

mitgab⁷⁸. Die besondere politische und rechtliche Brisanz des Falles und die Rückkehr zum alten Maßstab in späteren Entscheidungen⁷⁹ sprechen dafür, der Entscheidung vom Mai 1993 Einzelfallcharakter zuzuerkennen. Das gilt auch im Hinblick auf die Tatsache, daß das *BVerfG* in den letzten zwei Jahrzehnten in sonst keinem Fall die Art und Weise der Wahrnehmung einer Schutzpflicht beanstandet hat⁸⁰.

Im Ergebnis führt Privatisierung zu einer Verflachung des Grundrechtsschutzes – für den Drittbetroffenen wie für den Privatisierungsadressaten. Sie kennzeichnet den Übergang vom klassischen bipolar-individuellen Schutz der Grundrechte zu einem tri-, unter Umständen multipolaren System von Rechtspositionen⁸¹. In diesem System gehen Grundrechtsgefährdungen primär von Privaten aus; der Staat ist berufen, sie zu unterbinden. Die von allen privaten Beteiligten im Interesse gegenseitigen Grundrechtsausgleichs hinzunehmenden Freiheitseinbußen sind der für die Privatisierung im Umfeld der sozialstaatlich geprägten, industrie- und dienstleistungsbetonten Risikogesellschaft⁸² zu zahlende Preis. Vom *BVerfG* ist Abhilfe kaum zu erwarten: Hält es auch angesichts umfassender Privatisierungskampagnen am bisherigen Prü-

⁷⁸ *BVerfGE* 88, 203 ff. (= JZ 1993, Anh. nach S. 1172). Die dort neu eingeführte (justiziable) Schranke des „Untermaßverbots“ (*BVerfGE* 88, 203, 254 = JZ 1993, Anh. S. 17; dazu auch *BVerfG* NJW 1996, 651) bedeutet allerdings der Sache nach kein Abweichen vom bisherigen Maßstab.

⁷⁹ *BVerfG* NJW 1996, 651.

⁸⁰ FS Mahrenholz, S. 550. – Zur Kritik der Entscheidung des *BVerfG* zum Schwangerschaftsabbruch vgl. ebd., S. 545, 550 ff.

⁸¹ Vgl. Hufen, Die Grundrechte und der Vorbehalt des Gesetzes, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 273, 277, 282.

⁸² Vgl. Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994.

fungsmaßstab fest, setzt sich die Verflachung des Grundrechtsschutzes fort; gibt es dagegen den praktizierten „judicial self-restraint“ auf, majorisiert es den Gesetzgeber und schadet so der demokratischen Ordnung⁸³.

Privatisierung wirkt der skizzierten Tendenz nicht entgegen, sondern forciert sie im Gegenteil noch. Die Rückkehr zu einem freien Spiel gesellschaftlicher Kräfte, wie sie von vielen Privatisierungsbefürwortern erstrebt wird, ist unter den Bedingungen der hochkomplexen Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft zu Ausgang des 20. Jahrhunderts nicht mehr möglich. Die Gesellschaftspartitur ist zu diffizil geworden, als daß ein Dirigent, der mäßigend und fordernd lenkt, entbehrlich wäre. Diese Funktion erfüllt der Staat. Als Grundrechtsgarant ist er verpflichtet, die nicht selten kryptischen Grundrechtsgefährdungen durch konkordanzbezogene Verwaltungs- und vor allem Gesetzgebungstätigkeit einzudämmen. Privatisierung zieht damit (trotz des weiten staatlichen Handlungsspielraums) einen *Zwang zur Regulierung* nach sich⁸⁴. In der Gesamtschau bleiben dem Staat auch bei Privatisierung seine Aufgaben, wie gezeigt, weitgehend erhalten. Was sich verändert, ist die Form ihrer Wahrnehmung. An die Stelle der Eingriffs- und Leistungsverwaltung treten in zunehmendem Maße administrative Aufsicht und intensiviertere staatliche Normsetzung. Den Traum vom „schlanken Staat“ wird Privatisierung insoweit wohl nicht erfüllen können.

⁸³ Vgl. K. Hesse, FS Mahrenholz, S. 558 f.

⁸⁴ Wie hier Grande, Entlastung des Staates durch Liberalisierung und Privatisierung? Zum Funktionswandel des Staates im Telekommunikationssektor, in: Voigt (Hrsg.), Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat? 1993, 371, 381, 388 ff.; Wieland, Der Wandel von Verwaltungsaufgaben als Folge der Postprivatisierung, DV 1995, 315, 333.

Besprechungsaufsatz

Professor Dr. Thomas M. J. Möllers, Augsburg

Rechtsschutz des Passivrauchers

oder: Die freie Entscheidung des Unternehmens auf Gesundheitsgefährdung seiner Arbeitnehmer?*

In der hier besprochenen Entscheidung¹ bestätigt das BAG die Gesundheitsrelevanz des Passivrauchens, prüft als einschlägige Schutzvorschrift § 618 BGB und den Begriff der Natur der Dienstleistung, den es weit definiert und beschränkt sich anschließend auf eine Willkürkontrolle. Der folgende Beitrag fordert für den dritten Schritt eine Verschärfung der Kontrolldichte, die den Arbeitgeber zum technisch und organisatorisch Möglichen und zur Aufklärung über das Gefahrenpotential verpflichtet – eine Pflichtenstellung, die auch unter gesamteuropäischer Perspektive überdenkenswert ist.

Passivrauchen bewegt die Gemüter² und beschäftigt in zunehmendem Maße Zivil-, Arbeits- und Verwaltungsgerichte – mit

* Meinem verehrten Lehrer Professor Dr. Dr. h. c. Wolfgang Fikentscher aus Anlaß seiner Emeritierung zugeeignet.

¹ BAG, 8. 5. 1996 – 5 AZR 971/94 = JZ 1996, 1083 (in diesem Heft); Vorinstanz: HessLAG, 13. 6. 1994 = AuR 1995, 285.

² S. die Erwiderung von Binz/Sorg, Noch einmal: Rauchen am Arbeitsplatz?, BB 1994, 1709 auf Heilmann, Rauchen am Arbeitsplatz?, BB 1994, 715. Umfangreiche Literaturhinweise finden sich bei Oetker, in: Standinger, 12. Aufl., 1993, § 618 Rdnr. 112.

nicht selten divergierenden Entscheidungen³. In einer auch von der Presse beachteten Entscheidung hat jüngst nun das BAG zur rechtlichen Relevanz des Passivrauchens Stellung genommen, indem es den Anspruch einer Flugbegleiterin auf Durchsetzung eines Tabakrauchverbotes in Passagierflugzeugen ablehnte⁴. Der Entscheidung kann im Ergebnis nur zum Teil zugestimmt werden; in den tragenden Gründen ist dem Urteil nachdrücklich zu widersprechen.

³ Beispielsweise Ansprüche *bejahend*: *BVerwG* v. 13. 9. 1984 = NJW 1985, 876 = DVBl 1984, 1230 – Nichtraucherschutz im Großraumbüro; *HessLAG* v. 24. 11. 1994 = AuR 1995, 283 – Großraumbüro; *VG München* v. 28. 4. 1992 = BB 1992, 1854 – Rauchverbot am Arbeitsplatz; *OVG Münster* v. 27. 7. 1990 = NVwZ-RR 1991, 260 – Rauchverbot in Ratssitzungen; *OVG Koblenz* v. 13. 3. 1989 = NVwZ-RR 1990, 98 – Rauchverbot in Ratssitzungen; *VG Würzburg* v. 12. 12. 1979 = NJW 1981, 243 – Rauchverbot in Ratssitzungen; dagegen Ansprüche *verneinend*: *BVerwG* v. 19. 1. 1996 = NJW 1996, 1297 – Rauchverbot auf Inlandflügen; *OLG Stuttgart* v. 19. 2. 1992 = NJW 1992, 2707 = JuS 1993, 78 – Rauchverbot auf Inlandflügen; *BVerwG* v. 25. 2. 1993 = DVBl 1993, 955 – Rauchverbot gegenüber Soldaten; *BayVerfGH* v. 30. 4. 1987 = NJW 1987, 2921 – Rauchverbot in Warenhäusern; *BayVerfGH* v. 21. 12. 1989 = NVwZ 1990, 553 – Rauchverbot in Gast- und Speiseräumen.

⁴ Wirtschaftswoche v. 30. 5. 1996, 114; SZ v. 30. 5. 1996, 29.

I. Zur Gesundheitsgefährdung beim Passivrauchen

Passivrauchen, also die Situation, in der ein Nichtraucher unfreiwillig dem Zigarren-, Zigaretten- oder Pfeifenrauch des Rauchers ausgesetzt ist, kann für die Gesundheit vorrangig in zweierlei Hinsicht relevant werden. Der Zigarettenrauch kann unmittelbare Gesundheitsbeeinträchtigungen verursachen, wie sie die Klägerin vorgetragen hat: Reizung der Binde- und Nasenschleimhaut, Kopfschmerzen sowie Hustenanfälle. Bei solchen Akutwirkungen liegt ganz unzweifelhaft eine Gesundheitsverletzung vor⁵. Darüber hinaus besteht für den Passivraucher ein erhöhtes Risiko, an Krebs zu erkranken oder einen Herzinfarkt zu erleiden. Zwar wird für diese Fallgruppe bis in die jüngste Zeit noch zum Teil behauptet, Passivrauchen sei nicht nachgewiesen gefährlich⁶ oder sei eine sozialübliche, zumutbare Belästigung⁷. Zahlreiche medizinische Studien weisen aber für das Passivrauchen ein erhöhtes Krebs- und Herzinfarktrisiko nach⁸ und die ganz herrschende medizinische Ansicht geht inzwischen davon aus. Deshalb ist es nur konsequent, wenn das BAG in seiner Entscheidung die Gesundheitsschädlichkeit bzw. -gefährlichkeit unterstellt⁹.

II. Vorschriften zum Schutz vor Gesundheitsgefahren

1. Fehlen einer Norm im technischen Arbeitsschutzrecht

Zuzustimmen ist dem BAG auch in der Ansicht, eine spezialgesetzliche Grundlage des technischen Arbeitsschutzrechtes für ein Tabakrauchverbot fehle. Die in § 5 ArbStättV¹⁰ aufgestellte Verpflichtung, Räume mit ausreichend gesundheitlich zuträglicher Atemluft auszustatten, wird in § 1 Abs. 2 für

⁵ *Leßmann*, Neues über Rauchverbote am Arbeitsplatz, AuR 1995, 241, 244; *ders.*, Rauchverbote am Arbeitsplatz, 1991. Zum Gesundheitsbegriff s. genauer *Möllers*, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht, 1996, S. 27 ff., 44; im Rahmen der Grenzwertbestimmung: *Böhm*, Der Normmensch, 1996.

⁶ *OVG Münster v. 22. 5. 1980* = NJW 1981, 244, 245 – Rauchverbot im Großraumbüro; *Scholz*, Verfassungsfragen zum Schutz des Nichtrauchers, DB 1979, Beilage 10, 2, 8, 15; *Zapka*, Passivrauchen und Rechtsprechung, BB 1992, 1847, 1850; *Leßmann* AuR 1995, 241, 244.

⁷ *Zapka* BB 1992, 1847, 1850; *Heilmann* BB 1994, 715; *Leßmann* AuR 1995, 241, 244.

⁸ So existieren allein 23 Studien, die auf einen Zusammenhang zwischen Passivrauchen und Krebsrisiko hinweisen. Da nur rund ein Viertel des gesamten Rauches einer Zigarette vom Raucher als Hauptstromrauch beim Ziehen eingeatmet wird, drei Viertel aber „ungenutzt“ als Nebenstromrauch von der Glut in die Umgebungsluft abgeleitet werden, und viele schädliche Substanzen im Nebenstromrauch in weit höheren Konzentrationen als im Hauptstromrauch enthalten sind, ist der Passivraucher Schadstoffmengen an Nitrosaminen, Stickoxiden und Formaldehyd ausgesetzt, die ab einer bestimmten Raumluftkonzentration mit den Schadstoffmengen, die der Aktivraucher inhaliert, vergleichbar sind. Die mittlere Erhöhung des Lungenkrebsrisikos durch Passivrauchen liegt etwa zwischen 30 und 50%. Nach Berechnungen von *Doll* und *Peto* sowie des Bundesgesundheitsamtes ist das Lungenkrebsrisiko nach 10jährigem Passivrauchen rund 100mal größer als dasjenige nach 10jährigem Besuch einer Schule mit einer Asbest-Konzentration von 1000 kritischen Fasern pro m³. Schätzungen aus Großbritannien und den USA ergeben auf die BRD übertragen jährlich 500 bis 1000 Nichtraucher, die durch Passivrauchen allein an Lungenkrebs sterben. Inzwischen gibt es auch 11 Studien, die auf einen Zusammenhang zwischen Passivrauchen und Herzkrankheiten hinweisen. Im Mittel ist das Risiko um 25–30% erhöht. Bei Kindern, die dem elterlichen Tabakrauch ausgesetzt sind, ist neben einem höheren Risiko für Lungenentzündung, Bronchitis und verminderte Lungenfunktion auch mit einer Risikosteigerung für chronische Mittelohrkrankheiten und Verschlimmerung bestehenden Astmas zu rechnen. S. *Rahmede*, Passivrauchen, Gesundheitliche Wirkungen und rechtliche Folgen, 2. Aufl. 1986, S. 14 f.; *Remmer*, Bundesgesundheitsbl. 1987, 307 ff.; *Burckhard*, in: *Großklauss/ Somogyi*, Gesundheit und Umwelt '91, BGS-Schrift 5/91, 1992, S. 76 ff., 81 ff.; *Stiebr*, Risikokonflikte und der Streit um das Rauchen, 1992, S. 78; *Börgmann*, Arbeitsrechtliche Aspekte des Rauchens im Betrieb, RdA 1993, 275, 279.

⁹ BAG (Fn. 1) unter B. I. 2. und 3., ohne dabei allerdings auf die andere Auffassung von Teilen der Literatur einzugehen, s. gerade die Nachweise in den Fn. 6 und 7.

¹⁰ Arbeitsstättenverordnung v. 20. 3. 1975, BGBl. I, S. 729. Zum Umfang von § 5 s. die Nachweise bei *Börgmann* RdA 1993, 275, 278 Fn. 53 und Nr. 2 Abs. 1 der Arbeitsstätten-Richtlinien zu § 5, in: *Nipperdey* II, Arbeitssicherheit Nr. 201.

Luftfahrzeuge im öffentlichen Verkehr für nicht anwendbar erklärt. Weil auch § 21 GefStoffV nicht eingreift, fehlt es bei Luftfahrzeugen an einer spezialgesetzlichen Regelung, welche vor Passivrauchen schützt. Bis heute ist in Deutschland eine entsprechende gesetzgeberische Lösung zum Schutz der Passivraucher politisch nicht durchsetzbar¹¹.

2. Zum Begriff der Natur der Dienstleistung in § 618 BGB

a) Unklare Definition

Nach dem Wortlaut des § 618 Abs. 1 BGB ist der Arbeitnehmer „gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt, als die Natur der Dienstleistung es gestattet“. Das BAG setzt zuerst die Natur der Dienstleistung mit der Natur des Betriebes gleich¹². Sodann wird die Natur der Dienstleistung negativ beschrieben: Sie umfasse nicht die technisch-organisatorische Ausgestaltung des Arbeitsplatzes und das Verhalten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern¹³. Positiv gewendet gehöre zur Natur der Dienstleistung im vorliegenden Fall das Angebot, Passagiere zu befördern, insbesondere „Raucherplätze“ anzubieten. Allgemeiner definiert die Vorinstanz die Natur der Dienstleistung als unternehmerische Betätigung: Stets wäre zu fragen, ob die geforderten Maßnahmen unmittelbar Auswirkungen auf Art, Inhalt und nähere Ausgestaltung der unternehmerischen Betätigung der Beklagten hätten, nämlich auf Art und Inhalt des Angebots, mit dem diese am Markt auftreten und gegen Wettbewerber antreten will¹⁴.

b) Grenzbereiche zwischen unternehmerischer Betätigung und der technisch-organisatorischen Ausgestaltung des Arbeitsplatzes

Bei der Präzisierung der Natur der Dienstleistung durch das BAG erscheint schon zweifelhaft, ob eine Abgrenzung zwischen der unternehmerischen Betätigung zur rein technisch-organisatorischen Ausgestaltung des Arbeitsplatzes gelingt. Weil in dem Bereich der rein technisch-organisatorischen Ausgestaltung der Arbeitnehmer jedenfalls vor Passivrauchen geschützt wäre¹⁵, kommt einer solchen Abgrenzung aber entscheidende Bedeutung zu. Zu diesen Grenzfällen dürften diejenigen gehören, in denen der Arbeitnehmer den rauchenden Kunden zwar nicht bedient, „Raucherplätze“ mithin nicht als Leistung verstanden werden, das Rauchen aber sozialüblich ist und der Arbeitnehmer mit dem rauchenden Kunden zusammentrifft¹⁶. In all diesen Fällen möchte beispielsweise *Leßmann* das Rauchen als sozialüblich erlauben¹⁷.

¹¹ Dies deutlich aussprechend *Leßmann* AuR 1995, 241. Eine Initiative im Bundestag vom 14. 3. 1994 ist gescheitert, s. BT-Drs. 12/7082 sowie BT-Drs. 12/6883. Deutschland ist neben Griechenland der einzige EG-Mitgliedstaat ohne eine gesetzliche Regelung, s. *Binz/Sorg* BB 1994, 1709, 1710.

¹² Diesem systematischen Vergleich zu § 120a GewO ist zuzustimmen, da § 618 BGB dem § 120a GewO vom 1. 6. 1891 (RGBl. 261) nachempfunden wurde, *Mudgan*, Bd. II, S. 906.

¹³ BAG (Fn. 1) unter B. I. 2. d) (1). Das *HessLAG* sprach von Verhaltens- und Leistungspflichten im Verhältnis der Arbeitnehmer untereinander, *HessLAG* v. 13. 6. 1994 = AuR 1995, 285 – Rauchverbot in Passagierflugzeugen.

¹⁴ *HessLAG* (Fn. 13).

¹⁵ Lapidar das BAG (Fn. 1) unter B. I. 2. d): „Das unterscheidet den Streitfall von solchen Fällen, in denen sich die unternehmerische Betätigung durch ein Tabakrauchverbot nicht ändert“; genauer die Vorinstanz *HessLAG* (Fn. 13): „Dadurch unterscheidet sich der Streitfall grundlegend von den – soweit ersichtlich – bisher zur Frage des Nichtraucherschutzes am Arbeitsplatz ergangenen Entscheidungen“. S. ebenso die Entscheidungen in Fn. 3.

¹⁶ So fragt sich, ob nur die technisch-organisatorische Ausgestaltung des Arbeitsplatzes betroffen ist, wenn der Kunde im Warteraum (des Arztes, Reisebüros, Flugunternehmens) rauchen möchte oder ob es zur Natur der Dienstleistung (des Arztes, des Reisebüros, des Flugunternehmens) als Nebenleistung gehört, daß der Kunde bei der Vertragsdurchführung auch rauchen darf.

¹⁷ *Leßmann* AuR 1995, 241, 244.

3. Die unternehmerische Betätigung aus der Sicht des Unternehmens

Nach anderer Sicht werden zu den Gefahren, deren Beseitigung auf Grund der Natur der Dienstleistung nicht verlangt werden kann, nur solche gezählt, die untrennbar mit den Besonderheiten der Dienstleistung verbunden sind und die nach dem jeweiligen Stand der Technik nicht beseitigt oder abgemildert werden können¹⁸. Positiv ausgedrückt kann der Arbeitnehmer die Vermeidung der Gefahr verlangen, soweit sie entweder von der Natur der Dienstleistung getrennt werden kann oder nach dem Stand der Technik vermeidbar ist.

Mit diesen zwei Einschränkungen wäre die Natur der Dienstleistung deutlich enger als nach dem Urteil zu definieren. Das BAG hat sich mit dieser Ansicht nicht auseinandergesetzt.

Wer in 10000 m Höhe fliegt, setzt sich untrennbar der verstärkten Beta-Strahlung aus und damit einem erhöhten Alterungsprozeß und Krebsrisiko. Ob dagegen das Recht auf Rauchen mit dem Fliegen untrennbar verbunden ist, wird man mit Skepsis betrachten dürfen. Denn beim Fliegen steht nicht nur aus der Perspektive des bedrohten Passivrauchers, sondern schon rein objektiv die Transportleistung im Vordergrund; das Recht zum Rauchen kann davon unproblematisch getrennt werden¹⁹. Zudem ist ein Rauchverbot nach dem Stand der Technik ohne weiteres durchführbar, weil dadurch die Transportleistung nicht beeinträchtigt wird.

Aus der Perspektive der Luftfahrtgesellschaft ist das Anbieten von Raucherplätzen jedoch untrennbar mit der Transportleistung verbunden, weil Raucher sonst an die Konkurrenz verloren gingen²⁰. So gesehen, wäre ein Rauchverbot auch nach dem Stand der Technik nicht möglich. Diese Analyse verdeutlicht, daß das BAG die Natur der Dienstleistung mit der unternehmerischen Betätigung am Markt gleichsetzt und die unternehmerische Betätigung aus der Sicht des Unternehmens bestimmt. Die Natur der Dienstleistung kann immer berührt sein, soweit nur einem Kunden eine Leistung in irgendeiner Form angeboten wird. Damit gerät die Definition der Natur der Dienstleistung sehr weit. Im Ergebnis nimmt das BAG bereits bei dieser Begriffsbestimmung seine Prüfungskompetenz zurück, stellt also weiterhin auf das scheinbar Sozialübliche ab²¹.

III. Die (vermeintlich) freie Entscheidung des Unternehmens auf Gesundheitsgefährdung seiner Arbeitnehmer

1. Die Ansicht des BAG: Beschränkung auf Willkürkontrolle

Bei einer weiten Definition der Natur der Dienstleistung entfallen eine Reihe schwieriger Abgrenzungsprobleme. Zudem wird in das unternehmerische Ermessen noch nicht – gegebenenfalls durch ein Verbot – unmittelbar eingegriffen. Ist man, nachdem die Gesundheitsgefährdung festgestellt wurde, deshalb in einem zweiten Schritt bereit, den Bereich der Natur der Dienstleistung mit dem BAG weit zu ziehen, so muß es überraschen, daß das Gericht dann auf der dritten Prüfungsstufe fast jegliche richterliche Überprüfungs-kompetenz und damit im Ergebnis nahezu alle rechtlichen Pflichten für diesen

¹⁸ RAG v. 27. 4. 1938 = ARS 33, 61, 65 ff. – Staubentwicklung bei Sprengarbeiten; zustimmend Oetker, in: *Staudinger* (Fn. 2), § 618 Rdnr. 147.

¹⁹ Der Raucher zahlt nicht für das Recht, über den Wolken rauchen zu dürfen, sondern dafür, zu einem bestimmten Ziel geflogen zu werden. Er wird gegebenenfalls notgedrungen auch mit einem Nichtraucherplatz vorlieb nehmen.

²⁰ So ausdrücklich das Vorbringen der Beklagten.

²¹ S. oben Fn. 7.

Bereich verneint. Hauptsächlich drei Thesen werden hierzu vorgetragen:

– Maßnahmen des Gesundheitsschutzes könnten dann nicht verlangt werden, wenn die unternehmerische Betätigung *rechtlich zulässig* ist und die Maßnahmen ihrerseits zu einer Veränderung der unternehmerischen Betätigung führen würden²².

– Soweit also eine unternehmerische Betätigung nach den einschlägigen gewerberechtlichen, berufsregelnden, gesundheitspolizeilichen und sonstigen Bestimmungen zulässig ist, sei der *Unternehmer im Grundsatz frei*, darüber zu entscheiden, ob und wie lang er eine solche erlaubte Tätigkeit ausüben will. Denn es sei Aufgabe des Gesetz- und Verordnungsgebers, bei der Schaffung dieser Vorschriften die Interessen aller Beteiligten abzuwägen²³. Auch sei § 618 BGB keine Generalklausel, die im Interesse des Arbeitnehmerschutzes das Verbot solcher Betätigungen ermögliche, die gewerberechtlich und nach anderen Vorschriften erlaubt sind.

– Das Gericht sei somit nicht befugt, unternehmerische Entscheidungen auf ihre Zweckmäßigkeit und Notwendigkeit zu prüfen²⁴. Die gerichtliche Überprüfung der Unternehmensentscheidung beschränke sich auf eine *Willkürkontrolle*²⁵. Jegliches Vorbringen des Arbeitnehmers, die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens sei bei Durchführung bestimmter Maßnahmen nicht tangiert, sei daher dem Beweis nicht zugänglich²⁶.

2. Andere Auffassungen

Wie bereits bei der Definition der Natur des Dienstverhältnisses versäumt es das BAG auch hier, andere Ansichten in der Literatur und der Rechtsprechung wahrzunehmen, geschweige denn sich mit ihnen auseinanderzusetzen.

Nach einer bereits angeführten Meinung²⁷ soll die Natur der Dienstleistung nur dann bejaht werden, wenn Gefahren nicht nach dem Stand der Technik abgemildert werden können. Die wegen der Natur der Dienstleistung hinzunehmenden Gefahren seien dadurch auszugleichen, daß sich der Arbeitgeber um den technisch jeweils möglichen Schutz bemühe²⁸. Eine Beschränkung von Gefahren auf das lokal Übliche sei unter Hinweis auf den historischen Willen des Gesetzgebers abzulehnen²⁹. Eine weitere Ansicht möchte das Recht auf körperliche Unversehrtheit gegenüber dem Recht des Unternehmens auf unternehmerische Betätigung abwägen³⁰. Ähnliche Überlegungen werden auch für das Rauchverbot angestellt, soweit der nichtunternehmerische Bereich betroffen ist³¹.

²² BAG (Fn. 1) unter B. I 2. a).

²³ Ebenso argumentierend *BVerwG* v. 19. 1. 1996 = NJW 1996, 1297 – Rauchverbot auf Inlandflügen; *BayVerfGH* v. 21. 12. 1989 = NVwZ 1990, 553 – Rauchverbot in Gast- und Speiseräumen.

²⁴ BAG (Fn. 1) unter B. I. 2. a) und b).

²⁵ BAG (Fn. 1) unter B. I. 2. b).

²⁶ BAG (Fn. 1) unter B. I. 2. d) (2).

²⁷ S. oben Fn. 18.

²⁸ *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl., 1963, § 48. II. 3.; *Oetker*, in: *Staudinger* (Fn. 2), § 618 Rdnr. 149. Bei *Erman/Hanau*, 9. Aufl., 1993, § 618 Rdnr. 12 wird nicht deutlich, ob dies auch dann gilt, wenn die Natur des Dienstverhältnisses bejaht wurde.

²⁹ *Hueck/Nipperdey* (Fn. 27) § 48 II. 3.; *Oetker*, in: *Staudinger* (Fn. 2), § 618 Rdnr. 150 unter Hinweis auf *Mudgan*, Bd. II, S. 907.

³⁰ Diese Ansicht vertrat nicht nur die Vorinstanz als Hilfsüberlegung, sondern auch jüngst das *BVerwG* in mehreren Entscheidungen im Verhältnis zum Dienstherrn: *HessLAG* (Fn. 13); *BVerwG* v. 16. 11. 1987 = DVBl 1988, 687, 688 – Rauchverbot und Umsetzung; *BVerwG* v. 25. 2. 1993 = DVBl 1993, 955 – Rauchverbot gegenüber Soldaten.

³¹ *Oetker*, in: *Staudinger* (Fn. 2), § 618 Rdnr. 113.

IV. Eigene vermittelnde Ansicht

1. Die fortdauernde Pflichtenstellung des Arbeitgebers

Bereits mit seiner ersten These, alles was *rechtlich nicht verboten* ist, sei erlaubt, unterliegt der 5. Senat des BAG einer klassischen *petitio principii*³²: Ob das Passivrauchen rechtmäßig bzw. rechtswidrig ist, war vor dem Hintergrund der eingangs beschriebenen Gesundheitsbeeinträchtigungen und -gefährdungen³³ festzustellen. Aus der Tatsache, daß Passivrauchen in speziellen Normen nicht verboten ist, folgt mitnichten, daß es generell erlaubt ist, sondern eben nur, daß es nach der ArbStättV und der GefStoffV nicht verboten ist. Der Gesetzgeber gibt den Gerichten bereits seit Inkrafttreten des BGB die Verpflichtung auf, den Arbeitnehmer gem. § 618 BGB zu schützen. Das BAG übersieht, daß es ja selbst in einem ersten Schritt die Gesundheitsgefährdung bejaht hatte.

Vor der Bedeutung der hochrangigen Rechtsgüter Gesundheit und Leben kann es demnach nicht dem Normzweck des § 618 BGB entsprechen, die zeitlich viel jüngeren öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzbestimmungen als abschließend zu erachten, soweit sich der Arbeitgeber nur unternehmerisch betätigt³⁴. Vielmehr kommt dem § 618 BGB, soweit öffentlich-rechtliche Vorschriften fehlen, eine wichtige Ergänzungsfunktion zu³⁵. Das ist für den allgemeinen Anwendungsbereich des § 618 BGB auch anerkannt³⁶, beispielsweise für Arbeitnehmer außerhalb des Anwendungsbereiches der Arbeitsstättenverordnung³⁷ oder Umweltbelastungen, wie Radioaktivität und Ozon, für Arbeiten am Arbeitsplatz im Freien³⁸.

Damit steht auch die 2. These des BAG auf wackeligen Beinen: Der Unternehmer sei *frei zu entscheiden*, welchen Gesundheitsgefahren er den Arbeitnehmer aussetze. Definiert man die Natur des Dienstverhältnisses weit, hätte dies die Konsequenz, daß der Arbeitgeber frei entscheiden könnte, ob er seine Arbeitnehmer vor Gesundheitsgefahren schützt oder eine Gefährdung zuläßt. § 618 Abs. 1 BGB wäre überflüssig und liefe leer, soweit man mit einer unternehmensbezogenen Auslegung nur den Schutz vor Gesundheits- oder Lebensgefahren wegen der Natur des Dienstverhältnisses verneinte. Schon der Wortlaut des § 618 Abs. 1 BGB zwingt nicht zu einer solch engen Auslegung. Systematisch läßt sich die Natur des Dienstverhältnisses als Ausnahme zur Regel lesen, daß grundsätzlich ein Schutz vor Gesundheitsgefahren besteht. Mit der Auslegung des BAG wäre das Verhältnis von Regel und Ausnahme umgekehrt. Zudem erscheint es widersprüchlich, daß für die technisch-organisatorische Ausgestaltung des Arbeitsplatzes voller Rechtsschutz für Passivraucher bestehen soll³⁹, während er im Rahmen der unternehmerischen Betätigung vollständig entfällt.

³² S. schon *Beyer/Möllers*, Die Europäisierung des Arbeitsrechts, JZ 1991, 24, 29; allgemein *Adomeit*, Rechtstheorie für Studenten, 3. Aufl., 1990, 47.

³³ S. oben I.

³⁴ Mit Art. 2 Abs. 2 GG argumentierend beispielsweise *BVerwG* v. 19. 1. 1996 = NJW 1996, 1297 – Rauchverbot auf Inlandflügen; *HessLAG* (Fn. 13). Zur Wertehierarchie der Rechtsgüter s. *Möllers* (Fn. 5), S. 144 ff. m. w. Nachw.

³⁵ Zur Ergänzungsfunktion des Zivilrechts gegenüber Defiziten des Öffentlichen Rechts ausführlich *Möllers* (Fn. 5).

³⁶ Bei Fehlen von Spezialregelungen sind diejenigen Vorkehrungen zu verlangen, die nach dem Stand der Technik möglich sind, *Lorenz*, in: *MünchKomm*, 2. Aufl., 1980, § 618 Rdnr. 48; *Kraft*, in: *Soergel*, 11. Aufl., 1980, § 618 Rdnr. 7; *Erman/Hanau* (Fn. 28), § 618 Rdnr. 12.

³⁷ *Börgmann* RdA 1993, 275, 280 nennt vornehmlich Rechtsanwälte und sonstige Rechtsbeistände.

³⁸ *Oetker*, in: *Staudinger* (Fn. 2), § 618 Rdnr. 123.

³⁹ Dazu soll nach einigen Entscheidungen auch bereits der „Verdacht einer Gesundheitsbeeinträchtigung“ ausreichen, *BVerwG* v. 13. 9. 1984 = NJW 1985, 876, 877 = DVBl 1984, 1230 – Nichtrauchererschutz im Großraumbüro; *HessLAG* v. 24. 11. 1994 = AuR 1995, 283 – Großraumbüro; *VG München* v. 28. 4. 1992 = BB 1992, 1854 – Rauchverbot am Arbeitsplatz.

Schließlich erscheint auch die Beschränkung auf eine *Willkürkontrolle* als dritte These des BAG wenig überzeugend. Das gilt bereits für den Hinweis, auch in früheren Entscheidungen nur eine Willkürkontrolle vorgenommen zu haben. Die zitierte Entscheidung betraf die Voraussetzungen einer betriebsbedingten Kündigung⁴⁰; hier geht es dagegen um den Schutz der hochrangigen Rechtsgüter Gesundheit und Leben.

Den Verzicht auf nahezu jede Rechtskontrolle verdeutlichen einige wenige Beispiele. Der Feuerwehrmann kann wegen seiner Verpflichtung, Häuser zu löschen, entsprechende Arbeitsschutzkleidung verlangen; der Rennfahrer Helm und nichtbrennbare Arbeitskleidung, gegebenenfalls entsprechende Sicherheitsvorkehrungen auf der Rennstrecke⁴¹; und zwar unabhängig davon, ob dies Auswirkungen auf Art, Inhalt und nähere Ausgestaltung der unternehmerischen Betätigung der Beklagten hätte⁴². Die Akrobaten in der Manege des Zirkus werden das rettende Netz verlangen können, in welches sie fallen können, falls sie stürzen. Hier dem Zirkusdirektor die unternehmerische Entscheidungsfreiheit zu belassen, die Artisten ohne Netz auftreten zu lassen, weil die Konkurrenz aus China ebenfalls ohne Netz auftritt, erscheint zynisch.

Wenn man im zweiten Schritt die Natur des Dienstverhältnisses weit zieht, muß zumindest in einem dritten Schritt eine angemessene Rechtskontrolle stattfinden. Nach Ansicht des BAG darf der Arbeitgeber trotz Gefahr für die Gesundheit die vertragsgemäße Erfüllung der Arbeit verlangen, soweit nur die Natur des Dienstverhältnisses dies erfordert. Bei einer Beschränkung der Kontrolle auf reine Willkürmaßnahmen würde der Arbeitnehmer aber weitgehend rechtlos gestellt. Nach der hier vorgetragenen Ansicht besteht trotz Bejahung einer unternehmerischen Tätigkeit eine bestimmte Pflichtenstellung zum Schutz des Arbeitnehmers vor Gefahren für Leben und Gesundheit fort. Der Arbeitnehmer, wie der gerade genannte Artist oder der Rennfahrer, wird bei der Verweigerung bestimmter Maßnahmen zum Schutze seiner Gesundheit die Arbeit wegen der drohenden Gesundheits- oder Lebensgefahren ablehnen können und gegebenenfalls einen Anspruch auf Umsetzung haben. Ihm steht dann auch ein Kündigungsrecht zu⁴³.

2. Zu den anderen Ansichten

Im Ergebnis ist deshalb die Auffassung des BAG abzulehnen, die nahezu jegliche Pflichtenstellung seitens des Unternehmens verneint. Andererseits besteht die Gefahr, soweit man mit der Gegenansicht den jeweiligen Stand der Technik als Begrenzung für die Natur des Dienstverhältnisses fordert oder eine Gesamtabwägung vornimmt, nicht unerheblich auf die unternehmerische Tätigkeit Einfluß zu nehmen und damit letztlich die unternehmerische Betätigung zu verändern⁴⁴ oder faktisch zu verbieten. Im Unterschied zur Auffassung des BAG, von *Nipperdey* und von *Oetker*⁴⁵ sollte deshalb mit dem BAG im zweiten Schritt die unternehmerische Betätigung weit definiert werden, im dritten Schritt aber in Abgrenzung zur Auffassung des BAG dann Pflichten des Arbeitgebers bestimmt werden. Eine vermittelnde Pflichtenstellung, im Rahmen des technisch und organisatorisch Möglichen die Beeinträchtigung für den Arbeitnehmer durch die Fluggäste

⁴⁰ BAG (Fn. 1) unter B. I. 2. b) mit Hinweis auf BAG v. 30. 4. 1987 = BAGE 55, 262 – Reinigungsdienst.

⁴¹ In der Vergangenheit wurden solche Maßnahmen schon mehrmals von den Fahrern durchgesetzt.

⁴² Zu dieser Definition s. gerade II. 2. a) und Fn. 14.

⁴³ Allgemein bereits *Mudgan*, Bd. II, 905f.

⁴⁴ S. gerade III. 1. Man denke nur an den Artisten, der künftig mit Sturzhelm durch die Manege schwingt.

⁴⁵ S. oben Fn. 18 und 28.

zu minimieren, erscheint im konkreten Fall auch für den Arbeitgeber zumutbar.

3. Einwilligung in die Rechtsgutsgefährdung und Aufklärung

a) Konkludente Einwilligung und Pflicht zur Aufklärung

Nicht unwichtig erscheint schließlich der Gedanke, daß der Arbeitnehmer nicht selten die Gefahr für Leib und Leben kennt und konkludent in das unvermeidbare Gefahrenpotential einwilligt⁴⁶. Im Rahmen der unternehmerischen Betätigung setzt sich also der Arbeitnehmer dem Gesundheitsrisiko freiwillig aus⁴⁷. Das wird besonders deutlich bei den gerade geschilderten Risiken aus der Rennfahrer- oder Zirkusbranche – Risiken, die der „Normalsterbliche“ freiwillig nie eingehen würde. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, daß § 618 BGB nach § 619 BGB zwingendes Recht ist⁴⁸, da sich die Einwilligung nur auf das unvermeidbare Gefahrenpotential beschränkt⁴⁹.

b) Präzisierung der Pflicht zur Aufklärung

Wenn *Oetker*⁵⁰ bei der Pflicht zur Aufklärung allerdings den Vergleich zu § 81 Abs. 1 S. 2 BetrVG zieht, ist dies ungenau. § 81 Abs. 1 S. 2 BetrVG sowie verschiedene technische Arbeitsschutzvorschriften wie §§ 20f GefStoffV, 19 ChemG, § 6 Abs. 1 Nr. 5 StörfV verlangen regelmäßig eine exakte Belehrung über die Gefahrenquelle. Diese Belehrung soll dem Arbeitnehmer geeignete Maßnahmen zur Gefahrabwehr ermöglichen⁵¹.

Bei der konkludenten Einwilligung in unvermeidbare Gefahren geht es jedoch in erster Linie nicht um Gefahrabwehr, sondern um Selbstbestimmung – die Stewardess kann dem Passivrauchen gerade nicht ausweichen und damit keine Gefahrabwehr ergreifen⁵². Folglich sollte man sich an die Grundsätze der Selbstbestimmungsaufklärung im Arzthaftungsrecht anlehnen. Aufzuklären ist über Risiken, die nicht allgemein bekannt und unvermeidbar sind⁵³. Im Vordergrund steht eine Aufklärung über Risiken, die zu nachhaltigen Belastungen der künftigen Lebensführung führen können⁵⁴. Künftig wird der Arbeitgeber den Arbeitnehmer in deutlich stärkerem Maße als bisher über unvermeidbare Gefahren aufklären müssen.

⁴⁶ RG v. 5. 3. 1912 = LZ 1912, 453 – Temperatur in Geschäftsräumen; *Oetker*, in: *Staudinger* (Fn. 2), § 618 Rdnr. 147. Das BAG spricht nur davon, daß es noch heute zum Berufsbild gehöre, daß die Flugbegleiterin in Raucherzonen tätig wird, BAG (Fn. 1) unter B. I. 2. d) (1).

⁴⁷ S. bereits *Möllers* (Fn. 5), S. 44 ff.

⁴⁸ Damit muß nicht über den Umfang des Paternalismus als des Schutzes des Menschen vor sich selbst durch den Staat gestritten werden, s. dazu *Singer*, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133 ff., 1140; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 364, 386 und jüngst *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996.

⁴⁹ *Oetker*, in: *Staudinger* (Fn. 2), § 618 Rdnr. 148; ähnlich *Däubler*, Arbeitsrecht 2, 7. Aufl., 1990, 219 f.

⁵⁰ *Oetker*, in: *Staudinger* (Fn. 2), § 618 Rdnr. 149.

⁵¹ *Wiese*, in: *Gemeinschaftskommentar-BetrVG*, Bd. II, 4. Aufl., 1990, § 81 Rdnr. 12; *Dietz/Richardi*, in: *BetrVG*, Bd. II, 6. Aufl., 1982, § 81 Rdnr. 4.

⁵² Die Selbstbestimmung unterscheidet sich von der therapeutischen Aufklärung, weil die Selbstbestimmung über Gefahren aufklären soll, die nicht abgewendet werden können, während die Gefahrabwehr gerade ermöglichen soll, daß der Patient der Gefahr durch richtiges Verhalten begegnen kann; genauer *Möllers* (Fn. 5), S. 111 f. Das Selbstbestimmungsrecht nennt auch das *BVerfG*, Urteil v. 28. 1. 1992 = *BVerfGE* 85, 191, 213 = JZ 1992, 913, 916 (*Löwisch/Schwerdle*) = NJW 1992, 964, 966 – Nachtarbeitsverbot.

⁵³ *BGH* v. 27. 10. 1981 = NJW 1982, 697 – Myambutol Ia.

⁵⁴ *BGH* v. 22. 4. 1980 = NJW 1980, 1905, 1907 – nervus facialis; *Rieger*, Lexikon des Arztrechts, 1984, Rdnr. 257; *Steffen*, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, 4. Aufl., 1990, S. 85 m. umfangreichen w. Nachw.

⁵⁵ S. gerade IV. 1. So, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer über die Gefahren nicht umfangreich aufgeklärt hat. Man denke nur an die Studien-

4. Mögliche Maßnahmen

Das BAG hatte Pflichten des Arbeitgebers verneint. Bejaht man dagegen das Fortdauern einer Pflichtenstellung, so stehen dem Arbeitnehmer zum einen bestimmte Rechte, wie beispielsweise das Kündigungsrecht, zu⁵⁵. Auch wird man dem Arbeitnehmer letztlich ein Recht auf Versetzung zubilligen, soweit er die vorgefundenen Gefahren nicht gekannt hat⁵⁶. Zum anderen ist der Arbeitgeber verpflichtet, im Rahmen des *technisch und organisatorisch Möglichen* die Beeinträchtigung für den Arbeitnehmer durch die Fluggäste zu minimieren⁵⁷. Organisatorische Möglichkeiten wären beispielsweise die Gewährung von bestimmten Ruhezeiten⁵⁸, aber auch ein Rauchverbot für die übrigen Mitarbeiter⁵⁹. Zu überlegen wäre zudem, inwieweit es technisch möglich ist, die Frischluft zu verbessern⁶⁰ oder Trennwände zwischen dem Raucher- und dem Nichtraucherbereich einzurichten⁶¹.

V. Gesamteuropäischer Ausblick

Das BAG hat umfangreich geprüft, inwieweit sein Ergebnis mit europarechtlichen Vorschriften übereinstimmt. Tatsächlich ist es mit der gemeinschaftsrechtlichen Rahmenrichtlinie Gesundheitsschutz⁶² mangels eindeutiger Vorschriften vereinbar. Auch die RiL über den Schutz des Arbeitnehmers gegen Gefährdung durch Karzinogene bei der Arbeit⁶³ greift nicht ein, da entsprechende Grenzwerte noch nicht festgelegt wurden.

Es erstaunt allerdings, daß das BAG auf andere Initiativen auf europäischer Ebene nicht eingeht. Bereits im Jahre 1989 wurde eine Entschließung des Rates der EG zum Rauchverbot in öffentlich zugänglichen und frequentierten Räumen verabschiedet⁶⁴. Im Jahre 1992 und 1993 hat die Kommission eine weitere Einzelrichtlinie zum Gesundheitsschutz bei Transporttätigkeiten sowie bezüglich Arbeitsstätten in Transportmitteln vorgeschlagen⁶⁵. Nach Nr. 6 des Anhangs II dieser geplanten Richtlinie sind zum Schutz der nichtrauchenden Arbeitnehmer voneinander getrennte Bereiche für Raucher und Nichtraucher bereitzustellen⁶⁶. Dies entspricht der vortragenen Meinung. Auch vor diesem gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund erscheinen Begründung und Ergebnis des BAG überdenkenswert.

tin, die während des Oktoberfestes in München in einem Bierzelt jobbt und am ersten Abend von den eingangs beschriebenen Akutwirkungen betroffen wird.

⁵⁶ Eine Versetzung in den Bodenbereich hatte die Klägerin jedoch abgelehnt, s. *HessLAG* (Fn. 13), S. 286 und das Klägervorbringen in *BAG* (Fn. 13).

⁵⁷ S. Fn. 47.

⁵⁸ Das würde generell für den Beruf des Kellners relevant. Zur Arbeitszeitsverkürzung von Diplomaten, die in luftverschmutzten Städten arbeiten, als Ausdruck der Fürsorgepflicht des Dienstherrn, s. *DIE ZEIT* v. 26. 7. 1996, 2.

⁵⁹ A. A. sowohl *BAG* (Fn. 1) als auch die Vorinstanz: *HessLAG* (Fn. 13).

⁶⁰ Nach Angaben des BAG wird die Luft in Passagierflugzeugen bis zu acht Mal rezirkuliert.

⁶¹ Das ist in Zügen der Deutschen Bundesbahn schon Standard und würde die nichtrauchenden Passagiere weitgehend vor dem Passivrauchen schützen.

⁶² RahmenRiL Gesundheitsschutz v. 12. 6. 1989, ABl. Nr. L 183, 1; vgl. im übrigen zur richtlinienkonformen Auslegung von Vorschriften des Arbeitsschutzrechtes *Bücker/Feldhoff/Kobte*, Vom Arbeitsschutz zur Arbeitsumwelt, 1994, Rz. 328 ff.

⁶³ 6. EinzelRiL vom 28. 6. 1990 zum Schutz des Arbeitnehmers gegen Gefährdung durch Karzinogene, ABl. Nr. L 196, 1.

⁶⁴ Entschließung des Rates der Europäischen Gemeinschaften v. 18. 7. 1989, ABl. Nr. C 189, 1 = NJW 1989, 2936.

⁶⁵ RiL-Vorschlag Gesundheitsschutz bei Transporttätigkeiten v. 17. 11. 1992, ABl. Nr. C 25, 17 und geänderter RiL-Vorschlag Gesundheitsschutz bei Transporttätigkeiten v. 1. 10. 1993, ABl. Nr. C 294, 4.

⁶⁶ Sollte dies nicht möglich sein, ist das Rauchen zu verbieten. Geänderter RiL-Vorschlag Gesundheitsschutz bei Transporttätigkeiten v. 1. 10. 1993, Anh. II. A. Nr. 6, ABl. Nr. C 294, 4, 16.