

## Der neue § 3a der Arbeitsstättenverordnung: Folgen und Umsetzungsanforderungen für Unternehmen und Behörden

Am 3. Oktober 2002 ist die Änderung der Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) zum Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz in Kraft getreten.<sup>1</sup> Durch die Änderung wurde § 32 ArbStättV, der bisher dem Rauchen in Pausen-, Bereitschafts- und Liegeräumen Grenzen setzte, aufgehoben und ein neuer § 3a mit folgendem Inhalt eingefügt:

### „§ 3a Nichtraucherschutz

(1) *Der Arbeitgeber hat die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die nichtrauchenden 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.“*

Der Gesetzgeber will mit der Einfügung des § 3a ArbStättV den neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen Rechnung tragen, die grundsätzlich von einer krebserzeugenden Wirkung des Passivrauchens ausgehen.<sup>2</sup> Wissenschaftlich 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.<sup>3</sup> Personen, die zehn bis fünfzehn Jahre in stark verrauchten Räumen arbeiteten, haben ein fast doppelt so hohes Lungenkrebsrisiko wie nicht oder nur gering belastete Personen. Das Risiko für Bronchitis, infektiöse Lungenentzündung und neu auftretende Asthmaanfälle erhöht sich durch Passivrauchen um etwa 50 Prozent.<sup>4</sup> In einer Neubewertung der gesundheitlichen Schäden durch Passivrauchen am Arbeitsplatz hat die Senatskommission zur Prüfung gesundheitsschädlicher Arbeitsstoffe bei der

---

<sup>1</sup> Siehe Art. 7 der *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* (BGBl. I 2002, 3777).

<sup>2</sup> So ausdrücklich die Begründungserwägungen zum interfraktionellen Gruppenantrag für einen verbesserten Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz (BT-Drucks. 14/3231, 4).

<sup>3</sup> Deutsche Forschungsgemeinschaft, Senatskommission zur Prüfung gesundheitsschädlicher Arbeitsstoffe (Hrsg. H. Greim), *Passivrauchen am Arbeitsplatz* (1999), 11 ff.

<sup>4</sup> *Wiebel*, *Passivrauchen am Arbeitsplatz*, 9; in: WHO-Partnerschaftsprojekt *Tabakabhängigkeit, Rauchfrei am Arbeitsplatz* (2002).

Deutschen Forschungsgemeinschaft den Tabakrauch in der Raumluft als eindeutig krebserzeugend für den Menschen eingestuft und ihn damit der höchsten Gefahrenstufe („Kategorie 1“) zugeordnet.<sup>5</sup>

## I. Anwendungsbereich des § 3a ArbStättV

Die Nichtraucherenschutzbestimmung des § 3a ArbStättV hat einen umfassenden persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich. Gemäß § 1 Abs. 1 erfasst die Arbeitsstättenverordnung Arbeitsstätten in Betrieben, in denen das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) Anwendung findet.<sup>6</sup> Dies hat zur Folge, dass sich entsprechend § 2 Abs. 2 u. 3 ArbSchG der **persönliche Anwendungsbereich** der Verordnung auf alle in einem privat- oder öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis stehenden Personen erstreckt. Die vom Schutzbereich des Arbeitsschutzgesetzes – und damit auch der Arbeitsstättenverordnung – erfassten Beschäftigten lassen sich in vier Gruppen einteilen:<sup>7</sup>

- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 u. 2 ArbSchG);
- arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des § 5 Abs. 1 ArbGG (mit Ausnahme der Heimarbeiter und der ihnen Gleichgestellten; § 2 Abs. 2 Nr. 3 ArbSchG);<sup>8</sup>
- alle in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis Tätigen (Beamte, Richter, Soldaten; § 2 Abs. 2 Nr. 4, 5 u. 6 ArbSchG);
- Beschäftigte in Werkstätten für Behinderte (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 ArbSchG).

Was den **sachlichen Anwendungsbereich** angeht, gilt das Arbeitsschutzgesetz grundsätzlich in allen Tätigkeitsbereichen (siehe § 1 Abs. 1 Satz 2 ArbSchG).<sup>9</sup> Es erfasst den gesamten privatwirtschaftlichen Bereich und alle Tätigkeitsbereiche von öffentlich-rechtlich verfassten Rechtsträgern. § 1 Abs. 2 ArbStättV nimmt zwar von dem so definierten Anwendungsbereich für vier spezielle Bereiche die betreffenden Arbeitsstätten aus. Für § 3a ArbStättV gilt diese Beschränkung jedoch ausdrücklich nicht (§ 1 Abs. 2 ArbStättV), es bleibt somit beim umfassenden sachlichen Anwendungsbereich, wie er durch die Bestimmungen des Arbeitsschutzgesetzes vorgegeben ist.

## II. Rechtslage vor und nach Inkrafttreten des § 3a ArbStättV

### 1. Öffentlich-rechtlich normierter Arbeitsschutz und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

---

<sup>5</sup> Deutsche Forschungsgemeinschaft a.a.O., 28.

<sup>6</sup> Vgl. Münchener Handbuch Arbeitsrecht/ *Wlotzke*, 2. Aufl., § 212 Rn. 5.

<sup>7</sup> Vgl. Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/*Wank*, 3. Aufl., § 2 ArbSchG Rn. 2.

<sup>8</sup> Bei arbeitnehmerähnlichen Personen im Sinne des § 5 Abs. 1 ArbGG tritt an die Stelle der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit das Merkmal der wirtschaftlichen Abhängigkeit. Arbeitnehmerähnliche Personen sind etwa freie Mitarbeiter im Medienbereich oder Dozenten in privaten Lehr- und Weiterbildungsinstituten; für die Anwendbarkeit der Arbeitsschutzvorschriften kommt es bei diesen Personen allerdings darauf an, inwieweit sie überhaupt im Einflussbereich des Arbeitgebers tätig sind (siehe MünchArbR/*Wlotzke* (Fn. 6), § 211 Rn. 17).

<sup>9</sup> Einzige relevante Ausnahme sind nach § 1 Abs. 2 Satz 1 ArbSchG Hausangestellte in privaten Haushalten.

Arbeitnehmer<sup>10</sup> waren auch schon vor Inkrafttreten des § 3a ArbStättV Passivrauch am Arbeitsplatz nicht schutzlos ausgesetzt. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers zum Nichtraucherschutz ergab sich sowohl aus der öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznorm des § 5 Satz 1 ArbStättV als auch aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers:

Nach § 5 Satz 1 ArbStättV muss in Arbeitsräumen „während der Arbeitszeit ausreichend gesundheitlich zuträgliche Atemluft“ vorhanden sein. § 5 Satz 1 ArbStättV wird teils so weitgehend ausgelegt, dass Atemluft nur dann ausreichend gesundheitlich zuträglich ist, wenn sie nicht schlechter als die Außenluft ist. Bereits eine gering von Tabakrauch durchsetzte Luft werde diesen Anforderungen grundsätzlich nicht mehr gerecht.<sup>11</sup> Nach anderer Ansicht verlangt „gesundheitlich zuträgliche Atemluft“ zumindest, dass die Konzentration von Tabakrauch in der Atemluft nicht zu einem Gesundheitsschaden oder zu einer konkreten Gesundheitsgefahr führen darf.<sup>12</sup>

§ 618 Abs. 1 BGB normiert für den Arbeitgeber eine arbeitsvertragliche Fürsorgepflicht. Der Arbeitgeber ist zu Schutzmaßnahmen gegen Gefahr für Leben und Gesundheit verpflichtet, soweit die Natur der Arbeit es gestattet. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts erwächst für den Arbeitgeber aus der Fürsorgepflicht des § 618 Abs. 1 BGB auch die Verantwortung, „die Arbeit so zu organisieren, dass Tabakrauch die Atemluft am Arbeitsplatz nicht durchsetzt und Arbeitnehmer durch sogenanntes Passivrauchen in ihrer Gesundheit nicht gefährdet werden.“<sup>13</sup>

Bei Dienstherrn im **öffentlichen Dienst** tritt an die Stelle der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht aus § 618 BGB die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht aus § 48 Beamtenrechtsrahmengesetz, § 79 Bundesbeamtengesetz<sup>14</sup> und die soldatenrechtliche Fürsorgepflicht aus § 31 Soldatengesetz. Die Anforderungen dieser Vorschriften an den Schutz des Arbeitnehmers gegen Gefahren für Leben und Gesundheit entsprechen denen des § 618 Abs. 1 BGB.<sup>15</sup>

## 2. Die Bedeutung der Neuregelung

§ 3a ArbStättV geht somit zunächst nicht über das hinaus, was nicht auch schon den Regelungen des § 5 Satz 1 ArbStättV und § 618 Abs. 1 BGB entnommen werden konnte und entnommen worden ist. Es besteht daher nach Erlass des § 3a ArbStättV keine grundsätzlich neue Rechtslage. Gleichwohl ist die Regelung nicht bloß Ausdruck nutzlosen Regulierungseifers.<sup>16</sup>

---

<sup>10</sup> Wenn im Folgenden von Arbeitnehmern die Rede ist, sind damit – soweit nicht anders vermerkt – alle Arbeitnehmer und im öffentlichen Dienst Beschäftigten gemeint. Entsprechendes gilt spiegelbildlich für den Begriff der Arbeitgeber.

<sup>11</sup> Siehe *HessLAG* 24. 11. 1994, *ArbuR* 1995, 283, 284; *LAG Düsseldorf* 9. 5. 1980 – 21 Sa 322/80 (nicht veröffentlicht; zitiert nach *ErfK/Wank* (Fn. 7), § 618 BGB Rn. 20); *ArbG Berlin* 26.10.1988, DB 1988, 2518; ebenso *Cosack* DB 1999, 1453; *Wischnath* DB 1977, 1366.

<sup>12</sup> *Börgmann RdA* 1993, 278; *ErfK/Wank* (Fn. 7), § 618 BGB Rn. 20; *Löwisch*, DB Beil. Nr. 1/79, 7.

<sup>13</sup> BAG 17. 2. 1998, BB 1998, 2113, 2114.

<sup>14</sup> Bzw. aus den entsprechenden Landesbeamtengesetzen.

<sup>15</sup> Vgl. *LAG Hamm* 26. 4. 1990, *LAGE* § 618 BGB Nr. 3, S. 3; *BVerwG* 25. 2. 1993, *NVwZ* 1993, 692, 693.

<sup>16</sup> Näher dazu *Buchner*, BB 2002, 2382.

Bedeutung kommt der Neuregelung zunächst dadurch zu, dass sie das Gewicht der zu berücksichtigenden Interessen der Nichtraucher am Arbeitsplatz stärkt. Mit der ausschließlichen Fokussierung auf den Gesundheitsschutz der Nichtraucher macht der Gesetzgeber deutlich, dass den Gesundheitsinteressen der Nichtraucher gegenüber der Handlungsfreiheit der Raucher der Vorrang einzuräumen ist. Diese Grundentscheidung des Gesetzgebers zugunsten des Nichtraucherschutzes gibt den Spielraum für den Arbeitgeber bei der Ausübung seines Direktionsrechts ebenso vor wie für die Betriebsparteien bei der Regelung des Nichtraucherschutzes im Rahmen von Betriebsvereinbarungen.

Darüber hinaus ist § 3a ArbStättV vor allem deshalb von Bedeutung, weil die Bestimmung eine weitere Auseinandersetzung um die Gesundheitsschädlichkeit des Passivrauchens überflüssig macht. Der Gesetzgeber stellt mit der Einfügung des § 3a ArbStättV klar, dass aus seiner Sicht die Gesundheitsgefährlichkeit des Passivrauchens feststeht.<sup>17</sup> Arbeitgeber und Betriebsparteien, und im Streitfall die Gerichte, haben dieser Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers Rechnung zu tragen. Eine weitere Diskussion um die Frage der Gesundheitsschädlichkeit des Passivrauchens ist damit sowohl innerhalb der Betriebe als auch vor Gericht hinfällig. Der nichtrauchende Arbeitnehmer hat nicht mehr nur dann einen Anspruch auf Schutz vor Passivrauchen, wenn er im Einzelfall eine konkrete Gesundheitsgefährdung nachweisen kann. Er hat vielmehr grundsätzlich einen Anspruch auf Schutz, eben weil Passivrauchen stets eine konkrete Gesundheitsgefährdung mit sich bringt. Diese klarstellende Wirkung des § 3a ArbStättV ist im Interesse der Rechtssicherheit zu begrüßen.<sup>18</sup>

### **III. Maßnahmen zum effektiven Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz**

#### **1. Kein Entschließungsermessen**

Hinsichtlich der Wahl der konkreten betrieblichen Maßnahmen zum Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz ist das erklärte Ziel des Gesetzgebers, „dem Arbeitgeber und den betrieblichen Beschäftigtenvertretungen den angesichts der Vielgestaltigkeit der betrieblichen Verhältnisse notwendigen Regelungsspielraum“ zu belassen.<sup>19</sup> Dieser Regelungsspielraum bezieht sich allerdings lediglich auf das Auswahlermessen hinsichtlich mehrerer möglicher Vorkehrungen, nicht aber auf das Entschließungsermessen, ob überhaupt irgendwelche Vorkehrungen zu treffen sind. Aus § 3a ArbStättV folgt, dass der Arbeitgeber stets zum Schutze seiner nichtrauchenden Beschäftigten tätig werden muss, wenn diese an ihrem Arbeitsplatz Tabakrauch ausgesetzt sind. Auf die Intensität und Häufigkeit des Kontakts mit Tabakrauch kommt es dabei grundsätzlich nicht an.

---

<sup>17</sup> Siehe die Begründungserwägungen zum Antrag für einen verbesserten Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz (oben Rn. 2).

<sup>18</sup> Wobei allerdings anzumerken ist, dass die Rechtsprechung in jüngerer Zeit auch ohne eine solche gesetzliche Vorgabe zunehmend dazu tendiert hat, zugunsten der Rechte des Nichtrauchers von einer Gesundheitsschädlichkeit des Passivrauchens auszugehen. Das BAG lässt es für die Annahme einer Gesundheitsgefährdung durch Tabakrauch ausreichen, dass die Atemluft am Arbeitsplatz „wahrnehmbar mit Tabakrauch durchsetzt“ ist (Urt. v. 17. 2. 1998, BB 1998, 2113). Nach BAG 19. 1. 1999, BB 1999, 1380 kann eine gesundheitliche Gefährdung durch Passivrauchen „nicht mehr ernsthaft in Abrede gestellt werden“.

<sup>19</sup> BT-Drucks. 14/3231, 4.

## 2. Mögliche Formen einer Nichtraucherchutzregelung

Der Arbeitgeber kann auf verschiedene Art und Weise seiner Verpflichtung zu einem wirksamen Nichtraucherchutz am Arbeitsplatz nachkommen. In Betracht kommen Betriebsvereinbarungen zum Nichtraucherchutz, Regelungen des Arbeitgebers kraft seines Weisungsrechts und arbeitsvertragliche Vereinbarungen über die Zulässigkeit des Rauchens.

### a) Betriebsvereinbarungen

Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts weist das Betriebsverfassungsgesetz den Betriebsparteien eine umfassende Regelungskompetenz hinsichtlich aller betrieblichen Angelegenheiten zu. Auf der Grundlage dieser Kompetenz können Arbeitgeber und Betriebsrat grundsätzlich auch Beschränkungen des Rauchens bis hin zu einem Rauchverbot am Arbeitsplatz bestimmen.<sup>20</sup> Das BAG sieht von der Regelungskompetenz der Betriebsparteien insbesondere die Tatbestände erfasst, die der Gesetzgeber ausdrücklich der mitbestimmten Regelung durch die Betriebspartner unterstellt hat. Dementsprechend wird die Zulässigkeit eines betrieblichen Rauchverbots mit dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG begründet. Zu dem mitbestimmungspflichtigen Ordnungsverhalten im Sinne des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG gehöre grundsätzlich auch die Frage, ob während der Arbeitszeit und im Betrieb geraucht werden dürfe. Das Gericht stellt allerdings klar, dass Arbeitgeber und Betriebsrat gemäß § 75 II BetrVG die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern haben und daher die Aufstellung eines betrieblichen Rauchverbots dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Übermaßverbot unterliegt. Danach wäre es unstatthaft, ein allgemeines Rauchverbot allein mit dem Ziel einzuführen, Arbeitnehmern das Rauchen abzugewöhnen und sie zu einer gesünderen Lebensführung anzuhalten. Unzulässig wäre es auch, das Rauchen auf dem gesamten Betriebsgelände, also auch im Freien, zu verbieten. Verhältnismäßig und angemessen ist es hingegen, ein Rauchverbot für alle geschlossenen Räume zu verhängen. Insbesondere besteht grundsätzlich keine Verpflichtung des Arbeitgebers, Rauchern durch die Einrichtung von Raucherräumen einen ungestörten Nikotinkonsum innerhalb von Gebäuden zu ermöglichen.<sup>21</sup>

Eine Kompetenz der Betriebsparteien zur Vereinbarung eines Rauchverbots folgt zudem auch aus dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, wenn Ziel des betrieblichen Rauchverbots der Gesundheitsschutz der Nichtraucher ist. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG räumt dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei Regelungen über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften ein. Voraussetzung für dieses Mitbestimmungsrecht ist das Vorliegen einer ausfüllungsbedürftigen gesetzlichen Vorschrift. § 3a ArbStättV ist eine solche Vorschrift, da die Bestimmung dem Arbeitgeber einen Regelungsspielraum hinsichtlich der zu treffenden Maßnahmen belässt.

---

<sup>20</sup> BAG 19. 1. 1999, BB 1999, 1380.

<sup>21</sup> BAG 19. 1. 1999, BB 1999, 1380, 1382.

Pendant zur Betriebsvereinbarung ist im **öffentlichen Dienst** die Dienstvereinbarung.<sup>22</sup> Gemäß § 73 Bundespersonalvertretungsgesetz (BPersVG)<sup>23</sup> sind Dienstvereinbarungen nur zulässig, soweit dieses Gesetz sie ausdrücklich vorsieht. Die Zulässigkeit einer Dienstvereinbarung über die Beschränkungen des Rauchens in Dienststellen folgt aus § 75 Abs. 3 Nr. 11 und § 75 Abs. 3 Nr. 15 BPersVG. Die beiden Normen sehen ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats bei Maßnahmen zur Verhütung von Gesundheitsschädigungen und bei Regelungen der Ordnung in der Dienststelle vor, wobei dieses Mitbestimmungsrecht ausdrücklich auch die Befugnis zum Abschluss von Dienstvereinbarungen umfasst.

### **b) Weisungsrecht des Arbeitgebers**

Der Arbeitgeber kann die Zulässigkeit des Rauchens im Betrieb auch kraft seines Weisungsrechts regeln. Macht der Arbeitgeber von seinem Weisungsrecht Gebrauch, um seiner Verpflichtung zum Nichtrauchererschutz aus § 3a ArbStättV nachzukommen, unterliegt die Ausübung dieses Weisungsrechts gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG der Mitbestimmung durch den Betriebsrat. Daneben folgt ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auch aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG, soweit sich die Weisung auf das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer bezieht.<sup>24</sup>

Nach der Rechtsprechung des BAG darf das Weisungsrecht nur nach billigem Ermessen ausgeübt werden, die Weisungen des Arbeitgebers dürfen nicht unverhältnismäßig oder unzumutbar sein. Soweit eine einseitige Beschränkung des Rauchens durch den Arbeitgeber dem Schutz der Nichtraucher im Betrieb dient, ist diese niemals unverhältnismäßig, da bei einer Interessenabwägung den Gesundheitsinteressen der Nichtraucher mit Blick auf die eindeutigen Vorgaben des § 3a ArbStättV stets Vorrang gegenüber den Freiheitsinteressen der Raucher einzuräumen ist. Unbillig wäre eine Ausübung des Weisungsrechts durch den Arbeitgeber aber etwa dann, wenn sie ausschließlich schikanöse oder erzieherische Zweck verfolgen würde.

### **c) Arbeitsvertrag**

Schließlich kann der Arbeitgeber auch durch eine entsprechende Gestaltung von Arbeitsverträgen einen ausreichenden Nichtrauchererschutz sicherstellen, insbesondere durch die individualvertragliche Vereinbarung eines Rauchverbots am Arbeitsplatz. Gegenüber einer vertraglichen Regelung der Zulässigkeit des Rauchens am Arbeitsplatz bestehen im Hinblick auf die Schutzpflicht des Arbeitgebers aus § 3a ArbStättV grundsätzlich keine Bedenken. Ein Verstoß gegen die allgemeinen vertragsrechtlichen Grenzen der §§ 138, 242 BGB kommt allenfalls dann in Betracht, wenn die Regelung offensichtlich missbräuchlich ist. Ebenso wie im Rahmen von Betriebsvereinbarungen oder bei Weisungen des Arbeitgebers würde daher die Verfolgung eines ausschließlich schikanösen oder erzieherischen Zweckes zur Unwirksamkeit der entsprechenden Vereinbarung führen.

In Betrieben mit Betriebsrat ist darüber hinaus das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 7 BetrVG zu beachten. Der Begriff der

---

<sup>22</sup> Gemäß § 130 BetrVG gilt das Betriebsverfassungsgesetz nur für Betriebe und Unternehmen *privatrechtlicher* Rechtsträger, nicht aber für den öffentlichen Dienst.

<sup>23</sup> Bzw. gemäß den entsprechenden Vorschriften in den Landespersonalvertretungsgesetzen.

<sup>24</sup> Ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats im öffentlichen Dienst folgt aus § 75 Abs. 3 Nr. 11 u. 15 BPersVG bzw. den entsprechenden Vorschriften in den Landespersonalvertretungsgesetzen.

Regelung in § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG setzt zwar einen kollektiven Tatbestand voraus.<sup>25</sup> Dieser ist aber jedenfalls dann gegeben, wenn wiederholt in Arbeitsverträgen eine Klausel zur Zulässigkeit des Rauchens am Arbeitsplatz aufgenommen wird.

### 3. Konkrete Maßnahmen zum Schutz der Nichtraucher am Arbeitsplatz

Dem Arbeitgeber steht grundsätzlich ein Auswahlermessen zu, welche konkreten Vorkehrungen er zum Schutz der Gesundheit der nichtrauchenden Beschäftigten treffen will. In Betracht kommen im Wesentlichen Lüftungstechnische Maßnahmen, eine räumliche Trennung von Rauchern und Nichtrauchern und die Verhängung eines Rauchverbots.

#### a) Lüftungstechnische Maßnahmen

Teilweise wird für einen Nichtraucherschutz schon das Vorhandensein weiter und hoher Räume, in denen sich der Tabakrauch schnell verflüchtigen kann, als ausreichend erachtet. Für kleinere Raumeinheiten wird vorgeschlagen, die Belastungen durch Tabakrauch mit Hilfe von Fenster- und Querlüftung zu reduzieren.<sup>26</sup> Angesichts der Tatsache, dass Tabakrauch bereits in kleinster Konzentration körperliche Reaktionen wie Augen- und Nasenreizungen auslösen kann, begegnen diese Vorschläge jedoch Bedenken im Hinblick auf ihre Wirksamkeit. Nach einer Studie der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich müssten pro geraucher Zigarette 19.000 Kubikmeter Frischluft zugeführt werden, um eine Zigarette geruchlich zu neutralisieren. Um unter der festgestellten Reizschwelle für Augen, Nasen und Hals zu bleiben, müssten pro geraucher Zigarette immerhin noch mindestens 3.000 Kubikmeter Frischluft zugeführt werden. Aus den ermittelten Schwellenwerten wird gefolgert, dass Lüftungsmaßnahmen grundsätzlich nicht dazu ausreichen, Nichtraucher wirksam vor Passivrauch zu schützen.<sup>27</sup>

Das Problem der ausreichenden Zufuhr von Frischluft besteht gleichermaßen beim Einsatz von klima- und lüftungstechnischen Anlagen. Hinzu kommt aus Sicht des Arbeitgebers der Nachteil einer erheblichen finanziellen Belastung, so dass dieser im Regelfall bereits aus Kostengründen auf andere Abhilfemaßnahmen ausweichen wird.<sup>28</sup>

#### b) Räumliche Trennung

Effektiver und kostengünstiger ist eine räumliche Trennung von Rauchern und Nichtrauchern innerhalb des Betriebs. Je größer der Betrieb, desto eher ist eine solche Trennung möglich, vorausgesetzt die räumliche Aufteilung der Beschäftigten ist mit den Arbeitsabläufen im Betrieb vereinbar. Eine Aufteilung innerhalb eines Arbeitsraums, etwa durch Aufstellen von Trennwänden oder eine Aufteilung des Raumes in einen Raucher- und Nichtraucherbereich, reicht allerdings nicht aus. Eine effektive Reinhaltung der Atemluft von Tabakrauch setzt voraus, dass ein Austausch von tabakrauchhaltiger und tabakrauchfreier Luft nicht stattfinden kann. Dies ist nur

<sup>25</sup> BAG 10. 4. 1979, AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitssicherheit.

<sup>26</sup> Siehe *Ahrens* AR-Blattei SD 1310, Rn. 106.

<sup>27</sup> Eine zusammenfassende Wiedergabe der Studie der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich ist abrufbar unter [http://www.ethlife.ethz.ch/articles/tages/html\\_print\\_style/StudiePassivrauch.html](http://www.ethlife.ethz.ch/articles/tages/html_print_style/StudiePassivrauch.html).

<sup>28</sup> Vgl. *Cosack* DB 1999, 1450, 1454; *Löwisch* DB 1979, Beil. Nr. 1, S. 12.

dann gewährleistet, wenn die Raucher in separaten Zimmern tätig sind und diese Zimmer ausreichend abgedichtet sind.<sup>29</sup> Eine wirksamer Nichtraucherchutz ist darüber hinaus auch dann nicht gewährleistet, wenn zwar formal Raucher und Nichtraucher in getrennten Räumen untergebracht sind, die praktischen Arbeitsprozesse es aber unausweichlich mit sich bringen, dass Nichtraucher sich häufig außerhalb ihres eigenen Arbeitsplatzes auch in Raucherbereichen aufhalten müssen.

#### **d) Rauchverbot**

Sind Lüftungstechnische Maßnahmen nicht wirksam genug oder zu teuer und scheidet eine räumliche Trennung von Rauchern und Nichtrauchern aus Gründen der Arbeitsorganisation oder der Betriebsgröße aus, kann ein wirksamer Nichtraucherchutz nur durch ein allgemeines Rauchverbot für alle Beschäftigten erreicht werden. Ein allgemeines Rauchverbot lässt sich in der Regel am schnellsten umsetzen, es ist am kostengünstigsten zu realisieren und hat auf den betrieblichen Arbeitsablauf nur geringe Auswirkungen.

Ein Rauchverbot im Betrieb bedeutet zwar für Raucher die gravierendste Einschränkung. Gleichwohl ist damit ein allgemeines Rauchverbot nicht nur ultima ratio für den Fall, dass keine mildereren Mittel denkbar sind. § 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. Der Erlass eines Rauchverbots ist daher stets zulässig, es sei denn das Verbot würde „über das Ziel hinausschießen“, weil es nicht dem Schutz der Nichtraucher dient, sondern lediglich eine Bevormundung oder Schikane der rauchenden Arbeitnehmer darstellt.

### **4. Grenzen der Schutzpflicht gemäß § 3a Abs. 2 ArbStättV**

#### **a) Schutz der unternehmerischen Betätigungsfreiheit**

In Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr braucht der Arbeitgeber gemäß § 3a Abs. 2 ArbStättV Maßnahmen zum Nichtraucherchutz nur insoweit zu treffen, „als die Natur des Betriebes und die Art der Beschäftigung es zulassen.“ Von Relevanz ist § 3a Abs. 2 ArbStättV in erster Linie für den Erlass eines allgemeinen Rauchverbots. Lässt sich ein wirksamer Schutz der Nichtraucher im Betrieb an sich nur durch ein Rauchverbot gewährleisten, kann der Arbeitgeber trotzdem von einem solchen absehen, wenn es mit der Natur des Betriebs und der Art der Beschäftigung nicht vereinbar ist. 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 gerade auch an dieses „Publikum“, den Kunden, richtet. Vor allem im Gaststättenbereich hängt ein Schutz der nichtrauchenden 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 oder Kneipe, in der überhaupt nicht mehr geraucht werden dürfte, würde ihren ursprünglichen Charakter verlieren. § 3a Abs. 2 ArbStättV gewährleistet für diesen Fall, dass die Pflicht des Arbeitgebers zum

---

<sup>29</sup> Ebenso *Cosack* a.a.O.

Nichtraucherschutz nicht mit der freien Ausübung seiner unternehmerischen Tätigkeit kollidiert. Dies gilt auch für alle anderen Fälle, in denen ein Rauchverbot am Arbeitsplatz nicht lediglich die technisch-organisatorische Ausgestaltung des Arbeitsplatzes oder das Verhalten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer betrifft, sondern sich darüber hinaus auch unmittelbar auf die unternehmerische Tätigkeit als solche auswirken würde.

### **b) Die „Natur“ des Betriebs**

Das Bundesarbeitsgericht zählte in seiner Entscheidung vom 8. Mai 1996 auch bei einem Luftfahrtunternehmen zur „Natur“ des Betriebs, dass dieses auf seinen Flügen Raucherplätze anbietet, und verneinte deshalb einen Anspruch der Flugbegleiter auf ein Rauchverbot in Flugzeugen.<sup>30</sup> 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 bestand für das Flugunternehmen jedoch insofern, als es im Falle eines allgemeinen Rauchverbots den Verlust seiner rauchenden Kunden an Konkurrenzunternehmen befürchten musste. 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 Nichtraucherschutz 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.

Zu beachten ist allerdings, dass sich die jeweilige Erwartungshaltung des Publikums im Laufe der Zeit ändern kann. Was etwa den Luftverkehrssektor angeht, hat sich mittlerweile ein Rauchverbot sowohl bei innerdeutschen Flügen als auch bei Transatlantikflügen weitgehend durchgesetzt. Es ist daher zweifelhaft, ob das Bundesarbeitsgericht bei Luftfahrtbetrieben heute noch das Anbieten von Raucherplätzen zur Natur des Betriebs zählen würde. Auch außerhalb des Luftverkehrssektors geht die Tendenz im gesamten Bereich des öffentlichen Personennah- und -fernverkehrs dahin, das Rauchen ganz zu verbannen.<sup>31</sup> Heutzutage wird deshalb in diesem Bereich ein Rauchverbot mit der „Natur des Betriebs und der Art der Beschäftigung“ grundsätzlich vereinbar sein.

Im Bereich des öffentlichen Dienstes ist § 3a Abs.2 ArbStättV schon deshalb nicht relevant, weil öffentliche Arbeitgeber – jenseits einer erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit – keine unternehmerische Tätigkeit ausüben und daher auch eine Beschränkung ihrer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit durch Maßnahmen zum Nichtraucherschutz nicht in Frage kommt.<sup>32</sup>

### **c) Minimierungspflicht**

§ 3a Abs. 2 ArbStättV begründet keine völlige Freistellung des Arbeitgebers von seiner Verpflichtung zum Nichtraucherschutz. Nur soweit Schutzmaßnahmen zu einer Einschränkung seiner wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit führen würden, darf der Arbeitgeber auf diese verzichten. Abgesehen davon bleibt er jedoch verpflichtet,

---

<sup>30</sup> BAG BB 1996, 2095.

<sup>31</sup> Siehe etwas das Rauchverbot in Bahnhöfen und der Betrieb von rauchfreien ICEs.

<sup>32</sup> Vgl. Ahrens AR-Blattei SD 1310, Rn. 96.

im Rahmen des technisch und organisatorisch Möglichen und wirtschaftlich Zumutbaren für eine Minimierung der Belastung der Arbeitnehmern durch Passivrauch zu sorgen.<sup>33</sup>

#### **IV. Überwachung und Durchsetzung des Nichtraucherschutzes**

##### **1. Überwachung durch den Betriebsrat**

§ 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG weist dem Betriebsrat die Aufgabe zu, darüber zu wachen, dass die zugunsten des Arbeitnehmers geltenden Arbeitsschutzvorschriften eingehalten werden. Zur Durchführung dieser Aufgabe gibt § 80 Abs. 2 Satz 1 BetrVG dem Betriebsrat das Recht auf rechtzeitige und umfassende Unterrichtung. Darüber hinaus hat sich der Betriebsrat gemäß § 89 Abs. 1 BetrVG auch von sich aus für die Durchführung des Arbeitsschutzes einzusetzen. Er hat den Arbeitgeber auf eventuelle Defizite beim Nichtraucherschutz im Betrieb aufmerksam zu machen und mit ihm über Abhilfe zu beraten. Schließlich ist der Betriebsrat auch befugt, sich an die zuständigen Überwachungsbehörden zu wenden, wenn der Arbeitgeber seiner Verpflichtung zum Nichtraucherschutz nicht ausreichend nachkommt und eine betriebliche Einigung nicht gelingt.<sup>34</sup> Im **öffentlichen Dienst** kommen dem Personalrat die entsprechenden Aufgaben und Befugnisse zu, vgl. § 68 Abs. 1 Nr. 2 und § 81 Abs. 1 BPersVG.

##### **2. Beratung, Überwachung und Durchsetzung des Nichtraucherschutzes durch staatliche Behörden**

###### **a) Allgemeines**

Den staatlichen Behörden kommt im Rahmen des Arbeitsschutzrechts die Aufgabe zu, den Arbeitgeber bei der Erfüllung seiner Schutzpflichten zu beraten, die Einhaltung der staatlichen Arbeitsschutzvorschriften zu überwachen sowie im Falle von Verstößen gegen die Vorschriften verwaltungsrechtliche Anordnungen zu erlassen und gegebenenfalls Sanktionen zu verhängen. Grundsätzlich sind für die Beratung, Überwachung und Durchsetzung die nach Bezirken gegliederten Arbeitsschutzbehörden der Länder zuständig, die je nach Bundesland unterschiedlich als Gewerbeaufsichtsamt, als Amt für Arbeitsschutz oder als Amt für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik bezeichnet werden.<sup>35</sup>

###### **b) Überwachung und Durchsetzung des § 3a ArbStättV**

Durch die Einfügung des § 3a ArbStättV hat sich am bisherigen System der Überwachung und des Vollzugs des Nichtraucherschutzes im Betrieb nichts geändert. Ebenso wie bisher die Einhaltung des § 5 ArbStättV von den Arbeitsschutzbehörden gemäß § 21 und 22 Abs. 1 und 2 ArbSchG überwacht wurde, wird nun - soweit es um den Schutz vor Tabakrauch geht - die Einhaltung des § 3a ArbStättV überwacht. Kommt der Arbeitgeber seiner Verpflichtung zu einem wirksamen Nichtraucherschutz im Betrieb nicht nach, kann die Aufsichtsbehörde gemäß § 22 Abs. 3 Nr. 1 ArbSchG im Einzelfall anordnen, welche Maßnahmen der

<sup>33</sup> Vgl. *Buchner*, BB 2002, 2385; *Möllers JZ* 1996, 1054.

<sup>34</sup> Siehe *MünchArbR/Wlotzke* (Fn. 6), § 208 Rn. 30 f.

<sup>35</sup> Siehe *MünchArbR/Wlotzke* (Fn. 6), § 206 Rn. 47. Für Aufbau und Organisation der Arbeitsschutzbehörden der Länder siehe auch die Übersicht unter <http://bb.osha.de/lasi/bundland.htm>.

Arbeitgeber zur Erfüllung seiner Schutzpflicht zu treffen hat. Die Behörde hat dem Arbeitgeber zur Ausführung ihrer Anordnung eine angemessene Frist zu setzen, wobei sich die Angemessenheit der Frist an dem Umfang der angeordneten Maßnahme und der Schwierigkeit ihrer Umsetzung zu orientieren hat. Kommt der Arbeitgeber vorsätzlich oder fahrlässig einer Anordnung nicht innerhalb der gesetzten Frist nach, handelt er gemäß § 25 Abs. 1 Nr. 2a ArbSchG ordnungswidrig, was mit einer Geldbuße bis zu 25.000 Euro geahndet werden kann. Weigert sich der Arbeitgeber beharrlich einer Anordnung nachzukommen oder wird durch sein vorsätzliches Handeln Leben oder Gesundheit eines Beschäftigten gefährdet, ist gemäß § 26 ArbSchG sogar eine Geld- oder Freiheitsstrafe möglich.

### **3. Rechte des Arbeitnehmers**

#### **a) Beschwerderecht**

Kommt der Arbeitgeber seiner Verpflichtung zu einem wirksamen Nichtraucherschutz im Betrieb nicht nach, steht dem Arbeitnehmer grundsätzlich ein Beschwerderecht zu – in nicht betriebsratsfähigen oder betriebsratslosen Betrieben als Ausfluss der arbeitsvertraglichen Beziehung, ansonsten gemäß § 84 BetrVG. Zuständige Beschwerdestelle ist regelmäßig der unmittelbare Vorgesetzte. Statt einer unmittelbaren Beschwerde kann der Arbeitnehmer auch gemäß § 85 BetrVG den Betriebsrat einschalten.

#### **b) Leistungsverweigerungsrecht**

Im Falle eines unzureichenden Nichtraucherschutzes hat der Arbeitnehmer außerdem auch das Recht, gemäß § 273 BGB seine Arbeitsleistung zu verweigern. Vor Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts hat sich der Arbeitnehmer jedoch mit seinem Verlangen nach Nichtraucherschutz an den Arbeitgeber zu wenden und die Durchführung von Abhilfemaßnahmen zunächst anzumahnen.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Siehe Börgmann, RdA 1993, 284.