

Stellungnahme

zum

**Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des
Passivrauchens**

für die Anhörung
durch den Ausschuss für Gesundheit

des

Deutschen Bundestages

am

9. Mai 2007

Prof. Dr. Helmut Siekmann

Johann Wolfgang Goethe-Universität
Frankfurt am Main

A. ALLGEMEINE BEURTEILUNG

I. Das Grundanliegen des Entwurfs

Die Bundesregierung will mit dem nunmehr vorgelegten Entwurf die Gefahren des Passivrauchens bekämpfen, das „nach gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnissen für schwere Erkrankungen und Todesfälle ursächlich“ sei (Drucksache 16/5049, S. 1). Die Verfolgung dieses Ziels ist nicht nur gesundheitspolitisch zu begrüßen, sondern auch verfassungsrechtlich geboten. Der Staat ist verpflichtet, die Grundrechte seiner Bürger zu schützen. Dazu gehören an erster Stelle das Recht auf Leben und das Recht auf körperliche Unversehrtheit.¹

1. Überfälligkeit eines umfassenden Bundesgesetzes zur Sicherung rauchfreier Atemluft

Effektive und umfassende Maßnahmen zum Schutz der Bürger, und namentlich auch der Kinder, vor den Giftstoffen im Tabakrauch, die in kleinsten Mengen hochgefährlich sind, hat es aber bis vor wenigen Monaten in Deutschland weder auf Bundes- noch auf Landesebene gegeben. Selbst in Schulen, Hochschulen, Krankenhäusern, öffentlichen Verkehrsmitteln und Behörden gibt es immer noch keine rechtlich abgesicherte Garantie, diesen Giften nicht ausgesetzt zu werden.

Die seit langem bekannte Gefährlichkeit des Passivrauchens ist zwar jahrzehntelang durch die äußerst effektive und mit hohen Geldzahlungen verbundenen Einwirkung der Tabakindustrie auf Politik, Medien, Behörden und Wissenschaft in Deutschland zur bloßen „Belästigung“ heruntergespielt worden, doch war sie auch der Bundesregierung nicht verborgen geblieben. Immerhin vor mehr als 30

¹ Die Pflicht des Staates zum Schutz der Grundrechte des Bürgers ist in der neuesten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein deutlich höherer Stellenwert beigegeben worden. In zwei Entscheidungen aus dem Jahre 2004 hat das Bundesverfassungsgericht erstmals – abgesehen von der Rechtsprechung zum Schwangerschaftsabbruch – eine Verletzung von Schutzpflichten im Ergebnis bejaht. In den entschiedenen Fällen waren das eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG, BVerfGE 114, 1 (33); 73 (88 f.). Die Entscheidung einer Kammer des ersten Senats aus dem Jahre 1998, die im unterlassenen Nichtraucherschutz noch keine Schutzpflichtverletzung gesehen hatte (BVerfG, 1. Kammer, 1. Senat, vom 9.2.1998, NJW 1998, S. 2961), dürfte damit zumindest teilweise überholt sein.

Jahren stellte sie in ihrer Antwort auf eine kleine Anfrage fest, „dass die konkrete Gefährdung“ durch „Passivrauchen“ als „gegeben angenommen werden“ müsse. „Es wäre unverantwortlich, wenn solange gewartet würde, bis tatsächlich eine ‚Strecke‘ an Kranken, Erwerbsunfähigen und Toten vorgewiesen werden“ könne, „die dem ‚Passivrauchen‘ zum Opfer gefallen“ seien.² Mittlerweile ist mehr als eine Generation vergangen und es hat diese bedauernswerte Strecke an Opfern tatsächlich gegeben und immer ist noch kein umfassendes, effektives Schutzgesetz des Bundes in Sicht.

2. Glaubwürdigkeit der Gesundheitspolitik

Völlig zu Recht hat es die Bundesregierung im Jahre 1974 darüber hinaus als „eine Frage der Glaubwürdigkeit unserer Gesundheitspolitik“ bezeichnet, „wie das Problem Rauchen behandelt wird“. Dabei hatte sie auch schon erkannt, dass es sich die Bundesregierung „nicht leisten“ könne, „hinter den Bemühungen anderer Staaten und den Empfehlungen des Europarates zurückzubleiben“. Aber genau das hat sie trotz besserer Einsicht in der Folgezeit getan. Mit Unkenntnis kann sie sich dabei jedenfalls nicht entschuldigen.

Im internationalen Vergleich bildet die Bundesrepublik Deutschland in diesem Bereich mittlerweile das Schlusslicht und hat sich mit ihrem beharrlichen und umfassenden Eintreten für *die* Interessen der Tabakindustrie und *gegen* ihre eigene Bevölkerung lächerlich gemacht. Wie ein roter Faden zieht sich durch die letzten 25 Jahre deutscher Tabakpolitik ein Eintreten für Partikularinteressen, immer nach dem Muster: zunächst aktive Verhinderung effektiver Maßnahmen, dann ihre Verzögerung und schließlich, wenn sie nicht mehr aufzuhalten waren, ihre Verwässerung.

Bei genauerer Betrachtung dieses mehr als dreißig Jahre währenden Prozesses der Verhinderung, Verzögerung und Verwässerung dringender Maßnahmen der Gesundheitspolitik, kann kaum noch der Frage ausgewichen werden, ob Regierung und Parlament eigentlich Repräsentanten der Tabakindustrie oder des Volkes sind, eines Volkes, das sich in verschiedenen Umfragen konsistent und mit großer Mehrheit für effektive Maßnahmen zur Tabakkontrolle ausspricht.

² Drucksache 7/2070, vom 10.05.74, S. 12.

3. Umfassendes Bundesgesetz erforderlich

Es ist daher ein umfassendes Gesetz des Bundes zur Gewährleistung rauchfreier Atemluft in Innenräumen unter Einschluss der Gastronomie erforderlich. Er hat auch die dazu erforderliche Gesetzgebungskompetenz.³ Sie ist auch nach Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages gegeben. Die gegenteilige, lange Zeit unter Verschluss gehaltene Stellungnahme des BMI wiederholt Argumentation der Tabakindustrie und ist juristisch-handwerklich sehr angreifbar.

II. Bewertung

Der Entwurf kommt zu spät, weist gegenständlich große Lücken auf und ist in seinem Regelungsgehalt zu schwach.

B. DIE REGELUNGEN IM EINZELNEN

I. Zu Artikel 1

Die Bezeichnung des Gesetzes als „Bundesnichtraucherschutzgesetz“ ist problematisch. Es wird die Assoziation erzeugt, dass der Nichtraucher eine besonders schutzbedürftige Spezies sei. Sicher ist der Schutz von Leben und Gesundheit der nicht rauchenden Bevölkerung ein wichtiges Ziel der gesetzgeberischen Maßnahme. In der Sache geht es jedoch darum, dass eine Verunreinigung von Innenluft durch toxische und kanzerogene Substanzen als Folge des Konsums von Tabakprodukten unterbunden werden soll. Ein einziger Raucher kann die Qualität der Atemluft für eine Vielzahl von Personen in einem geschlossenen Raum drastisch verschlechtern. Das sollte in der Bezeichnung zum Ausdruck kommen. Der Gesichtspunkt der Luftreinhaltung sollte auch in der Gesetzesbezeichnung zum Ausdruck kommen.

³ *Helmut Siekmann*, Die Zuständigkeit des Bundes zum Erlass umfassender Rauchverbote nach In-Kraft-Treten der ersten Stufe der Föderalismusreform, NJW 2006, S. 3382.

Als Kurzbezeichnung wird vorgeschlagen: „*Rauchfreiheitsgesetz*“ oder „*Rauchverbotsgesetz*“.

1. Zu § 1 Rauchverbot

(1) Die Zulassung von Raucherräumen durch Absatz 3 von § 1 wird zu erheblichen Anwendungs- und Durchsetzungsproblemen in der Praxis führen. Zahlreiche gerichtliche Auseinandersetzungen sind bei dem vorgeschlagenen Wortlaut zu erwarten. Zudem wird durch die Zulassung von Raucherräumen eine erhebliche Gefährdung für Reinigungs- und Dienstpersonal ausgehen. Die toxischen Substanzen sind zum Teil langlebig und durch Lüften nicht wirksam zu beseitigen. Die Vorbehaltsklausel („wenn insgesamt eine ausreichende Anzahl von Räumen zur Verfügung steht“) ist ungenau und wird ebenfalls Anlass zu Auslegungstreitigkeiten sein. Es bleibt auch unter Berücksichtigung der Gesetzesbegründung (S. 7) unklar, was eine „ausreichende“ Anzahl ist. Die Zulassung von Raucherräumen ist zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs nicht geboten.⁴

Zudem ist nach Art. 8 der Rahmenkonvention zur Tabakkontrolle (Framework Convention on Tobacco Control – FCTC), der Gesetzgeber gehalten, für eine vollständig rauchfreie Luft in öffentlich zugänglichen Gebäuden zu sorgen. Die Einrichtung von Raucherräumen steht in Widerspruch zu dieser Verpflichtung.

§ 1 Abs. 3 und 4 sind deshalb ersatzlos zu streichen.

(2) Hilfsweise muss der Schutz von Dienstleistungs- und Reinigungspersonal auf andere Weise sichergestellt werden. Das bedeutet, dass gesetzlich in diesen Räumen die Erbringung von Leistungen durch Personal verboten werden muss. Instandhaltungs- und Reinigungspersonal muss zur Anwendung von technisch geeigneten Schutzvorkehrungen, notfalls dem Tragen von Atemschutzmasken, verpflichtet werden. Jedenfalls darf derartiges Personal erst eine Stunde, nachdem zuletzt geraucht worden ist und ein vollkommener Luftaustausch stattgefunden hat, diese Räume betreten. Dies entspricht der Regelung

⁴ *Christoph Bergwitz*, Das betriebliche Rauchverbot, NZA-RR 2004, S. 169 (171 f.) m. eingehender Begründung.

in Art. R.3511-3 des Dekrets Nr. 2006-1386 vom 15. November 2006 des französischen Gesundheitsministeriums zur Ausführung des unverändert gebliebenen „Loi Evin“⁵.

2. Zu § 2 Begriffsbestimmungen

Es ist sicherzustellen, dass auch die Dienstfahrzeuge des Bundes rauchfrei sind. Dies ist zum Schutze des Fahr- und Wartungspersonals erforderlich, aber auch zum Schutze der nicht rauchenden Nutzer, die den Giftstoffen des Tabakrauchs früherer Nutzer ausgesetzt sind, da diese nicht rückstandsfrei beseitigt werden können.

In § 2 Absatz 1 ist daher hinzuzufügen:

„c) Dienstfahrzeuge des Bundes“

3. Zu § 4 Verantwortlichkeit

Entsprechend dem Vorschlag zu § 1 ist der Bezug auf die Einrichtung von Rauchbereichen obsolet. Es fehlt aber die Inpflichtnahme der Inhaber des Hausrechts und die Betreiber von Einrichtungen und Verkehrsmittel zur Durchsetzung des Rauchverbots. § 4 ist daher wie folgt zu fassen:

„Die Inhaber des Hausrechts und die Betreiber der Verkehrsmittel haben im Rahmen ihrer Befugnisse für die Einhaltung des Rauchverbots nach § 1 Abs. 1 und die Erfüllung der Hinweispflicht nach § 3 zu sorgen.“

4. Zu § 5 Bußgeldvorschrift

Der Ordnungswidrigkeitstatbestand muss auf alle nach §4 Verantwortlichen ausgedehnt werden. Auch die Betreiber von Einrichtungen und die Inhaber des Hausrechts müssen ein Interesse daran haben, dass die Rauchverbote beachtet werden. Der einzelne, zum Teil süchtige Raucher, kann wegen seiner Abhängigkeit nicht immer hinreichend zur Rechtstreue motiviert werden.

⁵ L'article L.3511-7, section 1 du chapitre 1^{er} du titre unique du livre V de la troisième partie du code de la santé publique.

Für das in § 5 Abs. 2 angedrohte Bußgeld ist ein Rahmen betragsmäßig genau festzulegen. § 5 sollte daher wie folgt gefasst werden:

„(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

- 1. dem Rauchverbot nach § 1 Abs. 1 zuwider handelt*
- 2. entgegen seiner Verpflichtung nach § 4 nicht für die Einhaltung des Rauchverbots und die Erfüllung der Hinweispflicht sorgt.*

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann

- 1. im Falle des Absatzes 1 Nr. 1 mit einer Geldbuße bis zu 500 Euro*
 - 2. im Falle des Absatzes 1 Nr. 2 mit einer Geldbuße bis zu 5000 Euro*
- Geahndet werden.*

5. Keine abschließende Regelung

Soweit der Bund konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeiten in Anspruch nimmt, bleibt die Zuständigkeit der Länder für weitergehende Regelungen erhalten, sofern das Gesetz nicht abschließend ist. Es sollte daher ausdrücklich festgehalten werden, dass es sich um (bundesrechtliche) Mindeststandards handelt und bestehende oder künftige Regelungen in anderen Rechtsgebieten oder der Länder, die strenger sind, bestehen bleiben und weiterhin möglich sein sollen. Es wird daher die Einfügung eines neuen § 6 vorgeschlagen:

„§ 6

Weitergehende Vorschriften

Weitergehende Beschränkungen des Rauchens bleiben von den Vorschriften dieses Gesetzes unberührt.“

II. Zu Artikel 2

Die vorgeschlagene Ergänzung von § 5 Abs.1 Arbeitsstättenverordnung ist misslungen. Sie wiederholt nur die ohne herrschende Deutung in Rechtsprechung und Schrifttum und ist damit überflüssig. Soweit sie den Zusatz „soweit erforderlich“ enthält, ist sie zumindest irreführend, kann aber auch als Relativierung der bisherigen Deutung verstanden werden. Dann stellt sie einen Rückschritt dar.

1. Regelungsbedarf

Der gravierenden Schwächen der bisherigen Regelung sind vom Regierungsentwurf nicht angesprochen. Es handelt sich vor allem um folgende Defizite und Konstruktionsfehler:

- Der Vorbehalt in Absatz 2 führt dazu, dass eine siebenstellige Zahl von Arbeitnehmern vom Schutz des Absatzes 1 ausgenommen ist.⁶
- Die Grundkonstruktion der gesamten Regelung ist verfehlt, da sie im Wesentlichen als Anspruch des einzelnen Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber ausgestaltet ist. Diesen wird er im Zweifelsfall nicht durchsetzen können oder wollen. Die Gewerbeaufsichtsämter fallen aus Vollzugsinstanz in der Praxis weitgehend aus.

Eine umfassende Geltung von Vorschriften zur Gewährleistung rauchfreier Atemluft in Innenräumen ist erforderlich und verfassungsrechtlich geboten. Die betroffenen Rechtsgüter, Leben und Gesundheit der Arbeitnehmer, sind hochrangig. Ihr steht allenfalls die allgemeine Handlungsfreiheit der Raucher entgegen. *Allgemeine Persönlichkeitsrechte sind nicht berührt*, auch wenn diese Terminologie gelegentlich sogar in offiziellen Dokumenten auftaucht.⁷ Es handelt sich vielmehr um eine von der Tabakindustrie lancierte und liebevoll gepflegte Diktion, die aber keine Stütze im Verfassungsrecht findet.

⁶ Die Regelung zielt vor allem auf den Gaststättenbereich, vgl. *Benedikt Buchner*, Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz, Arbeits- und Sozialrecht, 2002, S. 2382 (2385).

⁷ Vgl. *Marina Wellenhofer-Klein*, Der rauchfreie Arbeitsplatz, RdA 2003, S. 155 (161).

Die Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber, ist ebenfalls nicht betroffen, da eine allgemeine, einfache Regelung ohne Ausnahmen und Vorbehalte im Grundsatz alle Marktteilnehmer in gleicher Weise trifft und deshalb nicht zu Gewinneinbußen führen kann. Zahlreiche Studien haben zudem belegt, dass der Gesamtumsatz ebenfalls nicht zurückgehen wird.⁸ Im Übrigen muss die durch ein allgemeines Rauchverbot erzielte schnelle und deutliche Verbesserung des Gesundheitszustandes der Beschäftigten in der Gastronomie, die ebenfalls gut dokumentiert ist, Vorrang vor wirtschaftlichen Interessen haben, die jedenfalls nur geringfügig betroffen sind.⁹

Ein umfassendes Rauchverbot - ohne Ausnahmen – ist auch verhältnismäßig.¹⁰

Schließlich ist die Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern in Unternehmen, die sich auf § 5 Abs. 2 Arbeitsstättenverordnung stützen und das Rauchen erlauben, vor dem Gleichbehandlungssatz des Art. 3 Abs. 1 GG nicht mehr zu rechtfertigen. *Die Gesundheit eines Arbeitnehmers in der Gastronomie ist ebenso schützenswert, wie die Gesundheit eines Bankangestellten.* Die bisherige Differenzierung ist verfassungsrechtlich nicht (mehr) haltbar.

2. Ergänzung des Arbeitsschutzgesetzes

Entsprechend dem Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (Drucksache 16/4761) ist daher eine neue Vorschrift im Arbeitsschutzgesetz zu schaffen, die ein unbedingtes Rauchverbot in Arbeitsstätten enthält. § 5 Arbeitsstättenverordnung ist dann ersatzlos zu streichen. Folgende Vorschrift ist daher in das Arbeitsschutzgesetz nach § 9 aufzunehmen:

„§ 9a

Rauchverbot

⁸ *Deutsches Krebsforschungszentrum (Hrsg.), Wirtschaftliche Lage nach Einführung der rauchfreien Gastronomie: Stabile Umsätze und gesicherte Arbeitsplätze, Aus der Wissenschaft für die Politik, Heidelberg, 2006; Deutsches Krebsforschungszentrum (Hrsg.), Stabile Umsätze und gesicherte Arbeitsplätze, Heidelberg, 2006 (Factsheet).*

⁹ Vgl. *Marina Wellenhofer-Klein, Der rauchfreie Arbeitsplatz, RdA 2003, S. 155 (161).*

¹⁰ *Benedikt Buchner, Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz, Arbeits- und Sozialrecht, 2002, S. 2382 (2384); Christoph Bergwitz, Das betriebliche Rauchverbot, NZA-RR 2004, S. 169 (171 f.) m. eingehender Begründung und weiteren Nachweisen.*

(1) In allen Räumen von Arbeitsstätten ist das Rauchen verboten.

(2) Ausnahmen können für abgetrennte Räume zugelassen werden, wenn sie einem oder mehreren Rauchern zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen sind, von Nichtrauchern nicht betreten werden müssen und durch technische Sicherungen ausgeschlossen ist, dass von ihnen eine Belastung mit Schadstoffen in den übrigen Bereichen der Arbeitsstätte ausgeht.

(3) Der Arbeitgeber oder Dienstherr hat Vorkehrungen zu treffen, dass das Verbot nach Absatz 1 beachtet wird.“

3. Ersatzlose Streichung von § 5 Abs. 2 Arbeitsstättenverordnung

Zumindest muss aber § 5 Abs.2 Arbeitsstättenverordnung ersatzlos gestrichen werden.

4. Zuständigkeit des Bundes

Die Zuständigkeit des Bundes ist nach Art.74 Abs.1 Nr.12 GG gegeben. Sie ist nicht bereichsspezifisch ausgestaltet, so dass auch der Arbeitsschutz in Gaststätten darunter fällt. Allenfall kann diskutiert werden, ob auch Beamte, Richter und Soldaten erfasst werden. Aber auch die frühere Ausklammerung des öffentlichen Dienstes ist bewusst beseitigt worden.¹¹ Kompetenzrechtliche Bedenken bestanden nicht. Die Föderalismusreform 2006 hat insoweit keine Änderungen gebracht. Die Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmer (z.B. Vorgaben über die Sicherheit elektrischer Anlagen, die Belüftung von Küchen oder die Rutschfestigkeit von Böden) gelten auch ohne Zweifel auch in Gaststätten. Wenn allgemeine Sicherheitsstandards errichtet werden, müssen sie an allen Arbeitsplätzen gelten. Sie werden nicht deswegen zu gaststättenrechtlichen Regelungen, weil sie auch in der Gastronomie gelten, oder zu schulrechtlichen Vorschriften, weil sie auch für die Einrichtung des Büros des Schulhausmeisters gelten.

¹¹ Rolf Wank, Kommentar zum technischen Arbeitsschutz, München, 1999, § 1 ArbSchG Rdn. 5; Christoph Bergwitz, Das betriebliche Rauchverbot, NZA-RR 2004, S. 169 (170).

Frankfurt am Main, den 8. Mai 2007

Prof. Dr. Helmut Siekmann