

Der Genuss von Zigarren in Zigarrenlounges – ein Blick auf die gesetzlichen Regelungen

Bundesrecht

Bis dato wird der Raucherschutz auf Bundesebene primär durch das Arbeitsgesetz und dessen Verordnung 3 gewährleistet. Danach hat der Arbeitgeber zum einen sämtliche Massnahmen zu ergreifen, die zum Schutze der Gesundheit des Arbeitnehmers notwendig und verhältnismässig sind und zum anderen im Rahmen seiner Möglichkeiten dafür zu sorgen, dass die Nichtraucher nicht durch das Rauchen anderer Personen belästigt werden. Eine gewisse Konkretisierung wurde durch die Wegleitung des Seco erreicht. Dennoch wird der Schutz als zu lückenhaft erachtet, weshalb am 3. Oktober 2008 ein neues Gesetz zum Schutz vor Passivrauchen verabschiedet wurde. Die Referendumsfrist läuft am 22. Januar 2009 ab.

Das Gesetz enthält keine abschliessende Regelung, sondern bezweckt einen Minimalschutz; die Kantone können weiterführende Regelungen treffen. Es ist auf öffentlich zugängliche Räume und solche, die mehreren Personen als Arbeitsplatz dienen, anwendbar. Unter die erste Kategorie fallen insbesondere Restaurationsbetriebe. In den genannten Räumen soll das Rauchen künftig verboten sein, wobei zwei Ausnahmen bestehen:

- Restaurationsbetriebe können sog. *Raucherräume* einrichten, die – ausnahmsweise – auch bedient werden dürfen.
- Zulässig sind zudem sog. *Raucherlokale*, vorausgesetzt, das als solches gekennzeichnete Lokal ist nicht grösser als 80 Quadratmeter und die Arbeitnehmenden haben ausdrücklich zugestimmt, in einem Raucherlokal zu arbeiten.

Wird die Zigarrenlounge im Rahmen eines Restaurationsbetriebes betrieben, wären diese Ausnahmebestimmungen denkbar. Allerdings ist in diesem Fall zum einen die wirtschaftliche Existenz von der Bewilligungspraxis der Behörden abhängig und zum anderen können die kantonalen Regelungen diese Ausnahmebestimmungen ausschliessen.

Aus den genannten Gründen wäre es daher erstrebenswert, als Zigarrenlounge gar nicht erst unter das Gesetz zu fallen. Der in Deutschland verbreitete Weg, durch die Gründung eines Vereins (nicht im juristischen Sinn) das Rauchverbot zu umgehen, ist in der Schweiz nicht möglich. Denn auch wenn eine Zigarrenlounge nur den Mitgliedern eines Vereins zugänglich ist, es sich also nicht um einen öffentlich zugänglichen Raum handelt, ist sie vom Gesetz erfasst, sofern sie mehr als einer Person als Arbeitsplatz dient. Folgende Argumentationen sind in diesem Zusammenhang dennoch denkbar:

a) Fraglich ist, wie die Bestimmung, dass der Raum nicht „**mehreren Personen** als Arbeitsplatz dienen“ darf, zu verstehen ist. Möglich ist, dass der Raum nur einer Person oder nur einer Arbeitsstelle, also einem vollen Pensum, als Arbeitsplatz dienen darf. M.E. ist in diesem Fall von einer wörtlichen Interpretation abzusehen und die Bestimmung teleologisch in letzterem Sinne auszulegen. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung offensichtlich die negativen Auswirkungen des Passivrauchens minimieren. Diese sind gleich gross, ob nun eine Person oder mehrere Personen arbeiten, sofern die gesamte Arbeitszeit dieselbe ist. Möglich ist daher m.E. der Betrieb einer Zigarrenlounge von mehreren Personen, sofern das gesamte Arbeitspensum 100% nicht überschreitet. Diese Ansicht dürfte freilich nicht unbestritten sein.

b) Eine andere Möglichkeit wäre, dass nicht eine Person in einer Zigarrenlounge angestellt wird, sondern jemand **beauftragt** wird, die Zigarrenlounge zu betreiben. Dabei sind allerdings zwei Punkte zu beachten:

Zum einen ist diese Lösung davon abhängig, wie der Begriff „Arbeitsplatz“ ausgelegt wird. Als Arbeitsplatz wird der Ort der Tätigkeit des Arbeitnehmers – und nicht des Beauftragten – verstanden (vgl. z.B. Art. 15 Abs. 2, 27 Abs. 2 lit. m ArG). Andere Tätigkeiten als diejenigen des Arbeitnehmers fallen m.E. nicht darunter und können somit auch nicht eine Unterstellung unter das Gesetz bewirken. Dies ergibt sich auch aus einer teleologischen Auslegung: Der Arbeitnehmer zeichnet sich durch ein Subordinationsverhältnis und eine bestimmte Abhängigkeit gegenüber dem Arbeitgeber aus. Der Beauftragte kann demgegenüber jederzeit den Auftrag beenden. Der Beauftragte bedarf daher – im Gegensatz zum Arbeitnehmer – keines gesetzlichen Schutzes.

Zum anderen muss sichergestellt werden, dass es sich nicht nur formell, sondern faktisch um einen Auftrag und nicht um einen Arbeitsvertrag handelt. Denn es kommt nicht auf die (falsche) Bezeichnung der Parteien an. Wie soeben erwähnt, zeichnet sich der Auftrag durch eine grössere Unabhängigkeit des Beauftragten aus. Für einen Auftrag spricht es etwa, wenn der Beauftragte das unternehmerische Risiko trägt. Zudem muss der Beauftragte auch wirtschaftlich unabhängig sein, da ansonsten die Person als „arbeitnehmerähnliche“ oder „scheinselbständige“ Person aufgefasst wird.

Ob dieser Weg von den Behörden nicht als Umgehung der gesetzlichen Regelung gesehen wird, bleibt allerdings offen.

c) Schlussendlich ist möglich, dass eine Zigarrenlounge von den **Gesellschaftern** einer Personengesellschaft betrieben wird.

Zum einen stellt sich auch hier die Frage nach der Auslegung des Begriffs „Arbeitsplatz“. Wie bereits ausgeführt, beinhaltet dieser Begriff m.E. lediglich den Ort der Tätigkeit des Arbeitnehmers. Die Tätigkeit eines Gesellschafters ist von der gesetzlichen Regelung somit nicht erfasst.

Zum anderen muss der Vertrag inhaltlich als Gesellschaftsvertrag und nicht als Arbeitsvertrag ausgestaltet werden. Für einen Gesellschaftsvertrag deutet es hin, wenn der Arbeitleistende im Verhältnis zu dem oder den Vertragspartnern grundsätzlich gleichberechtigt ist oder das Unternehmensrisiko mitträgt, aber keine periodischen Leistungen erhält.

M.E. ist diese Lösung am sinnvollsten. So könnte bspw. eine Kollektivgesellschaft gegründet werden, in deren Rahmen Räumlichkeiten gemietet werden und festgelegt wird, wer Zugang zu den Zigarrenlounches hat. Die Zigarrenlounge könnte von den Gesellschaftern einer Kollektivgesellschaft betrieben werden. Allerdings sei auch hier festgehalten, dass es sich hierbei um eine theoretische Beurteilung handelt.

Kantonales Recht

Wie bereits erwähnt, handelt es sich beim Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen um einen Minimalstandard. Die Kantone können weitergehende Regelungen vorsehen. In welche Richtung sich diese entwickeln werden, kann nicht beurteilt werden.

Immerhin kann festgehalten werden, dass sich die Verschärfungen auf Kantonsebene primär auf die Ausnahmeregelungen bezüglich Raucherräume und Raucherlokale beziehen. Von solchen Verschärfungen wären die oben genannten Lösungen nicht betroffen.

Die Gewährleistung für die Richtigkeit der Angaben wird ausgeschlossen.