



Wissenschaftlicher Dienst

Aktenzeichen WD 6/52-1545

1. März 2007

Regelungskompetenz zum Erlass von Rauchverboten

A. Auftrag

Die Fraktion der FDP hat den Wissenschaftlichen Dienst gebeten, im Rahmen einer gutachtlichen Stellungnahme darzulegen, wie die Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern nach der Föderalismusreform hinsichtlich des Erlasses von Rauchverboten verteilt sind.

B. Stellungnahme

Kompetenzen zum Erlass gesetzlicher Rauchverbote können sowohl dem Bund (dazu unter I.) als auch den Ländern (dazu unter II.) zustehen.

I. Befugnisse des Bundes

Gemäß Art. 70 Abs. 1 GG haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund Gesetzgebungsbefugnisse verleiht. Insoweit kennt das Grundgesetz nach der Föderalismusreform nur noch die ausschließliche und die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes (Art. 70 Abs. 2, Art. 71 und 72 GG); die frühere Rahmengesetzgebung ist entfallen. Nachfolgend sind daher die Kataloge der Art. 73 und 74 GG daraufhin zu untersuchen, ob sie dem Bund eine Kompetenz zum Erlass von Rauchverboten geben. Dabei soll zunächst untersucht werden, ob dem Bund die Kompetenz zum Erlass eines *umfassenden* allgemeinen Rauchverbots zusteht. Da für ein *umfassendes* Rauchverbot von vornherein nur Kompetenztitel der *konkurrierenden* Gesetzgebung in Betracht kommen, soll die Prüfung mit

Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes sind parlamentsinterne Stellungnahmen, die nicht für die öffentliche Diskussion außerhalb des Landtags bestimmt sind. Eine - auch nur auszugsweise - Veröffentlichung oder Verbreitung bedarf der Zustimmung des Direktors beim Landtag.

diesen begonnen werden (1.). Anschließend ist zu untersuchen, inwieweit der Bund die *ausschließliche* Kompetenz zum Erlass *partieller*, insbesondere personen- oder sachbezogener Rauchverbote hat (2.).

1. Konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes

In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob und welche Kompetenztitel aus dem Katalog des Art. 74 Abs. 1 GG einschlägig sind (a bis g). Anschließend ist auf die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG einzugehen (h).

a) Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG)

Gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG hat der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz unter anderem für Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren. Der Kompetenztitel enthält damit keine Globalermächtigung des Bundes für den Bereich des Gesundheitswesens, sondern zählt enumerativ und spezifisch die Felder auf, auf denen der Bund normierungsbefugt ist¹.

Gemeingefährliche Krankheiten sind schwere Erkrankungen, die zu schweren Gesundheitsschäden oder zum Tode führen können und die, ohne ansteckend zu sein, nicht nur vereinzelt auftreten². Die Gemeingefährlichkeit einer Krankheit ergibt sich damit zum einen aus der Schwere des durch sie drohenden Gesundheitsschadens, zum anderen aus der überindividuellen Betroffenheit³. Krebs wird meist als typisches Beispiel einer gemeingefährlichen Krankheit angesehen⁴. In der Wissenschaft besteht heute Konsens, dass auch das Passivrauchen krebserzeugend für den Menschen ist. Ursächlich für die schädigende Wirkung des Passivrauchens ist der Tabakrauch, der aus der Raumluft vom Menschen eingeatmet wird. Dieser Rauch enthält sowohl den vom Raucher eingezogenen und wieder ausgeatmeten Hauptstromrauch als auch den Nebenstromrauch, der beim Verglimmen der Zigaretten zwischen den Zügen entsteht. Der Nebenstromrauch enthält die gleichen giftigen und krebserregenden Substan-

¹ Stettner, in: Dreier, GG, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 74 Rn. 91; Umbach/Clemens, in: dies., GG, Bd. II, 2002, Art. 74 Rn. 111.

² Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 74 Rn. 148; Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. III, 5. Aufl. 2003, Art. 74 Rn. 90; Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 74 Rn. 211 (Stand Oktober 1984).

³ Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 2), Art. 74 Rn. 148.

⁴ Kunig, in: v. Münch/Kunig (Fn. 2), Art. 74 Rn. 90; Maunz, in: Maunz/Dürig (Fn. 2), Art. 74 Rn. 211; Umbach/Clemens, in: dies., GG (Fn. 1), Art. 74 Rn. 112; Siekmann, NJW 2006, 3382, 3383; Rossi/Lenski, NJW 2006, 2657, 2658.

zen wie der Hauptstromrauch, allerdings in der Regel in deutlich höherer Konzentration⁵ Prinzipiell erscheint damit der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG als taugliche Grundlage für den Erlass eines generellen Rauchverbots, da ein solches Verbot insbesondere Nichtraucher vor den schwerwiegenden Gesundheitsgefahren des Passivrauchens schützen soll⁶.

Fraglich ist indes, ob ein generelles Rauchverbot als *Maßnahme* im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG gegen die gemeingefährliche Krankheit Krebs angesehen werden kann. Zu den Maßnahmen zählt nach ganz herrschender Auffassung im wissenschaftlichen Schrifttum nicht nur die Bekämpfung der *akuten* Erkrankung, sondern auch die *Vorbeugung*⁷. Inwieweit ein

⁵ Vgl. Deutsches Krebsforschungszentrum [Hrsg.], *Passivrauchen – ein unterschätztes Gesundheitsrisiko*, 2. Aufl., Heidelberg 2006, S. 9; im Internet abrufbar unter www.tabakkontrolle.de/pdf/passivrauchen_Band_5_2Auflage.pdf. Für die Beurteilung der Gefährlichkeit des Passivrauchens, insbesondere mit Blick auf die krebserzeugende Wirkung, kommt der Bewertung durch die Senatskommission der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) zur Prüfung gesundheitsschädlicher Arbeitsstoffe besondere Bedeutung zu. Die Kommission untersuchte im Jahre 1998 eingehend die Problematik und gelangte zu dem Ergebnis, dass Passivrauchen erwiesenermaßen „krebserzeugend für den Menschen“ sei. Eine Schwelle der Geringfügigkeit existiere nicht. Die Kommission sah daher ausdrücklich und dezidiert von der Festlegung unterer Grenzwerte für eine Konzentration von Tabakrauch ab, die noch als tolerabel angesehen werden könnte. Sie stufte das Passivrauchen am Arbeitsplatz – ohne unteren Grenzwert – in die höchste Gefahrenklasse aller Schadstoffe ein (vgl. Deutsches Krebsforschungszentrum, a.a.O., S. 36). Auch der Ausschuss für Gefahrstoffe der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin nahm das Passivrauchen in das von ihm aufgestellte „Verzeichnis krebserzeugender, erbgutverändernder oder fortpflanzungsgefährdender Stoffe“ auf und ordnete es ebenfalls der höchsten Gefahrenstufe zu (vgl. Deutsches Krebsforschungszentrum, *Positionspapier zur Gesundheitsgefährdung durch Passivrauchen* vom 22. Juni 2006, S. 2; unter www.tabakkontrolle.de/pdf/Positionspapier_Passivrauchen.pdf im Internet abrufbar). Ebenso kam das Internationale Krebsforschungszentrum der Weltgesundheitsorganisation im Jahre 2004 in einem umfassenden Bericht über die krebserzeugenden Risiken des Rauchens und des Passivrauchens zu dem Schluss, dass ausreichende Belege für den kausalen Zusammenhang zwischen Passivrauchen und Lungenkrebs vorliegen (*Positionspapier*, a.a.O.). Auf der Grundlage dieser wissenschaftlichen Studien veröffentlichte das Deutsche Krebsforschungszentrum Heidelberg in Zusammenarbeit mit dem Institut für Epidemiologie und Sozialmedizin der Universität Münster und dem Hygieneinstitut des Universitätsklinikums Heidelberg erstmals Zahlen für die durch Passivrauchen erhöhte Sterblichkeit für Lungenkrebs, chronisch-obstruktive Lungenerkrankungen, Herz-Kreislauferkrankungen und den plötzlichen Kindstod für die nichtrauchende deutsche Bevölkerung. Danach sterben in Deutschland jedes Jahr mehr als 3 300 Nichtraucherinnen und Nichtraucher an den Folgen des Passivrauchens (Deutsches Krebsforschungszentrum, a.a.O., S. 33).

A.A. noch *H.-P. Schneider/Wulfes*, *Nichtraucherschutz durch staatlichen Eingriff oder individuelle Konfliktlösung?*, 1998, S. 24 ff., 56 f. Zweifelnd auch *Ossenbühl/Cornils*, *Hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz zum Erlaß eines Nichtraucherschutzgesetzes?*, 1994, S. 19 Fn. 12.

⁶ So auch *Rossi/Lenski*, NJW 2006, 2657, 2658, die allerdings im Ergebnis Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG nicht für einschlägig halten, da es an einem unmittelbaren Zusammenhang zwischen einem Rauchverbot und der Verhinderung der Krebserkrankung fehle. Zu diesem Einwand sogleich.

⁷ *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 2), Art. 74 Rn. 90; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 74 Rn. 43; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 2), Art. 74 Rn. 213; *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (Fn. 2), Art. 74 Rn. 148; *Umbach/Clemens*, in: *dies.*, GG (Fn. 1), Art. 74 Rn. 113; *Stettner*, in: *Dreier*, GG (Fn. 1), Art. 74 Rn. 91; *Sannwald*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG, 10. Aufl. 2004, Art. 74 Rn. 182; *Grote/Ertil*, *Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages* (Fn. 5), S. 6 f.; *Rossi/Lenski*, NJW 2006, 2657, 2658 *Siekmann*, NJW 2006, 3382, 3383; *Zuck*, DÖV 1993, 936, 939. Zweifelnd *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 5), S. 20 m.w.N., unter Hinweis auf die Entstehungsgeschichte. Danach sei zunächst die Formulierung „Schutz gegen gemeingefährliche Krankheiten“ geplant gewesen, welche dann aber durch die heutige Formulierung der „Maßnahmen“

generelles Rauchverbot als von Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG umfasste Maßnahme der Krebsprävention gelten kann, ist indes umstritten.

So will ein Teil des Schrifttums als Maßnahme im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG nur eine solche anerkennen, die „gezielt und unmittelbar dem Ausbruch und der schädigenden Wirkung konkreter gemeingefährlicher Krankheiten“ entgegenwirkt⁸. Als Begründung wird angeführt, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG Maßnahmen gegen *bestimmte* gemeingefährliche Krankheiten im Blick habe; allgemeine Risikoverringergesetze, die nicht der Bekämpfung einer bestimmten gemeingefährlichen Krankheit dienen, sondern darauf abzielen, ein schwer messbares, unspezifisches Risiko für eine ganze Reihe verschiedenartiger Krankheiten zu verringern, seien nicht erfasst. Eine andere Auslegung führe im Ergebnis dazu, dass über die Argumentationskette „unmittelbare Risikoverringering ist zugleich mittelbar-vorbeugende Krankheitsbekämpfung“ entgegen Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG eine Bundeszuständigkeit zur umfassenden Gesundheitsschutzgesetzgebung zu Lasten der Länder konstruiert werde⁹. Unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG fielen damit nur solche Präventionsmaßnahmen, die konkret und zuverlässig einer bestimmten Krankheit vorbeugen sollen; nicht erfasst seien dagegen solche Maßnahmen, die lediglich generell die Gesundheit fördern und damit bestimmte Krankheitsrisiken minimieren. Damit könne auch ein Rauchverbot nicht auf diese Kompetenzgrundlage gestützt werden, denn das Passivrauchen stelle weder eine notwendige noch eine hinreichende Bedingung für eine Krebserkrankung dar. Es sei vielmehr lediglich als ein risikoerhöhender Faktor neben anderen, etwa Ernährungsgewohnheiten oder Umweltbedingungen, anzusehen, so dass ein Rauchverbot nur gesundheitsfördernd im allgemeinen Sinne wirken könne¹⁰.

Dieser Argumentation wird entgegengehalten, dass sich aus dem Wortlaut des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG keine derartige restriktive Auslegung ableiten lasse¹¹. So umfasse der nach herrschender Meinung unter den Begriff der Maßnahme fallende Bereich der Prävention¹² Impfungen, obligatorische Tests und Vorsorgeuntersuchungen, etwa auch obligatorische Krebs-

ersetzt worden sei, und zwar gerade wegen der Befürchtung, dass man „Schutz“ auch als vorbeugenden Schutz auffassen könne. Indes waren im Herrenchiemseer Verfassungsentwurf (HChE) als Teil der Vorranggesetzgebung des Bundes „Maßnahmen gegen gemeingefährliche Krankheiten und Tierseuchen“ vorgesehen (Art. 36 Nr. 17 HChE), vgl. dazu Stettner, ebenda, Rn. 90.

⁸ Ossenbühl/Cornils (Fn. 5), S. 21; Jahn, DÖV 1989, 850, 854. Vgl. auch Rossi/Lenski, NJW 2006, 2657, 2658, die ein „gewisses Unmittelbarkeitserfordernis zwischen der gesetzlichen Maßnahme und der Krankheitsbekämpfung“ verlangen, „um den Kompetenztitel nicht zu überdehnen“. Für ein Unmittelbarkeitserfordernis auch Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG (Fn. 7), Art. 74 Rn. 182, der allerdings gleichwohl Impfungen und obligatorische Tests für von der Kompetenznorm erfasst hält.

⁹ Ossenbühl/Cornils (Fn. 5), S. 21.

¹⁰ Rossi/Lenski, NJW 2006, 2657, 2658.

¹¹ Grote/Erdil, Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages (Fn. 5), S. 6 f.; Siekmann, NJW 2006, 3382, 3383. Im Ergebnis auch Zuck, DÖV 1993, 936, 939.

¹² Vgl. die Nachweise in Fn. 7.

vorsorgeuntersuchungen¹³; die sich insoweit ergebende verfassungsrechtliche Problematik sei nicht kompetentieller, sondern materiell-rechtlicher Art¹⁴. Im Übrigen diene ein allgemeines Rauchverbot nicht etwa nur der allgemeinen Gefahrenvorsorge, sondern der Abwehr konkreter, erwiesener Gefahren für Leben und Gesundheit eines bestimmbarer Personenkreises. Es wirke somit gezielt und unmittelbar dem Ausbruch und der schädigenden Wirkung konkreter gemeingefährlicher Krankheiten entgegen¹⁵.

Unterzieht man die angeführten Argumente der beiden vorgenannten Auffassungen einer Bewertung, so ist zunächst festzustellen, dass der in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG verwandte Begriff der *Maßnahme* eine Beschränkung auf repressive Bekämpfungsmaßnahmen und damit eine Ausklammerung jeglicher Vorsorgemaßnahmen nicht nahelegt¹⁶. Entsprechend wird daher im Schrifttum nahezu einhellig die Prävention vom Grundsatz her unter den Kompetenztitel subsumiert; gestritten wird lediglich darüber, was alles unter Prävention zu fassen ist. Dabei ist den Gegnern eines auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG gestützten allgemeinen Rauchverbots einzuräumen, dass die Grenze der Auslegung des Kompetenztitels dann erreicht ist, wenn auf dem Umweg der Prävention eine allgemeine Kompetenz des Bundes zum Gesundheitsschutz konstruiert werden soll. Dass dies nicht von Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG abgedeckt wäre, wird im Übrigen von den Befürwortern eines auf diesen Titel gestützten allgemeinen Rauchverbots konzediert. Man wird daher fordern müssen, dass ein auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG gestütztes Gesetz tatsächlich dazu dient, einer *bestimmten* gemeingefährlichen Krankheit vorzubeugen oder diese nachträglich zu bekämpfen – auch insoweit erscheint die Argumentation der Kritiker einer Heranziehung des Kompetenztitels schlüssig. Indes dürfte die Tatsache, dass ein allgemeines Rauchverbot nicht nur dem Schutz der Passivraucher vor einer Krebserkrankung dient, sondern darüber hinaus auch eine Präventionsmaßnahme hinsichtlich einer ganzen Reihe anderer verschiedenartiger Krankheiten darstellt, kaum gegen eine aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG abgeleitete Kompetenz sprechen¹⁷. Folgt man den medizinischen Studien, die einen Kausalzusammenhang zwischen Passivrauchen und Krebserkrankung belegen, so wirkt ein allgemeines Rauchverbot gezielt dem Ausbruch und der schädigenden Wirkung einer *bestimmten* gemeingefährlichen Krankheit entgegen¹⁸. Dass darüber hinaus – erfreulicherweise – auch eine präventive Wirkung hinsichtlich verschiedener anderer Krankheiten erzielt wird, kann diesen Befund nicht erschüttern. Die Gegner eines auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG gestützten allgemeinen Rauchverbots verkennen, dass *jede* Maßnahme, die einer bestimmten gemeingefährlichen Krankheit vorbeugt, zugleich eine Maßnahme des allgemeinen Gesund-

¹³ Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (Fn. 2), Art. 74 Rn. 148; Stettner, in: Dreier, GG (Fn. 1), Art. 74 Rn. 91; Grote/Erdil, Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages (Fn. 5), S. 7.

¹⁴ Zu beachten seien vor allem die Schranken, die sich aus den Grundrechten ergäben, vgl. Stettner, in: Dreier, GG (Fn. 1), Art. 74 Rn. 91 Fn. 285.

¹⁵ Siekmann, NJW 2006, 3382, 3383.

¹⁶ A.A. Ossenbühl/Cornils (Fn. 5), S. 20.

¹⁷ So aber Ossenbühl/Cornils (Fn. 5), S. 20 f. und Rossi/Lenski, NJW 2006, 2657, 2658.

heitsschutzes ist. Eine Kompetenzüberschreitung läge erst dann vor, wenn der Nachweis, dass eine Maßnahme dem Ausbruch und der schädigenden Wirkung einer *bestimmten* gemeingefährlichen Krankheit entgegenwirkt, nicht erbracht wäre. Sobald aber der Kausalzusammenhang zwischen einem bestimmten schädigenden Verhalten und dem Ausbruch einer bestimmten gemeingefährlichen Krankheit wissenschaftlich nachgewiesen ist, überschreiten Maßnahmen, die dem schädigenden Verhalten entgegenwirken, die Schwelle der bloß allgemein gesundheitsfördernden Maßnahmen und fallen damit in den Anwendungsbereich des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG.

Dürfte daher ein allgemeines Rauchverbot einen hinreichenden Bezug zu einer bestimmten gemeingefährlichen Krankheit aufweisen, so lassen sich für eine darüber hinausgehende einschränkende Auslegung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG nur schwerlich Argumente anführen. Vor allem dürfte es überzogen sein, nur solche Präventionsmaßnahmen, die *zuverlässig* einer bestimmten Krankheit vorbeugen sollen, unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zu fassen und folglich mit dem Hinweis, dass das Passivrauchen weder eine notwendige noch eine hinreichende Bedingung für eine Krebserkrankung sei, ein allgemeines Rauchverbot auszunehmen¹⁹. Nahezu *keine* vorbeugende Maßnahme, wie etwa eine Vorsorgeuntersuchung, kann wirklich *zuverlässig* den Ausbruch der betreffenden gemeingefährlichen Krankheit verhindern. Dies gilt selbst für die Impfung, die auch nur einen gegebenenfalls sehr hohen, aber in aller Regel eben keinen absoluten Schutz gegen eine Erkrankung bieten kann. Letztlich kann es daher im Bereich der Prävention immer nur um eine – mehr oder minder große – *Risikoverringering* gehen. Wer diesen Befund für nicht ausreichend erachtet, muss konsequenterweise Maßnahmen der Prävention in Gänze von dem Anwendungsbereich des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG ausnehmen²⁰. Dafür, dies nicht zu tun, sprechen indes gute Gründe, vor allem aber Sinn und Zweck der dem Bund durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zuerkannten Kompetenz. Ist es gerade die *Gemeingefährlichkeit*, also die Schwere und die Verbreitung der betreffenden Krankheit, die eine Kompetenzzuweisung an den Bund rechtfertigt, so wäre es kaum nachvollziehbar, die repressive Bekämpfung einer derartigen Erkrankung in die Hände des Bundes zu legen, diesem aber die Möglichkeit zu nehmen, erfolgreiche Maßnahmen der Prävention zu ergreifen. Die Gemeingefährlichkeit dürfte vielmehr eine *umfassende*, sowohl repressive als auch präventive Bekämpfung erfordern und daher auch rechtfertigen. Es spricht daher viel dafür, mit der ganz herrschenden Meinung im Schrifttum auch den Bereich der Prävention in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG miteinzubeziehen.

¹⁸ So zutreffend *Siekmann*, NJW 2006, 3382, 3383.

¹⁹ So aber *Rossi/Lenski*, NJW 2006, 2657, 2658, wohl in Anlehnung an *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 5), ohne diese allerdings zu zitieren.

²⁰ Dies übersehen *Rossi/Lenski*, NJW 2006, 2657, 2658. Konsequenterweise dagegen *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 5), S. 19 f.

Im Ergebnis ist es daher durchaus vertretbar, aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG eine Kompetenz des Bundes zum Erlass eines allgemeinen Rauchverbots abzuleiten. Da es allerdings an einer endgültigen Klärung dieser Frage durch die Rechtsprechung noch fehlt, bliebe im Falle eines entsprechenden Tätigwerdens des Bundes ein verfassungsrechtliches Risiko.

b) Recht der Gifte (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG)

Durch die Föderalismusreform ist die vormalige Kompetenz über den *Verkehr mit* Giften ausgeweitet worden und umfasst nunmehr das gesamte Recht der Gifte²¹. Gifte sind solche natürlichen oder künstlich erzeugten Stoffe, die schon nach ihrer normalen Beschaffenheit geeignet sind, beim Menschen zu schweren gesundheitlichen Schäden oder zum Tod zu führen²². Teilweise wird im Schrifttum vertreten, dass nur solche Stoffe unter den Giftbegriff fallen sollen, die *unmittelbar* gesundheitszerstörend wirken; hierunter falle das Tabakrauchgemisch nicht²³. Demgegenüber verzichtet die wohl herrschende Meinung auf ein Unmittelbarkeitsfordernis und nimmt eine Beschränkung nur insoweit vor, als der betreffende Stoff von vornherein²⁴ oder aufgrund seiner Beschaffenheit²⁵ bzw. seiner normalen Beschaffenheit²⁶ schwer gesundheitsschädlich oder gar tödlich wirkt. Folgt man letzterer Auffassung, so ist es auf der Grundlage der neueren medizinischen Ergebnisse naheliegend, auch das Tabakrauchgemisch als Gift im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG einzustufen²⁷. Indes ist diese Einordnung aufgrund der fehlenden Klärung durch die Rechtsprechung mit einem gewissen verfassungsrechtlichen Risiko behaftet.

c) Recht der Genussmittel (Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG)

Auch hinsichtlich dieses Kompetenztitels ist es durch die Föderalismusreform zu einer Ausweitung der Bundeskompetenzen gekommen. Regelte Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG a.F. den Schutz beim *Verkehr mit* Genussmitteln, so umfasst die Neufassung das Recht der Genussmittel schlechthin²⁸. Unter Genussmitteln fallen nach ganz herrschender Ansicht im Schrifttum auch Tabakerzeugnisse²⁹. Gleichwohl wurde auf der Grundlage der früheren Fassung des Kompe-

²¹ Vgl. die Begründung des verfassungsändernden Gesetzgebers, BT-Drs. 16/813, S. 13 und dazu Siekmann, NJW 2006, 3382, 3383.

²² Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (Fn. 2), Art. 74 Rn. 150. Vgl. auch Maunz, in: Maunz/Dürig (Fn. 2), Art. 74 Rn. 219; Siekmann, NJW 2006, 3382, 3383; Zuck, DÖV 1993, 936, 939.

²³ Ossenbühl/Cornils (Fn. 5), S. 16 f.; H.-P. Schneider/Wulfes (Fn. 5), S. 55 f.

²⁴ Kunig, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. III, 5. Aufl. 2003, Art. 74 Rn. 96.

²⁵ Umbach/Clemens, in: dies., GG (Fn. 1), Art. 74 Rn. 123.

²⁶ Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (Fn. 2), Art. 74 Rn. 150.

²⁷ So Siekmann, NJW 2006, 3382, 3383 und Zuck, DÖV 1993, 936, 939. Im Ergebnis auch Grote/Erdil, Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages (Fn. 5), S. 8.

²⁸ Vgl. BT-Drs. 16/813, S. 13 und dazu Siekmann, NJW 2006, 3382, 3383.

²⁹ Vgl. Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG (Fn. 2), Art. 74 Rn. 157; Kunig, in: v. Münch/Kunig (Fn. 24), Art. 74 Rn. 97; Maunz, in: Maunz/Dürig (Fn. 2), Art. 74 Rn. 226; Ossenbühl/Cornils (Fn. 5),

tenztitels von einem beachtlichen Teil des Schrifttums vertreten, dass ein allgemeines Rauchverbot zum Schutz der Passivraucher hierauf nicht gestützt werden könne. Zur Begründung wurde darauf abgestellt, dass der Begriff des *Verkehrs* nur den aktiven Umgang mit dem Produkt umfasse. Gegenstand des Kompetenztitels sei nämlich der Verbraucherschutz, also der konkrete Schutz des Konsumenten eines Produkts. Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG a.F. könne daher zum Erlass von *Raucherschutzvorschriften*, nicht aber zum Schutz der *Nichtraucher* herangezogen werden³⁰. Nach anderer Ansicht fiel dagegen auch der Schutz der Passivraucher vor den Gefahren des Tabakkonsums unter den Kompetenztitel³¹.

Mit dem Wegfall des Tatbestandsmerkmals *Verkehr* lässt sich die Argumentation der Gegner eines auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG gestützten Rauchverbots jedenfalls in der bisherigen Form nicht mehr aufrechterhalten. Will man daher Tabakprodukte entsprechend der bisherigen Übung auch weiterhin als Genussmittel ansehen, spricht viel dafür, dass auch Gesetze zum Schutz der *Nichtraucher* auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG gestützt werden können³². Letztlich wird man aber auch an dieser Stelle, wie schon hinsichtlich des Rechts der Gifte, eine Einordnung nicht mit letzter rechtlicher Sicherheit vornehmen können.

d) Luftreinhaltung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG)

Luftreinhaltung im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG ist der Schutz vor und die Beseitigung von Verunreinigungen der Luft³³. Unter Verunreinigungen fallen alle Veränderungen der natürlichen Zusammensetzung der Luft³⁴. Erfasst wäre damit auch die Veränderung der Luftzusammensetzung, die durch Tabakrauch hervorgerufen wird. Indes ist nach herrschender Auffassung im Schrifttum die Gesetzgebungszuständigkeit für die Luftreinhaltung durch das Bundesimmissionsschutzgesetz ausgeschöpft³⁵. Nach diesem Verständnis ist dem Bund durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG lediglich die Kompetenz im Bereich des anlagenbezogenen Immissionsschutzes verliehen, wohingegen den Ländern Regelungsfreiräume im Bereich des verhal-

S. 21; H.-P. Schneider/Wulfes (Fn. 5), S. 57; Grote/Erdil, Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages (Fn. 5), S. 10; Siekmann, NJW 2006, 3382, 3383 f.; Rossi/Lenski, NJW 2006, 2657, 2658.

³⁰ Ausführlich Ossenbühl/Cornils (Fn. 5), S. 21 ff.; vgl. auch Rossi/Lenski, NJW 2006, 2657, 2658; Grote/Erdil, Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages (Fn. 5), S. 10 f.

³¹ Zuck, DÖV 1993, 936, 940.

³² So zu Recht Siekmann, NJW 2006, 3382, 3383 f.

³³ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG (Fn. 7), Art. 74 Rn. 58.

³⁴ Ebenda. Vgl. auch die Legaldefinition des § 3 Abs. 4 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.09.2002 (BGBl. I S. 3830), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 18.12.2006 (BGBl. I S. 3180).

³⁵ Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG (Fn. 7), Art. 74 Rn. 239; Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 2), Art. 74 Rn. 176.

tensbezogenen Immissionsschutzes verbleiben³⁶. Gesetzliche Rauchverbote können damit nach herrschender Meinung nicht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG gestützt werden³⁷.

e) Öffentliche Fürsorge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG)

Die öffentliche Fürsorge im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG bietet nach herrschender Auffassung im Schrifttum keine Grundlage für den Erlass von Rauchverboten, da mit ihr im Kern die öffentliche Hilfe bei wirtschaftlicher Notlage gemeint ist³⁸. Wenn auch der Begriff der öffentlichen Fürsorge unter Berücksichtigung der Tradition dieses Begriffs nicht eng auszulegen ist, so ergeben sich Eingrenzungen insbesondere dann, wenn überwiegende Sachzusammenhänge einer Regelung mit anderen Sachkompetenzen bestehen³⁹. Vor allem scheiden damit aus der Kompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG Gesetze aus, die der Krankenversorgung, der Seuchenbekämpfung oder in sonstiger Weise in erster Linie dem Gesundheitswesen dienen. Andernfalls würde die Entscheidung der Verfassung, dem Bund für das Gesundheitswesen nur in eingeschränktem Maße eine Gesetzgebungskompetenz zuzuweisen (vgl. oben, a), unterlaufen⁴⁰.

f) Arbeitsschutz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG)

Der Arbeitsschutz im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG ist Teil des Arbeitsrechts und umfasst die öffentlich-rechtliche Gefahrenvorsorge gegenüber Gefahren, wie sie aus der Arbeit oder aus der Tatsache der rechtlichen Notwendigkeit der Anwesenheit am Arbeitsplatz aus sonstigen Gründen typischerweise erwachsen⁴¹. Gemeint ist der Schutz am Arbeitsplatz, nicht der Schutz des Arbeitsplatzes⁴². Unter den Arbeitsschutz fällt auch der Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens. Entsprechend hat der Bund in § 5 Abs. 1 der Verordnung über Arbeitsstätten (Arbeitsstättenverordnung – ArbStättV)⁴³ bestimmt, dass der Arbeitgeber die erforderlichen Maßnahmen zu treffen hat, damit die nicht rauchenden Beschäftigten in Arbeitsstätten wirksam vor den Gesundheitsgefahren durch Tabakrauch geschützt sind. Diese Regel wird

³⁶ Vgl. Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 2), Art. 74 Rn. 176 m.w.N.; Gremmer, Bay VBl. 1993, 225, 230.

³⁷ So auch Zuck, DÖV 1993, 936, 940. Kritisch Siekmann, NJW 2006, 3382, 3384, der dem Bund auch die Kompetenz für Regelungen zugesteht, die über den anlagenbezogenen Immissionsschutz hinausgehen.

³⁸ Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG (Fn. 7), Art. 74 Rn. 17.

³⁹ Vgl. Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG (Fn. 7), Art. 74 Rn. 61 a.

⁴⁰ Ebenda und BVerfGE 88, 203, 329.

⁴¹ Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG (Fn. 7), Art. 74 Rn. 115; vgl. auch Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 2), Art. 74 Rn. 115.

⁴² Oeter, ebenda.

⁴³ Verordnung vom 12.08.2004 (BGBl. I, S. 2179), geändert durch Art. 388 der Verordnung vom 31.10.2006 (BGBl. I, S. 2407).

allerdings durch § 5 Abs. 2 ArbStättV dahingehend eingeschränkt, dass in Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr der Arbeitgeber Schutzmaßnahmen nur insoweit zu treffen hat, als die Natur des Betriebes und die Art der Beschäftigung es zulassen. Vor allem der Bereich der Gaststätten ist damit aus dem Schutz der Arbeitsstättenverordnung ausgenommen.

Umstritten ist, inwieweit der Bund aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG eine Kompetenz zum Arbeitsschutz im Bereich des *öffentlichen Dienstes* herleiten kann. Während teilweise davon ausgegangen wird, dass der Bund eine Kompetenz nur zum Schutze derjenigen Arbeitnehmer hat, die nicht Angehörige des öffentlichen Dienstes sind⁴⁴, erstreckt sich nach anderer Auffassung die Bundeskompetenz auf alle abhängig Beschäftigten und damit auch auf die Angehörigen des öffentlichen Dienstes von Bund und Ländern einschließlich der Beamten und Richter⁴⁵. Nach herrschender Auffassung, der wohl auch das Bundesverfassungsgericht⁴⁶ folgt, ist zu differenzieren: Während *Angestellte* und *Arbeiter* im öffentlichen Dienst von Bund und Ländern unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG fallen, gilt dies *nicht* für Beamte und Richter; diese werden, soweit es um Bundesbeamte geht, von Art. 73 Nr. 8 GG erfasst; im Übrigen sind die Länder zuständig⁴⁷.

g) Annexkompetenzen

Daneben hat der Bund die Möglichkeit, als *Annex* zu seinen konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen zur Regelung der Schifffahrt (Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 GG), des Straßenverkehrs (Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG) sowie des sonstigen Schienenverkehrs, der nicht die Eisenbahnen des Bundes betrifft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 23 GG), auf die jeweiligen Verkehrsmittel begrenzte Rauchverbote zu erlassen⁴⁸. Von diesen Kompetenzen hat er teilweise bereits Gebrauch gemacht⁴⁹.

⁴⁴ So Zuck, DÖV 1993, 936, 943; Grote/Erdil, Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages (Fn. 5), S. 14. Im Ergebnis wohl auch Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG (Fn. 7), Art. 74 Rn. 29.

⁴⁵ Vgl. Siekmann, NJW 2006, 3382, 3384, der Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG sogar für Beamte und Richter der Länder anwenden will.

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 51, 43, 55.

⁴⁷ Vgl. Maunz, in: Maunz/ Dürig (Fn. 2), Art. 74 Rn. 166; Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/ Starck (Fn. 2), Art. 74 Rn. 113; Ossenbühl/Cornils (Fn. 5), S. 59 ff.; Rossi/Lenski, NJW 2006, 2657, 2659.

⁴⁸ Vgl. Rossi/Lenski, NJW 2006, 2657, 2659.

⁴⁹ Für eine Übersicht vgl. Ossenbühl/Cornils (Fn. 5), S. 91 und Jahn, MedR 1989, 227, 229.

h) Erforderlichkeitsklausel (Art. 74 Abs. 2 GG)

Mit Blick auf die möglichen Kompetenztitel des Bundes gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG (Maßnahmen gegen gemeingefährliche Krankheiten, Recht der Gifte), Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG (Luftreinhaltung) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Arbeitsschutz) ist die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung nach der im Zuge der Föderalismusreform erfolgten Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG nicht mehr zu prüfen.

Für den Fall, dass dem Bund eine Kompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG (Recht der Genussmittel) zustehen sollte, hat er gemäß Art. 72 Abs. 2 GG das Gesetzgebungsrecht dagegen nur, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.

Eine Regelung dient nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur dann der Herstellung *gleichwertiger Lebensverhältnisse* im Bundesgebiet, „wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet“⁵⁰. Es erscheint zumindest fraglich, inwieweit ohne bundeseinheitliche Regelung von einer derartigen Situation ausgegangen werden könnte⁵¹.

Nach den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätzen dient eine Regelung der Wahrung der *Rechtseinheit* im gesamtstaatlichen Interesse, wenn eine Gesetzesvielfalt auf Länderebene „eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen darstellt, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann“⁵². Es erscheint vertretbar, diese Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Schaffung eines bundesgesetzlichen allgemeinen Rauchverbots derzeit als gegeben anzusehen⁵³; jedoch dürfte insoweit eine andere Bewertung angezeigt sein, wenn es gelänge, durch ein abgestimmtes Vorgehen auf Länderebene einen weitgehend bundeseinheitlichen Nichtraucherschutz zu etablieren.

⁵⁰ BVerfGE 106, 62, 144.

⁵¹ Nach *Siekmann*, NJW 2006, 3382, 3385, erfüllt ein bundeseinheitliches Rauchverbot diese Voraussetzungen. Dagegen lässt sich nach *Rossi/Lenski*, NJW 2006, 2657, 2660, eine solche Entwicklung „in Bezug auf das Rauchen noch nicht einmal am Horizont erkennen“.

⁵² BVerfGE 106, 62, 145.

⁵³ Bejahend *Siekmann*, NJW 2006, 3382, 3385; *Grote/Erdil*, Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages (Fn. 5), S. 15. Ablehnend dagegen *Rossi/Lenski*, NJW 2006, 2657, 2660.

Der Wahrung der *Wirtschaftseinheit* im gesamtstaatlichen Interesse dient eine Regelung dem Bundesverfassungsgericht zufolge dann, „wenn Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich bringen“⁵⁴. Die Annahme, dass unterschiedliche Rauchverbotsregelungen in den Ländern zu derartigen erheblichen Nachteilen führen könnten, erscheint indes eher fernliegend.

i) Zwischenergebnis

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass dem Bund aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG eine konkurrierende Kompetenz zum Erlass eines allgemeinen Rauchverbots zuzubilligen ist. Ferner erscheint es vertretbar, eine konkurrierende Kompetenz hinsichtlich des Rechts der Gifte (Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG) sowie hinsichtlich des Rechts der Genussmittel (Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG) anzunehmen. Da eine Klärung in der Rechtsprechung noch aussteht, wäre ein auf diese Titel gestütztes bundesgesetzliches allgemeines Rauchverbot allerdings mit einem verfassungsrechtlichen Risiko behaftet. Für den Titel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG kommt noch hinzu, dass die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sein müssen; auch insoweit kann ein verfassungsrechtliches Risiko nicht in Abrede gestellt werden.

Dagegen hat der Bund eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Arbeitsschutzes (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG), die auch Regelungen zum Schutz der Nichtraucher umfasst. Nach herrschender Meinung umfasst diese Kompetenz auch die Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst von Bund und Ländern, nicht aber Beamte und Richter.

Daneben hat der Bund die Möglichkeit, als Annex zu verschiedenen konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen im Bereich des Verkehrsrechts (Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 bis 23 GG) auf die jeweiligen Verkehrsmittel begrenzte Rauchverbote zu erlassen.

Während es sich bei der Zuständigkeit aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG sowie den Annexkompetenzen zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 bis 23 GG um personen- bzw. raumbezogene Kompetenztitel handelt, die lediglich partielle Rauchverbot ermöglichen, ließe sich auf der Grundlage der Titel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 und 20 GG – sofern man diese als einschlägig erachtet – ein allgemeines und umfassendes bundesweites Rauchverbot zum Schutz der Nichtraucher erlassen⁵⁵.

⁵⁴ BVerfGE 106, 62, 147.

⁵⁵ Zum Verhältnis von Bundes- und Länderkompetenzen vgl. unten, II., 2.

Gesetzliche Rauchverbote können nach herrschender Meinung nicht unter den Titel der Luftreinhaltung gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG subsumiert werden, und auch der Bereich der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG ist nicht betroffen.

2. Ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes

Der Bund hat gemäß Art. 73 Nr. 8 GG die ausschließliche Zuständigkeit zur Regelung der Rechtsverhältnisse der im Dienstes des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechts stehenden Personen. Dieser Kompetenz geht zwar nach herrschender Meinung die auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gestützte Kompetenz in Bezug auf Angestellte und Arbeiter im öffentlichen Dienst vor⁵⁶; jedoch gibt Art. 73 Nr. 8 GG dem Bund in Bezug auf seine Beamten und Richter nach herrschender Meinung eine umfassende Regelungsbefugnis für das gesamte Dienstrecht, die auch die Kompetenz zum Erlass von Rauchverboten an deren Arbeitsplätzen umfasst⁵⁷.

Daneben hat der Bund – ähnlich wie Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung⁵⁸ – die Möglichkeit, als *Annex* zu den ausschließlichen Gesetzgebungsbefugnissen in den Bereichen des Luftverkehrs und des Eisenbahnverkehrs (Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 und 6a GG) raumbezogene Rauchverbote zu erlassen; wie auch bei den entsprechenden Annexkompetenzen im Rahmen der konkurrierenden Gesetzgebung hat er von dieser Möglichkeit bereits in einigen Fällen Gebrauch gemacht⁵⁹.

Schließlich dürfte der Bund auch eine ungeschriebene Kompetenz *kraft Natur der Sache* für ein raumbezogenes, umfassendes Rauchverbot in allen öffentlichen Gebäuden des Bundes haben⁶⁰. Insoweit wird man es zum Kernbereich der Organisationsgewalt des Bundes rechnen müssen, die Nutzung der im Bundesstaat seiner Verbandssphäre zugehörigen Verfassungs-, Verwaltungs- und Gerichtsgebäude autonom zu regeln. Ist es nämlich *verwaltungsrechtlich* anerkannt, dass das öffentlich-rechtliche Hausrecht dem jeweiligen Verwaltungsträger zusteht, so erscheint es nur schwer vorstellbar, nach der *verfassungsrechtlichen* Kompetenzordnung

⁵⁶ Vgl. oben, 1., f und Rossi/Lenski, NJW 2006, 2657, 2659.

⁵⁷ Vgl. Rossi/Lenski, NJW 2006, 2657, 2659; Grote/Erdil, Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages (Fn. 5), S. 15 f.

⁵⁸ Vgl. oben, 1., g.

⁵⁹ Eine Übersicht geben Ossenbühl/Cornils (Fn. 5), S. 90 f.

⁶⁰ Vgl. Ossenbühl/Cornils (Fn. 5), S. 80 f.; Zuck, DÖV 1993, 936, 944.

dem Landesgesetzgeber eine Kompetenz zur Regelung des Verhaltens von Nutzern und Besuchern in Bundeseinrichtungen einzuräumen⁶¹.

3. Verhältnis der Kompetenztitel zueinander

Sofern man vorliegend mehrere Kompetenzgrundlagen – der konkurrierenden sowie der ausschließlichen Gesetzgebung – für einschlägig erachtet, stellt sich die Frage nach einer Zuordnung der Materie des Nichtrauchererschutzes zu einer der in Frage kommenden Rechtsgrundlagen. Dabei ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf den Zweck der Regelung⁶², aber auch auf ihren unmittelbaren Gegenstand⁶³ abzustellen. In Zweifelsfällen ist eine Schwerpunktbildung⁶⁴ vorzunehmen.

Unter Anlegung dieser Maßstäbe ist zunächst nach dem Zweck gesetzlicher Rauchverbote bzw. nach ihrem unmittelbaren Gegenstand zu fragen. Rauchverbote dienen in erster Linie dem Schutz der Nichtraucher vor den Gefahren des Passivrauchens⁶⁵. Von allen genannten Kompetenzgrundlagen dürfte daher diejenige des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG – soweit man sie für einschlägig erachtet – Zweck und Gegenstand gesetzlicher Rauchverbote am besten erfassen. Denn Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG würde, ebenso wie die übrigen diskutierten Titel der konkurrierenden Gesetzgebung, den Erlass eines allgemeinen und umfassenden Rauchverbots, unabhängig von bestimmten Räumlichkeiten oder bestimmten Berufsgruppen, ermöglichen⁶⁶.

II. Befugnisse der Länder

1. Kompetenzen zum Erlass partieller Rauchverbote

Die Länder haben nach der Föderalismusreform die Zuständigkeit im Bereich des *Gaststättenrechts* (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG); diese Zuständigkeit dürfte auch den Erlass von raumbezogenen Rauchverboten umfassen⁶⁷. Ferner ist die Kompetenz des Bundes im *Hochschulrecht* auf die Hochschulzulassung und die Hochschulabschlüsse beschränkt worden (Art. 74 Abs. 1

⁶¹ So *Ossenbühl/Cornils* (Fn. 5), S. 80 f.; *Zuck*, DÖV 1993, 936, 944. Kritisch *Rossi/Lenski*, NJW 2006, 2657, 2660, die eine zwingende Notwendigkeit für eine bundesgesetzliche Regelung in Abrede stellen.

⁶² Vgl. BVerfGE 8, 104, 116.

⁶³ Vgl. BVerfGE 34, 139, 144; 58, 137, 145; 68, 319, 327 f.

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 80, 124, 132; 97, 228, 252; 98, 265, 299; 110, 141, 173. Vgl. auch *Oeter*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 2), Art. 70 Rn. 56; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG (Fn. 7), Art. 70 Rn. 4 und *Siekmann*, NJW 2006, 3382, 3384.

⁶⁵ Vgl. dazu oben, Fn. 5.

⁶⁶ Vgl. *Siekmann*, NJW 2006, 3382, 3384.

⁶⁷ Vgl. *Rossi/Lenski*, NJW 2006, 2657, 2660.

Nr. 33 GG); ein Rauchverbot betrifft diese Bereiche ersichtlich nicht, so dass für entsprechende raumbezogene Rauchverbote die Länder zuständig sind. Das *Schulrecht* liegt ohnedies traditionell in der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder; auch insoweit steht den Ländern die Kompetenz zum Erlass entsprechender raumbezogener Rauchverbote zu. Ferner wird man den Ländern, ebenso wie dem Bund, die Kompetenz zum Erlass von Rauchverboten zum Schutz ihrer *Beamten* und *Richter* zuerkennen müssen; die dem Bund nach der Föderalismusreform verbliebene konkurrierende Kompetenz zur Regelung der Statusrechte und –pflichten der Beamten der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie der Richter in den Ländern (Art. 74 Abs. 1 Nr. 27 GG) dürfte den Erlass von Rauchverboten nicht legitimieren. Schließlich wird man auch den Ländern eine ungeschriebene Kompetenz *kraft Natur der Sache* für ein raumbezogenes, umfassendes Rauchverbot in allen öffentlichen Gebäuden der Länder und Gemeinden einräumen müssen; insoweit kann auf die entsprechende Argumentation im Rahmen der Prüfung der Bundeskompetenzen verwiesen werden (oben, I. 2.).

2. Kompetenz zum Erlass eines allgemeinen und umfassenden Rauchverbots

Eines Rückgriffs auf die vorstehend aufgeführten raum- und personenbezogenen Kompetenzen bedürfte es allerdings dann nicht, wenn die Länder *allgemeine* und *umfassende* Rauchverbote auf ihre Kompetenz im Bereich des *Gesundheitsschutzes* stützen könnten. Insoweit ist es, wie oben dargestellt (unter I. 1. a), unstrittig, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG dem Bund, ungeachtet seiner Auslegung im Übrigen, jedenfalls keine Kompetenz für derartige *allgemeine* Maßnahmen des Gesundheitsschutzes verleiht. Ob aber der Bund ein allgemeines und umfassendes Rauchverbot als Maßnahme gegen die gemeingefährliche Krankheit Krebs erlassen könnte – Gleiches gilt für die übrigen in Frage kommenden Titel der konkurrierenden Gesetzgebung –, kann aus Sicht der Länder solange dahinstehen, wie der Bund von dieser möglichen Kompetenz keinen Gebrauch macht; denn gemäß Art. 72 Abs. 1 GG haben die Länder im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.

Können die Länder somit nach derzeitiger Rechtslage im Bereich des allgemeinen Gesundheitsschutzes tätig werden, so dürfte dies auch den Erlass *allgemeiner* und *umfassender* *Rauchverbote*, die lediglich die ausschließlich der Bundeskompetenz unterfallenden Bereiche aussparen müssten, rechtfertigen. Da es nämlich für die Zuordnung eines Regelungsgegenstands zu einem der Kompetenzbereiche des Bundes oder der Länder auf den Zweck der Regelung ankommt, wobei in Zweifelsfällen der Schwerpunkt maßgeblich ist⁶⁸, dürfte es vorlie-

⁶⁸ Siehe schon oben, I. 3.

gend nicht auf die erwähnten Gesetzgebungskompetenzen im Schulrecht, Hochschulrecht, öffentlichen Dienstrecht und Gaststättenrecht ankommen. Denn in der Sache geht es bei dem vorliegenden allgemeinen Rauchverbot nicht, jedenfalls nicht im Schwerpunkt, um Fragen der Schul- bzw. Hochschulbildung, des öffentlichen Dienstrechts oder des Gaststättenrechts⁶⁹. Auch die Kompetenz der Länder zur sachlichen Eigenorganisation der Landes- und Gemeindeeinrichtungen dürfte insoweit hinter die Landeskompetenz für den Bereich des allgemeinen Gesundheitsschutzes, die auch den Schutz vor den gesundheitlichen Gefahren durch Tabakrauch umfasst, zurücktreten. In Ermangelung eines bundesgesetzlichen allgemeinen und umfassenden Rauchverbots wird man daher davon ausgehen können, dass die Länder aufgrund ihrer Kompetenz im Bereich des allgemeinen Gesundheitsschutzes zum Erlass allgemeiner und umfassender Rauchverbote berechtigt sind.

Sollten die Länder von diesem Gesetzgebungsrecht Gebrauch machen, so könnte der Bund, sofern man einen der diskutierten Titel der konkurrierenden Gesetzgebung für einschlägig erachtet, seinerseits die landesrechtlichen Regelungen durch ein bundesweites allgemeines und umfassendes Rauchverbot aufheben (vgl. Art. 31 GG)⁷⁰; ein Abweichungsrecht für die Länder gemäß Art. 72 Abs. 3 GG bestünde in diesem Fall nicht.

Ein auf die Kompetenz zur Regelung des Gesundheitsschutzes gestütztes landesgesetzliches Rauchverbot umfasst kompetentiell auch die kommunale Ebene, die Teil der Landesstaatlichkeit ist; insoweit folgt aus dem Selbstverwaltungsrecht der Kommunen keine Sperrwirkung; gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG besteht die Selbstverwaltung nur im Rahmen der Gesetze. Die Regelungsbefugnisse der Kommunen, insbesondere deren Satzungsbefugnisse, aktualisieren sich mit anderen Worten erst, soweit und solange die Länder keine materiell-gesetzlichen Regelungen zum Nichtraucherschutz erlassen⁷¹.

⁶⁹ So zu Recht, allerdings mit Blick auf die Kompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 und 24 GG, *Siekmann*, NJW 2006, 3382, 3384.

⁷⁰ So sie h.M., vgl. *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG (Fn. 7), Art. 31 Rn. 5 mit Nachweisen auch zu der abweichenden Auffassung, die von einem bloßen Anwendungsvorrang des Bundesrechts ausgeht.

⁷¹ Vgl. *Rossi/Lenski*, NJW 2006, 2657, 2660.

C. Ergebnis

I. Kompetenzen des Bundes

1. Ausschließliche Kompetenzen

Der Bund hat gemäß Art. 73 Nr. 8 GG in Bezug auf seine Beamten und Richter nach herrschender Meinung eine umfassende *ausschließliche* Regelungsbefugnis zum Erlass von Rauchverboten an deren Arbeitsplätzen.

Daneben hat der Bund die Möglichkeit, als *Annex* zu den ausschließlichen Gesetzgebungsbefugnissen in den Bereichen des Luftverkehrs und des Eisenbahnverkehrs (Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 und 6a GG) raumbezogene Rauchverbote zu erlassen.

Schließlich dürfte der Bund auch eine ungeschriebene Kompetenz *kraft Natur der Sache* für ein raumbezogenes, umfassendes Rauchverbot in allen öffentlichen Gebäuden des Bundes haben.

2. Konkurrierende Kompetenzen

Es erscheint vertretbar, eine konkurrierende Kompetenz des Bundes zum Erlass eines Rauchverbots aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG (*Maßnahmen gegen gemeingefährliche Krankheiten / Recht der Gifte*) sowie hinsichtlich des Rechts der Genussmittel (Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG) anzunehmen. Da eine Klärung in der Rechtsprechung noch aussteht, wäre ein auf diese Titel gestütztes bundesgesetzliches allgemeines Rauchverbot allerdings mit einem verfassungsrechtlichen Risiko behaftet. Für den Titel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG kommt noch hinzu, dass die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erfüllt sein müssen; auch insoweit kann ein verfassungsrechtliches Risiko nicht in Abrede gestellt werden.

Dagegen hat der Bund eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz im Bereich des *Arbeitsschutzes* (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG), die auch Regelungen zum Schutz der Nichtraucher umfasst. Nach herrschender Meinung umfasst diese Kompetenz auch die Angestellten und Arbeiter im öffentlichen Dienst von Bund und Ländern, nicht aber Beamte und Richter.

Daneben hat der Bund die Möglichkeit, als *Annex* zu verschiedenen konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen im Bereich des *Verkehrsrechts* (Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 bis 23 GG) auf die jeweiligen Verkehrsmittel begrenzte Rauchverbote zu erlassen.

Während es sich bei der Zuständigkeit aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG sowie den Annexkompetenzen zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 21 bis 23 GG um personen- bzw. raumbezogene Kompetenztitel handelt, die lediglich partielle Rauchverbot ermöglichen, ließe sich auf der Grundlage der Titel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 und 20 GG – sofern man diese als einschlägig erachtet – ein *allgemeines* und *umfassendes* bundesweites Rauchverbot zum Schutz der Nichtraucher erlassen.

Gesetzliche Rauchverbote können nach herrschender Meinung *nicht* unter den Titel der *Luftreinhaltung* gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG subsumiert werden, und auch der Bereich der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG ist nicht betroffen.

II. Kompetenzen der Länder

1. Kompetenzen zum Erlass partieller Rauchverbote

Die Länder haben in den Bereichen der Schulen, Hochschulen und Gaststätten sowie kraft Natur der Sache in allen öffentlichen Gebäuden der Länder und Gemeinden die Kompetenz zum Erlass raumbezogener Rauchverbote.

Ferner wird man den Ländern, ebenso wie dem Bund, die Kompetenz zum Erlass von personenbezogenen Rauchverboten zum Schutz ihrer *Beamten* und *Richter* an deren Arbeitsplätzen zuerkennen müssen.

2. Kompetenz zum Erlass eines allgemeinen und umfassenden Rauchverbots

Die Befugnis für allgemeine Maßnahmen des Gesundheitsschutzes steht den Ländern und nicht dem Bund zu. Diese Befugnis legitimiert prinzipiell auch den Erlass allgemeiner und umfassender Rauchverbote, die auch die kommunale Ebene einbeziehen und die lediglich die ausschließlich der Bundeskompetenz unterfallenden Bereiche ausparen müssen.

Hinter diese Landeskompetenz für den Bereich des allgemeinen Gesundheitsschutzes, die auch den Schutz der Nichtraucher vor den gesundheitlichen Gefahren durch Tabakrauch umfasst, dürften die unter 1. erwähnten Landeskompetenzen zum Erlass partieller Rauchverbote zurücktreten.

Die Frage, ob der Bund ein auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG als Maßnahme gegen die gemeingefährliche Krankheit Krebs gestütztes allgemeines und umfassendes Rauchverbot erlassen könnte, kann aus Sicht der Länder solange dahinstehen, wie der Bund von dieser möglichen Kompetenz keinen Gebrauch macht; gleiches gilt mit Blick auf die übrigen in Rede stehenden Titel der konkurrierenden Gesetzgebung. Denn gemäß Art. 72 Abs. 1 GG haben die Länder im Bereich der konkurrierenden

Gesetzgebung die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat.

In Ermangelung eines bundesgesetzlichen allgemeinen und umfassenden Rauchverbots wird man daher davon ausgehen können, dass die Länder aufgrund ihrer Kompetenz im Bereich des allgemeinen Gesundheitsschutzes zum Erlass allgemeiner und umfassender Rauchverbote berechtigt sind.

Sollten die Länder von diesem Gesetzgebungsrecht Gebrauch machen, so könnte der Bund, sofern man einen der in Rede stehenden Titel der konkurrierenden Gesetzgebung für einschlägig erachtet, seinerseits die landesrechtlichen Regelungen durch ein bundesweites allgemeines und umfassendes Rauchverbot aufheben (vgl. Art. 31 GG); ein Abweichungsrecht für die Länder gemäß Art. 72 Abs. 3 GG bestünde in diesem Fall nicht.

Wissenschaftlicher Dienst