

# **TG\_OBERGERICHT RBOG 2011 Nr. 32 vom 19. August 2009**

Tg Obergericht, 2009-08-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_obergericht\\_RBOG\\_2011\\_Nr.\\_32](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_obergericht_RBOG_2011_Nr._32)

FR: TG\_OBERGERICHT RBOG 2011 Nr. 32 du 19 août 2009

IT: TG\_OBERGERICHT RBOG 2011 Nr. 32 del 19 agosto 2009

## **Regeste**

Rauchverbot in einer nur Vereinsmitgliedern zugänglichen Bar

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Anlässlich einer Kontrolle traf die Kantonspolizei in der vom Berufungskläger betriebenen Bar drei Gäste und den Berufungskläger selbst beim Rauchen an.

### **E. 2**

a) Mit Strafbefehl sprach die Staatsanwaltschaft den Berufungskläger der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen[1] schuldig und belegte ihn mit einer Busse von Fr. 300.00. b) Dagegen erhob der Berufungskläger Einsprache und verlangte, freigesprochen zu werden. Seine Gastwirtschaft sei nicht öffentlich zugänglich und unterstehe daher nicht dem PaRG. Er habe einen Verein gegründet und sei dessen Präsident. Es gebe in diesem Verein Aktiv- und Passivmitglieder: Bei den Aktivmitgliedern - von denen er bislang das Einzige sei - handle es sich um Inhaber und/oder Betreiber von Gastwirtschaftsbetrieben und bei den Passivmitgliedern um handlungsfähige, natürliche Personen, die in den von den Aktivmitgliedern betriebenen Gastwirtschaftsbetrieben rauchen oder die rauchige Atmosphäre geniessen wollten. Mit dem Beitritt zum Verein würden sich die Aktivmitglieder verpflichten, nur denjenigen Personen Zutritt zu ihren Gastwirtschaftsbetrieben zu gewähren, die als Passivmitglieder dem Verein angehörten, welche wiederum mit ihrem Vereinsbeitritt ausdrücklich auf den Schutz vor Passivrauchen verzichtet hätten. Wenn also Personen sein Lokal betreten würden, würden sie am Eingang gefragt, ob sie Mitglied des Vereins seien. Seien sie dies nicht, würden sie gefragt, ob sie Mitglied werden wollten. Interessenten würden dann ein Anmeldeformular zur Unterschrift erhalten, auf welchem die Statuten abgedruckt seien. Personen, die nicht Mitglied werden wollten, würden nicht bedient und aus dem Lokal verwiesen. c) Das Bezirksgericht bestätigte den Strafbefehl der Staatsanwaltschaft. Dagegen erhob der Berufungskläger Berufung und beantragte, freigesprochen zu werden.

### **E. 3**

Gemäss Art. 1 Abs. 1 PaRG regelt dieses Gesetz den Schutz vor Passivrauchen in geschlossenen Räumen, die öffentlich zugänglich sind oder mehreren Personen als Arbeitsplatz dienen. Nach Abs. 2 sind öffentlich zugängliche Räume insbesondere Gebäude der öffentlichen Verwaltung, Spitäler und andere Gesundheitseinrichtungen, Kinderheime, Altersheime und vergleichbare Einrichtungen, Einrichtungen des Straf- und Massnahmenvollzugs, Bildungsstätten, Museums-, Theater- und Kinoräumlichkeiten, Sportstätten, Restaurations- und Hotelbetriebe, Gebäude und Fahrzeuge des öffentlichen Verkehrs sowie Verkaufsgeschäfte und Einkaufszentren. Gemäss Art. 2 Abs. 1 PaRG ist

das Rauchen in Räumen nach Art. 1 Abs. 1 und 2 PaRG untersagt.

#### **E. 4**

Umstritten ist einzig die Rechtsfrage, ob die Bar des Berufungsklägers als öffentlich zugänglich im Sinn von Art. 1 Abs. 1 PaRG gilt. Wird diese Frage bejaht, untersteht die Bar dem PaRG, und der Berufungskläger machte sich dadurch strafbar, dass bei der Kontrolle rauchende Personen angetroffen wurden. Wird die Frage verneint, findet das PaRG keine Anwendung, und der Berufungskläger bleibt straflos.

#### **E. 5**

a) Das PaRG enthält keine Definition der "öffentlich zugänglichen Räume". Eine Präzisierung soll immerhin die beispielhafte Aufzählung in Art. 1 Abs. 2 PaRG bringen[2]. Damit aber ist im hier zu beurteilenden Fall nichts gewonnen, da sich der Berufungskläger (zutreffend) nicht darauf beruft, seine Bar stelle keinen Restaurationsbetrieb dar. b) Im Hinblick auf das Inkrafttreten des PaRG erliessen angesichts der vom Gesetz verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe und der generellen Unklarheiten allerdings die meisten Kantone zuhanden der Betroffenen Merkblätter zur Umsetzung des Rauchverbots. Auch wenn die in solchen Broschüren vorgenommenen Definitionen die (Straf-)Gerichte bei der Auslegung des PaRG nicht binden, geben sie allemal Aufschluss darüber, wie in doch relativ breiten (juristischen) Kreisen das PaRG verstanden wird. aa) Gemäss der Auffassung des Verbands Thurgauer Gemeinden gilt ein Gastronomiebetrieb, der als Vereinslokal benutzt wird, immer als öffentlich zugänglich. Würden hingegen eigene Räumlichkeiten genutzt, die den Mitgliedern vorbehalten seien, und sei der Erwerb der Mitgliedschaft an bestimmte Anforderungen geknüpft, die nicht von jedermann erfüllt würden, so fehle es an der öffentlichen Zugänglichkeit. Die Zutrittsbeschränkung dürfe jedoch nicht zum blossen Schein gelten. Auch Vereins- und Klublokale seien jedoch gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. h PaRG öffentliche Räume, wenn in ihnen gegen Entgelt Getränke und Speisen zum Genuss an Ort und Stelle abgegeben würden. Verfüge ein Betrieb also über ein Gastwirtschaftspatent, gelte er als öffentlich zugänglich[3]. bb) Gemäss dem Merkblatt des Departements für Gesundheit und Soziales des Kantons St. Gallen gelten Räume als allgemein zugänglich, sobald die Öffentlichkeit Zutritt zu ihnen hat, und sie sollen auch dann dem Rauchverbot unterliegen, wenn die Entrichtung eines Entgelts oder eine Mitgliedschaft verlangt wird. Wie vom Verband Thurgauer Gemeinden wird die Auffassung vertreten, ein Betrieb gelte automatisch als allgemein zugänglich und falle deshalb unter das Rauchverbot, wenn er über ein Gastwirtschaftspatent verfüge[4]. cc) Im Kanton Zürich herrscht seitens der Verwaltungsbehörden die Auffassung, das Rauchverbot gelte, wenn als Vereinslokalität ein Gastronomiebetrieb benutzt werde; das Rauchverbot könne in diesem Fall auch nicht dadurch aufgehoben werden, dass sämtliche Besucher des Betriebs mit dem Rauchen einverstanden seien. Differenzierter sei die Situation zu beurteilen, wenn die Aktivitäten in Privatclubs, Vereinslokalitäten, Clublokalen oder anderen geschlossenen Räumen durchgeführt würden. Unter der Bedingung, dass der Zutritt effektiv begrenzt sei und die Zutrittsbeschränkung nicht nur zum Schein verlangt werde, seien solche Veranstaltungen nicht öffentlich und würden folglich vom Rauchverbot nicht erfasst, auch dann nicht, wenn in einer solchen Lokalität Speisen und Getränke angeboten würden[5]. dd) Im Kanton Graubünden vertritt das Gesundheitsamt die Auffassung, dass Räume, die nur bei Erfüllung gewisser Rahmenbedingungen, wie zum Beispiel einer Mitgliedschaft, betreten werden dürften, nicht als öffentlich zugänglich gälten. Die Anforderungen an die Erlangung der Mitgliedschaft müssten dabei so ausgestaltet sein, dass nicht alle sie ohne weiteres

erwerben könnten. Sei der Raum trotz des Erfordernisses der Mitgliedschaft im Ergebnis grundsätzlich allen frei zugänglich, sei er als öffentlich zu qualifizieren und unterstehe demnach dem Rauchverbot. Die Mitgliedschaft in einem Verein könne ohne weiteres nicht jedermann erwerben, wenn etwa die Mitgliedschaft schriftlich festgehalten und dabei die Hürde für die Mitgliedschaft zum Beispiel bezüglich Mitgliederbeitrag nicht zu tief festgelegt sei; ausserdem solle die Anzahl Mitglieder auf eine – bezogen auf die Grösse des Lokals - realistische Zahl an Personen beschränkt werden, und es sollten als Mitglieder nur Raucher zugelassen werden[6]. ee) Werde ein Restaurationsbetrieb als Vereins- oder Clublokal benutzt, soll er gemäss den Merkblättern in den Kantonen Uri und Luzern immer als öffentlich zugänglich gelten. Nicht öffentlich seien indessen Vereinsräume, die ausschliesslich den Mitgliedern zur Verfügung stünden. Zu solchen Vereinsräumen würden etwa private Dartkeller oder der Hobbyraum einer Modellfluggruppe gehören. An die Definition einer Vereinsmitgliedschaft würden hohe Anforderungen gestellt; insbesondere reiche das alleinige Bezahlen eines Eintritts nicht aus, um eine Mitgliedschaft anzunehmen und den Raum als privaten Clubraum, in dem geraucht werden dürfe, zu deklarieren. Sei der Raum trotz des Erfordernisses der Mitgliedschaft im Ergebnis grundsätzlich allen frei zugänglich, sei er als öffentlich zugänglich zu qualifizieren und unterstehe demnach dem Rauchverbot[7]. ff) Auch nach der Wegleitung des Kantons Schwyz fehlt es an der öffentlichen Zugänglichkeit, wenn durch einen Verein eigene Räumlichkeiten benutzt würden, die den Mitgliedern vorbehalten seien, und der Erwerb der Mitgliedschaft an bestimmte Anforderungen (z.B. einen Mitgliederbeitrag) geknüpft werde, die nicht von jedermann erfüllt würden. Die Zutrittsbeschränkung dürfe jedoch nicht zum blossen Schein gelten. Wegen Art. 1 Abs. 2 lit. h PaRG seien jedoch Vereins- und Klublokale öffentliche Räume, wenn in ihnen gegen Entgelt Getränke oder Speisen zum Genuss an Ort und Stelle abgegeben würden[8].

## **E. 6**

a) aa) Hier liegt nicht der Fall vor, dass der Verein die Bar als Vereinslokal benutzt. Diese Konstellation wäre nur gegeben, wenn neben den Vereinsmitgliedern auch noch andere Personen Zutritt zum Lokal hätten, so wie dies typischerweise in Gastwirtschaften der Fall ist, die neben den sonstigen Plätzen auch über Vereinsstammtische verfügen. Vielmehr ist die Bar, die aufgrund der unbestrittenen Eintrittskontrollen nur Vereinsmitgliedern zugänglich ist, in Übereinstimmung mit der Auffassung sämtlicher zitierter Verwaltungsbehörden als Vereinsraum zu qualifizieren. Diesen jedoch gemäss der Auffassung des Verbands Thurgauer Gemeinden und der St. Galler Verwaltungsbehörden allein deswegen als öffentlich zugänglich zu qualifizieren, weil der die Bar betreibende Berufungskläger über ein Gastwirtschaftspatent verfügt, findet im PaRG keine Stütze. Auch ist die Bar entgegen der Auslegung des Verbands Thurgauer Gemeinden und des Amts für Arbeit des Kantons Schwyz kein öffentlich zugänglicher Raum, weil Getränke (und Speisen)[9] zum Genuss an Ort und Stelle abgegeben werden. Diese hier verworfene Interpretation stützt sich auf die beispielhafte Erwähnung von Restaurationsbetrieben in Art. 1 Abs. 2 PaRG, doch übersieht sie, dass ein Restaurationsbetrieb nicht zwingend öffentlich zugänglich sein und damit dem PaRG unterstehen und folglich dem Rauchverbot unterliegen muss[10]. bb) Einhellig wird sodann die Ansicht vertreten, der Ausschluss der öffentlichen Zugänglichkeit dürfe nicht nur zum Schein erfolgen. Diese Auffassung steht im Einklang mit Sinn und Zweck des PaRG und ist zweifellos richtig. Fraglich kann daher einzig sein, wie die öffentliche Zugänglichkeit wirksam eingeschränkt werden muss, damit das Lokal tatsächlich als Privatlokal gelten kann, das nicht dem PaRG untersteht. Zunächst

ist die vom Verein gewählte Form nicht zu beanstanden. Das dreifach ausgefertigte Beitrittsformular hat auf der Rückseite die Statuten des Vereins abgedruckt und enthält auf der Vorderseite die durch Unterschrift bekräftigte Erklärung des Beitretenden, mit den Statuten einverstanden zu sein und auf den Schutz vor dem Passivrauchen zu verzichten. Desgleichen ist der geplante Mitgliederausweis ein grundsätzlich praktikables Instrument, die Vereinszugehörigkeit beim Eintritt in die Bar zu kontrollieren, wobei aber auch die derzeit gelebte Praxis, als Mitgliederausweis das dem Mitglied überlassene Exemplar des Mitgliedschaftsantrags zu verwenden, nicht zu beanstanden ist. cc) Keine wirksame Beschränkung auf ein Privatlokal stellt indessen der Mitgliederbeitrag von Fr. 10.00 pro Jahr dar. Bei einem Betrag in dieser geringen Höhe besteht die Gefahr, dass sich Nichtraucher, die sich im Prinzip nicht dem passiven Rauchen aussetzen wollen, zum Beispiel wegen der attraktiven Öffnungszeiten oder aufgrund sozialen Drucks in die Bar des Berufungsklägers begeben. Geht eine Gruppe von Personen, die mit einer einzigen Ausnahme allesamt Raucher sind, in den Ausgang und möchten die Raucher in die Bar des Berufungsklägers, so wird es unweigerlich vorkommen, dass sich der einzige Nichtraucher aus Gründen des Gruppendrucks nicht ernsthaft dagegen verwahren wird. Mag ihm das passive Rauchen auch noch so lästig sein, so wird er (zumal wenn der Abend fortgeschritten ist, kaum mehr andere Lokale geöffnet haben und noch dazu zuvor Alkohol konsumiert wurde) der Mehrheit folgen und dem Verein widerwillig beitreten, denn der geringe Mitgliederbeitrag gibt ihm kein vernünftiges Argument gegen den Besuch ab. Der Betrag ist schon als solcher zu tief, und spielt sich die Geschichte auch nur einmal pro Monat ab, geht es bezogen auf ein Jahr pro Eintritt um nicht einmal mehr als 90 Rappen. Wäre der Jahresbeitrag hingegen höher, könnte die Mehrheit innerhalb der Gruppe das finanzielle Argument des Nichtrauchers nicht ohne weiteres übergehen. Mit anderen Worten kann mit einem Mitgliederbeitrag von Fr. 10.00 pro Jahr nicht verhindert werden, dass die Bar des Berufungsklägers letzten Endes als öffentlich zugänglich zu werten ist. Wie hoch der jährliche Mitgliederbeitrag sein müsste, um die Annahme einer öffentlichen Zugänglichkeit zu verhindern, braucht hier nicht entschieden zu werden. Desgleichen kann offen bleiben, wie stichhaltig die Auslegung des Gesundheitsamts des Kantons Graubünden ist, wonach die Anzahl Vereinsmitglieder auf eine - bezogen auf die Grösse des Lokals - realistische Zahl an Personen beschränkt werden sollte und ausserdem als Mitglieder nur Raucher zugelassen werden sollten. Immerhin ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass ein klarerweise nicht öffentlich zugängliches Vereinslokal wie etwa dasjenige einer Modellbaugruppe nicht dem PaRG untersteht, obwohl sich unter den Vereinsmitgliedern mit Sicherheit auch Nichtraucher befinden werden. dd) Somit ist der objektive Tatbestand von Art. 2 Abs. 1 (i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und 2 lit. h) PaRG erfüllt. ee) In subjektiver Hinsicht liegt offenkundig weder direkter Vorsatz noch unbewusste Fahrlässigkeit vor, denn der Berufungskläger sah den Verstoss gegen das PaRG weder sicher noch gar nicht voraus. Bei seinem Versuch, die vom PaRG gelassenen Spielräume auszuschöpfen, musste er aber damit rechnen, die gewählte Vorgehensweise könnte gegen das PaRG verstossen, womit er die Widerhandlung als möglich vorhersah und damit entweder eventualvorsätzlich oder bewusst fahrlässig handelte[11]. Welche Variante vorliegt, entscheidet sich danach, ob der Berufungskläger den Verstoss nicht wollte, oder aber ob er diesen zwar nicht wollte, ihn aber für den Fall des Eintritts billigend in Kauf nahm[12]. Für die Abgrenzung ist etwa die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung massgebend oder auch die bekannte Nähe des Taterfolgs[13]. Letzterer Gesichtspunkt spricht hier für Eventualvorsatz, war es doch auch dem Berufungskläger bekannt, dass er mit seiner gewählten Vorgehensweise einen

schmalen Grat beschritt, und dass sie sich letztlich als legal oder aber auch als illegal herausstellen könnte. Umgekehrt kann dem Berufungskläger nicht vorgehalten werden, er habe grob gegen seine Sorgfaltspflicht verstossen: Immerhin recherchierte er, wie andernorts Gastwirte die Problematik zu lösen versuchten, und er beauftragte zur Vornahme von Abklärungen auch noch einen Rechtsanwalt. Mit Blick darauf, dass der Berufungskläger mit der Gründung des Vereins dem nach der Einführung des Rauchverbots eingetretenen markanten Umsatzrückgang entgegenwirken wollte und dies auch eindrücklich gelang, liegt letztlich aber nahe, dass der Berufungskläger zu einem gewissen Risiko bereit war, damit die Möglichkeit einer Widerhandlung gegen das PaRG in Kauf nahm und insofern eventualvorsätzlich handelte. Klarzustellen ist der Vollständigkeit halber, dass die Qualifikation des Handelns des Berufungsklägers als bewusst fahrlässig nicht zur Straflosigkeit führen würde, stellt doch Art. 5 Abs. 1 PaRG auch die fahrlässige Handlung unter Strafe. b) Keine Rechtfertigung bildet der vom Berufungskläger angeführte Hinweis, sämtliche Besucher der Bar seien mit dem Rauchen einverstanden (gewesen). Ist ein Restaurationsbetrieb öffentlich zugänglich, untersteht er nach Art. 2 Abs. 1 PaRG dem Rauchverbot, und Ausnahmen kommen nur gemäss Art. 2 Abs. 2 und 3 (Fumoirs) sowie Art. 3 PaRG (Raucherbetrieb) in Betracht, welche Voraussetzungen hier unstrittig nicht gegeben sind. c) Nicht gefolgt werden kann auch der vom Berufungskläger mindestens sinngemäss verlangten Gleichbehandlung im Unrecht. Wird nur in einem oder in vereinzelten Fällen vom Gesetz abgewichen, besteht kein Anspruch auf Gleichbehandlung. Nur wenn es eine ständige, gesetzeswidrige Praxis einer Behörde gibt und keine Bereitschaft der Behörde zu erkennen ist, von dieser Praxis abzuweichen, hat der belangte Betroffene Anspruch, dass die widerrechtliche Begünstigung, die Dritten zuteil wurde, auch ihm gewährt werde[14]. Der Berufungskläger behauptete keine ständige, gesetzeswidrige Praxis in dem Sinn, dass im Gegensatz zu ihm andere Gastwirte trotz Verstössen gegen das PaRG nicht belangt würden, und er vermochte nicht einmal einen einzigen konkreten Fall einer Ungleichbehandlung zu nennen[15]. Desgleichen unterlegte er seine Behauptung nicht, es würden trotz Fehlens der Voraussetzungen Bewilligungen für Raucherbetriebe oder Fumoirs erteilt. Abgesehen davon dürfte es einer Gemeinde im Rahmen ihres Ermessens unbenommen sein, bei der Konkretisierung der Voraussetzungen für Ausnahmebewilligungen die örtlichen Verhältnisse zu berücksichtigen, wobei die festgelegten Kriterien alsdann aber für die gesamte Gemeinde gleich anzuwenden sind und umgekehrt ein Anspruch auf Rechtsgleichheit, der über das Gemeindegebiet hinausgeht, wohl nicht besteht[16]. d) Somit machte sich der Berufungskläger zusammengefasst der eventualvorsätzlichen Widerhandlung gegen Art. 2 Abs. 1 (i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und 2 lit. h) PaRG schuldig. Obergericht, 1. Abteilung, 14. Dezember 2011, SBR.2011.27 Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht am 26. Oktober 2012 ab (6B\_75/2012). [1] PaRG, SR 818.31 [2] Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrats zur parlamentarischen Initiative "Schutz der Bevölkerung und der Wirtschaft vor dem Passivrauchen" vom 1. Juni 2007 (BBl 2007 S. 6197) [3] Schutz vor Passivrauchen: Beispiel Schützenstube (Hrsg.: Verband Thurgauer Gemeinden), Ziff. 1.3.2 f. [4] Schutz vor Passivrauchen, Informationen für die Umsetzung (Hrsg.: Departement für Gesundheit und Soziales des Kantons St. Gallen), S. 4 [5] Umsetzungshilfe zum Rauchverbot in Gastronomiebetrieben im Kanton Zürich (Hrsg.: Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich), S. 6. [6] Informationen zum Schutz der Nichtraucherinnen und Nichtraucher vor dem Passivrauchen im Kanton Graubünden (Hrsg.: Gesundheitsamt des Kantons Graubünden), S. 4 f. [7] Merkblatt für Restaurations- und Hotelbetriebe zur

Umsetzung des Schutzes vor Passivrauchen (Hrsg.: Gesundheits-, Sozial- und Umweltdirektion des Kantons Uri), S. 3; Merkblatt zur Umsetzung des Schutzes vor Passivrauchen (Hrsg.: Gesundheits- und Sozialdepartement des Kantons Luzern), S. 2 [8] Schutz vor Passivrauchen, Wegleitung (Hrsg.: Amt für Arbeit des Kantons Schwyz), S. 3 [9] Im konkreten Fall werden keine Speisen abgegeben. [10] Wie hier die Auffassung der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich [11] Trechsel/Noll, Schweizerisches Strafrecht, AT I, 5.A., S. 96 ff. [12] Trechsel/Noll, S. 98 ff. [13] BGE 121 IV 252 ff. [14] Schweizer, in: Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, (Hrsg.: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender), 2.A., Art. 8 N 42, und Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6.A., N 518 ff.; BGE 127 I 2 f., 122 II 451 f., 117 Ib 270 [15] Immerhin bleibt doch zu beachten, dass es gegen das Offizialprinzip und damit gegen die Rechtsgleichheit verstossen kann, wenn Offizialdelikte nur dann verfolgt werden, wenn eine Privatperson Anzeige erstattet (BGE 115 Ia 84; ZBJV 127, 1991, S. 81 f.); dasselbe gilt natürlich in Fällen, in denen eine Strafverfolgung nur auf Anzeige einer Gemeinde hin angehoben wird. Insofern darf die Frage, ob es zu einem Strafverfahren kommt, nicht einfach - relativ willkürlich - davon abhängen, ob eine Gemeindebehörde Strafanzeige erstattet oder gegenüber dem betroffenen Betrieb – aus welchen Gründen auch immer - ein Auge zudrücken will. [16] Vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St.Gallen vom 19. August 2009, B 2008/204 × JavaScript errors detected Please note, these errors can depend on your browser setup. If this problem persists, please contact our support. Contact Support Close

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.