

Prof. Dr. Wolfgang Löwer
Bonn

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
17. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
17/823

A04, A01

Stellungnahme
zu Drucksache 17/2555

**Anhörung des Ausschusses für Familie, Kinder und Jugend und des
Ausschusses für Arbeit, Gesundheit und Soziales**

am 27. September 2018

I. Ich beginne mit dem konkreten Anliegen der EntschlieÙung, einem Gesetz, das das *Rauchen in Kraftfahrzeugen untersagt*, wenn Kinder zu den Beifahrern gehören.

1. Kompetenziell zielt die EntschlieÙung auf eine Bundesratsgesetzgebungsinitiative, mit der der Passivraucherschutz für Kinder in Kraftfahrzeugen durch ein Rauchverbot an den Fahrer verbessert werden soll – und nicht auf die Möglichkeit eigener Landesgesetzgebung, so dass immerhin gefragt werden kann, ob das Land nicht selbst gesetzgeberisch tätig werden könnte.

Die Kompetenzrechtsslage des Nichtraucher-schutzes ist in der Sache zersplittert, weil der Bund seine Regelungskompetenz nicht ausgeschöpft hat: In BVerfGE 121, 317 (vom 30.07.2008) ging es um Nichtraucher-schutz in Gaststätten kraft Landesrechts. Weil der Bundesgesetzgeber damals seine Gesetzgebungskompetenz in Sachen Nichtraucher-schutz nur im Arbeitsstätten-schutz wahrgenommen hatte, war die etwaige Bundeskompetenz für dieses Regelungsthema nicht abschließend in Anspruch genommen, so dass Raum blieb für die Regelung in Gaststätten durch Landesrecht (Art. 72 Abs. 1 GG, s. BVerfGE 121, 317 (347)). Der Bund hat mit Art. 74 Nr. 20 GG zwar eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für den Schutz vor Passivrauchen (s. Rupert Stettner, ZG 2007, 173 ff.), hat diese aber auch mit dem Bundesnichtraucherschutzgesetz 2007 nicht erschöpft, weil dort nur Regelungen für „Bundeseinrichtungen“ getroffen

sind. Es gibt also keine Ausschöpfung des Kompetenzthemas „ Passivrauchen durch den Bund.

Das Land scheint insoweit selbst gesetzgebungsbefugt, so dass es auf den Bundesgesetzgeber nicht angewiesen sein könnte (es hat ja auch das bundesweit tiefdringendste Nichtraucherschutzrecht in Gaststätten gesetzt). Die verwendeten Konjunktive sind indes kein Zufall: Ob der Passivraucherschutz im Kraftfahrzeug seine kompetenzielle Heimstatt im Recht der Genussmittel und Bedarfsgegenstände finden würde, ist so sicher nicht. Als konkurrierende Kompetenzgrundlage käme auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG - Straßenverkehr in Betracht. Bei solchen Kompetenzkonkurrenzen kommt es auf die Spezialität an, wenn es um die Frage des abschließenden Gebrauchs einer Gesetzgebungskompetenz durch den Bundesgesetzgeber geht. Wäre also Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG als Kompetenzgrundlage einschlägig und wäre es die speziellere Regelung, würde die Frage wichtig, ob der Bund von Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG abschließend – und also die Länder ausschließend (Art. 72 Abs.1 GG) – Gebrauch gemacht hat.

Ein Verbot des Rauchens im Auto betrifft das Verhalten von Verkehrsteilnehmern im Kraftfahrzeug – vergleichbar dem Verbot der Mobiltelefonbenutzung. Der Schutzzweck betrifft auch andere Verkehrsteilnehmer (jugendliche Beifahrer). Auch jenseits des Verbotszwecks des Passivrauchens würde die Sicherheit im Straßenverkehr durch ein Rauchverbot an den Fahrer erhöht. Von daher spricht viel dafür, dass die Straßenverkehrsordnung der richtige Regelungsort für eine solche Verbotsnorm wäre. Die Straßenverkehrsordnung und das weitere Straßenverkehrsrecht sind aber erkennbar abschließend geregelt, so dass der Landesgesetzgeber keine Gesetzgebungsbefugnis für den kindlichen Passivraucherschutz im Kraftfahrzeug hat. Dieses Ergebnis drängt sich auch deshalb auf, weil eine Regelung des Themas nur für Kraftfahrzeuge, die auf Straßen in Nordrhein-Westfalen verkehren, wenig sinnvoll erscheint.

Ergebnis: Kompetenziell ist der Weg über eine Bundesratsinitiative der einzig gangbare Weg (der allerdings im Bundestag auch ohne solche Ermunterung gegangen werden soll).

2. Der Landtag darf mit seiner EntschlieÙung von der Landesregierung keine Zielverfolgung verlangen, die nicht mit der Verfassung vereinbar ist. Grundrechtlich bestehen gegen einen Passivraucherschutz von Minderjährigen in Kraftfahrzeugen indes im Ergebnis keine Bedenken.

a.) Man könnte auch an Art. 6 Abs. 2 GG (elterliches Erziehungsrecht) denken, obwohl dem schon entgegenstehen könnte, dass die Pflichten jeden Autofahrer (und erwachsenen Beifahrer) treffen, wenn ein Kind mitfährt und nicht gerade (nur) Vater und Mutter als Führer eines Kraftfahrzeuges. Selbst wenn man annehmen wollte, dass die Pflichtbindung durch die Verbotsnorm Eltern im Verhältnis zu ihrem Kind „irgendwie“ besonders träfe, bleibt die Erwägung der Betroffenheit des Elternrecht letztlich abwegig: Rauchen im Kraftfahrzeug in Anwesenheit der eigenen Kinder ist keine erzieherische Maßnahme, nichts was spezifisch das Eltern-Kind-Verhältnis beträfe – außer, dass das eigene Kind durch das Elternverhalten potentiell gefährdet wird. In einer solchen Lage darf der Gesetzgeber selbstverständlich korrigierend eingreifen, ohne das Elternrecht abwägend in Rechnung stellen zu müssen.

b.) Mit der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) ist das angestrebte Verbot vereinbar.

Tatbestandlich ist Art. 2 Abs. 1 GG – allgemeine Handlungsfreiheit für ein Rauchverbot in einem Kraftfahrzeug bei mitfahrenden Minderjährigen einschlägig. Thesen, die darauf abzielen, den Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG nicht zu eröffnen, wenn die verbotenen Verhaltensweisen offenkundig sozialschädlich sind (Nachw. bei Udo Di Fabio, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 16) oder wenn sie selbstgefährdend (und fremdgefährdend) sind (Udo Di Fabio a.a.O. Rn. 50 f.), haben sich zu Recht nicht durchsetzen können, weil sie Schutzbereichsbeschränkungen und Eingriffsrechtfertigung nicht hinreichend trennen.

Seit dem Haschisch-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts kann für die Staatspraxis darüber nicht mehr sinnvoll gestritten werden (BVerfGE 90, 145). Art. 2 Abs. 1 GG schützt also auch die Freiheit zu rauchen (Udo Di Fabio a.a.O. Rn 50).

Die Grundrechtseinschränkung durch eine angestrebte Verbotsnorm muss am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gemessen werden.

Dabei sind keine Erwägungen zu einer etwaigen Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers hinsichtlich des Gefährdungspotentials des Passivrauchens von Kindern im engen Raum des Kraftfahrzeuges erforderlich (so noch BVerfGE 121, 317 (350)). Es ist einigermaßen evident, dass Kindes im engen Raum eines Kraftfahrzeuges besonders intensiv „mitrauchen“. Wenn der Nichtraucherchutz das Rauchverbot in Gaststätten rechtfertigt (BVerfGE 121, 317 (350)), ist es erst Recht zugunsten Minderjähriger im Kraftfahrzeug gerechtfertigt. Auch das Rahmenabkommen, auf das der Entschließungsantrag Bezug nimmt, stellt dazu in Art. 8 Abs. 1 fest: „Die Vertragsparteien erkennen an, dass wissenschaftliche Untersuchungen eindeutig bewiesen haben, dass Passivrauchen Tod, Krankheit und Invalidität verursacht.“

Ergebnis: Ein Rauchverbot in Kraftfahrzeugen zugunsten mitfahrender Kinder ist grundrechtskonform.

II. Die *Kostenfreiheit von Rauchstoppprogrammen* als Leistung der Krankenversicherung ist ebenfalls nicht auf ein verfassungswidriges Ziel gerichtet. Kompetenziell handelt es sich dabei um eine Maßnahme der Sozialversicherung, ein Begriff, der in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 und in Art. 87 Abs. 2 GG gleich (Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl., 2016, Art. 87 Rn 11) und weit (Pieroth a.a.O. Art. 74 Rn. 35) verstanden wird. Da die Krankenversicherung die Behandlung von Krankheiten bezahlt, die kausal auf dem Nikotingenuss beruhen, darf sie auch Präventionsmaßnahmen zur Verhinderung solcher Krankheiten bezahlen.

Der Leistungsumfang der sozialen Krankenversicherung ist wohl nicht vollständig gesetzesabhängig, so dass das Leistungspaketes exekutiv erweitert werden kann.

Allerdings ist die Landesregierung hier nicht gleichermaßen „ingerenzfähig“ wie bei einer Bundesratsinitiative. Die EntschlieÙung lässt das erkennen, wenn verlangt wird, die Landesregierung solle gemeinsam mit der Bundesregierung, 15 anderen Bundesländern in Absprache mit den (autonomen) gesetzliche Krankenkassen reden. Auch hier darf die Landeregierung allerdings nur tätig werden, wenn sie damit nicht Verfassungsrecht verletzt. Geprüft werden muss insoweit, ob die Programme verhältnismäßig sind im Sinne der Effektivität des Mitteleinsatzes. Aber möglicherweise ist das kein Problem (mir fehlt jede Kenntnis in diesem Sachbereich).

III. Was die Aussage betrifft, Deutschland hinke weit hinter den Verpflichtungen aus dem *WHO Framework Convention on Tobacco Control* her, liegen die Dinge nicht so evident, wie der EntschlieÙungsantrag vorgibt.

Der Vertrag verlangt z.B. Schutz vor Passivrauchen nach Art. 8 an Arbeitsplätzen (gibt es), dem öffentlichen Transport (gibt es) und geschlossenen öffentlich zugänglichen Räumen(=Gastronomie) (gibt es – in NRW zumindest perfekt) sowie in anderen öffentlichen Räumen(gibt es(. Das heute anzuregende, noch inexistente Verbot des Rauchens in Kraftfahrzeugen mit Kindern als Mitpassagiere wird von dem Vertrag hingegen nicht explizit gefordert.

Das Werbeverbot (Art. 13 des Vertrages) ist zwar umfassend ausgestaltet, macht aber den Vorbehalt, dass ein vollständiges Werbeverbot eventuell mit den verfassungsrechtlichen Grundsätzen eines Signatarstaates unvereinbar sein könnte. (Es würde mich nicht wundern, wenn dieser Vorbehalt auf deutsche Initiative in den Vertrag aufgenommen worden sein sollte.)

So gesehen wäre zu fragen, ob ein vollständiges Werbeverbot für Zigaretten und Tabakprodukte mit Art. 12 Abs. 1 GG der Tabakhersteller und -vertreiber

vereinbar wäre. Nach Europäischem Recht und nach dem Tabakerzeugnisgesetz ist jedenfalls bisher kein umfassendes Verbot geltendes Recht – mglw. wegen durchgreifender (?) verfassungsrechtlicher Bedenken. In anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ist das anders.

Ich vermag die Verfassungsrechtsfrage für die Zwecke dieser Anhörung nicht zu entscheiden, wenn ich auch Zweifel habe, ob sich die Verfassung erfolgreich gegen ein „totales“ Werbeverbot auf die Mensur schicken ließe.

Wolfgang Löwer

Bonn, am 24.09.2018