

### Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz

Autor: Dr. Reinhard Künzl, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht München

Der Tabakkonsum hat seine über lange Zeit unangefochtene Stellung als sozialadäquates Verhalten<sup>1</sup> zunehmend eingebüßt. So wurden früher überwiegend nur Einschränkungen aus hygienischen oder feuerpolizeilichen Gründen vorgenommen. Auch wenn diese Aspekte immer noch ihre Bedeutung besitzen (vgl. § 10 ArbSchG; § 8 DGUV 36), gelangt nunmehr zunehmend die Gesundheitsgefahr durch Rauchen und der Gesundheitsschutz der Nichtraucherenden<sup>2</sup> in den Focus<sup>3</sup>. Dabei war zunächst die Frage der gesundheitlichen Gefährlichkeit des Passivrauchens noch umstritten<sup>4</sup>. Mit Wirkung vom 1. Sept. 2007 ist das „Gesetz zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens“ in Kraft getreten; § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbStättV ermächtigt Arbeitgebende im Rahmen des Erforderlichen allgemeine oder auf einzelne Bereiche des Betriebes (der Arbeitsstätte) beschränktes Rauchverbot zu erlassen. Der arbeitsmedizinische Streit der Gefährlichkeit des Passivrauchens ist damit zugunsten einer „per se-Gefährdung“ der nicht rauchenden Arbeitnehmenden entschieden, ohne dass es des Nachweises einer Gefährdung im Einzelfall bedürfte<sup>5</sup>. Über die Frage der Erforderlichkeit verbleibt dem Betrieb auch weiterhin ein „Auswahlermessens“, ob und in welcher Weise er den erforderlichen Angestelltenschutz sicherstellen will<sup>6</sup>.

#### 1. Gesetzliche Rauchverbote in Betrieben

Gesetzliche Rauchverbote bestehen auf Grund der seit 2007 geschaffenen Nichtraucherschutzgesetze des Bundes bzw. der Länder für öffentlichen Einrichtungen, also Anstalten, Behörden, Dienststellen, Körperschaften, Gerichte etc. Die Rauchverbote in den Schankräumen der Gaststätten sind landesrechtlich unterschiedlich ausgestaltet. Im Wesentlichen lassen sich hier zwei Regelungsalternativen unterscheiden: a) die in einzelnen Bundesländern erfolgte ausnahmslose Untersagung des Tabakgenusses in geschlossenen (Schank-)Räumen und b) – in anderen Bundesländern – die weiterhin bestehende Gestattung des Tabakgenusses in Gaststätten, soweit diese über einen Nebenraum verfügen, in dem geraucht werden kann oder soweit es sich um eine kleine getränkegeprägte (Einraum-)Gaststätte handelt mit bis zu 75 qm Grundfläche, in der keine oder nur kalte bzw. einfach zubereitete (§ 7

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu VG Freiburg v. 18.5.1978, NJW 1978, 2352; Heilmann, Rauchen am Arbeitsplatz, 1995, S. 18 ff.; Zapka, BB 1992, 1847, 1848; ders., AuA 1994, 147.

<sup>2</sup> Frauen und Männer sollen sich in diesem Text gleichermaßen angesprochen fühlen. Grundsätzlich werden die weibliche und männliche Sprachform - entweder durch Verwendung der Doppelform oder Schrägstrich – oder eine neutrale Sprachform verwendet. Zu Abweichungen kommt es lediglich, wenn Textabschnitte aus Gerichtsurteilen wörtlich zitiert werden. In diesem Fall wird die Sprachform des Originaltextes beibehalten.

<sup>3</sup> Leßmann, Rauchverbote am Arbeitsplatz, S. 97; Thelen, Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz, S. 29 ff.

<sup>4</sup> Dazu Kohte/Faber/Feldhoff/Feldhoff, Gesamtes Arbeitsschutzrecht, 2. Aufl., ArbStättV Rz. 102 ff.; Börgmann, RdA 1993, 275, 279; Cosak, DB 1999, 1450; Künzl, BB 1999, 2187; Löwisch, DB 1979, Beil. 1, S. 5; Wellenhofer-Klein, RdA 2003, 155; vgl. auch Uhl/Polloczek, BB 2008, 1114.

<sup>5</sup> So auch BVerfG 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08, NJW 2008, 2409.

<sup>6</sup> MünchArbR/Reichold, 4. Aufl., § 55 Rz. 23.

Abs. 2 N RauchSchG RP) Speisen verabreicht werden<sup>7</sup>. Die allgemeinen Rauchverbote in Gaststätten sind verfassungsrechtlich unbedenklich<sup>8</sup>.

## 2. Betriebliche Rauchverbote

In privatwirtschaftlichen Betrieben existiert jedoch kein allgemeines gesetzliches Rauchverbot. Allerdings eröffnet § 5 Abs. 1 ArbStättV (früher § 3a ArbStättV) die Möglichkeit, über § 618 BGB aber auch die arbeitsrechtliche Pflicht der Betriebsführung zur Schaffung betrieblicher Rauchverbote zum Schutz nicht rauchender Beschäftigter vor den Gefahren des Tabakkonsums und des Passivrauchens. Damit ist eine deutliche Erweiterung gegenüber der vorherigen Regelung in § 32 ArbStättV a.F., der zufolge nur die Pausen-, Aufenthalts- und Bereitschaftsräume rauchfrei gehalten werden mussten, geschaffen. Diese Regelung findet aber in § 5 Abs. 2 ArbStättV eine Einschränkung bei Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr. § 5 ArbStättV lautet:

### „§ 5 Nichtraucherchutz

(1) <sup>1</sup>Der Arbeitgeber hat die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, damit die nicht rauchenden Beschäftigten in Arbeitsstätten wirksam vor den Gesundheitsgefahren durch Tabakrauch geschützt sind. <sup>2</sup>Soweit erforderlich, hat der Arbeitgeber ein allgemeines oder auf einzelne Bereiche der Arbeitsstätte beschränktes Rauchverbot zu erlassen.

(2) In Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr hat der Arbeitgeber beim Einrichten und Betreiben von Arbeitsräumen der Natur des Betriebes entsprechende und der Art der Beschäftigung angepasste technische oder organisatorische Maßnahmen nach Absatz 1 zum Schutz der nicht rauchenden Beschäftigten zu treffen.“

§ 618 Abs. 1 BGB, § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbStättV verpflichten Arbeitgebende, die erforderlichen Maßnahmen zum wirksamen Schutz der nicht rauchenden Arbeitnehmenden, einschließlich der leitenden Angestellten, der Nichtraucher und der am Arbeitsplatz nicht rauchenden Raucherinnen und Raucher<sup>9</sup>, zu treffen<sup>10</sup>. Jedoch sind die Belange (Persönlichkeitsrechte) der Raucherinnen und Raucher angemessen zu berücksichtigen. Primär ist damit der umfassende Schutz von Leben und Gesundheit nicht rauchender Beschäftigter an deren Arbeitsplatz im Betrieb erstrebt<sup>11</sup>; der Betriebsbegriff deckt sich mit dem des Arbeitsplatzes nach § 2 Abs. 2 ArbStättV<sup>12</sup> und umfasst alle diejenigen Bereiche, an denen sich eine angestellte Person zur Erfüllung ihrer Arbeitspflicht regelmäßig über einen längeren Zeitraum aufzuhalten hat<sup>13</sup>. Eingeschlossen sind alle Arbeitsstätten, auch der Flure, Treppenhäuser, Sozialräume etc.<sup>14</sup>. Diese weit gefasst Vorschrift<sup>15</sup> findet auch in Arbeitsstätten Anwendung, die an sich nicht

<sup>7</sup> Im Einzelnen Künzl/Oberlander, Sucht und Burnout im Betrieb, 2013, S. 46 ff.

<sup>8</sup> BVerfG v. 30.7.08 – 1 BvR 3262/07, NJW 2008, 2409; BVerfG v. 10.9.09 – 1 BvR 2054/09, DÖV 2009, 1006.

<sup>9</sup> BAG v. BAG v. 19.5.2009 – 9 AZR 241/08, NZA 2009, 775, Rz. 26.10.5.16 – 9 AZR 347/15, NZA 2016, 1134.

<sup>10</sup>

<sup>11</sup> Zutr. Buchner, BB 2002, 2382, 2383 zur Vorgängerregelung des § 3a ArbStättV. Ebenso BAG v. 19.1.1999 – 1 AZR 499/98, NZA 1999, 546.

<sup>12</sup> BAG v. 19.5.2009 – 9 AZR 241/08, NZA 2009, 775, Rz. 19.

<sup>13</sup> Kollmer, ArbStättV § 2 Rz. 17 (mindestens 2 Stunden täglich oder mindestens 30 Tagen im Jahr).

<sup>14</sup> Kock, NJW 2017, 198.

<sup>15</sup> Kollmer, ArbStättV § 5 Rz. 14 ff.; Kohte/Faber/Feldhoff/Feldhoff, Gesamtes Arbeitsschutzrecht, 2. Aufl., ArbStättV Rz. 102.

unter ihren Geltungsbereich nach § 1 Abs. 2 ArbStättV fielen, wie etwa im Reisege-  
werbe, in öffentlichen Transportmitteln und in außerhalb bebauter Flächen liegenden  
Arbeitsstätten in Betrieben der Land- und Forstwirtschaft. Für Arbeitsstätten des Berg-  
rechts gilt § 5 ArbStättV jedoch nicht (§ 1 Abs. 5 ArbStättV); für diese gelten die im Kern  
gleichen Regelungen des Bergrechts<sup>16</sup>.

Im Rahmen des § 5 ArbStättV ist zwischen dem Schutzzweck der Norm, dem Schutz  
der Nichtraucher vor den Gefahren des Passivrauchens, und den dafür erforderli-  
chen Mittel zu unterscheiden. Denn die Norm will nicht eine Umerziehung der Rau-  
chenden zu einer gesunden Lebensweise als Nichtraucher bewirken, sondern allein  
den Gesundheitsschutz der Nichtraucher erreichen<sup>17</sup>. Nicht geregelt ist auch die  
tatsächliche Umsetzung des Nicht-raucherinnen- und Nichtraucherschutzes. Insoweit  
herrscht – wie nachfolgend darzustellen – noch Streit,

- inwieweit Gesundheitsgefahren des Passivrauchens als gegeben unterstellt werden  
können oder im Einzelfall geprüft werden müssen,
- welche Maßnahmen der Betriebsführung auch unter Berücksichtigung der Grund-  
rechtes auf Tabakgenuss der Rauchenden (Art. 2 Abs. 1 GG), „erforderlich“ sind, den  
Schutz der Nichtraucher zu sichern und
- inwieweit die „Natur des Betriebes“ eine Einschränkung zulässt oder gar erfordert.

Daneben stellt sich die weiter darzustellende Frage, wie die Umsetzung der Maßnahmen  
durch den Betrieb zu erfolgen hat, insbesondere, ob ein etwa bestehender Betriebs- oder  
Personalrat zu beteiligen ist (§ 87 Abs. 1 Nr. 1, 7 BetrVG; § 75 Abs. 3 Nr. 11, 15 BPersVG  
sowie der entsprechenden Regelungen in den Länder-PersVG'en) oder die jeweilige Maß-  
nahme per Direktionsrecht durchgesetzt werden kann.

#### **a. Unterscheidung zwischen Belästigung und Gesundheitsgefährdung durch Passiv- rauchen?**

Die Regelung in § 5 Abs. 1 ArbStättV verlangt nicht, dass im Einzelfall zu untersuchen wäre,  
ob eine bloße hinzunehmende Belästigung durch den Tabakrauch hervorgerufen wird oder  
die Grenze zur Gesundheitsgefährdung schon überschritten ist<sup>18</sup>. Vielmehr steht die Gesund-  
heitsgefährlichkeit des Passivrauchens nicht in Frage<sup>19</sup>. So ließ auch das Bundesarbeitsge-  
richt bereits in seiner Entscheidung vom 17.2.1998<sup>20</sup> eine bloße „Rauchbelastung am Ar-  
beitsplatz“ für den Anspruch auf einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz ausreichen, ohne die  
Tabakrauch-konzentration weiter zu hinterfragen. In seiner nachfolgenden Entscheidung  
vom 19.1.1999<sup>21</sup> führt das Bundesarbeitsgericht dann weitergehend aus, „die Erforderlich-  
keit“ lasse „sich, ..., zumindest in geschlossenen Räumen nicht bestreiten. Das Ziel der  
Maßnahme“ bestehe „darin, Nichtraucher auf dem gesamten Betriebsgelände zu schützen.“

---

<sup>16</sup> Kohte/Faber/Feldhoff/Feldhoff, Gesamtes Arbeitsschutzrecht, 2. Aufl., ArbStättV Rz. 102.

<sup>17</sup> MünchArbR/Kohte, 3. Aufl., § 293, 21; Kohte/Faber/Feldhoff/Feldhoff, Gesamtes Arbeitsschutzrecht, 2. Aufl.,  
ArbStättV Rz. 103.

<sup>18</sup> So etwa noch BAG v. 17.1.1998 – 9 AZR 84/97, NZA 1998, 1231, wenn dort der Anspruch eines nicht rauchen-  
den Arbeitnehmers auf einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz von einer entsprechenden Vorerkrankung (chro-  
nische Atemwegserkrankung) abhängig gemacht worden war.

<sup>19</sup> Vgl. auch die Begründungserwägungen zur Schaffung von § 3a ArbStättV a.F., BT-Drucks. 14/3231, S. 4.

<sup>20</sup> - 9 AZR 84/97, NZA 1998, 1231.

<sup>21</sup> - 1 AZR 499/98, NZA 1999, 546.

Damit war jeder Nichtraucherin und jedem Nichtraucher ein Anspruch auf einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz zuerkannt worden. Die Einschränkung auf Personen mit einer entsprechenden Vorerkrankung war damit nicht mehr gefordert.

## **b. Mögliche Maßnahmen des Arbeitgebers zur Sicherstellung des Nichtraucherschutzes im Betrieb**

Die praktische Umsetzung des Nichtraucherinnen und Nichtraucherschutzes ist nicht von einer Anspruchserhebung durch eine nicht rauchende angestellte Person abhängig. Vielmehr verpflichtet § 5 Abs. 1 ArbStättV den Betrieb auch ohne eine solche, den Schutz nicht rauchender Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vor den Gefahren des Tabakrauches sicherzustellen. Die Umsetzung des Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutzes kann in unterschiedlicher Weise erfolgen. So ist es möglich,

- durch Lüftungsmaßnahmen (Öffnen der Fenster) bzw. Abluftanlagen die Tabakrauchkonzentration zu verringern,
- durch organisatorische Maßnahmen Rauchende und Nichtraucher zu trennen oder
- ein allgemeines Rauchverbot am Arbeitsplatz zu erlassen, mit der Folge, dass Rauchende nur
  - in ausgewiesenen Räumen oder Zonen,
  - nur im Freien oder
  - nur außerhalb des Betriebsgeländes dem Tabakkonsum nachgehen können.

Die Betriebsführung hat ggf. ein allgemeines oder auf bestimmte Bereiche beschränktes Rauchverbot zu erlassen (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbStättV; zu Einschränkungen bei Publikumsverkehr, nachfolgend c.). Denn im Zweifel haben die gesundheitlichen Interessen der Nichtraucher den Vorrang<sup>22</sup>. Bei der Wahl der konkreten Schutzmaßnahme hat die Betriebsführung ein Auswahlermessen<sup>23</sup>. In Betracht kommen:

### **(1) Lüftungsmaßnahmen**

Lüftungsmaßnahmen stellen, jedenfalls bei isolierter Durchführung, einen unzureichenden Schutz der nicht rauchenden Belegschaft dar. Insbesondere hängt dies auch von der Größe des Raumes, der Zahl der dort befindlichen Raucherinnen und Raucher sowie der Effektivität der Entlüftungsanlage (Fenster, Abluftanlage) ab<sup>24</sup>.

### **(2) Organisatorische Maßnahmen**

Eine Trennung von Rauchenden und Nichtrauchenden in jeweils eigenen Räumen sichert den Nichtrauchenden einen – jedenfalls unmittelbaren – tabakrauchfreien Arbeitsplatz. Es muss sich dabei aber um jeweils selbstständige und abgeschlossene Räume handeln, in denen die beiden Gruppen untergebracht sind. Bloße Trennwände in ein und demselben Raum sichern keine Reinhaltung der Atemluft in der gesamten Räumlichkeit<sup>25</sup>.

Problematisch ist auch hier, dass die Tabakluft beim Öffnen der Türen nicht im Raum der Rauchenden verbleibt. Es dürfte sich vor diesen Zimmern eine mehr oder weniger spürbare Tabakkonzentration in der Atemluft feststellen lassen, was zumindest dann problematisch ist, wenn das Büro eines Nichtrauchenden sich gegenüber dem Arbeitsplatz eines Rauchenden befindet. Auch muss das Rauch- oder Nichtraucherverhalten kein dauerhaftes sein. So können Nichtraucher zu Rauchenden werden und umgekehrt. Dies erfordert, je nachdem, eine mehr oder weniger häufige Umbesetzung der Räume/Büros. Eine Trennung von

<sup>22</sup> Vgl. BAG v. 19.1.1999 – 1 AZR 499/98, NZA 1999, 546; MünchArbR/Kohte, 3. Aufl., § 293 Rz. 21; Buchner, BB 2002, 2382, 2384..

<sup>23</sup> BAG v. 19.5.2009 – 9 AZR 241/08, NZA 2009, 775, Rz. 26.

<sup>24</sup> Vgl. dazu auch Buchner, BB 2002, 2382, 2384, der in Fn 29 auf eine Untersuchung verweist, dass es pro gerauchter Zigarette 3.000 Kubikmeter Frischluft bedürfe, um unter der Reizschwelle für die Schleimhäute (Augen, Nase und Hals) zu bleiben.

<sup>25</sup> So auch Buchner, BB 2002, 2382, 2384; Cosak; DB 1999, 1450.

Rauchenden und Nichtrauchenden lässt sich ferner nur in Dienstleistungsbetrieben bzw. in Büros vornehmen. Bei Produktionsbetrieben ist dies in der Produktion jedenfalls nicht ohne weiteres möglich. Wenngleich Produktionshallen zwar auch von ihrer Höhe das Problem des Tabakrauches entschärfen, ist aber das Augenmerk auch auf kleinere Betriebe mit kleineren Werk- oder Produktionsstätten zu richten, da die Problematik fortbesteht.

### **(3) Beschränkte oder allgemeine Rauchverbote**

Scheiden die vorgenannten Maßnahmen als sinnvolle Alternativen aus, so bleiben nur auf bestimmte betriebliche Bereiche beschränkte (§ 5 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. ArbStättV) oder allgemeine Rauchverbote (§ 5 Abs. 1 Satz 2 1. Alt. ArbStättV) für alle Beschäftigten. Dies bedeutet für die rauchenden Angestellten die stärkste Beschränkung ihres Rechts auf Tabakkonsum, die aber ergriffen werden kann, wenn keine wirksamen mildernden Maßnahmen zur Sicherstellung des Gesundheitsschutzes der Nichtrauchenden in Betracht kommen. Dies stellt aber auch die effektivste und wirksamste Methode des Schutzes für Nichtrauchende dar. Ein verhängtes Rauchverbot darf das Übermaßverbot nicht verletzen. Betriebsführung und Betriebsrat dürfen die Rauchenden nicht zu Nichtrauchenden umerziehen oder deren Recht auf Tabakkonsum, (Art. 2 Abs. 1 GG) auch während der Arbeitszeit, vollständig ausschließen. Den Rauchenden muss die Möglichkeit eingeräumt bleiben, die Arbeit in angemessenen Abständen zu unterbrechen, um zu rauchen<sup>26</sup>.

Der Tabakkonsum kann dabei in gesondert ausgewiesenen Räumen oder Zonen gestattet werden. Der Nachteil einer derartigen Lösung liegt in der kaum möglichen Beschränkung des Tabakrauches auf die betreffenden Räume. Bei jedem Öffnen der Tür des Raucherraumes wird immer auch Tabakluft in den Flur dringen. Weitgehende Abhilfe könnte durch Einbau einer wirksamen Abluftanlage im Raucherraum geschaffen werden.

Jedenfalls aber muss der Tabakgenuss im Freien ermöglicht werden, wobei das Rauchen im Rahmen des betrieblich Möglichen ohne weitere Gefahren für Leib, Leben und Gesundheit der Rauchenden erfolgen können muss<sup>27</sup>. Die Rauchenden dürfen im Freien nicht „Wind und Wetter“ ausgesetzt sein, sondern es ist ihnen eine Unterstand zum Rauchen zur Verfügung zu stellen<sup>28</sup>.

Mit dem betrieblichen Rauchverbot ist jeweils die Frage der Bewertung der Arbeitsunterbrechungen verbunden. Diese, wie auch die Wege zur Rauchmöglichkeit und zurück, stellen keine Arbeitszeit dar. Es ist daher möglich, die Rauchenden vor den Rauchpausen ausstempeln und danach wieder einstempeln zu lassen; dazu bedarf es allerdings einer vom Betriebs- oder Personalrat mitbestimmten Regelung (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG, § 75 Abs. 3 Nr. 1 BPersVG bzw. die entsprechenden Vorschriften der Länder-PersVG'e)

### **c. Einschränkungen nach § 5 Abs. 2 ArbStättV**

In Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr ist der Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutz allerdings eingeschränkt. Dies betrifft etwa (öffentliche) Verkehrsmittel, Räumlichkeiten der öffentlichen Hand, Bildungseinrichtungen und Krankenhäuser. Allerdings besteht auch hier für Schwangere und Jugendliche absoluter Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutz (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 3 MuSchArbV; § 22 Abs. 1 Nr. 6 JArbSchG)<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Vgl. BAG v. 19.1.1999 – 1 AZR 499/98, NZA 1999, 546; MünchArbR/Reichold, 4. Aufl., § 55 Rz. 26.

<sup>27</sup> BAG v. 19.1.1999 – 1 AZR 499/98, NZA 1999, 546.

<sup>28</sup> Ginal/Pinetzki, ArbR 2012, 369; Künzl/Oberlander, Sucht und Burnout im Betrieb, 2013, S. 50.

<sup>29</sup> Dazu Kock, NJW 2017, 198, 199.

In Übrigen sind nach § 5 Abs. 2 ArbStättV Schutzmaßnahmen in diesem Bereich nur insoweit zu treffen, als „die Natur des Betriebs und die Art der Beschäftigung“ es zulassen<sup>30</sup>. Allerdings hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, der Betrieb sei auch hier zu Schutzmaßnahmen technischer oder organisatorischer Natur verpflichtet, um die Belastungen durch Passivrauchen jedenfalls zu minimieren. Voraussetzung ist jeweils eine rechtmäßige Betätigung des Betriebes<sup>31</sup>, also das Fehlen eines bestehenden gesetzlichen Rauchverbots für die betreffende Arbeitsstätte.

Auf Grund solcher Einschränkungen kann etwa eine Flugbegleitung keinen Anspruch auf rauchfreie Beschäftigung haben, solange die Fluglinie den Passagieren das Rauchen nicht verbietet<sup>32</sup>. In gleicher Weise kann ein U-Bahn-Fahrer oder -Fahrerin keinen Schutz an dem – von rauchenden Kolleginnen und Kollegen auch mit benutzten – mobilen Arbeitsplatz verlangen<sup>33</sup>. Für Bedienstete in Gaststätten folgt aus den jeweiligen landesgesetzlichen Ausgestaltungen des Rauchverbots die Reichweite ihres Einsatzes ggf. auch in für Rauchende zugelassenen Schankräumen. Inhabende von gemischten Spielbank- und Gaststättenbetrieben verstoßen beispielsweise wegen fehlender räumlicher Trennung gegen das landesgesetzliche Rauchverbot (hier: § 2 Abs. 1 Nr. 8 N RauchSchG Berlin); danach kann der Tisch-Chef bzw. die Tisch-Chefin am Roulette-Tisch verlangen, an einem tabakfreien Arbeitsplatz beschäftigt zu werden<sup>34</sup>. Machen dagegen Inhabende von Spielbanken von einer Ausnahmeregelung (hier: § 2 Abs. 5 Nr. 5 N RauchSchG Hessen) Gebrauch, die das Rauchen in Spielbanken ermöglicht, haben die dort arbeitenden Beschäftigten zwangsläufig Kontakt zu rauchenden Gästen, mit der Folge, dass die Geschäftsleitung gehalten ist, an die besondere Situation angepasste und unter Umständen weniger aufwändige Schutzmaßnahmen zu ergreifen<sup>35</sup>. Ein Anspruch von nicht rauchenden Croupiers, die Spielbank zur rauchfreien Zone zu erklären, stellte einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Unternehmerfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) dar.

### **3. Umsetzung der Maßnahmen des Nichtrauchererschutzes**

Bei der Umsetzung des Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutzes hat, sofern keine gesetzliche Regelung besteht, der Betriebs- oder Personalrat mitzuwirken, es sei denn, die Tätigkeit also solche erfordert bereits, dass nicht geraucht wird. Dann kann die Umsetzung durch Weisung der Betriebsführung (§ 106 GewO) erfolgen.

#### **a. Weisungsrecht der Arbeitgebenden**

Das Rauchverbot können Arbeitgebende einseitig anweisen, wenn dieses schon kraft der zu verrichtenden Tätigkeit oder der Umstände, unter denen die Tätigkeit verrichtet werden muss, geboten ist. So ist die einseitige Anordnung möglich, bei Brand- und Explosionsgefahr, etwa bei einer Tankstelle, bei der Gefahr der Verunreinigung des Arbeitsprodukts, etwa bei der Lebensmittel- oder Chipherstellung, aber auch im medizinischen Bereich, da Gefahren für Patientinnen und Patienten heraufbeschworen werden könnten. In diesem Bereich wird auch anzusiedeln sein, wenn eine Führungskraft etwa in einem Ladengeschäft ein Rauchverbot erlässt, weil die Kundschaft erwartet, nicht in einem verrauchten Raum oder verraucherte Ware einkaufen zu müssen.

---

<sup>30</sup> BAG v. 10.5.16 – 9 AZR 347/15, NZA 2016, 1134.

<sup>31</sup> BAG v. 19.5.09 – 9 AZR 241/08, NZA 2009, 775; Raif/Böttcher, AuR 2009, 289.

<sup>32</sup> BAG v. 8.5.1996 – 5 AZR 971/94, NZA 1996, 927.

<sup>33</sup> LAG Berlin v. 18.3.2005 – 5 Sa 2585/04, BeckRS 2005, 41591.

<sup>34</sup> BAG v. 19.5.2009 – 9 AZR 241/08, NZA 2009, 775, Rz. 26, 55;; krit. zur Begründung Ritter, NJW 2009, 2702.

<sup>35</sup> BAG v. 10.5.2016 – 9 AZR 347/15, NZA 2016, 1134, Rz. 26.

Ein getakteter Arbeitsablauf, etwa bei einem vertakteten Band, stellt allein noch keinen Grund für ein einseitiges Rauchverbot dar<sup>36</sup>. Alles andere stellte das Recht der Rauchenden auf Tabakkonsum in Frage.

Doch rechtfertigen diese Weisungen nicht, den Arbeitnehmenden jeglichen Tabakkonsum während der Arbeitszeit zu verbieten. Bei der Frage, wo und in welchen zeitlichen Abständen die Arbeitnehmenden aber noch dem Tabakkonsum nachgehen dürfen, bleibt das Mitbestimmungsrecht allerdings zu beachten<sup>37</sup>.

#### **b. Mitbestimmung des Betriebs- oder Personalrats**

Einschränkung der Rauchmöglichkeit oder der Erlass eines beschränkten oder allgemeinen Rauchverbots unterliegen dem Mitbestimmungsrecht des Betriebs- oder Personalrats (§ 87 Abs. 1 Nr. 1, 7 BetrVG, § 75 Abs. 3 Nr. 11, 15 BPersVG bzw. nach den entsprechenden Länder-PersVG'en). Diese bestimmen u.a. mit, ob lediglich organisatorische Maßnahmen ergriffen oder Rauchverbote – Räume zum Rauchen oder nur Rauchen im Freien – erlassen werden sollen. Deren Beteiligung ist Wirksamkeitsvoraussetzung für ein Rauchverbot; eine nur einseitige Anordnung der Betriebsführung wäre für die Beschäftigten unverbindlich. Kommt es zu keiner Einigung zwischen Betriebsführung und Betriebs- oder Personalrat, so entscheidet die Einigungsstelle (§ 87 Abs. 2, § 76 BetrVG; § 71 BPersVG).

#### **4. Verstöße gegen ein Rauchverbot**

Soweit Angestellte gegen organisatorische Maßnahmen hinsichtlich des Rauchens im Betrieb oder ein wirksam verhängtes Rauchverbot verstoßen, können diese Verstöße, insbesondere bei beharrlicher Weigerung, dem Verbot Folge zu leisten, abgemahnt und die Angestellten im Wiederholungsfall (verhaltensbedingt) gekündigt werden<sup>38</sup>. Dies gilt auch bei einer krankhaften Nikotinabhängigkeit, jedenfalls soweit die Betriebsführung Rauchmöglichkeiten ausgewiesen und Pausen zum Rauchen in angemessenem Umfang gestattet hat; auch Abhängige können sich an die Vorgaben der Pausen und der Orte, da geraucht werden darf, halten. Ansonsten wäre an eine krankheitsbedingte Kündigung zu denken<sup>39</sup>.

Arbeitnehmende, denen beharrlich ein tabakrauchfreier Arbeitsplatz verwehrt wird, können ggf. außerordentlich kündigen, ohne dass sie wegen des wichtigen Grundes eine Sperrzeit nach § 144 Abs. 1 SGB III zu befürchten hätten<sup>40</sup>. Zudem kommen Schadenersatzansprüche der arbeitnehmenden Person gegen den Betrieb, der die außerordentliche Kündigung durch die Verweigerung des Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutzes veranlasst hatte, in Betracht (§ 628 Abs. 2 BGB).

#### **5. Prozessuale Fragen**

Im Fall der Weigerung des Betriebes kann eine nichtrauchende Person auf die Zur-Verfügung-Stellung eines tabakrauchfreien Arbeitsplatzes klagen. Ein dahingehender Antrag ist hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO)<sup>41</sup>. Allerdings kann die arbeitnehmende Per-

---

<sup>36</sup> A.M. MünchArbR/Reichold, 4. Aufl., § 55 Rz. 25.

<sup>37</sup> Dazu nachfolgend b.

<sup>38</sup> LAG Düsseldorf v. 17.6.1997 – 16 Sa 346/97, LAGE KSchG § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 58.

<sup>39</sup> MünchArbR/Reichold, 4. Aufl., § 55 Rz. 28; Bergwitz, NZA-RR 2004, 169 (180).

<sup>40</sup> HessLSG v. 11.10.2006 – L 6 AL 24/05, NJW 2007, 1837.

<sup>41</sup> BAG v. 10.5.16 – 9 AZR 347/15, NZA 2016, 1134 Rz. 11.

son wegen des Auswahlermessens der Betriebsführung keine bestimmte Handlung verlangen<sup>42</sup>. Die nichtrauchende arbeitnehmende Person muss lediglich darlegen, es werde am Arbeitsplatz geraucht. Des Nachweises eine Gesundheitsgefährdung bedarf es nicht<sup>43</sup>.

Veröffentlicht auf der Internetseite: [www.sucht-am-arbeitsplatz.de](http://www.sucht-am-arbeitsplatz.de), 11.11.2020

Neu veröffentlicht unter aktualisiertem Layout: 09.02.2022

Autor: Dr. Reinhard Künzl, Vorsitzender Richter am Landesarbeitsgericht München

Redaktion: Dr. Peter Raiser (DHS), Andrea Jakob-Pannier (BARMER)

---

<sup>42</sup> BAG v. 19.5.2009 – 9 AZR 241/08, NZA 2009, 775, Rz. 26

<sup>43</sup> BAG v. 10.5.16 – 9 AZR 347/15, NZA 2016, 1134 Rz. 15.