



Verein Krebspatienten für
Krebspatienten
z.H. Herrn Dietmar Erlacher
Steigenteschg. 13-1-46
1220 Wien

Organisationseinheit: BMG - II/1 (Ombudsstelle für
Nichtraucherschutz, Rechts- und
Fachangelegenheiten Tabak und
Alkohol)
Sachbearbeiter/in: Mag. Elisabeth Hochhold
E-Mail: elisabeth.hochhold@bmg.gv.at
Telefon: +43 (1) 71100-4581
Fax:
Geschäftszahl: BMG-22186/0049-II/1/2011
Datum: 28.07.2011
Ihr Zeichen:

krebspatienten@gmail.com

Erlacher Dietmar, Beantwortung/Fragenkatalog

Sehr geehrter Herr Erlacher!

Bezugnehmend auf das zwischen Ihnen und AL Dr. Pietsch am 1.7.2011 geführte Telefonat, das am 13.7. ergangene Erledigungsschreiben BMG-22186/0046-II/1/2011 sowie Ihr an Frau Wundsam gerichtetes Schreiben vom 12.7.2011 dürfen wir zu den von Ihnen aufgeworfenen Fragen Stellung nehmen wie folgt:

„Anonyme Anzeigen / Einschreiten der Behörde“:

„Behörden "entsorgen" teils die anonymen Anzeigen, fragen auch teils gar nicht nach, ob der Emailanzeiger seine Daten bekannt geben würde.“

Bezirksverwaltungsbehörden haben bei Verdacht von Verstößen gegen die Nicht-raucherschutzbestimmungen – wenn etwa substantielle Meldungen, Beschwerden, Anzeigen etc. über die Nichteinhaltung des Nichtraucherschutzes bei ihr einlangen - tätig zu werden und erforderlichenfalls ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachtes des Verstoßes gegen die Nichtraucherschutzbestimmungen des Tabakgesetzes einzuleiten.

Sämtliche Eingaben zu vermeintlichen Missständen, und daher **auch anonyme Anzeigen**, sind somit iSd Officialmaxime des § 25 Abs. 1 VStG (BGBl. Nr. 52/1991 idGF) dahingehend einer Prüfung zuzuführen, ob ausreichende Gründe zur Einleitung eines Verwaltungsstrafverfahrens vorliegen, oder ob nach § 21 Abs. 1a VStG vorzugehen ist.

Lediglich unzureichend substantiierte Eingaben sind ggf. nicht in Behandlung zu nehmen.

Diese Rechtsansicht wird von Seiten des BMG seit Inkrafttreten der Nichtraucher-Innenschutzbestimmungen vertreten und den für die Vollziehung des TabakG (BGBl. Nr. 431/1995 idGF) zuständigen Vertretern der Bezirksverwaltungsbehörden auch entsprechend kommuniziert.

Sofern dem BMG Fälle, in denen Anzeigen angeblich unbearbeitet „entsorgt“ wurden, zur Kenntnis gebracht werden, wird diesen Behauptungen auch jeweils im Einzelfall idR im Rahmen eines Stellungnahmeersuchens an die betroffene Behörde nachgegangen. Naturgemäß können solche Überprüfungen nur bei Meldung von konkreten Verdachtsmomenten erfolgen, da eine ununterbrochene Kontrolle der Tätigkeit jeder einzelnen Bezirksverwaltungsbehörde durch das BMG weder möglich noch zielführend oder gar vorgesehen ist.

„Daten des Anzeigers“:

„Reicht eine ordnungsgemäße Zustelladresse, oder ist es rechtens, dass auch Geburtsdatum und Passnummer übermittelt werden muss?“

Da im Rahmen eines allenfalls einzuleitenden Verwaltungsstrafverfahrens die Kenntnis der Passnummer sowie des Geburtsdatums aus Gründen der Beweissicherung und zur eindeutigen Feststellung der Identität erforderlich sein kann, kann die Behörde - sofern sie dies für erforderlich bzw. zweckdienlich erachtet - die Bekanntgabe dieser Angaben bereits bei Entgegennahme der Anzeige verlangen.

„Tätig werden 1“:

„Ist/Bleibt der Anzeiger anonym, ist dann die Behörde verpflichtet (§ ?) oder nur berechtigt, von sich aus einen Lokalausweis durchzuführen. Ist die evtl. Bestrafung dann bis zu 360.- (VSG) oder bis 2.000.-bzw. 10.000.- (TG) durchzuführen.“

Gemäß § 25 VStG sind Verwaltungsübertretungen von Amts wegen zu verfolgen. Wird der Behörde daher (auch aufgrund einer anonymen Anzeige) ein Verdacht auf Verletzung der NichtraucherInnenschutzbestimmungen des TabakG zur Kenntnis gebracht, so ist sie – sofern das Anbringen eben ausreichend substantiiert ist – dazu verpflichtet, dieses in Behandlung zu nehmen, und hat den entscheidungserheblichen Sachverhalts festzustellen. Dabei obliegt es der Behörde, die dazu notwendigen und zweckmäßigen Maßnahmen zu ergreifen, wobei der Augenschein im Sinne des § 54 AVG nur eine von mehreren Möglichkeiten darstellt, den Sachverhalt zu klären.

Die Vornahme eines Augenscheins kann sich als zielführend erweisen, jedoch kann die Behörde nicht immer anlässlich des Augenscheins die vom anonymen Anzeiger aufgezeigten angeblichen Verstöße gegen die NichtraucherInnenschutzbestimmungen des TabakG inhaltlich verifizieren.

Ist der Nachweis der behaupteten Verletzung des TabakG der Behörde also nicht möglich, weil in Ermangelung von Zeugen bzw. angesichts der Tatsache, dass

anlässlich einer erfolgten dienstl. Wahrnehmung die Angaben des anonymen Anzeigers sich nicht bestätigt haben/keine Verstöße gg. die Bestimmg. des TabakG festgestellt werden konnten, der angezeigte Sachverhalt nicht mit ausreichender Sicherheit als tatsächlich vorliegend/geklärt angesehen werden kann, ist ggf. die Einstellung des Verfahrens zu verfügen.

Nimmt die Behörde hingegen im Rahmen einer dienstlichen Wahrnehmung einen Verstoß gegen die Bestimmungen des TabakG wahr, so **kann** sie gem. § 47 VStG ein abgekürztes Verfahren durchführen und eine Geldstrafe bis max. 365 € per Strafverfügung festsetzen. Der Vorteil einer derartigen Vorgehensweise ist darin zu sehen, dass so innerhalb kurzer Zeit mehrere Strafen verhängt werden und in Rechtskraft erwachsen können, und damit vergleichsweise rasch die Voraussetzungen für die Einleitung von Verfahren zur Entziehung der Gewerbeberechtigung geschaffen werden können.

Der Behörde steht es jedoch frei, auch in einem derartigen Fall ein ordentliches Verfahren (mit Verhängung von Strafen bis zu € 2.000,--/€ 100,-- bzw. im Wiederholungsfall € 10.000,-- /€ 1.000,--durchzuführen, wobei sich ein solches mitunter über einen recht langen Zeitraum erstrecken kann, da die auf Verwaltungsstrafverfahren anzuwendenden Verfahrensgrundsätze und –garantien zu beachten sind (aufwendiges Beweisverfahren, Parteiengehör/Möglichkeit zur Rechtfertigg. für Beschuldigten, etc.), und es so geraume Zeit dauern kann, bis ein rechtskräftiges Straferkenntnis vorliegt. Daher kann die Durchführung mehrerer abgekürzter Verfahren innerhalb einer kurzen Zeit aufgrund der drohenden Gefahr der Entziehung der Gewerbeberechtigung bisweilen trotz der niedrigeren Strafen abschreckendere Wirkung entfalten und daher aus spezial- wie auch generalpräventiver Sicht u.U. zielführender sein, als die Durchführung von langwierigen ordentlichen Verfahren.

„Tätig werden 2“:

„Ist die Behörde verpflichtet (§ ?) oder nur berechtigt oder nicht einmal das, rund 4 Wochen nach Rechtskraft des Strafbescheides eine "Kontrolle" durchzuführen. Schließlich weiß die Behörde durch den eigenen Strafbescheid über die Unrechtmäßigkeit und müsste, oder nicht, von sich aus nachkontrollieren! Höhe der Bestrafung dann bis 360.- oder bis 10.000.-?“

Die Bezirksverwaltungsbehörde hat grundsätzlich davon ausgehen, dass in Fällen, in denen Verstöße gegen das TabakG im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens geahndet wurden, die Bestrafung ihre spezialpräventive Wirkung gegenüber dem betroffenen Lokalbetreiber entfaltet und dieser im Wissen um seinen dem Strafbescheid zugrundeliegenden Verstoß gegen die NichtraucherInnenschutzbestimmungen sein Verhalten entsprechend ändern und künftighin gesetzeskonform gestalten wird.

Es kann nicht von der Behörde gefordert werden, in jedem Einzelfall zu überprüfen, ob die Bestrafung ihre spezialpräventive Wirkung auch tatsächlich entfaltet und den

betroffenen Inhaber eines Gastronomiebetriebes bzw. eines Raumes öffentl. Ortes zur Änderung seiner Verhaltens bewegt hat.

„Ausreden der Behörden“:

„Trotz Erlass und BM. Stögers "Ich werde kein Schludern der Behörden zulassen!", ff., werden Anzeiger und Medienvertreter mit der Ausrede "Personalmangel" der Behörde konfrontiert, da sie merken, dass sich nichts und nichts ändert! Auch wurde mehrmals "gesagt", dass Politikermeinungen ins Strafamts kommen, wie "der ist ein alteingesessener Betrieb und ist bemüht, der beschäftigt viele Menschen, der zahlt brav seine Abgaben, seine Küche ist hervorragend, also"! Ist das dann Lobbyismus oder Korruption?"

Tatsache ist, dass aufgrund von Einsparungen auch im öffentlichen Dienst die Arbeitsbelastung bei nahezu allen Behörden – angefangen bei den Bezirksverwaltungsbehörden bis hin zu Ministerien – kontinuierlich steigt, und aufgrund beschränkter personeller Kapazitäten die Aufgaben oftmals nur mit Verzögerung wahrgenommen werden können, was bedauerlicherweise beim Bürger mitunter den Eindruck erweckt, die Behörde sei untätig.

Im Bereich der Vollziehung des Tabakgesetzes ist es tatsächlich so, dass die organisatorischen Möglichkeiten der Bezirksverwaltungsbehörden, Personal für Kontrollen der Einhaltung der NichtraucherInnenschutzbestimmungen teilweise sehr unterschiedlich sind. Während es in Wien aufgrund der Größe der Belegschaft und der Aufteilung der Aufgaben auf unterschiedliche Magistratsabteilungen, die die Magistratischen Bezirksämter in ihrer Arbeit unterstützen (im Falle der Kontrolle der NRS-Bestimmungen das Marktamt), es möglich ist, mehrere Personen zur Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des TabakG abzustellen, ist dies bei kleinen Bezirksverwaltungsbehörden, in welchen angesichts sehr beschränkter personeller wie organisatorischer Kapazitäten ein Mitarbeiter sehr viele Aufgabenbereiche parallel zu betreuen hat, idR unmöglich oder nur sehr eingeschränkt möglich ist.

Das BMG ist daher bemüht, den Bezirksverwaltungsbehörden Wege und Möglichkeiten aufzuzeigen, ggf. vorhandenes Synergiepotential innerhalb der eigenen Organisationsebenen (also z.B. Zusammenarbeit des f. GewO zustdg. Referats mit dem Verwaltungsstrafreferat, etc.) zu nutzen, um Kontrollen der Einhaltung der Bestimmungen des TabakG unter einem mit Überprüfungen von Gewerbebetrieben nach anderen einschlägigen Rechtsmaterien vorzunehmen.

Der von Ihnen erhobene Vorwurf bzw. Verdacht, die Bezirksverwaltungsbehörden würden aufgrund von Lobbyismus oder Korruption untätig bleiben, ist jedenfalls zurückzuweisen, da davon ausgegangen werden kann, dass die einzelnen Bezirksverwaltungsbehörden jeweils nach Maßgabe der vorhandenen Kapazitäten ihren Aufgaben nach bestem Wissen und Gewissen nachkommen. Sollten Sie dennoch den Verdacht haben, ein Behördenvertreter handle tatsächlich wider besseren Wissens, wären konkrete Verdachtsfälle unter Angabe detaillierter Sachverhaltsdarstellungen jedenfalls von den zuständigen Behörden zu überprüfen.

„Zeugenschutz“:

„Uns sind zig Fälle bekannt, wo Anzeiger (aber auch Dienstgeber, Vereine, Unternehmen, Familienangehörige, Verwandte, Bekannte ...) - eindeutig auf Grund seiner Anzeige(n) - enormen Druck ausgesetzt wurden/werden. Schwere Körperverletzungen mit Invalidität, mittelschwere Körperverletzungen, leichte Körperverletzungen, hohe Vermögensschäden, enorme Sachbeschädigungen, Nötigungen, Drohungen, Verleumdungen, Hausverbote, Steckbriefe im Lokal/im Internet, ff., Fassadensprayungen der Wohnorte, fadenscheinige Kündigungen, Beendigung wesentlicher Geschäftsverbindungen, erfolgen "regelmäßig". Die Behörden mögen daher § 17 Abs. 3 AVG als Zeugenschutz generell ansetzen.“

Das BMG ist sich der Problematik des fehlenden „Zeugenschutzes“ von Anzeigern bewusst. Wie unter anderem vom UVS Wien in seinem Erkenntnis 04/G/15/10892/2010 vom 30.11.2010 ausgeführt, duldet der Grundsatz, dass es im rechtsstaatlichen Strafverfahren keine geheimen Beweismittel gibt, keine Ausnahme, die auf die in Anonymität gehaltenen Gewährsleute hinausliefere (vgl. VwGH 16.1.1984, 83/10/0238, Slg. N.F. Nr. 11.285/A, nur Rechtssatz; 13.9.1991, 91/18/0065). § 45 Abs. 3 AVG statuiert ein ausdrückliches Recht der Partei, dass ihr Gelegenheit geboten wird, vom Ergebnis der Beweisaufnahme Kenntnis und dazu Stellung zu nehmen. Nach höchstgerichtlicher Judikatur bedeutet dies, dass im Sinne des § 45 Abs. 3 AVG nicht nur der „Beweisinhalt“ (Beweisergebnis), sondern auch die „Beweisquelle“ (Beweismittel, der Name des Zeugen) bekannt zu geben sind (VwGH 20.02.1991, Zl. 90/02/0151; VwGH 13.09.1991, Zl. 91/18/0065; VwGH 25.09.1995, Zl. 95/10/0034). Daher ist in Österreich im Verwaltungsstrafverfahren nach den einschlägigen nationalen Bestimmungen kein „Zeugenschutz“, wie er unter anderem vom schleswig-holsteinschen Oberverwaltungsgericht im Judikat 4 L 13/10 vom 28.4.2010 anerkannt worden war, möglich.

In Bezug auf den von Ihnen zitierten § 17 Abs 3 AVG ist auszuführen, dass dieser die Akteneinsicht regelt, und vorsieht, dass es keine unbedingten Ausnahmen von der Akteneinsicht gibt, sondern alle Aktenbestandteile von der Einsicht (nur) insoweit ausgenommen sind, als der Einsichtnahme bestimmte legitime Interessen entgegen stehen. Dadurch wird kein Ermessen der Behörde begründet, sondern sie hat das Interesse der Partei an der Akteneinsicht im Hinblick auf deren Zweck gegen das Interesse der anderen Partei(en) oder Dritter und gegen die in Betracht kommenden öffentlichen Interessen abzuwägen.

Von § 17 Abs 3 AVG werden daher etwa auch wirtschaftliche Interessen aus einer legalen Tätigkeit, wie zB das Interesse am Schutz von Betriebsgeheimnissen oder sonstige berechnete Interessen geschützt, also etwa das Interesse eines Zeugen oder einer Auskunftsperson am Unterbleiben von „Repressalien“ (VwGH 19. 12. 2000, 95/12/0007) oder an ihrer körperlichen Integrität (vgl. VwGH 18. 10. 1988, 88/14/0092 zu § 90 Abs 2 BAO).

Hat die Behörde Bedenken, dass im Fall der unbeschränkten Einsicht dritte Personen Repressalien ausgesetzt wären, so darf sie sich nicht mit allgemeinen Befürchtungen, die nicht nachvollziehbar sind, begnügen, sondern hat darzulegen, welchen

Repressalien die betreffenden Personen bei Bekanntwerden ihrer Identität ausgesetzt sein könnten (VwGH 19. 12. 2000, 95/12/0007).

Aus all dem ergibt sich, dass es der einzelnen Behörde, d.h. bei Anzeigen/Verwaltungsstrafverfahren wg. Verstößen gegen das TabakG den zuständigen Bezirksverwaltungsbehörden obliegt, das Interesse der Partei(en) an der Akteneinsicht und jenes des Anzeigers an der Geheimhaltung seiner Daten abzuwägen und ggf. die Akteneinsicht iSd § 17 Abs. 3 AVG zu beschränken.

„UVS-Wien“:

„1) Bei der Verhandlung 28.04.2011 10:45 04/G/20/2318/2011 D 2.25, Filipp, Karl, Tauber, EKZ Millennium, bei Richter Dr. Ernst Schopf, sagte der Richter: "Laut Tabakgesetz müssten z.B. in der Lugner City fast alle Lokale zugesperrt werden, da sie das Tabakgesetz nicht einhalten!"

Warum wissen dies die Strafteilungen (Magistrate und alle Behörden, die ein Einkaufszentrum "unter sich" haben) nicht, und stellen unrichtige, mangelhafte Strafbescheide aus, seit 2 Jahren? Lobbyismus oder/und Korruption?

Ebenso verhält es sich bei den Wettbüros, Casinos, Automaten-Casinos, wo die 1. Instanz einstellt, obwohl UVS-Entscheidungen die Strafen rechtens beurteilten!"

Bezugnehmend auf Ihre Anfrage betr. Einrechnung von Nichtraucherplätzen im Mall-Bereich zur Gesamtfläche eines ansonsten baulich abgetrennten Lokals verweisen wir auf die unter GZ BMG-22186/0046-II/1/2011 vom 13.7.2011 ergangene Erledigung, wo Ihnen die Sach- und Rechtslage aufgezeigt worden ist.

Wie darin dargelegt, handelt es sich bei den Nichtraucherschutzbestimmungen des Tabakgesetzes betreffend Gastronomiebetriebe um vergleichsweise junge Bestimmungen, und lassen manche Formulierungen durchaus Interpretationsspielraum für die vollziehenden Behörden zu. In Bezug auf die NRS-Bestimmungen betr. Glücksspielbetriebe wurde überdies kurze Zeit nach Inkrafttreten der TabakG-Novelle 2008 (BGBl. I, Nr. 120/2008) mit Glücksspielgesetz-Novelle 2010 § 60 Abs. 26 als lex specialis, somit Sonderbestimmung, die den Nichtraucherschutzbestimmungen des TabakG vorgeht, eingeführt, und somit neuerlich eine Änderung der für derartige Betriebe geltenden Nichtraucherschutzregelungen vorgenommen.

Das BMG war von Beginn an und ist auch gegenwärtig stets bemüht, durch Erlässe, Informationsblätter, Fachbesprechungen mit Behördenvertretern, etc. Klarstellung in bisweilen kontroversiell beurteilten Fragen betr. die Vollziehung des TabakG herbeizuführen. Es ist jedoch nicht möglich, die Anwendung und Auslegung der Bestimmungen – welche ggf. Spielraum für unterschiedliche Interpretationen lassen (siehe ob. zit. Erledigung vom 13.7.2011 betr. Einbeziehung von Verabreichungsplätzen in EKZ-Malls bei der Beurteilung der Hauptraumfrage iSd TabakG) – ho. in jedem einzelnen Fall zu überprüfen.

Überdies sind die Behörden in der Auslegung gesetzlicher Bestimmungen, welche Spielraum für Interpretation lassen, solange deren Gehalt nicht durch höchstgerichtliche Urteile eindeutig klargestellt ist, frei und kann es so vorkommen, dass

unterschiedliche Behörden ähnlich gelagerte Sachverhalte nicht einheitlich beurteilen, ohne dass den Behördenvertretern aus diesem Grund Lobbyismus oder Korruption vorgeworfen werden könnte.

„2) Die "Strafämter" teilen - lt. Magistratsbeamtin - die Lokalaugenscheine in a) vor der Türe und b) im Lokal. Wozu? Weiters ist bei unseren Verhandlungsbesuchen aufgefallen, dass Magistratsbeamte beim UVS vorsätzlich oder unbewusst unrichtige Angaben dem Richter mitteilen! Ein UVS-Richter führte - auf Grund unserer Beschwerden? - einen "privaten" Lokalaugenschein vor der nächsten Verhandlung durch!“

Wie oben bereits ausgeführt, obliegt es den Behörden, die zur Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts erforderlichen Tatsachen mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln zu erheben. Der Augenschein stellt aber nur eine Form der Beweisaufnahme dar, und kann daher von der Behörde, wenn sie einen solchen als erforderlich oder zweckdienlich erachtet, vorgenommen werden. Wie bzw. in welcher Weise/Abfolge sich ein derartiger Augenschein gestaltet, ist Sache der Behörde, und liegt daher die Sinnhaftigkeit/Zweckmäßigkeit der Teilung des Augenscheins in „vor der Türe“ und „im Lokal“ im Gestaltungsspielraum der ermittelnden Behörde.

Betreffend allfällige, von Ihnen behauptete unrichtige Angaben von Behördenvertretern in Berufungsverfahren vor den UVS ist festzuhalten, dass es den Richtern der UVS obliegt, die Aussagen von Parteien und Zeugen zu beurteilen und bei Zweifel an deren Richtigkeit diese entsprechend zu würdigen bzw. erforderlichenfalls – im Falle des Verdachts einer Falschaussage eines unter Wahrheitspflicht einvernommenen Zeugen – die allf. nötigen Schritte zur Ahndung eines solchen Fehlverhaltens in die Wege zu leiten.

„Hauptraum“:

„Die BEVÖLKERUNG hat das Gefühl, hier findet Lobbyismus und Korruption im Übermaß statt! Stellen "Sie" das ab, durch verbindliche Vorgaben.“

Die Frage der Beurteilung des Hauptraums in Gastronomiebetrieben iSd TabakG obliegt a priori dem Inhaber des Betriebs. Wird der Behörde ein Verdacht auf möglichen Verstoß gegen das TabakG bei der Beurteilung der Hauptraumfrage durch den Inhaber aufgezeigt, so ist sie verpflichtet, diesem nachzugehen, gegebenenfalls ein Verwaltungsstrafverfahren einzuleiten und im Rahmen eines solchen Verfahrens die Beurteilung der Hauptraumfrage anhand der insbes. in den erläuternden Bemerkungen sowie auch den Erlässen und Informationsblättern des BMG angeführten Kriterien zu überprüfen. Gelangt sie dabei zur Auffassung, dass der Inhaber den eigentlichen Hauptraum entgegen den einschlägigen Bestimmungen als Nebenraum und den Nebenraum als Hauptraum qualifiziert hat, so stellt dies einen Verstoß gegen die einschlägigen Bestimmungen des TabakG dar, welcher entsprechend zu ahnden ist.

Jedenfalls ist der Hauptraum jener Raum, welcher den übrigen Räumlichkeiten unter Berücksichtigung aller in den erläuternden Bemerkungen genannten Kriterien (Fläche, Ausstattung, Zugänglichkeit, Lage, etc.) in der Gesamtbetrachtung übergeordnet ist. Festzuhalten ist jedoch, dass trotz der Auflistung dieser Beurteilungskriterien und Klarstellungen in der Problematik der Beurteilung der Hauptraumfrage in Erlässen und Informationsblättern des BMG Lokale existieren, bei denen die Hauptraumfrage nur schwer zu klären und weitestgehend strittig ist, sodass unter Umständen unterschiedliche Behördenvertreter bei ein und demselben Lokal zu unterschiedlichen Auffassungen gelangen können, ohne dass Lobbyismus oder Korruption die Beurteilung beeinflusst hätten.

„Casinos“ (Österreich und Novomatic und "ums Eck"):

„Sind die Casinos in einen vom Wirtschaftsminister ausgehandelten "gesetzfreien Raum"? Was gilt im Casino Austria Innsbruck, Salzburg, Linz, Baden, Wien, aber auch Novomatic, und dem Casino/Automatencasino, Wettbüro ums Eck?“

Bis 18.08.2010 galt für Glücksspielbetriebe, welche ungeachtet allfälliger Zutrittsbeschränkungen (wie Erfordernis eines Mindestalters, Identitätskontrollen, allf. Eintritt o.ä.) als Räume öffentlicher Orte anzusehen sind, ein allgemeines Rauchverbot nach § 13 Tabakgesetz, BGBl. I Nr. 431/1995 i.d.g.F..

Mit Inkrafttreten der Glücksspielgesetz-Novelle 2010, BGBl. I Nr. 73/2010 am 19.08.2010, wurde in § 60 Abs. 26 Glücksspielgesetz, BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F. die Anwendbarkeit der Bestimmungen für Gastronomiebetriebe, sohin auch des § 13 a Tabakgesetz, für Betriebsräumlichkeiten im Sinne des Glücksspielgesetzes festgelegt. § 60 Abs. 26 Glücksspielgesetz sieht die Anwendbarkeit der Bestimmungen für Gastronomiebetriebe, und somit in Fragen des Nichtraucherschutzes des § 13a TabakG, bei Vorliegen folgender Voraussetzungen vor:

- Für die Betriebsräumlichkeit muss eine Konzession oder Bewilligung nach den **§§ 5, 14, 21 und 22 Glücksspielgesetz** vorliegen;
- der Konzessionär oder Bewilligungsinhaber oder dessen Vertragspartner muss eine aufrechte **Gastgewerbeberechtigung** nach § 111 Abs. 1 GewO haben und
- die betroffenen Betriebsräumlichkeiten müssen über eine aufrechte Betriebsanlagengenehmigung für die Ausübung dieser Gewerbeberechtigung

verfügen.

Im Lichte der angeführten Regelungen des § 13a Tabakgesetz in Verbindung mit § 60 Abs. 26 Glücksspielgesetz ergibt sich somit, dass die für Gastronomiebetriebe geltenden Bestimmungen des Tabakgesetzes nicht nur im eigentlichen Gastronomiebereich selbst, sondern nunmehr auch in allen übrigen Bereichen der im Sinne des § 60 Abs. 26 Glücksspielgesetz betroffenen Betriebsräumlichkeiten anwendbar sind.

Die Prüfung der Frage eines Rauchverbotes bzw. der möglichen Einrichtung von Raucherräumen in Casinos und Betrieben, welche von § 60 Abs. 26 Glücksspielgesetz erfasst sind, hat für diese Betriebsstätten also auch betreffend reine Spielbereiche, in welchen die Verabreichung von Speisen und/oder Getränken möglich ist, verpflichtend nach den Bestimmungen für Gastronomiebetriebe in § 13a Tabakgesetz zu erfolgen.

Der Hauptraum des betroffenen Casinos, also jener Raum, in dem üblicherweise in dieser Art von Betrieb der Hauptschwerpunkt der (Spiel-)Aktivitäten liegt, ist dann jedenfalls als Nichtraucherraum zu führen.

Bei reinen Wettbüros, welche idR nicht dem Glücksspielgesetz unterliegen, kommen die Nichtraucherschutzbestimmungen der §§13 bzw. ggf. 13a TabakG zur Anwendung, wobei darauf abzustellen ist, ob eine Gewerbeberechtigung zur Führung eines Gastronomiebetriebes für die (gesamte) Betriebsstätte vorliegt, oder nicht.

„Anzeigenbestätigung, Ergebnismitteilung, Parteistellung, Zeugenschutz“:

„Ist längst notwendig!“

Wir sind uns Ihres Anliegens bewusst und können dieses auch nachvollziehen, die Behörden haben jedoch in Vollziehung des TabakG die geltenden verfahrensrechtlichen Bestimmungen anzuwenden, welche für den Anzeiger mangels Parteistellung keine Parteirechte vorsieht. Eine Änderung dieser Situation könnte nur durch Novellierung der verfahrensrechtlichen Regelungen des AVG herbeigeführt werden, welche vom Gesetzgeber im parlamentarischen Prozess zu beschließen wäre, nicht jedoch vom BMG eingeführt bzw. den Bezirksverwaltungsbehörden entgegen den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen aufgetragen werden kann. Gegenwärtig ist eine derartige Änderung jedoch nicht absehbar.

„Tabakwerbung“:

„1) Rauchende Personen, ob auf der Bühne beim Konzert oder im Theater, im Fernsehen (auch Kinderfernsehen z. B. Simpsons), ff., sowie als Foto oder/und Text in den Print- und elektr. Medien (APA, OTS, Zeitungen, Zeitschriften, Sonstiges) sind Kavaliersdelikte? Welche Behörde, mit welchem Strafraumen ist zuständig, z. B. teilt uns ein Chefredakteur am 30.5.11 "entschuldigend" für die Vergehen in seinem Bereich mit: "- Übrigens: gestern bei der Rigoletto premiere wurde auf der Bühne geraucht..."

a) Wer hat solche Zigarettenwerbung zu kontrollieren? b) Wo muss Anzeige erstattet werden? c) Welcher Strafraumen?

2) Trafikanten machen Tabakwerbung mit Folder und Plakaten ohne Warnhinweise!

a) Wer hat solche Zigarettenwerbung zu kontrollieren? b) Wo muss Anzeige erstattet werden? c) Welcher Strafraumen?"

Ihre Fragen zu „Tabakwerbung“ wurden teilweise bereits in Erledigung BMG-22186/0046-II/1/2011 vom 13.7.2011 abgehandelt; ergänzend darf an dieser Stelle ausgeführt werden:

Sofern der Verdacht auf Verstöße gegen die Werbeverbotsbestimmungen bzw. die allg. Nichtraucherenschutzbestimmungen des TabakG gehegt wird (zB. Bei Produktwerbung; Abbildung von rauchenden Personen in Räumen öffentl. Orte, welche vom Rauchverbot iSd § 13 TabakG umfasst sind), ist dieser den jeweiligen Bezirksverwaltungsbehörden zur Kenntnis zu bringen, zumal diese für die Vollziehung der Bestimmungen des Tabakgesetzes und sohin auch der in § 11 leg.cit. statuierten Werbeverbote zuständig sind.

Der Strafraum bei Verstößen gegen die Werbeverbotsbestimmungen des § 11 TabakG beträgt gem. § 14 Abs. 1 Z 3 leg.cit. bis zu 7.260,-- Euro, im Wiederholungsfall bis zu 14.530,-- Euro.

„Zigarettenautomaten“:

„Wir müssen davon ausgehen, dass weit über 100 Automaten den Zigarettenverkauf zulassen, ohne Altersbeschränkung (keine Bankomatkartekontrollen).“

a) Wer hat dies zu kontrollieren? b) Wo muss Anzeige erstattet werden? c) Welcher Strafraum?“

Rechtliche Grundlage für das Aufstellen von Zigarettenautomaten bildet § 36 Abs. 8 Tabakmonopolgesetz 1996 (BGBl. Nr. 830/1995 idgF.), wonach Tabaktrafikanten berechtigt sind, für den Verkauf von Tabakerzeugnissen auch Automaten zu verwenden, die im Geschäftslokal oder an dessen Außenfront angebracht sind. Das Bereitstellen und Betreiben von Automaten an anderen Standorten ist nur mit Bewilligung der Monopolverwaltung GmbH gestattet.

Seit 1.1.2007 sind gem. § 3 Abs. 2 der Landesregeln des Bundesgremiums des Tabakeinzelhandels Tabakwarenautomaten in Österreich mit einer Vorrichtung zu versehen, die den Zugang von Jugendlichen unter 16 Jahren verhindert. Dies ist durch ein Quick-Modul und ein Bankomatsystem mit Alterssiegel vorzunehmen. Damit vollzieht man die Vorgaben des Jugendschutzes bundesweit auch für den Bereich der Tabakwarenautomaten. Die beschlossenen Landesregeln sind formal Bestandteil des Tabakmonopolrechts und werden von der Monopolverwaltung, die wiederum im Aufsichtsbereich des BMF liegt, vollzogen.

Die Monopolverwaltung hat alle Automaten, die von Tabaktrafikanten betrieben werden, erfasst, das heißt sowohl die dislozierten Automaten, als auch jene, die an den Geschäften angebracht sind. Ein Trafikant, der einen nicht den Bestimmungen entsprechend umgerüsteten Automaten betreibt, begibt sich außerhalb des Monopolrechts und muss mit Sanktionen rechnen, d.h. dass zB die Betriebserlaubnis entzogen werden kann.

„Spätestens ab Herbst prüft das Ministerium, stimmt das?“

„Zum „Jubiläum“ 30.6.11, zweieinhalb Jahre kein Nichtraucherenschutz, brachte der ORF - Vorarlberg die Mitteilung:

<http://vorarlberg.orf.at/stories/522664/>

"..... Großteil hat sich mit Gesetz abgefunden

Andrew Nussbaumer, Fachgruppenobmann der Gastronomie in der Wirtschaftskammer, sieht das ähnlich. Der Großteil der Betriebe habe sich mit dem Gesetz abgefunden.

In Restaurant- und Hotelleriebetrieben gebe es nahezu keine Probleme, sagt Nussbaumer, dort seien auch die Umsätze stabil geblieben. In der Kommunikationsgastronomie, also in Bars, Wirtshäusern am Land und auch in kleinen Discos, seien die Umsätze zum Teil aber um 20 Prozent eingebrochen. Für Betriebe, die ohnedies am Limit fahren, könne das schwerwiegende Folgen haben, so Nussbaumer. Einzelne Gastronomen hätten sich bis heute geweigert, die nötigen Umbauten vorzunehmen. Das könne sich spätestens im Herbst ändern, wenn vom Gesundheitsministerium die Einhaltung des Tabakgesetzes überprüft werde....."

Als für die Vollziehung des Tabakgesetzes oberste in Betracht kommende Behörde ist es dem BMG selbstverständlich ein Anliegen, in geeigneter Weise die Einhaltung der Nichtraucherbestimmungen und damit der Auswirkungen der mit Ende Juni 2010 ausgelaufenen Übergangsbestimmungen jederzeit sichergestellt zu wissen.

In Zusammenarbeit mit den zuständigen Bezirksverwaltungsbehörden geht das BMG anlassbezogen jedem ihm - durch Medienberichterstattung oder auf sonstige Weise - bekannt gewordenen Missstand/Verstoß gegen die Nichtraucherbestimmungen durch Befassung der zuständigen Behörden nach; dies zB durch Übermittlung einer im BMG eingelangten Anzeige an die für die Vollziehung des TabakG in erster Instanz zuständige Bezirksverwaltungsbehörde oder Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme ggf. unter Anschluss einschlägiger Bezugsunterlagen.

Zeitpunkt sowie Art und Weise entsprechender Überprüfungen bestimmen sich jeweils nach der Art der aufgezeigten Verwaltungsübertretung (auf Grundlage der Gewerbeordnung, Verwaltungsstrafbestimmungen, etc.). Die Verpflichtung zur Einhaltung der einschlägigen Bestimmungen des TabakG besteht jedoch unabhängig von allf. Kontrollmaßnahmen des BMG ständig, und ist diese von den zuständigen Bezirksverwaltungsbehörden erforderlichenfalls im Wege von Verwaltungsstrafverfahren jederzeit sicherzustellen.

„e-Zigarette“:

„Wie stehen Sie, wie der Gesetzgeber INSGESAMT, zur e-Zigarette. Wenn gesetzwidrig (BMFG bzw. BMFW bzw. Zoll bzw.), wer geht gegen Verkäufer, auch österr. Internetplattformen (z. B. Groupon), vor?“

„UVS-Wien“:

„Mit einem Telefonat mit Dr. Schöpf vom UVS-Wien haben Sie sicher abgeklärt, wie sehr seine Aussage "in der Lugner City sind fast alle Lokale gesetzwidrig" rechtens ist (Verhandlung gegen Tauber, Millennium). Ich habe das so verstanden, dass Nichtraucherplätze in der Mall, den Raucherplätzen im Lokal, nicht gegengerechnet werden dürfen! Oder?“

„Donauzentrum, Pascucci (detto etliche "verurteilte" Lokale MPreis, Tirol)“

„Jeder, der einmal im DZ. war, war beim rund 1.000 qm großen "Veranstaltungsplatz", wo im 2. Stock das Cafe Pascucci ist, ca. 300 cm hohe Wände, keine Decke, beim rund 100 qm großen Raucherraum, sodass der Rauch voll den darunterliegenden (Kinder)Veranstaltungsplatz trifft. Der Lokal-Geschäftsführer sagt mir, alles rechtens, lt. Magistrat, lt. Centerleitung, lt. Wirtschaftskammer, da in

Deckenhöhe (glaublich) 3 Lüftungsstützen hängen. Seit rund einem Jahr zig Anzeigern, nie eine UVS-Verhandlung, jedes Mal eingestellt worden(?), rechtens?"

Ihre Fragen zu „e-Zigarette“, „UVS-Wien“, Donauzentrum „Pascucci“ wurden bereits unter einem in Erledigung BMG-22186/0046-II/1/2011 vom 13.7.2011 abgehandelt; ein weiteres inhaltliches Eingehen darauf erübrigt sich daher.

„Noch einige "Unklarheiten"“:

„In der Lugner City gibt es ein Einraumlokal mit einer bewirtschafteten Fläche über 80m², das als reines Raucherlokal geführt wird. In der Mall gibt es einige wenige Tische, die auch von diesem Lokal bedient werden und rauchfrei sind. Ist das so gesetzeskonform?“

Den von ihnen übermittelten Angaben allein zufolge, ist es nicht vorstellbar, dass eine derartige Lösung (Einraumlokal > 80 m² als Raucherlokal, einige wenige Tische im Mall-Bereich als Nichtraucher) mit den Nichtraucherschutzbestimmungen des TabakG im Einklang steht. Eine abschließende Beurteilung des Sachverhalts ist jedoch anhand der von ihnen übermittelten Angaben nicht möglich, und hat eine solche überdies durch die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens zu erfolgen.

Im A-Danceclub, 1220 Wien, gibt es zwei Tanzflächen, eine Bar und ein Cafe. Der Raum mit der größeren Tanzfläche ist als rauchfrei gekennzeichnet, was aber viele Leute nicht davon abhält, trotzdem dort zu rauchen. Die Securities unternehmen nichts dagegen; diese stehen vor dem Eingang, also in der Mall, und rauchen. Die restlichen Räume sind einzeln jeweils kleiner als dieser als rauchfrei gekennzeichnete Raum, zusammengenommen aber größer. In diesen Räumen wird geraucht. Sämtliche Trenntüren, sofern vorhanden, stehen dauerhaft offen. Ist das so gesetzeskonform?

Auch bezüglich des von Ihnen angesprochenen Lokals A-Danceclub ist festzuhalten, dass nach Ihren Schilderungen jedenfalls der Verdacht auf unzureichende Umsetzung des Nichtraucherschutzes besteht, ggf. dieser sogar durch das Personal verletzt wird und u.U. auch die Hauptraumfrage nicht gesetzeskonform gelöst sein könnte. Ein Verdacht auf allfällige Verstöße gegen das TabakG wäre jedoch der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zur Kenntnis zu bringen, welche im Wege eines Verwaltungsstrafverfahrens diesem Verdacht nachgehen und, sofern sie dabei feststellt, dass tatsächlich eine Verletzung von Bestimmungen des TabakG vorliegt, ahnden wird können.

Ein Einraum-Heurigenlokal mit einer bewirtschafteten Fläche über 80m² hat keine Kennzeichnung an der Eingangstür. Unter Tags wird es rauchfrei betrieben. Am späten Abend und bei geschlossener Gesellschaft werden Aschenbecher ausgeteilt und es wird geraucht? Ist das so gesetzeskonform?

Ein zeitliches Switchen zwischen Raucher- und Nichtraucherlokal/-raum in Gastronomiebetrieben ist jedenfalls als unzulässig und unvereinbar mit den Bestimmungen des TabakG anzusehen. Der Umstand, dass ein Lokal von einer geschlossenen Gesellschaft besucht wird, vermag nichts an seinem Charakter eines öfftl. Ortes und somit der Anwendbarkeit der Nichtraucherschutzbestimmungen des TabakG zu ändern.

Bei Veranstaltungen in der Hofburg, im Rathaus, etc., wird bei den Einladungen auf rauchfreie Zonen und auf Raucherzonen hingewiesen. Diese Zonen sind räumlich nicht abgetrennt; falls doch, stehen die Türen dauerhaft offen. Raucherzonen sind u. a. der Eingangsbereich, Stiegenhäuser und der Garderobenvorraum, Gänge, also Zonen, wo alle Gäste durch oder vorbei müssen. Ist das so gesetzeskonform?

In Räumen öfftl. Orte (worunter Veranstaltungsorte oder auch Amtsgebäude mit Parteienverkehr wie Hofburg, Rathaus, etc. zu subsumieren sind) gelten die Nichtraucherbestimmungen des § 13 TabakG. Demnach kann in solchen Räumlichkeiten ein baulich von den Nichtraucherbereichen/-räumen abgetrennter Raucherraum, welcher ausschließlich dem Zwecke des Rauchens dient, errichtet werden, sofern gewährleistet ist, dass der Rauch aus diesem Raum nicht in die mit Rauchverbot belegten Bereiche der Räume öfftl. Ortes dringt. Jedenfalls ist es unzulässig, Allgemeinflächen wie Stiegenhäuser, Garderoben, Gänge o.ä. als Raucherzonen zu deklarieren, da diese nicht ausschließlich zum Zwecke des Rauchens dienen, sondern von Gästen zwecks Abgabe der Kleidung, Durchquerung des Gebäudes, etc. betreten werden müssen.

Das Lokal Rellys-Schmankerleck in Wien gibt an, einen Umbauantrag eingereicht zu haben, aber immer noch keine Bewilligung erhalten zu haben. Dieses Einraumlokal wird nach wie vor als Raucherlokal geführt, obwohl die bewirtschaftete Fläche größer ist als 80m². Beim Eingang wird schriftlich darauf hingewiesen, dass Nichtraucher beim Betreten des Lokals das Fehlen eines Nichtraucherraumes akzeptieren. Ist das so gesetzeskonform?

Die Übergangsbestimmungen für Gastronomiebetriebe gem. § 18 Abs. 6 TabakG und sohin die Möglichkeit, unter Berufung auf diese Bestimmung ein Lokal entgegen den Bestimmungen des § 13a TabakG als Raucherlokal zu führen, sind mit 30.6.2010 ausgelaufen, und haben sohin Einraumlokale über 80m² seit 1.7.2010 jedenfalls als Nichtraucherlokale geführt zu werden. Eine Berufung auf einen noch nicht erledigten Umbauantrag ist absolut unzulässig.

In einigen Lokalen gibts zwar Trennwände zwischen Raucher- und Nichtraucherräumen und ab und zu ist sogar die Tür geschlossen. Die Bar allerdings geht offen über beide Räume. Ist das so gesetzeskonform?

Raucher- und Nichtraucherbereiche in Räumen öfftl. Orte bzw. Gastronomiebetrieben haben baulich in einer Weise voneinander abgetrennt zu sein, die sicherstellt, dass Tabakrauch aus dem Raucherraum nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt. Wenn in einem Gastronomie-betrieb eine Bar sich offen über Raucher- und Nichtraucherraum erstreckt/diese verbindet, so wird den Anforderungen an eine ausreichende bauliche Abtrennung iSd TabakG nach ho. Ansicht idR wohl nicht Genüge getan, zumal nicht vorstellbar ist, dass dabei (bestmöglich) gewährleistet werden kann, dass Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Bereiche dringt.

Im Casino in Baden gibt es einen Raucher- und einen Nichtraucherraum. Im Nichtraucherraum gibts weniger Spieltische als im Raucherraum. Diese wenigen werden selten bis nie von Croupiers betreut. Der Casinobereich wird über den Raucherraum, der zum Stiegenhaus hin offen ist, betreten. Ist das so gesetzeskonform?

In Bezug auf Casinos ist auf die obigen Ausführungen betr. Casinos (§ 60 Abs. 26 GlücksspielG/Anwendbarkeit der Gastronomiebestimmungen des § 13a TabakG) zu verweisen und wiederum festzuhalten, dass eine abschließende Beurteilung des Sachverhalts aus den übermittelten Informationen nicht möglich ist.

Zu der von Ihnen ausgeführten Darstellung kann bemerkt werden, dass ein allf. vorhandener Raucherraum verpflichtend von den mit Rauchverbot jedenfalls belegten Teilen des Raums öfftl. Ortes wie Stiegenhäusern und ähnlichen Allgemeinflächen, baulich abgetrennt sein muss. Eine Durchquerung des Raucherraums, um in den Nichtraucherraum zu gelangen, kann hingegen zugemutet werden. Bezüglich der Problematik, dass weniger Spieltische im Nichtraucherraum vorhanden sind, ist auf darauf zu verweisen, dass die Hauptraumfrage nicht ausschließlich anhand der Anzahl der vorhandenen Spieltische zu beurteilen ist.

Eine Überprüfung der Richtigkeit der vom Inhaber vorgenommenen Beurteilung der Hauptraumfrage kann ho. nicht abschließend erfolgen, sondern wäre von der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde im Wege eines Verwaltungsstrafverfahrens vorzunehmen. Bedenken an der Rechtmäßigkeit der im Casino vorgenommenen Umsetzung der NichtraucherInnenschutzbestimmungen sind direkt bei der für die Vollziehung des TabakG in erster Instanz zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde aufzuzeigen, die eine allf. eine Verletzung der Nichtraucherschutzbestimmungen zu sanktionieren hätte.

Generell ist zu den dem BMG aufgezeigten oder sonst bekannt werdenden Fällen anzumerken, dass in vielen – und damit auch in diversen von Ihnen anhängig gemachten - Fällen jeweils bereits Strafverfahren von den zuständigen Bezirksverwaltungsbehörden eingeleitet und vielfach auch schon Straferkenntnisse ausgestellt worden sind; teilweise sind einzelne anhängige Verfahren im Stadium der Berufung, und daher die Inhaber der Lokale zumindest bis zum rechtskräftigen Abschluss der Verfahren an ihrem möglicherweise rechtswidrigen Verhalten (wobei diese Frage ggf. noch nicht abschließend geklärt ist), festhalten, sodass bei Ihnen und auch bei anderen Bürgern mitunter der Eindruck erweckt wird, Verstöße gegen die Nichtraucherschutzbestimmungen würden von den zuständigen Behörden oftmals nicht bzw. nur unzureichend geahndet.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Ausführungen behilflich gewesen zu sein und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

Für den Bundesminister:
Dr. Franz Pietsch

Beilage/n:

Signaturwert	ZaW+bBXp+2eICnxPgW9DYQIKKmacVnfrQrE9vTarDsK9yfVyS3PPreL5AkGRDu53UmEsbHuqu5Lxlb9gbm6geJZVHKcq1+SIIZTtGdltFX92SJ7PiRPkd0pJyi2FfH4lxd7BUcaMolWw1zY/MeaNv51S7YFWolAV014u3glR/tw=	
	Unterzeichner	serialNumber=756257306404,CN=Bundesministerium f. Gesundheit,O=Bundesministerium f. Gesundheit,C=AT
	Datum/Zeit-UTC	2011-07-28T13:47:12+02:00
	Aussteller-Zertifikat	CN=a-sign-corporate-light-02,OU=a-sign-corporate-light-02,O=A-Trust Ges. f. Sicherheitssysteme im elektr. Datenverkehr GmbH,C=AT
	Serien-Nr.	540369
	Methode	urn:pdfsigfilter:bka.gv.at:binaer:v1.1.0
	Parameter	etsi-bka-moa-1.0
Hinweis	Dieses Dokument wurde amtssigniert.	
Prüfinformation	Informationen zur Prüfung der elektronischen Signatur finden Sie unter: http://www.signaturpruefung.gv.at	