

# Rauchen und Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz

---

*Olaf Möllenkamp - Richter am Arbeitsgericht Lübeck*

Das Thema Nichtraucherschutz ist durch verschiedene Gesetzgebungsinitiativen der jüngeren Vergangenheit verstärkt ins Zentrum der öffentlichen Wahrnehmung gerückt. Kehrseite des Nichtraucherschutzes ist das Interesse der Raucher am Fortbestand ihnen günstiger Regelungen zum Rauchen. Besondere praktische Relevanz erreicht das Thema durch den Umstand, dass etwa 1/3 der Bevölkerung raucht. Zieht man (jüngere) Kinder von dieser Zahl ab, ergibt sich ein noch höherer Anteil unter der erwachsenen Bevölkerung. Dieser bildet sich naturgemäß auch im Arbeitsleben ab und führt dort, wohl auch aufgrund einer erhöhten Sensibilisierung für die Gefahren des Passivrauchens, zu Konfliktsituationen, die das Potenzial haben, ganze Belegschaften zu spalten und das Betriebsklima nachhaltig negativ zu beeinträchtigen. Arbeitgeber sollten daher mit den gesetzlichen Vorgaben und den daraus resultierenden rechtlichen Problemlagen vertraut sein, um Handlungsspielräume mit Blick auf den Betriebsfrieden im Unternehmen einerseits zu nutzen und Schutz der Nichtraucher andererseits zu gewährleisten.

## 1. Statistische Ausgangslage

---

Tabakrauch enthält mehr als 40 krebserregende Substanzen.

An Folgen des Rauchens sterben in Deutschland jährlich etwas 110000 bis 140000 Menschen.

Jährlich sterben etwa 400 Nichtraucher an Lungenkrebs als Folge des Passivrauchens. Eine Stunde Passivrauchen entspricht dem Aktivrauchen einer Zigarette. 3 bis 4 Millionen Arbeitnehmer arbeiten in Räumen, in denen regelmäßig geraucht wird. 21 % der Nichtraucher klagen

über Tabakrauchbelästigung am Arbeitsplatz. In einem Drittel der Fälle kommt es daher zu Konflikten am Arbeitsplatz.

80 % der Nichtraucher, aber nur 35 % der Raucher befürworten ein Rauchverbot am Arbeitsplatz.

## II. Gesetzliche Neuregelungen

---

Sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene hat es in jüngster Zeit Gesetzgebungsinitiativen mit dem Ziel eines verbesserten Nichtraucherschutzes gegeben. Während spezielle Nichtraucherschutzgesetze auf Bundes- und Landesebene den Schutz am Arbeitsplatz nicht zwingend gewährleisten,

hat die jüngste Änderung des § 5 der bundeseinheitlich geltenden Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) Relevanz für jeden Arbeitsplatz.

### *1. Bundesnichtraucherschutzgesetz*

Das Bundesnichtraucherschutzgesetz (BNichtrSchG) ist zum 01.09.2007 in Kraft getreten und verbietet das Rauchen nicht nur in Einrichtungen des Bundes, von Verfassungsorganen und auf Bahnhöfen, sondern auch in öffentlichen Verkehrsmitteln. Dazu zählen auch Flugzeuge und Reisebusse. Dies betrifft also auch private Betriebe dieser Gewerbe. Das Rauchverbot besteht nicht im Freien, sondern jeweils nur in Gebäuden und Räumen. Es besteht die gesetzliche Möglichkeit, Räume zum Rauchen auszuweisen (Raucherräume).

### *2. Nichtraucherschutzgesetze auf Landesebene*

Nachdem das Bundesverfassungsgericht dem Bund die Kompetenz zur Regelung von Rauchverboten außerhalb seiner eigenen Behörden und den vorgenannten Verkehrsmitteln abgesprochen hat, haben die Bundesländer eigene, teilweise recht unterschiedliche Nichtraucherschutzgesetze erlassen oder beabsichtigten dies in nächster Zeit. In Schleswig-Holstein ist am 01.01.2008 das Gesetz zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in Kraft getreten, das deutlich über den Anwendungsbereich des BNichtrSchG hinaus geht.

#### *a) Schutzzumfang in Schleswig-Holstein*

Das Gesetz spricht über den Anwendungsbereich des BNichtrSchG weitere Rauchverbote aus und schafft bestimmte Ausnahmetatbestände. Rauchen ist nach § 2 des Gesetzes in folgenden Gebäuden verboten:

- in Behörden und allen sonstigen Einrichtungen von Trägern öffentlicher Verwaltung
- in Krankenhäusern sowie Vorsorge- und Reha-Einrichtungen einschließlich dazugehörigen Kantinen, Cafeterien, Schulen und Werkstätten
- in Heimen nach dem HeimG
- in Erziehungs- und Bildungseinrichtungen (in Kindertageseinrichtungen und Schulen auch Außengelände)
- in Sporteinrichtungen
- in Kultureinrichtungen
- in Gaststätten

Die vorgenannten Einrichtungen sind notwendig auch Arbeitsstätten. In diesen Einrichtungen, gleich ob öffentlich oder privat geführt, besteht ein Rauchverbot bereits nach dem Gesetz. Einer besonderen Anordnung des Rauchverbots durch den Arbeitgeber bedarf es nicht. Ebenso ist eine gesonderte Hinweispflicht auf das Rauchverbot entbehrlich. Allerdings haftet der Einrichtungsleiter bzw. Betreiber nach § 4 des Gesetzes für die Einhaltung des Rauchverbots sowohl im Hinblick auf eigene Arbeitnehmer als auch auf Publikumsverkehr.

Nach § 2 Abs. 3 des Gesetzes können abgeschlossene Nebenräume eingerichtet werden, in denen das Rauchen gestattet ist. Diese sind nach § 3 gesondert zu kennzeichnen. Die Abtrennung muss so erfolgen, dass eine Gesundheitsgefahr durch Passivrauchen im Übrigen ausgeschlossen ist.

Das Gesetz sieht Geldbußen von bis zu 1.000 EUR vor bei

- Rauchen trotz Rauchverbots (gegen den Raucher)
- Nichtverhinderung bei Verstößen durch Einrichtungsleiter bzw. Betreiber
- Verstoß gegen die Hinweispflicht bei abgetrennten Raucherräumen

#### *b) Auswirkungen in der Praxis*

Fällt ein Arbeitgeber unter die o.g. Betriebskategorien, besteht ein Rauchverbot in „Gebäuden und vollständig umschlossenen Räumen“. Ausnahmen können nur durch Einrichtung von Raucherräumen geschaffen werden. Ein Ermessen steht dem Arbeitgeber nicht zu. Das Rauchverbot bezieht sich dagegen nicht auf das „freie Gelände“ des Unternehmens.

Insbesondere in der Gastronomie wird derzeit nach kreativen Umgehungsmöglichkeiten des Gesetzes gesucht. Teilweise werden Rauchervereine gegründet, die einzelne Gaststätten ausschließlich nutzen. Teilweise werden Zustimmungserklärungen von Gästen und Arbeitnehmern eingeholt, auf das Rauchverbot zu verzichten und die Folgen hinzunehmen. Alle Versuche stellen i.d.R. eine unzulässige Umgehung des Gesetzes dar, da die gesetzlichen Vorgaben zwingend und nicht abdingbar sind.

#### *3. § 5 Arbeitsstättenverordnung*

An allen Arbeitsplätzen gilt die Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV). Deren § 5 ist in den vergangenen Jahren im Zuge der Verschärfung des Nichtraucherschutzes mehrfach geändert worden. Obwohl die Vorschrift bereits in der Vergangenheit stets als mögliche Anspruchsgrundlage für (teilweise) Rauchverbote herangezogen worden ist, war Streitfrage, ob sie auch einer Verpflichtung zum Erlass von Rauchverboten enthält (s.u. IV.). Diese Frage ist durch die letzte, zum 01.09.2007 erfolgte Ergänzung des § 5 der ArbStättV nunmehr eindeutig geklärt, wenngleich auch jetzt ein Anwendungs- und Beurteilungsspielraum besteht. Die Vorschrift lautet jetzt:

##### **§ 5 Nichtraucherschutz**

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

Soweit erforderlich, hat der Arbeitgeber ein allgemeines oder auf einzelne Bereiche der Arbeitsstätte beschränktes Rauchverbot zu erlassen.

Entscheidend ist nunmehr Satz 2 der Norm: Falls dies zum Schutz der Nichtraucher erforderlich ist, ist ein (teilweises) Rauchverbot zu erlassen. Diese Anordnung enthält eine Handlungspflicht. Zwar war auch zuvor bereits weitgehend unstrittig, dass Satz 1 der Norm in der Spitze zu einem absoluten Rauchverbot führen kann. Ausgesprochen wird diese Folge jetzt ausdrücklich aber erst durch Satz 2.

Weggefallen gegenüber der Vorfassung der Norm ist die Einschränkung von Schutzmaßnahmen bei Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr. Hiernach konnte ursprünglich das Rauchen wegen der Natur des Betriebs ungeregelt erfolgen (z.B. in Gaststätten), ohne dass Beschäftigte aus der ArbStättV hätten Ansprüche geltend machen können. Diese Möglichkeit ist aufgrund der Bundes- und Ländergesetzgebung zum Nichtraucherschutz (s.o. 1. und 2.) jedoch gerade nicht mehr gegeben.

Auch wenn die Vorschrift ein (teilweises) Rauchverbot ausdrücklich als Handlungsmaßnahme nennt, ist ein durch den Arbeitgeber zu verhängendes Rauchverbot weder zwingend noch in jeder Situation möglich. Die Norm setzt nämlich den Schutz der Raucher in gewisser Hinsicht ebenso voraus wie den Schutz der Nichtraucher vor den Rauchern. Was sich wie ein Widerspruch anhört, bedeutet tatsächlich lediglich Folgendes:

Die Interessen von Rauchern und Nichtrauchern am Arbeitsplatz sind miteinander in Einklang zu bringen.

Ist dies – aus welchen Gründen auch immer – nicht möglich, haben die Interessen der Nichtraucher Vorrang und ein Rauchverbot ist gerechtfertigt.

§ 5 ArbStättV bringt dies durch die Verwendung des Begriffes „erforderlich“ zum Ausdruck, der in der Vorschrift gleich zweimal genannt wird. Es hat also eine umfassende Abwägung stattzufinden.

### III. Berechtigung zum Ausspruch eines Rauchverbots

Der Arbeitgeber muss, da ihm unter der geltenden Rechtsordnung Willkür untersagt ist, auf eine rechtliche Regelung zurückgreifen können, um ein Rauchverbot zu erlassen. Dies ist bereits deshalb erforderlich, da Raucher sich hinsichtlich ihres Interesses am Rauchen auf die Allgemeine Handlungsfreiheit und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Grundgesetzes berufen können (Art. 2 Abs. 1 GG). Auch Grundrechte können allerdings Einschränkungen in der Abwägung mit schützenswerten Rechtsgütern anderer, der Nichtraucher, erfahren.

#### *1. Direktionsrecht des Arbeitgebers*

Das in § 106 Gewerbeordnung (GewO) normierte Direktionsrecht des Arbeitgebers berechtigt ihn, Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher zu bestimmen. Es legt das „Hausrecht“ des Arbeitgebers fest und stellt klar, dass dieser die Inhalte der Arbeitsleistung und de

ren Umfeld bestimmt und nicht der Arbeitnehmer. Billiges Ermessen bedeutet jedoch zum einen Willkürausschluss zum anderen Verhältnismäßigkeit und Interessenabwägung.

Beispiele:

- In der betreffenden Betriebsabteilung, in der der Arbeitgeber ein Rauchverbot aussprechen will, arbeiten ausschließlich Raucher.
- In der Betriebsabteilung arbeiten nur wenige Nichtraucher, die erklären, sich durch das Passivrauchen nicht gestört zu fühlen.
- Der Arbeitgeber verhängt das Rauchverbot ausschließlich deshalb, um die Raucher zu „bekehren“, auch privat nicht mehr zu rauchen („kalter Entzug“).

In sämtlichen Beispielfällen bestehen Bedenken an der Rechtmäßigkeit der ausgesprochenen Rauchverbote. Bereits aus diesen Beispielen wird deutlich, dass allein die derzeitige Tendenz, das Rauchen im öffentlichen Leben zurückzudrängen, nicht ausreicht, um ein umfassendes Rauchverbot im Betrieb zu rechtfertigen.

Es gilt demgegenüber aufgrund der Ausübung billigen Ermessens das Ultima-Ratio-Prinzip: Nur wenn keine anderen Möglichkeiten zum Nichtraucherschutz unter Einsatz angemessener Mittel zur Verfügung stehen, kommt ein Totalverbot in Betracht.

Rauchende Arbeitnehmer könnten sich gegen ein gegen billiges Ermessen verstoßendes Rauchverbot mit einer Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Anordnung zur Wehr setzen. Das Arbeitsgericht würde in diesem Fall die Ermessensausübung nachzeichnen und dabei die jeweiligen Interessen der rauchenden Arbeitnehmer und des Arbeitgebers, meist also zum Schutz der Nichtraucher, in die Waagschale legen und eine Gesamtabwägung treffen. Da in o.g. Beispielfällen einerseits die Nichtraucher nicht geschützt werden müssen bzw. auf den Schutz verzichten und andererseits in das Persönlichkeitsrecht der Raucher eingreifende Ziele verfolgt werden, dürfte die Abwägung zu Lasten des Arbeitgebers ausfallen.

## *2. § 5 Arbeitsstättenverordnung*

Da die Vorschrift ebenfalls an zwei Stellen mit dem ausfüllungsbedürftigen Merkmal „erforderlich“ arbeitet, ergibt sich letztlich auch hier die Notwendigkeit einer umfassenden Interessenabwägung wie im Rahmen des § 106 GewO.

## *3. Praktische Handhabung*

Das teilweise Rauchverbot wird stets Vorrang vor dem vollständigen Verbot haben. Arbeitgeber werden stets zu prüfen haben, ob das Ziel des Nichtraucherschutzes auch mit weniger einschneidenden Maßnahmen erreicht werden kann. In Betracht kommen insbesondere:

- Zusammenstellung von Gruppen von Arbeitnehmern in Betriebseinheiten von Rauchern und Nichtrauchern, Verbote nur bei den Nichtrauchern  
Einrichtung von Raucherzimmern für Raucherpausen (s.u. VIII.)
- Erhebung über Bereitschaft von Nichtrauchern, gleichwohl mit Rauchern zusammenzuarbeiten
- Schaffen von überdachten Raucherterrassen/Raucherhöfen
- Angebote zur Unterstützung der Entwöhnung

Nur wenn sämtliche Maßnahmen zugunsten eines effektiven Nichtraucherschutzes nicht greifen, wird ein Totalverbot in Betracht kommen. Hierbei sind auf tatsächlicher Ebene jedoch folgende mögliche negative Auswirkungen zu bedenken:

Demotivation und Loser-Image für Raucher  
 („Schutz der Raucher vor Mobbing durch Nichtraucher“)  
 verminderte Arbeitsleistung durch innere Kündigung  
 höhere Fehleranfälligkeit durch „Entzug“/verändertes Arbeitsverhalten  
 Konflikte zwischen Rauchern und Nichtrauchern mit Auswirkungen für den Betriebsfrieden  
 vermehrte Arbeitsunterbrechungen etwa bei Gleitzeitunterbrechungen zum Rauchen vor dem Betriebsgelände  
 Image des Unternehmens bei Bildung von „Rauchertrauben“ vor dem Betrieb  
 erhöhte Krankheitszeiten als „Quittung“ für Rauchverbot

I.d.R. akzeptieren Raucher das Anliegen des Nichtraucherschutzes. Kommt man ihnen im Rahmen von Teilverböten mit Ausweidlösungen entgegen, kann ein diese Folgen vermeidender Kompromiss gestaltet werden.

## IV. Verpflichtung zum Ausspruch eines Rauchverbots

In Betrieben, in denen bereits kraft Gesetzes (s.o. II.) ein Rauchverbot besteht, ist ein Arbeitgeber nicht verpflichtet, ein weiteres Rauchverbot auszusprechen. Er hat aber die Einhaltung des geltenden Rechts zu überwachen. Ein trotzdem ausgesprochenes Rauchverbot ist schadlos, hat aber nur deklaratorischen Charakter.

Die Verpflichtung zum Ausspruch eines (teilweisen) Rauchverbots kann sich hierneben aus verschiedenen Rechtsgrundlagen ergeben, insbesondere aus § 5 ArbStättV, wenn sich die Ermessensentscheidung auf Null reduziert, d.h. die Abwägung eindeutig zugunsten der Nichtraucher ausgeht.

### *1. Verbote aus Arbeitsschutzvorschriften*

Ein zwingendes Rauchverbot kann sich aus Arbeitsschutzvorschriften ergeben, z.B. § 17 Abs. 1 Gefahrstoffverordnung, §§ 4 Abs. 1, 6 Abs. 2 5. 1 Mutterschutzgesetz. Das Arbeitgeberermessen ist hier - naheliegend - auf Null reduziert.

### *2. Anspruch von Nichtrauchern auf Verhängung von Rauchverboten*

Das Bundesarbeitsgericht hatte in einer Entscheidung aus 1996 den Anspruch von Kabinenpersonal der Lufthansa auf raucherfreie Flugzeuge noch abgelehnt, obwohl § 618 Abs. 1 BGB den Arbeitgeber zur gefährdungsfreien Ausgestaltung des Arbeitsplatzes verpflichtet. Diese Entscheidung ist durch das BNichtSchG (s.o. 11.1.) überholt, da das Rauchen in Flugzeugen hierdurch nunmehr untersagt ist.

Auch für Nichtraucher ist § 5 ArbStättV Anspruchsgrundlage bzw. Schutznorm. Die Vorschrift fordert auch ohne Initiative der Nichtraucher deren Schutz durch den Arbeitgeber, notfalls mit Verboten, ein. Daher kann die Vorschrift auch Nichtrauchern gegenüber Arbeitgebern bei Beschwerden über Raucher dienen. Scheiden andere Schutzmöglichkeiten, etwa durch o.g. Alternativmaßnahmen aus, verbleibt zum effektiven, gesetzlich gewünschten und hiernach vorrangigen Nichtraucherschutz nur das Totalverbot, das ein Arbeitnehmer auch klagweise einfordern kann. Möglich ist auch die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts an der eigenen Arbeitskraft, sofern eine Gefährdung nach § 618 Abs. 1 BGB zu befürchten ist. Diese ist bei Kontakt mit Tabakrauch stets gegeben, da es sich hierbei um ein hoch toxisches Gemisch handelt. Auf eine statistisch gesehen erst eintretende Langzeitwirkung kommt es nicht an. Spätestens seit der Neufassung von § 5 ArbStättV ist klargestellt, dass der Nichtraucherschutz sofort greifen soll. Diskutabel ist allenfalls, ob vor Ausübung des Zurückbehaltungsrechts eine Abmahnung durch den Arbeitnehmer unter Einforderung von Abhilfe mit Fristsetzung erfolgen muss. Da hierfür aber wenn nur kurze Fristen angemessen erscheinen, sollten Arbeitgeber das berechtigte Fernbleiben von Arbeitnehmer nicht riskieren und Abhilfe zumindest nach o.g. Teilverboten mit Konsensmodellen schaffen.

## V. Rauchverbot und Mitbestimmung des Betriebsrats

In Betrieben mit Betriebsrat können Rauchverbote, auch teilweise, nicht ohne Zustimmung des Betriebsrats erfolgen. Es handelt sich um Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb (§ 87 Abs. 1 Ziff. 1 BetrVG), hierneben um Gesundheitsschutz (§ 87 Abs. 1 Ziff. 7 BetrVG i.V.m. § 5 ArbStättV). Auch hier wird also die Konsenssuche im Vordergrund stehen.

Kommt eine Einigung zwischen den Betriebspartnern nicht zustande, muss entweder auf die Maßnahme verzichtet werden, was unter Schutzgesichtspunkten problematisch erscheint, oder die Einigungsstelle angerufen werden. Dort wird sich die Ermessenausübung allerdings wiederum an § 5 ArbStättV orientieren, also im Zweifel den Nichtraucherschutz betonen.

Die Anfechtung von Sprüchen der Einigungsstelle betreffend - teilweise - Rauchverbote beschäftigen die Arbeitsgerichte verhältnismäßig stark. Häufig liegen Ermessensüberschreitungen dann nicht im Bereich der ausgesprochenen Verbote an sich, sondern im Bereich der Nebenregelungen (z.B. Ein

räumung von zwei bezahlten Raucherpausen -3 ermessensfehlerhaft, LAG Schleswig-Holstein, Reschl. v. 21.06.2007 -4 TaBV 12/07).

## VI. Durchsetzung des Rauchverbots

---

Die Durchsetzung von Rauchverboten kann aus zwei Richtungen erfolgen: Auf Initiative der Nichtraucher und auf Veranlassung des Arbeitgebers.

### *1. Initiative der Nichtraucher*

Nicht rauchenden Arbeitnehmern steht bei Beeinträchtigung durch Passivrauchen ein Zurückbehaltungsrecht zu (s.o. IV.2.). Da der Arbeitgeber in diesem Fall Entgelt ohne Arbeitsleistung schuldet, wird faktischer Druck zum Abstellen der Zustände erzeugt.

### *2. Initiative des Arbeitgebers*

Verstößt ein Arbeitnehmer gegen ein - teilweises - Rauchverbot, begeht er eine Vertragspflichtverletzung, die nach Abmahnung(en) zum Ausspruch einer - ordentlichen oder fristlosen - Kündigung führen kann. Im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung von Abmahnungen und Kündigungen im Anfechtungsfall ist vom Gericht auch zu überprüfen, ob dem Verbot eine korrekte Ermessensausübung zugrunde gelegen hat.

Hierneben veranlassen Bußgeldvorschriften im BNichtrSchG und in den entsprechenden Landesgesetzen den Arbeitgeber, der mit seinem Betrieb bereits diesen gesetzlichen Rauchverboten unterfällt, zur Durchsetzung der Verbote gegenüber eigenen Arbeitnehmern und Publikumsverkehr.

## VII. Praxishinweise

---

### *1. Vereinbarungen in Arbeitsverträgen, AGG*

Arbeitsvertraglich vereinbarte Rauchverbote sind grundsätzlich zulässig. Wird auf diese Weise individuell einem Arbeitnehmer untersagt, im Betrieb zu rauchen, bedarf es weiterer, genereller Rauchverbote in Bezug auf diesen Arbeitnehmer nicht.

Arbeitsverträge werden allerdings seit dem 01.01.2002 nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (jetzt §§ 305 ff. BGB) überprüft. Die Bereichsausnahme für Arbeitsverträge ist mit der Überführung des AGBG ins BGB entfallen. Die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten sollen nach § 310 Abs. 4 S. 2 BGB zwar angemessen berücksichtigt werden. In der Praxis macht das Bundesarbeitsgericht hiervon jedoch kaum Gebrauch. Dies bedeutet, dass sich arbeitsvertragliche Klauseln, die ein Rauchverbot enthalten, insbesondere an § 307 BGB messen lassen müssen. Hierbei kommt es

u.a. auch auf eine Verhältnismäßigkeitskontrolle an. Rauchverbote für einzelne Arbeitnehmer wären hiernach etwa bedenklich, wenn für andere Arbeitnehmer weiterhin die Möglichkeit zum Rauchen bestünde („Zwei-Klassen-Gesellschaft“). Zwar ergibt bereits der Umsatz, dass ein Altbestand an kein Rauchverbot enthaltenen Arbeitsverträgen im Betrieb vorhanden sein wird, eine Ungleichbehandlung. In Bezug auf die Altverträge ist jedoch wiederum an generelle Regelungen auf Grundlage von § 5 ArbStättV zu denken, um insgesamt eine Gleichbehandlung zu erreichen.

## *2. Frage nach der Rauchereigenschaft im Vorstellungsgespräch (AGG)*

Die Frage nach der Rauchereigenschaft im Vorstellungsgespräch und eine daran anknüpfende Absage sind nach ganz überwiegender Auffassung nicht diskriminierend nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz. Zwar darf anknüpfend am Merkmal „Behinderung“ keine Benachteiligung erfolgen. Nach überwiegender *Auffassung* ist die Rauchereigenschaft jedoch keine Behinderung. Aus der Suchtperspektive erscheint dies zumindest fraglich. Als behindert gelten nach Willen des europäischen Gesetzgebers Menschen, wenn ihre körperlichen Funktionen, geistigen Fähigkeiten oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als 6 Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher die Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt. Da Rauchen jedoch aufgrund der Häufigkeit des Vorkommens keinen für das Lebensalter untypischen Zustand darstellt, ist Rauchen nach o.g. Definition keine Behinderung.

## *3. Anspruch auf Raucherräume*

In der Diskussion steht öfter die Frage, ob Raucher, denen das Rauchen im Betrieb untersagt wird, Anspruch auf die Einrichtung von Raucherräumen haben. In jedem Fall wird dieses Entgegenkommen des Arbeitgebers die negativen Folgen von Rauchverböten (s.o. 111.3.) vermeiden helfen. Die Einrichtung wäre damit zumindest taktisch klug.

Ein etwaiger Anspruch benötigt eine Anspruchsgrundlage. Diese ist derzeit nicht erkennbar, zumindest nicht in der Weise, dass aktiv die Einrichtung von Raucherräumen verlangt werden kann. Die Einrichtung könnte Folge der Tätigkeit einer Einigungsstelle, sei es im Einigungswege, sei es durch Spruch, sein. Auch könnte die Nichteinrichtung Folgen für die Beurteilung der Wirksamkeit von bereits ausgesprochenen Rauchverböten haben (kein Raum trotz zu Verfügung stehenden, geeigneten Räumlichkeiten geschaffen 3 kein erforderliches Rauchverbot). Steht bereits kein geeigneter Raum, etwa aus Raumknappheit, zur Verfügung und sind auch andere Alternativen nicht denkbar, bleibt dem Arbeitgeber zur Erfüllung der Verpflichtung aus § 5 ArbStättV keine andere Maßnahme als die Verhängung eines - teilweisen - Rauchverböts. In diesem Fall ist weder ei, Anspruch auf Einrichtung von Raucherräumen denkbar noch sind Zweifel am verhängten Rauchverbot angebracht. Eine Verpflichtung zum Anmieten oder Neubau von Räumen trifft den Arbeitgeber regelmäßig nicht.

## *4. Haftung des Arbeitgebers bei Schäden durch Rauchen*

Die Nichtbeachtung von § 5 ArbStättV mit der dort verankerten Verpflichtung zum Nichtraucher-schutz kann einen Pflichtenverstoß nach § 280 Abs. 1 BGB darstellen. Dies gilt umso mehr, als dass

nach der Änderung der ArbStättV der Ausspruch eines-teilweisen- Rauchverbots zum einen gesetzlich erleichter und zum anderen ausdrücklich als Handlungspflicht angeordnet worden ist. Folge wäre eine Schadensersatzpflicht des Arbeitgebers. Ihn trifft sowohl aus der ArbStättV als auch aus § 618 Abs. 1 BGB die Verpflichtung zum Nichtraucherschutz. Allerdings kann Schadensersatz teilweise oder auch vollständig ausgeschlossen sein, wenn den Arbeitnehmer ein Mitverschulden an *der* Schadenentstehung trifft (§ 254 BGB). Diese Situation kann etwa gegeben sein, wenn ein Arbeitnehmer trotz bestehender Verpflichtung des Arbeitgebers Schutz nie aktiv eingefordert hat, etwa weil er auf die Zusammenarbeit mit seinem Büronachbarn nicht verzichten wollte (§ 254 Abs. 2 BGB). Diese Problematik wird allerdings zu verfolgen sein und birgt ein erhebliches Haftungspotenzial.

#### *5. Rauchen in der arbeitsgerichtlichen Praxis*

In der arbeitsgerichtlichen Praxis spielt das Thema Rauchen bzw. Nichtraucherschutz keine bedeutende Rolle. Wenn dieser Themenbereich betroffen ist, streiten meist Arbeitgeber und Betriebsrat über Mitbestimmungsfragen zum Thema Rauchen (§ 87 Abs. 1 Ziff. 1 und 7 BetrVG), also über die Ausgestaltung von Rauchverboten bzw. Ausnahmeregelungen.

Vereinzelte versuchen Arbeitnehmer auf Grundlage von § 618 Abs. 1 BGB und § 5 ArbStättV Schutzmaßnahmen gegen den Arbeitgeber durchzusetzen. Die bekannten Fälle spielen fast ausschließlich in Bereichen mit Publikumsverkehr (s.o. Verkehrsflugzeug; Spielbank, vgl. ArbG Berlin Urt. v. 20.09.2006 - 29 Ca 7261/06). Diese Bereiche sind bereits durch das BNichtrSchG entschärft, da in diesen Bereichen jetzt gesetzlich geregelte Verbote bestehen. Die Verfahrenslage an Klagen aus dem Bereich privater Arbeitgeber ohne Publikumsverkehr lässt vermuten, dass innerbetrieblich praktikable Lösungen zum Ausgleich der Interessen von Rauchern und Nichtrauchern getroffen werden.

In verschiedenen Verfahren betreffend verhaltensbedingte Kündigungen stellt der - wiederholte - Verstoß gegen ein betriebliches Rauchverbot den Kündigungsgrund dar. Diese Verfahren bieten keine wesentlichen Besonderheiten (s.o. V1.2.). Häufig ist hier lediglich die Frage der Konkretheit des Verbots und die Abmahnungshäufigkeit streitig. Dieser Verfahren werden i.d.R. verglichen.

## VIII. Exkurs: Raucherpausen

---

Die Einräumung von Pausenzeiten wird durch das Arbeitszeitgesetz geregelt (§ 4). Rauchen Arbeitnehmer in diesen Pausen ohne Verstoß gegen ein etwaiges Rauchverbot, ist dies nicht zu beanstanden.

Hierneben sieht das Gesetz keine gesonderten Raucherpausen vor. Unterbricht der Arbeitnehmer seine Arbeit, etwa im Rahmen einer flexiblen Arbeitszeitregelung, ist er verpflichtet, sich hierfür auszutempeln. Unterlässt er dies, kann ein Arbeitszeitbetrug vorliegen, der den Arbeitgeber zum Ausspruch einer fristlosen Kündigung berechtigt. Häufig gehen Arbeitnehmer rechtsirrig von „freien“ Raucherpausen als Kompensation der Folgen von Rauchverboten am Arbeitsplatz aus. Nach erfolgter Abmahnung würde auch die Wiederholung eines solchen Verhaltens zur Kündigung führen können. Der Nachweis einer entsprechenden betrieblichen Übung dürfte bei Bestreiten der Kenntnis der Handhabung durch den Arbeitgeber für Arbeitnehmer regelmäßig schwer nachzuweisen sein.

## IX. Literatur

---

- Bergwitz, Das betriebliche Rauchverbot, NZA-RR 2004 5. 169-181
- Schillo/Behling, Rauchen am Arbeitsplatz, Der Betrieb 1997 S. 2022 - 2025
- [www.nichtrauchen.schleswig-holstein.de](http://www.nichtrauchen.schleswig-holstein.de)
- [www.moellenkamp.com/arbeitsrecht](http://www.moellenkamp.com/arbeitsrecht)