

Per E-Mail

daniel.ackermann@seco.admin.ch

seco
Direktion für Arbeit
Arbeitnehmerschutz
Effingerstrasse 31 - 35
3003 Bern

Zürich, 23. November 2006

04.476 Parlamentarische Initiative. Schutz der Bevölkerung und der Wirtschaft vor dem Passivrauchen: Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf das entsprechende Schreiben vom 4. Oktober 2006, mit dem die SGK bekannt gibt, dass sie das seco beauftragt hat, ein Vernehmlassungsverfahren zum Vorentwurf der Subkommission "Passivrauchen" durchzuführen. Wir bedanken uns für die Möglichkeit, zu dieser Vorlage Stellung zu nehmen.

GastroSuisse-Stellungnahme zum Vorentwurf der Subkommission "Passivrauchen"

Die Zielsetzung der Pa.Iv. Gutzwiller – Schutz der Bevölkerung und der Wirtschaft vor dem Passivrauchen – kann mit der geplanten Änderung des Arbeitsgesetzes (ArG) nicht erreicht werden. Daher ist die Vorlage zur vollständigen Überarbeitung an die Sub-Kommission zurückzuweisen.

1. Verletzung der verfassungsmässigen Grundsätze

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit hat Verfassungsrang: Gemäss Art. 5/2 BV muss staatliches Handeln verhältnismässig sein. Er gilt im ganzen Bereich des öffentlichen Rechts sowohl für die Rechtssetzung als auch für die Rechtsanwendung. Im Rahmen der Gesetzgebung fordert er, dass die Verwaltungsmassnahmen zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse

liegenden Ziels geeignet und notwendig sind. (Quelle: Allgemeines Verwaltungsrecht, Ulrich Häfelin / Georg Müller, 4. Auflage, S. 121 – 122).

Neben der Eignung stellt die Erforderlichkeit der Massnahme ein weiteres Element des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit dar. Dieses Gebot wird auch als "Übermassverbot" bezeichnet. Sind jedoch staatliche Schutzaufträge oder –pflichten (z. B. Schutz vor Passivrauchen) zu erfüllen, so muss das "Übermassverbot" durch ein "Untermassverbot" ergänzt werden. Deshalb sind auch Massnahmen, die zu wenig zur Erreichung des Schutzzieles beitragen, dem Zweck nicht angemessen und damit unverhältnismässig. Man könnte auch sagen, sie seien nicht geeignet, das Ziel zu erreichen. (Quelle: Allgemeines Verwaltungsrecht, Ulrich Häfelin / Georg Müller, 4. Auflage, S. 123).

Diese Feststellung trifft eindeutig auf die von der Sub-Kommission vorgeschlagene Regelung zu, unterstehen doch ca. 90 Prozent der Gäste eines Restaurationsbetriebes im Zeitpunkt des Restaurantbesuches nicht dem ArG und können daher nicht "gezwungen" werden, auf das Rauchen in einem gastgewerblichen Betrieb zu verzichten (siehe spätere Ausführungen in unserer Stellungnahme).

Der Vorschlag der SGK-Sub-Kommission ist daher als "nicht geeignet" und "unverhältnismässig" zu bezeichnen und verletzt somit verfassungsmässige Grundsätze. Diese Beurteilung wird bestätigt durch das unserer Stellungnahme beiliegende Gutachten von Dr. Andreas Güngerich, Fürsprecher, i.S. Verfassungsmässigkeit der von der Subkommission Passivrauchen in Erfüllung der Pa.IV. Gutzwiller vorgeschlagenen Änderung des Arbeitsgesetzes für den Schutz der Bevölkerung und der Wirtschaft vor dem Passivrauchen.

2. Falsche Auslegung des Gutachtens des Bundesamtes für Justiz (BAJ)

- Aus dem in den Vernehmlassungsunterlagen erwähnten Rechtsgutachten des BAJ vom 8. Mai 2003 geht nur hervor, dass erst dann eine zuverlässige Aussage darüber möglich ist, ob eine Verschärfung des Schutzes für Nichtraucher am Arbeitsplatz durch eine Änderung der ArGV3 realisiert werden könnte oder ob auf Gesetzesstufe zusätzliche Vorschriften erlassen werden müssten, wenn Umfang und Ausgestaltung der Regelungsmaterie bekannt sind. Im ganzen Gutachten findet sich jedoch keine Aussage darüber, ob das ArG das "richtige" Gesetz dafür wäre. Somit kann also aus diesem Gutachten keinesfalls abgeleitet werden, dass gemäss BAJ ein Rauchverbot für die Bevölkerung und die Wirtschaft durch eine Änderung des ArG rechtsgenügend verfügt werden kann. Eine solche Auslegung müsste eindeutig als unbegründet und falsch bezeichnet werden. Das Studium der Vernehmlassungsunterlagen lässt jedoch glauben, dass die Subkommission Passivrauchen diesem Irrtum unterlegen ist und diesen unzulässigen, unbegründeten Schluss aus dem Gutachten des BAJ gezogen hat.
- Der Vorschlag der Subkommission Passivrauchen steht in einem 2. Punkt im Widerspruch zum Rechtsgutachten des BAJ: So stellt das BAJ auf Seite

8, Punkt 1 zur Frage 2 fest, dass Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV eine umfassende, im persönlichen Geltungsbereich aber auf die Arbeitnehmerschaft beschränkte Verfassungsgrundlage für den Gesundheitsschutz bietet. Die Subkommission geht aber fälschlicherweise davon aus, dass dadurch auch die Gäste vom Rauchen abgehalten werden können.

- Der dritte Widerspruch zwischen dem Gutachten BAJ und dem Vorschlag der Subkommission bezieht sich auf den räumlichen Geltungsbereich sowie auf die Anzahl der sich dort aufhaltenden Personen bei einer Regelung über das ArG. Art. 6 Abs. 2 ter (neu) ArG lautet gemäss Subkommission wie folgt: "Arbeitsplätze sind rauchfrei. ...". Diese Formulierung bezieht sich also auch auf Arbeitsplätze im Freien, unabhängig davon, ob sich eine oder mehrere Personen dort aufhalten. Im Gutachten des BAJ wird jedoch auf S. 8, Punkt 1 zur Frage 2 klar festgestellt, dass der Bund der Arbeitgeberschaft klar die Verpflichtung auferlegen könnte, "in den Arbeitszonen – sofern es sich um geschlossene Räume handelt und sich mehrere Personen darin aufhalten – das Rauchen zu untersagen...".

3. Weitere Gründe, die für eine Rückweisung der ganzen Vorlage an die Sub-Kommission sprechen

- Mehr als 90 Prozent der Bevölkerung unterstehen ausserhalb der "normalen" Arbeitszeiten nicht dem ArG. Sie halten sich während diesen Zeiten freiwillig und aus privaten Gründen in gastgewerblichen Betrieben auf. Mehr als die Hälfte der Bevölkerung wird vom ArG überhaupt nicht erfasst, sei es, weil sie gar nicht arbeiten oder aber als Familienangehörige in einem Familienbetrieb einer Beschäftigung nachgehen (Art. 4 ArG). Diese Zahlen beweisen, dass das Ziel der Pa.Iv. Gutzwiller - Schutz der Bevölkerung und der Wirtschaft vor dem Passivrauchen - mit einer Revision des ArG nicht erreicht werden kann.
- Es ist aber auch nicht möglich, alle Arbeitnehmenden mit der geplanten Revision des ArG vor dem Passivrauchen zu schützen. So hat z. B. der Arbeitgebende keinen direkten Einfluss auf die Arbeitsplatzbedingungen jener Mitarbeitenden, die ausserhalb der Geschäftsräumlichkeiten arbeiten (z. B. Aussendienstmitarbeitende, Versicherungsvertreter, Mitarbeitende auf Baustellen, Handwerker, Chauffeure und Lieferanten, die Waren ins Gastgewerbe liefern, Angehörige der Strassenreinigung, die dem Rauch der Passanten ausgesetzt sind etc.). Die vorgesehene Regelung der Sub-Kommission bezieht sich nicht nur auf geschlossene Räume, sondern auf alle Arbeitsplätze.
- Als extrem problematisch muss die Lage im Gastgewerbe bezeichnet werden. Ein "Rauchverbot" über das ArG hat keine Auswirkungen auf die Gäste – diese werden davon nicht erfasst. Auch ein Anruf bei der Polizei mit der Bitte um Unterstützung bringt keine Abhilfe – die Polizei hat keine Kompetenz, einzugreifen. Die Lage für den Restaurateur wird zusätzlich

noch durch die Tatsache erschwert, dass verschiedene Kantone in ihren Gastgewerbe-gesetzen eine sog. "Bewirtungspflicht" vorschreiben, der Restaurateur also noch weniger Möglichkeiten hat, sich gegen rauchende Gäste zu wehren. Trotzdem besteht für den Restaurateur das Risiko, dass er von Mitarbeitenden wegen Verletzung der Sorgfaltspflicht eingeklagt wird und für die Kosten der Behandlung erkrankter Mitarbeitenden aufkommen muss, wenn z. B. die SUVA aufgrund der Unterlassung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebenden für den Arbeitnehmenden ihre Leistungen verweigert. Eine solche Gesetzgebung muss als extrem "unfair" und "unsozial" für die Arbeitgebenden bezeichnet werden.

- Das wiederholt zitierte Beispiel der SBB, die ohne grössere, erkennbare Probleme ein Rauchverbot in allen Zügen eingeführt haben, lässt keine Rückschlüsse auf die Auswirkungen im Gastgewerbe zu: Die SBB verfügen eindeutig über eine Monopolstellung. Jede Person, die mit der Eisenbahn reisen muss oder will, muss sich diesem Diktat unterwerfen. Kein Gast "muss" jedoch in einem Restaurationsbetrieb einkehren!

4. Rechtsungleiche Behandlung der verschiedenen Arbeitgebenden

- Das ArG kennt viele Ausnahmeregelungen: Nicht diesen Bestimmungen unterstellt sind z. B. alle Betriebe, in denen nur Familienangehörige beschäftigt sind. Die im erläuternden Bericht (S. 11 in Zusammenhang mit Fussnote 21) aufgrund einer Umfrage von GastroSuisse gemachte Aussage: "Allerdings fallen nur wenige, kleinere Gastronomiebetriebe unter diese Kategorie" entspricht in dieser absoluten Form nicht der Realität. Selbst wenn die erwähnten "sechs Prozent der Betriebe ohne Angestellte" die einzigen entsprechenden Betriebe wären – was aber nicht der Fall ist – so würden bereits rund 1'800 Lokale (6 % von rund 30'000 herkömmlichen Betrieben) dieser Kategorie angehören. Aus der gleichen Quelle geht aber auch hervor, dass zehn Prozent der Betriebe nur einen Mitarbeitenden und nochmals 24 Prozent höchstens zwei – drei Mitarbeitende beschäftigen. Ein grosser Teil dieser Betriebe dürfte aber auch nicht dem ArG unterstehen, weil es sich bei diesen Mitarbeitenden auch um Familienangehörige handelt. Zusätzlich bestehen auch noch sehr viele Betriebe, die nur zu bestimmten Zeiten (z. B. in den Hauptessenszeiten oder an bestimmten Wochentagen) externe Mitarbeitende beschäftigen. Somit steht eindeutig fest, dass die Anzahl Betriebe, die nicht dem ArG unterstehen, ganz wesentlich grösser ist und sich auf viele Tausend belaufen dürfte. In diesen Betrieben könnten die Gäste also weiterhin rauchen. Noch problematischer für das Gastgewerbe ist die Tatsache, dass die Landwirtschaft ebenfalls nicht dem ArG unterstellt ist. Diese Nichtunterstellung erhält im Zusammenhang mit der laufenden Teilrevision des Raumplanungsgesetzes (RPG) eine extrem grosse Bedeutung, können dadurch doch Inhaber landwirtschaftlicher Betriebe neu sog. nichtlandwirtschaftliche Nebenbetriebe (z. B. sog. Besenbeizen) in der Landwirtschaftszone eröffnen und dafür bei Bedarf sogar neue Gebäude erstellen sowie zusätzliche Mitarbeitende ausschliesslich für die Beschäftigung im

nichtlandwirtschaftlichen Nebenbetrieb einstellen. Die Frage, ob und unter welchen Umständen auch diese Betriebe von der Einhaltung der ArG-Bestimmungen befreit sind, ist immer noch nicht definitiv geklärt.

- Auch diese rechtsungleiche Behandlung verschiedener Betriebstypen zeigt, dass die Einführung eines Passivrauchschutzes über das ArG nicht möglich ist.

5. Wirtschaftliche Auswirkungen eines Rauchverbotes im Gastgewerbe

- Der erläuternde Bericht der Sub-Kommission Passivrauchen enthält Angaben über die wirtschaftlichen Auswirkungen der Einführung eines Rauchverbotes in den Restaurants und Hotels. So wird auf S. 8 ausgeführt, dass in Irland nach der Einführung des Rauchverbotes die Zahl der Angestellten in Hotels und Restaurants zwischen Juni 2004 und Mai 2005 um 1.6 Prozent zurückging – umgelegt auf die Schweiz entspricht das einem Verlust von ca. 3'500 Arbeitsplätzen (1.6 Prozent von 217'800 Beschäftigten im Gastgewerbe). Gemäss den gleichen Quellen gingen zwischen April 2004 und März 2005 die Verkäufe in Irland sogar um 4.9 Prozent zurück. Bezogen auf unser Land müsste daher nur schon aufgrund dieser Werte aus Irland mit einem Umsatzrückgang von ca. 1 Milliarde Franken gerechnet werden (4.9 Prozent von 22 Mrd. Franken Totalumsatz des Gastgewerbes). GastroSuisse geht jedoch davon aus, dass die Auswirkungen in der Schweiz noch massiver ausfallen werden: Es muss damit gerechnet werden, dass in vielen Betrieben – vor allem bei den weit verbreiteten "Stammtisch-Treffen", "Jass-Runden", "Handwerker-Znüni und -Zviere" und "Nach-Arbeits-Apéros" – der Umsatz ganz entscheidend einbrechen wird. Ebenfalls wegfallen dürften viele Zusatzverkäufe, weil die Gäste direkt nach dem Essen das Lokal wieder verlassen werden, falls sie an ihrem Tisch nach dem Essen nicht mehr rauchen können. Gerade bei diesen Gelegenheiten werden sehr oft bedeutende Umsätze erzielt.
- Für Norwegen liesse sich gemäss Begleitbericht ein ähnliches Fazit ziehen.
- Für Italien lägen gemäss Bericht noch keine statistischen Erhebungen über die Auswirkungen vor. Diese Ausführungen der Sub-Kommission Passivrauchen belegen, dass die in verschiedenen Medien und von verschiedenen eidgenössischen oder kantonalen Beamten, Parlamentariern und Interessenvertretern behaupteten Umsatzsteigerungen nach der Einführung des Rauchverbotes nicht den Tatsachen entsprechen. Eine solche Massnahme hat trotz gegenteiligen Behauptungen sehr wohl bedeutende negative Auswirkungen auf das Gastgewerbe, sowohl für die Arbeitgebenden wie auch die Arbeitnehmenden, Gleichzeitig kann aber die Zielsetzung der Pa.Iv. Gutzwiller in keiner Art und Weise erreicht werden kann.

6. Will die Bevölkerung wirklich ein Rauchverbot im Gastgewerbe?

Auch in den Erläuterungen der Subkommission Passivrauchen wird – wie meistens in den Medien – ausgeführt, dass die Mehrheit der Bevölkerung ein Rauchverbot im Gastgewerbe wünsche (Punkt 2.3, S. 5 des erläuternden Berichtes der Subkommission "Passivrauchen"). Diese Aussage wird als "eindeutige Tatsache" hingestellt. Das renommierte Link-Institut hat jedoch im Auftrag der Basler Sektion von GastroSuisse in einer repräsentativen Umfrage ermittelt, dass nur 41% der Deutschschweizer ein Rauchverbot in Restaurants befürworten. Mitverantwortlich für diese abweichenden Resultate ist die Tatsache, dass in solchen Meinungsumfragen häufig nur erhoben wird, ob ein Rauchverbot in "öffentlichen Räumen" befürwortet werde. Ein gastgewerbliches Lokal ist jedoch eindeutig kein "öffentlicher Raum", es ist vielmehr ein "öffentlich zugänglicher Raum". Grossen Teilen der Bevölkerung ist jedoch dieser entscheidende Unterschied weder bekannt noch bewusst. Daher sind solche Umfragen mit grosser Vorsicht zu verwenden: Der genaue Wortlaut der Fragestellungen muss berücksichtigt werden. Laut der oben erwähnten Link-Umfrage ziehen 70% der Befragten eine Lösung in Eigenverantwortung einem gesetzlichen Verbot vor!

7. Verwaltungsverfügungen, Verwaltungsmassnahmen und Strafbestimmungen (Punkt 3.3, S. 12 der Erläuterungen der Sub-Kommission Passivrauchen)

- Strafbestimmungen.
Art. 59/1 ArG legt fest, dass der Arbeitgeber strafbar ist, "wenn er den Vorschriften über den Gesundheitsschutz (...) vorsätzlich oder fahrlässig zuwiderhandelt." "Der Arbeitgeber wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bestraft" (Art. 61/1 ArG). Gleichzeitig hat jedoch der Restaurateur keine Möglichkeit, einem rauchenden Gast das Rauchen zu verbieten. Theoretisch kann er einem unerwünschten Gast ein Hausverbot erteilen und im Falle einer Verletzung dieses Verbotes eine Klage wegen Hausfriedensbruch einreichen. Unzulässig ist ein Hausverbot jedoch aus rassistischen Gründen. Diese Problematik wird noch dadurch verschärft, dass verschiedene Kantone nach wie vor eine "Bewirtungspflicht" kennen (FR, GE, JU, NE, SO). Alle diese Tatsachen zeigen klar, dass es dem Restaurateur und Hotelier objektiv nicht möglich und zumutbar ist, seine Arbeitnehmenden rechtsgenügend vor dem Passivrauchen zu schützen (Konkretes Beispiel: Ein Gast hat seine Konsumation im Restaurant beendet. Vor der Bezahlung zündet er sich eine Zigarette an. Der Restaurateur macht ihn darauf aufmerksam, dass er als Arbeitgeber der Servicemitarbeitenden nicht zulassen dürfe, dass Gäste rauchen, weil er dafür verantwortlich sei, dass die Mitarbeitenden vor dem Passivrauchen geschützt werden. Der Gast will aber nicht auf das Rauchen verzichten. Die Situation eskaliert und der Gast verlässt schliesslich wutentbrannt das Lokal, ohne für seine Konsumation zu bezahlen.)
- Klagen wegen Vernachlässigung der Schutzbestimmungen durch den Arbeitgebenden.

Neben der Strafandrohung von Art. 59/1 ArG ist zusätzlich darauf hinzuweisen, dass gemäss den uns vorliegenden Informationen die ersten Klagen von Arbeitnehmenden gegen ihren Arbeitgeber vorbereitet werden, die darauf abzielen, dass der Arbeitgeber die Behandlungskosten für Gesundheitsschäden infolge Passivrauchens übernehmen muss, weil die SUVA deren Übernahme wegen Verletzung der Schutzbestimmungen durch den Arbeitgeber verweigert.

8. Stellungnahme zu weiteren Punkten aus den Erläuterungen der Sub-Kommission Passivrauchen

- **Angestrebter Paradigmenwechsel** (Punkt 2.8 – 3.1, S. 9 - 11)
Im Bericht wird ausgeführt, dass kein totales Rauchverbot oder gar ein Konsumverbot angestrebt werde. Ferner wird ausgeführt, dass fast alle öffentlich zugänglichen Räume gleichzeitig auch Arbeitsplätze seien und somit auch an diesen Orten der Arbeitnehmerschutz gewährleistet werden müsse. Aus diesem Grund würden nicht nur die Arbeitnehmenden als direkte Adressaten dieser Schutzmassnahmen vor dem passiven Rauchen geschützt, sondern "als willkommener Nebeneffekt auch die Besucherinnen und Besucher dieser Lokalitäten". Die ins Auge gefasste Verschärfung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz zugunsten der Arbeitnehmerschaft würde somit in der Tat eine Wirkung über die Schutzrichtung der Arbeitsgesetzgebung hinaus zeitigen: "Überall, wo jemand arbeitet, wäre das Rauchen dem Grundsatz nach untersagt." Soweit die Ausführungen in den Erläuterungen.

Abgesehen davon, dass diese letzte Aussage materiell falsch ist (siehe Ausnahmebestimmungen zu der Unterstellung unter das ArG, z.B. Familienbetriebe etc.) muss es als problematisch und fragwürdig bezeichnet werden, wenn der Bund alle Restaurateure als "Hilfspolizisten verpflichtet will", ohne ihnen aber gleichzeitig die Möglichkeit zu geben, gegen Gäste, die in ihrem Betrieb rauchen, Sanktionen einzuleiten resp. sie bestrafen zu lassen.

Fazit:

Der Plan, via Änderung des ArG vermeintlich möglichst rasch und mit grösseren Aussichten auf Erfolg als bei einem neuen Spezialgesetz eine Lösung anzustreben, ist nicht nachvollziehbar und rechtlich nicht haltbar.

Die Vorlage ist aus folgenden Gründen zur vollständigen, grundsätzlichen Überarbeitung an die Sub-Kommission zurückzuweisen:

- **Sie steht im Widerspruch zu den verfassungsmässigen Grundsätzen unseres Rechtssystems (fehlende Eignung und Erforderlichkeit und damit Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit).**

- Sie basiert auf einer falschen Auslegung des entsprechenden Rechtsgutachtens des BAJ.
- Sie führt zu einer rechtsungleichen Behandlung verschiedener Unternehmer und Arbeitgebenden.
- Sie hätte bedeutende negative wirtschaftliche Auswirkungen auf das Gastgewerbe und verschiedene andere Branchen.
- Sie führt zu einer "Quasi-Delegation" des Gewaltmonopols des Bundes, ohne dass die dazu notwendigen Kompetenzen auch delegiert werden.
- Sie strebt über eine Änderung des ArG einen Paradigmenwechsel der ganzen Bevölkerung an – ein Ziel, das so nicht erreicht werden kann.
- Ein Spezialgesetz ist der einzige Weg, der zielführend und verfassungsmässig zulässig wäre.
- Falls die negativen Auswirkungen des Rauchens tatsächlich so schädlich sind wie es in den Erläuterungen dargestellt wird, so besteht die einzige ehrliche Regelung darin, den Verkauf von Tabakprodukten sofort und allgemein zu verbieten. Problematisch wäre in diesem Zusammenhang jedoch die Tatsache, dass damit der AHV rund 2 Mrd. Franken pro Jahr "entzogen" würden. Ob diese Tatsache verantwortlich dafür ist, dass auch die Sub-Kommission "weder ein totales Rauchverbot oder gar ein Konsumverbot" anstrebt, bleibe dahingestellt.
- GastroSuisse müsste bei einer Regelung über das ArG im Interesse der Mitglieder ganz intensiv und ernsthaft alle denkbaren Massnahmen, mit denen das In-Kraft-Treten dieser inakzeptablen Regelung verhindert werden könnte, prüfen: Wir können unsere Mitglieder nicht unkalkulierbaren und nicht vermeidbaren Risiken (Klagen von Mitarbeitenden) aussetzen.

Sehr geehrte Damen und Herren, gerne hoffen wir, dass Sie sich unserer Argumentation anschliessen werden und die notwendigen Korrekturen veranlassen.

Freundliche Grüsse
GastroSuisse

Dr. Florian Hew
Direktor

Hans Peyer, lic.oec.publ.
Stellvertretender Direktor