

Rechtsposition zur Strafbarkeit bei Aufstellung von Aschenbechern in Gastronomiebetrieben

Mit der Tabakgesetz-Novelle 2015¹ war einerseits ein absolutes Rauchverbot in der Gastronomie beschossen worden, welches ursprünglich mit 1. Mai 2018 in Kraft hätte treten sollen, aber bereits vor Inkrafttreten wieder aufgehoben wurde² und letztlich mit November 2019³ doch umgesetzt werden konnte.

Andererseits wurden mit dieser Novelle 2015 auch die in § 13c TNRSG in Verbindung mit § 14 Abs. 4 leg. cit.⁴ normierten Verpflichtungen (zuvor „Obliegenheiten“) betreffend den Nichtraucherschutz neu gefasst, wonach seit Mai 2018 nunmehr alle Verstöße gegen die Bemühungsverpflichtungen zu sanktionieren sind. Dies bedeutet unter anderem, dass Inhaberinnen bzw. Inhaber von Gastronomielokalen das gesetzliche Rauchverbot in ihrem Verantwortungsbereich umfassend durchzusetzen haben.

I. Relevante Bestimmungen des TNRSG

Die für Gastronomiebetriebe maßgeblichen Bestimmungen sind in §§ 12 Abs. 1 Z 4, 13c Abs. 1 und 3 TNRSG sowie 14 Abs. 4 TNRSG normiert.

Demnach gilt gem. § 12 Abs. 1 Z 4 TNRSG Rauchverbot in allen der Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken dienenden Räumen sowie in Gastronomiebetrieben für alle den Gästen zur Verfügung stehenden Bereiche, ausgenommen Freiflächen.

Inhaberinnen/Inhaber von solchen Räumen sind gem. § 13c Abs. 1 TNRSG verpflichtet, für die Einhaltung aller Rauchverbote sowie gem. § 13c Abs. 3 TNRSG für deren ordnungsgemäße Kennzeichnung zu sorgen.

¹ BGBl. I Nr. 101/2015 vom 13. August 2015

² BGBl. I Nr. 13/2018 vom 24. April 2018

³ BGBl. I Nr. 66/2019 vom 23. Juli 2019

⁴ Mit BGBl. I Nr. 22/2016 vom 20. Mai 2016 wurde der Titel des Gesetzes in „Bundesgesetz über das Herstellen und Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse und den Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutz (Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz – TNRSG)“ geändert.

Wer als Inhaberin/Inhaber gegen eine dieser Verpflichtungen verstößt, begeht gem. § 14 Abs. 4 TNRSOG eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe zu sanktionieren.

II. Höchstgerichtliche Judikatur

Die in Bezug auf die Aufstellung von Aschenbechern relevante Judikatur des VfGH⁵ und des VwGH⁶ stammt aus den Jahren 2009 bis 2012, und bezog sich somit auf den Zeitraum und die Rechtslage vor Mai 2018, bevor also § 13c TNRSOG neu gefasst bzw. das absolute Rauchverbote in der Gastronomie gem. § 12 Abs. 1 Z 4 in Kraft getreten war.

Damals hatte noch die grundsätzliche Möglichkeit zur Einrichtung von Raucher-räumen in Lokalen bestanden, und war von den Inhaberrinnen/Inhabern lediglich sicherzustellen gewesen, dass in den mit Rauchverbot belegten Räumen nicht geraucht wurde. Unter gewissen Voraussetzungen durfte auch in den „Raucherräumen“ das Rauchen nicht gestattet werden, beispielsweise wenn deren Türen länger als zum kurzen Durchschreiten geöffnet waren oder Rauch in vom Rauchverbot erfasste Räume durchdringen konnte.

Sohin war der alten Rechtslage nach die Aufstellung von Aschenbechern in einem Umfeld, in dem das Rauchen vom Grunde her (wenn auch nur ausnahmsweise und unter Einhaltung der dazu bestehenden gesetzlichen Vorgaben) gestattet werden durfte, nicht ungewöhnlich. Dadurch ist nachvollziehbar, dass zum damaligen Zeitpunkt die Aufstellung von Aschenbechern, die für sich allein als Einladung zum Rauchen missverstanden werden konnte, zwar grundsätzlich verpönt, aber letztlich - weil nicht ausdrücklich vom Tatbestand des § 13c Abs. 1 TNRSOG in der alten Fassung erfasst - mangels Vorliegens eines diesbezüglichen Regeltatbestandes als nicht strafbar zu bewerten war, sondern dass in Bereichen, die mit Rauchverbot belegt waren, für eine Strafbarkeit als Voraussetzung dafür **tatsächlich auch geraucht** werden musste.

Mit 1. November 2019 trat das absolute Rauchverbot gem. § 12 Abs. 1 Z 4 TNRSOG⁷ Rauchverbot in Räumen für die Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken sowie die in Gastronomiebetrieben für alle den Gästen zur Verfügung stehenden Bereiche, ausgenommen Freiflächen, in Kraft.

Seither sind alle Innenbereiche von Gastronomiebetrieben, die für Gäste zugänglich sind, mit einem absoluten Rauchverbot belegt. Da dort keinesfalls geraucht werden darf, besteht folglich auch keinerlei Notwendigkeit (mehr), Aschenbecher aufzu-

⁵ VfGH GZ B776/09 vom 1. Oktober 2009

⁶ VwGH GZ 2011/11/0059 vom 15. Juli 2011; GZ 2011/11/0215 vom 20. März 2012

⁷ BGBl. I Nr. 66/2019 vom 23. Juli 2019

stellen, und ist der Lebensrealität nach die Aufstellung von Aschenbechern in mit Rauchverbot belegten Bereichen generell als gänzlich unüblich zu sehen.

Auch die Wahrnehmung von Rauchgeruch wird der geltenden Rechtslage nach anders zu beurteilen sein als früher: War es vor Inkrafttreten des absoluten Rauchverbots in der Gastronomie nicht ungewöhnlich, dass sich Rauchgeruch z. B. durch kurzes Öffnen der Türe eines Raucherraums auch in die Nichtraucherbereiche ausgebreitet hat, kann diese Möglichkeit nunmehr gänzlich ausgeschlossen werden.

Vor diesem Hintergrund musste die in der Judikatur des VfGH behandelte Aufstellung von Aschenbechern in Verbindung mit dem Erfordernis des tatsächlichen Rauchens als Voraussetzung für eine Strafbarkeit infolge der seit Mai 2018 geänderten Rechtslage einer Neubeurteilung in Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte unterzogen werden.

Nach wie vor als aktuell anzusehen sind allerdings die Feststellungen des VfGH⁸, wonach Inhaberinnen und Inhaber alle notwendigen und geeigneten Vorkehrungen treffen müssen, um das Rauchverbot deutlich erkennbar zu machen, und in keiner Weise signalisiert werden darf, dass es möglich oder zulässig wäre, zu rauchen.

III. Rechtliche Beurteilung des BMSGPK

III.1. Aschenbecher

Aschenbecher dienen der allgemeinen Lebenserfahrung und ihrer Zweckbestimmung nach insbesondere als Behältnisse für Asche und Abfälle (z. B. Stummel) von Rauchwaren wie Zigaretten, Zigarren u. ä.

Wie bereits ausgeführt, ist das Aufstellen von Aschenbechern in einem Umfeld, in dem grundsätzlich geraucht werden darf, üblich.

In Bereichen, in denen keinesfalls geraucht werden darf, besteht keine Notwendigkeit zur Aufstellung von Aschenbechern, und ist dies in der Regel auch unüblich; im Sinne der oben genannten Ausführungen des VfGH kann/muss dies vielmehr als (deutliches) Signal gewertet werden, dass Rauchen möglich oder gar zulässig wäre und könnte von Gästen sogar als „Einladung zum Rauchen“ gedeutet werden.

In Gastronomiebetrieben darf lediglich auf Freiflächen⁹ geraucht werden. Somit ist davon auszugehen, dass eine Aufstellung von Aschenbechern in den mit Rauchverbot

⁸ VfGH GZ B776/09 vom 1. Oktober 2009

⁹ Zur Abgrenzung von Freiflächen zu (Innen-)Räumen in Gastronomiebetrieben siehe GZ BMSGK 22181/63-IX/17/2019 vom 23. Dezember 2019

<https://www.sozialministerium.at/Themen/Gesundheit/Drogen-und-Sucht/Nichtraucherschutz-und-Rauchverbote.html>

belegten Innenräumen nicht mit der Lebenswirklichkeit korreliert, wohingegen auf Freiflächen von Gastronomiebetrieben, auf denen geraucht werden darf, zu erwarten ist, dass dort auch Aschenbecher aufgestellt werden.

Denkbar dabei ist, dass auf Freiflächen benützte Aschenbecher in Innenräumen gelagert werden. Allerdings bestehen auch in diesem Zusammenhang „übliche“ und „unübliche“ Vorgangsweisen, und erfordern diese bei Kontrollen durch die Vollzugsbehörden Einzelfallbeurteilungen im jeweiligen Gesamtkontext.

Als üblich wäre jedenfalls zu betrachten, wenn leere Aschenbecher, die für die Verwendung z. B. in einem Gastgarten gedacht sind, in Kästen, Regalen oder auf Ablageflächen von Innenräumen u. ä. sichtbar gestapelt verwahrt werden.

Werden hingegen in Innenräumen von Lokalen auf Tischen, an der Bar oder an der Gästebewirtung dienenden Bereichen/Plätzen verteilt Aschenbecher vorgefunden, wird dies ein Indiz für einen möglichen Verstoß gegen das gesetzliche Rauchverbot sein und jedenfalls vom Inhaber/der Inhaber eine plausible Erklärung dafür erfordern.

Das Vorfinden voller Aschenbecher oder zu Aschenbechern „umfunktionierter“ anderer Behälter (wie z. B. Getränkedosen oder -flaschen) an den o. g. Orten deutet der ho. Rechtsansicht nach jedenfalls auf einen Verstoß gegen das Rauchverbot hin, unabhängig davon, ob zum Kontrollzeitpunkt gerade jemand im Lokalinneren raucht oder nicht.

Hingegen wird das Vorfinden nicht verrauchter Tabak- oder verwandter Erzeugnisse (z. B. eine auf dem Tisch liegende Zigarettenpackung) nur dann inkriminiert werden können, wenn weitere Hinweise vorliegen, die auf widerrechtliches Rauchen hindeuten.

III.2. Tatsächliches Rauchen

Rauchgeruch breitet sich in Innenräumen in der Regel selbst bei geschlossenen Türen oftmals raumübergreifend aus und wird meist auch in angrenzenden bzw. nahegelegenen Bereichen wahrnehmbar, wenn die Türe eines Raums, in dem geraucht wird, geöffnet wird (selbst wenn nur kurz).

In Gastronomiebetrieben, in denen nach der alten Rechtslage Raucherräume eingerichtet waren, war somit nicht immer zweifelsfrei feststellbar, ob in mit Rauchverbot belegten Bereichen gesetzwidrig geraucht worden sein könnte, oder ob dort wahrnehmbarer Rauchgeruch durch angrenzende oder nahegelegene Raucherräume verursacht wurde. Folglich musste - im Einklang mit der höchstgerichtlichen Judikatur - in einem mit Rauchverbot belegten Raum

nachgewiesenermaßen tatsächlich geraucht werden, damit eine Sanktionierung des Inhabers/der Inhaberin bzw. des/der Rauchenden erfolgen konnte.

Mittlerweile herrscht jedoch in allen den Gästen zugänglichen Bereichen von Gastronomiebetrieben absolutes Rauchverbot. Dieses Rauchverbot besteht dauerhaft und uneingeschränkt, also auch zu Zeiten, in denen ein Betrieb geschlossen ist. Damit kann Rauchgeruch nun denotwendigerweise nicht mehr durch bestehende Raucherräume verursacht werden.

Dementsprechend wird wahrnehmbarer Rauchgeruch im Gesamtzusammenhang als deutlicher Hinweis auf einen Verstoß gegen das gesetzliche Rauchverbot zu werten sein.

In diesem Zusammenhang ist abermals hervorzuheben, dass Inhaberinnen bzw. Inhaber von Gastronomiebetrieben nicht nur darauf hinzuwirken haben, dass die geltenden Rauchverbote beachtet werden, sondern diese im Rahmen ihrer diesbezüglichen Bemühungsverpflichtungen gemäß § 13 c Abs. 1 TNRSG in Verbindung mit § 14 Abs. 4 leg. cit. gegenüber den in ihren Lokalen aufhältigen Personen auch durchzusetzen haben.

In die Beurteilung der Gesamtumstände wird mit einzubeziehen sein, dass in Bereichen von Gastronomiebetrieben, die den Gästen NICHT zugänglich sind, gegebenenfalls - den Vorschriften des ASchG entsprechende - Raucherräume für Bedienstete eingerichtet werden dürfen. Dabei ist allerdings auch zu beachten, dass die Inhaberinnen und Inhaber im Rahmen ihrer Bemühungsverpflichtungen in solchen Fällen dafür zu sorgen haben, dass Gäste keiner Rauch-/Dampfexposition ausgesetzt sind, insbesondere da sich diese im Lichte des absoluten Rauchverbots darauf verlassen können müssen, sich in einer tatsächlich rauchfreien Umgebung aufzuhalten.

Davon abgesehen wird in eine Einzelfallbeurteilung ebenso einfließen müssen, dass bei gewissen örtlichen Gegebenheiten Rauchgeruch in Innenräumen durch im Freien gelegene Raucherbereiche mitunter nur schwer vermeidlich sein kann, was entsprechend mitzubersichtigen wäre.

IV. Zusammenfassung

Inhaberinnen und Inhaber von Gastronomiebetrieben (und auch von allen anderen Räumen öffentlicher Orte) sind gem. § 13c TNRSG verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass in den mit Rauchverbot belegten Bereichen nicht geraucht wird, und dass das Rauchverbot deutlich gekennzeichnet ist. Kommen sie dieser Verpflichtung nicht vollumfänglich nach, ist dies nach § 14 Abs. 4 TNRSG zu sanktionieren.

Entsprechend der Judikatur des VfGH dazu müssen von den Verantwortlichen alle notwendigen und geeigneten Vorkehrungen getroffen werden, um das Rauchverbot deutlich erkennbar zu machen, und darf in keiner Weise signalisiert werden, dass es möglich oder zulässig wäre, zu rauchen.

Im Lichte des seit November 2019 bestehenden absoluten Rauchverbots in der Gastronomie und den bereits seit Mai 2018 damit verknüpften umfassenden Bemühungsverpflichtungen für Inhaberinnen bzw. Inhaber können nunmehr Verstöße gegen das Rauchverbot auch anhand des Gesamtkonnexes durch schlüssige Beobachtungen, wie z. B. in Verabreichungsbereichen aufgestellte Aschenbecher (ausgenommen auf Freiflächen), das Vorfinden voller Aschenbecher oder anderer als Aschenbecher genützter Behälter, wahrnehmbaren Rauchgeruch etc. abgeleitet werden, und ist es nicht (mehr) zwingend erforderlich, dass ein Kontrollorgan jemanden beim aktiven Rauchen in einem Rauchverbotsbereich beobachtet.

Wien, 11. Mai 2020

Dr. Franz Pietsch