Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
6B 75/2012

Urteil vom 26. Oktober 2012
Strafrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Mathys, Präsident,
Bundesrichter Schneider,
Bundesrichterin Jacquemoud-Rossari,
Bundesrichter Denys, Schöbi,
Gerichtsschreiber Näf.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Raphael Pironato,
Beschwerdeführer,

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Thurgau, Zürcherstrasse 323, 8510 Frauenfeld,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Widerhandlung gegen das Bundesgesetz zum Schutz
vor Passivrauchen (Art. 5 Abs. 1 lit. a PaRG),

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts
des Kantons Thurgau vom 14. Dezember 2011.

Sachverhalt:

A.
Die Kantonspolizei Thurgau traf anlässlich einer Kontrolle am 13. Dezember 2010 in der von X._____ betriebenen Ä._____-Bar in Romanshorn/TG drei Gäste und X._____ selbst beim Rauchen an.

B.
Das Bezirksgericht Arbon sprach X._____ mit Urteil vom 22. Juni/4. August 2011 in Bestätigung des Strafbefehls der Staatsanwaltschaft Bischofszell vom 15. März 2011 der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen schuldig und verurteilte ihn zu einer Busse von 300 Franken beziehungsweise, bei schuldhafter Nichtbezahlung, zu einer Ersatzfreiheitsstrafe von drei Tagen.

Das Obergericht des Kantons Thurgau sprach X._____ am 14. Dezember 2011 in teilweiser Gutheissung von dessen Berufung der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen schuldig und verurteilte ihn zu einer Busse von 200 Franken beziehungsweise, bei schuldhafter Nichtbezahlung, zu einer Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Tagen.

C.

X._____ führt Beschwerde in Strafsachen mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben, und er sei freizusprechen.

Erwägungen:

1.
Der Beschwerdeführer macht wie bereits im kantonalen Verfahren geltend, die von ihm betriebene Bar sei kein öffentlich zugänglicher Raum, da nur Mitglieder des von ihm mitgegründeten Vereins B̈._____Żutritt hätten. Daher sei das Rauchen in seinem Lokal nicht strafbar.

1.1 Die Vorinstanz erwägt, massgebend sei, ob der Zugang tatsächlich wirksam und nicht nur zum Schein eingeschränkt wird. Die Beschränkung des Zugangs auf Mitglieder eines Vereins verbunden mit einer diesbezüglichen Kontrolle ist nach der Ansicht der Vorinstanz grundsätzlich ein Kriterium, welches neben anderen für den Entscheid, ob das Lokal öffentlich zugänglich ist, relevant sein kann. Die Vorinstanz bejaht die öffentliche Zugänglichkeit im konkreten Fall, weil der jährliche Mitgliederbeitrag von lediglich Fr. 10.– keine wirksame Beschränkung des Zugangs darstelle. Bei einem derart geringfügigen Betrag bestehe die Gefahr, dass sich Nichtraucher, die sich im Prinzip nicht dem Passivrauchen aussetzen wollen, zum Beispiel wegen der attraktiven Öffnungszeiten oder unter dem Druck ihrer rauchenden Begleitpersonen in die Bar des Beschwerdeführers begeben. Der zu zahlende Betrag für die Passivmitgliedschaft im Verein und damit für den Zugang zum Lokal sei angesichts seiner Geringfügigkeit kein Argument, sich als Nichtraucher einem solchen Gruppendruck zu widersetzen und damit das Betreten des Lokals, in dem geraucht wird, zu verweigern. Wäre der Jahresbeitrag höher, dann könnten gemäss den weiteren Ausführungen der Vorinstanz die
rauchenden Mitglieder der Gruppe das finanzielle Argument des Nichtrauchers nicht ohne weiteres übergehen. Wie hoch der Mitgliederbeitrag sein müsste, um die öffentliche Zugänglichkeit im Sinne des Gesetzes zu verneinen, lässt die Vorinstanz offen.

1.2 Der Beschwerdeführer wendet ein, der Mitgliederbeitrag sei niedrig, damit nicht nur eine vermögende Oberschicht sich die Mitgliedschaft im Verein leisten könne. Der Erwerb der Mitgliedschaft setze einen wohl überlegten Entschluss voraus, indem der Interessent die Statuten lesen und akzeptieren und einen Mitgliedschaftsantrag ausfüllen müsse. Hernach werde der Antrag vom Vereinsvorstand überprüft. In Anbetracht dieser Hürden zur Erlangung der Mitgliedschaft als Voraussetzung für den Zugang zum Lokal sei dieses nicht öffentlich zugänglich. Der Beschwerdeführer kritisiert im Weiteren die Annahme der Vorinstanz, dass Nichtraucher in einer Gruppe unter dem Druck der Raucher unfreiwillig sein Lokal betreten würden, als realitätsfremd. Es sei vom durchschnittlichen, d.h. willensstarken Bürger auszugehen, der sich dem Tabakrauch nur bewusst aussetze, wenn er dies auch wolle.

2.
2.1 Das Bundesgesetz vom 3. Oktober 2008 zum Schutz vor Passivrauchen (PaRG; SR 818.31), in Kraft seit 1. Mai 2010, regelt den Schutz vor Passivrauchen in geschlossenen Räumen, die öffentlich zugänglich sind oder mehreren Personen als Arbeitsplatz dienen (Art. 1 Abs. 1 PaRG). Zu den öffentlich zugänglichen Räumen zählen unter anderen Restaurations- und Hotelbetriebe unabhängig von kantonalen Bewilligungserfordernissen (Art. 1 Abs. 2 lit. h PaRG). Rauchen ist in den unter den Geltungsbereich von Artikel 1 Absätze 1 und 2 fallenden Räumen untersagt (Art. 2 Abs. 1 PaRG). Der Betreiber oder die Betreiberin oder die für die Hausordnung verantwortliche Person kann in besonderen Räumen, in denen keine Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer beschäftigt werden, das Rauchen gestatten, sofern sie abgetrennt, besonders gekennzeichnet und mit ausreichender Belüftung versehen sind (Raucherräume). Ausnahmsweise dürfen in Raucherräumen von Restaurations- und Hotelbetrieben Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer mit deren ausdrücklichen Zustimmung beschäftigt werden. Das Einverständnis hat im Rahmen des Arbeitsvertrages zu erfolgen (Art. 2 Abs. 2 PaRG). Gemäss Art. 3 PaRG (R̈aucherbetriebe)̈ werden Restaurationsbetriebe auf Gesuch hin als Raucherlokale
bewilligt, wenn der Betrieb (a.) eine dem Publikum zugängliche Gesamtfläche von höchstens 80 Quadratmetern hat; (b.) gut belüftet und nach aussen leicht erkennbar als Raucherlokal bezeichnet ist; und (c.) nur Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt, die einer Tätigkeit im Raucherlokal im Arbeitsvertrag zugestimmt haben. Nach Art. 4 PaRG können die Kantone strengere Vorschriften zum Schutz der Gesundheit erlassen.

Gemäss Art. 5 Abs. 1 PaRG wird mit Busse bis zu 1'000 Franken bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig (a.) gegen das Rauchverbot nach Artikel 2 Absatz 1 verstösst; (b.) Räume, die den Voraussetzungen nach Artikel 2 Absatz 2 nicht entsprechen, als Raucherräume ausgibt; (c.) einen Raucherbetrieb ohne Bewilligung führt oder diesen als Inhaber oder Inhaberin einer Bewilligung nicht kennzeichnet.

Der Kanton Thurgau hat von der Kompetenz, strengere Vorschriften zum Schutz der Gesundheit (vor den Gefahren des Passivrauchens) zu erlassen (Art. 4 PaRG), keinen Gebrauch gemacht.

2.2 Vorab ist klarzustellen, dass der Betreiber eines Restaurationsbetriebs den Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 lit. a PaRG nur erfüllt, wenn er selber im geschlossenen, öffentlich zugänglichen Raum raucht. Der Gastwirt, der es unterlässt, gegen rauchende Gäste vorzugehen, erfüllt den Tatbestand nicht (siehe auch den Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates zur parlamentarischen Initiative Schutz der Bevölkerung und der Wirtschaft vor dem Passivrauchen, BBl 2007 6185 ff., 6198).

2.3 Das Passivrauchschutzgesetz enthält keine Definition der "offentlich zugänglichen Räumeïm Sinne von Art. 1 Abs. 1 PaRG, in denen das Rauchen untersagt (Art. 2 Abs. 1 PaRG) und strafbar (Art. 5 Abs. 1 lit. a PaRG) ist. Auch die Verordnung des Bundesrates vom 28. Oktober 2009 zum Schutz vor Passivrauchen (Passivrauchschutzverordnung, PaRV; SR 818.311), in Kraft seit 1. Mai 2010, enthält keine Begriffsumschreibung. Die nicht abschliessende Aufzählung von öffentlich zugänglichen Räumen in Art. 1 Abs. 2 PaRG gibt gewisse Hinweise. Die meisten Kantone haben im Hinblick auf das Inkrafttreten des Gesetzes Merkblätter zu dessen Anwendung herausgegeben. Diese bieten eine gewisse Orientierungshilfe. Sie sind aber für die Gerichte nicht verbindlich.

3.
3.1 Im vorliegenden Verfahren ist nicht umfassend und abschliessend darüber zu befinden, unter welchen Voraussetzungen ein Lokal, das nur den Mitgliedern eines bestimmten Vereins beziehungsweise den Mitgliedern einzelner Vereine zugänglich ist, ein öffentlich zugänglicher Raum im Sinne des Passivrauchschutzgesetzes ist. Zu prüfen ist allein, wie die vom Beschwerdeführer betriebene Bar, zu welcher nur Mitglieder des Vereins B._____ Zugang haben, unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu qualifizieren ist.

3.2 Dem Beschwerdeführer wurde mit Verfügung vom 5./10. Juli 2007 das Patent zum Betrieb der A._____-Bar in Romanshorn gemäss dem Gastgewerbegesetz des Kantons Thurgau erteilt. Er bietet in der Bar alkoholische und nicht-alkoholische Getränke an. Nach dem Inkrafttreten des Passivrauchschutzgesetzes am 1. Mai 2010 ging gemäss seiner Darstellung der Umsatz seines Betriebes zurück. Von den gesetzlichen Möglichkeiten der Einrichtung eines Raucherraums (Art. 2 Abs. 2 PaRG) respektive eines Raucherbetriebs (Art. 3 PaRG) konnte oder wollte er keinen Gebrauch machen. Im November 2010 gründete er zusammen mit anderen Gastwirten und weiteren Personen den Verein B._____. Der Verein bezweckt gemäss den Statuten die Förderung des geselligen Zusammenseins unter Menschen mit gemeinsamem, massvollem Genuss von Tabakwaren und Getränken sowohl alkoholfreier wie alkoholischer Natur; die Ermöglichung des Betriebes von Gastwirtschaften durch Aktivmitglieder mit ausschliesslichem Zutritt für Passivmitglieder ohne Verpflichtung zur Vornahme von teuren und nicht zumutbaren baulichen Veränderungen für eine Bewilligung als Raucherbetrieb oder die Einrichtung eines Raucherraumes; das politische und gesellschaftliche Engagement gegen Gesetze, die erwachsene Menschen bevormunden, speziell gegen Rauch- und sonstige Genussmittelverbote, sowie die Förderung des Fortbestands kleiner, origineller Restaurationsbetriebe. Aktivmitglied kann gemäss den Statuten des Vereins werden, wer Inhaber und/oder Betreiber eines oder mehrerer Gastwirtschaftsbetriebe auf dem Gebiet des Kantons Thurgau ist und den Zutritt zu und das Rauchen in seinem Gastwirtschaftsbetrieb ausschliesslich Passivmitgliedern erlauben will. Passivmitglied kann werden, wer in den von den Aktivmitgliedern betriebenen Gastwirtschaftsbetrieben rauchen respektive die rauchige Atmosphäre geniessen will. Gemäss den Statuten verpflichten sich die Aktivmitglieder unter anderem, ihren Gastwirtschaftsbetrieb dauernd als Vereinsmitglied zu kennzeichnen und den Zutritt ausschliesslich Vereinsmitgliedern zu gestatten, wenn in den Gastwirtschaftsräumen das Rauchen gestattet ist. Die Vereinsmitglieder verzichten durch die Unterzeichnung des Mitgliedschaftsantrags und die anschliessende Bezahlung des Mitgliederbeitrages ausdrücklich und unwiderruflich für die Dauer ihrer Mitgliedschaft auf den Passivraucherschutz. Der jährliche Mitgliederbeitrag beträgt für die Ak-

tivmitglieder höchstens Fr. 100.–, für die Passivmitglieder höchstens
Fr. 10.–.

3.3 Es ist nicht relevant, nach welchen Kriterien eine aus Rauchern und Nichtrauchern zusammengesetzte Personengruppe entscheidet, ob bei Vorliegen von Alternativen ein Restaurationsbetrieb aufgesucht wird, in welchem geraucht werden darf. Das Gesetz will nicht nur Nichtraucher, sondern alle Menschen und somit auch Raucher vor den Gefahren des Passivrauchens schützen.

3.4 Ein Restaurationsbetrieb ist nicht schon deshalb öffentlich zugänglich im Sinne des Passivrauchschutzgesetzes, weil die Person, die es betreibt, über ein Patent nach dem kantonalen Gastgewerbegesetz verfügt. Das Kriterium der öffentlichen Zugänglichkeit im Sinne des Passivrauchschutzgesetzes bestimmt sich unabhängig von den Vorschriften der kantonalen Gastgewerbegesetzgebung.

3.5 Die vom Beschwerdeführer betriebene Bar kann von jeder Person aufgesucht werden, die Passivmitglied in dem vom Beschwerdeführer mitgegründeten Verein ist. Die Vereinsmitgliedschaft kann problemlos erlangt werden. Sie ist offenkundig nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck, der darin besteht, dass auch nach dem Inkrafttreten des Passivrauchschutzgesetzes entgegen der neuen gesetzlichen Regelung in Restaurationsbetrieben geraucht werden kann. Der Verein dient der Umgehung des Gesetzes. Dass der Interessent die Vereinsstatuten zur Kenntnis nehmen und einen Mitgliedschaftsantrag ausfüllen muss, stellt keine besondere Hürde dar, welche die öffentliche Zugänglichkeit des Lokals ausschliesst. Ebenso unerheblich ist, dass über die Aufnahme neuer Passivmitglieder der Vereinsvorstand entscheidet, welche Kompetenz im Übrigen gemäss den Statuten an die einzelnen Aktivmitglieder übertragen werden kann.

3.6 Die Gesundheit des Einzelnen ist nicht ein durch den Straftatbestand von Art. 5 Abs. 1 lit. a PaRG geschütztes Rechtsgut. Die Einwilligung des Einzelnen in die Gefährdung der Gesundheit durch Passivrauchen ist rechtlich unerheblich und schliesst eine Bestrafung nicht aus. Der Schutz der Gesundheit ist ein Zweck des Gesetzes. Dieser steht nicht zur Disposition des Einzelnen. Das Rauchen in geschlossenen, öffentlich zugänglichen Räumen ist unter Vorbehalt der gesetzlich geregelten Ausnahmen auch gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a PaRG strafbar, wenn die übrigen Anwesenden dem Rauchen zustimmen und gar selber rauchen. Die Zustimmung des Einzelnen ist nur relevant, soweit das Gesetz Ausnahmen vom Rauchverbot in geschlossenen, öffentlich zugänglichen Räumen vorsieht und hiefür unter anderem voraussetzt, dass die betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einer Beschäftigung in einem Raucherraum (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 PaRG) respektive in einem Raucherbetrieb (Art. 3 PaRG) im Arbeitsvertrag ausdrücklich zustimmen. Abgesehen von diesen Ausnahmen will das Gesetz die Menschen, auch die Raucher, selbst gegen deren Willen vor den Gefahren des Passivrauchens schützen.

3.7 Das Lokal des Beschwerdeführers wäre im Übrigen auch als öffentlich zugänglicher Raum im Sinne des Passivrauchschutzgesetzes zu qualifizieren, wenn der finanzielle Beitrag für die Mitgliedschaft im Verein als Voraussetzung für den Zugang zum Lokal deutlich höher wäre. Zwar würde dadurch die Zahl der Interessenten verringert, doch bliebe sie unbestimmt, da jede Person, die zur Zahlung des Beitrags gewillt und in der Lage wäre, und somit nicht nur ein bestimmter, begrenzter Kreis von Personen Zugang zum Lokal hätte.

3.8 Die vom Beschwerdeführer betriebene Bar ist ein geschlossener, öffentlich zugänglicher Raum (Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. h PaRG), in welchem das Rauchen untersagt (Art. 2 Abs. 1 PaRG) und strafbar (Art. 5 Abs. 1 lit. a PaRG) ist.

Bei diesem Ergebnis brauchte die Vorinstanz nicht zu prüfen und kann auch im vorliegenden Verfahren dahingestellt bleiben, ob die Bar des Beschwerdeführers im Sinne von Art. 1 Abs. 1 in fine PaRG mehreren Personen als Arbeitsplatz dient und das Rauchen im Lokal auch aus diesem Grunde untersagt und strafbar ist, was in der Beschwerde bestritten wird.

4.
Dass die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen (eventualvorsätzlicher) Widerhandlung gegen das Bun-

desgesetz zum Schutz vor Passivrauchen (Art. 5 Abs. 1 lit. a PaRG) zu einer Busse von 200 Franken auch bei Bejahung der öffentlichen Zugänglichkeit des Lokals Bundesrecht verletze, wird in der Beschwerde nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich.

5.
Die Beschwerde ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Beschwerdeführer die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Thurgau schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. Oktober 2012

Im Namen der Strafrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Mathys

Der Gerichtsschreiber: Näf