

Nichtraucherschutz versus „Recht auf Rauch“ am Arbeitsplatz Ein Streifzug durch (Arbeits-)Recht und Judikatur

Wolfgang AUNER

Zusammenfassung

Die medizinischen Erkenntnisse zu den schädlichen Folgen des Passiv-Rauchens haben in den letzten Jahren nicht nur dazu geführt, dass im öffentlichen Bereich Rauchverbote verfügt wurden, sondern auch, dass unter Berücksichtigung arbeitnehmerschutzrechtlicher Überlegungen ein weitgehender Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz erlassen wurde. Wenn Raucher und Nichtraucher in einem gemeinsamen Büroraum arbeiten, gilt seit 1. 1. 2002 Rauchverbot. Das Rauchen kann arbeitgeberseitig nach den erlassenen Gesetzesbestimmungen auf die täglichen Arbeitspausen in den dafür zur Verfügung zu stellenden Pausenräumen eingeschränkt werden. Die Duldung darüber hinausgehender Rauchpausen obliegt der Gestion des Arbeitgebers, ist arbeitszeitrechtlich einer Arbeitszeitverkürzung gleichzusetzen und kann trotz längerfristiger Gewährung nicht zu einem gewohnheitsrechtlichen Anspruch führen. Innerbetriebliche Rauchverbote sind von Arbeitnehmern strikt einzuhalten und können bei Nichteinhaltung bis zur gerechtfertigten Entlassung führen. Die Beachtung der arbeitnehmerschutzrechtlichen Normen durch den Arbeitgeber steht ebenfalls unter Strafsanktion. Letztlich haben geschädigte Arbeitnehmer die Möglichkeit, bei nachgewiesener Kausalität auch Schadenersatzansprüche geltend machen.

Schlüsselwörter: Rauchverbot, Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz, Arbeitspausen, Rauchpausen, Strafsanktionen: Entlassung, Verwaltungsgeldstrafen und Schadenersatz

Abstract

During the past few years, medical research showed that the negative effects of passive smoking are far more severe, than previously assumed. This has lead to banning smoking from public buildings and to increasing protective legislation for non-smokers in their respective work places. Starting January, 1st 2002, smoking is not permitted, when smokers and non-smokers have to share the same office. According to the new legislation, smoking is only permitted during legal breaks and only in designated smoking areas. The employer may permit smoking at other times during work. But, according to present labour legislation, smoking at other times can be considered as lost time. Even though this may have been tolerated for a long period of time, it does not become an accrued right. Internal rules on smoking must be respected by all employees, non-compliance may lead to dismissal. The employer is also required to enforce rules protecting employees. Furthermore, employees who have been harmed, and can prove, that the employer is not complying to protective legislation, have a right for compensation.

Keywords: No Smoking, Non-smoker Protection at the Place of Work, Breaks in Work, Smoking Breaks, Punitive Sanctions: Dismissal, Fines, and Compensation

Anschrift des Autors: Dr. Wolfgang AUNER
Personaljurist der Styria Medien AG
Schönaugasse 64
A-8010 Graz

1. Arbeitsrechtliche und sonstige Normen zum Nichtraucherschutz

1.1. Der Nichtraucherschutz am Arbeitsplatz

„Wenn aus betrieblichen Gründen Raucher und Nichtraucher gemeinsam in einem Büroraum oder einem vergleichbaren Arbeitsraum arbeiten müssen, der nur durch Betriebsangehörige genutzt wird, ist das Rauchen am Arbeitsplatz verboten.“ So lautet der Kernsatz des § 30 Abs 2 ASchG, der als Teil des Arbeitnehmerschutz-Reform-Gesetzes mit 1. 1. 2002 in Kraft getreten ist und die bisherige einschlägige lex specialis für den Nichtraucherschutz in Büroräumen verschärft hat. Nach der bis dorthin geltenden Regel über das Zusammenleben von Rauchern und Nichtrauchern in Büroräumen, war das Rauchen erlaubt, wenn die Nichtraucher „durch eine verstärkte Be- und Entlüftung des Raumes vor der Einwirkung von Tabakrauch ausreichend geschützt werden“ konnten.

Nach der lex generalis des § 30 Abs 1 leg. cit. ist der Arbeitgeber lediglich verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass „Nichtraucher vor den Einwirkungen von Tabakrauch am Arbeitsplatz geschützt sind, soweit dies nach der Art des Betriebes möglich ist.“ Durch diese Norm wird trotz des grundsätzlich gewünschten Schutzes der Nichtraucher auf spezifische Arbeitsplatz-Gegebenheiten Rücksicht genommen. Eine Differenzierung, die einleuchtet, wenn man beispielhaft die Arbeitsbedingungen des Servierpersonals in einem Restaurant mit den Arbeitsbedingungen von Lohnverrechnern in einem Büroraum vergleicht.

In den Aufenthaltsräumen, die den Arbeitnehmern zum Aufenthalt während der täglichen Pausen zur Verfügung zu stellen sind, und in den Bereitschaftsräumen ist nach Abs 3 leg. cit. „durch geeignete technische oder organisatorische Maßnahmen dafür zu sorgen, dass ... Nichtraucher vor den Einwirkungen von Tabakrauch geschützt sind.“

Aufenthaltsräume sind nach § 28 leg. cit. den Arbeitnehmern zur Verfügung zu stellen, „wenn 1. Sicherheits- oder Gesundheitsgründe dies erfordern, insbesondere wegen der Art der ausgeübten Tätigkeit, der Verwendung gefährlicher Arbeitsstoffe, der Lärmeinwirkung, Erschütterungen oder sonstigen gesundheitsgefährdenden Einwirkungen, sowie bei längerdauernden Arbeiten im Freien, oder 2. ein Arbeitgeber in einer Arbeitsstätte regelmäßig mehr als zwölf Arbeitnehmer beschäftigt“. In den Aufenthaltsräumen sind „Sitzgelegenheiten mit Rückenlehne und Tische in ausreichender Anzahl zur Einnahme der Mahlzeiten sowie Einrichtungen zum Wärmen und Kühlen von mitgebrachten Speisen und Getränken zur Verfügung zu stellen“. Im Gegenzug dazu sind für „jene Arbeitnehmer, in deren Arbeitszeit regelmäßig und in erheblichem Umfang Zeiten der Arbeitsbereitschaft fallen“, ... „Bereitschaftsräume zur Verfügung zu stellen, wenn 1. sie sich während der Zeiten der Arbeitsbereitschaft nicht in den Aufenthaltsräumen oder anderen geeigneten Räumen aufhalten dürfen und 2. Gesundheits- oder Sicherheitsgründe die Einrichtung von Bereitschaftsräumen erfordern“. Unter Bedachtnahme auf die Zweckbestimmung dieser Räume versteht sich fast von selbst, dass diese ... „den hygienischen Anforderungen entsprechen, angemessene raumklimatische Verhältnisse aufweisen, ausreichend be- und entlüftet, belichtet oder beleuchtet und gegen Lärm, Erschütterungen und sonstige gesundheitsgefährdende Einwirkungen geschützt sein“ müssen.

In einem eigenen Erlass des Zentral-Arbeitsinspektorates (13. 5. 2002, 461.204/17-III/3/02) werden die Kriterien für die Vergleichbarkeit von Arbeitsräumen mit Büroräumen wie folgt definiert: „Kriterien für die Vergleichbarkeit von Arbeitsräumen sind Größe, Ausstattung und Zweckbestimmung des infrage kommenden Raumes. So wie jedenfalls Fabrikhallen aufgrund der Größe nicht als mit Büroräumen vergleichbar angesehen werden können, wird man zum selben Schluss gelangen, wenn in einem großen Raum die Arbeitsplatz-

dichte gering ist oder die Arbeitsplätze nicht ortsgelunden sind. Andererseits spricht eine Ausstattung mit Arbeitstischen oder Werkbänken und Stühlen für die Vergleichbarkeit. Aufgrund der Zweckbestimmung sind Arbeitsräume dann mit Büroräumen vergleichbar, wenn sie für büroähnliche Fertigungs- und produktionsbezogene Arbeitsvorgänge bestimmt sind (z. B. Meisterkoje, Qualitätssicherung, Programmierung, Magazine, Lager) oder wenn sie für Fertigungs- und Produktionsarbeitsvorgänge bestimmt sind, die im Sitzen an Tischen oder Werkbänken durchgeführt werden können (z. B. Feinmechanik, Elektrotechnik, Uhrmacher, Fernsehreparatur, Computerreparatur).“

Neben diesen generellen Normen, die für alle Arbeitnehmer gleich gelten, besteht nach § 3 Abs 6 MSchG die besondere Norm, dass *„werdende Mütter, die selbst nicht rauchen, ... soweit es die Art des Betriebes gestattet, nicht an Arbeitsplätzen beschäftigt werden“* dürfen, *„bei denen sie der Einwirkung von Tabakrauch ausgesetzt werden. Wenn eine räumliche Trennung nicht möglich ist“,* so ist *„durch geeignete Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass andere Dienstnehmer, die im selben Raum wie die werdende Mutter beschäftigt sind, diese nicht der Einwirkung von Tabakrauch aussetzen“.*

Alle Arbeitgeber, die sich nicht ausreichend um den Schutz vor den Einwirkungen von Tabakrauch kümmern, stehen unter den Strafanktionen des ASchG. Wenn entsprechende Missstände von den Verwaltungsbehörden zu ahnden sind, können jedenfalls Verwaltungsstrafen verhängt werden. Gemäß § 130 Abs 1 Z 24. begeht nämlich eine Verwaltungsübertretung, *„wer als Arbeitgeber ... die Verpflichtungen betreffend Lärm oder sonstigen Einwirkungen ... verletzt“.* Der dafür vorgesehene Strafrahmen umfasst allein für den Erstfall mindestens EUR 145,- bis EUR 7.260,- und im Wiederholungsfall EUR 290,- bis EUR 14.530,- und wird es im Streitfall jeweils auf die Umstände des konkreten Einzelfalles ankommen, wie weit der Strafrahmen von der Strafbehörde ausgenützt wird. Aus finanziel-

ler Sicht ist hierzu besonders auf das dem Verwaltungsstrafrecht innewohnende Kumulationsprinzip hinzuweisen, wonach jeder einzelne Straftatbestand gesondert zu berücksichtigen ist und dann die Strafe für jede erwiesene Übertretung noch mit der Anzahl der „geschädigten Arbeitnehmer“ multipliziert wird. Auch das MSchG droht mit Strafen von EUR 70,- bis EUR 1.820,- bzw. im Wiederholungsfall mit EUR 220,- bis EUR 3.630,-.

Weitere nahezu wortgleiche Regelungen zum Nichtraucherchutz sind auch den einschlägigen Bestimmungen für Bundesbedienstete (§ 30 des Bundesbedienstetenschutzgesetzes) oder auch für Landarbeiter (§ 88h Landarbeitsgesetz) zu entnehmen. Die §§ 36 und 39 der BauarbeiterschutzVO regeln für Aufenthalts- und Schlafräume, dass für den Fall, dass getrennte Räume nicht zur Verfügung stehen, der Nichtraucherchutz bei Aufenthaltsräumen durch verstärkte Be- und Entlüftung zu gewährleisten ist, jedoch bei gemeinsamen Schlafräumen ein Rauchverbot gilt. Gleiches gilt bei gemeinsamen Schlafräumen für Bundesbedienstete (§ 37 Bundes-ArbeitsstättenVO).

Neben diesen allgemeinen Normen sind natürlich die speziellen Rauchverbote zu beachten, die jedermann aus produktionstechnischen, hygienischen oder medizinischen Überlegungen einsichtig sind.

Dass dieser heutige Status vorläufiger Endpunkt und Ausfluss einer logischen und konsequenten Entwicklung des Gesundheitsbewusstseins und der medizinischen Forschung ist, zeigt schon ein Blick in die arbeitsrechtliche Literatur der 70er-Jahre des vorigen Jahrhunderts. Hier fasst EGGER (RdA, 1976, 135ff) unter dem Titel *„Das Recht der Nichtraucher auf reine Luft am Arbeitsplatz“* den Stand der medizinischen und (arbeits-)rechtlichen Beurteilung des Passivrauchens zusammen. Im Zusammenhang mit der „World Conference on Smoking and Health“, die im Juni 1975 in New York stattfand, wurde in der damals neuesten repräsentativen Stellungnahme der medizinischen Experten dazu aufgerufen *„die Erkennt-*

nis zu fördern, dass uneingeschränktes Rauchen in geschlossenen Räumen ... eine Gesundheitsgefahr ... mit vielfältigen medizinischen Empfänglichkeiten und Leiden und physische Irritation und Belästigung für die Mehrheit der Nichtraucher verursacht.“ Der Nebenstrom des Tabakrauches, der während der Zuspänpausen entsteht und beim Passivrauchen notgedrungen eingeatmet wird, wird als ernste Gesundheitsgefährdung festgemacht. Im Vergleich zum inhalierten Hauptstrom finden sich darin die dreifache Menge an krebserzeugendem Benzpyren, das 4,6-fache an giftigem Kohlenmonoxyd und die Hauptmenge an Nikotin. Die negativen und die (gesundheits-)belastenden Auswirkungen von längerfristigem Passivrauchen lassen sich in drei Bereiche untergliedern: Erstens wird die körperliche Leistungsfähigkeit insbesondere durch Augenbrennen, Kopfschmerzen, Nasensymptome, Übelkeit und Heiserkeit herabgesetzt. In zweiter Linie trägt der hohe Kohlenoxidgehalt zu einem geistigen Leistungsabfall und zu einer Beeinträchtigung des Unterscheidungsvermögens des Gehöres, der Sehschärfe und der Fähigkeit, feine Helligkeitsunterschiede wahrzunehmen, bei, wodurch die Gefahr von Arbeitsunfällen steigt. Letztlich wird das Einatmen von tabakangereicherter Luft als ständiges Ärgernis empfunden und führt zu Spannungen innerhalb der Kollegenschaft.¹ Dem Gesetzgeber der späten 70er-Jahre wurde ein dringendes normatives Handeln und den Arbeitgebern ein besonderes Wahrnehmen ihrer Fürsorgepflicht in diesem Bereich empfohlen.

Noch detailliertere Aussagen zum gegenständlichen Fragenbereich lassen sich der von der Arbeiterkammer Vorarlberg in Auftrag gegebenen wissenschaftlichen Studie entnehmen, die von Wächter unter dem Titel „Der Schutz des Nichtrauchers vor dem Passivrauchen am Arbeitsplatz“ im Jänner 1977 abgeschlossen wurde. Darin wurde auf die Ergebnisse einer repräsentativen ifes-Studie aus dem Jahr 1974 verwiesen, wonach bei einem beträchtlichen Teil der Nichtraucher ein Bedürf-

nis nach Schutz vor dem Passivrauchen besteht, und dass eine klare Mehrheit der Arbeitnehmer für ein Rauchverbot am Arbeitsplatz eintrete. Bemerkenswert dabei war, dass auch Raucher für das Rauchverbot votiert hatten. Aus medizinischer Sicht wurde die Studie auf die oben zu Egger angeführten Beeinträchtigungen und die erwähnte Empfehlung der „World Conference on Smoking and Health“ gestützt. Über die objektiven Auswirkungen des Passivrauchens herrschte aber damals noch keine einhellige Meinung. In Ermangelung einschlägiger Normen des Arbeitnehmerschutzrechtes musste Artikel 63 des Staatsvertrages von St. Germain und die Europäische Menschenrechtskonvention argumentativ bemüht werden, dass abgeleitet werden konnte, dass ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Grundrecht des Nichtrauchers auf Schutz vor der Beeinträchtigung seiner körperlichen Unversehrtheit durch das Passivrauchen besteht und dieses Recht auch am Arbeitsplatz gilt. Letztlich regte auch Wächter in seinem Katalog von „Wünschenswerten Maßnahmen des Gesetzgebers“ umfassende gesetzliche Maßnahmen zum Schutze der Nichtraucher an.

Der Gesetzgeber hat mittlerweile seine Lektionen gelernt und es ist allgemein zu erkennen, dass der Nichtraucherschutz zu einem großen und gewichtigen Anliegen geworden ist. Dies ist aber nicht nur an arbeitnehmerschutzrechtlichen Normen erkennbar, die heute bereits die räumliche Trennung von Rauchern und Nichtrauchern vorsehen, damit das Passivrauchen am Arbeitsplatz einschränkt bzw. wo möglich, überhaupt ausgeschlossen wird. Auch für den öffentlichen Bereich gelten bereits seit einigen Jahren massive Einschränkungen für Raucher.

1.2. Der Nichtraucherschutz im öffentlichen Bereich

Das mit 1. 7. 1995 in Kraft getretene Tabakgesetz hat schon in seinem vollen Wortlaut den Nichtraucherschutz inkorporiert,

heißt es doch *„Bundesgesetz über das Herstellen und das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherschutz“*.

Neben detaillierten Bestimmungen über die Begrenzung des Kondensat-(Teer-)Gehalts im Zigarettenrauch, umfangreichen Warn- und Informationspflichten und einer rigorosen Einschränkung der Tabakwerbung wurden auch zwei Paragraphen zum Nichtraucherschutz in dieses Gesetz aufgenommen.

§ 12 verfügt ein Rauchverbot in Räumen für Unterrichts- und Fortbildungszwecke, für Verhandlungszwecke und für schulsportliche Betätigung.

§ 13 regelt darüber hinaus, dass in allgemein zugänglichen Räumen bestimmter Einrichtungen, unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen, ebenfalls ein Rauchverbot gilt. Derartige Einrichtungen sind Amtsgebäude, schulische oder andere Einrichtungen, in denen Kinder und Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden. Weiters Hochschulen oder Einrichtungen der beruflichen Bildung und Einrichtungen, die der Darbietung von Vorführungen oder Ausstellungen dienen. Nur bei Vorhandensein entsprechender Räume und Sicherstellung, dass der Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt, ist das Rauchen gestattet. Im Abs 3 wird abschließend für ortsfeste Einrichtungen des öffentlichen und privaten Bus-, Schienen-, Flug- und Schiffsverkehrs angeordnet, dass in ausreichendem Maße Nichtraucherzonen einzurichten sind.

1.3. Sonstige Normen zum Nichtraucherschutz

Auch in einer weiteren Reihe anderer Normenbereiche wird das geordnete Zusammenleben von Rauchern und Nichtrauchern angesprochen. So bestimmt etwa § 42c Abs 1 Z 7 des Krankenanstalten- und Kuranstaltengesetzes, dass in die Kuranstaltsordnung, in der der innere Betrieb der Kuranstalt zu regeln ist, auch *„die zum Schutz der Nichtraucher getroffenen*

Maßnahmen“ aufzunehmen sind. Selbst im Strafvollzug ist nach § 40 Strafvollzugsgesetz darauf zu achten, dass Nichtraucher nach Möglichkeit nicht gemeinsam mit Rauchern in einem Haftraum untergebracht werden, es sei denn, dass diese der gemeinsamen Unterbringung ausdrücklich zustimmen. Letztlich sei auch noch die Bestimmung des § 4 Abs 3 der Polizeigefangenenhaus-Hausordnung erwähnt, wonach *„Wünsche eines Häftlings ... auf Verwahrung in einer Nichtraucher-Zelle ... nach Möglichkeit zu berücksichtigen“* sind.

2. Das „Menschenrecht“ auf Rauchpause?

Welche Möglichkeiten bestehen nun für Raucher, die nicht das subjektive Glück haben, in einem „reinrassigen“ Raucherzimmer arbeiten zu können, dennoch während eines Arbeitstages arbeitsrechtlich unbedenklich zu ihren Nikotin-Einheiten zu kommen?

Der Gesetzgeber verfügt für Erwachsene nach § 11 Abs 1 AZG und für Jugendliche gemäß § 15 KJBG, dass die tägliche Arbeitszeit durch eine halbstündige, unbezahlte Pause zu unterbrechen ist. Während dieser unbezahlten Pausen besteht für die Arbeitnehmer die Möglichkeit, diese Zeit nach eigenem Gutdünken frei zu gestalten. Für den Aufenthalt während dieser Pausen sind arbeitgeberseitig entsprechende Räume zur Verfügung zu stellen. Stehen Rauchern und Nichtrauchern nach den oben dargestellten Normen keine getrennten Räume zur Verfügung, sind die Pausen durch organisatorische Maßnahmen (z. B. durch Pausenabfolge: zuerst Nichtraucher, dann Raucher) oder durch zielführende „Lüftungsmaßnahmen“ für die Nichtraucher erträglich zu gestalten.

Beträgt die Tagesarbeitszeit jedoch weniger als sechs Stunden bei Erwachsenen und viereinhalb Stunden bei Jugendlichen, besteht kein Anspruch auf diese Pause.

Über diese gesetzlichen Pausen, die taxativ geregelt sind, besteht darüber hinaus kein

weiteres „Menschenrecht“ auf Rauchpausen, wie dies RAUCH in seinem Artikel „Besteht ein arbeitsrechtlicher Anspruch auf Rauchpausen?“ (ASoK 2001, 274ff) treffend ausführt.

Unter Berücksichtigung dieser gesetzlichen Rahmenbedingungen steht es dem Arbeitgeber jedoch frei, genauso wie bei der Gewährung oder Duldung von Kaffee- oder Jausenpausen außerhalb der gesetzlichen Pausen und damit innerhalb der von ihm bezahlten Arbeitszeit, Rauchern die Möglichkeit zum zusätzlichen Nikotinkonsum zu gewähren. Damit wird aber die zu leistende Nettoarbeitszeit pro Tag und Woche von Rauchern im Gegensatz zu Nichtrauchern mehr oder minder erheblich unterschritten. Dies führt gelegentlich zu Spannungen innerhalb der Belegschaft, aber auch zu sachgerechten Lösungen, wie dies das kürzlich in der Öffentlichkeit medial nicht ganz „sauber“ abgehandelte Beispiel eines Tiroler Industrieunternehmens zeigt.

Hier hat sich eine Gruppe von Rauchern, die aus produktionstechnischen Überlegungen heraus nicht direkt am Arbeitsplatz rauchen konnte, tagsüber mehrfach, vor allem aber für andere Arbeitskollegen sichtbar, zu Rauchpausen getroffen. Nichtrauchende Kollegen, die während dieser Zeiten ihren Tätigkeiten ordnungsgemäß nachgingen, wollten sich mit dieser zusätzlichen Gewährung bezahlter Rauchpausen nicht abfinden. Letztlich endete der daraus entstandene Disput damit, dass nach einer Abstimmung unter den betroffenen Mitarbeitern befunden wurde, dass die „verrauchte“ Zeit eingearbeitet werden müsse. In der Folge wurde firmenseitig eine Stechuhr an der Tür zum Raucherzimmer angebracht, und jeder Besuch in diesem „chambre separee“ bewirkt eine geringfügige Reduktion der erworbenen Zeitguthaben. Innerbetrieblich werden regelmäßig Gesundheitstage veranstaltet, bei denen alle Arbeitnehmer an zahlreichen Stationen die Möglichkeit haben, diverse medizinische Checks und Überprüfungen des eigenen Gesundheitszustandes vornehmen zu lassen. Als der Personalchef anlässlich des letzten Gesund-

heitstages von einem Medienvertreter befragt, auch stolz auf eine Abteilung von immerhin rund 250 Arbeitnehmern hingewiesen hat, in der sogar die Zeit der Rauchpausen eingebracht wird, wurde dies als dienstgeberischer Akt der Unfreundlichkeit den Rauchern gegenüber hochgespielt und für die Raucher ein Gewohnheitsrecht auf bezahlte Rauchpausen reklamiert. Als Replik zu dieser öffentlichen Diskussion weist nun kürzlich RAUCH (ASoK 2003, 3ff) unter Hinweis auf die Judikatur zum arbeitgeberischen Dulden von Verhaltensweisen von Arbeitnehmern schlüssig nach, dass durch die Duldung von Rauchpausen kein Gewohnheitsrecht auf Rauchpausen entstehen kann.

Dies entspricht auch der Judikatur des OGH, wonach es durch das stillschweigende Dulden von Verhaltensweisen zu keinerlei Änderung der bestehenden Arbeitsverhältnisse im Sinne eines Gewohnheitsrechtes kommen kann (OGH 11. 2. 1999, 8 ObA 195/98d = SCHRANK, in LE-AS 41.2.4. Nr. 1). Im Zusammenhang mit dem arbeitgeberischen Direktions- bzw. Weisungsrecht könnten daher auch bisher geduldete Rauchpausen abgeschafft werden.

In jedem Einzelfall wird es von der Einstellung des jeweiligen Arbeitgebers und seiner Überzeugung über das Kreativpotenzial, das in bezahlten Kurzpausen – egal zu welchem Zweck sie verwendet werden – entstehen kann und die jeweiligen räumlichen Verhältnisse ankommen, ob derartige die wirtschaftliche Sphäre belastenden Zusatzpausen konsumiert werden können.

Arbeitgeberseitig wird man jedoch beim Schutz von Nichtrauchern gesetzlich unter Zugzwang gesetzt und es können entsprechende Maßnahmen bis hin zum Verhängen und Durchsetzen des Rauchverbotes gerechtfertigt werden. Insoweit hat sich die rechtliche Situation zu Lasten der Raucher verändert. Letztlich würde das Gewähren von zusätzlichen bezahlten (Rauch-)Pausen ausschließlich an Raucher gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßen und alle Nichtraucher zwecks Zugewinns von Pausen zum Rauchen verleiten.

Selbst wenn in Büroräumen mit „gemischter“ Besetzung nunmehr Arbeitgeber und Arbeitnehmer an das Rauchverbot gebunden sind, empfiehlt sich jedoch der Abschluss von Betriebsvereinbarungen gemäß § 97 Abs 1 Z 1 ArbVG, wie dies auch MAZAL in seinem Artikel *„Dicke Luft am Arbeitsplatz: Rauchen im Betrieb“* (in *ecolex* 1990, 103) noch zur Rechtslage vor dem mit 1. 1. 1995 in Kraft getretenen ASchG vorschlägt. In derartigen „*allgemeinen Ordnungsvorschriften, die das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb regeln*“ können im Konsens mit den Betriebsräten und damit allgemein mit hoher Akzeptanz Rauchverbote erlassen, wie auch spezielle Raucherzonen festgelegt werden. Sollte in derartigen arbeitnehmerschutzrechtlich wichtigen Anliegen keine Einigung zustande kommen, besteht noch immer die Möglichkeit, dass derartige Betriebsvereinbarungen über die Entscheidung der Schlichtungsstelle erzwungen werden.

In Betrieben ohne Betriebsrat können alle notwendigen Maßnahmen zum Schutze der Nichtraucher auch arbeitgeberseitig verfügt werden, da der Arbeitgeber durch die gesetzlichen Bestimmungen in seiner Fürsorgepflicht zum Handeln geradezu gezwungen ist.

3. Das rechtswidrige Verhalten rund um das Thema Rauchen und mögliche Konsequenzen

Das bloße Rauchen am Büroarbeitsplatz, wie auch das vom Arbeitgeber nicht geduldete Konsumieren von zusätzlichen (Rauch- und/oder Kaffe-)Pausen stellt eindeutig einen Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen und gerechtfertigte Anordnungen des Arbeitgebers dar. Damit wird letztlich gegen die Pflicht zur Einhaltung der vereinbarten Arbeitszeit genauso verstoßen wie z. B. durch das verspätete Antreten der Arbeit. Je nach Situation kann dies bis hin zu fristloser Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen. Ein Blick auf die arbeitsrechtliche Judikatur der letzten Jahre lässt aber erkennen, dass

die Gerichte im Zusammenhang mit dem Thema Rauchen eher selten konfrontiert werden.

3.1. Das Rauchen als Entlassungstatbestand

3.1.1. Entlassung bei Rauchen im Rauchverbot

Wird in der Nähe von potenziell brennbarem Lagergut geraucht, stellt das Rauchen im Sinne des Entlassungstatbestandes des § 81 lit g GewO (wobei dieser Text aus dem Jahr 1859 stammt) eine Variante des Umganges mit offenem Feuer dar, die als so unvorsichtig anzusehen ist, dass ein Zuwiderhandeln den Entlassungstatbestand verwirklicht. Das erstinstanzliche Arbeitsgericht Wien hat in diesem Fall auch ausgeführt, dass ein tatsächlicher Schadenseintritt nicht notwendig sei und das Entlassungsrecht auch ohne die in der Regel notwendigen vorherigen Verwarnungen gegeben sei, wenn durch die vorhandene Betriebsordnung, angebrachte Verbotsschilder und die mündlichen Hinweise ausreichend auf das Rauchverbot hingewiesen wurde (ASG Wien 29.6.2000, 29 C ga 215/99w, rk. = ARD 5196/18/2001).

3.1.2. Die eigenmächtige Rauchpause als Entlassungsgrund

In einem Betrieb wurden mehrere Arbeitnehmer an einer Maschine eingesetzt. Einer der Mitarbeiter „genehmigte“ sich eigenmächtig Rauchpausen, ignorierte die mehrmalige Aufforderung, seine Arbeit wieder anzutreten und wurde in der Folge zu Recht entlassen. Das Erstgericht (ASG Wien 26.7.1999, 19 C ga 162/98a = ARD 5162/6/2000) entschied, dass von einer unbeherrschbaren, das Verhalten des Arbeitnehmers entschuldigenden Nikotinabhängigkeit (sofern es Derartiges aus medizinischer Sicht überhaupt gibt), die es dem Arbeitnehmer unmöglich gemacht hätte, die eigenmächtige Arbeitspause nicht anzutreten und trotz Ermahnungen des Geschäftsführers das Fertigruchen der bereits begonnenen

Zigarette einzustellen, hier nicht gesprochen werden könne. Das Verlangen, eine Zigarette zu rauchen und Kaffee ungestört trinken zu können und dabei Zeitung zu lesen, kann auch nicht mit der Dringlichkeit einer Notdurft gleichgestellt oder mit dieser verglichen werden. Das Berufungsgericht (OLG Wien 28.2.2000, 8 Ra 53/00y) hat diese Auffassung bestätigt und sah den Entlassungstatbestand auch aus Gründen der Aufrechterhaltung der Arbeitsdisziplin als gegeben an, selbst wenn im Einzelfall eine konkrete Arbeitsverzögerung nicht erkennbar sei.

Ein anderer arbeitsgerichtlicher Senat des Arbeitsgerichtes Wien (19. 2. 1998, 27 Cga 250/96y, rk = ARD 4999/9/99) übte mehr Nachsicht mit einem Raucher und erkannte, dass der menschlichen Leistungsfähigkeit Grenzen gesetzt und deshalb kurz andauernde Pausen nach der Lebenserfahrung dazu geeignet seien, das Leistungsvermögen zu regenerieren. Deshalb stellen tägliche Rauchpausen von ca. 10 bis 15 Minuten unter Bedachtnahme auf den Arbeitslauf und sofortiger Rückkehr an den Arbeitsplatz bei Aufforderung keinen Entlassungsgrund dar.

3.1.3. Der „geschleuderte Aschenbecher“

Bei einer Auseinandersetzung zwischen einem Raucher und einem Nichtraucher über einen vollen Aschenbecher wurde nicht nur mit Worten sondern auch mit Handbewegungen argumentiert. Der volle Aschenbecher wurde durch eine ausholende Handbewegung des Rauchers weggeschleudert und über beide ergoss sich ein Aschenregen. Das OLG Wien entschied in zweiter Instanz, dass durch diese Reflexbewegung keine die Entlassung rechtfertigende Tötlichkeit gesetzt wurde (OLG Wien 10.11.1995, 8 Ra 118/95 = ARD 4716/14/96).

3.1.4. „Des provokanten Rauchers unrechtmäßige Angst vor Vergeltungsmaßnahmen“

Ein rauchender Beifahrer in einem Müllentsorgungsunternehmen war bei einer Fahrt we-

der dazu bereit, das Rauchen zu unterlassen, noch konnte er dazu überredet werden, das Fenster der Fahrerkabine zwecks Luftverbesserung zu öffnen. Die sich daran knüpfende verbale Kontroverse war rund einen Monat später der Anlass, dass sich der Raucher dem arbeitgeberischen Auftrag, erneut mit dem nichtrauchenden Lenker als Beifahrer mitzufahren, aus angeblicher Furcht vor einer weiteren Auseinandersetzung widersetzte. Selbst eine 3-malige Aufforderung, an dieser Fahrt ausnahmsweise wegen eines Personalengpasses teilzunehmen, fruchtete nichts. Damit wurde durch den Raucher die für den Entlassungstatbestand der beharrlichen Pflichtverletzung erforderliche Nachhaltigkeit und Unnachgiebigkeit ausreichend manifestiert und war es deshalb auch eine nochmalige Aufforderung entbehrlich (OGH 14.11.2001, 9 ObA 265/01 p = ARD 5341/40/2002).

3.2. Nichtraucherchutz und Fehlverhalten eines Behinderten

Der Behindertenausschuss hat in Verfahren zur Kündigung begünstigter Behinderter eine Ermessensentscheidung zu treffen, bei der berechnete Interessen des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und die besondere soziale Schutzbedürftigkeit des zu kündigenden Behinderten gegeneinander abzuwägen sind. Dabei ist letztlich zu beurteilen, ob dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses oder dem Behinderten der Verlust des Arbeitsplatzes eher zuzumuten ist. Wenn nun – neben anderem Fehlverhalten – das problembeladene Verhältnis zu anderen Arbeitnehmern im Betrieb darauf zurückzuführen war, dass der Behinderte sich durch Raucher gestört gefühlt hat und den Arbeitgeber Versäumnisse im Rahmen des Nichtraucherschutzes traf, konnte daraus kein gravierendes Fehlverhalten des Behinderten abgeleitet werden, das im Rahmen der Interessenabwägung besonders ins Gewicht fällt. Der VwGH hat deshalb die Beschwerde des Ar-

beitgebers abgewiesen (VwGH 18.1.2000, 99/11/0144 = ARD 5112/4/2000).

4. Sonstige Judikatur

Bei Verstößen gegen die einschlägigen Normen können Arbeitgeber gegebenenfalls sogar zur Haftung für gesundheitliche Schäden herangezogen werden. Die Betriebspartner können, wie das deutsche Judikat beweist, durch Betriebsvereinbarungen die Handlungsfreiheit der Arbeitnehmer im Betrieb einschränken.

4.1. Schadenersatzansprüche wegen Passivrauchens

Ein an chronischer Bronchitis erkrankter Arbeitnehmer beehrte von seinem ehemaligen Arbeitgeber Schadenersatz wegen der Unterlassung eines generellen Rauchverbotes in den Jahren 1970 bis 1983. Das OLG Linz (6. 12. 1995, 3 R 233/95 = ARD 4856/36/97) führte dazu aus, dass für die Frage, ob ein Arbeitgeber für alle zukünftigen nicht durch Leistungen der Sozialversicherung abgedeckten Schäden eines ehemaligen Arbeitnehmers hafte, die ihm aus der chronischen Bronchitis – die auf frühere Zustände am Arbeitsplatz zurückzuführen ist – entstehen, davon abhängt, ob der Arbeitgeber schuldhaft gegen Arbeitnehmerschutzvorschriften verstoßen hat und diese Verstöße für die Erkrankung kausal sind. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass bis zu zwei Drittel der Kollegen am Arbeitsplatz geraucht haben, hätte ein generelles Rauchverbot zweifelsohne heftige Reaktionen der Raucher hervorrufen müssen. In Anbetracht des noch mangelnden allgemeinen Bewusstseins für die Gefährlichkeit des Passivrauchens trifft den Arbeitgeber hier kein Verschulden. Ein Schadenersatzanspruch könnte jedoch bei gegebenem Kausalzusammenhang allenfalls aus dem Umstand ableitbar sein, dass dem Arbeitnehmer nicht die gesetzlich vorgesehene Mindestluftmenge zur Verfügung stand, diese jedoch durch zumutbare bauliche Maß-

nahmen erreicht werden hätte können. Im zweiten Rechtsgang erkannte der OGH (18. 3. 1997, Ob 81/97m = ARD 4861/24/97) dass im konkreten Fall jeder Anhaltspunkt dafür fehlte, dass der Arbeitnehmer einer solchen Schadstoffkonzentration ausgesetzt gewesen wäre, dass sich eine „Dosis-Wirkungs-Beziehung“ zwischen der festgestellten Unterschreitung des Luftraumes und der Bronchitis herstellen ließe. Überdies sei es bis etwa 1987 in medizinischen Fachkreisen noch die überwiegende Meinung gewesen, dass Passivrauchen in Hinblick auf eine chronische Bronchitis eine zu vernachlässigende Größe sei und selbst wenn dem Arbeitnehmer der Kausalitätsnachweis gelungen wäre, wäre dem Arbeitgeber – abgesehen von der Frage der Rechtswidrigkeit seiner Unterlassung – kein Verschulden anzulasten gewesen.

Ein Urteil, das nach dem heutigen Stand der Medizin und der gegebenen Rechtslage heute wohl anders gelautet hätte.

4.2. Verlust des Arbeitslosenbezuges wegen „rauchbedingt“ verweigerter Kursteilnahme

Ein Arbeitnehmer verweigerte die Teilnahme an einer Schulungsmaßnahme des Arbeitsmarktservices mit der Begründung, dass bei einem früheren Kurs von den Kursteilnehmern in den Schulungsräumen geraucht worden sei. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld wurde abgelehnt, weil der Kursbesuch nicht von vornherein verweigert werden darf. Wäre jedoch dann während des Kurses tatsächlich das Rauchverbot in den Schulungsräumen nicht eingehalten worden, hätte der Kurs allenfalls ohne Konsequenzen vorzeitig beendet werden können (VwGH 21. 9. 1999, 96/08/0256 = ARD 5130/31/2000).

4.3. Zulässige Einschränkung der Handlungsfreiheit durch Rauchverbot

Arbeitgeber und Betriebsrat dürfen über Betriebsvereinbarung ein Rauchverbot für alle Betriebsräume erlassen. Dieses Rauchverbot schränkt zwar die Handlungsfreiheit ein, es

wird jedoch durch das Ziel, nichtrauchende Arbeitnehmer vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen und vor Belästigungen durch Passivrauchen zu schützen, das Übermaßverbot noch ausreichend beachtet. Unter Berücksichtigung des entsprechenden Gestaltungsfreiraumes sind die den Rauchern auferlegten Beschränkungen nicht zu beanstanden, wenn das Rauchen hier unter annehmbaren Bedingungen am Betriebsgelände bzw. in einem Teil der Kantine sowie in Kurzpausenräumen gestattet bleibt. Ein geschlossener Raum muss dafür nicht zur Verfügung gestellt werden. Diese deutsche Entscheidung des Bundesarbeitsgerichtes (19. 1. 1999, 1 AzR 499/98 = ARD 5016/3/99) ist auch auf Österreich wegen der bestehenden Ähnlichkeit der Rechtslage vollinhaltlich übertragbar.

5. Zusammenfassung

1. Nichtraucher sind in Büroräumen vor den schädlichen Einwirkungen des Passivrauchens rechtlich durchsetzbar geschützt.

2. An sonstigen Arbeitsplätzen (und in weiten Teilen des öffentlichen Bereiches) sind die Nichtraucher, soweit dies möglich ist, durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu schützen.

3. Den Arbeitnehmern sind aber zum Rau-

chen während der gesetzlichen Pausen entsprechende Möglichkeiten zur Verfügung zu stellen.

4. Neben den gesetzlichen unbezahlten Pausen besteht kein Rechtsanspruch auf zusätzliche bezahlte Rauchpausen. Bislang geduldete Rauchpausen sind nicht gewohnheitsrechtsfähig und können bei Bedarf auch abgestellt werden.

5. Das Rauchen in Zonen mit ausdrücklich verfügbarem Rauchverbot berechtigt zur Entlassung.

6. Das Inanspruchnehmen von zusätzlichen nicht ausdrücklich geduldeten Rauchpausen innerhalb der Arbeitszeit ist ein Verstoß gegen die gebotene Pflicht zur Einhaltung der Arbeitszeit sowie gegen die gerechtfertigten Anordnungen des Arbeitgebers und stellt ebenso einen Entlassungsgrund dar.

7. Verstöße des Arbeitgebers gegen die Normen zum Nichtraucherschutz stehen als Verwaltungsübertretung unter (Geld-)Strafsanktion und können überdies bei nachweisbaren Gesundheitsbeeinträchtigungen zu Schadenersatzansprüchen passivrauchender Arbeitnehmer führen.

Referenzen

- 1 NEUBERGER M., „Passivrauch“: Eine krankmachende Luftverschmutzung, *Imago Hominis* (2003) 10: 223-231