

Auch im Kasino müssen Mitarbeiter vor Tabakqualm geschützt werden

Der Betreiber eines Kasinos muss ein Rauchverbot erlassen, um seine Beschäftigten zu schützen. In einem Fall vor dem BAG setzte sich ein Roulettetisch-Chef durch, der — in Teilzeit eingesetzt — an einer chronischen Bronchitis und anderen Krankheiten leidet und dessen Beschwerden sich im Spielsaal (in dem überall — auch in einem Barbereich — geraucht werden darf) verschlimmerten. Auch wenn der Betreiber „alles Zumutbare getan“ habe, um die Belastung der Atemluft durch Tabakrauch so gering wie möglich zu halten (u.a. durch den Einbau einer modernen Klimaanlage), ziehe das Argument nicht, dass Nichtraucher-Spieltische sich nicht bewährt hätten und ein generelles Rauchverbot in seiner „Einraumgaststätte“ Gäste vertreiben würde. Mitarbeiter müssten — nach dem BNichtrSchG „gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt werden, wie es die Natur der Dienstleistung gestattet“.

Quelle: Wolfgang Büser

Anspruch auf Zuweisung eines rauchfreien Arbeitsplatzes

Gericht: BAG

Entscheidungsform: Urteil

Datum: 19.05.2009

Referenz: JurionRS 2009, 16756

Aktenzeichen: 9 AZR 241/08

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Berlin, 29 Ca 7261/06 vom 20.09.2006

LAG Berlin-Brandenburg - 11.03.2008 - AZ: 11 Sa 1910/06

Rechtsgrundlagen:

§ 72 ArbGG

§ 2 ArbStättV

§ 5 ArbStättV

§ 242 BGB

§ 611 BGB

§ 613 BGB

§ 618 BGB

§ 1 BNichtrSchG

§ 2 NRSRG

§ 3 NRSRG

§ 4 NRSRG

Art. 1 GG

Art. 2 GG

Art. 12 GG

Art. 31 GG

Art. 72 GG

Art. 74 GG

§ 1 GastG

§ 33h GewO

§ 253 ZPO

§ 551 ZPO

§ 557 ZPO

§ 888 ZPO

Fundstellen:

BAGE 131, 18 - 29

ArbRB 2009, 257-258

ArbRB 2009, 158 (Pressemitteilung)

AuA 2010, 550-551

AuR 2009, 212

AuR 2009, 318

AUR 2009, 318

AUR 2009, 212

BB 2009, 1237 (Pressemitteilung)

BB 2010, 968

DB 2009, 1540-1542

EBE/BAG 2009, 109-112

EzA-SD 11/2009, 5-6 (Pressemitteilung)

EzA-SD 14/2009, 14

FA 2009, 237

FA 2009, 214 (Pressemitteilung)

FA 2009, 279

MDR 2009, 1049-1050

NJW 2009, 2698-2702

NJW-Spezial 2009, 483

NZA 2009, 775-779

RdW 2009, 702-703

schnellbrief 2009, 3-4

ZBVR online 2009, 25 (red. Leitsatz)

ZTR 2009, 504-506

ZTR 2009, 364 (Pressemitteilung)

BAG, 19.05.2009 - 9 AZR 241/08

Orientierungssatz:

1. Arbeitnehmer haben unter den Voraussetzungen des § 618 Abs. 1 BGB iVm. § 5 Abs. 1 ArbStättV Anspruch auf Zuweisung eines tabakrauchfreien Arbeitsplatzes. Die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzbestimmungen in § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 ArbStättV haben auch den Schutz des einzelnen Arbeitnehmers zum Ziel. Sie begründen über § 618 Abs. 1 BGB eine privatrechtliche Verpflichtung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer.
2. Der Arbeitgeber hat Schutzmaßnahmen in Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr nach § 5 Abs. 2 ArbStättV nur insoweit zu treffen, als die Natur des Betriebs und die Art der Beschäftigung es zulassen. Diese Zumutbarkeitsschranken bestehen jedoch lediglich dann, wenn der Arbeitgeber die unternehmerische Betätigungsfreiheit in rechtmäßiger Weise ausübt. Das Handeln des Arbeitgebers ist nicht rechtmäßig, wenn ihm gesetzliche Verbote entgegenstehen.
3. § 2 Abs. 1 Nr. 8 des Berliner Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit vom 16. November 2007 (Nichtraucherschutzgesetz - NRSG) verbietet das Tabakrauchen in Gaststätten. Gibt es in dem Spielsaal einer Spielbank einen räumlich nicht abgetrennten Barbereich, werden dort zugleich eine Spielbank iSv. § 33h GewO und eine Gaststätte iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GastG betrieben. Dieser gemischte Betrieb kann auch von zwei verschiedenen Rechtsträgern geführt werden. Das Rauchverbot des § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSG erfasst in einem solchen Fall wegen der fehlenden räumlich-baulichen Trennung sowohl den Gaststätten- als auch den Spielbankbetrieb.
4. Arbeitnehmer fallen in Gaststätten und Mischbetrieben aus Spielbanken und Gaststätten außerhalb von Rauchergaststätten und Raucherräumen in den Schutzbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSG.

Amtlicher Leitsatz:

1. Die Ausübung der u.a. von § 5 Abs. 2 ArbStättV geschützten unternehmerischen Betätigungsfreiheit wird durch gesetzliche Verbote beschränkt.
2. Ist es durch Landesgesetz verboten, in Gaststätten Tabak zu rauchen, und fällt ein dort beschäftigter Arbeitnehmer außerhalb von Rauchergaststätten und Raucherräumen in den Schutzbereich dieses Rauchverbots, kann er nach § 618 Abs. 1 BGB iVm. § 5 Abs. 1 ArbStättV verlangen, auf einem tabakrauchfreien Arbeitsplatz beschäftigt zu werden.

Tenor:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Berlin-Brandenburg vom 11. März 2008 - 11 Sa 1910/06 - aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin vom 20. September 2006 - 29 Ca 7261/06 - abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, dem Kläger einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz im Spielsaal für das "Klassische Spiel" zur Verfügung zu stellen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen.
- 2 Der Kläger ist seit 1978 für die beklagte Spielbank mit Sitz in Berlin tätig. Die Beklagte wird täglich von etwa 2.000 Gästen besucht. Der Kläger arbeitet mit der Hälfte der gewöhnlichen Arbeitszeit in Blockzeit als Tisch-Chef am Roulettetisch des Spielsaals für das "Klassische Spiel". Der Spielsaal hat eine Fläche von ca. 2.500 qm und ist ungeteilt. Dort werden verschiedene Spielarten wie Roulette, Black Jack und Poker veranstaltet. In dem Spielsaal gibt es einen räumlich nicht abgetrennten Barbereich, der von einem anderen Unternehmen betrieben wird. Die Beklagte duldet es in allen Spielsälen, dass geraucht wird. Bis zu einem Umzug im Jahr 1998 gab es einzelne Nichtraucherische. Der Spielsaal für das "Klassische Spiel" ist mit einer Klimaanlage, einer Be- und Entlüftungsanlage sowie einer Luftbefeuchtungsanlage ausgestattet.
- 3 Der Kläger hat behauptet, er leide seit dem Jahr 2000 an chronischer Bronchitis, Entzündungen der Augenschleimhäute und Schwellungen der Nasenschleimhäute. Die Beschwerden seien mit Luftnot, Schweißausbrüchen und einer starken Herz-Kreislauf-Belastung verbunden. Sie verschlimmerten sich zunehmend, wenn er seinen Arbeitspflichten nachkomme. Ohne intensive Medikation könne er seiner Tätigkeit nicht mehr nachgehen. Der Kläger meint, die Beklagte sei nach § 618 Abs. 1 BGB iVm. § 5 Abs. 1 ArbStättV verpflichtet, ihm einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen. Ein solcher Anspruch folge seit 1. Januar 2008 jedenfalls aus § 2 des Berliner Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit (Nichtraucherschutzgesetz - NRSOG). Seine grundrechtlich geschützten Gesundheitsbelange hätten Vorrang vor den Interessen der Beklagten an einem Spielbetrieb ohne Rauchverbot.
- 4 Der Kläger hat beantragt,
- 5 die Beklagte zu verurteilen, ihm während seiner Dienstzeit im Spielsaal für das "Klassische Spiel" einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen.
- 6 Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie ist der Ansicht, die Revision sei bereits unzulässig. Die Revisionsbegründung beschränke sich darauf, Berufungsvortrag zu wiederholen, ohne sich mit den Gründen des Berufungsurteils auseinanderzusetzen. Die Revision sei jedenfalls unbegründet. Die Klage sei schon nicht hinreichend bestimmt. Zumindest sei sie unbegründet. Es sei der Beklagten wegen der damit verbundenen erheblichen Kosten nicht zuzumuten iSv. § 5 Abs. 2 ArbStättV, dass die Spielsäle in rauchfreie Zonen und Raucherzonen umgebaut würden. Die Klima-, Belüftungs- und Luftbefeuchtungsanlagen sorgten dafür, dass Luftverunreinigungen durch Tabakrauch auf ein Minimum verringert würden. Die in den früheren Räumlichkeiten vorhandenen Nichtraucherische hätten sich nicht bewährt und würden nicht nachgefragt. Das allgemeine Rauchverbot, das der Kläger durchzusetzen versuche, lasse erwarten, dass die Gäste zu Wettbewerbern abwanderten. Das NRSOG erfasse Spielbanken nicht. Es sei zudem in den

maßgeblichen Teilen verfassungswidrig.

- 7 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

- 8 Die Revision hat in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung. Die Klage ist begründet.
- 9 A. Die Revision ist zulässig. Die Revisionsbegründung entspricht den Anforderungen des § 72 Abs. 5 ArbGG iVm. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ZPO . Der Kläger hat ordnungsgemäße Sachrügen iSv. § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a ZPO erhoben.
- 10 I. Die Revisionsbegründung muss den angenommenen Rechtsfehler des Landesarbeitsgerichts in einer Weise verdeutlichen, die Gegenstand und Richtung des Revisionsangriffs erkennen lässt. Sie hat sich deshalb mit den tragenden Gründen des Berufungsurteils auseinanderzusetzen. Dadurch soll ua. sichergestellt werden, dass der Prozessbevollmächtigte des Revisionsklägers das angefochtene Urteil auf das Rechtsmittel hin überprüft und die Rechtslage genau durchdenkt. Die Revisionsbegründung soll durch ihre Kritik an dem angefochtenen Urteil außerdem zur richtigen Rechtsfindung des Revisionsgerichts beitragen (st. Rspr., vgl. etwa Senat 24. März 2009 - 9 AZR 983/07 - Rn. 16, NZA 2009, 538; BAG 28. Januar 2009 - 4 AZR 912/07 - Rn. 11).
- 11 II. Diesen Erfordernissen genügt die Revisionsbegründung entgegen der Ansicht der Beklagten. Der Senat kann das angefochtene Urteil inhaltlich überprüfen.
- 12 1. Das Revisionsgericht ist nach § 557 Abs. 3 Satz 1 ZPO nicht an die geltend gemachten Revisionsgründe gebunden. Die sachliche Überprüfung des gesamten Berufungsurteils ist eröffnet, wenn der Revisionskläger in der Revisionsbegründungsfrist eine ordnungsgemäße materielle Rüge erhoben hat (vgl. Senat 6. Januar 2004 - 9 AZR 680/02 - zu II 1 und 4 der Gründe, BAGE 109, 145 [BAG 06.01.2004 - 9 AZR 680/02]). Es reicht aus, wenn die Revisionsbegründung überhaupt Gründe darlegt, aus denen sich eine Rechtsverletzung durch das angefochtene Urteil ergeben soll (BAG 17. Juni 2008 - 3 AZR 409/06 - Rn. 17, NZA 2008, 1244; 22. Juli 2003 - 1 AZR 496/02 - zu I der Gründe, BuW 2003, 879).
- 13 2. Die Revisionsbegründung wiederholt in weiten Teilen wörtlich die Berufungsbegründung. Sie nennt jedoch einige Gesichtspunkte, die sich mit den Erwägungen des angefochtenen Urteils auseinandersetzen.
- 14 a) In der Revisionsbegründung ist ua. ausgeführt, das Landesarbeitsgericht stelle den Rechtssatz auf, der Nichtraucherschutz ende dort, wo die Möglichkeit zu rauchen zum unternehmerischen Angebot gehöre. Das NRSRG erfasse entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch den Betrieb einer Spielbank. Auf die gesellschaftsrechtliche Zuordnung der Beklagten und des Unternehmens, das den Barbereich im Spielsaal für das "Klassische Spiel" betreibe, komme es nicht an.
- 15 b) Diese Überlegungen setzen sich hinreichend mit den Erwägungen des Landesarbeitsgerichts auseinander. Für die Zulässigkeit der Revision ist es unerheblich, ob die Argumente des Klägers überzeugen (vgl. BAG 19. Februar 2002 - 3 AZR 589/99 - zu I der Gründe).
- 16 B. Die Revision und die Klage sind begründet.
- 17 I. Die Klage ist zulässig. Sie ist ausreichend bestimmt.

- 18** 1. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss der Klageantrag so bestimmt sein, dass die eigentliche Streitfrage mit Rechtskraftwirkung zwischen den Parteien entschieden werden kann. Für den Vollstreckungsschuldner muss im Fall einer stattgebenden Entscheidung eindeutig erkennbar sein, was von ihm verlangt wird. Die Prüfung, welche Maßnahmen der Schuldner vorzunehmen oder zu unterlassen hat, darf grundsätzlich nicht in das Vollstreckungsverfahren verlagert werden. Bestehen mehrere Möglichkeiten, um einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, kann dem Schuldner aber häufig nicht eine von mehreren Handlungsmöglichkeiten vorgegeben werden. Das gilt vor allem für unvertretbare Handlungen iSv. § 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO wie zB die Bereitstellung eines tabakrauchfreien Arbeitsplatzes. In solchen Fällen kann eine weite Bezeichnung der zu erfüllenden Verpflichtung unumgänglich sein. Es bleibt dann dem Schuldner überlassen, wie er seiner Pflicht nachkommt. Ob er die titulierte Pflicht erfüllt hat, ist im Vollstreckungsverfahren zu prüfen (vgl. BAG 29. April 2004 - 1 ABR 30/02 - zu B II 1 c aa der Gründe mwN, BAGE 110, 252 [BAG 29.04.2004 - 1 ABR 30/02]).
- 19** 2. Der Klageantrag, der darauf gerichtet ist, dem Kläger während seiner Arbeitszeit einen tabakrauchfreien Arbeitsplatz im Spielsaal für das "Klassische Spiel" zur Verfügung zu stellen, ist gemessen an diesen Grundsätzen hinreichend bestimmt.
- 20** a) Der Begriff "Arbeitsplatz" meint die räumliche Unterbringung des Klägers im Spielsaal für das "Klassische Spiel". Damit ist der Bereich bezeichnet, den die Beklagte dem Kläger als Arbeitsort zuweist und an dem er sich aufhalten muss, um die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen (vgl. Senat 17. Februar 1998 - 9 AZR 84/97 - zu I 1 der Gründe, BAGE 88, 63). Dem entspricht der Begriff des Arbeitsplatzes in § 2 Abs. 2 ArbStättV . Arbeitsplätze sind danach Bereiche von Arbeitsstätten, in denen sich Beschäftigte bei der von ihnen auszuübenden Tätigkeit regelmäßig über einen längeren Zeitraum oder im Verlauf der täglichen Arbeitszeit nicht nur kurzfristig aufhalten müssen. Arbeitsplatz ist nach der Vorstellung des Klägers einer der Spieltische im Spielsaal für das "Klassische Spiel". Der Kläger erstrebt kein allgemeines Rauchverbot für die ganze Arbeitsstätte iSv. § 5 Abs. 1 Satz 2 1. Alt. , § 2 Abs. 1 Nr. 1 ArbStättV , sondern ein auf den Bereich seines Arbeitsplatzes beschränktes Rauchverbot iSv. § 5 Abs. 1 Satz 2 2. Alt. ArbStättV . Mit dem Zusatz "während der Dienstzeit" drückt der Kläger eine Selbstverständlichkeit aus. Er will auf der Grundlage von §§ 611 , 613 , 242 BGB iVm. Art. 1 und 2 GG sowie § 618 Abs. 1 BGB , § 5 Abs. 1 ArbStättV gesetzes- und vertragsgerecht beschäftigt werden.
- 21** b) Der Klageantrag ist nicht deswegen unbestimmt, weil der Kläger den Ausdruck "tabakrauchfrei" verwendet. Es geht ihm ersichtlich nicht um eine absolut schadstofffreie Raumluft. Sein Antrag richtet sich nach gebotener Auslegung auf eine Atemluft, die nach allgemeinem Verständnis tabakrauchfrei ist. Das ist anzunehmen, wenn am Arbeitsplatz des Klägers nach dem Empfinden eines verständigen Durchschnittsmenschen kein Tabakrauch wahrzunehmen, also nicht zu sehen, nicht zu schmecken und nicht zu riechen ist (vgl. Senat 17. Februar 1998 - 9 AZR 84/97 - zu I 2 der Gründe, BAGE 88, 63).
- 22** c) Mit dieser Auslegung des Klageantrags wird der Streit der Parteien entgegen der Ansicht der Beklagten nicht in die Zwangsvollstreckung verlagert. Die Beklagte muss den Urteilsspruch im Fall des Erfolgs der Klage noch selbst konkretisieren. Sie kann nach dem Antrag darin wählen, ob sie während der Arbeitszeit des Klägers dafür sorgt, dass das landesgesetzliche Rauchverbot im gesamten Spielsaal für das "Klassische Spiel" beachtet wird oder sie die Umsetzung des Rauchverbots auf den dem Kläger zugewiesenen Spieltisch beschränkt und diesen baulich vom Rest des Spielsaals abtrennt. Das der Beklagten eingeräumte Wahlrecht ändert nichts an der Bestimmtheit des Antrags (vgl. BAG 19. Januar 1999 - 1 AZR 499/98 - zu A I der Gründe, BAGE 90, 316; 8. Mai 1996 - 5 AZR 971/94 - zu A der Gründe, BAGE 83, 95 [BAG 08.05.1996 - 5 AZR 971/94]). Ob die Beklagte im Fall des Erfolgs der Klage die richtigen technischen und organisatorischen Maßnahmen treffen und damit ihre titulierte Pflicht zur Vornahme einer unvertretbaren Handlung erfüllen wird, ist im Vollstreckungsverfahren nach § 888 Abs. 1 Satz 1 ZPO durch das Prozessgericht als Vollstreckungsgericht zu entscheiden (vgl. BAG 29. April 2004 - 1 ABR 30/02 - zu B II 1 c aa der Gründe mwN, BAGE 110, 252 [BAG 29.04.2004 - 1 ABR 30/02] ; Senat 17. Februar 1998 - 9 AZR 84/97 - zu I 2 der Gründe, BAGE 88, 63).

- 23** II. Die Klage ist begründet. Der Kläger hat Anspruch auf Zuweisung eines tabakrauchfreien Arbeitsplatzes im Spielsaal für das "Klassische Spiel" und entsprechende Beschäftigung (§§ 611, 613, 242 BGB iVm. Art. 1 und 2 GG sowie § 618 Abs. 1 BGB, § 5 Abs. 1 ArbStättV).
- 24** 1. Nach § 618 Abs. 1 BGB hat der Arbeitgeber als Dienstberechtigter Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass der Arbeitnehmer als der zur Leistung Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit so weit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet. Die Verpflichtung des Arbeitgebers betrifft auch die Beschaffenheit der Atemluft in Arbeitsräumen und an Arbeitsplätzen, wenn dort geraucht wird. Der Arbeitgeber ordnet und leitet die betrieblichen Verhältnisse. Es kommt daher nicht darauf an, dass der Arbeitgeber die Belastung mit Tabakrauch nicht selbst verursacht (vgl. Senat 17. Februar 1998 - 9 AZR 84/97 - zu II 1 der Gründe, BAGE 88, 63).
- 25** 2. § 618 Abs. 1 BGB wird nicht nur durch die Verhältnisse des Einzelfalls konkretisiert, sondern auch von der öffentlich-rechtlichen Vorschrift des § 5 ArbStättV (vgl. Senat 17. Februar 1998 - 9 AZR 84/97 - zu II 1 der Gründe, BAGE 88, 63).
- 26** a) Die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznormen konkretisieren den Inhalt der Organisationspflichten, die dem Arbeitgeber nach § 618 BGB im Hinblick auf die Sicherheit und das Leben der Arbeitnehmer obliegen. Den Vorschriften des technischen Arbeitsschutzes kommt eine Doppelwirkung zu, wenn ihre Schutzpflichten über § 618 Abs. 1 BGB in das Arbeitsvertragsrecht transformiert werden. In diesem Fall sind die Arbeitsschutzbestimmungen neben öffentlichrechtlicher Pflicht zugleich unabdingbare privatrechtliche Pflicht des Arbeitgebers im Sinne eines einzuhaltenden Mindeststandards (vgl. zu § 5 Abs. 1 ArbSchG Senat 12. August 2008 - 9 AZR 1117/06 - Rn. 13 mwN, AP BGB § 618 Nr. 29 = EzA BGB 2002 § 618 Nr. 3).
- 27** b) § 5 Abs. 1 ArbStättV hat auch den Schutz des einzelnen Arbeitnehmers zum Ziel. § 5 Abs. 1 Satz 1 ArbStättV sieht vor, dass der Arbeitgeber die erforderlichen Maßnahmen zu treffen hat, damit die nicht rauchenden Beschäftigten in Arbeitsstätten wirksam vor den Gesundheitsgefahren durch Tabakrauch geschützt sind. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbStättV hat der Arbeitgeber, soweit erforderlich, ein allgemeines oder auf einzelne Bereiche der Arbeitsstätte beschränktes Rauchverbot zu erlassen. Daran wird deutlich, dass § 5 Abs. 1 ArbStättV in Satz 1 und 2 auch individuelle Schutzziele verfolgt. Die Vorschriften sind deshalb zur Transformation geeignet (vgl. zur Doppelwirkung von § 5 Abs. 1 ArbSchG Senat 12. August 2008 - 9 AZR 1117/06 - Rn. 18 mwN, AP BGB § 618 Nr. 29 = EzA BGB 2002 § 618 Nr. 3).
- 28** 3. Dem Anspruch des Klägers auf Zuweisung eines tabakrauchfreien Arbeitsplatzes im Spielsaal für das "Klassische Spiel" stehen weder die Erforderlichkeitseinschränkungen in § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 ArbStättV noch § 5 Abs. 2 ArbStättV entgegen. § 5 Abs. 2 ArbStättV sieht vor, dass der Arbeitgeber in Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr Schutzmaßnahmen nach § 5 Abs. 1 ArbStättV nur insoweit zu treffen hat, als die Natur des Betriebs und die Art der Beschäftigung es zulassen.
- 29** 4. Der Beklagten ist es nicht unzumutbar, Schutzmaßnahmen gegen Tabakrauch zu treffen.
- 30** a) Die Zumutbarkeitschranken des § 5 ArbStättV können den Schutz des Arbeitnehmers vor Tabakrauch zurückdrängen. Derartige Schranken bestehen jedoch lediglich dann, wenn die unternehmerische Betätigungsfreiheit im Einzelfall rechtmäßig ausgeübt wird. Bei rechtmäßiger Betätigung kann der Arbeitnehmer keine Maßnahmen zum Schutz seiner Gesundheit verlangen, die zu einer Veränderung oder zu einem faktischen Verbot dieser Betätigung führten. Verbleibende Beeinträchtigungen seiner Gesundheit muss der Arbeitnehmer grundsätzlich hinnehmen. § 618 Abs. 1 BGB iVm. § 5 Abs. 1 ArbStättV ist keine Generalklausel, die im Interesse des Arbeitnehmerschutzes das Verbot solcher Betätigungen ermöglicht, die gewerberechtlich und nach anderen Vorschriften erlaubt sind. Die hohe Wertigkeit, die die durch § 618 BGB geschützten Rechtsgüter Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG haben, ändert daran nichts. Das

bedeutet, dass der Unternehmer im Grundsatz frei darüber entscheiden kann, ob er eine erlaubte Tätigkeit ausüben will. Eine gerichtliche Überprüfung kann sich dann nur darauf erstrecken, ob die unternehmerische Entscheidung offenbar unsachlich oder willkürlich ist (vgl. zu § 618 BGB, nicht zu § 5 ArbStättV BAG 8. Mai 1996 - 5 AZR 971/94 - zu B I 2 a und b der Gründe, BAGE 83, 95 [BAG 08.05.1996 - 5 AZR 971/94]). Daran ist festzuhalten.

- 31** b) Anderes gilt, wenn es sich nicht um eine rechtlich zulässige Ausübung der unternehmerischen Betätigungsfreiheit handelt, bei der der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einsetzt (vgl. BAG 8. Mai 1996 - 5 AZR 971/94 - zu B I 2 a der Gründe, BAGE 83, 95 [BAG 08.05.1996 - 5 AZR 971/94]). Die Ausübung der ua. von § 5 Abs. 2 ArbStättV geschützten unternehmerischen Betätigungsfreiheit wird durch gesetzliche Verbote beschränkt.
- 32** c) Ein solches Verbot ist im Streitfall zu beachten.
- 33** aa) Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien ist nicht § 1 Abs. 1 BNichtRSchG anzuwenden. Die Beklagte ist keine Einrichtung und kein Verfassungsorgan des Bundes, kein Verkehrsmittel des öffentlichen Personenverkehrs und kein Personenbahnhof der öffentlichen Eisenbahnen (vgl. näher Düwell FA 2008, 74, 75; derselbe jurisPR-ArbR 20/2008 Anm. 6).
- 34** bb) Das Tabakrauchen im Spielsaal für das "Klassische Spiel" ist jedoch nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 des am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Berliner Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit vom 16. November 2007 (Nichtraucherschutzgesetz - NRSchG, GVBl. für Berlin S. 578) verboten.
- 35** (1) Der Spielbankbetrieb ist nicht rechtmäßig, wenn im Spielsaal für das "Klassische Spiel" Tabak geraucht wird. Die gesetzgeberische Vorgabe des § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSchG schränkt die unternehmerische Betätigungsfreiheit der Beklagten hinsichtlich der Natur der Dienstleistung iSv. § 618 Abs. 1 BGB sowie der Natur des Betriebs und der Art der Beschäftigung iSv. § 5 Abs. 2 ArbStättV ein. Wegen des hier zu beachtenden landesgesetzlichen Rauchverbots kann offenbleiben, ob für die Zuweisung tabakrauchfreier Arbeitsplätze an dem bisher herangezogenen Kriterium der individuellen und konkreten Gesundheitsgefährdung festzuhalten ist, wenn kein gesetzliches Rauchverbot verhängt ist (zu dem Erfordernis der individuellen Gesundheitsgefährdung Senat 17. Februar 1998 - 9 AZR 84/97 - zu II 1 und 2 der Gründe, BAGE 88, 63; für die Aufgabe dieser Voraussetzung insbesondere mit Blick auf Art. 8 der Tabakraumkonvention der Weltgesundheitsorganisation Düwell FA 2008, 74, 77).
- 36** (2) Der Senat hat das bei Schluss der mündlichen Verhandlung am 19. Mai 2009 noch geltende NRSchG idF vom 16. November 2007 anzuwenden. Das Berliner Abgeordnetenhaus hat das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit (Drucks. 16/2324 des Abgeordnetenhauses Berlin) am 30. April 2009 beschlossen. Das Änderungsgesetz war am 19. Mai 2009 aber noch nicht verkündet. Es tritt nach seinem Art. II erst am Tag nach der Verkündung im Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin in Kraft.
- 37** (3) Nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSchG ist das Tabakrauchen nach Maßgabe des Absatzes 2 und des § 4 in Gaststätten iSd. § 3 Abs. 7 einschließlich Clubs und Diskotheken verboten. § 3 Abs. 7 NRSchG bestimmt, dass Gaststätten im Sinne dieses Gesetzes Einrichtungen nach § 1 des Gaststättengesetzes sind. Ein Gaststättengewerbe iSd. Gaststättengesetzes betreibt nach § 1 Abs. 1 GastG, wer im stehenden Gewerbe Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht (Schankwirtschaft) oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht (Speisewirtschaft), wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personenkreisen zugänglich ist. Gewerbe iSd. auch im Gaststättenrecht heranzuziehenden Gewerbebegriffs der GewO ist jede auf eine gewisse Dauer berechnete und auf Gewinnerzielung gerichtete selbständige Tätigkeit, die sich als Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr darstellt. Ausgenommen sind die Urproduktion, die Verwaltung des eigenen Vermögens, die freien Berufe und sozial unwürdige Betätigungen (Michel/Kienzle/Pauly Das Gaststättengesetz 14. Aufl. § 1 Rn. 1).

- 38 (4) Der Spielsaal für das "Klassische Spiel" erfüllt nach dem im Wortlaut zum Ausdruck gekommenen Zweck des NRSG den Gaststättenbegriff.
- 39 (a) Es ist unschädlich, dass die Getränke - und ggf. Speisen - im Spielsaal für das "Klassische Spiel" von einem anderen Unternehmen als der Beklagten angeboten werden.
- 40 (aa) Der in § 2 Abs. 1 Nr. 8 iVm. § 3 Abs. 7 NRSG in Bezug genommene Gaststättenbegriff des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GastG stellt für Schankwirtschaften ausschließlich auf die Verabreichung von Getränken zum Verzehr an Ort und Stelle im stehenden Gewerbe ab. Er knüpft nicht an die handelnde natürliche oder juristische Person an, wenn die Räumlichkeiten der Spielbank und der Bar - wie hier - nicht baulich getrennt sind.
- 41 (bb) Im Spielsaal für das "Klassische Spiel", in dem der Kläger beschäftigt wird, werden zumindest Getränke verabreicht. Zutritt haben volljährige Gäste, die sich durch Personalausweis oder Pass ausweisen können. Aus der fehlenden baulichen Trennung des Spiel- und des Barbetriebs folgt, dass es sich gaststättenrechtlich um einen sog. gemischten Betrieb handelt, in dem in Gewinnerzielungsabsicht neben einer Spielbank iSv. § 33h Nr. 1 GewO zugleich eine Gaststätte iSv. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GastG betrieben wird (vgl. zum Mischbetrieb Michel/Kienzle/Pauly § 1 Rn. 52 f.). Die rechtliche Trägerschaft zweier unterschiedlicher juristischer Personen zeigt, dass der gastgewerbliche Teil des Betriebs dem Spielbankbetrieb nicht untergeordnet ist. Das Rauchverbot des § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSG erfasst wegen der fehlenden räumlichbaulichen Trennung sowohl den Gaststätten- als auch den Spielbankbetrieb.
- 42 (b) Der Katalog des § 2 Abs. 1 NRSG hat entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts einen möglichst umfassenden Schutz der Bürger vor Passivrauchbelastung zum Ziel (vgl. Drucks. 16/0716 des Abgeordnetenhauses Berlin, Begründung Allgemeines Abs. 3 Unterabs. 1, siehe auch Einzelbegründung zu § 1 Abs. 1). Dieser Schutzzweck kommt im Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSG hinreichend zum Ausdruck. Danach ist das Tabakrauchen in Gaststätten im Sinne des § 3 Abs. 7 einschließlich Clubs und Diskotheken verboten. Der Gaststättenbegriff ist uneingeschränkt. Die Begriffe "Clubs" und "Diskotheken" sind der Aufzählung erklärend und vervollständigend hinzugefügt. Sie sollen den allgemeinen Gaststättenbegriff dagegen nicht relativieren, sondern dienen dazu, Auslegungs- und Abgrenzungsschwierigkeiten zu begegnen. Sie sollen den Gaststättenbegriff konturieren und nötigenfalls ausweiten.
- 43 cc) Das Rauchverbot in § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSG ist für den Streitfall erheblich, obwohl das Bundesverfassungsgericht erkannt hat, dass diese Norm idF des NRSG vom 16. November 2007 mit Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar ist (BVerfG 30. Juli 2008 - 1 BvR 3262/07 , 402/08 und 906/08 - Rn. 90 ff., BVerfGE 121, 317).
- 44 (1) Ein Rauchverbot in Gaststätten ist zwar nicht schlechthin mit der Verfassung unvereinbar. Die Verfassungswidrigkeit der konkreten Regelung ergibt sich aber daraus, dass der Berliner Landesgesetzgeber bei den von ihm gewählten Ausgestaltungen des Nichtraucherschutzes keine Regelungen getroffen hat, die auch mit Rücksicht auf die besonderen Belastungen einer bestimmten Gruppe von Gaststättenbetreibern insgesamt zumutbar erscheinen. § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSG ist nicht verhältnismäßig im engeren Sinn, weil die Vorschrift Betreiber kleinerer Einraumgaststätten mit getränkegeprägtem Angebot in unzumutbarer Weise belastet (BVerfG 30. Juli 2008 - 1 BvR 3262/07 , 402/08 und 906/08 - Rn. 90, 116 f., BVerfGE 121, 317).
- 45 (2) Die Verfassungswidrigkeit von § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSG führt nicht zur Nichtigkeit des dort verhängten Rauchverbots.
- 46 (a) Dem Landesgesetzgeber bleiben mehrere Möglichkeiten für die Neuregelung. Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich die Unvereinbarkeit der gegenwärtigen Regelung mit dem Grundgesetz festgestellt. Dem Abgeordnetenhaus von Berlin steht für den Erlass einer verfassungsgemäßen Neuregelung eine Frist bis 31. Dezember 2009 zur Verfügung. § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSG bleibt in der Zwischenzeit wegen der hohen Bedeutung des Schutzes der Bevölkerung vor

den Gefahren des Passivrauchens bis zu einer verfassungsgemäßen Neuregelung anwendbar. Das Rauchen in Gaststätten ist in Berlin weiterhin untersagt (BVerfG 30. Juli 2008 - 1 BvR 3262/07 , 402/08 und 906/08 - Rn. 161 f. und 166, BVerfGE 121, 317).

- 47** (b) Das vom Berliner Abgeordnetenhaus bereits beschlossene, aber noch nicht verkündete Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens in der Öffentlichkeit hält im Übrigen an § 2 Abs. 1 Nr. 8 und § 3 Abs. 7 NRSG fest. Der Landesgesetzgeber hat in § 4a des Änderungsgesetzes lediglich eine Ausnahmeregelung für getränkegeprägte Einraumgaststätten geschaffen. Danach darf ein Betreiber eine Gaststätte als Rauchergaststätte kennzeichnen, wenn die Gaststätte nicht über einen abgetrennten Nebenraum verfügt, die Grundfläche des Gastraums weniger als 75 qm beträgt, Personen unter 18 Jahren keinen Zutritt erhalten, keine vor Ort zubereiteten Speisen verabreicht und weitere formelle Erfordernisse beachtet werden. Dieser Ausnahmebestimmung unterfällt der gemischte Betrieb im Spielsaal für das "Klassische Spiel" schon aufgrund seiner Größe von ca. 2.500 qm nicht.
- 48** (3) Das Rauchverbot des § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSG ist bei der Prüfung der zulässigen Ausübung der unternehmerischen Betätigungsfreiheit nach § 5 Abs. 2 ArbStättV zu beachten, obwohl dem Bund für den Arbeitsschutz eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zukommt (vgl. BVerfG 30. Juli 2008 - 1 BvR 3262/07 , 402/08 und 906/08 - Rn. 98, BVerfGE 121, 317).
- 49** (a) Der Landesgesetzgeber verfolgt nach der Begründung des NRSG auch den Schutz der Gesundheit des Gaststättenpersonals (vgl. Drucks. 16/0716 des Abgeordnetenhauses Berlin, Begründung Allgemeines Abs. 3 Unterabs. 1 aE, siehe auch Einzelbegründung zu § 3 Abs. 7 letzter Abs.).
- 50** (b) Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn auch der Schutz der Gesundheit des Gaststättenpersonals zum Anliegen eines Landesnichtraucherschutzgesetzes gemacht wird.
- 51** (aa) Von dem Ziel des Schutzes der Gesamtbevölkerung durch ein Rauchverbot in Gaststätten muss der Landesgesetzgeber die im Gastronomiegewerbe Beschäftigten nicht ausnehmen. Für die Verteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern in Art. 74 GG ist der Gegenstand des jeweiligen Gesetzes maßgebend, nicht das vom Gesetzgeber in den Blick genommene Gemeinwohlziel. Wirkt der angestrebte Schutz aller vor den Gefahren des Passivrauchens in Gaststätten zugleich zugunsten der dort Beschäftigten, berührt dies hinsichtlich der Arbeitnehmer nicht die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Arbeitsschutz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG . Die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG greift nicht ein (BVerfG 30. Juli 2008 - 1 BvR 3262/07 , 402/08 und 906/08 - Rn. 98 f., BVerfGE 121, 317; aA die abweichende Meinung des Richters Masing zu dieser Entscheidung Rn. 189).
- 52** (bb) Der Landesgesetzgeber muss allerdings den Vorrang des Bundesrechts nach Art. 31 GG beachten, wenn Regelungen des Bundes- und des Landesrechts auf denselben Sachverhalt anwendbar sind und bei ihrer Anwendung zu verschiedenen Ergebnissen führen. Während das Landesnichtraucherschutzgesetz Baden-Württemberg eine Kollision mit den Vorschriften der ArbStättV durch eine ausdrückliche Bestimmung vermeidet, nach der die Regelungen der ArbStättV von den Bestimmungen des Landesnichtraucherschutzgesetzes unberührt bleiben sollen, fehlt im NRSG eine vergleichbare Vorschrift. Das kann wegen abweichender Rechtsfolgen zur Kollision mit Bundesrecht führen. Nach § 4 Abs. 5 NRSG sind bei sämtlichen Ausnahmen vom Rauchverbot, also auch bei der Einrichtung von Raucherräumen in Gaststätten Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen auszuschließen. Die Bestimmung kann für Arbeitsstätten mit Publikumsverkehr im Hinblick auf die dort beschäftigten Arbeitnehmer in Konflikt mit den Zumutbarkeitsschranken des § 5 Abs. 2 ArbStättV geraten. Die Natur des Betriebs und die Art der Beschäftigung lassen Schutzmaßnahmen für die nicht rauchenden Arbeitnehmer in Raucherräumen von Gaststätten regelmäßig nicht zu (vgl. BVerfG 30. Juli 2008 - 1 BvR 3262/07 , 402/08 und 906/08 - Rn. 99, BVerfGE 121, 317).

- 53** (cc) § 4 Abs. 5 NRSg ist jedoch einer verfassungskonformen Auslegung zugänglich, die die Kollision von Bundes- und Landesrecht und damit die Nichtigkeit der landesgesetzlichen Regelung wegen Verstoßes gegen den Vorrang des Bundesrechts nach Art. 31 GG vermeidet. Die Arbeitnehmer sollen nicht vor der Passivrauchbelastung in Raucherräumen geschützt werden. Vielmehr soll nur der Nichtraucherschutz außerhalb der Raucherräume sichergestellt werden, indem etwa zu verhindern ist, dass Tabakrauch in die angrenzenden Räumlichkeiten eindringt (vgl. BVerfG 30. Juli 2008 - 1 BvR 3262/07 , 402/08 und 906/08 - Rn. 100, BVerfGE 121, 317).
- 54** (c) Der Kläger fällt nach diesen Grundsätzen in den Schutzbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSg. Der allgemeine Schutzzweck dieser Norm wirkt sich nicht nur zugunsten der Gäste der Spielbank, sondern außerhalb von Raucherräumen auch auf die Rechte des Klägers als Arbeitnehmer aus.
- 55** (aa) Die Parteien sind sich darin einig, dass der Kläger vertragsgerecht im Spielsaal für das "Klassische Spiel" zu beschäftigen ist. Es ist deshalb nicht entscheidend, ob die höheren Anforderungen gewahrt wären, die eine Konkretisierung seiner Tätigkeit auf diesen Spielsaal stellte.
- 56** (bb) Der Spielsaal für das "Klassische Spiel" ist jedenfalls bislang kein abgetrennter Nebenraum iSv. § 4 Abs. 3 Satz 1 NRSg. Danach können die Betreiberin oder der Betreiber in der Gaststätte abgetrennte Nebenräume einrichten, in denen das Rauchen erlaubt ist, wenn voneinander getrennte und abgeschlossene Räume sowohl für rauchende Gäste als auch für nicht rauchende Gäste zur Verfügung stehen. Die Begründung zu § 4 Abs. 3 NRSg verlangt, dass die Anzahl der Plätze im Nichtraucherbereich deutlich höher sein muss als die Anzahl der Plätze im Raucherraum (vgl. Drucks. 16/0716 des Abgeordnetenhauses Berlin, Abs. 1 Unterabs. 2 Satz 2 der Einzelbegründung zu § 4 Abs. 3). Diesen Erfordernissen für einen Rauchernebenraum genügt der Spielsaal für das "Klassische Spiel" nicht. Es handelt sich aufgrund seines Angebots an Spielen und seiner Größe erkennbar um einen der zentralen Spielsäle der beklagten Spielbank und nicht um einen Nebenraum. Der Kläger genießt außerhalb abgetrennter Raucherräume denselben Schutz wie die Gäste der Spielbank aus dem Rauchverbot des § 2 Abs. 1 Nr. 8 NRSg (vgl. BVerfG 30. Juli 2008 - 1 BvR 3262/07 , 402/08 und 906/08 - Rn. 98 bis 100, BVerfGE 121, 317).
- 57** C. Die unterlegene Beklagte hat nach § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.