

## **Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht**

Herbst-/Wintersemester 2018/19

### **Arbeitsgemeinschaft 11:**

#### **Berufsfreiheit und Eigentumsfreiheit**

##### **Fall 1: Mündliche Prüfung**

A besteht die Zweite Juristische Staatsprüfung mit „ausreichend“ (6,30 Punkte). Er ist weder mit der Note noch mit dem Verlauf der mündlichen Prüfung einverstanden. Der Prüfer im Fach „Öffentliches Recht“ habe ihn im Vergleich zu seinen beiden Mitprüflingen wesentlich seltener zu Wort kommen lassen. Im Fach „Zivilrecht“ habe er die Beantwortung der gestellten Fragen zu Recht ganz verweigert, weil sie unzulässig gewesen seien. Die Fragen hätten zwar in einem engen Zusammenhang zum Anwaltsberuf und damit zum späteren Berufsleben gestanden. Einzelwissen wurde nicht verlangt, es wurden lediglich Verständnis und Arbeitsmethode festgestellt. Ein durchschnittlicher Prüfling hätte sie beantworten können. Inhaltlich hätten die Fragen aber dennoch nichts mit den durch die Juristenausbildungsordnung als prüfungsrelevant definierten Rechtsmaterien zu tun gehabt. Er sei deshalb zu Unrecht insoweit mit null Punkten bewertet worden. Zur Benotung des Prüfungsabschnitts im Fach „Strafrecht“ sei ihm trotz Nachfrage keine Begründung mitgeteilt worden. A teilt seine Bedenken gegen die mündliche Prüfung dem Landesjustizprüfungsamt mit. Dieses lehnt es aber ab, die Notenvergabe noch einmal zu überdenken.

Sind unmittelbar aus dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) Vorgaben für das Prüfungsverfahren in der Zweiten Juristischen Staatsprüfung ableitbar, die im vorliegenden Fall verletzt wurden?

##### **Fall 2: Rauchverbot**

P betreibt die Gaststätte „Adler“ in der Stadt F im Land L. Die Gaststätte verfügt nur über einen Schankraum, der aufgrund seiner Größe nicht geteilt werden kann. Der Schwerpunkt des Angebots liegt auf den ausgeschenkten Getränken, zusätzlich gibt es wenige kleine, einfach zuzubereitende Gerichte. P hat sich auf die Bewirtung von Vereinsveranstaltungen spezialisiert, die meistens an Wochenenden stattfinden.

Zu den Stammgästen des „Adler“ zählt auch der im Vereinsregister der Stadt eingetragene Raucherclub R, der dort schon seit Jahrzehnten seine sog. Raucherabende veranstaltet. P ist auch selbst Mitglied des Raucherclubs.

Im Juli 2011 tritt ein neues Landesnichtraucherschutzgesetz in Kraft. Dieses verbietet das Rauchen an allen öffentlichen Räumen, wie beispielsweise Gaststätten. Ausnahmen von dem gesetzlichen Rauchverbot sind nicht vorgesehen, auch nicht für „Raucherabende“ wie die des R. Das LNRSchG dient nach der Gesetzesbegründung dem Schutz vor dem sog. Passivrauchen, dessen Gefährlichkeit wissenschaftlich fast unumstritten sei. Mit Bezug auf Raucherabende führt sie aus, dass ein Verbot notwendig sei, da – auch wenn an den Clubabenden keine Nichtraucher in der Gaststätte seien – nach den maßgeblichen Untersuchungen mit einer hohen Wahrscheinlichkeit von einer Schädlichkeit auch noch an darauffolgenden Tagen auszugehen ist. Die Giftstoffe verblieben im Raum, sie könnten auch durch Lüftung nicht beseitigt werden. Lediglich in durch feste Trennwände abgetrennten Nebenräumen könne daher das Rauchen erlaubt werden (§ 7 Abs. 2 LNRSchG). Außerdem handele es sich beim Rauchen erwiesenermaßen um ein schädliches Verhalten, für das keinen Schutz beansprucht werden könne, so dass die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen des LNRSchG nicht in Zweifel zu ziehen sei.

Der R ist empört, da das Rauchen in Mitteleuropa auf eine mehr als 400-jährige Tradition zurückgehe und er selbst bereits seit mehr als 100 Jahren als Raucherclub bestehe. An den Clubabenden keine Nichtraucher in der Gaststätte, es handle sich um eine geschlossene Gesellschaft. Daher sei es ihm egal, ob es Ausweichmöglichkeiten gebe oder nicht. Die Raucherabend im „Adler“ seien seit Jahrzehnten etabliert und daher „Kult“.

R wendet sich an den Rechtsanwalt A mit der Bitte, in einem Rechtsgutachten zu prüfen, inwieweit seine verfassungsmäßigen Rechte nach dem Grundgesetz verletzt sind. A äußert seinem Mandanten gegenüber massive Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des LNRSchG. So habe der Bund in der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) zum Schutz der Beschäftigten bereits ein allgemeines betriebliches Rauchverbot erlassen. Für eine landesrechtliche Regelung sei deshalb kein Raum mehr. Auch seien Grundrechte von Gaststättenpächtern verletzt. So werde insbesondere der P durch das Verbot zur Abhaltung von Raucherabenden in seiner wirtschaftlichen Existenz vernichtet. Hierdurch seien zum einen das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und zum anderen die Berufsfreiheit verletzt.

Zur Vorbereitung eines Schriftsatzes an das zuständige Gericht bittet A die bei ihm aushilfsweise tätige Jurastudentin J um ein umfassendes Rechtsgutachten zu der Frage, inwieweit P durch das LNRSchG in Grundrechten verletzt ist.

Erstatten Sie das Gutachten der J.

*Auszug aus dem **Landesnichtraucherschutzgesetz (LNRSchG) des Landes L***

**§ 1 Zweckbestimmung**

*(1) Dieses Gesetz hat zum Ziel, dass in Schulen sowie bei schulischen Veranstaltungen, in Jugendhäusern, in Tageseinrichtungen für Kinder, in Behörden, Dienststellen und sonstigen Einrichtungen des Landes und der Kommunen sowie in Krankenhäusern, Pflegeeinrichtungen und Gaststätten nicht geraucht wird. Die Regelungen dienen, insbesondere bei Kindern und Jugendlichen, dem Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens.*

*(2) Die nachfolgenden Bestimmungen gelten nicht für Justizvollzugsanstalten.*

**§ 7 Rauchfreiheit in Gaststätten**

*(1) In Gaststätten ist das Rauchen untersagt. Gaststätten im Sinne dieses Gesetzes sind Betriebe, die Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreichen, wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personen zugänglich ist und den Vorschriften des Gaststättengesetzes in der Fassung vom 20. November 1998 (BGBl. I S. 3419) unterliegt. Satz 1 gilt nicht für Bier-, Wein- und Festzelte sowie die Außengastronomie und die im Reisegewerbe betriebenen Gaststätten.*

*(2) Abweichend von Absatz 1 ist das Rauchen in vollständig abgetrennten Nebenräumen zulässig, wenn und soweit diese Räume in deutlich erkennbarer Weise als Raucherräume gekennzeichnet sind und die Belange des Nichtraucherschutzes dadurch nicht beeinträchtigt werden. Satz 1 gilt nicht für Diskotheken.*

*(3) Arbeitsschutzrechtliche Bestimmungen bleiben unberührt.*

**§ 8 Maßnahmen zur Umsetzung des Rauchverbots**

*(1) Die Leitungen der in §§ 2 bis 6 genannten Einrichtungen sind für die Einhaltung des Rauchverbots in den von ihnen geleiteten Einrichtungen verantwortlich. Sie haben auf das Rauchverbot durch deutlich sichtbare Hinweisschilder in jedem Eingangsbereich hinzuweisen. Soweit ihnen Verstöße gegen das Rauchverbot bekannt werden, haben sie die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um weitere Verstöße zu verhindern.*

*(2) Die Pflichten nach Absatz 1 gelten auch für Gaststättenbetreiber für deren jeweilige Gaststätte. Die Regelung zur Kennzeichnung nach § 7 Abs. 2 Satz 1 bleibt davon unberührt.*

**Lesehinweise:****Zur Vorbereitung:**

Zur Berufsfreiheit: *T. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 34. Aufl. 2018, § 21 Rn. 932–1001; BVerfG, Urt. v. 11.6.1958 — Az. 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377–444 (Apothekenurteil); *M. Nolte/C. J. Tams*, Grundfälle zu Art. 12 I GG, JuS 2006, S. 31–34, 130-133 und 218–221.

Zur Eigentumsfreiheit: *T. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte Staatsrecht II, 34. Aufl. 2018, § 21 Rn. 1029–1090; *H. Jochum/W. Durner*, Grundfälle zu Art. 14 GG, JuS 2005, 220–223.

**Zur Vertiefung:**

*H. P. Schneider*, Berufsfreiheit, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 113; *T. Mann/E.M. Worthmann*, Berufsfreiheit (Art. 12 GG) – Strukturen und Problemkonstellationen, JuS 2013, 385-392; *F. Kimms*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Fallbearbeitung, JuS 2001, S. 664–670; *T. Hebel*, 50 Jahre Apotheken-Urteil des Bundesverfassungsgerichts – Was ist geblieben?, JA 2008, S. 413–416.