

Von Heizpilzen und abgetrennten Nebenräumen

Das Nichtrauchererschutzgesetz in Freiburg

stud. jur. Fabian Schür, Universität Freiburg

1998 hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die Beschwerde eines Nichtrauchers wegen unzureichenden Nichtraucherschutzes nicht einmal zur Entscheidung angenommen.¹ Weniger als ein Jahrzehnt später werden umfassende Rauchverbote auch in Deutschland flächendeckend eingeführt. Im Juli vergangenen Jahres hat der baden-württembergische Landtag das Nichtrauchererschutzgesetz (LNRSchG) verabschiedet. In Kraft getreten ist es gleich darauf, Anfang August 2007. Während Gastwirte die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes bestreiten, klagen Nichtraucher über eine mangelnde Durchsetzung des Verbots.

I. Das Gesetz im Einzelnen

Ausweisliches Ziel des Gesetzes ist der Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens. Dazu wird das Verbot statuiert, in Schulen, Jugendhäusern, Tageseinrichtungen für Kinder, öffentlichen Gebäuden, Krankenhäusern, Pflegeeinrichtungen und Gaststätten zu rauchen, vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 LNRSchG². Furore gemacht hat nur letzteres, das Rauchverbot in Gaststätten.

¹ Beschluss vom 9. Februar 1998 - 1 BvR 2234/97.

² Alle §§ ohne Angaben sind solche des LNRSchG.

Obwohl in § 1 Abs. 1 S. 1 eigentlich schon alles gesagt ist, hat das Gesetz noch neun weitere Paragraphen. § 7 behandelt das Rauchverbot in Gaststätten. Der Begriff der Gaststätte des LNRSchG deckt sich mit dem des GastG auf Bundesebene, § 7 Abs. 1 S. 2. Das Rauchverbot gilt dort nicht uneingeschränkt. So sieht § 7 Abs. 1 S. 2 Ausnahmen für Festzelte, die Außengastronomie und das Reisegewerbe vor. § 7 Abs. 2 S. 1 gestattet das Rauchen in vollständig abgetrennten Nebenräumen, wenn und soweit diese Räume in deutlich erkennbarer Weise als Raucherräume gekennzeichnet sind und die Belange des Nichtraucher-schutzes dadurch nicht beeinträchtigt werden. Diese Einschränkung gilt jedoch nicht für Diskotheken, § 7 Abs. 2 S. 2. Für die Durchsetzung des Verbots zieht § 8 Abs. 2 S. 1 iVm Abs. 1 S. 1 die Gaststättenbetreiber in die Verantwortung. Diese haben auf das Verbot hinzuweisen und bei Verstößen Maßnahmen zur Verhinderung zu ergreifen. Ordnungswidrig handelt allerdings nur, wer vorsätzlich oder fahrlässig (?) in einer Gaststätte raucht, § 9 Abs. 1 Nr. 6. Der vorsätzliche oder fahrlässige Raucher hat mit einer Geldbuße bis zu 40 €, im Wiederholungsfall bis zu 150 € zu rechnen. Verletzt ein Gaststättenbetreiber seine Pflicht aus § 8 kann er nicht mit einem Bußgeld nach dem LNRSchG belangt werden. Allerdings besteht die Möglichkeit ihm nach § 5 GastG Auflagen zu erteilen oder im Extremfall die Erlaubnis zu entziehen, § 15 Abs. 2 iVm § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG.³

II. Verfassungsmäßigkeit: Eingriff in die Berufsfreiheit

Mit der Aufregung über das neue Verbot wurden Zweifel an seiner Verfassungsmäßigkeit laut. Der Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz beschloss in einem Eilverfahren, dass das Rauchen in ausschließlich inhabergeführten Ein-Raum-Gaststätten vorläufig weiter erlaubt sein

³ Metzner, Gaststättengesetz: Kommentar, 6. Auflage 2002; § 4 Rn. 132 ff.

müsse.⁴ Der DEHOGA verfolgt unbeirrt seine Unterstützung von Gastwirten, die sich vor dem BVerfG gegen das Gesetz wenden wollen.⁵ In Betracht kommt ein Eingriff in die in Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit und in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.

1. Schutzbereich

Betreibt ein Gastwirt seine Gaststätte dauerhaft, um sich seinen Lebensunterhalt zu verdienen, ist der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet.

2. Eingriff

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit liegt nur vor, wenn die hoheitliche Maßnahme unmittelbar auf die Regelung eines Berufsfeldes zielt oder wenn mittelbare Auswirkungen eine objektiv berufsregelnde Tendenz aufweisen.⁶ Letzteres ist der Fall, wenn entweder im Schwerpunkt Tätigkeiten betroffen sind, die typischerweise beruflich ausgeübt werden oder die Rahmenbedingungen einer Berufsausübung verändert werden und die berufliche Tätigkeit dadurch nennenswert behindert wird.⁷

Bei Erlass des Nichtraucherschutzgesetzes ging es dem Gesetzgeber um einen effektiven Nichtraucherschutz; nicht um eine Regulierung des Berufsfeldes „Gastwirt“. Das Gesetz richtet sich in erster Linie an alle Gaststättenbesucher, denen untersagt wird in solchen Räumen zu rauchen. Der Wirt wird jedoch insofern in seiner Berufsausübung eingeschränkt, als er seine Gäste nicht mehr rauchen lassen darf und auf eine Durchsetzung des Verbots hinwirken muss. Hierdurch können

⁴ Beschluss des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz vom 11.02.2008; Az. VGH A 32/07.

⁵ Pressemitteilung vom 14.03.2008 (Deutscher Hotel- und Gaststättenverband e.V.); http://www.dehoga-bundesverband.de/home/newspage_1884_mn1174_druck.html (letzter Zugriff am: 10.04.2008).

⁶ Jarass/Pieroth, Grundgesetz: Kommentar; 9. Auflage 2007; Art. 12 Rn. 11f.

⁷ Jarass/Pieroth, Art. 12 Rn. 12.

Umsatzeinbußen entstehen, insbesondere für Betreiber von kleineren Gaststätten. Bejaht man einen Eingriff, so handelt es sich jedoch lediglich um eine Berufsausübungsregelung (1. Stufe).

3. Rechtfertigung

Sollte der Eingriff in die Berufsfreiheit bejaht werden, müsste dieser gerechtfertigt sein. Art. 12 Abs. 1 GG sieht einen einfachen Gesetzesvorbehalt vor. Das Nichtraucherschutzgesetz kann also die Berufsfreiheit einschränken, wenn es dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht. Legitimer Zweck des Gesetzes ist der Schutz der Volksgesundheit und der Jugend vor den Gefahren des Passivrauchens, vgl. § 1. Das Verbot ist geeignet Volksgesundheit und Jugend zu schützen. Die Gefahren des Passivrauchens sind anerkannt.⁸ Berechtigt erscheint jedoch die Frage, ob der Schutz der Nichtraucher auch durch weniger belastende, gleich geeignete Maßnahmen erreicht werden kann.

Der DEHOGA spricht sich für eine Wahlfreiheit für kleine Ein-Raum-Betriebe aus. Diese sollen die Möglichkeit bekommen, sich für oder gegen Rauchfreiheit zu entscheiden. Eine entsprechende gesetzliche Regelung in Spanien⁹ hat jedoch gezeigt, dass kaum ein Ein-Raum-Betrieb sich für Rauchfreiheit entschieden hat. Die Maßnahme erscheint daher zwar milder, nicht jedoch gleich geeignet. Auch eine Begrenzung des Rauchverbots auf öffentliche Einrichtungen und Plätze ist weniger geeignet, da Nichtraucher vor allem in Gastronomiebetrieben dem Rauch anderer ausgesetzt sind.

⁸ Deutsches Krebsforschungszentrum, Heidelberg, „Tabakrauchbelastungen in deutschen Gastronomiebetrieben und Fernreisezügen (2006)“; http://www.tabakkontrolle.de/index.php?firstid=37162&cf_session=1372b6933af708bf5222a370b1d08170#wissenpub (letzter Zugriff am: 10.04.2008).

⁹ LEY 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.

Das Gesetz müsste außerdem angemessen sein. Eine Abwägung zwischen der Berufsfreiheit der Gastwirte und dem Schutz der Volksgesundheit und der Jugend müsste zugunsten letzterer ausfallen. Berufsausübungsregelungen können grundsätzlich damit gerechtfertigt werden, dass sie dem Schutz der Volksgesundheit dienen. Allerdings lässt sich einwenden, dass es in der Entscheidungsfreiheit des einzelnen Nichtraucher liegt, sich den Gesundheitsgefahren in einer Raucherkneipe auszusetzen. Der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG steht damit das Recht auf Selbstgefährdung gegenüber. Fraglich ist jedoch, ob Nichtraucher tatsächlich frei sind in ihrer Entscheidung, das Passivrauchen in Gaststätten zu akzeptieren. Bisher haben sich Nichtraucherkneipen nicht durchsetzen können, obwohl drei Viertel der deutschen Bevölkerung Nichtraucher sind.¹⁰ Auf eine Selbstregulierung des Marktes durch Nachfrage und Angebot kann daher hier nicht gesetzt werden. Über Umsatzeinbußen haben Gastwirte zwar geklagt, ein schlüssiger Nachweis ist bisher jedoch ausgeblieben. Es bleibt abzuwarten, ob dieser Nachweis z.B. in dem Verfahren vor dem rheinland-pfälzischen Verfassungsgerichtshof gelingt. Außerdem sieht das Gesetz Ausnahmen vor. Die Regelung ist damit angemessen. Ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG ist nicht zu beanstanden. Abzuwarten bleibt jedoch, ob es Gastwirten gelingt den Nachweis zu führen, dass sie aufgrund des Rauchverbots erhebliche Umsatzeinbußen zu befürchten haben.

III. Soweit die Theorie. Wie sieht die Praxis aus?

Seit das LRNSchG in Kraft ist, sieht man auch in Freiburg immer mehr Menschen die vor den Gaststätten ihre Zigaretten rauchen und sich an Heizpilzen vor der Kälte wärmen. Es hat sich also auch in den örtlichen Restaurants, Bars und Kneipen einiges getan.

¹⁰ Pressemitteilung Nr. 249 des Statistischen Bundesamtes vom 22.06.2006; http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pm/2006/06/PD06_249_23.psmf (letzter Zugriff am: 10.04.2008).

1. Ein Streifzug durch die Freiburger Gaststättenlandschaft

Für die Betreiber der Gaststätte „Maria“ hatte das neue Gesetz scheinbar keine Auswirkungen. Im gesamten Lokal konnte weiter geraucht werden. Die Frage nach der Erlaubtheit dieses Vorgehens drängt sich geradezu auf. § 7 Abs. 2 gestattet das Rauchen weiterhin in vollständig abgetrennten Nebenräumen, wenn und soweit diese Räume in deutlich erkennbarer Weise als Raucherräume gekennzeichnet sind und die Belange des Nichtraucherschutzes dadurch nicht beeinträchtigt werden. Die Betreiber des „Maria“ qualifizierten dieses daher einfach als abgetrennten Nebenraum; als Nebenraum zu der benachbarten Gaststätte „R'n'B“. Dies war möglich, da der Inhaber des „Maria“ zugleich der Betreiber des „R'n'B“ ist und beide Lokale über eine Verbindungstür miteinander verbunden sind, Küche und Speisekarte teilen.

Schwierigkeiten ergaben sich jedoch bei der Frage, ob der Raum „Maria“ die gesetzlichen Voraussetzungen für einen Nebenraum erfüllte. Im Zusammenhang mit diesem Begriff führt das Ministerium aus, dass ein Nebenraum von dem Hauptgasträum durch eine feste und deckenhohe Trennwand getrennt und mit einer verschließbaren Tür versehen sein muss.¹¹ Zwar bestand eine solche Trennung. Es stellte sich jedoch das Problem, welcher von beiden Räumen der Hauptgasträum war. Aufgrund dieser Überlegungen, so die Betreiber, wurde das „Maria“ wegen seiner räumlichen Größe zum rauchfreien Hauptgasträum erklärt und das „R'n'B“ in einen Nebenraum umgewandelt, indem bis heute geraucht werden kann. Allerdings fragt sich, ob den Belangen des Nichtraucherschutzes durch eine solche Trennung beider Räume Genüge getan ist. Die

¹¹ FAQ zum Nichtraucherschutzgesetz des Sozialministeriums Baden-Württemberg; <http://www.sm.baden-wuerttemberg.de/fm/1442/FAQ%20zum%20Nichtraucherschutzgesetz.pdf> (letzter Zugriff am: 10.04.2008).

geöffnete Verbindungstür erlaubt dem Rauch, sich in beiden Gasträumen zu verteilen.¹²

Eine ganz andere Idee, wie das Rauchen auch in Zukunft möglich sein sollte, hatte das Légère. Hier kam es zu keiner räumlichen Abtrennung, um einen Nebenraum für Raucher einzurichten. Vielmehr versuchten die Betreiber, an bestimmten Tagen und zu bestimmten Uhrzeiten im Rahmen so genannter „Raucherpartys“ das Rauchen innerhalb des gesamten Gastraumes zu erlauben. Ein Vorgehen, das genauso wenig wie die Gründung von Rauchervereinen, den Anwendungsbereich des Rauchverbots zu umgehen vermag.¹³ Auch während einer Raucherparty oder als Vereinslokal bleibt das Lokal eine Gaststätte iSd LNRSchG und ist damit dessen Anwendungsbereich eröffnet. Diese Partys hat mittlerweile auch das Légère abgeschafft.

2. Durchsetzung

Mit Blick auf das erklärte Ziel des Gesetzes den Nichtraucherschutz zu stärken, ist das Verbot nur dann sinnvoll, wenn es auch effektiv durchgesetzt wird und die Vorgaben kontrolliert werden. Für diese Kontrolle ist gemäß § 9 Abs. 3 S. 1 die Ortspolizeibehörde, also nach § 62 Abs. 4 S. 1 Polizeigesetz Baden-Württemberg (PolG) die Gemeinde, zuständig. Innerhalb der Stadt Freiburg wird das Ordnungsamt tätig. Hierbei stehen den Beamten mehrere Möglichkeiten offen. Grundsätzlich sieht das Gesetz eine Verhängung von Bußgeldern vor. Jedoch treffen diese Bußgelder in erster Linie die Gäste, die sich nicht an das Rauchverbot halten. Erst wenn der Gastwirt nicht gegen solche Verstöße vorgeht und letztlich nicht von seinem Hausrecht Gebrauch macht und den Gast des Lokals verweist, kann auch er bestraft werden. Während

¹² Vgl. DKFZ, „Raucherräume und Lüftungssysteme“;
http://www.tabakkontrolle.de/pdf/AdWfP_Raucherraeume_und_Lueftungssysteme.pdf
(letzter Zugriff am: 10.04.2008).

¹³ FAQ Nichtraucherschutzgesetz (s.o.).

anfangs die Behörden auf die Selbstkontrolle der Gaststättenbetreiber setzten, wurde das Freiburger Ordnungsamt im Laufe der Zeit vor allem aufgrund von Hinweisen aus der Bevölkerung tätig. Bisher kam es jedoch zu keiner nennenswerten Verhängung von Bußgeldern. Die Gaststättenbetreiber arbeiten vielmehr mit den Behörden zusammen, indem z.B. zur Errichtung von Nebenräumen Baupläne dem Amt vorgelegt werden. Auch warten viele Gastwirte etwaige Kontrollen des Ordnungsamtes nicht ab, sondern lassen sich die schon errichteten räumlichen Abtrennungen zwischen Hauptgasträum und Nebenraum vom Ordnungsamt auf ihre gesetzliche Konformität überprüfen. Bei Verstößen können dem Wirt Auflagen erteilt werden, z.B. die Verpflichtung, Aschenbecher zu entfernen oder die Gäste aufzufordern die Zigarette auszumachen. Sollte der Gastwirt den Auflagen nicht nachkommen, kann ihm in letzter Konsequenz die Erlaubnis entzogen werden. Zu so einer Maßnahme, so die Stadt Freiburg, sei es allerdings noch nie gekommen. Mancher Nichtraucher mag sich in Freiburg jedoch angesichts zunehmender Missachtung des Verbots eine stärkere Kontrolle wünschen.