

Dr. Benedikt Buchner, München*

Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz

Die neue Schutzregelung des § 3a Arbeitsstättenverordnung

Rauchen am Arbeitsplatz birgt noch immer ein erhebliches Konfliktpotenzial innerhalb der Betriebe. Freiheitsinteressen der Raucher und Gesundheitsinteressen der Nichtraucher lassen sich oftmals nur schwer miteinander in Einklang bringen. Mit der Neuregelung des § 3a Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) erfährt dieser Interessenkonflikt eine Entscheidung zu Gunsten der Nichtraucher. Die Vorschrift normiert erstmals eine ausdrückliche, nicht auf Pausenräume beschränkte Regelung des Schutzes der nicht rauchenden Beschäftigten für alle Arbeitsstätten. Der folgende Beitrag stellt den neuen § 3a vor. Der Autor erläutert die wichtigsten Konsequenzen und die praktische Umsetzung der Neuregelung.

1. Der neue § 3a Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV)

Am 3. Oktober 2002 ist die vom Bundeskabinett beschlossene „Verordnung zur Rechtsvereinfachung im Bereich der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes bei der Bereitstellung von Arbeitsmitteln und deren Benutzung bei der Arbeit, der Sicherheit beim Betrieb überwachungsbedürftiger Anlagen und der Organisation des betrieblichen Arbeitsschutzes“ am Tag nach ihrer Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft getreten.¹ In der Verordnung wird u. a. der vom Bundestag beschlossene interfraktionelle Antrag „Für einen verbesserten Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz“² durch eine Änderung der Arbeitsstättenverordnung umgesetzt. Gemäß Art. 7 der Verordnung wird die Arbeitsstättenverordnung dahin gehend geändert, dass der bisherige § 32 „Nichtraucherschutz“ aufgehoben und ein neuer § 3a mit folgendem Inhalt eingefügt wird:

„§ 3a Nichtraucherschutz

(1) Der Arbeitgeber hat die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die nicht rauchenden Beschäftigten in Arbeitsstätten wirksam vor den Gesundheitsgefahren durch Tabakrauch geschützt sind.

(2) In Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr hat der Arbeitgeber Schutzmaßnahmen nach Absatz 1 nur insoweit zu treffen, als die Natur des Betriebes und die Art der Beschäftigung es zulassen.“

1. Zweck der Norm: Rechtsklarheit im Hinblick auf den Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz

Die Normierung einer Verpflichtung des Arbeitgebers zu einem wirksamen Schutz vor den Gesundheitsgefahren durch Tabakrauch soll vor allem Rechtsklarheit beim Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz schaffen.³ Bislang bestand eine ausdrückliche gesetzliche Pflicht zu Maßnahmen des Nichtraucherschutzes lediglich für Pausen-, Bereitschafts- und Liegeräume (§ 32 ArbStättV). Eine darüber hinausgehende Verpflichtung des Arbeitgebers zum Schutz der nicht rauchenden Beschäftigten wurde in erster Linie aus der öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznorm des § 5 ArbStättV und der privatrechtlichen Fürsorgepflicht nach § 618 BGB abgeleitet.⁴ Wie weit dieser Schutz jedoch gehen soll, ab welchem Grad Zigarettenrauch die Atemluft zu einer nicht mehr „gesundheitlich zuträglichen“ macht und in welchen Fällen Passivrauchen nicht mehr ei-

ne bloße sozial übliche und hinzunehmende Belästigung, sondern eine ernste Gesundheitsgefährdung darstellt, darüber herrschte bisher in Rechtsprechung und Rechtslehre weitgehend Uneinigkeit. Die Folge ist eine unübersichtliche Vielzahl sich einander widersprechender Veröffentlichungen und Gerichtsentscheidungen über Ansprüche des Arbeitnehmers auf einen rauchfreien Arbeitsplatz.⁵ Dieser Rechtsunsicherheit hofft der Gesetzgeber mit der Änderung der Arbeitsstättenverordnung abzuwehren.

2. Rechtfertigung der Norm: unbestreitbare Gesundheitsrisiken durch Passivrauchen

Die Normierung einer Schutzpflicht zu Gunsten nicht rauchender Arbeitnehmer ist im Hinblick auf die gesundheitlichen Risiken des Passivrauchens dringend geboten. Noch immer sind in Deutschland zwischen drei und vier Millionen Nichtraucher an ihrem Arbeitsplatz unfreiwillig Passivrauch ausgesetzt.⁶ Der Schadstoff Tabakrauch gefährdet folglich mehr Arbeitnehmer als alle übrigen krebserregenden Arbeitsstoffe zusammen.⁷ Dabei steht die Gesundheitsschädlichkeit des Passivrauchens mittlerweile außer Frage. Passivrauchen zieht nicht nur akute Wirkungen wie Augenbrennen, Husten oder Kopfschmerzen nach sich, sondern auch chronische Erkrankungen der Atemwege, Herz-Kreislauf-Krankheiten und Krebs.⁸ Jahrelanges Passivrauchen führt zu einem zwei- bis dreifach erhöhten Risiko, an einem Bronchialkarzinom zu erkranken.⁹ In ei-

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Internationales Recht der Universität München. Mehr über ihn erfahren Sie auf S. XII. Der Beitrag ist die überarbeitete und erweiterte Fassung einer Stellungnahme im Rahmen der Europäischen Konferenz „Smoke Free Workplaces“ der Deutschen Krebsgesellschaft e.V. und des European Network for Smoking Prevention am 10. und 11. Mai 2001 in Berlin.

1 BGBl. I 2002, 3777.

2 BT-Drucks. 14/3231, 1.

3 Vgl. BT-Drucks. 14/3231, 4.

4 Nach § 5 ArbStättV muss in Arbeitsräumen „während der Arbeitszeit ausreichend gesundheitlich zuträgliche Atemluft“ vorhanden sein. § 618 BGB verpflichtet den Arbeitgeber zu Schutzmaßnahmen gegen Gefahr für Leben und Gesundheit, soweit die Natur der Arbeit es gestattet.

5 Für einen umfassenden Rechtsprechungsüberblick siehe *Leßmann*, Rauchverbote am Arbeitsplatz, 1991; *Rahmede*, Passivrauchen – Gesundheitliche Wirkungen und rechtliche Konsequenzen, 1983; *Zapka*, Passivrauchen und Recht, 1993. Für eine aktuellere Bestandsaufnahme siehe auch *Schillo/Behling*, DB 1997, 2022; *Cosack*, DB 1999, 1450 (zur Bewertung der gesundheitlichen Risiken des Passivrauchens durch die Rechtsprechung).

6 Nach den Ergebnissen einer Umfrage der GfK-Marktforschung, Nürnberg, vom Oktober 2000 ist in Deutschland jeder fünfte Nichtraucher an seinem Arbeitsplatz häufig oder ständig Tabakrauch ausgesetzt – bei knapp 21 Millionen nicht rauchenden Erwerbstätigen sind somit über vier Millionen Nichtraucher an ihrem Arbeitsplatz Passivrauch ausgesetzt (siehe Nichtraucher-Info Nr. 41-I/01 – abrufbar unter www.ni-d.de/NRI/41/nrinfo.html). Zurückhaltendere Schätzungen deutscher Gesundheitsorganisationen gehen hierzulande von immerhin noch mehr als drei Millionen Passivrauchern am Arbeitsplatz aus (*Koalition gegen das Rauchen* [Hrsg.], Netzwerk Nichtrauchen: Dokumente, Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz [2001], 7).

7 *Koalition gegen das Rauchen* (Fn. 6), 7.

8 *Deutsche Forschungsgemeinschaft*, Senatskommission zur Prüfung gesundheitsschädlicher Arbeitsstoffe (Hrsg. H. Greim), Passivrauchen am Arbeitsplatz 1999, 11 ff.

9 *Haustein*, Gesundheitliche Folgen des Passivrauchens; in: *Haustein* (Hrsg.), Rauchen und Nikotin – Raucherschäden und Primärprävention, 2000, S. 22, 31.

ner Neubewertung der gesundheitlichen Schäden durch Passivrauchen am Arbeitsplatz hat die Senatskommission zur Prüfung gesundheitsschädlicher Arbeitsstoffe bei der Deutschen Forschungsgemeinschaft den Tabakrauch in der Raumluft als eindeutig krebs-erzeugend für den Menschen eingestuft und ihn damit der höchsten Gefahrenstufe („Kategorie 1“) zugeordnet.¹⁰

II. Konsequenzen der Neuregelung

1. Fest- oder Fortschreibung der bisherigen Rechtslage?

Ein Vergleich von § 3a ArbStättV mit der bisherigen Rechtsprechung zum Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz wirft die Frage auf, ob die Vorschrift tatsächlich einen verbesserten Schutz der Arbeitnehmer vor den Gesundheitsgefahren des Passivrauchens bewirkt. Die Bestimmung scheint eher eine Festschreibung der schon bisher von der Rechtsprechung angenommenen Rechtslage denn eine weitere Fortschreibung des Nichtraucherschutzes zu sein.¹¹ Wenn § 3a ArbStättV von der Verpflichtung des Arbeitgebers spricht, die Nichtraucher am Arbeitsplatz wirksam vor den Gesundheitsgefahren durch Tabakrauch zu schützen, so deckt sich dies mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 618 Abs. 1 BGB. Das Gericht entnimmt bereits dieser Norm die Verantwortung des Arbeitgebers, „die Arbeit so zu organisieren, dass Tabakrauch die Atemluft am Arbeitsplatz nicht durchsetzt und Arbeitnehmer durch so genanntes Passivrauchen in ihrer Gesundheit nicht gefährdet werden.“¹² Im Hinblick auf die Arbeitsschutznorm des § 5 ArbStättV stellt sich sogar die Frage, ob nicht dessen Kriterium der „gesundheitlich zuträglichen Atemluft“ weiter gehende Anforderungen an den Arbeitgeber stellt als die allgemeine Verpflichtung zum „wirksamen Schutz“ vor den Gesundheitsgefahren durch Tabakrauch nach dem neuen § 3a ArbStättV – vor allem dann, wenn man gesundheitlich zuträgliche Atemluft im Sinne des § 5 ArbStättV dahin gehend konkretisiert, dass diese nicht schlechter als die Außenluft sein darf und jegliche wahrnehmbare Belastung der Atemluft durch Tabakrauch diesen Anforderungen grundsätzlich nicht mehr entspricht.¹³

2. Zuwachs an Rechtsklarheit?

In der Begründung zum Antrag für einen verbesserten Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz wird als ein wesentlicher Vorteil der Neuregelung angeführt, dass unter § 3a ArbStättV nicht mehr in jedem Einzelfall erneut geklärt werden muss, ob das unfreiwillige Passivrauchen gesundheitsschädlich ist und ob der Arbeitgeber für die Folgen des Passivrauchens am Arbeitsplatz verantwortlich ist.¹⁴

a) Die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers

Was die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers angeht, ist dieser auch schon nach der bisherigen Rechtslage durch den öffentlich-rechtlich und privatrechtlich normierten Arbeitsschutz umfassend auf den Schutz von Leben und Gesundheit der für ihn tätigen Arbeitnehmer verpflichtet.¹⁵ Streitig ist nicht, ob der Arbeitgeber überhaupt für den Schutz vor den Gesundheitsgefahren des Passivrauchens verantwortlich ist, sondern wie weit diese Verantwortlichkeit geht. Dieser Rahmen wird allerdings auch durch die Neuregelung des § 3a ArbStättV nicht ausdrücklich festgelegt. Ist dort von der Verpflichtung zu einem „wirksamen“ Schutz die Rede, so ist damit zunächst eine Selbstverständlichkeit ausgedrückt, da jede Schutzpflicht unter der Prämisse der Wirksamkeit ihrer konkreten Maßnahmen steht. Die Frage aber, ob dem Erfordernis der „Wirksamkeit“ bereits dann Genüge getan ist, wenn der nicht rauchende Arbeitnehmer keine konkrete Beeinträchtigung seiner körperlichen Unversehrtheit nachweisen kann, oder ob „Wirksamkeit“ voraussetzt, dass keinerlei Belastung der Atemluft mit Tabak-

rauch wahrnehmbar sein darf, wird auch von § 3a ArbStättV nicht beantwortet.

b) Die rechtlich vermutete Gesundheitsschädlichkeit des Passivrauchens

Was die Frage der Gesundheitsschädlichkeit des Passivrauchens angeht, lässt sich § 3a ArbStättV in zweierlei Richtungen deuten. Denkbar ist, § 3a ArbStättV dahin gehend zu interpretieren, dass der Arbeitgeber „nur“ vor den Gesundheitsgefahren des Rauchens, nicht aber auch vor bloßen Belästigungen durch Tabakrauch schützen muss.¹⁶ Die Konsequenz wäre, dass weiterhin in jedem Einzelfall zu klären ist, inwieweit der betroffene Nichtraucher tatsächlich in seiner Gesundheit gefährdet und damit unstreitig schutzwürdig ist, dass er aber ansonsten gewisse durch den Tabakrauch bedingte Unannehmlichkeiten hinnehmen muss.

Die Regelung kann aber auch so verstanden werden, dass die Gesundheitsgefährlichkeit des Passivrauchens außer Frage steht, d. h. Passivrauchen *per se* als gesundheitsschädlich zu bewerten ist und damit insoweit auch der Arbeitgeber bei der Organisation seines Betriebs oder das Gericht bei der Streitentscheidung diese Einstufung der Gefährlichkeit des Passivrauchens als gegeben hinzunehmen hat. Die Begründungserwägungen zum Antrag für einen verbesserten Nichtraucherschutz sprechen für letztere Deutung des § 3a ArbStättV. Hiernach soll die Neuregelung gerade „den neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen Rechnung tragen, die grundsätzlich von einer krebs-erzeugenden Wirkung des Passivrauchens ausgehen.“¹⁷ Damit braucht nicht der nicht rauchende Arbeitnehmer darzulegen, dass er durch das Rauchen seiner Arbeitskollegen in seiner körperlichen Unversehrtheit gefährdet ist, sondern der Arbeitgeber hat nachzuweisen, dass dies ausnahmsweise nicht so ist. Insoweit stärkt die Neuregelung also die Rechtsstellung des nicht rauchenden Arbeitnehmers, wobei allerdings anzumerken ist, dass die Rechtsprechung in jüngerer Zeit auch ohne eine solche gesetzliche Vorgabe zunehmend dazu tendiert, zu Gunsten der Rechte des Nichtrauchers von einer Gesundheitsschädlichkeit des Passivrauchens auszugehen.¹⁸

¹⁰ Deutsche Forschungsgemeinschaft (Fn. 8), 28.

¹¹ Zu § 3a ArbStättV und einem Vergleich mit der bisherigen Rechtslage siehe auch *Diwéll*, *AiB* 2002, 400 und *Lorenz*, *AuA* 2002, 212.

¹² Siehe *BAG*, *BB* 1998, 539 und 2113.

¹³ Siehe *HessLAG*, *ArbuR* 1995, 283, 284 (mit Verweis auf *Ziff.* 2 Satz 1 der Arbeitsstättenrichtlinie „Lüftung“ [ASR 5]); vgl. auch *Cosack*, *DB* 1999, 1453; *Börgmann*, *RdA* 1993, 278 m. w. N.

¹⁴ *BT-Drucks.* 14/3231, 4.

¹⁵ *Ahrens*, *AR-Blattei* SD 1310, Rn. 27; *Münchener Handbuch Arbeitsrecht-Blomeyer*, Bd. 1, 2. Aufl. 2000, § 96 Rn. 1 ff.

¹⁶ Für eine solche Deutung könnte vor allem sprechen, dass ursprünglich auch eine Schutzpflicht des Arbeitgebers hinsichtlich der „Belästigungen“ durch Tabakrauch in § 3a ArbStättV normiert werden sollte, dies aber letztlich auf Betreiben der Arbeitgeberverbände wieder fallen gelassen wurde (siehe *Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)*, Halbjahresbilanz zur Sozial-, Tarif- und Bildungspolitik vom 3. 7. 2000, Pkt. 6.12.).

¹⁷ *BT-Drucks.* 14/3231, 4.

¹⁸ In diesem Sinne *Cosack*, *DB* 1999, 1451. Für Beispiele aus der Rechtsprechung, die von einer grundsätzlichen Gesundheitsschädlichkeit des Passivrauchens ausgehen, siehe etwa *ArbG Berlin*, *DB* 1988, 2518; *ArbG Hamburg*, *DB* 1989, 1142; *LAG Hamm*, *LAGE* § 618 BGB Nr. 3; *HessLAG*, *ArbuR* 1995, 283, 284. Das BAG lässt es in seinem Urteil vom 17. 2. 1998, *NJW* 1999, 162, 163 für die Annahme einer Gesundheitsgefährdung durch Tabakrauch ausreichen, dass die Atemluft am Arbeitsplatz „wahrnehmbar mit Tabakrauch durchsetzt“ ist. Nach *BAG*, *NJW* 1999, 2203, 2206 kann eine gesundheitliche Gefährdung durch Passivrauchen „nicht mehr ernsthaft in Abrede gestellt werden“. Aus der Literatur siehe *Binz/Sorg*, *BB* 1994, 1709, 1710; *Börgmann*, *AP* § 618 BGB Nr. 26, Bl. 5; *Künzli*, *BB* 1999, 2187; *Möllers*, *JZ* 1996, 1050, 1051. Teilweise wird eine Beweislast des Arbeitgebers für die Unschädlichkeit des Passivrauchens auch mit einer Anwendbarkeit der Beweislastregel des § 4 Abs. 2 Satz. 2 ArbStättV begründet – siehe *HessLAG*, *ArbuR* 1995, 283, 284; *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht-Wank*, 1998, § 618 BGB Rn. 2; *Lefsmann*, *ArbuR* 1995, 244; *Münchener Handbuch Arbeitsrecht-Blomeyer* (Fn. 15), § 96 Rn. 20; einschränkend *Streckel*, *EzA* § 618 BGB Nr. 14, S. 10 f. (Umkehr der Beweislast allenfalls bei erheblichen Verdachtsmomenten für eine Schädlichkeit).

3. Zwischenergebnis: Entscheidung zu Gunsten des Nichtraucherschutzes

Wenn somit auch der Regelungsinhalt des § 3a ArbStättV nicht über das hinausgeht, was bereits § 5 ArbStättV und § 618 BGB entnommen werden konnte, ist die Neuregelung gleichwohl ein entscheidender Schritt hin zu einem wirksameren Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz.¹⁹ War der nicht rauchende Arbeitnehmer bisher für einen effektiven Schutz seiner Gesundheit auf eine wohlwollende und für ihn günstige Auslegung des § 5 ArbStättV und des § 618 BGB angewiesen, bleibt nunmehr dem Arbeitgeber und im Streitfall den Gerichten kein Raum mehr für eine restriktive Auslegung der Vorschriften zum Nichtraucherschutz. § 3a ArbStättV stellt eine klare Entscheidung zu Gunsten des Schutzes des nicht rauchenden Arbeitnehmers dar. Wer bisher argumentiert hat, eine Gesundheitsschädlichkeit des Passivrauchens sei nicht eindeutig erwiesen,²⁰ muss nun in Rechnung stellen, dass nach dem Gesetz die Gesundheitsschädlichkeit feststeht.²¹ Wer bisher die freie Persönlichkeitsentfaltung des Rauchers betont hat,²² muss nun berücksichtigen, dass § 3a ArbStättV klar und eindeutig den gesundheitlichen Interessen des Passivrauchers Vorrang einräumt. Und wer bisher darauf verwiesen hat, dass die Tatsache des Fehlens einer ausdrücklichen Regelung zum Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz für eine grundsätzliche Zulässigkeit des Rauchens am Arbeitsplatz spricht,²³ ist dieses Arguments nunmehr entledigt.

III. Praktische Umsetzung

1. Die erforderlichen Maßnahmen

a) Regelungsspielraum des Arbeitgebers

Hinsichtlich der Wahl der konkreten betrieblichen Maßnahmen zum Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz ist das erklärte Ziel des Gesetzgebers, dem Arbeitgeber mit Rücksicht auf die Vielgestaltigkeit der betrieblichen Verhältnisse den notwendigen Regelungsspielraum zu belassen.²⁴ Dem Arbeitgeber steht somit grundsätzlich ein „Auswahlermessen“²⁵ zu, welche Vorkehrungen er zum Schutz der Gesundheit der nichtrauchenden Beschäftigten treffen will.²⁶

b) Bauliche und Lüftungstechnische Maßnahmen

In Betracht kommen zunächst bauliche oder Lüftungstechnische Maßnahmen. Teilweise wird hierbei für einen Nichtraucherschutz schon das Vorhandensein weiter und hoher Räume, in denen sich der Tabakrauch schnell verflüchtigen kann, als ausreichend erachtet.²⁷ Dies mag in Ausnahmefällen genügen, im Regelfall jedoch kann allein die Größe eines Arbeitsraums keine Gewähr für einen ausreichenden Schutz vor Tabakrauch bieten – insbesondere bei engem Zusammenarbeiten oder bei einer Vielzahl von Rauchern. Auch die für kleinere Raumeinheiten vorgeschlagene Maßnahme der Fensterlüftung²⁸ begegnet Bedenken, nicht nur im Hinblick darauf, dass gerade in kleineren Räumlichkeiten im Zweifel Raucher und Nichtraucher auch auf engem Raum zusammenarbeiten, sondern ebenso wegen zweifelhafter Effektivität²⁹ und möglicher Begleiterscheinungen wie Kälte, Lärm und Zugluft. Werden somit diese einfachen Maßnahmen nur selten ausreichen, kommt als weitere Abhilfemaßnahme der Einsatz von klima- und Lüftungstechnischen Anlagen in Betracht. Ein Betrieb solcher Systeme bietet zunächst den Vorteil, dass sie das mildeste Mittel zur Erreichung eines effektiven Nichtraucherschutzes darstellen. Einen entsprechenden Wirkungsgrad vorausgesetzt, gewährleisten solche Anlagen eine tabakrauchfreie Atemluft, ohne dass hierbei den Rauchern Einschränkungen auferlegt werden oder Arbeitsabläufe organisatorisch umgestaltet werden müssen. Dem steht jedoch der Nachteil einer erheblichen finanziellen Belastung für den Arbeitgeber gegenüber, die im Regelfall dazu führen wird, dass der Arbeitgeber aus Kostengründen auf andere Abhilfemaßnahmen ausweicht.³⁰

c) Organisatorische Maßnahmen

Als kostengünstigere Variante kommen organisatorische Maßnahmen des Arbeitgebers in Betracht, in erster Linie die räumliche Trennung von Rauchern und Nichtrauchern. Je größer der Betrieb, desto leichter wird diese Maßnahme zu bewerkstelligen sein, vorausgesetzt die räumliche Aufteilung der Beschäftigten ist mit den Arbeitsabläufen im Betrieb vereinbar. Eine Aufteilung innerhalb eines Arbeitsraums, etwa durch Aufstellen von Trennwänden o. ä., wird hingegen nicht ausreichen. Eine effektive Reinhaltung der Atemluft von Tabakrauch setzt voraus, dass ein Austausch von tabakrauchhaltiger und tabakrauchfreier Luft nicht stattfinden kann. Dies ist nur dann gewährleistet, wenn die Raucher in separaten Zimmern tätig sind und diese Zimmer ausreichend abgedichtet sind.³¹

d) Rauchverbot für alle Beschäftigten

Sind bauliche oder Lüftungstechnische Maßnahmen nicht möglich oder zu teuer und scheiden organisatorische Maßnahmen aus Gründen der Arbeitsorganisation oder der Betriebsgröße aus, kann ein wirksamer Nichtraucherschutz nur durch ein allgemeines Rauchverbot für alle Beschäftigten erreicht werden.

Ein Rauchverbot im Betrieb ist zwar für die Raucher die schwerwiegendste Einschränkung. Gleichwohl ist damit ein allgemeines Rauchverbot nicht nur *ultima ratio* für den Fall, dass keine milderen Mittel denkbar sind.³² § 3a ArbStättV macht deutlich, dass es allein auf einen wirksamen Schutz des Nichtrauchers ankommt. Die Auswahl der Schutzmaßnahmen nach § 3a ArbStättV steht nicht unter der Maxime, den Raucher möglichst wenig einzuschränken, sondern den Nichtraucher möglichst umfassend in seiner Gesundheit zu schützen. Hierfür ist ein generelles betriebliches Rauchverbot die effektivste Maßnahme, da hierdurch ein Kontakt des Nichtrauchers mit tabakrauchhaltiger Luft von vornherein und in vollem Umfang ausgeschlossen wird. Bereits aus diesem Grund ist der Erlass eines Rauchverbots stets zulässig. Hinzu kommt, dass ein allgemeines Rauchverbot zugleich die Maßnahme ist, die am schnellsten umzusetzen ist, die am kostengünstigsten zu realisieren ist

¹⁹ Ebenso *Düwell*, AiB 2002, 400, 402.

²⁰ Vgl. OVG Lüneburg, DVBl. 1989, 935, 937; *Heilmann*, BB 1994, 715; *Zapka* (Fn. 5) S. 30 ff.; *ders.*, BB 1992, 1847, 1848 f.

²¹ Zumindest bis der Arbeitgeber den Beweis des Gegenteils erbracht hat, was ihm angesichts des heutigen wissenschaftlichen Erkenntnisstands kaum mehr gelingen dürfte (s.o. Fn. 8 bis 10).

²² Vgl. BayObLG, NJW-RR 1993, 1224; *MünchKomm-Lorenz*, 3. Aufl. 1997, § 618 BGB Rn. 44; *Heilmann*, BB 1994, 715; *ders.*, ZRP 1997, 268; *Scholz*, DB 1979, Beil. Nr. 10.

²³ Vgl. VG Freiburg, NJW 1978, 2352, 2353; LAG Baden-Württemberg, DB 1978, 213. Ausdrücklich gegen eine solche Argumentation *Möllers*, JZ 1996, 1050, 1053.

²⁴ Siehe BT-Drucks. 14/3231, 4.

²⁵ Im Gegensatz zum „Entschließungsermessen“ – siehe *Ahrens*, AR-Blattei SD 1310, Rn. 103.

²⁶ Die Wahl der konkreten betrieblichen Maßnahme unterliegt jedoch gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 7 BetrVG dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, da es sich bei der geplanten Neuregelung des § 3a ArbStättV um eine ausfüllungsbedürftige Vorschrift handelt. Dieser mitbestimmungsrechtliche Aspekt soll im Folgenden ausgeklammert und einer eigenen Untersuchung vorbehalten bleiben.

²⁷ Siehe *Ahrens*, AR-Blattei SD 1310, Rn. 106.

²⁸ Vgl. *Ahrens* (Fn. 27).

²⁹ Neueste Untersuchungen haben ergeben, dass es pro geraucher Zigarette mindestens 3000 Kubikmeter Frischluftzufuhr bedarf, um unter der festgestellten Reizschwelle für Augen, Nase und Hals zu bleiben (Web-Zeitung der ETH-Zürich vom 28. 3. 01; wiedergegeben in Nichtraucher-Info Nr. 44 – IV/0 1, http://www.nid.de/NRI/44/#19_000%20Kubikmeter%20Frischluft%20für%20eine%20Zigarette).

³⁰ Vgl. *Cosack*, DB 1999, 1450, 1454; *Löwisch*, DB 1979, Beil. Nr. 1, 12.

³¹ Vgl. *Cosack*, DB 1999, 1450, 1454.

³² In diesem Sinne aber (zumindest nach bisheriger Rechtslage) *Ahrens*, AR-Blattei SD 1310, Rn. 112; *MünchKomm-Lorenz*, 3. Aufl., § 618 BGB Rn. 44; *Staudinger/Oetker*, 13. Bearb., § 618 BGB Rn. 182.

und die, anders als organisatorische Maßnahmen, den betrieblichen Arbeitsablauf allenfalls geringfügig beeinflusst.

2. Einschränkung des § 3a Abs. 2 ArbStättV

§ 3a Abs. 2 ArbStättV formuliert in Anlehnung an § 618 Abs. 1 BGB eine Ausnahme von der umfassenden Verpflichtung zum Nichtrauchererschutz. Bei Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr braucht der Arbeitgeber die Schutzmaßnahmen nur insoweit zu treffen, als die Natur des Betriebs und die Art der Beschäftigung es zulassen.³³

a) Die Grenze des technisch und organisatorisch Möglichen und wirtschaftlich Zumutbaren

Fraglich ist, wie die durch § 3a Abs. 2 ArbStättV normierte Einschränkung näher zu konkretisieren ist. Zumindest missverständlich ist die im Rahmen des § 618 Abs. 1 BGB anzutreffende Formulierung, die Grenzen der Schutzpflicht seien dadurch bestimmt, was nach dem Stand der Technik möglich und dem Arbeitgeber wirtschaftlich zumutbar ist.³⁴ Selbst wenn technische oder organisatorische Abhilfemaßnahmen nicht möglich, zu teuer oder aus anderen Gründen dem Arbeitgeber nicht zumutbar sein sollten, ist dieser von seiner Schutzpflicht nicht entbunden. Es bleibt vielmehr stets die Alternative eines allgemeinen Rauchverbots im Betrieb.³⁵ Die Verhängung eines solchen ist dem Arbeitgeber gerade auch deshalb zumutbar, weil diese Maßnahme nicht mit der (kostspieligen) Verpflichtung verbunden ist, zusätzliche Raucherräume einzurichten.³⁶ Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, einen „ungestörten Rauchgenuss“ zu ermöglichen. Er darf lediglich nicht Raucher gezielt schikanieren oder diskriminieren, indem er das Rauchen auch im Freien untersagt oder nur unter unzumutbaren Bedingungen ermöglicht.³⁷

b) Unvereinbarkeit eines Rauchverbots mit der Natur des Betriebs und der Art der Beschäftigung: Erwartungshaltung der Kunden in Betrieben mit Publikumsverkehr

Von Relevanz ist die Grenze des technisch und organisatorisch Möglichen und wirtschaftlich Zumutbaren daher nur, wenn die Natur des Betriebs und die Art der Beschäftigung ein Rauchverbot nicht zulassen würden und somit allein Abhilfemaßnahmen technischer oder organisatorischer Natur möglich sind. Aus der Einschränkung des § 3a Abs. 2 ArbStättV auf Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr folgt, dass eine solche Unvereinbarkeit dann in Betracht kommt, wenn sich ein Rauchverbot nicht an die Arbeitnehmer selbst, sondern an dieses „Publikum“, den Kunden, richtet. Vor allem im Gaststättenbereich hängt ein Schutz der nicht rauchenden Arbeitnehmer weniger davon ab, dass ihre Arbeitskollegen nicht rauchen, als vielmehr davon, dass sie nicht dem Tabakrauch der Gäste ausgesetzt werden. Gerade im Gaststättenbereich gehört es aber auch zur „Natur des Betriebs“, dass rauchende Gäste bewirtet werden. Eine Bar, Kneipe oder Dorfwirtschaft würde wohl den Charakter einer solchen verlieren, dürfte dort überhaupt nicht mehr geraucht werden.

Das Bundesarbeitsgericht zählt auch bei einem Luftfahrtunternehmen zur „Natur“ des Betriebs, dass dieses auf seinen Flügen Raucherplätze anbietet. Das Gericht verneint deshalb einen Anspruch der Flugbegleiter auf ein Rauchverbot in Flugzeugen.³⁸ Zweifel weckt diese Ansicht, weil die Dienstleistung des Flugtransports weder zwingend noch typischerweise mit der Möglichkeit zum Nikotinkonsum verbunden ist. Ein – mittelbarer – Zwang zum Anbieten von Raucherplätzen besteht für das Flugunternehmen jedoch insofern, als es im Falle eines allgemeinen Rauchverbots den Verlust seiner rauchenden Kunden an die Konkurrenzunternehmen befürchten muss.³⁹ Die Erwartungshaltung der Kunden bzw. deren

Einschätzung durch die Unternehmen bestimmt also auf diese Weise, wie sich die Natur einer Dienstleistung definiert. Dies mag insoweit bedenklich sein, als es zu einer sehr weiten Begriffsbestimmung der Natur der Dienstleistung und zu einem dementsprechend eingeschränkten Nichtrauchererschutz führen kann. Andererseits spricht für die Kundenperspektive, dass der Gesetzgeber mit der von ihm bestimmten Einschränkung für den Bereich des Publikumsverkehrs eine Fokussierung auf die Wünsche und Erwartungen des „Publikums“ vorgegeben hat.

3. Überwachung und Durchsetzung des Nichtrauchererschutzes

Kritik an der Normierung einer ausdrücklichen Verpflichtung zum Nichtrauchererschutz entzündet sich daran, dass die Einhaltung dieser neuen Bestimmung von den für die Durchführung der Arbeitsstättenverordnung zuständigen Aufsichtsbehörden⁴⁰ kontrolliert und durchgesetzt wird. Beklagt wird ein unnötiges Mehr an Bürokratie für die Unternehmen.⁴¹ Die Verpflichtung zum Nichtrauchererschutz wird als „eine weitere Last“ für die Unternehmer kritisiert.⁴²

Hierzu ist jedoch anzumerken, dass sich durch die Einführung des § 3a ArbStättV am bisherigen System des Arbeitsschutzrechts im Allgemeinen und des Nichtrauchererschutzes im Besonderen nichts ändert. Auch schon bisher waren die Gewerbeaufsichtsämter für die Einhaltung der Bestimmungen der Arbeitsstättenverordnung zuständig; und schon bisher folgte aus einer Vorschrift der Arbeitsstättenverordnung, § 5 ArbStättV, eine Verpflichtung des Arbeitgebers zum Nichtrauchererschutz. Neu ist lediglich, dass eine der zahlreichen öffentlich-rechtlich normierten Schutzpflichten des Arbeitgebers nunmehr genauer spezifiziert ist, um damit den neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen über die Gefahren des Passivrauchens Rechnung zu tragen. Konsequenz ist nicht ein Mehr an Bürokratie, sondern ein Mehr an Rechtsklarheit.

IV. Zusammenfassung

1. Die Neuregelung des § 3a ArbStättV trägt der Notwendigkeit eines verbesserten Nichtrauchererschutzes am Arbeitsplatz Rechnung und stellt eine Grundentscheidung zu Gunsten des Schutzes des nicht rauchenden Arbeitnehmers dar. Die Vorschrift lässt an der Gesundheitsschädlichkeit des Passivrauchens keine Zweifel mehr und räumt den Gesundheitsinteressen des Nichtrauchers den eindeutigen Vorrang ein.

2. Bei der Umsetzung seiner Schutzpflicht hat der Arbeitgeber einen Regelungsspielraum. Er kann bauliche, technische oder organisatorische Maßnahmen ergreifen oder ein allgemeines Rauchverbot erlassen. Sollte Letzteres gemäß § 3a Abs. 2 ArbStättV nicht mit der Natur des Betriebs und der Art der Beschäftigung vereinbar sein, muss der Arbeitgeber im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren für eine Minimierung der Belastung durch Passivrauch sorgen. Die Überwachung und Durchsetzung des Nichtrauchererschutzes obliegt wie auch schon bisher den Gewerbeaufsichtsämtern.

³³ Gegenüber § 618 Abs. 1 BGB ist die Einschränkung dahin gehend enger gefasst, als sie nicht für alle Arbeitsstätten, sondern nur für solche mit Publikumsverkehr gilt, wozu vor allem der Gaststättenbereich zu zählen ist.

³⁴ Vgl. LAG München, LAGE § 618 BGB Nr. 4, 6; LAGE § 618 BGB Nr. 5, 8.

³⁵ Siehe schon oben V 1 d.

³⁶ Siehe BAG, NJW 1999, 2203, 2207 = BB 1999, 1380, 1382.

³⁷ BAG, BB 1999, 1380, 1382; vgl. auch *Cosack*, DB 1999, 1450, 1454; *Diüwell*, AiB 2002, 400, 401; *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 9. Aufl. 2000, § 55 Rn. 8.

³⁸ BAG, BB 1996, 2095.

³⁹ Vgl. *Möllers*, JZ 1996, 1050, 1052.

⁴⁰ Konkret das Gewerbeaufsichtsamt – vgl. §§ 120e, 120f, 139b GewO.

⁴¹ Siehe *Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)*, Kurz-Nachrichten-Dienst Nr. 17 vom 29. 3. 2000 („In den Betrieben raucht es wieder“).

⁴² *Bundestagsabgeordneter Kolb* (Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 14/173, S. 16972).