeifen auf den Straßen und im Tiergarten nicht mehr ausgehen“ (FAZ v. 19. 3. 1998, S. 12).

Das wäre auch heute eine Möglichkeit, den Konflikt zu entscheiden. Aber so weit muss es wohl nicht kommen. Zunächst einmal wird sich das BVerfG damit befassen, und auf den Ausgang kann man gespannt sein. Gewiss werden dabei die Köpfe rauchen. Beratung und Entscheidung werden in rauchfreier Atmosphäre stattfinden, aber das Ergebnis ist offen. ■