

1. Einleitung

Die Tabakpflanze ist seit 520 Jahren in Europa bekannt. Zunächst war die Tabakpflanze nur als exotische Zierpflanze den höchsten Adelshäusern zugänglich. Die Tabakpflanze zeichnet sich durch große Flexibilität aus und kann von Virginia bis zum Kaukasus in vielen Landschaften kultiviert werden.

Als erster Raucher in Europa gilt *Rodrigo de Jerez*, der als Besatzungsmitglied der *Santa Maria* Einheimischen beim Rauchen von in Maisblättern eingewickelm Tabak beobachte und es ihnen nachmachte.¹

Es wird berichtet, dass *Rodrigo de Jerez* in der spanischen Hafenstadt rauchend durch die Straßen wandelte und die Inquisition ihn deshalb für volle zehn Jahre ins Gefängnis warf. Es wurde vermutet, dass der Teufel in ihn gefahren sei und daher stoße er höllischen Rauch durch Mund und Nase aus.² Mit der Einfuhr von Tabak nach Europa formierten sich gleichzeitig Gegner aus verschiedenen Lagern (Kirche, Moral, staatliche Obrigkeit).

Stellvertretend wird auf ein Pamphlet aus 1603 des englischen König *James I.* verwiesen: „Die Gewohnheit des Rauchens ist abscheulich für das Auge, abstoßend für die Nase, gefährlich für das Hirn und verbreitet um den Raucher herum Dämpfe, die so pestilenzalisch sind wie jene, die aus der Hölle aufsteigen.“³

Aber trotz zeitweiser rigoroser Verbote verbreitete sich der Konsum von Tabak (Kautabak, Schnupftabak, Pfeifentabak) in ganz Europa. Zunächst wurde nach der raschen Verbreitung des Tabaks in Europa von den weltlichen und geistigen Mächten erbittert versucht den Tabakgenuss in Europa zu verbieten. Ab dem 17. Jahrhundert aber wechselten immer mehr Länder ihre negative Grundeinstellung zum Tabakkonsum und versuchten zumindest finanzielle Vorteile in Form von Tabakmonopolen (England 1625, Venedig 1657, Portugal 1664, Frankreich 1674) zu lukrieren⁴.

Finanznöte Österreichs im 17. Jahrhundert führten zu einer allgemeinen Erhöhung der Verbrauchsteuern und an Stelle der früheren Verbote des Tabakkonsums trat eine Erlaubnis in

¹ Vgl.:*Moschig*, Auf der Kippe. Ein Versuch in neun Stationen in *Meighörner* (Hg), Auf der Kippe eine Konflikt-geschichte des Tabaks: Tiroler Volkskundemuseum, 22.2-10.11.2019 Tiroler Landesmuseen (2019), 10.

² *Böse*, Und es wird doch geraucht. Eine kleine Kulturgeschichte des Tabaks (1965) 32.

³ Vgl.:*Moschig*, Auf der Kippe. Ein Versuch in neun Stationen in *Meighörner* (Hg), Auf der Kippe eine Konflikt-geschichte des Tabaks: Tiroler Volkskundemuseum, 22.2-10.11.2019 Tiroler Landesmuseen (2019), 10.

⁴ *Plenker*, Das Österreichische Tabak-Monopol (1857) 3.

Form einer neuen Tabakgesetzgebung, indem 1658 *Leopold I.* die Tabakeinfuhr mit einem Einfuhrzoll von 40 kr für den Zentner belegte.⁵

In den nächsten Jahrzehnten kamen verschiedene Marktformen (Einfuhrzölle, zeitlich und örtlich beschränkte Verpachtungen, Teil- und Vollmonopole) für die Tabakbewirtschaftung in der Monarchie zur Anwendung.

Neben der Monopolisierung der Tabakproduktion und der Besteuerung des Tabakkonsums blieben aber weiterhin Verbote und Verbotszonen (zB in der Nähe von Pulvermagazinen, in Scheunen und Heuschobern). Verbote wurden zum Symbol politischer Unterdrückung während Rauchen in der Öffentlichkeit für die Obrigkeit als Zeichen politischer Aufmüpfigkeit. In Wien war im Vormärz auf zahlreichen Plätzen (Innenstadt, auf der Bastei, auf allen Brücken, Prater-Hauptallee, Parkanlagen) verboten.⁶

Verbote zum Schutz der Gesundheit der Raucher und ihrer Nähe befindlicher Dritte entwickeln sich langsam gegen Ende des 20. Jahrhunderts. Österreich zählte in dieser Entwicklung zu den absoluten Nachzügler. Es liegt ein Staatsversagen beim Nichtraucherschutz vor.

2. Problemstellung

Der Begriff *Staatsversagen* wird in verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen in höchst unterschiedlicher Weise verwendet. Im Völkerrecht wird das Phänomen *Staatsversagen* unter „*failed state*“ erörtert. Darunter wird ein Staat (zB Somalia) verstanden der wesentliche Funktionen (Sicherheit, Wohlfahrt, Rechtsstaatlichkeit) nicht mehr erfüllen kann. Diese Begriffsbedeutung wird der vorliegenden Arbeit nicht zu Grunde gelegt. Vielmehr soll darunter verstanden werden, dass der Staat entweder bei der Erlassung und Vollziehung bestimmter Rechtsakte extrem säumig ist, keinen praktikablen Lösungsansatz konzipiert hat oder das Problem bewusst negiert oder verkennt. Dieses Begriffsverständnis hat sich bisher besonders im Schrifttum der Umweltpolitik und im Umweltrecht etabliert. Im traditionellen juristischen Schrifttum hat sich diese makroskopische Sichtweise bisher kaum durchgesetzt. Die Untersuchungskommission unter der Leitung der ehemaligen OGH-Präsidentin *Griss* meinte in ihrem Bericht zur Hypo-Alpe-Adria, dass ein multiples Staatsversagen erfolgt sei. Auch das Verhalten der Bundesregierung, der Verwaltung anlässlich der Flüchtlingskrise

⁵ *Hitz/Huber*, Geschichte der österreichischen Tabakregie 1784 – 1835 (1975), 13.

⁶ Die lasterhafte Panazee. 500 Jahre Tabakkultur in Europa. Ausstellung im Österreichischen Tabakmuseum 11. Juni bis 4. Oktober 1992, *Rupp* (Hg) 1992, 16.

2015 oder während der Covid-Pandemie wurde vereinzelt als multiples Staatsversagen bezeichnet.

Bei näherer Betrachtung stellt sich die Frage: Wer ist der Staat? In der juristischen Alltagssprache wird regelmäßig vom Staat gesprochen ohne zu bedenken, dass Österreich seit 1. Oktober 1920 (B-VG 1920) ein Bundesstaat ist. Es existiert also keine juristische Person Staat. Als erster sinnvoller Anknüpfungspunkt für Staat können die drei Staatsfunktionen Gesetzgebung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit als Ausgangspunkt für die Analyse des „Nichtraucherschutzes in Österreich“ verwendet werden. Die Beschränkung auf diese drei Staatsfunktionen greift aber zu kurz. Die Bevölkerung ist auch einzubeziehen, weil von Teilen der Bevölkerung können Petitionen, Volksbegehren, Wünsche nach Volksbegehren u a ausgehen, die einen intensiven Diskussionsprozess auslösen können, der insbesondere starken Druck auf die Abgeordneten des Nationalrates ausüben kann.

Im Rahmen dieser Arbeit werden besonders die §§ 9 Abs 1, 13 a – c des TNRS⁷ analysiert. Es betrifft den mangelhaften Vollzug und Ausnahmen vom Nichtraucherschutz in der Gastronomie durch Trennung in Raucher- und Nichtraucherbereiche.

Im Rahmen dieser Arbeit wird auch das Phänomen der Tabaksheriffe näher erörtert. Es ist ein österreichisches Spezifikum des gesellschaftlichen Umgangs mit Rauchen in der Öffentlichkeit, insbesondere in der Gastronomie. Schon Jahrzehnte vor Erlassung des TNRS gab es vereinzelte Pioniere, die sich vehement für einen Nichtraucherschutz einsetzten. Aber erst in den letzten zehn Jahren traten selbst ernannte Tabaksheriffe auf, die sich teilweise Quasi-Amtscharakter anmaßen und sowohl für gewaltiges Konfliktpotential sorgten als auch zu einer enormen Belastung der einschlägigen Verwaltung durch tausende von Anzeigen führten.

In einem weiteren Kapitel werden einige ausgewählte Judikate zum Nichtraucherschutz besprochen. Als Folge der medialen Präsentation von Ausschnitten aus dem *Ibiza*-Video wurde die Koalition zwischen ÖVP und FPÖ spontan beendet. Es bestand jetzt ein kurzes Zeitfenster bis kurz vor den NR-Wahlen im September, dass der Nichtraucherschutz in der Gastronomie restriktiver bis zu einem Totalverbot geregelt werden konnte. Damit zusammenhängende rechtliche Probleme und wünschenswerte Verbesserungen werden in einem Abschnitt erörtert.

⁷ BGBl I 1995/431 idF BGBl I 2018 37 Bundesgesetz über das Herstellen und Inverkehrbringen von Tabak-erzeugnissen und verwandten Erzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse und den Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutz (Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucher-schutzgesetz – TNRS).

„Ein langes Leben ist nicht nur für den einzelnen Menschen erstrebenswert, sondern auch ein wichtiger volkswirtschaftlicher Faktor, u.a. durch höhere Arbeitsleistung und mehr Spielraum bei den öffentlichen Gesundheitsausgaben. Vor diesem Hintergrund enthielten die Regierungsprogramme 2008-2013, 2013-2018, 2017-2022 und 2020-2024 (24. Bis 27. Gesetzgebungsperiode) auch diverse Vorhaben zur Stärkung der Gesundheitsförderung und Prävention.“⁸

Bis 2032 sollte eine Verbesserung der Gesundheit aller in Österreich lebenden Menschen bewirkt werden durch zwei zusätzlich in Gesundheit vollbrachten Jahren. Obwohl Gesundheitsprävention ein Teil der Regierungsprogramme war, fehlten konkrete Ansätze zur Reduktion der Raucherquoten vollständig.

3. Gründe für staatliche Regulierung

3.1 Vermeidung von Krankheiten und Todesfällen

Das *IHS* führte im Auftrag der Niederösterreichischen Gebietskrankenkasse eine Studie über volkswirtschaftliche Effekte des Rauchens in Österreich durch. Basisjahr der Analyse ist das Jahr 2016. Laut den Berechnungen des *IHS* sind jährlich rund 12.840 Todesfälle ursächlich auf das Rauchen zurückzuführen. Das entspricht ungefähr 16% der insgesamt Verstorbenen. Etwa 230 dieser Todesfälle sind dabei auf das Passivrauchen zurückzuführen. Gegenüber Personen, die niemals täglich aktiv rauchten, reduziert sich die Lebenserwartung von männlichen bzw weiblichen Aktivrauchern im Schnitt um 7,5 bzw 6,3 Jahre.⁹

Neben Erkrankungen wie Lungenkrebs, COPD und verschiedenen Herzerkrankungen, deren Assoziation mit dem Rauchen seit langem bekannt ist, konnte die Evidenz in den vergangenen Jahren auch auf Diabetes u a Erkrankungen ausgeweitet werden.¹⁰

3.2 Schutz vor Passivrauchen

Das Jahr 2018 war durch einen Glaubenskrieg zwischen Befürwortern des „*Don't smoke*“ Volksbegehrens und Gegnern gekennzeichnet. Die Diskussion wurde meist auf sehr emotionaler Ebene geführt und Sachargumente wurden kaum seriös eingesetzt. Die Gesundheitsschädlichkeit von Rauchen ist mittlerweile allgemein anerkannt. Aber erst in den letzten Jahren kam Passivrauchen als realistisches Bedrohungsszenario im Bewusstsein von

⁸ Vgl.: RH 2023/1, Gesundheitsförderung und Prävention 21.

⁹ Vgl. *Czypionka*, Volkswirtschaftliche Effekte des Rauchens: Vermeidbare Kosten von jährlich 2,4 Milliarden Euro, <https://www.ihs.ac.at/about/public-relations/press-releases/2018/volkswirtschaftliche-effekte-des-rauchens>, [Download: 5. Juni 2019].

¹⁰ Ebenda.

weiten Kreisen der Bevölkerung an. Lange Zeit wurde Tabakrauch nur synonym für schlechte, unangenehme Luft angesehen. Raucherabteile in Zügen waren zB state of the art. Rauchverbote existierten nur wegen Feuergefahr, Explosionsgefahr oder aus hygienischen Gründen.

In der medizinischen Fachliteratur wird seit geraumer Zeit die These vertreten, dass die Nebenrauschwaden sogar gefährlicher sind als die inhalierten Rauchschwaden. Die potentiellen gesundheitlichen Schäden von Tabakrauch treten meist erst nach Jahren oder sogar Jahrzehnten signifikant in Erscheinung. Gesundheitliche Schädigungen können zudem meist nur mit epidemiologischen oder statistischen Untersuchungen als plausibel angenommen werden. Ältere Studien basieren häufig nur auf Befragungen und kommen daher zu methodisch zweifelhaften Ergebnissen. Es ist daher wenig verwunderlich, wenn immer wieder widersprechende Studienergebnisse auftauchen. Durch physikalische Messgeräte ist es nun möglich die Luftbelastung von Räumen exakt zu messen. In Österreich hat sich der Sachverständige für Innenraumanalytik *Tappler* Verdienste erworben. *Tappler* führte umfangreiche Messungen in Gasthäusern und Kaffeehäusern durch und zeigte deutlich auf, dass die Trennung zwischen Raucher- und Nichtraucherbereich meist nicht funktioniert. Die Belastung durch Rauchschatstoffe ist auch in vielen Nichtraucherbereichen deutlich erhöht.

3.3 Volkswirtschaftliche Gründe

Bereits im Jahre 2008 untersuchte das IHS die volkswirtschaftlichen Effekte des Rauchens in Österreich. Basisjahr der Analyse ist das Jahr 2003. Laut IHS belaufen sich die medizinischen Kosten von Rauchen jährlich auf 760 Millionen Euro, das sind 3,3% der Gesundheitsausgaben im Jahr 2003 (ohne Pflege und Investitionen).¹¹

Das IHS schlüsselt in der Analyse noch weitere Kosten auf und zeigt, dass die gesellschaftlichen Kosten von Rauchtabakkonsum dessen Nutzen jährlich um 511,4 Millionen übersteigen. Von diesen Nettokosten sind knapp ein Viertel, ca 118,6 Millionen Euro durch das Passivrauchen verursacht. Aus sozioökonomischer Sicht sind daher die gesellschaftliche Toleranz und die fiskalischen Nutznießung des Konsums nicht gerechtfertigt.¹²

Eine Update-Studie zum Jahr 2016 (siehe 2.1) ergab medizinische Kosten von jährlich 630,5 Millionen Euro oder 2,2% der laufenden Gesundheitsausgaben. Insgesamt schätzt das *IHS* die vermeidbaren Kosten des Rauchens in Österreich auf jährlich 2,41 Milliarden

¹¹ Vgl *Pock/Czypionka/Müllbacher/Schnabl*, Volkswirtschaftliche Effekte des Rauchens. Eine ökonomische Analyse für Österreich. Endbericht April 2008, 2f.

¹² Vgl ebenda 4.

Euro. Diesen Kosten stehen Tabaksteuereinnahmen von 1,83 Milliarden Euro (2016) gegenüber. Um zum europäischen Standard des Nichtraucherschutzes aufzuschließen, empfiehlt das IHS effektive politische Maßnahmen (zB Rauchverbote an öffentlichen Orten) und Preiserhöhungen für Tabakwaren.¹³

4. Der mühsame Weg zum Nichtraucherschutzgesetz

"Mit Gewaltmaßnahmen sollen nun auch Österreichs Raucher zwangsentwöhnt werden", schrieb profil in der Titelgeschichte vom 24. August 1992.¹⁴ 1992 kündigte der damalige Gesundheitsminister Michael Ausserwinkler (SPÖ) in einem Profilinterview mehrere Initiativen gegen das Rauchen, erst bei Schwangeren und am Arbeitsplatz, schließlich auch in der Gastronomie über ein strenges „Tabakwarengesetz“ an. Der Vorschlag beinhaltete Nichtraucherzonen in Lokalen. Der Vorschlag wurde zwar monatelang debattiert, übrig blieb unter anderem letztlich nur die Idee einer freiwilligen Selbstverpflichtung für Betreiberinnen und Betreiber von Gastronomiebetrieben.¹⁵

Obwohl bereits international über Tabakwerbeverbote und Warnhinweise auf Zigarettenpackungen diskutiert wurde, war Österreich noch ein Raucherparadies mit Raucherzimmer an Schulen und ohne Rauchereinschränkungen in öffentlichen Gebäuden. Trotz zahlreicher Ärzte unter den Gesundheitsministern gab es zunächst kaum Fortschritte im Nichtraucherschutz.

Erst im August 2004 konnten die damalige Gesundheitsministerin Maria Rauch-Kallat und die WKÖ eine erste Freiwilligenvereinbarung präsentieren: bis zum Ende 2004 sollten 30 Prozent der Speiselokale „rauchfreie Zonen“ einrichten. Bis Ende 2006 sollte der Prozentsatz auf 90 gesteigert werden. Eine spätere Evaluierung zeigte nur bescheidene Quoten (Wien: 41 Prozent).¹⁶

Im April 2007 scheiterte die nächste Gesundheitsministerin Andrea Kdolsky eine gesetzliche Trennung mit Ausnahmen für kleinere Lokalitäten durchzusetzen. Erst mit 1. Jänner 2009 trat ein Tabakgesetz in Kraft mit Ausnahmeregelungen für abgetrennte Raucherräumlichkeiten und kleine Lokale und Übergangsfristen. Die Fristen endeten im Sommer 2010 und damit durften Gastronomiebetriebe das Rauchen nur noch in getrennten

¹³ Vgl. Czypionka.

¹⁴ Vgl.: N.N., Der Krieg gegen die Raucher, profil 31.8.2017, <https://www.profil.at/oesterreich/profil-vor-25-jahren-der-krieg-gegen-die-raucher>, Download: 8. März 2023.

¹⁵ N.N., Der lange Weg zum Gastro-Rauchverbot, <http://www.orf.at/stories/3142604>, 31. Oktober 2019.

¹⁶ Ebenda.

Räumen erlauben beziehungsweise nur dann, wenn diese Räumlichkeiten kleiner als 50 Quadratmeter umfassten.¹⁷

Als nächster Schritt war 2015 unter Gesundheitsministerin Sabine Oberhauser und Wirtschaftsminister Reinhold Mitterlehner ein generelles Rauchverbot ab Mai 2018 geplant. Die Regierungsbeteiligung der FPÖ nach der Nationalratswahl 2017 führte zu einem Rückschritt auf das „*Berliner Modell*“ mit weiterhin Rauchmöglichkeiten in der Gastronomie. Auch das „*Don't Smoke* Volksbegehren“ mit 881.692 Unterschriften änderte nichts an der Rechtsposition zum Nichtraucherschutz.

4.1 Gesetzliche Vollziehung des Nichtraucherschutzes

Einleitend soll darauf hingewiesen werden, dass die ersten einschlägigen Bestimmungen zum Nichtraucherschutz noch zum TabakG erlassen wurden. Das TabakG wurde erst später zum TNRSOG umbenannt. Das TabakG sieht für die Einhaltung der Nichtraucherschutzbestimmungen explizit keine Kontrolle durch die Behörde vor.¹⁸ Dies folgt aus einem Umkehrschluss aus § 9 Abs 1 TabakG. Die Bundesministerin für Gesundheit hat die §§ 3 bis 7 zu überwachen, aber nicht die §§ 13ff TabakG. *Zanger* kritisiert, dass das TabakG gerade zur Denunziation auffordere. Eine derartige generelle Instrumentalisierung der Bevölkerung anstelle der Exekutive ist verfassungsrechtlich nicht gedeckt. Der Staat verweigert in diesem Fall die ihm obliegende Überwachungspflicht.¹⁹

Zanger erachtet es für möglich, dass die „Effizienz des Rechtsschutzes“ und damit Art 18 B-VG verletzt sein könnten.²⁰ Im Hinblick auf die mittlerweile fast 30.000 Anzeigen von Privaten kann man seiner schon 2011 geäußerten Kritik nur zustimmen, dass die Übertragung der Vollziehung der Gesetze auf die Gesellschaft verfassungsrechtlich höchst bedenklich ist. Würde man diese Vollzugspraxis auch auf andere Rechtsbereiche ausdehnen, wäre die Verwaltung ständigen „Anzeigen-Tsunamis“ ausgesetzt. Die meisten Verfahren müssten vermutlich mangels fachlich fundierter Fakten eingestellt werden, aber umfangreiche Ressourcen der Verwaltung für einen sinnvollen Vollzug wären vergeudet.

¹⁷ Ebenda.

¹⁸ *Zanger*, Veranstaltungen im Lichte des TabakG, *ecolex* 2011, 662.

¹⁹ Vgl ebenda.

²⁰ Ebenda.

Dieser Sanierungsbedarf des Gesetzes wurde sowohl von Lehre²¹ ²² als auch der Volksanwaltschaft²³ betont, aber die derzeitige Diskussion läuft hauptsächlich über eine Einführung eines totalen Rauchverbots in der Gastronomie.

4.2 Vollziehung des Nichtraucherschutzgesetzes und Rechtsfragen zu Tabaksheriffen

4.2.1 Die Ära der „friedlichen Vorkämpfer“ für einen Nichtraucherschutz

Nichtraucherschutz ist eine Querschnittsmaterie die im 20. Jahrhundert in der Gesetzgebung kaum relevanten Niederschlag fand. Ein Nichtraucherschutzgesetz war politisch noch weit weg von jeglichen Vorstellungen. Aber bereits vor über vierzig Jahren machten vereinzelte Personen gegen den Tabakkonsum mobil. Die Vorkämpfer für eine rauchfreie Gastronomie wurden ignoriert und teilweise als Querulanten beschimpft. Einer der Ersten, dieser Pioniere war der Innsbrucker Buchhändler *Robert Rockenbauer*, der Nichtraucherecken in seinem Geschäft installierte.²⁴ Im Jahr 1975 saß *Rockenbauer* in einem Selbstbedienungsrestaurant und fühlte sich durch den Rauch gestört. Seit damals hat er die Vision Österreich rauchfrei zu bekommen. Teilweise arbeitete er mit Überzeugungsarbeit und Information (zB Gesundheitsausstellung in Innsbruck von 1980 – 1992). Für sein Engagement wird ihm das Silberne Ehrenzeichen der Republik Österreich verliehen.²⁵

Die jahrelangen Aktivitäten von Herrn *Rockenbauer* werden höchst unterschiedlich beurteilt. Er selbst sieht sich nicht als Sheriff, eher als Beschützer der Nichtraucher. Der frühere Generaldirektor der *Austria Tabak AG Mauhart* meinte, dass *Rockenbauer* immer ein militanter Typ war.²⁶ Auf seinen sogenannten Antirauchpatrouillen setzte *Rockenbauer* auch juristisch grenzwertige Handlungen. Seine Handlungen werden zwar kritisch als teilweise unangemessen beschrieben, aber dass seine Handlungen sowohl strafrechtliche als auch privatrechtliche Grenzen überschreiten wird nicht thematisiert.

Er befragt bei seinen Kontrollgängen das angetroffene Gastronomiepersonal nach. Viele halten ihn für einen Beamten, der von einer Behörde kommt. Er klebt auch ohne Befugnis einfach rote Rauchfrei-Aufkleber auf die Eingangstüre von Lokalen oder entfernt unvollständige Aufkleber und ersetzt sie durch gesetzeskonforme Aufkleber. Es kann

²¹ *Kolonovits*, Der Nichtraucherschutz des TabakG aus rechtlicher Sicht in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit 7. – 9. Juni 2012 Schlögen, 382ff.

²² *Aigner*, Autonomie, Selbstschutz und Nichtraucherschutz – Podiums- und Publikums-diskussion, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit 7. – 9. Juni 2012 Schlögen, 395.

²³ Bericht Volksanwaltschaft 2011, 8.

²⁴ *Berger*, Rauch-Sheriff: Vom Feindbild zum Vorkämpfer, Kurier 10.1.2015.

²⁵ *Kapeller*, Das Porträt: Der ewige Missionar, Die Zeit, 7.5.2015.

²⁶ Ebenda.

durchaus die Meinung vertreten werden, dass dadurch der Tatbestand des § 314 STGB Amtsanmaßung verwirklicht wird. Auch ein sendungsbewusster Rauchsheriff hat kein Recht gesetzlich vorgesehene Aufkleber in Lokalen anzubringen. Aber auch das Eigenmachtverbot des § 339 ABGB ist zu berücksichtigen. Niemand darf eigenmächtig (ohne behördliche oder gesetzliche Genehmigung) den Besitz eines anderen stören. Jede objektive Beeinträchtigung des Besitzes ist unabhängig vom Verschulden gesetzwidrig. Eine Besitzstörungsklage ieS ist gerichtet auf Feststellung der erfolgten Störung und auf Unterlassung zukünftiger Störungen (§ 862 ABGB). Die Wiederholungsgefahr muss behauptet und bewiesen werden. Da *Rockenbauer* regelmäßige Kontrollgänge durchführte ist der Nachweis der Wiederholungsgefahr spätestens beim zweiten Erscheinen kein Problem. Die gerichtliche Durchsetzung mit einer Besitzstörungsklage ieS ist aber höchstens als akademischer Lösungsvorschlag zusehen, weil der Gastronomieinhaber durch fehlende oder unvollständige Aufkleber objektiv das Nichtraucherschutzgesetz verletzt. Gerichtlich einen ungesetzlichen Zustand (= ohne Aufkleber) herzustellen erscheint als missbräuchliche Anwendung des Gesetzes. Derartige Konstellationen sollten ohne Einschaltung von Gerichten auf zwischenmenschlicher Basis gelöst werden.

Die Amtsanmaßung ist mE schon mit einer Verwarnung durch die Gerichte zu ahnden. Die Rauchersheriffe nehmen für sich in ihrer Selbstüberschätzung Kompetenzen und Pseudo-behördenbefugnisse wahr, die der Gesetzgeber ihnen nicht gewährt. Aus Einzelfallperspektive mag diese gerichtliche Zurechtweisung der Rauchersheriffe als überzogene Forderung erscheinen, aber wie die Praxis zeigte handeln die Rauchersheriffe in hunderten Fällen zumindest im rechtlichen Graubereich. Hätte der Gesetzgeber einen systematischen Vollzug des Nichtraucherschutzes durch behördliche Organe vorgesehen, wäre es nicht zu diesen Fehlentwicklungen gekommen.

4.3 Selbsthilfe beim Nichtraucherschutz

In einem Ministerial-Entwurf²⁷ zur 2. Tabakgesetznovelle 2015 waren im § 14a die Kontrollbefugnisse noch umfangreicher geregelt. Unter § 14a Abs 2 Z 1:

(2) Als Kontrollorgane im Sinne dieses Bundesgesetzes gelten:

1. die mit der Vollziehung dieses Bundesgesetzes betrauten Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeiten und die von diesen herangezogenen Sachverständigen.

²⁷ https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00112/fname_398104.pdf [Download: 6. Juni 2019].

In der nachfolgenden Regierungsvorlage fehlte bereits der Verweis auf die „betrauten Behörden“ gemäß § 14 Abs 2 Z 1 TabG²⁸. Und auch in der beschlossenen Novelle und auch in der derzeit gültigen Textfassung wurden diese unbestimmten Kontrollorgane nicht aufgenommen. Erst in der Zusammenschau mit § 19 TNRSOG, der nur die Vollziehung einzelner §§ vorsieht, wird die Problematik, die dadurch entsteht, evident. Der Staat will nicht wirklich kontrollieren. Budgetäre Spargründe seien der Grund gewesen für diese eigenartige Wahl des Vollzugs.

Der damals zuständige Abteilungsleiter im Gesundheitsministerium stimmte der berechtigten Kritik am Vollzug des TNRSOGs in einer Podiumsdiskussion am Juristentag 2013 größtenteils zu. Er erklärte wie es zu diesem Vollzugsdefizit gekommen ist. Im Hintergrund war ein Vollzug durch Polizeiorgane im Sinne einer Überbindung im Sicherheitspolizeigesetz vorbereitet worden. Der damalige Innenminister wollte diese Lösung zu Recht nicht. 5000 Planposten waren gestrichen worden und dann sollte man noch eine Raucherpolizei administrieren. Als Alternative nennt er, vermutlich nicht wirklich ernst gemeint, beliebige Organe in Form von Pensionisten.²⁹ Budgetäre Spargründe waren somit die Hauptursache für diese eigenartige Wahl der Nichtvollziehung.

Einmalige Anzeigen oder Anregungen bei der Behörde durch betroffene Staatsbürger sind durchaus als legitim zu qualifizieren. Der Staat in Form von Vollzugsorganen kann nicht überall präsent sein, und wenn berechtigte Missstände vorliegen, stellen einmalige Hinweise auf Rechtsverstöße durch Private eine durchaus sinnvolle Ergänzung der staatlichen Vollziehung dar. Aus § 80 Abs 1 STPO wird abgeleitet, dass es für den gewöhnlichen Bürger grundsätzlich keine Anzeigepflicht gibt. Der Gesetzgeber sieht aber generell die Selbsthilfe bei Rechtsverstößen als *ultima ratio* nur in ganz wenigen Fällen vor und hat auch dafür spezielle gesetzliche Grundlagen geschaffen (zB das Anhalterecht Privater gemäß § 80 Abs 2 STPO, das Zurückbehaltungsrecht des Vermieters an eingebrachten Sachen des Mieters § 1101 Abs 2 ABGB, den Besitz mit angemessener Gewalt zu verteidigen, falls die richterliche Hilfe zu spät kommen würde § 344 ABGB). Eine Privatpolizei sieht aber der moderne Rechtsstaat nirgends vor. Derartige Entwicklungen einer übersteigerten, gesetzlosen Privatinitiative fördern ein systematisches Denunziantentum, welches das friedliche Zusammenleben von Menschen erheblich beeinträchtigt.

²⁸ RV 672 BlgNr 25.GP 3.

²⁹ Aigner, Autonomie, Selbstschutz und Nichtrauchererschutz – Podiums- und Publikumsdiskussion, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit 7. – 9. Juni 2012 Schlögen, 392.

4.4 Nichtraucherchutz – Tabaksheriffe

In der Nichtrauchercommunity entwickelten sich zwei höchst unterschiedliche Formen der Selbsthilfe, die rechtlich unterschiedlich beurteilt werden müssen.

- die klassischen Tabaksheriffe mit tausenden von Anzeigen
- Der Verein „*Interessensgemeinschaft für einen fairen Wettbewerb in der Gastronomie*“

5. Ausgewählte Judikate zum Nichtraucherchutz

5.1 VfGH Nichtraucherchutz G 150/2018 18. Juni 2019

Seit Herbst 2018 waren vier Individualanträge (Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG) und ein Antrag der Wiener Landesregierung auf abstrakte Normenkontrolle (Art 140 Abs 1 Z 2 B-VG) beim VfGH anhängig.³⁰

Die vier Individualanträge (zwei Gastronomiebetriebe in GmbH-Form, eine nicht-rauchende Minderjährige sowie ihr ebenfalls nicht-rauchender Vater) wurden zur Gänze zurückgewiesen. Gestützt auf seine bisherige Judikaturlinie hat der VfGH für das Gesetzesprüfungsverfahren geprüft, ob der Anfechtungsumfang der in Prüfung gezogenen Norm nicht zu eng gewählt wurde.

Gemäß diesem Prüfschema hat der Antragsteller all jene Normen an-zufechten, welche für die Beurteilung der allfälligen Verfassungswidrigkeit eine untrennbare Einheit bilden.³¹

Die Antragsteller beantragten nur die Aufhebung bestimmter Wortfolgen in § 12 Abs 1 Z 4 und § 17 Abs 12 TNRSOG idF BGBl I 2018/13. Durch die Aufhebung im beantragten Umfang beabsichtigen die Antragsteller, eine Rechtslage zu erwirken, wonach § 13a TNRSOG gemäß § 17 Abs 8 TNRSOG, wie durch die Novellen BGBl I 2015/101 und BGBl I 2016/22 vorgesehen, am 30. April 2018 außer Kraft trat.³²

Gemäß § 62 Abs 1 VfGG ist der Antragsteller an sein ursprüngliches Antragsbegehren gebunden. Versuche das Antragsbegehren auf Aufhebung der §§ 13a und 13b Abs 4

³⁰ VfGH 18.06.2016, G 150 – 151/2018-34, G 155/2018-32, Tz [1] – [4].

³¹ Ebenda, Tz [30]ff.

³² Vgl. Ebenda, Tz [35].

TNRSG idF BGBl I 2018/13 zu erweitern sind unzulässig.³³ Der Anträge wurden daher zur Gänze zurückgewiesen.

5.2 Kritik am Judikat G 150/2018 vom 18. Juni 2019

Es fehlt in der Argumentationsentwicklung die konkrete Abwägung der Schutzbedürfnisse der Gastronomiebeschäftigten gegen welche Interessen bzw Freiheiten? Ist es die Freiheit der Raucher beim Essen im Lokal nicht auf ihren Tabakgenuss verzichten zu müssen oder sind es die Interessen der Gastronomiebetreiber deren Umsatz möglicherweise geschmälert werden könnte? Der VfGH gibt weder einen konkreten Hinweis noch führt er eine Interessensabwägung durch. Er legt nur dar, dass er gegenläufige Interessen zum Schutzanliegen als mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar sieht. Er meint ferner, dass § 13 a TNRSG diese Abwägung in nicht unverhältnismäßiger Weise vornimmt.

In den Klein- und Mittelbetrieben der österreichischen Gastronomie haben über 200.000 unselbständig Beschäftigte ihren Arbeitsplatz.³⁴ Es liegt somit keine marginale Randgruppe vor die der Gesetzgeber bewusst ignorieren könnte. Die Ausnahmen des TNRSG führen dazu, dass insbesondere Kleinbetriebe unter 50 m² und die Betriebe bis 80 m², bei denen aus rechtlichen Gründen keine Trennung in einen Nichtraucher- und einen Raucherbereich möglich ist, als Raucherlokale betrieben werden. Die Wahlmöglichkeit liegt alleine beim Betreiber der entsprechenden Gastronomielokale.

6. De lege ferenda Nichtraucherschutz

- Die eindeutige Betrauung von Kontrollorganen mit der Vollziehung des Nichtraucherschutzes. Eine praktikable Lösung ohne großen Mehraufwand wäre es mE die Aufsichtsorgane gemäß §§ 24ff Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz – LMSVG³⁵ mit der Vollziehung zu betrauen. Diese Aufsichtsbeamten führen derzeit schon Kontrollen in Gastronomiebetrieben nach dem LMSVG durch und eine Erweiterung ihrer Kompetenzen erscheint aus fachlicher und rechtlicher Sicht unproblematisch. Der Nichtraucherschutz könnte in der mittelbaren Bundesverwaltung vollzogen werden. Die Kompetenz wäre auch beim Gesundheitsminister.
- Mittels Erlass sollte die Anweisung ergehen, dass „militanten Tabaksheriffen“ Verfahren wegen Amtsanmaßung (§ 314 STGB) zumindest angedroht werden sollen.

³³ Ebenda, Tz [36].

³⁴ N.N., KMU-Daten, <https://www.kmuforschung.ac.at/zahlen-fakten/kmu-daten/> [Download: 10. Juni 2019].

³⁵ LMSVG, BGBl I 2005/151 idgF.

- Zumindest einmal jährliche, staatlich finanzierte Aufklärungskampagne über die Schädlichkeit des Rauchens. Ärztekammer, Sozialversicherungen, Gesundheitsministerium u.a. sollten die Bevölkerung objektiv informieren und Beratungen für Entziehungskuren anbieten. Die Betonung liegt auf objektiver Information. Im Rahmen des "Don't Smoke-Volksbegehrens" wurde vereinzelt von verschiedenen Gruppen mit Horrorzahlen über Todesfälle durch Rauchen berichtet. Die Faktenlage ist nicht so einfach und klar wie dies von Gegnern suggeriert wurde.

7. Methodik

Die Darstellung und Durchdringung der bestehenden Instrumente zum Nichtraucher-schutz wird als rechtswissenschaftliche historische Studie durchgeführt, bei der einschlägige Normen, Judikatur und Literatur untersucht werden. Dabei wird die langjährige Entwicklung erarbeitet und die Folgen für den Vollzug. Handwerklich wird auf den klassischen Methoden-kanon, die Interpretation nach Wortlaut, Systemzusammenhang, Entstehungsgeschichte und Telos zurückgegriffen.

8. Vorläufige Gliederungsskizze

1. Einleitung
2. Problemstellung
3. Gründe für staatliche Regulierung
 - 3.1.1 Vermeidung von Krankheiten und Todesfällen
 - 3.1.2 Schutz vor Passivrauchen
 - 3.1.3 Volkswirtschaftliche Gründe
4. Der lange Weg zum Nichtraucherschutzgesetz
 - 4.1.1 Gesetzliche Vollziehung des Nichtraucherschutzes
 - 4.1.2 Vollziehung des Nichtraucherschutzgesetzes und Rechtsfragen zu Tabaksheriffen
 - 4.1.3 Die Ära der „friedlichen Vorkämpfer“ für einen Nichtraucherschutz
 - 4.1.4 Selbsthilfe beim Nichtraucherschutz
 - 4.1.5 Nichtraucherschutz – Tabaksheriffe
5. Ausgewählte Judikate zum Nichtraucherschutz
 - 5.1.1 VfGH Nichtraucherschutz G 150/2018 vom 18. Juni 2019
 - 5.1.2 Kritik am Judikat G 150/2018 vom 18. Juni 2019
6. De lege ferenda Nichtraucherschutz
7. Methodik

Zeitplan

- SS 2023
- o Einreichung des Exposés
 - o Antrag Auf Genehmigung des Dissertationsvorhabens
 - o Abschluss und Genehmigung der Dissertationsvereinbarung
 - o Beobachtung und Bewertung von Novellen zum Nichtraucherschutzgesetz
 - o Verfassen der Dissertation
- WS 2023/24
- o Beobachtung und Bewertung von Novellen zum Nichtraucherschutzgesetz
 - o Verfassen der Dissertation
- SS 2024
- o Fertigstellung und Abgabe der Dissertation
 - o Einreichung der Dissertation
 - o Defensio

Vorläufiges Literaturverzeichnis

Aigner, Autonomie, Selbstschutz und Nichtraucherschutz – Podiums- und Publikumsdiskussion, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit 7. – 9. Juni 2012 Schlögen.

Berger, Rauch-Sheriff: Vom Feindbild zum Vorkämpfer, Kurier 10.1.2015.

Bericht Volksanwaltschaft 2011.

Böse, Und es wird doch geraucht. Eine kleine Kulturgeschichte des Tabaks (1965).

Hitz/Huber, Geschichte der österreichischen Tabakregie 1784 – 1835 (1975),

Kappeller, Das Porträt: Der ewige Missionar, Die Zeit, 7.5.2015.

Koller, Rauchverbote zwischen Nichtraucherschutz und Paternalismus, in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit 7. – 9. Juni 2012 Schlögen.

Kolonovits, Der Nichtraucherschutz des TabakG aus rechtlicher Sicht in *Österreichische Juristenkommission* (Hrsg), Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit 7. – 9. Juni 2012 Schlögen.

Moschig, Auf der Kippe. Ein Versuch in neun Stationen in *Meighörner* (Hg), Auf der Kippe eine Konflikt-geschichte des Tabaks: Tiroler Volkskundemuseum, 22.2-10.11.2019 Tiroler Landesmuseen (2019),

N.N. Gastro-Rauchverbot: Auf den Gehsteigen wird es eng, Presseaussendung Kreuzer Fischer & Partner, 28.7.2017.

N.N. Nach OGH-Urteil: „Rauchersheriff“ hört auf, Kurier 10.Juni 2014

N.N. Nichtrauchererschutz, anwalt aktuell 05/15.

Plenker, Das Österreichische Tabak-Monopol (1857).

Pock/Czypionka/Müllbacher/Schnabl, Volkswirtschaftliche Effekte des Rauchens. Eine ökonomische Analyse für Österreich. Endbericht April 2008.

Sandgruber, Bittersüße Genüsse: Kultur- und Sozialgeschichte der Genußmittel, Wien, Köln, Graz 1986.

Scherndl, Wenn die letzte Shisha ausraucht, Der Standard, 3. Juli 2019.

Sendlhofer, Raucher auf Tabakmesse angezeigt: Trafikanten über Behörde empört, Kurier, 5. September 2017.

Tappler/Hartl/Hartl/Hutter/Twardik, Forschungsbericht Nichtrauchererschutz in der Gastronomie: Werden die gesetzlichen Vorgaben eingehalten? Erste österreichische quantitative Erhebung in 314 Gastronomiebetrieben in Wien – Neubau 2013.

Zanger, Veranstaltungen im Licht des TabakG, ecolex 2011 660 (663).

Internet-Quellen:

Czypionka, Volkswirtschaftliche Effekte des Rauchens: Vermeidbare Kosten von jährlich 2,4 Milliarden Euro, <https://www.ihs.ac.at/about/public-relations/press-releases/2018/volkswirtschaftliche-effekte-des-rauchens>, Download: 5. Juni 2019.

Die Initiative, <http://www.gesunder-wettbewerb.at/initiative/>, Download: 6. Juni 2019.

Forsthuber & Partner Rechtsanwälte, Darf man einen Gast das Lokal verbieten, nur weil er eine Anzeige nach TabakG erstattet, 11. Jänner 2014, <https://rechtsanwalt.forsthuber.at/index.php/aktuelles/item/89-lokalverbot-nichtraucher.html#.XPpup00Umvq>, Download: 6. Juni 2019.

https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00112/fname_398104.pdf, Download: 6. Juni 2019.

N.N., Der Krieg gegen die Raucher, profil 31.8.2017, <https://www.profil.at/oesterreich/profil-vor-25-jahren-der-krieg-gegen-die-raucher>, Download: 8. März 2023.

N.N., KMU-Daten, <https://www.kmuforschung.ac.at/zahlen-fakten/kmu-daten/>, Download: 10. Juni 2019.

N.N., Der lange Weg zum Gastro-Rauchverbot, <http://www.orf.at/stories/3142604>, 31. Oktober 2019.

Statistik Austria, Rauchen, https://www.statistik.at/web_de/statistiken/menschen_und_gesellschaft/gesundheit/gesundheitsdeterminanten/rauchen/index.html, 9.7.2018, Download: 31. Mai 2019.

Statuten des Vereins Interessensgemeinschaft für fairen Wettbewerb in der Gastronomie, <http://www.gesunder-wettbewerb.at/wp-content/uploads/2012/03/Statuten-Gesunder-Wettbewerb.pdf>, Download: 6. Juni 2019.

Ausgewählte Judikate

LVwG Wien 3.9.2018, VGW-021/021/12564/2017-1.

OGH 23.04.2014, 4 Ob 48/14h.

VfGH 18.06.2019, G 150 – 151/2018-34, G 155/2018-32.

VfGH 3.10.2019, G 189/2021.

VfGH 24.2.2021, G 27/2021.

VwGH 15.07.2011, 2011/11/0059.