

ARBEITSGEMEINSCHAFT DER KOMMUNALEN LANDESVERBÄNDE

Städteverband
Schleswig-Holstein

Schleswig-Holsteinischer
Landkreistag

Schleswig-Holsteinischer
Gemeindetag

(federführend 2009)

Schleswig-Holsteinischer Landkreistag • Reventlouallee 6 • 24105 Kiel

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Sozialausschuss
Die Vorsitzende

sozialausschuss@landtag.ltsh.de

24105 Kiel, 09.02.2009

Unser Zeichen: 53.60.55 ze/ma
(bei Antwort bitte angeben)

Schleswig-Holsteinischer Landtag □
Umdruck 16/3944

- a) **Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens**
Gesetzentwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN - Drs. 16/2205
- b) **Entwurf eines Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens**
Gesetzentwurf der Fraktion der FDP - Drs. 16/2215
- c) **Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens**
Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU und SPD - Drs. 16/2345

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,

wir bedanken uns für die Gelegenheit, zu den o. g. Gesetzentwürfen Stellung nehmen zu können. Dazu erlauben wir uns aus der Sicht der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Landesverbände folgende Anmerkungen zu machen:

a) Entwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN (Drs. 16/2205)

Der Vorschlag sieht ein absolutes Rauchverbot in Gaststätten vor. Das Bundesverfassungsgericht hatte in seiner Entscheidung vom 30. Juli 2008 die Zulässigkeit eines solchen Verbotes ohne Ausnahmen ausdrücklich bestätigt.

Positive Aspekte des Entwurfs:

Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist klar geworden, dass Ausnahmeregelungen tendenziell problematisch sind. Deshalb hat ein striktes Rauchverbot ohne Ausnahmen neben dem absoluten Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens für Gäste und Beschäftigte den Vorteil, dass die Regelung rechtlich kaum angreifbar ist und zur Rechtsklarheit führt.

Für die Aufsichtsbehörden wäre der Vollzug einer solchen Regelung deutlich vorzuziehen, weil z.B. der hohe Aufwand an Beratung der Betriebe über die mögliche Einrichtung von Nebenräumen entfiel und die Polizei Verstöße auch dann feststellen könnte, wenn die Größe der Gastfläche des Betriebes nicht bekannt ist. Die Kontrollen vor Ort wären weniger aufwendig, weil z.B. nicht mehr geprüft werden müsste, ob es sich wirklich um eine geschlossene Gesellschaft handelt, ob der Nebenraum oder die Gaststätte gekennzeichnet ist, ob sich Minderjährige darin aufhalten und ob es sich um eine zubereitete oder eine nicht zubereitete Speise handelt. Eine sol-

Städteverband Schleswig-Holstein
Tel.: 0431/570050-30
Fax: 0431/570050-35
eMail: info@staedteverband-sh.de
http://www.staedteverband-sh.de

Schleswig-Holsteinischer Landkreistag
Tel.: 0431/570050-10
Fax: 0431/570050-20
eMail: info@sh-landkreistag.de
http://www.sh-landkreistag.de

Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag
Tel.: 0431/570050-50
Fax: 0431/570050-54
eMail: info@shgt.de
http://www.shgt.de

che Regelung würde auch eindeutig dem Ansinnen nach Deregulierung und Verschlankung von Vollzugsaufgaben entsprechen.

Negative Aspekte des Entwurfs:

Nach den Beobachtungen der kommunalen Ordnungsbehörden bei Kontrollen und glaubhaften Schilderungen von Gastwirten/innen dürfte die vom Bundesverfassungsgericht vermutete Existenzgefährdung bei den typischen Eckkneipen/ reinen Schankwirtschaften häufig gegeben sein, weil die meisten Gäste von Einraumkneipen auch langfristig nicht bereit sind, sich umstellen.

Über diese Betriebe gab es in der Zeit bis zur Korrektur durch das Bundesverfassungsgericht tatsächlich nur sehr wenige Beschwerden über eine Missachtung des Rauchverbotes, obwohl wir davon ausgehen müssen, dass dort sehr viel häufiger gegen das Rauchverbot verstoßen wurde als in größeren Betrieben, die Nebenräume einrichten konnten. Dies spricht dafür, dass die von der Branche vorgetragene Behauptung, die weit überwiegende Zahl der Gäste von Einraumkneipen rauche oder verlange nicht nach einem Schutz vor dem Passivrauchen, zutrifft. Auch die Eindrücke bei Kontrollen bestätigen dies.

Ein absolutes Rauchverbot könnte also dazu führen, dass eine größere Zahl von Wirten ihren Betrieb nicht mehr halten können, ohne dass das Verbot dem Wunsch der weit überwiegenden Mehrheit der dort verkehrenden Gäste entspricht. Wenn man diese aber auch gegen ihren Willen vor den Gefahren des Passivrauchens schützen wollte, wären konsequenterweise auch weitere Regelungen für andere Lebensbereiche erforderlich.

Ferner kommt hinzu, dass viele Gastwirte aufgrund der aktuellen Gesetzeslage erhebliche Investitionen zum Umbau ihrer Gastronomie geleistet haben. Dies dürfte in der Praxis zu erheblichem Unmut führen, der letztlich durch die kommunalen Ordnungsbehörden „aufzufangen“ wäre.

b) Entwurf der Fraktion der FDP (Drs. 16/2215)

Dieser Vorschlag ergänzt die schon im derzeit gültigen Gesetz getroffene Ausnahmeregelung für Nebenräume um die vom Bundesverfassungsgericht als Übergangslösung formulierte Ausnahme für Einraumkneipen. Die räumlichen Anforderungen für die Nutzung durch „geschlossene Gesellschaften“ werden gelockert. Außerdem ist eine Verordnungsermächtigung für die Zulassung von technischen Lösungen wie z. B. spezielle Lüftungsanlagen (Innovationsklausel) vorgesehen.

Positive Aspekte des Entwurfs:

Mit der Übernahme der gerichtlich bestimmten Ausnahmeregelung für Einraumkneipen allein wäre eine rechtlich vertretbare Lösung geschaffen, die es vielen kleinen Gaststätten ermöglichen würde, ihre Stammgäste zu behalten und wirtschaftlich zu bestehen.

Die Verordnungsermächtigung für die Berücksichtigung technischer Lösungen („Innovationsklausel“) könnte wegen der dann bereits gesetzlich normierten Ausnahmen sogar rechtlich erforderlich sein:

Aufgrund der Beobachtungen der kommunalen Ordnungsbehörden sind die schon auf dem Markt eingesetzten Lüftungsanlagen jedenfalls so leistungsfähig, dass diese mindestens einem Schutz gleich kommen, der in einem zulässigen Nebenraum mit zwangsläufig nicht ständig geschlossener Tür möglich ist. Allerdings müsste dies durch entsprechende Fachgutachten geklärt werden, ehe auf eine solche Klausel verzichtet wird.

Aus unserer Sicht wäre der Entwurf mindestens dahingehend zu ergänzen, dass in § 3 (Hinweispflicht) und § 5 (Ordnungswidrigkeiten) Regelungen aufgenommen werden, nach denen Rauchergaststätten dergestalt zu kennzeichnen sind, dass Personen unter 18 Jahren keinen Zutritt haben und ein Bußgeld bei dem Verantwortlichen zu erheben ist, wenn sich Personen unter 18 Jahren in Rauchergaststätten aufhalten.

Negative Aspekte des Entwurfs:

Es wäre aus unserer Sicht konsequenter, das vom Bundesverfassungsgericht für erforderlich angesehene Zutrittsverbot für Minderjährige auch für die Fälle vorzusehen, in denen „geschlossene Gesellschaften“ Gaststätten und Nebenräume nutzen. Dass dies fehlt, halten wir für bedauerlich, zumal hier erneut der eigentlich postulierte Grundsatz vom möglichst umfassenden Schutz aufgegeben wird, der den Eingriff durch das Gesetz erst rechtfertigt.

Die nach diesem Entwurf weiterhin gültige Ausnahme für „geschlossene Gesellschaften“ sehen wir aus zwei Gründen kritisch:

Zum einen ist es schon nach der jetzigen Rechtslage in der Praxis nur sehr schwer nachzuprüfen, ob es sich bei den in einem Nebenraum rauchenden Gästen um eine *echte* „geschlossene Gesellschaft“ handelt oder ob sich nur beliebige, einander unbekannte Gäste in der Gaststätte eingefunden haben, weil bekannt geworden ist, dass es dort möglich ist zu rauchen. Der Gegenbeweis, dass sich z.B. die Gäste nicht kennen oder man sich vielleicht erst beim Eintreffen in eine angeblich schon vorher abgeschlossene Gästeliste eingetragen hat, ist schwer zu führen. Auch ist es wegen des großen Aufwandes faktisch kaum durchführbar, eine Gästeliste mit den anwesenden Gästen zu vergleichen. Es ist also schon jetzt leicht, diese Ausnahmeregelung zu missbrauchen.

Allerdings bleibt anzumerken, dass es in jedem Fall rechtmäßig wäre, wenn sich die Gäste lediglich – auch vorsorglich – für einen solchen Raucherabend oder diverse Abende anmelden würden oder beispielsweise einen Verein gründeten, der sich regelmäßig trifft. Bislang geht dies aber nur in einem Nebenraum.

Der Entwurf sieht jedoch zusätzlich vor, die Anforderungen an die von diesen „geschlossenen Gesellschaften“ genutzten Nebenräume zu lockern und sogar die Nutzung einer ganzen Gaststätte zu ermöglichen. Die Ausnahmeregelung für „geschlossene Gesellschaften“ – unabhängig von der Größe der Gaststätte – würde damit zum idealen Umgehungstatbestand.

Der Entwurf, dass die genutzten Nebenräume sogar größer sein dürften als der dann kaum noch als solcher anzusehende Hauptraum der Gaststätte und dass diese „optisch die für Nichtraucher vorgesehenen Flächen dominieren“ dürfen sollen, hätte weit reichende Folgen. Zum einen handelte es sich bei dem Merkmal der „optischen Dominanz“ um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der viele Einzelfallentscheidungen erforderlich machen würde. In Ermangelung greifbarer Kriterien käme es zu rechtlich zweifelhaften Ergebnissen. Zum anderen wäre es nach diesem Entwurf ohnehin zukünftig möglich, mit Hilfe eines nicht gewerblichen Dritten z.B. eines Vereins in der *gesamten* Gaststätte einen beliebig großen, bislang nicht zulässigen „Raucherclub“ zu betreiben oder die Nichtraucher in einem kleinen, nicht vergleichbar attraktiven Nebenraum unterzubringen.

Der unbestimmte Rechtsbegriff „geschlossene Gesellschaft“ würde zusammen mit den faktisch nicht mehr existenten Anforderungen an die genutzten Räume in der Praxis dazu führen, dass das Rauchverbot in Gaststätten nicht mehr durchgesetzt werden könnte, wenn der Gastwirt Raucherabende als „geschlossene Gesellschaft“ inszenieren würde oder bestimmte Gäste dies wünschen und organisieren.

Wenn sich der Wirt, der eine solche „geschlossene Gesellschaft“ aufnimmt, die Einnahmen durch nicht rauchende Gäste sichern möchte, könnte er diesen Gästen aber auch einen weniger gut ausgestatteten, kleineren Nebenraum anbieten. Die größeren Umsätze könnten dann jedenfalls wieder mit den rauchenden Gästen gemacht werden.

Aufgrund der Vielzahl der Proteste aus dem Gastgewerbe gegen das Rauchverbot und des großen wirtschaftlichen Interesses wäre damit zu rechnen, dass diese Umkehrung von Regel und Ausnahme weit verbreitet wäre.

c) Entwurf der Fraktionen von CDU und SPD (Drs. 16/2345)

Auch dieser Entwurf setzt zunächst die vom Bundesverfassungsgericht für zulässig angesehene zusätzliche Ausnahmeregelung für Einraumkneipen um. Das Kriterium „geschlossene Gesellschaft“ soll ersetzt werden durch das Kriterium „Veranstaltungen“. Nebenräume sollen zukünftig nicht mehr für Minderjährige zugänglich sein.

Positive Aspekte des Entwurfs:

Die Ergänzung der vom Bundesverfassungsgericht vorgeschlagenen Ausnahmeregelung um das Kriterium „keine entsprechende Erlaubnis nach § 3 GastG“ für die zubereiteten Speisen beugt dem in der Praxis zu erwartenden Einwand vor, „man biete doch z.B. ab 18 Uhr gar keine Speisen mehr an und könne sich deshalb zu vorgerückter Stunde auf den Ausnahmetatbestand berufen“. Der Vorschlag ist aus unserer Sicht zu begrüßen. Änderungen im Gaststättengesetz bzw. anderer aufgrund der Föderalismusreform Nachfolgeregelungen des Landes zur Erlaubnispflicht müssten allerdings evt. noch (u.U. auch später) berücksichtigt werden.

Das „Zutrittsverbot für Minderjährige für Nebenräume“, in denen geraucht werden darf, ist eine konsequente Ergänzung, die dem nach dem Bundesverfassungsgerichtsurteil in seiner Regelung zu den Einraumkneipen besonders zu berücksichtigenden Schutz Minderjähriger Rechnung trägt.

Auch in diesem Entwurf sollten die oben genannten Ergänzungen von §§ 3 und 5 vorgenommen werden.

Negative Aspekte des Entwurfs:

Dass *Kinder und Jugendliche* bei „Veranstaltungen“, in denen der Veranstalter das Rauchen zulassen kann, *Zutritt* haben sollen, widerspricht jedoch dem ursprünglich beabsichtigten möglichst umfassenden Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens.

Zusätzlich wird auch der bislang geltende Ausnahmetatbestand für „geschlossene Gesellschaften“, bei denen ein verbindendes Merkmal erforderlich wäre, durch eine Regelung für Veranstaltungen ersetzt.

Zu „Veranstaltungen“ könnte zukünftig ein beliebiger, dem Veranstalter vorher nicht bekannter Personenkreis mit öffentlicher Werbung eingeladen werden. Ein nicht gewerblicher Veranstalter, z.B. ein „Raucherverein“, dem der Wirt den Raum wegen der hohen Gastronomieeinnahmen durch Raucher häufig gern günstig oder kostenlos zur Verfügung stellen würde, ließe sich in der Praxis schnell finden. Eine Vereinbarung des Veranstalters mit dem Gaststättenbetreiber über ein regelmäßiges Stattfinden des Raucherabends führte dann, wenn der Veranstalter selbst damit keine Einnahmen erzielt, noch nicht zu einer Einstufung als gewerblicher Veranstalter. Das „Vorschieben“ eines Dritten könnte ordnungsrechtlich nicht beanstandet werden.

Diese Veranstaltungsräume dürften dann juristisch logisch auch noch größer sein als die sonst zulässigen Nebenräume, denn sonst wäre die Regelung für Veranstaltungen überflüssig.

Auch hier würde aus der Ausnahmeregelung also im Ergebnis schnell ein Umgehungstatbestand.

Nach § 2 Abs. 3 des Entwurfs soll weiterhin eine Ausnahme vom Rauchverbot in abgeschlossenen Nebenräumen bestehen.

Hierzu hat sich in der bisherigen Praxis ergeben, dass die Beurteilung von Nebenräumen oftmals schwierig ist und zu Streitfällen führt. Zumindest in der Gesetzesbegründung wird daher eine Erläuterung hierzu für erforderlich gehalten. Mindestens sollte ausgeführt werden, was nicht die Voraussetzungen für einen Nebenraum erfüllt (einzige Schankanlage/einziger Tresen in der Gaststätte, Durchgang zu anderen Räumen, etc.). Eine Diskothek ist z.B. durch Musikdarbietun-

gen mit Tanzflächenangebot geprägt. Kann in einer Diskothek ein Raum mit Tanzfläche Nebenraum (Raucherraum) sein?

§ 2 Abs. 4 des Entwurfs eröffnet eine Ausnahme vom Rauchverbot in Kleingaststätten. Wir sehen den verwendeten Begriff „Gastfläche“ als zu unbestimmt an. Gastflächen sind auch Flure, Biergärten, Sanitäranlagen, etc. Zumindest in der amtlichen Begründung ist hierzu eine Klarstellung erforderlich.

Eine weitere Voraussetzung für diese Ausnahme ist, dass Gaststätten keine zubereiteten Speisen anbieten. In der Praxis bestehen heute Gaststätten, die mangels Küche keine Speisen zubereiten können, aber z.B. über Verträge oder Absprachen mit Pizza-Lieferanten Speisen in ihre Gaststätte liefern lassen. Es wird daher vorgeschlagen diesen Passus dahingehend zu erweitern, dass Gaststätten ausgenommen sind, in denen keine zubereiteten Speisen angeboten und verzehrt werden.

Weiterhin soll die Ausnahmeregelung des bisherigen § 2 Abs. 5 (Zelte) beibehalten werden. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil ausgeführt: *"Hat sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotentials entschlossen, auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet und ein Regelungskonzept gewählt, so muss er diese Entscheidung auch folgerichtig weiterverfolgen. Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identische Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird."*

"...stellt die generelle Ausnahme für die Zeltgastronomie eine erhebliche Einschränkung des Nichtraucherschutzes dar, weil Besucher dort überhaupt keine Möglichkeit haben, sich der Belastung mit Tabakrauch zu entziehen. Dabei ist nicht hinreichend sichergestellt, dass Zelte stets oder auch nur im Regelfall besser als Gebäude durchlüftet sind und daher die Tabakrauchexposition der Besucher deutlich geringer ausfällt."

Durch den Entwurf wird das Ziel, besonders Jugendliche und Kinder vor den Gefahren des Passivrauchens zu schützen, nicht folgerichtig weiterverfolgt. Dieser Personenkreis hat hier kein Zutrittsverbot. Auch gibt es keinen schlüssigen Grund, warum bei der Gefahreinschätzung der Nichtraucherschutz in Zelten anders zu bewerten ist als sonst. Die Ausnahmeregelung für Zelte halten wir daher für rechtlich nicht haltbar.

d.) Abschließendes Votum:

Unter Abwägung aller genannten Aspekte ist aus der Sicht der Arbeitsgemeinschaft der kommunalen Landesverbände eine konsequente Umsetzung eines strikten Rauchverbots entsprechend des Vorschlags der Fraktion von BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN die geeigneteste Lösung, um der Rechtsklarheit und klaren Vollzugsregelungen der kommunalen Vollzugsbehörden Rechnung zu tragen.

Der Vorschlag der Fraktion der FDP wird von uns abgelehnt, da er in zu vielen Punkten zu unklaren Regelungen, zuviel Auslegungsspielraum und vorhersehbaren möglichen rechtsmißbräuchlichen Umgehungen führen wird.

Der Vorschlag der Fraktionen von CDU und SPD stellt einen gangbaren Weg zur rechtlichen Klarstellung dar, bedarf jedoch aus unserer Sicht im vorgenannten Sinne weiterer Korrekturen und Ergänzungen.

Mit freundlichen Grüßen


Jan-Christian Erps
Gr. Vorstandsmitglied