



Title	NICHTRAUCHERSCHUTZ IN DEUTSCHLAND UND IN JAPAN
Author(s)	Takahashi, Akio
Citation	Osaka University Law Review. 1991, 38, p. 43-58
Version Type	VoR
URL	<a href="https://hdl.handle.net/11094/9135">https://hdl.handle.net/11094/9135</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# NICHTRAUCHERSCHUTZ IN DEUTSCHLAND UND IN JAPAN

Von Wiss. Assistent *Akio Takahashi, Osaka\** \*\*

Die 80er Jahre kennzeichnen die Triumphzeit der Nichtraucherbewegung sowohl in Deutschland als auch in Japan.<sup>1)</sup> In beiden Staaten kann man in diesem Zeitraum die auffallende Erweiterung des Nichtrauerschutzes durch legislative und exekutive Regelungen, Rechtsprechung und Rechtstheorie beobachten. Der Schutz der Nichtraucher vor der Gefahr des sogenannten passiven Rauchens ist schon 1979 eine gemeinsame Aufgabe der modernen Staaten geworden, als die WHO die Gefahr durch Passivrauchen weltweit erklärte.<sup>2)</sup> Das Ziel dieses Beitrages liegt darin, durch den Vergleich der Regulierungen der Interessen zwischen Raucher und Nichtraucher in beiden Staaten eine Eigenart des Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft in Japan herauszuarbeiten.

## I. Deutschland

### 1. Allgemeines

Die rechtliche Kontroverse um die Gefahr durch das Passivrauchen hat im wesentlichen in der Mitte der 70er Jahre mit zwei gerichtlichen Entscheidungen begonnen. In beiden Entscheidungen<sup>3)</sup> wurde den Nichtraucher ein Anspruch auf Rauchverbot bei Fortbildungsveranstaltungen bzw. in den Hörsälen zugestanden. Der

---

\* Der Verfasser, wiss. Assistent am Lehrstuhl für Verwaltungsrecht der Universität Osaka, studierte als DAAD-Stipendiat am Institut für Politik und Öffentliches Recht der Universität München vom Oktober 1989 bis zum September 1990.

\*\* Der Verfasser dankt besonders Herrn Associate Prof. Dr. Axel Schwarz an der juristischen Fakultät der staatlichen Universität Kobe für seine Überarbeitung der deutschen Fassung dieses Aufsatzes.

1) Jahn, R., (Nicht-) Raucherschutz als Grundrechtsproblem, DÖV 1989, 850; Isayama, Y., Zum Recht auf Nichtrauchen, Hoshakaiigaku (Rechtssoziologie) Nr.39, 1986, 36.

2) Das Expertenkomitee der WHO für Regelung des Rauchens hat 1979 allen Staaten außerdem empfohlen, daß die Regierungen die Raucher auf die besondere Gefahr durch Rauchen an bestimmten Arbeitsplätzen aufmerksam machen und gegebenenfalls notwendige Maßnahmen einschließlich gesetzlicher Regelungen treffen. Abgedruckt in: Ministerium für Gesundheitswesen (Japan), Rauchen und Gesundheit, 1988, 336.

3) VG Schleswig, Urt.v.20.9.1974, NJW 1975, 275. OVG Berlin, Beschl.v.18.4.1975, NJW 1975, 2261.

gerichtliche Schutz der Nichtraucher wegen des damals auch medizinisch umstrittenen<sup>4)</sup> Passivrauchens hat die juristische Diskussion entfacht, die wesentlich von der Rechtsprechung beeinflußt ist. Für die Betrachtung des Nichtraucherschutzes in Deutschland ist deshalb eine eingehende Analyse der Rechtsprechung notwendig, deren Verständnis durch einen vorherigen Überblick über den Diskussionsstand in der Literatur erleichtert wird.

## 2. Literatur

Das erste juristische Problem ist die Möglichkeit eines grundrechtlichen Schutzes des Nichtrauchers. In einem Fachgespräch über Passivrauchen am Arbeitsplatz im Jahr 1977 fand die Meinung von Merten fast einhellige Zustimmung, daß ein Schutz des Nichtrauchers nur aus Art.2 Abs.2 GG abzuleiten sei, daß aber die Interessenabgrenzung zwischen Raucher und Nichtraucher –abgesehen von den Sonderregelungen für Krankenhäuser, Kindergärten, Badenanstalten usw.– nicht einer staatlichen Reglementierung, sondern einer verständnisvollen Rücksichtnahme beider Gruppen aufeinander überlassen werden müsse.<sup>5)</sup> Diese Meinung gründet in der Erkenntnis, daß die Gefährdung der Nichtraucher durch die Raucher medizinisch und rechtlich noch nicht nachzuweisen sei.<sup>6)</sup> Entgegen einer Mindermeinung<sup>7)</sup> erschien es auch grundrechtsdogmatisch schwierig, in der Gefährdung durch Private (Raucher) eine Verletzung des Grundrechts der Nichtraucher durch den Staat zu sehen.<sup>8)</sup> Der damals maßgebliche verfassungsrechtliche Aufsatz von Scholz<sup>9)</sup> sieht den grundrechtlichen Schutz des Nichtrauchers schlechthin als Gewährung einer staatlichen Sozialleistung, die prinzipiell nicht durch richterliche Entscheidung erzwungen werden könne.

Diese Lage hat sich in den 80er Jahren bis zu einem gewissen Grade verändert. Die Einsicht in die Gefahr des Passivrauchens gewinnt mehr und mehr am Boden.<sup>10)</sup>

4) Während Schivelbein, H. (NJW 1975, 2262) die generelle Schädlichkeit des Rauches auf den Nichtraucher verneint, vertritt Schmidt, F. (NJW 1976, 358) die Meinung, daß das Rauchen in geschlossenen Räumen Gesundheitsgefahren auch für den Nichtraucher birgt.

5) So der Bericht von Ule, C.H., Passivrauchen am Arbeitsplatz, DVBl. 1977, 488.

6) Kaiser, J.H., Sozialauffassung, Lebenserfahrung und Sachverstand in der Rechtsfindung, NJW 1975, 2237; ders., Raucher- und Nichtraucher-Kontroversen in der Verwaltung, DÖV 1978, 755(757).

7) Wischnath, A., Gesundheitsschutz durch Rauchverbot, BayVBl. 1976, 10.

8) Vgl. Loschelder, W., Staatliche Regelungsbefugnis und Toleranz im Immissionsschutz zwischen Privaten – Die „Passivraucher“-Kontroverse in der öffentlichen Verwaltung –, ZBR 1977, 337 (341).

9) Scholz, R., Nichtraucher contra Raucher, Jus 1976, 232 (234ff.). Vgl. auch Thiele, W., Schutz des Nichtrauchers vor dem „Passiv-Rauchen“?, GewArch 1980, 249; Loschelder (FN 8), 341.

10) Jahn (FN 1), 851f.

Auch verstärkt rechtsdogmatisch der vom BVerfG geäußerte Gedanke einer grundrechtlichen Schutzpflicht<sup>11)</sup> die vorher nur vereinzelt vertretene Meinung, daß sowohl der Nichtraucher als auch der Raucher gleiche Entfaltungsrechte haben, weil niemand ein Recht auf Verletzung der Rechte anderer hat.<sup>12)</sup> Danach kann nicht nur die Begrenzung des Rechts des Rauchers auf Rauchen<sup>13)</sup>, sondern auch die Nichtgewährung staatlichen Schutzes des Nichtraucher vor dem Raucher als Auferlegen der Duldungspflicht<sup>14)</sup> oder ungenügende Leistung<sup>15)</sup> grundrechtswidrig sein. Dennoch bleibt der Stärkungseffekt der Schutzpflicht für den Nichtraucher auf der verfassungsrechtlichen Ebene noch im Prinzipiellen verhaftet. Die Möglichkeit, daß der Nichtraucher vor dem Verfassungsgericht das Recht auf gesetzliche Regelung geltend macht, verringert im Ergebnis die Abwägungskompetenz des Gesetzgebers.<sup>16)</sup>

Der wesentliche Stärkungseffekt der Schutzpflicht für den Nichtraucherschutz ist deshalb mehr auf der einfachgesetzlichen Ebene, und insbesondere in richterlichen Entscheidungen zu finden. Die Schutzpflicht hinsichtlich der verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter ermöglicht zusammen mit dem Gedanken des Wertsystems die Wechselwirkung zwischen Grundrechten und Schutzgesetzen im Einzelfall.<sup>17)</sup> In diesem Zusammenhang sind von Bedeutung die Interessenabwägungen bei der Beurteilung der Fürsorgepflicht im öffentlichen Dienstrecht und der polizeirechtlichen Schutzpflicht. Zwar verneint die Mehrheit der Literatur der 70er Jahre noch diese

11) BVerfGE 39, 1 (41) und ständigen Rechtsprechung: BVerfGE 46, 160 (164); BVerfGE 49, 24 (53); BVerfGE, 49, 89 (140); BVerfGE 49, 304 (320); BVerfGE 53, 30 (57); BVerfGE 56, 54 (73); BVerfG, Beschl. v. 14.9.1983, NJW 1983, 2931; BVerfG, Beschl. v. 28.7.1987, NJW 1987, 2287; BVerfG, Beschl. v. 29.10.1987, EuGRZ 1987, 565.

12) Suhr, D., Die Freiheit vom staatlichen Eingriff als Freiheit zum privaten Eingriff?, JZ 1980, 166 (173); Schwabe, J. Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, 216.

13) Treutlein, G.C., Raucher im öffentlichen Dienst- Störenfriede oder Rechthaber?, ZBR 1977, 143 (144); Thiele (FN 9), 250.

14) Schwabe (FN 12), 211ff.; Murswiek, D., Die Staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, 89ff. und ders. WiV 1986, 179 (182f.).

15) Isensee, J., Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, 21; Alexy, R., Theorie der Grundrechte, 1985, 402ff.; Hermes, G., Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, 95.

16) Vgl. BVerfGE 56, 54 (81); BVerfG, NJW 1983, 2931 (2932); BVerfG, NJW 1987, 2287. Vgl. auch BayVerfG, Entscheidung v. 30.4.1987, BayVBI. 1988, 108 (110). Diese Situation entspricht der Aussage Hermes', daß das Dreieck-Verhältnis wegen der rechtsstaatlichen Prärogative der störenden Dritten eine Asymmetrie zeige. Vgl. Hermes (FN 15), 204ff. Vgl. auch Jarass, AÖR 110 (1985), 363 (384); Alexy (FN 15), 424ff.; Isensee (FN 15), 47.

17) Jahn (FN 1), 853; Loschelder (FN 8), 344ff.; Thiele(FN 9), 251ff. Allgemein zur Schutzpflicht vgl. Isensee (FN 15), 53; Gallwas, H.-U., Grundrechte, 1985, 70.

18) Zur polizeirechtlichen Störung: Martens, W., in: Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr 9.Aufl., 1986, 226; Götz, V., Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht 9. Aufl., 1988, 72; Scholz (Fn 9), 233; Kaiser (FN

Pflichten für den Nichtraucher allgemein.<sup>18)</sup> Aber schon damals werden Stimmen laut, die eine solche Pflicht bei der Gefährdung durch Passivrauchen bejahren.<sup>19)</sup> Übereinstimmend mit dieser Mindermeinung gewähren die Gerichte unter gewissen Voraussetzungen den Nichtraucher einen Schutz, indem sie die Schutzbedürftigkeit des Nichtrauchers von Fall zu Fall beurteilen. Sie setzen sich dadurch der Kritik der Literatur<sup>20)</sup> aus, obwohl es gerade diese Rechtsprechung ist, die die Schutzfunktion der grundrechtlichen Schutzpflicht für den Nichtraucher seit den 70er Jahren wesentlich weiterentwickelt hat.

### 3. Rechtsprechung

Die ersten beiden Entscheidungen, die einen Anspruch des Nichtrauchers anerkennen, sind schon anfangs erwähnt. In beiden Fällen stellt die grundrechtliche Wertentscheidung (Art. 2 I und II) zugunsten des Nichtrauchers die Begründung dar, mit der das behördliche Ermessen eng ausgelegt werden mußte.<sup>21)</sup> Andere Gerichte folgen diesem Beispiel in den ähnlich gelagerten Fällen öffentlicher Anstalten (Rauchverbot für die Sitzungen des Gemeindepalamentes<sup>22)</sup> sowie für die Ratssitzungen<sup>23)</sup>). Eigentümlich für die späteren Entscheidungen ist es, daß sie sich sowohl auf die vorangegangenen Entscheidungen als auch auf die inzwischen fortgeschrittene medizinische Erkenntnis der gesundheitsschädlichen Wirkung des Passivrauchens stützen.<sup>24)</sup> Abgesehen von grundsätzlichen Bedenken gegen die polizeirechtliche Störerverantwortung des Rauchers<sup>25)</sup> ist das Problem bei der Nutzungsregelung öffentlicher Anstalten relativ einfach. Denn beide Seite, Raucher wie Nichtraucher,

---

6), NJW 1975, 2237; Thiele (FN 9), 251. Zur Fürsorgepflicht: Rauscher, Ministerialerlassen zwischen Recht und Regeln des Taks -Zur Problematik von „Rauchererlassen“ im öffentlichen Dienst, ZBR 1977, 146 (148f.); Thiele (FN 9), 251; Treutlin (FN 13), 144.

19) Vgl. Fucks, D., Das betriebliche Rauchverbot, BB 1977, 299 (230).

20) Scholz (FN 9), 237; Kaiser (FN 6), 2238.

21) Der einzige Unterschied zwischen den beiden Entscheidungen besteht darin, daß das Urteil des VG Schleswig die Verletzung des Grundrechts des Nichtrauchers im Unterlassen eines Rauchverbots erblickt, während das OVG Berlin sich der Schutz-Konstruktion annähert. Vgl. VG Schleswig, NJW 1975, 275; OVG Berlin, NJW 1975, 2261. zum Unterschied zwischen Abwehr- und Schutz-Konstruktion vgl. Lübbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988.

22) VG Würzburg, Beschl. v.12.12.1979, NJW 1981, 243 (Antrag auf einstweilige Anordnung).

23) VG Stade, Urt. v.21.1.1988, NJW 1988, 790.

24) Ebenso im Jahr 1975 bestätigt der BayVerwGH einen in erster Instanz erfolgreichen Antrag auf Rauchverbot bei der Abhaltung des schriftlichen Teils der juristischen Staatsprüfungen im Wege der einstweiligen Anordnung mit der Begründung, daß eine besonders weitgehende Gleichbehandlung in der Prüfung erforderlich sei. Diese Entscheidung berücksichtigt keine andere Entscheidung.

25) Vgl. oben FN 18.

hätten in der Regel keinen großen Vor- oder Nachteil, wenn das Recht des Rauchers niedriger als das (gegebenenfalls körperliche) Recht des Nichtrauchers geschätzt, oder aber mit dem Rauchverbot eine Grenze zwischen beiden Rechtskreisen zugunsten des Nichtrauchers gezogen wird.

Gravierendere Probleme wirft die Interessenregelung in öffentlichen und privaten Diensten auf, weil am Arbeitsplatz Raucher und Nichtraucher gegebenenfalls nebeneinander für lange Zeit sitzen müssen, mit einem einfachen Rauchverbot der Raucher seinerseits belastet würde. Die Gerichte bemühen sich, eine für beide zumutbare Lösung zu finden. Ein erster Lösungsansatz solcher Art bietet der Beschuß des VG Bremen vom 28. Juni 1976.<sup>26)</sup> Dort wurde ein Antrag auf Rauchverbot am Arbeitsplatz mit 50% rauchenden Arbeitsnehmern behandelt. Das Gericht vertritt die Auffassung, daß der Nichtraucher aufgrund der Fürsorgepflicht des Dienstherrn einen Anspruch auf Schutz vor Belästigung durch Rauchen habe. Wegen der schlechten Lüftungsverhältnisse wurde das Ermessen darauf reduziert, daß nur das Rauchverbot eine zulässige Ermessensausübung sei, aber mit dem Vorbehalt, daß für die Zeit mit geringerer Besetzung auf das Rauchverbot zu verzichten sei.<sup>27)</sup> Dieser Zeitlösung zugunsten des Nichtrauchers konnten andere Gerichte nicht ohne weiteres folgen. In den späteren Fällen gemeinsamer Arbeitsplätze wie Konstruktionsbüro<sup>28)</sup> oder Bahnpostwagen<sup>29)</sup> wurden die Klagen auf Rauchverbot abgewiesen mit der Begründung, daß das Rauchverbot nicht die einzige mögliche Ausgleichsweise sei. Diese Entscheidungen beruhen aber noch auf die Annahme, daß die Schädlichkeit des Passivrauchens medizinisch umstritten sei.<sup>30)</sup> Dieses Patt durchbricht schließlich der Fall eines Großraumbüros. Auf diesen Fall ist etwas näher einzugehen:

Im Jahr 1978 hat das VG Köln den Anspruch eines in einem Großraumbüro zusammen mit etwa 40 Kollegen arbeitenden nichtrauchenden Beamten auf Erlaß des

26) ZBR 1976, 290. Nach einer früheren strafrechtlichen Entscheidung stellt die Aufforderung durch den nichtrauchenden Taxifahrer an den Fahrgäste, entweder nicht zu rauchen oder aber auszusteigen, keine Verletzung der Beförderungspflicht dar. Vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 26.6.1974, NJW 1974, 2014.

27) ZBR 1976, 290(290f.). Diese Entscheidung erging in einem Verfahren der einstweiligen Anordnung.

28) LAG B.-W. (Mannheim), Urt. v. 9.12.1977, DB 1978, 213. Dieser Fall endete mit einem Vergleich vor dem BAG im Januar 1980. Der Senat hatte wegen der Besonderheit der Arbeitsweise (Zusammenarbeit in einem Team) als vernünftigen Ausgleich rauchfreie Arbeitsbereiche, regelmäßige Belüftung und rauchfreie Arbeitspausen vorgeschlagen. Vgl. DB 1980, 264.

29) VG Freiburg, Urt. v. 18.5.1978, NJW 1978, 2352.

30) Vgl. DB 1978, 213; NJW 1978, 2352.

31) VG Köln, Urt. v. 10.5.1978, NJW 1978, 2354. Das Gericht hat insbesondere die schwere körperliche Belästigung des Klägers durch Tabakrauch (Migräneleiden) sowie die Situation berücksichtigt, daß diese Belästigung in einem Großraumbüro nur mit einem Rauchverbot beseitigt werden konnte.

Rauchverbots anerkannt.<sup>31)</sup> Die Berufungsinstanz (OVG Münster) dagegen hat diesen Anspruch verneint.<sup>32)</sup> Das OVG begründet sein Urteil damit, daß der Anspruch auf Erlaß des Rauchverbotes aufgrund der Fürsorgepflicht hinsichtlich der Belästigung durch Passivrauchen grundsätzlich nicht geltend gemacht werden könne, weil der Gegenstand der Fürsorgepflicht nicht etwa die Gewährleistung eines größtmöglichen (subjektiven) Wohlbefindens des Beamten durch Abwehr jeglicher Belästigung sei. Der Beamte hatte eine zwischenzeitlich als Lösung vom Dienstherrn (Stadtamt) angebotene Umsetzung auf einen anderen Dienstposten abgelehnt und hartnäckig an seinem Arbeitsplatz tabakfreie Atemluft begehrte. Das OVG Münster war der Auffassung, daß der Dienstherr die Fürsorgepflicht dadurch rechtfehlerfrei wahrnehmen könne, daß er dem Beamten einen Dienstpostenwechsel anbiete.<sup>33)</sup> Schließlich hat in der Revision das BVerwG diese Entscheidung aufgehoben und die Sache an das OVG zurückverwiesen.<sup>34)</sup> In seiner Begründung betont das BVerwG, daß Rechte anderer rauchender Beschäftigter und ein Umsetzungsangebot dem Anspruch auf Schutz aufgrund der Fürsorgepflicht insoweit nicht entgegenstehen könnten, als es ernst mögliche Gesundheitsbeeinträchtigungen geben sollte.

Diese und danach wiederholte Entscheidungen der höchsten Instanz<sup>35)</sup> zur Fürsorgepflicht für den Nichtraucher bieten einen Maßstab für die unteren Instanzen, durch den sie die Gesundheitseinflüsse durch Passivrauchen ernst nehmen müssen. So hat das OVG Münster<sup>36)</sup> einen Anspruch einer Lehrerin auf Rauchverbot im Lehrerzimmer anerkannt. Entscheidend für diese Beurteilung ist es, daß es neben dem oben behandelten Urteil vom BVerwG einen diesem entsprechenden Runderlaß des Ministers für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes NRW zum Nichtraucherschutz gibt,<sup>37)</sup> und insoweit das Ermessen den Richtlinien des Erlasses entsprechend ausgeübt werden müsse. Man kann in dieser Situation erwarten, daß auch in Zukunft der

32) OVG Münster, Urt. v. 22.5.1980, NJW 1981, 244.

33) OVG Münster, Beschl. v. 3.2.1982, NJW 1983, 1627. Der Kläger hält die Umsetzung für unzumutbar, weil damit seiner Auffassung nach ein sozialer Abstieg verbunden wäre, und er sich seiner vermeintlichen Beförderungschancen begeben würde.

34) BVerwG, Urt. v. 13.9.1984, NJW 1985, 876.

35) Vgl. BVerwG, Urt. v. 26.11.1987, NJW 1988, 783. Nach Erlass des oben ausgeführten Urteils vom 13.9.1984 setzte die Beklagte den Kläger nach dessen Anhörung und erfolgter Zustimmung des Personalrats auf ein anderes Amt um, wo er ein Einzelarbeitszimmer erhielt. Das BVerwG wiederum führt an, daß das Verlangen eines Beamten nach Schutz vor Gesundheitsbeeinträchtigung grundsätzlich nicht als sachlicher Anlaß angesehen werden könne, ihn gegen seinen Willen in ein anderes Arbeitsgebiet umzusetzen, wenn ein gesundheitlich durchschnittlich veranlagter Beschäftigter in seiner Gesundheit beeinträchtigt oder ernst gefährdet würde, d.h. die ernstliche Möglichkeit seiner Gesundheitsbeeinträchtigung nicht ausgeräumt werden könne.

36) OVG Münster, Urt. v. 30.4.1987, NJW 1987, 2952.

37) Vgl. NVwZ 1986, 732. Dieser Erlass ist unten noch zu behandeln.

Nichtraucherschutz auf dem dienstrechtlichen Feld durch gerichtliche Entscheidungen weiter erweitert wird.<sup>38)</sup>

Diese Tendenz beeinflußt auch die gerichtlichen Entscheidungen in anderen Bereichen.<sup>39)</sup> Schon sind Vorzeichen dafür auszumachen, daß die Gerichte den Nichtraucher nicht nur schützen, sondern darüber hinaus auch den Raucher keinen Schutz mehr gewähren. So wurden abgewiesen die Klagen der Raucher, daß das Rauchverbot auf den Bahnsteig der Berliner U-Bahn<sup>40)</sup>, in einer Kureinrichtung<sup>41)</sup> oder bei der ersten juristischen Staatsprüfung<sup>42)</sup> verfassungswidrig sei. Diese Entscheidungen werden vor allem damit begründet, daß den Rechten der Nichtraucher tendenziell in der Rechtsprechung höheren Rang eingeräumt werde als der Erfüllung des Raucherwunsches nach Rauchgenuss.

#### 4. Öffentliche Regelungen

Neben dem gerichtlichen Schutz erzielt das Rauchverbot durch Gesetze und Verwaltungsvorschriften eine besondere Schlagkraft für einen effektiven Nichtraucherschutz. Da hier aber keine umfassende Bestandaufnahme erfolgen kann, sollen nur einige Beispiele genannt werden.<sup>43)</sup> Schon früher gab es eine Reihe von Gesetzen und Verordnungen, die in bestimmten Fällen das Rauchen reglementierten. Diese Regelungen verfolgten jedoch nicht einen besonderen Nichtraucherschutz, sondern hauptsächlich andere Zwecke, wie z.B. Feuerschutz, öffentliche Hygiene usw. Eine Pionierrolle für den Nichtraucherschutz als solchen haben drei Verordnungen gespielt, nämlich die Verordnung über den Betrieb von Kraftunternehmen im Per-

---

38) So hat z.B. das LAG München nach einer Meldung der Süddeutschen Zeitung vom 5.3.1990 eine einstweilige Verfügung erlassen, nach der ein auf Erlaß des Rauchverbots klagender Angestellter bis zum Abschluß des Hauptsacheverfahrens an dem bisherigen Arbeitsplatz täglich nur vier Stunden bei Weiterbezahlung des vollen Gehalts arbeiten muß.

39) Im Urteil v. 22.1.1981 hat das AG Köln einen Schmerzensgeldanspruch eines Nichtrauchers (Bronchialasthmatiker) mit gebuchtem Platz im Nichtraucherbereich gegen die Fluggesellschaft wegen Nichteinschreiten des Bordpersonals gegen das starke Rauchen im Nichtraucherbereich aufgrund der Fürsorgepflicht anerkannt. Vgl. DB 1981, 1404. Noch im Jahr 1977 gab es ein Urteil, nach dem die Gesundheitsschädlichkeit des passiven Rauchens in dem Nichtraucher-Abteilung der S-Bahn nicht mit letzter Sicherheit nachgewiesen und durchaus umstritten sei. Vgl. LG Berlin, Urt.v.7.6.1977, NJW 1978, 2343. Dieser Fall gehört aber auch damals zur Ausnahme, da der Nichtraucher direkt von dem Raucher Zahlung eines Schmerzensgeldes verlangte.

40) BGH, Urt. v. 4.12.1980, NJW 1981, 569.

41) LSG Schleswig-Holstein, Urt. v. 4.2.1987, NJW 1987, 2958.

42) BVerwG, Beschl. v. 6.5.1988, NJW 1988, 2813.

43) Vgl. näher Jahn (FN 1), 854 und die dort aufgeführte Literatur.

44) BGB1.I, 1513, §60 (Fahrdienst) Abs.4: Fahrdienstetnen ist während der Beförderung von Fahrgästen das Rauchen verboten. (S.1)

sonenverkehr (BOKraft) vom 21. Juni 1975<sup>44)</sup>, die Verordnung über den Bau und Betrieb der Straßenbahnen (BOStrab) vom 31. August 1965<sup>45)</sup> und die Verordnung über Arbeitsstätten (ArbStättV) vom 20. März 1975<sup>46)</sup>. Maßgeblich für den Nichtraucherschutz in Diensträumen in der späteren Zeit ist der oben bereits erwähnte Runderlaß in Nordrhein-Westfalen.<sup>47)</sup> Dieser Erlass, der die konkrete Grundsätze für den Nichtraucherschutz aufstellt, bezweckt aufgrund der Ergebnisse neuerer Untersuchungen zu den Gesundheitsgefahren des Tabakrauchs in geschlossenen Räumen, die Behördenleiter besonders auf die Schutzbedürftigkeit der Nichtraucher hinzuweisen, sowie auf die Notwendigkeit einer Erfüllung ihrer Fürsorgepflicht gem. §86 NRWBG und §618 I BGB gegenüber Passivrauchern aufmerksam zu machen.<sup>48)</sup>

Da sich der Nichtraucherschutz in Deutschland in der dargestellten Weise durch Rechtsprechung und öffentliche Regelungen mit Sicherheit noch erweitern wird, mag es allmählich Zeit sein, daß die verfassungsrechtlichen Grenzen des Rauchverbots zu überdenken. Diese Problematik würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit sprengen. An dieser Stelle soll nur belegt werden, daß in der Literatur immer wieder der Grundsatz, wenn auch in verschiedenen Akzentuierungen, wiederholt wird, nämlich daß Rechte beider Seiten (Raucher wie Nichtraucher) verfassungsrechtlich geschützt werden können und müssen.<sup>49)</sup>

## II. Japan

### 1. Allgemeines

Die Herkunft des Nichtraucherschutzes in Japan ist in den bürgerlichen Bewegun-

45) BGBI.I, 1573. §8 (Verhalten im Fahrdienst) Abs.3: Dem im Fahrdienst eingesetzten Betriebspersonal ist untersagt, während der Beförderung von Fahrgästen zu rauchen (Nr.2), Personen zu befördern, die eine Gefahr für die Sicherheit und Ordnung des Betriebs oder für andere Fahrgäste darstellen (Nr.5); §14 (Verhalten der Fahrgäste) Abs.2 Nr.8: Den Fahrgästen ist insbesondere untersagt, in Fahrzeugen des Obusverkehrs, des Linienverkehrs mit Kraftfahrzeugen, in den gekennzeichneten Nichtraucherzonen von Kraftomnibussen des Gelegenheitsverkehrs sowie in den als „Nichtraucher“ gekennzeichneten Fahrzeugen des Taxenverkehrs zu rauchen; §24 (Nichtraucherzonen): In den im Gelegenheitsverkehr eingesetzten Kraftomnibussen kann der Innenraum in Zonen für Raucher und Nichtraucher unterteilt werden (S.1).

46) BGBI.I, 729. §32 (Nichtraucherschutz): In Pausen-, Bereitschafts- und Liegeräumen hat der Arbeitgeber dafür Sorge zu tragen, daß geeignete Maßnahmen zum Schutz der Nichtraucher vor Belästigung durch Tabakrauch getroffen werden.

47) NVwZ 1986, 732.

48) a.a.O.

49) Vgl. Loschelder (FN 8), 345ff.; Scholz (FN 9), 234; Suhr (FN 12), 173ff.; Jahn (FN 1), 854.

gen der zweiten Hälfte der 70er Jahre zu suchen. Im Jahr 1978 wurde ein Verein zur Förderung des Rechts auf Nichtrauchen (Ken-en-ken) gegründet.<sup>50)</sup> Der Begriff des Rechts auf Nichtrauchen breitete sich schnell in der ganzen Gesellschaft aus, begleitet von der Erhebung einer Klage im Jahr 1980. Man kann den Nichtraucherschutz in Japan nicht erklären, ohne diesen Prozeß um das Recht auf Nichtrauchen darzustellen. Die rechtliche Kontroverse um den Nichtraucherschutz wurde ausschließlich durch diesen Prozeß und die genannte Bewegung veranlaßt und geprägt. Im folgenden werden zunächst die Kontroverse um die Herausbildung des Rechtsbegriffs „Recht auf Nichtrauchen“ und danach der Prozeß behandelt.

## 2. Das Recht auf Nichtrauchen

Der zentrale Inhalt dieses Rechts ist im Sinne seiner Befürworter ein Appell an die Gesellschaft, das Rauchen an bestimmten öffentlichen Orten, wie Krankenhäusern, Zügen und Bahnsteigen des öffentlichen Verkehrs, Erziehungsanstalten, sonstigen öffentlichen Anstalten und Arbeitsplätze, einzustellen oder einzuschränken.<sup>51)</sup> Dieser Begriff umfaßt fast alle Entfaltungsmöglichkeiten und hat darum gleichzeitig keine klaren rechtlichen Umrisse, weil er sozusagen als gesellschaftliches Recht der Bewegung dienen sollte. Mit anderen Worten ist es nicht alleiniger Zweck dieser Bewegung, das Recht auf Nichtrauchen im Klagewege durchzusetzen. Der Hauptzweck ist vielmehr, mit der Behauptung dieses Rechts die Einstellung der Gesellschaft zum Passivrauchen zu verändern und die tatsächlichen Regelungen zu erweitern.<sup>52)</sup> Diese Begriffsbestimmung solle einen taktischen Vorteil für die Bewegung haben, indem der Raucher nicht als Kontrahent, sondern als Partner gemeinsam die gesellschaftlich negativen Folgen des Rauchens angehen könne.<sup>53)</sup>

Eine erste negative Kritik dieses Begriffs wurde von Fukuda vorgelegt.<sup>54)</sup> Seine Kritik hat zwei Richtungen, nämlich eine rechtsdogmatische und eine rechtspolitische. Rechtsdogmatisch hat das Recht auf Nichtrauchen seiner Meinung nach nicht die erforderlichen Eigenschaften eines Rechts, weil ein Recht eigentlich eine positive

50) Isayama, Y., Gedanken vom Recht auf Nichtrauchen, 8.unveränderte Aufl. 1989, 49ff. Das Ken-en-ken bedeutet wörtlich „das Recht auf Abwehr gegen Rauchen.“

51) Isayama (FN 50), 49ff.; ders. (FN 1), 37.

52) Isayama, Diskussionsbeitrag, in: Forschungsverein Justice in Action (JA), Zum Prozeß um das Recht auf Nichtrauchen, Jurist Nr.745, 1981, 56 (61).

53) Isayama, Y., Der Grundgedanke und die Aktivität des Rechts auf Nichtrauchen, Hogaku-Seminar, Nr.7/1980, 36 (39f.). Auch der Raucher, der ohne genaue Kenntnis über die schlechten Folgen des Rauchens bereits seit seiner Jugendzeit raucht, sei ein Geschädigter auf der ersten Ebene, der seinerseits den Nichtraucher als Geschädigter auf der zweiten Ebene schädige.

54) Fukuda, T., Die Beseitigung des Denkens wie des Rechts auf Nichtrauchen, Chuo-Kohron, Nr.9/1978, 66.

Handlungsfreiheit darstelle und nicht etwa zu einer negativen Abwehr gegen Belästigung erweitert werden solle.<sup>55)</sup> Rechtspolitisch sei es gefährlich, wenn ein moralisch zu lösendes Problem durch das Recht oder das Gesellschaftssystem geregelt werde, weil in einem sich immer erweiternden Abwehrsystem gegen Schäden letztlich keine Freiheit verbliebe.<sup>56)</sup>

Gegen diese polemische Kritik richten sich die Widersprüche aus der juristischen Literatur. In dieser Auseinandersetzung gewinnt das Recht auf Nichtrauchen auch seinen juristischen Charakter. Zur rechtsdogmatischen Kritik ist darauf hinzuweisen, daß ein Recht wie der eigentümrechtliche Störungsbeseitigungsanspruch durchaus einen positiven Inhalt haben kann.<sup>57)</sup> Auch die Furcht vor der total geregelten Gesellschaft sehen viele Autoren als zu weitgehend an, weil der Raucher keinesfalls ein Recht haben könne, Rechte anderer, nämlich der Nichtraucher, zu schädigen, so daß das Recht auf Nichtrauchen nur eine immanente Schranke des Rechts des Rauchers verwirkliche.<sup>58)</sup> In diesem Argument findet die Mehrheitsmeinung zugleich die Begründung des Rechts auf Nichtrauchen. Zwar wird auch das soziale Recht auf Gesundheit (Art. 25 JV) zitiert<sup>59)</sup>, doch ist das Recht auf Nichtrauchen aber –wie das Recht auf Rauchen– wesentlich als liberales Recht zu begreifen.<sup>60)</sup>

Diese Charakterisierung des Rechts auf Nichtrauchen als individualistisches Recht in der frühen Literatur widerspricht aber der eigentlichen Begriffsbestimmung des

55) Fukuda (FN 54), 67.

56) Fukuda (FN 54), 70. Nach ihm entsteht auch ein Konflikt zwischen der eigenen japanischen Moral und dem eigentlich fremden abendländischen Recht und Gesellschaftssystem (72).

57) Abe, Y., Recht auf Rauchen, Recht auf Nichtrauchen und Regelungen des Tadaks, Jurist Nr. 724, 1980, 40 (47f.); Kobayashi, N., Rechtstheorie um Rauchen und Kultur, Jurist-Gesamtbeilage Nr.20 (Die japanische Volkskultur), 1980, 67(73).

58) Kobayashi (FN 57), 70; Abe (Fn 57), 45; ders., Herausbildung und Entwicklung des Rechts, Rechtsssoziologie Nr.39, 1987, 17(22). Nach Isayama (FN 50) ignoriert die Behauptung Fukudas, daß der Konflikt zwischen Raucher und Nichtraucher nur durch die Moral gelöst werden solle, den niedrigen Stand der japanischen Moral beim Rauchen (79ff.). Vgl. auch Wakida, S., Meine persönliche Meinung über das Recht auf Nichtrauchen, Festschrift für den 5.Jahrgang der Jura-Doktoranten-Zeitschrift der Universität Kyoto, 1978, 98.

59) Vgl. Isayama (FN 1), 38. Art.25 Abs.1 der Japanischen Verfassung lautet: Alle Bürger haben das Recht auf ein Mindestmaß eines gesunden und kultivierten Lebens. (Übersetzt von The International Society for Educational Information, Inc., Tokyo).

60) Kobayashi (FN 57), 70; Abe (FN 57), 45ff.; Isayama (FN 1), 38. In Art.13 gewährleistet die Japanische Verfassung nach der herrschenden Meinung ein umfassendes Freiheitsrecht, wenn auch sein Rechtscharakter verschieden eingeschätzt wird. Vgl. Sato, K., Verfassungsrecht, 1985, 310ff.; Ito, M., Verfassungsrecht, 1987, 224ff; Mori, H., Das umfassende Grundrecht, in: (hrsg.v. Asibe, N.) Grundprobleme des Verfassungsrechts, 1988, 186. Art. 13 lautet: Alle Bürger werden als Einzelperson geachtet. Ihr Recht auf Leben, Freiheit und ihr Streben nach Glück ist, soweit es nicht dem öffentlichen Wohl entgegensteht, bei der Gesetzgebung und in anderen Regierungsangelegenheiten, in höchstem Maße zu erwägen.

Rechts in der Nichtraucherbewegung. Denn das Recht soll, wie oben dargestellt, in der Bewegung nicht als egoistisches Recht des einzelnen, sondern als friedlicher Appell an die Gesellschaft Sympathie in dieser erwecken. In diesem Sinn wird die Meinung vertreten, die Begriffsbestimmung in der Bewegung passe zum japanischen Nationalgefühl.<sup>61)</sup> Dieser Widerspruch zwischen Literatur und Bewegung offenbart sich gerade in dem bereits erwähnten Prozeß um das Recht auf Nichtrauchen. Die Schuld für diesen Widerspruch ist der Literatur zuzuschreiben, die inzwischen die weitere Rechtsfolgen des Rechts auf Nichtrauchen nicht mehr verfolgt.

Hinzutreten auch medizinische Bedenken. Die Japanische Monopolgesellschaft, die damals als öffentliche Gesellschaft das Monopol für Tabak und Salz hatte<sup>62)</sup>, ließ 1980 ein Flugblatt verteilen, dessen Titel „Q & A über Tabak und Gesundheit“ lautet. Darin wird die Meinung vertreten, daß ein Zusammenhang zwischen Lungenkrebs und Tabakrauchen wissenschaftlich nicht erwiesen sei.<sup>63)</sup> Der Verein zur Förderung des Rechts auf Nichtrauchen hat zwar den Kartellsenat aufgefordert, gegen diese offensichtlich irreführende Angaben der Monopolgesellschaft bestimmte Maßnahmen zu ergreifen. Doch endete diese Forderung letztlich erfolglos, indem der Kartellsenat dem Verein mitteilte, daß er diesen Fall nicht behandle, weil die Möglichkeit einer Gesundheitsschädigung durch Rauchen vom Minister für das Gesundheitswesen entschieden werden solle.<sup>64)</sup>

### 3. Der Prozeß um das Recht auf Nichtrauchen

Den ersten Prozeß, in dem das Recht auf Nichtrauchen diskutiert wurde, erhebt der Verein zur Förderung des Rechts auf Nichtrauchen im Jahr 1980. Einige seiner Mitglieder klagten gegen die Japan National Railways (JNR) mit dem Begehr, mehr als die Hälfte der Sitzplätze in den von der JNR verwalteten Personenzügen in solche

---

61) Isayama (FN 50), 51.

62) Die Japanische Monopolgesellschaft wurde 1984 privatisiert und in eine Aktiengesellschaft umgewandelt, die Japan Tabaco Industries Co. heißt und noch das innerstaatliche Monopol für Herstellung und Verkauf von Tabak und Salz hat.

63) Isayama (FN 50), 171ff.; Hrsg. v. Japan Tabaco Industries Co., Die Geschichte des Monopols für Tabak, Bd. VI/2, 1989, 1154ff.

64) Isayama (FN 50), 176. Nach Art.45 Kartellgesetz (Gesetz über das Verbot des privaten Monopols und die Wahrung des fairen Verkehrs) v.14.4.1947 können alle Bürger diese Art von Forderung an den Senat stellen (Abs.1), der sofort dem Bürger mitteilen muß, ob er für diesen Fall eine Maßnahme trifft oder nicht (Abs.3).

65) Isayama (FN 50), 103ff. Außerdem forderten die Kläger von der JNR Zahlung eines Schadenersatzes für das Passivrauchen in den Zügen, vom Staat Zahlung eines Schadenersatzes wegen des Nichteinschreitens gegen die JNR, und von der Monopolgesellschaft Zahlung eines Schadenersatzes wegen der Versäumung der Pflicht, Informationen über die schädlichen Folgen durch Rauchen zu veröffentlichen.

für Nichtraucher zu verändern<sup>65)</sup>. Einer der Kläger fuhr täglich mit dem Züge der JNR, die anderen jedenfalls nicht täglich<sup>66)</sup>. Die Klage wurde damit begründet, daß die persönlichen Rechte (Leben, körperliche Unversehrtheit, Gesundheit, geistige Verfassung und menschenwürdiges Leben) durch Versäumnis der Pflicht der JNR nach §21 der Verordnung über die Bahnbeförderung und nach §34 des Gesetzes über den Betrieb der Eisenbahn<sup>67)</sup>, das Persönlichkeitsrecht der Fahrgäste vor dem Schaden durch Passivrauchen zu schützen, beeinträchtigt würden<sup>68)</sup>. Der wesentliche Streitpunkt lag –ähnlich wie in der Rechtsprechung in Deutschland– darin, ob die Fürsorgepflicht den Schutz vor dem Schaden oder der Belästigung durch Passivrauchen umfasse. Im Urteil vom 27. März 1987 hat das LG Tokyo dies verneint, mit der Begründung, daß die Benutzung von Sitzplätzen für Nichtraucher durch die Einführung besonderes Wagen dafür durch die JNR bis zum Abschluß der Verhandlungen schon möglich geworden sei, und daß die möglicherweise verbleibende Belästigung der Fahrgäste durch Passivrauchen unter Berücksichtigung der gesellschaftlichen Toleranz gegenüber dem Rauchen und der Gestaltungsfreiheit der JNR für die Beförderungsformen noch zumutbar sei<sup>69)</sup>.

Dieses Urteil hat der Klägervertreter als wesentlichen Gewinn gewürdigt, wenn auch die Klage abgewiesen worden war. Denn die Klage hatte ihren Zweck, die außerhalb des Prozesses erfolgte Einführung der Wagen für Nichtraucher, erreicht<sup>70)71)</sup>. Andererseits befürchtet die Literatur, daß dieses negative Urteil die künftige Anerkennung des Rechts auf Nichtrauchen in der Rechtsprechung erschwert habe<sup>71a)</sup>. Dieser

66) Isayama (FN 50), 105.

67) §21 der Verordnung über die Bahnbeförderung verbietet den Fahrgästen, eine öffentlich-gesundheitlich schädliche Handlung (Nr.2) und eine andere Fahrgäste gefährdende Handlung (Nr.4) vorzunehmen. §34 des Gesetzes über den Betrieb der Eisenbahn vom 16.3.1900 verbietet den Fahrgästen, in den Rauchverbotszonen der Bahnsteige, der Betriebsgebäude oder der Wagen zu rauchen.

68) Isayama (FN 50), 112.

69) LG Tokyo, Urt. v. 27.3.1987, The Hanreijoho Nr. 1226, 1987, 33(52ff.). Alle andere Ansprüche (vgl. FN 65) wurden ebenso abgewiesen.

70) Isayama, Die Praxis des Prozesses um das Recht auf Nichtrauchen und die bürgerliche Bewegung, Hanrei-Times Nr. 644, 1987, 58 (62); Hozumi, T., Diskussionsbeitrag, in: Symposium über das Urteil über das Recht auf Nichtrauchen, Jurist Nr.891, 1987, 82 (98).

71) Zum Zeitpunkt der Klageerhebung hatten nur die Züge des Shinkansen (Super Express „Kodama“ der JNR besondere Plätze für Nichtraucher. Nach der Klageerhebung (1980) vergrößerte die JNR die Anzahl der Züge mit Nichtraucherplätzen allmählich, und zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (1987) gab es in fast allen Fernschnellzügen eigens für Nichtraucher reservierte Plätze.

71a) Ebashi, T., Ist das Recht auf Nichtrauchen anerkannt worden?, Hogaku-Kyoshitsu Nr. 83, 1987, 18 (21f.); ders., Das Recht auf Nichtrauchen und das Rauchverbot innerhalb den Züge, (hrsg.v. Ashibe, N./Takahashi, K.) Die Ausgewählte Rechtsprechung des Verfassungsrechts I, 2. Aufl. 1988, 40f.

Unterschied in der Würdigung bringt die beiden verschiedenen Auffassungen über das Recht auf Nichtrauchen zum Ausdruck, nämlich zum einen die taktische und zum anderen die theoretische.

Die Vertreter des Vereins zur Förderung des Rechts auf Nichtrauchen hatten diese Klage gerade gegen die JNR erhoben, weil sich das damals größte Interesse der Nichtraucher auf die Einführung der Nichtraucherplätze in den Zügen richtete<sup>72)</sup>, und deshalb die Klage gegen die JNR die Aufmerksamkeit und die Sympathien in der Öffentlichkeit hervorrief<sup>73)</sup>. Andererseits ist der Schaden der nichtrauchenden Fahrgäste durch Passivrauchen allgemein und schwach. Deshalb ist schon zum Zeitpunkt der Klageerhebung von einem Wissenschaftler darauf hingewiesen worden, daß die Klage eines Nichtrauchers mit akutem Schaden auf Rauchverbot etwa am Arbeitsplatz jedenfalls theoretisch gesehen aussichtsreich sei<sup>74)</sup>. Diese Alternative haben die Vertreter des Vereins absichtlich nicht gewählt, weil eine Klage gegen Rauchen am Arbeitsplatz die dortige persönliche Verhältnisse verschlechtert hätte, was wiederum einen möglichen Minuseffekt für die Bewegung der Nichtraucher bedingt hätte<sup>75)</sup>.

Diese gegenüber deutschen Verhältnissen unterschiedliche Auffassung über die Funktion des Prozesses oder des Rechts ist für den Nichtraucherschutz in Japan bemerkenswert. Einerseits ist es eine kluge Taktik für die Bewegung und das Recht der Nichtraucher, nicht gegen Raucher, sondern gegen die JNR als Vertreter der öffentlichen Hand eine Klage zu erheben. Denn dadurch bricht das Spannungsverhältnis nicht in das einzelne alltägliche persönliche Verhältnis ein, vielmehr vergesellschaftet sich der Streit zwischen Raucher und Nichtraucher in der öffentlichen Ebene<sup>76)</sup>. Aus dieser Sicht ist der Prozeß als typisch-moderner Prozeß<sup>77)</sup>

72) Vgl. Die Geschichte des Monopols für Tabak (FN 63), 1154.

73) Isayama (FN 70), 58.

74) Tanase, T., Diskussionsbeitrag, in: Zum Prozeß um das Recht auf Nichtrauchen (FN 52), 74.

75) Asano, S., Diskussionsbeitrag, in: Zum Prozeß um das Recht auf Nichtrauchen (FN 52), 74. Nach seiner Darstellung (Rechtsanwalt) gab es einen Mandanten, der Klage auf Ersatz für den Schaden durch Passivrauchen am Arbeitsplatz gegen rauchende Kollegen erheben wollte.

76) Shindo, K., Diskussionsbeitrag, in: Zum Prozeß um das Recht auf Nichtrauchen (FN 52), 76; ders., Der moderne Prozeß und seine Rolle, Kihon-Hogaku Bd. VIII (Streit), 1983, 305 (314). Er würdigt die Klageerhebung als typisch-japanische Taktik, die die Antipathie in der Öffentlichkeit gegen das Eindringen des Rechts ins alltäglichen Leben vermeidet.

77) Als moderne Prozesse bezeichnet man diejenigen Prozesse, deren Kläger nicht Einzelne, sondern bürgerliche Gruppe sind, deren Streitgegenstand einen unbestimmten Charakter haben, in denen die Abwehr gegen zukünftige Eingriffe verlangt wird, und bei denen es um die staatliche oder öffentliche Politik handelt. Vgl. Ohsawa, H., Der Prozeß um das Recht auf Nichtrauchen, Kommentare der wichtigen Rechtsprechung im Jahr 1987, Jurist Nr. 910, 1988, 8 (10). Vgl. auch Hirai, Y., Ein Ausblick der modernen Theorie von der unerlaubten Handlungen, 1980, 73ff.

schon darum erfolgreich, weil sich die Nichtraucherzonen auf öffentlichen Plätzen nach der Klageerhebung zuverlässig erweitern<sup>78)</sup>. Im Gegensatz zu dieser „politik-gestaltenden“ Funktion der Klage bleibt die rechtliche Reichweite dieses Prozesses mager. Da das Recht auf Nichtrauchen in der Klage nicht wegen des akuten Schaden zitiert wird, ist das Recht nunmehr, trotz der liberalen Auffassungstendenz in der frühen Literatur, wie das Recht auf gesunde Umwelt nicht als rechtlich durchsetzbares Recht des einzelnen, sondern nur als neu gestaltendes abstraktes kollektives Recht verstanden worden<sup>79)</sup>. Das Urteil des Prozesses bestätigt indirekt diese Auffassung des Rechts auf Nichtrauchen. Die in diesem Zusammenhang geäußerte Befürchtung eines Verfassungsrechtlers über die zukünftige Aussicht des Rechts auf Nichtrauchen<sup>80)</sup> mag begründet sein.

Der Prozeß um das Recht auf Nichtrauchen wirft noch ein anderes Problem auf, nämlich, ob es bei der Regelung des Konflikts zwischen Raucher und Nichtraucher überhaupt einen Raum für Rechtsschutz geben kann. Zwar besteht für den Obersten Gerichtshof (OGH) die Möglichkeit, das Recht auf Rauchen aus Art. 13 JV herzuleiten. Aber das Gericht hat bisher in keinem Fall einen Anspruch aufgrund des Rechts auf Rauchen zuerkannt, weil das Rauchverbot selbst nicht gesundheitsschädlich sei, auch wenn der Raucher seinesfalls dadurch deutliche Schmerzen empfinden könnte<sup>81)</sup>. Nach dem Prozeß um das Recht auf Nichtrauchen besteht damit jedoch die Gefahr, daß die Gerichte das Problem von Rauchen und Passivrauchen nicht mehr ernst genug nehmen. Dann würde die Lösung des Problems vollständig der öffentlichen Regelungen überlassen.

#### 4. Öffentliche Regelungen

Es gibt noch keine gesetzliche Regel, die hauptsächlich den Nichtraucherschutz beweckt. Aber einige Gesetze beinhalten Regelungen, die durch ein Rauchverbot zu anderen Zwecken indirekt die Nichtraucher schützen und so allmählich als Nebeneffekt den Nichtraucherschutz verstärken. Zum Beispiel straft das Gesetz über den Betrieb

78) Yamada, T., Der Prozeß um das Recht auf Nichtrauchen, *Jurist* Nr.900, Ausgewählte Rechtssache, 1988, 262; Ito, M., Die Bestimmtheit des Anspruchs gegen die JNR auf Einführung des Wagens für Nichtraucher, *Hanrei-jiho* Nr. 1260, 1988, 184 (186).

79) Awaji, Über die Entstehung des neuen Rechts, *Rechtssoziologie* Nr.38, 1986, 8 (16); Ohsawa (FN 77), 10.  
80) Vgl. FN 72.

81) OGH, Urt. v.16.9.1970, OGHEZ (Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs in Zivilsache) 24-10, 1410. In diesem einzig bekannt gewordenen Fall hat das Gericht die Behauptung zurückgewiesen, daß das Rauchverbot für Gefangene ihr Recht auf Rauchen aus Art.13 JV verletzt. Die Gefängnisverordnung verbietet in §96 dem Gefangenen das Trinken von Alkohol und Rauchen.

der Eisenbahn in §34 zur Katastrophenverhütung diejenigen, die trotz entsprechender Anweisung durch das Betriebspersonal in den Rauchverbotszonen oder den Rauchverbotswagen rauchten<sup>82)</sup>. Interessant ist auch, daß nach der Klageerhebung des Vereins der Nichtraucher die Zahl der Bahnunternehmen wesentlich gestiegen ist, die in den Bahnhöfen ganztags oder in der Stoßzeit Rauchen verbieten, und die Nichtraucherplätze in den Zügen vermehren<sup>83)</sup>. Auch das Feuerwehrgesetz dient in diesem Sinne den Nichtraucherschutz, indem die Gemeinden in Ausführung dieses Gesetzes in öffentlichen Räume wie Kinos, unterirdischen Ladenstraßen oder Hochhäusern Rauchen verbieten<sup>84)</sup>.

Das Ministerium für Gesundheitswesen hat bereits zwei Mitteilungen über den Nichtraucherschutz in den Krankenhäusern herausgegeben. Mit der ersten im Jahr 1978 hat es angeordnet, in den Wartezimmern der staatlichen Kranken- und Kurhäuser in der Regel Rauch zu verbieten<sup>85)</sup>. Nachdem die WHO das Jahr 1980 zum Jahr des Rauchverbots erklärte, hat das Ministerium nunmehr allen medizinischen Einrichtung empfohlen, notwendige Maßnahmen, wie Rauchverbot in den Wartezimmern, zu treffen<sup>86)</sup>.

Diese Bestandsaufnahme der öffentlichen Regelungen für den Nichtraucherschutz kann man unterschiedlich einschätzen. Hier sind nur einige dieser Würdigungen anzuführen. Von der Seite des Verfassungsrechts her gesehen können die öffentlichen Regelungen als Inhaltsergänzung des Rechts auf Nichtrauchen aufgefaßt werden<sup>87)</sup>, auch wenn dazu noch keine Rechfolgen entwickelt sind. Für die Bewegung der Nichtraucher muß die Regelungslage noch ungenügend sein<sup>88)</sup>, angesichts der Tatsache, daß es keine Regelung der Tabakwerbung in Massenmedien gibt, und die Zahl der Raucher noch steigt.

## Schluß

Die Untersuchung des Nichtraucherschutzes in Deutschland und in Japan zeigt Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei der Regelung eines neu entdeckten Phänomen

82) Diese Regelung wurde in der Klagebegründung des Prozesses um das Recht auf Nichtrauchen vom Vertreter der Kläger zitiert.

83) Yamada (FN 78), 262.

84) Ministerium für Gesundheitswesen (hrsg.), Rauchen und Gesundheit, 1988, 315.

85) Die Mitteilung des Sanitätsbüros an die Direktoren der staatlichen Kranken- und Kurhäuser über die Begrenzung der Rauchplätze vom 28.4.1978, abgedruckt in: Rauchen und Gesundheit (FN 84), 319.

86) Die Mitteilung des Sanitätsbüros an die Gouverneure über die Fürsorge für das Rauchen in den medizinischen Einrichtungen vom 5.4.1984, abgedruckt in: Rauchen und Gesundheit (FN 84), 320.

87) Ohsawa (FN 79), 10.

88) Yamada (FN 78), 263.

mit gesellschaftlicher Dimension in beiden Staaten:

1. Bis zur Mitte der 70er Jahre sollte der Nichtraucherschutz vor Passivrauchen in beiden Staaten überwiegend einer moralischen Lösung überlassen werden.
2. Während sich der gerichtliche Rechtsschutz der Nichtraucher in Deutschland besonders in den einzelnen konkreten Fällen, z.B. am Arbeitsplatz, Schritt für Schritt erweiterte, konnten die japanischen Vertreter der Nichtraucher nur symbolisch und kollektiv die allgemeinen Belästigungen in den Züge gerichtlich angreifen, ohne Erfolg im rechtlichen Sinne.
3. Die Rechtstheorie konnte und kann in Deutschland aus der Vielzahl der Fälle genauere rechtliche Konturen des Rechts der Nichtraucher ableiten. In Japan hingegen ist das Recht der Nichtraucher nur durch einen einzigen Prozeß abstrakt charakterisiert worden.
4. Die öffentliche Regelungen für den Nichtraucherschutz erweitern sich zwar in beiden Staaten, aber auf verschiedenen Gebieten. Es fehlen in Japan die Regelungen des Rauchens am Arbeitsplatz, die in Deutschland Gerichte und Verwaltungsorgane vor große Probleme gestellt haben.
5. Während man in Deutschland gegebenenfalls gerichtlichen Rechtsschutz erwarten kann, so daß moralische und rechtliche Regelung eine Schichtenfolge bilden, muß die tatsächliche Regelung in Japan momentan ohne rechtlichen Zusammenhang und rechtliche Regulierung auskommen.

Es ist nicht die Absicht des Verfassers, aus dieser Skizze unbesehen eine allgemeingültige Aussage über die Eigenart des Verhältnisses zwischen Staat und Gesellschaft in Japan abzuleiten. Aber diese Untersuchung über den Nichtraucherschutz mag doch Grundlage weiterer Forschungen in dieser Richtung sein.