

KANZLEI FÜR ARBEITSRECHT
HELMUT P. KRAUSE
RECHTSANWALT UND FACHANWALT FÜR ARBEITSRECHT
TÄTIGKEITSSCHWERPUNKT: KÜNDIGUNGSSCHUTZRECHT

Rechtsanwalt Krause · Frühlingstrasse 29 · 82178 Puchheim

www.rakrause.de
82178 Puchheim
Frühlingstrasse 29
Tel. (089) 123 87 54
Telefax (089) 123 87 58
rakrause@entlassung.de
www.querdenkerforum.de/forum

Anlage 2

3. April 2008

Das Rauchverbot gemäß Art. 2 Nr. 8 Gesundheitsschutzgesetz gilt auch in "Raucherclubs"

Nach der angeblichen Gründung eines „Raucherclubs“ darf die Gaststätte nach einem Aushang am Eingang nur noch von Mitgliedern eines Vereins betreten werden. Die „Voll- oder Gastmitglieder“ sind entweder Raucher oder damit einverstanden, dass in der Gaststätte geraucht werden darf. Abgesehen von der Zugangsbeschränkung handelt es sich um eine gewerbsmäßige Gaststätte im üblichen Zuschnitt. Die Gäste kommen jederzeit und ohne vorherige Einladung.

Das Gesundheitsschutzgesetz –GSG - gilt für alle Gaststätten im Sinne des Gaststättengesetzes (GastG), sofern diese öffentlich zugänglich sind (Art. 2 Nr. 8 GSG).

Ein Gaststättengewerbe im Sinne des GastG betreibt, wer im stehenden Gewerbe

1. Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht (Schankwirtschaft) oder
2. zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht (Speisewirtschaft),

wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personenkreisen zugänglich ist.

Gaststätten, die nicht öffentlich zugänglich sind, erfüllen nicht den obigen Gaststättenbegriff. Mit „nicht öffentlich zugänglich“ im Sinne des GSG können daher keine Betriebe gemeint sein, die sich von anderen Gaststätten lediglich dadurch unterscheiden, dass der Zutritt nur einem bestimmten Personenkreis gewährt wird, der sich von der Allgemeinheit nur dadurch unterscheidet, dass er ein gemeinsames Merkmal, z.B. die Vereinsmitgliedschaft, aufweist.

Die Zugänglichkeit zu einer Gaststätte ist nach den Ausführungen bei Michel/Kienzle/ Pauly, Kommentar zum Gaststättengesetz, Rand Nr. 51 zu § 1 GastG dann gegeben, wenn grundsätzlich die Möglichkeit besteht, Zugang zum Ort des Ausschanks zu gelangen. Es spielt dabei keine Rolle, ob vorher die Zustimmung des Gastwirts eingeholt werden muss. Dies ist z.B. bei „Nobeldiskotheken“ mit Türsteher der Fall. Auch der Betreiber einer „Vereinsgaststätte“ behält sich lediglich vor, nur Mitglieder des Vereins einzulassen. Der Kreis von Vereinsmitgliedern oder Stammgästen ist grundsätzlich jederzeit erweiterbar und nicht „geschlossen“.

Nach der gefestigten Rechtsprechung zum Gaststättengesetz ist eine Gaststätte mangels öffentlichen Zutritts nur dann nicht erlaubnispflichtig, wenn lediglich eine „geschlossene Gesellschaft“ anwesend sein darf. Diese besteht aus genau bestimmbareren Einzelpersonen, die üblicherweise zu einem bestimmten Termin zu einem zeitlich begrenzten Ereignis eingeladen werden. Der Zugang ist auf die geladenen Personen beschränkt und kann nicht darüber hinaus erweitert werden.

Diese Feststellung wird von der nachstehenden Rechtsprechung gestützt:

Beschluss des OVG Rostock vom 06.03.2002, Aktenzeichen: 2 Ss (OWi) 162/01 I 39/02:

„Mit dem Begriff des "bestimmten Personenkreises" wird gegenüber dem Begriff "jedermann" der Kreis der in Betracht kommenden Personen auf solche eingeschränkt, bei denen die jeweiligen Gruppenmerkmale vorliegen (Erbs/Kohlhaas Strafrechtliche Nebengesetze § 1 GastG Rdnr. 9). Darunter fallen etwa Angehörige eines Berufsstandes, Mitglieder eines Vereins, Besucher eines Theaters oder Fahrgäste eines Schiffes.

Gemeinsam ist in all diesen Fällen, dass jeweils Gruppenmerkmale von in ihrem Mitgliederstand wechselnden Gruppierungen vorliegen, nicht aber individuelle Persönlichkeitsmerkmale, wie sie bei einer personengebundenen Einladung gegeben sind.

Durch das Abstellen auf das Zugänglichsein für jedermann oder bestimmten Personenkreisen hat der Gesetzgeber letztlich zum Ausdruck gebracht, dass zum Begriff des Gaststättengewerbes das Führen eines offenen, d. h. allgemein benutzbaren oder wenigstens den Angehörigen bestimmter Gruppen in der Regel allgemein zugänglichen Lokals gehört. Dies ist indes auch der Fall bei einem Vereinslokal, wenn der Verein seiner Natur nach nicht von Vornherein die Aufnahme neuer Mitglieder ausschließt.“

Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 13.01.1993 AZ.: 3 ObOWi 111/92:

„Der Begriff des 'bestimmten Personenkreises' i.S. des § 1 Abs. 1 GastG ist gesetzlich nicht definiert. Er ist, wie schon der reine Wortsinn ergibt, nicht identisch mit dem Begriff "bestimmte Personen".

Gegenüber dem Begriff "jedermann" schränkt er den Kreis der in Betracht kommenden Personen auf diejenigen ein, bei denen die jeweiligen Gruppenmerkmale vorliegen. Nach der Rechtsprechung und Literatur fallen hierunter z.B. Angehörige einer bestimmten Gesellschaftsschicht, eines Berufsstandes, Mitglieder eines Vereins, Besucher eines Theaters und Fahrgäste eines Schiffes. Gemeinsam ist all diesen Fällen, dass jeweils Gruppenmerkmale von in ihrem Mitgliederstand wechselnden Gruppierungen vorliegen, nicht aber individuelle Persönlichkeitsmerkmale, wie sie bei einer personengebundenen Einladung gegeben sind.

Demgemäß betreibt kein Gaststättengewerbe, wer nur ganz bestimmte Einzelpersonen, wie z.B. bei häuslichen Partys und Hochzeitsfeiern, bewirbt. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall, in dem im Auftrag des Vertragspartners des Betroffenen nur individuell geladene Gäste in den vom Auftraggeber bestimmten Räumen bewirbt wurden, gegeben. Auf die Frage, ob etwa persönliche oder familiäre Beziehungen zum Wirt

oder Veranstalter gegeben sind, kommt es nicht an; auch wenn dies nicht der Fall ist, sind individuell geladene Gäste "bestimmte Personen" und nicht ein "bestimmter Personenkreis" im Sinne der obigen Ausführungen.

Es ist auch nicht notwendig, bei der Bewirtung von individuell bestimmten Gästen eines Veranstalters eine Erlaubnis oder Gestattung zu fordern, weil die im Gaststättengewerbe möglichen Gefahren für die Allgemeinheit (§§ 3-5 GastG) insoweit nicht auftreten. Insbesondere sind an die Zuverlässigkeit des Betreibers eines "offenen" Lokals andere und höhere Anforderungen zu stellen als an einen Betriebsinhaber, der bestimmte Einzelpersonen bewirtet.

Dieses Verständnis des Rechtsbegriffs "bestimmter Personenkreis" entspricht auch der historischen Entwicklung, wie sie in § 1 Abs.1 GastG ihren Ausdruck gefunden hat.

Das Gaststättenrecht war ursprünglich in der Gewerbeordnung vom 21.06.1869 geregelt. Nach § 33 Abs.1 GewO bedurfte u.a. der Erlaubnis, wer Gast- oder Schankwirtschaft betreiben will. Das Notgesetz vom 24.02.1924 (RGBl. I S.147) dehnte die Erlaubnispflicht auf "geschlossene Gesellschaften" (Klubs usw.) und "andere Vereine" auch für den Fall aus, dass der Betrieb auf den Kreis der Mitglieder beschränkt ist. Das Gaststättengesetz vom 28.04.1930 (RGBl. I S. 146) unterwarf wiederum u. a. den Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft der Erlaubnis (§ 1 Abs. 1).

In der Rechtsprechung hatte sich klar herausgebildet, dass eine Gast(Schank)wirtschaft betreibt, wer ein offenes, d.h. ein jedermann oder doch den Angehörigen einer "bestimmten Gesellschaftsklasse" ohne Unterschied zugängliches Lokal hält (BayObLG bei Reger 26, 17; OLG Frankfurt bei Reger 16, 8; KG GA 44, 69/70; Michel, Das Gaststättengesetz, 2 .Aufl. (1935) § 1 Anm. III 1 b und IV 1 c). Erfolgte aber die Bewirtung lediglich aufgrund der Auswahl des Lokalinhabers oder eines Dritten "unter Ausschluß aller übrigen derselben Kategorie Angehörigen und des Publikums überhaupt", fehlte es an den Voraussetzungen eines "offenen" Lokals; denn es wurde nicht jedermann, der auch nur einem bestimmten Personenkreis angehörte, der Zutritt gewährt (KG aaO zum Betrieb einer Gastwirtschaft). Ebenso wenig wie bei der Gastwirtschaft brauchte also eine allgemeine Zugänglichkeit der Schankräume schlechthin an jedermann vorzuliegen.

Es genüge auch unter der Geltung des Gaststättengesetzes vom 28.04.1930, wenn die Gastwirtschaft oder das Schanklokal wenigstens den Angehörigen einer "bestimmten Gesellschaftsschicht" oder einem "bestimmten Personenkreis" (Michel, Das Gaststättengesetz, 4 .Aufl. (1952) § 1 Anm. III 1 b, IV 1 c) zugänglich war. Daran hat sich durch die Neufassung des Gaststättengesetzes vom 05.05.1970 (BGBl. I S.465) nichts geändert.“

Der Gesetzgeber hat mit dem Gesundheitsschutzgesetz auch keinen anderen Begriff der „geschlossenen Gesellschaft“ geschaffen. Nach dem Gesetzentwurf der Bay. Staatsregierung vom 10.07.2007, Drucksache 15/8603 sollte das Rauchverbot nach Art. 2 Nr. 8 GSG in allen Gaststätten im Sinne des GastG gelten. Der Gastwirt hatte nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 GSG die Möglichkeit in einem Nebenraum das Rauchen zu erlauben.

Mit Änderungsantrag vom 05.11.2007, Drucksache 15/9183 wurde die Möglichkeit in Gaststätten einen Raucherraum einzurichten, gestrichen und dafür an Art. 2 Nr. 8 GSG die Worte „soweit sie öffentlich zugänglich sind“ angefügt. Dieser Änderungsantrag wurde wie folgt begründet:

„Im Interesse eines effektiven Nichtraucher-schutzes, der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen und einer möglichst einfachen, unbürokratischen Regelung sollten möglichst wenige Ausnahmen vom Rauchverbot geschaffen werden. Sowohl Kultur- und Freizeiteinrichtungen als auch Gaststätten sollen vom Rauchverbot nur dann nicht erfasst werden, wenn sie nicht öffentlich zugänglich sind. Aus dem Anwendungsbereich fallen geschlossene Gesellschaften heraus.“

Das Gesetz bezieht sich daher ausdrücklich auf den, bereits durch Gerichtsentscheidungen und die Literatur definierten Begriff der „geschlossenen Gesellschaft“. Diese Regelung gleicht damit nur aus, dass geschlossene Gesellschaften mit der Änderung nicht mehr in einen Raucherraum ausweichen können. Eine Änderung, die auf eine „Raucherlaubnis“ für Vereine hinausläuft, würde dem Ziel, möglichst wenige Ausnahmen zuzulassen und Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, zuwiderlaufen. Die Duldung von „Raucherclubs“ widerspricht damit eindeutig der Zielsetzung des Gesundheitsschutzgesetzes.

Eine Gaststätte, die nur den Mitgliedern eines Vereines den Zutritt gewährt, ist daher weiterhin „öffentlich zugänglich“ im Sinne des Art. 2 Nr. 8 GSG. Die Gäste sind weder zu einem bestimmten Termin eingeladen, noch findet täglich eine Vereinsveranstaltung statt. Da der Besucherkreis jederzeit um weitere „Vereinsmitglieder“ erweitert werden kann, liegt schon im Wortsinn keine „geschlossene“ Gesellschaft vor.

Nach den Verlautbarungen des „Vereins zum Erhalt der bayerischen Wirtshauskultur“ hat dieser angeblich schon 10 000 „Gastmitglieder“. Diese haben kein Stimmrecht, sondern nur das Recht, sich an den Vereinsversammlungen zu beteiligen und dort Redebeiträge abzugeben. Aus der Beitragsordnung ergibt sich dass als „Vollmitglieder“ des Vereins nur Gastwirte und sonstige dem Gewerbe zuzurechnenden Personen gewünscht sind.

Ob die „Gastmitglieder“ überhaupt an einem üblichen Vereinsleben Interesse haben sei dahingestellt. Die tatsächliche Motivation in den Verein einzutreten, ergibt sich aus der Beschilderung der Gaststätten mit dem Logo „Rauchen erlaubt“. Abgesehen von politischer Agitation und dem Vorhaben, eine Verfassungsklage einzureichen, ist es das ausschließliche Ziel des Vereins, den Wirten den Betrieb einer Rauchergaststätte und den „Gastmitgliedern“ eine Umgehung des gesetzlichen Rauchverbotes ohne Beschränkung auf eine bestimmte Gaststätte zu ermöglichen. Die Mitgliedschaft im Verein ist nicht limitiert, die Mitgliedskarte berechtigt zum Zutritt in jede Gaststätte, die von einem Mitglied des Vereins geführt wird. Für die Mitgliedschaft wird aktiv geworben.

Den Gründern von „Raucherclubs“, unabhängig davon, ob sie dem obigen Verein angehören oder selbst einen Verein oder eine Gesellschaft gegründet haben, geht es tatsächlich nur darum, das Rauchverbot in Gaststätten zu umgehen. Das einzige Vereinsziel besteht darin, die Gaststätte im bisherigen Umfang weiterzuführen. Die Mitgliedschaft kann jederzeit, durch einfachen Beitritt erworben werden und ist nicht auf einen abschließenden Kreis von wenigen Mitgliedern beschränkt.

Damit erfüllen diese „Raucherclubs“ nicht einmal die rechtlich unzutreffenden Kriterien in den Vollzugshinweisen des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz. Dort wird die Ansicht vertreten, „Raucherclubs“ seien nicht öffentlich zugänglich und das Rauchverbot hier in das Ermessen des „Vereins“ gestellt. Dies ist, wie oben dargestellt, mit den Vorgaben des Gesetzes nicht vereinbar. Allerdings werden von „Vereinen“, deren Mitglieder ohne tatsächliche Veränderungen des Betrie-

bes gastronomische Leistungen anbieten oder konsumieren, selbst diese rechtlich zweifelhaften Kriterien nicht erfüllt.

Mit der Einrichtung von „Raucherclub-Gaststätten“ werden die Raucher von den Nichtrauchern getrennt. Die Auffassung des Bayerischen Staatsministeriums für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz im Schreiben vom 6. Februar 2008, dies entspreche dem Gesundheitsschutzgesetz, findet dort keine Grundlage. Falls es ausreichen sollte, die Nichtraucher von den Rauchern zu separieren, um sie vor dem Passivrauchen zu schützen, hätte es nicht der Gründung von Raucherclubs mit Zugangskontrollen bedurft. Dieses Ziel wäre auch erreicht worden, wenn das Gesetz eine einfache Beschilderung vorgeschrieben hätte.

Die Begründung zum Gesetzentwurf vom 10. Juli 2007 stellt hierzu folgendes fest:

Freiwillige Maßnahmen können keinen mit gesetzlichen Rauchverboten vergleichbaren Nichtraucherschutz gewährleisten. So genannte technische Lösungen sind wenig praktikabel und mit einem hohen Wartungs- und damit Kontrollaufwand verbunden. Sie wirken zudem wettbewerbsverzerrend.

Die Einteilung in Raucher- und Nichtrauchergaststätten wurde bewusst nicht vorgesehen, da Modellversuche mit einem Rauchverzicht auf freiwilliger Basis gescheitert sind. Dies hat das Bundesministerium für Gesundheit am 26. Februar 2007 in einer Pressemitteilung festgestellt und eindeutige gesetzliche Regelungen gefordert:

„Der Weg der Freiwilligkeit in der Gastronomie ist gescheitert“, sagte Sabine Bätzing, Drogenbeauftragte der Bundesregierung. „Der DEHOGA hat sich in den vergangenen zwei Jahren bemüht, den Nichtraucherschutz in Speisegaststätten zu verbessern. Das Ergebnis unserer repräsentativen Untersuchung zeigt aber deutlich, dass der Nichtraucherschutz ohne gesetzliche Regelung nicht zu erreichen ist. Von daher appelliere ich an die Ministerpräsidenten, das Rauchverbot in Gaststätten in allen Ländern lückenlos und ohne Sonderregelungen einzuführen.“

vzbv-Vorstand Prof. Dr. Edda Müller nannte die Ergebnisse der Studie ernüchternd: „Dies zeigt, dass auch die Eckkneipe klare Vorgaben der Politik braucht.“ Sie rief die Länder Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen auf, dem Votum der Gesundheitsminister zu folgen: „Nach dem gescheiterten Experiment der Selbstverpflichtung sind jetzt klare und eindeutige Regeln dringend erforderlich.“

Die jetzt veröffentlichte Bestandsaufnahme zeigt, dass in der überwiegenden Mehrzahl der aufgesuchten Gastronomiebetriebe die Zielvereinbarung nicht umgesetzt wurde: In zwei Drittel (66,8 Prozent) aller Betriebe können Gäste nach wie vor uneingeschränkt zur Zigarette greifen.

In den verbleibenden 33,2 Prozent aller untersuchten Gastronomiebetriebe ermittelte die Studie zudem sehr individuelle Nichtraucherregelungen. Diese widersprechen in den meisten Fällen der freiwilligen Zielvereinbarung.

Insgesamt erfüllen lediglich 15,5 Prozent aller aufgesuchten Betriebe die Vorgaben hinsichtlich des Platzangebotes. Nur 10,9 Prozent der Gaststätten bieten ausreichend Nichtraucherplätze und haben diese auch deutlich gekennzeichnet - die Zielvorgabe des DEHOGA hierfür lag bei 60 Prozent.

(Quelle: http://www.bmg.bund.de/cln_041/nn_604814/DE/Presse/Pressemitteilungen/Presse-Drogenbeauftragte/pm-26-2-07,param=.html)

Auf diesen, gescheiterten, Modellversuch nimmt auch die Begründung zum Gesetzentwurf vom 10. Juli 2007 Bezug. Der Bayerische Landtag hat daher ein Gesetz erlassen, welches das Rauchen in allen baulich abgeschlossenen Bereichen der Gastronomie eindeutig verbietet. Ausnahmen wurden im Änderungsantrag vom 5. November 2007 weitest möglich ausgeschlossen, um die Gleichbehandlung zwischen den Gaststätten sicherzustellen. Nur so kann nach Auffassung des Gesetzgebers verhindert werden, dass Raucher aus den Betrieben mit Rauchverbot in solche mit Rauchmöglichkeit abwandern oder die Nichtraucher - wie vor Inkrafttreten des Gesetzes - gezwungen werden entweder auf den Besuch der Gaststätte zu verzichten oder das „Passivrauchen“ in Kauf zu nehmen.

Zusammenfassung:

Mit dem Zusatz „soweit diese öffentlich zugänglich sind“ wurde kein neuer Begriff der „geschlossenen Gesellschaft“ eingeführt. Der Gesetzgeber hat diesen Begriff aus dem Gaststättenrecht entnommen und als bekannt vorausgesetzt.

Die Separierung von Rauchern und Nichtrauchern in verschiedenen Gaststättenbetrieben ist keine Zielsetzung des Gesundheitsschutzgesetzes.

Auf „geschlossene Gesellschaften“ ist die bisherige Rechtsprechung zu diesem unbestimmten Rechtsbegriff anzuwenden.

Durch die Bildung eines „Raucherclubs“ wird, ungeachtet der jeweiligen juristischen Konstruktion, keine geschlossene Gesellschaft gebildet.

Eine Gaststätte ist auch dann noch öffentlich zugänglich im Sinne des Gaststättengesetzes und des Gesundheitsschutzgesetzes, wenn der Zugang auf Mitglieder eines Vereins beschränkt wird. Dies gilt auf jeden Fall, wenn mit der Mitgliedschaft das Recht erworben wird, jede den Gliederungen des Vereins angehörende Gaststätte zu besuchen.

Das Rauchverbot nach Art. 3 Abs. 1 und Art. 2 Nr. 8 Gesundheitsschutzgesetz ist daher auch in Gaststätten einzuhalten, die nur von den Mitgliedern eines „Raucherclubs“ betreten werden dürfen.