

Föderale Regelungsbefugnisse für öffentliche Rauchverbote

Priv.-Doz. Dr. Matthias Rossi und wiss. Mitarbeiterin Sophie-Charlotte Lenski, Berlin*

Nachdem in einer Vielzahl der Mitgliedstaaten der EU z.T. umfassende öffentliche Rauchverbote erlassen worden sind, wird auch in Deutschland wieder verstärkt gefordert, das Rauchen in öffentlichen Gebäuden und in Gaststätten gesetzlich zu verbieten. Indes fehlt dem Bund für den Erlass eines umfassenden Rauchverbots die notwendige Regelungsbefugnis, wie der Beitrag auch unter Berücksichtigung der kompetenzverschiebenden Föderalismusreform aufzeigt. Entsprechend ihrer differenzierenden Kompetenzverteilung gebietet die bundesstaatliche Ordnung vielmehr einen differenzierten Blick auf die Zuständigkeiten zum Erlass von gesetzlichen Rauchverboten.

I. Europäische Vorgaben

Der Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers ist in vielen Bereichen durch europäische Vorgaben begrenzt, nicht jedoch im Bereich des Gesundheitsschutzes. Hier ist die Europäische Gemeinschaft gemäß Art. 152 EGV inhaltlich auf die „Ergänzung“ der mitgliedstaatlichen Politiken und instrumentell auf die „Förderung“ deren Zusammenarbeit beschränkt, so dass die Mitgliedstaaten grundsätzlich „Herren der Gesundheitspolitik“ bleiben¹. Nur in den von Art. 152 Abs. 4 lit. a) und b) EGV aufgezählten Bereichen kommt der Europäischen Gemeinschaft überhaupt eine eng umrissene autonome Regelungsbefugnis zu, die den Erlass von Rauchverboten aber nicht umfasst. Und die nach lit. c) dieser Vorschrift zulässigen Fördermaßnahmen zum Schutz und zur Verbesserung der menschlichen Gesundheit dürfen ausdrücklich nicht zur Harmonisierung der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften eingesetzt werden. Dieser besondere Harmonisierungsausschluss darf auch nicht durch die Inanspruchnahme einer anderen Ermächtigungsgrundlage unterlaufen werden, wie der Europäische Rat von Edingburgh in Bezug auf die subsidiäre² Rechtsetzungsbefugnis des Art. 308 EGV betont³ und der EuGH in Bezug auf die allgemeine Harmonisierungsvorschrift des Art. 95 EGV entschieden hat⁴. Unter Beachtung dieses Harmonisierungsverbots bleibt der Rückgriff auf andere Kompetenztitel zum Erlass gesundheitsrelevan-

* Dr. Matthias Rossi ist Privatdozent, Sophie-Charlotte Lenski wiss. Mitarbeiterin an der Humboldt-Universität zu Berlin.

¹ Vgl. Berg, Gesundheitsschutz als Aufgabe der EU, 1997, S. 439; Wichard, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl., Art. 152 Rn. 9;

² Zur Subsidiarität gegenüber speziellen Ermächtigungsgrundlagen Rossi, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. (i.E.), Art. 308 Rn. 60 ff.

³ Vgl. Bulletin der BReg Nr. 140 v. 28.12.1992, 1277, 1281.

⁴ EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8423, Rn. 79 (Deutschland/Rat und Parlament) = NJW 2000, 3701.

ter Maßnahmen freilich zulässig und erwünscht, wie der Charakter des Art. 152 EGV als Querschnittsklausel zu erkennen gibt⁵. Rauchverbote lassen sich auch auf diese Rechtsgrundlagen aber nicht stützen, so dass die Europäische Gemeinschaft insgesamt keine Befugnis hat, das Rauchen in öffentlichen Gebäuden und in Gaststätten zu untersagen. Nur für die gemeinschaftseigenen Gebäude, auch für die in Deutschland befindlichen, könnte die Gemeinschaft kraft ihrer Verwaltungskompetenz ein allgemeines Rauchverbot aussprechen, überlässt dies in der Praxis aber regelmäßig der jeweiligen Hausgewalt.

II. Regelungsbefugnisse des Bundes

Ist die Ausgestaltung des Nichtraucherschutzes somit nicht europarechtlich determiniert, sondern wegen der Maßnahmen anderer Mitgliedstaaten allenfalls europapolitisch indiziert, bleibt es bezüglich der Regelungsbefugnis für ein öffentliches Rauchverbot bei der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung, die in Art. 30, 70 GG die Gesetzgebungsbefugnis grundsätzlich den Ländern und nur bei entsprechender grundgesetzlicher Zuweisung ausnahmsweise dem Bund zuspricht. Entscheidend für die Frage, ob dem Bund eine Gesetzgebungsbefugnis offensteht oder nicht, ist dabei in erster Linie der mit dem jeweiligen Gesetz verfolgte Zweck, der im besten Falle gesetzlich definiert und in jedem Falle durch Auslegung zu ermitteln ist. Rauchverbote dienen bei allen Facetten ihrer Ausgestaltung in erster Linie dem Schutz der Nichtraucher und damit dem Gesundheitsschutz (1). Dieser kann sowohl durch personenbezogene Schutzvorschriften (2) als auch durch raumbezogene Verbotsvorschriften (3) verfolgt werden, wobei sich diese Regelungsbereiche zum Teil überschneiden.

1. Umfassende Gesetzgebungskompetenz

a) Gesundheitsschutz

Eine umfassende Gesetzgebungskompetenz für den Bereich des Gesundheitsschutzes steht dem Bund nicht zu⁶. Eingeschränkte Zuständigkeiten für diesen Bereich besitzt der Bund jedoch im Rahmen seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 und 20 GG.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Schutz vor bestimmten Krankheiten nach Nr. 19 umfasst alternativ Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder ansteckende Krankheiten⁷. Unter gemeingefährlichen Krankheiten werden dabei solche Leiden verstanden, die zu schwe-

⁵ Zum Verhältnis zu anderen Ermächtigungsgrundlagen *Lurger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 152, Rn. 22 ff.

⁶ BVerfGE 102, 26 (37); *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 74 Rn. 70; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2003, Art. 74 Rn. 89; Vgl. zu dieser eingeschränkten Gesetzgebungskompetenz in Hinblick auf ein Präventionsgesetz des Bundes auch den ausdrücklichen Hinweis im letzten Gesetzesentwurf, BT-Drs. 15/4833, S. 24.

⁷ *Rengeling*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR IV, § 100 Rn. 213; *Stettner*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 74 Rn. 89.

rer Gesundheitsbeschädigung oder zum Tode führen können und gleichzeitig auch verbreitet sind⁸. Nach dieser Definition wird Krebs meist als das Hauptbeispiel einer gemeingefährlichen Krankheit i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG benannt⁹.

Vor diesem Hintergrund scheint es zunächst möglich, ein umfassendes Rauchverbot auf diese Kompetenzgrundlage zu stützen, da ein solches Verbot insbesondere Nichtraucher vor den Gesundheitsgefahren des Passivrauchens schützen sollen, die vor allem in einem erhöhten Krebsrisiko liegen¹⁰. Denn von dem Kompetenztitel sind nicht nur Maßnahmen zur Bekämpfung der akuten Krankheit, sondern auch Präventionsmaßnahmen gedeckt¹¹. In diesem Sinne können etwa obligatorische Vorsorgeuntersuchungen auf die Ermächtigung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG gestützt werden¹². Allerdings wird man ein gewisses Unmittelbarkeitserfordernis zwischen der gesetzlichen Maßnahme und der Krankheitsbekämpfung verlangen müssen, um den Kompetenztitel nicht zu überdehnen. In diesem Sinne können Maßnahmen der Sekundär- und Tertiärprävention, bei denen die Krankheit bereits – in unterschiedlichen Stadien – vorhanden ist und lediglich deren Fortschreiten verhindert werden soll, unproblematisch auf diese Kompetenzgrundlage gestützt werden¹³. Bei Maßnahmen der Primärprävention, die schon vor Entstehung einer Krankheit ansetzen und unter die dementsprechend auch Rauchverbote fallen, muss jedoch unterschieden werden zwischen solchen, die – wie etwa Impfungen – konkret und zuverlässig einer bestimmten Krankheit vorbeugen sollen, und solchen, die lediglich generell die Gesundheit fördern und damit bestimmte Krankheitsrisiken minimieren sollen. Zumindest letztere Maßnahmen sind von der Kompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG nicht mehr umfasst, so dass auch ein Rauchverbot nicht auf diese Kompetenzgrundlage gestützt werden kann: Es fehlt an einem unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Regelung und der Verhinderung der Krankheit. Denn das Passivrauchen stellt weder eine notwendige noch eine hinreichende Bedingung für eine Krebserkrankung dar. Es ist vielmehr lediglich als ein risikoe erhöhender Faktor neben anderen, etwa Ernährungsgewohnheiten oder Umweltbedingungen, anzusehen, so dass ein Rauchverbot nur gesundheitsfördernd im allgemeinen Sin-

⁸ *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), GG, Art. 74 Rn. 211; *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), 5. Aufl., 2003, GG, Art. 74 Rn. 90.

⁹ *Degenhart*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 74 Rn. 71; *Rengeling*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HbStR IV, § 100 Rn. 213, unter Hinweis auf JöR n.F. 1 (1951), 539.

¹⁰ So die Argumentation bei *Zuck*, DÖV 1993, 936 (939).

¹¹ Vgl. *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), 5. Aufl., 2003, GG, Art. 74 Rn. 90; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), GG, Art. 74 Rn. 213.

¹² *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), GG, Art. 74 Rn. 211.

¹³ Zu den Begriffen vgl. etwa *Walter/Schwartz*, in: *Schwartz* (Hrsg.), Das Public Health Buch, 2. Aufl. 2003, S. 189 ff. sowie die in § 2 des Entwurf eines Präventionsgesetzes vorgesehene Legaldefinition, BT-Drs. 15/4833, S. 4.

ne wirken kann. Im kompetenzrechtliche Sinne kann ein Rauchverbot deshalb nicht als Maßnahme gegen eine gemeingefährliche Krankheit begriffen werden¹⁴.

Die weitere Regelungskompetenz in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG über den Verkehr mit Arzneien, Heil- und Betäubungsmitteln und Giften ist für den Verkehr mit Tabakwaren schon wegen der spezielleren Regelung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG über den Schutz beim Verkehr mit Genussmitteln nicht einschlägig. Doch selbst bei weitem Verständnis des Begriffs Verkehr eröffnet auch diese Kompetenzgrundlage keine generelle Kompetenz für den Erlass von Rauchverboten¹⁵. Denn Gegenstand der Kompetenzgrundlage ist der Verbraucherschutz, d.h. der konkrete Schutz des Konsumenten eines Produktes, nicht jedoch der Gesundheitsschutz im Allgemeinen. In diesem Sinne bezeichnet „Verkehr“ den aktiven Umgang mit dem konkreten Produkt¹⁶. Der Schutz des Nichtraucher als Nichtverbraucher kann somit nicht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG gestützt werden. Personenspezifische *Raucherschutzvorschriften*, wie sie etwa in § 10 Abs. 1 JuSchG für Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren geregelt sind, können indes auf dieser Kompetenzgrundlage erlassen werden¹⁷.

b) Öffentliche Fürsorge

Ob der Bund umfassende Rauchverbote auf seine konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis zur Regelung der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG stützen könnte, wie dies in der Literatur zum Teil angenommen wird¹⁸, erscheint fraglich. Zwar ist der Begriff der öffentlichen Fürsorge im Sinne dieses Kompetenztitels nach überwiegender Meinung nicht eng auszulegen¹⁹. Jedoch unterliefe es die speziellen gesundheitsrelevanten Kompetenzzuweisungen des Abs. 1 Nr. 19, 19a GG, dehnte man den Begriff der öffentlichen Fürsorge derart aus, dass auch umfassende Maßnahmen der Gesundheitsvor- und -fürsorge auf ihn gestützt werden könnten²⁰. Vor diesem Hintergrund lässt sich auch das (mittelbar formulierte) Rauchverbot für Kinder und Jugendliche in der Öffentlichkeit nur mit dem Gedanken auf Nr. 7 stützen, dass das Verbot verhindern will, dass andere Jugendliche von den rauchenden Jugendlichen zum Rauchen animiert werden.

¹⁴ So im Ergebnis auch *Jahn*, MedR 1989, 227 (231); *ders.*, DÖV 1989, 850 (854). Auch die Bundesregierung vertrat in der 13. Legislaturperiode diese Ansicht, BT-Drs. 12/4851 S. 46 f.

¹⁵ So auch *Heilmann*, ZRP 1997, 268 (268); a.A. *Zuck*, DÖV 1993, 936 (939 f.).

¹⁶ So auch *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 74 Rn. 48; vgl. auch *Stettner*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 74 Rn. 91; *Regeling*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR IV, § 100 Rn. 217.

¹⁷ Das Gesetz stützt sich ausweislich der Gesetzgebegründung allerdings lediglich auf die Kompetenztitel des Art. 74 Nr. 1, 7 und 11.

¹⁸ *Zuck*, DÖV 1993, 936 (941 f.); *Gremmer*, BayVBl. 1993, 225 (229) unter Verweis auf *Maunz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 74 Rn. 106.

¹⁹ BVerfGE 22, 180 (212); 97, 332 (341); vgl. auch *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 74 Rn. 32; *Stettner*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 74 Rn. 42.

c) Umweltschutz

Soweit Forderungen nach umfassenden öffentlichen Rauchverboten auch mit dem Schutz der Umwelt begründet werden, vermag dies nicht zu überzeugen. Weder Aspekte der Luftreinhaltung noch der Abfallbeseitigung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG ermächtigen zum Erlass eines bundesgesetzlichen Rauchverbotes. Zwar ist nicht ohne weiteres erkennbar, dass die Kompetenz sich nur auf den Schutz der Außenluft, nicht dagegen auf den Schutz der Innenluft beziehen soll²¹. Gleichwohl ist trotz des insoweit noch offenen Wortlautes zu berücksichtigen, dass es sich bei Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG um eine Kompetenz für eine Umweltschutzgesetzgebung handelt, die keineswegs geschaffen wurde, um umfangreiche neue Zuständigkeiten des Bundes herzustellen, sondern lediglich die Kompetenzgrundlage für bestehende Umweltgesetze des Bundes absichern sollte²². Maßnahmen, die nicht primär dem Umweltschutz dienen, sondern lediglich einen positiven Nebeneffekt auf die Umwelt ausüben, können daher nicht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG gestützt werden.

2. Personenbezogene Schutzvorschriften

Hat der Bund somit keine umfassende Kompetenz zum Gesundheitsschutz durch Rauchverbote, kann er sich doch auf bestimmte personenbezogene Schutzkompetenzen berufen, die zumindest partiell den Erlass von Rauchverboten zulassen.

a) Arbeitsrecht und Arbeitsschutz

Die wohl wichtigste Kompetenz in diesem Bereich ist dem Bund durch Art. 74 Nr. 12 GG für das Arbeitsrecht inklusive des Arbeitsschutzes zugewiesen. Auf dieser Grundlage darf er umfassend das Recht der abhängigen Beschäftigungsverhältnisse inklusive des öffentlichen Dienstes (nicht jedoch das der Beamten) regeln²³. Speziell für den Arbeitsschutz hat der Bund von dieser Kompetenz durch Erlass des Arbeitsschutzgesetzes sowie der darauf beruhenden Rechtsverordnungen Gebrauch gemacht. Der Nichtraucherschutz wird dabei in § 5 Abs. 1 ArbStättV geregelt, wonach der Arbeitgeber erforderliche Maßnahmen zu treffen hat, um die nicht rauchenden Beschäftigten in Arbeitsstätten wirksam vor den Gesundheitsgefahren durch Tabakrauch zu schützen. Diese Bestimmung vermittelt dem einzelnen Arbeitgeber i.V.m.

²⁰ *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 74 Rn. 33; *Stettner*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 74 Rn. 42.

²¹ So aber Koalition gegen das Rauchen (Hrsg.), Die Rechtslage zum Schutz des Nichtrauchers, 2001, S. 4.

²² Vgl. *Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 2 Rn. 86; *Maunz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 74 Rn. 249 unter Verweis auf die Gesetzesbegründung, BT-Drs. VI/2249, S. 3 und BT-Drs. VI/1298, S. 4.

²³ BVerfGE 7, 342 (351); 38, 281 (299); *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 74 Rn. 48; *Jarass/Pieroth*, 8. Aufl. 2006, Art. 74 Rn. 29.

§ 618 BGB einen Anspruch auf einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz²⁴, nicht jedoch auf einen Arbeitsplatz, an dem überhaupt nicht geraucht wird²⁵.

Einschränkungen erfährt diese Bestimmung jedoch in § 5 Abs. 2 ArbStättV. Danach hat der Arbeitgeber in Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr Schutzmaßnahmen gegen Tabakrauch nur insoweit zu treffen, als die Natur des Betriebes und die Art der Beschäftigung es zulassen. Diese vor allen Dingen auf Gaststätten zielende Regelung ist letztlich der Tatsache geschuldet, dass ein Rauchverbot an Arbeitsplätzen mit Publikumsverkehr wie vor allem Gaststätten zwar auch dem Schutz der Arbeitnehmer dient, sowohl in seiner Zielrichtung als auch in seinen tatsächlichen Ausrichtungen jedoch weniger auf den Arbeitsschutz als auf den Schutz des allgemeinen Publikums und damit letztlich auf eine Regelung des Publikumsbetriebs als solchem gerichtet ist. Entsprechende Maßnahmen können daher nicht auf die Kompetenz aus Art. 74 Nr. 12 GG, sondern allenfalls auf Art. 74 Nr. 11 GG gestützt werden.

b) Rechtsverhältnisse der Beamten

Mit der Kompetenz zur Regelung des Arbeitsrechts korrespondiert in bezug auf den Arbeitsschutz die Regelung des Art. 73 Nr. 8 GG, die dem Bund die Kompetenz für die Regelung der Rechtsverhältnisse der Bundesbediensteten zuweist. Zwar geht dieser Kompetenz die Regelung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 in bezug auf Angestellte und Arbeiter im öffentlichen Dienst vor²⁶. In bezug auf Beamte ist dieser Kompetenztitel jedoch nicht anwendbar, so dass Art. 73 Nr. 8 GG weit auszulegen ist und eine umfassende Regelungsbefugnis für das gesamte Dienstrecht bildet²⁷. Auch der Arbeitsschutz der Bundesbeamten unterfällt somit der Kompetenz aus Art. 73 Nr. 8 GG, so dass ein Rauchverbot an deren Arbeitsstätten auf diese Kompetenzgrundlage gestützt werden kann.

Ob darüber hinaus auch Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG die Befugnis zur Regelung eines Rauchverbotes an den Arbeitsstätten der Landesbeamten vermittelt, ist indes fraglich. Zwar sind im Rahmen dieser Kompetenzvorschrift die Begriffe „Öffentlicher Dienst“ und „Rechtsverhältnisse“ wie in Art. 73 Nr. 8 GG auszulegen.²⁸ Allerdings umfasst der Kompetenztitel ausdrücklich nur den Erlass von Rahmenvorschriften. In Einzelheiten gehende oder unmittelbar geltende Regelungen dürfen ausweislich Art. 75 Abs. 2 GG nur in Ausnahmefällen erlassen

²⁴ LAG Hessen, ArbuR 1995, 283.

²⁵ LAG Berlin, BB 2005, 1576.

²⁶ Maunz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 74 Rn. 166; Stettner, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 74 Rn. 63.

²⁷ BVerfGE 7, 120 (127); Stettner, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 73 Rn. 38; Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 73 Rn. 40.

²⁸ Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2003, Art. 75 Rn. 15; Stettner, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 75 Rn. 19; Maunz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, Art. 75 Rn. 44.

werden. An einer „qualifizierten Notwendigkeit“²⁹ für eine bundesrechtliche Vollregelung, die eine solche Ausnahme rechtfertigen könnte, dürfte es hinsichtlich des Rauchverbots für Landesbeamte jedoch fehlen, so dass eine Kompetenz des Bundesgesetzgebers nach derzeitiger Rechtslage nicht gegeben ist. Dies gilt um so mehr, wenn sich die im Rahmen der Föderalismusreform vorgesehene Streichung der Rahmengesetzgebung realisiert und dem Bund nur noch die Zuständigkeit für die Statusrechte und -pflichten der Beamten der Länder zukommt.

c) Strafvollzug

Als letzte wichtige Kompetenz zum Erlass personeller Schutzvorschriften ist schließlich die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG verankerte Zuständigkeit für die Regelung des Strafvollzuges zu nennen. Im Rahmen dieser umfassenden Zuständigkeit ist es dem Bund möglich, Rauchverbote für Strafgefangene durch Gesetz zu regeln. Mit der im Rahmen der Föderalismusreform vorgesehenen Streichung dieses Kompetenztitels aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG verlagert sich diese Zuständigkeit freilich vom Bund auf die Länder.

3. Raumbezogene Verbotsvorschriften

Nach anderen Kompetenztiteln kann der Bund das Rauchen an bestimmten Orten ganz oder teilweise verbieten. Solche raumbezogenen Verbotsvorschriften sind regelmäßig wirksamer als personenbezogene Schutzvorschriften, unterliegen wegen des stärkeren Eingriffs in die allgemeine Handlungsfreiheit der Raucher aber auch höheren Rechtfertigungsanforderungen.

a) Verkehrsrecht

Raumbezogene Rauchverbote sind dem Bund als Annex zu verschiedenen verkehrsrechtlichen Gesetzgebungsbefugnissen gestattet. Deshalb kann der Bund seine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des Luftverkehrs und des Eisenbahnverkehrs nach Art. 73 Nr. 6 und Nr. 6a GG sowie seine konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnisse zur Regelung der Schifffahrt, des Straßenverkehrs und des sonstigen Schienenverkehrs nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 – 23 GG nutzen, um örtliche, nämlich auf die jeweiligen Verkehrsmittel begrenzte Rauchverbote zu erlassen. Er hat von dieser Kompetenz z.T. schon durch verschiedene Vorschriften Gebrauch gemacht³⁰, etwa durch die Verordnung über den Betrieb von Kraftfahrunternehmen im Personenverkehr (BOKraft)³¹, die Verordnung über den Bau und den

²⁹ Vgl. BVerfGE 111, 226 (264).

³⁰ Vgl. dazu *Jahn*, MedR 1989, 227 (229);

³¹ BGBl. 1975, I 1573, zuletzt geändert BGBl. 2004, I 117.

Betrieb von Straßenbahnen (BOStrab)³² sowie durch die Eisenbahnbau- und Betriebsordnung³³. Für den Flugverkehr hat der dagegen noch kein Rauchverbot erlassen, obwohl dies grundsätzlich in seine von Art. 73 Nr. 6 GG vermittelte Kompetenz fiele.

b) Gaststätten

Ein den Regelungen in anderen europäischen Staaten entsprechendes umfassendes Rauchverbot in Gaststätten, Spielhallen, Kinos etc. könnte nach (noch) geltendem Verfassungsrecht am ehesten auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt werden. Nach diesem Kompetenztitel erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis des Bundes auf das Recht der Wirtschaft, wozu nach der Aufzählung der Beispiele auch das Gewerbe und der Handel gehört. Indes wird unter Bezugnahme der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, nach der nur wirtschaftsgestaltende und wirtschaftsregulierende Maßnahmen unter die Kompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG fallen³⁴, schon de constitutione lata bestritten, dass bundesgesetzliche Rauchverbote in Gaststätten auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt werden können³⁵. In der Tat steht das primär gesundheitspolitische Ziel von Rauchverboten ihrer Qualifizierung als wirtschaftsgestaltende oder -regulierende Maßnahmen entgegen. Möglicherweise ist dies auch der Grund, aus dem der Bundesgesetzgeber die Befugnis zur Bestimmung der Mindestanforderungen an Lage, Beschaffenheit, Ausstattung und Einteilung der Räume und damit auch zur Regelung des Raucherschutzes in § 4 Abs. 3 GastG an die Landesregierungen zurückgegeben hat. Im Übrigen bleibt auch zweifelhaft, ob ein bundesgesetzliches Rauchverbot mit der neuen und neu interpretierten Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG in Einklang zu bringen wäre.

Vor allem aber ist darauf hinzuweisen, dass die Föderalismusreform den Anwendungsbereich des fast schon generalklauselartig genutzten Kompetenztitels des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG erheblich einschränkt. Nach der neuen Fassung wird „das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte“ von der Zuständigkeitsbegründung des Bundes nach Nr. 11 ausdrücklich ausgenommen, so dass Rauchverbote in diesen Bereichen nur noch von den Ländern erlassen werden können.

c) Öffentliche Gebäude des Bundes

³² BGBl. 1987, I 2648, zuletzt geändert BGBl. 2002, I 1467.

³³ BGBl. 1987, II 1563, zuletzt geändert BGBl. I, 1818.

³⁴ Vgl. BVerfGE 67, 256 (275); 68, 319 (328); 82, 159 (179 f.).

³⁵ Zuck, DÖV 1993, 936 (938 f.); a.A. Gremmer, BayVBl. 1993, 225 (229).

Will der Bund nicht (nur) personenbezogen ein Rauchverbot für die Mitglieder des öffentlichen Dienstes erlassen, sondern raumbezogen ein umfassendes Verbot in allen öffentlichen Gebäuden des Bundes verhängen, so steht ihm dafür keine geschriebene Gesetzgebungskompetenz zu. Ob er sich indes auf eine ungeschriebene Kompetenz kraft Natur der Sache berufen kann³⁶, erscheint zweifelhaft. Denn eine solche Kompetenz besteht lediglich für solche Bereiche, die ihrem Wesen nach begriffsnotwendig im bundesstaatlichen System einer Regelung durch die Länder ihrem Inhalt nach von vorneherein entzogen sein müssen³⁷. Für ein Rauchverbot in öffentlichen Gebäuden des Bundes besteht eine solche zwingende Notwendigkeit für eine bundesgesetzliche Regelung schon deshalb nicht, weil es zumindest möglich ist, ein entsprechendes Verbot länderbezogen jeweils für die öffentlichen Gebäude auf dem Gebiet eines Landes unabhängig davon zu regeln, ob das Gebäude vom Bund oder dem Land getragen wird.

Jenseits gesetzgeberischer Maßnahmen steht dem Bund jedoch auf exekutiver Ebene die Befugnis zu, Rauchverbote auf der Basis seines Hausrechts zu erlassen. Dafür kann er sowohl sein privatrechtliches Besitz- und Eigentumsrecht aus §§ 859 f., 903, 1004 BGB als auch seine öffentlich-rechtliche Sachherrschaft als Kompetenzgrundlage heranziehen³⁸.

d) Hochschulen

Eine spezielle gesetzliche Regelungsbefugnis zum Erlass raumbezogener Rauchverbote in öffentlichen Gebäuden, konkret in Universitäten, lässt sich schließlich auch nicht aus der Rahmengesetzgebungskompetenz nach Art. 75 Abs. 1 Nr. 1a GG über die allgemeinen Grundsätze des Hochschulwesens ableiten. Denn selbst wenn man ein solches Verbot noch unter den Begriff der allgemeinen Grundsätze subsumieren wollte, würde eine entsprechende Bestimmung, wie bereits in Hinblick auf Art. 75 Abs. 1 Nr. 1 GG erläutert, als unzulässige Einzelfallregelung an den Voraussetzungen des Art. 75 Abs. 2 GG scheitern. Im Übrigen soll auch diese Kompetenzgrundlage im Rahmen der Föderalismusreform abgeschafft und durch die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Hochschulzulassung und die Hochschulabschlüsse (Art. 74 Abs. 1 Nr. 33 GG-E) ersetzt werden, von der ein Rauchverbot an Hochschulen in keinem Fall gedeckt ist.

4. Kompetenzbegrenzende Erforderlichkeitsklausel

³⁶ So Zuck, DÖV 1993, 936 (944).

³⁷ BVerfGE 3, 407 (422); 11, 89 (99); Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2003, Art. 70 Rn. 27.

³⁸ Vgl. zum Hausrecht insofern etwa Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 3 Rn. 24.

Mit Ausnahme der verkehrsbezogenen Rauchverbote sowie der Rauchverbote an den Arbeitsplätzen der Bundesbeamten kann der Bund andere gesetzliche Bestimmungen zum Nichtraucherschutz nur auf konkurrierende Gesetzgebungsbefugnisse stützen. In diesem Bereich ist das Vorliegen eines entsprechenden Kompetenztitels nur notwendige Voraussetzung für seine Regelungsbefugnis. Zusätzlich müssen die Voraussetzungen der kompetenzbegrenzenden Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sein. Mit deren Änderung im Jahre 1994 sollten die Anforderungen an die Bundesgesetzgebung „konzentriert, verschärft und präzisiert“ werden³⁹. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers ernst genommen und die Klausel in nunmehr schon fünf Entscheidungen eng ausgelegt⁴⁰. Danach betrifft die Tatbestandsalternative „Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit“ unmittelbar nur institutionelle Voraussetzungen des Bundesstaats und erst mittelbar die Lebensverhältnisse der Bürger, so dass sie zur Begründung einer bundesweiten Nichtraucherregelung nicht herangezogen werden kann. Und die Tatbestandsalternative „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“ ermächtigt erst dann zum Erlass eines Bundesgesetzes, „wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet“⁴¹. Eine solche Entwicklung lässt sich in Bezug auf das Rauchen noch nicht einmal am Horizont erkennen.

Allenfalls ließe sich das Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung mit den (auch wirtschaftlichen) Folgen des Rauchens rechtfertigen: Die erheblichen Kosten, die zur Behandlung und Heilung der durch das aktive wie passive Rauchen verursachten Gesundheitsschäden notwendig sind, belasten das gesamt(staatlich)e Gesundheitssystem. Abgesehen aber davon, dass auch diese Argumentation der Interpretation des Art. 72 Abs. 2 GG durch das Bundesverfassungsgericht nicht standhält, ist es systemwidrig, bezüglich der Erforderlichkeitsklausel auf einen anderen Sachbereich zu rekurrieren als bezüglich des Kompetenztitels. Insofern fehlt es dem Bund nach geltendem Verfassungsrecht jedenfalls auch an der hinreichenden Voraussetzung für den Erlass eines umfassenden öffentlichen Rauchverbots. Daran ändert auch die im Zuge der Föderalismusreform vorgesehene Änderung des Art. 72 Abs. 2 GG kaum etwas. Zwar wird der Bundesgesetzgeber künftig in Bezug auf einige der in die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit fallenden Materien von der Notwendigkeit befreit sein, das Erfordernis einer bundesweiten Regelung nachweisen zu müssen, doch sollen die für um-

³⁹ BT-Drs. 12/7109, S. 9.

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 106, 62; 110, 41; 111, 10; 111, 226; 112, 226.

⁴¹ BVerfGE 106, 62 (Ls. 2 b aa).

fassende öffentliche Rauchverbote relevanten Kompetenztitel mit Ausnahme des Arbeitsschutzes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG nach wie vor unter die Erforderlichkeitsklausel fallen.

III. Regelungsbefugnisse der Länder

Steht dem Bund somit keine umfassende Kompetenz zum Erlass von Rauchverboten zur Verfügung, fallen diese grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der Länder. Deren Regelungsbefugnisse werden auch nicht durch kommunale oder sonstige Satzungsbefugnisse gesperrt. Diese aktualisieren sich nur, wenn die Länder keine materiell-gesetzlichen Regelungen zum Nichtraucherschutz erlassen, können solche aber nicht modifizieren. Somit kann eine Gemeinde in Regelung ihrer eigenen Angelegenheiten zwar grundsätzlich ein allgemeines Rauchverbot in kommunalen Behörden und sonstigen kommunalen Anstalten erlassen, sie kann aber umgekehrt nicht unter Berufung auf ihre kommunale Selbstverwaltungsgarantie ein landesrechtliches Rauchverbot für ihr Gemeindegebiet ganz oder teilweise wieder aufheben.

In materieller Hinsicht werden die Regelungsbefugnisse der Länder (wie auch die des Bundes und der Gemeinden) durch die Grundrechte begrenzt, wobei das durch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG gesicherte Interesse am Gesundheitsschutz⁴² in Konflikt treten kann mit der von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit der Raucher und den nach Maßgabe des Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Interessen der Tabakindustrie sowie der Gastwirte. Zwischen diesen Belangen muss und kann ein verhältnismäßiger Ausgleich gefunden werden.

IV. Zusammenfassung

In der durch gesetzgeberische Aktivitäten in anderen europäischen Staaten erneut aufflammenden Diskussion um den Erlass öffentlicher Rauchverbote in Deutschland wird meist übersehen, dass die Kompetenz für umfassende nichtraucherschützende Maßnahmen nicht beim Bund, sondern bei den Ländern liegt. Das gilt schon nach geltendem Verfassungsrecht, mehr noch jedoch nach der durch die Föderalismusreform neu gestalteten Kompetenzverteilung. Denn wer auch immer durch diese „Reform“ an Kompetenzen gewinnen wird, für den Erlass von Rauchverboten ist festzuhalten: Die Kompetenzluft des Bundes wird dünner.

⁴² Zu den grundrechtlichen Schutzpflichten in diesem Bereich vgl. *Faber*, DVBl. 1998, 745 ff.