

Gesetzentwurf

Der Niedersächsische Ministerpräsident

Hannover, den 14.10.2008

Herrn
Präsidenten des Niedersächsischen Landtages
Hannover

Sehr geehrter Herr Präsident,

in der Anlage übersende ich den von der Landesregierung beschlossenen

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Niedersächsischen Gesetzes zum Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens (Niedersächsisches Nichtraucherchutzgesetz - Nds. NiRSG -)

nebst Begründung mit der Bitte, die Beschlussfassung des Landtages herbeizuführen. Gleichzeitig beantrage ich, den Gesetzentwurf gemäß § 24 Abs. 2 Satz 1 der Geschäftsordnung des Niedersächsischen Landtages sogleich an einen Ausschuss zu überweisen.

Entsprechend dem Beschluss des Landtages vom 18. Juni 1997 (Drs. 13/3022) hat eine Gesetzesfolgenabschätzung stattgefunden.

Federführend ist das Ministerium für Soziales, Frauen, Familie und Gesundheit.

Mit vorzüglicher Hochachtung
Christian Wulff

Entwurf**Gesetz
zur Änderung des Niedersächsischen Nichtraucherschutzgesetzes**

Artikel 1

Dem § 2 des Niedersächsischen Nichtraucherschutzgesetzes vom 12. Juli 2007 (Nds. GVBl. S. 337) wird der folgende Absatz 3 angefügt:

„(3) Das Rauchverbot nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 10 gilt nicht, wenn

1. die Gaststätte keinen vollständig umschlossenen Nebenraum hat, der als Raucherraum genutzt werden kann,
2. die Grundfläche des Gastraumes, die für den Aufenthalt von Gästen bestimmt ist, weniger als 75 Quadratmeter beträgt,
3. in der Gaststätte keine zubereiteten Speisen verabreicht werden,
4. Personen, die das 18. Lebensjahr nicht vollendet haben, der Zutritt zu der Gaststätte verwehrt ist und darauf am Eingang deutlich sichtbar hingewiesen wird und
5. die Gaststätte am Eingang deutlich sichtbar als Rauchergaststätte gekennzeichnet ist.“

Artikel 2

Dieses Gesetz tritt am ... 2009 in Kraft.

Begründung**A. Allgemeiner Teil**

1. Anlass und Ziele des Gesetzes

Das Niedersächsische Nichtraucherschutzgesetz (Nds. NiRSG) ist im Juli 2007 mit nur einer Enthaltung verabschiedet worden, nachdem die Bundesländer im Februar 2007 verabredet hatten, von ihrer Gesetzgebungskompetenz Gebrauch zu machen und Nichtraucherschutzgesetze zu erlassen.

Grundlage dieser Entscheidung war u. a. ein Gutachten des Deutschen Krebsforschungszentrums vom 9. Dezember 2005 („Passivrauchen - Ein unterschätztes Gesundheitsrisiko“), wonach auch und gerade Passivrauchen die Gesundheit dauerhaft schädigen und schwere Krankheiten mit Todesfolge verursachen kann.

Das Niedersächsische Nichtraucherschutzgesetz enthält deshalb Rauchverbote in öffentlich zugänglichen Räumen, wie z. B. Behörden, Krankenhäusern, Schulen, Sport- und Kultureinrichtungen sowie Gaststätten. Zugleich räumt es die Möglichkeit ein, in einem vollständig umschlossenen Nebenraum das Rauchen zu erlauben.

Dieser Weg ist allerdings bisher denjenigen Gaststätten versperrt, die wegen ihrer geringen Größe keinen Raucherraum einrichten können.

In diesem Punkt sind alle Nichtraucherschutzgesetze mit Ausnahme des bayerischen und des saarländischen vergleichbar gefasst.

Gegen die baden-württembergische und die Berliner Regelung hatten zwei Betreiber von sogenannten Einraumgaststätten beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG) geklagt. Sie sahen in der fehlenden Sonderregelung für die Kleingastronomie eine Verletzung ihrer Grundrechte

aus Artikel 12 Abs. 1 (Berufsfreiheit) und Artikel 14 Abs. 1 (Eigentumsgrundrecht) des Grundgesetzes (im Folgenden: GG), weil die Ausnahmeregelungen für Mehrraumgaststätten wettbewerbsverzerrend wirkten und die wirtschaftliche Existenz der Kläger gefährdeten.

Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Klagen am 30. Juli 2008 stattgegeben (1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08 und 1 BvR 906/08; www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen).

Es hat festgestellt, dass die beklagten Regelungen mit Artikel 12 Abs. 1 GG unvereinbar sind und weiter wörtlich entschieden:

„Bis zu einer Neuregelung, die die Gesetzgeber bis zum 31. Dezember 2009 zu treffen haben, gelten die Vorschriften mit der Maßgabe fort, dass in Gaststätten mit weniger als 75 Quadratmetern Gastfläche und ohne abgetrennten Nebenraum, zu denen Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr der Zutritt verwehrt wird, der Gaststättenbetreiber das Rauchen gestatten darf, wenn er über eine Gaststättenerlaubnis verfügt, die das Verabreichen zubereiteter Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle nicht einschließt und wenn die Gaststätten am Eingangsbereich in deutlich erkennbarer Weise als Rauchergaststätte, zu der Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr keinen Zutritt haben, gekennzeichnet ist.“

Kurz zusammengefasst hat das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidung wie folgt begründet:

Der Gesetzgeber hätte auch ein ausnahmsloses Rauchverbot erlassen können, weil damit überragend wichtige Gemeinwohlbelange verfolgt würden (S. 41 des Urteils).

Wenn sich der Gesetzgeber aber im Rahmen seines Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums für eine Schutzkonzeption entscheide, bei der den Belangen der Gaststättenbetreiberinnen und -betreiber und der Rauchenden stärkeres Gewicht beigelegt werde und mit Rücksicht hierauf das Ziel des Gesundheitsschutzes relativiert, dann müssten Ausnahmen vom Rauchverbot derart gestaltet sein, dass sie auch bestimmte Gruppen von Gaststätten - hier: die getränkegeprägte Kleingastronomie - mit erfassen, um bei diesen besonders starke wirtschaftliche Belastungen zu vermeiden (1. Leitsatz; S. 45 des Urteils).

Die Landesregierung hat sich am 5. August 2008 darauf verständigt, bei dem bisherigen Schutzkonzept (Rauchverbot mit Ausnahmen) zu bleiben und einen Gesetzentwurf vorzulegen, der das Niedersächsische Nichtraucherschutzgesetz um die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Ausnahmeregelungen für Ein-Raum-Gaststätten ergänzt.

Ziel des Gesetzentwurfs ist es, den im Niedersächsischen Nichtraucherschutzgesetz angelegten Interessenausgleich zwischen dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und den wirtschaftlichen Belangen der Gastronomie so auszudifferenzieren, dass er den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts entspricht.

Die Auswirkungen dieser Änderungen werden in die in § 6 vorgesehene Überprüfung einzu beziehen sein.

2. Wesentliche Ergebnisse der Gesetzesfolgenabschätzung

Ziel des Gesetzes ist es, das Niedersächsische Nichtraucherschutzgesetz so zu ändern, dass es den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts in seinem o. g. Urteil entspricht. Dieses Ziel könnte auch mit einem ausnahmslosen Rauchverbot in Gaststätten erreicht werden. Das könnte jedoch nach den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts zu empfindlichen Umsatzrückgängen in der Gastronomie führen (S. 40 ff. des Urteils).

Die Landesregierung hat sich im Interesse eines ausgewogenen Ausgleichs zwischen einem möglichst effektiven Gesundheitsschutz einerseits und den Interessen der Rauchenden sowie der Gastronomie andererseits für die vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigte differenzierte Lösung entschieden und den Katalog der Ausnahmen von Rauchverboten für die getränkegeprägte Kleingastronomie ergänzt.

Maßgeblich ist dabei auch die Einschätzung, dass von dieser Möglichkeit wegen der strengen Vorgaben (u. a. nur ein Raum mit einer Gastfläche von weniger als 75 Quadratmetern, keine

zubereiteten Speisen) nur sehr wenige Gaststätten Gebrauch machen können. Die genaue Zahl ließe sich nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand durch die Kommunen ermitteln.

Fest steht aber, dass verhältnismäßig wenige der ca. 20 000 niedersächsischen Gaststätten nur einen kleinen Gastraum haben und keine zubereiteten Speisen anbieten.

In der ganz überwiegenden Zahl der Gaststätten wird es also dabei bleiben, dass allenfalls in einem vollständig abgeschlossenen Nebenraum geraucht werden darf.

Für den Gesundheitsschutz ergeben sich aus der geplanten Gesetzesänderung also keine bedeutsamen Einschränkungen.

Zugleich wird aber den wirtschaftlichen Interessen der getränkegeprägten Kleingastronomie und ihrem Grundrecht aus Artikel 12 GG Rechnung getragen, die mit (wieder) steigenden Gästezahlen rechnet, wenn sie ihren Gästen das Rauchen erlaubt.

Für die Gemeinden, die für die Verfolgung und Ahndung von Verstößen gegen Rauchverbote zuständig sind, ergibt sich aus der geplanten Ergänzung keine nennenswerte zusätzliche Belastung.

3. Auswirkungen auf die Umwelt, den ländlichen Raum und die Landesentwicklung

Keine.

4. Auswirkungen auf die Verwirklichung der Gleichstellung von Frauen und Männern

Keine.

5. Auswirkungen auf Familien

Keine.

6. Auswirkungen auf Belange von Menschen mit Behinderungen

Keine.

7. Voraussichtliche Kosten und haushaltmäßige Auswirkungen

Der Entwurf hat keine Auswirkungen auf den Landeshaushalt.

Für die Gemeinden, die für die Verfolgung und Ahndung von Verstößen gegen das Rauchverbot zuständig sind, ergeben sich keine nennenswerten zusätzlichen Belastungen.

Den wenigen Einraumgaststätten, die von der neuen Ausnahmemöglichkeit Gebrauch machen können, entstehen geringfügige Kosten für die Beschilderung. Diese werden durch die erwarteten Umsatzsteigerungen ausgeglichen.

8. Anhörungen

Zu dem Gesetzentwurf sind die am Ende dieser Begründung tabellarisch aufgeführten zehn Verbände und Einrichtungen angehört worden. Nicht geäußert hat sich die Verbraucherzentrale Niedersachsen. Die Unternehmerverbände Niedersachsen e. V. haben sich auf die Stellungnahme des DEHOGA Niedersachsen, der Deutsche Gewerkschaftsbund hat sich auf die Stellungnahme der Gewerkschaft Nahrung, Genuss, Gaststätten (NGG) bezogen.

Der Bundesverband Deutscher Tabakwaren-Großhändler und Automatenaufsteller e. V. (BDTA), der Deutsche Zigarettenverband (DZV) und die kommunalen Spitzenverbände haben den Gesetzentwurf als lebensnahe Lösung für ein respektvolles Miteinander von Rauchenden und Nichtrauchenden begrüßt. Besonders begrüßt werden die schnelle Novellierung (kommunale Spitzenverbände), die Deklarationspflichten sowie der Schutz von Kindern und Jugendlichen (DZV, DEHOGA).

Auch die Gewerkschaft NGG setzt sich für „ein angemessenes und tolerantes Miteinander von Rauchenden und Nichtrauchenden ein“, fordert jedoch eine bundesweite Regelung zum Schutz der in der Gastronomie Beschäftigten über eine Änderung der Arbeitsstättenverordnung.

Die Ärztekammer Niedersachsen regt an, dem Gesundheitsschutz in jeder Hinsicht den Vorrang einzuräumen, erkennt jedoch zugleich an, dass „sich der Entwurf auf das verfassungsrechtlich Notwendigste beschränkt ... Noch weitergehende Ausnahmen wären aus der Sicht der verfassten Ärzteschaft inakzeptabel.“

Kritisch äußert sich die Landesvereinigung für Gesundheit, die ein ausnahmsloses und bundesweit einheitliches Rauchverbot fordert.

Das weitere Ergebnis der Verbandsanhörung, das sich auf die konkrete Ausgestaltung der neuen Ausnahmebestimmung bezieht, ist im Besonderen Teil der Begründung dargestellt.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Ergänzung des Niedersächsischen Nichtraucherschutzgesetzes):

Die Regelung ergänzt die Ausnahmeregelungen in § 2 Nds. NiRSG. Nach geltendem Recht kann die Betreiberin oder der Betreiber einer Gaststätte ihren oder seinen Gästen das Rauchen nur in vollständig abgeschlossenen und besonders gekennzeichneten Nebenräumen erlauben (§ 2 Abs. 2 Satz 1 Nds. NiRSG).

Der Gesetzentwurf sieht diese Möglichkeit ergänzend auch für diejenigen Gaststätten vor, die die folgenden fünf Voraussetzungen erfüllen:

1. Sie haben eine Gastfläche von weniger als 75 Quadratmetern.
2. Sie haben keinen abgetrennten Nebenraum.
3. Es werden keine zubereiteten Speisen gereicht.
4. Personen unter 18 Jahren haben keinen Zutritt.
5. Sie sind am Eingangsbereich deutlich erkennbar als Rauchergaststätte gekennzeichnet, zu der Personen unter 18 Jahren keinen Zutritt haben.

Die ersten beiden Voraussetzungen sollen sicherstellen, dass die zusätzliche Ausnahme auch tatsächlich nur diejenigen Gaststätten erfasst, die als sogenannte Eckkneipen mit getränkeorientiertem Angebot ohne eine solche Ausnahme unverhältnismäßig belastet werden, weil sie keinen Raucherraum einrichten können (S. 52 ff. des Urteils). Der vom Bundesverfassungsgericht auch im Urteilstenor verwendete Begriff der „Gastfläche“ wurde in § 2 Abs. 3 Nr. 2 - neu - nur aus sprachlichen Gründen durch den Begriff „Grundfläche“ ersetzt. Eine inhaltliche Änderung ist damit nicht bezweckt. Grund- bzw. Gastfläche im Sinne dieser Regelung ist der Bereich, in dem Tische und Stühle für den Aufenthalt von Gästen bereitgehalten werden (einschließlich der Theke). Ausgenommen bleibt der Bereich hinter der Theke, der ausschließlich der Wirtin oder dem Wirt und dem Personal vorbehalten ist.

Auch die dritte Voraussetzung zielt darauf, dass nur diejenigen Gaststätten, die getränkegeprägt sind, die zusätzliche Ausnahmemöglichkeit nutzen können. Dem liegt die Erwägung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde, dass die Rauchverbote in der Speisegastronomie (anders als in der getränkegeprägten Einraumgastronomie) nicht zu nennenswerten Umsatzrückgängen geführt haben.

Der Begriff der zubereiteten Speise entspricht der Regelung in § 1 Abs. 1 Nr. 2 des Gaststättengesetzes, zu der umfangreiche Rechtsprechung und Literatur¹ vorliegen. Danach sind zubereitete Speisen alle zum alsbaldigen Verzehr essfertig gemachten Lebensmittel.

¹ So heißt es in der Kommentierung „Praxis der Kommunalverwaltung“ - Ausgabe Januar 2006 - in den Erläuterungen zum Gaststättengesetz unter Nummer 1.1.1.3:

Für die „zubereitete Speise“ ist deren Genussfertigkeit in einer Zubereitung kennzeichnend, wie sie in Speiselokalen üblicherweise angeboten wird. Außer den fraglos als zubereitete Speisen geltenden warmen und kalten Mahlzeiten der Gastronomie (u. a. auch warme Würstchen und belegte Brote) gehören z. B. auch Frischwurst (BayObLG vom 24. Mai 1955, DÖV 1955 S. 567), Speiseeis sowie Torten und ähnliche leicht verderbliche Backwaren zu den zubereiteten Speisen.

Keine zubereiteten Speisen sind Lebensmittel, die noch einer weiteren Be- oder Verarbeitung zur Herstellung der Genussfertigkeit bedürfen, ferner Lebensmittel, die ohne besondere Zubereitung genussfertig sind (z. B. rohes Obst) sowie diejenigen Lebensmittel, die ohne Tiefkühlung oder ähnliche Vorkehrungen längere Zeit vorrätig gehalten werden können (z. B. Brot, Semmeln, Dauerbackwaren, Dauerwurst, Konserven, Räucherwaren, Konfitüren).

Die vierte Voraussetzung zielt auf den Schutz von Kindern und Jugendlichen, die allein aus physiologischen Gründen besonderen Schutz vor den gesundheitlichen Gefahren des Passivrauchens brauchen. Sie dürfen nach § 10 Abs. 1 des Jugendschutzgesetzes ohnehin in Gaststätten nicht rauchen.

Schließlich muss die Gaststätte so gekennzeichnet sein, dass alle, die sie betreten wollen, ohne Weiteres erkennen können, dass dort geraucht werden darf und Kinder und Jugendliche keinen Zutritt haben.

Ergebnis der Anhörung:

Zu Nummer 2 (Gastfläche):

Die kommunalen Spitzenverbände und der DEHOGA (sowie die Arbeitsgruppe Rechtsvereinfachung) regen an, den Begriff der Gastfläche zu präzisieren, um den Vollzug des Gesetzes zu erleichtern.

Nummer 2 im neuen Absatz 3 des § 2 enthält deshalb zugleich auch eine knappe Legaldefinition.

Zu Nummer 3 (zubereitete Speisen):

Der DEHOGA regt an, „...darüber nachzudenken, ob es nicht sinnvoll sein kann, zumindest die Verabreichung solcher zubereiteter Speisen zu eröffnen, soweit sie lebensmittelhygienisch unbedenklich in der Einraumgaststätte zubereitet werden können oder aber schon in zubereitetem, lebensmittelhygienisch unbedenklichen Zustand der Gaststätte zugeliefert wurden und dort nur noch verzehrt werden.“

Die Landesregierung folgt dieser Anregung nicht. Der Begriff der zubereiteten Speise folgt aus § 1 Abs. 1 Nr. 2 des Gaststättengesetzes. Diese Vorschrift beinhaltet die Legaldefinition für eine Speisewirtschaft. Danach betreibt eine Speisewirtschaft, wer im stehenden Gewerbe zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht. Daran knüpft auch das Bundesverfassungsgericht an, um diejenigen Gaststätten zu identifizieren, die (klein und) getränkegeprägt sind und gaststättenrechtlich nicht als Speisewirtschaften gelten. Der Vorschlag des DEHOGA liefe darauf hinaus, den Begriff der zubereiteten Speise im Nichtraucherschutzgesetz abweichend vom Gaststättenrecht zu definieren. So ist es z. B. im Gaststättenrecht unerheblich, ob die Speise in der Gaststätte zubereitet oder zugeliefert wird. Entscheidend ist, dass die zubereitete Speise in der Gaststätte verabreicht wird. Der Vorschlag hätte erhebliche Abgrenzungsprobleme zur Folge. Er würde dazu führen, dass auch in kleinen Speisewirtschaften geraucht werden dürfte, obwohl die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Ausnahmen für diese gerade nicht gelten sollen.

Darüber hinausgehend:

Die kommunalen Spitzenverbände regen weiter an, klarstellend in § 1 Abs. 1 Nr. 10 Nds. NiRSG ausdrücklich auch die Spielhallen aufzunehmen.

Dem folgt die Landesregierung nicht. Die vorliegende Novelle soll sich darauf beschränken, das Urteil des Bundesverfassungsgerichts „1 : 1“ umzusetzen; die angeregte Ergänzung hätte aber nicht nur klarstellenden Charakter.

Es soll deshalb (zunächst) bei der jetzt geltenden Rechtslage bleiben. Danach darf in Spielhallen und -kasinos dann nicht geraucht werden, wenn dort zugleich gewerblich bewirtet wird, also das Rauchverbot für Gaststätten greift.

Der DEHOGA regt schließlich an, eine weitere Ausnahme vom Rauchverbot in Gaststätten für diejenigen geschlossenen Gesellschaften zuzulassen, die rauchen wollen.

Auch dies würde dem Ziel der Landesregierung widersprechen, das Urteil des Bundesverfassungsgerichts eng begrenzt umzusetzen.

Zudem würde eine solche Ausnahme dem Konzept des Gesetzes widersprechen, das auf einen möglichst umfassenden Schutz vor den Gefahren des Passivrauchens zielt.

Ohne Bedeutung ist dagegen für den Begriff der zubereiteten Speise, ob die verabreichte Speise im Betrieb selbst zubereitet oder von diesem fertig bezogen wird.

Angesichts der lang anhaltenden und gesundheitsschädigenden Emissionen in Räumen, in denen geraucht wurde, wären nicht nur die Festgesellschaften betroffen, die rauchen möchten, sondern auch alle nachfolgenden, die auf rauchfreie Räume vertrauen.

Dem Vorschlag wird deshalb nicht gefolgt.

Zu Artikel 2 (Inkrafttreten):

Das Bundesverfassungsgericht hat den Ländern Berlin und Baden-Württemberg aufgegeben, ihre Landesgesetze spätestens bis zum 31. Dezember 2009 anzupassen. Dieser Vorgabe soll der Entwurf folgen und die verfassungsrechtlich erforderliche Änderung möglichst umgehend umsetzen.

Für die Übergangszeit gilt ein Runderlass des Ministeriums für Soziales, Frauen, Familie und Gesundheit vom 1. August 2008. Darin werden die Gemeinden gebeten, das ihnen in § 5 Abs. 2 Nds. NiRSG eingeräumte Ermessen bei der Verfolgung und Ahndung von Verstößen gegen Rauchverbote nach Maßgabe der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts auszuüben.

**Liste der Anzuhörenden zum Gesetzentwurf zur Änderung des Nichtraucher-
schutz-Gesetzes**

Stand: 20. August 2008

Nr.	Institution	Straße	PLZ Ort	Telefon
1.	Ärztammer Niedersachsen	Berliner Allee 20	30175 Hannover	0511 380-02
2.	DEHOGA Niedersachsen	Yorckstraße 3	30161 Hannover	0511 33706-0
3.	Landesvereinigung für Gesundheit Niedersachsen e. V.	Fenskeweg 2	30165 Hannover	0511 3 50 00 52
4.	Unternehmerverbände Niedersachsen e. V. (UVN)	Schiffgraben 36	30175 Hannover	0511 8505-243
5.	Arbeitsgemeinschaft der Kommunalen Spitzenverbände Niedersächsischer Städtetag	Prinzenstraße 23	30159 Hannover	0511 36894-0
6.	Deutscher Gewerkschaftsbund — Bezirk Niedersachsen-Bremen —	Otto-Brenner-Straße 7	30159 Hannover	
7.	Gewerkschaft Nahrung, Genuss, Gaststätten	Otto-Brenner-Straße 1	30159 Hannover	0511 70094-0
8.	Bundesverband Deutscher Tabakwaren-Großhändler und Automatenaufsteller e. V.	Stadtwaldgürtel 44	50931 Köln	0221 400700
9.	Verband der Cigarettenindustrie e. V. Herrn Geschäftsführer Zetzsche	Neustädter Kirchstraße 8	10117 Berlin	030 206050
10.	Verbraucherzentrale Niedersachsen	Herrenstraße 14	30159 Hannover	0511 91196-0