

VERÖFFENTLICHUNGEN DES INSTITUTS
FÜR DEUTSCHES, EUROPÄISCHES
UND INTERNATIONALES MEDIZINRECHT,
GESUNDHEITSRECHT UND BIOETHIK
DER UNIVERSITÄTEN HEIDELBERG UND MANNHEIM

23

CHRISTIAN UELTZHÖFFER

Die staatliche Einflussnahme auf den Tabakkonsum von Kindern und Jugendlichen in Deutschland

 Springer

Herausgegeben von
Görg Haverkate, Thomas Hillenkamp, Lothar Kuhlen, Adolf Laufs,
Eibe Riedel, Jochen Taupitz (Geschäftsführender Direktor)

Christian Ueltzhöffer

Die staatliche Einflussnahme
auf den Tabakkonsum
von Kindern und Jugendlichen
in Deutschland

Reihenherausgeber:

Professor Dr. Görg Haverkate
Professor Dr. Dr. h.c. Thomas Hillenkamp
Professor Dr. Lothar Kuhlen
Professor Dr. Dr. h.c. Adolf Laufs
Professor Dr. Eibe Riedel
Professor Dr. Jochen Taupitz (Geschäftsführender Direktor)

Autor:

Christian Ueltzhöffer
Ludwigstraße 73
67059 Ludwigshafen
rechtsanwalt.uelthoefner@datevnet.de

ISBN 3-540-22686-9 Springer-Verlag Berlin Heidelberg New York

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Springer ist ein Unternehmen von Springer Science+Business Media

springer.de

© Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2005
Printed in Germany

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: Erich Kirchner, Heidelberg

Layoutarbeiten: Schreib- und Korrekturservice Manuela Ebert, Mannheim

SPIN 11308188

64/3130-5 4 3 2 1 0 – Gedruckt auf säurefreiem Papier

Vorwort

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2003/2004 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht –Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen.

All denen, die mich bei der Fertigstellung der vorliegenden Arbeit unterstützt haben, möchte ich an dieser Stelle herzlich danken.

Besonderen Dank schulde ich meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Görg Haverkate für die hilfreiche und wohlwollende Betreuung der Arbeit. Für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Privatdozent Dr. Christian Seiler.

Herrn Dr. Wolfgang Scheuermann danke ich für die stets konstruktiven Diskussionen und Anregungen insbesondere in der ersten Phase der Arbeit.

Mein herzlicher Dank gilt schließlich meiner Ehefrau für ihre liebevolle Unterstützung und Motivation in jeder Phase der Arbeit sowie meinen Eltern, die mir die Ausbildung ermöglicht und mich in jeder Hinsicht gefördert haben. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Waldsee, im Juni 2004

Christian Ueltzhöffer

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Einleitung und Gang der Untersuchung	1
1. Teil: Grundlagen	5
1. Abschnitt: Geschichtlicher Überblick über das Rauchen	5
2. Abschnitt: Das Rauchverhalten als empirischer Hintergrund normativer Gestaltung	8
A. Die Raucherquote betrachtet nach Altersgruppen	8
I. Der allgemeine Trend.....	8
II. Die Altersgruppe der 12- bis 17-Jährigen	9
B. Der tägliche Tabakkonsum.....	9
C. Der Rauchbeginn.....	9
D. Fazit.....	10
2. Teil: Der staatliche Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Rauchens	11
1. Abschnitt: Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Gewährung staatlichen Schutzes	11
A. Staatliche Eingriffe zum Schutz des minderjährigen Rauchers vor sich selbst	11
I. Das Rauchen als Ausübung eines Rechts auf Selbstgefährdung	12
II. Aufgedrängter Grundrechtsschutz in der Rechtsprechung des BVerfG	15
1. Die Beschlüsse zur Schutzhelmtragepflicht und Gurtpflicht.....	15
2. Der Beschluß zur Unterbringung psychisch Kranker	17
3. Der Haschisch – Beschluß.....	19
4. Zusammenfassung	19
B. Die grundrechtliche Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG	20
I. Die grundrechtlichen Ausgangspositionen.....	21
1. Die abwehrrechtliche Funktion	21
2. Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten	21
a) Schutzpflichten als Ausfluß des abwehrrechtlichen Gehalts der Grundrechte	21
b) Schutzpflichten als Ausfluß der objektiven Wertordnung	22
II. Der Tatbestand der grundrechtlichen Schutzpflicht.....	23
1. Die Gefährdungslage für ein grundrechtliches Schutzgut	24

a) Das Schutzgut der körperlichen Unversehrtheit.....	24
b) Die Gefährdungsintensität als schutzpflichtaktivierendes Moment.....	25
2. Das Erfordernis des Eingriffs eines Dritten.....	26
a) Der Schutz vor Selbstschädigung.....	26
b) Stellungnahme	28
3. Die wertende Ermittlung eines Dreiecksverhältnisses	31
4. Zusammenfassung.....	35
C. Der Kinder- und Jugendschutz	36
I. Die Verankerung des Kinder- und Jugendschutzes im Grundgesetz... 36	
1. Der Jugendschutz als Grundrechtsschranke	36
2. Der Kinder- und Jugendschutz in der Rechtsprechung des BVerfG.....	37
a) Das verfassungsrechtlich bedeutsame Interesse am Kinder- und Jugendschutz	38
b) Der Kinder- und Jugendschutz als Rechtsgut von Verfassungsrang	38
aa) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Minderjährigen aus Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG.....	39
bb) Das Recht auf „Person – Werden“	41
cc) Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG	42
dd) Das Verhältnis zwischen Elternrecht und dem Recht auf „Person – Werden“ des Minderjährigen	43
3. Zusammenfassung.....	44
II. Der Wandel von der Schutz Aufgabe zur Schutzpflicht	44
1. Die grundrechtlichen Wurzeln des Kinder – und Jugendschutzes als Grundlage der staatlichen Schutzpflicht	45
a) Der objektiv – rechtliche Gehalt des Elternrechts.....	45
b) Der objektiv – rechtliche Gehalt des Rechts auf „Person – Werden“	46
2. Zusammenfassung.....	48
3. Die Vorgaben an die Reichweite der Schutzpflicht.....	48
a) Der Prinzipiencharakter grundrechtlicher Schutzpflichten	48
b) Die gerichtliche Überprüfbarkeit des staatlich gewährleisteten Schutzniveaus	50
aa) Die Evidenzkontrolle.....	51
bb) Das Untermaßverbot	51
D. Fazit.....	52
2. Abschnitt: Die normative Ausgestaltung der staatlichen Schutzpflicht vor den Gefahren des Aktivrauchens	53
A. Gesetzesrecht	53
I. Die Rauchverbote für Kinder und Jugendliche	53
1. Das Rauchverbot aus § 10 Abs. 1 Alt. 2 JuSchG	54
2. Die Rauchverbote in Schulen.....	56
II. Die Beschränkungen der Abgabe von Tabakwaren an Minderjährige.....	57

1. Das Abgabeverbot und Automatenvertriebsverbot für Tabakwaren aus § 10 Abs. 1 Alt. 1 und Abs. 2 JuSchG	57
2. Das Verbot der Abgabe von Tabak an Jugendliche durch den Arbeitgeber aus § 31 Abs. 2 S. 2 JArbSchG	59
3. Das Verbot des Einkaufs von Tabakwaren aus § 2 Abs. 1 Nr. 2 KindArbSchV	60
III. Die Beschränkungen der Tabakwerbung	61
1. Die Beschränkung der Tabakwerbung aus § 22 Abs. 2 Nr. 1 b LMBG	61
2. Weitere Werberegungen für Tabakerzeugnisse aus § 22 LMBG	62
3. Die Beschränkung der Kinowerbung aus § 11 Abs. 5 JuSchG.....	62
IV. Die Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen aus §§ 2, 3 TabKTHmV	63
B. Exkurs: Selbstdisziplinäre Regelungen	63
I. Jugendschützende Richtlinien des Verbandes der Zigarettenindustrie (VdC)	64
II. Jugendschützende Richtlinien des Bundesverbandes Deutscher Tabakwaren – Großhändler und Automatenaufsteller (BDTA)	64
C. Würdigung der bestehenden normativen Situation.....	65
I. Die Rauchverbote.....	65
II. Der Bezug von Tabakwaren.....	66
III. Die Beschränkungen der Tabakwerbung und die Kennzeichnungspflichten.....	69
D. Fazit.....	70

3. Teil: Gesetzliche Reformen für einen verbesserten Schutz von Kindern und Jugendlichen vor den Gefahren des Aktivrauchens 73

1. Abschnitt: Verbot des Automatenvertriebes von Tabakwaren	73
A. Einleitung	73
B. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz.....	75
I. Berufsfreiheit gem. Art. 12 GG.....	75
1. Eingriff in den Schutzbereich	75
2. Verfassungsmäßigkeit des Eingriffs	76
a) Gesetzgebungszuständigkeit	79
b) Verbesserung des Jugendschutzes als vernünftige Erwägung des Gemeinwohls.....	79
c) Geeignetheit der Maßnahme	81
d) Die Erforderlichkeit der Maßnahme	84
e) Die Zumutbarkeit der Maßnahme	85
aa) Situation der Automatenaufsteller	85
bb) Gesetzgeberischer Zweck.....	87
cc) Erfordernis einer Übergangsregelung.....	87
3. Zusammenfassung	92
II. Eigentumsfreiheit gem. Art. 14 GG.....	92
1. Eingriff in den Schutzbereich	92

a) Eigentumsbegriff.....	93
b) Abgrenzung der Schutzbereiche von Art. 14 GG und Art. 12 GG	94
2. Zusammenfassung	96
III. Allgemeine Handlungsfreiheit der erwachsenen Raucher gem. Art. 2 Abs. 1 GG	96
IV. Fazit.....	97
2. Abschnitt: Umfassendes Werbeverbot für Tabakerzeugnisse in Deutschland.....	97
A. Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz	99
I. Meinungsäußerungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GG.....	99
1. Einbeziehung der Wirtschaftswerbung in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG	99
a) Überwiegende Auffassung im Schrifttum	100
b) Gegenposition	103
c) Stellungnahme zum Schrifttum.....	104
d) Spruchpraxis des BVerfG hinsichtlich der Einbeziehung der Wirtschaftswerbung in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG	105
e) Mindestanforderungen an die Ausgestaltung der Werbung	108
2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung.....	110
a) Schranken.....	111
aa) Jugendschutzbestimmungen	111
bb) Allgemeine Gesetze	111
cc) Verfassungsimmanente Schranken.....	114
b) Auflösung der Kollisionslage.....	115
aa) Geeignetheit der Maßnahme.....	115
(1) Werbewirkungen.....	116
(2) Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers.....	121
bb) Erforderlichkeit der Maßnahme	122
cc) Zumutbarkeit der Maßnahme	123
(1) Rechtsgut des Gesundheitsschutzes	124
(2) Spannungsverhältnis zwischen Gesundheitsschutz und Recht auf Selbstgefährdung	124
(3) Das Schutzgut der Meinungsfreiheit.....	125
II. Informationsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GG.....	127
III. Pressefreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 1. Alt. GG.....	128
IV. Berufsfreiheit gem. Art. 12 GG.....	130
V. Eigentumsfreiheit gem. Art. 14 Abs. 1 GG	132
1. Eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb.....	133
2. Warenzeichen	134
B. Vereinbarkeit mit europäischem Gemeinschaftsrecht	136
I. Verstoß gegen Art. 28 EGV	136
1. Dassonville – Formel.....	136
2. Keck – Entscheidung.....	137
II. Rechtfertigung des Tabakwerbeverbots.....	139

1. Art. 30 EGV	139
2. Cassis – Formel	140
C. Fazit	141
3. Abschnitt: Auferlegung einer Gesundheitsabgabe auf Tabakwaren	142
A. Einführung: Verhaltenslenkung durch Abgaben	142
B. Rechtsnatur der Gesundheitsabgabe	144
I. Gesundheitsabgabe als nichtsteuerliche Abgabe	144
1. Gesundheitsabgabe als Vorzugslast	145
a) Gebühr	145
b) Beitrag	147
2. Gesundheitsabgabe als Sonderabgabe	148
a) Erfordernis der Abgrenzung von Sonderabgabe und Steuer ...	148
b) Entwicklung der Sonderabgabe zum eigenständigen Abgabentypus in der Rechtsprechung des BVerfG	151
aa) Entscheidung zur Ausbildungsplatzförderungsabgabe	151
bb) Entscheidung zur Schwerbehindertenausgleichsabgabe ...	151
cc) Entscheidung zum Investitionshilfegesetz	152
dd) Gefestigte Rechtsprechung zu den Sonderabgaben	153
c) Anwendung der Kriterien auf die Gesundheitsabgabe	153
aa) Gesetzgebungskompetenz	153
(1) Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG – öffentliche Fürsorge	155
(2) Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG – Recht der Wirtschaft	155
(3) Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG – Maßnahmen gegen gemeingefährliche und übertragbare Krankheiten	156
(4) Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG – Schutz beim Verkehr mit Lebens- und Genußmitteln	157
bb) Homogene Gruppe	158
cc) Sachnähe und Gruppenverantwortung	160
dd) Gruppennützige Verwendung des Abgabenaufkommens ..	162
d) Zusammenfassung	163
II. Gesundheitsabgabe als Steuer	163
1. Wesensmerkmale des Steuerbegriffs	164
a) Finanzierungsfunktion der Steuer als Lenkungsinstrument ...	164
b) Gesetzliche Zweckbindung des Abgabenaufkommens	166
2. Gesundheitsabgabe als Verbrauchsteuer	167
C. Fazit	168
4. Abschnitt: Die Rahmenkonvention über Tabakkontrolle der Weltgesundheitsorganisation	168
A. Überblick über den Inhalt der Rahmenkonvention	169
I. Präambel und Allgemeiner Teil	170
II. Einzelne Maßnahmen zur Senkung des Tabakkonsums	171
1. Preisorientierte Maßnahmen	171
2. Kennzeichnungspflichten und Warnhinweise	171
3. Aufklärungskampagnen	172
4. Tabakwerbeverbot	172
5. Abgabeverbot von Tabakwaren an Minderjährige	173

B. Das Zustandekommen der Rahmenkonvention	174
I. Kompetenz zum Erlaß der Konvention	174
II. Beschlußfassung durch die Weltgesundheitsversammlung	175
III. Herbeiführung innerstaatlicher Rechtsbindung	176
Gesamtergebnis	177
Literaturverzeichnis.....	179

Einleitung und Gang der Untersuchung

Gegenstand dieser Untersuchung ist das Phänomen des Rauchens¹ von Kindern und Jugendlichen unter dem Aspekt der normativen Einflußnahme durch den Gesetzgeber. Dabei sind die verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Gesetzgeber, das derzeitige regulatorische Umfeld und die zentralen gesetzlichen Reformen bzw. Reformansätze auf diesem Gebiet zu erörtern.

Die Konzentration des Untersuchungsansatzes auf die gesetzliche Einflußnahme auf das Rauchverhalten von Minderjährigen erfolgt vor allem daher, daß diese Problematik in der juristischen Literatur bislang im Gegensatz zu anderen mit dem Rauchen verknüpften Themen² vernachlässigt wird, obwohl sich die Frage der Schutzbedürftigkeit vor mit dem Rauchen verbundenen Gesundheitsgefährdungen bei Kindern und Jugendlichen in zugespitzter Form stellt. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, daß nach wie vor das Rauchen von Kindern und Jugendlichen trotz wissenschaftlich erwiesener und in der Rechtsprechung anerkannter Gesundheitsschädlichkeit weit verbreitet ist. Das Bundesverfassungsgericht hat im Rahmen eines Beschlusses, Tabakerzeugnisse mit Warnhinweisen zu kennzeichnen, deutlich formuliert, daß nach heutigem medizinischen Kenntnisstand gesichert sei, daß Rauchen Krebs sowie Herz- und Gefäßkrankheiten verursache und damit zu tödlichen Krankheiten führe³. Die besondere Brisanz der im Rahmen dieser Untersuchung behandelten Thematik liegt nun darin, daß die Grundlage für einen dauerhaften Tabakkonsum ganz überwiegend in der Jugend geschaffen wird. Studien haben ergeben, daß 90 % der Neukonsumenten bis zu einem Alter von neunzehn Jahren mit dem Rauchen begonnen haben⁴. Die Konsumententscheidung fällt somit zumeist in die sensible Entwicklungsphase der Kindheit und Jugend, in der die Voraussetzungen für eine souveräne und im Hinblick auf die Gesundheit weitreichende Entscheidung noch nicht vorhanden sind. Es erscheint daher sinnvoll, das Augenmerk auf gesetzliche Maßnahmen zu richten, die darauf abzielen,

¹ Die Begriffe Rauchen und Tabakkonsum werden synonym verwendet, da andere Formen des Tabakkonsums wie der Genuß von Kautabak oder Schnupftabak weit weniger verbreitet sind und hier daher vernachlässigt werden sollen.

² Hauptsächlich zur Thematik des Passivrauchens, vgl. Löwisch, Der Erlaß von Rauchverboten zum Schutz vor Passivrauchen am Arbeitsplatz, Beilage zu Der Betrieb, Heft 8 / 1979; Rahmede, Passivrauchen: Gesundheitliche Wirkungen und rechtliche Konsequenzen; Wöckel, Körperverletzung durch Passivrauchen; Zapka, Passivrauchen und Recht: Eine kritische Bestandsaufnahme der Rechtsprechung.

³ BVerfG, Beschluß vom 22.01.1997, 2 BvR 1915 / 91, DVBl 1997, S. 548 ff. (549).

⁴ Vgl dazu: Wetterer / Troschke, Smoker Motivation, S. 68.

daß der Rauchbeginn nicht zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem eine mündige Konsumentscheidung generell noch nicht möglich ist. Angesichts dieser Sachlage mehrten sich die Forderungen an die Politik, ihrer Verantwortung gegenüber Kindern und Jugendlichen nachzukommen und auf gesetzlicher Ebene effektiver gegen den Tabakkonsum dieser Zielgruppe vorzugehen⁵. Diese zumeist von wissenschaftlicher und ärztlicher Seite vorgebrachten Anregungen begegnen einer Reihe von verfassungsrechtlichen Bedenken, die im Rahmen dieser Untersuchung näher betrachtet werden.

Der in Zeiten des Bemühens um einen schlanken Staat und Deregulierung möglicherweise auftretenden Skepsis gegenüber dem Untersuchungsgegenstand ist schon an dieser Stelle mit dem Hinweis entgegenzutreten, daß es dem Verfasser nicht darum geht, staatlicher Regelungswut Vorschub zu leisten. Es soll vielmehr ein sachlicher Beitrag aus verfassungsrechtlicher Perspektive zu einer oftmals emotional geführten Diskussion geleistet werden, die durch den Ruf nach staatlichem Handeln auf der einen Seite und verfassungsrechtlichen Bedenken auf der anderen Seite geprägt ist.

Mit der Untersuchung sollen im wesentlichen drei Ziele verfolgt werden:

1. Die Erarbeitung der verfassungsrechtlichen Vorgaben, denen der Gesetzgeber in Deutschland bei einer regulatorischen Einflußnahme auf den Tabakkonsum von Minderjährigen unterliegt.
2. Die Anwendung der erarbeiteten verfassungsrechtlichen Erkenntnisse auf das bestehende normative Umfeld des Aktivrauchens von Kindern und Jugendlichen.
3. Die verfassungsrechtliche Würdigung gesetzlicher Reformen und Reformvorschläge, die einen verbesserten Schutz der Minderjährigen vor den Gefahren des Aktivrauchens gewährleisten sollen.

Diese Ziele der Untersuchung werden in drei Teilen erarbeitet. Der Gang der Untersuchung beginnt in dem ersten Teil mit einer einleitenden Darstellung des Rauchens in seiner historischen Entwicklung.

Durch die Erfassung des Rauchens als eine historisch gewachsene Erscheinung wird begreiflich, warum staatliche Reglementierungen in diesem Bereich besonders konfliktbeladen sind. Hieran anknüpfend wird die Datenlage zu den Rauchgewohnheiten referiert, um die Thematik des Rauchens von Kindern und Jugendlichen in seinem tatsächlichen Ausmaß zu erfassen.

Den ersten Schwerpunkt im zweiten Teil der Untersuchung bildet der Blick auf die Vorgaben aus der Verfassung zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor negativen Einflüssen auf die Gesundheit durch das Aktivrauchen. Die Besonderheit des Rauchens als einer selbstgefährdenden Verhaltensweise wirft dabei spezifische Probleme auf. Es muß zunächst Berücksichtigung finden, daß die Regle-

⁵ DKFZ – Pressemitteilung Nr. 4 vom 17. 02. 1997, Heidelberger Erklärung zur Tabakprävention für Kinder und Jugendliche in Deutschland.

mentierung des Tabakkonsums zum Schutz des rauchenden Minderjährigen⁶ vor sich selbst gegen dessen betätigten Willen aufgedrängt wird. Das Augenmerk darf sich deshalb nicht nur auf den Staat als möglichen Schutzverpflichteten richten, sondern muß sich zunächst darauf konzentrieren, ob das Bemühen um Einschränkung des Rauchens ein legitimer Ausdruck der Gewährung gesetzlichen Schutzes sein kann und nicht schon von vornherein als eine unzulässige staatliche Bevormundung des Minderjährigen abzulehnen ist.

Nach Klärung dieser Vorfrage wendet sich die Untersuchung der Thematik staatlicher Schutzpflichten im Hinblick auf die Gefahren des Aktivrauchens für Kinder und Jugendlichen zu. Es gilt zu erörtern, ob sich aus verfassungsrechtlicher Sicht überhaupt eine Pflicht für den Staat und damit auch den Gesetzgeber ergibt, dem Rauchen von Minderjährigen entgegenzuwirken.

Zentraler Anknüpfungspunkt für eine staatliche Schutzpflicht ist die vom Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretene grundrechtliche Schutzpflichtenlehre. Nach Erläuterung ihrer dogmatischen Struktur und ihrer Voraussetzungen findet sie zunächst Anwendung auf das Grundrecht des minderjährigen Rauchers auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG.

Danach wird der Gedanke der grundrechtlichen Schutzpflicht auf den Begriff des Kinder- und Jugendschutzes⁷ übertragen. Der Begriff des Jugendschutzes und sein Rang in der Verfassung bedarf hierzu der Konkretisierung, da Jugendschutz häufig auf einfach - gesetzlicher Ebene allein mit dem Schutz vor „Schmutz und Schund“ in Erscheinung getreten ist⁸. Von Interesse ist daher, ob der Rechtsbegriff des Kinder- und Jugendschutzes nur eine einfach – gesetzliche Dimension besitzt, die sich im Schutz vor Gewalt und Pornographie erschöpft oder ob ihm verfassungsrechtliches Gewicht auch im Hinblick auf einen Schutz vor den Gefahren des Aktivrauchens zukommt.

Nachdem das verfassungsrechtliche Fundament für ein gesetzgeberisches Tätigwerden erarbeitet wurde, wird als zweiter Schwerpunkt im zweiten Teil der Untersuchung ein Abgleich der verfassungsrechtlichen Vorgaben mit der geltenden gesetzlichen Situation erfolgen.

Danach widmet sich die Untersuchung in ihrem dritten und letzten Teil der verfassungsrechtlichen Prüfung der zentralen und seit längeren in der politischen Diskussion befindlichen Reformansätze zur Verbesserung des gesetzlich geregelten Jugendschutzes auf dem Gebiet des Rauchens. Es wird dabei das jüngst reformierte Jugendschutzgesetz, das zusammen mit dem Staatsvertrag der Länder über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien am 01. April 2003 in Kraft getreten ist, berücksichtigt. Bei den geprüften gesetzlichen Maßnahmen handelt es sich dabei um ein umfassendes nationales Werbeverbot für Tabakwaren, ein Abgabeverbot für Tabakwaren an Kinder und Jugendliche aus Zigarettenautomaten einschließlich der Variante eines generellen

⁶ Die Begriffe Minderjähriger, Raucher und Jugendlicher werden aus Vereinfachungsgründen nicht geschlechtsspezifisch verwendet.

⁷ Die Begriffe Jugendschutz und Kinder- und Jugendschutz werden im Rahmen dieser Untersuchung synonym verwendet.

⁸ Engels, AÖR 122, S. 213 ff. (217).

Verbots von Zigarettenaußenautomaten sowie eine Erhöhung des Tabakwarenpreises zur Konsumsteuerung und der Erzielung von Mitteln für die Finanzierung von Präventionsprogrammen durch die Erhebung einer sogenannten Gesundheitsabgabe auf Tabakprodukte.

1. Teil: Grundlagen

Regelungen zur Einschränkung des Rauchens bei Kindern und Jugendlichen sehen sich der besonderen Problematik gegenüber, daß sie eine Verhaltensweise beeinflussen wollen, die zumindest unter Erwachsenen lange Zeit als opportun galt, aktuell immer noch weit verbreitet und gesellschaftlich verwurzelt ist. Da es sich beim Rauchen um ein gewachsenes Massenphänomen handelt, befördert dies die Tendenz des Gesetzgebers, auf gesellschaftliche Selbstregulierung zu setzen und gesetzgeberische Zurückhaltung zu üben. Würde die Zigarette heute als neues Produkt in den Markt eingeführt, wäre sie angesichts der erwiesenen Gesundheitsschädlichkeit nach den geltenden lebensmittelrechtlichen Bestimmungen nicht mehr zulässig⁹. Generell ist die gesellschaftliche Selbstregulierung einer normativen Einflußnahme vorzuziehen, sofern sie funktioniert. Bezogen auf das Rauchen von Kindern und Jugendlichen kommen Zweifel an der Wirksamkeit einer gesellschaftlichen Selbstregulierung auf. Diese Zweifel sind Anlaß im Rahmen dieser Untersuchung zu prüfen, ob der Ruf nach weitergehender staatlicher Reglementierung nur eine politische Berechtigung hat oder auch aus verfassungsrechtlicher Sicht Unterstützung erfährt.

Bevor mit der verfassungsrechtlichen Prüfung begonnen wird, soll zur Annäherung an das Thema dieser Untersuchung nachfolgend ein historischer Abriss über die Entwicklung gegeben werden, die das Rauchen in Europa genommen hat. Danach erfolgt ein Überblick über das Rauchverhalten von Kindern und Jugendlichen.

1. Abschnitt: Geschichtlicher Überblick über das Rauchen

Die Tabakpflanze gelangte Anfang des 16. Jahrhunderts im Zuge der Entdeckung der Neuen Welt durch portugiesische und spanische Seefahrer nach Europa. Zunächst wurde sie als Heil- und Zierpflanze angesehen. Wesentlichen Anteil an der Verbreitung der Tabakpflanze als Heilmittel hatten *Jean Nicot*, französischer Gesandter am Hof in Lissabon von 1559 bis 1561, und *Nicolo Monardes*, Arzt an der Universität von Sevilla¹⁰.

⁹ Bundesministerium für Familie und Gesundheit (Hrsg.), Aktionsprogramm zur Förderung des Nichtrauchens, S. 5.

¹⁰ Hess, Rauchen: Geschichte, Geschäfte, Gefahren, S.16.

Nicot übersandte die Pflanze an den französischen Hof mit der Empfehlung, diese als Heilmittel gegen Geschwüre und zur Wundheilung einzusetzen. Selbst die Kopfschmerzen, unter denen *Nicot* litt, ließen sich nach seiner Ansicht durch den kühlenden Duft der Pflanze lindern¹¹.

Nicolo Monardes widmete sich in seiner 1565 veröffentlichten Schrift, die großes Aufsehen erregte und sofort ins Lateinische, Französische, Englische und Italienische übersetzt wurde, ausführlich den Heilkräften der Tabakpflanze¹². Der lateinische Übersetzer *Karl Clusius* fügte als Schlußwort hinzu, daß der Tabak eine Art Panazee, ein Allheilmittel gegen Krankheiten, sei¹³. Weiteren Auftrieb erfuhr der Tabak als vermeintliches Heilmittel gegen die Pest¹⁴. Dies lag auch daran, daß Läuse und Flöhe, beides Überträger von Fleckfieber, Pest und anderen Krankheiten, durch den Tabakrauch aus Kleidungsstücken vertrieben wurden¹⁵.

Die Verwendung des Tabaks als Genußmittel in Form des Rauchens bzw. des Toback – Trinkens, wie das Rauchen damals genannt wurde, setzte sich erst Anfang des 17. Jahrhunderts durch. Der kurpfälzische Gesandte in Holland *von Rusddorff* bemerkte dazu in seinem Buch *Metamorphosis Europae* aus dem Jahr 1627:

*„Ich kann nicht umhin, mit einigen Worten jene neue, erstaunliche und vor wenigen Jahren aus Amerika nach unserem Europa eingeführte Mode zu tadeln, welche man eine Sauferei des Nebels nennen kann, die alle alte und neue Trinkleidenschaft übertrifft. Wüste Menschen pflegen nämlich den Rauch von einer Pflanze, die sie Nicotania oder Tabak nennen, mit unglaublicher Begierde und unauslöschlichem Eifer zu trinken und einzuschlürfen“*¹⁶.

Von Holland und Frankreich aus verbreitete sich die neue Sitte im zweiten Jahrzehnt des 17. Jahrhunderts über den Rhein auch nach Deutschland. Das älteste Zeugnis über das Rauchen in Deutschland stammt von einem Franziskanermönch aus Aachen aus dem Jahr 1587:

*„ ... Die Soldatt außm spanischen lant stoltzyren allhiero umher und fresen feuer zambt deme rauch und daß domp volk obwundert sich schier“*¹⁷.

Einen Aufschwung erlebte das Rauchen in den ersten vier Jahrzehnten des 17. Jahrhunderts durch den Dreißigjährigen Krieg. Die Mobilität der meist rauchenden Soldaten beschleunigte die Verbreitung des Rauchens. Mit der Verbreitung des

¹¹ Corti, Die Geschichte des Rauchens, S. 49.

¹² *Historia medicinal de las cosas, que sirven al uso de Medicina*, Sevilla 1565, Nachweis bei Corti a. a. O., S. 51.

¹³ Corti, a. a. O., S. 52.

¹⁴ Von Troschke, Das Rauchen: Genuß und Risiko, S. 67.

¹⁵ Von Troschke, a. a. O., S. 67.

¹⁶ Joachim von Rusdorff, *Metamorphosis Europae*, S. 145, Nachweis bei Corti, Die Geschichte des Rauchens, S. 97.

¹⁷ Nachweis bei Corti a. a. O., S. 99.

Tabakkonsums mehrten sich auch die Vorschriften zu dessen Einschränkung. Die vom Rauchen ausgehende Feuergefahr führte nach dem Ende des Dreißigjährigen Krieges zu zahlreichen Rauchverboten in Deutschland.

Der Kurfürst *Johann Georg von Sachsen* erließ am 19. Mai 1653 ein Generalverbot, das mit Hinweis auf die Brandgefahr wie folgt begründet wurde:

„...daß zwar der Festungsobers bei seiner Soldateska, wie der Rath bei seinen Bürgern, wegen der Abschaffung des verderblichen Tabaktreibens unterschiedlich ernste Verbote gegeben, daß aber solches Wesen wenig verfangen, sondern vielmehr sich ereignet hätte, daß durch Unachtsamkeit der Tabakraucher am 25. April eine Feuersbrunst auf dem Rathskeller am Neumarkte zu Dresden entstanden sei. Daher nicht nur Tabakrauchen in Rathskellern und Bierhäusern Bürgern und Soldaten gänzlich verboten werde, sondern auch, außer in Apotheken unter den verschiedenen Arzneien, durchaus kein Tabak mehr verkauft werden dürfe“¹⁸.

Im Jahr 1656 wurde in Württemberg ebenfalls der Verkauf von Tabak nur noch zu medizinischen Zwecken in Apotheken gestattet und ansonsten mit Hinweis auf die Brandgefahr konfisziert¹⁹. Ähnliche Verbote wurden auch in Bayern, den Habsburgischen Erblanden in Österreich und vielen weiteren Fürstentümern verhängt²⁰. Die Sanktionen bei Verstößen gegen die Rauchverbote reichten von Geldstrafe, Arrest, Zwangsarbeit, Prügelstrafe bis zum Einbrennen eines Zeichens oder Verbannung²¹.

Die Politik der Restriktion wurde bald von der Steuerpolitik abgelöst, nachdem erkannt wurde, welcher Nutzen sich aus dem Tabakkonsum für den Staatshaushalt ziehen ließ. Vorbildfunktion hatte das 1627 von Mantua und 1659 von Venedig eingeführte Appalto – System. Hierbei wurden die Rechte für Einfuhr, Erzeugung sowie für alleinigen Vertrieb an einzelne Unternehmer vergeben. Für diese Exklusivrechte wurden fixe Summen bezahlt, die zu einem starken Ansteigen der Tabakpreise führten²². Der dadurch entstehende illegale Anbau, Schmuggel, Verkauf und Kauf wurde durch den Einsatz von Bediensteten der Unternehmer bekämpft, die auch berechtigt waren, Leibes- und Geldstrafen zu verhängen²³. Das Appalto – System wurde später durch Verbrauchs- und Banderolensteuern abgelöst.

Bis heute sieht sich der Staat bei der Frage der Reglementierung des Rauchens einem besonderen Spannungsverhältnis ausgesetzt. Der Zigarettenkonsum stellt für den Staat eine bedeutende Steuereinnahmequelle dar. Die Tabaksteuer ist die ertragreichste besondere Verbrauchssteuer nach der Mineralölsteuer mit ca. 13, 78

¹⁸ Corti a. a. O., S. 116.

¹⁹ Corti a. a. O., S. 117.

²⁰ Hess, Rauchen: Geschichte, Geschäfte, Gefahren, S. 23.

²¹ Hess a. a. O., S. 23.

²² Hess a. a. O., S. 27.

²³ Hess a. a. O., S. 27.

Mrd. Euro im Jahr 2002²⁴ und bildet den viertgrößten Posten im Bundeshaushalt²⁵. Mit den Steuereinnahmen korrespondieren jedoch erhebliche gesundheitliche Beeinträchtigungen der Raucher, die in einer Vielzahl von Fällen auch zum Tod führen.

2. Abschnitt: Das Rauchverhalten als empirischer Hintergrund normativer Gestaltung

Als Grundlage der im weiteren folgenden verfassungsrechtlichen Ausführungen soll zunächst das Rauchen von Kindern und Jugendlichen in seiner tatsächlichen Dimension beleuchtet werden. Es werden an dieser Stelle daher statistische Raucherzahlen bei Kindern und Jugendlichen kurz dargestellt.

A. Die Raucherquote betrachtet nach Altersgruppen

Das Rauchverhalten von Konsumenten im Alter von 12 bis 25 Jahren wird seit Beginn siebziger Jahre in einem Rhythmus von drei Jahren von der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, BZgA, dokumentiert und im Drogenaffinitätsbericht veröffentlicht, so daß eine Aussage über Veränderungen im Konsumverhalten möglich ist. Die wesentlichen Ergebnisse dieser Studie sollen im folgenden kurz dargestellt werden.

1. Der allgemeine Trend

Die Entwicklung des Tabakkonsums im Zeitraum von 1993 bis 2001 in dem untersuchten Alterssegment der 12- bis 25 - Jährigen zeigt insgesamt einen relativ gleichbleibenden Anteil von Rauchern. Von 1993 bis 1997 stieg der Anteil der Raucher bei den 12- bis 25 - Jährigen um 4 Prozentpunkte auf 41 Prozent, ging dann anschließend wieder zurück und beläuft sich derzeit im Jahr 2001 auf 38 Prozent²⁶.

Demgegenüber ist der Anteil der Jugendlichen rückläufig, die das Rauchen wieder aufgegeben haben. Im Jahr 1993 betrug diese Quote noch 25 Prozent, während sie sich 1997 auf 18 Prozent und 2001 bis auf 13 Prozent reduzierte²⁷.

²⁴ Nach Angaben des Verbands der Cigarettenindustrie wurden im Jahr 2002 in Deutschland 145 Mrd. Zigaretten verkauft, Süddeutsche Zeitung vom 09. 05. 2003, Rauchen für Eichel.

²⁵ Jahrbuch Sucht 2001, S. 38.

²⁶ Studie der BZgA, Die Drogenaffinität Jugendlicher in der Bundesrepublik Deutschland 2001, S. 39.

²⁷ BZgA, a. a. O., S. 40.

II. Die Altersgruppe der 12- bis 17-Jährigen

Ein Wandel im Rauchverhalten ist in der Altersgruppe der jüngsten Raucher zu beobachten, die für diese Untersuchung von besonderem Interesse sind.

Bei den 12- bis 17 – Jährigen ist der Anteil der Raucher von 20 Prozent in 1993 auf 28 Prozent im Jahr 1997 gestiegen. Der erhöhte Raucheranteil in dieser Altersgruppe stabilisierte sich auf diesem Niveau im Zeitraum von 1997 bis 2001²⁸.

Betrachtet man die Raucherquote hinsichtlich der einzelnen Jahrgänge, ergibt sich eine signifikante Zunahme der Rauchenden in der Altersgruppe der 14- bis 15- Jährigen. Während von den 12- bis 13- Jährigen 10 Prozent rauchen, verdreifacht sich dieser Anteil bei 14- bis 15- Jährigen. Ab dem 16. Lebensjahr steigt die Raucherquote langsamer bis auf durchschnittlich 40 Prozent an²⁹.

B. Der tägliche Tabakkonsum

Durchschnittlich rauchen Kinder und Jugendliche pro Tag 10, 3 Zigaretten³⁰. Diese Quote verteilt sich jedoch nicht gleichmäßig über das gesamte Altersspektrum, sondern beginnt mit einem moderaten Verbrauch bei den ganz jungen Rauchern und nimmt mit steigendem Alter erheblich zu.

Während der Anteil der Raucher, die täglich 1 bis 5 Zigaretten rauchen, bei den 12- bis 13-Jährigen noch bei 45 Prozent liegt, beträgt er bei den 14- bis 15-Jährigen 30 Prozent und bei den 16- bis 17-Jährigen nur noch 24 Prozent³¹. Im Alterssegment von 14 bis 15 Jahren gibt es derzeit 5 Prozent starke Raucher, die täglich 20 und mehr Zigaretten rauchen. Hingegen sind schon 11 Prozent der 16- bis 17-Jährigen, 15 Prozent der 18- bis 19-Jährigen und 29 Prozent der 24- bis 25-Jährigen starke Raucher³².

C. Der Rauchbeginn

Die meisten Kinder und Jugendlichen sammeln mit dem Rauchen Erfahrungen. Das durchschnittliche Alter, in dem Zigaretten probiert werden, liegt bei 13, 6 Jahren³³. Jedoch sehen sich bereits 11 Prozent der Kinder, die jünger als 11 Jahre alt sind, mit dem Tabakkonsum konfrontiert³⁴.

Von den 69 Prozent der Jugendlichen, die mit dem Rauchen in Kontakt kommen, setzt ein großer Teil den Konsum nicht fort. 49 Prozent der 12- bis 25-Jährigen werden als Nie- bzw. als Kaumraucher bezeichnet³⁵.

²⁸ BZgA, a.a.O., S.42.

²⁹ BZgA, a. a. O., S. 32.

³⁰ BZgA, a. a. O., S.34.

³¹ BZgA, a. a. O., S. 34.

³² BZgA, a. a. O., S.34.

³³ BZgA, a. a. O., S. 34.

³⁴ BZgA, a. a. O., S. 31.

³⁵ BZgA, a. a. O., S. 30.

D. Fazit

Die Datenlage läßt erkennen, daß das Rauchen von Kindern und Jugendlichen ein weit verbreitetes Phänomen ist, das sich zumindest seit 1993 für die hier besonders interessierende Altersgruppe der 12- bis 17 - Jährigen auf einem hohem Niveau von 28 % stabilisiert. Hervorzuheben ist ein besonders starker Anstieg der Raucher auf das Dreifache bei den 14- und 15- Jährigen gegenüber den 12- und 13- Jährigen. Der Umstand, daß die Wahrscheinlichkeit, das Rauchen langfristig beizubehalten, um so größer ist, je früher man damit anfängt³⁶, verleiht den Raucherzahlen besondere Bedeutung. Diese Datenlage, die das Rauchen von Minderjährigen als Massenphänomen ausweist, ist im Zusammenhang mit den hinlänglich bekannten schwerwiegenden Auswirkungen dieser Verhaltensweise auf die Gesundheit zu sehen, die hier nicht im einzelnen dargestellt werden sollen. Es mag der Hinweis genügen, daß der Raucher ein Gemisch von etwa 4000 mehr oder weniger toxisch – wirkenden Stoffen, darunter das süchtig machende Nikotin, inhaliert³⁷ und dieses Konsumverhalten in Deutschland täglich durchschnittlich zu 308 Todesfällen führt³⁸. Bedeutsam ist in diesem Kontext, daß der bestimmungsgemäße Gebrauch des Tabakproduktes erhebliche Schäden an der Gesundheit verursacht. Es besteht damit ein Unterschied zu anderen potentiell gefährlichen Produkten wie beispielsweise Medikamenten oder Autos, deren unschädliche Verwendung möglich ist. Der Verbraucher wird zum ordnungsgemäßen Umgang mit diesen Gütern durch bestimmte gesetzliche Vorgaben angehalten. Medikamentenbeipackzettel beispielsweise enthalten Dosierungshinweise oder es besteht für bestimmte potentiell gefährliche Medikamente eine Verschreibungspflicht. Das Autofahren wird durch Straßenverkehrsvorschriften und andere Normen reglementiert.

Der in allen Gesellschaftsschichten und Altersgruppen verbreitete Tabakkonsum weist trotz der negativen Auswirkungen auf die Gesundheit des Einzelnen und auf die Gesellschaft insgesamt eine beachtliche Stabilität auf. In seiner historischen Dimension stellt der Tabakkonsum seit langem auch eine signifikante Steuereinnahmequelle für den Staat dar. Aufgrund dieser Sachlage erscheint es angezeigt, die Raucherquote bei Kindern und Jugendlichen in Deutschland nicht unkritisch als ein gesellschaftliches Phänomen hinzunehmen, ohne die Fragen nach Verantwortung und Einflußmöglichkeiten des Staates zu stellen.

³⁶ Vgl. dazu: Meier, Tobacco truths, The impact of role models on children's attitudes toward smoking in: Health education Quarterly, 18, 173 – 182, zitiert bei: Hanewinkel / Pohl, Werbung und Tabakkonsum, S. 10.

³⁷ Hausteil, Tabakabhängigkeit, S. 59.

³⁸ Hausteil, a. a. O., S. 45.