

# Viel Rauch um nichts?

Das Rauchverbot in Gaststätten und Diskotheken  
nach dem Gesetz zum Schutz der Gesundheit (GSG)

- ab wann gilt es?
- wo gilt es?
- was gilt?
- wann gilt es nicht?
- was ändert sich?
- und was gibt es für Gestaltungsmöglichkeiten?

Informationsveranstaltung am 19.11.07 von

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

**Dr. Thomas Troidl**

(Kanzlei Schlachter und Kollegen, Regensburg)

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht

**Dr. Matthias Ruckdäschel**

(Kanzlei Schlachter und Kollegen, Regensburg)

Dipl.-Ing. Architekt

**Robert Sander**

(Architekturbüro Gebauer und Sander, Regensburg)

## 1. Teil: Das Gesetz zum Schutz der Gesundheit

### I. INKRAFTTRETEN - AB WANN GILT ES?

Das Gesundheitsschutzgesetz soll am 1. Januar 2008 in Kraft treten, Art. 11 GSG. Hierzu soll der Gesetzentwurf der Staatsregierung für ein Gesetz zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz – GSG) noch im November 2007 vom Bayerischen Landtag beschlossen werden. Im Internet findet sich die einschlägige Drucksache 15/8603 des Bayerischen Landtags (15. Wahlperiode) vom **10.07.07** unter der URL

- [http://www.bayern.landtag.de/ElanTextAblage\\_WP15/Drucksachen/Basisdrucksachen/0000004500/0000004837.pdf](http://www.bayern.landtag.de/ElanTextAblage_WP15/Drucksachen/Basisdrucksachen/0000004500/0000004837.pdf)

Der Änderungsantrag vom **05.11.07** (Drucksache 15/9183) ist diesem *Scriptum* als Anhang beigelegt.

### II. ANWENDUNGSBEREICH - WO GILT ES?

#### 1. Gaststätten

Das Gesundheitsschutzgesetz findet auch und vor allem Anwendung auf Gaststätten im Sinn des Gaststättengesetzes (Art. 2 Nr. 8 GSG). Hierzu zählen alle Speise- und Schankwirtschaften einschließlich der Betriebe des Reisegewerbes und der Diskotheken sowie „Straußwirtschaften“. Nach der amtlichen Begründung spielt es keine Rolle, ob der Betrieb erlaubnis- oder gestattungspflichtig ist; auch eine Unterscheidung nach dem Speise- oder Getränkeangebot, der Größe, Gastfläche oder der Sitzplatzanzahl wird nicht getroffen. Cafés zählen ebenso zu Gaststätten wie Speiserestaurants und Bars.<sup>1</sup> Für die Anwendung des Gesundheitsschutzgesetzes kommt es deshalb zuallererst auf den Begriff der Gaststätte an:

#### **§ 1 Gaststättengesetz (GastG): Gaststättengewerbe**

(1) Ein Gaststättengewerbe im Sinne dieses Gesetzes 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.

(2) Ein Gaststättengewerbe im Sinne dieses Gesetzes betreibt ferner, wer als selbständiger Gewerbetreibender im Reisegewerbe von einer für die Dauer der Veranstaltung ortsfesten Betriebsstätte aus Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht, wenn der Betrieb **jedermann** oder **bestimmten Personenkreisen** zugänglich ist.

Nach Art. 2 Nr. 6 GSG in der Fassung des Änderungsantrags vom 05.11.07 (Zi. 2) soll das Gesundheitsschutzgesetz jedoch nur für die Gaststätten gelten, die „**öffentlich zugänglich**“ sind“. Da „öffentlich zugänglich“ mit „jedermann zugänglich“ gleichgesetzt werden kann,<sup>2</sup> fände das Gesundheitsschutzgesetz in der Form des vorgenannten Ände-

<sup>1</sup> S. 9 des Gesetzentwurfs.

<sup>2</sup> Rechtsprechung hierzu im 2. Teil unter II.1., in Fußn. 18.

rungsantrags keine Anwendung auf nur „bestimmten Personenkreisen“ zugängliche Gaststätten. Nach der Begründung von Gesetzentwurf<sup>3</sup> und Änderungsantrag<sup>4</sup> sollen vor allem „geschlossene Gesellschaften“ im Rahmen privater Veranstaltungen (etwa Familienfeiern) nicht erfasst sein.

## 2. Kultur- und Freizeiteinrichtungen

Außerdem sind Kultur- und Freizeiteinrichtungen betroffen, insbesondere Kinos, Museen, Bibliotheken und Theater, aber auch Spielhallen. Der Änderungsantrag vom 05.11.07 (Zi. 1) beinhaltet hier eine Erweiterung auf *Vereinsräumlichkeiten*. Andererseits soll die Vorgabe im ursprünglichen Gesetzentwurf (Art. 2 Nr. 6 GSG) - „soweit sie jedermann oder einem bestimmten Personenkreis zugänglich sind“ - gestrichen werden und ersetzt werden durch die Worte „soweit sie öffentlich zugänglich sind.“

Dies bestätigt die Ausführungen unter II.1.; der Änderungsantrag unterscheidet offensichtlich zwischen „öffentlich zugänglichen“ Räumen und nur „bestimmten Personenkreisen“ zugänglichen Räumen und nimmt letztere aus dem Anwendungsbereich des Gesundheitsschutzgesetzes heraus. Wie bei Gaststätten (oben II.1.) werden namentlich Familienfeiern und andere geschlossene Gesellschaften vom Gesetz *nicht* erfasst.

## 3. Sonstige Einrichtungen

Der Vollständigkeit halber sollen auch die übrigen Einrichtungen, in denen das Rauchverbot gelten soll, erwähnt werden, nämlich:

- öffentliche Gebäude (Art. 2 Nr.1 GSG),
- Einrichtungen für Kinder und Jugendliche (Art. 2 Nr.2 GSG),
- Bildungseinrichtungen für Erwachsene (Art. 2 Nr.3 GSG),
- Einrichtungen des Gesundheitswesens (Art. 2 Nr.4 GSG),
- Heime (Art. 2 Nr.5 GSG),
- Sportstätten (Art. 2 Nr.7 GSG) und
- Verkehrsflughäfen (Art. 2 Nr.9 GSG).

Näheres ist dem Gesetzesentwurf zu entnehmen.<sup>5</sup>

## III. RAUCHVERBOT - WAS GILT?

Gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG ist das Rauchen (aller Tabakprodukte sowie das Inhalieren des Tabakrauchs mittels Wasserpfeife oder das Rauchen unter Verwendung anderer Hilfsmittel) in Innenräumen der in Art. 2 GSG bezeichneten Gaststätten (oben II. 1.) und Einrichtungen (oben II.2.) verboten.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Amtliche Begründung des ursprünglichen Gesetzentwurfs (S. 9).

<sup>4</sup> Wörtlich (vgl. den Anhang zum *Scriptum*): „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.**“

<sup>5</sup> Vgl. Art. 2 nebst Begründung zum Gesetzesentwurf auf S. 8 f.

<sup>6</sup> Vgl. auch dazu die amtliche Begründung; S. 10 des Gesetzesentwurfs.

Damit sind grundsätzlich nur die *Innenräume* angesprochen, also geschlossene Räume, die nach allen Seiten von Wänden oder Fenstern eingegrenzt werden. Abgegrenzt wird der Begriff des Innenraumes von dem des Außen- oder Freibereichs: auf das Material oder die Beschaffenheit der den Raum umgrenzenden Wände, Türen und Fenster kommt es nicht an.<sup>7</sup> In den *Freibereichen* wie nicht (vollständig) überdachten Innenhöfen, überdachten, aber nicht geschlossenen Sportstadien und insbesondere im Frei- und Außenbereich der Gastronomie, z. B. in Wirts- und Biergärten, ist das Rauchen weiterhin erlaubt.<sup>8</sup>

## IV. AUSNAHMEN - WANN GILT DAS RAUCHVERBOT NICHT?

### **1. Bier-, Wein- und Festzelte**

Im ursprünglichen Gesetzentwurf (Art. 5 Nr. 4 GSG) sollte das Rauchverbot kraft Gesetzes keine Anwendung auf Bier-, Wein- und Festzelte finden, die nur vorübergehend und in der Regel an wechselnden Standorten betrieben werden; diese Ausnahme soll nach dem Änderungsantrag vom 05.11.07 (Zi. 3) ersatzlos gestrichen werden.

### **2. Raucherraum statt Raucherbereich**

Zudem kann der Verantwortliche gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 GSG abweichend von Art. 3 Abs. 1 Satz 1 GSG (oben III.) für jedes Gebäude<sup>9</sup> oder jede Einrichtung das Rauchen in *einem*<sup>10</sup> *Nebenraum* gestatten. Der Raum ist gemäß Art. 6 Abs. 3 Satz 1 GSG als Raucherraum zu *kennzeichnen*. Diese Ausnahme soll allerdings nach dem Änderungsantrag vom 05.11.07 (Zi. 4) für Gaststätten und Freizeiteinrichtungen nicht mehr gelten.

Nebenräume sollen also *nicht zulässig* sein in

- **Gaststätten** (Art. 2 Nr. 8 GSG),
- Kultur- und Freizeiteinrichtungen (Art. 2 Nr. 6 GSG),
- Sportstätten (Art. 2 Nr. 7 GSG) und
- Einrichtungen für Kinder und Jugendliche (Art. 2 Nr. 2 GSG).<sup>11</sup>

Weiterhin *zulässig* sollen sie sein in

- öffentlichen Gebäuden (Art. 2 Nr. 1 GSG),
- Bildungseinrichtungen für Erwachsene (Art. 2 Nr. 3 GSG),
- Heimen (Art. 2 Nr. 5 GSG) und
- Verkehrsflughäfen (Art. 2 Nr. 9 GSG).

<sup>7</sup> Fenster können aus Glas, Kunststoff oder sonstigen festen Materialien bestehen, Wände aus Beton sind ebenso „Innenräume“ wie solche aus Zeltmaterial. Auch Innenräume von „fliegenden Bauten“ im Sinn des Baurechts - wie insbesondere Zelte - werden laut amtlicher Begründung (S. 9 des Gesetzentwurfs) grundsätzlich vom Rauchverbot umfasst; zur Ausnahme für Bier-, Wein- und Festzelte vgl. Art. 5 Nr. 4 GSG. Ein Raum fällt auch dann unter den Begriff des Innenraumes, wenn baulich in die Wände integrierte verschließbare Schiebe- oder Falttüren eine oder mehrere Seitenwände ersetzen.

<sup>8</sup> Der amtlichen Begründung (S. 9 f. des Gesetzentwurfs.) zufolge können sich in der Außenluft die Schadstoffe des Tabakrauchs besser verteilen, sodass die Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen erheblich vermindert sind.

<sup>9</sup> Ein baulich abgeschlossener Gebäudeteil gilt nach der amtlichen Begründung (S. 10 des Gesetzentwurfs) regelmäßig als ein Gebäude.

<sup>10</sup> Wie die amtliche Begründung zu den besonderen Verhältnissen bei Flughäfen zeigt (S. 11 des Gesetzentwurfs), ist „ein“ Nebenraum dabei nicht als Artikel, sondern als Zählwort gemeint. In jedem Gebäude(teil) ist also *maximal ein Nebenraum* zulässig.

<sup>11</sup> Dies allerdings mit Ausnahme von Einrichtungen der ambulanten und stationären Suchttherapie sowie der Erziehungs- und Eingliederungshilfe für Jugendliche und junge Volljährige.

## V. AUSWIRKUNGEN - WAS ÄNDERT SICH?

### 1. Ordnungswidrigkeit

Mit Geldbuße kann nicht nur belegt werden, wer vorsätzlich oder fahrlässig entgegen einem Rauchverbot nach Art. 3 Abs. 1 GSG raucht (Art. 9 Abs. 1 GSG), sondern auch, wer entgegen seiner Verpflichtung aus Art. 7 Satz 2 GSG nicht die erforderlichen Maßnahmen ergreift, um eine Fortsetzung des Verstoßes oder einen neuen Verstoß gegen das Rauchverbot zu verhindern (Art. 9 Abs. 2 GSG)<sup>12</sup>. Verantwortlich im Sinne von Art. 7 GSG ist dabei der *Betreiber* der Gaststätte (bzw. der Einrichtung, des Heims etc.).

Der *Raucher* begeht also sowohl bei vorsätzlichen als auch fahrlässigen Verstößen gegen das Rauchverbot eine Ordnungswidrigkeit. Beim *Gastwirt* ist nur der vorsätzliche Verstoß gegen seine Handlungspflichten bußgeldbewehrt. Vorsätzlich handelt dieser aber in der Regel spätestens dann, wenn er davon in Kenntnis gesetzt wird, dass jemand in seinem Verantwortungsbereich raucht.<sup>13</sup> Die Höhe des Bußgelds richtet sich im Einzelfall nach dem Gewicht der Ordnungswidrigkeit und dem Vorwurf, der den Täter trifft. Es gilt der Bußgeldrahmen des § 17 OWiG (5 Euro bis **1000 Euro**).<sup>14</sup>

#### **Praxistipp: Aschenbecher weg**

Wer weiterhin unverändert Aschenbecher in seiner Gaststätte aufstellt, nimmt billigend in Kauf, dass dort geraucht wird; „Wegsehen“ hilft da nichts mehr – der Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit ist erfüllt.

### 2. Widerruf der Gaststättenerlaubnis und Nutzungsuntersagung

Nach § 15 Abs. 2 des Gaststättengesetzes *ist* (zwingend, also ohne Ermessenspielraum) eine erteilte Gaststättenerlaubnis zu widerrufen, wenn (nachträglich) Tatsachen eintreten, welche die Versagung der Erlaubnis nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 des Gaststättengesetzes rechtfertigen würden. Ein Versagungsgrund in diesem Sinne liegt vor, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Gastwirt die für den Gewerbebetrieb erforderliche *Zuverlässigkeit* nicht besitzt, insbesondere die Vorschriften des Gesundheitsrechts nicht einhalten wird; dass das hier besprochene Gesundheitsschutzgesetz zu diesen Vorschriften zählt, liegt auf der Hand. Es wird auch an der Zuverlässigkeit des Gastwirts zu zweifeln sein, wenn dieser wiederholt unter Verletzung dieses Gesetzes ordnungswidrig handelt (oben V.1.). Das Rauchverbot ist also durchaus ernst zu nehmen.

Aus baurechtlicher Sicht kommt außerdem der Erlass einer Nutzungsuntersagungsverfügung in Betracht, soweit Anlagen im Widerspruch zu öffentlich-rechtlichen Vorschriften benutzt werden (Art. 82 Satz 2 der Bayerischen Bauordnung). Dass das Ge-

<sup>12</sup> Der Betreiber der Gaststätte ist gemäß Art. 7 Satz 1 Nr. 2 GSG verantwortlich für die Einhaltung des Rauchverbots nach Art. 3 Abs. 1 GSG (oben III.) und für die Erfüllung der Kennzeichnungspflicht nach Art. 6 Abs. 3 Satz 1 GSG (oben IV.2.). Bei einem Verstoß gegen das Rauchverbot hat er die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um eine Fortsetzung des Verstoßes oder einen neuen Verstoß zu verhindern (Art. 7 Satz 2 GSG). Die Einnahmen aus den Bußgeldern sowie den Verwaltungsgebühren fließen den Kreisverwaltungsbehörden gemäß Art. 7 Abs. 2 Finanzausgleichsgesetz in voller Höhe zu, S. 2 des Gesetzentwurfs (unten); S. 8 (A.V. der Begründung).

<sup>13</sup> „Regelmäßige Kontrollen“ sieht der Gesetzentwurf nicht vor; er baut vielmehr auf eine „starke soziale Kontrolle“ in der Form, dass „die betroffenen Nichtraucher selbst unmittelbar ihr Recht auf Rauchfreiheit gegenüber Rauchern erfolgreich geltend machen werden“, ggf. unter Benachrichtigung der Polizei, „wenn sich vereinzelt Raucher dem Rauchverbot widersetzen“; S. 2, unter D)a).

<sup>14</sup> So auch die amtliche Begründung, S. 12 des Gesetzentwurfs.

sundheitsschutzgesetz als öffentlich-rechtliche Vorschrift in diesem Sinn zu verstehen ist, erscheint denkbar, zumal die Nutzungsuntersagung gegenüber dem Widerruf der Gaststättenerlaubnis auch der weniger einschneidende Eingriff wäre. Auch und gerade nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit könnte daher der Betrieb einer Gaststätte untersagt werden, bis die Verstöße gegen das Gesundheitsschutzgesetz (oben V.1.) abgestellt sind.

### 3. Wettbewerbsrecht

In verschiedenen Internetforen wird bereits die Frage diskutiert, ob ein Verstoß gegen die neuen Nichtraucherschutzgesetze auch wettbewerbsrechtliche Folgen (etwa Abmahnungen, Unterlassungsklagen) zur Folge haben könnte. Dabei ist folgendes zu beachten:

Wenn ein Wettbewerber gegen wettbewerbsrelevante Vorschriften verstößt, die zumindest auch dazu bestimmt sind, das Marktverhalten im Interesse der Marktteilnehmer zu regeln, können Konkurrenten grundsätzlich dagegen vorgehen. Ein solcher Verstoß liegt allerdings erst dann vor, wenn die Wettbewerbshandlung geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Dies hängt wiederum davon ab, welche Interessen die verletzte Norm schützen will, wie hoch diese zu bewerten sind und wie schwerwiegend ihre Verletzung ist.

Das Gesundheitsschutzgesetz hat nach Art. 1 GSG zum Ziel, die Bevölkerung vor gesundheitlichen Gefahren durch Passivrauchen zu schützen. Ob in den Regelungen des Gesetzes auch wettbewerbsschützende Inhalte enthalten sind, ist deshalb zweifelhaft. Dennoch wird damit zu rechnen sein, dass wegen der faktischen Wettbewerbsverzerrung (die bei Beibehaltung der ersten Fassung deutlich drastischer ausgefallen wäre) auch Abmahnungen erteilt werden. Dies auch deshalb, weil ausweislich der Einleitung des Gesetzesentwurfs<sup>15</sup> regelmäßige polizeiliche Kontrollen zur Einhaltung des Rauchverbots nicht vorgesehen sind, vielmehr eine „starke soziale Kontrolle“ einsetzen soll (oben Fußn. 13). Gastwirte werden deshalb womöglich zum „schärferen Schwert“ der – anwaltlichen – Abmahnung greifen.

### 4. Wirtschaftliche Folgen

Im Übrigen kann sich das Rauchverbot auf die Umsätze in der Gastronomie überhaupt negativ auswirken. So überrascht es nicht, dass etwa 60% der von Emnid befragten Gastwirte in Deutschland Umsatzeinbußen erwarten, 1/3 sogar mit Personalabbau rechnen. Dies zeigt auch ein Blick nach Irland, wo das Rauchverbot im März 2004 eingeführt wurde. Nach Informationen der Tageszeitung „The Times“ mussten bislang in Irland etwa 1000 Pubs wegen des strengen Rauchverbots schließen, betroffen waren vor allem kleine Kneipen in ländlichen Gegenden.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Vgl. S. 3 des Gesetzesentwurfs, dort b)

<sup>16</sup> Weitere Informationen dazu im Internet über die URL: <http://www.toleranz-fuer-raucher.de/discussion.php> (24.09.07).

## 2. Teil: Gestaltungsmöglichkeiten

### I. TECHNISCH – DER NEBENRAUM („RAUCHERRAUM“)

Da nach dem Änderungsantrag vom 05.11.07 (Zi. 4) die zuvor in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 GSG vorgesehene Ausnahme für Nebenräume in Gaststätten (Art. 2 Nr. 8 GSG) gestrichen werden soll (oben IV.2.), erübrigen sich weitere Ausführungen hierzu.<sup>17</sup>

### II. RECHTLICH - ANWENDUNGSBEREICH

#### 1. Raucher-Party statt Gaststätte

Wie gezeigt (oben 1. Teil, II.1.), soll das Gesundheitsschutzgesetz bereits in seiner ursprünglichen Fassung nur für Gaststätten gelten, die per definitionem „jedermann oder bestimmten Personenkreisen“ zugänglich sind. Was hierunter zu verstehen ist, hat das Bayerische Oberste Landesgericht einmal anschaulich zusammengefasst:

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.<sup>18</sup> 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, bewirtet. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall, in dem im Auftrag des Vertragspartners des Betroffenen nur *individuell geladene Gäste* in den vom Auftraggeber bestimmten Räumen bewirtet wurden, gegeben.<sup>19</sup> Auf die Frage, ob etwa persönliche oder familiäre Beziehungen zum Wirt oder Veranstalter gegeben sind, kommt es nicht an;<sup>20</sup> auch wenn dies nicht der Fall ist, sind individuell geladene Gäste „**bestimmte Personen**“ und nicht ein „**bestimmter Personenkreis**“ im Sinne der obigen Ausführungen.<sup>21</sup>

#### **Bayerisches Oberstes Landesgericht**

Beschluss vom 13.01.93, Az. 3 ObOWi 111/92 (Rd.Nr. 6)

<sup>17</sup> Durchaus denkbar erscheint es allerdings, bestimmte Räume dauerhaft für „geschlossene Gesellschaften“ einzurichten, sozusagen als „Smokers' Lounge“; dazu unten II.3.

<sup>18</sup> Ist der Zutritt zu einer Versammlung nicht auf einen individuell bezeichneten Personenkreis beschränkt, sondern grundsätzlich jedermann gestattet (ohne Rücksicht darauf, ob die Einladung zur Teilnahme an der Versammlung eingeschränkt war oder nicht), ist diese **öffentlich**; Beschluss des *Bayerischen Obersten Landesgerichts* vom 25.11.94 (Az. 4 St RR 154/94; RdNr. 7). Ähnlich das *VG Hamburg* in einem Urteil vom 11.06.02 (Az. 10 VG 0468/2001; RdNr. 29): „*Öffentlich* ist eine Versammlung dann, wenn jeder, der hiervon Kenntnis erhält, die Möglichkeit hat, an dieser teilzunehmen, so dass für den Veranstalter der Kreis der Besucher *unbestimmt* und nicht durch vorherige namentliche oder ähnlich gezielte Einladungen eingegrenzt ist; dies gilt selbst für Versammlungen, zu denen durch konspirative Telefonaktionen eingeladen worden ist“.

<sup>19</sup> Staatssekretär *Dr. Beckstein* hatte anlässlich der Spielwarenmesse im Namen der bayerischen Staatsregierung zu einem Empfang im Rittersaal der Nürnberger Burg eingeladen.

<sup>20</sup> Hierauf hatte das *Amtsgericht Nürnberg* in erster Instanz (Urteil vom 01.09.92, Az. 46 OWi 229 Js 16576/92). abgestellt und „nur“ einen „bestimmten Personenkreis“ – anstelle „bestimmter Personen“ – angenommen, weil der Empfang einem Kreis von ca. 100 geladenen Gästen aus Wirtschaft und Politik zugänglich gewesen sei, der mit dem Gastgeber nicht familiär oder persönlich verbunden war.

<sup>21</sup> Auch der „bestimmte Personenkreis“ ist aber, wie gezeigt (oben Fußn. 18), nicht gleichbedeutend mit „öffentlich“, wie auch das *Bayerische Oberste Landesgericht* in seinem Beschluss vom 25.11.94 (Az. 4 St RR 154/94; RdNr. 7) ausdrücklich für den gegenüber Parteimitgliedern der NPD und deren Ehegatten gestatteten Zutritt festgestellt hat.

Das Rauchverbot gilt daher nicht, wenn die Gaststätte nicht als solche betrieben wird, sondern für eine „geschlossene Gesellschaft“, zu der nur bestimmte Personen auf der Grundlage *personengebundener Einladungen* Zutritt haben. Das Bayerische Oberste Landesgericht brachte dies wie folgt „auf den Punkt“:

Der Betreiber einer Gaststätte bedarf keiner Gestattung, wenn er nur *individuell eingeladene* Personen eines Gastgebers ... bewirbt.

**Bayerisches Oberstes Landesgericht**

Beschluss vom 13.01.93, Az. 3 ObOWi 111/92 (Leitsatz)

Dies erscheint damit vor allem für unregelmäßige Veranstaltungen (z.B. „Raucherpartys“) als probates Mittel, den Anwendungsbereich des Gesundheitsschutzgesetzes insgesamt auszuschließen; es liegt dann schon keine „Gaststätte“ im Sinn des Gaststättengesetzes vor.<sup>22</sup> Für den „Dauerbetrieb“ dürfte der Aufwand personengebundener Einladungen demgegenüber zu groß sein.

## 2. Eingetragener Verein („Raucher-Club“)

Mitglieder eines Vereins sind ein „bestimmter Personenkreis“ im Sinn von § 1 Abs. 1 des Gaststättengesetzes, werden also vom Gesetzentwurf in der Fassung vom 10.07.07 erfasst. Nach dem Wortlaut des Änderungsantrags vom 05.11.07 (Zi. 2) soll das Gesundheitsschutzgesetz demgegenüber nur Anwendung auf Gaststätten finden, „soweit sie öffentlich zugänglich sind“ (oben 1. Teil, II.1.). Das Gleiche gilt für Vereinsräumlichkeiten, die ebenfalls nur betroffen sind, „soweit sie öffentlich zugänglich sind“ (oben 1. Teil, II.2.).

Wird also der Eintritt zur Gaststätte auf Mitglieder eines Vereins beschränkt („Raucher-Club“), ist der Anwendungsbereich des Gesundheitsschutzgesetzes nach dem Wortlaut des Änderungsantrags vom 05.11.07 (Zi. 1 und 2.) nicht mehr eröffnet. Das Rauchverbot gilt dann nicht.

Um in einem etwa eingeleiteten Bußgeldverfahren die Ernsthaftigkeit des Vereinsbetriebs nachweisen zu können, empfehlen sich strenge Kontrollen der auf Vereinsmitglieder beschränkten Zugänglichkeit, etwa durch Anfertigung und Aushändigung von Mitgliedsausweisen („Club“-Ausweisen) durch den Verein, die beim Einlass vorzuzeigen sind. Außerdem sollte ein Mietvertrag zwischen Gaststätte und Verein für die jeweilige Veranstaltung abgeschlossen werden.

Gegenüber der Anknüpfung an das Merkmal der „bestimmten“, individuell eingeladenen Person („Raucher-Party“, oben II.1.) besitzt die Öffnung allein für Mitglieder eines Vereins den Vorteil, dass der Aufwand für den Versand der Einladungen entfällt. Dennoch verbleibt natürlich ein gewisser Gründungsaufwand, da der „Idealverein“ Rechtsfähigkeit erst durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts erlangt (§ 21 BGB). Auch als nicht-rechtsfähiger Verein (§ 54 BGB) bedarf der „Raucher-Club“ aber in jedem Fall einer Satzung und der Bestellung eines Vorstands; außer-

<sup>22</sup> Dies kann auch aus anderem Blickwinkel vorteilhaft erscheinen, etwa um nicht dem Gesetz über den Schutz der Sonn- und Feiertage (Feiertagsgesetz) zu unterfallen (vgl. Art. 3 Abs. 2 Satz 1 FTG).

dem empfiehlt sich eine Mitgliederversammlung.<sup>23</sup> Im Übrigen wird auch hier ein Dauerbetrieb der Gaststätte als „Vereins-Lokal“ nicht in Betracht kommen, da sie dann eben der Öffentlichkeit („jedermann“) nicht mehr zugänglich ist, was aus Umsatz-Perspektive freilich fraglich erscheint.

### 3. „Smokers' Lounge“ („Clubzimmer“)

Für Gaststätten mit genügend Raum kann daher in Betracht gezogen werden, *einzelne Räume* dauerhaft nur Mitgliedern des Vereins zu öffnen und damit nur „bestimmten Personenkreisen“ zugänglich zu machen. Da das Gesundheitsschutzgesetz in der Form des Änderungsantrags vom 05.11.07 (Zi. 1 und 2.) nur für Vereinsräumlichkeiten (oben 1. Teil, II.2.) und Gaststätten (oben 1. Teil, II.1.) gilt, „soweit sie öffentlich zugänglich sind“, findet es auf eine „Smokers' Lounge“ („Club-Zimmer“), die nicht „jedermann“, sondern nur „bestimmten Personenkreisen“ zugänglich sind, keine Anwendung.<sup>24</sup>

Auch hier gilt zur „Ernsthaftigkeit“ das oben (II.2.) Gesagte. Um in einem etwa eingeleiteten Bußgeldverfahren bestehen zu können, sollten am „Club-Zimmer“ Schilder angebracht werden, die den Eintritt grundsätzlich verbieten und Einlass lediglich nach Rücksprache mit der Geschäftsleitung zulassen; soweit wirtschaftlich vertretbar, sollte ein eigener Türsteher abgestellt werden, um die Zugänglichkeit allein für Mitglieder des Vereins zu kontrollieren.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Details bei *Heinrichs*, in: *Palandt*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 66. Aufl. 2007, Rd.Nr. 6 zu § 54.

<sup>24</sup> Damit kommt es sozusagen „durch die Hintertür“ doch noch zum „Raucherraum“. Der Unterscheid besteht darin, dass der im Gesetzentwurf vorgesehene Nebenraum (oben 1. Teil, IV.2.) nicht nur bestimmten Personenkreisen (Vereinsmitgliedern) zugänglich ist, sondern jedermann (der Öffentlichkeit).

<sup>25</sup> Das erinnert von Ablauf her an die „**DB-Lounge**“ bei der Deutschen Bahn, die nur Bahncard-Inhabern zur Verfügung steht und nur aufgesucht werden darf, wenn man am Eingang die Bahncard vorgezeigt hat.

# Das Rauchverbot in Gaststätten und Diskotheken

Informationsveranstaltung von RA Dr. Troidl, RA Dr. Ruckdäschel und Architekt Sander am 19.11.07

10 von 10