

TOBIAS JAAG

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Professor an der Universität Zürich

MARKUS RÜSSLI

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt

UMBRICHT RECHTSANWÄLTE

Bahnhofstrasse 22
Postfach 2957, 8022 Zürich
Telefon: 044/213 63 63
Telefax: 044/213 63 99

**Rechtsgutachten
zur Verfassungsmässigkeit einer
Gesetzgebung des Bundes
zum Schutz vor Passivrauchen**

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literatur	3
Abkürzungen und Rechtsquellen	4
I. Einleitung	5
A. Auftrag	5
B. Unterlagen	5
II. Bestehende Regelungen zum Schutz vor Passivrauchen	6
A. Auf Bundesebene	6
1. Schutz vor Passivrauchen am Arbeitsplatz	6
2. Sonstige bundesrechtliche Regelungen	7
B. In den Kantonen	8
C. In Europa	9
1. Europarat	9
2. Europäische Union und übrige europäische Länder	9
D. Auf internationaler Ebene	10
III. Rechtsetzungskompetenzen des Bundes zum Schutz vor Passivrauchen	11
A. Ausgangslage	11
B. Bundeskompetenzen für einen umfassenden Schutz vor dem Passivrauchen	11
1. Kompetenz des Bundes zum Schutz der Gesundheit	11
a) Übersicht	11
b) Im Umgang mit Lebensmitteln	12
c) Zur Bekämpfung bössartiger Krankheiten	13
2. Kompetenz des Bundes zum Schutz der Umwelt	13
3. Fazit und kritische Würdigung	14
C. Bundeskompetenzen für einen beschränkten Schutz vor dem Passivrauchen	15
1. Schutz vor Passivrauchen am Arbeitsplatz	15
2. Schutz vor Passivrauchen in öffentlichen Verkehrsmitteln	15
3. Schutz vor Passivrauchen in öffentlichen Gebäuden	16
4. Schutz vor Passivrauchen in Armee und Zivilschutz	16
5. Schutz vor Passivrauchen in Strafvollzugsanstalten	17
6. Schutz vor Passivrauchen in Restaurants, Kinos und Theatern	17
7. Schutz der Kinder vor Passivrauchen	17
IV. Verfassungsmässigkeit von Massnahmen zum Schutz vor Passivrauchen	18
A. Grundsätzliches	18
B. Verhältnismässigkeit im Besonderen	19
V. Schlussfolgerungen	19

Literatur

- AUBERT GABRIEL, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, hrsg. von Jean-François Aubert u.a., Basel usw. 1987 ff., 1995, Art. 34^{ter} Abs. 1 Bst. a-c
- BAUMBERGER ROGER, Rauchen am Arbeitsplatz, Diss. (Zürich), Bern 2002
- CAPT LOUIS A., Passivrauchen am Arbeitsplatz, Diss. (Zürich), Aathal-Seegräben 1982
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich usw. 2002
- HUG-BEELI GUSTAV, Wo liegt die Grenze der persönlichen Freiheit?, Diss., Zürich 1976
- JAHN RALF, (Nicht-)Raucherschutz als Grundrechtsproblem, DÖV 42 (1989), S. 850 ff.
- MALINVERNI GIORGIO, in: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, hrsg. von Jean-François Aubert u.a., Basel usw. 1987 ff., 1991, Art. 69, Art. 69^{bis}
- MEIER-SCHATZ CHRISTIAN J., in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, hrsg. von Bernhard Ehrenzeller u.a., Zürich usw. 2002, Art. 110
- MORELL RETO, in: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, hrsg. von Bernhard Ehrenzeller u.a., Zürich usw. 2002, Art. 74
- OSSENBÜHL FRITZ/CORNILS MATTHIAS, Hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz zum Erlass eines Nichtraucherschutzgesetzes?, Baden-Baden 1994
- SCHNEIDER HANS-PETER/WULFES DETLEV, Nichtraucherschutz durch staatlichen Eingriff oder individuelle Konfliktlösung. Zur Verfassungsmässigkeit des Entwurfs eines Nichtraucherschutzgesetzes (NRSG-E), Baden-Baden 1998
- STAMMKÖTTER ANDREAS, Rauchen und Rauchverbote aus rechtlicher Sicht unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Passivrauchens, Diss., Münster 1992
- STOCKER WERNER, Hat der Nichtraucher überhaupt „Rechte“?, BJM 1980, S. 169 ff.
- WILDHABER LUZIUS, in: Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, hrsg. von Wolfram Karl, Köln usw. 1992, Art. 8

Abkürzungen und Rechtsquellen

ABI	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz; SR 822.11)
ArGV 3	Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz vom 18. August 1993 (Gesundheitsvorsorge; SR 822.113)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung; Bundesgerichtsentscheid
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
f., ff.	und folgende
hrsg.	herausgegeben von
lit.	litera
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 9. Oktober 1992 (Lebensmittelgesetz; SR 817.0)
NR	Nationalrat
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.a.	unter anderem; und andere
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1982 (Umweltschutzgesetz; SR 814.01)
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
WHO	Weltgesundheitsorganisation (World Health Organization)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

I. Einleitung

A. Auftrag

pro aere Schweizerische Stiftung für rauchfreie Luft und gegen die Tabaksucht setzt sich für den Schutz der nicht rauchenden Bevölkerung vor Tabakrauch ein. Die Bevölkerung soll vor den gesundheitsschädigenden Auswirkungen des Passivrauchens geschützt werden.

pro aere hat uns beauftragt zu prüfen, wie auf Bundesebene der Schutz der Bevölkerung vor dem Passivrauchen verbessert werden kann. In erster Linie ist dabei den Fragen nachzugehen, ob dem Bund in diesem Bereich Gesetzgebungskompetenzen zukommen und welche Anforderungen sich aus der Bundesverfassung ergeben.

Unter anderem gestützt auf eine erste Fassung dieses Rechtsgutachtens vom 21. Mai 2004 hat Nationalrat Prof. Dr. med. Felix Gutzwiller am 8. Oktober 2004 eine parlamentarische Initiative zum Schutz der Bevölkerung und der Wirtschaft vor dem Passivrauchen eingereicht¹. Die parlamentarische Initiative in Form einer allgemeinen Anregung verlangt Folgendes:

“Bevölkerung und Wirtschaft werden vor den gesundheitsschädigenden und einschränkenden Wirkungen des *passiven* Rauchens geschützt. Dazu wird die bereits bestehende Gesetzgebung geändert. Damit wird der Schutz vor dem Passivrauchen gewährleistet, insbesondere an Bildungs- und Gesundheitseinrichtungen, in der öffentlichen Verwaltung, an den Arbeitsplätzen und in Räumen und Verkehrsmitteln, die für den freien Zugang beziehungsweise für die Nutzung durch die Allgemeinheit bestimmt sind.“

Der Entwurf des Gutachtens vom 21. Mai 2004 bildete die Grundlage für eingehende Diskussionen, welche uns zu verschiedenen Präzisierungen in weiteren Entwürfen veranlassten; diese sind in der vorliegenden endgültigen Fassung des Gutachtens berücksichtigt.

B. Unterlagen

pro aere hat uns folgende Unterlagen zur Verfügung gestellt:

- Nationales Programm zur Tabakprävention 2001 bis 2005 des Bundesamtes für Gesundheit
- Postulat 02.3379, Schutz vor dem Passivrauchen, eingereicht von der Kommission für Wirtschaft und Abgaben NR am 9. Juli 2002, und Entwurf der Postulatsantwort (Stand 19. Mai 2004)

¹ Parlamentarische Initiative 04.476.

- Passivrauchen und Recht, Diskussionspapier zuhanden der Eidgenössischen Kommission für Tabakprävention
- Eidgenössische Kommission für Tabakprävention, Unterlagen für die Sitzung vom 18. November 2003
- Fachstelle für Gesundheitspolitik, Übersicht über Werbeverbote und Erhältlichkeit von Tabakwaren sowie über Regelungen zum Passivrauchen in den Kantonen (Stand 18. Dezember 2002)
- WHO-Framework Convention on Tobacco Control vom 21. Mai 2003
- Schweizerische Umfrage zum Tabakkonsum (Tabakmonitoring), Zusammenfassung des Berichts Passivrauchen vom Oktober 2003
- Bericht der Arbeitsgruppe Passivrauchen des Kantons Tessin vom März 2003
- „Weissbuch Passivrauchen“, Inhalt- und Kostenplanung
- Skizze der notwendigen gesetzlichen Massnahmen zur Regulierung von Tabakwaren und deren Konsum
- Passivrauchen am Arbeitsplatz, Merkblatt der pro aere zum Art. 19 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz
- „Rauchen als Körperverletzung?“ von Prof. Dr. iur. Jörg Rehberg

II. Bestehende Regelungen zum Schutz vor Passivrauchen

A. Auf Bundesebene

1. Schutz vor Passivrauchen am Arbeitsplatz

Auf Bundesebene besteht eine einzige Bestimmung, die sich explizit mit dem Schutz vor Passivrauchen befasst. Das *Arbeitsgesetz* (ArG)² verpflichtet in Art. 6 die Arbeitgeber, zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und nach den Verhältnissen des Betriebs angemessen sind. Der Arbeitgeber hat insbesondere die betrieblichen Einrichtungen und den Arbeitsablauf so auszugestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmer nach Möglichkeit vermieden werden. Diese Vorschrift gilt für die privaten und (mit Ausnahmen) für die öffentlichen Betriebe sowie für die öffentlichen Verwaltungen von Bund, Kantonen und Gemeinden³.

Gestützt auf Art. 6 ArG hat der Bundesrat die *Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz*⁴ erlassen. Gemäss Art. 19 der Verordnung 3 hat der Arbeitgeber im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten dafür zu sorgen, dass die Nichtraucher nicht durch das Rauchen anderer Personen belästigt werden. Der Schutz der Nichtraucher kann entweder durch

² Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11).

³ Art. 3a in Verbindung mit Art. 1 f. ArG.

⁴ Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz vom 18. August 1993 (Gesundheitsvorsorge, ArGV 3; SR 822.113).

technische Massnahmen (geeignete Belüftung, Trennwände) oder organisatorische Massnahmen (Schaffung von Raucher- und Nichtraucherräumen) sichergestellt werden. Kann keine andere Lösung gefunden werden, hat der Arbeitgeber auf Verlangen betroffener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ein Rauchverbot zu erlassen⁵.

Neben dem Arbeitsgesetz verpflichtet auch das *Obligationenrecht* den Arbeitgeber, auf die Gesundheit des Arbeitnehmers gebührend Rücksicht zu nehmen⁶.

2. Sonstige bundesrechtliche Regelungen

Tabak und andere Raucherwaren werden nach der geltenden Bundesgesetzgebung zu den Lebensmitteln gezählt⁷. Das *Lebensmittelgesetz* (LMG) enthält daher einige wenige Bestimmungen zum Tabakkonsum und zur Tabakwerbung; Regelungen zum Passivrauchen beinhaltet es nicht.

Art. 13 Abs. 2 LMG bestimmt, dass Genussmittel wie Tabak und andere Raucherwaren in ihrem üblichen Gebrauch und Genuss die Gesundheit nicht unmittelbar oder in unerwarteter Weise gefährden dürfen. Das heisst, die Tabakprodukte dürfen nicht so beschaffen sein, dass sie direkt und unmittelbar gesundheitsgefährdend wirken; sodann sind Inhaltsstoffe ausgeschlossen, die der Konsument neben dem Nikotin nicht erwartet⁸. Art. 60 des Gesetzes räumt in Weiterem dem Bundesrat bis zum Erlass besonderer Bestimmungen über Werbebeschränkungen die Befugnis ein, die Werbung für alkoholische Getränke und für Tabak einzuschränken, welche sich speziell an die Jugend richtet.

Die gestützt auf das Lebensmittelgesetz neu erlassene *Tabakverordnung*⁹ enthält weiterführende Bestimmungen, allerdings keine zum Schutz vor dem Passivrauchen. Die Verordnung regelt die Herstellung und die Kennzeichnung von Tabakerzeugnissen und für Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen (z.B. Angabe des Teer- und Nikotingehalts und von Warnhinweisen auf den einzelnen Packungen) sowie die Werbung und Abgabe. Gemäss Art. 18 der Tabakverordnung ist jede Werbung für Tabakerzeugnisse untersagt, die sich speziell an Jugendliche unter 18 Jahren richtet. Das *Bundesgesetz über Radio und Fernsehen* untersagt ferner die Werbung für Tabakprodukte in Radio und Fernsehen¹⁰.

⁵ Vgl. dazu Staatssekretariat für Wirtschaft (seco), Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4 zum Arbeitsgesetz (Stand September 1995), Art. 19; BAUMBERGER, S. 92 ff.

⁶ Art. 328 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR; SR 220).

⁷ Art. 3 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 9. Oktober 1992 (Lebensmittelgesetz, LMG; SR 817.0).

⁸ Botschaft zu einem Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (Lebensmittelgesetz; LMG) vom 30. Januar 1989, BBl 1989 I 893 ff., 928.

⁹ Verordnung über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen vom 27. Oktober 2004 (Tabakverordnung, TabV; SR 817.06).

¹⁰ Art. 18 Abs. 5 Bundesgesetz über Radio und Fernsehen vom 21. Juni 1991 (RTVG; SR 784.40); Art. 15 Abs. 1 lit. b Radio- und Fernsehverordnung vom 6. Oktober 1997 (RTVV; SR 784.401).

Mit der Revision des *Bundesgesetzes über die Tabakbesteuerung* vom 21. März 2003 wurde die Grundlage für die Errichtung eines Tabakpräventionsfonds geschaffen¹¹; dieser besteht seit dem 1. Januar 2004¹². Aus dem Fonds sollen Präventionsmassnahmen finanziert werden, die „effizient und nachhaltig zur Verminderung des Tabakkonsums beitragen“¹³. Ein Teil der Massnahmen soll dem Schutz vor dem Passivrauchen dienen¹⁴.

B. In den Kantonen

In einigen kantonalen *Gastgewerbeetzen* finden sich Bestimmungen zum Schutz der nicht rauchenden Gäste. Die Gastgewerbebetriebe haben auf die Bedürfnisse der Nichtraucher Rücksicht zu nehmen, indem sie rauchfreie Tische oder Bereiche zur Verfügung stellen. Der Schutz steht generell unter dem Vorbehalt des „betrieblich Möglichen“. Entsprechende Schutzbestimmungen finden sich in den Kantonen Aargau¹⁵, Bern¹⁶, Basel-Landschaft¹⁷, Freiburg¹⁸, Jura¹⁹, Waadt²⁰, Wallis²¹ und Zürich²².

Einen weitergehenden Schutz gegen das Passivrauchen gewährleisten die Kantone Basel-Stadt und Tessin. Im Kanton *Basel-Stadt* müssen Betriebe mit einer Wirtschaftsfläche von mehr als 100 m² eine angemessene Anzahl von Nichtraucherplätzen anbieten. Diese müssen gut sichtbar gekennzeichnet sein und sind zonenförmig anzuordnen²³. Im Kanton *Tessin* müssen mindestens ein Drittel der Plätze in einem Restaurant den Nichtrauchern vorbehalten werden²⁴. Im Oktober 2004 hat der Tessiner Staatsrat dem Parlament eine Gesetzesvorlage unterbreitet, die das Rauchen in Restaurants untersagen soll.

– Das RTVG wird derzeit einer Totalrevision unterzogen; am Verbot für Tabakwerbung an Radio und Fernsehen soll festgehalten werden.

¹¹ Art. 28 Abs. 2 lit. c Bundesgesetz über die Tabakbesteuerung vom 21. März 1969 (SR 641.31).

¹² Verordnung über den Tabakpräventionsfonds vom 5. März 2004 (TPFV; SR 641.316).

¹³ Art. 2 Abs. 1 TPFV.

¹⁴ Art. 2 Abs. 2 lit. b TPFV.

¹⁵ § 6 Gesetz über das Gastgewerbe und den Kleinhandel mit alkoholhaltigen Getränken vom 25. November 1997.

¹⁶ Art. 27 Gastgewerbegesetz vom 11. November 1993.

¹⁷ § 10 Gastgewerbegesetz vom 5. Juni 2003.

¹⁸ Gesetz über die öffentlichen Gaststätten und den Tanz vom 24. September 1991.

¹⁹ Art. 25 Abs. 1 Loi sur l'hôtellerie, la restauration et le commerce de boissons alcooliques vom 18. März 1998 (Loi sur les auberges).

²⁰ Art. 46 Loi sur les auberges et les débits de boissons vom 26. März 2002.

²¹ Art. 19 Gesetz über das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholischen Getränken vom 17. Februar 1995.

²² § 22 Gastgewerbegesetz vom 1. Dezember 1996.

²³ § 9a Verordnung zum Wirtschaftsgesetz vom 8. November 1988. Vgl. auch die gesetzliche Grundlage in § 38 des Gesetzes über das Gastgewerbe und den Handel mit alkoholischen Getränken vom 7. Januar 1988.

²⁴ Art. 57 Legge sugli esercizi pubblici vom 21. Dezember 1994.

Die *Gesundheitsgesetze* der Kantone Tessin²⁵ und Waadt²⁶ räumen den kantonalen Regierungen die Kompetenz ein, an gewissen Orten das Rauchen zu untersagen. In den Kantonen Bern²⁷ und Genf²⁸ gilt ferner ein gesetzliches *Rauchverbot in Kinos*.

C. In Europa

1. Europarat

Der *Europarat* hat zwei *Empfehlungen* zur Reduktion des Tabakkonsums und zum Schutz der Nichtraucher abgegeben. Die erste Empfehlung datiert vom 27. September 1973²⁹, die zweite vom 3. Februar 1989³⁰. Die von der Parlamentarischen Versammlung verabschiedete Empfehlung 1101 (1989) befasst sich explizit mit dem Schutz der Nichtraucher; sie richtet sich an das Ministerkomitee. Dieses soll die Mitgliedstaaten dazu auffordern, Rauchverbote zu erlassen, so etwa in geschlossenen öffentlichen Räumen, Spitälern, Schulen, öffentlichen Verkehrsmitteln, Flugzeugen, Sport- und Unterhaltungsanlagen sowie am Arbeitsplatz³¹.

Mit dem Passivrauchen hatte sich auch die *Europäische Kommission für Menschenrechte* zu befassen. Die Kommission hielt fest, dass es Sache des nationalen Gesetzgebers sei, wie er den Schutz der Nichtraucher ausgestalten wolle³².

2. Europäische Union und übrige europäische Länder

a) In der *Europäischen Union* sind im Zusammenhang mit dem Schutz der Passivraucher folgende zwei *Empfehlungen* von Bedeutung:

Eine Entschliessung des Rates und der im Rat vereinigten Minister für das Gesundheitswesen vom 18. Juni 1989 fordert die Mitgliedstaaten dazu auf, *Rauchverbote in öffentlich zugänglichen und frequentierten geschlossenen Räumen* zu erlassen³³. Danach sollen Rauchverbote vorgesehen werden in Einrichtungen, in denen kostenlos oder gegen Bezahlung Dienstleistungen (einschliesslich der Veräusserung von Gütern)

²⁵ Art. 52 Abs. 3 der Legge sulla promozione delle salute e il coordinamento sanitario vom 18. April 1989 lautet wie folgt: «Il Consiglio di Stato stabilisce per regolamento i luoghi e gli spazi pubblici e di uso pubblico o collettivo ove è vietato fumare.»

²⁶ Art. 53 der Loi sur la santé publique vom 29. Mai 1985 lautet wie folgt: «L'Etat encourage les mesures visant à limiter l'usage du tabac dans les bâtiments publics et autres locaux, notamment ceux qui accueillent des enfants et des jeunes. Le Conseil d'Etat peut interdire l'usage du tabac ... dans certains locaux.»

²⁷ Art. 23 Vollziehungsverordnung zum Gesetz vom 17. April 1966 über die Vorführung von Filmen vom 7. März 1967.

²⁸ Art. 6 Loi sur les spectacles et les divertissements vom 4. Dezember 1992.

²⁹ Recommendation 716 (1973) on the control of tobacco and alcohol advertising and on measures to curb consumption of these products.

³⁰ Recommendation 1101 (1989) on the protection of non-smokers.

³¹ Ziff. 14 lit. A iii. Recommendation 1101 (1989) on the protection of non-smokers.

³² Zulassungsentscheid vom 16. April 1998, Nr. 32165/96.

³³ ABl C 189 vom 26. Juli 1989, S. 1 f.

erbracht werden; ferner in Einrichtungen der Kranken- und Gesundheitspflege sowie in sonstigen Einrichtungen der Gesundheitsversorgung; in Einrichtungen, in denen ältere Menschen aufgenommen werden; in schulischen oder anderen Einrichtungen, in denen Kinder oder Jugendliche aufgenommen oder beherbergt werden; in Hochschulen und in Einrichtungen für die berufliche Bildung; in Einrichtungen, in denen Vorführungen in geschlossenen Räumen dargeboten werden (Kinos, Theater, usw.); in öffentlich zugänglichen und frequentierten Rundfunk- und Fernsehstudios; in Einrichtungen, in denen Ausstellungen in geschlossenen Räumen veranstaltet werden; in Einrichtungen und geschlossenen Örtlichkeiten, in denen Sport getrieben wird; in geschlossenen Räumlichkeiten in Bahnhöfen der Eisenbahn, U-Bahn und S-Bahn sowie in Häfen und Flughäfen. Sodann werden die Mitgliedstaaten dazu aufgerufen, Rauchverbote in allen *öffentlichen Verkehrsmitteln* zu erlassen. In allen Einrichtungen sollen, wo möglich, abgegrenzte Bereiche für Raucher geschaffen werden.

In der Empfehlung des Rates vom 2. Dezember 2002 zur *Prävention des Rauchens und für Massnahmen zur gezielteren Eindämmung des Tabakkonsums*³⁴ empfiehlt der Rat den Mitgliedstaaten unter anderem, Rechtsvorschriften und/oder sonstige wirksame Massnahmen zu treffen, die einen Schutz vor Tabakrauch am Arbeitsplatz, in öffentlichen Einrichtungen sowie in öffentlichen Verkehrsmitteln gewährleisten. Besonderes Augenmerk soll dabei den Bildungs- und Gesundheitseinrichtungen sowie den Einrichtungen zukommen, die Dienstleistungen für Kinder anbieten³⁵.

b) Einen Überblick über den Nichtraucherschutz in den *einzelnen Staaten Europas* mit Stand 2003 vermittelt der von der Weltgesundheitsorganisation (Regionalbüro für Europa) publizierte Bericht „WHO European Country Profiles on Tobacco Control 2003“³⁶. Anzumerken bleibt, dass in den letzten Jahren in einer Reihe von Ländern das Rauchen in Gastgewerbebetrieben untersagt wurde, so *beispielsweise* in Irland³⁷ und in Italien; entsprechende Bestrebungen bestehen auch in Spanien³⁸.

D. Auf internationaler Ebene

Die *Weltgesundheitsorganisation (WHO)* hat am 21. Mai 2003 eine Rahmenkonvention zur Bekämpfung des Tabakkonsums verabschiedet; diese ist für die Vertragsstaaten am 27. Februar 2005 in Kraft getreten³⁹. Die Schweiz hat die Konvention am 25. Juni 2004 unterzeichnet; verbindlich wird sie erst mit der Ratifikation.

³⁴ ABl L 22 vom 25. Januar 2003, S. 31 ff.

³⁵ Ziff. 4 der Empfehlung des Rates vom 2. Dezember 2002.

³⁶ Abrufbar unter www.who.dk/Document/E80607.pdf.

³⁷ Public Health (Tobacco) Act of 27th March 2002.

³⁸ Neue Zürcher Zeitung vom 26. April 2005, S. 19.

³⁹ Zu den Vertragsstaaten gehören beispielsweise Deutschland, Frankreich, Grossbritannien, die meisten nordeuropäischen Länder sowie Indien, Japan, Australien und Kanada.

Die WHO-Rahmenkonvention hält die Vertragsstaaten an, *Massnahmen zur Bekämpfung des Tabakkonsums und zum Schutz der Passivraucher* zu treffen⁴⁰. Art. 8 widmet sich dem Passivrauchen. Die Bestimmung lautet wie folgt:

“Article 8: Protection from exposure to tobacco smoke

1. Parties recognize that scientific evidence has unequivocally established that exposure to tobacco smoke causes death, disease and disability.
2. Each Party shall adopt and implement in areas of existing national jurisdiction as determined by national law and actively promote at other jurisdictional levels the adoption and implementation of effective legislative, executive, administrative and/or other measures, providing for protection from exposure to tobacco smoke in *indoor workplaces, public transport, indoor public places* and, as appropriate, *other public places*.⁴¹

III. Rechtsetzungskompetenzen des Bundes zum Schutz vor Passivrauchen

A. Ausgangslage

Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Bund befugt ist, Massnahmen zum Schutz der Bevölkerung vor den gesundheitsschädigenden Folgen des Passivrauchens zu treffen, und wenn ja, wie weit diese Kompetenz geht. Kann der Bund den Passivraucherschutz umfassend regeln (nachfolgend B.) oder kann er nur in bestimmten Bereichen Massnahmen zum Schutz vor dem Passivrauchen (beispielsweise am Arbeitsplatz) treffen (nachfolgend C.)?

B. Bundeskompetenzen für einen umfassenden Schutz vor dem Passivrauchen

1. Kompetenz des Bundes zum Schutz der Gesundheit

a) Übersicht

Art. 118 Abs. 1 der Bundesverfassung (BV)⁴² räumt dem Bund die Kompetenz ein, im Rahmen seiner Zuständigkeiten *Massnahmen zum Schutz der Gesundheit* zu erlassen. Diese Bestimmung hat keine kompetenzbegründende Funktion; das Gesundheitswesen ist grundsätzlich *Sache der Kantone*. Rechtsetzungskompetenzen zum Schutz der Gesundheit kommen dem Bund nur im Rahmen der ihm ohnehin zustehenden Zuständig-

⁴⁰ Vgl. insbes. Art. 5 Ziff. 2 lit. b der WHO-Rahmenkonvention.

⁴¹ Hervorhebungen hinzugefügt.

⁴² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

keiten⁴³ sowie in den in Abs. 2 abschliessend aufgezählten Bereichen zu. Gemäss Art. 118 Abs. 2 BV erlässt der Bund Vorschriften über den Umgang mit Lebensmitteln sowie mit Heilmitteln, Betäubungsmitteln, Organismen, Chemikalien und Gegenständen, welche die Gesundheit gefährden können (lit. a), über die Bekämpfung übertragbarer, stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten von Menschen und Tieren (lit. b) sowie über den Schutz vor ionisierenden Strahlen (lit. c). Innerhalb dieser Gebiete verfügt der Bund über eine umfassende Kompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung⁴⁴. Art. 118 Abs. 2 BV verpflichtet den Bund, in diesen drei Teilbereichen gesetzgeberisch tätig zu werden. Solange der Bund von seiner Kompetenz keinen Gebrauch macht, bleiben jedoch die Kantone zuständig.

b) Im Umgang mit Lebensmitteln

Art. 118 Abs. 2 lit. a BV bezweckt, die *Verbraucher* vor gesundheitsgefährdenden sowie vor gefälschten Lebensmitteln zu schützen⁴⁵. Der Bund erhielt 1897 die Kompetenz zum Erlass einer Lebensmittelgesetzgebung durch Aufnahme von Art. 69^{bis} in die Bundesverfassung von 1874 vor allem, weil man der weitverbreiteten Fälschung von Lebensmitteln einen wirksamen Riegel schieben wollte⁴⁶. Der Zweck des Lebensmittelgesetzes besteht gemäss Art. 1 deshalb darin, (a) die Konsumenten vor Lebensmitteln und Gebrauchsgegenständen zu schützen, welche die Gesundheit gefährden können, (b) den hygienischen Umgang mit Lebensmitteln sicherzustellen und (c) die Konsumenten im Zusammenhang mit Lebensmitteln vor Täuschungen zu schützen.

Als Konsument von Tabak und anderen Raucherwaren gilt der *Raucher*; Tabak und andere Raucherwaren dürfen gemäss Art. 13 Abs. 2 des Lebensmittelgesetzes in ihrem üblichen Gebrauch und Genuss die Gesundheit nicht unmittelbar oder in unerwarteter Weise gefährden. Nicht zum geschützten Personenkreis von Art. 118 Abs. 2 lit. a BV und des Lebensmittelgesetzes im eigentlichen Sinn gehören damit die *Passivraucher*⁴⁷; sie „konsumieren“ den Tabak nur indirekt, durch das Einatmen des Tabakrauches, der von den Rauchern verursacht wird. Zumindest auf den ersten Blick scheint es dem Bund gestützt auf Art. 118 Abs. 2 lit. a BV daher an der Kompetenz zu fehlen, gesetzliche Regelungen zum Schutz vor dem Passivrauchen zu erlassen. Bei näherer Betrachtung (nachfolgend Ziff. 3) zeigt sich aber, dass Art. 118 Abs. 2 lit. a BV dem Bund auch die Kompetenz vermittelt, in diesem Bereich gesetzgeberisch tätig zu werden⁴⁸.

⁴³ Dazu hinten C.

⁴⁴ BGE 128 I 295 ff., 301 f.

⁴⁵ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff., 332; MALINVERNI, Art. 69^{bis} Rz. 14 ff.

⁴⁶ MALINVERNI, Art. 69^{bis}, Entstehungsgeschichte.

⁴⁷ Die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 30. Januar 1989 nennt denn auch nur den Konsumenten als Schutzobjekt der Lebensmittelgesetzgebung; vgl. BBl 1989 I 893 ff., 913, 917, 927 f.

⁴⁸ Das Bundesamt für Justiz ist in einem Rechtsgutachten zur Frage der Grundlage für eine Bundesgesetzgebung zum Schutz vor dem Passivrauchen vom 8. Mai 2003 allerdings zum gegenteiligen

c) Zur Bekämpfung bösartiger Krankheiten

Art. 118 Abs. 2 lit. b BV verpflichtet den Bund, Vorschriften zur Bekämpfung stark verbreiteter oder bösartiger Krankheiten zu erlassen; die Bekämpfung beinhaltet den Erlass *prophylaktischer Massnahmen*⁴⁹. Da sowohl das aktive wie auch das passive Rauchen fatale Auswirkungen auf die Gesundheit haben und zu bösartigen Krankheiten führen kann⁵⁰, lassen sich präventive Massnahmen zum Schutz vor dem Passivrauchen auf Art. 118 Abs. 2 lit. b der Bundesverfassung abstützen⁵¹.

2. Kompetenz des Bundes zum Schutz der Umwelt

Gemäss Art. 74 BV erlässt der Bund Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen (Abs. 1). Er sorgt dafür, dass solche Einwirkungen vermieden werden (Abs. 2 Satz 1).

Der Umweltschutzartikel erfasst die *mittelbaren* schädlichen Einwirkungen auf den Menschen, etwa durch Verunreinigungen der Luft, während Art. 118 BV den Schutz der Gesundheit vor *unmittelbaren* Beeinträchtigungen bezweckt, beispielsweise durch gesundheitsgefährdende Lebens- oder Heilmittel⁵². Der Begriff „Einwirkungen“ wird im Umweltschutzgesetz (USG)⁵³ näher definiert. Als Einwirkungen gelten danach unter anderem Luftverunreinigungen, sofern sie auf bestimmte Art erzeugt werden. Als mögliche Quellen der Einwirkungen nennt das Gesetz den Bau und Betrieb von Anlagen, den Umgang mit Stoffen, Organismen oder Abfällen sowie unsachgemässe Bewirtschaftung des Bodens⁵⁴. Luftverunreinigungen sind gemäss USG Veränderungen des natürlichen Zustandes der Luft, namentlich durch Rauch, Russ, Staub, Gase, Aerosole, Dämpfe, Geruch oder Abwärme⁵⁵.

Die Umweltschutzgesetzgebung hat die Bekämpfung von Verunreinigungen der *Aussenluft*, nicht der Raumluft zum Inhalt⁵⁶. Tabak und andere Raucherwaren werden von der geltenden Umweltschutzgesetzgebung deshalb nicht erfasst. Mit der Verschmutzung der Raumluft befasst sich lediglich Art. 17 Abs. 3 der Verordnung 3 zum Ar-

Schluss gelangt, VPB 68/2004 Nr. 81, S. 1058, 1060; ebenso für Deutschland OSSENBÜHL/CORNILS, S. 25 f.

⁴⁹ MALINVERNI, Art. 69 Rz. 29.

⁵⁰ Passivrauchen kann zu Lungenkrebs, aber auch zu Herz-Kreislauf-Erkrankungen, Asthmaanfällen, Infektionen der Atemwege und zu weiteren Erkrankungen führen.

⁵¹ Dieser Auffassung ist auch das Bundesamt für Justiz im erwähnten Rechtsgutachten vom 8. Mai 2003, VBP 68/2004 Nr. 81, S. 1059.

⁵² Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 248, 332; MORELL, Art. 74 Rz. 13.

⁵³ Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1982 (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01).

⁵⁴ Art. 7 Abs. 1 USG.

⁵⁵ Art. 7 Abs. 3 USG.

⁵⁶ Botschaft zum Bundesgesetz über den Schutz vor gefährlichen Stoffen und Zubereitungen (Chemikaliengesetz; ChemG) vom 20. November 1999, BBl 2000 687 ff., 712; vgl. auch BAUMBERGER, S. 33; STOCKER, S. 176 f. In Deutschland ist die Rechtslage identisch; dazu OSSENBÜHL/CORNILS, S. 37 ff.

beitsgesetz. Danach müssen Ablagerungen und Verunreinigungen, die zu einer unmittelbaren Gesundheitsgefährdung der Arbeitnehmer durch Verschmutzung der Raumluft führen können, rasch beseitigt werden.

Ob sich aus Art. 74 BV eine Kompetenz des Bundes zum Erlass von Massnahmen zum Schutz vor Passivrauchen ableiten lässt, ist damit auf den ersten Blick ebenfalls zweifelhaft, kann unseres Erachtens aber – wie nachfolgend (Ziff. 3) zu zeigen sein wird – doch bejaht werden⁵⁷.

3. Fazit und kritische Würdigung

Massnahmen zum Schutz vor dem Passivrauchen lassen sich auf die *Kompetenz des Bundes zur Bekämpfung bösartiger Krankheiten* (Art. 118 Abs. 2 lit. b BV) abstützen. Diese Auffassung teilt auch das Bundesamt für Justiz in einem Gutachten vom 8. Mai 2003⁵⁸.

Aber auch Art. 118 Abs. 2 lit. a und Art. 74 BV lassen sich unseres Erachtens als Kompetenzgrundlagen für den Erlass von Vorschriften zum Schutz vor dem Passivrauchen heranziehen.

Wenn *Art. 118 BV* dem Bund die Kompetenz zum Erlass von Vorschriften zum Schutz der Gesundheit im Umgang mit Lebensmitteln einräumt, ist nicht einzusehen, weshalb dem Bund nur die Befugnis zukommen soll, den rauchenden Tabakkonsumenten zu schützen, nicht aber die nicht rauchende Bevölkerung vor dem unerwünschten Einatmen von Tabakrauch. Zweck von Art. 118 BV ist der Schutz der Gesundheit. Schutz verdienen aber nicht nur die Raucher, also die unmittelbaren Konsumenten, sondern auch die Nichtraucher als mittelbare Konsumenten, die sich im Unterschied zu den Rauchern nicht freiwillig dem Risiko der Gesundheitsgefährdung durch Tabakrauch aussetzen. Stellt man auf den Zweck von Art. 118 BV ab (teleologische Auslegung) lässt sich der Erlass von Massnahmen zum Schutz vor Passivrauchen gestützt auf Art. 118 Abs. 2 lit. a BV begründen.

Auch *Art. 74 BV* kommt als Verfassungsgrundlage für den Erlass von Massnahmen zum Schutz der Nichtraucher in Betracht. Zweck einer Bundesgesetzgebung zum Schutz vor dem Passivrauchen wäre es, den Nichtraucher vor den schädlichen und lästigen Einwirkungen des Tabakrauchs zu schützen; es geht mit anderen Worten um die

⁵⁷ Nach Auffassung des Bundesamtes für Justiz kann aus Art. 74 BV hingegen keine Kompetenz zum Schutz vor dem Passivrauchen abgeleitet werden; VPB 68/2004 Nr. 81, S. 1058, 1060. Ebenso STOCKER, S. 177, wobei der Autor nicht ausschliesst, dass der Umweltschutzartikel in Zukunft einmal so ausgelegt wird, dass er auch den Auftrag zum Erlass von Vorschriften zur Reinhaltung der Raumluft miteinschliesst.

⁵⁸ VPB 68/2004 Nr. 81.

Luftreinhaltung zum Schutz der Gesundheit. Diese Zielsetzung steht im Einklang mit dem Wortlaut von Art. 74 Abs. 1 BV⁵⁹.

Bundesrechtliche Regelungen zum Schutz vor Passivrauchen lassen sich unseres Erachtens somit nicht nur auf Art. 118 Abs. 2 lit. b BV, sondern auch auf Art. 118 Abs. 2 lit. a BV und auf Art. 74 BV abstützen⁶⁰.

C. Bundeskompetenzen für einen beschränkten Schutz vor dem Passivrauchen

Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Bund – unabhängig davon, ob die Bestimmungen von Art. 118 Abs. 2 lit. a und lit. b sowie Art. 74 BV eine umfassende Rechtsetzungskompetenz begründen – in bestimmten *Teilbereichen* die Befugnis hat, Massnahmen zum Schutz vor dem Passivrauchen zu erlassen.

1. Schutz vor Passivrauchen am Arbeitsplatz

Art. 110 Abs. 1 lit. a der Bundesverfassung räumt dem Bund eine umfassende Befugnis zum Erlass von Vorschriften über den *Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer* ein⁶¹. Auf dieser Kompetenznorm beruht die bisher einzige bundesrechtliche Regelung zum Schutz vor dem Passivrauchen (Art. 19 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz)⁶². Auf Art. 110 Abs. 1 lit. a BV liessen sich umfassendere Massnahmen zum Schutz der nicht rauchenden Arbeitnehmer abstützen. Ein umfassender Passivraucher-schutz am Arbeitsplatz könnte mit einer Anpassung des Arbeitsgesetzes des Bundes erreicht werden⁶³.

2. Schutz vor Passivrauchen in öffentlichen Verkehrsmitteln

Gemäss Art. 87 BV ist die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr, die Seilbahnen, die Schifffahrt sowie die Luft- und Raumfahrt Sache des Bundes. Art. 92 BV, welcher das Postregal des Bundes verankert, räumt dem Bund ausserdem die Befugnis zur Regelung des Transports mit Autobussen ein. Aufgrund seiner umfassenden Gesetzgebungskompetenz im Verkehrswesen kann der Bund für sich die Befugnis zum Erlass von Massnahmen zum Schutz vor dem Passivrauchen in öffentlichen Verkehrsmitteln

⁵⁹ In diesem Sinn auch BAUMBERGER, S. 34.

⁶⁰ Dieser Auffassung liegt allerdings eine weite Auslegung von Art. 118 Abs. 2 lit. a BV und Art. 74 BV zu Grunde; sie lässt sich nicht auf Lehre und Rechtsprechung abstützen. Eine restriktivere Auffassung vertritt das Bundesamt für Justiz, VPB 68/2004 Nr. 81.

⁶¹ MEIER-SCHATZ, Art. 110 Rz. 15; AUBERT, Art. 34^{ter} Abs. 1 Bst. a-c Rz. 13.

⁶² Dazu vorne II.A.1., bei FN 4.

⁶³ Ebenso Bundesamt für Justiz, VPB 68/2004 Nr. 81, S. 1060.

(wie Eisenbahn und Bussen) beanspruchen⁶⁴. Entsprechende Massnahmen liessen sich im Transportgesetz des Bundes⁶⁵ verankern.

3. Schutz vor Passivrauchen in öffentlichen Gebäuden

Gemäss Art. 62f des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes⁶⁶ übt der Bund das Hausrecht in seinen Gebäuden aus. Diese Kompetenz kommt ihm aufgrund seiner Organisationshoheit zu. Die Eidgenossenschaft ist folglich befugt, in den *Verwaltungsgebäuden des Bundes* Massnahmen zum Schutz vor dem Passivrauchen zu treffen. Dies gilt aufgrund ihrer Kompetenzen im Verkehrs- und Postwesen (Art. 87 und 92 Abs. 1 BV) sowie im Bereich der Nationalstrassen (Art. 83 BV) und des Hochschulwesens (Art. 63 Abs. 2 BV) auch für Bahnhöfe⁶⁷, Flughäfen⁶⁸, Autobahnraststätten, Poststellen und für die Eidgenössischen Technischen Hochschulen. Von den Massnahmen begünstigt wären die Besucher, Reisenden, Studierenden sowie das dort arbeitende Personal.

Für den Erlass von Massnahmen in *Gebäuden der Kantone und Gemeinden* (Verwaltungsgebäude, Spitäler, Alters- und Pflegeheime, Schulen, Museen, Sportanlagen, Jugendzentren usw.) zum Schutz von Besuchern, Patienten und Schülern sind dagegen die Kantone bzw. die Gemeinden zuständig. Es liegt an ihnen, Massnahmen zu ergreifen. Dem Bund kommt aber über Art. 110 Abs. 1 lit. a BV die Kompetenz zum Schutz der dort tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu⁶⁹.

4. Schutz vor Passivrauchen in Armee und Zivilschutz

Sowohl die Militär- als auch die Zivilschutzgesetzgebung ist Sache des Bundes (Art. 60 Abs. 1 und Art. 61 Abs. 1 BV). Der Bund ist somit kompetent, Massnahmen zum Schutz vor dem Passivrauchen in Armee und Zivilschutz zu erlassen.

⁶⁴ In Flugzeugen gilt im Allgemeinen bereits ein (von den Fluggesellschaften angeordnetes) Rauchverbot.

⁶⁵ Bundesgesetz über den Transport im öffentlichen Verkehr vom 4. Oktober 1985 (Transportgesetz, TG; SR 742.40).

⁶⁶ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010).

⁶⁷ Seit dem 18. Oktober 2004 gilt in den unterirdischen Bahnhöfen der Stadt Zürich (Bahnhof Museumsstrasse, Bahnhof Zürich-Selnau) ein von den Schweizerischen Bundesbahnen bzw. der Sihltal Zürich Üetliberg Bahn erlassenes Rauchverbot.

⁶⁸ In den Terminals und öffentlich zugänglichen Gebäuden des Flughafens Zürich gilt ein generelles Rauchverbot; ausgenommen davon sind spezielle Raucherzonen. Art. 87 des Betriebsreglements für den Flughafen Zürich vom 31. Mai 2001.

⁶⁹ Der Nichtraucherschutz des Art. 19 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz erstreckt sich bereits heute auf die Arbeitnehmer von Kantonen und Gemeinden; Art. 3a ArG.

5. Schutz vor Passivrauchen in Strafvollzugsanstalten

Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts ist Sache des Bundes. Für die Organisation der Gerichte, die Rechtsprechung in Strafsachen sowie den Straf- und Massnahmevollzug sind die Kantone zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht (Art. 123 Abs. 1 und 2 BV).

Das Schweizerische Strafgesetzbuch (StGB)⁷⁰ verpflichtet die Kantone, für die Errichtung und den Betrieb der Strafvollzugsanstalten zu sorgen⁷¹. Massnahmen zum Schutz der nicht rauchenden Insassen liessen sich ins StGB aufnehmen. Die Zuständigkeit der Kantone zum Straf- und Massnahmevollzug steht ja ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Bundesgesetzgebung. Vereinzelt haben die Kantone bereits Rauchverbote in Strafvollzugsanstalten erlassen⁷².

6. Schutz vor Passivrauchen in Restaurants, Kinos und Theatern

Die Regelung des Gast- und des Unterhaltungsgewerbewesens fällt in die *Gesetzgebungskompetenz der Kantone*. Gestützt auf Art. 110 Abs. 1 lit. a der Bundesverfassung wären Massnahmen des Bundes zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Restaurants, Kinos oder Theatern denkbar; Massnahmen zum Schutz der Gäste und Besucher sind dagegen von den Kantonen zu treffen.

7. Schutz der Kinder vor Passivrauchen

Gemäss Art. 301 Abs. 1 des Zivilgesetzbuches⁷³ leiten die Eltern mit Blick auf das *Wohl des Kindes* seine Pflege und Erziehung. Sie haben seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung zu fördern und zu schützen⁷⁴.

Die Eltern gefährden die Gesundheit der Kinder, wenn sie sie Tabakrauch aussetzen. Ob der Bund Massnahmen zum Schutz der Kinder vor Passivrauchen gestützt auf seine *Zivilrechtskompetenz* (Art. 122 Abs. 1 BV) erlassen kann, ist unklar. Das Bundesamt für Justiz bestimmt die Zivilrechtskompetenz des Bundes nach der so genannten typologischen Auslegungsmethode. Danach können Rechtsnormen insbesondere dann auf die Privatrechtskompetenz abgestützt werden, wenn sie typische *privatrechtliche Ziele* verfolgen. Sachbereiche, die den Zielen des Zivilrechts fremd sind, bedürfen jedoch einer besonderen Verfassungsgrundlage⁷⁵.

⁷⁰ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0).

⁷¹ Art. 382 f. StGB.

⁷² So kann in den Gefängnissen und Vollzugsanstalten des Kantons St. Gallen das Rauchen im Interesse eines geordneten Gefängnisbetriebs und zum Schutz vor unerwünschtem Passivrauchen eingeschränkt werden; Art. 33 Abs. 2 Verordnung über die Gefängnisse und Vollzugsanstalten vom 13. Juni 2000.

⁷³ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

⁷⁴ Art. 302 Abs. 1 ZGB.

⁷⁵ Dazu VPB 83/1999 Nr. 83.

Verbotsnormen sind dem Zivilgesetzbuch nicht unbekannt⁷⁶. Vorschriften zum Schutz des Kindes vor Passivrauchen liessen sich daher theoretisch zum Bereich des Zivilrechts zählen.

IV. Verfassungsmässigkeit von Massnahmen zum Schutz vor Passivrauchen

A. Grundsätzliches

Unabhängig von der Rechtsetzungskompetenz stellt sich die weitere Frage, ob Massnahmen zum Schutz vor dem Passivrauchen verfassungsrechtlich zulässig sind. Die Interessen der Nichtraucher stehen zu jenen der Raucher, teilweise auch zu jenen weiterer Personen, in einem Spannungsverhältnis. Ein Rauchverbot könnte in die in Art. 10 Abs. 2 der Bundesverfassung geschützte *persönliche Freiheit* der Raucher, allenfalls auch in die *Wirtschaftsfreiheit* von Gewerbetreibenden (insbesondere Gastwirten) gemäss Art. 27 BV, eingreifen. Ob das Rauchen in den Schutzbereich der persönlichen Freiheit fällt, ist allerdings umstritten⁷⁷. Umgekehrt kann sich auch der Nichtraucher, der gegen seinen Willen dem Passivrauchen ausgesetzt wird, auf die persönliche Freiheit berufen⁷⁸.

Wie alle Grundrechte gelten auch die persönliche Freiheit und die Wirtschaftsfreiheit nicht absolut, sondern sie können unter den in Art. 36 BV genannten Voraussetzungen *eingeschränkt* werden. Eine Einschränkung von Grundrechten bedarf einer gesetzlichen Grundlage, sie muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Schliesslich darf der Kerngehalt des Grundrechts nicht angetastet werden, wozu die Befugnis zu rauchen sicherlich nicht gehört⁷⁹. Selbst wenn sich die Raucher nicht auf das Grundrecht der persönlichen Freiheit berufen können sollten, muss sich eine Bundesgesetzgebung zum Schutz vor dem Passivrauchen an den Grundsätzen des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit orientieren; Art. 5 Abs. 2 BV schreibt generell vor, dass staatliches Handeln im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein muss.

Massnahmen zum Schutz vor Passivrauchen erfolgen zum Schutz der Gesundheit der Nichtraucher; Gesundheitsschädigungen durch Passivrauchen gelten als wissenschaftlich erwiesen. Die Massnahmen liegen damit klarerweise im *öffentlichen Interesse*.

⁷⁶ Vgl. z.B. Art. 95 (Eheschliessung), Art. 408 (verbotene Geschäfte zu Lasten des Bevormundeten) und Art. 684 Abs. 2 ZGB (Verbot schädlicher Einwirkungen auf das Nachbargrundstück).

⁷⁷ Bejahend HUG-BEELI, S. 21; ebenso für Deutschland SCHNEIDER/WULFES, S. 76 f.; JAHN, S. 850 f.; ablehnend bzw. zweifelnd hingegen BAUMBERGER, S. 29; STOCKER, S. 174; CAPT, S. 13; vgl. ferner WILDHABER, Art. 8 Rz. 259.

⁷⁸ Vgl. dazu BGE 118 Ia 64 ff., 81, wo das Bundesgericht eine Gefängnisverordnung zu beurteilen hatte, welche u.a. das Rauchen in den Zellen grundsätzlich gestattete. Ebenso für Deutschland SCHNEIDER/WULFES, S. 80; JAHN, S. 851 ff.

⁷⁹ Vgl. für Deutschland SCHNEIDER/WULFES, S. 77; JAHN, S. 851.

Grundrechte Dritter gelten ausdrücklich als öffentliche Interessen, welche Einschränkungen von Grundrechten rechtfertigen⁸⁰.

B. Verhältnismässigkeit im Besonderen

Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit wird verlangt, dass die vom Gesetzgeber gewählte Massnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig ist. Ausserdem muss die Massnahme zumutbar sein; der angestrebte Zweck muss in einem vernünftigen Verhältnis zu den erzielten Wirkungen, d.h. zu den zu seiner Erreichung notwendigen Einschränkungen Einzelner stehen⁸¹.

Grundsätzlich sind generelle Rauchverbote *geeignet*, wirksam vor dem Passivrauchen zu schützen. Wo nicht geraucht wird, gibt es auch kein Passivrauchen.

Wo ein allgemeines Rauchverbot *erforderlich* ist und wo allenfalls andere, weniger einschränkende Massnahmen getroffen werden können, um die nicht rauchende Bevölkerung wirksam vor dem Passivrauchen zu schützen, ist im Einzelfall zu prüfen. Weniger einschneidende Massnahmen sind insbesondere getrennte Räume für Raucher und Nichtraucher oder Raucherplätze im Freien. Wo auf diesem Weg der Schutz vor Passivrauchen gewährleistet werden kann, ist ein vollständiges Rauchverbot nicht erforderlich und daher unverhältnismässig.

Unter dem Aspekt der *Zumutbarkeit* müssen im Rahmen einer Gesetzgebung zum Schutz vor Passivrauchen die Interessen der Raucher mitberücksichtigt werden. Jedem Raucher ist zwar ein vollständiges Rauchverbot für kürzere Zeit zumutbar. An Orten, an denen sich Raucher über längere Zeit aufhalten müssen, ist aber auch ihren Interessen Rechnung zu tragen. Dies kann beispielsweise durch die Einrichtung von Raucheräumen erfolgen.

V. Schlussfolgerungen

Massnahmen des Bundes zum Schutz der nicht rauchenden Bevölkerung vor den gesundheitsschädigenden Folgen des Passivrauchens lassen sich auf verschiedene Kompetenznormen der Bundesverfassung abstützen. Zu denken ist dabei vorab an die Bestimmungen von Art. 118 Abs. 2 lit. a und lit. b der Bundesverfassung, welche dem Bund die Befugnis zum Erlass von Massnahmen zum Schutz der Gesundheit einräumen, und in zweiter Linie an den Umweltschutzartikel (Art. 74 BV). Aber auch bei Verneinung der Zuständigkeit des Bundes gestützt auf die genannten Verfassungsbe-

⁸⁰ Art. 36 Abs. 2 BV.

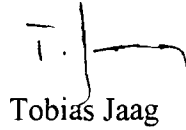
⁸¹ Vgl. statt vieler HÄFELIN/MÜLLER, Rz. 581 ff.

stimmungen kommt dem Bund in wichtigen Bereichen die Kompetenz zu, Regelungen zum Schutz vor dem Passivrauchen zu erlassen, so am Arbeitsplatz, in öffentlichen Verkehrsmitteln und in öffentlichen Gebäuden, in Strafvollzugsanstalten, in Armee und Zivilschutz, allenfalls auch im familiären Umfeld zum Schutz des Kindes.


Welche Massnahmen zum Schutz vor dem Passivrauchen verhältnismässig sind, muss im Einzelfall geprüft werden. Auf Grund der mit dem Passivrauchen verbundenen Gesundheitsschädigungen und Einschränkungen für Dritte ist es jedenfalls grundsätzlich zulässig, Rauchverbote zum Schutz der nicht rauchenden Bevölkerung anzuordnen.

Zürich, 26. April 2005

X0244913.doc



Tobias Jaag



Markus Rüssli