

**Diplomstudium Rechtswissenschaften**

**Rechtliche Rahmenbedingungen des  
Tabakkonsums an öffentlichen Orten  
unter besonderer Beachtung des  
gesetzlichen Nichtraucherschutzes in  
der Gastronomie**

**Diplomarbeit**

**aus**

**Verfassungs- und Verwaltungsrecht**

**zur Erlangung des akademischen Grades eines Magisters der  
Rechtswissenschaften an der Universität Salzburg**

**eingereicht von  
Andreas Burkhart  
0723115**

**Betreuer  
Univ.-Prof. Dr. Stefan Griller**

**Salzburg, April 2015**

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	5
I. Einleitung .....	7
A. Die Problematik .....	7
B. Übersicht .....	9
C. Gesundheitliche Aspekte aktiven und passiven Rauchens .....	10
1) Allgemeines.....	10
2) Die Folgen des aktiven Tabakkonsums.....	10
3) Die Folgen der Passivrauch-Exposition.....	12
D. Rechtsgrundlagen .....	14
II. Der Nichtraucherchutz in der Gastronomie .....	17
A. Die Entstehung des Nichtraucherchutzes.....	17
1) Vorbemerkungen.....	17
2) Entstehung des Nichtraucherchutzes in Österreich .....	18
B. Die Nichtraucherchutzbestimmungen der §§ 13 ff TabakG .....	19
1) Einleitung.....	19
2) Der Nichtraucherchutz an öffentlichen Orten gemäß § 13 TabakG .....	20
3) Das generelle Rauchverbot gemäß § 13a Abs 1 .....	22
4) Ausnahmen vom Rauchverbot gem. § 13a Abs 2 und 3 .....	24
5) Die Arbeitnehmerschutzbestimmungen gem. § 13a Abs 4 und 5 TabakG ..	26
6) Kennzeichnungspflicht gem. § 13b Abs 4 TabakG .....	27
7) Obliegenheiten des Lokalinhabers gem. § 13c TabakG und Sanktionen bei dessen Missachtung .....	29
C. Das BG zur authentischen Interpretation des § 13a Abs 2 TabakG .....	31

1) Einleitung.....	31
2) VwGH, 17. 06 2013, 2012/11/0235 .....	32
3) Die Regelung und der Grund ihrer Entstehung .....	34
4) Anmerkungen .....	35
III. Verfahrensrechtliche Aspekte des gesetzlichen Nichtraucher-schutzes in der Gastronomie .....	39
A. Die Problematik .....	39
B. Private Initiativen .....	41
1) Interessensgemeinschaft für fairen Wettbewerb in der Gastronomie .....	41
2) „Rauchersheriffs“ .....	43
IV. Die Beachtung der Nichtraucherschutzbestimmungen in der österreichischen Gastronomie .....	47
A. Untersuchungen gastronomischer Betriebe in Wien und Graz .....	47
1) Studien aus Graz.....	47
2) Studien aus Wien .....	48
B. Die Beachtung der Nichtraucherschutzbestimmungen in der Salzburger Abendgastronomie am Beispiel der Innenstadtlokale am Rudolfskai, Giselakai, Neumayrplatz und der Gstättergasse .....	50
1) Einleitung:.....	50
2) Zielsetzung: .....	51
3) Methodik.....	51
4) Erläuterung.....	52
5) Ergebnis .....	53
V. Gesetzliche Regelungen zum Jugendschutz.....	56
A. Einleitung.....	56
B. Die Jugendschutzgesetze der Länder .....	57

1) Überblick .....	57
2) Anmerkungen .....	58
3) Dem Jugendschutz dienende Rauchverbote .....	59
VI. Österreichs Tabakpräventions-Politik im europäischen Vergleich anhand des Tobacco Control Scale 2013 .....	65
A. Einleitung.....	65
B. Vergleichskriterien .....	67
1) Zigarettenpreis.....	67
2) Rauchverbote .....	67
3) Werbebeschränkungen .....	68
4) Gesundheitswarnungen auf Zigarettenpackungen .....	68
5) Staatliche Maßnahmen zur Raucherentwöhnung.....	69
C. Fazit.....	70
1) Das Ergebnis des Tobacco Control Scale im Rückblick bis 2005.....	70
2) Anmerkungen .....	71
VII. Rechtspolitische Anmerkungen .....	74
1) Zur derzeitigen Situation.....	74
2) Ausblick.....	76
3) Fazit.....	81
Literaturverzeichnis .....	83
Onlinequellen Verzeichnis .....	86
Rechtsprechung .....	88

# Abkürzungsverzeichnis

Abs .....	Absatz
AEUV .....	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
BG .....	Bundesgesetz
BMG .....	Bundesministerium für Gesundheit
BMGF .....	(ehemaliges) Bundesministerium für Gesundheit und Frauen
BVerfG .....	Bundesverfassungsgericht der Republik Deutschland
B-VG .....	Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl. Nr. 1/1930
ECToH .....	European Conference on Tobacco or Health
EU .....	Europäische Union
FV .....	Fachverband
FN .....	Fußnote
G .....	Gesetz
HG .....	Handelsgericht
iVm .....	in Verbindung mit
LVwG .....	Landesverwaltungsgericht
maW .....	mit anderen Worten
ÖBB .....	Österreichische Bundesbahnen
ÖZW .....	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ÖVP .....	Österreichische Volkspartei

ORF ..... Österreichischer Rundfunk  
SozSi ..... Soziale Sicherheit, Fachzeitschrift der österreichischen Sozialversicherung  
SPÖ ..... Sozialdemokratische Partei Österreichs  
UVS ..... (ehemalige) Unabhängige Verwaltungssenate der Länder  
VCÖ ..... Verkehrsclub Österreich  
VP ..... Verabreichungsplätze  
VfGH ..... Verfassungsgerichtshof  
VwGH ..... Verwaltungsgerichtshof  
WKO ..... Wirtschaftskammer Österreich

# I. Einleitung

## A. Die Problematik

Österreich hat für Rauchverbote an öffentlichen Orten eine vergleichsweise liberale Regelung. Denn während in ganz Nord- und Westeuropa Nichtraucherschutzgesetze ein generelles Rauchverbot in der Gastronomie vorsehen, gibt es in Österreich immer noch zahlreiche Ausnahmen (in Form abgetrennter Raucherzimmer) von diesem und für Betreiber von Lokalen mit einer Fläche von unter 50m<sup>2</sup> sogar die Möglichkeit Gäste im gesamten Lokal rauchen zu lassen. Dies hat zu einer kontroversiellen Diskussion geführt, in der auf der einen Seite Österreichs Festhalten an der jahrhundertealten Kaffeehaustradition und ein tolerantes Miteinander zwischen Rauchern und Nichtrauchern gelobt wird und auf der anderen Seite gesundheitliche Auswirkungen kritisiert werden. Jedenfalls bleibt das Thema im politischen Diskurs sehr präsent, wie auch die hohe Anzahl an einschlägigen Berichterstattungen in Tageszeitungen zeigt. Sucht man beispielsweise im Online-Archiv der Salzburger Nachrichten nach Artikeln, in denen das Schlagwort „Rauchverbot“ behandelt wird, erhält man 1051 Treffer<sup>1</sup>; 706 Artikel finden sich im Online-Archiv der Tageszeitung „Die Presse“<sup>2</sup> und genau 1000 mal wurde im „Standard“<sup>3</sup> einschlägig berichtet.

38% der österreichischen Bevölkerung rauchen (43% aller Männer und 34% der Frauen) und sind damit direkt von der in dieser Arbeit dargestellten Rechtslage

---

<sup>1</sup> URL:

<http://www.salzburg.com/nachrichten/diverse/archivsuche/?q=rauchverbot&submit.x=0&submit.y=0>,  
abgefragt am 31.12.2014

<sup>2</sup> URL:

[http://diepresse.com/user/search.do?resultsPage=0&resetForm=0&searchText=rauchverbot&benutzername=Benutzer&pw=pass&autologin=on&action=on&login=anmelden&\\_vl\\_backlink=%2Fuser%2Fsearch.do](http://diepresse.com/user/search.do?resultsPage=0&resetForm=0&searchText=rauchverbot&benutzername=Benutzer&pw=pass&autologin=on&action=on&login=anmelden&_vl_backlink=%2Fuser%2Fsearch.do), abgefragt am 31.12.2014.

<sup>3</sup> URL:

<http://derstandard.at/suche/?query=rauchverbot&ressortId=0&status=AktivArchiv&period=All&startDate=1.1.2002&endDate=31.12.2014&sortOrder=Relevance>, abgefragt am 31.12.2014

betroffen. Bei Jugendlichen unter 19 Jahren beträgt der Raucheranteil sogar 53% (56% der Burschen und 51% der Mädchen).<sup>4</sup>

Relevant ist die Rechtslage zum Nichtraucherschutz auch für gastronomische Betriebe. Derer gibt es viele im Fremdenverkehrsland Österreich: Der Fachverband Gastronomie der Wirtschaftskammer (im Folgenden WKO) listet mit Stichtag 31.12.2013 über 42.000 Betriebe<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Vgl. Ludwig-Boltzmann-Institut für Suchtforschung, Rauchverhalten in Österreich 2, Ergebnisse unterschiedlicher aktueller Quellen einschließlich der österreichweiten repräsentativen Bevölkerungsumfrage BMGF/LBISucht/market 2008, Wien 2009. Auch Quelle der vorher genannten Zahlen.

<sup>5</sup>Vgl. Österreichische Wirtschaftskammer, Statistik des Fachverbandes Gastronomie, URL: [https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/Gastronomie/Statistik/STATISTIK\\_UeBER\\_ALLE\\_BETRIEBE\\_BL-2013\\_Mitglieder.pdf](https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/Gastronomie/Statistik/STATISTIK_UeBER_ALLE_BETRIEBE_BL-2013_Mitglieder.pdf).



## B. Übersicht

Nach einer einleitenden Darstellung der gesundheitlichen Aspekte aktiven und passiven Rauchens, sowie der Rechtsgrundlagen, widmet sich Kapitel II dem Nichtraucherschutz in der Gastronomie und damit dem zentralen Thema dieser Arbeit. Es werden die §§ 13ff TabakG dargestellt und anhand der höchstgerichtlichen Rechtsprechung erörtert.

In Kapitel III werden verfahrensrechtliche Aspekte des gesetzlichen Nichtraucherschutzes behandelt. Neben Strafverfahren nach dem VStG wird auch auf Verfahren vor den Zivilgerichten eingegangen.

Einen Überblick über die Ergebnisse diverser Studien, die in den Landeshauptstädten Wien und Graz zur Beachtung von Nichtraucherschutzbestimmungen durchgeführt wurden, liefert Kapitel IV; ergänzt wird dies durch eigene Erhebungen zur Einhaltung der Bestimmungen in der Salzburger Abendgastronomie.

Die Jugendschutzgesetze der Länder werden in Kapitel V verglichen und dem Jugendschutz dienende Rauchverbote besprochen.

Einem europäischen Vergleich werden Österreichs Tabakgesetz und die Jugendschutzgesetze der Länder in Kapitel VI unterzogen.

Abschließend folgen rechtspolitische Anmerkungen, ein Ausblick auf einschlägige gesetzgeberische Vorhaben, sowie ein Resümee.

## **C. Gesundheitliche Aspekte aktiven und passiven Rauchens**

### **1) Allgemeines**

Rauchen ist definiert als das bewusste Einatmen von Rauch verbrennender Pflanzenteile bis in die Mundhöhle oder bis in die tieferen Atemwege.<sup>6</sup> Am weitesten verbreitet ist das Rauchen von zerkleinerten Blättern der nikotinhaltenen Tabakpflanze in Form von Zigaretten, Zigarillos oder Zigarren. Auch einige illegale Drogen, beispielsweise Marihuana und Haschisch werden durch Rauchen aufgenommen.<sup>7</sup> In den Zigarettenrauch gehen 65-75 % des im Tabak enthaltenen Nikotins über; beim Inhalieren werden wiederum 85-95 % dieses Rauchnikotins vom Körper aufgenommen, während beim Nichtinhalieren lediglich 5 % in den Körper gelangen.<sup>8</sup>

### **2) Die Folgen des aktiven Tabakkonsums**

Die schädlichen Auswirkungen des Tabakrauchs auf die Gesundheit sind vielfach und ausführlich dokumentiert.<sup>9</sup> Auch beim überwiegenden Teil der Bevölkerung ist dieses Wissen generell angekommen. Während allerdings hinlänglich bekannt ist, dass Rauchen das Kehlkopf- und Lungenkrebsrisiko erhöht, wissen erstaunlich wenige beispielsweise über das häufigere Auftreten von Diabetes mellitus,<sup>10</sup> chronischen Rückenschmerzen<sup>11</sup> und urologischen Erkrankungen<sup>12</sup> infolge des

---

<sup>6</sup> Becker/Hackenberg/Stannigel, Rauchen: Medizin und Gesundheit, in Geo Themenlexikon Band 11 1203, Mannheim 2007.

<sup>7</sup> Die folgenden Ausführungen beziehen sich allerdings ausschließlich auf gesundheitliche Konsequenzen des Genusses von Zigaretten.

<sup>8</sup> Becker/Hackenberg/Stannigl, Rauchen 2007 1204.

<sup>9</sup> Vgl. URL: [http://www.aerzteinitiative.at/\\_Intitative\\_1.htm](http://www.aerzteinitiative.at/_Intitative_1.htm).

<sup>10</sup> Deutsche Diabetes Hilfe, Rauchen begünstigt und verschlechtert Diabetes Mellitus, Berlin 2012, URL: <http://www.diabetesde.org/presse/pressemitteilungen/detail/artikel/rauchen-beguenstigt-und-verschlechtert-diabetes-mellitus/>.

<sup>11</sup> Zimmermann-Stenzel/Mannuß/Schneider/Schiltenswolf, Tabakkonsum und chronische Rückenschmerzen: Analysen des telefonischen Gesundheitssurveys 2003, URL:

Tabakkonsums. Häufig werden schädliche Auswirkungen des Rauchens auch relativiert, indem etwa in den Medien darauf hingewiesen wird, dass zB Zucker<sup>13</sup> oder fettiges Essen zu konsumieren genauso schädlich wäre. Es lässt sich allerdings ein wesentlicher Unterschied festmachen: Denn während es bei zucker- oder fetthaltigen Speisen eine harmlose Dosis gibt (der Körper benötigt sogar sowohl Zucker als auch Fett in begrenztem Umfang), schadet bei Tabakprodukten bereits gelegentlicher Konsum.<sup>14</sup> Regelmäßiger Konsum beeinträchtigt die Gesundheit auch schon bei geringer Menge massiv: Werden beispielsweise 1 bis 4 Zigaretten täglich geraucht, verdreifacht dies das Herzinfarkt- und Lungenkrebsrisiko.<sup>15</sup>

Zu der Problematik der erhöhten Anfälligkeit für Krebserkrankungen tritt eine weitere hinzu: Raucher sprechen wesentlich schlechter auf Therapien und Medikamente an und haben häufiger postoperative Komplikationen.<sup>16</sup> Dies gilt gleichermaßen für Patienten mit Kopf-Hals-Tumoren<sup>17</sup>, wie für Lungen- oder Blasenkrebspatienten<sup>18</sup>.

---

<http://www.aerzteblatt.de/archiv/60516/Tabakkonsum-und-chronische-Rueckenschmerzen-Analysen-des-telefonischen-Gesundheitssurveys-2003>.

<sup>12</sup> Dorfinger, Rauchen, der unbekannte Krankmacher in der Urologie, URL: [http://www.urologisch.at/news\\_rauchen.php](http://www.urologisch.at/news_rauchen.php).

<sup>13</sup> Vgl. URL: <http://www.rtl.de/cms/ratgeber/zucker-so-gefaehrlich-wie-zigaretten-1ebc5-6e4e-24-1015890.html>.

<sup>14</sup> Vgl. Deutsches Krebsforschungszentrum, Gelegenheitsrauchen - Wie schädlich ist "ein bisschen", Heidelberg 2010, URL: <http://www.krebsinformationsdienst.de/aktuelles/2010/news29.php>.

<sup>15</sup> Vgl. Bjartveit/Tverdal, Health consequences of smoking 1–4 cigarettes per day 11, in: Tobacco Control Journal, Volume 15, Issue 6, Norwegian Institute of Public Health, Oslo 2005.

<sup>16</sup> Vgl. Pötschke-Langer/Schaller, Onkologie: Rauchen verschlechtert die Wirksamkeit von Krebstherapien, Heidelberg 2013, URL: <http://www.aerzteblatt.de/archiv/148457/Onkologie-Rauchen-verschlechtert-die-Wirksamkeit-von-Krebstherapien>.

<sup>17</sup>Vgl. FN 16.

<sup>18</sup> Vgl. URL: <http://derstandard.at/1389858595514/Experte-Rauchstopp-wuerde-viele-Probleme-loesen>.

### **3) Die Folgen der Passivrauch-Exposition**

Für diese Arbeit insbesondere relevant sind Schäden durch Passivrauch, denn diese sind das Hauptargument für Rauchverbote an öffentlichen Orten. Passivrauch besteht aus dem Nebenstromrauch und ausgeatmetem Hauptstromrauch: Der Nebenstromrauch entsteht, wenn sich die Zigarette nach dem Anzünden zwischen den Zügen beispielsweise im Aschenbecher befindet. Die von Rauchern wieder ausgeatmeten Bestandteile des Hauptstromrauches tragen den Rest zur Passivrauch-Belastung bei.<sup>19</sup> Der Hauptstromrauch wurde vorher durch einen Filter eingeatmet, während der Nebenstromrauch, der (wie bereits angesprochen) beim Verglimmen entsteht, ungefiltert und somit wesentlich schädlicher ist. Da der Tabakrauch in Räumen zum überwiegenden Teil aus Nebenstromrauch besteht,<sup>20</sup> wird häufig argumentiert, dass Passivrauchen schädlicher sei als aktiv zu rauchen. Genau betrachtet müsste man ergänzen, dass sich dies nur auf Tabakkonsum im Freien beziehen kann. Denn wer in geschlossenen Räumen aktiv raucht, raucht schließlich auch gleichzeitig passiv.

Nicht zu unterschätzen ist auch durch Passivrauch verursachte Feinstaubbelastung in Innenräumen: Die für Außenluft geltenden Grenzwerte werden in Raucherlokalen um das etwa zehnfache<sup>21</sup> überschritten. Selbst in Nichtraucherbereichen eines Lokals, die an den Raucherbereich angrenzen, ergaben Messungen der Medizinischen Universität Wien einen fünfmal höheren Schadstoffwert als in reinen Nichtraucherlokalen.<sup>22</sup> Das Durchschreiten des Nichtraucherbereichs durch Personen, die aus dem Raucherbereich kommen (und das damit verbundene permanente Öffnen und Schließen der Türen) führt dazu, dass an verkehrsreichen Straßen Feinstaubgrenzwerte eher eingehalten werden als in Nichtraucherbereichen

---

<sup>19</sup> Vgl. URL: <http://www.netdokter.at/gesundheit/rauchstopp/passivrauchen-5440>.

<sup>20</sup> Vgl. FN 19

<sup>21</sup> Vgl. Neuberger, Zweierlei Maß für die Luftqualität außen und innen, URL: <http://www.aerzteinitiative.at/ZweierleiMaszNeub14.pdf>.

<sup>22</sup> Vgl. FN 21.

österreichischer Gastronomiebetriebe.<sup>23</sup> Das Deutsche Krebsforschungszentrum führt hierzu aus, dass Tabakrauch mit Abstand der bedeutendste und gefährlichste vermeidbare Innenraumschadstoff ist und die führende Ursache von Luftverschmutzung in Innenräumen.<sup>24</sup>

Passivrauch-Exposition führt sowohl zu vorübergehendem Unwohlbefinden wie trockenen Augen, Kopfschmerzen und einer Reizung der Schleimhäute, als auch zu langfristigen Folgen, wie COPD (Chronisch obstruktive Lungenerkrankung) oder Lungenkrebs. Bei intensiver Belastung bestehen selbst Auswirkungen auf die geistige Gesundheit: Passivrauchen fördert Depressionen und Panikattacken und kann z.B. bei jahrelanger Arbeit in verrauchten Lokalen zu einem Verlust geistiger Fähigkeiten und bis zu schwerer Demenz führen.<sup>25</sup>

Folgende Grafik<sup>26</sup> der Stabstelle Krebsprävention des Deutschen Krebsforschungszentrums fasst gesundheitliche Konsequenzen des passiven Rauchens zusammen:

---

<sup>23</sup> Vgl. Moshhammer/Neuberger/Schietz, Exposure to ultrafine particles in hospitality venues with partial smoking bans, in Journal of Exposure Science and Environmental Epidemiology 1-6, Wien 2013.

<sup>24</sup> Vgl. Bornhäuser/Pötschke-Langer, Passivrauchende Kinder in Deutschland –Frühe Schädigungen für ein ganzes Leben S 5, Deutsches Krebsforschungszentrum, Stabstelle Krebsprävention, Heidelberg 2003.

<sup>25</sup> Vgl. URL: [http://www.aerzteinitiative.at/\\_Nichtraucher\\_1.htm](http://www.aerzteinitiative.at/_Nichtraucher_1.htm).

<sup>26</sup> Abrufbar unter [http://www.dkfz.de/de/tabakkontrolle/Passivrauchen\\_und\\_gesundheitliche\\_Folgen.html](http://www.dkfz.de/de/tabakkontrolle/Passivrauchen_und_gesundheitliche_Folgen.html).

**Atemwege**

- Reizung der Atemwege (Husten, pfeifende Atemgeräusche, Auswurf, Kurzatmigkeit bei Belastung)
- Reizung der Nase
- Chronisch obstruktive Lungenerkrankung (COPD)
- Verschlimmerung der Mukoviszidose

**Herz-Kreislaufkrankungen**

- Herzerkrankungen
- Herzinfarkt
- Erkrankungen der Herzkranzgefäße
- Schlaganfall

**Krebs**

- Lungenkrebs
- Brustkrebs (bei Frauen vor der Menopause)

**Sonstige Beschwerden**

- Augenbrennen und -tränen
- Reizung der Schleimhäute
- Erhöhte Infektanfälligkeit
- Kopfschmerzen
- Schwindelanfälle

**Neugeborene**

- geringeres Geburtsgewicht
- plötzlicher Kindstod

**Kinder**

- akute Atemwegssymptome (Husten, Auswurf, pfeifende Atemgeräusche, Atemnot)
- Lungenentzündung
- Bronchitis
- beeinträchtigte Lungenfunktion
- Verschlimmerung von Asthma
- Mittelohrentzündung

© Deutsches Krebsforschungszentrum, Stabsstelle Krebsprävention 2009

## D. Rechtsgrundlagen

Der Konsum von Tabakwaren ist durch zahlreiche Bundesgesetze und Verordnungen, internationale Abkommen, sowie die Jugendschutzgesetze der Länder geregelt. Die für diese Arbeit relevantesten Bestimmungen finden sich im „Bundesgesetz über das Herstellen und das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den

Nichtraucherschutz<sup>27</sup> (in weiterer Folge als TabakG abgekürzt). Zuletzt wurde es im Jahre 2008 durch das BGBl. I Nr. 120/2008 novelliert. Paragraphen, die in dieser Arbeit ohne nähere Angabe zitiert werden, sind solche des TabakG.

Das „Bundesgesetz zur authentischen Interpretation des § 13a Abs. 2 Tabakgesetzes 1995, BGBl. Nr. 431/1995, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr.120/2008“<sup>28</sup> wurde als Reaktion auf das Erkenntnis VwGH, 17. 06 2013, 2012/11/0235 erlassen, um festzulegen, dass es Nichtrauchern entgegen besagtem Erkenntnis sehr wohl zumutbar sei, den Raucherbereich am Weg zu den sanitären Anlagen, oder auf dem Weg zum Nichtraucherbereich zu durchqueren.

Weitere einschlägige Bestimmungen finden sich in der Verordnung des Bundesministers für Finanzen über die Begrenzung der umsatzsteuerfreien Einfuhr von Tabakwaren<sup>29</sup>, in der Verordnung des Bundesministers für Gesundheit über die Erhebung der Inhaltsstoffe von im Bundesgebiet in Verkehr gebrachten Tabakerzeugnissen<sup>30</sup> (Tabakerzeugnis-Inhaltsstoffe-Erhebungsverordnung, TIEV) , sowie im Tabakmonopolgesetz 1996<sup>31</sup>.

Die Europäische Union hat folgende gemeinschaftlichen Akte und Programme zur Förderung der Eindämmung des Tabakgebrauchs ins Leben gerufen: Richtlinie 2001/37/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2001 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen,<sup>32</sup> Richtlinie des Rates 2003/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Wertung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen,<sup>33</sup> Entscheidung der Kommission vom 5. September 2003 über die Verwendung von Farbfotografien

---

<sup>27</sup> BGBl. Nr. 431/1995.

<sup>28</sup> BGBl. I Nr. 12/2014.

<sup>29</sup> BGBl. II Nr. 326/1997.

<sup>30</sup> BGBl. II Nr. 16/2010.

<sup>31</sup> BGBl. Nr. 830/1995.

<sup>32</sup> ABl. Nr. L 194 v. 18.7.2001, S. 26.

<sup>33</sup> ABl. Nr. L 152 v. 20.6.2003, S.16.

oder anderen Abbildungen als gesundheitsbezogene Warnhinweise auf Verpackungen von Tabakerzeugnissen,<sup>34</sup> Beschluss Nr. 1789/2002/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über ein Aktionsprogramm der Gemeinschaft im Bereich der öffentlichen Gesundheit (2003-2008),<sup>35</sup> Verordnung der Kommission (EG) vom 6. Dezember 2002 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EWG) Nr. 2075/92 des Rates hinsichtlich des gemeinschaftlichen Tabakfonds.<sup>36</sup>

Auf internationaler Ebene ist außerdem das Rahmenübereinkommen der WHO zur Eindämmung des Tabakgebrauchs<sup>37</sup> zu erwähnen. Dieses wurde von österreichischer Seite am 21.05.2003 unterzeichnet und trat am 14.12.2005 in Kraft.

Das TabakG ist ein Bundesgesetz. Die im Folgenden insbesondere besprochenen §§ 13 ff stützen sich auf den Kompetenztatbestand Gesundheitswesen, der gemäß Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG<sup>38</sup> in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache ist.<sup>39</sup> Das B-VG enthält allerdings keinen eigenen Kompetenztatbestand „Tabakkonsum“, weshalb es sich um eine Querschnittsmaterie handelt. So fällt beispielsweise (wie eingangs erwähnt) den Ländern unter Aspekten des Jugendschutzes die Aufgabe zu, festzulegen, ab welchem Alter Tabakwaren legal erworben und konsumiert werden dürfen.

Die EU begründet ihre Zuständigkeit zur Regelung von Aspekten des Tabakkonsums auf Art 114 AEUV<sup>40</sup>.

---

<sup>34</sup> ABl. Nr. L 226 v. 10.9.2003, S. 24

<sup>35</sup> ABl. Nr. L 271 v. 9.10.2002, S. 1.

<sup>36</sup> ABl. Nr. L 331 v. 7.12.2002, S. 16.

<sup>37</sup> BGBl. III Nr. 219/2005.

<sup>38</sup> Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl. Nr. 1/1930.

<sup>39</sup> Vgl. VwGH 2009/11/0209.

<sup>40</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008.



## II. Der Nichtraucherschutz in der Gastronomie

### A. Die Entstehung des Nichtraucherschutzes

*„Der Tabak hat, seit dieser im 16. Jahrhundert erstmals aus der Neuen Welt importiert wurde, eine wechselvolle Geschichte von radikalen Verboten bis zur Verklärung zum Symbol für Freiheit, Intellektualität und Fortschritt erlebt.“<sup>41</sup>*

#### 1) Vorbemerkungen

An die Selbstverständlichkeit mit der noch vor zwei oder drei Jahrzehnten an allen öffentlichen Orten geraucht wurde, ist heute nicht mehr zu denken. Dies ist teilweise auf wissenschaftliche Erkenntnisse zur Schädlichkeit der Passivrauchexposition und teilweise auf daraus resultierende entsprechende Verbote zurückzuführen, andererseits auf die sinkende gesellschaftliche Akzeptanz des Tabakkonsums.<sup>42</sup> Schrittweise wurde das Rauchen aus dem öffentlichen Raum zurückgedrängt, aber es ist noch keine zwanzig Jahre her, dass auf Langstreckenflügen jeweils ein Bereich für rauchende und nichtrauchende Passagiere vorgesehen war und keine zehn Jahre, dass es in den Zügen der ÖBB Raucherabteile gab. Auch in der Mall von Einkaufszentren war der aktive Konsum von Tabakwaren bis 2008 erlaubt.

---

<sup>41</sup>Kobrna/Schmutterer/Strizek/Uhl, Delphi-Studie zur Vorbereitung einer nationalen Suchtpräventionsstrategie mit besonderem Augenmerk auf die Gefährdung von Kindern und Jugendlichen 32, Wien 2013.

<sup>42</sup> Zu erörtern, ob die sinkende gesellschaftliche Akzeptanz des Rauchens zu Nichtraucherschutzbestimmungen führt, oder ob gerade umgekehrt, erst Rauchverbote den aktiven Tabakkonsum in der Öffentlichkeit (wortwörtlich) nicht mehr salonfähig erscheinen lassen, würde den Rahmen dieser Einleitung sprengen. Es handelt sich wohl auch um eine klassische Henne/Ei-Diskussion.

Bis in die späten 1980er Jahre waren Nichtraucherschutzgesetze international weitgehend unbekannt.<sup>43</sup> Wie man beispielsweise an Filmen<sup>44</sup> aus dieser Zeit erkennen kann, war es auch nicht üblich, etwa aus Höflichkeit, an bestimmten Orten auf das Rauchen zu verzichten.

## **2) Entstehung des Nichtraucherschutzes in Österreich**

„Wenn man die parlamentarischen Unterlagen der einzelnen Novellen zum Tabakgesetz chronologisch verfolgt, so zeichnet sich ein lebendiges Bild eines zurückhaltenden Lernprozesses des Gesetzgebers mit kräftiger Nachhilfe unionsrechtlicher Vorgaben. Verschärfungen des Nichtraucherschutzes erfolgen immer und mit teils sehr langen Übergangsfristen, nach mehrfach angekündigten Evaluierungen und mit zum Teil nur schwer nachvollziehbaren Privilegien.“<sup>45</sup> Mit diesen Worten leitet *Larcher* seinen Aufsatz zum Rauchverbot nach dem TabakG ein. Als nur schwer nachvollziehbares Privileg kritisiert er zu Recht den Umstand, dass Zeltfeste immer noch von den Nichtraucherschutzbestimmungen ausgenommen sind.

Seit 1995 gilt in Österreich ein Rauchverbot in Räumen für Unterrichts- und Fortbildungszwecke, Verhandlungszwecke und schulsportliche Betätigung.<sup>46</sup> Gemäß der Regelung des damaligen § 13 war darüber hinaus der Konsum von Rauchtabakwaren in allgemein zugänglichen Räumen folgender Einrichtungen verboten: Amtsgebäuden, schulischen oder anderen Einrichtungen, in denen Kinder

---

<sup>43</sup> Angeblich verbot Papst Urban VII bereits 1590 den Tabakkonsum in Gotteshäusern, dies allerdings logischerweise nicht aus Gründen des Nichtraucherschutzes, da gesundheitliche Auswirkungen des Passivrauchens noch lange nicht bekannt waren (noch nicht mal solche des aktiven Rauchens).

<sup>44</sup> Besonders einprägsam ist eine Szene aus dem 1987 erschienenen Film „Wall Street“ von Oliver Stone, in der man den Protagonisten im Krankenhaus am Bett seines kürzlich wegen eines Herzinfarktes eingelieferten Vaters rauchen sieht.

<sup>45</sup> Larcher, Das Rauchverbot nach dem Tabakgesetz 398, in Larcher (Hg.), Handbuch UVS, Wien 2012.

<sup>46</sup> § 12 TabakG in der Fassung BGBl Nr. 431/1995.

und Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden, sowie an Hochschulen. Ausnahmen waren in Form abgetrennter Raucherräume zulässig.

Eine Ausdehnung des generellen Rauchverbots auf Räume öffentlicher Orte wurde mit der Tabakgesetznovelle 2004 beschlossen.<sup>47</sup>

Mit der Tabakgesetznovelle 2008 wurden erstmals Strafbestimmungen bei Missachtung der Nichtraucherenschutzbestimmungen eingeführt.<sup>48</sup> Gleichzeitig gilt das generelle Rauchverbot mit Ausnahmen seither auch für die Gastronomie. Bis dahin bestand eine Vereinbarung zwischen dem damaligen BMGF<sup>49</sup> und der Wirtschaftskammer, wonach die Einrichtung eines Nichtraucherbereiches in allen Speisebetrieben erfolgen und mindestens 40 % der für die Verabreichung von Speisen vorgesehenen Sitzplätze betragen sollte.

## **B. Die Nichtraucherenschutzbestimmungen der §§ 13 ff TabakG**

### **1) Einleitung**

Die erläuternden Bemerkungen zur letzten Novellierung des Tabakgesetzes sprechen an, dass Maßnahmen zur Sicherstellung des Nichtrauchereschutzes in öffentlich zugänglichen Räumen Gegenstand von Empfehlungen und rechtsverbindlichen Vorgaben sind. Solche finden sich unter anderem im Rahmenübereinkommen der WHO zur Eindämmung des Tabakgebrauchs. Dessen Art 8 erkennt in Abs 1 die negativen gesundheitlichen Folgen des Passivrauchens als wissenschaftlich erwiesen an. Abs 2 schreibt wirksame gesetzgeberische, vollziehende, administrative und/oder sonstige Maßnahmen zum Schutz vor

---

<sup>47</sup> § 13 Abs 1 TabakG in der Fassung BGBl I Nr. 120/2008.

<sup>48</sup> Bis dahin stellte nur eine Verletzung der Kennzeichnungspflicht eine Verwaltungsübertretung dar.

<sup>49</sup> Bundesministerium für Gesundheit und Frauen.

Passivrauchen am Arbeitsplatz in geschlossenen Räumen, in öffentlichen Verkehrsmitteln, an geschlossenen öffentlichen Orten und gegebenenfalls an sonstigen öffentlichen Orten vor.

Auch die Empfehlung 2003/54/EG des Rates<sup>50</sup> vom 2.12.2002 zur Prävention des Rauchens und für Maßnahmen zur gezielteren Eindämmung des Tabakkonsums legt in Punkt 4 die Ergreifung von Maßnahmen, die den Schutz am Arbeitsplatz, in öffentlichen Einrichtungen und Verkehrsmitteln gewährleisten, nahe.

## **2) Der Nichtraucherschutz an öffentlichen Orten gemäß § 13 TabakG**

Obwohl § 13a mit „Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie“ überschrieben ist, haben Gastgewerbetreibende und deren Kunden mitunter auch ein Rauchverbot nach § 13 zu beachten. Dies ergibt sich aus dem Erkenntnis B 776/09 des VfGH für den Fall, dass Verabreichungsplätze in Räumen öffentlicher Orte, von denen sie nicht separat nach allen Seiten abgetrennt sind, liegen: Beispielsweise, wie im zitierten Erkenntnis, in der Mall eines Einkaufszentrums. Dasselbe gilt auch, wenn Gastronomiebetriebe entsprechender Malls („Hauptlaufwege“) in Kinos, Theatern, Gängen von Landes- oder Bundesdienststellen oder im überdachten Bereich von Flughäfen oder Bahnhöfen gelegen sind.<sup>51</sup>

§ 13 Abs 1 regelt, dass unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der Regelung des § 12, soweit Regelungen über den Nichtraucherschutz in der Gastronomie gemäß § 13a nicht anderes bestimmen, Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte gilt. Dem Stil eines österreichischen Gesetzes entsprechend, enthalten die folgenden Absätze allerdings zwei Ausnahmen und eine Gegen Ausnahme. Abs 2 regelt, dass als Ausnahme vom Verbot des Abs 1 in Einrichtungen, die über eine ausreichende Anzahl von Räumlichkeiten verfügen,

---

<sup>50</sup> Rat der (damaligen) Europäischen Gemeinschaft.

<sup>51</sup> Vgl. Kolonovits, Das Rauchverbot in Betrieben des Gastgewerbes als spezielle Regelung zum Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte, ÖZW 2010 42.

Räume bezeichnet werden können, in denen das Rauchen gestattet ist, wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird.

Abs 3 sieht als Gegen Ausnahme zu Abs. 2 vor, dass Raucherräume in schulischen oder anderen Einrichtungen, in denen Kinder oder Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden, nicht eingerichtet werden dürfen und dort somit ausnahmsloses Rauchverbot besteht.

Schließlich normiert Abs 4, dass das Rauchverbot nicht in Tabaktrafiken gilt. Hintergrund ist, dass man Trafikanten ermöglichen möchte, ihre Kunden die Ware testen zu lassen.

Unter den Nichtraucherschutz an öffentlichen Orten ist auch das generelle Rauchverbot bei gemeinnützigen öffentlichen Veranstaltungen gemäß § 2 Abs 1 Z 25 GewO zu subsumieren (unter der Voraussetzung, dass sie in geschlossenen ortsfesten Räumen stattfinden).<sup>52</sup> Derartige Veranstaltungen sind beispielsweise Feuerwehrränge und -feste.

Zelte sind keine geschlossenen ortsfesten Räume, weshalb nach herrschender Ansicht bei Zeltfesten kein Rauchverbot gilt.<sup>53</sup>

Allgemein zugängliche Bereiche eines Hotels, wie Empfangshalle, Treppenhaus, Aufzug etc., in denen keine Speisen oder Getränke angeboten werden, gelten ebenfalls als Räume öffentlicher Orte. Im Unterschied dazu dienen Hotelzimmer privaten Wohnzwecken und es kann der jeweilige Gast jederzeit verhindern, dass diese von dritten Personen betreten werden. Somit liegt es in der

---

<sup>52</sup> Vgl. (auch für die folgenden Ausführungen) Bundesministerium für Gesundheit, Informationsblatt Nichtraucherschutz in der Gastronomie.

<sup>53</sup> *Staudigl* ist hier gegenteiliger Ansicht, vgl. Staudigl, Rauchen und Recht, Dissertation Universität Wien 2009, S. 57f.

Entscheidungsfreiheit des Hoteliers in einzelnen Zimmern das Rauchen zu gestatten, oder eben nicht.<sup>54</sup>

### **3) Das generelle Rauchverbot gemäß § 13a Abs 1**

§ 13a TabakG regelt den Nichtraucherchutz in den Räumen der Gastronomie. Nach dessen Abs 1 gilt unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen ein Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken dienenden Räumen der Betriebe des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs 1 Z. 2 GewO<sup>55</sup>, in Schutzhütten und in Betrieben des Gastgewerbes mit einer Berechtigung zur Beherbergung von Gästen gemäß § 111 Abs. 2 Z 4 GewO, soweit es sich nicht um Räume für Unterrichts- und Fortbildungszwecke, sowie für schulsportliche Betätigung handelt und somit bereits nach § 12 Rauchverbot besteht, oder ein Rauchverbot für Räume öffentlicher Orte nach § 13 gilt.

Das Rauchverbot zu beachten haben folglich Betriebe, die der Verabreichung von Speisen jeder Art und dem Ausschank von Getränken dienen und für die eine Gewerbeberechtigung erforderlich ist (§ 111 Abs. 1 Z 2 GewO), zB auch Werks- oder Betriebskantinen in Unternehmen, wenn diese über eine entsprechende Gewerbeberechtigung verfügen.<sup>56</sup>

Des Weiteren besteht Rauchverbot in Betrieben des Gastgewerbes mit einer Berechtigung zur Beherbergung von Gästen; somit in allen Betrieben, die hierfür eine Gewerbeberechtigung benötigen und außerdem für Privatzimmervermietungen und für Schutzhütten (§ 111 Abs. 1 Z 1, Abs. 2 Z 2 oder 4 GewO).

---

<sup>54</sup> Vgl. für diesen Absatz: Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO<sup>3</sup> 1227: Gewerbeordnung 1994 in der Fassung zuletzt der GewO-Nov BGBl I 2010/11, Springer, Wien 2011.

<sup>55</sup> Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194/1994.

<sup>56</sup> Vgl. (auch für die folgenden Ausführungen) Bundesministerium für Gesundheit, Informationsblatt Nichtraucherchutz in der Gastronomie.

Zu guter Letzt erstrecken sich die Nichtraucherenschutzbestimmungen auch auf Betriebe nach § 111 Abs. 2 Z 3 und 5 sowie § 2 Abs. 9 GewO. Das sind zB Stehbuffets, Imbisse, Pizza- und Dönerstände, Heurige und Buschenschänken.

Verboten ist in den besagten Räumen somit der Konsum eines Tabakerzeugnisses, das zum Rauchen bestimmt ist. Da E-Zigaretten keine Tabakerzeugnisse gemäß § 1 Abs 1 TabakG darstellen (sie bestehen weder ganz noch teilweise aus Tabak), dürfen diese von Gästen auch in Nichtraucherbereichen eines Lokals, sowie in reinen Nichtraucherlokalen konsumiert werden. Dies führt teilweise zu Problemen bei Vollzug der Nichtraucherenschutzbestimmungen, da E-Zigaretten so designt sind, dass sie dem Tabakerzeugnis Zigarette ähnlich sehen. Wird somit beispielsweise gegen einen Gastwirt, der seinen Gästen rechtswidrigerweise das Rauchen gestattet – auf Grund eines den Sachverhalt darstellenden Fotos – ein Strafverfahren eingeleitet, kann dieser behaupten es wären lediglich E-Zigaretten geraucht worden.

§ 60 Abs 26 Glücksspielgesetz<sup>57</sup> bestimmt, dass Bestimmungen für Gastronomiebetriebe unter der Voraussetzung Anwendung finden, dass Konzessionäre oder Bewilligungsinhaber oder deren Vertragspartner eine aufrechte Gastgewerbeberechtigung nach § 111 Abs. 1 GewO besitzen. Somit haben sie auch die Nichtraucherenschutzbestimmungen des § 13a zu beachten. Bemerkenswert erscheint, dass die für Gastronomiebetriebe geltenden Bestimmungen des Tabakgesetzes nicht nur im eigentlichen Gastronomiebereich selbst, sondern auch in allen übrigen Bereichen der im Sinne des § 60 Abs. 26 Glücksspielgesetz betroffenen Betriebsräumlichkeiten anwendbar sind.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Bundesgesetz vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens (Glücksspielgesetz - GSpG), über die Änderung des Bundeshaushaltsgesetzes und über die Aufhebung des Bundesgesetzes betreffend Lebensversicherungen mit Auslosung, StF: BGBl. Nr. 620/1989.

<sup>58</sup> Vgl. Bundesministerium für Gesundheit, Anfragebeantwortung an den Verein Krebspatienten für Krebspatienten 8, URL: <http://www.aerzteinitiative.at/BMG1107.pdf>.

#### **4) Ausnahmen vom Rauchverbot gem. § 13a Abs 2 und 3**

§ 13a Abs 2 sieht als Ausnahme vom generellen Rauchverbot des Abs 1 vor, dass in Mehrraumlokalen Räume bezeichnet werden können, in denen das Rauchen gestattet ist, wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird. Der VfGH<sup>59</sup> legt die Wortfolge „dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt“ nicht wörtlich aus, denn dies wäre streng genommen (und darauf weist auch der Antragsteller zu Recht hin) technisch unmöglich, sobald eine Türe zwischen Raucher und Nichtraucherbereich vorhanden ist, die tatsächlich auch benutzt wird. Verlangt wird folglich keine vollständige Trennung der Luftmassen, sondern sind Gastgewerbetreibende lediglich verpflichtet, das Rauchen nur in einem separaten Raum zu gestatten. Dieser darf aber durchaus mit einer Türe zum Nichtraucherbereich verbunden sein, sofern diese nicht permanent offen steht. Konkret darf die Türe nur zum kurzen Durchschreiten (sei es durch die Gäste oder das Personal) geöffnet werden.<sup>60</sup> Eine – wenn auch leistungsstarke – Lüftungsanlage ersetzt weder das Vorhandensein einer Türe, noch die Pflicht, diese geschlossen zu halten.<sup>61</sup>

Darüber hinaus ist § 13a Abs 2 zu entnehmen, dass der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehene Hauptraum vom Rauchverbot umfasst sein muss und es darf nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze in Räumen gelegen sein, in denen das Rauchen gestattet wird. Nach den erläuternden Bemerkungen ist unter Hauptraum jener zu verstehen, in dem der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit stattfindet. Handelt es sich bei dem Betrieb also beispielsweise um eine Diskothek mit nur einer Tanzfläche, so muss diese in einem Raum gelegen sein, in dem Rauchverbot besteht.

---

<sup>59</sup> VfGH, 01.10.2009, G 127/08.

<sup>60</sup> VfGH, 10.01.2012, Zl. 2009/11/0198.

<sup>61</sup> VfGH, 15.07.2011, Zl. 2011/11/0059. Kritische Anmerkungen bei Andreas, Tabakgesetz: Wie die Tür in den Raum kam, RdW 2012, 459 Heft 8 v. 16.08.2012.



Das Rauchverbot gilt ferner nicht, wenn es sich bei dem Betrieb um ein Einraumlokal von unter 50 qm Fläche handelt (§ 13 Abs 3 Z.1) oder gemäß Z.2 leg cit um ein Einraumlokal mit einer Fläche zwischen 50 und 80 qm, wenn die für eine Teilung des Raumes zur Schaffung eines gesonderten Raumes für den im Abs. 2 genannten Zweck erforderlichen baulichen Maßnahmen aufgrund einer rechtskräftigen Entscheidung der nach den bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtlichen Vorschriften zuständigen Behörde nicht zulässig sind. Das LVwG Tirol führt im Erkenntnis vom 26.06.2014 (GZ LVwG-2014/25/1567-2) aus, dass die mündliche Auskunft des Bausachverständigen der Gemeinde und des Bürgermeisters, es wäre nicht mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand möglich, den Verabreichungsraum zu trennen, sodass man eine Raucher- und einen Nichtraucherraum darin vorsehen könnte, nicht ausreicht, um eine Ausnahme nach Abs 2 in Anspruch zu nehmen. Dies ergibt sich an sich bereits aus dem Wortlaut des Gesetzestextes. *Staudigl* vertritt hingegen (ohne Nennung näherer Quellen) die Auffassung, dass „in der Praxis nachweisliches Interesse an einem Umbau“ ausreichend wäre.<sup>62</sup> Zum Zeitpunkt der Einreichung seiner Dissertation lag allerdings auch noch keine Rechtsprechung zu dieser Frage vor.

Bei Auslegung des Abs 2 ist gemäß dem BG zur authentischen Interpretation des TabakG zu beachten, dass Nichtrauchern ein kurzes Durchschreiten des Raucherbereichs zumutbar ist (Details hierzu in Kapitel II C).

---

<sup>62</sup> Staudigl, Rauchen und Recht 70, Dissertation Universität Wien 2009

## **5) Die Arbeitnehmerschutzbestimmungen gem. § 13a Abs 4 und 5**

### **TabakG**

§ 13 Abs 4 regelt, dass trotz der Ausnahmen gemäß Abs 2 und 3 der Lokalinhaber das Rauchen nur gestatten darf, wenn der Kollektivvertrag bestimmte in Ziffer 1 bis 4 genannte Regelungen enthält. Zu Recht weisen *Reichmann/Sommersguter-Reichmann* darauf hin, dass diese Kompensationsregelungen<sup>63</sup> äußerst fragwürdig erscheinen.<sup>64</sup> Bemerkenswert ist insbesondere die Ziffer 4, welche besagt, dass in Betrieben die über mindestens einen Raum verfügen, in dem Rauchverbot gilt, die Ausbildung oder Beschäftigung Jugendlicher überwiegend in jenen Räumen zu erfolgen hat, in denen nicht geraucht werden darf. Aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich somit im Umkehrschluss, dass in Einraumlokalen, die gemäß Abs 3 als reine Raucherlokale geführt werden können, die Beschäftigung und Ausbildung Jugendlicher zulässig ist. Betreffend Mehrraumlokale mit Raucher- und Nichtraucherbereichen läuft die Verpflichtung, Jugendliche im Nichtraucherbereich auszubilden dank des gewählten Wortes „überwiegend“ ins Leere. Der Gesetzgeber schützt Jugendliche an ihrem Arbeitsplatz somit nicht lückenlos vor den gesundheitsschädigenden Einwirkungen des Tabakrauches. Auch der Kollektivvertrag für Angestellte im Hotel- und Gastgewerbe<sup>65</sup> wiederholt den Text der Ziffer 4 lediglich und bietet Jugendlichen ergo genauso wenig Schutz.

Gemäß § 13a Abs 5 dürfen Schwangere in Räumen, in denen sie der Einwirkung von Tabakrauch ausgesetzt sind, nicht arbeiten.<sup>66</sup> Dies bedeutet, dass werdende Mütter weder in Raucherlokalen, noch in gemischten Lokalen im Raucherbereich beschäftigt werden dürfen. Wenn man streng nach dem Wortlaut des Gesetzes interpretiert, sind

---

<sup>63</sup> Was beispielsweise „gesundheitsfördernde Maßnahmen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz“ gemäß Z.3 sein sollten, lässt sich weder aus dem Gesetz, noch aus den Materialien erschließen.

<sup>64</sup> Reichmann/Sommersguter-Reichmann, Der Nichtrauchererschutz in Räumen der Gastronomie – Eine Bestandsaufnahme 2, Universität Graz 2013.

<sup>65</sup> URL: <http://www.kollektivvertrag.at/kv/hotel-gastgewerbe-w-ang/hotel-gastgewerbe-rahmen/3314571>.

<sup>66</sup> Mit Beginn dieses Beschäftigungsverbotes gilt auch der Versicherungsfall der Mutterschaft als eingetreten (§ 120 Z.3 ASVG).

Schwangere auch in Nichtraucherbereichen, wenn sie dort (beispielsweise durch defekte Automatiktüren, die zum Raucherbereich abtrennen sollten) Einwirkungen des Tabakrauchs ausgesetzt sind, nicht verpflichtet, weiterhin zu arbeiten.

## **6) Kennzeichnungspflicht gem. § 13b Abs 4 TabakG**

§ 13b Abs 4 verpflichtet den Inhaber eines Betriebes gemäß Abs 1 in seinen zur Verabreichung von Speisen und Getränken bestimmten Räumen Raucherbereiche und Rauchverbote zu kennzeichnen und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein gesetzliches oder vom Inhaber verhängtes Rauchverbot handelt. In Raucherbereichen hat die Kennzeichnung überdies den Warnhinweis „Rauchen gefährdet Ihre Gesundheit und die Gesundheit Ihrer Mitmenschen“ zu enthalten und ist die Kennzeichnung in ausreichender Größe und Zahl so anzubringen, dass sie überall im Raum gut sichtbar und der Warnhinweis gut lesbar ist.

Gemäß § 13a Abs 5 ist der BM für Gesundheit, Familie und Jugend ermächtigt, Inhalt, Art und Form der Kennzeichnung durch Verordnung zu konkretisieren. Eine solche Verordnung<sup>67</sup> wurde erlassen und trat am 1. Jänner 2009 in Kraft.

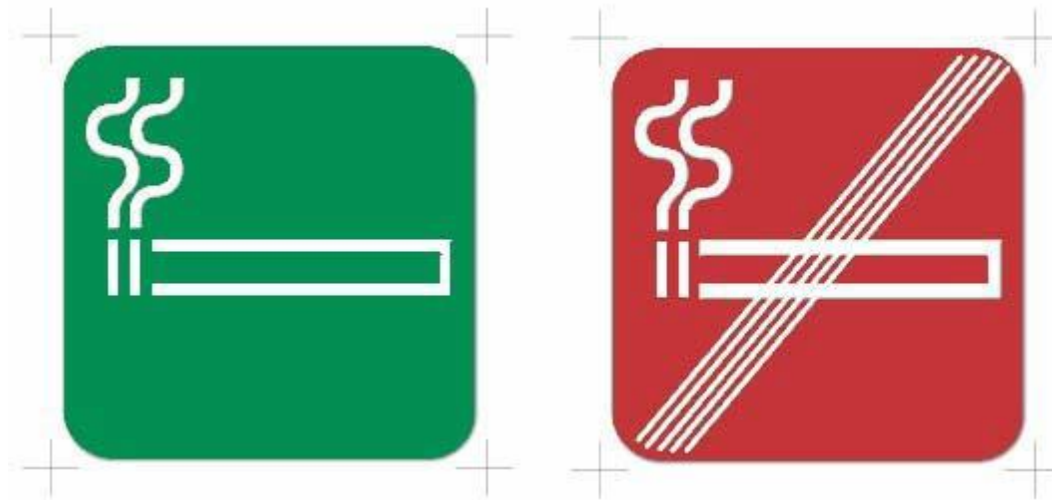
Besagte Nichtraucherschutz Kennzeichnungsverordnung sieht vor, dass in Gastgewerbebetrieben unmittelbar beim Eingang zum Lokal kenntlich zu machen ist, ob, sofern nur ein einziger Gastraum vorhanden ist, darin geraucht werden darf oder nicht; oder sofern mehrere Gasträume vorhanden sind, in keinem dieser Gasträume geraucht werden darf, oder in einem eigens dafür vorgesehenen Gastraum geraucht werden darf. Die Kennzeichnung eines Raucherraumes/-lokals hat durch das Symbol einer Zigarette auf grünem Hintergrund zu erfolgen, während die Kennzeichnung

---

<sup>67</sup> Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit, Familie und Jugend über die Kennzeichnungspflicht betreffend den Nichtraucherschutz in der Gastronomie (Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung - NKV)  
BGBl. II Nr. 424/2008.

eines Nichtraucherraumes/-lokales durch eine durchgestrichene Zigarette auf rotem Hintergrund erfolgt.

Folgende Abbildung zeigt die zu verwendenden Symbole gemäß Anhang zur Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung:

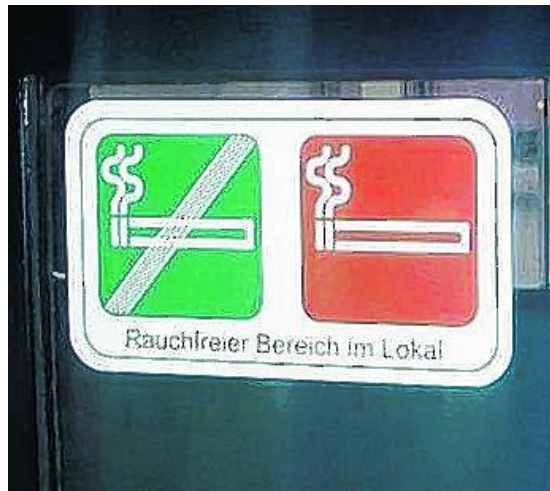


Allerdings sind, wie unten stehende Grafik<sup>68</sup> veranschaulicht, auch Aufkleber mit Symbolen im Umlauf, die fälschlicherweise eine brennende Zigarette auf rotem Hintergrund darstellen, um einen Raucherbereich zu kennzeichnen und eine

---

<sup>68</sup> Einem einschlägigen Artikel auf der Homepage der Oberösterreichischen Nachrichten entnommen, URL: <http://www.nachrichten.at/oberoesterreich/Verwirrung-um-Raucher-Aufkleber-Zwei-Pickerl-Varianten-im-Umlauf;art4,90489>.

durchgestrichene Zigarette auf grünem Hintergrund, um einen Raum als



Nichtraucherbereich auszuweisen.

## **7) Obliegenheiten des Lokalinhabers gem. § 13c TabakG und Sanktionen bei dessen Missachtung**

Gemäß § 13c Abs 1 Z. 3 haben Inhaber von Betrieben gemäß § 13a Abs 1 für die Einhaltung der §§ 12 bis 13b sowie der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung Sorge zu tragen.

Verstöße sind gemäß § 14 Abs 4 als Verwaltungsstrafen zu ahnden und haben für den Lokalinhaber Geldstrafen bis zu 2000 Euro zur Folge. Eine Mindeststrafe sieht das Gesetz nicht vor, somit kann auch bloß eine Verwarnung ausgesprochen werden. Im Wiederholungsfall kann die Bezirksverwaltungsbehörde Strafen bis zur Höhe von 10000 Euro verhängen. Strafbar ist somit auch, wer als Inhaber eines Lokals mit Raucher- und Nichtraucherbereich seinen Lehrling überwiegend im Raucherbereich beschäftigt. Die Antwort auf die Frage, wie die Behörde kontrollieren sollte, in welchem Bereich des Lokals der Auszubildende überwiegend arbeitet, bleibt

das Gesetz allerdings schuldig. *Lehne* geht sogar davon aus, dass aufgrund der Unbestimmtheit der Bestimmung ein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip vorliegt.<sup>69</sup>

Verstößt ein Gastgewerbetreibender gegen Nichtraucherbestimmungen stellt dies ein Ungehorsamsdelikt iSd § 5 Abs 1 VStG dar. Deshalb ist Fahrlässigkeit anzunehmen, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Dazu ist es erforderlich, initiativ alles darzulegen, was zur Entlastung dienen kann. Die bloße Erteilung schriftlicher Dienstanweisungen zur Einhaltung des TabakG, reicht zur Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens iSd § 5 Abs. 1 S 2 VStG nicht aus.<sup>70</sup>

Wiederholte Verstöße können auch die Entziehung der Gewerbeberechtigung zur Folge haben. Da dies eine ultima ratio darstellt, sollten die zuständigen Behörden von dieser Möglichkeit allerdings restriktiv Gebrauch machen und somit auf Fälle beschränken, in denen selbst mehrere einschlägige Verurteilungen zu hohen Geldstrafen den Gewerbeinhaber zu keiner Verhaltensänderung veranlassen. Es wäre in diesem Fall davon auszugehen, dass der Gewerbetreibende nicht mehr die erforderliche Zuverlässigkeit im Sinne des § 87 Abs 1 Z 3 GewO besitzt.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Lehne, Das Tabakgesetz oder Variationen zum Gleichheitsgrundsatz, in Zeitschrift der Unabhängigen Verwaltungssenaten 11 2010, S 11.

<sup>70</sup> VwGH, 17.06.2013, Zl. 2012/11/0235-5.

<sup>71</sup> Vgl. für diesen Absatz: Grabler/Stolzelechner/Wendl, Kommentar zur GewO<sup>3</sup> 1228: Gewerbeordnung 1994 in der Fassung zuletzt der GewO-Nov BGBl I 2010/11, Springer, Wien 2011.

## C. Das BG zur authentischen Interpretation des § 13a Abs 2 TabakG

*„Die Österreicher haben ein untrügliches Gespür für die politische Realität in ihrem Lande. Als sich Anfang Dezember 2013 in einer Umfrage 67 Prozent der Befragten für ein generelles Rauchverbot in der Gastronomie ausgesprochen hatten, zweifelten zugleich 86 Prozent, dass es tatsächlich zu einem Verbot kommen werde. Sie haben Recht behalten.“<sup>72</sup>*

### 1) Einleitung

Der VwGH hat mit Erkenntnis vom 17.6.2013 (ZI 2012/11/0235) ausgesprochen, dass „die Festlegung eines Raumes als Raucherraum, der betreten werden muss, um in jenen Bereich zu gelangen, der rauchfrei zu halten ist“, unzulässig sei.

Nach diesem Erkenntnis stellte sich die Frage, wie der Gesetzgeber reagieren würde.<sup>73</sup> Unter anderem stand ein generelles Rauchverbot in der Gastronomie im Raum. Dieses wurde von einigen politischen Akteuren gefordert: Einheitlich von den Grünen, den NEOS und der rot-schwarzen steiermärkischen Landesregierung. Keine Einigkeit bestand innerhalb der SPÖ und ÖVP auf Bundesebene. So forderten der damalige rote Gesundheitsminister *Stöger*, aber auch einzelne andere SPÖ und ÖVP Politiker<sup>74</sup> ein Rauchverbot, während der sogenannte Wirtschaftsflügel der ÖVP und zahlreiche andere Abgeordnete beider Parteien für die Beibehaltung der bisherigen Regelung plädierten.

---

<sup>72</sup> Zitat aus der Kleinen Zeitung vom 21.01.2014, URL:

<http://www.kleinezeitung.at/nachrichten/chronik/3526698/starker-tobak-fuer-nichtraucher.story>.

<sup>73</sup> Weshalb eine Reaktion als politisch notwendig angesehen wurde, wird in den folgenden beiden Kapiteln erörtert.

<sup>74</sup> Beispielsweise der Kärntner Landeshauptmann Peter Kaiser (SPÖ) und Erwin Rasinger, Gesundheitssprecher der ÖVP.

Innerhalb der Bevölkerung sprachen sich jedenfalls in einer Oekonsult-Umfrage, auf die sich das oben angeführte Zitat bezieht, 67 Prozent für ein Verbot ohne Ausnahmen aus; ein wesentlich höherer Prozentsatz der Befragten hatte aber zugleich Zweifel an der Umsetzung dessen. Wie sich herausstellte zu Recht, da zwei Monate später das hier dargestellte Bundesgesetz (anstelle eines Rauchverbots ohne Ausnahmen) im Nationalrat beschlossen wurde und am 18.02.2014 in Kraft trat.

Da das BG zur authentischen Interpretation des § 13a Abs 2 TabakG, wie bereits angesprochen, als Reaktion auf das Erkenntnis VwGH, 17.06.2013, 2012/11/0235, beschlossen wurde, erscheint es zweckmäßig, eine Erörterung dieses Erkenntnisses der Analyse des Gesetzes voranzustellen.

## **2) VwGH, 17. 06 2013, 2012/11/0235**

Von allen Entscheidungen sämtlicher Gerichte und Verwaltungsbehörden hat dieses Erkenntnis vom 17.Juni 2013 zweifelsohne am meisten Aufsehen erregt. Es veranlasste einen Gastgewerbetreibenden mit Unterstützung der Wirtschaftskammer eine Schadenersatzklage gegen die Republik einzubringen und den Nationalrat dazu, ein eigenes Gesetz zu beschließen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass nicht die Behandlung einer der vorgebrachten Beschwerdepunkte, sondern eine Klarstellung, zu der sich der VwGH aufgrund beiliegender Pläne veranlasst fühlte (also gewissermaßen ein Nebenaspekt des Erkenntnisses), die Aufregung einer ganzen Branche auslöste.

Der Beschwerdeführer hatte sich an den VwGH gewandt mit der Behauptung, dass eine Verletzung des Tabakgesetzes in seiner Betriebsanlage, trotz offen stehender Türe zwischen Raucher- und Nichtraucherbereich, nicht vorlag, da er über eine leistungsstarke Klimaanlage verfüge, die so eingestellt sei, dass die Raumluft vom Nichtraucherbereich in den Raucherraum geblasen würde und nicht umgekehrt.

Des Weiteren machte er geltend, ihn treffe im Hinblick auf den Umstand, dass zum gegenständlichen Zeitpunkt bei offen stehender Türe geraucht wurde, kein



Verschulden, da er seine Bediensteten angewiesen habe, die Türe nur im unbedingt betrieblich erforderlichen Ausmaß offen zu halten.

Der VwGH folgte weder dem ersten, noch dem zweiten Vorbringen, sondern bestätigte die Entscheidung des UVS vollinhaltlich. Bereits aus seiner bisherigen Rechtsprechung ergäbe sich, dass eine (wenn auch leistungsstarke) Klimaanlage weder das Vorhandensein einer Türe, noch die Verpflichtung diese geschlossen zu halten, ersetzen könne.<sup>75</sup>

Neu waren hingegen die Ausführungen des VwGH zu einem effektiven Kontrollsystem. So betrachtete er die den Bediensteten mündlich und einmal auch schriftlich erteilten Weisungen selbst in Kombination mit der Behauptung, bei täglichen Kontrollbesuchen deren Einhaltung zu überwachen, als nicht ausreichend, um fahrlässiges Verhalten des Betriebsinhabers zu verneinen. Er hätte es verabsäumt, im Einzelnen konkret darzulegen, wie das Kontrollsystem in der betroffenen Betriebsanlage funktionieren sollte.

Darüber hinaus sah sich der VwGH, wie bereits eingangs angesprochen, zu folgender Klarstellung betreffend der Auslegung des § 13a Abs 2 veranlasst: Der Raucherraum in einer Betriebsanlage sei so zu wählen, dass dieser von Gästen nicht am Weg zu den rauchfrei zu haltenden Bereichen des Lokals durchschritten werden muss.

Unter Heranziehung der parlamentarischen Materialien und der Literatur erscheint dies eine zutreffende Interpretation zu sein. So schrieb *Larcher* bereits in seinem 2012 publizierten Beitrag,<sup>76</sup> dass eine Raumaufteilung, bei der nichtrauchende Gäste den Raucherraum durchschreiten müssen, um in den Nichtraucherbereich oder zu den Toiletten zu gelangen, nicht gesetzeskonform<sup>77</sup> ist. Begründend wird angeführt, dass Raucherräume in einer Art zu wählen wären, die Nichtrauchern ein

---

<sup>75</sup> VwGH, 15. Juli 2011, 2011/11/0059.

<sup>76</sup> Larcher, Das Rauchverbot nach dem Tabakgesetz 406, in Larcher (Hg.), Handbuch UVS, Wien 2012.

<sup>77</sup> Wörtlich ist von „nicht vorstellbar“ die Rede.

bestimmungsgemäßes Benützen des gesamten Lokals ohne Einwirkungen durch Tabakrauch ermöglicht.

Mit Erkenntnis vom 24.07.2013 (ZI 2013/11/0045) wiederholte der VwGH nochmals den bereits am 17. Juni 2013 aufgestellten Grundsatz, dass die Festlegung eines Raumes als Raucherzimmer, das betreten werden muss, um in jenen Bereich zu gelangen, der rauchfrei zu halten ist, unzulässig ist.

### **3) Die Regelung und der Grund ihrer Entstehung**

Das BG zur authentischen Interpretation des §13a Abs 2 TabakG besteht aus einem einzigen Satz. Dieser lautet:

*„§ 13a Abs 2 TabakG 1995, BGBl. Nr. 431/1995, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2008, wird gemäß § 8 ABGB<sup>78</sup> dahingehend authentisch ausgelegt, dass den Gästen auf dem Weg zum Hauptraum bzw. zu anderen rauchfreien Bereichen des Lokals wie sanitären Anlagen bzw. WC-Anlagen ein kurzes Durchqueren des Raucherraumes zumutbar ist.“*

Wie bereits erwähnt, hat der VwGH ausgesprochen, dass „die Festlegung eines Raumes als Raucherraum, der betreten werden muss, um in jenen Bereich zu gelangen, der rauchfrei zu halten ist“ unzulässig sei. Wegen einer gegenteilig lautenden Auskunft des Gesundheitsministeriums an die Wirtschaftskammer aus dem Jahr 2008 und der darauf gestützten Spruchpraxis der Behörden, sah sich der Gesetzgeber, aus Gründen der Rechtssicherheit, in oben genanntem Bundesgesetz veranlasst zu regeln, dass eine kurze Durchquerung des Raucherbereiches sehr wohl zumutbar sei. Konkret ging es bei der angesprochenen ministeriellen Auskunft um ein E-Mail, das Franz Pietsch<sup>79</sup>, in Beantwortung einer Anfrage des

---

<sup>78</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, StF: JGS Nr. 946/1811.

<sup>79</sup> Er gilt als „Architekt des Tabakgesetzes und ist derzeit Leiter der 2013 geschaffenen Ombudstelle für Nichtraucherenschutz im BMG.

Fachverbandes Gastronomie, verschickte und darin erläuterte, „...wenn nunmehr der Hauptraum jedoch so gelegen ist, dass Gäste auf ihrem Weg dorthin oder beispielsweise auch zu sanitären Anlagen kurz den Raucherraum zur Durchquerung betreten müssen, so erscheint dies zumutbar“.<sup>80</sup>

Die Problematik bestand zusätzlich darin, dass einige Lokalinhaber für ihre Umbauten um Betriebsanlagengenehmigung angesucht hatten und hierzu Pläne beigelegt waren, aus denen die Festlegung, welcher Raum künftig als Raucher- und welcher als Nichtraucherraum fungiert, ersichtlich war und aufgrund der eingereichten Unterlagen ihre Umbauten von der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde bewilligt bekamen. Oftmals war allerdings hierbei der Raucherbereich so gewählt, dass er von den Gästen durchschritten werden musste, um in den Nichtraucherbereich zu gelangen. Legte man § 13a Abs 2 TabakG aber nunmehr so aus, wie es der VwGH im Juni 2013 getan hatte, wären zahlreiche Umbauten (um den oben bezeichneten Nichtraucherraum beispielsweise durch Einziehen einer Glaswand erst zu schaffen) eine Fehlinvestition gewesen. Wollte man einen erneuten Umbau verhindern, wäre die einzig gesetzeskonforme Lösung in solchen Fällen das gesamte Lokal nunmehr als Nichtraucherbetrieb zu führen.

#### **4) Anmerkungen**

Die Intention (für Rechtssicherheit zu sorgen) ist mit dieser Regelung meines Erachtens nicht erreicht, da § 13a TabakG weiterhin unklare Begriffe wie „Hauptraum“ verwendet, die aufgrund des Umstandes, dass die Bezirksverwaltungsbehörden erst nach Anzeige eines Gastes und in der Regel nicht von Amts wegen tätig werden<sup>81</sup>, von Gastgewerbetreibenden weitgehend nach freiem Belieben ausgelegt werden kann. Auch das Gesundheitsministerium vertritt

---

<sup>80</sup> Berger, Tabakgesetz: Brisantes Mail des Ministeriums, in Kurier 24.10.2013, URL: <http://kurier.at/chronik/oesterreich/tabakgesetz-brisantes-mail-des-ministeriums/32.300.024>.

<sup>81</sup> Für Details zu den verfahrensrechtlichen Aspekten sei auf Kapitel III verwiesen.

offensichtlich diesen Standpunkt, zumindest heißt es in einer Aussendung<sup>82</sup> wortwörtlich: „Die Beurteilung, welcher Raum der Hauptraum des für die Konsumation der Gäste vorgesehenen Bereichs im Betrieb ist, obliegt dem/der InhaberIn“. Anschließend werden zwar Kriterien für die Wahl des Hauptraums genannt, dennoch indiziert der Satz an sich einen meines Erachtens zu hinterfragenden Standpunkt des Ministeriums.

Die Regierungsvorlage der Novelle 2008 des TabakG erläutert, dass bei der Bestimmung des Hauptraumes immer die konkreten Verhältnisse vor Ort in die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen seien, wobei als wichtige Kriterien neben Flächengröße und Ausstattung, gerade die Lage des Raumes und dessen Zugänglichkeit genannt werden. Das BG zur authentischen Interpretation des TabakG wurde erlassen, weil nach Ansicht von SPÖ und ÖVP nicht der Wille des Gesetzgebers war, aus § 13a Abs 2 den Rückschluss zuzulassen, dass es Nichtrauchern unzumutbar wäre, bei Erreichen der sanitären Anlagen oder des Nichtraucherbereichs den Raucherbereich zu durchqueren. Dies steht in auffallendem Widerspruch zu den Materialien, die eben gerade die Lage des Raumes und dessen Zugänglichkeit als Kriterien für die Klassifizierung als Hauptraum nennen. Des Weiteren heißt es in der Regierungsvorlage „der Hauptraum muss in seiner Gesamtbetrachtung den anderen Räumlichkeiten als übergeordnet eingestuft werden können.“ In Bezug auf die Lage und Zugänglichkeit des Raumes erscheint es nur logisch, dass der übergeordnete Raum der erste, den man betritt, zu sein hat, während ein hinterer Raum dann als Nebenraum zu qualifizieren ist. Legt man § 13a Abs 2 auf diese Weise aus (wie es eben auch der VwGH getan hat), dann ist die Regelung auch einfacher zu kontrollieren. Wenn hingegen in jedem Einzelfall abgewogen werden soll, welcher Bereich des Lokals den Hauptraum darstellt und dies nicht einfach jener ist, von welchem aus man den Raucherbereich weder in Richtung der sanitären Anlagen, noch in Richtung des Ausgangs durchschreiten

---

<sup>82</sup> Abrufbar unter URL:

[https://www.gesundheit.gv.at/Portal.Node/ghp/public/files/Info\\_Nichtraucherschutz\\_BMG.pdf](https://www.gesundheit.gv.at/Portal.Node/ghp/public/files/Info_Nichtraucherschutz_BMG.pdf).

muss,<sup>83</sup> macht dies das Hinwirken auf eine Einhaltung der Regelung fast unmöglich. Um davon abzusehen, dass eine Regelung mit Ausnahmen immer schwerer zu überwachen ist, als ein generelles Rauchverbot.

Der Gesetzgeber fühlte sich unter anderem auch deshalb veranlasst § 13a Abs 2 authentisch in einem eigenen Bundesgesetz zu interpretieren, weil der Wiener Szene-Gastronom Heinz Pollischansky mit Unterstützung der Wirtschaftskammer eine Schadenersatzklage gegen die Republik einreichte.<sup>84</sup>

Andere Lokalinhaber blieben entweder untätig und warteten ab, oder stiegen freiwillig auf reine Nichtraucherlokale um. In manchen Fällen gab es keine andere Option, da sie nicht ein weiteres Mal umbauen wollten und beispielsweise bei zwei Räumen jeweils einer der beiden durchschritten werden musste, um ins Freie oder zu den sanitären Anlagen zu gelangen. Diesen aus medizinischer Sicht sehr zu begrüßenden Trend stoppte der Gesetzgeber mit Erlassung des BG zur authentischen Interpretation des § 13a Abs 2 TabakG wieder. Der freiwillige Umstieg auf Nichtraucherlokale war aber scheinbar von den Koalitionsparteien ursprünglich durchaus gewünscht. In der Regierungsvorlage zur Novelle 2008 des Tabakgesetzes heißt es etwa „...Im Übrigen ist es grundsätzlich jedem Gastwirt unbenommen, seinen Betrieb, unabhängig von der Größe der Gasträume, im Interesse des Gesundheitsschutzes, als Nichtraucherbetrieb zu führen. Aus gesundheitspolitischer Sicht und unter dem Blickwinkel des Arbeitnehmerschutzes, ist eine solche Entscheidung jedenfalls zu begrüßen.“

---

<sup>83</sup> Immer noch wäre freilich im Einzelfall zu beurteilen, in welchem Raum die gastronomische Haupttätigkeit stattfindet. Aber wenigstens für die Frage der Lage und Zugänglichkeit des Raumes, würden Dank der Klarstellung des VwGH objektive Kriterien vorliegen.

<sup>84</sup> Vgl. Krutzler, Rauchfrei zur Toilette: Wirt klagt die Republik, in der Standard vom 7.10.2013, URL: <http://derstandard.at/1379293295784/Tabakgesetz-Wirte-wollen-Schadenersatz-von-der-Republik>. Auf Grund der Erlassung des hier besprochenen Bundesgesetzes wurde die Schadenersatzklage wieder zurückgezogen.

### a) Anmerkungen zur Terminologie

Diese inhaltlichen Anmerkungen seien noch kurz ergänzt durch eine terminologische: Der Gesetzgeber bedient sich einer komplizierten Ausdrucksweise, um zu umschreiben, zu welchen Bereichen des Lokals ein Durchqueren des Raucherraumes zumutbar ist („auf dem Weg zum Hauptraum bzw. zu anderen rauchfreien Bereichen des Lokals wie sanitären Anlagen bzw. WC-Anlagen“). Ausreichend und gleichzeitig präziser wäre es gewesen, als Formulierung „rauchfrei zu haltende Bereiche“ zu wählen, denn damit wären alle oben aufgezählten Bereiche des Lokals bereits angesprochen: Der Hauptraum ist gemäß § 13a rauchfrei zu halten und die sanitären Anlagen als öffentliche Orte gemäß § 13. WC-Anlagen zu nennen erscheint schon allein deshalb überflüssig, da „sanitäre Anlagen“ ein Oberbegriff für der Hygiene dienende Räume – und somit auch für WCs – ist.

Durch die gewählte Formulierung „...zum Hauptraum bzw. zu anderen rauchfreien Bereichen des Lokals wie sanitären Anlagen“, könnte zudem der Eindruck erweckt werden, dass andere rauchfreie Bereiche des Lokals keine Gasträume wären, was aber durchaus in vielen Betriebsanlagen gesetzlich geboten ist.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> In dem Fall, dass das Lokal nur aus zwei für die Verabreichung von Speisen und/oder Getränken dienenden Räumen besteht, ist es möglich, dass der Hauptraum gesetzeskonform der einzige rauchfrei zu haltende Gastraum ist. Sonst wäre auch noch eine Konstellation denkbar, in der ein rauchfreier Hauptraum besteht und zwei Nebenräume, die aber insgesamt weniger Verabreichungsplätze haben, als der Hauptraum.

Der VwGH weist in ZI 2012/11/0235 darauf hin, dass bei bestehendem grundsätzlichem Rauchverbot ein Raucherraum bestimmt werden kann, in dem das Rauchen gestattet ist; unzulässig wäre es hingegen, bloß einen Nichtraucherraum festzulegen, in dem nicht geraucht werden darf, während in den übrigen Teilen des Betriebes geraucht wird.

### III. Verfahrensrechtliche Aspekte des gesetzlichen Nichtraucher-schutzes in der Gastronomie

#### A. Die Problematik

Das TabakG sieht für die Einhaltung der Nichtraucher-schutzbestimmungen ausdrücklich keine Kontrolle durch die Behörde vor.<sup>86</sup> Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus § 9 Abs 1 TabakG, der vorschreibt, dass die Bundesministerin für Gesundheit die Einhaltung der §§ 3 bis 7 (also gerade nicht der §§ 13ff) zu überwachen hat.

Die Arbeitsinspektorate sind für die Überwachung der Einhaltung von Nichtraucher-schutzbestimmungen nach dem TabakG ebenfalls nicht verantwortlich, da dieses formalrechtlich auf dem Kompetenztatbestand Gesundheitswesen<sup>87</sup> fußt.<sup>88</sup>

Ebenfalls unzuständig ist die Sicherheitsexekutive, es sei denn, es wären Amtshandlungen nach dem SPG<sup>89</sup> geboten.<sup>90</sup> Neben den soeben angeführten kompetenzrechtlichen Gründen, würde die Einbindung der Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes den Vorgaben einer Entschließung des Nationalrates vom 16. März 1989<sup>91</sup> zur Einschränkung von Tätigkeiten der Exekutive, die nicht im Rahmen der Vorsorge für die Sicherheit der Menschen erfolgen und keinen näheren Bezug zur Sicherheitsverwaltung haben, zuwiderlaufen.<sup>92</sup>

---

<sup>86</sup> Vgl. Zanger, Veranstaltungen im Lichte des TabakG, *ecolex* 2011, 662.

<sup>87</sup> Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG.

<sup>88</sup> Vgl. Fachverband Gastronomie der WKO, Fragen und Antworten zum neuen TabakG im Bereich Gastronomie und Hotellerie, URL: [https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/Gastronomie/Lobbying-Branthemen/Fragen\\_und\\_Antworten.pdf](https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/Gastronomie/Lobbying-Branthemen/Fragen_und_Antworten.pdf).

<sup>89</sup> Bundesgesetz über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei (Sicherheitspolizeigesetz -SPG), StF: BGBl. Nr. 566/1991.

<sup>90</sup> Wenn etwa der Streit über ein Rauchverbot zu Handgemengen führt.

<sup>91</sup> E 110—NR/XVIIIGP.

<sup>92</sup> Bundesministerium für Inneres, Generaldirektion für die öffentliche Sicherheit, Anfragebeantwortung im Namen der Bundesministerin, abrufbar unter URL: <http://www.aerzteinitiative.at/TabRechtBMI-110609.pdf>.

Eine subsidiäre sachliche Zuständigkeit ergibt sich somit nach § 26 VStG. Die dort angesprochenen Bezirksverwaltungsbehörden beschränken sich allerdings auf eine nachprüfende Kontrolle nach Einlangen einer Anzeige von Privatpersonen.<sup>93</sup>

Auch der Jahresbericht 2011 der Volksanwaltschaft<sup>94</sup> hält hierzu fest, dass die Kontrolle der Einhaltung des Tabakgesetzes nach wie vor ausschließlich durch Verwaltungsstrafverfahren erfolgt, die auf Grund eingebrachter Anzeigen von Privatpersonen eingeleitet werden. Die Volksanwaltschaft sieht sich mit „einer Flut an Beschwerden“ wegen Verstößen gegen das TabakG konfrontiert und kritisiert ganz allgemein dessen mangelhafte Vollziehung; im speziellen auch den Umstand, dass bei anonymen Anzeigen in der Regel mit Einstellung des Verfahrens reagiert wird.

Seit 2013 ist im Bundesministerium für Gesundheit eine eigene Ombudsstelle zum Schutz von Nichtraucherinnen und Nichtrauchern eingerichtet. Ombudsstellen sind, wie auch die Volksanwaltschaft, ein Instrument des soft law; das heißt, dass diesen öffentlichen Einrichtungen keine Weisungsbefugnis zukommt.

Zu Recht wird in einer diesbezüglichen parlamentarischen Anfrage<sup>95</sup> kritisiert, dass die Ombudstelle zum Schutz von Nichtraucherinnen und Nichtrauchern abseits der Homepage des BMG nicht bekannt gemacht wurde. Selbst auf dieser finden sich allerdings, bis auf eine E-Mail Adresse unter der die Ombudstelle kontaktiert werden kann, keine Informationen.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> Beantwortung der parlamentarischen Anfrage Nr. 14748/J der Abgeordneten Dr. Belakowitsch-Jenewein und weiterer Abgeordneter, abrufbar unter URL:

[http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/AB/AB\\_14460/fnameorig\\_316239.html](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/AB/AB_14460/fnameorig_316239.html).

<sup>94</sup> Abrufbar unter URL:

<http://volksanwaltschaft.gv.at/downloads/228bh/Presseunterlage%20Parlamentsbericht%202011.pdf>.

<sup>95</sup> Abrufbar unter URL:

[http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/J/J\\_03475/fnameorig\\_380857.html](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/J/J_03475/fnameorig_380857.html).

<sup>96</sup> Vgl. URL: [http://www.bmg.gv.at/home/Schwerpunkte/Drogen\\_Sucht/Tabak\\_Nichtrauchen](http://www.bmg.gv.at/home/Schwerpunkte/Drogen_Sucht/Tabak_Nichtrauchen).



## B. Private Initiativen

Die mangelnde Kontrolle von staatlicher Seite hat dazu geführt, dass es sich private Initiativen zum Ziel gemacht haben, auf die Einhaltung der Nichtraucherenschutzbestimmungen hinzuwirken. Zu nennen sind 2 Vereine, die dieses Ziel mit Anzeigen bei den Bezirksverwaltungsbehörden erreichen möchten und ein Verein<sup>97</sup>, der sein Anliegen in Kooperation mit einer Wiener Rechtsanwaltskanzlei<sup>98</sup> durch Abmahnschreiben, oder nötigenfalls Unterlassungsklagen gemäß § 14 UWG<sup>99</sup>, durchsetzen will. Die Initiativen werden inklusive der sie betreffenden Urteile im Folgenden kurz dargestellt.

### 1) Interessensgemeinschaft für fairen Wettbewerb in der Gastronomie

#### a) Vorbemerkungen

Die zugrunde liegende Thematik wird im Schrifttum unter dem Schlagwort Wettbewerbsvorteil durch Rechtsbruch behandelt; nach herrschender Lehre und Rechtsprechung steht Mitbewerbern die Möglichkeit offen sich gegen den bezeichneten Wettbewerbsvorteil gerichtlich zur Wehr zu setzen. Denn auch aus anderen Rechtsbereichen ist bekannt, dass mit Unterlassungsklagen nach § 14 UWG Unternehmer wesentlich effektiver zu rechtstreuem Verhalten zu bewegen sind, als durch Verwaltungsstrafen. Speziell im Falle des TabakG ist der Unterschied noch deutlicher: Verstöße gegen Nichtraucherenschutzbestimmungen gelten als sogenanntes fortgesetztes Delikt. Dies hat zur Folge, dass bis zur rechtskräftigen Verhängung der Strafe, keine weitere erfolgt. Wurde gegen den Strafbescheid berufen können somit Monate<sup>100</sup> oder sogar Jahre<sup>101</sup> vergehen bis der

---

<sup>97</sup> Verein "Interessensgemeinschaft für fairen Wettbewerb in der Gastronomie".

<sup>98</sup> Tonniger Schermaier Maierhofer & Partner Rechtsanwälte.

<sup>99</sup> Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, StF: BGBl. Nr. 448/1984.

<sup>100</sup> Bis zum Urteil des Verwaltungsgerichtes.

<sup>101</sup> Falls noch keine einheitliche Rechtsprechung zur Klärung der gegenständlichen Rechtsfrage besteht und somit der VwGH befasst werden kann.

Gastgewerbetreibende erstmals einen Betrag von maximal 2.000 € zu entrichten hat. Im Wettbewerbsrecht sind hingegen Buugestrafen bis zu 100.000 € täglich möglich.

## **b) Erfolge der Interessensgemeinschaft**

Die Interessensgemeinschaft für fairen Wettbewerb in der Gastronomie konnte am 24.09.2014 erstmals eine einstweilige Verfügung wegen Verstößen gegen Nichtraucherbestimmungen des TabakG erwirken.<sup>102</sup>

Der OGH entschied zwar bereits am 15.12.2010 in 4Ob164/10m, dass systematische Verstöße gegen Nichtraucherbestimmungen einen unlauteren Wettbewerbsvorteil darstellen, indem er einer entsprechenden Unterlassungsklage stattgab. Die Beklagte, die Betreiberin eines in einem Einkaufszentrum gelegenen Restaurants, wurde verpflichtet, ihren Gästen künftig das Rauchen in der Mall des EKZ nicht mehr zu gestatten.<sup>103</sup> Der Interessensgemeinschaft für fairen Wettbewerb gelang es allerdings erstmals eine dahingehende einstweilige Verfügung gegen den Betreiber einer Wiener Bar zu erwirken, der zuvor gegen die Hauptraumbestimmung des § 13a TabakG verstoßen hatte. Die Klage war zulässig, da ein Mitglied der Interessensgemeinschaft Gastgewerbetreibender im selben Wiener Gemeindebezirk wie der Beklagte und somit dessen Mitbewerber ist. Das HG Wien stellte nach einem Lokalaugenschein fest, dass sich mehr Verabreichungsplätze im Raucherbereich befunden haben und der Hauptraum falsch gewählt wurde. Künftig hat es der beklagte Gastgewerbetreibende zu unterlassen, seinen Gästen im Hauptraum das Rauchen zu gestatten.

Nachdem die Interessensgemeinschaft mit der dargestellten einstweiligen Verfügung Erfolg hatte, konnten bereits zwei weitere Gastgewerbetreibende mittels anwaltlichen Abmahnschreiben zu einer rechtskonformen Gestaltung der Raucher- und

---

<sup>102</sup> HG Wien, 24.09.2014, 18 Cg 70/14d.

<sup>103</sup> Der OGH sprach aus, dass sich die Betreiberin somit das Rauchverbot gemäß § 13 TabakG (VfGH Erkenntnis vom 1. 10. 2009, B 776/09) zu beachten habe.

Nichtraucherbereiche in ihren Lokalen gezwungen werden.<sup>104</sup> Bevor der Präzedenzfall entschieden war, wurden derartige Abmahnungen häufig ignoriert.<sup>105</sup>

## 2) „Rauchersheriffs“

Zu den Vereinen, die ihr Anliegen unter anderem mit Anzeigen durchsetzen wollen, zählen die Schutzgemeinschaft für Nichtraucher<sup>106</sup> und der Verein „Krebspatienten für Krebspatienten“, deren Bundesobmann *Dietmar Erlacher* die Website [www.rauchersheriff.at](http://www.rauchersheriff.at) betreibt. Gegen einen der sogenannten Rauchersheriffs (es handelt sich allerdings weder um *Rockenbauer* noch um *Erlacher* selbst) sprach ein Wiener Gastgewerbetreibender schriftlich ein Lokalverbot aus. Da der Betroffene darauf antwortete, er werde sich an das Verbot nicht halten und das gegenständliche Lokal auch tatsächlich wieder betrat, brachte der Gastwirt beim Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien erfolgreich Unterlassungsklage ein. Gegen dieses Urteil legte der „Rauchersheriff“ Berufung beim OLG Wien ein, welche nicht erfolgreich war. Das OLG ließ allerdings nachträglich die Revision an den OGH zu. Wie dieser entschieden hat, soll im Folgenden kurz dargestellt werden.

---

<sup>104</sup> Vgl. Brickner, Verstöße gegen Nichtraucherschutzbestimmungen kommen teuer, in „Der Standard“, 08.09.2015, URL: <http://derstandard.at/2000010161194/Verstoesse-gegen-den-Nichtraucherschutz-kommen-teuer>.

<sup>105</sup> Vgl. URL: <http://www.traveller-online.at/news/detail/rauchverbot-verstoesse-sind-unlauterer-wettbewerb.html?cHash=ac45a8b4d43cad1672ace46a6b22fd8c>.

<sup>106</sup> Obmann Robert Rockenbauer.

**a) Über die Zulässigkeit eines Lokalverbots für Rauchersheriffs (OGH, 23.04.2014, 4Ob48/14h)**<sup>107</sup>

aa) Das Urteil

Der OGH hatte über die Revision gegen das Urteil GZ 11 R 126/13z-21 des OLG Wien zu entscheiden, in welchem dieses das Recht eines Gastgewerbetreibenden,<sup>108</sup> einem NichtraucherSchützer Hausverbot zu erteilen, bestätigte.

Das Hausverbot sei hier gerechtfertigt, weil der NichtraucherSchützer den Betrieb des Klägers nur deshalb aufsuche, um Verstöße gegen das TabakG festzustellen und gegebenenfalls zur Anzeige zu bringen. Da der Beklagte kein Mitbewerber ist und kein subjektives Recht auf die Einhaltung von Verwaltungsvorschriften hat, ist das Hausverbot nicht sittenwidrig. Auch liege keine Monopolstellung vor, aus der sich ein Kontrahierungszwang ableiten ließe, da sich im betroffenen Wiener Gemeindebezirk eine ausreichende Anzahl anderer Gasthäuser befindet.

ab) Anmerkungen

Das Zivilrecht schützt den Eigentümer einer Sache umfassend vor Störungen durch Dritte. Gemäß § 354 ABGB ist das Eigentum im subjektiven Sinn die „Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten, und jeden anderen davon auszuschließen“. Eine rechtlich zulässige Möglichkeit einen anderen von der Nutzung auszuschließen ist eben auch die Erteilung eines Hausverbots. Dieses wird in der Regel mündlich ausgesprochen, oder (zu Beweis Zwecken) per (eingeschriebenem) Brief erteilt. Wenn die betroffene Person gegen das Hausverbot

---

<sup>107</sup> MR 2014,160 = immolex-LS 2014/56 = Jus-Extra OGH-Z 5593 = JBI 2014,589 = EvBI 2014/139 S 969 - EvBI 2014,969 = ZIR 2014,432 = RdW 2014/565 S 520 - RdW 2014,520.

<sup>108</sup> Es handelt sich bei dem Kläger um Mario Plachutta. Für mediales Aufsehen hat Herr Plachutta 2014 auch gesorgt, indem er gegenüber einem Mitarbeiter, der in einer Pause selbst gekaufte Erdbeeren mit dem Staubzucker des Lokals gesüßt hat, eine Entlassung ausgesprochen hat (zu Unrecht, wie das Arbeitsgericht später feststellte; vgl, URL: [http://diepresse.com/home/panorama/wien/1599481/PlachuttaKellner-zuckerte-Erdbeeren\\_Zu-Unrecht-entlassen?direct=1600142&\\_vl\\_backlink=/home/panorama/index.do&selChannel=](http://diepresse.com/home/panorama/wien/1599481/PlachuttaKellner-zuckerte-Erdbeeren_Zu-Unrecht-entlassen?direct=1600142&_vl_backlink=/home/panorama/index.do&selChannel=)).

verstößt, besteht die Möglichkeit gemäß § 372 ABGB auf Unterlassung zu klagen.<sup>109</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es gerechtfertigt, dass der OGH einem Gastgewerbetreibenden das Recht zuspricht sich vor Personen zu schützen, die seine Lokalitäten nur aufsuchen, um bestimmte gesetzliche Bestimmungen zu überprüfen und gegebenenfalls zur Anzeige zu bringen. Auch ist dem OGH insoweit zu folgen, dass es nicht wünschenswert ist, wenn sich in einem Staat neben dem Polizeiapparat eine Privatpolizei etabliert. Der Vorwurf, jemand geriere sich durch Einbringung von Anzeigen als Privatpolizei ist allerdings meines Erachtens nur für jene Materien zulässig, für deren Kontrolle die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes<sup>110</sup> grundsätzlich zuständig sind. Nur in diesem Fall kann die betreffende Person „neben dem Polizeiapparat“ agieren, anderenfalls wäre sie schließlich statt diesem tätig.

Wie bereits angesprochen, ist der Ansicht beizutreten, dass eine Kontrolle durch amtliche Organe wünschenswerter ist. Diese sind, im Gegensatz zu Privatpersonen, gemäß § 44a Z 1 VStG als Sicherheitsorgane geschult und zudem zur Objektivität verpflichtet.<sup>111</sup> Schreibt ein Gesetz allerdings keine amtswegigen Kontrollen vor, erscheint es vorhersehbar und geradezu natürlich, dass daraus eine bescheidene Beachtung des Gesetzes erfolgt und ein bestimmter Personenkreis<sup>112</sup> daraufhin selbst Anzeigen erstatten wird. *Zanger* vertritt sogar die Ansicht, dass das TabakG geradezu explizit zur Denunziation auffordert.<sup>113</sup>

Auch kann meines Erachtens argumentiert werden, dass ein nichtrauchender Gast ein subjektives Recht auf Einhaltung der Nichtraucherschutzbestimmungen hat, da

---

<sup>109</sup> Alternativ kann gegen den Störer auch mit Besitzstörungsklage gemäß § 339 ABGB iVm §§ 454 ff ZPO (Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung), StF: RGBI. Nr. 113/1895) vorgegangen werden. Dies allerdings nur innerhalb von 30 Tagen.

<sup>110</sup> Oder sonstige amtliche Kontrollorgane.

<sup>111</sup> Vgl. *Zanger*, *Veranstaltungen im Lichte des TabakG*, *ecolex* 2011, 663.

<sup>112</sup> Typischerweise Personen, die unten den Schutzzweck des Gesetzes fallen.

<sup>113</sup> Vgl. *Zanger*, *Veranstaltungen im Lichte des TabakG*, *ecolex* 2011, 663. Ob man Anzeigen freilich als Denunziation oder als Zivilcourage bezeichnet, ist Ansichtssache. Einigkeit scheint im Schrifttum aber darüber zu bestehen, dass eine staatliche Kontrolle notwendig ist.

diese schließlich unter anderem zu seinem Schutz erlassen wurden und auch seine Gesundheit beeinträchtigen.

Zusätzlich scheint es angebracht zu kritisieren, dass der OGH die vom Anwalt des Klägers aufgebrachte Bezeichnung „Rauchersheriff“ in seinem Urteil verwendet, obwohl sich der Beklagte gegen diese Bezeichnung wehrt.<sup>114</sup> Im Urteil werden auch keine eindeutigen Kriterien genannt, ab wann jemand ein „Rauchersheriff“ sein sollte. Es wird zwar angeführt, dass eine einmalige, nicht wider besseres Wissen erstattete Anzeige eines Kunden, der einen Betrieb zur Inanspruchnahme von dort der Allgemeinheit angebotenen Leistungen aufgesucht hatte, den Unternehmer noch nicht zu einem Betretungsverbot berechtigt. Offen bleibt jedoch, ob jemand folglich bereits durch Einbringen einer zweiten (berechtigten) Anzeige, nach Ansicht des OGH systematisch handelt und somit Hausverbot bekommen kann.

Im Urteil wird darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung zum Lauterkeitsrecht<sup>115</sup> weiterhin aufrechterhalten wird, nach der Testkäufe, die dem Aufdecken unlauteren Verhaltens dienen, vom Geschäftsinhaber nicht durch Berufung auf des Hausrecht unterbunden werden können, sofern sich die Testkäufer wie andere Kunden verhalten. Begründend wird ausgeführt, dass die Einhaltung des Lauterkeitsrechts einerseits im Interesse der Mitbewerber und der Verbraucher liege, andererseits aber auch die Nichteinhaltung nur von diesen Gruppen - auf Verbraucherseite zudem nur kollektiv (§ 14 UWG) - wahrgenommen werden kann.

Da im TabakG präventive behördliche Kontrollen nicht vorgesehen sind<sup>116</sup> und Strafverfahren ausschließlich aufgrund von Anzeigen Privater eingeleitet werden,<sup>117</sup> hängt auch hier die Rechtsdurchsetzung von der Anzeige durch Privatpersonen ab.

---

<sup>114</sup> Vgl. Die Presse, Rechtspanorama, Lokalverbot für Rauchersheriffs sittenwidrig? URL: <http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1560407/Lokalverbot-fur-Rauchersheriffs-sittenwidrig>.

<sup>115</sup> OGH, 18.05.1993, 4Ob28/93 = SZ 66/65.

<sup>116</sup> Beantwortung der parlamentarischen Anfrage Nr. 14748/J der Abgeordneten Dr. Belakowitsch-Jenewein und weiterer Abgeordneter, abrufbar unter URL:

[http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/AB/AB\\_14460/fnameorig\\_316239.html](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/AB/AB_14460/fnameorig_316239.html).

<sup>117</sup> Österreichische Volksanwaltschaft, Jahresbericht 2011 S.8, Wien 2012.

## IV. Die Beachtung der Nichtraucherschutzbestimmungen in der österreichischen Gastronomie

### A. Untersuchungen gastronomischer Betriebe in Wien und Graz

In den österreichischen Landeshauptstädten Wien und Graz widmen sich jeweils zwei Studien der Einhaltung von Nichtraucherschutzbestimmungen in der Gastronomie. Als Gemeinsamkeit kann hervorgehoben werden, dass in allen Untersuchungen bei Betrieben, die von einer Ausnahme gemäß § 13a Abs 2 TabakG Gebrauch machten, um ein abgetrenntes Raucherzimmer einzurichten, die Nichtraucherschutzbestimmungen am wenigsten beachtet werden.

#### 1) Studien aus Graz

Für Graz ist die Diplomarbeit<sup>118</sup> des Mediziners *Lernbass* zu nennen und *Reichmann/Sommersguter-Reichmanns* Studie „Der Nichtraucherschutz im Bereich der Gastronomie in Theorie und Praxis“<sup>119</sup>. *Lernbass* gelangt zu dem Ergebnis, dass 74% der untersuchten Betriebe gegen die Nichtraucherschutzbestimmungen des Tabakgesetzes und/oder die NRS-Kennzeichnungsverordnung verstoßen. Besonders bescheiden wurden die einschlägigen Bestimmungen in Betriebsanlagen mit Raucher- und Nichtraucherbereichen beachtet: Nur 5 der 117 untersuchten Lokale dieser Kategorie erfüllten alle dem Gesetz entsprechenden Auflagen.

*Reichmann/Sommersguter-Reichmann* kommen bei ihrer Untersuchung von 136 stichprobenartig ausgewählten Grazer Betrieben zu dem Ergebnis, dass diese zu über 80% die Nichtraucherschutzbestimmungen des Tabakgesetzes nicht beachten.

---

<sup>118</sup> Lernbass, Status quo des Nichtraucherschutzes in der Grazer Gastronomie, Medizinische Universität Graz 2014.

<sup>119</sup> SozSi 2011, 140.

## 2) Studien aus Wien

### a) Exposure to ultrafine particles in hospitality venues with partial smoking bans<sup>120</sup>

Moshhammer/Neuberger/Schietz untersuchten für ihre Studie 88 per Zufallsprinzip ausgewählte Lokale in der Wiener Innenstadt und führten dabei in deren 134 Gasträumen Messungen der Luftqualität durch. In 61% der Lokale orteten die Autoren Gesetzesverstöße. So waren 12 Betriebe nicht ordnungsgemäß gekennzeichnet, in weiteren 24 war keine ordnungsgemäße Trennung zwischen Raucher- und Nichtraucherbereich gegeben. 14 Betriebe wurden als reine Raucherlokale geführt, obwohl sie größer als 50m<sup>2</sup> waren.<sup>121</sup>

Besonders schlecht schnitten Diskotheken ab: Nur in einer von sieben wurden alle einschlägigen Bestimmungen beachtet.

Gäste verstießen in 13 untersuchten Lokalen gegen das TabakG, indem diese in ausgewiesenen Nichtraucherbereichen rauchten.

### b) Forschungsbericht Nichtraucherenschutz in der Gastronomie<sup>122</sup>

Die umfangreichste Untersuchung wurde in Wien Neubau durchgeführt. Mitarbeiter der IBO-Innenraumanalytik OG und Mitglieder des Vereins Ärztinnen und Ärzte für eine gesunde Umwelt untersuchten in ihrem Forschungsbericht im Zeitraum Juni bis November 2013 über 95 % der Gastronomiebetriebe in Wien Neubau. Erhoben wurde, ob die Nichtraucherenschutzbestimmungen des Tabakgesetzes und die Kennzeichnungsverordnung eingehalten wurden.

---

<sup>120</sup> Moshhammer/Neuberger/Schietz, Exposure to ultrafine particles in hospitality venues with partial smoking bans, in Journal of Exposure Science and Environmental Epidemiology 1-6, Wien 2013.

<sup>121</sup> Fraglich wäre allenfalls, ob eine Ausnahme nach § 13a Abs 3 TabakG zu tragen kommt.

<sup>122</sup> Hartl/Hutter/Tappler/Twrzik, Forschungsbericht Nichtraucherenschutz in der Gastronomie: Werden die gesetzlichen Vorgaben eingehalten? Wien 2013.



Die meisten Verstöße wurden bei Betrieben festgestellt, die von einer Ausnahme gemäß § 13a Abs 2 Gebrauch machten, um ein abgetrenntes Raucherzimmer einzurichten. So beachtete nur ein Lokal von 93 untersuchten dieser Kategorie alle Bestimmungen des TabakG. Bei drei Lokalen bestand der Verstoß allerdings lediglich darin, dass der Nichtraucherraum und/oder die sanitären Anlagen nur über den Raucherraum betreten werden konnten. Die Autoren legten ihrer Interpretation des § 13a Abs 2 somit das Erkenntnis des VwGH vom 17.06.2013<sup>123</sup> zu Grunde. Nach nunmehriger Klarstellung des Gesetzgebers ist Nichtrauchern allerdings ein kurzes Durchschreiten des Raucherraumes beim Aufsuchen des rauchfreien Bereiches oder der WC Anlagen zumutbar.<sup>124</sup> Somit dürften, nach dem Maßstab der derzeit geltenden Rechtslage interpretiert, 4 von 93 Lokalen alle Vorgaben des TabakG erfüllen.

Von 81 untersuchten Raucherlokalen waren 25 über 50qm groß und verstießen somit, sofern für sie keine Unmöglichkeit der Raumtrennung aufgrund einer rechtskräftigen Entscheidung der nach bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtlichen Vorschriften zuständigen Behörde vorliegt, ebenfalls gegen Nichtraucherschutzbestimmungen.

Reine Nichtraucherbetriebe können naturgemäß nur gegen Kennzeichnungsverpflichtungen verstoßen. Von 101 untersuchten Betrieben dieser Kategorie war bei 38 an den Eingängen keine oder keine korrekte Kennzeichnung vorhanden; bei 9 Betrieben war die Kennzeichnung vorhanden, aber nicht sichtbar; während bei 54 Betrieben die Kennzeichnung an den Eingängen nicht zu beanstanden war.

---

<sup>123</sup> Zl. 2012/11/0235-5.

<sup>124</sup> Vgl. BG zur authentischen Interpretation des §13a Abs 2 TabakG.

## **B. Die Beachtung der Nichtraucherschutzbestimmungen in der Salzburger Abendgastronomie am Beispiel der Innenstadtlokale am Rudolfskai, Giselakai, Neumayrplatz und der Gstättingasse**

### **1) Einleitung:**

Um die Einhaltung der §§ 13a ff TabakG in der Abendgastronomie der Stadt Salzburg zu evaluieren, habe ich im Zeitraum September bis Dezember 2014 unten angeführte Studie durchgeführt. Untersucht wurden alle gastronomischen Betriebe am Rudolfskai, Giselakai, Anton-Neumayrplatz und in der Gstättingasse, die nach 22h noch geöffnet hatten, also vor allem Bars und Clubs (Tanzcafés).

Die Erhebung konzentriert sich deshalb auf die Abendgastronomie, da aufgrund des vorwiegend jugendlichen Publikums die Beachtung der Nichtraucherschutzbestimmungen besonders wichtig erscheint. Außerdem werden die einschlägigen Regelungen von Bars wesentlich häufiger missachtet als in der Speisegastronomie. Zwar sieht das österreichische Tabakgesetz keine diesbezügliche Differenzierung vor, aber Gäste fühlen sich typischerweise beim Essen durch den Tabakrauch mehr gestört, als beim bloßen Konsum von Getränken, weshalb zahlreiche Speiselokale freiwillig als reine Nichtraucherlokale geführt werden und somit maximal gegen die Kennzeichnungsverpflichtung verstoßen könnten. Sowohl jugendliche<sup>125</sup> als auch erwachsene<sup>126</sup> Raucher konsumieren im Durchschnitt mehr Alkohol als Nichtraucher und sind deshalb als Gäste von Bars und Diskotheken besonders beliebt.

---

<sup>125</sup> Hanewinkel/Morgenstern, Rauchen im Jugendalter: Geschlechtsunterschiede, Rolle des sozialen Umfelds, Zusammenhänge mit anderen Risikoverhaltensweisen und Motivation zum Rauchstopp 7, Kiel 2007.

<sup>126</sup> Balabanis/Shiffman, Associations between Alcohol and Tobacco, S.17, in: Allen/Fertig, Alcohol and Tobacco: From Basic Science to Clinical Practice, Washington DC 1994.

## **2) Zielsetzung:**

Eine Evaluierung der Beachtung von Nichtraucherschutzbestimmungen in der Stadt Salzburg erschien vor allem interessant, da es (wie bereits angesprochen) bereits entsprechende Studien in den Städten Wien und Graz gibt, in Salzburg aber noch nicht. Im Übrigen kritisieren sowohl die Volksanwaltschaft<sup>127</sup> als auch die Ärztekammer die bescheidene Beachtung des Nichtraucherschutzes, während es von Seiten der Wirtschaftskammer als Stellungnahme zu einschlägigen Medienberichten heißt „einzelne schwarze Schafe“<sup>128</sup> würden sich nicht an die Bestimmungen halten, oder gar ein Stillschweigen über die Situation gewünscht wird („Das Tabakgesetz funktioniert. Warum wird immer wieder darüber geredet?“)<sup>129</sup>. Zielsetzung ist somit unter anderem die zitierten Aussagen in Bezug auf die Abendgastronomie in der Salzburger Innenstadt auf deren Wahrheitsgehalt zu überprüfen und andererseits gewisse Aufmerksamkeit auf das Thema zu lenken. So wurde die Studie auch dem Straftamt der Stadt Salzburg übermittelt.

## **3) Methodik**

Die Lokale wurden vorab im Internet unter Zuhilfenahme des Branchenverzeichnisses der WKO recherchiert. Die Fläche der Lokale wurde geschätzt und in Zweifelsfällen mit einer davor am Smartphone installierten Applikation die Länge und Breite des Lokals vermessen.

Als Methodik wurde eine jeweils mindestens zehnminütige Begehung und Nachschau am 12. September 2014 gewählt. Zur Verhinderung einer nicht repräsentativen Momentaufnahme wurde diese bei allen Lokalen im Dezember 2014 wiederholt.

---

<sup>127</sup> Österreichische Volksanwaltschaft, Jahresbericht 2011 S.8, Wien 2012.

<sup>128</sup> Vgl. ORF Wien, Wenig Nichtraucherschutz als Kavaliersdelikt, URL: <http://wien.orf.at/news/stories/2535199/>.

<sup>129</sup> Vgl. ORF Wien, Viele Lokale ignorieren Tabakgesetz, URL: <http://wien.orf.at/news/stories/2508401/>.

In eine Tabelle mit folgenden Spaltenüberschriften wurde die im Lokal vorgefundene Situation in Bezug auf die Beachtung des Nichtraucherschutzes vor Ort eingetragen und am Folgetag am Computer ausgewertet:

Name des Lokals	Hauptraum- bestimmung verletzt weil	Mind. 50% der VP <sup>130</sup> im NR Bereich	Keine räumliche Abtrennung	Türe dauerhaft offen	Rauchende Gäste im NR-Bereich	Kennzeichnungs- pflicht	Über/unter 50qm Anmerkungen

Fand die in der jeweiligen Spalte dargestellte gesetzliche Verpflichtung keine Beachtung, wurde dies durch ein x gekennzeichnet (in der Spalte 2 zusätzlich mit einer Begründung, warum die Hauptraumbestimmung verletzt wurde).

#### **4) Erläuterung**

Die folgenden gesetzlichen Bestimmungen sind mit den jeweiligen Stichworten in den Spalten gemeint:

Spalte 2 und 3 sprechen jeweils die Regelung des § 13a Abs 2 Satz 2 an („Es muss jedoch der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehene Hauptraum vom Rauchverbot umfasst sein (Spalte 2), und es darf nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze (Spalte 3) in Räumen gelegen sein, in denen das Rauchen gestattet wird“).

Spalte 4 nimmt auf das Erkenntnis 2011/11/0059 des VwGH (Entscheidungsdatum 15.07.2011) Bezug. In diesem stellt der Gerichtshof klar, dass nur ein Raum, der allseitig, von der Decke bis zum Boden von festen Wänden (sei es auch aus Glas) umschlossen ist und mit einer Tür geschlossen werden kann, einem "Raum" nach §

---

<sup>130</sup> Verabreichungsplätze.

13a Abs 2 TabakG entspricht.<sup>131</sup> Diese Rechtsprechung hält der VwGH seither aufrecht.<sup>132</sup> Ein Feld in Spalte 4 wurde somit markiert, wenn eine bauliche Abtrennung in Form von Tür, Glaswand oder dergleichen nicht vorhanden war.

Spalte 5 bezieht sich auf § 13a Abs 2 Satz 1. Der VwGH sieht im zweiten Halbsatz der angesprochenen Bestimmung („wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird“) eine Verpflichtung des Lokalinhabers dafür zu sorgen, dass die Türen zwischen Raucher- und Nichtraucherbereich, außer beim kurzen Durchschreiten dieser, geschlossen bleiben. Dieses Feld wurde somit markiert, wenn die Türen dauerhaft offen standen.<sup>133</sup>

In Spalte 6 wird auf rauchende Gäste im Nichtraucherbereich abgestellt, da der VwGH in seiner Rechtsprechung<sup>134</sup> für eine Bestrafung des Inhabers gemäß § 14 Abs 4 TabakG verlangt, dass auch tatsächlich im Nichtraucherbereich geraucht wird und nicht beispielsweise dort bloß Aschenbecher stehen.

## **5) Ergebnis**

Als Ergebnis lässt sich festhalten, dass der überwiegende Teil der Bars und Tanzcafés (Clubs) in der Salzburger Innenstadt die gesetzlichen Vorschriften zum Schutz von Nichtrauchern nicht einhält. Nur 2 der untersuchten 26 Lokale beachten alle Bestimmungen des TabakG, das sind 7,7 %. Lässt man Verstöße gegen Kennzeichnungspflichten außer Acht, kommt es darauf an, ob zwei der untersuchten Lokale über eine Fläche von unter oder über 50m<sup>2</sup> verfügen und falls letzteres zutrifft, ob eine der Ausnahmen nach § 13a Abs 3 Z. 2 greift. Je nachdem sind entweder 3

---

<sup>131</sup> Kritische Anmerkungen hierzu bei Andreaus, Tabakgesetz: Wie die Tür in den Raum kam, in RdW 2012, 459, Heft 8 v. 16.08.2012.

<sup>132</sup> VwGH 10. 1. 2012, 2009/11/0198.

<sup>133</sup> Bei Automattüren etwa indem diese durch Deaktivierung der Sensorautomatik auf den Modus „dauer-offen“ gestellt waren; bei manuell zu öffnenden Türen indem diese beispielsweise mit Barhockern aufgespreizt waren.

<sup>134</sup> VwGH, 15. 7. 2011, 2011/11/0059.

oder 5 von 26 Lokalen gesetzeskonform, also 11,5 % oder 19,2 %. Für die folgende statistische Auswertung wird davon ausgegangen, dass in den beiden Fällen keine Ausnahme nach § 13a Abs 3 vorliegt.

Am häufigsten wurde gegen die Hauptraumbestimmung des § 13a Abs 2 Satz 2 verstoßen, und zwar in 15 Fällen (57,7 %). Einige Lokale haben nur deshalb nicht gegen die Hauptraumbestimmung verstoßen, weil sie in allen Räumen das Rauchen gestatteten und deshalb logischerweise den mit Rauchverbot belegten Raum nicht falsch wählen konnten. Ein Verstoß gegen § 13a liegt freilich trotzdem vor, da Betreiber von Mehrraumlokale ihren Gästen immer mindestens einen rauchfreien Raum anbieten müssen. Dies folgt im Umkehrschluss aus Abs 3 Satz 1 leg cit („Das Rauchverbot gemäß Abs. 1 gilt ferner nicht, wenn nur ein für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeigneter Raum zur Verfügung steht, und...“).

Ebenso häufig (in 57,7 % der Fälle) befanden sich weniger als 50 % der Verabreichungsplätze im Nichtraucherbereich. In den meisten Fällen steht dies mit der falschen Wahl des Hauptraumes in Verbindung, da dieser unter anderem der Größere zu sein hat.

In 6 der 26 untersuchten Lokale (23,1 %) war die Türe aufgespreizt, oder deren Automatik-Modus auf dauerhaft offen gestellt, oder stand aus sonstigen Gründen die Türe permanent offen. 7 Betriebsanlagen (26,9 %) ließen eine Abtrennung komplett vermissen.

Auch Gäste missachteten mitunter die Nichtraucherenschutzbestimmungen. So konnten in 5 Lokalen (19,2 %) rauchende Gäste in ausgewiesenen Nichtraucherbereichen festgestellt werden.

9 der 26 Lokale (34,6 %) waren nicht vorschriftsgemäß gekennzeichnet. Legt man § 13b Abs 4 („...und ist die Kennzeichnung in ausreichender Größe und Zahl so anzubringen, dass sie überall im Raum gut sichtbar und der Warnhinweis gut lesbar ist.“) allerdings wörtlich aus, haben lediglich die beiden reinen Nichtraucherlokale

pflichtgemäß gekennzeichnet, da in keinem Lokal, in dem das Rauchen gestattet war, der Warnhinweis überall im Raum sichtbar und lesbar war.<sup>135</sup>

Bei folglich über 92 % Gesetzesverstößen<sup>136</sup>, stellt sich die Frage, welche Behörde für die Einhaltung der Regelungen sorgen sollte. Sachlich zuständig ist gemäß § 26 VStG die Bezirksverwaltungsbehörde; im Falle der Statutarstadt Salzburg das Strafamts.

Die Bezirksverwaltungsbehörden haben 2008 eine neue Aufgabe, nämlich die Überwachung des TabakG bekommen. Speziell für diese Aufgabe wurde ihnen allerdings kein zusätzliches Personal zur Verfügung gestellt. Anzeigen wegen Verstößen gegen das TabakG werden Zeitungsberichten zu Folge deshalb nur schleppend bearbeitet. Dies führte in Salzburg schon zu Anzeigen wegen Amtsmissbrauchs<sup>137</sup> gemäß § 302 StGB<sup>138</sup>.

---

<sup>135</sup> Die Nichtraucherlokale können aus dem Grund, dass sie keine Warnhinweise anbringen müssen, nicht gegen die Verpflichtung verstoßen, diese in ausreichender Zahl und Größe anzubringen.

<sup>136</sup> Nur 2 der untersuchten 26 Lokale beachten alle Bestimmungen des TabakG.

<sup>137</sup> Vgl. URL: <http://www.meinbezirk.at/salzburg-stadt/chronik/tabaksuendern-auf-der-spuer-d84459.html>

<sup>138</sup> Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB), StF: BGBl. Nr. 60/1974.

## V. Gesetzliche Regelungen zum Jugendschutz

### A. Einleitung

Den Konsum von Tabakwaren regulierende gesetzliche Bestimmungen können in Form von Rauchverböten dem Nichtraucherchutz dienen, oder beispielsweise durch Begrenzung der erlaubten Zusatzstoffe in Tabakprodukten auch dem Schutz der Rauchenden selbst. In diesem Kapitel sollen aber jene Bestimmungen analysiert werden, die vordergründig auf den Schutz von Minderjährigen ausgelegt sind. Hierbei ist zuallererst an die Jugendschutzgesetze der Länder zu denken, in denen geregelt ist, ab welchem Alter Tabakwaren legal erworben und/oder (öffentlich) konsumiert werden dürfen. Weiters kann es dem Schutz von Minderjährigen dienen, Werbung für Tabakwaren zu verbieten, oder (als in die Rechte von Tabakproduzenten weniger stark eingreifende Maßnahme) Werbung zu untersagen, die bewusst Jugendliche anspricht. Dem Jugendschutz kann neben einem generellen Rauchverbot, das den aktiven Konsum von Tabakwaren allgemein weniger attraktiv erscheinen lässt, alternativ ein Rauchverbot an Orten, die vor allem von Jugendlichen aufgesucht werden, verhelfen. Zu denken ist hier beispielsweise an Schulen und Diskotheken. Schließlich sei noch angeführt, dass man auch durch die Beschränkung des Verkaufs von Tabakprodukten einen Beitrag zum Jugendschutz leisten kann.

Der Vollständigkeit halber ist noch zu erwähnen, dass Jugendschutz selbstverständlich wesentlich mehr Facetten hat, als bloß den Schutz vor Tabakprodukten. Zu nennen sind insbesondere Bestimmungen, die Minderjährigen das Glücksspiel, den Bezug von pornografischem Material oder hochprozentigem Alkohol untersagen. Aufgrund der Zielsetzung dieser Arbeit beschränken sich die folgenden Ausführungen allerdings auf Tabakprävention und den Schutz Minderjähriger vor Passivrauch, sowie den Schutz von Kleinkindern vor giftigem Müll in Form von Zigarettenstummeln.



## B. Die Jugendschutzgesetze der Länder

### 1) Überblick

Da der Kompetenztatbestand Jugendschutz in Art 10 bis 14 B-VG nicht genannt wird, ist diese Materie gemäß der Generalklausel in Art 15 B-VG in Gesetzgebung und Vollziehung Landessache.

Die Jugendschutzgesetze der österreichischen Bundesländer verbieten den Tabakkonsum in unterschiedlicher Tragweite. Den Bestimmungen aller Länder ist gemein, dass sie den aktiven Konsum all jenen Personen in der Öffentlichkeit<sup>139</sup> untersagen, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben.<sup>140</sup> In der Steiermark, in Oberösterreich und in Salzburg ist das Rauchen unter 16-Jährigen generell untersagt, in Oberösterreich und Salzburg gilt dies nicht bloß für Rauchtabakwaren, sondern auch für elektrische Zigaretten und Wasserpfeifen. Alle Jugendschutzgesetze verbieten darüber hinaus den Erwerb von Tabak durch Jugendliche;<sup>141</sup> in Salzburg und Oberösterreich ist zusätzlich der Erwerb von Wasserpfeifen und elektrischen Zigaretten, sowie Wasserpfeifentabak und Stoffen, die als Tabakersatz oder -zusatz dem Rauchen von Wasserpfeifen oder elektrischen Zigaretten dienen, verboten.

---

<sup>139</sup> Das Niederösterreichische Jugendgesetz sowie das Burgenländische und Wiener Jugendschutzgesetz verbieten beispielsweise den Konsum an „allgemein zugänglichen Orten und bei öffentlichen Veranstaltungen“, während etwa das Tiroler Jugendschutzgesetz die Formulierung „in der Öffentlichkeit“ verwendet.

<sup>140</sup> § 11 Abs 1 Burgenländisches Jugendgesetz, § 12 Abs 1 Kärntner Jugendschutzgesetz, § 18 Abs 1 Niederösterreichisches Jugendgesetz, § 8 Abs 1 Oberösterreichisches Landesgesetz über den Schutz der Jugend, § 36 Abs 2 Salzburger Jugendgesetz, § 18a Abs 2 Tiroler Jugendschutzgesetz, § 9 Abs 1 Steiermärkisches Jugendschutzgesetz, § 17 Abs 3 Vorarlberger Jugendgesetz, § 11 Abs 1 Wiener Jugendschutzgesetz.

<sup>141</sup> Burgenland, Wien und Niederösterreich wiederum mit der Einschränkung an „allgemein zugänglichen Orten und bei öffentlichen Veranstaltungen“.

Auch die Abgabe an unter 16-Jährige ist einheitlich verboten, wiederum mit den bereits oben angeführten Einschränkungen (im Falle von Burgenland, Wien und Niederösterreich) bzw. Erweiterungen (im Falle von Salzburg und Oberösterreich).

In allen Bundesländern ist die Abgabe von Tabakwaren an Jugendliche mit Geldstrafen sanktioniert. Testkäufe sehen allerdings nur zwei österreichische Bundesländer vor, nämlich Oberösterreich<sup>142</sup> die Steiermark<sup>143</sup>.

## **2) Anmerkungen**

Bisher haben, wie beschrieben, ausschließlich Salzburg und Oberösterreich in ihren Jugendschutzgesetzen Regelungen zum Erwerb und Konsum von elektronischen Zigaretten und Wasserpfeifen verabschiedet. Den übrigen Bundesländern sei dringend nahe gelegt, diesem Beispiel zu folgen und ebenfalls eine Altersgrenze festzusetzen, denn vor allem Wasserpfeifen (sogenannte Shishas) und elektrische Wasserpfeifen (E-Shishas) erfreuen sich bei Minderjährigen immer größerer Beliebtheit. Probieren Kinder oder Jugendliche erstmals Zigaretten zu rauchen, inhalieren sie diese typischerweise nicht und finden den Geschmack eher abstoßend. Wasserpfeifen sind hingegen mit Fruchttabak erhältlich. Dieser schmeckt süßlich und verleitet Kinder somit stärker zum Ausprobieren und auch zum Inhalieren der Substanz.

Mit den gleichen Argumenten wie bei Alkopops<sup>144</sup>, nämlich dass das Produkt gezielt Kinder und Jugendliche anspricht und deren späteres Suchtverhalten fördert, erscheint bei Shishas sogar ein Abgabeverbot an unter 18-Jährige sinnvoll.

---

<sup>142</sup> § 6 Oberösterreichisches Jugendschutzgesetz.

<sup>143</sup> § 28 Steiermärkisches Jugendgesetz.

<sup>144</sup> Branntweinhaltige Mischgetränke, in welchen der Alkohol geschmacklich durch die Süße überdeckt wird. Der Konsum von Alkopops ist Minderjährigen in Kärnten, Oberösterreich, Salzburg, Tirol, Vorarlberg und der Steiermark verboten. Um dieses Verbot umzusetzen, aber gleichzeitig den Konsum von Bier für Personen, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, weiterhin zu erlauben, gingen besagte Bundesländer von der früheren Regelung, die Altersgrenze vom Alkoholgehalt abhängig zu machen, ab (Alkopops und Bier haben nämlich ungefähr denselben Alkoholgehalt). Nunmehr richtet sich die Altersgrenze danach, ob es sich gebrannten oder nicht gebrannten Alkohol handelt.

### **3) Dem Jugendschutz dienende Rauchverbote**

#### **a) Allgemeines**

Während Rauchverbote an öffentlichen Orten in der Regel vordergründig mit dem Schutz Nichtrauchender vor den Gefahren des Passivrauchens begründet werden, können sie auch dem Schutz von Minderjährigen dienen.<sup>145</sup> Der beste Schutz wäre freilich durch ein Rauchverbot an allen öffentlichen Orten gewährleistet. Alternativ kann aber (als in die Rechte Rauchender weniger einschneidende Maßnahme) angedacht werden, das Rauchen speziell an Orten, an denen vermehrt Kinder (hier sind Schwimmbäder, Schulen und Kinderspielplätze anzuführen) oder Jugendliche (für jene wäre ein Verbot in Diskotheken sinnvoll) verkehren, zu verbieten. Wird der aktive Konsum von Rauchtobakwaren allerdings nur an bestimmten geschlossenen öffentlichen Orten verboten, während er an anderen erlaubt bleibt, kann dies unter Aspekten des Gleichheitssatzes verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen. In Deutschland beispielsweise wurden Rauchverbote verschiedener Bundesländer<sup>146</sup> in Diskotheken und getränkegeprägten Ein-Raum-Gaststätten (sogenannten Eckkneipen) als verfassungswidrig aufgehoben, da für (andere) Gastronomiebetriebe, die über mehrere Räume verfügten, die Möglichkeit bestand das Rauchen in Nebenräumen zu gestatten. Allerdings sprach das Bundesverfassungsgericht im betreffenden Urteil<sup>147</sup> gleichzeitig aus, dass ein generelles Rauchverbot in der Gastronomie ohne Ausnahmen sehr wohl verfassungskonform wäre und das Rauchen in Diskotheken nur dann (in einem

---

<sup>145</sup> Dass dies allerdings nicht die alleinige Intention des Gesetzgebers ist, zeigt sich unter anderem daran, dass die Nichtraucherschutzbestimmungen der §§ 13ff auch an Orten gelten, an denen Minderjährige gar keinen Zutritt haben. Zu nennen sind beispielsweise Kasinos oder Wettbüros.

<sup>146</sup> Im Urteil vom 30. Juli 2008 (1 BvR 3262/07) waren die Nichtraucherschutzgesetze in Baden-Württemberg und Berlin betroffen, im Urteil vom 17. Oktober 2008 das Rauchverbot in Sachsens Diskotheken und Ein-Raum-Kneipen.

<sup>147</sup> BVerfG, 30. Juli 2008, 1 BvR 3262/07

Nebenraum) gestattet werden kann, wenn zu diesen nur volljährige Personen Zutritt haben.<sup>148</sup>

## **b) Rauchverbot an Schulen**

Rauchverbot an Schulen besteht bereits seit 1.9.1995. Es wurde vom damaligen BMBWK<sup>149</sup> per Verordnung verfügt.<sup>150</sup>

Andernfalls würde sich die Frage stellen, ob Schulen unter § 12 TabakG zu subsumieren sind und somit das dort geregelte Rauchverbot in Räumen für Unterrichts- und Fortbildungszwecke, sowie für schulsportliche Betätigung zur Anwendung gelangt, oder Schulen als ein umschlossener öffentlicher Ort die Nichtraucherbestimmungen des § 13 TabakG zu beachten haben.

Dies mag auf den ersten Blick unklar erscheinen, § 13 Abs 3 legt aber ausdrücklich fest, dass die Ausnahme vom generellen Rauchverbot nicht für schulische oder andere Einrichtungen, in denen Kinder oder Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden, gilt. Daraus könnte man ableiten, dass dem Gesetzgeber das Konzept vor Augen lag, Schulen mit dem generellen Rauchverbot des § 13 Abs 1 mit zu umfassen. Das Rauchen in Schulgebäuden ist aber bereits durch die angesprochene Verordnung des BMBWK verboten, womit § 13 Abs 3 TabakG eher als Klarstellung zu sehen ist, dass von diesem keine Ausnahmen zulässig sind und somit auch beispielsweise im Konferenzzimmer nicht geraucht werden darf.

---

<sup>148</sup> Auch dies stellt zweifelsohne eine Möglichkeit dar den Schutz der Jugend vor aktivem und passivem Tabakrauchen sicher zu stellen. In Österreich ist die Situation insofern anders, als Jugendliche in den meisten Bundesländern bereits ab 16 Jahren Zutritt zu Diskotheken haben, in diesen das Rauchen auf der Tanzfläche gestattet wird und an der Bar auch bereits von 16-Jährigen Tabakprodukte erworben werden können (§ 40 Abs 1 Tabakmonopolgesetz gestattet den Kleinhandel mit Tabakprodukten in Gaststätten)

<sup>149</sup> Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Kultur. Dieses Ministerium bestand von 2000 bis 2007.

<sup>150</sup> BGBl 1995/216.

Für § 12 TabakG nennt das Informationsblatt Nichtraucherschutz in Räumen öffentlicher Orte des BMG hingegen als Beispiele Räume für die Erwachsenenbildung.

### **c) Rauchverbot auf Kinderspielplätzen und in Freibädern**

Für ein Rauchverbot auf Kinderspielplätzen und Freibädern spricht weniger der Schutz von Nichtrauchern vor den gesundheitlichen Risiken des Passivrauchs (solche sind im Freien nämlich durch die schnelle Vermischung des Rauchs mit der Außenluft eher nicht zu befürchten), sondern der Schutz der Kinder vor weggeworfenen Zigarettenstummeln. Diese sind nämlich hochgiftig und werden teilweise von Kindern in den Mund gesteckt, wenn sie diese am Boden liegen sehen.

Das TabakG enthält keine Regelungen, die den Nichtraucherschutz im Freien betreffen.<sup>151</sup> Das Informationsblatt Nichtraucherschutz an Räumen öffentlicher Orte des BMG führt hierzu aus, dass es im Entscheidungsbereich der über einen Spielplatz Verfügungsbefugten, wie etwa einer Gemeinde, liegt, ob dort ein Rauchverbot verhängt wird oder nicht.

Es stellt sich somit die Frage, ob ein Rauchverbot auf Kinderspielplätzen im Wege einer ortspolizeilichen Verordnung gemäß Art 118 Abs 6 B-VG möglich ist. Medienberichten<sup>152</sup> zu Folge haben sich Juristen der Stadt Innsbruck mit eben dieser Problematik beschäftigt. Sie gelangten zu der Auffassung, dass ein Rauchverbot nicht das gelindeste Mittel sei, um gegen den problematischen Abfall in Form von Zigarettenstummel vorzugehen, da es ohnehin schon verboten wäre jedweden Abfall am Spielplatz zu entsorgen. Meines Erachtens zeigt aber gerade die Tatsache, dass sich der Stadtsenat mit der Thematik beschäftigt hat, dass mit dem generellen Verbot

---

<sup>151</sup> In einigen anderen Staaten besteht dagegen beispielsweise ein Rauchverbot an Bushaltestellen.

<sup>152</sup> Vgl. Mitterwachauer, Rauchverbot am Spielplatz: Ball liegt bei der Politik, Tiroler Tageszeitung vom 11.10.2014, URL: <http://www.tt.com/politik/9101551-91/rauchverbot-am-spielplatz-ball-liegt-bei-der-politik.csp>.

auf dem Spielplatz Abfall zu entsorgen, das Problem nicht zufriedenstellend gelöst ist. Logischerweise kann nicht permanent kontrolliert werden, ob Raucher am Spielplatz ihre Zigaretten ordnungsgemäß entsorgen. Eigene Organe der öffentlichen Aufsicht, die Verunreinigungen ahnden,<sup>153</sup> sind nur in Wien, auf Basis der §§ 4ff Wiener Reinhaltegesetz<sup>154</sup>, vorgesehen, maW in den übrigen Bundesländern wird es überhaupt nicht kontrolliert. Die meisten Raucher werden selbstverständlich trotzdem ihre Zigarettenstummel in Mülleimern und nicht auf der Wiese entsorgen. Aber eben nicht alle. Ist das Rauchen auf Spielplätzen (und mit denselben Argumenten auch in Freibädern) verboten, so hat dies auch eine gewisse selbstregulierende Wirkung. Derjenige, der trotzdem raucht, wird sicherlich mitunter mit abwertenden Blicken der anderen Eltern bedacht, oder sogar auf das Rauchverbot angesprochen. Dies wäre zwar grundsätzlich beim nicht ordnungsgemäßen Entsorgen auch denkbar, aber einen Zigarettenstummel unbemerkt einfach auf den Boden fallen zu lassen ist wesentlich einfacher, als unbemerkt eine ganze Zigarette zu rauchen.

Davon abgesehen, ist Müll in Form der Zigarettenstummel nicht das einzige Argument für ein Rauchverbot auf Spielplätzen. Rauchverbote, an Orten, die vorwiegend von Kindern frequentiert werden, machen Sinn, da Kinder das Verhalten anderer später (teils unbewusst) imitieren. Und je mehr Erwachsene sie rauchen sehen, desto eher nehmen sie dies als normales und erstrebenswertes Verhalten Erwachsener wahr; ein Vorbild, dem sie später folgen werden.<sup>155</sup>

Mit diesem Argument erscheint es allerdings zugegeben schwierig eine ortspolizeiliche Verordnung zu erlassen, da die Tatsache, dass Jugendliche immer früher (mitunter schon im Kindesalter) zu rauchen beginnen und Österreich der OECD Staat mit den meisten jugendlichen Rauchern ist, keinen „das örtliche

---

<sup>153</sup> Sogenannte „Waste watcher“ der Magistratsabteilung Abfallwirtschaft, Straßenreinigung und Fuhrpark (MA 48).

<sup>154</sup> Gesetz über die Reinhaltung von Straßen mit öffentlichem Verkehr und öffentlich zugänglichen Grünflächen in Wien (Wiener Reinhaltegesetz – Wr. ReiG), LGBl. Nr. 47/2007.

<sup>155</sup> Vgl. Europäische Kommission, Begleitdokument zum Vorschlag einer Empfehlung des Rates über rauchfreie Zonen: Zusammenfassung der Folgenabschätzung 4, Brüssel 2009.

Gemeinschaftsleben störenden Missstand“ darstellt, sondern eher ein gesamt-österreichisches Problem ist.<sup>156</sup>

#### **d) Rauchverbote zum Schutz von Kleinkindern**

Da Kleinkinder als Resultat einer mehrjährigen Belastung durch Passivrauch bleibende Schäden<sup>157</sup> davontragen können und solche bereits bei geringerer Intensität als bei Erwachsenen zu befürchten sind, könnten spezielle Regelung zum Schutz von Kleinkindern angedacht werden. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass diese sich in der Regel nicht freiwillig der Passivrauch-Exposition aussetzen und sich nicht selbst schützen können. In einigen Staaten ist es beispielsweise verboten im Auto zu rauchen, wenn auch Kinder mitfahren. Der VCÖ<sup>158</sup> hat ein solches Verbot, das es beispielsweise in Griechenland, Zypern, Australien, Teilen Kanadas und einigen Bundesstaaten der USA bereits gibt, nun auch für Österreich gefordert.<sup>159</sup> Berichten des ORF zu Folge hält Gesundheitsministerin *Oberhauser* diesen Vorschlag zumindest für diskussionswürdig.<sup>160</sup>

Auch ein Rauchverbot in Kinderzimmern könnte angedacht werden, stößt aber auf das Problem, dass es praktisch nicht exekutierbar ist. Außerdem stellt es einen zu massiven Eingriff in die Privatsphäre dar, den Konsum von Tabakwaren (zeitweise) in Privatwohnungen zu verbieten. Somit scheint es zielführender, hier auf Aufklärungsmaßnahmen zu setzen. Am Rande angeführt sei, dass gemäß einem noch nicht rechtskräftigen Urteil des Bezirksgerichtes Wien Innere Stadt, das Rauchen in der eigenen (Miet-)Wohnung durchaus untersagt werden kann.<sup>161</sup> Dies

---

<sup>156</sup> Vgl. Currie, smoking among 15-year-olds, in OECD, Health at a Glance 49, Geneva 2013.

<sup>157</sup> Vgl. Bornhäuser/Pötschke-Langer, Passivrauchende Kinder in Deutschland –Frühe Schädigungen für ein ganzes Leben, Deutsches Krebsforschungszentrum, Stabstelle Tabakprävention, Heidelberg 2003.

<sup>158</sup> Verkehrsclub Österreich

<sup>159</sup> Vgl. URL: <http://www.news.at/a/rauchverbot-autos-kinder>.

<sup>160</sup> Vgl. URL: <http://orf.at/stories/2261227/>.

<sup>161</sup> Vgl. Varro, Gericht verbietet Nachbarn Rauchen, in Die Presse, Rechtspanorama, Printausgabe vom 19.1.2015.

allerdings nicht zum Schutz von Kindern, sondern zum Schutz des Nachbarn (der sich die Unterlassungsansprüche des Vermieters abtreten ließ) vor Immissionen.



## VI. Österreichs Tabakpräventions-Politik im europäischen Vergleich anhand des Tobacco Control Scale 2013

### A. Einleitung

Nachdem in den bisherigen Kapiteln die Rechtslage in Österreich in Bezug auf Jugendschutz und Rauchverbote an öffentlichen Orten dargestellt wurde, sollen die angesprochenen Regelungen in diesem Abschnitt einem europäischen Vergleich unterzogen werden. Dies anhand des am 26. März 2014 auf der sechsten europäischen ECToH<sup>162</sup> Konferenz in Istanbul<sup>163</sup> präsentierten Tobacco Control Scale 2013<sup>164</sup>, der Maßnahmen zur Tabakkontrolle in ausgewählten europäischen Staaten in den Kategorien Zigarettenpreis im Verhältnis zur Kaufkraft, Rauchverbote an öffentlichen Orten, öffentliche Informations- und Aufklärungskampagnen, Werbeverbote, Warnhinweise auf Zigarettenpackungen und Angebot an Entwöhnungsprogrammen<sup>165</sup> vergleicht. Diese sechs Maßnahmen entsprechen einer Empfehlung der Weltbank<sup>166</sup>.

An der Studie teilgenommen haben die 28 Mitgliedsstaaten der Europäischen Union sowie die Schweiz, Island, Norwegen, Türkei, Serbien und die Ukraine; insgesamt somit 34 europäische Staaten. Für Österreich wurden die Erhebungen von Univ. Prof. Dr. Manfred Neuberger, Ordinarius der Medizinischen Universität Wien, durchgeführt.

---

<sup>162</sup> European Conference on Tobacco or Health.

<sup>163</sup> Vgl. URL: [www.ectoh.org](http://www.ectoh.org).

<sup>164</sup> Joossens/Raw, The Tobacco Control Scale 2013: A report of the Association of European Cancer Leagues, Nottingham 2014.

<sup>165</sup> Inklusiv der Frage, ob eine Kostenübernahme durch die Krankenkassen für Nikotinersatz besteht.

<sup>166</sup> World Bank, Tobacco control at a glance, Washington D.C. 2003.

Die Auswertung erfolgte mit einem Punktesystem, das die oben genannten sechs Maßnahmen gewichtete. Je mehr Punkte von insgesamt 100 ein Staat erreichte, desto besser war (aus Sicht der Autoren) das Ziel der Reduzierung des Tabakkonsums erreicht. Als effektivste Maßnahmen wurden offensichtlich ein, im Verhältnis zum Lohnniveau des Staates, hoher Zigarettenpreis (30 erreichbare Punkte) und ein Rauchverbot an öffentlichen Orten (22 erreichbare Punkte) angesehen. Beim Rauchverbot gab es noch eine weitere Untergliederung, die für ein Verbot an Arbeitsplätzen 10 Punkte vergab; 8 zusätzliche Punkte, wenn auch die Gastronomie umfasst war. Für ein Rauchverbot in öffentlichen Transportmitteln waren bis zu 4 Punkte vorgesehen. An dritter Stelle gereiht waren Ausgaben für Informations- und Aufklärungskampagnen, für die bis zu 15 Punkte zu erreichen waren, während für Werbeverbote, je nachdem wie weitreichend diese ausfielen, zwischen 0,5 und 13 Punkte<sup>167</sup> vergeben wurden. Für Gesundheitswarnungen auf den Zigarettschachteln und staatliche Kostenübernahme für die Raucherentwöhnung waren jeweils bis zu 10 Punkte vorgesehen.

---

<sup>167</sup> De facto sind maximal 12,5 Punkte erreichbar, weil die 0,5 Punkte für ein Verbot der Werbung im Internet nach Ansicht der Autoren nur zu vergeben wäre, wenn dessen Durchsetzung überprüfbar wäre, was es ihrer Ansicht nach aber nicht ist.

## B. Vergleichskriterien

### 1) Zigarettenpreis

In der Kategorie Zigarettenpreis hat Österreich mit 11 Punkten den zweitniedrigsten Wert nach Luxemburg. Im Verhältnis zum Durchschnittseinkommen sind Zigaretten somit abgesehen von Luxemburg, das durch niedrige Tabaksteuern für Einkäufer aus Nachbarländern attraktiv sein möchte<sup>168</sup>, nirgends so billig wie in Österreich.

### 2) Rauchverbote

Bei Rauchverboten in der Gastronomie erhielt Österreich gemeinsam mit Griechenland, Tschechien, Rumänien, Bulgarien und der Slowakei die Mindestpunktezah von 2 Punkten. Diese bedeutet, dass ein partielles Rauchverbot zwar besteht, aber nicht exekutiert wird und somit weniger als 50% der Bars und Restaurants rauchfrei sind. Da die Bezirksverwaltungsbehörden zwar gemäß § 26 VStG für den Vollzug zuständig sind, aber nur bei Anzeigen durch Privatpersonen eine nachprüfende Kontrolle durchführen, wurde von „Legislative restrictions, but not enforced“ ausgegangen.<sup>169</sup> 4 Punkte zu vergeben hätte zudem bedeutet, dass die Gastronomie zu über 50 % rauchfrei ist, was in Österreich zumindest auf Bars keinesfalls zutrifft.

Deutschland hat sich gegenüber 2011 von 2 auf 4 Punkte verbessert, dies dürfte unter anderem auf die Einführung eines generellen Rauchverbotes in der Gastronomie im einwohnerreichsten Bundesland (Nordrhein-Westfalen) zurückzuführen sein. In Bayern bestand schon zum Zeitpunkt der letzten Erhebung ein generelles Rauchverbot.

---

<sup>168</sup> Joossens/Raw, The Tobacco Control Scale 2013: A report of the Association of European Cancer Leagues, S.10.

<sup>169</sup> Dies entspricht der angesprochenen Mindestpunktezah.

Teil der Erhebung war es ebenfalls den Anteil der Raucher und Nichtraucher in Bars, Restaurants und Arbeitsplätzen zu vergleichen. Österreich hatte mit 60% nach Griechenland, Luxemburg, der Tschechischen Republik und Bulgarien den fünfthöchsten Anteil an Rauchern in Bars. In Luxemburg und Bulgarien wurde allerdings mittlerweile ein Rauchverbot in Bars beschlossen<sup>170</sup>. Im Bereich der Restaurants kam Österreich auf einen Raucheranteil von 42 % und somit an siebter Stelle nach der Slowakei, Zypern und den zuletzt genannten Staaten.

Nirgendwo in Europa gibt es weniger rauchfreie Arbeitsplätze, als in Rumänien (38%), Griechenland (42%), Zypern (48%) und Österreich (51%).

### **3) Werbebeschränkungen**

Im Bereich der Werbeverbote teilt sich Österreich gemeinsam mit der Türkei (jeweils 7 Punkte) den drittletzten Platz, schneidet aber noch wesentlich besser ab, als die anderen deutschsprachigen Länder: Deutschland kommt gerade einmal auf 4 Punkte, das Schlusslicht Schweiz auf 2. In der Schweiz ist es somit erlaubt im Kino, in Printmedien, an Verkaufsständen und im Freien für Tabakprodukte zu werben. Einzig im Fernsehen und im Radio ist es verboten.

### **4) Gesundheitswarnungen auf Zigarettenpackungen**

Der österreichische Gesetzgeber zwingt Zigarettenhersteller nicht dazu, ihre Produkte mit Aufdrucken zu versehen, die effektiv abschrecken, insbesondere muss keine Text-Bild Kombination als Warnhinweis verwendet werden. Es wurde lediglich die Mindestvorgabe umgesetzt.

Gemäß § 6 Abs 1 iVm § 5 Abs 1 und 5 TabakG muss auf Zigarettenpackungen der Warnhinweis „Rauchen kann tödlich sein“ oder „Rauchen fügt Ihnen und den

---

<sup>170</sup> Joossens/Raw, The Tobacco Control Scale 2013: A report of the Association of European Cancer Leagues, S.16.

Menschen in Ihrer Umgebung erheblichen Schaden zu“ mindestens 30 % der Vorderseite ausmachen. Packungen von Tabakerzeugnissen, die nicht zum Rauchen bestimmt sind, müssen auf mindestens 30 % der Vorderseite der Packung den Warnhinweis tragen: „Dieses Tabakerzeugnis kann Ihre Gesundheit schädigen und macht abhängig“, da bei besagten Tabakerzeugnissen (beispielsweise Schnupftabak) kein Passivrauch entsteht und eine Schädigung anderer somit nicht besteht.

Gemäß § 6 Abs 2 muss auf mindestens 40 % der Rückseite (zweiten Breitseite) einer der 14 in § 5 Abs 2 genannten Warnhinweise zu finden sein.

Bemerkenswert erscheint, dass zwei der drei Schlusslichter der vorherigen Kategorie, nämlich die Türkei und die Schweiz, besonders große Gesundheitswarnungen auf Zigarettenpackungen aufdrucken und die als effektiv geltende Kombination aus Textwarnung und Schockbild verwenden. Somit erreichen sie gemeinsam mit Irland die höchste Punktezahl. Frankreich plant allerdings in Zukunft Zigaretten nur mehr in einer Einheitsverpackung zu verkaufen<sup>171</sup>. Bei diesem sogenannten plain packaging ist es Zigarettenherstellern nicht mehr erlaubt ein für ihre Marke typisches Design zu wählen (zB weiß-rot für Marlboro). Die Marke wird lediglich klein am oberen Rand in einer Einheitsschrift aufgedruckt. Setzt Frankreich seine Pläne um, wäre es künftig führend im Bereich unattraktiver Zigarettenverpackungen.

## **5) Staatliche Maßnahmen zur Raucherentwöhnung**

Im sogenannten Treatment-score erreicht Österreich 4 von 10 erreichbaren Punkten und liegt damit an 24. Stelle.

---

<sup>171</sup> Vgl. URL: [http://www.markenartikel-magazin.de/no\\_cache/recht-politik/artikel/details/1009514-zigaretten-frankreich-setzt-auf-plain-packaging/](http://www.markenartikel-magazin.de/no_cache/recht-politik/artikel/details/1009514-zigaretten-frankreich-setzt-auf-plain-packaging/).

## C. Fazit

### 1) Das Ergebnis des Tobacco Control Scale im Rückblick bis 2005

Österreich wird von den Autoren an 34. und somit letzter Stelle gereiht. Ähnlich schlecht abgeschnitten haben Deutschland (Platz 33), Zypern (Platz 32) und die Tschechische Republik (Platz 31).

Bei der letzten Erhebung im Jahre 2010 belegte Österreich den 30. Platz von 31 verglichenen Staaten. Dies entspricht dem letzten Platz, da Griechenland 2010 ebenfalls an 30. Stelle gereiht wurde. Auch im Ranking drei Jahre zuvor (Tobacco Control Scale 2007) wurde die Tabakpräventionspolitik in Österreich schlechter bewertet als in allen anderen damals teilnehmenden 29 Staaten. Die Einführung eines gesetzlichen Rauchverbotes in der Gastronomie (mit zahlreichen Ausnahmen) durch den neu geschaffenen § 13a TabakG hat somit zu keiner Verbesserung im Verhältnis zu anderen europäischen Staaten geführt, da in diesen im Zeitraum 2007 bis 2010 wesentlich weitreichendere Maßnahmen gesetzt wurden.

Der Tobacco Control Scale 2005 reiht Österreich an 26. Stelle von 30 verglichenen Staaten.

## 2) Anmerkungen

*„Bei der Tabakregulation herrscht in Österreich seit je eine Mutlosigkeit und Inkonsequenz, die europaweit ihresgleichen sucht. Und nachweisbar nicht findet: Österreich sei, las man gestern, das Schlusslicht beim Nichtraucherschutz, der Aschenbecher Europas.“<sup>172</sup>*

Wie oben dargestellt bildet Österreich 2013 bereits zum dritten Mal in Folge Europas Schlusslicht bei der Tabakprävention. Dies hat Auswirkungen: Ein Vergleich der Weltgesundheitsorganisation zum Rauchverhalten Jugendlicher zeigt, dass in keinem anderen Staat innerhalb der OECD so viele 15-Jährige rauchen wie hierzulande.<sup>173</sup> Studien belegen einen klaren Zusammenhang zwischen der Anzahl minderjähriger Raucher und effektivem Nichtraucherschutz: Rauchverbote ohne Ausnahmen in Lokalen führen zu einem deutlichen Rückgang des Rauchverhaltens bei Jugendlichen von bis zu 50 Prozent.<sup>174</sup> Bedauernswerterweise hat sich der Gesetzgeber dadurch (von der Einführung des § 13a TabakG abgesehen) weder veranlasst gefühlt strengere Vorschriften betreffend den Nichtraucherschutz zu erlassen, noch den Zigarettenpreis signifikant zu erhöhen, oder Werbung und Sponsoring weitreichender zu verbieten. Tabakpräventionspolitik lässt hierzulande noch in zwei weiteren Aspekten, die im Tobacco Control Scale keinem direkten Vergleich unterzogen wurden, zu wünschen übrig: Erstens beim Jugendschutz und zweitens bei der Beschränkung des Vertriebes von Tabakprodukten. Deshalb verdienen diese beiden Faktoren eine genauere Betrachtung.

---

<sup>172</sup> Knecht, Mehr Toleranz für Raucher, Kolumne des Kurier vom 28.05.2014, URL: <http://m.kurier.at/meinung/kolumnen/knecht/mehr-toleranz-fuer-raucher/67.713.239>.

<sup>173</sup> Currie, smoking among 15-year-olds, in OECD, Health at a Glance 49, Geneva 2013.

<sup>174</sup> Kerbl, Ärzte fordern das Rauchverbot in Lokalen ein, URL: [http://www.kleinezeitung.at/s/lebensart/gesundheit/4152117/Gesundheit\\_Aerzte-fordern-das-Rauchverbot-in-Lokalen-ein#forummain](http://www.kleinezeitung.at/s/lebensart/gesundheit/4152117/Gesundheit_Aerzte-fordern-das-Rauchverbot-in-Lokalen-ein#forummain).

### a) Jugendschutz<sup>175</sup>:

Österreich gehört zu den wenigen Staaten, in denen Tabakwaren bereits ab dem vollendeten 16. Lebensjahr legal erworben werden können. Jugendschutz ist zwar in Gesetzgebung und Vollziehung eine Länderkompetenz, aber alle österreichischen Bundesländer sehen einheitlich ein Mindestalter von 16 Jahren – anstatt der international üblichen 18 Jahre – vor. In New York wurde das Alter für legalen Bezug von Tabakwaren sogar auf 21 angehoben.<sup>176</sup> Von 28 EU-Mitgliedsstaaten erlauben lediglich 3 (neben Österreich auch Belgien und Luxemburg) den Verkauf von Tabakwaren an unter 18-Jährige.<sup>177</sup>

Im Zuge der im Jänner 2014 erneut aufgekommenen politischen Diskussion um ein generelles Rauchverbot in der Gastronomie wurde von ÖVP-Familienministerin *Karmasin* auch der Vorschlag erhoben die Altersgrenze für den Bezug von Tabakwaren auf das vollendete 18. Lebensjahr hinaufzusetzen. Ihr Parteikollege *Rasinger*<sup>178</sup> entgegnet dem Vorschlag, dass noch nicht einmal die Altersgrenze von 16 Jahren exekutiert wird.<sup>179</sup> Dies zeugt meines Erachtens ganz im Gegenteil von einem noch dringenderen Handlungsbedarf.

### b) Der Vertrieb von Tabakprodukten

Auch in Bezug auf den Vertrieb nimmt Österreich eine Sonderrolle ein. Diese ist allerdings nicht ganz so unrühmlich wie beim Jugendschutz, nichts desto trotz problematisch. Das österreichische Tabakmonopolgesetz schreibt in § 5 Abs 2 iVm

---

<sup>175</sup> Eine ausführlichere Erörterung der innerstaatlichen Rechtslage findet sich im Kapitel "Gesetzliche Regelungen zum Jugendschutz".

<sup>176</sup> Caruso, Tobacco-Buying Age in NYC To Be Raised To 21 With New Legislation, Huffington Post vom 19.11.2013, URL: [http://www.huffingtonpost.com/2013/11/19/tobacco-age-nyc\\_n\\_4301551.html](http://www.huffingtonpost.com/2013/11/19/tobacco-age-nyc_n_4301551.html).

<sup>177</sup> Vivid, die Fachstelle für Suchtprävention des Landes Steiermark, Abgabeverbot von Zigaretten an Minderjährige, URL: <http://www.vivid.at/wissen/tabak/tabak-und-politik/altersbeschaenkungen>.

<sup>178</sup> Gesundheitssprecher der ÖVP.

<sup>179</sup> Die Aussagen beider Politiker sind der Online-Ausgabe des Kurier entnommen, URL: <http://kurier.at/politik/inland/zigarettenkauf-unter-18-soll-verboden-werden/107.738.962>.



§§ 23 ff vor, dass die entgeltliche Abgabe von Tabakerzeugnisse im Kleinhandel (d.h. der Verkauf an Konsumenten)<sup>180</sup> den Tabaktrafiken vorbehalten ist. Es ist somit nicht (wie etwa in Deutschland) erlaubt, Zigaretten oder andere Tabakprodukte in Supermärkten zu vertreiben. Das Tabakmonopolgesetz gestattet allerdings, den Kleinhandel mit Tabakprodukten in Gaststätten (§40 Abs 1) und unter bestimmten in § 5 Abs 5 genannten Voraussetzungen auch in Flughäfen, Flugzeugen und auf Donauschiffen. Gemäß § 40 Abs 3 sind Gastgewerbetreibende verpflichtet, Preise für Tabakerzeugnisse dergestalt festzulegen, dass diese um mindestens zehn Prozent über den Kleinverkaufspreisen liegen.

Den Vertrieb zu beschränken – wie dies in Österreich auf die eben bezeichnete Art geschehen ist – wäre unter Aspekten der Tabakprävention ein sehr zu begrüßender Schritt. Allerdings ist es sowohl Tabaktrafikanten, als auch Betreibern von Gaststätten erlaubt, Zigarettenautomaten aufzustellen. Dies führt dazu, dass Zigaretten das einzige Produkt sind, das in Österreich flächendeckend und 24h am Tag verfügbar ist. Es könnte zwar argumentiert werden, dass auch Tankstellen teilweise rund um die Uhr geöffnet haben und somit alle dort angebotenen Produkte jederzeit verfügbar wären, aber non-stop-Tankstellen sind mit Sicherheit wesentlich weniger verbreitet als Zigarettenautomaten.

Eine weitere Problematik besteht darin, dass die Verpflichtung Zigarettenautomaten mit einem System zur Alterskontrolle auszurüsten, für Automaten in Gaststätten nicht gilt. Für Lokale in denen Minderjährige aufgrund von Jugendschutzbestimmungen ohnehin keinen Zutritt haben, macht dies durchaus Sinn. Bei Restaurants ist eine solche Regelung hingegen meines Erachtens zu hinterfragen.

---

<sup>180</sup> Vgl. Legaldefinition in § 5 Abs 2 S 2 Tabakmonopolgesetz.

## VII. Rechtspolitische Anmerkungen

*„...Der US-Tabakkonzern und Camel-Hersteller Reynolds hat ein Rauchverbot in allen Bürogebäuden und Fabriken erlassen, was zur etwas paradoxen Situation führt, dass der Nichtraucherchutz in einem Tabakkonzern strenger ist, als in der österreichischen Gastronomie.“<sup>181</sup>*

### 1) Zur derzeitigen Situation

Aufgrund der hohen Anzahl an Rauchern und halbherzigen Regelungen betreffend den Nichtraucherchutz wird Österreich häufig als der Aschenbecher Europas bezeichnet und zwar sowohl von der inländischen<sup>182</sup>, als auch beispielsweise von der schweizerischen<sup>183</sup> und deutschen<sup>184</sup> Presse. Die Einführung des § 13a TabakG im Jahr 2008 sollte zwar nach den Plänen des Gesundheitsministeriums „Nichtrauchen zur Norm und Rauchen zur Ausnahme“ werden lassen, tatsächlich hat man aber (mit Ausnahme der gehobenen Gastronomie, dafür vor allem in Bars und Diskotheken) weiterhin eher den gegenteiligen Eindruck. Das generelle Rauchverbot mit seinen zahlreichen Ausnahmen stellt somit das Paradebeispiel einer „österreichischen Lösung“<sup>185</sup> dar. Das Ergebnis, dass der Versuch, es allen Recht zu machen eher das Gegenteil bewirkt, ist auch aus anderen Rechtsmaterien bekannt.<sup>186</sup>

---

<sup>181</sup> Zitat aus der Glosse „Gute Woche –Schlechte Woche“, Der Standard, 25.10. 2014, URL: <http://derstandard.at/2000007287545/Gute-Woche-Schlechte-Woche>.

<sup>182</sup> ZB Salzburger Nachrichten am 31.05.2014, URL: <http://www.salzburg.com/nachrichten/oesterreich/chronik/sn/artikel/nichtrauchertag-oesterreich-ist-aschenbecher-europas-108255/>.

<sup>183</sup> ZB Schweizer Tagesanzeiger vom 02.05.2013, URL: <http://www.tagesanzeiger.ch/leben/gesellschaft/Oesterreich-ist-der-Aschenbecher-Europas/story/30301917>.

<sup>184</sup> ZB Sartoros, Österreich - der Aschenbecher Europas, Deutsche Ärztezeitung vom 30.05.2014, URL: <http://www.aerztezeitung.de/panorama/?sid=861977>.

<sup>185</sup> Vgl. Wielinger in Lienbacher/Wielinger, Öffentliches Recht – Jahrbuch 2009 197.

<sup>186</sup> Vgl. Schuh, Die typisch österreichische Lösung, in Die Presse vom 25.10.2013, URL: <http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/1469125/Die-typisch-osterreichische-Losung>.

Wie bereits in Kapitel III angesprochen, wurden in Wien und Graz jeweils zwei Studien zur Einhaltung von Nichtraucherschutzbestimmungen in der Gastronomie publiziert. Interessanterweise wurde keine dieser Erhebungen vom BMG durchgeführt oder beauftragt. Dies mag bei zumindest einer der Studien in der Natur der Sache liegen, da sie Teil der Diplomarbeit eines Grazer Medizinstudenten war und wäre sonst auch nicht weiter bemerkenswert, würde das BMG eigene Untersuchungen zur Einhaltung der Nichtraucherschutzbestimmungen durchführen. Eine Evaluierung wurde zwar in Auftrag gegeben, diese beschränkt sich allerdings auf Befragungen von Gästen und Angestellten zur Zufriedenheit mit den Bestimmungen, sowie der Frage, ob die Einführung eines generellen Rauchverbotes befürwortet wird. Messungen der Luftqualität in Raucher- und Nichtraucherbereichen der Gastronomiebetriebe, wie sie etwa von Präventivmedizinern und Umwelthygienikern auf eigene Initiative<sup>187</sup> durchgeführt wurden, sind ebenfalls nicht Teil der Evaluierung.

Ob Arbeitnehmer im Gastgewerbe subjektiv zufrieden sind, scheint das BMG somit mehr zu interessieren, als die Frage ob diese selbst in Nichtraucherbereichen kontaminierte Luft<sup>188</sup> einatmen müssen.<sup>189</sup> Es könnte der Eindruck entstehen, dass das Gesundheitsministerium in Bezug auf Nichtraucherschutzbestimmungen allgemein wenig von der Erhebung eigener Daten hält: So trug der Rauchverbotsgegner *Ainedter*<sup>190</sup> in einer TV-Konfrontation Statistiken zum Umsatzrückgang in der irischen Gastronomie vor, die er einem Fax des BMG

---

<sup>187</sup> Vgl. Neuberger, Zweierlei Maß für die Luftqualität außen und innen, URL: <http://www.aerzteinitiative.at/ZweierleiMaszNeub14.pdf>.

<sup>188</sup> In Nichtraucherbereichen von Lokalen, die an den Raucherbereich angrenzen, ergaben Messungen der Medizinischen Universität Wien einen fünfmal höheren Schadstoffwert als in reinen Nichtraucherlokalen; die Grenzwerte für Feinstaubkonzentration in der Außenluft wurden überschritten. Vgl. Moshhammer/Neuberger/Schietz, Exposure to ultrafine particles in hospitality venues with partial smoking bans, in *Journal of Exposure Science and Environmental Epidemiology* 23, 519-524, Wien 2013.

<sup>189</sup> Zweifelsohne stellt die Zufriedenheit mit dem eigenen Arbeitsplatz einen wichtigen Motivationsfaktor dar und es ist somit auch löblich diese zu Erheben. Eine Messung der Luftqualität sollte sie allerdings in keinem Fall ersetzen, da Feinstaub mit den Sinnen nicht wahrnehmbar ist.

<sup>190</sup> Rechtsanwalt Dr. Manfred Ainedter war der Betreiber der Website [www.rauchfreiheit.at](http://www.rauchfreiheit.at) (Mittlerweile ist diese allerdings nicht mehr online).

entnommen hat. Der an der Diskussion ebenfalls beteiligte Präventivmediziner *Neuberger* überprüfte später die Angaben in dem angesprochenen Fax und stellte fest, dass diese von British American Tobacco stammten.<sup>191</sup>

## 2) Ausblick

Die Österreichische Gesellschaft für Hämatologie und Medizinische Onkologie (kurz OeGHO) hat im September 2014 die Initiative „DON'T SMOKE“<sup>192</sup> gestartet, die sich für einen besseren Nichtraucherschutz und Maßnahmen zur Tabakprävention stark macht. Einer der berühmtesten Unterstützer war der als Aufdecker-Journalist bekannte, stellvertretende Chefredakteur des Nachrichtenmagazins *News*, Kurt Kuch. Ihm wurde im Frühjahr 2014 Lungenkrebs diagnostiziert, was sowohl er selbst, als auch sein behandelnder Arzt, auf seinen starken Zigarettenkonsum von bis zu 3 Schachteln pro Tag zurückführten. Sein Tod am 03.01.2015 erschütterte die österreichische Öffentlichkeit und in sozialen Medien wurde ein Appell an diverse Politiker gerichtet, diese mögen ein generelles Rauchverbot umsetzen. Daraufhin meldete sich Vizekanzler *Mitterlehner* via Twitter zu Wort und sprach sich für ein Rauchverbot in der Gastronomie aus.<sup>193</sup> Seit Beginn der Rot-Schwarzen Regierung war die Bundes-ÖVP<sup>194</sup> gegen ein Rauchverbot ohne Ausnahmen. Dass deren Bundesparteiobermann nunmehr offensichtlich zu dessen Befürwortern zu zählen ist, stellt eine deutliche Wende in der Diskussion dar. Der Widerstand gegen ein generelles Rauchverbot bröckelt aber noch aus mehreren anderen Gründen. Zum einen wurde die Lösung einer verpflichtenden Abtrennung in Raucher und

---

<sup>191</sup> Vgl. Wallner, Ministerium für Raucherschutz, in *Ärztewoche* 08 12 19. Siehe auch: Simpson, Austria: Ministry and industry use same smoke-free data, in *Tobacco Control* August 2008 Vol 17 Nr 4 218.

<sup>192</sup> Abrufbar unter [www.dontsmoke.at](http://www.dontsmoke.at).

<sup>193</sup> <http://kurier.at/politik/inland/dont-smoke-debatte-mitterlehner-bedingtes-ja-zu-rauchfreien-lokalen/106.230.790>

<sup>194</sup> Wohingegen beispielsweise die steirische ÖVP schon 2013 ein generelles Rauchverbot in der Gastronomie befürwortete.

Nichtraucherbereiche (mit Option zu reinem Nichtraucherlokal) und der Wahlfreiheit für Betriebe unter 50qm versucht und ist nach Ansicht der Ärztekammer, der Volksanwaltschaft, der Arbeiterkammer, der Grünen und mittlerweile auch nach Ansicht des Gesundheitsministeriums und des Vizekanzlers gescheitert.<sup>195</sup> Die Regelungen sind auf Grund der vielen Ausnahmen schwer zu vollziehen; hinzu kommt, dass das Tabakgesetz keine amtlichen Kontrollorgane vorschreibt. Zum anderen sind viele nichtrauchende Gäste darüber erzürnt, dass die Regelungen kaum Beachtung finden und man als Nichtraucher (außerhalb der Speisegastronomie und einigen Nobellokalen) immer noch ein Gast zweiter Wahl ist. Schließlich spielt eventuell noch der Umstand eine Rolle, dass in Österreich seit 2011 keine Zigaretten mehr produziert<sup>196</sup> werden und somit die Möglichkeit wegfällt, in Diskussionen zu behaupten Personen würden um ihren Arbeitsplatz gebracht, wenn weniger geraucht wird.<sup>197</sup>

Vehement gegen eine Änderung ist weiterhin die FPÖ. Deren Gesundheitssprecherin<sup>198</sup> betont, dass in Präventionsfragen nicht die Politik, sondern die Eltern zur Verantwortung gezogen werden sollen.

Zu den Gegnern eines Rauchverbots ohne Ausnahmen zählt auch die Bundeswirtschaftskammer<sup>199</sup>, die an der derzeitigen Regelung gerne festhalten

---

<sup>195</sup> Nicht alle aufgezählten Personen/Interessensvertretungen formulieren dies so drastisch. Vizekanzler Mitterlehner spricht in Interviews beispielsweise davon, dass das derzeitige Gesetz schlecht in der Praxis funktioniert.

<sup>196</sup>Vgl. URL: <http://derstandard.at/1304428535535/Schliessung-in-Hainburg-Aus-fuer-Zigaretten-Made-in-Austria>.

<sup>197</sup> Indirekt ist dies freilich mit der Behauptung, ein Rauchverbot würde zwangsweise zu Umsatzrückgängen in der Gastronomie führen, weiterhin möglich.

<sup>198</sup> Ihr Beruf ist ein Widerspruch in sich, es sei denn es sollte mal jemand herausfinden, dass Passivrauch und Feinstaub gesundheitsfördernd sind. Die FPÖ ist nicht nur gegen ein generelles Rauchverbot, sondern selbst gegen die Verpflichtung zur Abtrennung in Raucher- und Nichtraucherbereiche (wie sie derzeit gesetzlich vorgesehen ist). Des Weiteren spricht sie sich auch in anderen Agenden gegen gesundheitspolitische Lösungen wie Geschwindigkeitsbeschränkungen oder verkehrsberuhigte Zonen aus oder ruft Gegeninitiativen wie „Freie Fahrt für freie Bürger“ ins Leben. Darüber hinaus weisen bildungsferne Schichten sowohl einen höheren Anteil an Rauchern, als auch an Wählern rechtspopulistischer Parteien auf. Die FPÖ müsste somit wohl, wenn sie für ein Rauchverbot eintritt, um einen nicht unbeachtlichen Teil ihrer Wähler fürchten.

<sup>199</sup> Auf Länderebene hat sich allerdings bereits die Vorarlberger Wirtschaftskammer positiv zu einem Rauchverbot geäußert.

würde. Sie kritisiert, dass Gastwirte im Vertrauen auf die Rechtslage große Summen in den Nichtraucherschutz investiert haben. Angespielt wird hierbei auf den aus dem Willkürverbot<sup>200</sup> abgeleiteten Vertrauensschutz. Es ist der Wirtschaftskammer zu folgen, dass Investitionen einen gewissen Vertrauensschutz genießen. Dieses Argument wird auch durch ein Erkenntnis des VfGH<sup>201</sup> gestärkt, in dem dieser die Tiroler Nachtfahrverbotsverordnung bezüglich die Einbeziehung lärmarmen Lastkraftwagen in das Nachtfahrverbot wegen Überschreitung des bei der Interessenabwägung eingeräumten Beurteilungsspielraumes und Widerspruchs zum Gleichheitssatz aufgehoben hat, da Transportunternehmer vorher ihren Fuhrpark teilweise auf lärmarme LKW umgerüstet hatten, um eben auch in der Nacht fahren zu können. Gleichzeitig betont der VfGH im angesprochenen Erkenntnis allerdings auch, dass deshalb keineswegs jede Veränderung, insbesondere auch Verschlechterung einer Rechtslage, auf welche Normadressaten vertrauen, allein deshalb schon gleichheitswidrig wäre. Die Konstellation im angesprochenen Urteil erinnert an jene mit den Investitionen der Gastwirte in Abtrennungen. Andererseits liegt wiederum insofern eine andere Konstellation vor, als der VfGH kritisiert, dass die Tiroler Landesregierung die Ausdehnung des Fahrverbots unter anderem damit begründet hat, dass „die Transportwirtschaft ihren Fahrzeugpark überraschend schnell auf lärmarme LKWs umgestellt (hat)“. Die Kritik des Gerichtshofs richtete sich folglich zu Recht gegen die Meinung der Landesregierung, man könne Rechtsunterworfenen für die eifrige Erfüllung der jeweiligen gesetzlichen Vorschrift durch eine noch strengere Vorschrift bestrafen. Im Falle des Tabakgesetzes liegt allerdings die genau gegenteilige Konstellation vor. Die Bestimmungen des Tabakgesetzes werden, wie bereits in Kapitel IV veranschaulicht, von einem Großteil der Gastgewerbetreibenden nicht eingehalten.

Die Behauptung, Gastgewerbetreibende hätten durch Abtrennung der Räume in ihren Betriebsanlagen „in den Nichtraucherschutz“ investiert, ist reine Polemik, denn

---

<sup>200</sup> Das wiederum eine Ausprägung des Gleichheitssatzes ist.

<sup>201</sup> VfGH 12.12.1991, V 210-222/91.

investiert haben Gastgewerbebetreibende in Wahrheit in die Möglichkeit ihre Gäste rauchen zu lassen. Wäre ihnen der Nichtraucherschutz ein Anliegen gewesen, hätten sie nämlich gerade nicht umbauen müssen, sondern wäre im gesamten Lokal das Rauchen zu verbieten und dies an der Türe zu kennzeichnen gewesen, um den Anforderungen des TabakG zu genügen. Damit soll nicht bestritten werden, dass dies Investitionen im Vertrauen auf die Rechtslage waren. Dies wiederum lässt sich aber in Bezug auf einige Betriebe mit einem anderen Argument in Zweifel ziehen: Nämlich im Fall jener Lokale, die einen unattraktiven, teils auch noch unbeheizten Hinterraum durch Baumaßnahmen geschaffen haben und diesen seither als Nichtraucherbereich führen, oder auf eine der vielen sonstigen Möglichkeiten systematisch<sup>202</sup> gegen die Nichtraucherschutzbestimmungen des Tabakgesetzes verstoßen. Gemeint ist neben der im vorherigen Teilsatz angesprochenen Konstellation vor allem die in vielen Bars und Diskotheken gelebte Praxis, eine Glaswand einzuziehen, den Gästen de facto aber in beiden Bereichen das Rauchen zu gestatten. Oder einen hinteren als Nichtraucherbereich gekennzeichneten Raum an Wochentagen gar nicht aufzusperren. Die Betreiber von Bars und Diskotheken haben dadurch den Vorteil, dass wenn tagsüber die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde eine Kontrolle durchführt, dieser ein Raum als Raucher und ein Raum als Nichtraucherraum präsentiert werden kann. Die Amtsstunden von Bezirksverwaltungsbehörden und die Öffnungszeiten einer Bar oder Diskothek überschneiden sich typischerweise nicht, womit eine Kontrolle zu Betriebszeiten praktisch nie zu befürchten ist.

Mit Ministerratsbeschluss vom 13.01.2015 legten sich die Koalitionspartner darauf fest, ein generelles Rauchverbot in der Gastronomie noch vor dem Sommer 2015 beschließen zu wollen. Offen ließ Vizekanzler *Mitterlehner* allerdings bis zuletzt,

---

<sup>202</sup> Die Verwendung des Wortes „systematisch“, um Betriebe auszunehmen, in denen beispielsweise bloß kurzfristig die Türe zwischen Raucher und Nichtraucherbereich offen steht, da dies wenig mit der Sinnhaftigkeit der Investition als solches zu tun hat.

wann ein solches dann tatsächlich in Kraft treten sollte, sein Parteikollege und Gesundheitssprecher der ÖVP, Erwin Rasinger, sprach zuletzt davon, dass ein Rauchverbot bis 2020 vorstellbar sei. Gesundheitsministerin *Oberhauser* peilt 2018 an und betont „jeder Tag früher wäre ihr lieber“. Es erscheint bemerkenswert, dass die letzte Novelle zum TabakG im Jahre 2008 mit nur eineinhalb Jahren Übergangsfrist in Kraft getreten ist, während jetzt ein Zeitraum von drei bis fünf Jahren im Raum steht. Dies obwohl die damalige Regelung vorsah, dass Gastwirte mit einem Einraumlokal über 80qm, sofern sie nicht freiwillig auf ein reines Nichtraucherlokal umsteigen wollten, erst bauliche Maßnahmen schaffen mussten, damit ihr Gewerbebetrieb der neuen gesetzlichen Regelung entspricht. Für Betreiber von Gaststätten mit einer Größe zwischen 50 und 80qm musste überhaupt erst die Entscheidung der jeweilig zuständigen Behörden abgewartet werden, ob eine Trennung aus denkmalschutzrechtlich, baurechtlichen oder feuerpolizeilichen Gründen zulässig ist und anschließend bejahendenfalls ebenfalls bauliche Maßnahmen schaffen.<sup>203</sup> Zur Umsetzung eines generellen Rauchverbots sind Gastgewerbetreibende hingegen zu keinerlei baulichen Maßnahmen angehalten. Es mag zwar aus optischen und praktischen Gründen sinnvoll erscheinen, die Abtrennungen wieder zu entfernen, dies ist aber keineswegs nötig, um dem Gesetz zu entsprechen und somit auch nicht dringend. Aus faktischer Sicht wäre somit eine wesentlich kürzere Frist zulässig, fraglich ist allerdings die verfassungsrechtliche Perspektive, die eingangs bereits erörtert wurde.

---

<sup>203</sup> Wiederrum natürlich unter der Voraussetzung, dass die Betreiber nicht freiwillig auf ein reines Nichtraucherlokal umsteigen wollten.



### 3) Fazit

Die Notwendigkeit gesetzlicher Regelungen und des Rechtsstaats als solchem, wird häufig damit begründet, dass sich widrigenfalls immer nur der Stärkere (sei es körperlich, finanziell oder aufgrund einer Machtposition) durchsetzen wird. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass Gesetzen unter anderem der Zweck zukommt, den Schwächeren zu schützen. Dies ist mitunter der Arbeitnehmer im Verhältnis zum Arbeitgeber, aber auch der Nichtraucher im Verhältnis zum Raucher. Ein umfassender Nichtraucherschutz stellt somit, wie *Machleidt* bereits im Titel seiner Arbeit anführt, eine gesellschaftliche Verantwortung dar.<sup>204</sup>

Zusätzlich zur gesellschaftlichen Verantwortung der Schaffung bestimmter Regelungen zum Schutz eines Personenkreises oder der Allgemeinheit, tritt die Verpflichtung des Rechtsstaates auf die Einhaltung dieser Regelungen effektiv hinzuwirken.

Die politischen Entscheidungsträger haben offensichtlich erkannt, welche Probleme Rauchverbote mit zahlreichen Ausnahmen mit sich bringen und werden deshalb allem Anschein nach noch 2015 ein generelles Rauchverbot (das diesen Namen auch verdient)<sup>205</sup> beschließen.<sup>206</sup> Dies ist aus gesundheitspolitischer Sicht sehr zu begrüßen, führt es doch, wie zahlreiche Studien nachweisen, zu einem Rückgang an Herzinfarkten und Lungenerkrankungen. Der internationale Vergleich lehrt darüber hinaus allerdings auch, dass in der Bevölkerung Rauchverbote nach ihrer Einführung auf zunehmende Akzeptanz und Beliebtheit stoßen. Selbst in Staaten, deren Einwohner nicht gerade für die übereifrige Beachtung gesetzlicher Bestimmungen

---

<sup>204</sup> Machleidt, Umfassender Nichtraucherschutz als gesellschaftliche Verantwortung, Masterarbeit, Universität Wien, Fakultät für Sozialwissenschaften 2013.

<sup>205</sup> Theoretisch stellt die aktuelle gesetzliche Regelung auch ein generelles Rauchverbot dar, nur ist dieses durch die zahlreichen Ausnahmen derart aufgeweicht, dass man in der Praxis eher den Eindruck hat, Rauchen wäre die Regel und nicht die Ausnahme.

<sup>206</sup> Wenngleich man nur vorsichtig optimistisch sein darf, da auch bereits 2013 in Reaktion auf das VwGH Erkenntnis vom 17.06.2013 ein Rauchverbot im Raum stand.

bekannt sind,<sup>207</sup> hat die Einführung eines generellen Rauchverbotes in der Gastronomie weitgehend problemlos funktioniert und wird dieses auch beachtet.

Mit einem Appell an die Politik hat auch „The Lancet“, eine der renommiertesten und ältesten medizinischen Fachzeitschriften mit Peer-Review, seine Titelseite<sup>208</sup> versehen:

„Das Rauchen tötet mehr Europäer als jeder andere vermeidbare Faktor. Prävention ist möglich. Alles was benötigt wird, ist der politische Wille dazu.“<sup>209</sup>

Dem ist nichts hinzufügen.

---

<sup>207</sup> Man denke hierbei an Italien (und beachte beispielsweise wie bescheiden die bereits vor vielen Jahren eingeführte Helmpflicht für Mopeds beachtet wird) oder Frankreich (eine Straße wird von einheimischen Fußgängern selbst dann bei roter Ampel überquert, wenn ein Polizist zugegen ist).

<sup>208</sup> Anlässlich des Weltnichtrauchertages 2013.

<sup>209</sup> The Lancet, Tobacco control – political will needed, Volume 381, No. 9877, p1511, 4 May 2013.

# Literaturverzeichnis

Andreas, Tabakgesetz: Wie die Tür in den Raum kam, in RdW 2012, 459, Heft 8 v. 16.08.2012

Balabanis/Shiffman, Associations between Alcohol and Tobacco, in Allen/Fertig, Alcohol and Tobacco: From Basic Science to Clinical Practice, Washington DC 1994

Becker/Hackenberg/Stannigel, Rauchen: Medizin und Gesundheit, in Geo Themenlexikon Band 11, Mannheim 2007

Bjartveit/Tverdal, Health consequences of smoking 1–4 cigarettes per day, in Tobacco Control Journal, Volume 15/ Issue 6, Norwegian Institute of Public Health, Oslo 2005

Bornhäuser/Pötschke-Langer, Passivrauchende Kinder in Deutschland –Frühe Schädigungen für ein ganzes Leben, Deutsches Krebsforschungszentrum, Stabstelle Tabakprävention, Heidelberg 2003

Currie, smoking among 15-year-olds, in OECD (Hg.), Health at a Glance, Geneva 2013

Europäische Kommission, Begleitdokument zum Vorschlag einer Empfehlung des Rates über rauchfreie Zonen: Zusammenfassung der Folgenabschätzung, Brüssel 2009

Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO<sup>3</sup>: Gewerbeordnung 1994 in der Fassung zuletzt der GewO-Nov BGBl I 2010/11, Springer, Wien 2011

Hanewinkel/Morgenstern, Rauchen im Jugendalter: Geschlechtsunterschiede, Rolle des sozialen Umfelds, Zusammenhänge mit anderen Risikoverhaltensweisen und Motivation zum Rauchstopp, Institut für Therapie- und Gesundheitsforschung, Kiel 2007

Hartl/Hutter/Tappler/Twrdik, Forschungsbericht Nichtraucherschutz in der Gastronomie: Werden die gesetzlichen Vorgaben eingehalten, Wien 2013

Joossens/Raw, The Tobacco Control Scale 2013: A report of the Association of European Cancer Leagues, Nottingham 2014

Kobrna/Schmutterer/Strizek/Uhl, Delphi-Studie zur Vorbereitung einer nationalen Suchtpräventionsstrategie mit besonderem Augenmerk auf die Gefährdung von Kindern und Jugendlichen, Wien 2013

Kolonovits, Das Rauchverbot in Betrieben des Gastgewerbes als spezielle Regelung zum Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte, ÖZW 2010 40

Larcher, Das Rauchverbot nach dem Tabakgesetz, in Larcher (Hg.), Handbuch UVS, Wien 2012

Lernbass, Status quo des Nichtraucherschutzes in der Grazer Gastronomie, Diplomarbeit, Medizinische Universität Graz 2014

Lehne, Das Tabakgesetz oder Variationen zum Gleichheitsgrundsatz, in Zeitschrift der Unabhängigen Verwaltungssenate 11 2010

Ludwig-Boltzmann-Institut für Suchtforschung, Rauchverhalten in Österreich, Ergebnisse unterschiedlicher aktueller Quellen einschließlich der österreichweiten repräsentativen Bevölkerungsumfrage BMGF/LBISucht/market 2008, Wien 2009

Machleidt, Umfassender Nichtraucherschutz als gesellschaftliche Verantwortung, Masterarbeit, Universität Wien, Fakultät für Sozialwissenschaften 2013

Moshhammer/Neuberger/Schietz, Exposure to ultrafine particles in hospitality venues with partial smoking bans, in Journal of Exposure Science and Environmental Epidemiology 1-6, Wien 2013

Österreichische Volksanwaltschaft, Jahresbericht 2011, Wien 2012

Pötschke-Langer/Schaller, Onkologie: Rauchen verschlechtert die Wirksamkeit von Krebstherapien, Heidelberg 2013

Reichmann/Sommersguter-Reichmann, Der Nichtraucherchutz im Bereich der Gastronomie in Theorie und Praxis, SozSi 2011, 140

Reichmann/Sommersguter-Reichmann, Der Nichtraucherchutz in Räumen der Gastronomie – Eine Bestandsaufnahme, Universität Graz 2013.

Staudigl, Rauchen und Recht, Rechtliche Rahmenbedingungen des Tabakkonsums und seiner Bewerbung im österreichischen Recht unter besonderer Berücksichtigung der Grundrechte, Dissertation Universität Wien 2009

The Lancet, Tobacco control -political will needed, Volume 381, No. 9877, p1511, 4 May 2013

Varro, Gericht verbietet Nachbarn Rauchen, in Die Presse, Rechtspanorama, Printausgabe vom 19.1.2015.

Wielinger in Lienbacher/Wielinger (Hg), Öffentliches Recht – Jahrbuch 2009

World Bank, Tobacco control at a glance, Washington D.C. 2003

Zanger, Veranstaltungen im Lichte des TabakG, ecolx 2011, 660 (663)

## Onlinequellen Verzeichnis

Berger, Tabakgesetz: Brisantes Mail des Ministeriums, in Kurier 24.10.2013, URL:  
<http://kurier.at/chronik/oesterreich/tabakgesetz-brisantes-mail-des-ministeriums/32.300.024>

Brickner, Verstöße gegen Nichtraucherbestimmungen kommen teuer, in „Der Standard“, 08.09.2015, URL: <http://derstandard.at/2000010161194/Verstoesse-gegen-den-Nichtraucherschutz-kommen-teuer>

Bundesministerium für Gesundheit, Anfragebeantwortung an den Verein Krebspatienten für Krebspatienten, URL: [www.aerzteinitiative.at/BMG1107.pdf](http://www.aerzteinitiative.at/BMG1107.pdf)

Bundesministerium für Inneres, Generaldirektion für die öffentliche Sicherheit, Anfragebeantwortung im Namen der Bundesministerin, abrufbar unter URL: <http://www.aerzteinitiative.at/TabRechtBMI-110609.pdf>

Caruso, Tobacco-Buying Age in NYC To Be Raised To 21 With New Legislation, Huffington Post vom 19.11.2013, URL:  
[http://www.huffingtonpost.com/2013/11/19/tobacco-age-nyc\\_n\\_4301551.html](http://www.huffingtonpost.com/2013/11/19/tobacco-age-nyc_n_4301551.html)

Die Presse, Rechtspanorama, Lokalverbot für Rauchersheriffs sittenwidrig? URL:  
<http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/1560407/Lokalverbot-fur-Rauchersheriffs-sittenwidrig>

Dorfinger, Rauchen, der unbekannte Krankmacher in der Urologie, URL:  
[http://www.urologisch.at/news\\_rauchen.php](http://www.urologisch.at/news_rauchen.php)

Fachverband Gastronomie der WKO, Fragen und Antworten zum neuen TabakG im Bereich Gastronomie und Hotellerie, URL:  
[https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/Gastronomie/Lobbying---Branchenthemen/Fragen\\_und\\_Antworten.pdf](https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/Gastronomie/Lobbying---Branchenthemen/Fragen_und_Antworten.pdf)

Kerbl, Ärzte fordern das Rauchverbot in Lokalen ein, URL:

[http://www.kleinezeitung.at/s/lebensart/gesundheit/4152117/Gesundheit\\_Aerzte-fordern-das-Rauchverbot-in-Lokalen-ein#forummain](http://www.kleinezeitung.at/s/lebensart/gesundheit/4152117/Gesundheit_Aerzte-fordern-das-Rauchverbot-in-Lokalen-ein#forummain)

Krutzler, Rauchfrei zur Toilette: Wirt klagt die Republik, in der Standard vom 7.10.2013, URL: <http://derstandard.at/1379293295784/Tabakgesetz-Wirte-wollen-Schadenersatz-von-der-Republik>.

Mitterwachauer, Rauchverbot am Spielplatz: Ball liegt bei der Politik, Tiroler Tageszeitung vom 11.10.2014, URL: <http://www.tt.com/politik/9101551-91/rauchverbot-am-spielplatz-ball-liegt-bei-der-politik.csp>

Neuberger, Zweierlei Maß für die Luftqualität außen und innen, URL: <http://www.aerzteinitiative.at/ZweierleiMaszNeub14.pdf>

ORF Wien, Viele Lokale ignorieren Tabakgesetz, URL: <http://wien.orf.at/news/stories/2508401>

ORF Wien, Wenig Nichtraucherenschutz als Kavaliersdelikt, URL: <http://wien.orf.at/news/stories/2535199>

Österreichische Wirtschaftskammer, Statistik des Fachverbandes Gastronomie, URL: [https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/Gastronomie/Statistik/STATISTIK\\_UeBER\\_ALLE\\_BETRIEBE\\_BL-2013\\_Mitglieder.pdf](https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/Gastronomie/Statistik/STATISTIK_UeBER_ALLE_BETRIEBE_BL-2013_Mitglieder.pdf).

Sartoros, Österreich - der Aschenbecher Europas, Deutsche Ärztezeitung vom 30.05.2014, URL: <http://www.aerztezeitung.de/panorama/?sid=861977>

Schuh, Die typisch österreichische Lösung, in Die Presse vom 25.10.2013, URL: <http://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/1469125/Die-typisch-osterreichische-Losung>.

Vivid, die Fachstelle für Suchtprävention des Landes Steiermark, Abgabeverbot von Zigaretten an Minderjährige?, URL: <http://www.vivid.at/wissen/tabak/tabak-und-politik/altersbeschraenkungen>

Zimmermann-Stenzel/Mannuß/Schneider/Schiltenswolf, Tabakkonsum und chronische Rückenschmerzen: Analysen des telefonischen Gesundheitssurveys 2003, URL: <http://www.aerzteblatt.de/archiv/60516/Tabakkonsum-und-chronische-Rueckenschmerzen-Analysen-des-telefonischen-Gesundheitssurveys-2003>

## Rechtsprechung

BVerfG, 30.07.2008, 1 BvR 3262/07 (zum deutschen Recht)

HG Wien, 24.09.2014, 18 Cg 70/14d

LVwG Tirol, 26.06.2014, LVwG-2014/25/1567-2

OGH, 18.05.1993, 4Ob28/93

OGH, 15.12.2010, 4Ob164/10m

OGH, 23.04.2014, 4Ob48/14h

VfGH, 12.12.1991, V 210-222/91

VfGH, 01.10.2009, G 127/08

VwGH, 15.07.2011, 2011/11/0059

VwGH, 10.01.2012, 2009/11/0198

VwGH, 17.06.2013, 2012/11/0235-5

VwGH, 24.07.2013, 2013/11/0045