

## **Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich**

Sitzung vom 11. Februar 2009

### **239. Änderung des Gastgewerberechtes (Rauchen in Innenräumen)**

An der Volksabstimmung vom 28. September 2008 wurde über die Volksinitiative der Lungenliga Zürich «Schutz vor Passivrauchen» und den Gegenvorschlag des Kantonsrates abgestimmt. Die Mehrheit der Stimmberechtigten sprach sich für die Annahme der Volksinitiative und damit für einen neuen §22 im Gastgewerbegesetz (revGGG) aus. Dieser hält in Abs. 1 fest: «Das Rauchen in Innenräumen von Gastwirtschaftsbetrieben ist verboten.» Abs. 2 der Bestimmung lautet: «Es besteht die Möglichkeit, zum Rauchen abgetrennte Räumlichkeiten zur Verfügung zu stellen.»

Am 3. Oktober 2008, wenige Tage nach der kantonalen Abstimmung, wurde das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen verabschiedet.

Auf kantonomer Ebene geht es in einem nächsten Schritt darum, die Gesetzesänderung in Kraft zu setzen und die erforderlichen Ausführungsbestimmungen zu erlassen. §22 Abs. 1 revGGG ist klar und eindeutig. Diesbezüglich geht es lediglich darum, das Datum der Inkraftsetzung zu bestimmen. §22 Abs. 2 revGGG ist für sich allein betrachtet auch klar; im Zusammenhang mit dem neuen Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen ergeben sich indessen Fragen, die vorab zu beantworten sind. Fest steht, dass die kantonalen Normen auf das neue Bundesrecht abzustimmen sind, da das Bundesrecht dem kantonalen Recht vorgeht.

Das neue Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen enthält ebenfalls Bestimmungen über Raucherräumlichkeiten. Art. 2 des Bundesgesetzes regelt das Rauchverbot in Restaurations- und Hotelbetrieben folgendermassen: Rauchen ist in Räumen nach Art. 1 Abs. 1 und 2 untersagt (Abs. 1; u. a. auch in Restaurations- und Hotelbetrieben, einschliesslich nichtlandwirtschaftlicher Nebenbetriebe nach Art. 24b des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979). Die Betreiberin oder der Betreiber 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 ausdrücklicher Zustimmung beschäftigt werden. Das Einverständnis hat im Rahmen des Arbeitsvertrages zu erfolgen (Abs. 2). Der Bundesrat erlässt besondere Vorschriften über die Beschaffenheit von Raucherräumen und die Anforderungen an die Belüftung (Abs. 3).

Die im kantonalen Recht vorgesehenen Fumoirs gemäss §22 Abs. 2 revGGG sind demzufolge mit dem Bundesrecht vereinbar, sofern sie abgetrennt, besonders gekennzeichnet und mit ausreichender Belüftung versehen sind (Raucherräume). Der Bundesrat erlässt Ausführungsbestimmungen zur Beschaffenheit und zur Belüftung, sodass diesbezüglich auf kantonaler Ebene grundsätzlich kein Regelungsbedarf besteht. Es genügt, wenn sich die kantonalen Normen am Wortlaut des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen orientieren und vorschreiben, dass Fumoirs ausreichend belüftet werden müssen. Noch unklar ist, ob der Bund Vorgaben betreffend die Grösse von Fumoirs machen wird. Wenn ja, würden diese einer kantonalen Regelung vorgehen. Bei der Umsetzung der kantonalen Volksinitiative ist diesem Umstand Rechnung zu tragen, d. h., eine Umsetzung ist erst dann sinnvoll, wenn die bundesrechtlichen Bestimmungen bekannt sind.

Genauer zu prüfen ist die Frage, ob Fumoirs bedient sein dürfen oder nicht. Das Bundesrecht lässt die Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit deren ausdrücklicher Zustimmung in Raucherräumen von Restaurations- und Hotelbetrieben ausnahmsweise zu, wobei das Einverständnis im Rahmen des Arbeitsvertrages zu erfolgen hat (Abs. 2). Der Wortlaut der Volksinitiative äussert sich nicht zur Frage, ob Fumoirs bedient werden dürfen oder nicht. Allerdings wurde im Vorfeld der Volksabstimmung kontrovers darüber diskutiert. Das Initiativkomitee vertrat diesbezüglich keine einheitliche Haltung. Gegenüber der Presse hielt die Sprecherin der Lungenliga fest, dass das Initiativkomitee für unbediente Fumoirs eintrete. Die entsprechende Darstellung in der Abstimmungszeitung (sowohl im Beleuchtenden Bericht, S. 11, als auch in der Stellungnahme des Regierungsrates, S. 15) war von der Lungenliga vor Drucklegung durchgesehen und nicht beanstandet worden. Rund einen Monat nach Erscheinen der Abstimmungszeitung wandte sich das Initiativkomitee jedoch in einem Schreiben an die Volkswirtschaftsdirektorin und erklärte, es sei seitens der Initianten bewusst darauf verzichtet worden, eine Bestimmung über «bedient oder unbedient» in den Gesetzestext aufzunehmen. Auch im Bundesparlament führte die Frage nach der Bedienung in Raucherräumlichkeiten zu ausführlichen Diskussionen. Schliesslich entschied sich der Bundesgesetzgeber dafür, die Bedienung in Fumoirs unter der Voraussetzung des Einverständnisses der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zuzulassen. Dieser Entscheid wurde als klare Regelung in den Gesetzestext übernommen. Der Bundesgesetzgeber hielt in Art. 4 des Bundesgesetzes zudem fest, dass die Kantone zum Schutz der Gesundheit strengere Vorschriften erlassen können.

Bei der Frage, ob die Bedienung in Fumoirs zulässig sein soll, geht es in der Hauptsache um Arbeitnehmerschutz. Das neue Bundesgesetz stützt sich denn auch ausdrücklich auf Art. 110 der Bundesverfassung

(SR 101, BV). Während Gäste frei wählen können, ob sie ein Fumoir betreten wollen oder nicht, beruht der Aufenthalt in einem Fumoir bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nicht auf ihrer eigenen Wahl, sondern auf ihrer beruflichen Verpflichtung. Der Schutz der Arbeitskräfte wird gestützt auf Art. 110 Abs. 1 Bst. a BV umfassend vom Bund geregelt. Für abweichende kantonale Vorschriften besteht grundsätzlich kein Raum. Dies war auch der Grund, weshalb eine Bestimmung im Gegenvorschlag des Kantonsrates, die im Wesentlichen denselben Wortlaut hatte wie der neue Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen (vgl. Abs. 5 des Gegenvorschlags gemäss Vorlage 4419c betreffend Einwilligung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer), wieder gestrichen wurde (vgl. dazu KR-Protokoll vom 28. April 2008, S. 3400). Mit Blick auf Art. 4 des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen stellt sich somit die Frage, ob es sich dabei um eine Kompetenzdelegation zugunsten der Kantone handelt. Wird die Frage bejaht, so können die Kantone im Bereich des Arbeitnehmerschutzes eigene Regelungen schaffen, sofern diese den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Passivrauchen zum Inhalt haben. Wird die Frage hingegen verneint, so ist es den Kantonen aufgrund der umfassenden Bundeskompetenz im Bereich des Arbeitnehmerschutzes versagt, auf diesem Gebiet eine vom Bundesrecht abweichende Regelung zu schaffen. Eine solche würde mithin mit Inkrafttreten des Bundesrechtes hinfällig. Der Vorbehalt kantonalen Rechts gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen könnte sich somit einzig auf andere Gesichtspunkte des allgemeinen Gesundheitsschutzes (nicht des Arbeitnehmerschutzes) beziehen.

In welchem Umfang der fragliche Art. 4 eine Kompetenzdelegation darstellt, ist eine Rechtsfrage, die nicht vom Regierungsrat zu entscheiden ist. Die Frage nach der Bedienung in den Fumoirs ist auch nicht im Initiativtext geregelt und war damit auch nicht Gegenstand der Volksabstimmung. Dies zeigt sich auch darin, dass sich das Initiativkomitee vor der Abstimmung nicht festlegen wollte. Im Zeitpunkt der Verabschiedung der Abstimmungszeitung war auch der Wortlaut des neuen Bundesgesetzes noch nicht bekannt. Daher konnte die bundesrechtliche Regelung dieser Frage damals noch nicht berücksichtigt werden. Aufgrund der umfassenden Bundeskompetenz auf dem Gebiet des Arbeitnehmerschutzes war es vor Erlass des Bundesgesetzes zum Schutz vor Passivrauchen auf kantonaler Ebene nicht möglich, eine differenzierte Lösung für den Einsatz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in Fumoirs zu treffen. Vor diesem Hintergrund ist die Erläuterung in der Abstimmungszeitung, dass Fumoirs bei Annahme der Volksinitiative nicht mehr bedient sein würden, zu verstehen. Nun liegt mit dem Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen eine verhältnismässige

und angemessene Regelung vor, welche die Rahmenbedingungen für den Einsatz von Personal in Fumoirs regelt, indem sie für die Arbeit in Fumoirs eine ausdrückliche Einverständniserklärung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verlangt. Aufgrund dessen ist auf kantonaler Ebene eine Lösung zu treffen, die sich in der Frage des Arbeitnehmerschutzes am übergeordneten Bundesrecht orientiert und die Bedienung in Fumoirs nach Massgabe dieser Gesetzgebung zulässt. Die kantonalen Ausführungsbestimmungen sind entsprechend auszugestalten.

Die Referendumsfrist betreffend Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen verstrich am 22. Januar 2009 unbenutzt. Der Bundesrat hat die Ausführungsbestimmungen zu erlassen und das Datum der Inkraftsetzung zu bestimmen. Ein voraussichtlich durchzuführendes Konsultations- und Anhörungsverfahren wird eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen. Offen ist zudem, ob Übergangsbestimmungen erlassen werden. Es besteht somit heute auf Bundesebene noch keine Klarheit über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der bundesrechtlichen Bestimmungen. Nach der Volksabstimmung äusserte sich die Volkswirtschaftsdirektion dahingehend, dass das Rauchverbot voraussichtlich rund ein Jahr später eingeführt werde. Die Frage sei aber letztlich durch den Regierungsrat zu entscheiden. In Anbetracht der erheblichen baulichen Investitionen, die eine Umsetzung der Volksinitiative für die einzelnen Gastgewerbebetriebe zur Folge haben kann, erscheint eine einjährige Frist und damit eine Inkraftsetzung auf den 1. Oktober 2009 angemessen. Dabei handelt es sich allerdings um ein Zieldatum, weil die Umsetzung auf kantonaler Ebene mit der Ausführungsgesetzgebung zum Bundesgesetz über den Schutz vor Passivrauchen abzustimmen ist. Nur so kann verhindert werden, dass kantonale Bestimmungen den bundesrechtlichen Vorgaben widersprechen. Es wird auch zu prüfen sein, ob diesen Abstimmungsproblemen mit angemessenen Übergangsfristen begegnet werden kann.

Auf Antrag der Volkswirtschaftsdirektion

beschliesst der Regierungsrat:

I. Bei der Änderung der Verordnung zum Gastgewerbegesetz werden folgende Grundsatzentscheide berücksichtigt:

1. Unter der Bedingung, dass das Ausführungsrecht des Bundes zum Bundesgesetz über den Schutz vor Passivrauchen innert nützlicher Frist erlassen wird, soll das Rauchverbot gemäss § 22 Abs. 1 des Gastgewerbegesetzes (neu) am 1. Oktober 2009 in Kraft treten.

2. In den abgetrennten Raucherräumlichkeiten (Fumoirs) gemäss §22 Abs. 2 des Gastgewerbegesetzes (neu) darf nach Massgabe des Bundesrechtes bedient werden.

II. Mitteilung an die Volkswirtschaftsdirektion.



Vor dem Regierungsrat  
Der Staatsschreiber:

**Husi**