



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Rauchen und Recht

Rechtliche Rahmenbedingungen des Tabakkonsums und seiner
Bewerbung im österreichischen Recht unter besonderer Berücksichtigung
der Grundrechte

Verfasser

Mag. Daniel Staudigl

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2009	
Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuerin / Betreuer:	Univ.Prof. Mag.iur. Mag.rer.soc.oec. Dr.iur. Eva Schulev-Steindl

Danksagung

Keine Schuld ist dringender als die, Dank zu sagen.

(Cicero)

An erster Stelle muss ich meinen Eltern danken, ohne deren finanzielle Unterstützung es mir nie möglich gewesen wäre, ein Diplomstudium (in Mindestdauer) als Voraussetzung für ein Doktoratsstudium abzuschließen, trotz (Neben-)Jobs, Stipendien, Familienbeihilfe, Wahlkampfversprechen und allen Beteuerungen diverser politischer Funktionsträger.

Dank gebührt Ao. Univ.-Prof. MMag. Dr. Eva Schulev-Steindl, der Betreuerin und Erstbegutachterin dieser Arbeit, die auch viel Geduld mit meiner extrem langsamen Arbeitsweise bewiesen hat, und dem Zweitbetreuer und Zweitbegutachter Ao. Univ.-Prof. Dr. Gerhard Strejcek.

Weiters will ich den (damaligen) Assistenten Dr. Andrew Annerl und Dr. Konrad Lachmayer danken, die mir bei verschiedenen Aspekten dieser Arbeit sehr geholfen haben und meine zahlreichen Fragen geduldig beantwortet haben. Für wissenschaftlichen Input danke ich weiters Mag. Alexander Klingenbrunner, Mag. Philipp Bohrn, Mag. Harald Wögerbauer, Prof. Günther Winkler, Dr. Elisabeth Dujmovits und Dr. Max Leitner sowie meiner Gattin.

Dank ist angebracht hinsichtlich der Mitglieder der Fakultätsvertretung Jus, die, wenngleich auch nicht in wissenschaftlicher Hinsicht, mich in der Anfangsphase der Arbeit unterstützt haben.

Für das Korrekturlesen danke ich meiner Ehefrau und meinem Vater, der zusätzlich noch mit dem dringend notwendigen Blick des „gebildeten, juristischen Laien“ meine Arbeit begutachtet hat, sowie Mag. Harald Wögerbauer.

Vorwort

Obwohl ursprünglich mehr dem Umweltrecht zugeneigt, stieß ich eher zufällig am letzten Tag meines Praktikums in der Rechtsabteilung meiner Hausbank¹ auf einen Artikel über Werbebeschränkungen für Zigaretten.

Die Vorrecherche ergab, dass es zum Tabak als solches kaum rechtswissenschaftliche Literatur gab (auch wenn sich das bis zum Abschluss dieser Arbeit geändert hat), und so beschloss ich zu versuchen, eine möglichst umfassende Darstellung der Regelungen des Rauchens in Österreich zu verfassen; wie sehr dieses Unterfangen mit Erfolg gekrönt war, mag der geneigte Leser oder die Leserin beurteilen. Nicht zuletzt, da vor Fertigstellung meiner Dissertation das Buch „Rauchen im Recht“, herausgegeben von Prof. Strejcek, welches teilweise durchaus mit meiner Arbeit überlappt, erschien.

~2,3 Mio Österreicher rauchen, ein nicht zu unterschätzender Anteil der Bevölkerung, der direkt von der Rechtslage betroffen ist. Und wie viele der restlichen ~5,7 Mio mit dem Passivrauch der anderen in Kontakt kommen, ist nicht erhoben, doch auch diese sind zumindest zu einem Teil betroffen.

Grund genug diese Rechtslage einer umfassend wissenschaftlichen Betrachtung zu unterziehen.

Essentiell bei einer derartigen Arbeit vorzuschicken ist meines Erachtens der Umstand, dass ich selbst Nichtraucher bin und auch trotz einmaligen Probierens im zarten Alter von 15 nie geraucht habe. Trotzdem (oder gerade deshalb) nie zum „militanten Nichtraucher“ geworden, habe ich versucht, in dieser Arbeit so neutral wie möglich das Problem zu beleuchten. Inwieweit dies geglückt ist, sowohl die wissenschaftliche Betrachtung als solches als auch deren Objektivität muss der oder die geneigte Leserin oder Leser beurteilen.

¹ In den früheren Entwürfen zu dieser Arbeit war an dieser Stelle „die sich zu ihrem eigenen Glück in den letzten Jahren aus den (negativen) Schlagzeilen heraushalten konnte“ eingefügt. Aufgrund der Wirtschaftskrise kann dies allerdings über gar keine Bank mehr gesagt werden, weswegen dieser Satzteil gestrichen werden musste.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	4
Abkürzungsverzeichnis.....	6
Einleitung.....	7
1. Vorbemerkungen.....	8
1.1. Die Pflanze.....	8
1.2. Geschichtlicher Abriss.....	8
1.3. Medizinischer Hintergrund.....	9
1.4. Wirtschaftliche Bedeutung.....	15
1.5. Gesellschaftlicher Rahmen	19
1.6. Politische Bemühungen.....	22
1.7. Aufbau und Inhalt der Zigarette.....	30
2. Staatsaufgaben	34
2.1. Grundsätzliches.....	34
2.1.1. Die Staatsaufgaben und das positive Recht	39
2.1.2. Jenseits des positiven Rechts	47
2.1.2.1. Gesundheit.....	48
2.1.2.2. Wirtschaftliches Gleichgewicht.....	49
2.1.2.3. Jugendschutz.....	50
2.1.2.4. Weitere (Umwelt, Landesverteidigung, soziale Gerechtigkeit, öffentliche Ordnung)	51
3. Gesetzeslage.....	55
3.1. Rechtliche Rahmenbedingungen	55
3.2. Bund	56
3.2.1. Tabakgesetz.....	56
3.2.3. Tabaksteuergesetz	76
3.2.4. Verbrauchsteuerbefreiungsverordnung	80
3.2.5. Tabakmonopolgesetz	81
3.2.6. Strafvollzugsgesetz und Anhalteordnung	82
3.2.7. ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG) und Exkurs ins Arbeitsrecht ..	84
3.2.8. Bundes-Bedienstetenschutzgesetz	88
3.2.9. Mutterschutzgesetz	88
3.3. Land	89
3.3.1. Jugendschutz.....	90
3.3.2. ArbeitnehmerInnenschutz	97
3.3.3. Mutterschutz und Exkurs „Schutz der Leibesfrucht“.....	98
Exkurs: Zivilrecht und Rauchen - Innerfamiliäre Pflichten, tabakinduzierte Schäden und zivilrechtlicher Schadenersatz.....	107
Exkurs 1: Die Zigarette und das Produkthaftungsgesetz	107
Exkurs 2: Der Tabak und der Schadenersatz (§§ 1293ff ABGB).....	109
Exkurs 3: Die Zigarette und die Familie	113
3.3.4. Krankenhäuser, Schulen, Kurbäder und Horte	117
3.3.5. Nichtlinienmäßiger Personenverkehr	119
3.3.6. Brandschutz und Veranstaltungsrecht	122
3.3.7. Sonstige österreichische Rechtsmaterien	124
3.4. Internationales Recht	127
3.4.1. WHO Framework Convention on Tobacco Control	127
3.4.2. EG Recht	133
3.4.2.1. Empfehlung des Rates vom 2. Dezember 2002 zur Prävention des Rauchens und für Maßnahmen zur gezielteren Eindämmung des Tabakkonsums	133

3.4.2.2. Richtlinie 2003/33/EG des Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen.....	134
3.4.2.3. 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.....	136
3.4.2.4. Rechtsakte zum Steuerrecht.....	139
3.4.2.5. Urteile, Berichte etc.....	141
3.4.2.6. Die österreichische Mindestpreisregelungsverordnung im Lichte der EU- Vorgaben	144
3.6. Der gescheiterte Entwurf der Tabakgesetznovelle 2007	149
4. Grundrechte.....	152
4.1. Vorbemerkungen.....	152
4.2. Gefährdungen von Gesundheit und Leben und die Grundrechte	152
4.3. Privatsphäre (Art 8 EMRK).....	154
4.4. Werbebeschränkungen im Lichte der Grundrechte, insbesondere Meinungsfreiheit (Art 13 StGG, Art 10 EMRK)	156
4.5. Erwerb, Eigentum und Niederlassung (Art 5 StGG, Art 6 StGG, Art 1 1. Zusatzprotokoll zur EMRK)	162
4.6. Sonstige	167
Exkurs: Allgemeine Handlungsfreiheit.....	168
4.7. Gleichheitsgrundsatz (Art 2 StGG, Art 7 Abs 1 B-VG).....	171
4.8. Rezente und wahrscheinliche zukünftige Entwicklungen im Lichte der bisher diskutierten Grundrechte.....	173
5. Schlussbemerkungen	178
5.1. Zusammenfassung.....	178
5.2. Die Tabakgesetznovelle 2008 in der Praxis und Ausblick.....	179
5.3. Eigene Anmerkungen.....	182
5.3.1. Sucht und Recht.....	183
5.3.2. Anti- Rauch(er)- Kampagnen und andere Kampagnen	184
5.3.3. Cui bono?.....	186
5.3.4. Conclusio	188
Bibliographie.....	192
Anhang I – Vereinbarung zwischen BMGF und WKÖ.....	198
Anhang II – nicht umgesetzter Entwurf der Tabakgesetznovelle 07	199
Anhang III – Auszüge aus der Durchführungsanweisung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit zur Zumutbarkeit von Beschäftigten (§ 9 Abs. 2), bei denen Nichtraucher dem Passivrauch ausgesetzt sind	202
Anhang gemäß Verordnung Nr. 382 (Mitteilungsblatt der Universität Wien vom 30.09.2008) der Studienpräses – deutsche Zusammenfassung:.....	204
Anhang gemäß Verordnung Nr. 382 (Mitteilungsblatt der Universität Wien vom 30.09.2008) der Studienpräses – english abstract.....	205
Anhang gemäß Verordnung Nr. 382 (Mitteilungsblatt der Universität Wien vom 30.09.2008) der Studienpräses – Lebenslauf mit Schwerpunkt auf wissenschaftlichen Werdegang.....	206

Abkürzungsverzeichnis

Abs	Absatz
ASchG	ArbeitnehmerInnenschutzgesetz
Art	Artikel
BMGF	(damaliges) Bundesministerium für Gesundheit und Frauen und seine Folgeministerien für Gesundheit
bzw	beziehungsweise
ca	cirka
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
etc	et cetera
ev	eventuell
f	folgende
ff	fortfolgende
G	Gesetz
hM	herrschende Meinung
idF	in der Fassung
iSd	im Sinne des/der
iZw	im Zweifel
Hg	Herausgeber/in
lit	litera
Mio	Millionen
Mrd	Milliarden
mwN	mit weiteren Nachweisen
NÖ	Niederösterreich, niederösterreichisch/e/es/er
odgl	oder dergleichen
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OÖ	Oberösterreich, oberösterreichisch/e/es/er
PHG	Produkthaftungsgesetz
resp	respektive
RL	Richtlinie
tw	teilweise
ua	und andere/anderes/unter anderem
udgl	und dergleichen
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
uvm	und viele(s) mehr
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WHO	World Health Organisation of the United Nations
zB	zum Beispiel
zif	Ziffer

Auf Gendermainstreaming wurde zugunsten der Lesbarkeit und in Rücksicht auf die hiesige vorherrschende Konvention verzichtet, sowohl das männliche als auch das weibliche Plural stehen, sofern sich aus dem Kontext nichts anderes ergibt, für Personen aller Geschlechter.

Einleitung

Über das Rauchen ist schon unendlich viel gesagt, geschrieben und nachgedacht worden². Im österreichischen rechtswissenschaftlichen Bereich jedoch verhältnismäßig wenig. Dies zu ändern ist eine der Zielsetzungen dieser Arbeit.

Die folgenden Punkte sollen behandelt werden:

Nachdem in einer juristischen Arbeit verständlicherweise nur kursorischen Überblick über medizinische, ökonomische, botanische, soziologische und politische Aspekte soll im 2. Kapitel untersucht werden, was der Hintergrund, die Ursache der „Tabakgesetzgebung“ ist. Das 3. Kapitel soll einen möglichst umfassenden Überblick über die Rechtslage zum Rauchen geben, sowohl national als auch international. Die Grundrechte sind Thema des 4. Kapitels, welches sowohl die grundrechtliche Zulässigkeit der aktuellen Rechtslage überprüfen soll, als auch allfällige akademische Fragen zu möglichen Gesetzesvorschlägen behandeln wird. 5 ist die Nummer des letzten Kapitels, welches Gegenstück zur Einleitung sein wird.

² *R&M Dahlke*, Psychologie des blauen Dunstes, 9.

1. Vorbemerkungen

1.1. Die Pflanze

Die Basis des Rauchens, also den Tabak, liefert *Nicotiana tabacum*³, ein Nachtschattengewächs, wie es auch Kartoffel⁴ (*Solanum tuberosum*) oder Tomate (*Solanum lycopersicum*) sind. Es werden über 700 verschiedene Arten von dieser Pflanze weltweit angebaut⁵, auf allen Kontinenten zwischen 56° nördlicher und 38° südlicher Breite⁶. Sie ist, vermutlich mangels ernstzunehmender Konkurrenz, die am weitesten verbreitete, nicht essbare Kulturpflanze.

Die Stickstoffverbindung Nikotin, ein Alkaloid, wird von der Pflanze produziert, um sich vor Insektenfraß zu schützen⁷.

1.2. Geschichtlicher Abriss

*„Historiker können, was den Göttern verwehrt ist: Die Geschichte ändern“
(Richard Lein)*

Vor ungefähr 500 Jahren verbreitete sich das Rauchen in den meisten indianischen Kulturen Amerikas. Auch Kauen und Schnupfen waren üblich, schon damals wurden auch Papierröhren verwendet, welche Cigarros⁸ oder Papelitos genannt wurden⁹.

Eine der vielen Kulturpflanzen, die nach der so genannten Entdeckung Amerikas 1492 nach Europa gebracht und in Folge verwendet wurden, war auch die Tabakpflanze. Zunächst als Zierpflanze wegen der roten Blüten, später dann als

³ Die zweite „Tabakpflanze“ *Nicotiana rustica* hält nur mehr einen geringen Anteil an der weltweiten Produktion.

⁴ Auch die Kartoffel ist, von der Knolle abgesehen, giftig.

⁵ *R&M Dahlke*, Psychologie des blauen Dunstes, 17.

⁶ *Seidl*, Rauchen und Amateursport, 9 mwN.

⁷ Die Vermutung liegt nahe, dass deswegen Zigarettenrauch Insekten abhält. Birgit Seidl zieht den selben Schluss in ihrer Diplomarbeit „Rauchen und Amateursport“ ohne weitere Quellen anzuführen.

⁸ Wie das Herkunftswörterbuch aus dem Hause Duden, 3. Aufl, 2001 auf Seite 949 schreibt, stammen die deutschen Worte „Zigarre“ und „Zigarette“ vom gleichbedeutenden spanischen „cigarro“. Woher dieses stammt, ist ungeklärt, wobei eine Vermutung nahe liegt.

⁹ *Eysenck*, Rauchen, Gesundheit, Persönlichkeit, 16.

Heilmittel¹⁰. Zur Zeit der Pest wurde der Tabak als Prophylaxe dagegen propagiert, was seinem Siegeszug nur förderlich war^{11 12}.

1923 wurden in Österreich 3180 Tonnen Zigaretten verkauft, 1946 2220 Tonnen. 1963 stieg der Verkauf erstmals über 10 000 Tonnen, der Höchstwert wird im Jahr 1983 mit 15 878 Tonnen erreicht. Seitdem pendeln die Verkaufszahlen von 13 000 bis 14 500 Tonnen¹³.

Der tägliche pro Kopf Konsum an Zigaretten war zu Beginn der Aufzeichnungen 1923 1,6. Bis zum zweiten Weltkrieg stieg er auf über 2 an, während des Krieges auf über 4. 1946 war der Schnitt nur 1,1. Der Wert von 1946 wurde im gesamten Beobachtungszeitraum nicht unterschritten. 1948 war er wieder über 2, 1950 über 3, 1963 wurde der „Rekord“ des zweiten Weltkriegs eingestellt. 1964 war der tägliche pro Kopf Konsum schon 5,1, 1969 6,1. Der höchste Wert wurde 1979 mit 7,2 erreicht, seither ging der Wert jährlich leicht zurück, 1995, dem letzten Jahr des Aufzeichnungszeitraums, war er 5,5 Zigaretten pro Person der österreichischen Wohnbevölkerung über 15 Jahre¹⁴.

1.3. Medizinischer Hintergrund

*„Kein Wunder, dass die Zigarette im Volksmund
auch Sargnagel heißt“
(M. Dahlke)*

Im 16. Jhdt war der Tabak nach Meinung der damaligen herrschenden Lehre ein Heilmittel. *Jean Nicot*, ein französischer Botschafter und Gelehrter, empfahl ihn gegen Kopfschmerzen^{15 16}, vielleicht mit ein Grund weswegen das Nikotin nach ihm

¹⁰ *Reiss*, Tabakwerbung, 39f.

¹¹ *R&M Dahlke*, Psychologie des blauen Dunstes, 42.

¹² Für eine ausführliche Geschichte des Rauchens in Europa, mit überraschenden Anekdoten, wie zB dass es bis ins 17. Jahrhundert kein eigenes Wort für das Rauchen gab und dass Frauen bis zur industriellen Revolution nicht rauchen durften, beginnend in der Mitte des 16. Jahrhunderts vgl *Reiss*, Tabakwerbung, 38ff mwN.

¹³ *Forey et al*, Int'l Smoking Statistics, 30f.

¹⁴ *Forey et al*, Int'l Smoking Statistics, 32f.

¹⁵ *Eysenck*, Rauchen, Gesundheit, Persönlichkeit, 17.

¹⁶ Manche heutige Kopfschmerzmedikamente arbeiten ebenfalls mit arterienverengenden Substanzen (eigene Erfahrung als langjähriger Migränepatient).

benannt wurde. 1565 gab ein spanischer Arzt namens *Morades* ein Buch heraus, in dem das Kraut als eine Art Allheilmittel angepriesen wurde¹⁷.

Doch auch damals gab es schon Stimmen gegen den Tabakkonsum. Eine prominente von ihnen war König Jacob I von England, doch auch einige Päpste sprachen sich dagegen aus und drohten mit Exkommunikation¹⁸.

Auch in der (damals wie heute) zweitgrößten abrahamitischen Religion wurde es mit den Lehren unvereinbar gefunden. *Eysenck* schreibt, jedoch ohne Quellen zu nennen, dass Sultan Murad IV¹⁹ die Todesstrafe einführte und selbst auf die Suche nach einschlägigen Gesetzesbrechern ging. *R&M Dahlke* berichten die selbe Anekdote, ergänzt um den Hinweis, dass er 25 000 Rauchende hinrichten ließ. Auch die *Dahlkes* führen keine Quelle an, stellen hingegen die unter Psychologen angeblich weit verbreitete These auf, dass Verbote die gegenteilige Wirkung erzielen. In Rückblick auf die Geschichte der erfolglosen Tabakverbote scheint sich diese These ungewöhnlich stark an die Wahrheit im Popper'schen Sinne anzunähern.

Bereits in den 30er Jahren des 20. Jahrhunderts erschienen erste Berichte über die Auswirkungen von Nikotin auf den menschlichen Organismus, doch es gab noch zu wenige medizinische Argumente gegen den Tabakkonsum. Erst als Vergleiche und Langzeituntersuchungen zwischen Nicht-Rauchern und Rauchern durchgeführt wurden, stellte man gesundheitsschädigende Folgen fest. Die ersten großen Untersuchungen wurden in den 1950ern durchgeführt, die Ergebnisse wurden vom amerikanischen „Surgeon General's Advisory Committee“ zusammengefasst und veröffentlicht.

Mitte der 60er, als *Eysenck*, damals Professor für Psychologie in London, sein hier mehrfach zitiertes Buch zum Thema Rauchen, Gesundheit und Persönlichkeit schrieb, fing es an, sich herauszukristallisieren, dass Rauchen eine (Mit-) Ursache für Lungenkrebs war. Bis in die 60er Jahre gab es die verschiedensten

¹⁷ *Eysenck*, Rauchen, Gesundheit, Persönlichkeit, 17.

¹⁸ *Eysenck*, Rauchen, Gesundheit, Persönlichkeit, 18; *R&M Dahlke*, Psychologie des blauen Dunstes, 43.

¹⁹ Murad IV (~1610 – 1640) war von 1623 bis 1640 Sultan des osmanischen Reiches. Viele Aufstände, Palastrevolutionen udgl überschatteten insbesondere den Beginn seiner Amtszeit. Seine Strenge war zwar historisch, wurde aber im Wege der Legende übertrieben. Für kleine Vergehen gab es die Todesstrafe, frühere Verdienste waren kein Grund für mildere Umstände. Obwohl selbst dem Alkohol nicht völlig abhold, waren neben Tabak auch Wein, Opium und Kaffee verboten. Detaillierte Zahlen über seine Hinrichtungen scheinen kaum nachweisbar zu sein.

Untersuchungen dazu, deren Ergebnisse und Gegenstände teilweise vom heutigen Standpunkt aus betrachtet bestenfalls Unterhaltungswert haben:

So wurde neben Alter, Geschlecht, Wohnort, Beruf und sozialer Klasse auch Verbrauch von Schalentieren, Behaarung an Fingern und Zehen und die Zahl der Ärzte pro Quadratkilometer uvm als möglicher Auslöser oder Krankheitsgrund untersucht²⁰.

Der US Surgeon General Vizeadmiral *Luther Leonidas Terry* verfasste 1964 einen Report an den Kongress, der unter dem Namen Terry Report die Weltöffentlichkeit auf das Thema aufmerksam machte²¹ und folgende Krankheiten mit dem Rauchen in Verbindung brachte:

Lungenkrebs bei Männern (sowie der Vermutung, dass die Erkenntnisse für Frauen ebenso zutreffen)

Chronische Bronchitis und Emphyseme

Cardiovasculäre Krankheiten²²

Das Spektrum der sogenannten "Rauchererkrankungen" hat sich, laut neuester wissenschaftlicher Studien, extrem erweitert:

- Lungen- und Kehlkopfkrebs
- Chronische Bronchitis
- Mund- und Speiseröhrenkrebs
- Blasenkrebs
- Herz- und Kreislauferkrankungen
- Herzinfarkt, Schlaganfall²³
- Osteoporose
- Magengeschwüre
- Zeugungsprobleme, Impotenz
- Leukämie
- Gebärmutterhalskrebs

²⁰ *Eysenck*, Rauchen, Gesundheit, Persönlichkeit, 30.

²¹ Ausführlichere Zusammenfassung der Medizingeschichte mit Augenmerk auf Österreich: *Bydlinski*, Produzentenhaftung ÖJZ 1997, 378, aus US- Sicht *Stanton et al*, Cigarette Papers, 47ff.

²² *Stanton et al*, Cigarette Papers, 48f.

²³ „Die aggressiven Verbrennungsaerosole einer einzigen Zigarette, schaffen jedoch beim chronisch Herz-Kreislaufkranken die besten Voraussetzungen für einen Infarkt. Bereits vorgeschädigt, kann das menschliche Herz innerhalb kurzer Zeit aus dem Rhythmus geraten, die Gerinnungskaskade sich dahingehend verändern, dass das Blut zäher wird und die Innenwand der Gefäße Schaden erleiden.“ „Die Folgen sind mitunter tödlich. Unfair daran ist nur, dass der passive Raucher in der Regel noch gefährdeter ist, wie der aktive. Während ersterer die Ultrafeinstaubfraktion, die an der Zigarettenspitze entsteht, inhaliert, atmet der Raucher selbst die gröberen Partikel über das Mundstück ein.“ Der Standard vom 6. November 2008, unter Berufung auf Prof. Manfred Neuberger von der MedUni Wien. Nach dem italienischen Rauchverbot in Lokalen sollen akute Herzinfarkte bei Menschen unter 65 Jahren um 11% gesunken sein.

- Magen-, Nieren und Bauchspeicheldrüsenkrebs
- Grauer Star
- Zahnwurzelhautentzündungen
- Lungenentzündungen
- Erweiterung der Bauchschlagader²⁴

Passivrauchen während der Schwangerschaft wird als eine der Hauptursachen für den plötzlichen Kindstod vermutet²⁵.

In einer Jänner 07 veröffentlichten Studie²⁶ der Universität Salzburg wird der Anteil der über 40 jährigen, die an der chronisch obstruktiven Lungenerkrankung²⁷ erkranken auf ~25% nach oben korrigiert, bis jetzt ging man von 10 - 15% aus. Eine der Ursachen für dieses Leiden ist demnach das Passivrauchen.

Nikotin ist, nach Koffein, die am zweithäufigsten verwendete psychoaktive Droge weltweit. Die Effekte können, situationsbezogen, sowohl stimulierend als auch beruhigend wirken. Als psychoaktive Substanz kann eine Abhängigkeit aus dem wiederholten Gebrauch resultieren. Schätzungen zufolge sind ca 40% der Rauchenden in Europa abhängig²⁸.

Das Alkaloid Nikotin selbst, und dies geht meines Dafürhaltens in den meisten „breitenwirksamen“ Diskussionen meist unter, ist weder karzinogen, herzinfarktfördernd odgl, jedoch in großen Dosen giftig²⁹. In Schweden beispielsweise, ist die Verwendung von „Snus“ gebräuchlich. Diese werden zwischen Oberlippe und Zahnfleisch geklemmt und geben das Nikotin direkt ins Blut ab. Der Verkauf dieser Produkte ist überall in der EU mit Ausnahme Schwedens verboten³⁰. Schweden hat einen äußerst geringen Raucheranteil von unter 20%. Neue Studien,

²⁴ <http://www.isch.at/default.pxml?lang=de&kap=307&mod=ed>, 23. 11. 2004. isch.at ist die Seite des BMGF, auf der die aktuelle Gesundheitskampagne promotet wird. Wer welche Studien wie durchgeführt hat, wird nicht erwähnt.

²⁵ ZB Der Standard vom 11. November 2008.

²⁶ Chest.2007; 131: 29ff (zitiert nach der Tageszeitung Standard).

²⁷ kurz COPD, ein Sammelbegriff für eine Gruppe von Krankheiten, die durch Husten, vermehrten Auswurf und Atemnot bei Belastung gekennzeichnet sind. Insbesondere die Ausatmung wird behindert, umgangssprachlich werden die Symptome als Raucherlunge resp Raucherhusten bezeichnet.

²⁸ Vgl zB *Groman/Fagerström*; Nicotine Dependence: development, mechanisms, individual differences and links to possible neurophysiological correlates, Wiener klinische Wochenschrift 115/5-6 2003, 155ff.

²⁹ Mehr dazu unter Kap 1.7.

³⁰ Siehe Kap 3.3.5.

in verschiedenen Tageszeitungen kurz zusammengefasst, deuten aber an, dass Krebsarten im Mundraum dadurch hervorgerufen werden könnten.

Wiederum gibt es auch Untersuchungen, welche nahe legen, dass Nikotin bei Ratten doch Krebs auslösen kann³¹. Außerdem wurde im US-Fachblatt "Journal of Clinical Investigation" berichtet, dass Nikotin die Fähigkeit des Körpers blockiert, Zellen mit beschädigtem Erbmateriale zu zerstören. Derartige Zellen müssen aber vom Körper möglichst schnell abgebaut werden, weil sie sich vermehren und zu Krebs führen können. In "Nature Medicine" wurde berichtet, dass Nikotin die Bildung neuer Blutgefäße in Krebsgeschwulsten fördert, wodurch diese schneller wachsen können³². Weiters soll es das Wachstum von Brustkrebszellen fördern³³.

Alleine im System der österreichischen Sozialversicherung schlagen sich diese auf das Konto von Tabakkonsum gehenden Krankheiten mit Behandlungskosten von ca. 2 Mrd € pro Jahr zu Buche^{34 35}.

Beim Passivrauchen wird nicht der Hauptstromrauch inhaliert, sondern der Nebenstromrauch. Die meisten schädlichen Stoffe treten in diesem in geringerer Dosierung auf, nichtsdestotrotz gibt es zahlreiche Untersuchungen, die nachweisen, dass verschiedenste Gesundheitsbeeinträchtigungen hervorgerufen werden resp deren Entstehung gefördert wird³⁶.

Bei Krankheiten wie Asthma oder zystischer Fibrose ist Gesundheitsgefährdung durch Passivrauchen besonders akut, mehr noch, wenn es sich um Kinder handelt. 5% der Bevölkerung sind, aufgrund welcher Genese auch immer, durch ihre gesundheitlichen Voraussetzungen durch Passivrauchen besonders stark gefährdet³⁷.

Fernsehberichte Ende Mai 2006 behaupteten, dass neuen Erkenntnissen zufolge das Passivrauchen genauso schädlich sei wie das Aktivrauchen.

³¹ <http://de.wikipedia.org/wiki/Nikotin>, mwN (17.05.06).

³² Beide zitiert nach *Davani*, Konstruktionsfehler der Zigarette, *ecolex* 2004, 437f mwN.

³³ Der Standard vom 16. Oktober 2008.

³⁴ Aus dem „5 Punkte Nichtraucherprogramm für Österreich“ des Bundesministeriums für Frauen und Gesundheit, selbige Zahlen finden sich auch in den Materialien zur TabakG Novelle 2004 auf Seite 10.

³⁵ Wie Der Standard am 4. Mai 2008 schrieb gibt es jedoch eine niederländische Privatversicherung, die RaucherInnen aufgrund deren niedriger Lebenserwartung bessere Prämien bietet.

³⁶ Vgl zB *Schulte-Hermann*, Toxikologie des Rauchens, in *List (Hg)*, Edition Zeitthema Rauchen, 1994.

³⁷ *Studnicka*, in *Strejcek (Hg)*, Rauchen & Recht, 43.

Quasi als Kontrapunkt zu derartigen Behauptungen schreibt Prof. *Beda M. Stadler* von der Universität Bern in einem Artikel in der Tageszeitung „Der Standard“ vom 31. Jänner 2007 über die Wahrnehmung und Darstellung des Rauchens. Zunächst weist er auf Demoralisierungsversuche hin, und dass im Zuge der Anti- Tabak-Kampagnen „*Raucher [...] als Killer gebrandmarkt werden*“ sollen. Die wissenschaftliche Begründung dafür stehe aber auf dünnem Eis. *Stadler*, der nach eigener Angabe eine große Zahl Studien gelesen habe, lese aus diesen heraus, dass die Wahrscheinlichkeit eines Nichtraucher, der in Hausgemeinschaft mit einem Raucher lebt, an Lungenkrebs zu erkranken nur um den Faktor 2 höher sei, als die eines „normalen“ Nichtrauchers. Eine kalifornische Großstudie, die sehr oft als Begründung für die Gefährlichkeit des Rauchens herangezogen wird, liefere überhaupt keine gesicherten Ergebnisse. In der Analyse von skandinavischen Studien, die sich mit dem Zusammenhang von Passivrauch und Geburtsgewicht beschäftigen, erblickt er keinen nennenswerten statistischen Zusammenhang. Generell bemerkt er, dass die Autoren der Studien sich öfters auch politisch hinsichtlich eines Verbots äußern, was für *B. Stadler* nicht vertrauensfördernd sei. Im Gegenzug zitiert er Studien, denen zufolge Rauchen vor Parkinson schützt und mithilfe, Depressionen zu verhindern. Auch erkrankten Raucher seltener an einer bestimmten Hautkrebsform. Succus des Artikels ist, dass der Meinung *Beda M. Stadlers* zufolge zwar die Schädlichkeit des Rauchens feststeht, die Schädlichkeit des Passivrauchens aber nur in wesentlich geringerem, beinahe vernachlässigbarem Maß nachgewiesen ist, die Anti- Passiv- Rauch- Kampagnen aber entsprechend punktuell zitieren. In einem weiteren Artikel aus der selben Tageszeitung vom 4. September 2007 wird auf neue Studien hingewiesen, wonach Passivrauch für 0,005 Prozent der Arbeitnehmer tödlich sei, in der Gastronomie für 0,006 Prozent.

Nach Schätzungen der WHO sind ungefähr 90% aller Lungenerkrankungen tabakinduziert.

Die Schweizer Krebsliga reihte 2007 30 europäische Länder nach ihren Regelungen bezüglich des Tabaks. Die ersten Plätze belegten Großbritannien, Irland und Italien, wohingegen Österreich sich mit dem letzten Platz zufrieden geben musste, insbesondere mangels Aktionen zum Thema, Kampagnen und

Konsumenteninformation wurde stark Kritik geäußert, während die anderen Bereiche nur einfach schlechter als die Vergleichsstaaten bewertet wurden³⁸.

Noch weniger erforscht scheint „Thirdhand Smoke“. Gemeint sind damit Rauchüberreste in Haar, Kleidung und Wohnung. Einer Studie zufolge, über die der ORF am 5. Jänner und der Standard am 9. Jänner 2009 berichtete, liegt auch eine Gesundheitsgefahr in diesem Thirdhand Smoke:

Die giftigen Überbleibsel der Zigaretten - Schwermetalle und krebserregende Stoffe - hängen sich an die Haare und Kleidung der Raucher und befinden sich auch an, auf bzw in Teppichen und Pölmöbeln, von dort können sie etwa von krabbelnden Kleinkindern aufgenommen werden³⁹.

Der Jurist muss dazu schweigen, eine Überprüfung solcher Ergebnisse ist dem medizinischen Laien zumeist nicht möglich. Die Frage bleibt, welcher Ansicht man bei der Bewertung der (Un-) Zulässigkeit folgen soll, dass viele der gesetzlichen Maßnahmen nur im Hinblick auf die Gefährlichkeit des Passivrauchens zulässig sind, ist oft eindeutig.

1.4. Wirtschaftliche Bedeutung

Im 17. Jahrhundert erhob die Republik Venedig als erster Staat eine Einfuhrabgabe auf Tabak und viele damalige Stadtstaaten machten es ihr nach.

Für viele Staaten, insbesondere der so genannten dritten Welt, ist der Tabak ein essentieller Bestandteil der Wirtschaft. Rund ein Viertel des Gesamtexports Zimbabwes und 60% Malawis⁴⁰ sind Tabak und seine Produkte. Für diese Staaten ist es auch bedeutsam, dass der Tabak meist im Land (vor)verarbeitet wird und nicht nur der bloße Rohstoff exportiert wird.

In Österreich gab es 70 Tabakbauern⁴¹, im Jahr 2005 wurde jedoch zum letzten Mal die Subvention für Tabakanbau der EU ausbezahlt, was laut einer Pressemeldung im Internetdienst des ORF zu einem Ende des Tabakanbaus in Österreich geführt hat,

³⁸ Der Standard vom 11. Oktober 2007.

³⁹ <http://science.orf.at/science/news/153960>, 26.05.2009

⁴⁰ World Factbook der Central Intelligence Agency, www.odci.gov (21. September 2004).

⁴¹ Pressemeldung, www.orf.at (11. 04. 2005), *Birgit Seidl* erwähnt in ihrer Diplomarbeit aus dem Jahr 2000 noch 200 (*Seidl*, Rauchen und Amateursport, 15).

da am Ende 2/3 der Einnahmen der Tabakbauern durch diese Subventionen erzeugt wurden⁴². 2009 reihte sich in die Liste von geschlossenen Unternehmen auch die Linzer Tabakfabrik der Austria Tabak ein, die Werke in Schwaz und Fürstenfeld wurden schon 2004 geschlossen, bestehen bleibt nur jenes in Hainburg⁴³. Weiters gibt es ungefähr 10 000 Trafikanten, die in erster Linie vom Zigaretten- und Zeitungskonsum der Bevölkerung leben.

Nicht messbar ist der volkswirtschaftliche Nutzen, der dadurch entsteht, dass Rauchende einen gewissen Motivationsschub in ihrer Arbeitstätigkeit erfahren⁴⁴.

Nach den Zahlen des Mikrozensus der Statistik Austria 1997 ist von einem Zigarettenkonsum pro Tag österreichweit von über 6 Mio Stück auszugehen.

Nach Zahlen, die das Institut für Sozialmedizin der Universität Graz 1987 veröffentlicht hat, standen im Jahr 1976 16 Mio ATS (1,16 Mio €) Folgekosten für Therapie, Behandlung und Frühberentung tabakassoziierter Krankheiten 8,7 Mill ATS (ca 632 Mio €) Einnahmen aus der Tabaksteuer gegenüber.

⁴² Auf den ersten Blick mag es absurd scheinen, dass die EU, die schon länger eine harte Linie gegen Tabakkonsum fährt, erst 2005 bedenkt, dass sie den Tabakanbau fördert. Es ist aber anzunehmen, dass diese Förderung Teil eines großen Agrarpakets war, und aus welchen Gründen auch immer erst jetzt dieser Teil vom Rest getrennt wurde. Nicht zuletzt sind bei einer derartig radikalen Reform lange Übergangsfristen begrüßenswert.

⁴³ Der Standard vom 5. Oktober 2007.

⁴⁴ Die Kulturanthropologin Bettina Brixia dazu in einem Interview im Standard vom 4. August 2008: *„[Die Rauchpausen] sind Klassiker der effizienten und hochmultiplikativen informellen Kommunikationskanäle“* „Auswirkung kann sein, dass manche offiziell über Anweisungen geregelten Prozesse für die Führung unsichtbar und jenseits des Organigramms hier erst richtig ins Laufen kommen oder natürlich auch boykottiert werden. Es werden inoffizielle Informationen ausgetauscht und weitergegeben, und selbst Probleme, deren sich Entscheidungsträger möglicherweise gar nicht bewusst sind, können sich im Hintergrund manchmal quasi von selbst lösen. In der Rauchpause wird eben mehr ausgetauscht als nur Zigaretten.“

In ihrer Diplomarbeit hat E. Klose eine volkswirtschaftliche Gegenüberstellung von Nutzen und Schaden durch Rauchen erstellt:

Ausgaben der Raucher für Tabakwaren	20 666 Mio ATS
Davon	
Tabaksteuer	11 300 Mio ATS
Umsatzsteuer	2 300 Mio ATS
Einnahmen des Staates	13 908 Mio ATS
davon Dividende Privatwirtschaftsverwaltung ⁴⁵	308 Mio ATS
Steuereinnahmen aus Tabak- und USt	13 600 Mio ATS
Produktivitätsverluste durch Krankheit oder Tod	2 836 Mio ATS
Krankheitsfolgekosten	6 835 Mio ATS
Produktivitätsverluste/gewinne während der Arbeitszeit, Passiv Rauchen	nicht quantifizierbar
Pensionsersparnis durch vorzeitigen Tod	6 930 Mio ATS ⁴⁶

Die Betrachtung mag zynisch⁴⁷ wirken, nichtsdestotrotz ist rein materiell bemessen das Rauchen ein Vorteil für den Staat. Die Statistik ist zwar beinahe 15 Jahre alt und die Kosten für den Gesundheitssektor sind zwischenzeitlich gestiegen, außerdem sind uU gewisse Krankheiten noch nicht berücksichtigt, die nach heutigem Wissensstand einzubeziehen gewesen wären. Auf der anderen Seite sind die Preise und damit die Einnahmen durch die Umsatzsteuer sowie die Tabaksteuer gestiegen.

Nach Auskunft des Bundesministeriums für Finanzen betrug das Tabaksteueraufkommen 2003 1 329 Mio € (nach 1 297 Mio € im Jahr 2002). Die durch Tabakkonsum bedingten Ausgaben schätzt das Ministerium nicht, aber die Abteilung IV gesteht zu, dass Raucher dem Staat vermutlich billiger kommen, „weil ihre Lebenserwartung und damit ihre Pension deutlich niedriger ist, bis zum

⁴⁵ Die Austria Tabak ist mittlerweile vollständig privatisiert und steht im Eigentum der Gallaher Group.

⁴⁶ Tabelle entnommen Klose, Rauchen 1990, 76f.

⁴⁷ So wie jede finanzielle Bewertung von menschlichem Leben oder Krankheit zynisch wirkt.

*Pensionierungsalter jedoch die gesundheitlichen Schäden noch nicht so stark sind, um hohe Mehrkosten zu verursachen. Außerdem dürfte die (kostenintensive) Pflegephase vor dem Tod bei Rauchern im Allgemeinen kürzer sein.*⁴⁸

Eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise des menschlichen Lebens wirkt immer zynisch bis utilitaristisch, aus diesem Grund unterstreicht auch das Bundesministerium für Finanzen ausdrücklich, dass dies keine Bewertung sein soll, sondern ausschließlich die Antwort auf meine zuvor gestellte Anfrage und sinngemäß, dass die Zurückdrängung des Rauchens zu begrüßen sei, was allerdings auf einem anderen Blatt stehe.

Bei den von mir nicht nachgeprüften Zahlen ist noch anzugeben, dass sowohl die Materialien zur TabakG- Novelle von 2004 als auch das 5- Punkte Nichtraucherprogramm⁴⁹ von 2 Mrd € Folgekosten von tabakinduzierten Krankheiten sprechen, die Schätzung hat der Hauptverband der Sozialversicherungsträger durchgeführt.

Eine finanzielle Auswirkung der in Folge im Detail besprochenen Tabakgesetznovelle 2008 war, dass schwangere Arbeitstätige in der nicht rauchfreien Gastronomie früher – nämlich ab dem ersten Tag der Schwangerschaft – Mutterschutz in Anspruch nehmen können. Für die Salzburger Gebietskrankenkasse allein werden diese Kosten mit 6,2 Mio € beziffert⁵⁰.

Nicht zu unterschätzen ist die Wirkung, die Tabakwerbeausgaben auf bestimmte Sportarten haben. So wird das Formel- 1- Team von Ferrari von Phillip Morris (Marlboro) mit 80 – 100 Mio US Dollar gesponsert, der Hauptkonkurrent McLaren-Mercedes vom Reemtsma Konzern (West) mit 70 Mio US Dollar⁵¹. Marlboro ist einer der 20 wertvollsten Markennamen weltweit⁵².

⁴⁸ Auskunft von Anton Rainer, Abteilung IV/15 des Bundesministeriums für Finanzen vom 11. Oktober 2004.

⁴⁹ Siehe 1.6, am Ende.

⁵⁰ <http://salzburg.orf.at/stories/350761/>, 24. März 2009.

⁵¹ Berichtet von Mag. Richard Lein im persönlichen Gespräch.

⁵² Zu Beginn dieser Arbeit war Marlboro noch unter den ersten 10 der wertvollsten Marken. Zum Abschluss nur mehr Platz 18. Siehe zB <http://www.slogans.de/brands.php?Op=BRanking1>, 26.05.2009 (die wertvollste ist Coca Cola, noch vor IBM und Microsoft).

Die Welternte an Rohtabak beträgt um die 7 Mio Tonnen, davon entfallen um die 2,5 Mio Tonnen auf die Volksrepublik China⁵³. Weitere wichtige Produzenten sind Indien, Brasilien, Simbabwe und Malawi.

2004 wurden in Österreich 709 253 024 Zigarettenpackungen verkauft. 2005 waren es 664 011 864, das entspricht 13 280 237 280 gerauchten Zigaretten pro Jahr⁵⁴. Der Zigarettenkonsum im Inland bleibt übrigens auch bei hoher Inflation stabil⁵⁵.

1.5. Gesellschaftlicher Rahmen

Rauchen wurde noch vor wenigen Jahrzehnten als Zeichen für liberale Gesinnung, beinahe als Zeichen für Freiheit gewertet. In der Zwischenkriegszeit galt es als schick, wie zB viele Filmdokumente aus dieser Zeit zeigen.

Mittlerweile schlägt das Pendel deutlich in die Gegenrichtung aus. Rauchende werden teilweise fast schon geächtet, als rücksichtsfreie Menschen betrachtet, denen nicht nur die eigene Gesundheit, sondern auch die ihrer Mitmenschen nur beschränkt am Herzen liegt. Auch der (damals neue) Gesundheitsminister Stöger stellt am 9. Jänner 2009 in einem Interview in der Tageszeitung Der Standard fest: *„Vor 15 Jahren war es bei einer Sitzung völlig normal, dass man raucht, heute ist es die Ausnahme. Das ist gesellschaftliche Norm geworden, da ist viel zum Positiven bewegt worden.“*

Mit Carmen, einer kleinen Tabakarbeiterin, wurde auch der Tabak durch die gleichnamige Oper von G. Bizet in großem künstlerischen Rahmen verwendet⁵⁶.

Die *Dahlkes* rücken den (männlichen) Raucher sehr in die Nähe des „hurrapatriotischen Verlierertypen“⁵⁷. Dieser Blickwinkel ist wohl weniger sozialwissenschaftlich fundiert, als vielmehr einer ideologischen Grundhaltung

⁵³ Eine Vortragende der Universität Wrocław, die an dieser Stelle ungenannt bleiben will, äußerte deswegen im persönlichen Gespräch die Vermutung, dass der Kampf der EU gerade gegen den Tabak, während andere gesundheitliche Risiken nicht derart viel Beachtung erhalten, auch wirtschaftspolitische Hintergründe hat.

⁵⁴ 19 Milliarden Zigaretten pro Jahr lt *Strejcek*, in *Strejcek (Hg)*, Rauchen im Recht, 297.

⁵⁵ Der Standard vom 31. Juli 2008.

⁵⁶ Die Oper ist ihrerseits eine Umsetzung der gleichnamigen Novelle von *Prosper Mérimée*, die aber nie einen Bekanntheitsgrad erreicht hat, welcher mit dem der Oper konkurrieren konnte. Für einen ausführlichen und lesenswerten Streifzug auf den Spuren des Rauchtobaks in der Kulturgeschichte mit vielen Leseproben siehe *Strejcek*, in *Strejcek (Hg)*, Rauchen im Recht, 332ff.

⁵⁷ *R&M Dahlke*, Psychologie des blauen Dunstes, 142.

entsprungen, wofür sowohl meines Erachtens die Formulierung als auch die (mangelnde) Argumentation sprechen. Nichtsdestotrotz verdeutlicht dieses Urteil die Wandlung des Raucher- Images von den 50ern des 20. Jahrhunderts bis heute (resp bis zum Zeitpunkt der Publikation Ende der 80er).

Laut einer Studie des Instituts für Sozialmedizin rauchen in Österreich ungefähr 2,3 Mio, in ganz Europa 177 Mio Menschen⁵⁸. Die Tendenz scheint steigend. Die Zahl der 2,3 Mio rauchenden Österreicher wird auch vom Ministerium für Gesundheit und Frauen kolportiert⁵⁹. Ungefähr 800 000 dieser seien stark nikotinabhängig.

Seit längerem zeichnet sich ab, dass immer früher mit dem Rauchen begonnen wird und immer mehr Mädchen zur Zigarette greifen. Jüngste Zahlen bestätigen diesen Trend weiter:

In der Altersgruppe der 15 jährigen rauchen bereits 20 % der Burschen und 26 % der Mädchen täglich und ganze 30 % bzw. 36 % zumindest 1 x in der Woche. Österreich zählt, was den Zigarettenkonsum unter Jugendlichen anbelangt, zu den Spitzenreitern in Europa⁶⁰.

Umfragen, auf der Internetseite www.nichtraucher.at⁶¹ veröffentlicht, legen nahe, dass 55% der Rauchenden damit aufhören wollen⁶², und weitere 37% den Zigarettenkonsum reduzieren wollen. Auf dem Impressum der Seite und der Whois-Information von Nic.at ist die GlaxoSmithKline Pharma GmbH angeführt.

Die umfassendste Erhebung zu den Rauchgewohnheiten der Österreicherinnen und Österreicher wurde 2002 von der Statistik Austria herausgegeben. Die zugrunde liegenden Daten stammen vom Mikrozensus 1997.

Damals waren nur 1,89 Mio Österreicher Raucher. 10% von diesen waren starke Raucher⁶³. Besonders hoch ist der Anteil an Rauchern und ebenfalls an starken

⁵⁸ Entnommen der Homepage des Ministeriums für Gesundheit und Frauen www.bmgf.gv.at (17.05.2006).

⁵⁹ Was nahe legt, dass das BMFG die Studie des Instituts in Auftrag gegeben hat. Woher die Zahlen des BMFG stammen, wurde nicht offengelegt.

⁶⁰ Aus dem „5 Punkte Nichtraucherprogramm für Österreich“ des Bundesministeriums für Frauen und Gesundheit.

⁶¹ Wiederholt besucht Ende September 2004, Jänner 2009 jedoch schien die Seite nicht mehr verfügbar zu sein.

⁶² Diese Zahl führt auch das BMFG an.

⁶³ Starke Raucher sind jene, welche mehr als eine Packung, also 20 Zigaretten am Tag, verbrauchen.

Rauchern in der Gruppe der Geschiedenen. Geographisch ist die Raucherdichte gemessen an der Bevölkerung in der Bundeshauptstadt Wien am höchsten.

Als Hauptgründe für das Aufgeben des Rauchens werden gesundheitliche Gründe angeführt sowie Schwangerschaft und die Geburt von Kindern. Berichte über die Schädlichkeit des Rauchens und Anti- Rauchenkampagnen sind laut den Ergebnissen der Untersuchung nur sehr begrenzt wirksam.

Von 1972 bis 1997 ist der Raucheranteil unter den Männern in Österreich von ca 43% auf 38% zurückgegangen, bei den Frauen jedoch von ungefähr 10% auf über 20% gestiegen⁶⁴.

Die aktuellen Zahlen des BMGF sagen aus, dass seit 1997 der Anteil der Raucher um 21% gestiegen ist. Der Preis ist gestiegen, die Warnhinweise wurden vergrößert und auch die Aufklärung über die Gefahren des Rauchens wurde gefördert⁶⁵.

Laut Reiss besteht hier auch ein starkes Stadt- Land- Gefälle:

Ihren Zahlen aus dem Jahr 1996 zufolge rauchen in Wien 33,9%, in Kleingemeinden nur 20,6% der Bewohner⁶⁶.

67% der Nichtraucher nehmen um den Preis der Geselligkeit in Kauf, dass um sie herum, zB in Lokalen, geraucht wird⁶⁷.

Obwohl – oder gerade weil – die Rauchverbotsbestimmungen bis vor wenigen Jahren mehr oder minder zahnlos waren, das klassische Beispiel der *lex imperfecta*, war das Zusammenleben zwischen Rauchenden und Nichtrauchenden in gewissem Ausmaß harmonisch. Mit steigender Aufmerksamkeit der Politik und der Medien begann dieser Konsens zu bröckeln. Einen vorläufigen Höhepunkt erlebte der Konflikt mit dem Inkrafttreten der Tabakgesetznovelle 2008. Wie der ORF am 15. Jänner 2009 berichtete, wurde seitens der Zivilgesellschaft eine große Anzahl von Anzeigen⁶⁸ wegen Verstößen gegen das Tabakgesetz an die Behörden herangetragen, teilweise wurde dazu auch aufgerufen, teilweise erfolgten diese

⁶⁴ Zahlen dieses Absatzes allesamt entnommen aus *Statistik Austria (Hg)*, Rauchgewohnheiten.

⁶⁵ Ob dieser Anstieg nun trotz der Gegenmaßnahmen stattgefunden hat oder ob diese eine wesentlich höhere Zunahme verhindert haben, sei dahingestellt. Eine nichtjuristische These sei mir aber gestattet:

Die Zahlen sagen zumindest aus, dass in der heutigen, beschleunigten, komplexen, wohlhabenden Gesellschaft ein starkes (und weiterhin steigendes) Bedürfnis nach Genussmitteln (unabhängig ob legal oder illegal, und in Zusammenwirken mit dem Bedürfnis jedenfalls süchtig machend) besteht.

⁶⁶ Reiss, Tabakwerbung, 63.

⁶⁷ Der Standard vom 10. Dezember 2008.

⁶⁸ Über 100 von der selben Person, wie verschiedene Medien berichteten.

Anzeigen auch durch Konkurrenten in der Gastronomie⁶⁹. Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

1.6. Politische Bemühungen

*„Das Recht ist die Fortsetzung
der Politik mit anderen Mitteln.
Die Politik ist die Fortsetzung
der Gesellschaft mit anderen Mitteln.“
(eigenes Credo, frei nach v. Clausewitz)*

Die Gesetzgebung wird gerade in einem Gebiet wie diesem, welches weniger „technisch“ sondern vorrangig vom Kollidieren verschiedener Ideologien bestimmt ist, von der Politik und ihren Überzeugungen bestimmt. Aus diesem Grund habe ich Anfragen an die politischen Parteien geschickt, um ihre Position zu diesen Themata zu erfahren, da diese Einstellungen die weitere Gesetzgebung (je nachdem, wann und wie die nächsten Wahlen ausgehen werden) prägen werden. Neue Studien belegen jedoch, dass sich in Ländern, deren Politik sich zu einem absoluten Rauchverbot durchringen konnte, durchaus positive gesundheitliche Auswirkungen messen lassen, wohingegen die negativen wirtschaftlichen Auswirkungen nicht ins Gewicht fallen⁷⁰.

Sozialdemokratische Partei Österreich

Die SPÖ befürwortet jene Maßnahmen, nach denen die Gesundheitswarnungen auf Zigarettenpackungen noch deutlicher hervorgehoben werden.

Den sozialdemokratischen Grundsätzen folgend ist die SPÖ gegen generelle Steuererhebungen für die Krankenkassen udgl, befürwortet aber eine Querfinanzierung des Gesundheitssystems.

⁶⁹ <http://orf.at/090114-33874/index.html>, 15. Jänner 2009.

⁷⁰ Der Standard vom 7. August 2008. Er beruft sich dabei auf eine Aussendung der Wirtschaftskammer, die sich ihrerseits wieder auf das New England Journal of Medicine (Volume 359:482-491, July 31,2008, Nr.5) beruft.

„Eine höhere Tabaksteuer wäre hierfür eine gute Einnahmequelle, da die Krankheiten, die durch das Rauchen entstehen, das Gesundheitssystem finanziell stark belasten. Bei der Tabaksteuer geht es darum, dass die durch Rauchen bedingten Gesundheitsschäden enorme Kosten verursachen, die mittels der Steuer teilweise gedeckt werden könnten.

Die SPÖ tritt dafür ein, die Tabaksteuer zweckgebunden einzusetzen und zur Finanzierung des Gesundheitssystems, also der Krankenkassen, zu verwenden. Die Zweckwidmung der Tabaksteuer kann allerdings nur eine der Maßnahmen im Zuge einer Gesamtreform sein.“

Ebenso befürwortet die SPÖ Präventionskampagnen, vorzugsweise mit gesamteuropäischer Koordination durch die EU.

„Die SPÖ hat u. a. auch einen Abänderungsantrag [Anm: wohl zum ArbeitnehmerInnenschutzG, ein näherer Hinweis fand sich nicht in der Antwort] eingebracht und durchgesetzt, der laut SPÖ-Sozialsprecherin Heidrun Silhavy einen wichtigen Schritt zum Schutz von Nichtrauchern an ihrem Arbeitsplatz darstellt: die Durchsetzung eines generellen Rauchverbots in Büroräumlichkeiten (sofern dort ausschließlich Betriebsangehörige tätig sind).“

Die Auskünfte wurden vom Aktionsbüro der SPÖ am 14. September 2004 per Email erteilt, eine Person unterzeichnete nicht.

Im Zuge der Diskussion um die gescheiterte Tabakgesetznovelle 2007 äußerten sich Vertreterinnen der SPÖ, insbesondere Sabine Oberhauser, dahingehend, dass die Übergangsfristen zu kürzen wären (Umstellung bis Ende resp Mitte 2008). Außerdem sollte das Rauchverbot im Auto inkludiert werden, Arbeitnehmer in Raucher- Lokalen sollten Zusatzurlaub erhalten und Lokale, die nach 2008 neu eröffnen, sollten automatisch Nichtraucherlokale sein. Diese Diskussion hat die Tabakgesetznovelle wohl letzten Endes zu Fall gebracht.

Am 8. Jänner 2009 berichtete der ORF, dass die Salzburger Landeshauptfrau Gabi Burgstaller (die am 1. März 2009 knapp wieder den ersten Rang für Ihre Partei bei der Landtagswahl erringen konnte), sich für ein Totalverbot des Rauchens in Lokalen

wie in Italien ausgesprochen hat, wohingegen einem Bericht des selben Senders vom 11. Jänner 2009 zu entnehmen war, dass ihr Kollege in der Partei, Erich Haider, Landeshauptmannstellvertreter von Oberösterreich (Landtagswahlgang erst im September 2009), den Wirten freistellen möchte, ob sie in ihren Lokalen Zigarettenrauch zulassen oder nicht. Der Gesundheitsminister Alois Stöger, ebenfalls SPÖ und aus Oberösterreich, gab am 29. Jänner 2009 gegenüber *Der Standard* an, dass er gegen ein totales Rauchverbot in der Gastronomie sei. Der steiermärkische Gesundheitslandesrat Helmut Hirt bezeichnete das Tabakgesetz in der Fassung der Novelle 2008 (also inklusive der neuen Strafbestimmungen) als schlecht.

Die Position der Sozialdemokratie ist im Großen und Ganzen so zu erwarten gewesen, was auch durch die innere Zersplitterung nicht gemindert wird; inhaltlich zeigen sich keine Überraschungen, das Festhalten am Sozialstaat ist schon beinahe symptomatisch für die SPÖ, einzig die Hinwendung zu den Arbeitstätigen in der Gastronomie mag man teilweise vermissen.

Österreichische Volkspartei

Meine Anfragen über die Ansichten der Volkspartei wurden von einem Mitarbeiter des BMGF beantwortet.

„Die Gesundheitspolitik der ÖVP sieht Rauchen als größtes vermeidbares Gesundheitsrisiko der Österreicher/innen und ist daher bestrebt auf allen Ebenen:

- * Menschen und vor allem Jugendliche zu ermutigen nicht mit dem Rauchen zu beginnen*
- * Raucher/innen beim Rauchausstieg zu unterstützen*
- * Nichtraucher/innen vor den schädlichen Einwirkungen von Tabakrauch zu schützen.*

Wir haben dazu ein umfangreiches Paket, das sowohl Verhaltens-, als auch Verhältnisprävention beinhaltet geschnürt. Ab Oktober werden die ersten PR Maßnahmen dazu anlaufen.

Prinzipiell setzten wir in der Tabakprävention mehr auf Lebensstilmaßnahmen und Meinungsbildung, denn auf Verbote. Wir wollen bewusst nicht den "amerikanischen Weg" gehen, bei dem in kurzer Zeit sehr drastische Rauchverbote eingeführt und mit drakonischen Strafen durchgesetzt wurden. Studien zeigen, dass das vor allem stark abhängige Raucher/innen in schwerwiegende physische und psychische Probleme gestürzt hat.

Das ändert aber nichts an unserem Ziel, den Tabakkonsum der Österreicher/innen und vor allem der Jugend drastisch zu reduzieren. Mittelfristig, also im Laufe der nächsten 10-15 Jahre soll erreicht werden, dass der Anteil der Nichtraucher/innen in der Bevölkerung bei den über 15 Jährigen mindestens bei 80% liegt und bei den unter 15 Jährigen annähernd 100% erreicht.“

Da die Tabakgesetznovelle 2007 von der (damaligen) ÖVP Ministerin Andrea Kdolsky und dem ihr unterstellten Ministerium vorgelegt wurde, ist anzunehmen, dass sie der generellen Linie der Partei entspricht. Hinsichtlich dem Themenpunkt des Rauchens in der Gastronomie äußerte sich Erwin Rasinger, dass es sich dabei um einen „Nebenschauplatz“ handle und das eigentliche Problem das Rauchen in den eigenen 4 Wänden sei, nicht in der Gastronomie. Jedoch befürwortete er weitere Erhöhungen des Preises für Rauchwaren.

Die Position ist pragmatisch, „unextrem“ und wenig überraschend, steht aber soweit dies beurteilt werden kann weder in einer besonderen Nahebeziehung noch in Kontrast zu sonstigen Ansichten.

Freiheitliche Partei Österreich + BZÖ

Die kurz gefasste Antwort auf meine Fragen wurde mir vom (damaligen) Fachreferent der FPÖ, Sascha von Tijn übermittelt.

Die Freiheitliche Partei setzt ebenfalls auf Prävention, sowie auf Vorschriften, welche die Inhaltsstoffe der Zigaretten regeln.

Rauchen ist für die FPÖ „*ein bedeutendes Gesundheitsrisiko und die Ursache frühzeitiger Sterblichkeit*“. Befürwortet wird auch, dass verschiedene Rauchentwöhnungsprogramme von Krankenkassen getragen werden. Werbeverbote sollen in den nächsten Jahren rigoroser werden, was ja dann auch passierte, wie viel die FPÖ daran Anteil hatte, kann hier nicht nachvollzogen werden.

„Für uns Freiheitliche gilt, dass keine andere einzelne Präventionsmaßnahme einen nachhaltigeren Effekt auf die Gesundheit der österreichischen Gesamtbevölkerung hat als eine deutliche Verringerung des Zigarettenkonsums.“

Die Antwort wurde vor der Spaltung⁷¹ in FPÖ und BZÖ gesendet, Anfragen danach blieben von beiden Parteien unbeantwortet.

Obwohl das BZÖ auf keine meiner Anfragen antwortete, hat es doch in Pressemeldungen und Interviews, insbesondere Ende 2006, als die „Raucherdiskussion“ mal wieder stark entflammt war, sich deutlich gegen Rauchverbote in Lokalen ausgesprochen und sich ua auch als „Raucherpartei“ bezeichnet. Weiters betreibt das BZÖ die Homepage <http://www.ohneverbotgehtsauch.at>⁷², die für eine Lösung ohne weitere Rauchverbote eintritt.

Die Grünen

Das Dialogbüro der Grünen antwortete auf meine Anfragen am 13. September 2004 wie folgt:

„Für uns Grüne ist der Schutz der NichtraucherInnen zu gewährleisten und wir begrüßen die Vorschläge der Gesundheitsministerin Rauch- Kallat auf diesem Gebiet.“

⁷¹ Am 4. April 2005 gab ein Gruppe führender FPÖ Politiker, darunter der Großteil der Regierungsmannschaft bekannt, eine neue Partei gründen zu wollen. Der Gründung gingen Unstimmigkeiten zwischen Mölzer, Stadler, Strache und Haider und dessen Umfeld voraus, so die Presseberichte. Das BZÖ erhebt, genauso wie die FPÖ, den Anspruch, die „echte FPÖ“ zu sein, ob es aber eine Nachfolge- Partei oder nur eine Splittergruppe ist, ist unklar. Das BZÖ war die erste Regierungspartei in Österreich, die nicht gewählt wurde, sondern aufgrund des erwähnten Prozesses Regierungsmitglieder stellte.

⁷² Auch im März 2009 noch im Netz, allerdings wurde sie seit 2007 nicht mehr aktualisiert.

So treten auch wir dafür ein, dass die Einhaltung der bereits seit einigen Jahren bestehenden Bestimmungen wie z.B. Rauchverbot in öffentlichen Gebäuden besser überprüft wird.

Zu den angekündigten rauchfreien Büros:

auch hier geht der Schutz der NichtraucherInnen vor, jede(r) Arbeitnehmer(in) hat das Recht auf einen rauchfreien Arbeitsplatz.

Es muß allerdings auch einen Raum geben, in dem geraucht werden darf.

Im Bereich der Gastronomie begrüßen wir, dass in Österreich nicht der Weg Irlands beschritten wird, und in Bars und Pubs weiterhin geraucht werden darf.

Wir unterstützen den Stufenplan Rauch Kallats, dass in allen anderen Lokalen, in denen auch gegessen wird und sich auch Kinder aufhalten, rauchfreien Zonen geschaffen werden

Weiters setzen wir uns für Unterstützungen bei der Raucherentwöhnung und Aufklärung von Jugendlichen ein.“

In einer Pressemeldung vom 25.03.2009 forderten die Grünen weitergehenden Schutz von schwangeren Beschäftigten in der Gastronomie.

Abgesehen von der Ablehnung der neuen Rechtschreibung und einem Fehler im Gendern zeigt sich ein gewisser, erwarteter ideologischer Spagat der allerdings in geübt wirkender grüner Dialektik ausgeführt wird:

Als Partei links der Mitte wird der kollektivistische Ansatz hoch gehalten, der den Genuss der Rauchenden zum Wohle aller limitiert, doch haben die Grünen nicht erst seit dem (mehrmaligen) politischen Niedergang des Liberalen Forums außerhalb umweltpolitischer Belange immer schon eine gewisse liberale Grundtendenz gezeigt, welche sich auch in der Einschränkung der Einschränkung und im Recht auf den Rauchraum manifestiert.

Kommunistische Partei Österreich

Bis zur Abgabe dieser Arbeit hat mir die Kommunistische Partei auf meine Anfrage, die ich mehr oder weniger gleichlautend an alle Parteien per Email versendet habe, nicht geantwortet.

Liberales Forum

Bis zur Abgabe dieser Arbeit hat mir das Liberale Forum, das zumindest laut der eigenen Homepage noch existiert, nicht geantwortet. Gerade die Liberalen hätten ideologisch den größten Spagat zu vollbringen gehabt, so sie dieses Problem zu bearbeiten gedacht hätten.

Liste Hans Peter Martin

Inwiefern Dr. Martin, mittlerweile ohne Karin Resetarits, einen Einfluss auf die zukünftige Politik haben wird, wage ich nicht zu mutmaßen. Ob ein Erfolg, gegen alle Wahrscheinlichkeit und den ORF, nach gescheiterten Versuchen wiederholt werden kann, auf europäischer oder gar nationaler Ebene⁷³, ist noch nicht abzusehen.

Das Recht auf dem Gebiet des Tabaks und insbesondere der Tabakwerbung ist jedenfalls zu einem großen Anteil von den gesetzgeberischen Organen der Europäischen Gemeinschaften vorherbestimmt, und in diesen muss der Liste Hans Peter Martin ein gewisser (wenngleich vermutlich untypisch geringer) Einfluss zugestanden werden.

Herr Dr Martin ließ mir über einen Mitarbeiter ausrichten, dass er selbst Nichtraucher sei, sich mit den juristischen Fragen dieser Arbeit aber nicht genauer beschäftigt habe und dies auch nicht in absehbarer Zeit plane.

Bundesministerium für Gesundheit und Frauen

Das Ministerium hat im Rahmen der groß angelegten, die meisten Lebensbereiche umfassenden Gesundheitskampagne (unter dem Stichwort „Innerer Schweinehund“) auch ein ausführliches Nichtraucherprogramm inkludiert.

⁷³ Aufgrund des Scheiterns Hans Peter Martins bei der Nationalratswahl 2006 und Nicht- Antritts 2008 ist ein nationaler Erfolg äußerst unwahrscheinlich, jedoch in neuen Konstellationen nicht auszuschließen.

Dieses sieht ein 5 Punkteprogramm vor:

Antieinstiegskampagne für Jugendliche

Aufgrund der Langzeitfolgen des Rauchens soll der Hebel verstärkt bei der Prävention und hier insbesondere bei den Jugendlichen angesetzt werden. Es wird mit ORF und Krebshilfe kooperiert, um das Verhalten der Jugendlichen positiv zu beeinflussen und Meinungen zu bilden. Eine der konkret angeführten Maßnahmen ist das Einführen von jugendsicheren Zigarettenautomaten. Diese werden nur mit Bankomatkarte zu verwenden sein.

Rauchausstiegsprogramme

Diese sollen auf hohem medizinischem Niveau stattfinden. Anzunehmen, aber nicht explizit angeführt, ist meines Erachtens die Kooperation und Finanzierung mit resp durch die Krankenkassen.

Verbesserung des Nichtraucher/innenschutzes

In umfassenden legislativen Reformen soll der Schutz vor Passivrauchen vergrößert werden. Diese Reformen werden im Weiteren behandelt.

Konsequente Umsetzung der bestehenden Rauchverbote

Nichtrauchbereiche in der Gastronomie

Diese sollen sukzessive ausgebaut und erweitert werden, bis es nur noch kleine Rauchbereiche gibt. Das Projekt sollte bis 2006 umgesetzt worden sein, was von meiner Seite nicht nachgeprüft werden konnte. Die Problematik der Nichtraucherbereiche in der Gastronomie wird an anderer Stelle in dieser Arbeit ausführlich diskutiert werden.

Unter der damaligen Ministerin, Andrea Kdolsky, wurde eine Novelle zum Tabakgesetz entwickelt, die zwar nicht umgesetzt wurde, trotzdem aber in weitere Folge besprochen wird.

Im Jahr 2006 wurde vom Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger in Kooperation mit weiteren Krankenversicherungsträgern

die österreichweite Raucherberatungshotline (www.rauchertelefon.at) nach internationalen Vorbildern ins Leben gerufen. Diese wird durch einen wissenschaftlichen Beirat, in dem auch das Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend vertreten ist beraten. Das Rauchertelefon dient insbesondere dazu, Personen, die mit dem Rauchen aufhören wollen, zu unterstützen und fungiert auch als eine Schnittstelle zu anderen einschlägigen Präventions- und Behandlungsangeboten.

*„Wir haben genau die Politiker,
die wir verdienen,
genau wie jede Gesellschaft
die Sucht- und Genußmittel hat,
die sie verdient.“
(M. Dahlke)*

1.7. Aufbau und Inhalt der Zigarette

*„In der Rangfolge potentiell suchterzeugender Substanzen ist die Wirkung von Nikotin vergleichbar mit jener von beispielsweise Heroin oder Kokain.“
(aus den Materialien zur TabakG Novelle 2004)*

Das Recht muss sich in der Wirklichkeit bewähren. Aus diesem Grund soll das letzte Subkapitel des einleitenden Kapitels die harten, naturwissenschaftlichen Fakten der herkömmlichen Zigarette darstellen.

Die gesamte Zahl der chemischen Substanzen, die beim Zigarettenkonsum auftreten, beläuft sich auf über 4000, aber auch diese werden gelegentlich mehr, da weitere entdeckt werden. Allein ungefähr 40 dieser Stoffe sind karzinogen⁷⁴. Auch wird die Zigarette, seit die Öffentlichkeit mit dem Thema Feinstaub vertraut wurde,

⁷⁴ Seidl, Rauchen und Amateursport, 9, mwN. 4800 Substanzen, davon mindestens 70 krebserregend, laut dem deutschen Krebsforschungszentrum. Dt. Krebsforschungszentrum (Hg), Passivrauch, 10.

immer wieder mit dem Thema Feinstaub in geschlossenen Räumen in Verbindung gebracht⁷⁵.

Nikotin⁷⁶

Nikotin ist der prominenteste Inhaltsstoff. Wie schon eingangs erwähnt, dient es dem Schutz vor Insektenfraß und ist nach Jean Nicot (1530-1600) benannt.

Nikotin ist stark giftig, da es die Ganglien des vegetativen Nervensystems blockiert. Es wurde früher im Pflanzenschutz als Pestizid gegen Insekten (zB Blattläuse) eingesetzt, für Pflanzen ist der Stoff unproblematisch und abbaubar. Aufgrund der Toxizität besteht für Nikotin seit den 70ern ein Anwendungsverbot. Synthetisch hergestellte Insektizide wie beispielsweise Parathion vulgo E605 wurden als Ersatz verwendet, auch deren Anwendung wurde tw verboten. 50mg Nikotin in der Blutbahn wirken letal⁷⁷.

Der „Volksmeinung“ gemäß sind seine Wirkungen tatsächlich multipotent:

Es vermag zu dämpfen genauso wie anzuregen. Dies liegt daran, dass es dem Acetylcholin, einem Hormon, chemisch sehr ähnlich ist, in entsprechender Kombination mit dem vegetativen Nervensystem kann es, quasi dialektisch, diese gegenteiligen Wirkungen hervorrufen.

Die Aufnahme von Nikotin bewirkt die Erhöhung der Herzfrequenz, es werden Adrenalin und sein Gegenstück Noradrenalin freigesetzt, was zu einer Art Dauerstress führt. Gleichzeitig werden die Blutgefäße verengt und als Folge davon der Blutdruck erhöht. Cholesterin- und Fettsäurenanteil im Blut werden erhöht und die Magensaftsekretion gesteigert⁷⁸.

Kohlenmonoxid

Kohlenmonoxid entsteht bei nicht vollständiger Verbrennung kohlenstoffhaltiger Substanzen. Schädlich ist es durch den Umstand, dass es sehr reaktionsfreudig ist und sich deswegen wesentlich stärker, ca 200 – 300 mal, an das Bluthämoglobin

⁷⁵ Vgl zB *Manfred Neuberger*, Feinstaub und akutes Koronarsyndrom, Universum – Innere Medizin 01/08, 90f.

⁷⁶ Weitere Namen: L-3-(1-Methyl-pyrrolidin-2-yl)-pyridin, Destruol, Summenformel C₁₀H₁₄N₂.

⁷⁷ „Sola dosis facit venenum“, das überlieferte Originalzitat lautet „Alle Ding' sind Gift und nichts ohn' Gift; allein die Dosis macht, das ein Ding' kein Gift ist“ Sprichwort lt Überlieferung Theophrast von Hohenheim, vulgo Paracelsus, zugerechnet.

⁷⁸ *Seidl*, Rauchen und Amateursport, 13.

bindet als Sauerstoff. Durch die teilweise Blockade des Sauerstofftransports im Körper, wird die Versorgung der Muskeln eingeschränkt, sie ermüden also schneller⁷⁹. Laut einer Studie, basierend auf Erhebungen bei 150 000 Personen, die in der Kronenzeitung vom 16.10.2007 vorgestellt wurde, liegt schon bei 5 Zigaretten täglich die Kohlenmonoxidkonzentration in der Atemluft eines Rauchers über den zulässigen Grenzwerten für die Luftqualität.

Teer

Teer ist eigentlich ein Sammelbegriff für den Restbestand im Rauch; Inhaltsstoffe sind ua:

Kohlenwasserstoffe, Nitrosaminen, Phenol, Arsen, Brom, Nickel, DDT, Aceton, Ammoniak, Stickoxide, Blausäure etc.

Ein Teil dieser Bestandteile ist giftig. Beispielweise Phenole führen dazu, die Atemwege zu irritieren, was zu einer Schleimansammlung führen kann⁸⁰. Insbesondere durch längere, regelmäßige Zufuhr können verschiedene Reduktionen der Lungenfunktion entstehen.

Zusatzstoffe

Zigaretten werden verschiedene Zusatzstoffe beigemischt; am Markt werden nur sehr wenige Marken angeboten, die frei von Zusatzstoffen sind⁸¹. Die meisten sind in Form von Zucker, Geschmacksstoffen und Feuchthaltemitteln enthalten. Weitere Zusatzstoffe sind:

Aromen, Früchte, Gewürze, Tee, Zuckerarten, Stärke, Glycerin und Propylenglycol, Klebe-, Haft- und Verdickungsmittel wie Gelatine, Schellack, Carboxymethylcellulose, Mischungen aus Polyvinylacetat und Polyvinylalkohol, Konservierungsstoffe, Weißbrand- und Brandbeschleunigungsmittel, Farbstoffe, Bindemittel uvm

⁷⁹ Schon bei einem Gehalt von nur 0,3 Prozent Kohlenstoffmonoxid in der Luft ist das Blut zur Hälfte mit Kohlenstoffmonoxid gesättigt, dadurch werden Pulsoxymeter getäuscht und geben fälschlich hohe Sauerstoffsättigungsraten an (Bewusstlosigkeit und Tod nach etwa 20 Minuten). Ab 1 Prozent Kohlenstoffmonoxidgehalt in der Luft folgt auf die Bewusstlosigkeit innerhalb von etwa 5 Minuten der Tod.

⁸⁰ Stichwort Raucherhusten. *Seidl*, Rauchen und Amateursport, 14 mwN.

⁸¹ Nach eigener Beobachtung bewerben in Deutschland Mitte 2007 einzelne Marken jedoch aggressiv ihre eigene Freiheit von Zusatzstoffen.

Einzelne Verbrennungsprodukte dieser Zusatzstoffe sind gesundheitsschädigend, wie etwa das bei der Zuckerverbrennung freigesetzte Acetaldehyd, es kann zu Chromosomenschädigungen und Hormonstörungen führen. Es beeinflusst auch den Neurotransmitter Dopamin⁸².

Verschiedenste Reportagen und veröffentlichte Interna der Industrie udgl, vor allem aus den 80ern, berichten davon, dass die Tabakkonzerne sich der suchststeigernden Wirkungen bewusst waren, dass sie mit den Substanzen experimentiert haben um die Absatzzahlen zu verbessern; in den 60er hatte die Marke Marlboro beispielsweise eine Verkaufssteigerung um 5000 % zu verzeichnen, nach eigener Ansicht aufgrund des neuen Sujets Cowboy⁸³ + Marlboro County, nach Kritikeransicht durch die Beifügung von Ammoniak⁸⁴.

⁸² *Davani*, Konstruktionsfehler der Zigarette, *ecolex* 2004, 437 mwN.

⁸³ Das erste Photomodell für den „marlboro man“, Wayne McLaren, ehemals Stuntman und Rodeoreiter, starb 1992 an den Folgen seines starken Tabakkonsums.

⁸⁴ Vgl dazu den ausführlichen Fußnotenapparat bei *Davani*, Konstruktionsfehler der Zigarette, *ecolex* 2004, 437ff mwN.

2. Staatsaufgaben

2.1. Grundsätzliches

Nichts geschieht ohne Grund.

Auch wenn dies in erster Linie eine dogmatische Aussage ist und demzufolge der Überprüfung mit wissenschaftlichen Methoden nicht zugänglich ist, findet sie doch weite Zustimmung. Aus dieser Festlegung wiederum mag im gegebenen Zusammenhang abgeleitet werden, dass der Staat mit Grund entstanden ist, ergo dessen einem Zweck dient⁸⁵.

Insbesondere der weltanschaulich neutrale und säkulare Staat legitimiert sich, auch im Bewusstsein seiner pluralistischen Gesellschaft ganz wesentlich durch seine tatsächlich wahrgenommenen Aufgaben, kurz Legitimation durch Funktion⁸⁶, oder um es populärwissenschaftlicher zu sagen:

*“Because as we both know, without purpose,
we would not exist.”
(Wachowski Brothers)*

In der klassischen Antike war der Staat ein Trittbrett zur Erfüllung des Menschseins, mit der Aufklärung⁸⁷ dient der Staat der Sicherung von Leben und Freiheit(en) und nicht mehr der Förderung oder Gewährleistung von sittlichen Idealen.⁸⁸

Im klassischen *Hobbes'schen* Verständnis⁸⁹ ist dies der Schutz des Menschen vor seinen Mit-, oder, sofern diese Wortschöpfung verziehen wird, Gegenmenschen. Der Staat erhält das Gewaltmonopol, wird zum Leviathan. Dieses Vorrecht soll der Staat nutzen, von ihm wird die Wahrung der vielfältigsten Interessen erwartet, die oft miteinander kollidieren⁹⁰.

Welche Interessen dies jedoch sind, ist im steten Fluss der Zeit merklichen Wandlungen unterworfen. So ist mittlerweile nicht nur der Schutz des Einzelnen oder der Minderheit vor anderen die alleinige Aufgabe, der Staat soll auch vor

⁸⁵ Vgl zB *Zippelius*, Staatslehre, 123f.

⁸⁶ *Gramm*, Privatisierung, 22 mwN.

⁸⁷ Und bis heute fortgeführt in den meisten liberalen Strömungen.

⁸⁸ *Weiss*, Staatsaufgaben, 57ff mwN.

⁸⁹ Allerdings hat auch *Hobbes* nur die klassische antike Philosophie des Staates weitergedacht resp seiner Zeit angepasst.

⁹⁰ *Zippelius*, Staatslehre, 147.

Naturkatastrophen, Geldentwertung, Umweltverschmutzung, Arbeitslosigkeit, Krankheit, Weltwirtschaftskrisen usw schützen, soll für Schulen, Universitäten, Straßen, Müllentsorgungssysteme, Bahnen, Krankenkassen, Erholungsgebiete, Naturparks, Beschäftigung uvm sorgen⁹¹.

Ein weiterer Auftrag des Staates stellt bis zu einem gewissen Grad das Gegenteil dar:

Der Schutz des Einzelnen vor sich selbst.

Gemeint soll damit nicht sein, wie zB *Thomas von Aquin* in „De regimine principum“ ausdrückt, dass der Mensch der Natur nicht ausreichend angepasst ist und somit nur in (staatlicher) Gemeinschaft sein eigenes Fortbestehen sichern kann.

Bei den Gefahren, vor denen das Gesetz zu schützen sucht, geht es in erster Linie um jene Art, in die sich Menschen selbst bringen können, da es ihnen nicht oder nicht ausreichend möglich ist, die Gefährlichkeit abzuschätzen.

Sei es, weil es an der notwendigen Einsichtsfähigkeit mangelt, wie bei Kindern, oder weil das Ausmaß der Gefahren nicht ohne Weiteres abschätzbar ist, wie zum Beispiel im Falle des Steuerns von Kraftfahrzeugen oder des Experimentierens mit Genmaterial⁹².

Die Einschränkungen⁹³, welche den Rauchenden auferlegt werden, fallen zum Teil in die weiter oben angesprochene Kategorie – des Schutzes des einen Menschen vor dem anderen:

Das Passivrauchen kann zu Schädigungen anderer führen.

Die Abgrenzung, wann eine Beschränkung des Rauchtabakkonsums aber in die Kategorie „Schutz vor sich selbst fällt“, ist schwierig.

Ich habe es mir nicht zum Ziel gesetzt, zu hinterfragen, welche Zwecke in welchem Umfang mit welchen Mitteln der Staat weswegen verfolgen soll. In diesem Kapitel will ich zunächst untersuchen, wieso bestimmte Normen betreffend den Tabakkonsum erlassen werden, wo der Staat, der Gesetzgeber, vielleicht aber im Endeffekt die Politik, den Grund, die Berechtigung oder die Aufforderung sieht, auf den Tabakkonsum der Bevölkerung und damit auch der Einzelmenschen einzuwirken.

⁹¹ Welche dieser willkürlich ausgewählten Aufgabengebiete des Staates nun doch besser (nicht) von Privaten übernommen werden, ist nicht Thema dieser Arbeit. Darüber hinaus handelt es sich auch teilweise um ein politisch- ideologisches Problem, und nicht ein solches, dessen Lösung mit einem (rechts)wissenschaftlichen Instrumentarium gefunden werden kann.

⁹² Dazu ausführlicher im Exkurs im Anschluss an dieses Kapitel.

⁹³ Siehe Kapitel 3.

Die Gesellschaft, der Staat, die Demokratie, das Recht gibt gewisse Freiheitsrechte. Selbstschädigung, sofern sie nicht mit Kollateralschäden der Umgebung einhergeht oder eine solche Tendenz vermuten lässt, ist zwar nicht erwünscht, kann allerdings in einer freien Gesellschaft nicht ohne Rechtfertigung untersagt werden. Gern gebrachte Analogie in der „Raucherdiskussion“, eigentlich ein *argumentum a maiori ad minus*, ist die Sanktionsfreiheit des Suizids⁹⁴.

Meines Erachtens hat dieses Argument nur beschränkte Überzeugungskraft:

Schon allein rechtstechnisch ist Selbstmord *per se* nicht sanktionierbar, da nach erfolgtem Suizid kein Rechtssubjekt mehr vorhanden ist⁹⁵. Verwandte, den Nachlass odgl zu bestrafen, scheidet an dem Prinzip, dass nur für eigenes Verhalten einzustehen ist. Der versuchte Selbstmord ist gewiss nicht in dem Sinne strafbar, dass staatlicherseits ein Übel, welches aufgrund seines zugrunde liegenden sozialemischen Werturteils auch eine Tadelfunktion hat, zugefügt wird⁹⁶. Nichtsdestotrotz wird an das Verhalten unter Umständen eine Rechtsfolge geknüpft, in den meisten Fällen in der Praxis die Unterbringung nach dem Unterbringungsgesetz, wenngleich nur vorübergehend. Die staatliche Reaktion dient selbstverständlich dazu, Hilfe und Unterstützung anzubieten. Das Beispiel soll nur zeigen, dass der Staat auch ein Verhalten, welches nur den Betroffenen selbst schädigt, zu beeinflussen versucht, die Analogie mit der Straffreiheit des Suizid schlägt deswegen meiner Meinung nach eher in die Gegenrichtung aus:

Zwar ist der Suizid klarerweise straffrei im schon angesprochenen Tadelssinn⁹⁷, doch sucht der Staat durchaus Einfluss zu nehmen. Die hinter dem Argument stehende Idee, der Staat lasse den Selbstmörder unbeachtet und sich selbst überlassen, ist falsch.

⁹⁴ Vgl zB *Pichler*, in *Pichler (Hg)*, Rauchen & Recht, 12.

⁹⁵ Ein ähnliches Problem würde sich beim Putsch stellen, wo nach erfolgtem Putsch kein Strafsystem mehr vorhanden ist. Hier sind in Österreich dezidiert auch der Versuch, Vorbereitungshandlungen und der Zusammenschluss zu diesem Zweck unter Strafe gestellt, StGB §§ 242 ff.

⁹⁶ Vgl zB *Oskar Maleczky*, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 28.

⁹⁷ Und hat es in konsequenter Weiterführung des von der Verfassung und der Rechtsordnung vorausgesetzten Menschenbildes zu bleiben.

Der Staat nimmt also auch Einfluss in verhältnismäßig persönliche Gebiete des täglichen Lebens⁹⁸. Ist dies Teil seiner Aufgaben und inwieweit lassen sich diese bestimmen und ableiten?

Der Staat als omnipotente Erzwingungsanstalt hat in Zeiten von Rechtsstaat, Demokratie und Grundrechten ausgedient. Damit ist er auch nicht mehr Mittel zum Zweck oder ein Instrument der Machterhaltung und Durchsetzung von Herrscherinteressen. Auch den Staat als Selbstzweck zu betrachten kann nicht (mehr) vollends zufrieden stellen.

Die Versuche jedoch, die Kernfunktionen des Staates möglichst adäquat zu bestimmen, haben als grundsätzliche Schwierigkeit, dass der Staat in der Wirklichkeit nicht existiert, er ist nur ein Konstrukt, ein bewegliches, fiktives Gebilde und keine faktische, empirisch messbare Einheit. Der Staat ist die Zusammensetzung und Summierung unterschiedlichster Handlungsakteure und Rechtsebenen⁹⁹, wie es *Raschauer* ausdrückt, nur eine Deutung des Verhaltens von Menschen¹⁰⁰.

Erschwert wird die Erfassung dieser Aufgaben aber auch durch die Stärkung des privaten Sektors. So wird zB der erste Wiener Gemeindebezirk zu einem nicht zu unterschätzenden Anteil von privaten Wachdiensten und Vereinen überwacht, nicht nur von Polizei und Feuerwehr. Auch bei der Landesverteidigung wurde, zumindest von Einzelnen, laut überlegt, ob nicht der Luftraum, „privat zugemietet“, von einem Nachbarstaat überwacht werden sollte. Dazu kam es nicht, es wurden neue Kampfflugzeuge angeschafft, das Argument dass die Luftraumüberwachung eine zentrale Aufgabe des Staates sei und deswegen selbst wahrgenommen werden müsse, wurde im Rahmen der langwierigen öffentlichen Diskussion nicht vermehrt ins Spiel gebracht.

Aus dem BVG für ein atomkraftfreies Österreich¹⁰¹ folgert *Raschauer* aber, dass es klar positivrechtlich determinierte Staatsaufgabe ist, mit taktischen Nuklearwaffen bestückte Flugzeuge vom Überflug über österreichisches Staatsgebiet abzuhalten¹⁰².

⁹⁸ Ein weiteres, dankbares Beispiel, wenngleich dem Thema dieser Dissertation weniger nahes, wäre die Familienpolitik.

⁹⁹ *Gerlach/Nitschke (Hg)*, *Metamorphosen*, 25.

¹⁰⁰ *Raschauer*, *Staatliche Kernaufgaben*, 107.

¹⁰¹ BGBl 1999/149; der Titel „atomfrei“ ist aus naturwissenschaftlicher Sicht suboptimal gewählt.

¹⁰² *Raschauer*, *Staatliche Kernaufgaben*, 115. Dies spricht wohl auch direkt für eine militärische Luftraumüberwachung, da mit anderen Mitteln eine derartige Verpflichtung kaum wahrzunehmen ist.

Aus der Unverzichtbarkeit der Staatsaufgabe als solcher folgt hier wie auch in anderen Rechtsbereichen aber noch lange kein staatliches Wahrnehmungsmonopol¹⁰³, die Beteiligung anderer Protagonisten in dem jeweiligen Bereich schränkt vielleicht die aktuelle Bedeutung des Staates ein, würden die Privaten sich aber zurückziehen, wäre der Staat jedenfalls verpflichtet, „in die Bresche zu springen“, entsprechend dem Schlagwort „Gewährleisten statt Leisten“¹⁰⁴, oder weniger positiv ausgedrückt, zumindest der Nachwächterstaat muss erhalten bleiben.

Von der anderen Seite her betrachtet, hat der demokratische Verfassungsstaat seit dem zweiten Weltkrieg mehr und mehr Aufgaben an sich gezogen und ist zu einer beinahe allgegenwärtigen Größe herangewachsen¹⁰⁵.

Jede Aktion ruft eine Reaktion hervor, die hiezu gehörige Reaktion ist nun die Privatisierung. Wo findet diese wiederum ihre Grenzen? Was soll, was muss der Staat unbedingt erfüllen, um seinem Charakter als Staat weiterhin gerecht zu werden?

Klar ist, falls der Staat mehr und mehr privatisieren würde, wäre früher oder später der Zeitpunkt erreicht, wo die Staatsgewalt in die Hände der Privaten übergegangen ist und der Staat seine Qualität als Staat, nicht zuletzt auch im völkerrechtlichen Sinne, verlieren würde¹⁰⁶.

„Der Staat ist etwas anderes als ein Nebeneinander von beliebigen Kapitalgesellschaften“, wie Raschauer pointiert festgestellt hat¹⁰⁷.

Wo ist also die Grenze, ab der der Staat nicht mehr Staat ist, wenn er auftritt sondern nur mehr ein Anbieter, der „zufällig“ staatlich geführt ist resp in staatlichem Eigentum steht?

¹⁰³ Gramm, Privatisierung, 29 mwN.

¹⁰⁴ Vgl zB Raschauer, Staatliche Kernaufgaben, 114f

¹⁰⁵ Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 13.

¹⁰⁶ Wahrscheinlich ist diese Referenz im Rahmen einer Dissertation unangebracht, aber verschiedenste, nicht ganz undurchdachte Zukunftsvisionen gehen von einer Zukunft aus, in der die Konzerne herrschen, also die Staatsgewalt im Zuge eines demokratischen und marktwirtschaftlichen Prozesses (größtenteils) übernommen haben, und die Staaten nur mehr eine sehr beschränkte Rolle spielen. Als 3 zufällig gewählte Beispiel aus der Fülle der fiktiven Utopias und Dystopias seien der Film Rollerball (1975, Regie Norman Jewison. Hier herrschen weltweit nur 5 Firmen: Energy, Transport, Luxury, Housing und Food Corporation), das N64 Spiel Perfect Dark (Rare, 2000, Großfirmen haben die politische Macht, Regierungen und Staatspräsidenten sind auf deren Unterstützung angewiesen) und das Rollenspiel Shadowrun (Rechte bei WizKids Inc. Mehrere Großfirmen bestimmen das Weltgeschehen, staatliches Recht besteht zwar noch, Company Law, also das Recht welches die Firmen erlassen, hat aber Vorrang) genannt.

¹⁰⁷ Raschauer, Staatliche Kernaufgaben, 112.

Unstrittig jedenfalls staatlich sind die Gesetzgebung und die Gerichtsbarkeit, aber auch im letztgenannten Bereich nehmen private Schiedsgerichte, unter gesetzlich vorgegebenen Bedingungen, Teile dieser Aufgaben wahr.

Ob jetzt in der Herausbildung solcher wechselseitigen Formen des Zusammenwirkens von Staat und Privat bei bestimmten Aufgabenbereichen nun eine Rücknahme oder eine verdeckte Ausweitung der staatlichen Einflussnahme liegt, ein Machtverlust oder ein Machtzuwachs¹⁰⁸, ob der Einfluss des Staates auf die Gesellschaft dadurch wächst oder im Gegenteil abnimmt, sei dahingestellt.

Notwendige Staatsaufgaben werden in der Regel eher beispielhaft genannt und als logische Konsequenz daraus auch ganz unterschiedlich begründet. Argumentiert wird, wie schon oben angesprochen, mit der Selbsterhaltungsfunktion des Staates, mit Generalklauseln wie „Förderung des öffentlichen Wohls“ oder Hinweisen auf die normative Kraft des Faktischen im Sinne von „Da muss der Staat doch einschreiten“.

2.1.1. Die Staatsaufgaben und das positive Recht

Da die österreichische Bundesverfassung als Spielregelverfassung einzustufen ist, enthält sie keine direkten Hinweise, geschweige denn einen Katalog, welche Aufgaben der Staat wahrzunehmen hat¹⁰⁹. Nah an eine normierte Staatsaufgabe kommt Art 14 Abs 5a der Bundesverfassung, in den 2005 als Staatsaufgabe des Schulsystems eingefügt wurde:

„Im partnerschaftlichen Zusammenwirken von Schülern, Eltern und Lehrern ist Kindern und Jugendlichen die bestmögliche geistige, seelische und körperliche Entwicklung zu ermöglichen, damit sie zu gesunden, selbstbewussten, glücklichen, leistungsorientierten, pflichttreuen, musischen und kreativen Menschen werden, die befähigt sind, an den sozialen, religiösen und moralischen Werten orientiert Verantwortung für sich selbst, Mitmenschen, Umwelt und nachfolgende Generationen zu übernehmen.“

Hiebei handelt es sich wohl mehr um eine programmatische Zielbestimmung des Schulsystems, auch wenn nicht gänzlich wegzudiskutieren ist, dass es sich im Ansatz um eine Staatsaufgabe handeln könnte, die in der österreichischen Bundesverfassung etwas deplaziert wirkt.

¹⁰⁸ Gram, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 29 mwN.

¹⁰⁹ Vgl zB Kucsko-Stadlmayer, Grenzen der Ausgliederung, 86 und 88f.

Die Grenzen der Staatsaufgaben auszuloten, wurde in den 70er begonnen, als die langsame Abkehr von der Staatlichkeit ihren Anfang nahm. Die Problemlösungskapazität des Staates wurde als überbewertet eingestuft und es wurde begonnen zu privatisieren¹¹⁰.

Auch die Tendenz zur Privatisierung hatte Grenzen, die teilweise im Wege des trial and error- Prinzips erkannt wurden, wie beispielsweise die damalige britische Premierministerin Margaret Thatcher erfahren musste¹¹¹. In dem Fall der englischen Eisenbahn scheiterte es am Markt und an den faktischen Gegebenheiten. Diese beiden Kategorien sind 2 von 4 Möglichkeiten nach *Lawrence Lessig*, Verhalten anzuordnen¹¹². Im Folgenden soll es aber um eine andere seiner Kategorien nämlich das (österreichische positive) Recht gehen:

Was der österreichische Staat aufgrund des Verfassungsrechts nicht privatisieren darf, muss, so könnte man vermuten, Staatsaufgabe der Republik Österreich sein. Für diese Vermutung spricht, dass viele der ausgegliederten Betriebe vorwiegend gewinnorientiert arbeiten oder doch Dienstleistungen erbringen, selbst wenn diese vornehmlich für Gebietskörperschaften erbracht werden¹¹³.

¹¹⁰ Die Terminologie ist im Bereich Ausgliederung – Privatisierung teilweise noch uneinheitlich. Mit Privatisierung soll im Folgenden gemeint werden, dass Aufgaben, die bisher von staatlichen Rechtsträgern wahrgenommen wurden, nun von Privaten wahrgenommen werden, ohne oder mit marginaler staatlicher Lenkung. Da die unterschiedlichen Abstufungen und Nuancen erstens nur schwerlich auseinander gehalten werden können und zweitens für das von mir untersuchte Gebiet diese Differenzierungen nicht notwendig sind, möge die geneigte Leserschaft verzeihen, dass hier keine präzisere Terminidefinition Verwendung findet, da nur die Kernaufgaben behandelt werden, die nicht privatisiert werden dürfen.

¹¹¹ *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen der Ausgliederung, 1ff mwN.

¹¹² *Lessig*, Code. Das Buch ist in der aktuellen Fassung, V2, unter <http://codev2.cc> herunterladbar. *Lawrence Lessig* teilt das ganze Buch durchgehend die Dinge, die menschliches Verhalten beeinflussen, in 4 Bereiche (Bezeichnungen selbst übersetzt):

- Gesetze
- soziale Normen
- den Markt
- „architecture“, also faktische Gegebenheiten.

Letzteres Element ist das stärkste, so gibt es weder Gesetze gegen den Diebstahl von Bergketten noch ist es verpönt, allein die faktische Unmöglichkeit garantiert, dass dies nicht vorkommt.

Nicht von mir recherchiert wurde, inwiefern *Lessig* sich in Tradition oder Weiterentwicklung von *Kelsen* sieht, schließlich hat er de facto dessen Dualstruktur „Recht ungleich Moral“ um 2 Kategorien erweitert.

¹¹³ Beispiele für gewinnorientierte Betriebe: Dorotheum, Salinen, Telekom

Beispiele für Dienstleistungen für Gebietskörperschaften erbringende Betriebe:

Bundesrechenzentrum, Statistik Austria, Staatsdruckerei, Bundesforste

Beispiele für Mischformen: Österreichische Nationalbibliothek, Post AG, Wiener Zeitung, uU auch die Universitäten. (*Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen der Ausgliederung, 39f; für sie ist die Wiener Zeitung so wohl gemischt als auch rein für den Staat tätig, und die Universitäten sind ohne Bedingung eine Zwischenform der beiden Extreme).

Gegen diese Vermutung spricht andererseits, dass die Bereiche, in denen ausgegliedert wurde, sich quer durch alle Gebiete ziehen, von der inneren Verwaltung bis zur Forschung, und dass selbst hoheitliche Aufgaben, inklusive der selbständigen Setzung von Hoheitsakten, ausgegliedert wurden¹¹⁴.

Von der anfänglich einladend wirkenden Annahme, was nicht privatisiert werden darf, ist dem Verfassungsrecht entsprechend eine Staatsaufgabe, ist wieder Abstand zu nehmen. Die Gründe, weswegen eine Ausgliederung verfassungsrechtlich untersagt werden muss, können auch anderer Natur sein; beispielsweise ist es sachlich nicht gerechtfertigt, wenn dies zu Privilegien oder wirtschaftlichen Bevorzugung einzelner Unternehmen führen könnte¹¹⁵, oder wenn Effizienzgründe entgegen stehen.

Eine juristische Auseinandersetzung über Privatisierung bringt notwendigerweise auch die Frage mit sich, welche Aufgaben dem Staat zukommen¹¹⁶.

Juristische Auseinandersetzungen enden nicht selten vor Gerichten, im Falle der Privatisierung vor dem VfGH. So hat der VfGH zur Austro Control GesmbH¹¹⁷ und zur mittlerweile durch die FMA ersetzten Bundeswertpapieraufsicht¹¹⁸ grundlegend erkannt und damit Hinweise auch auf die Aufgaben des Staates geliefert:

Im gegebenen Zusammenhang interessiert insbesondere die Erwähnung der nicht ausgliederbaren Kernbereiche staatlicher Verwaltung, vorrangig die Ausübung von Verwaltungsstrafbefugnissen¹¹⁹. Abgesehen von Sicherheit nach Innen und Außen finden sich keine weiteren Fingerzeige auf die Kernaufgaben des Staates, mit denen auch nicht hinsichtlich vereinzelter Tätigkeiten Beleihungen durchgeführt werden können. Eine Aufzählung von Kernaufgaben vermeidet der VfGH. Im E- Control-Erkenntnis¹²⁰ wird auch die Außenpolitik als Kernaufgabe herausgestrichen; die in Prüfung gezogene Verordnungsermächtigung der E- Control GesmbH kann ein Importverbot von Strom aus bestimmten Ländern, bewirken, was einer völkerrechtlichen Retorsionsmaßnahme gleichkommen könnte.

Aber auch die Kriterien, die sich der VfGH selbst setzt, können nicht immer überzeugen:

¹¹⁴ zB Finanzmarktaufsicht, die auch über www.fma.gv.at, also eine URL, die laut ICANN, die Domainverwalterin, nur an „Staatsnahe“ vergeben wird, zu erreichen ist.

¹¹⁵ zB „CA- Privilegienfall“ - VfSlg 5854/1968, VfSlg 12227/1989, weitere Beispiele siehe *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen der Ausgliederung, 58f.

¹¹⁶ *Weiss*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 53.

¹¹⁷ VfSlg 14473/1996, VfSlg 14474/1996, VfSlg 14500/1996.

¹¹⁸ VfGH 12.12.2001, G 269/01.

¹¹⁹ Die Befugnis zu solchen war eines der Probleme der Bundeswertpapieraufsicht.

¹²⁰ VfGH 02.10.2003, G 121-123/03-11.

So sind die Befugnisse der Austro Control im Bereich des Flugverkehrs argumentativ nur mehr mit allergrößter Anstrengung als einzelne Aufgaben zu betrachten. Auch das Verbot von Verwaltungsstrafrechtsbefugnissen überzeugt nicht ganz in Hinsicht auf das „klassische“ Lehrbuchbeispiel der Forstschutzorgane, die Festnahmen und Beschlagnahmungen durchführen dürfen (§§ 111f Forstgesetz¹²¹). Schon der Waldeigentümer qualifiziert sich durch sein Eigentumsrecht als Forstschutzorgan „wenn er über die für die Erfüllung der Aufgaben eines Forstschutzorganes notwendigen praktischen und technischen Kenntnisse verfügt und mit den Aufgaben einer öffentlichen Wache vertraut ist“ (§ 110 Abs 2 Forstgesetz), Kriterien die wohl beinahe jeder Waldeigentümer erfüllt. Es mag sich hier zwar nicht um klassische Verwaltungsstrafen handeln, doch sind es auch jedenfalls Grundrechtseingriffe, die von den Forstschutzorganen durchgeführt werden, zu welchen sie über Gesetz legitimiert sind. Mit dem Forstschutz besteht ein Argument dafür, dass auch Verwaltungsstrafen durch Private verhängt werden dürfen, da die Bestimmung schon längere Zeit besteht und bis dato wenig problematisiert wurde.

Auch Eisenbahnaufsichtsorgane dürfen eine Festnahme vornehmen, so kein sonstiges Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes anwesend ist, die betroffene Person auf frischer Tat ertappt wird und die Voraussetzungen des § 35 VStG vorliegen (§ 45 Eisenbahngesetz¹²²).

Raschauer bringt noch wesentlich mehr Beispiele für derartige Private, die, mehr oder weniger in die Verwaltung eingebunden, verhältnismäßig weit reichende Kompetenzen haben¹²³.

Im Erkenntnis zur Zivildienst GesmbH wurde der Begriff der Kernaufgaben hingegen wiederum verhältnismäßig weit ausgelegt¹²⁴:

Die militärische Landesverteidigung ist eine Kernaufgabe, aufgrund der „Nähe“ dazu fällt auch die Ersatzmöglichkeit Zivildienst in diesen Bereich, daraus resultiert die Unzulässigkeit der Betrauung der GesmbH mit zentralen Aufgaben der Zivildienstverwaltung.

¹²¹ BGBl 440/1975 idF BGBl I 55/2007.

¹²² BGBl 60/1957 idF BGBl I 125/2006.

¹²³ *Raschauer*, Verwaltungsrecht, Rz 110. Derartige Beispiele sind ua Jagdaufseher nach den Jagdgesetzen, Feldschutzorgane nach den Feldschutzgesetzen, Naturschutzorgane nach den Naturschutzgesetzen etc.

¹²⁴ VfGH 15.10.2004, G 36/04-16.

Aufgabe des Verfassungsgerichtshofs ist es allerdings keineswegs, systematisch staatliche Kernaufgaben herauszuarbeiten. Er entscheidet von Fall zu Fall, die losgelösten Kernaufgaben nach hM lassen sich demzufolge zunächst in der Literatur finden.

Doch auch die Definitionen der Literatur sind spärlich, so finden sich Sicherheitsbehörden, Schulbehörden, Bundesheer, innere und äußere Sicherheit¹²⁵, aber auch die Sicherstellung der weiteren Existenz des Staates über Gesetzgebung, Polizei und Finanzämter^{126 127}.

Partiell findet auch die Wahrnehmung dieser Aufgaben unter Beteiligung Privater statt, wie die schon öfter als Beispiel herangezogenen privaten Sicherheitsdienste, Parkraumbewirtschaftung, Privatschulen und –universitäten. Auch werden die Rundfunkgebühren iSd Rundfunkgebührengesetzes¹²⁸ für die Stiftung ORF von der Gebühreninkasso Service GesmbH¹²⁹ eingehoben.

Ein scharf abgegrenztes Bild stellt sich dem Betrachter oder der Betrachterin nicht dar, die Kernaufgaben bleiben als solche unentdeckt, oder gar, wie der Titel zweier Vorträge von *Raschauer* und *Rill*¹³⁰ andeutet, „Fiktion.“

Eher beiläufig und in ganz anderem Kontext schreibt *Bußjäger*, „das „Bundesinteresse liegt [...] darin, dass der Bund seinen durch die Bundesverfassung zugewiesenen Staatsaufgaben nachkommen kann, zB das "Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen" zu regeln (Art 10 Abs 1 Z 9 B-VG)¹³¹. Dass Staatsaufgaben in den Kompetenztatbeständen der Bundesverfassung gefunden werden können, scheint unwahrscheinlich:

Das erste Gegenargument wäre hier wohl, dass infolge der Generalklausel zugunsten der Länder in Art 15 B-VG ja jede erdenkliche Kompetenz erfasst ist und damit Staatsaufgabe wäre¹³². Dies allein ist zu kurz gegriffen. So könnten ja die dem

¹²⁵ *Rill*, Staatliche Kernaufgaben, 104.

¹²⁶ *Raschauer*, Staatliche Kernaufgaben, 108.

¹²⁷ Ähnliche Beispiele auch bei *Horner*, Ausgliederung und Ingerenz, 59ff

¹²⁸ BGBl I 159/1999 idF BGBl I 71/2003.

¹²⁹ Mit Ausnahme des sogenannten „Kulturschilling“, da diesbezüglich die Beleihung verfassungswidrig war, VfGH 15.12.2004 G 57/04.

¹³⁰ Der Titel beider Vorträge war „Staatliche Kernaufgaben – Notwendigkeit oder Fiktion?“, einziger Unterschied war die Setzung von Anführungszeichen. Beide in *Österreichische Juristenkommission (Hg)*, Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat.

¹³¹ *Bußjäger*, Fragen der Anwendung des Naturschutzrechts. Der zitierte Aufsatz behandelt verfassungsrechtliche Fragen um den Semmeringbasis-Tunnel und problematisiert Staatsaufgaben sonst nicht.

¹³² Lückenlose Kompetenzverteilung, jeder Sachverhalt ist eingeordnet. *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rz 272.

Bund zugewiesenen Kompetenzen die Staatsaufgaben für diesen darstellen, die Länder könnten selbständig, durch Tätigwerden, sich diese auswählen.

Darüber hinaus ist mit der Kompetenz ja noch keinerlei Verpflichtung zu einem Tätigwerden verbunden, aber auch diesem Einwand könnte begegnet werden, dass eine Staatsaufgabe durch ihre bloße Zuteilung schon eine Handlungspflicht begründet.

Nichtsdestotrotz findet sich meines Erachtens in der Formulierung des Textes der Kompetenzverteilung der Bundesverfassung nichts, was auf eine zwingende Interpretation der Kompetenzen als Staatsaufgabe hinweist¹³³. Auch die Entstehungsgeschichte zeigt, dass die Kompetenzverteilung vor dem Hintergrund der zweckmäßigen Verteilung der Aufgaben im Bundesstaat erstellt wurde¹³⁴.

Auch die 3 Gewalten bieten keine Grundlage für Staatsaufgaben.

Gesetze zu erlassen, zu vollziehen und auszuführen mag unstrittig Staatsaufgabe sein, stellt aber inhaltlich keine Determinante dar, weil Gesetze zum Schutz des Lebens ebenso erlassen und vollzogen werden können wie Gesetze, die regeln wie der Durchmesser von Schlüsselringen zu sein hat oder wie Prüfbücher von Kälteanlagen¹³⁵ auszusehen haben. Selbst nur für einen Einzelfall wirkende Gesetze („lex Zwentendorf“¹³⁶, „lex Sallmutter“¹³⁷) sind nicht ausgeschlossen, Schranken sind hier allerdings ua Gleichheitssatz und Art 6 EMRK¹³⁸.

Gamper vertritt abstrakt die Ansicht, gestärkt durch gesamtrechtliche Betrachtungen, dass sich „*prinzipiell eine positivierte Verpflichtung des Staates zur Gemeinwohlverwirklichung ableiten*“ lässt¹³⁹.

¹³³ Für die Schweizer Verfassung vertritt *Gamper* die Ansicht, dass diese auch finale Aufgabenaspekte beinhalte, *Gamper*, Staat und Verfassung, 163.

¹³⁴ Vgl *Kelsen*, Staatsrecht, 168ff; *Pernthaler/Esterbauer* in *Schambeck (Hg)*, B-VG und seine Entwicklung, 339ff.

¹³⁵ § 23 KälteanlagenVO, BGBl 305/1969 idF BGBl 450/1994. Als Beispiel angeboten hätte sich auch die Gurkenkrümmung (Verordnung (EWG) Nr. 1677/88 der Kommission vom 15. Juni 1988 zur Festsetzung von Qualitätsnormen für Gurken) angeboten, jedoch soll diese – trotz Protesten des Handels – per 1. Juli 2009 aufgehoben werden. Österreich, welches schon 1967 ein vergleichbares Gesetz hatte (Qualitätsklassengesetz, BGBl 161/1967 mit den dazugehörigen Verordnungen) hat sich der Abstimmung zur Aufhebung enthalten.

¹³⁶ BGBl 676/1978. „§ 1 Anlagen, mit denen zum Zwecke der Energieversorgung elektrische Energie durch Kernspaltung erzeugt werden soll, dürfen in Österreich nicht errichtet werden. Sofern jedoch derartige Anlagen bereits bestehen, dürfen sie nicht in Betrieb genommen werden.“

¹³⁷ ZB Der Standard vom 16. Juni 2003, Wiener Zeitung vom 19. Oktober 2006.

¹³⁸ *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rz 602.

¹³⁹ *Gamper*, Staat und Verfassung, 162f.

Zusammengefasst gibt es zwar ein paar einzelne, relativ unstrittig als solche bezeichnete Kernaufgaben, ein staatstheoretisch abgesicherter Katalog existiert deswegen aber genauso wenig wie eine normative staatliche Kernaufgabenlehre, selbst die Kriterien für die Benennung notwendiger Staatsaufgaben fehlen¹⁴⁰, wie schon dargelegt. Wieso der Staat es sich also zum Ziel gesetzt hat, das Rauchverhalten zu beeinflussen, konnte über die Frage nach den staatlichen Kernaufgaben nicht beantwortet werden.

Zurück zum Anfang, und für mich ist der Anfang meiner rechtswissenschaftlichen (Aus-)Bildung auch mit *Hans Kelsen* verbunden¹⁴¹.

Die Frage, welche Zwecke mit dem sozialtechnischen Mittel „Staat“ verfolgt werden sollen, fällt als politisch außerhalb des Bereiches der Allgemeinen Staatslehre. Diese nimmt den Staat gleichsam als Selbstzweck. Das kann nicht heißen, sie behauptet, dass der Staat keinen Zweck habe, sondern nur, dass sie nach seinem Zweck nicht frage.
(Hans Kelsen¹⁴²)

Kelsens Idee des wertneutralen Rechts und damit des wertfreien Staates klingt auf den ersten Blick bestechend¹⁴³, auch wenn gelegentlich außer Acht gelassen wird, inwieweit sein wissenschaftlicher Werteagnostizismus nicht ein Kind seiner Zeit ist. Jedoch ist auch der Anspruch, frei von Ideologie zu sein, Ideologie¹⁴⁴.

Im gegebenen Zusammenhang würde diese Position die Frage, nach dem Warum und nach der Berechtigung obsolet machen, es ist gesetztes Recht, das sich der

¹⁴⁰ *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 33.

¹⁴¹ Ein nicht zu unterschätzendes Augenmerk des öffentlichen Rechts- Teil der Vorlesung und auch der Prüfung Einführung in die Rechtswissenschaften wurde auf den Rechtspositivismus gelegt zu dem Zeitpunkt, als ich 2000 in Wien mein Studium begann.

¹⁴² *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 39. Das Zitat setzt, kurz zusammengefasst fort, dass die konkrete, staatliche Zwangsordnung keiner Begründung oder Rechtfertigung durch ein außerhalb liegendes Moment bedarf.

¹⁴³ Das Recht ist zwar frei von Werten und Ideologien, doch jene, die es machen, sind es meist nicht. Je pluralistischer eine demokratische Gesellschaft wird, desto größer ist die Chance, dass bei einem Machtwechsel große Bereiche vollständig neu gemacht werden, um sie den aktuellen Wertmaßstäben anzupassen, was beim damit verbunden Wechsel von Minderheit zu Mehrheit problematisch sein kann. In der tatsächlichen Staatswirklichkeit halten Grundrechte und die Trägheit und Komplexität des Systems allzu radikale Veränderungen hintan, aber die Grundrechte fußen ihrerseits tendenziell auch auf naturrechtlichen oder theokratischen Vorstellungen vom Wert des Menschen und identifizieren damit verfassungsrechtliche „Werte“.

¹⁴⁴ Zugegebenermaßen entspringt auch diese Aussage einem Dogma, nämlich jenem, dass alle eine Ideologie haben, da der Einzelmensch sich automatisch für oder gegen bestimmte Werte oder für oder gegen Werte im Allgemeinen qua seiner kognitiven Selbstwahrnehmung entscheiden muss.

Frage nach dem Warum entzieht und seine Berechtigung schlussendlich aus der Grundnorm ableitet.

Ein Grundsatz der Psychotherapie, der seinen Weg in die popkulturelle Sprichwörtlichkeit gefunden hat, bewahrheitet sich hier wieder „*In der Höhle ist nur, was man mit hinein genommen hat*“, und so wird auch aus dem Gesetz oder aus Texten über Gesetze oft herausgelesen, was der Leser oder die Leserin drinnen erwartet oder sucht.

Hier soll *Kelsen* wie folgt verstanden werden:

Keineswegs verlangt er das Unmögliche, von der eigenen Weltanschauung völlig losgelöst die wissenschaftliche Objektivität zu erreichen, aber das Gesetz selbst soll nicht als Argument für oder gegen die jeweilig fragliche Ideologie dienen, die Diskussion soll an einem anderen Ort stattfinden¹⁴⁵.

Die Festlegung von Staatsaufgaben sollte also in den Händen der Politik bleiben, sofern das positivierte, aber doch auch veränderbare Verfassungsrecht dem nicht entgegensteht.

Als eine Grenze bleiben die Grundrechte.

Diesbezüglich jedoch bestehen nur sehr wenige Beispiele, wo das Regeln eines bestimmten Sachverhaltes per se grundrechtswidrig wäre¹⁴⁶, in den meisten Fällen wäre nur die Art, wie die fragliche Regelung stattfindet, in Bezug auf die Grundrechte problematisch. So mag es aus hygienischen Gründen zweckmäßig erscheinen, bestimmte Normen zur Regelung der Körperpflege zu erlassen, auch wenn bei diesen die Gefahr eines Grundrechtseingriffes, hier die Privatsphäre, durchaus sehr groß ist, schließlich ist die Reinigung des eigenen Körpers unmittelbar Teil der geschützten Persönlichkeitssphäre. Die Regelung der Körperpflege als solches stellt aber kein Hindernis dar.

Jedoch können auch die Grundrechte den Staat zu Handeln verpflichten¹⁴⁷. Diese Schutzpflichten sind bezüglich Art 11 und Art 8 EMRK auch in der Judikatur des

¹⁴⁵ „[D]er Staat [ist] nur das Mittel zur Realisierung irgendwelcher sozialer Zwecke oder, mit anderen Worten: dass das Recht nur die Form ist für irgendwelche Inhalte“, *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, 40.

¹⁴⁶ Ein Sachverhalt, der nur in Form eines Verbots geregelt werden darf, ist die Todesstrafe.

¹⁴⁷ *Holoubek*, Gewährleistungspflichten, 155f; *Schadler* in *Meyer (Hg)*, Grundrecht auf Gesundheit, 42f mwN.

EGMR auffindbar¹⁴⁸. Hinweise, dass die Tätigkeit des Staates im Bereich des Tabakkonsums grundrechtlich determiniert oder geboten ist, fanden sich in den erläuternden Bemerkungen zu den letzten beiden TabakG- Novellen und in den politischen Statements keine, ebenso wenig wurde angedeutet, dass grundrechtliche Überlegungen zum Gesetz geführt hätten.

2.1.2. Jenseits des positiven Rechts

Die Untersuchung des positivierten Rechts hat keine Antwort auf die Aufgabe des Staates gebracht. Doch das Recht sollte nicht Zweck in sich selbst sein, schlussendlich ist es nur ein gesellschaftliches Phänomen, welches nicht von allem anderen unabhängig und unbeeinflusst verbleibt.

Der Gegenstand einer Wissenschaft kann niemals richtig oder falsch sein, nur mehr oder weniger zweckmäßig. Der Grund, weswegen Rechtsvorschriften erlassen wurden, kann nicht „von innen“ ermittelt werden, sondern nur „von außen“. Jede Untersuchung wird vom Untersuchenden beeinflusst, es soll nur belegen, dass die Aufgaben des Staates eine soziologische Betrachtungsweise auch in juristischen Belangen erforderlich machen können.

Die rechtswissenschaftliche Betrachtung hat also kein Ergebnis gebracht, die Aufgaben des Staates werden vom Gesetzgeber, der aber in Personalunion auch die Politik ist, erdacht und gemacht. Die Tendenz in dieser Arbeit, menschliches Handeln vorrangig auf die jeden Menschen eigenen Grundhaltungen und Wertvorstellungen zurückzuführen, hat sich wohl schon bemerkbar gemacht. Demzufolge ist es nur eine geringe Überraschung, dass ich mich zu diesem zugegebenermaßen bequemen, weil einfachen und schwierig zu widerlegendem Schluss auch im Hinblick auf die Staatsaufgaben hinreißen lasse. Klarerweise ist es beim Staat nicht die Überzeugung oder Ideologie eines einzelnen sondern, so sollte es in einer Demokratie sein, von allen. Die Aufgaben des Staates sind, und diesbezüglich sind sich wohl alle politischen Parteien und auch jene die sie wählen, einig, das Wohlergehen der Menschen zu sichern. Welche Menschen das sind und insbesondere wie dieses Wohlergehen geartet ist und wie es am besten gesichert wird, darüber scheiden sich allerdings die (Zeit-)Geister aufs Vehementeste.

¹⁴⁸ EuGRZ 1989, 522 = ÖJZ 1988, 734; EuGRZ 1985, 297; *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 55ff mwN.

Die folgenden Aufgaben sind jene, deren Erfüllung ev mit der Tabak- Gesetzgebung bezweckt wird, und die von allen relevanten politischen Kräften als wichtig eingestuft werden.

Den reinen Positivismus beiseite, soll die Fragestellung nach den Staatsaufgaben nun pragmatischer beantwortet werden. Nahe liegend ist wohl, eine Art staatstheoretischen „common sense“ zu suchen, also von Bereichen auszugehen, wo eine breite Akzeptanz, eine „kollektive Erwartung“, besteht, diese seien vom Staat auszuführen.

2.1.2.1. Gesundheit

Wie auch immer die faktische Aufgabenverteilung zwischen öffentlichen Krankenhäusern und Privatärzten, chefarztpflichtigen Medikamenten und Fitnessstudios, Physiotherapieeinrichtungen und Spas ist, Gesundheit, darin sind sich die politischen Protagonisten einig, ist eine Staatsaufgabe. Die Republik hat auf die eine oder andere Art daraufhin zu wirken, dass für die Bürgerinnen und Bürger ein ausreichendes Netz an Ärzten, medizinischen Einrichtungen etc zur Verfügung steht¹⁴⁹.

Die Vermutung liegt nahe, dass mit den Gesetzen zur Regelung des Tabakkonsums vorrangig das Ziel „Förderung der Gesundheit der Bevölkerung“ verfolgt wird. Unter Gesundheit sei hier auch Suchtprävention verstanden, denn Gesundheit ist mehr als nur die Abwesenheit von Krankheit. Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) definiert diese bewusst sehr viel weiter als der normale Sprachgebrauch als einen Zustand des vollkommenen körperlichen, seelischen und sozialen Wohlbefindens.

Verschiedene Vorschriften dienen der Reduzierung des Zigarettenkonsums, seien es Rauchverbote an öffentlichen Orten, am Arbeitsplatz odgl, auch die Tabaksteuer dient zumindest indirekt dem Zweck, den Zigarettenkonsum zu reduzieren, mit dem Ziel die schädlichen Auswirkungen des Rauchens zu minimieren¹⁵⁰.

Aus den Erläuterungen zur TabakG- Novelle 2004 zeigt sich ebenso, dass das Ziel des Gesetzes ist, sowohl die Rauchenden selbst zu schützen, als auch Schäden durch Passivrauchen so weit als möglich zu verhindern.

¹⁴⁹ Eingeschränkt durch den Rahmen des finanziell Möglichen.

¹⁵⁰ Vgl zB Erläuterungen RV zur Tabakgesetznovelle BGBl I 167/2004, 8.

Dem Schutz der Gesundheit der Jugendlichen dienen auch die Landesjugendschutzgesetze, die es Minderjährigen verbieten, Zigaretten in der Öffentlichkeit zu konsumieren, oder, je nach Land, ein generelles Verbot aussprechen¹⁵¹.

Eine extensive Auslegung des Begriffs Gesundheit könnte dahin führen, dass selbst die Ausnahmen vom Rauchverbot in den Rauchzonen dem Ziel der Bevölkerungsgesundheit dienen. Selbstverständlich nicht dem Ziel der physischen Gesundheit, doch eventuell dem Ziel der geistigen Gesundheit, um den Arbeitenden die Möglichkeit zu geben, auch wenn unter Verwendung eines eigentlich unerwünschten Suchtmittels, während der Arbeit kurz zu entspannen. Für diese Interpretation findet sich jedoch nur bestenfalls zwischen den Zeilen der Erläuterungen eine Bestätigung, sie bleibt wohl eine eher gewagte These.

Indirekt zur Förderung der Volksgesundheit trägt auch der Umstand bei, dass ein Teil der Tabaksteuereinnahmen an den Ausgleichsfond der Krankenversicherungsträger fließt und so die Tabaksteuer auf Umwegen zu einer Gewährleistung der Gesundheitsversorgung beiträgt¹⁵².

2.1.2.2. Wirtschaftliches Gleichgewicht

*„da du meine Waren kaufen musst, stell ich dich bei mir an“
(Georg Kreisler, Freiheit)*

In Zeiten von Nullwachstum, Nulllohnstunden und Nulldefiziten wird von der Politik oft erwartet, einen Ausgleich zu schaffen. Gerade im Bereich von Tabakprodukten, die ein sehr hohes Suchtpotential haben, und von verhältnismäßig wenigen Importeuren geliefert werden, besteht eine gewisse Gefahr der Konzentration der Marktmacht wie auch die Gefahr der Übervorteilung der Konsumenten. Über eine verhältnismäßig

¹⁵¹ Details siehe weiter unten 3.3.1.

¹⁵² Vgl zB die Auskunft des SPÖ Aktionsbüros vom 13.09.2004 per Email „Bei der Tabaksteuer geht es darum, dass die durch Rauchen bedingten Gesundheitsschäden enorme Kosten verursachen, die mittels der Steuer teilweise gedeckt werden könnten. Die SPÖ tritt dafür ein, die Tabaksteuer zweckgebunden einzusetzen und zur Finanzierung des Gesundheitssystems, also der Krankenkassen, zu verwenden.“

starke Reglementierung von Ein- und Ausfuhr, Handel, Werbung und Vertrieb wird dem vorgebeugt.

Aufgrund der schon angesprochenen gesundheitlichen Risiken, die mit dem Rauchen verbunden sind, besteht auch die Möglichkeit, dass die Rauchenden eine (finanzielle) Belastung für das Gesundheitssystem darstellen. Damit dies nicht zu allgemeinen Beitragserhöhungen odgl führt, ist durch die Tabaksteuer sichergestellt, dass die Raucher in Summe mehr beitragen, als sie kosten¹⁵³.

2.1.2.3. Jugendschutz

*Der größte Fehler, den die Jugend von heute hat,
ist der, dass man nicht mehr zu ihr gehört.
(Salvatore Dalí)*

Bekanntnisse, die Jugend und die nächsten Generationen schützen und fördern zu wollen, finden sich allerorten in verschiedenen Programmen, Plänen und Politiken¹⁵⁴, auch direkt zum Schutz der Jugendlichen vor den negativen Folgen des Tabakkonsums¹⁵⁵.

Insbesondere die einschlägigen Landesgesetze die den Konsum und gelegentlich den Erwerb von Rauchartikeln durch Jugendliche verbieten, sind diesem Ziel gewidmet. Die verschiedenen Programme, die das Gesundheitsministerium (in seiner jeweiligen Ausformung) in den letzten Jahren gestartet hat („Smoke sucks“, „Ich (b)rauch('s) nicht“), dienen vorrangig der Suchtprävention.

¹⁵³ Nachweise siehe Kapitel 1.4.

¹⁵⁴ Vgl zB Parteiprogramm der SPÖ „Politik mit Jugendlichen statt nur für Jugendliche sichert im Sinne umfassender Demokratie, daß die Anliegen der Jugend im politischen Leben ernst genommen werden“; Grundsatzprogramm der Grünen „Um die Chancengleichheit und die optimale Entwicklung der Fähigkeiten aller Kinder und Jugendlichen sicher zu stellen, treten die Grünen für eine gemeinsame Schule während der Schulpflicht ein“.

¹⁵⁵ Vgl zB Auskunft des freiheitlichen Parlamentsklubs (noch vor der Spaltung, also der Umbenennung der FPÖ in BZÖ und einem Austritt eines großen Anteils unter Beibehaltung der Bezeichnung als FPÖ im April 2005): „Die Gefahren des Rauchens werden auch im Rahmen des Suchtpräventionsprogramms im österreichischen Netzwerk „Gesundheitsfördernder Schulen“ behandelt. Forschungsinstitute wurden mit Untersuchungen zu Rauchverhalten und -motivation von Jugendlichen beauftragt, weiters wird das Projekt „rauchfreie Schule“ unterstützt.“; ÖVP Nichtraucherprogramm: „Besonders alarmierend ist die zunehmende Zahl jugendlicher Raucher/innen [...] jede/r Zweite der/die in jungen Jahren mit dem Rauchen beginnt und ein Leben lang nicht mehr von der Zigarette los kommt, an einer Krankheit sterben wird, die durch den Tabakkonsum hervorgerufen wird[...]“.

2.1.2.4. Weitere (Umwelt, Landesverteidigung, soziale Gerechtigkeit, öffentliche Ordnung)

Spätestens seit der ausgeklungenen Ökowelle, der Gründung der Partei „Die Grünen“ und dem BVG Umweltschutz¹⁵⁶ ist klar, dass der Umweltschutz im österreichischen Recht und in der Politik zumindest in der Theorie keine untergeordnete Rolle spielt. Auch durch den eher weiten Umweltbegriff, der nicht nur die natürliche Umwelt, sondern im Grunde „Lebensraum“ meint, ist zumindest der Randbereich des Umweltschutzes bald erreicht. Im österreichischen Verständnis, welches vorrangig durch das BVG Umweltschutz geprägt wird, wird jedoch unter der Bezeichnung Umweltschutz primär auf die Konservierung der natürlichen Umwelt fokussiert¹⁵⁷.

Auch wenn die Reduktion des Rauchartikelkonsums unter Umständen zu einer geringen Verschmutzung von bestimmten öffentlichen Plätzen oder zB der Universitäten führen würde, so sind derartige Nebeneffekte wohl nicht die Hauptstoßrichtung der respektiven Bestimmungen.

Falls einer gesetzlichen Bestimmung betreffend Rauchwaren ein umweltschützerischer Aspekt zugewiesen werden kann, so sind das §§ 40 Abs 1 und 41 Abs 1 ForstG¹⁵⁸, wo das Wegwerfen von Zigaretten und das Rauchen in Zeiten von Brandgefahr im Wald verboten werden, hiebei handelt es sich aber um Brandschutzbestimmungen die in dieser Arbeit sonst ausgeklammert bleiben.

In der Ausbildung des österreichischen Bundesheeres findet gelegentlich der (uU historisch vorbelastete) Ausdruck der Volksgesundheit Verwendung. Dieser meint zwar hauptsächlich die Gesundheit jedes Einzelnen und fällt unter das schon angesprochene Ziel der Gesundheit, die Armee verbindet aber auch einen wehrtechnischen Aspekt damit. Wie im ersten Kapitel kurz erwähnt, führt anhaltender Tabakkonsum auch zu einer Einschränkung der Funktionsfähigkeit der Lunge und in weiterer Folge zu einer gesundheitlichen Beeinträchtigung und einer reduzierten Kondition. Im Zusammenhang mit der Soldatenausbildung wird in den Begriff der

¹⁵⁶ BGBl 491/1984.

¹⁵⁷ § 1 Abs 2 BVG Umweltschutz.

¹⁵⁸ BGBl 440/1975 idF vom idF BGBl I 55/2007.

Volksgesundheit auch hineingelesen, das Land im Falle des Kriegesfalles gegen den Feind, wer immer er sein mag, angemessen zu verteidigen.

Nichtsdestotrotz ist es im Hinblick auf die Materialien und die öffentlichen Äußerungen des Gesetzgebers sowie die Aussagen der einschlägigen Ministerien, nicht vertretbar den verschiedenen Regelungen zum Tabakkonsum unterstellen zu wollen, dass es eines ihrer ernsthaften Ziele wäre, die Verteidigung des Staatsgebietes zu verbessern.

Weitere Nebeneffekte der Gesetzgebung auf dem Gebiet des Tabakkonsums sind uU eine gewisse Sicherung der öffentlichen Ordnung und des Zusammenlebens der Menschen:

Staatliche Rauchverbote führen auch dazu, dass diverse Konflikte, insbesondere am Arbeitsplatz, vermieden werden. Dies insofern, als die Gefahr reduziert wird, dass verschiedene Interessensgruppen, nämlich jene, die rauchen wollen und jene, die sich dadurch gestört und/oder gesundheitlich beeinträchtigt erachten, Konflikte auszutragen haben. Ähnlich könnte man argumentieren, dass Rauchverbote die Freiheit des Einzelnen fördern, da das Aufsuchen von vielen Orten durch eine Rauchbelastung nicht vergällt wird.

Auch dem eher obskuren und ominösen Schlagwort der „sozialen Gerechtigkeit“ wird Genüge getan, da die Tabakbesteuerung, wie schon weiter oben angeführt, auch zur Finanzierung von Gesundheitsdienstleistungen herangezogen wird, zusätzlich ist die verhältnismäßig hohe Abgabe auch eine Verwirklichung des „Users pays- Principles“.

Wie schon zu Beginn angesprochen sind diese Wirkungen der jeweiligen Normen jedoch nur erfreuliche und mehr oder weniger willkommene Nebeneffekte, in Parteiprogrammen und Erläuterungen finden sich hingegen keinerlei Hinweise, die auf eine Ausrichtung der Bestimmungen auf diese Ziele hindeuten.

Exkurs: Ist es verfassungsrechtlich geboten, dass der Staat bei Selbstschädigung eingreift?

Fischer führt hier 4 Kategorien ein, die die Beschäftigung mit der Thematik strukturieren:

1. Den Handelnden ist die Gefahr unbekannt.
2. Den Handelnden ist die Gefahr bekannt, sie gehen aber von einem glimpflichen Ausgang aus.
3. Den Handelnden ist die Gefahr bekannt, sie nehmen den Schadenseintritt in Kauf.
4. Die Handelnden bezwecken den Schadenseintritt¹⁵⁹.

Die letzte Kategorie betrifft hauptsächlich die Fälle des geplanten Selbstmordes.

Im deutschen Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit¹⁶⁰ wird von einigen Autoren auch ein Recht auf Selbsttötung erblickt¹⁶¹. Hätte der Staat nämlich das Recht, das Leben eines Einzelnen auch gegen dessen klaren Willen zu erhalten, würde aus dem Recht zum Leben eine Pflicht zum Leben werden, was mit der garantierten Menschenwürde unvereinbar wäre¹⁶².

Der EGMR sprach im Fall *Pretty v UK*¹⁶³, in dem die schwerkranke Antragstellerin ein Recht auf Selbstmord aus der EMRK gewährt bekommen wollte, dass ein derartiges Recht sich weder aus Art 2, 3, 8, 9 oder 14 der EMRK ergebe. Als Nebenergebnis kann aus den Ausführungen des EGMR jedoch auch herausgelesen werden, dass die Nicht- Strafbarkeit der Mitwirkung am Selbstmord keine Verletzung der EMRK darstellt.

Der Selbstmord als solcher tritt jedenfalls nicht mit dem Recht auf Leben in Konflikt¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Sinngemäß entnommen aus *Fischer*, Zulässigkeit aufgedrängten Schutzes, 22.

¹⁶⁰ Ausführlicher dazu in Kapitel 4.

¹⁶¹ *Di Fabio* in *Maunz/Dürig (Hg)*, Grundgesetz, Art 2 – 58 mwN; *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, 55 mwN; *Murawiek* bejaht ein Recht auf Selbsttötung, sofern der Beschluss bei völlig klarem Bewusstsein, ohne Beeinträchtigung der Entscheidungsfähigkeit durch Depression, Verzweiflung odgl getroffen wird *Murawiek* in *Sachs (Hg)*, Grundgesetz, 200; *Fink*, Selbstbestimmung und Selbsttötung, 110, 199 mit nachfolgenden Differenzierungen im Ergebnis ähnlich wie *Murawiek*.

¹⁶² *Hillgruber*, Schutz vor sich selbst, 82.

¹⁶³ EGMR *Pretty v. United Kingdom*, 2346/02, 29.4.2002. NL 2002, 31; EuGRZ 2002, 234; ÖJZ 2003, 311 sowie <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>.

¹⁶⁴ *Bernat*, Dem Leben ein Ende, ÖJZ 2002, 93.

Die erste Kategorie fällt unter Gefahrenabwehr und Informationspflichten. Im Fall EGMR *Guerra and others v Italy*¹⁶⁵, erkannte der EGMR eine Pflicht Italiens, die Einwohner der Stadt Manfredonia über die gesundheitliche Gefährdung die von einer Seveso- Anlage ausgeht zu informieren¹⁶⁶. Vor dem Hintergrund des Art 8 der EMRK ist hier also eine Pflicht zur Aufklärung, zumindest bei bestimmten, großflächigen und gravierenden Gefahren anzunehmen.

Kategorie 2 betrifft Sachverhalte wie die Straßenverkehrsordnung, Gurtenpflicht udgl. Die Gurtenpflicht- (und ebenso Helmpflicht-) Diskussion wurde in Österreich weniger vor einem verfassungsrechtlichen Hintergrund diskutiert. Hauptknackpunkte waren eine ursprünglich geplante Auskunftspflicht des Fahrzeughalters, wer wann wo mitgefahren sei, sowie die Problematik, dass in ausgerissenen Einzelfällen Personen aufgrund der Verwendung des Sicherheitsgurtes verletzt oder getötet wurden¹⁶⁷.

Raucher sind in nahezu allen Fällen in Kategorie 2 und 3 angesiedelt.

Die hM in Deutschland erkennt im Grundrecht auf Allgemeine Handlungsfreiheit des Art 2 des Bonner Grundgesetzes auch ein Recht auf Rauchen, ausführlich dazu im Exkurs in Kapitel 4.

¹⁶⁵ EGMR *Guerra and others v. Italy*, 116/1996, 19.02.1998; EUGRZ 1999,188; ÖJZ 1999, 33 sowie <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>.

¹⁶⁶ Zu diesem Fall nochmals in Kapitel 4.

¹⁶⁷ Gespräche mit Prof. Dr. Günther Winkler und Dr. Elisabeth Dujmovits; *Messiner*, Nichtanlegen von Sicherheitsgurten, ZVR 1982, 261.

3. Gesetzeslage

3.1. Rechtliche Rahmenbedingungen

Staatliches Handeln darf nur aufgrund der Gesetze erfolgen¹⁶⁸.

In Österreich ist, wie allgemein bekannt, die Gesetzgebung zwischen Bund und Ländern geteilt¹⁶⁹. Das österreichische Bundesverfassungsgesetz enthält allerdings keinen Kompetenztatbestand, der bestimmt, welche der gesetzgebenden Körperschaften für die Gesetzgebung im Gebiet des Tabakkonsums zuständig ist, es handelt sich um eine Querschnittsmaterie, ein Fall von „*law of the horse*“¹⁷⁰, da der Regelungstatbestand mehrere Kompetenzen berührt.

Je nach Materie können beispielsweise Art 10 Abs 8 oder Abs 12 oder Art 15 B-VG zum Tragen kommen.

Die Rechtsetzung der Europäischen Union im Bereich des Rauchens begründet ihre Zuständigkeit auf Artikel 95 und 133 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft.

¹⁶⁸ Art 18 B-VG.

¹⁶⁹ Art 10ff B-VG.

¹⁷⁰ Ein gerne weiter verwendetes Zitat, welches vermutlich auf einen Vortrag von *Karl Llewellyn* zurückzuführen ist und bildhaft beschreibt, dass eine Materie eben nicht durch ein eigenes Gesetz („Pferdegesetz“) sondern durch viele Gesetze (Veterinär-, Tierschutz-, uvm) geregelt wird.

3.2. Bund

3.2.1. Tabakgesetz

*Wer sich den Gesetzen nicht fügen lernt,
muss die Gegend verlassen, wo sie gelten.
(Johann Wolfgang von Goethe)*

Begriffsbestimmungen, Definitionen

Das am nächsten liegende Gesetz im gegebenen Zusammenhang ist das Bundesgesetz über das Herstellen und das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherschutz BGBl Nr 431/1995 idF BGBl I Nr 120/2008, kurz und im Folgenden TabakG.

§ 1 des Gesetzes beinhaltet, wie bei Gesetzen neuerer Bauart üblich, Begriffsbestimmungen. Definiert werden die Begriffe Tabakerzeugnis¹⁷¹, Inverkehrbringen, Nikotin¹⁷², Packung, Kondensat (Teer), Verbraucher¹⁷³, Werbung, Sponsoring, Feinschnitt, Inhaltsstoff, vermarkten, öffentlicher Ort¹⁷⁴.

Letztere Definition wird noch von markanter Relevanz sein, weswegen ausführlich auf sie eingegangen werden soll:

Der Begriff ist besonders weit gewählt und beinhaltet auf den ersten Blick auch öffentliche Straßen, Plätze udgl. Da auf diesen erfahrungsgemäß eher weniger Rauchverbotsschilder aufzufinden sind, wäre nicht abzusehen, gegen wen die

¹⁷¹ Die Definition weist explizit darauf hin, dass Tabak auch dann Tabak ist, wenn er von einer gentechnisch veränderten Pflanze stammt. Diese Formulierung (und vergleichbare in ähnlichen Bestimmungen) wird noch so mancher (Anti-) Gentechnologie- Diskussion Argumentationshilfen bieten.

¹⁷² Es überrascht, dass ein naturwissenschaftlich unstrittiger Begriff einer eigenen Legaldefinition bedarf.

¹⁷³ Verbraucher ist der/diejenige, der das Erzeugnis verbraucht, also „jede natürliche Person, die das Tabakerzeugnis für den Eigenverbrauch oder die Weitergabe an bestimmte Dritte für deren Eigenverbrauch erwirbt“. Die Regelung steht im Einklang mit vergleichbaren Verbraucher- und Konsumentenbestimmungen und ist, trotz der sprachlichen Ungleichheit auch größtenteils deckungsgleich mit der des Konsumentenschutzgesetzes BGBl 140/1979 idF BGBl I 21/2008.

¹⁷⁴ „Öffentlicher Ort“:

Jeder Ort, der von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis ständig oder zu bestimmten Zeiten betreten werden kann einschließlich der nicht ortsfesten Einrichtungen des öffentlichen und privaten Bus-, Schienen-, Flug- und Schiffsverkehrs.

Geldstrafe wegen Mangels solcher Schilder erhoben werden sollte. Ob eine solche weite Begriffsauffassung dem Willen des Gesetzgebers entspricht, ist nur bis zum Studium der Gesetzesmaterialien fraglich. Die dort angeführten Beispiele „Geschäftslokale, Büroräume o. ä. mit Kundenverkehr zu den festgelegten Dienstzeiten, Einkaufszentren, allgemein zugängliche Räume (Gänge etc.) von Amtsgebäuden, Schulen, Hochschulen und Einrichtungen der beruflichen Bildung, u.v.m.“ zeigen, dass es sich um (größtenteils) geschlossene Orte handelt, damit eigentlich um Räumlichkeiten¹⁷⁵, die also zumindest teilweise in allen 3 Dimensionen abgeschlossen sind. Das Kriterium des „Betreten- Könnens“ spricht ebenso, vielleicht sogar deutlicher, für Räume¹⁷⁶.

Ein Blick in § 13 lehrt jedoch, dass mit Ort auch eine Ansammlung von Räumen gemeint sein kann, also zB eine Universität, ein Einkaufszentrum als Ganzes ein Ort iSd Bestimmung ist. Der Grund zeigt sich im angesprochenen § 13, da einzelne Räume des öffentlichen Ortes zum „Rauchen freigeben“ werden können. Ein Schulhof, beispielsweise, wäre nun davon umfasst, da er ein Teil der Schule ist, die als Ganzes öffentlicher Ort ist, für Schulen und andere Kinder oder jugendliche beaufsichtigende Stellen gilt die Möglichkeit der Einrichtung solcher Räume nicht. Diese Unterscheidung zwischen Ort als Sammlung von Räumlichkeiten und Raum als Teil eines Ortes (besser ev: Baulichkeit) erklärt die mit dem alltäglichen Sprachgebrauch nicht vollständig kompatible Wortwahl.

Berichten des ORFs zufolge, ausgestrahlt im April 2009, vertritt die Kärntner Landesregierung die Rechtsansicht, dass Zelte (Festzelte, udgl in denen zB Gastronomie situiert ist oder öffentliche Zeltfeste stattfinden) nur dann vom Tabakgesetz betroffen wären, wenn diese als Bauwerke laut der Kärntner Bauordnung gelten, also erst wenn sie länger als 4 Wochen stehen. Dieser Ansicht ist nicht beizutreten. Dem Wortlaut der unzweideutigen Bestimmungen des Tabakgesetzes ist keineswegs zu entnehmen, dass es bei der Vollziehung des Tabakgesetzes der 9 Landesbauordnungen bedarf oder dass nicht in allen Bundesländern die selben Arten von Räumen betroffen sein sollen. Hingegen weisen

¹⁷⁵ Vgl zB de.wiktionary.org.

¹⁷⁶ Die Redeunterlage der Ministerin für Gesundheit und Frauen zur Pressekonferenz zur Tabakprävention am 12.04.2006 spricht ebenso davon, dass „ein generelles Rauchverbot für geschlossene öffentliche Orten (sic!) verhängt“ wurde. Nachlesbar unter http://www.bmgf.gv.at/cms/site/attachments/9/9/5/CH0118/CMS1144836448094/rede_punktation_fuer_hp.pdf (27.06.2006).

sowohl die Systematik des Tabakgesetzes, die erläuternden Bemerkungen als auch der Zweck des Gesetzes darauf hin, dass in von allen Seiten geschlossenen Räumen, wie beschrieben, Rauchverbot herrschen soll, ist das Zelt nicht geschlossen (wobei es sich dann streng genommen nicht um ein Zelt handelt), so gilt darin kein Rauchverbot.

Nicht gleich ganz eindeutig sind die „nicht ortsfesten Einrichtungen des Verkehrs“, da die Materialien ebenso keinen Hinweis darauf bieten, was damit gemeint ist. Naheliegender Interpretation nach geht es aber um öffentliche Verkehrsmittel, wie Busse, Straßenbahnen udgl.

Für die Interpretation dieser Stelle hilfreich ist die WHO Framework Convention on Tobacco Control, da auf Art 8 Zif 2 in den Materialien hingewiesen wird¹⁷⁷ und dieser ein ähnliches Bild liefert:

„providing for protection from exposure to tobacco smoke in indoor workplaces, public transport, indoor public places and, as appropriate, other public places.“

Auch die in den Materialien angesprochene Empfehlung des Rates vom 2. Dezember 2002 zur Prävention des Rauchens und für Maßnahmen zur gezielteren Eindämmung des Tabakkonsums spricht wortwörtlich von öffentlichen Verkehrsmitteln, was die Bestimmung erklärt¹⁷⁸.

Bahnhöfe, Wartehäuschen udgl wären schon ohne dieser eigenen Bestimmung vom Terminus des öffentlichen Ortes umfasst¹⁷⁹.

Vertriebsbestimmungen

§ 2 verbietet das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, die den §§ 3 – 7 oder den auf dieser Grundlage erlassenen Verordnungen nicht entsprechen. Ebenso verboten ist der Vertrieb von Tabakerzeugnissen, die für einen anderen oralen Gebrauch als Kauen oder Rauchen produziert sind¹⁸⁰. Es sollen keine neuen Tabakprodukte in den Markt eingeführt werden, was ein erklärtes Ziel der einschlägigen EU Vorschriften war.

¹⁷⁷ Materialien zur Tabakgesetznovelle 2004, 9.

¹⁷⁸ Materialien zur Tabakgesetznovelle 2004, 9.

¹⁷⁹ „Das „Amtsdeutsch“ der angesprochenen Regeln ergibt noch zahlreiche weitere Fragen und erheblichen Erklärungsbedarf“ (Helmut Andexlinger, Tabakgesetz, ecoloex 1995, 823, das Zitat stammt aus 1995 und bezieht sich demzufolge auf die damalige Fassung).

¹⁸⁰ Die in Schweden gebräuchlichen „Snus“, s Kap 1.3, sind damit explizit verboten.

Weitere Bestimmungen, die den Vertrieb limitieren, bleiben unberührt. Ebenso verboten ist das Inverkehrbringen von Einzelzigaretten oder Zigarettenspackungen mit einer Größe unter 20 Stück¹⁸¹.

Im 2006 hinzugefügten Absatz wird die Bundesministerin für Gesundheit und Frauen ermächtigt, einvernehmlich mit dem Bundesminister für Finanzen, im Interesse der Tabakprävention zur Sicherstellung eines Mindestpreisniveaus den Mindestkleinverkaufspreis für Tabakerzeugnisse durch Verordnung festzusetzen. Das Inverkehrbringen mit einem niedrigeren Preis ist verboten. Von dieser Möglichkeit wurde Gebrauch gemacht, dazu weiter unten. Die Strafbestimmung findet sich in § 14.

§ 3 gibt der zuständigen Bundesministerin die Möglichkeit zu Zwecken des Verbraucherschutzes Verordnungen zu erlassen, die nach dem Stand der Wissenschaft und Technologie Zusätze, Geschmackstoffe, Herstellung undgl regeln.

§ 4 gibt die Mengen für Nikotin, Teer und Kohlenmonoxid in Zigaretten an, § 4a verpflichtet zur Angabe der Werte auf der Packung und § 4b regelt die Messung der Werte im Wege einer Verordnungsermächtigung.

Zu diesem Zeitpunkt schleicht sich der Verdacht ein, dass der Regelungsgegenstand des Gesetzes nicht primär alle Tabakerzeugnisse sind, sondern vorrangig auf Zigaretten abgezielt wird. Wie schon eingangs erwähnt, sind bei diesen sowohl die meisten Nutzer angesiedelt als auch die größten Gesundheitsrisiken gegeben.

Oft parodiert¹⁸² und nie erreicht ist § 5. Vorgegeben durch die Richtlinie 2001/37/EG sind hier die Warnhinweise aufgeführt, die alternierend auf 2 Breitseiten der Packungen aufscheinen müssen. Die Abschreckwirkung dieser Warnungen hält sich in Grenzen, sofern empirisch messbar¹⁸³.

¹⁸¹ In der oben erwähnten Empfehlung des Rates ist dieses Limit, wohl aufgrund der Verkaufspraxis in anderen Ländern, in denen man statt einer Preissteigerung einfach weniger Zigaretten abpackt, 19 Stück.

¹⁸² Die Varianten reichen von pseudophilosophisch („Nichtraucher müssen auch sterben“, ursprünglich übrigens ein Buchtitel von *Friedrich Torberg*, erschienen im Ullstein Verlag) über halbblutig („Seit die Warnhinweise größer sind, ist Rauchen viel gefährlicher“, „Achtung! Rauchen kann ihre Zigarette verkürzen“) bis in die untersten Schubladen. Auch in Bereiche der Mediensatire strahlt es aus, so kam im 2. Quartal 2006 eine Stickerserie in Umlauf, derzufolge bestimmte Illustrierte dem gesunden Menschenverstand usw schaden, aufgemacht in Form einer Zigarettenwarnung.

¹⁸³ Vgl Kap 1 sowie im Teil über die EU in diesem Kapitel.

Auch bei Sammelpackungen und alle anderen Arten von nicht durchsichtigen Verpackungen müssen die entsprechenden Warnungen aufgedruckt werden, bei anderen Tabakerzeugnissen als Zigaretten ist ein eigener, einzelner Warnhinweis¹⁸⁴ in Abs 5 festgelegt, welcher auch nur auf einer Seite aufscheinen muss. Das größte Augenmerk liegt hier, wie schon zuvor vermutet, auf den Zigarettenkäufern. Wieso gerade diese eindringlicher gewarnt werden als andere Tabakproduktkonsumenten, lässt sich wohl nur aus der größeren Verbreitung erklären und aus dem Umstand, dass Zigarettenraucher ihr Produkt häufiger konsumieren als andere, vielleicht auch aus dem Image heraus, welches mit dem Rauchen von Zigaretten verbunden ist. Der zuletzt hinzugekommen Warnhinweise ist die Bewerbung des Rauchertelefons¹⁸⁵.

Auch bei aus anderen EU- Mitgliedsstaaten importierten Tabakerzeugnissen muss ein Warnhinweis in deutscher Sprache¹⁸⁶ angebracht sein, Ort und Form kann sich an den dortigen Vorschriften orientieren, die aber aufgrund der EU Regelungen keine allzu große Varianz aufweisen.

§ 6 regelt detaillierter, in welcher Form die Warnhinweise des § 5 und die Angaben nach § 4 an der Packung angegeben werden müssen.

§ 7 verpflichtet zur Anbringung von Kennzeichnungen, um Identifizierung und Rückverfolgung zur Herstellung zu ermöglichen.

§ 7 Abs 3 ist die Ursache, weswegen die diversen „light“ Varianten vom Markt verschwunden sind resp als Red, Blue, Gold, White¹⁸⁷ odgl oder unter einem anderen Markennamen weiterleben:

Begriffe, Namen, Marken und figurative oder sonstige Zeichen auf der Packung dürfen nicht den Eindruck erwecken, dieses Tabakprodukt sei weniger schädlich als andere¹⁸⁸.

¹⁸⁴ „Dieses Tabakerzeugnis kann Ihre Gesundheit schädigen und macht abhängig.“

¹⁸⁵ § 5 Abs. 2 Z 10, „0810 810 013 oder www.rauchertelefon.at“, eingefügt durch BGBl INr 105/2007, mit BGBl I 120/2008 wurde der Hinweis auf den Ortstarif gestrichen, da es einen solchen nicht mehr gibt..

¹⁸⁶ Es erfolgt also keine Berücksichtigung der anderen Amtssprachen in Österreich.

¹⁸⁷ ZB: „Marlboro Light“ zu „Marlboro Gold“ resp „Marlboro RedGold“, „Memphis Light“ wurde zu „Memphis Blue“, „Milde Sorte“ zu „Meine Sorte“ etc. In der Schweiz und anderen Ländern werden die Marken teilweise weiterhin als Light, Ultralight usw vertrieben.

¹⁸⁸ In der Medizin wird teilweise die These vertreten, dass die „light“ Zigaretten schädlicher sind, da der Konsument zwar teilweise weniger schädliche Substanzen inhaliert, tendenziell aber mehr raucht, was den Vorteil ins Gegenteil verkehrt. Die sogenannte „Lippenstudie“ des Philip Morris Konzern hat außerdem gezeigt, dass die Lufteinlässe, die zur Verdünnung führen sollen, beim Rauchen oft mit den

Die private Einfuhr von Zigaretten und sonstigen Tabakerzeugnissen, die den obigen Bestimmungen nicht entsprechen, wird in § 7a, eingefügt durch BGBL I Nr 105/2007, limitiert: Maximal 200 Zigaretten, 50 Zigarren, 100 Zigarrillos, 250g Rauchtabak oder eine anteilige Zusammenstellung der soeben genannten Produkte mit einem Gesamtgewicht unter 250g. Diese Bestimmung tritt mit 31. Dezember 2010 außer Kraft.

Mit § 8 werden den Herstellern und Importeuren gewisse Pflichten auferlegt.

So müssen sie bis zum 15. März jeden Jahres¹⁸⁹ eine nach Art und Markenname gegliederte Liste der verwendeten Inhaltsstoffe inkl ihrer Mengenangaben an das BMGF übermitteln. In § 8 Abs 2 und 3 wird festgelegt, dass auch bei Lizenz- und Auftragsvergabe diese Pflichten erfüllt werden müssen. § 8 Abs 4 konkretisiert die Liste; für die Inhaltsstoffe sind Funktion und Kategorie anzugeben ebenso wie toxikologische Daten, insbesondere hinsichtlich ihrer gesundheitlichen Auswirkungen und unter dem unter dem Gesichtspunkt jedweder süchtig machenden Wirkung. Die Inhaltsstoffe sind in absteigender Reihenfolge bezüglich des Gewichts jedes Inhaltsstoffes des Erzeugnisses aufzulisten. Eine Verordnungsermächtigung besteht hinsichtlich der Übermittlung und Veröffentlichung besagter Listen.

§ 9 regelt, wie die §§ 3 bis 7 überwacht werden sollen, wie die Aufsichtsorgane zu schulen sind, wann Betriebsüberprüfungen durchzuführen sind usw. Die Betriebsinhaber haben die Überprüfungen zuzulassen. Für entnommene Proben ist Ersatz zu leisten. Die Proben sind, wenn das indiziert ist, amtlich zu untersuchen (§ 10).

Werbung und Sponsoring

§ 11 beschäftigt sich mit Werbung, diese wird kurz und prägnant, jedoch nicht ausnahmsfrei, untersagt:

„Werbung und Sponsoring für Tabakerzeugnisse sind verboten.“

Fingern verdeckt werden, was den Effekt ins Gegenteil verkehrt. Vgl zum „Gesundheitswettlauf“ der großen Zigarettenmarken, wer die angeblich am wenigsten schädliche Zigarette anbietet *Glantz et al*, Cigarette Papers, Chapter 3.

¹⁸⁹ 31. Dezember jeden Jahres vor BGBl I 120/2008. Die Änderung wird in den erläuternden Bemerkungen mit Praktikabilitätsüberlegungen begründet.

Allerdings bestehen Ausnahmen, so zunächst für Namen, Marken und Symbole die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens schon für Tabakwaren und andere Erzeugnisse in Gebrauch waren (§ 11 Abs 2)¹⁹⁰. Voraussetzung ist, dass es sich dabei und der darauf bezogenen Werbung bzw Sponsoring eindeutig nicht um Tabakerzeugnisse handelt und keine sonstigen für ein Tabakerzeugnis bereits benutzten Unterscheidungsmerkmale verwendet werden (Abs 2)¹⁹¹. Der dritte Absatz legt ein weiteres Mal fest, dass dies nicht für solche Marken etc gilt, die erst nach In-Kraft-Treten dieser Bestimmung entwickelt und in Verkehr gebracht wurden, obwohl der zweite Absatz besagt, dass diese Ausnahme nur Marken etc betrifft, die beim In-Kraft-Treten schon gutgläubig für Tabakerzeugnisse und andere Produkte verwendet wurden.

§ 11 Abs 4 gewährt ebenso Ausnahmen vom Totalverbot. Zunächst ist es gestattet, einschlägige Mitteilungen an im Tabakhandel tätige Personen zu übermitteln, wenn diese ausschließlich an solche Personen adressiert und ihnen zugänglich sind. Gestattet ist auch Werbung in Druckwerken, die in Drittländern gedruckt werden und nicht vorrangig für den Gemeinschaftsmarkt bestimmt sind. Abgrenzungsprobleme scheinen nahe liegend, werden aber in der Praxis eher nicht auftreten, da eine Zeitschrift schon allein aufgrund der sprachlichen Unterschiede im Wesentlichen nur für einen Markt produziert wird.

Die Ausnahme des § 39 Abs 1 des Tabakmonopolgesetzes¹⁹², dahingehend dass Tabaktrafikanten iSd § 23 Tabakmonopolgesetzes an der Außenseite und im Inneren ihres Lokals Werbung anbringen dürfen, bleibt bestehen. Gestattet ist in diesem Zusammenhang auch die Darbietung von Tabakerzeugnissen und deren Preise durch die zum Verkauf befugten Stellen, Stichwort Schaufenster. Dies als Ausnahme zuzulassen dient vermutlich vorrangig dazu¹⁹³, einer Diskussion, wann Werbung und wann eine bloße Aufforderung zur Anbotstellung vorliegt, vorzubeugen¹⁹⁴.

¹⁹⁰ ZB Camelboots oder Davidoff- Parfums. Nicht in diese Kategorie fallen wohl Zigarettenmarken, deren Name auch eine andere Bedeutung hat, zB „Sex“, „Casablanca“ etc.

¹⁹¹ In Norwegen wurde darüber hinaus auch jedes Produkt verboten, welches, ohne eine Rauchware zu sein, damit in Verbindung gebracht werden kann, so zB die gerade erwähnten Camelboots, T-Shirts mit Nil Aufdruck oder Poster von Marlboro- Country.

¹⁹² BGBl 830/1995 idF BGBl I 105/2007.

¹⁹³ In den Materialien finden sich zum Thema Werbeverbot nur Hinweise, wie hilfreich dieses für die Verringerung des Tabakkonsums, insbesondere von Jugendlichen, wäre, auf die einzelnen Maßnahmen und Ausnahmen wird nicht näher eingegangen.

¹⁹⁴ Die Ausnahme beseitigt die Abgrenzungsproblematik zwar keineswegs, sorgt aber dafür dass die Fragestellung in der Praxis keine Relevanz mehr hat, weil eben beides erlaubt ist.

Bis 31. Dezember 2006 ausgenommen war darüber hinaus das Sponsoring von Veranstaltungen oder Aktivitäten, an denen nur ein Staat beteiligt ist, die nur in einem Staat stattfinden und die keine grenzüberschreitende Wirkung haben (damaliger § 11 Abs 4 zif 5). Darüber, wie genau die Abgrenzung zu verstehen war, geben auch die Materialien keinen weiteren Aufschluss. Grenzüberschreitende Wirkung besteht meines Erachtens sobald zB bei einer mittelgroßen Freiluftveranstaltung auch ausländische Kunstschaaffende teilnehmen, da in so einem Fall auszugehen ist, dass die entsprechenden Medien darüber auch im Heimatland dieser nicht österreichischen Künstler berichten werden, selbst wenn nur in einer Randbemerkung. Im Vorhinein zu beurteilen, inwiefern und ob ein größeres Ereignis im Ausland rezipiert wird, ist ohnehin selten möglich. So wird die Fußball- EM als europaweites Fußball- und Medienspektakel eindeutig grenzüberschreitend sein, aber was wäre mit einem „Marlboro – Erste Liga“ Fußballbewerb¹⁹⁵? Es spielen nur österreichische Vereine auf österreichischen Spielstätten, Auslandbezug ist nur durch aus dem Ausland angeworbene Spieler oder Trainer gegeben. Die 1. Liga ist trotz des Namens auch nicht die oberste Liga, deswegen ist von einem geringeren Interesse des sportjournalistischen Auslandes auszugehen. Es war wohl angebracht, diese Bestimmung nicht zu restriktiv zu lesen, da der Gesetzgeber offensichtlich durch die Ausnahmen im Übergangszeitraum ausreichend Spielraum lassen wollte, der nicht durch zu rigorose Auslegung seitens der Gesetzesanwender wieder beseitigt werden sollte. Internationale Großveranstaltungen, wie Welt- und Europameisterschaften standen außer Streit, gerade rein nationale Bewerbe, oft aufgrund des geringen heimischen Medieninteresse ohnehin schon benachteiligt, hätten wohl nicht noch zusätzlich belastet werden sollen. Da diese Bestimmung aber nun nicht mehr dem Rechtsbestand angehört, sind derartige Überlegungen ohne weitere Relevanz.

Die weitest reichende Ausnahme endete ebenfalls mit dem 31. Dezember 2006: Werbung für Tabakerzeugnisse war auf Plakaten und im Kino bei nicht jugendfreien Vorstellungen erlaubt (damaliger § 11 Abs 4 zif 6). Die erlaubten Werbungen waren aber ihrerseits wieder Beschränkungen unterworfen, so durften die Plakate nur eine

¹⁹⁵ Die erste Liga ist die unterste bundesweite Fußballliga in Österreich, veranstaltet vom ÖFB, dem österreichischen Fußballbund. 10 Mannschaften spielen österreichweit eine doppelte Meisterschaftsrunde, das sind 36 Spiele jährlich. Die Siegermannschaft steigt in die Bundesliga, die oberste bundesweite Fußballliga auf. In der Saison 2005/06 wurde die erste Liga von zB Red Zac gesponsert. <http://www.bundesliga.at>, 12.11.2005.

Größe von maximal 16 Bogenanschlagen¹⁹⁶ aufweisen, und durften nicht in Sichtweite von Schulen und Jugendzentren¹⁹⁷ hängen.

In Absatz 5 folgen weitere Einschränkungen für die Werbung. Dadurch dass aber die weitreichenden Ausnahmen des vorigen Absatzes außer Kraft getreten sind, sind diese Einschränkungen zumindest teilweise hinfällig, da Werbung ja nur mehr in Einzelfällen zulässig ist. So ist untersagt, Personen in der Werbung zu verwenden, die jünger als 30 sind oder so wirken. Weiters ist die Verwendung von Prominenten, Leistungssportlern¹⁹⁸, Karikaturen oder Comicstrips¹⁹⁹ als Werbeträger untersagt. Die Werbung speziell an Jugendliche zu adressieren²⁰⁰ oder sie mittels Himmelsschreibern²⁰¹ odgl zu kommunizieren ist genauso unzulässig. Verboten ist ebenso Werbung, die die gesundheitlichen Folgen verharmlost²⁰², Hand in Hand gehend mit der Bestimmung, dass der Name keine Verharmlosung der gesundheitlichen Folgen darstellen darf.

Jede verbilligte Abgabe, Gratisverteilung oder Zusendung von Tabakerzeugnissen mit dem Ziel der Verkaufsförderung ist nach § 11 Abs 6 verboten. Die einzige Ausnahme hiezu folgt im Abs 7, wo die stückweise Gratisabgabe an erwachsene²⁰³

¹⁹⁶ Eine zuverlässige Umrechnung in m² oder andere gebräuchlichere Flächeneinheiten war nicht möglich. Sofern ein Bogenanschlag 2 * A4 (ISO 216) darstellt, ist es eine Fläche von 1,99m², was ungefähr einer Plakatwand seitlich in einem Straßenbahnwartehäuschen der Wr Linien entsprechen würde. Die Frage ist aber ohnehin nur mehr von rechtshistorischer Bedeutung.

¹⁹⁷ Ob „Jugendzentrum“ nur die, zumeist entweder von der Gemeinde oder von der römisch-katholischen Kirche betriebenen und als solche bezeichneten Jugendzentren meinte oder jede Form, an der regelmäßig mehrere Jugendliche, unabhängig von Schule und Beruf anzutreffen sind, ist nicht eindeutig, es ist aber von einem weiten Begriff auszugehen, insbesondere da in den Materialien wiederholt auf den Schutz der Jugendlichen hingewiesen wird. Es bot sich deswegen auch an, die Definition des § 3 NÖ Jugendschutzgesetzes für Jugendtreff heranzuziehen: „*Jugendtreffs*“ sind Einrichtungen, die der Jugend Gelegenheit für eine gemeinsame, sinnvolle, den verschiedenen Neigungen entsprechende Freizeitgestaltung bieten sollen.“

¹⁹⁸ Werbung von anderen Leistungssportlern für andere, nicht ganz gesunde Produkte stellt kein Problem dar, zB Hermann Maier für Schokolade, Fabienne Nadarajah für Fastfood, NBA Stars für Chips. Siehe auch eigene Bemerkungen am Ende dieser Arbeit.

¹⁹⁹ Dies wohl vor dem empirisch nicht überzeugenden Hintergrund, dass Comicsstrips besonders Minderjährige ansprechen.

²⁰⁰ Dieses Verbot richtet sich nur an die inhaltliche Gestaltung der Werbebotschaft, nicht an ihre Platzierung, hatte also damit keinen Berührungspunkt mit der Beschränkung der Platzierung der Plakate. Dadurch dass aber Plakatwerbung nun verboten ist, ist diese Bestimmung beinahe ohne Anwendungsbereich, einzig die Werbung der Trafiken ist noch ein denkbarer Fall.

²⁰¹ Gerade die Himmelsschreiber-Bestimmung ist wohl überholt, ausschließlich Tabakhandelbeschäftigten zugänglich kann ein Himmelsschreiber schwer sein, eine gedruckte Veröffentlichung stellt er nicht dar, und an einer Trafik angebracht sein, als Werbung oder als Preisausschilderung, ist auch unmöglich.

²⁰² Die Industrie hat schon reagiert, ein neues Werbesujet lautet „Außen weich, innen hart. Nur für echte Männer und jene die es wieder werden wollen“.

²⁰³ „Erwachsen“ bedeutet im gegebenen Zusammenhang, das 18 Lebensjahr vollendet habend.

Raucher in Tabaktrafiken 6 Monate nach erstmaliger Markteinführung, also zu Werbezwecken, gestattet ist.

Insbesondere der Abs 1 des § 11, der das Werbeverbot postuliert, spricht dafür, dass durch die Novelle 2004 eine deutliche Verschärfung stattgefunden hat, die auch das Ausscheiden der weit reichenden Ausnahmen mit Ende 2006 mit sich brachte. Aus diesem Grund ist es angebracht, kurz den Blick der Vorgängerversion zuzuwenden: Die Tabakwerbe- Regelungen waren seit dem Inkrafttreten des Tabakgesetzes 1995 nicht geändert worden. Bis zum Inkrafttreten der neuen Regelungen war nur kombinierte Werbung ausnahmslos verboten²⁰⁴.

Über das heutige Maß und die mit 31. Dezember 2006 außer Kraft getretenen Ausnahmen hinaus war nur zusätzlich gestattet:

Werbung in Druckschriften²⁰⁵ und Werbung im Rundfunk außerhalb von Werbesendungen. Gratisverteilung war auch außerhalb von Tabaktrafiken, aber ebenfalls nur bei erstmaliger Markteinführung gestattet²⁰⁶, erlaubt war weiters die Werbung mit „herstellernahen“ Werbeartikel, so diese nicht für Kinder bestimmt waren oder sein konnten. Nicht verboten war Sponsoring im Rahmen von sonstigen Beschränkungen.

Was verboten war und jetzt erlaubt wäre, aber aufgrund der Marktsituation irrelevant geworden ist, da sie nicht mehr verkauft werden, ist Werbung für Zigaretten die mehr als 10 mg Kondensat(Teer)-Gehalt aufweisen.

²⁰⁴ Mit einigen Ausnahmen (Anker & Kurier in den 90ern, Supermärkte oder Tankstellen und die von ihnen verkauften Produkte, CDs udgl und einschlägige Vertriebs- Ketten sowie die Anti- Billigprodukte-Kampagnen, wo eine bestimmte Marke und Marken im Allgemeinen beworben werden) hat kombinierte Werbung nie eine beachtenswerte Relevanz oder Verbreitung gehabt. Wobei zu Beginn 2006 eine Plakatserie für Nike und die Wiener Städtische zugleich warb; vielleicht also doch ein Trend, der im Hinblick auf das Erstarren der Marken etwas größere Relevanz, wenngleich außerhalb des Tabakwerbemarktes, entwickeln könnte. In der neu aufgelegten Marken- Werbung mischt nun auch Marlboro, wie schon an anderer Stelle erwähnt eine der wertvollsten Marken der Welt, mit: So wie in anderen der Sujets wird eine „Geiz (=Billig) – Zigarettenmarke“ der Marlboro – Zigarettenmarke gegenübergestellt, und suggeriert, dass Marlboro, weil es eine Marke ist, eine wesentlich bessere Qualität aufweist. Dieser Schritt dient wohl weniger der Imagepflege, als der Reaktion darauf, dass im ersten Halbjahr 2006 ein Preiskampf um Zigaretten entstanden ist, welcher seinen Anfang darin fand, dass einzelne Marken (zB Pall Mall) Packungen unter 3€ verkauften. Zum Mindestpreis siehe Ende dieses Kapitels sowie in Kapitel 4.

²⁰⁵ Es gab eine Beschränkung betreffs der Anzahl der Tabakwerbung pro Ausgabe, aber kein Verbot, Werbung in an junge Zielgruppen gerichtete Druckwerke zu verbreiten. Letzterem steht wohl eine ungeschriebene Selbstbindung der Herausgeber entgegen.

²⁰⁶ Von dieser Möglichkeit der Verkaufsförderung wurde vor einigen Jahren im Rahmen der Eröffnung der Ausstellung „Rauch und Pulverdampf“ im heeresgeschichtlichen Museum Gebrauch gemacht, wie mir ein befreundeter (damaliger) Museumsbediensteter berichtete.

Dezidiert verbietet das Gesetz jedoch nur die Werbung für Tabakerzeugnisse. In der letzten Zeit macht sich in der Werbung und im Marketing jedoch ein ganz anderer Trend breiter, nämlich jener weg von der Produktwerbung hin zur bloßen Bewerbung einer Marke. Nun ist es zwar den Tabakkonzernen verboten, andere Produkte unter derselben Marke in Zukunft anzubieten (§ 11 Abs 1 bis 3 TabakG), aber Plakate für die Marke Marlboro allein zierten schon das Stadtbild, allerdings zu einem Zeitpunkt als Plakatwerbung noch gestattet war²⁰⁷. Ist es hier also möglich, mit der bloßen Markenwerbung das Verbot des Tabakgesetzes zu umgehen?

Naheliegenderweise ist das Gegenteil wahr. Unmissverständlich will das Gesetz Werbung für Tabakerzeugnisse verbieten, das beinhaltet klar derartige Umgehungsversuche. In einem anderen Fall zum Vorläufer des Gesetzes, wo ein Werbetreibender die Definition von Plakat umgehen wollte, hat dies auch der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, die Entscheidung wird im Anschluss an den Teil über das TabakG kurz dargestellt.

Im ORF ist Werbung für Tabakwaren grundsätzlich verboten (§13 Abs 4 ORF-G²⁰⁸), im Privatfernsehen (§ 39 PrivatfernsehG²⁰⁹) und in Privatradios (§ 19 Abs 2 Privatradiog²¹⁰) ebenso. Im Privatfernsehen darüber hinaus ist in der selben Bestimmung auch das Teleshopping für diese Produkte untersagt. Fernseh- und Radiowerbung für Tabakerzeugnisse ist also „doppelt“ verboten, würde daher auch Verwaltungsstrafen nach mehreren Gesetzen nach sich ziehen.

Schutz der Nichtraucher und Rauchverbote

Während die bisher thematisierten normativen Bestimmungen als Regelungsgegenstand vorrangig den Schutz der Rauchenden aufweisen, wendet sich das Gesetz mit § 12 dem Nichtrauchenden- Schutz zu.

Rauchverbot gilt zunächst in Räumen für Unterrichts- und Fortbildungszwecke, Verhandlungszwecke sowie für schulsportliche Veranstaltungen. Werden Räume für mehrere Zwecke genutzt, also zumindest zeitweise für eine oder mehrere der

²⁰⁷ Eigene Beobachtung, leider undatiert.

²⁰⁸ BGBl 379/1984 idF BGBl I 102/2007.

²⁰⁹ BGBl I 84/2001 idF BGBl I 52/2007.

²¹⁰ BGBl I 20/2001 idF BGBl I 169/2004.

Benutzungsmöglichkeiten der Ziffern 1 – 3 des Abs 1, gilt für die Zeit der einschlägigen Verwendung das Rauchverbot, sowie für die Zeit davor, die „für eine Entlüftung des Raumes erforderlich ist“²¹¹.

Sind die Räume aber ausschließlich für private Zwecke bestimmt, gelten die Verbote nicht. Finden also in den Sporträumlichkeiten eines privaten Turnvereines Schulsportveranstaltungen statt, so kann dort sehr wohl geraucht werden, es sei denn der Ort qualifiziert sich als öffentlicher. Was Verhandlungszwecke im gegebenen Zusammenhang sind wurde mir auch nach Studium der erläuternden Bemerkungen nicht gänzlich einsichtig.

Womit der Übergang zu § 13 auch schon gemacht wäre, dieser verbietet das Rauchen, ungeachtet arbeitsrechtlicher Bestimmungen²¹² und der §§ 12 und 13a, in Räumen öffentlicher Orte.

Da der § 13 in erster Linie und der Überschrift zufolge dem Nichtraucherschutz dienen soll, besteht die Möglichkeit, an öffentlichen Orten mit mehreren Räumen in einzelnen dieser das Rauchen zu gestatten, wenn der Rauch nicht in die rauchfreien Zonen dringt und damit das generelle Rauchverbot nicht umgangen wird.

Derartige Ausnahmen sind aber nach Abs 3 in schulischen und anderen Einrichtungen, wo Kinder und Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden, nicht zulässig. Inwiefern sich dies zB in einer Schule, in der sich neben Lehrkräften auch über 16jährige Schüler tagsüber aufhalten, in der Praxis umgesetzt wird, sei dahingestellt.

Eine der wirklichen großen Änderungen der Novelle 2008 war die Abschaffung der Ausnahmen vom Rauchverbot. Zuvor galt das Rauchverbot an folgenden öffentlichen Orten nicht:

Gastgewerbebetriebe, einfache Bewirtungs- Betriebe, für die keine Gastgewerbeberechtigung vorliegen muss, wie Schutzhütten, Buschenschank, Privatpensionen mit Frühstück udgl²¹³, Ausschank von Getränken und Verabreichen von Speisen bei gemeinnützigen Veranstaltungen²¹⁴ sowie Tabaktrafiken.

²¹¹ Hier sei noch mal auf das zu Beginn angesprochene, nicht näher untersuchte Thema des Thirdhandsmoke hingewiesen.

²¹² Dazu ausführlicher in Kapitel 3.2.7.

²¹³ Betriebe nach § 111 Abs 2 zif 2, 3, 4 oder 5 GewO.

²¹⁴ Veranstaltungen im Sinne des § 2 Abs 1 zif 25 GewO. Alle bisherigen Ausnahmen haben in der einen oder anderen Form mit dem Verkauf von Getränken oder Speisen zu tun.

Übrig geblieben sind nur die Tabaktrafiken, der Gastronomie im weiteren Sinne widmet sich der ebenfalls mit der Novelle 2008 rundauf erneuerte § 13a.

Hinsichtlich Speiselokale bestand eine Vereinbarung zwischen BMGF und Wirtschaftskammer, die durch die geplante Tabakgesetznovelle 2007 ersetzt hätte werden sollen und durch die Tabakgesetznovelle 2008 dann auch wirklich ersetzt wurde, dazu am Ende dieses Kapitels unter Punkt 3.5.

Durch die Novelle 2008 gänzlich verändert wurde § 13a, der nun Nichtraucherchutz in Räumen der Gastronomie zum Inhalt hat. Ungeachtet der §§ 12 und 13 gilt ein Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen. Gastronomie wird über die Gewerbeordnung definiert, wobei hier auch § 2 Abs 9 und § 111 Abs 2 Z 3 und 5 Erwähnung finden, also auch solche Betriebe umfasst sind, die keine Gewerbeberechtigung benötigen, wie zB Buschenschank.

Es darf aber in einzelnen Räumen weiter geraucht werden, sofern gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird. Die hier verwendete Formulierung *„gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt“* wurde in den Medien teilweise als zu streng betrachtet, da dies bei Benutzung einer vorhandenen Türe schon nicht mehr der Fall sein soll. Die angemessene Interpretation dieser Bestimmung verhindert derart ausufernde Betrachtungsweisen. Der Hauptraum, über den man im Einzelfall wohl trefflich streiten kann²¹⁵, muss jedenfalls rauchfrei bleiben.

Abs 3 bestimmt, dass das Rauchverbot des Abs 1 nicht gilt, wenn der Verabreichungsraum kleiner als 50m² ist oder dessen Grundfläche zwischen 50m² und 80m² aufweist und die notwendigem baulichen Maßnahmen aufgrund einer rechtskräftigen Entscheidung der nach den bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtlichen Vorschriften zuständigen Behörde nicht zulässig sind.

²¹⁵ Die erläuternden Bemerkungen führen dazu aus: *„Bei der Bestimmung des Hauptraumes sind immer die konkreten Verhältnisse vor Ort in die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen, wobei wichtige Kriterien die Flächengröße, die Lage und die Ausstattung der Räume bzw. deren Zugänglichkeit sind. Der Hauptraum muss in seiner Gesamtbetrachtung den anderen Räumlichkeiten als „übergeordnet“ eingestuft werden können. Zu berücksichtigen ist dabei auch der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit des Gastwirts.“*

Darüber hinaus legt Abs 4 fest, dass das Rauchen in Lokalen, in denen das Rauchverbot nicht gilt, trotzdem nur dann erlaubt werden darf, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag gilt, der bestimmte Bestimmungen beinhaltet. Dazu zählen unter anderem, dass gesundheitsfördernde Maßnahmen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz durchgeführt werden, dass Lehrlinge „überwiegend“ in den Räumen ausgebildet werden, in denen Rauchverbot besteht und dass ein nicht dem Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz unterliegender Arbeitnehmer Anspruch auf Abfertigung hat, wenn er sein Arbeitsverhältnis wegen der Belastung durch die Einwirkung des Passivrauchens kündigt.

Über Inhalte der Kollektivverträge verfüge ich nicht, es ist aber lebensnah anzunehmen, dass die einschlägigen Kollektivverträge schon solche Bestimmungen beinhalten oder demnächst beinhalten werden.

Dies bedeutet nun für einen Gastwirt – Kollektivvertrag außer Acht gelassen – mit einem Betrieb unter 50m² Verabreichungsraum, er kann sich frei entscheiden, ob er ein Nichtraucher- oder ein Raucherlokal betreiben will. Er muss auch nicht, obwohl auch das teilweise gefordert wurde und sinnvoll erscheint, an der Tür anschreiben, ob geraucht werden darf. Im Lokal müssen dann die entsprechenden Hinweise, entweder auf das Rauchverbot oder auf die Gefährlichkeit des Rauchens (siehe dazu sogleich zu § 13b) angeführt sein.

Für einen Gastwirt, dessen Verabreichungsraum jedoch zwischen 50m² und 80m² umfasst, stellt sich die Lage etwas komplizierter dar, sofern er nicht auch ein Nichtraucherlokal betreiben möchte. Die eine Variante ist, eine entsprechende Trennung herbeizuführen und sie hinreichend auszuschildern. Die andere Variante umfasst, bei Bau- oder Feuerpolizei oder beim Bundesdenkmalamt einen Antrag auf Umbau zu stellen. Idealerweise wurde der Antrag schon September 2008 gestellt (BGBl I Nr 120/2008 wurde am 11. August 2008 ausgegeben, beachte aber die gleich dargestellten Übergangsbestimmungen) und vor dem 1. Jänner 2009 entschieden, andernfalls müsste der Betrieb bis zur Rechtskraft als Nichtraucherlokal betrieben werden. Erst wenn sein Antrag auf Umbau rechtskräftig von der zuständigen Behörde abgewiesen ist, darf er seinen Betrieb (wieder oder weiterhin) als Raucherlokal führen. Dies ergibt sich zweifelsfrei aus dem Gesetzestext, zusätzlich steht auch in den erläuternden Bemerkungen, dass im Falle eines Strafverfahrens

die Beweislast beim belangten Gastronom ist, nachzuweisen, dass ein rechtskräftiger Bescheid vorliegt. In der Praxis wird nachweisliches Interesse an einem Umbau als ausreichend betrachtet.

Abgesehen von der ausgefallen anmutenden Vorgehensweise, die Gastronomie-Betreibende hier umsetzen müssen, ist trotz allem dem Missbrauch kein Riegel vorgeschoben:

Nur weil Bau- oder Feuerpolizei oder das Bundesdenkmalamt einen Umbau rechtskräftig versagen, bedeutet dies ja keineswegs, dass ein Umbau, der anders geplant, gedacht, durchgeführt oder sonst wie verschieden ist, nicht sehr wohl hätte bewilligt und durchgeführt hätte werden können.

Wie schon angedeutet, sind jedoch Gastgewerbe von der Anwendung der §§ 13a, 13b, 13c sowie 14 Abs 4 und 5 bis 1. Juli 2010 ausgenommen (§ 18 Abs 6 Tabakgesetz), wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

Es steht nur ein Raum zum Verabreichen von Speisen und Getränken zur Verfügung, dieser ist mindestens 50m² groß und die beabsichtigten baulichen Maßnahmen zur Schaffung eines eigenen Raucherraums, einschließlich der allfällig erforderlichen Klärung von rechtlichen Vorfragen, sind unverzüglich nach Ablauf des Tages, an dem dieses Bundesgesetz in der Fassung BGBl. I Nr. 120/2008 kundgemacht worden ist (also der 12. August 2008), in die Wege geleitet worden. Die erläuternden Bemerkungen geben nicht an, was mit unverzüglich gemeint ist, anders als im Fall der Ablehnung per Bescheid wird daher auch keine Beweislast verteilt. Eine entsprechende Vorbereitungs- und Planungsphase muss aus Sachlichkeitsgründen wohl umfasst sein. Eine Nachfrage bei einer Bekannten, welche bei einer Bezirksverwaltungsbehörde tätig ist, ergab, dass die Praxis „unverzüglich“ durchaus im Sinne der Gewerbetreibenden weit auslegt.

§ 13 Abs 5 verbietet, dass werdende Mütter in Räumen, in denen sie der Einwirkung von Tabakrauch ausgesetzt sind, arbeiten. Mit diesem Zeitpunkt gilt gemäß § 120 Abs 1 ASVG der Versicherungsfall der Mutterschaft eingetreten, siehe dazu weiter unten.

Erst im Zuge der Novelle im BGBl I 167/2004 hinzugefügt wurde § 13a. Mit der Novelle 2008 wurde er zum § 13b und etwas geändert:

Die Rauchverbote der §§ 12 und 13 sind durch entsprechende Rauchverbotsschilder zu kennzeichnen, die auch in der Form einschlägiger Piktogramme²¹⁶ odgl ausgestaltet werden dürfen.

Diese Hinweise sind in ausreichender Zahl und Größe anzubringen, so dass sie überall im Raum oder der Einrichtung klar ersichtlich sind. Die Bestimmung scheint etwas überschießend formuliert zu sein, da das Ziel wohl nur sein sollte, dass jedem bei Betreten der jeweiligen Räumlichkeit klar werden soll, hier besteht ein Rauchverbot ohne dass überall Rauchverbotsschilder hängen. In Abs 4 wird sinngemäß dasselbe für die Gastronomie festgelegt, mit der Ergänzung dass im Raucherbereich „*Rauchen gefährdet Ihre Gesundheit und die Gesundheit Ihrer Mitmenschen*“ ausgehängt werden muss²¹⁷.

Ebenso aus dem Jahr 2008 stammt § 13c. Ihm zufolge treffen Inhaber von den bisher dargestellten Räumlichkeiten (§§ 12, 13 und 13a Abs 1) bestimmte Obliegenheiten, nämlich Sorge zu tragen, dass die Bestimmungen der §§ 12 bis 13b inklusive der darauf basierenden Verordnungen eingehalten werden. Abs 2 geht näher auf einzelne der Obliegenheiten ein, primär das Unterbinden des Rauchens wo es verboten ist, auch auf die Schutzbestimmungen zugunsten von werdenden Müttern und Jugendlichen und die Ausschilderungspflicht wird hingewiesen.

Strafbestimmungen

Wie bis zur Novelle 2008 das Tabakgesetz als das klassische Paradebeispiel zeigte, sind Vorschriften, bei denen der Durchsetzung keine Mittel in die Hand gegeben werden, im besten Falle zahnlos. Vorbei sind nun die Zeiten, als das Tabakgesetz das beste Beispiel war, um *lex imperfecta* zu erklären. Der neue § 14 stellt geradezu alles unter Strafe, immer unter dem Vorbehalt, dass es sich nicht um eine gerichtlich oder sonstig mit schwereren Strafen zu ahndende Verfehlung handelt.

Das Inverkehrbringen von verbotenen Tabakerzeugnissen (dies beinhaltet auch das Inverkehrbringen unter dem Mindestpreis), Einfuhr oder Besitz entgegen § 7a, ein Verstoß gegen eine Meldepflicht des § 8 oder verbotene Werbung ziehen

²¹⁶ zB  Bildquelle: Im MS- Office- Lieferumfang enthaltene Schriftart Webdings

²¹⁷ Per Ende Jänner 2009 habe ich – trotz Strafbestimmung – solch einen Aushang noch nie gesehen.

Geldstrafen bis 7 260 €, im Wiederholungsfall bis 14 530 €, nach sich. Darüber hinaus droht die Strafe des Verfalls (Abs 2), und bei wem rechtskräftig festgestellt wird, dass die Vorschriften der §§ 3 bis 7 oder der auf ihrer Grundlage erlassenen Verordnungen nicht eingehalten wurden, muss auch noch die Kosten der im betreffenden Fall durchgeführten Überwachungs- und Untersuchungsmaßnahmen tragen (Abs 3), eine Anwendung des „user pays- principle“.

Wer als Inhaber seine Obliegenheiten nicht erfüllt, und damit sind alle Verbote der §§ 12 bis 13b erfasst, muss mit einer Verwaltungsstrafe bis 2 000 € rechnen, bis zu 10 000 € bei wiederholten Verstößen (Abs 4).

Und wer raucht, obwohl ein Rauchverbot besteht, wird von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe bis zu 100 €, beim wiederholten Verstoß bis zum 10fachen, belegt.

Vor der Novelle war das Feld der Strafbestimmungen eher dünn besät:

Es gab eine Verwaltungsstrafe für diejenigen, welche die Kennzeichnungspflichten nach verletzten, die Höhe betrug bis zu 720 €. Normadressaten waren Gebäudeerhalter, Universitätsträger, Verkehrsunternehmer usw. Diese Regelung trat mit 1. Jänner 2007 in Kraft und hielt daher nur 2 Jahre ohne besonders Furore zu machen. Darüber hinaus war, wie es auch jetzt ist, das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, der Verstoß gegen eine Meldepflicht und das Betreiben von verbotener Werbung oder Sponsoring, eine Verwaltungsübertretung, die mit bis zu 7 260 € Geldstrafe, im Wiederholungsfall 14 530 €,geahndet werden konnte.

Das Rauchen ohne Rauchverbot war, wie schon dargestellt, sanktionsfrei verboten.

Entscheidungen

Verwaltungsgerichtshof

Das Rauchverbot durchzusetzen war rechtlich nur selten möglich. Umso interessanter sind andere Wirkungen, die die Nichteinhaltung eines Rauchverbotes mit sich bringt. Weiter unten wird beispielsweise dargelegt, dass die Nichteinhaltung des Rauchverbotes am Arbeitsplatz ein Austrittsgrund sein kann. Im VwGH Erk

96/08/0256 vom 21. 9. 1999 hat der VwGH über eine vergleichbar gelagerte „Nebenwirkung“ erkannt:

Ein Bezieher von Notstandshilfe lehnte den Besuch einer Fortbildungsmaßnahme des Arbeitsmarktservices ab, mit dem Hinweis durch die Nichteinhaltung des Rauchverbotes sei er in seiner Gesundheit gefährdet. Da er nicht an der Maßnahme teilnahm, wurde ihm die Notstandshilfe vorübergehend entzogen, wogegen er Beschwerde einlegte. Nach ärztlichem Gutachten litt der Mann an Asthma bronchiale und mehreren Allergien.

Der VwGH sprach aus, dass die Gesundheitsgefährdung, die dem Beschwerdeführer durch den Zigarettenrauch im Zusammenwirkungen mit seinen Krankheiten drohte, ein Grund sei, den Besuch des Kurses zu verweigern und er diesfalls die Beihilfe weiterhin beziehen könnte. Im konkreten Fall wurde allerdings gegen den Beschwerdeführer entschieden, da er sich nur mit dem Hinweis, dass bei einem früheren derartigen Kurs das Rauchverbot missachtet worden sei, geweigert hatte, an der Maßnahme teilzunehmen. Es war also keineswegs sicher, vielleicht nicht einmal wahrscheinlich, dass tatsächlich seine Gesundheit durch ein Ignorieren des Rauchverbotes beeinträchtigt hätte werden können.

In einem weiteren Erkenntnis vom 17.12. 2002, G 2000/11/0268 setzte sich der VwGH mit dem Werbungs- und Plakatbegriff des Tabakgesetzes auseinander.

Ein Unternehmer, der am Salzburger Flughafen eine von hinten beleuchtete Glastafel mit einer Werbebotschaft für die Zigarettenmarke „Milde Sorte Classic Light“²¹⁸ ohne Hinweis auf die Gesundheitsschädlichkeit aufgestellt hatte, bekämpfte im Instanzenzug seine Strafe. Gemäß § 11 Abs 2 iVm § 14 Abs 1 Tabakgesetz BGBl Nr 431/1995 waren 5 000 ATS²¹⁹ Geldstrafe (und eine Ersatzfreiheitsstrafe) ausgesprochen worden, der Rahmen der Geldstrafe hätte bis zu 100 000 ATS²²⁰ ermöglicht.

Der Beschwerdeführer brachte vor, es läge weder ein Plakat noch Werbung in Druckwerken vor. Beide seien im Gesetz nicht definiert gewesen, die Aufzählung sei taxativ und zur Begriffsbestimmung sei das Mediengesetz heranzuziehen. Das Mediengesetz umfasse aber derartige beleuchtete Glastafeln nicht, der

²¹⁸ Aufgrund der aktuellen Rechtslage, die besagt, dass der Name der Zigarette ihre Gesundheitsgefahren nicht herabspielen darf, heißt diese Marke jetzt „Meine Sorte“, wie schon einmal erwähnt und auch die Bezeichnung „light“ wurde durch „white“ ersetzt (eigene Beobachtung).

²¹⁹ ~363,36 €.

²²⁰ ~7267,28 €.

Straftatbestand, nach dem er bestraft worden war, sei im Wege der Analogie unzulässigerweise erweitert worden; eine Absicht des Gesetzgebers, auch diese Form der Werbung zu umfassen sei aus dem Gesetz nicht abzulesen.

Der VwGH folgte den Ausführungen des Beschwerdeführers nicht und verstand Werbung iSd TabakG umfassend als jede Form von Bewerbung für Tabakwaren mittels Schrift oder unbewegten Bildern. Beleuchtete Glasflächen sind damit vom Gesetz umfasst. Gegen die reduzierende Auffassung des Beschwerdeführers sprechen weiters die erläuternden Bemerkungen, in denen wiederholt von der gesundheitspolitischen Zielsetzung, über eine umfassende Regulierung der Werbung vor allem das Rekrutieren von jungen Rauchenden auszuschalten, die Rede ist.

Das Material der Werbebotschaft kann kein Kriterium sein, eine Umgehung des Gesetzes wäre in diesem Fall sonst jedem Unternehmen ein leichtes, der VwGH entschied demzufolge gegen den Beschwerdeführer.

Verfassungsgerichtshof

Im Erkenntnis vom 15. Dezember 2003, G 223/03 wies der VfGH einen Antrag auf Verfahrenshilfe mit der Begründung der Aussichtslosigkeit ab. Der Antragsteller hatte einen Individualantrag gegen das damalige Tabakgesetz, BGBL I Nr 74/2003 eingebracht, da *"durch die erzwungene Angstmache auf den Verpackungen der Tabakerzeugnisse"* sein *"Anspruch auf ein möglichst angstfreies Leben verwehrt"*, werde ohne ihn *"vor der bezeichneten Gefahr zu schützen"*. Der Antragsteller bezeichnete sich selbst als Nichtraucher. Sein Antrag richtete sich vor allem gegen die mit der (damals zuletzt ergangenen) Novelle eingeführten Warnhinweise wie „Rauchen kann zu einem langsamen und schmerzhaften Tod führen“, „Rauch enthält Benzol, Nitrosamine, Formaldehyd und Blausäure“ (§ 5 Abs 2 TabakG) usw.

Der VfGH sah keine rechtlich geschützten Interessen des Antragstellers, das Recht auf ein angstfreies Leben wird im Gesetz nicht derartig geschützt. Obwohl an den Antrag auf Verfahrenshilfe geringe Anforderungen zu stellen sind bezüglich der Erfolgswahrscheinlichkeit, entschied der VfGH gegen den Antragsteller.

Am 1. Februar 2004 stellte der Antragsteller den selben Antrag, mit dem Hinweis, dass er nun Raucher sei und der Ablehnungsgrund deswegen wohl nicht mehr

vorhanden sei. Im Erkenntnis vom 18. 03. 2004, G 23/04 wies der VfGH den neuen Antrag auf Verfahrenshilfe wiederum mit der Begründung der Aussichtslosigkeit ab.

3.2.2. Mindestpreisregelungsverordnung

Nach einer kurzen Vorlaufzeit und dementsprechend kurzen Diskussion²²¹ wurde Ende April 2006 im BGBl II 171/2006 die Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen über die Festsetzung des Mindestkleinverkaufspreises für Tabakerzeugnisse zur Sicherstellung eines Mindestpreisniveaus erlassen, deren VO-Ermächtigung 4 Wochen zuvor in den § 2 des Tabakgesetzes eingefügt worden war. So wie das Tabakgesetz hat auch die MindestpreisVO in ihrem § 1 Begriffsbestimmungen, es wird der Mindestkleinverkaufspreis definiert, dies ist jener, unter dem Tabakerzeugnisse nicht an Verbraucher/innen²²² abgegeben werden dürfen.

Da die ganze VO nur 4 Paragraphen enthält, folgt in § 2 schon die Hauptbestimmung, der Mindestkleinverkaufspreis beträgt bei Zigaretten pro Stück mindestens 92,75 % des gewichteten Durchschnittspreises aller verkauften Zigaretten des abgelaufenen Kalenderjahres. Abs 2 beinhaltet eine gleichartige Regelung für Feinschnitt, hier sind es 90 % bezogen auf den Preis pro Gramm. Andere Tabakwaren sind nicht betroffen. Ebenso wenig wird ein betragsmäßiger Preis einseitig oder gar willkürlich festgesetzt, wie oft in Medienberichten nahe gelegt wurde.

§ 3 regelt die Ermittlung dieser Preise näher. Es werden die Mitteilungen, die aufgrund des § 11 Tabakmonopolgesetzes an das Bundesministerium für Finanzen hinsichtlich Produkte und Preise erstattet werden müssen, herangezogen. Der festgelegte Preis ist im Amtsblatt zur Wiener Zeitung kundzutun und gilt ab dem folgenden Monatsersten. Abs 2 legt fest, dass die Preise die unter dem Niveau sind, neu festgelegt werden müssen.

Der letzte Paragraph beinhaltet nur den Zeitpunkt des Inkrafttretens, welcher der 15. Mai 2006 war.

²²¹ „postwendend“ lt *Klingenbrunner*, Mindestverkaufspreis in *Strejcek (Hg)*, Rauchen im Recht, 191.

²²² Die Konsumentinnen und Konsumenten werden geschlechtsneutral angesprochen, die Minister und Ministerinnen, obwohl die VO nur wenige Monate vor einer Nationalratswahl erlassen wurde, hingegen nicht.

Der Zeitpunkt des Erlasses der Bestimmung ist geschickt gewählt, die zu Beginn des Jahres 2006 auf den Markt drängenden Billigzigarettenmarken werden in der Preiserhebung kaum berücksichtigt. Dies führt zu einer Anhebung des durchschnittlichen Zigarettenpreises, da die Billigmarken teurer werden müssen, was in weiterer Folge mit sich bringt, dass der Zigarettenpreis de facto nicht mehr sinken kann, sondern sich, inflations- und ev steuerbedingt nur noch nach oben, dies vielleicht sogar sprunghaft, zB bei erfolgreicher Markteinführung von teuren „Edelmarken“, entwickeln kann.

Die europarechtlichen Implikationen werden am Ende dieses Kapitels, die grundrechtlichen im 4. besprochen.

3.2.3. Tabaksteuergesetz²²³

*Das einzige, was man ohne Geld machen kann, sind Schulden.
(Heinz Schenk)*

Das Zitat soll kein Fingerzeig auf deficit spendings sein, gegenteilig ist es eine Bestätigung, dass die Steuer- und Geldpolitik eine, oftmals sehr effektive Maßnahme sein kann, das Verhalten der Rechtsunterworfenen zu steuern. Diesem Zweck dient auch das Tabaksteuergesetz BGBl Nr 704/1994 idF BGBl I Nr 122/2008.

Die Tabaksteuer ist eine Verbrauchssteuer, die auf alle im Steuergebiet²²⁴ hergestellten oder eingebrachten Tabakwaren, das sind Zigaretten, Zigarren, Zigarillos, Feinschnitt und sonstiger Rauchtobak (§ 2 TabaksteuerG) erhoben wird. Die Definition des Steuergegenstandes erfolgt in § 3 noch präziser und mittels fertigungstechnischer Begriffe.

Der Steuersatz für Zigaretten beträgt 43 % des Kleinverkaufspreises und 26,69 € je 1 000 Stück (§ 4 Abs 1 zif 1 TabaksteuerG)²²⁵. Die Basis, von der diese Anteile

²²³ BGBl 704/1994 idF BGBl I 47/2006.

²²⁴ Bundesgebiet ohne Jungholz und Mittelberg (§ 1 Abs 2 TabaksteuerG).

²²⁵ Vor der Novelle 2007 (BGBl I 105/2007) war statt der 26,69€ ein auf zwei Kommastellen aufgerundeter Betrag je 1000 Stück in Höhe von 15,7 % des Kleinverkaufspreises der Zigaretten der meistverkauften Preisklasse zu entrichten. Der Bericht und Antrag des Finanzausschusses hält dazu fest: „Dadurch soll die aus einer Änderung der meistverkauften Preisklasse resultierende automatische Erhöhung der Tabaksteuerbelastung aller Zigaretten verhindert werden.“

berechnet werden, ist besagter Kleinverkaufspreis, andere Abgaben denen Tabakwaren unterliegen, wie beispielsweise die Umsatzsteuer, sind Teil der Berechnungsbasis (§ 5 Abs 1 TabaksteuerG).

Von der Höhe der Abgaben her verhältnismäßig privilegiert sind Zigarren und Zigarillos. Für diese gilt 13 % des Kleinverkaufspreises, mindestens aber 32,7 € je 1 000 Stück (§ 4 Abs 1 zif 2).

Feinschnitt wird mit 47 % besteuert, für anderen Rauchtobak gilt 34 % (§ 4 Abs 1 zif 3 und zif 4).

Dies lässt den Schluss zu, dass Kautobak, so gering seine Verbreitung auch sein mag, gegenwärtig von der Tabaksteuer nicht erfasst ist.

Um bei bestimmten Konstellationen zu verhindern, dass einzelne Produkte besonders preisgünstig werden, besteht in Abs 6 des § 4 eine Auffangregelung:

Liegt die Tabaksteuerbelastung je 1 000 Stück Zigaretten einer Preisklasse unter 90 % der gesamten Tabaksteuerbelastung der Zigaretten der meistverkauften Preisklasse oder unter 83 € je 1 000 Stück Zigaretten, so beträgt die Tabaksteuer für diese Preisklasse 90 % der gesamten Tabaksteuerbelastung der Zigaretten der meistverkauften Preisklasse, mindestens jedoch 83 € je 1 000 Stück.

In § 6 werden bestimmte Tabakprodukte von der Steuer ausgenommen:

Unter anderem sind nicht der Steuer unterworfen Tabakprodukte, die unter amtlicher Aufsicht vernichtet werden, solche, die für wissenschaftliche Untersuchungen dienen und jene, die vom Hersteller unentgeltlich an die Dienstnehmenden als Deputate abgegeben werden. Deputat bedeutet im allgemeinen Sprachgebrauch das jemand Zustehende im Zusammenhang mit seiner Produktionsleistung, also Naturalleistungen wie zB Kohle für Bergarbeiter im Kohleabbau, Haustrunk für Brauermitarbeiter oder Freifahrt für die Angestellten der Wiener Linien²²⁶, die Verwendung dieses Begriffs legt nahe, dass es sich nur um „Haushaltsmengen“ zum eigenen Gebrauch handeln kann, die nicht weiterverkauft werden.

Die Höhe des mengenabhängigen Steuerelements soll jener des Jahres 2007 entsprechen. Die mit dieser Maßnahme verbundene Sistierung automatischer Tabaksteuererhöhungen soll vorerst für zwei Jahre aufrecht bleiben. Abhängig von den Ergebnissen einer laufenden Evaluierung soll über eine allfällige Verlängerung der Maßnahme auf insgesamt drei Jahre entschieden werden. Der sich ergebende Entfall von Mehreinnahmen an Tabaksteuer soll insgesamt 22 Millionen € nicht übersteigen.“ (Nr. 392 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXIII. GP).

²²⁶ Vgl zB www.wikipedia.de/deputat.

Diese Packungen haben mit dem Hinweis „Abgabe gegen Entgelt verboten“ versehen zu werden (§ 11 Abs 3).

Steuerschuldner ist, je nach Sachverhalt der Inhaber des Steuerlagers, der Inhaber des Herstellungsbetriebes, der Zollschuldner oder Inhaber des Betriebes, in dem die Tabakwaren bestimmungswidrig verwendet, aus dem die Tabakwaren weggebracht wurden oder in dem die Fehlmengen festgestellt wurden oder derjenige, der die steuerfrei bezogenen Tabakwaren zu einem nicht begünstigten Zweck abgibt oder verwendet (§ 10).

Die Verpackungen von Zigaretten unterliegen mannigfaltigen Bestimmungen, mit § 11 des Tabaksteuergesetzes kommt eine weitere dazu. Die Tabakwaren, die zur Abgabe an Verbraucher im Steuergebiet bestimmt sind, müssen geschlossen verpackt sein und mit der Aufschrift „Zum Verkauf in Österreich bestimmt“ versehen sein.

In einer Packung darf nur eine Sorte von Tabakware sein (§ 11 Abs 1 letzter Satz), diese Bestimmung, die auch aus gesundheitlichen Überlegungen²²⁷ erlassen werden hätte können, fußt also zunächst auf rein steuerlichen Gründen.

Laut § 30 ist der Versandhandel von Tabakwaren unzulässig, gemeinsam mit § 11 Abs 6 TabakG, der den Versand zu Werbezwecken verbietet, besteht damit ein umfassendes Verbot, Tabakwaren zuzuschicken, nur wenig häufig auftretenden Varianten wie das Zuschicken als Geschenk odgl sind gestattet. Versand zu kommerziellen Zwecken ist damit aber jedenfalls verboten.

Der Rest des Tabaksteuergesetzes ist im Hinblick auf das vorrangige Thema dieser Arbeit von geringerer Relevanz, anders hingegen §§ 29 und 29a, da mit diesen sichergestellt wird, dass die von den im Staatsgebiet Lebenden konsumierten Tabakwaren nahezu vollständig solche sind, die im Einvernehmen mit den österreichischen Regelungen hergestellt wurden.

²²⁷ ZB um zu verhindern, dass Probezigaretten einer anderen Marke, die größere Gesundheitsrisiken etwa aufgrund Teergehalt oder Suchtgefahr mit sich bringt, auf effektive Weise an potentiell Interessierte, weil schon Raucher, abgegeben wird.

Steuerfreiheit besteht bei Erwerb durch eine natürliche Person in der EU und bei Einfuhr zum privaten Gebrauch. Bei der Beurteilung, ob es sich um privaten Gebrauch handelt oder nicht, sind unter anderem die folgenden Gesichtspunkte gemäß § 29 Abs 2 TabaksteuerG zu berücksichtigen:

1. handelsrechtliche Stellung und Gründe des Inhabers für die Gewahrsame an den Tabakwaren;
2. der Ort, an dem sich die Tabakwaren befinden, oder die Art der Beförderung;
3. Unterlagen über die Tabakwaren;
4. die Menge und Beschaffenheit der Tabakwaren.

Ist der Gebrauch nicht privat, entsteht die Steuerschuld mit der Verbringung ins Steuergebiet (§ 29 Abs 3).

In der Praxis kann es unter Umständen wohl schwierig sein, sachlich und fair zu argumentieren, wann und wieso bestimmte Mengen und Marken nun doch nicht mehr zum privaten Zweck zu sein scheinen, doch wird dies durch § 29a erleichtert:

Für die Einreise aus den neuen EU- Ländern, die im Rahmen der so genannten Osterweiterung am 1. Mai 2004 zur Union gekommen sind (mit Ausnahme von Zypern und Malta) gilt eine Obergrenze von 200 Stück Zigaretten im privaten Reisegepäck. Aus der tschechischen Republik dürfen stattdessen auch 50 Zigarren, 100 Zigarillos oder 250 Gramm Rauchtabak oder eine anteilige Zusammenstellung eingeführt werden, aus Estland 250 Gramm Rauchtabak. Aus den anderen Ländern dürfen nur Zigaretten eingeführt werden.

Abs 2 macht aber eine weitere Einschränkung für Reisende, die ihren normalen Wohnsitz im Steuergebiet haben. Diese dürfen nur 25 Zigaretten, 5 Zigarren, 10 Stück Zigarillos oder 25 Gramm Rauchtabak oder eine anteilige Mischung dieser Produkte aus der tschechischen Republik, und nur 25 Zigaretten aus den anderen der oben angeführten Ländern, die an österreichisches Staatsgebiet angrenzen²²⁸, einführen bei Überquerung einer Landgrenze oder Einreise via Binnengewässern.

Diese Regelungen sind, je nach Staat unterschiedlichen Übergangsbestimmungen unterworfen, die in § 44f geregelt sind und zur Bedingung haben, dass diese Staaten globale Verbrauchsteuern gemäß Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 92/79/EWG, in der Fassung der Richtlinie 2002/10/EG des Rates vom 12. Februar 2002 (ABl. EG Nr. L 46, S 26) für die jeweiligen Produktkategorien einführen. Dies führt zu der etwas

²²⁸ SL, HU, SLO.

ausgefallenen Situation, dass österreichische Rechtsanwender beurteilen müssen, ob zB ein litauisches Gesetz im Einklang mit den dortigen materiellen Verfassungsbestimmungen in Kraft getreten ist, was nicht zuletzt aufgrund der Sprachhürde herausfordern sein kann. Nichtsdestotrotz, der Zeitpunkt des Außerkrafttretens ist eindeutig formuliert und, wenn auch aufwändig, zweifelsohne feststellbar, ein Konflikt mit dem Legalitätsprinzip vermag darin nicht erblickt werden.

Im abgabenrechtlichen Zusammenhang ist es angebracht, den § 447a ASVG²²⁹ zu erwähnen, wo festgelegt wird, dass der Ausgleichsfond der Sozialversicherungsträger auch durch die Tabaksteuer finanziert wird. Der Bundesminister für Finanzen überweist für die Jahre 2008 bis 2013 aus Mitteln der Tabaksteuer einen Betrag von 12 423 759,09 € jeweils im September des Jahres an den Ausgleichsfonds. (§ 447a Abs 10 ASVG).

3.2.4. Verbrauchssteuerbefreiungsverordnung²³⁰

*Die Disziplin der Marktwirtschaft gründet sich auf knappes Geld, funktionsfähigen Wettbewerb, rechtsstaatliche Regeln, verlässliche Behörden und Gerichte.
Vereinfacht gesagt: Milton Friedman + Kartellamt + Konkursrecht.
(Gerhard Karl Fels)*

Wo das Tabaksteuergesetz hinsichtlich des Imports von Rauchwaren aufhört, setzt die Verbrauchssteuerverordnung BGBl II Nr 3/1995, idF BGBl II Nr 405/2008 an. In Hinsicht auf das hier interessierende Gebiet ist die Grundlage zur Verordnungserlassung § 6 Abs 3 des Tabaksteuergesetzes.

Dezidiert mit dem Begriff der Tabakwaren operiert nur § 3a.

Vor der Novelle 2008 bestimmte § 3a, dass im persönlichen Gepäck von Reisenden, die im Anwendungsgebiet²³¹ wohnen, aus Staaten, die weder EU noch EFTA Mitglied sind, maximal 25 Zigaretten oder 5 Zigarren etc eingeführt werden dürfen.

²²⁹ BGBl 189/1955 idF BGBl I 120/2008.

²³⁰ BGBl 3/1995 idF BGBl II 405/2008.

²³¹ Das Anwendungsgebiet ist das Steuergebiet der Verbrauchssteuern, also Österreich ohne Jungholz und Mittelberg.

Hier war von Landgrenzen die Rede, Österreich grenzt mittlerweile aber ausschließlich an EU- und EFTA²³²- Staaten, weswegen diese Bestimmung geändert wurde. Sie besagt nun, bei der Einfuhr von Tabakwaren in den Fällen des § 6 Abs. 5 lit b des Umsatzsteuergesetzes (Vermittlung von Umsätzen, die ausschließlich im Drittlandsgebiet bewirkt werden; diese ist steuerfrei) ist die Tabaksteuer abweichend von § 14 der Zollrechts-Durchführungsverordnung 2004, BGBl II 184/2004, buchmäßig zu erfassen.

3.2.5. Tabakmonopolgesetz²³³

*Der Genuß von Tabak ist in Jahrhunderten
zu einer vielgeliebten und
aus unserem Leben nicht mehr wegzudenkenden
kulturellen Tradition geworden.
AUSTRIA TABAK, als Bewahrer dieser Tradition,
empfindet es als ehrenvolle Aufgabe,
ein echter Kulturförderer zu sein.
(Nicht als Werbung markierter Aufdruck
auf einer Schallplatte aus dem Jahr 1984 mit einer Aufnahme
einer Aufführung der Wiener Staatsoper aus dem Jahr 1933)*

Da es schon mindestens 2 approbierte Dissertationen zu Rechtsfragen des (ehemaligen) Tabakmonopols in Österreich gibt, wird dieses Thema in dieser Dissertation nur kurz gestreift.

Das Tabakmonopol wurde, wie so vieles Langlebige auf dem Gebiet des heutigen Österreichs, von Kaiser Joseph II. als Vollmonopol gegründet. Seit 1939 nimmt die Austria Tabakwerke AG die wirtschaftlichen Angelegenheiten des Monopols war. 1949 wurde das Tabakmonopolgesetz erlassen und 1968 revidiert. 1996 wurde mittels des neuen Tabakmonopolgesetzes die Monopolverwaltung GesmbH mit dem Kleinhandel beauftragt.

²³² "Iceland, Liechtenstein, Norway and Switzerland are members of EFTA. The EFTA Convention established a free trade area among its Member States in 1960." www.efta.int, (04.04.2005).

²³³ BGBl 830/1995 idF BGBl I 105/2007.

Die Aufgabe der Austria Tabak AG war, ua die gewerbliche Einfuhr, Herstellung und den Großhandel zu regeln. Der Unternehmenszweck war durch den Hauptversammlungsbeschluss vom 20.08.2001 in § 2 des Tabakmonopolgesetzes geregelt, er umfasste ua die Verarbeitung von Tabak, den Handel mit Waren aller Art, insbesondere Tabakwaren, den Betrieb von Laboratorien, die Durchführung öffentlicher Veranstaltungen aller Art und die Vornahme aller Geschäfte, die diesen Zwecken zu dienen geeignet sind.

Die Monopolverwaltungs- GesmbH ist insbesondere befugt, die Kleinverkaufspreise in der Wiener Zeitung zu veröffentlichen (an die sich wieder Rechtswirkungen knüpfen wie in Kapitel 3.2.2. beschrieben), die zur Nahversorgung erforderliche Zahl an Tabaktrafikanten zu bestellen, eine Besetzungskommission pro Bundesland zu bilden, die Bestellungenverträge der bestellten Trafikanten zu kündigen oder stattdessen Geldbußen zu verhängen udgl.

Die hoheitlichen Akte waren und sind dem Bundesministerium für Finanzen vorbehalten, wie beispielsweise die Bewilligung der Einfuhr und zum Großhandel, bestimmte Verstöße durch die Zollbehörden oder die Abgabenbehörden verfolgen lassen, Preisklassen kundzutun und Finanzstrafverfahren durchzuführen²³⁴.

Die Austria Tabak AG wurde 1997 über die Börse teilprivatisiert und Mitte 2001 an die Gallaher Group Plc mit Sitz im Vereinigten Königreich, den weltweit 5. größten Tabakkonzern verkauft. Sie wird jetzt in Form einer GesmbH & Co KG geführt.

3.2.6. Strafvollzugsgesetz²³⁵ und Anhalteordnung²³⁶

Rauchen ist für viele eine Lebensrealität, eine selbstverständliche Alltagsbeschäftigung. Normalerweise regelt der Gesetzgeber das Leben des Einzelnen nicht bis in derartige Details, in gewissen Konstellationen kann dies aber schon der Fall sein. Beispiel ist der Fall des Verbüßens einer Gefängnisstrafe, wo

²³⁴ Obige Absätze sind eine Zusammenfassung der respektiven Kapitel von *Schostal*, Rechtsfragen des Tabakmonopols. Siehe zur Thematik auch *Strejcek*, Tabakmonopolrecht – Stand und Entwicklung, in *Strejcek (Hg)*, Rauchen im Recht, 63ff und *Schostal/Strejcek*, Ausgewählte Fragen des Tabakmonopolrechts, in *Strejcek (Hg)*, Rauchen im Recht, 199ff.

²³⁵ BGBl 144/1969 idF BGBl I 109/2007.

²³⁶ Verordnung des Bundesministers für Inneres über die Anhaltung von Menschen durch die Sicherheitsexekutive, BGBl II 128/1999 idF 439/2005. VO Ermächtigungen in FremdenG, SPG, VStG und WaffGebG.

der oder die Strafgefängene 24 Stunden pro Tag, 7 Tage die Woche Aufsicht, Kontrolle und Normen unterworfen ist, bis in die kleinsten Alltäglichkeiten hinein.

Die Anerkennung der Einbindung des Tabakkonsums in die Lebenswirklichkeit auch von Strafgefangenen ist sozusagen ein Zugeständnis des Gesetzgebers, dass Rauchen im Grunde eine ganz normale Beschäftigung ist, die nicht einmal einer Person verwehrt bleiben darf, deren gegenwärtiger Lebensinhalt vorrangig durch die eigene Bestrafung bestimmt wird.

Bei der Unterbringung ist darauf zu achten, dass Raucher und Nichtraucher nicht gemeinsam in einem Haftraum untergebracht werden, es sei denn es besteht keine andere Möglichkeit oder die Nichtraucher stimmen ausdrücklich zu. Die Hafträume sind gut zu lüften, das Gesetz ordnet auch an, dass sie in der kalten Jahreszeit entsprechend zu heizen sind (§ 40 Abs 1 Strafvollzugsgesetz).

§ 91 Abs 2 Strafvollzugsgesetz legt fest, dass Strafgefangene vierteljährlich Pakete mit Nahrungs- und Genussmitteln erhalten dürfen. Diese dürfen keine größere Masse als 3kg aufweisen, können jedoch Tabakwaren bis zu 250g beinhalten. Wer Tabakwaren erhalten darf, darf, konsequenterweise, diese auch konsumieren.

Das Strafvollzugsgesetz betrifft nur jene, denen im Rahmen des strafgerichtlichen Verfahrens das Recht auf Freiheit entzogen wurde, für Anhaltungen im Rahmen von Verwaltungsverfahren besteht die Anhalteordnung, kurz AnhO.

Auch diese normiert, dass Wünsche der Angehaltenen nach einer Nichtraucherzelle nach Möglichkeit zu berücksichtigen sind (§ 4 Abs 3 AnhO). § 9 Abs 1 erlaubt den Häftlingen, Tabakwaren in geringen Mengen in der Zelle aufzubewahren. Andere Dinge, die noch mit in die Zelle dürfen sind nur Kleidungsstücke, Sanitärartikel und Lebensmittel; Bücher odgl werden in § 15 gestattet. Zigaretten sind demzufolge²³⁷ die einzigen Effekten²³⁸, die ohne essentiell im weiteren Sinne zu sein, in die Zelle mitgenommen werden dürfen.

§ 14 gestattet das Rauchen definitiv, es ist überall gestattet, außer in den Räumen mit ausdrücklichem Rauchverbot. Eine Beeinträchtigung von Nichtrauchern jedoch ist dabei auszuschließen. Verboten ist es weiters über ärztliche Anordnung bei einem

²³⁷ Inwiefern die Praxis großzügiger ist, wurde nicht überprüft.

²³⁸ § 6 Abs 1 AnhalteO, § 9 Abs 1 und 2 AnhalteO.

Hungerstreik, bei Liegen auf Betten²³⁹, in Gemeinschaftsnachtzellen und sonst während der Nachtruhe.

3.2.7. ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG)²⁴⁰ und Exkurs ins Arbeitsrecht

Gerade in der Arbeitswelt ist ein weiterer Bereich gegeben, in dem der Einfluss des Gesetzes sich besonders weitreichend in den Alltag erstreckt.

Während das Strafvollzugsgesetz noch versucht einen Ausgleich zu finden, um weder Nicht- noch Raucher zu benachteiligen, geht es im ArbeitnehmerInnenschutzgesetz vorrangig um den Schutz jener, die nicht rauchen, vor den schädlichen Einwirkungen des Tabakkonsums der anderen. So schreibt die Krone am 16. Oktober 2007, mit Berufung auf die Statistik Austria, dass noch immer 25% der Arbeitnehmer unfreiwillig Tabakrauch am Arbeitsplatz einatmen müssen.

§ 30 ASchG ist, im Sinne des beinhalteten Programms, deskriptiv mit Nichtraucherschutz betitelt. Soweit nach der Art des Betriebes möglich, hat der Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass Nichtraucher vor den Einwirkungen des Tabakrauchs am Arbeitsplatz geschützt sind. Betriebe, in denen das nicht umfassend möglich sein wird, sind beispielsweise jene des Gastgewerbes²⁴¹. In so einem Fall hat der Arbeitgeber aber alle Maßnahmen zur Verringerung der Beeinträchtigung zu setzen²⁴².

Ist es aus betrieblichen Gründen notwendig, dass Raucher und Nichtraucher in einem Büroraum oder einem vergleichbaren Arbeitsraum gemeinsam tätig sind, so herrscht in diesem nach § 30 Abs 2 ASchG Rauchverbot. In Sanitäräumen und Umkleideräumen ist das Rauchen verboten (Abs 4), in Aufenthalts- und Bereitschaftsräumen hat durch geeignete Maßnahmen sichergestellt zu sein, dass Nichtraucher vor Tabakrauchwirkungen geschützt werden, was wohl nur durch getrennte Räume oder ein Rauchverbot zu erreichen ist.

²³⁹ Offensichtlich aufgrund der Brandgefahr.

²⁴⁰ BGBl 450/1994 idF BGBl I 159/2001.

²⁴¹ *Eichinger*, Nichtraucherschutz im Arbeitsleben, RdW 1992, 344. Zum Gastgewerbe siehe jedoch auch die „Vereinbarung“ weiter unten und die beiden letzten Tabakgesetznovellen im Kapitel zum Tabakgesetz.

²⁴² *Spenger*, Arbeitnehmerschutz, 46 und 48.

Der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin hat also diese Pflicht für die Gewährleistung der Gesundheit der Arbeitenden nicht nur aufgrund seiner Fürsorgepflicht, die eine der gegenseitigen Pflichten ist, welche aus dem Arbeitsvertrag resultieren, sondern auch direkt aus dem Gesetz. Die schuldhafte Verletzung dieser Verpflichtung begründet die Pflicht zum Schadenersatz²⁴³.

Wenn derartige Maßnahmen vom Arbeitgeber selbst nach Aufforderung nicht umgesetzt werden, begründet dies auch einen Austrittsgrund für den Arbeitnehmer²⁴⁴, weiters hat er ein Leistungsverweigerungsrecht bei weiterer Fortzahlung des Entgelts, uU neben dem erwähnten Austrittsrecht und Schadenersatzansprüchen.

Das Zuwiderhandeln gegen diese Vorschriften erzeugt nicht nur rechtliche Konsequenzen im Verhältnis Arbeitgeber – Arbeitnehmer, sondern ist auch Grund für eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 145 bis 7 260 €, im Wiederholungsfall von 290 bis 14 530 €²⁴⁵ (§ 130 Abs 1 zif 24).

Die Schutzvorschriften des ASchG sind öffentlich- rechtlicher Natur, aus ihnen erwächst dem einzelnen Arbeitnehmer kein subjektives öffentliches Recht, welches er durchsetzen kann, er kann also nicht mit rechtlichen Mitteln das Rauchverbot erkämpfen. Deswegen ist auch die Betrachtung der Fürsorgeverpflichtung des Arbeitgebers vonnöten.

Der Arbeitnehmer hat nach dem Arbeitsvertrag und der damit verbundenen Pflicht des Arbeitgebers das Recht auf einen Arbeitsplatz, der ihn keiner, im Vergleich zum Alltag erhöhten Gesundheitsbelastung aussetzt²⁴⁶. Dies ist zwar ein sehr allgemeiner Grundsatz, der fast immer in leicht abgewandelter Form bei der Gefahr gesundheitlicher Folgen angewendet werden kann, diese Allgemeinheit spricht aber keineswegs gegen eine Anwendung im gegebenen Zusammenhang. Der Arbeitgeber hat die Verpflichtung, seine Arbeitnehmer zu schützen, und falls dies eben notwendig ist, auch durch ein Rauchverbot. Daher ist eine Klage auf Herstellung des

²⁴³ *Spenger*, Arbeitnehmerschutz, 46.

²⁴⁴ *Spenger*, Arbeitnehmerschutz, 49, ähnlich *Resch*, Atemluft am Arbeitsplatz, *ecolex* 1998, 154.

²⁴⁵ Die Zahlen geben Grund zur Annahme dass ursprünglich der Schillingbetrag bei Wiederholung das Doppelte der erstmaligen Pönale war und nur anders gerundet wurde. Diese „gerundete Verdoppelung“ findet sich auch bei anderen Strafdrohungen.

²⁴⁶ *Eichinger*, Nichtraucherchutz im Arbeitsleben, *RdW* 1992, 344.

gesetzmäßigen Zustandes ebenso denkbar²⁴⁷, abgesehen von der weiter oben erwähnten Pflicht zum Schadenersatz..

Von einer Art Persönlichkeitsrecht odgl auf Entfaltung privater Rauchgewohnheiten am Arbeitsplatz spricht niemand, doch ist es im Hinblick auf den Respekt gegenüber der Privatsphäre angebracht, Rauchverbote nur im Fall ihrer Notwendigkeit auszusprechen. Beispielsweise in nur mit Rauchern besetzten Zimmern oder Räumen, die nur von einzelnen benutzt werden, ist ein Rauchverbot deswegen problematisch²⁴⁸.

Thomas Rauch verneint zwar explizit das sogenannte „Menschenrecht auf eine Rauchpause“, leitet dieses Menschenrecht jedoch nirgendwo ab und gibt auch keine Quellen an, wo dieses diskutiert wurde²⁴⁹.

Es ist in der Lehre strittig, ob die Aufstellung allgemeiner Rauchverbote der erzwingbaren Mitbestimmung (Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 1 ArbVG: Allgemeine Ordnungsvorschriften zur Regelung des Verhaltens der AN im Betrieb) oder bloß der fakultativen Mitwirkung (Betriebsvereinbarung gem § 97 Abs 1 Z 8 ArbVG: Maßnahmen ... zur Verhütung von Unfällen und ... zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden) unterliegt. *Julia Eichinger* votierte in ihrem Aufsatz 1992 für erzwingbare Mitbestimmung; die Anwendung des Spezialitätsprinzips im Verhältnis der Tatbestände nach den Ziffern 1 und 8 des § 97 Abs 1 ArbVG würde zur unzulässigen Einschränkung des weiteren und stärkeren Mitbestimmungstatbestandes (zif 1) durch den engeren und schwächeren Tatbestand (zif 8) führen²⁵⁰.

Als mögliche Rechtsgrundlagen für Rauchverbote im Arbeitsleben kommen außer einer Betriebsvereinbarung auch kollektivvertragliche Inhaltsnormen (§ 2 Abs 2 zif 2 ArbVG), Einzelvereinbarungen, also solche beim Arbeitsvertragsabschluß mit Neueintretenden, und Weisungen des Arbeitgebers in Frage. Die Weisung reicht nach *Julia Eichinger* auch in betriebsratspflichtigen Betrieben als Rechtsgrundlage

²⁴⁷ *Horst Lukanec* in *Der Standard* vom 15. Mai 2007.

²⁴⁸ *Eichinger*, *Nichtraucherschutz im Arbeitsleben*, RdW 1992, 344.

²⁴⁹ *Rauch*, *Besteht ein arbeitsrechtlicher Anspruch auf Rauchpausen?*, ASoK 2001, 274. Trotz intensiver Beschäftigung mit der arbeitsrechtlichen Literatur auf diesem Gebiet zu dieser Zeit, fand ich keinen weiteren Verweis auf dieses Recht, was nahe legt, dass es sich mehr um ein (unjuristisches) Schlagwort handelt.

²⁵⁰ *Eichinger*, *Nichtraucherschutz im Arbeitsleben*, RdW 1992, 344.

eines Rauchverbotes aus, wenn der Betriebsrat von seinem erzwingbaren Mitbestimmungsrecht keinen Gebrauch macht²⁵¹. Unter dem Gesichtspunkt, dass die allgemeine Stimmung seit Beginn der 90er sich eher gegen Raucher als für sie gewandt hat und dass sich kaum Gegenstimmen in der Literatur gefunden haben, wird diese Meinung auch heute noch ihre Gültigkeit haben.

Während das TabakG bis zur Novelle 2008 selbst ein oft strapaziertes Beispiel für eine *lex imperfecta* ist, so fehlte diese Eigenschaft auch schon davor, wenn TabakG und Arbeitsrecht zusammenkamen, also wenn der „öffentliche Ort“ des TabakG zugleich Arbeitsstätte war:

Rauchen wäre dann nämlich nicht nur ein (früher konsequenzfreier) Verstoß gegen das TabakG, sondern auch ein solcher gegen den Arbeitsvertrag²⁵².

Davon abgesehen, wie schon in Kapitel 1 angesprochen, sollte der psychologische Effekt und die Auswirkung auf die Arbeitsmoral durch Rauchverbote aus rein betriebswirtschaftlicher Sicht nicht unevaluiert bleiben.

Diametral und doch eng verbunden zur Arbeit ist die Arbeitslosigkeit. Da das Tabakgesetz Arbeitnehmer, insbesondere in der Gastronomie, nun stärker schützt, stellt sich die Frage, ob ein Arbeitsplatz in einem Raucherlokal für einen Nichtraucher zumutbar iSd § 9 Abs 2 Arbeitslosenversicherungsgesetz²⁵³ ist. Mit dem Hinweis, dass es laut Auskunft des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend medizinisch erwiesen ist, dass Passivrauchen die Gesundheit gefährdet, wird in einer Durchführungsanweisung zu § 9 Abs 2 Arbeitslosenversicherungsgesetz klargestellt: Es ist daher unzumutbar, Nichtraucher in Raucherlokale (auch bei getrennten Räumen für Raucher und Nichtraucher) zu vermitteln. Die Ablehnung einer angebotenen Beschäftigung, bei dem ein Nichtraucher dem Passivrauch ausgesetzt ist und damit seine Gesundheit gefährdet, wird nicht sanktioniert, ebenso wenig wenn ein Arbeitnehmer eine bisherige Stellung wegen der drohenden Gesundheitsgefährdung kündigt. Mit dem Hinweis auf die vielen wissenschaftlichen Studien muss diese Gesundheitsgefährdung nicht auch nachgewiesen werden. Jedoch gilt dies nur für solche nichtrauchenden Arbeitnehmenden, die im

²⁵¹ Eichinger, Nichtraucherschutz im Arbeitsleben, RdW 1992, 344.

²⁵² Posch, Raucher(ent)warnung, ecolex 2005, 229.

²⁵³ BGBl 609/1977 idF BGBl I 82/2008.

Servicebereich (Kellner und Kellnerinnen, Serviertätigkeit etc) tätig sind, wer in Rezeption, Küche, Büro oder im Zimmerservice eingesetzt wird, ist nicht vom Passivrauch betroffen. Grundsätzlich sind aber alle Arbeitnehmer, die eine Stelle wegen Verstößen gegen § 30 ASchG kündigen oder eine solche ausschlagen, nicht zu sanktionieren, in solchen Fällen soll aber nachgeprüft werden²⁵⁴.

3.2.8. Bundes-Bedienstetenschutzgesetz²⁵⁵

Wortgleich wie der § 30 des zuvor besprochenen ASchG bestimmt § 30 des Bundes-Bedienstetenschutzgesetzes gleichartige Konditionen für den Bundesbediensteten-Arbeitsplatz. Die einzige Unterscheidung ist die Verwendung einschlägiger Worte wie „Dienstbetrieb“ und „Bedienstete“.

Entsprechend anders sind die Rechtsfolgen bei Nichteinhalten der Bestimmungen: Der verantwortliche Bedienstete ist zur Verantwortung zu ziehen (§ 86 Abs 2).

3.2.9. Mutterschutzgesetz²⁵⁶

Eine Schwangerschaft ist sowohl für die werdende Mutter als auch für das ungeborene Kind eine Belastung, Schäden die dem Embryo oder Fetus zustoßen, können weit reichende gesundheitliche Folgen haben, die das ganze spätere Leben beeinflussen können. Aus diesem Grund werden Mutter und Kind auch vom Gesetzgeber besonders geschützt, eines dieser Gesetze ist das Bundes-Mutterschutzgesetz im Folgenden MutterSchG.

Es schützt die werdende Mutter unter anderem dadurch, indem es Belastungen, welche während einer Schwangerschaft Gesundheitsgefahren mit sich bringen können, am Arbeitsplatz möglichst gering zu halten sucht. Zu diesen Belastungen, die auch erhebliche Auswirkungen auf die Kindesgesundheit haben können, zählt auch das Passivrauchen.

²⁵⁴ Die Durchführungsanweisung wurde mir von MMag. Josef Furthlehner, Abteilung II/1 Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit auf meine Anfrage hin im Jänner 2009 per Email geschickt und ist in Auszügen im Anhang III nachzulesen.

²⁵⁵ BGBl I 70/1999 idF BGBl I 131/2003.

²⁵⁶ BGBl 221/1979 idF BGBl I 53/2007.

§ 4 Abs 6 MutterSchG untersagt (genauso wie § 13a Abs 5 TabakG) deswegen, werdende Mütter an Arbeitsplätzen zu beschäftigen, wo sie der Einwirkung von Tabakrauch ausgesetzt sind. Ist aufgrund des Arbeitsplatzes eine räumliche Trennung nicht umsetzbar, so hat der Arbeitgeber durch geeignete Maßnahmen dafür zu sorgen, dass andere Dienstnehmer, die im selben Raum beschäftigt sind, die werdende Mutter nicht dem Tabakrauch aussetzen.

Auffallend ist jedoch, dass diese Bestimmung nur für werdende Mütter gilt, die selbst nicht rauchen²⁵⁷. Ein Rauchverbot für werdende Mütter, obwohl unzweifelhaft im Interesse des Ungeborenen gelegen, wird nirgends normiert, und raucht die Mutter selbst, so besteht kein Bedarf, sie auch noch vor Passivrauchen zu schützen.

In § 37 finden sich die Strafbestimmungen, der Dienstgeber oder dessen Bevollmächtigte haben bei Verstoß 70 bis 1 820 €, im Wiederholungsfall 220 bis 3 630 € Geldstrafe zu leisten. Im Falle eines Verstoßes durch Gebietskörperschaften resp deren Organe ist die Aufsichtsbehörde zu verständigen bzw das oberste Organ, dem das beschuldigte Organ untersteht (§ 37 Abs 2).

Hier ist zu erwähnen, dass das ASVG den Versicherungsfall der Mutterschaft (§ 120 Abs 1) und den Anspruch auf Wochengeld (§ 162 Abs 1) auch dann als gegeben ansieht, wenn nach § 13a Abs 5 TabakG ein Beschäftigungsverbot besteht²⁵⁸.

3.3. Land

Welche Kompetenzen den Ländern zukommen, kann nicht taxativ aufgezählt werden, da ihnen die Gesetzgebung in allen Bereichen zusteht, die nicht dem Bund zustehen²⁵⁹. Am Bedeutsamsten im hiesigen Zusammenhang sind der Jugendschutz, die Regelung des Taxiverkehrs, der Schutz der eigenen Angestellten und die öffentliche Ordnung. Viele Bestimmungen, die sich mit dem Rauchen beschäftigen, zählen zum Brandschutz und sind deswegen nur kurz zu streifen.

²⁵⁷ Hiezu siehe auch die Diskussion zur NÖ Parallelbestimmung in landesrechtlichen Teil im Anschluss.

²⁵⁸ BGBl 189/1995 idF 120/2008. Es sei noch auf die Übergangsbestimmungen zu § 13a Abs 5 TabakG hingewiesen.

²⁵⁹ Art 15 B-VG in Verbindung mit Art 10 – 14 B-VG.

3.3.1. Jugendschutz

Als erstes sei darauf hingewiesen, dass zahlreichen Medienberichten Anfang 2009 zu entnehmen war, dass im Rahmen verschiedener Reformen auch ein einheitliches Bundesjugendschutzgesetz geplant sei, wobei tw als Zeitpunkt „diese Legislaturperiode“ (bis 2013) angegeben wurde. Solange diese Arbeit in Bearbeitung war, war jedoch nicht klar, ob dieses Vorhaben von Erfolg gekrönt sein wird und es war mir auch kein Entwurf zugänglich. Daher bezieht sich diese Arbeit ausschließlich auf die Jugendschutzgesetze in der Fassung, wie sie Anfang 2009 aktuell waren.

Alle Länder haben Jugendschutzgesetze erlassen, und alle haben ebenso den Konsum von Rauchwaren durch unter 16- Jährige in der Öffentlichkeit²⁶⁰ verboten (§ 11 Abs 1 Wiener Jugendschutzgesetz²⁶¹, § 17 Abs 3 Vorarlberger Jugendgesetz²⁶², § 18a Abs 2 Tiroler Jugendschutzgesetz²⁶³, § 9 Abs 1 Steiermärkisches Jugendschutzgesetz²⁶⁴, § 36 Abs 2 Salzburger Jugendgesetz²⁶⁵, § 8 Abs 1 OÖ Landesgesetz über den Schutz der Jugend²⁶⁶, § 18 Abs 1 NÖ Jugendgesetz²⁶⁷, § 12 Abs 1 Kärntner Jugendschutzgesetz²⁶⁸, § 11 Abs 1 Burgenländisches Jugendschutzgesetz²⁶⁹). Manche Bundesländer gehen über das reine Verbot in der Öffentlichkeit hinaus, so ist in Kärnten, Oberösterreich, Salzburg und der Steiermark jeglicher Konsum verboten, in Kärnten wird er aber innerhalb der eigenen Wohnung und der der Eltern nicht verfolgt. Vorarlberg, Tirol und Oberösterreich verbieten auch explizit den Erwerb durch Jugendliche. Eine meines Erachtens gut durchdachte Lösung hatte Salzburg, welches den Konsum in der Öffentlichkeit und bei nicht öffentlichen Versammlungen welche im Rahmen von Vereinen und sonstigen Personenvereinigungen stattfinden, an denen Jugendliche teilnehmen, verbat²⁷⁰, um

²⁶⁰ Ich selbst habe in einer x- beliebigen Sommer- Woche (als Beispiel hier jetzt: 20. – 27. Juni 2005) mehr als eine solche Übertretung beobachtet. Fälle, wo die Übertretungen geahndet wurden, sind mir, weder aus Recherche noch aus Erzählungen, bekannt.

²⁶¹ Wiener LGBl 17/2002 idF LGBl 23/2008..

²⁶² Vorarlberger LGBl 16/1999 idF LGBl 3/2008.

²⁶³ Tiroler LGBl 4/1994 idF LGBl 5/2005.

²⁶⁴ Steiermärkisches LGBl 80/1998 idF LGBl 76/2005.

²⁶⁵ Salzburger LGBl 24/1999 idF LGBl 98/2006.

²⁶⁶ OÖ LGBl 93/2001 idF LGBl 90/2005.

²⁶⁷ NÖ LGBl 2/83 idF LGBl 90/2008.

²⁶⁸ Kärntner LGBl 5/1998 idF LGBl 54/2007.

²⁶⁹ Burgenländisches LGBl 54/2002 idF LGBl 4/2007.

²⁷⁰ Es ist anzunehmen, dass diese Bestimmung durchaus weit gelesen hätte werden sollen, was aus den Zielbestimmungen des Gesetzes, der generellen Skepsis von Gesetzgebern gegenüber Tabak und der prinzipiellen Idee des Jugendschutzes folgte, so war mit „sonstigen Vereinigungen“ wohl kein

den rein privaten Bereich weiter im Bereich der elterlichen Obsorge zu belassen. Im Zuge der Novelle durch Salzburger LGBl 98/2006 wurde jedoch von dieser Lösung zugunsten eines Totalverbots abgegangen.

Die meisten der Gesetze verwenden den Begriff „junge Menschen“, im Folgenden soll aber der Begriff Jugendliche gebraucht werden. Dies vorrangig vor dem Hintergrund, dass die einschlägigen Gesetze mit dem Titel „Jugendschutz“ odgl bezeichnet werden und „Jugendliche“ meiner Ansicht nach deskriptiver ist.

Viele Bundesländer haben in ihren Jugendschutzgesetzen präambelartige Zielbestimmungen in einem der ersten Paragraphen²⁷¹, so auch beispielsweise Wien. So wie andere Bundesländer legt Wien sich bestimmte Informationspflichten auf. Zu diesen zählt, neben Information über Sinn und Inhalt des Gesetzes, auch Aufklärung über verschiedenste Faktoren, die die Entwicklung Jugendlicher gefährden, so auch Suchtmittelmissbrauch. Auf Anfrage an die Magistratsabteilung 11, das Amt für Jugend und Familie, zu deren Aufgaben auch der Jugendschutz zählt²⁷², wurde mir jedoch mitgeteilt, dass in den letzten Jahren keinerlei Rauch- Vorbeugeprogramme unter Mitwirkung der Gemeinde Wien stattgefunden haben und in nächster Zeit auch keine geplant seien. Diese scheinen also vorrangig vom BMGF und der EU ausgegangen zu sein.

Mit Ausnahme von Tirol beinhalten alle Gesetze auch Bestimmungen, die sich an Erziehungsberechtigte, Unternehmer und Veranstalter und die Allgemeinheit richten, jeweils mit dem Ziel, dass diese Jugendlichen den Übertritt des jeweiligen Gesetzes nicht erleichtern oder ermöglichen sollen. Unternehmer und Veranstalter haben meist

Kriterium der juristischen Persönlichkeit verbunden. So ist anzunehmen, die Bestimmung sollte auch auf zB Tanzschulabende Anwendung finden, die nicht von einer Personenvereinigung im engeren Sinne veranstaltet werden, und vielleicht sogar „halböffentliche“ Partys, die Jugendliche selbst im Lande Salzburg veranstalten.

²⁷¹ ZB „Gesellschaft ihre Verantwortung für die Heranbildung der Jugend bewußt zu machen“, „Erziehung der Jugend zu unterstützen“, „Willen und die Fähigkeit der Jugend zur verantwortungsbewußten Mitwirkung am gesellschaftlichen Leben zu wecken und zu vertiefen“ (§ 1 Tiroler Jugendschutzgesetz); „Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit und auf Förderung der Entwicklung seiner körperlichen, seelischen und geistigen Kräfte“, (§ 1 Salzburger Jugendgesetz); „Das Land und die Gemeinden im eigenen Wirkungsbereich wirken darauf hin, dass Kinder und Jugendliche zu einer gesunden und befriedigenden Lebensführung befähigt werden. Neben besonderen Maßnahmen zur Gewalt- und Suchtvorbeugung sollen auch Möglichkeiten offener, toleranter Kommunikation, sportlicher, kreativer und sozialer Betätigung und das Erlernen eines kritischen Umganges mit Medien und Werbung gefördert werden.“ (§ 4 Vorarlberger Jugendgesetz.)

²⁷² [Http://www.wien.gv.at/magelf](http://www.wien.gv.at/magelf), 16.05.2009.

zusätzliche Vorkehrungen im Bereich ihres Betriebes oder ihrer Veranstaltung zu treffen; sie haben im Rahmen ihres Betriebes, ihrer Tätigkeit odgl in zumutbarer Weise auf die Einhaltung des Gesetzes hinzuwirken, insbesondere durch mündliche Aufklärung, Altersfeststellung, Verweigerung des Zutritts oder Wegweisung. Oft ist vorgeschrieben, die einschlägigen Beschränkungen deutlich kund zu tun, in manchen Bundesländern besteht diesbezüglich auch eine Verordnungsermächtigung. Von besagter Verordnungsermächtigung wurde im Land Vorarlberg Gebrauch gemacht und zwar in Form der Verordnung der Landesregierung über den von Unternehmern und Veranstaltern anzubringenden Hinweis auf Beschränkungen nach dem Jugendgesetz²⁷³, die bestimmten Unternehmern vorschreibt, einen mindestens DIN A4²⁷⁴ großen Hinweis „*Personen bis zum vollendeten 16. Lebensjahr dürfen alkoholische Getränke und Tabakwaren in der Öffentlichkeit nicht konsumieren*“ anzubringen. Derartige Hinweise sind in vielen Lokalen bundesweit auch freiwillig angebracht.

Die Rauchverbote des TabakG waren bis zur Novelle 2008 nicht zuletzt aufgrund des Mangels der Durchsetzbarkeit ein klassisches Beispiel für eine *lex imperfecta*. Die Rauchverbote der Bundesländer, adressiert an Jugendliche, hingegen waren schon zuvor mit Geldstrafen durchsetzbar.

Es wird zwischen jugendlichen Verwaltungsübertretern und erwachsenen unterschieden, wobei Erwachsene nur insoweit betroffen sind, als sie gegen ein Verbot verstoßen haben, welches sich dezidiert an Nicht- Jugendliche richtet, wie zB dass keine Tabakwaren an Jugendliche abgegeben werden dürfen.

In Wien, Burgenland, NÖ und Steiermark hängt die Strafhöhe bei Erwachsenen auch davon ab, ob Gewinnabsicht vorliegt; die Obergrenzen der Strafen variieren von 700 bis 20 000 €. Die höchsten Strafen für Erwachsene haben Niederösterreich und Kärnten, die niedrigsten Obergrenzen (jeweils aber nur bei Begehung ohne Gewinnabsicht) Wien, Burgenland und Niederösterreich mit je 700 €. Kärnten hat darüber hinaus auch eine Mindeststrafe von 2 000 € bei verbotenen Überlassen, Verkaufen etc von Tabakwaren²⁷⁵. Gegen Erwachsene kann im Fall der Uneinbringlichkeit auch eine Ersatzfreiheitsstrafe ausgesprochen werden, in allen

²⁷³ Vorarlberger LGBl 34/2000.

²⁷⁴ 210 x 297 mm.

²⁷⁵ § 16 Abs a Kärntner Jugendschutzgesetz. Die Höhe scheint aber primär darin begründet zu sein, dass auch Drogen von dieser Bestimmung umfasst sind.

Bundesländern mit Ausnahme Vorarlbergs und Tirols ist dies explizit für Jugendliche ausgeschlossen. In Vorarlberg ist allerdings auch keine Ersatzfreiheitsstrafe für Erwachsene normiert.

Zusätzlich hat die Übermittlung des Straferkenntnisses an die Gewerbebehörde oder die Veranstaltungsbehörde zu erfolgen, um eine Überprüfung der für die Ausübung des Gewerbes oder die Durchführung von Veranstaltungen erforderlichen Zuverlässigkeit zu ermöglichen. Ob dies bei jeder Übertretung oder nur bei wiederholter Übertretung binnen bestimmten Zeiträumen zu erfolgen hat, variiert sehr stark.

Bei den Jugendlichen legen alle Bundesländer außer Salzburg das Augenmerk darauf, einen Lerneffekt zu erzielen. Die Jugendlichen sollen anstelle einer Strafe an einem Belehrungs- oder Informationsgespräch über den Sinn der Jugendschutzbestimmungen odgl teilnehmen oder sie werden zu gemeinnützigen Leistungen verpflichtet. Ausmaß und Dauer sowohl dieser Gespräche als auch der gemeinnützigen Leistungen ist sehr unterschiedlich, es besteht auch nur in manchen Bundesländern die Möglichkeit zu beidem. Wenn der oder die Jugendliche sich weigert, am Gespräch teilzunehmen oder die Leistungen zu erbringen oder dem Gespräch unentschuldigt fernbleibt, werden Geldstrafen ausgesprochen. Zur sozialen Leistung ist auch meist die Zustimmung des Erziehungsberechtigten notwendig.

Wenn aus bestimmten, individualpräventiven Überlegungen diese Strafe nicht angebracht erscheint (so zB § 17 Abs 5 Steiermärkisches Jugendschutzgesetz: *„Erscheint weder die Erteilung eines Auftrages [...] noch die Erbringung einer sozialen Leistung [...] wirkungsvoll“*) kann zumeist gleich zur Geldstrafe gegriffen werden. Davon abgesehen sind die Geldstrafen demnach vorrangig subsidiär anzuwenden, die Obergrenze ist meist nahe bei 200 €, in Vorarlberg bei 500 €. In OÖ besteht auch ausdrücklich die Möglichkeit, kein Strafverfahren einzuleiten, wenn anzunehmen ist, dass die Erziehungsberechtigten entsprechend einschreiten werden oder ein Gespräch mit einem Jugendberater geführt wird und keine general- oder spezialpräventiven Gründe dagegen sprechen²⁷⁶.

²⁷⁶ § 13 Abs 2 OÖ Landesgesetz über den Schutz der Jugend. Vor der letzten Novelle bestand auch die Möglichkeit einer bescheidmäßigen Ermahnung, sowohl für jugendliche als auch für erwachsene Übertreter.

Der Versuch ist ebenso zu bestrafen, jedoch wird der Versuch von Jugendlichen ausgenommen. In den beiden westlichsten Bundesländern Tirol und Vorarlberg ist ein jugendlicher Versuch ebenso zu ahnden.

Eine Art Subsidiaritätsbestimmung, dass nämlich die Verwaltungsstrafen nur auszusprechen sind, sofern die Tat nicht gerichtlich zu bestrafen ist oder eine andere, schwerer zu bestrafende Verwaltungsübertretung ebenso dadurch begangen wurde, findet sich in der einen oder anderen Form in allen 9 Bundesländern. Im Fall des unerlaubten Rauchens bestehen solche Regelungen allerdings kaum, doch handelt es sich zumeist um Sammeltatbestände, die beispielsweise auch Suchtmittelmissbrauch oder –handel oder sogenannte Sittlichkeitsdelikte umfassen können.

In einzelnen Bundesländern besteht auch die Möglichkeit, Gegenstände die gegen den Willen des jeweiligen Gesetzes erworben wurden, für verfallen zu erklären, zB in OÖ § 13 Abs 9 OÖ Landesgesetz über den Schutz der Jugend. Beispielsweise könnte eine gekaufte Packung Zigaretten eingezogen werden.

In Oberösterreich dürfen Jugendliche Alkohol und Tabakwaren entgegen der Verbote dann erwerben, wenn dies in Erfüllung der Aufgaben ihrer beruflichen Ausbildung oder Beschäftigung geschieht (8 Abs 3 OÖ Landesgesetz über den Schutz der Jugend²⁷⁷).

Das Problem des Zigaretteneinkaufs von Jugendlichen, wird auch in NÖ problematisiert. § 21 NÖ Jugendgesetz beinhaltet ua ein Verbot, Jugendlichen die Übertretung des NÖ Jugendgesetzes zu ermöglichen. Da aber in NÖ nur der Erwerb, Konsum etc von Tabakwaren in der Öffentlichkeit verboten ist, bedeutet dies strikt genommen, dass es nur gilt, wenn anzunehmen ist, dass die Tabakwaren in der Öffentlichkeit konsumiert werden sollen. Das zeigt, dass die Auswirkung derartiger

²⁷⁷ Der wohl verbreitetsten Ausrede „Es ist nicht für mich, sondern für meinen Vater/ meine Mutter/mein sonstiges erwachsenes Familienmitglied“ wurde in OÖ in dieser Bestimmung vor der letzten Novelle entgegengewirkt; der Erwerb von Tabakwaren durch Jugendliche war nur erlaubt wenn kumulativ die folgenden Voraussetzungen erfüllt waren:

1. eine vom Erziehungsberechtigten eigenhändig unterfertigte Erklärung an die Abgabestelle, die den berechtigten Jugendlichen namentlich bezeichnet, vom Erziehungsberechtigten gemeinsam mit dem Jugendlichen bei der Abgabestelle übergeben wurde, und
2. diese Erklärung bei der Abgabestelle aufliegt und
3. die Abgabe im Einzelfall durch eine weitere datumsgenaue schriftliche Erklärung durch den Erziehungsberechtigten hinsichtlich Menge und Art der Ware bestimmt ist.

Mit der letzten Novelle fiel diese Bestimmung, wohl aufgrund ihrer geringen praktischen Relevanz.

Gesetze gering ist, da zwar ein gewisser „Wunsch“ des Gesetzgebers, die Jugendlichen mögen doch nicht rauchen, zu erkennen ist, das Gesetz als solches aber nur wenige Schranken setzt, die den einzelnen Jugendlichen am Konsum von Zigaretten oder an ihrem Erwerb hindert.

§ 12 Abs 4 letzter Satz Kärntner Jugendschutzgesetz spricht sogar auf den ersten Blick für einen Fall der Lex Starzinsky²⁷⁸, der den zivilrechtlichen Erwerb dem betroffenen Personenkreis verunmöglicht, es handelt sich jedoch um ein Verbot des zivilrechtlichen Erwerbs dieser Gegenstände im Wege eines öffentlich rechtlichen Verbotes.

In Wien wird Jugendlichen der Zutritt zu verschiedenen Orten wie Glücksspielhallen, Brantweinschänken, Swinger- Clubs und Bordellen untersagt (§ 9 Wiener Jugendschutzgesetz); auch wenn an diesen regelmäßig stark geraucht wird, so dient dies offensichtlich einem anderen Zweck.

²⁷⁸ Vgl zB *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, Rz 259; *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rz 249.

Zum Überblick soll folgende Tabelle dienen:

Land	Was umfasst das Verbot	Adressaten (außer Jugendlichen)	Max. Höhe Geldstrafe in € für Erwachsene	(Max.) Strafen für Jugendliche (in €)	Anmerkungen
W	Konsum in der Öffentlichkeit	Eltern, Unternehmer, Allgemeinheit	15 000 bei Gewinnabsicht sonst 700	Gespräch, sonst 200	
B	Konsum in der Öffentlichkeit	Eltern, Unternehmer, Allgemeinheit	8 000 bei Gewinnabsicht sonst 700	Gespräch, sonst 200	
K	jeglicher Konsum, in Wohnung aber straffrei	Eltern, Unternehmer, Allgemeinheit	20 000 bei Verkauf von Tabak an Jugendliche, sonst 3 630	Gespräch, soziale Leistungen, sonst 218	Mindeststrafe 2 000 für Erwachsene, die Tabakwaren an Jugendliche verkaufen
NÖ	Konsum in der Öffentlichkeit	Eltern, Unternehmer, Allgemeinheit	15 000 bei Gewinnabsicht, sonst 700	Gespräch, soziale Leistungen, sonst 200	
OÖ	jeglicher Konsum und Erwerb	Eltern, Unternehmer, Allgemeinheit	7 000	keine Strafe bei zu erwartendem Handeln durch Eltern oder Gespräch, sonst soziale Dienste oder 200, erschwerende Umstände 300	
S	jeglicher Konsum und Erwerb	Eltern, Unternehmer, Allgemeinheit	3 700	220	
St	jeglicher Konsum	Eltern, Unternehmer, Allgemeinheit	7 267 bei Gewinnabsicht, sonst 2 500	Gespräch, soziale Leistungen, sonst 218	
T	Konsum in der Öffentlichkeit, Erwerb	Eltern, Unternehmer	7 260	215 oder Gespräch	kein expliziter Ausschluss der Freiheitsstrafe für Jugendliche, auch Versuch von Jugendlichen strafbar
V	Konsum in der Öffentlichkeit, Verkauf an Jugendliche	Eltern, Unternehmer, Allgemeinheit	5 000	soziale Leistungen, sonst 500	kein Ausschluss Versuch von Jugendlichen, keine Erwähnung von Ersatzfreiheitsstrafen

3.3.2. ArbeitnehmerInnenschutz

Für jene Angestellten, die im Zuständigkeitsbereich der Länder tätig sind, bestehen einschlägige ArbeitnehmerInnenschutzbestimmungen, die denen des ASchG oft wortgleich ähneln. Einziger Unterschied bleibt meist die Bezeichnung Landes-Bedienstete anstelle von Arbeitnehmer odgl. ZB in § 26 des Wiener Bedienstetenschutzgesetzes²⁷⁹ wird wortgleich die Bestimmung des § 30 des Bundes-Bedienstetenschutzgesetzes wiederholt, auch für Landesbedienstete in Wien herrschen also die selben Regeln über das Rauchen am Arbeitsplatz wie für ihre Kollegen im Bundesdienst. Weitere Beispiele sind § 88h burgenländische Landarbeitsordnung²⁸⁰, § 116f Kärntner Landarbeitsordnung²⁸¹, § 26 OÖ Gemeindebedienstetenschutzgesetz²⁸², § 26 Salzburger Bediensteten-Schutzgesetz²⁸³ usw.

Im NÖ Bediensteten-Schutzgesetz²⁸⁴ findet sich die schon wiederholt aufgetretene Bestimmung über Nichtraucherchutz am Arbeitsplatz, jedoch etwas anders formuliert. Der Dienstgeber hat Nichtraucher zu schützen (§ 14 Abs 1), das Rauchen ist in von mehreren benutzten Arbeitsräumen dann zu unterlassen, wenn Nichtraucher nicht durch verstärkte Be- und Entlüftung ausreichend geschützt werden oder einer der dort beschäftigten Bediensteten darum ersucht (Abs 2). Abs 3 fasst die letzten beiden Absätze des § 30 ASchG zusammen:

Aufenthaltsräume und Bereitschaftsräume haben ohne Beeinträchtigung durch Tabakrauch zu sein, und in Sanitäts- und Umkleieräumen besteht wie sonst auch ein Rauchverbot.

In dieselbe Kerbe schlägt die Allgemeine Landesbedienstetenschutzverordnung²⁸⁵ des Burgenlandes. Zum Schutz der Nichtraucher besteht in den Innenräumen jeder Dienststelle Rauchverbot; ausgenommen sind nur Räume, in denen sich keine anderen nichtrauchenden Dienstnehmer aufhalten und in denen kein Parteienverkehr

²⁷⁹ Wiener LGBl 49/1998 idF LGBl 44/2006.

²⁸⁰ Burgenländisches LGBl 37/1977 idF LGBl 31/2003.

²⁸¹ Kärntner LGBl 97/1995 idF LGBl 25/2008.

²⁸² OÖ LGBl 15/2000 idF LGBl 73/2008.

²⁸³ Salzburger LGBl 103/2000.

²⁸⁴ NÖ LGBl 150/1998.

²⁸⁵ Burgenländisches LGBl 35/1992.

gegeben ist oder die den Bediensteten für den Aufenthalt während der Arbeitspausen zur Verfügung stehen, wenn durch geeignete Maßnahmen dafür Sorge getragen ist, das Nichtraucher vor der Einwirkung von Tabakrauch geschützt sind sowie in Räumen, die die für Raucher vorgesehen sind.

Rauchverbot besteht insbesondere in Warteräumen und -zonen, Sitzungs- und Besprechungsräumen, Unterrichtsräumen, Bibliotheken, Ausstellungsräumen, Behandlungs- und Krankenzimmern sowie in Räumen, in denen leicht entzündliche oder sonst sensible Stoffe oder Lebensmittel gelagert werden. In diesen Räumen sind alle Aschenbecher und -schalen zu entfernen und Hinweise auf das Rauchverbot anzubringen.

Ebenso gilt das Rauchverbot in allen Dienstfahrzeugen, auch in diesen hat ein entsprechendes Hinweiszeichen angebracht zu sein.

3.3.3. Mutterschutz und Exkurs „Schutz der Leibesfrucht“²⁸⁶

Der Mutterschutz geht zwar Hand in Hand mit dem sonstigen Schutz am Arbeitsplatz, bietet aber einige weitergehende Fragestellungen, weswegen er in einem eigenen Unterpunkt diskutiert werden soll.

Wie wird die Leibesfrucht vor Einflüssen geschützt, die durch die Umwelt der Mutter entstehen? Wird sie vor der Mutter selbst geschützt?

Viel brennender waren und sind diese Fragen im Abtreibungsrecht, weswegen ein Exkurs in dieses gemacht wird. Weiters soll so beantwortet werden, ob die Leibesfrucht strafrechtlich vor Rauchschäden geschützt ist. Der zivilrechtliche Exkurs folgt im Anschluss.

Die Länder schützen mit eigenen Mutterschutzgesetzen die Bediensteten, die der Landesgesetzgebung unterstehen, also deren eigene Bedienstete. So ist der Langtitel des Gesetzes der Steiermark „Gesetz über den Mutterschutz und die Karenz der Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer im Landesdienst“. Inhaltlich

²⁸⁶ Diese Überschrift allein zeigt schon die Problematik:

Wer den Terminus „ungeborenes Kind“ verwendet, kann schwierig pro Abtreibung argumentieren, wieso sollen dem Kind, nur aufgrund seiner „Ungeborenheit“ bestimmte Rechte vorenthalten bleiben? Der Terminus „werdendes Leben“, obwohl besonders von der evangelischen Kirche benutzt, legt nahe, dass es sich noch nicht um Leben handelt. Embryo und Fetus bezeichnen nur Stadien der Entwicklung, sind deswegen als Sammelbegriff schlecht zu gebrauchen. Aus diesem Grund wird nun „Leibesfrucht“ verwendet, eine Bezeichnung, die Embryo und Fetus gleichermaßen umfasst und verhältnismäßig neutral scheint.

orientieren sie sich zumeist am Bundes- Mutterschutzgesetz, zB untersagt das burgenländische Mutterschutz- und Väter-Karenzgesetz²⁸⁷ in seinem § 5 Abs 6, dass werdende Mütter, die selbst nicht rauchen, am Arbeitsplatz der Auswirkung von Tabakrauch ausgesetzt sind. Ist keine räumliche Trennung möglich, hat der Dienstgeber durch geeignete Maßnahmen dafür zu sorgen, dass dieser Schutz anderweitig gewährleistet wird. Die gleiche Bestimmung findet sich nochmals in § 98 Abs 7 der Landarbeitsordnung.

Vergleichbare Bestimmungen finden sich in § 6 Abs 6 Kärntner Mutterschutz- und Eltern-Karenzgesetz²⁸⁸, § 3 Abs 6 OÖ Mutterschutzgesetz²⁸⁹, § 5 Abs 6 Steiermärkisches Mutterschutz- und Karenzgesetz²⁹⁰ usw.

Im § 3 Abs 6 NÖ Mutterschutz- Landesgesetz²⁹¹ findet sich die gleiche Bestimmung über räumliche Trennung und andernfalls sonstige Maßnahmen mit dem einzigen Unterschied, dass werdende Mütter, die selbst schon rauchen, nicht explizit von der Anwendbarkeit des Gesetzes ausgeschlossen sind. Der erste Satz der Bestimmung legt nahe, sofern dies möglich ist, Schwangere an einem Arbeitsplatz zu beschäftigen, an dem von niemand, die werdende Mutter eingeschlossen, geraucht wird. Der zweite Satz relativiert dies, falls keine Trennung möglich ist, sollen die anderen Bediensteten die Schwangere nicht Tabakrauch aussetzen²⁹².

Wie ist nun diese Varianz des NÖ Mutterschutzgesetzes zu interpretieren? Liegt eine Lücke, ein Redaktionsversehen vor, ist es ein bewusstes Abweichen? Die bloße Wortinterpretation zeigt, dass die Bestimmung hinsichtlich der Rauchgewohnheit der Mutter uneindeutig bleibt. Systematisch betrachtet, lässt die Gesamtschau der österreichweiten Mutterschutzgesetze vermuten, dass bewusst abgewichen wurde, dass bewusst der Schwangeren, unabhängig von ihren sonstigen Gewohnheiten, der Tabakkonsum auf ihrem Arbeitsplatz untersagt ist, dem historischen NÖ Gesetzgeber werden die anderslautenden Bestimmungen der anderen 8

²⁸⁷ Burgenländisches LGBl 16/2005 idF LGBl 20/2007.

²⁸⁸ Kärntner LGBl 63/2002 idF LGBl 20/2007.

²⁸⁹ OÖ LGBl 122/1993 idF LGBl 56/2007.

²⁹⁰ Steiermärkisches LGBl 52/2002 idF LGBl 112/2006.

²⁹¹ NÖ LGBl 176/75 idF LGBl 120/2005.

²⁹² „Werdende Mütter sollen, soweit es die räumliche Ausgestaltung gestattet, an Arbeitsplätzen beschäftigt werden, bei denen sie der Einwirkung von Tabakrauch nicht ausgesetzt werden. Wenn eine räumliche Trennung nicht möglich ist, hat der Dienstgeber soweit wie möglich dafür Sorge zu tragen, daß andere Bedienstete, die im selben Raum wie die werdende Mutter beschäftigt sind, diese nicht der Einwirkung von Tabakrauch aussetzen“.

Bundesländer wohl bekannt gewesen sein. Teleologisch betrachtet ist das Ziel dieser Bestimmung, werdende Mutter und Leibesfrucht vor den schädlichen Einwirkungen des (Passiv-)Rauchens zu schützen. Raucht die Mutter aber ohnehin in ihrer Freizeit, zu Hause etc wäre die Bestimmung wirkungsbefreit und ist daher im Hinblick auf ihr Ziel zu lesen.

Nach Abwägung der Argumente ist es meines Erachtens richtig vom Arbeitgeber, sofern möglich, am respektiven Arbeitsplatz ein Rauchverbot für alle inklusive der betroffenen Schwangeren auszusprechen, ungeachtet der Rauchgewohnheiten der Betroffenen. Dies weil das Argument des bewussten Abweichens von den sonstigen Regelungen am meisten argumentative Schlagkraft bereithält, aber auch weil die teleologische Begründung zu kurz greift, im Rahmen des Mutterschutzgesetzes kann der Gesetzgeber auch keinen weiteren Schutz bestimmen, deswegen wird der Schutz so weit wie möglich – also auch vor eigenem Tabakkonsum – ausgestaltet.

Das Recht der Mutter gegen das Recht der Leibesfrucht abzuwägen ist keine leichte und auch keine dankbare Aufgabe. Der Gesetzgeber muss immer wieder Rechtsgüter gegeneinander abwägen, und, trotz eigentlicher Gleichrangigkeit oder manchmal sogar ohne dieser, sich für oder gegen eines entscheiden.

Prominentes Beispiel ist jenes der Notwehr. So ist es gestattet, um einen gegenwärtigen Angriff auf das Vermögen abzuwehren, das Leben des Diebes oder Räubers zu beenden, sofern dies notwendig (also ohne Interessenabwägung) ist²⁹³, auch wenn sich der Angriff nur gegen das Vermögen und nicht gegen die eigene körperliche Unversehrtheit richtet.

Im grundsätzlich flexibleren Zivilrecht resp den einführenden Vorlesungen dazu beliebt ist es, das Beispiel des liebenden Hundebesitzers, der um sein, materiell betrachtet, geringwertiges Hündchen zu schützen, den preisgekrönten, wertvollen doch aggressiven Zuchthund verletzt. Der Hundebesitzer muss, trotz des angerichteten Vermögensschadens, keinen Ersatz leisten.

Derartige Abwägungen sind unumgänglich, und mangels eines gesamtgesellschaftlichen Konsenses zu bestimmten moralethischen Fragen, auch dementsprechend kontrovers, mehr noch die Abtreibungsfrage.

²⁹³ § 3 StGB. „Notwendig ist jene Verteidigung, die unter den verfügbaren Mitteln das schonendste darstellt, um den Angriff sofort und endgültig abzuwehren.“ *Kienapfel/Höpfel*, AT, 52, mwN zu den Details. Eine bestimmte Wertgrenze, in der Lehre strittig welcher Wert genau (100 – 1000 €), ist ebenso Voraussetzung.

So findet zB *Peter Strasser* harte Worte für die Fristenlösung, die er als ein bedrohliches Signal wertet, da sie das ungeborene Leben zugunsten der Geborenen abwertet und „[d]ie Straffreistellung der Abtreibung [in den ersten 3 Monaten] mag angesichts schlechter Realitäten erklärbar und das kleinste der im Augenblick politisch durchsetzbaren Übeln sein. Wünschenswert ist sie keinesfalls, weil sie langfristig die Egozentrik und Kälte der Wohlstandsgesellschaft verstärkt“²⁹⁴.

Aus dem Jahre 1978 stammt ein Beitrag von *Wolfgang Groiss, Gernot Schantl und Manfred Welan*²⁹⁵, die bezugnehmend auf die Grundrechte erklären:

„Es ist eben jede gegenseitige Abwägung menschlichen Lebens und jede geringere Bewertung eines Menschenlebens gegenüber einem anderen schon mit der Menschenwürde unverträglich. Die Zumutung an das Kind, es habe seine Tötung als rechtmäßig zu dulden, wenn davon das Leben der Mutter abhängt, ist mit der Menschenwürde des Kindes bereits unvereinbar“²⁹⁶. Mehr noch ist demzufolge die Abtreibung unvereinbar, die nicht das Leben der Mutter rettet sondern infolge mangelnden Kinderwunsches durchgeführt wird. Argumentativ an Boden verlieren die genannten Autoren dafür auf anderem Terrain als sie die „die Problematik [...], die in der Ungleichbehandlung der beiden Elternteile liegt, wenn nur der eine die Entscheidung über Leben oder Tod des gemeinsamen Kindes treffen darf“ ansprechen.

Während es wohl verständlich ist, dass der Vater im Fall des Bestehens einer Beziehung (oder auch im anderen Fall) an einer derartigen Entscheidung eine Mitsprache²⁹⁷ haben soll, ist es wohl zu weit gegriffen, gestützt auf grundrechtliche Überlegungen dafür ein durchsetzbares Recht in jeder (nicht-)familiären Konstellation zu fordern. Unstrittig ist eine Abtreibung in einer Ehe, die mit dem Partner nicht abgesprochen ist, ein Scheidungsgrund, eine weiter gehende Verrechtlichung von Beziehungen ist nicht angebracht und noch weniger für zielführend. Gerade in diesem privaten Bereich sind gesellschaftliche Normen ohnehin viel stärker als Gesetze.

²⁹⁴ *Strasser in Fleischacker (Hg)*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 57f.

²⁹⁵ *Groiss/Schantl/Welan*, Der verfassungsrechtliche Schutz des menschlichen Lebens, ÖJZ 1978, 1ff.

²⁹⁶ Der erste Satz des Zitats, hier etwas aus dem Zusammenhang gerissen, wirkt, vielleicht unbeabsichtigt, wie eine Kritik am Notwehrrecht, ist dies aber nicht; weitergedacht steht vor dem Ableben des Diebes oder Räuber ja immer, anders als bei der Leibesfrucht, eine Willensentscheidung desselben, die von der Gesellschaft abgelehnt wird, was dem Dieb resp Räuber ja bewusst ist.

²⁹⁷ Wer in der Lebensrealität eher eine Abtreibung vorschlägt, sei dahingestellt.

Die behauptete Angst mancher männlicher Politiker²⁹⁸, sie fürchteten, die Lebenspartnerin könnte das gemeinsame Kind quasi „unterschlagen“, ist wohl eher ein Symptom der eigenen Unsicherheit oder der Probleme in der jeweiligen Ehe oder Partnerschaft, anstatt eines sachlichen Arguments für oder gegen rechtlich positivierte Mitbestimmung des Vaters.

Zwar nicht ohne jede Überzeugungskraft, aber doch etwas sehr kurz gegriffen, ist das Argument, dass wer nicht existiert diesen Mangel des Lebens nicht beklagen kann. Der Embryo nun hat noch kein Eigeninteresse, so würde auch hier niemand, insbesondere er selbst nicht, sein Nicht- Leben beklagen können.

Die §§ 96ff des StGB erfassen in all ihren Varianten nur vorsätzliche Tötungen des ungeborenen Kindes, gegen alle anderen Angriffe, wie Verletzungen, Gesundheitsschädigungen und alle fahrlässigen Beeinträchtigungen besteht keinerlei strafrechtlicher Schutz. Für *Kurt Schmoller* ist dies jedoch ausreichend; eine Strafbarkeit der Mutter, die aufgrund ungesunder Lebensweise, wie zB Rauchen während der Schwangerschaft, welches er aber nicht als konkretes Beispiel anführt, ihr Kind schädigt, lehnt er ab²⁹⁹. Dies überrascht etwas, da er generell der Abtreibung nicht sehr wohl gesonnen zu sein scheint und dem Schutz des ungeborenen Kindes sonst einen sehr hohen Stellenwert zuweist, was meines Erachtens etwas inkonsequent erscheint, da er diese Differenzierung nicht mit weiteren Argumenten untermauert. Gerade der Schutz der Gesundheit der Leibesfrucht sollte, abgesehen vom Arbeitsrecht wo Bestimmungen bestehen, nicht unbeachtet bleiben.

Jürgen Habermas fasst das grundrechtliche Problem prägnant zusammen:

„Ich teile die Auffassung, dass es keine weltanschaulich neutrale Beschreibung gibt, die den Achtzeller als Person und damit zum Träger unbedingt zu achtender Grundrechte qualifizieren könnte“^{300 301}.

²⁹⁸ Siehe sogleich unten, beim Vfgh- Erkenntnis sowie bei *Tauber*, Fristenlösung.

²⁹⁹ *Schmoller* im Salzburger StGB Kommentar zu §§ 96 – 98. Sein Beispiel ist jedoch der Extremsport.
³⁰⁰ *Habermas* in *Fleischhacker (Hg)*, Schutz des Menschen vor sich selbst, 12. Das Zitat stammt zwar aus der Embryonenforschungsdebatte, ist im gegebenen Zusammenhang aber ebenso passend.

³⁰¹ *Berka* spricht der Leibesfrucht, „zumindest ab dem Zeitpunkt seiner [des Embryos, Anm] Entwicklung zu einem mit Individualität ausgestatteten lebensfähigen menschlichen Wesen“ das Grundrecht auf Leben zu. Dies ist mit einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnissen zu belegen, welche er, wie auch der deutsche Bundesverfassungsgerichtshof mit 14 Tage nach der Empfängnis ansetzt. *Berka*, Grundrechte, 212.

Auffallend in den bisher zitierten Stellen, denen der Versuch zu Grunde liegt, einen allgemeinen Querschnitt zu bieten, ist, dass sie alle ausnahmslos von Männern stammen³⁰².

Insbesondere in der Abtreibungsdebatte unter den Rechtswissenschaftlern finden sich vermutlich ausschließlich, jedenfalls aber überwiegend³⁰³, Männer, die größtenteils auch noch eher skeptisch gegenüber der Fristenlösung sind. Extrembeispiel ist hierfür wohl *Norbert Hoerster*, der auch im Fall einer Vergewaltigung unter bestimmten Voraussetzungen überlegt, die Abtreibung zu untersagen³⁰⁴.

Zurückzuführen ist dies vielleicht auf den Mangel von positivierten Frauenrechten, auch wenn diese Erklärung nicht umfassend wäre. Schließlich ist meines Erachtens bei einem derartigen Thema jeder und jede ex ante in Verdacht, mit den eigenen Argumenten nur die eigene schon bestehende, persönliche (Wert-)Meinung zu untermauern, das Bestehen oder nicht Bestehen von eigenen Frauenrechten hätte das Ergebnis nicht zwingend grundlegend verändert.

Dies und der postfeministischen³⁰⁵ Stimmung der Gegenwart zum Trotz sollen hier auch feministische Stimmen Erwähnung finden, obgleich diese von der reinen Rechtslehre her betrachtet kaum rechtswissenschaftliche Argumente anführen. Die „Weltanschaulichkeit“ der Debatte rechtfertigt aber meines Erachtens diesen Sidestep außerhalb juristisch zugänglicher Gebiete.

Grundsätzlich sind in der feministischen Diskussion hierzu die folgenden Argumentationsstränge zu beobachten:

Die bekannteste Begründung dafür ist, Schwangerschaftsabbruch sei ein (naturrechtliches) Frauenrecht. Dies vor dem Hintergrund, den weiblichen Körper nicht durch (anthropozentrische) Gesetze und gesellschaftliche Normen fremdbestimmt zu machen. Ein Verbot der Abtreibung wäre ein Verfügen von

³⁰² Im Rahmen der im Jahr 2007 aktuellen Diskussion zwischen Staat und Kirche in Brasilien meinte der dortige Gesundheitsminister Jose Temporao dazu „Wenn Männer schwanger würden, hätten sie eine andere Meinung zu dem Thema“.

³⁰³ Mir ist bis jetzt kein juristischer Aufsatz, kein rechtswissenschaftliches Buch odgl einer Autorin zum Thema untergekommen. Zwar erhebt meine Recherche nicht den Anspruch auf Vollständigkeit, eine gewisse Tendenz lässt sich aber daraus ableiten.

³⁰⁴ *Hoerster*, Abtreibung im säkularen Staat, 37.

³⁰⁵ Postfeminismus ist in der aktuellen feministischen Debatte ein oft gebrauchtes Schlagwort. Es bezeichnet die landläufige Meinung, um Frauenrechte zu kämpfen sei nicht mehr nötig, da schon alles erreicht sei. Vgl zB *Tauber*, Fristenlösung, 3 mwN. Schließlich sind in der Windelwerbung jetzt auch schon Männer zu sehen.

anderen über den weiblichen Körper. Diese Argumentation fand vor allem in dem Slogan „Mein Bauch gehört mir“³⁰⁶ Verbreitung.

Sonja Tauber begründet das mit dem Recht auf körperliche Unversehrtheit³⁰⁷, abstrakter könnte das Recht auf Selbstbestimmung wohl auch aus der Menschenwürde abgeleitet werden.

Eine andere Argumentationsschiene führt das Recht auf Gewissensfreiheit als Grundlage an. Die moralische Autonomie jeder Frau hat respektiert zu werden, Bevormundung durch andere darf nicht passieren. Eine gesamtgesellschaftliche Moral gibt es nicht mehr, schon allein deswegen muss jede einzelne als eigenes moralisches Subjekt behandelt werden. Moralische Entscheidungen sind immer auch personen- und situationsbezogen, ein Verbot der Abtreibung wäre (auch) ein Eingriff in das Recht auf Gewissensfreiheit.

Da die verschiedenen feministischen Strömungen sehr inhomogen sind³⁰⁸, gibt es noch weitere Begründungen. So beispielsweise, dass jede Frau über ihre eigenen Reproduktionsmechanismen verfügen können muss, und mangels sicherer Verhütungsmethoden Abtreibung deswegen als logische Konsequenz gestattet sein muss. Auch im Hinblick auf eine selbst bestimmte Lebensplanung, die in letzter Konsequenz auch der Abtreibung bedarf, wird argumentiert uvm.

Zumeist wird auch ein Recht auf Schwangerschaftsabbruch gefordert, teilweise auch ein Grundrecht³⁰⁹. Bei den meisten Argumenten wird zwischen positiven rechtlichen Bestimmungen und Rechten, die aus feministischer Sicht ohne positiviert zu sein, bestehen, nicht unterschieden. Weiters wird der Leibesfrucht selbst im Gros der Fälle kein eigenes Recht zugestanden, sie wird zumeist nicht als von der Mutter verschieden betrachtet.

Ungeachtet der damaligen und aktuellen Diskussionen ist die Fristenlösung nun schon seit 30 Jahren in Kraft. Da es nicht möglich war, die verschiedenen Interessen „unter einen Hut“ zu bringen, ist sie nur ein Abwägen dieser gegeneinander. Selbstverständlich blieb auch die Fristenlösung nur ein Kompromiss, der nur das politisch Machbare darstellt. Das Jahrzehnte lange Bestehen der Regelung mit

³⁰⁶ Vgl zB http://www.ceiberweiber.at/ceiberweiber_alte_seite/wahl1/meinbauch.htm, 26.05.2009.

³⁰⁷ *Tauber*, Fristenlösung, 100f.

³⁰⁸ Für eine verkürzte Auflistung einiger wichtiger Strömungen ist das Internet sehr dienlich, zB http://de.wikipedia.org/wiki/Feminismus_mwN, 26.05.2009.

³⁰⁹ Vgl zB zu den letzten Absätzen: *Tauber*, Fristenlösung, 99ff, mwN.

verhältnismäßig wenigen Diskussionen zeigt, dass dieser Kompromiss trotz aller ungelöster Probleme der gegenwärtig tragfähigste mögliche ist.

Manche Bruchtests musste die Regelung bestehen, bevor sie sich als dieser Kompromiss etablieren konnte, als erstes den Antrag der Salzburger Landesregierung³¹⁰, den § 97 StGB wegen Verfassungswidrigkeit aufzuheben, über den der VfGH im Erkenntnis vom 11. Oktober 1974, G 8/74, Vfslg 7400/1974 erkannte. Der Antrag wurde wie aus dem Datum des Erkenntnisses ersichtlich, schon im Jahre 1974 gestellt, obwohl das Gesetz erst mit 1. Jänner 1975 in Kraft trat (§ 322 Abs 1 StGB).

Die Landesregierung machte eine Verletzung des Rechts auf Leben und auf Gleichheit vor dem Gesetz geltend. Letzteres wurde damit begründet, dass Ungeborene im Strafrecht aufgrund ihres Lebensalters ungleich behandelt wurden und damit, dass ein Elternteil ohne Anhörung des anderen über das Kind entscheiden könnte, was eine Ungleichstellung bedeutete³¹¹. Nach einer Stellungnahme der Bundesregierung³¹² fügte die Landesregierung noch hinzu, der Ehemann würde um das Recht auf Familiengründung gebracht, da es der Willkür seiner Frau unterstellt werde, ob seine Nachkommenschaft zur Welt komme oder nicht.

Zum Grundrecht auf Leben sprach der VfGH aus, nach dem Staatsgrundgesetz müsse der Staat das Leben nur vor staatlichen Eingriffen schützen, nicht jedoch vor Eingriffen anderer Privater, wie es hier der Fall war. Durch Auslegung der EMRK sei nicht festzustellen, ob diese das keimende Leben umfassen sollte oder nicht, im Zweifel sei bei völkerrechtlichen Verträgen aber vom gemeinsamen Minimum auszugehen, auch dass es zwar Ausnahmen vom Recht auf Leben für Geborene, aber nicht für Ungeborene gab, spräche gegen den Schutz des keimenden Lebens. Weiters habe die Republik, die auch zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der EMRK schon unter bestimmten, engeren Voraussetzungen den Schwangerschaftsabbruch straffrei gestellt hatte, keinen Vorbehalt diesbezüglich abgegeben. Einen derartigen

³¹⁰ Landeshauptmann war zu diesem Zeitpunkt Hans Lechner von der ÖVP.

³¹¹ Ein interessantes Argument zu einem Zeitpunkt, als das Eherecht keine Gleichstellung der Frau vorsah (erst die Familienrechtsreform 1975 – 1978 beendete die meisten Ungleichstellungen, zuvor zB durfte die Berufstätigkeit der Ehegattin untersagt werden, im Scheidungsfall rührte Vermögen iZw vom Mann her, der Mann konnte einseitig den Wohnsitz festlegen usw) und Vergewaltigung in der Ehe noch privilegiert war.

³¹² Bundeskanzler war zu diesem Zeitpunkt Bruno Kreisky, SPÖ, Justizminister Christian Broda, SPÖ. Ministerien resp Staatssekretariate für Frauenangelegenheiten gibt es erst seit 1979.

Vorbehalt hatte darüber hinaus kein anderer Staat abgegeben. Die Rechte, die der Staatsvertrag von St. Germain³¹³ gewähre, beträfen alle, so der VfGH, ebenso nur Geborene.

Bedenkend, dass die Leibesfrucht nicht von der Mutter getrennt lebensfähig ist und dass andere Staaten zu selben Ergebnissen kommen, führt der VfGH aus, dass die Leibesfrucht nicht durchgehend ein „Gleiches“ im Sinne des Gleichheitssatzes ist. Zu Art 8 und 12 EMRK erkannte der VfGH, dass in diesen keine Aufforderung an den Gesetzgeber lege, einschlägige Strafbestimmungen zu erlassen, der VfGH hob § 97 Abs 1 Zif 1 StGB idF BGBl 60/1974 nicht auf.

Welchen Effekt haben nun die Abtreibungsdebatte und die dortigen Fragestellungen und die zugehörigen Antwortversuche auf Rauchen in der Schwangerschaft im öffentlichen Recht?

Der Schwangerschaftsabbruch wird über den Weg des Strafrechts gelöst. Für das Strafrecht jedoch fängt der Mensch als Objekt der Tatbestände (mit Ausnahme §§ 96 – 98) erst mit der Geburt an. Eine Schädigung der Leibesfrucht würde strafrechtlich, wenn überhaupt, nur über die Mutter, zu belangen sein. Ein eigenes Delikt für Verhalten (abseits der Abtreibung) der Mutter, welches die Leibesfrucht schädigt, fordern, soweit ich dies überblicken kann, paradoxerweise nicht einmal konsequente Abtreibungsgegner, wobei auch nirgends versucht wird diesen offensichtlichen Widerspruch zu erklären. Ein strafrechtlicher Schutz der Leibesfrucht vor Schäden im Zusammenhang mit Rauchen besteht also nicht. Immerhin bringt die Tabakgesetznovelle 2008 diesbezüglich Verbesserungen und die steiermärkische Gebietskrankenkasse bietet Rauchentwöhnungsprogramme für Schwangere und deren Lebenspartner an – gegen einen Selbstbehalt von 30 €³¹⁴.

Arbeitsrechtlich ist die Situation wie schon dargestellt so, dass nur nicht rauchende werdende Mütter in den Genuss des Rauchverbots kommen, die niederösterreichische Regelung ist nicht ganz eindeutig, wobei die Gesamtschau der Rechtsordnung vielleicht doch nahe legt, dass der NÖ Gesetzgeber meines Erachtens bewusst von der sonst einhelligen Regelung Abstand genommen hat, um tatsächlich ein Rauchverbot am Arbeitsplatz von Schwangeren, die Schwangere selbst mit eingeschlossen, zu erwirken.

³¹³ StGBL 303/1920.

³¹⁴ Der Standard vom 11. November 2008.

Meiner Meinung nach jedoch zeigen sich im gegebenen Zusammenhang zwei Tendenzen des Gesetzgebers:

Zum einen ein Bestreben, den Tabakkonsum gering zu halten und alle vor den schädlichen Auswirkungen zu bewahren, zum anderen die Leibesfrucht, soweit im Rahmen des Umsetzbaren möglich, zu schützen. Vor diesem Hintergrund wäre es meines Erachtens noch vertretbar, am Arbeitsplatz von Schwangeren ein Rauchverbot zu verhängen, welches auch die Schwangere selbst umfasst.

Ein generelles Rauchverbot für Schwangere wäre wohl problematisch, abgesehen von der Schwierigkeit der Durchsetzung.

Exkurs: Zivilrecht und Rauchen - Innerfamiliäre Pflichten, tabakinduzierte Schäden und zivilrechtlicher Schadenersatz

Der Forderung, „*Weniger Staat und mehr Privat*“ ist oft schon unbewusst vorausseilender Gehorsam geleistet worden. So sind oft Bestimmungen, für die manche vielleicht eine Verwaltungsübertretung fordern, schon im zivilrechtlichen Wege durchsetzbar.

Exkurs 1: Die Zigarette und das Produkthaftungsgesetz³¹⁵

Wird durch den Fehler eines Produkts ein Mensch getötet, an der Gesundheit geschädigt oder sonst wie verletzt oder beschädigt das fehlerhafte Produkt weitere Sachen, so haftet derjenige, der es hergestellt hat und/oder in Verkehr gesetzt hat.

Zunächst stellt sich die Frage, ob Gesundheitsschäden, die untrennbar und spätestens seit der Warnaufdrucke allgemein bekannt, mit dem zweckmäßigen Gebrauch, dem Genusskonsum, verbunden sind, überhaupt Fehler iSd PHG sein können. Bei dieser Beurteilung haben ua auch die Präsentation, die Darbietung in der Werbung, allfällige Instruktionen, Packungsbeilagen und Warnhinweise miteinbezogen zu werden. Da die Zigarettenhersteller samt und sonders dieser Warnpflicht nicht zuletzt aufgrund des TabakG nachkommen, kann von einer Fehlerhaftigkeit in Bezug auf die allgemeinen gesundheitsschädlichen Wirkungen von Tabakerzeugnissen mit der herrschenden Lehrmeinung nicht gesprochen

³¹⁵ BGBl 99/1988 idF BGBl I 98/2001.

werden³¹⁶. Dies gilt für die Gesundheitsgefährdung und die Suchtgefahr gleichermaßen. Es besteht daher keine berechtigte Erwartung der Gefahrlosigkeit. Zigaretten sind somit, trotz der Gesundheitsrisiken, prinzipiell nicht fehlerhaft iSd § 5 PHG.

Das PHG wurde 1988 in seiner Stammform erlassen und ist nicht rückwirkend, weswegen es müßig ist zu fragen, ob die Beurteilung vor der Warnpflicht und vor der Kenntnis der Öffentlichkeit anders ausgefallen wäre³¹⁷.

Davani sieht jedoch in den „suchtsteigernden Technologien“, also in den Zusatzstoffen, die die Sucht beschleunigen oder verstärken, einen Mangel iSd PHG. Dem Konsumenten sei das Vorhandensein dieser Stoffe nicht oder kaum bekannt, nicht alle stehen auf der Packung und ihre Wirkung ist teilweise überhaupt nur den Herstellern selbst bekannt³¹⁸.

Bydlinski bejaht ebenso den Schadenersatzanspruch nach PHG erwachsener Raucher gegen die Tabakproduzenten, aber nur im sehr genau und eng definierten Fall, dass diese unerwartet neue Zusatzstoffe beifügen, über deren Vorhandensein oder Wirkungen die Konsumenten nicht informiert werden³¹⁹.

Bydlinskis Ansicht kann argumentativ überzeugen, ihr ist ohne Vorbehalt zu folgen. Die Beimengung von neuen Zusatzstoffen, welche selbst den grundlegend informierten Konsumenten überraschen entsprechen keineswegs den berechtigten Erwartungen an das Produkt Zigarette. Ebenso überzeugt *Davani*, der einen Schritt weiter geht als *Bydlinski*, Zusatzstoffe, die quasi „geheim“ sind, also die der Konsument nur durch eigene chemische Tests oder Verfolgung der Fachdiskussion kennen kann oder Zusatzstoffe die zwar bekannt sind, deren Wirkung für den medizinischen oder biochemischen Laien, und damit den „normalen“ Konsumenten, aber unabsehbar oder unerkennlich sind begründen eine Ersatzpflicht iSd PHG.

³¹⁶ *Davani*, Konstruktionsfehler, *ecolex* 2004, 438.

³¹⁷ Vor dem Warenaufdruck auf den Packungen und vor der allgemeinen Bekanntheit der Gefährlichkeit des Rauchens wäre eine Haftung nach dem (noch nicht erlassenen) PHG seitens der Produzenten zu bejahen gewesen, da berechtigterweise an das Produkt gestellte Sicherheitserwartungen nicht eingehalten wären. Schwieriger zu beurteilen wäre zu dem Zeitpunkt, als zwar durch medizinische Berichte die Gefährlichkeit des Rauchens bekannt war, Warnhinweise aber noch nicht angebracht wurden. Hier ist es meines Erachtens angemessen, die Haftung nach dem (zukünftigen) PHG mit dem Hinweis auf das Menschenbild des Zivilrechts, nämlich jenes eines rationalen und grundlegend informierten Menschen zu verneinen.

³¹⁸ *Davani*, Konstruktionsfehler, *ecolex* 2004, 438f.

³¹⁹ *Bydlinski*, Produzentenhaftung, *ÖJZ* 1997/378.

Exkurs 2: Der Tabak und der Schadenersatz (§§ 1293ff ABGB)

Die herrschende Meinung, sofern sie sich mit dem Thema auseinandersetzt, verneint einen Schadenersatzanspruch des erwachsenen Rauchers vor dem Hintergrund, dass der Raucher sich selbst frei entscheidet³²⁰.

Leitner vertritt nun, nach eigener Aussage, eine Mindermeinung, die im Folgenden in aller Kürze dargestellt werden soll:

So leicht könne man es sich nicht machen, denn das Rauchen habe eine Sonderstellung. Während der auch durchschnittliche Bier-, Wein- oder Schnapstrinker, mag er auch häufig und viel trinken, nur in Ausnahmefällen tatsächlich süchtig sei und auch ohne Entzugserscheinungen pausieren kann, sei der durchschnittliche Raucher hingegen zumeist wirklich süchtig, kann nicht einfach so aufhören, seine Entscheidung weiterzurauchen ist deswegen nicht völlig frei, sondern findet im Rahmen von „verdünnter Willensfreiheit“ statt³²¹, so *Leitner*.

Zwischen Zigarettenhersteller und -konsument bestehe nur selten ein Vertrag. Allerdings entfalte der Vertrag zwischen dem Produzenten und dem Erstkäufer Schutzwirkung zu Gunsten desjenigen, der das Produkt konsumiere. Entscheidend für die Annahme dieses besonderen Rechtsverhältnisses sei, dass der Raucher am Ende der Kette dem Produkt des Produzenten vertraue und der Produzent, wengleich durch die Absatzkette aber im Endeffekt doch vom Letztverbraucher, ein Entgelt erhalte. Weiters werde die Zigarette ja nur für den Verbrauch durch den Letztkäufer hergestellt. Dies rechtfertige laut *Leitner* das besondere Verhältnis zwischen Zigarettenhersteller und -konsument, auch schon im vorvertraglichen Bereich.

Anknüpfungspunkt für die Haftung sei jedoch nicht das Inverkehrbringen, hier entscheide jeder frei, ob das Produkt konsumiert werde oder eben nicht, wie das auch die anderen Autoren beurteilen, sondern die Werbung. Die Zigarettenwerbung habe naheliegenderweise den alleinigen Zweck, Menschen zum Rauchen zu

³²⁰ Vgl zB *Bydlinski*, Produzentenhaftung, ÖJZ 1997, 378; *Leitner*, Ersatz von Raucherschäden, ÖJZ 2004/5; jeweils mwN.

³²¹ Hier zeigt sich schon der große Unterschied zu anderen Autoren, in dem der Grund für die unterschiedliche rechtliche Beurteilung liegt: Für *Bydlinski* sind Rauchen, Alkohol Trinken und das Fahren in Autos mit hoher Geschwindigkeit rechtlich gleich zu bewerten, während *Leitner* eine Sonderstellung des Rauchens aufgrund des seiner Meinung nach wesentlich größeren Suchtpotential sieht.

bewegen und nehme die vorhersehbaren und eventuell erheblichen Gesundheitsschäden der Raucher in Kauf.

Da die Rechtswidrigkeit hier durch einen Eingriff in absolut geschützte Rechtsgüter begründet werde, sei eine Interessensabwägung notwendig:

Für die Rechtswidrigkeit spreche, dass Leben und Gesundheit die höchsten Rechtsgüter sind und dass der Hersteller die Beeinträchtigung absehe und in Kauf nehme. Dagegen spreche, dass die Unternehmen nur ihren Gewinn steigern wollen, was durchaus legitim sei, dass es sich nur um eine psychische Kausalität handle und dass der Raucher immer noch selbst entscheide.

Die meisten der wenigen Autoren, die sich damit beschäftigt haben, beenden ihre Überlegungen an dieser Stelle mit dem Hinweis auf die freie Entscheidung des Rauchers. *Leitner* geht aber einen Schritt weiter und wirft das Menschenbild des ABGB in die Waagschale, welches den rational handelnden Menschen zum Vorbild hat. Rational sei es aber nicht zu erklären, dass sich jemand sehenden Auges eines derart hohen Gesundheitsrisikos ohne greifbaren Vorteil aussetze, weswegen die Rechtsordnung auf Wertungen durchsucht werden solle, wie mit solchem Verhalten umzugehen sei. In § 879 Abs 2 zif 4 ABGB findet sich eine derartige Wertung:

"Ein Vertrag ist nichtig, wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen läßt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in einem auffallendem Mißverhältnis steht." Das Gesetz suche also in diesem Fall den Leichtsinningen vor seiner eigenen, freien Handlung zu schützen, *Leitner* plädiert nun dafür, diese Wertung in die Überlegungen einzubeziehen.

Noch stärker falle dieser Schutz der „Leichtsinningen“ bei Jugendlichen ins Gewicht. Zwar darf an diese die Werbung nicht adressiert sein und war es meinen empirischen Erhebungen auch nie dezidiert, aber die Tabakwerbung nimmt zumindest in Kauf dass trotz allen Vorkehrungen auch Jugendliche zum Rauchen animiert werden.

Jedenfalls zu berücksichtigen ist das Mitverschulden der Rauchenden³²².

Zunächst muss das hier angeführte Menschenbild des ABGB beleuchtet werden, welches *Leitner* zufolge jenes des „Homo oeconomicus“, des wirtschaftlich rational

³²² Die obigen Absätze sind eine Zusammenfassung von *Leitner*, Ersatz von Raucherschäden, ÖJZ 2004/5 und eines persönlichen Gesprächs im März 2006.

handelnden Menschen ist. Aus einer wirtschaftlich- utilitaristischen Sichtweise ist das Rauchen in der Tat irrational, aber das ist meines Erachtens eine Sichtweise, die ebenso wichtige Elemente des menschlichen Daseins außen vor lässt:

Der Raucher erhält durch das Rauchen, genauso wie der Splatter- Horror- Film- Fan oder die AchterbahnfahrerIn, einen, nicht für jeden nachvollziehbaren, „Lustgewinn“, profitiert von seinem Verhalten also jedenfalls, nur nicht in ökonomischer Hinsicht. Besser wäre es, den „Modellmenschen“ des ABGB, als einen „Maßmensch“ anzusehen, der überlegt seine eigenen Bedürfnisse selbständig erfüllt, seien diese nun wirtschaftlicher oder sonstiger Natur³²³. Diese Spitzfindigkeiten beiseite gelassen, ist es freilich vertretbar zu behaupten, wer raucht handle aufgrund des Risikos der massiven Selbstschädigung, eben nicht überlegt, sondern „leichtsinnig“.

Wie schon erwähnt hat für *Leitner*, anders als für *Bydlinski*, das Rauchen eine Sonderstellung bezüglich Suchtgefahr und Gefährlichkeit, welche die Sonderstellung in der rechtlichen Behandlung rechtfertigt. Die naturwissenschaftliche Beurteilung dieser Gefährdungen kann durch den Juristen oder die Juristin nicht erfolgen, im Zweifelsfall immer auf Sachverständige zu warten sollte aber nicht die Lösung der Rechtswissenschaft sein.

Wie ebenso schon mehrfach erwähnt, kann Sucht psychisch oder physisch sein, und das Rauchen ist wohl beides. Nicht jede Sucht ist gleich stark, nur weil eine Sucht vielleicht „stärker“³²⁴ ist als eine andere, rechtfertigt das allein noch keinen (schadenersatzrechtlichen) Sonderstatus.

Die Sachverständigenmeinung vorbehalten, ist meines Erachtens das Privileg mit umgekehrten Vorzeichen des Tabakkonsums nicht angebracht. Nun mag das Rauchen schneller süchtig machen als das Joggen oder das Weintrinken, aber anders als bei bestimmten illegalen, harten Drogen macht nicht die erste Zigarette und auch nicht die erste Packung süchtig³²⁵; diese Suchtgefahr, die beim Rauchen schneller auftritt als bei anderen Aktivitäten, mag vielleicht ein Quantitätssprung sein, aber deswegen allein noch kein Qualitätssprung, der diese Sonderbehandlung rechtfertigt. Die Tabakindustrie weiß, dass das Produkt süchtig macht, negative Wirkungen zeitigt und dass die Werbung auch Jugendliche anspricht. Aber auch die Schokolade- oder Videospiele- Industrie weiß, dass ihre Produkte süchtig machen

³²³ Von einer rein ökonomischen Sicht her sind das Eingehen einer Ehe (abgesehen von sozialversicherungsrechtlichen Vorteilen) und das Verfassen eines Testaments ebenso schwierig zu begründen.

³²⁴ Inwiefern das überhaupt quantifizierbar und vergleichbar ist, sei dahingestellt.

³²⁵ Vielleicht die erste Stange, hier heißt es aber wieder auf den Sachverständigen warten.

können, negative Wirkungen zeitigen und richten ihre Werbung teilweise sogar konkret auf Jugendliche aus.

Abstrakt erscheint es daher angebracht, dem Umstand dass Zigaretten schneller, stärker odgl süchtig machen keine eigene, gesonderte Rechtswirkung zuzuerkennen; sollte sich (durch Sachverständigengutachten) herausstellen dass diese größere Gefahr aber eine gewisse Qualität erreicht, so ist die Sonderbehandlung durchaus angebracht. Diese Wertung erscheint mir auch mit dem ABGB im Einklang, so ist jemand der um 45% bei einem Rechtsgeschäft verkürzt wird, zwar schlechter gestellt als jemand der um 15% verkürzt wurde, hat aber trotzdem keine eigenen Rechtsbehelfe, anders als jemand, der um 60% verkürzt wurde³²⁶. Auch wird einer 13- Jährigen im Geschäftsverkehr die selbe Geschäfts- und Handlungsfähigkeit zugesprochen wie einer 9- Jährigen, einer 6- Jährigen hingegen nicht^{327 328}.

Obige Argumente haben als eingetreten Schaden, dessen Kausalität vorausgesetzt ist (und wohl von einem Sachverständigen zu beurteilen wäre), immer eine massive Beeinträchtigung der körperlichen Gesundheit. Doch ist nicht die reine Sucht als Zustand ebenso eine Schädigung? Im allgemeinen Sprachgebrauch unzweifelhaft, im Schadenersatzrecht verhält es sich weniger eindeutig.

Nach Rechtsprechung und vorherrschender Lehre sind psychische Schädigungen dann ersatzfähig, wenn sie eine Gesundheitsschädigung darstellen. Mit Hinweisen auf Aussendungen der OÖ Gebietskrankenkasse, die Sucht als Krankheit bezeichnen, und auf das Sozialversicherungsrechts stellt *Arbeithuber* dar, dass die Sucht für sich selbst genommen, vorausgesetzt sie erreicht eine gewisse Schwere, deren Beurteilung dem Sachverständigen obliegt, Krankheitswert hat und deswegen ersatzfähig ist³²⁹, Schuld, Kausalität usw vorbehalten.

In einem Standardartikel mit dem Titel „Generelles Rauchverbot ist umstritten“ befürwortet *Horst Lukanec* Schadenersatzansprüche von Nichtrauchern, die durch rauchende Arbeitskollegen eine (nicht näher ausgeführte) Gesundheitsbeeinträchtigung erlitten.

³²⁶ § 934 ABGB.

³²⁷ §§ 21, 151 ABGB.

³²⁸ Die Beispiele zeigen auch, dass derartige Qualitätsschranken bisweilen etwas willkürlich wirken können.

³²⁹ *Arbeithuber*, Rechtsfragen, ÖJZ 2005, 651.

Exkurs 3: Die Zigarette und die Familie

Mit einer Ausnahme³³⁰ ununtersucht blieben soweit innerfamiliäre Ansprüche im Zusammenhang mit dem Rauchen. Die Pflichten, die Eltern gegenüber ihren Kindern haben, regelt das ABGB, zB das Recht auf Unterhalt in § 140³³¹.

Im gegebenen Zusammenhang interessiert aber mehr der Begriff der Obsorge, §§ 144 ff ABGB. Obsorge umfasst besonders die Wahrnehmung des körperlichen Wohles und der Gesundheit sowie die unmittelbare Aufsicht, die Erziehung, besonders die Entfaltung der körperlichen, geistigen, seelischen und sittlichen Kräfte, die Förderung der Anlagen, Fähigkeiten, Neigungen und Entwicklungsmöglichkeiten (§ 146 ABGB).

Der Schutz der Leibesfrucht geht im Zivilrecht jedoch wesentlich weiter als im Strafrecht. So hat nach § 22 ABGB auch das ungeborene Kind³³² vom Zeitpunkt der Empfängnis an einen Anspruch auf den Schutz der Gesetze. Diese Rechtsfähigkeit ist durch die Voraussetzung der Lebendgeburt bedingt und durch die Reduzierung auf Rechte beschränkt. Hieraus folgt die Indikation der Rechtswidrigkeit jedweder Verletzung des absoluten Rechts der körperlichen Integrität, nicht erst wenn die schädigende Handlung auf Grund anderer Schutzgesetze rechtswidrig erscheint³³³. Anhand von 3 fiktiven „Fällen“ sollen nun die wesentlichen Aspekte des innerfamiliären Schadenersatz mit Tabak- Bezug dargestellt werden.

Fall 1

Die Leibesfrucht wird durch den übermäßigen Tabakkonsum der Mutter in der Schwangerschaft geschädigt und begehrt nach Geburt Ersatz.

Ein Schaden liegt durch die gesundheitlichen Konsequenzen vor. Das Verhalten der Mutter ist kausal für den Schaden.

³³⁰ Siehe sogleich bei „Fall 3“.

³³¹ Diese Bestimmungen werden zum Privatrecht gezählt. So wie jede Einteilung in öffentliches und privates Recht könnte auch diese hinterfragt werden. Gerade hier tritt der Staat auf und trägt den Eltern mittels seiner Befehlsgewalt auf, wie sie sich zu verhalten haben. Auch im Fall des (krassen) Zuwiderhandelns besteht die Möglichkeit, dass der Staat in Form des Jugendwohlfahrtsträgers (oder des Gerichts) einschreitet.

³³² Da das ABGB einen sehr weit reichenden Schutz vorsieht, scheint diese Bezeichnung angebracht.

³³³ Aicher in *Rummel (Hg)*, Kommentar zum ABGB, 95.

Die Rechtswidrigkeit kann in diesem Zusammenhang nur über den Eingriff in absolut geschützte Rechtsgüter konstruiert werden. Sittenwidriges Verhalten allein zu behaupten wäre nicht gänzlich überzeugend, eine Schutznorm für die Leibesfrucht besteht wie schon ausgeführt nicht.

Ein Eingriff in ein absolut geschütztes Rechtsgut bedeutet nicht automatisch Rechtswidrigkeit, er indiziert diese nur. Deswegen hat eine umfassende Interessensabwägung stattzufinden, wo der Wert der gefährdeten Güter, das Ausmaß des drohenden Schadens, die Gefahreneigtheit des Verhaltens und das Interesse der Handelnden gegeneinander abgewogen werden³³⁴.

Notwehr und Notstand liegen nicht vor, auch Sozialadäquanz, abgesehen von ihrer Strittigkeit in der Zivilrechtslehre, kann nicht ins Treffen geführt werden, da Rauchen in der Schwangerschaft (anders als Rauchen sonst) kein sozialadäquates Verhalten darstellt.

Die Güterabwägung wird zugunsten des ungeborenen Kindes ausschlagen:

Der Wert der Gesundheit ist höher als das Interesse der Mutter am Tabakkonsum, der drohende Schaden ist beim gewählten Beispiel des starken Rauchens nicht zu unterschätzen und seine Eintrittswahrscheinlichkeit entsprechend hoch.

Ein weiteres Mal kann hier angeführt werden, dass der Gesetzgeber, insbesondere im Bereich des Zivilrechts, das ungeborene Kind besonders weit reichend schützt, was ebenso für eine Ersatzpflicht der Mutter spricht. Aufgrund der Warnhinweise auf den Zigaretten, die ja auch explizit die Gefahren im Zusammenhang mit der Schwangerschaft dartun, kann auch nicht das Argument des (vermutlich ohnehin fahrlässigen) Nicht- Wissens gebraucht werden.

Als stärkstes Gegenargument bliebe aber eventuell noch zu untersuchen, ob der Gesetzgeber des ABGB die Leibesfrucht auch schon vor der Geburt derart selbständig und von der Mutter losgelöst betrachten will, dass sie tatsächlich einen derartigen Anspruch geltend machen kann, doch gibt es keinen Anhaltspunkt, der diese Bedenken ausreichend bestätigen würde.

Abgesehen von der Unwahrscheinlichkeit des Auftretens eines derartigen Ersatzbestrebens des Kindes gegen die Mutter, könnte dieses also von Erfolg gekrönt sein.

³³⁴ Vgl zB *Apathy/Riedler*, Schuldrecht BT, 116f.

Fall 2

Das Kleinkind liegt in der Wiege, der beaufsichtigende Elternteil raucht extrem stark und konsequent. Durch das Passivrauchen wird das Kind geschädigt.

Die Lösung ist meines Erachtens ident mit der oben besprochenen. Das gelöste Problem der Rechtsfähigkeit stellt sich hier nicht und es sind beide Elternteile (und allfällige sonstige Erziehungsberechtigten) theoretisch belangbar, uU sogar zur ungeteilten Hand, weil auch durch die Unterlassung der Verhinderung Pflichten verletzt werden können. Auch hier liegt ein Fall eines Eingriffs in absolut geschützte Rechtsgüter vor, da auch hier kein eigenständiges Schutzgesetz besteht. Die Interessensabwägung wird zum selben Ergebnis führen, hier sogar deutlicher, da die Schwangere vom Rauchen ganz Abstand nehmen muss, während der beaufsichtigende Elternteil ja auch andernorts rauchen kann.

Variante Fall 2

Das Kleinkind liegt in der Wiege, das beaufsichtigende Au pair raucht extrem stark und konsequent. Durch das Passivrauchen wird das Kind geschädigt.

Das Ergebnis ist meines Dafürhaltens mit dem Grundfall gleich, der Weg dorthin differenziert:

Die Verpflichtung, das Wohl des Kindes zu schützen kommt hier nicht aus den Elternpflichten sondern aus dem Au pair- Vertrag, der Schutzwirkungen zugunsten des Kleinkindes als Dritten entfaltet. Im Übrigen könnte man überlegen, ob nicht die Eltern aufgrund ihrer Sorgereverpflichtung verpflichtet sind, ein Au pair auszuwählen, das so etwas nicht macht bzw solch ein Verhalten zu unterbinden.

Fall 3

Das Kind im Volksschulalter beginnt, aufgrund des Gruppendrucks oder anderer Umstände, selbst stark zu rauchen. Die Eltern, obgleich sie davon wissen, machen keinerlei Anstalten, dieses Verhalten zu unterbinden. Bis zum Erreichen der Mündigkeit hat das Kind deswegen schwere Gesundheitsschäden davon getragen.

Hier ist die Konstellation eine andere, nicht das Kleinkind, ohne Möglichkeit zur Gegenwehr, ist unfreiwillig dem Rauch ausgesetzt, das Kind raucht selbst aus mehr

oder weniger freiem Willen, fügt sich den Schaden selbst zu, ohne Zutun eines anderen. Dem Kind mangelt es aber, zumindest in den Augen des Gesetzgebers, an der notwendigen Einsicht, es steht, wie schon § 21 ABGB besagt, unter dem besonderen Schutz der Gesetze, eben weil es die Gefahren seines eigenen Handelns nicht abschätzen kann. Anders die Eltern, denen in Form der Aufsichtspflicht nicht nur ein Unterlassen, sondern auch ein aktives Tun auferlegt wird. Die Rechtswidrigkeit und, da die Eltern es bewusst unterlassen, die Schuld sind gegeben, auch hier besteht ein Schadenersatzanspruch³³⁵, selbst wenn die einzige Beeinträchtigung nur eine Sucht mit Krankheitswert wäre.

Ein weiteres zivilrechtliches Problem stellt sich mit einer Erziehungsmaßnahme, von der wohl schon jeder gehört hat:

Die Eltern³³⁶ geben dem Kind, welches demnächst ins Sucht- gefährdete Alter kommt, eine Packung Zigaretten und bringen es dazu, diese zumindest teilweise zu konsumieren. Da mir diese Geschichte nur von Nichtrauchern erzählt wurde, ist die Effektivität glaubwürdig, fraglich bleibt noch, ob solche Maßnahmen mit § 146a ABGB in Einklang gebracht werden können. Dieser normiert, dass die Eltern die Anwendung von Gewalt und die Zufügung körperlichen oder seelischen Leides bei der Durchsetzung ihrer Anordnungen zu unterlassen haben. Klar verboten sind Schläge und die Zufügung jeglicher Qualen, ebenso klar ist, dass bestimmte erlaubte Anordnungen jedenfalls mit Leid verbunden sind, auch wenn sie dem Kindeswohl dienen, wie beispielsweise das Trennen vom geliebten Haustier, welches aber eine schwere allergische Reaktion hervorruft³³⁷ oder „Fernsehverbot“. Die obige Maßnahme fällt noch nicht in den Bereich des eindeutig Verbotenen, doch bleibt ihre Einordnung schwer. Anfang Juni 2006 wurde in den Medien von einem Fall berichtet, wo die Eltern dem rebellierenden Kind auf dessen wiederholten, lautstarken Wunsch gestatteten, eine Flasche Wein zu konsumieren. Das Kind erlitt eine Alkoholvergiftung, den Eltern wurde die Obsorge entzogen, wenngleich vermutlich nicht dauerhaft, die Berichte waren im Laufe des Verfahrens veröffentlicht worden, wie es letzten Endes ausging, war den Medien nicht mehr zu entnehmen. Dies macht die Beurteilung des „Zigaretten- Sachverhalts“ schwieriger, da aber die Effekte bei

³³⁵ In ähnlicher Konstellation zu vergleichbarem Ergebnis mit ausführlicherer Begründung: *Arbeitshuber*, Rechtsfragen, ÖJZ 2005, 653.

³³⁶ Im letzten Fall aus dem Bekanntenkreis, der mir erzählt wurde, war es der stark rauchende Großvater.

³³⁷ *Stabentheiner* in *Rummel (Hg)*, Kommentar zum ABGB, 265f.

einmaligem Konsum gesundheitlich wohl vernachlässigbar sind, anders als bei einer Alkoholvergiftung, ist es wohl vertretbar, sie in einen Graubereich einzuordnen, der noch gestattet ist, sofern das Kind selbst den Wunsch erkennbar macht, die Zigaretten zu konsumieren.

Wenn aber der Graubereich überschritten ist, kann die Obsorge auch entzogen werden (§ 176 ff ABGB). Diese Entziehung oder Einschränkung der Obsorge muss dringend geboten sein, was voraussetzt, dass dies nach einem strengen Maßstab zu prüfen ist³³⁸. Ob ein Ignorieren des Tabakkonsums des Kindes dieses Kriterium erfüllt, ist zu bezweifeln, auch im Hinblick darauf, dass dem Kind ein gewisses Maß an Autonomie in solchen Belangen zuerkannt werden sollte. Im Bereich des Rauchens ist wohl keine Verfehlung alleine Grund genug, die Obsorge tatsächlich zu entziehen.

In einzelnen Entscheidungen des OGH wird ein übermäßiger Zigarettenkonsum der Elternteile, denen die Obsorge zu Gunsten des anderen Elternteils entzogen wird, als einer von mehreren Gründen angeführt³³⁹. Besonderes Gewicht hat dieser Umstand hinsichtlich der ergangenen Urteile nicht.

3.3.4. Krankenhäuser, Schulen, Kurbäder und Horte

Das steiermärkische Krankenanstaltengesetz³⁴⁰ verlangt von der Anstaltsträgerin das Festlegen einer Anstaltsordnung, die ein Rauchverbot beinhalten muss (§ 9 Abs 1 lit h). Es besteht die Möglichkeit, Rauchzonen einzurichten.

Auch nach dem Tiroler Krankenanstaltengesetz³⁴¹ hat jede solchartige Anstalt eine Anstaltsordnung zu erhalten (§ 10 Abs 1). Diese hat die Räume zu beinhalten in denen das Rauchen gestattet ist (§ 10 Abs 1 lit h), dem Umkehrschluss zufolge ist in anderen Räumen das Rauchen untersagt. Ebenso findet sich im Vorarlberger Gesetz über Krankenanstalten³⁴² eine Bestimmung, derzufolge entweder in einzelnen Räumen das Rauchen erlaubt sein kann, oder aber in der Anstaltsordnung ein generelles Rauchverbot zu verfügen ist (§ 29 Abs 2 lit g).

³³⁸ *Stabentheiner in Rummel (Hg)*, Kommentar zum ABGB, 335.

³³⁹ OGH 12. 3. 2002, 5 Ob 56/02z; OGH 11. 9. 1997, 6 Ob 251/97y.

³⁴⁰ Steiermärkisches LGBl 66/1999 idF LGBl 145/2006.

³⁴¹ Tiroler LGBl 35/1958 idF LGBl 54/2008.

³⁴² Vorarlberger LGBl 54/2005 idF 67/2008.

In § 10 Abs 1 lit h des Wiener Krankenanstaltengesetzes³⁴³ wird der Rechtsträger der Einrichtung verpflichtet, für diese eine Anstaltsordnung zu erlassen. Diese beinhaltet vom Gesetz vorgegeben nicht nur Informationen über Zweck der Anstalt und ihre Vertretungsbefugten nach außen, ihre Betriebsform und die angebotenen Therapieformen, sondern unter anderem auch die Festlegung eines grundsätzlichen Rauchverbots in der Kureinrichtung, wobei jedoch Zonen für Raucher eingeräumt werden können; diese Rauchzonen haben entsprechend gekennzeichnet zu sein.

Wortgleich findet sich die demzufolge idente Regelung in § 17 Abs 1 Z 8 Wiener Heilvorkommen- und Kurortegesetz³⁴⁴, wobei die Vermutung naheliegt ist, dass die Krankenanstalten diesbezüglich Vorbild für die Kurorte waren.

§ 10 der burgenländischen Verordnung über die Schul- und Heimordnung an landwirtschaftlichen Berufs- und Fachschulen³⁴⁵ verbietet den Schülern nicht nur den Genuss von Alkohol (mit Ausnahme im Bereich des Weinbaus (Abs 2)), sondern auch das Rauchen in der Schule, an sonstigen Unterrichtsorten und bei Schulveranstaltungen. Soweit Jugendschutz und Tabakgesetz nicht entgegenstehen (was das TabakG sehr wohl tut, wie weiter oben dargestellt), kann die Hausordnung in bestimmten Teilen der Liegenschaft das Rauchen gestatten, außer in Räumen wo Schüler untergebracht sind (Abs 3).

In der NÖ Hortverordnung³⁴⁶ und in der NÖ Tagesbetreuungsverordnung³⁴⁷ wird jeweils in § 9 Abs 3 wortgleich das Rauchen in Räumen, zu denen Kinder und Jugendliche Zugang haben, verboten. Die Überschrift beider §§ 9 und dazugehörigen weiteren Paragraphen sind Brandschutz, das Rauchverbot ist jedoch auch der Gesundheit der betreuten jungen Menschen dienlich.

³⁴³ Wiener LGBl 23/1987 idF LGBl 21/2008.

³⁴⁴ Wiener LGBl 13/2007.

³⁴⁵ Burgenländisches LGBl 30/1985 idF LGBl 38/1997, Verordnungsermächtigung in § 48 des Burgenländischen Landwirtschaftlichen Schulgesetzes (LGBl 30/1985 idF LGBl 32/2001).

³⁴⁶ NÖ LGBl 34/97 idF LGBl 87/99, Verordnungsermächtigung in § 4 lit b NÖ Kinderbetreuungsgesetz (LGBl 112/96 idF LGBl 172/2001).

³⁴⁷ NÖ LGBl 4/1997 idF LGBl 86/99, Verordnungsermächtigung in § 4 lit b NÖ Kinderbetreuungsgesetz (LGBl 112/96 idF LGBl 172/2001).

3.3.5. Nichtlinienmäßiger Personenverkehr

Detaillierte Regelungen enthält die Wiener Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung³⁴⁸. So wird nicht nur geregelt, dass Taxis regelmäßig äußerlich gereinigt werden sollen, es sind auch Aschenbecher im Inneren stets benutzbar zu halten (beide Bestimmungen § 2 Abs 3), falls das Taxi kein Nichtraucher-Taxi ist.

Jene Taxis, die als Nichtraucher-Taxis Verwendung finden, müssen von außen als solche deutlich erkennbar sein³⁴⁹ (§ 2 Abs 4).

§ 5 Abs 2 verbietet dem Fahrer oder der Fahrerin ausdrücklich, während der Beförderung von Fahrgästen zu rauchen, Abs 3 dehnt dies auch auf den allfälligen Ersatzfahrer aus. Der Umkehrschluss ist nahe liegend, dass während der Fahrt ohne Kunden, zB um sie abzuholen oder zurück zum Taxistandplatz zu gelangen, das Rauchen, sofern mit der StVO vereinbar, gestattet ist.

§ 10 gibt, ähnlich den Beförderungsbedingungen der Wiener Linien, exemplarisch Gründe an, weswegen ein potentieller Fahrgast von der Beförderung ausgeschlossen werden kann³⁵⁰. Einer der angeführten Verweigerungsgründe ist das Rauchen im Nichtraucher-Taxi.

In § 11 wird kategorisch das Rauchen bei Schülertransporten verboten, dies gilt, zumindest nach dem Wortlaut des Gesetzes³⁵¹ für Fahrer, Schüler und Begleitpersonen gleichermaßen.

Übertretungen von Bestimmungen dieser Verordnung sind als Verwaltungsübertretungen nach § 14 Abs 1 des Gelegenheitsverkehrs-Gesetzes³⁵²

³⁴⁸ Wiener LGBl 71/1993 idF LGBl 14/2007, Verordnungsermächtigung § 13 Abs 3 des Gelegenheitsverkehrs-Gesetzes (BGBl 112/1996 idF BGBl I 153/2006).

³⁴⁹ Trotz langjährigem Wohnen in Wien ist mir ein solches noch nie aufgefallen. In einer von mir in ein Internetforum gestellten Umfrage mit sehr geringem Sample kreuzte nur eine der Befragten an, jemals eines gesehen zu haben, ca 50% gaben an, weder eines gesehen zu haben noch überhaupt von deren Existenz gewusst zu haben. „Spezialwünsche wie z.B. Nichtraucher-Taxi oder Taxi mit Kindersitz können ebenso erfüllt werden.“ findet sich auf Taxi60160.at (14.04.2005), meine Anfrage an 3 große Taxiunternehmen in Wien, wie viele Nichtraucher-Taxis diese betreiben und wie die Resonanz auf diese ist, wurde nur vom Call Center von Taxi60160 beantwortet:

Dieser Antwort zufolge sind von 750 Taxis 113 Nichtraucher-Taxis (also ~15%), 6% der Bestellungen seien explizit nach Nichtraucher-Taxis, 6% der Bestellungen ebenso explizit nach einem Raucher-Taxi (Email vom 25.04.2005., beantwortet von Manfred Dormandl).

³⁵⁰ Fraglich ist, ob aus dem Umkehrschluss allein ein Kontrahierungszwang für Taxibeförderungsunternehmen abgeleitet werden kann. § 24 normiert jedoch ohnehin eine Beförderungspflicht innerhalb des Bundeslandes Wien.

³⁵¹ § 11. Bei Schülertransporten ist das Rauchen nicht gestattet.

zu bestrafen (§ 38 Abs 1), wobei jedoch das Rauchen des Fahrgastes im Nichtraucher-Taxi als Übertretung einer Bestimmung die zum Ausschluss der Beförderung führt, nicht zu bestrafen ist (§ 38 Abs 2).

Im Bereich des nichtlinienmäßigen Personenverkehrs sind die Regelungen im Burgenland denen in Wien sehr ähnlich:

Die Lenkenden dürfen im Fahrdienst nicht rauchen, bei Schülertransporten darf ebenfalls nicht geraucht werden (§ 3 Abs 1 und Abs 2 Betriebsordnung für den nichtlinienmäßigen Personenverkehr³⁵³).

Personen, die im von außen als Nichtraucher-Taxis markierten Fahrzeug rauchen, können von der Beförderung ausgeschlossen werden (§ 4 Betriebsordnung für den nichtlinienmäßigen Personenverkehr).

Ähnlich die Verordnung des Landeshauptmanns von Oberösterreich betreffend die Betriebsordnung für das Taxi-Gewerbe und Mietwagen-Gewerbe mit Personenkraftwagen in Oberösterreich³⁵⁴, sie beinhaltet nicht nur detaillierte Bestimmungen, was die Fahrerinnen und Fahrer als Mindestbekleidung tragen dürfen (§ 6), sondern erlaubt auch, Personen die im KFZ rauchen, von der Beförderung auszuschließen (§ 11). In OÖ ist das Rauchen in Fahrzeugen des Taxigewerbes generell verboten (§ 12 Abs 1), ebenso das Essen und Trinken (Abs 2). Auch bei Schülertransporten darf nicht geraucht werden (§ 16).

Auch in Salzburg ist das Rauchen im Taxi verboten (§ 3 Salzburger Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung³⁵⁵), wer raucht kann ausgeschlossen werden (§9 Abs 2). Sicherheitshalber (oder wegen geringer Normentreue hinsichtlich § 3?) wird in § 13 das Rauchen bei Schülertransporten „ausnahmslos“ verboten.

Genauso dürfen in Salzburg die Fahrer während der Fahrt nicht rauchen, Fahrgäste nicht in Nichtraucher-Taxis und bei Schülertransporten darf niemand zur Zigarette (oder sonstigem Tabak) greifen, in Tirol muss der Fahrgast das Rauchen des Fahrers gestatten³⁵⁶.

³⁵² BGBl 112/1996 idF BGBl I 153/2006.

³⁵³ Burgenländisches LGBl 87/2002 idF LGBl 25/2008.

³⁵⁴ OÖ LGBl 94/2003, Verordnungsermächtigung § 13 Abs 3 des Gelegenheitsverkehrs-Gesetzes.

³⁵⁵ Salzburger Taxi-, Mietwagen- und Gästewagen-Betriebsordnung (Salzburger LGBl 56/1994 idF LGBl 84/2008).

³⁵⁶ Was mangels sonstiger Bestimmungen nahe legt, dass in Abwesenheit von Fahrgästen immer geraucht werden darf, das Taxi also auch einen gewissen Tabakgeruch aufweisen darf. Tiroler Personenbeförderungs-Betriebsordnung (Tiroler LGBl 48/2000 idF LGBl 123/2001).

Nach der NÖ Taxi- Betriebsordnung³⁵⁷ haben Fahrer und allenfalls mitfahrende Ersatzlenker neben anderen Tätigkeiten das Rauchen während der Fahrt zu unterlassen (§ 6 Abs 1), Fahrgäste haben alles zu unterlassen, was die Sicherheit gefährden könnte, dazu zählt auch das Rauchen ohne Zustimmung des Fahrers. Trotz expliziter Erwähnung von Schülertransporten wird bei diesen der Tabakkonsum für niemanden untersagt, dem NÖ Gesetzgeber erscheint wohl sein Jugendschutzgesetz ausreichend.

Nach der VO des Landeshauptmannes über die gewerbliche nichtlinienmäßige Personenbeförderung mit Kraftfahrzeugen³⁵⁸ kann in Vorarlberg zwar ein Fahrgast von der Beförderung ausgeschlossen werden, wenn er eine Ekel erregende Krankheit hat oder Schusswaffen mit sich führt³⁵⁹, im Gegensatz zu anderen Bundesländern ist Rauchen jedoch kein Grund, sofern es nicht aus sonstigen Gründen den ordnungsgemäßen Fahrbetrieb gefährdet. Konsequenterweise ist dem Fahrer oder der Fahrerin ebenso das Rauchen nicht untersagt. Nur bei Schülertransporten herrscht Rauchverbot, mangels Einschränkung für alle Beteiligten.

An dieser Stelle bietet sich ein kurzer Blick zum sonstigen öffentlichen Verkehr an. Aufgrund des TabakG ist in Stationen udgl das Rauchen verboten, wie schon oben beschrieben.

Die Beförderungsbedingungen der Verkehrsverbund Ostregion GesmbH³⁶⁰ verbieten das Rauchen in U- Bahn- Stationen und in Fahrzeugen, Ausnahme sind nur besonders gekennzeichnete Fahrzeuge (Punkt N 1 f der Beförderungsbedingungen). Im Falle der Missachtung hat das Beförderungsunternehmen das Recht, die im Anhang festgelegten Strafgebühren einzuziehen (Punkt N 2), Personen, die die vorgeschriebene Ordnung nicht beachten oder den zu ihrer Aufrechterhaltung getroffenen Anordnungen der Bediensteten des Verkehrsunternehmens nicht Folge

³⁵⁷ NÖ LGBl 16/1994 idF LGBl 248/2001, Verordnungsermächtigung § 13 Abs 3 und 4 des Gelegenheitsverkehrs-Gesetzes.

³⁵⁸ Vorarlberger LGBl 13/1995 idF LGBl 28/2007.

³⁵⁹ § 6 Abs 1 lit c, es sei denn er ist ein Organ des öffentlichen Sicherheitsdienstes.

³⁶⁰ Abrufbar zB über www.wienerlinien.at.

leisten, können darüber hinaus von der Beförderung ausgeschlossen werden (Punkt D 1 a). Seit 1. September 2007 sind alle Personenzüge der ÖBB rauchfrei³⁶¹.

Auch wenn die Straßenverkehrsordnung (StVO)³⁶² und das Kraftfahrzeuggesetz³⁶³ Bundesgesetze sind, sei an dieser verkehrseinschlägigen Stelle erwähnt, dass beide das Rauchen beim Fahren nicht verbieten, es wird aber in beiden großer Wert auf die Konzentration auf den Verkehr gelegt, die Beeinträchtigung durch Rauch oder herabfallende, glühende Teile von Zigaretten ist daher implizit zu vermeiden. Auf diese Gefahren wird auch im Rahmen der Führscheinausbildung in Fahrschulen explizit hingewiesen.

Und ein weiteres, wenngleich für österreichische Verhältnisse nahezu exotisches Reisemittel soll in diesen Exkursen nicht vergessen werden, das Kreuzfahrtschiff. Bei diesen richten sich die anwendbaren Vorschriften (zumeist) nach dem Heimathafen. Auf italienischen Kreuzfahrtschiffen ist daher zumeist das Rauchen verboten, in einzelnen Lokalen (zB Cognac & Zigarrenbar) ist das Rauchen gestattet. Auf US- Kreuzfahrtschiffen herrscht ein Rauchverbot in den Kabinen, ähnlich bei Schiffen mit norwegischem Hafen. Bei bestimmten Schiffen, basierend jedoch auf der Handhabe der Reederei, sind Pfeifen- und Zigarrenraucher noch wesentlich stärker eingeschränkt als Zigarettenrauchende³⁶⁴.

3.3.6. Brandschutz und Veranstaltungsrecht

Abgesehen von der gesundheitlichen Gefährdung geht vom Rauchen auch eine erhebliche Brandgefahr aus. Quer durch die verschiedensten Landesgesetze finden sich Vorschriften, die das Rauchen an bestimmten Orten oder in gewissen Situationen verbieten, um Bränden und Explosionen vorzubeugen.

Beispiele dafür finden sich mannigfaltig, hier ein paar repräsentativ ausgewählte:

³⁶¹ Aussendung der ÖBB Holding AG, abrufbar unter http://www.oebb.at/pv/de/Reisen_in_den_Bundeslaendern/Steiermark/Presseinformationen/PDF/07_August/20070831_PV_PI_Nichtraucherzuege.pdf, 31.08.2007.

³⁶² BGBl 159/1960 idF BGBl I 2/2008.

³⁶³ BGBl 267/1967 idF BGBl I 6/2008.

³⁶⁴ Der Standard vom 1. April 2008.

§§ 1, 7, 8, 9 Wiener Feuerpolizeiverordnung³⁶⁵, § 24 burgenländische Brand- und Unfallbekämpfungsvorschrift³⁶⁶, § 8 Abs 2 Kärntner Landesarchiv-Benützungordnung³⁶⁷, § 2 OÖ Feuerpolizeigesetz³⁶⁸, §§ 5, 42 und 53 Tiroler Land- und forstwirtschaftliche Sicherheits- und Gesundheitsschutz- Verordnung³⁶⁹, §§ 6 und 22 Vorarlberger Öltankverordnung³⁷⁰ uvm. Insbesondere in der Steiermark wurden aufgrund von § 41 Abs 1 Forstgesetz³⁷¹ wiederholt VO über das Verbot von Feuerentzündungen und Rauchen im Wald in Zeiten besonderer Brandgefahr für einzelne Bezirke erlassen³⁷².

Ein weiteres Brandschutzbeispiel, das eigentlich zu einem Rauchverbot im Freien führen würde, ist das Bundesgesetz über ein Verbot des Verbrennens biogener Materialien außerhalb von Anlagen³⁷³. In dessen § 4 Abs 1 wird das Verbrennen von biogenen Materialien, also auch Rauchtabak, im Freien zwischen 1. Mai und 15. September verboten. Zwar folgen im § 5 die Ausnahmen, diese beinhalten zwar Lagerfeuer, Grillen und Feuerwehübungen aber nicht das Rauchen. Wie *Strejcek* zeigt, ist diese Bestimmung jedoch ein Paradebeispiel der teleologischen Reduktion, da klar ist, dass der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung kein Rauchverbot erlassen wollte³⁷⁴.

Besonders rigoros sind die Vorschriften im Wiener Veranstaltungsstättengesetz³⁷⁵, wengleich vorrangig im Hinblick auf Brandvermeidung, weswegen auf dieses kurz eingegangen wird. Vermutlich ist diese Schärfe und Detailliertheit auch historisch durch den Wiener Ringtheaterbrand bedingt, der gezeigt hat, dass auch kleine, theoretisch leicht zu löschende Brände bei großen Menschenmasse auf wenig Raum verheerende Auswirkungen haben können.

³⁶⁵ Wiener LGBl 5/1989 idF LGBl 34/2006.

³⁶⁶ Burgenländisches LGBl 86/1995, Verordnungsermächtigung in §§ 10 und 11 Burgenländisches Feuerwehrgesetz LGBl 49/1994 idF LGBl 11/2008 sowie der §§ 13 und 14 Katastrophenhilfegesetz LGBl 5/1986 idF LGBl 61/2005.

³⁶⁷ Kärntner LGBl 94/1997.

³⁶⁸ OÖ LGBl 113/1994 idF LGBl 32/2007.

³⁶⁹ Tiroler LGBl 96/2001 idF LGBl 30/2008.

³⁷⁰ Vorarlberger LGBl 34/1983 idF LGBl 66/2001.

³⁷¹ BGBl 440/1975 idF BGBl I 55/2007.

³⁷² Die Steiermark hat laut Standard vom 5. Jänner 2009 mit 61,1% die stärkste Bewaldung in Österreich. Als Quelle wird die Waldinventur des Bundesamt für Wald angegeben.

³⁷³ BGBl 405/1993 idF BGBl I 108/2001.

³⁷⁴ *Strejcek*, Tabak im Spiegel von Recht, Politik und Literatur, in *Strejcek (Hg)*, Rauchen im Recht, 312.

³⁷⁵ Wiener LGBl 04/1978 idF LGBl 19/1999.

In den Räumen (Gebäude- oder Zelträume) von Veranstaltungsstätten darf jedenfalls nur außerhalb von Sesselreihen, Tanzflächen, Stehplätzen und Kleiderablagen sowie außerhalb von Spielflächen (Spielräumen) mit szenischen Behelfen geraucht werden, und zwar nur dann, wenn Aschenschalen³⁷⁶ bereit stehen (§ 22 Abs 1).

In den Räumen der bescheidmäßig für geeignet erklärten Veranstaltungsstätten ist jedoch das Rauchen lt Abs 2 unbeschadet der Beschränkungen des Abs 1 nur in Zuschauerräumen mit Tischaufstellung, Büroräumen und in den Diensträumen der Überwachungsorgane und des Inspektionsarztes sowie in jenen Räumen zulässig, die durch den Bescheid vom Rauchverbot ausdrücklich ausgenommen wurden, weil die nachteiligen Wirkungen aus besonderen Gründen nicht ins Gewicht fallen.

Nach Abs 3 ist das Rauchen auf Bühnen und Podien udgl dann gestattet, wenn es in die Rolle fällt, keine leicht brennbaren Gegenstände in der Nähe sind und mit Wasser benetzte Aschenschalen bereit stehen. Sobald die Szene verlassen wird, sind die Rauchwaren unverzüglich zu löschen.

In den Räumen, wo den vorhergehenden Bestimmungen nach das Rauchen untersagt ist, dürfen keine Aschenschalen bereitgestellt sein. Das Rauchverbot hat durch einschlägige Schilder an den Zugängen oder über die Hausordnung verlautbart zu werden (Abs 4).

Weniger rigoros, aber sonst eher vergleichbar sind die Regelungen für Darstellende in Zirkusanlagen:

Auch diese dürfen rauchen, wenn es die Rolle verlangt, auch diese haben nach Verlassen der Szene ihre Rauchartikel umgehend zu löschen (§ 80).

Im Bildwerferraum eines Kinos ist das Rauchen ebenso verboten (§ 103 g Abs 5), für den Zuschauerraum findet sich kein derartiges Verbot.

3.3.7. Sonstige österreichische Rechtsmaterien

Abgesehen von den besprochenen Gesetzen und Verordnungen, gibt und gab es im Rechtsbestand des Bundes noch mehrere Verordnungen, die verschiedene (verfahrens-) technische Aspekte der Umsetzung der bestehenden Vorschriften regeln, wie zB die außer Kraft getretene Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft zur Durchführung der Gemeinsamen Marktorganisation für

³⁷⁶ Die Stammfassung des Gesetzes ist aus dem Jahre 1977, vielleicht erklärt dies die wiederholte Verwendung des heute wenig gebräuchlichen Wortes „Aschenschalen“.

Rohtabak³⁷⁷, die Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit und Frauen zur Festlegung von Verfahren für die Messung und Kontrolle des Kondensat- (Teer-), Nikotin- und Kohlenmonoxidgehalts im Rauch von Zigaretten³⁷⁸ oder die Verordnung des Bundesministers für Finanzen betreffend die Feststellung der meistverkauften Preisklasse bei Zigaretten³⁷⁹.

Bestimmungen, die sich mit dem Rauchen beschäftigen, finden und fanden sich aber auch in ganz anderen, teilweise unerwarteten landesrechtlichen Kontexten. Die meisten davon dienen der Hygiene, so zB § 78 der früheren Wiener Marktordnung³⁸⁰. Durch diese wird das Rauchen auf dem Landstraßer Markt und in den Räumen des Fleischgroßmarktes verboten, ausgenommen innerhalb der besonders gekennzeichneten Marktflächen. Die jetzt geltende Wiener Marktordnung beinhaltet keinerlei Bestimmungen zum Rauchen mehr.

Hygienevorschriften betreffs des Rauchens finden sich auch in § 4 der Vorarlberger Verordnung der Landesregierung über den Schutz der Landes- und Gemeindebediensteten gegen Gefährdung durch biologische Stoffe³⁸¹, wo festgelegt wird, dass nach dem Ende der Arbeit und auch vor Essen, Trinken oder Rauchen die Hände zu waschen sind. In § 8 der selben VO, Kurztitel Arbeitsstoffverordnung, werden Essen, Trinken und Rauchen an Arbeitsplätzen oder in Räumen wo Kontaminationsgefahr besteht, verboten.

Zur Bekämpfung von Schädlingpflanzen bestehen in mehreren Bundesländern Verordnungen um Tabakkulturen vor dem Pilz *Peronospora tabacina*, einem Schädling, der auch als Blauschimmel bekannt ist, zu schützen. Ebenso im weiteren Sinne zur Landwirtschaft zählt die Bestimmung des § 75 Kärntner Jagdgesetzes³⁸², die auch Ersatz fordert bei Wildschäden an Tabakbepflanzungen, so der Geschädigte Vorkehrungen dagegen getroffen hat. Der Jagdausübungsberechtigte hat in diesem Fall die Schäden zu ersetzen. Da die österreichischen Tabakbauern

³⁷⁷ BGBl II 97/1999 idF BGBl II 241/2003, mit 30. Juni 2007 außer Kraft getreten.

³⁷⁸ BGBl 738/1996, zuletzt geändert durch BGBl II 217/2004.

³⁷⁹ BGBl II 225/2003.

³⁸⁰ Verordnung des Magistrats der Stadt Wien, mit der für die Wiener Märkte eine Marktordnung erlassen wird. (Wiener Amtsblatt 30/1991 idF Amtsblatt 04/2005), aufgrund des § 331 der Gewerbeordnung 1973 BGBl 50/1974 idF BGBl 10/1991. Die jetzige Marktordnung wurde im Wiener LGBl 22/2006 kundgemacht und letztmalig im Wiener LGBl 47/2008 geändert.

³⁸¹ Vorarlberger LGBl 57/2000, Verordnungsermächtigung in §§ 6, 11, 18 und 19 des Landes- und Gemeindebediensteten-Schutzgesetzes, LGBl 14/1999 idF LGBl 5/2007.

³⁸² Kärntner LGBl 21/2000 idF LGBl 15/2008.

ihre Tätigkeit eingestellt haben³⁸³, werden diese Vorschriften wohl bald ohne Anwendungsgebiet sein oder im Zuge einer Rechtsbereinigung außer Kraft gesetzt werden.

Das burgenländische Leichen- und Bestattungswesengesetz³⁸⁴ versagt in § 33 Abs 5 lit g allen Friedhofsbesuchern das Rauchen, eine ähnliche Bestimmung besteht in Salzburg. Der Zweck der Bestimmung ist schwierig einzuordnen, meines Erachtens dient sie wohl vorrangig der Pietät, wobei dann ungeklärt bliebe, weswegen Friedhofsarbeiter dort jederzeit rauchen dürfen, ohne einen eigenen Raum aufzusuchen oder den Friedhof kurz zu verlassen. Vermutlich wird von Friedhofarbeitern ohnehin pietätvolles Verhalten aufgrund ihrer Dienstpflichten erwartet, was eine eigene Regelung unnötig machen würde.

Die burgenländische Verordnung zum Betrieb öffentlicher Tanzschulen³⁸⁵ aus dem Jahre 1925 fordert nicht nur getrennte Toiletten und ein Rauchverbot, darüber hinaus besteht auch ein Ausspuckverbot in den Betriebsräumen. Beide Verbote sind aufs Strengste zu überwachen. Ausnahme ist nur ein behördlich ausdrücklich als Rauchzimmer genehmigter Nebenraum.

Die Tiroler Haltung von Tieren in Gehegen, Tierparks und Zoos – VO³⁸⁶ verbat dem Personal, in den Tierunterkünften zu rauchen (§ 5 Abs 4). Diese Bestimmung diente wohl dem Tierschutz über den Umweg der Brandsicherheit. Zum In- Kraft- Tretens- Zeitpunkt des Bundes- Tierschutzgesetzes³⁸⁷ wurde sie durch dessen § 44 Abs 2³⁸⁸ aufgehoben („Zugleich treten die auf dem Gebiet des Tierschutzes, mit Ausnahme

³⁸³ Siehe Kapitel 1.4.

³⁸⁴ Burgenländisches LGBl 16/1970 idF LGBl 39/2002.

³⁸⁵ Burgenländisches LGBl 38/1925, erlassen aufgrund des § 16 der Durchführungsverordnung vom 23. Juli 1924, BGBl 300/1924, zum Bundesgesetz vom 26. September 1923, BGBl 537/1923, betreffend die Tanzlehranstalten.

³⁸⁶ Tiroler LGBl 97/2002.

³⁸⁷ BGBl I 118/2004.

³⁸⁸ Ganz andere Probleme, die im gegenwärtigen Zusammenhang aber nicht besprochen werden, wirft Abs 3 auf: „Zum In-Kraft-Tretens-Zeitpunkt (Abs 1) nach den früheren Vorschriften anhängige Verfahren sind von den bisher zuständigen Behörden nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zu Ende zu führen“. Hier wird nicht nur in laufende Verfahren eingegriffen, es ist wohl auch ein Konflikt mit dem Vertrauensgrundsatz anzunehmen, da das neue Tierschutzgesetz für die Halter nicht nur Verbesserungen mit sich gebracht hat. In der Praxis wird diese Bestimmung mittels VStG einschränkend ausgelegt und nicht auf Strafverfahren angewandt (Auskunft der BH Hollabrunn).

der in § 3 Abs 4 [Jagd und Fischerei] umschriebenen Angelegenheiten, bestehenden landesgesetzlichen Bestimmungen außer Kraft“)³⁸⁹.

3.4. Internationales Recht

3.4.1. WHO Framework Convention on Tobacco Control

Zu den vehementesten Gegnerinnen des Rauchens zählt wohl unzweifelhaft die World Health Organisation der Vereinten Nationen. Schon die Website der WHO³⁹⁰ lässt keine Zweifel betreffs ihrer Position und Überzeugung aufkommen:

“Tobacco use is the leading cause of preventable death in the world today. With 4.9 million tobacco-related deaths per year, no other consumer product is as dangerous, or kills as many people, as tobacco.”

“A cigarette is the only legally available consumer product that kills through normal use.”

Von einem naturwissenschaftlichen Aspekt aus kann kritisiert werden, dass hier eine direkte Kausalität behauptet zu werden scheint. Hingegen ist gegenwärtig wohl doch noch davon auszugehen, dass Rauchen nicht zwingend bei jedem Raucher diverse Krankheiten bis hin zu Todesursachen auslöst, sondern die Wahrscheinlichkeit des Eintretens „nur“ teilweise dramatisch erhöht. Von diesen naturwissenschaftlichen Spitzfindigkeiten³⁹¹ abgesehen, ist eindeutig, dass sich die WHO den Kampf gegen das Rauchen, zusammen mit vielen anderen Kämpfen selbstverständlich, auf ihre blau-weißen Fahnen geschrieben hat.

Als wichtiges rechtliches Instrument in diesem Unterfangen ist die Framework Convention on Tobacco Control zu nennen.

Von der WHO wurde sie als Meilenstein gefeiert. Der Weg zu ihr war nicht ganz kurz.

³⁸⁹ Interessant, und von mir nicht näher untersucht ist die Frage, was ohne dieser Aufhebungsbestimmung geltendes Recht wäre. Ist die Herzog- Mantel- Theorie anwendbar: Fällt die Landeskompetenz, fällt das Landesgesetz (und mit ihm die VO)? Oder wäre das entsprechende Landesgesetz weiter in Geltung, nur das Bundesgesetz käme als *lex posterior* zur Anwendung? Der Gesetzgeber jedenfalls ist den Weg gegangen, durch eine unmissverständliche Aufhebungsbestimmung keinerlei Probleme aufkommen zu lassen.

³⁹⁰ www.who.int; mehrmals besucht im Zeitraum 14.09.2004 bis 20.10.2004.

³⁹¹ Die von einem Geisteswissenschaftler ohnehin unglaubwürdig klingen. Naturwissenschaft heißt aber immer von Wahrscheinlichkeiten sprechen, selten von Tatsachen.

1995 wurde auf der 48. Weltgesundheitskonferenz die Idee eines Vertrages zur Tabakkontrolle aufgeworfen. Viele Resolutionen, Arbeitsgruppen, Verhandlungen und Konferenzen später wurde der Text am 21. Mai 2003 verabschiedet. Vom 16. Juni 2003 an war die Konvention zur Unterschrift aufgelegt und wurde von Österreich am 18. Juni 2003 unterfertigt, jedoch bis heute nicht ratifiziert.

Laut der Homepage der WHO³⁹² trat die Konvention am 27.02.2007 in Kraft und hat gegenwärtig 151 Mitglieder.

Stilistisch fällt zunächst auf, dass sich die Konvention einer sehr deutlichen Sprache bedient, wohingegen bei internationalen Verträgen meist eine sehr diplomatische Wortwahl gepflogen wird, die meist auch viel der Interpretation überlässt. Eine Deutlichkeit besteht hier, die vielleicht auch bei der Bekämpfung von schwerwiegenden Grundrechtsverletzungen oder bedeutsamen umweltpolitischen Übereinkünften gelegentlich wünschenswert wäre.

„...protect [...] from tobacco consumption...“, *„... escalation in smoking...“*, *“...tobacco epidemic...“*, *“...devastating [...] consequences of tobacco consumption...“*, *“...tobacco consumption and exposure to tobacco smoke cause death, disease and disability...“* sind nur einige, willkürlich gewählte Beispiele aus dem Text der Konvention, die die offensive Formulierung verdeutlichen sollen.

Ebenso unüblich ist es meines Dafürhaltens, dass in der Präambel ein wissenschaftliches Faktum außer Streit gestellt wird. Es ist die schon zitierte Stelle, dass Tabakkonsum den Tod verursacht. Die Formulierung geht allerdings von einer direkten unbeeinflussten Kausalität aus, also dass Rauchen jedenfalls tödlich ist und nicht nur die Wahrscheinlichkeit tödlicher Krankheiten drastisch erhöht.

Nach einer ausführlichen Präambel, einem ersten Artikel, der Begriffsdefinitionen vornimmt, und einem zweiten Artikel, der das Verhältnis zu anderen Verträgen beinhaltet sowie dem Aufruf, durchaus strengere Vorschriften einzuführen, geht der bindende Text in medias res.

³⁹² <http://www.who.int>, letzte Aktualisierung 5.10.07.

Die Zielsetzung wurde schon in der Präambel verdeutlicht, in Artikel 3 wird sie aber wiederholt: Gegenwärtige und zukünftige Generationen sollen vor den desaströsen Auswirkungen des Rauchens geschützt werden.

Die Prinzipien, die in Art 4 proklamiert werden, mit denen dies erreicht werden soll, sind zunächst Information.

Alle haben das Recht, über die Auswirkungen des Tabakkonsums informiert zu werden. Zwar wird nicht vorgeschrieben, welche Information gegeben werden soll, die Formulierung dieses Prinzips (so wie auch des Großteil des Dokuments) lässt aber keinen Zweifel daran, es soll Auskunft an jede Person erteilt werden, ua über die süchtig machende Natur und die tödliche Gefahr, welche im Tabak stecken.

Starker politischer Einsatz wird gefordert, internationale Zusammenarbeit und umfassende multisektorale Maßnahmen.

Nicht außer Acht gelassen wird der Umstand, dass der Tabakanbau in manchen Ländern, die von den sich selbst als entwickelte Länder bezeichnenden Staaten als Entwicklungsländer eingestuft werden, für viele die Grundlage ihres Lebensunterhalts darstellt. Zu den Prinzipien zählt deswegen auch, dass diesen Tätigen im Landwirtschaftsbereich und den Verarbeitungsbetrieben im Übergang zu tabakfernen Beschäftigungsfeldern technisch und finanziell assistiert wird. Dazu sollen koordinierte Strategien entwickelt werden, die dem Ziel einer nachhaltigen Entwicklung gerecht sind.

Ebenso soll die oft zitierte Zivilgesellschaft in die Unternehmungen der Staatengemeinschaft(en) eingebunden werden.

Nach den bisher eher programmatischen Ausführungen stellt Artikel 5 die Verpflichtungen auf:

Die Signatarstaaten sollen ein umfassendes, multisektorales Tabakkontrollprogramm entwickeln, implementieren und dieses regelmäßig auf den neuesten Stand bringen.

Mehr Details folgen in Art 6. Anerkennend, dass Besteuerung ein wesentliches Element zur Kontrolle des Rauchverhaltens ist, sollen die Signatarstaaten, ohne dass in ihre Souveränität eingegriffen wird, entsprechende Steuern einheben. Die eingesetzten Tabaksteuerepolitiken und, so angebracht, Preispolitiken sowie Einschränkungen oder Verbote von Duty- Free- Shops, sollen den Gesundheitszielen förderlich sein und den Tabakkonsum eindämmen. Über diese Steuersätze sowie über die Entwicklung des Rauchverhaltens soll periodisch Bericht abgelegt werden.

Art 7 besagt, dass nicht- preisliche Maßnahmen effektiv und wichtig sind, die konkreten Maßnahmen folgen in den Artikeln 8 – 13.

In Art 8 wird nahe gelegt, Schutz vor der Einwirkung durch Tabakrauch auf staatlichem Wege zu erzeugen, dies in Arbeitsplätzen in abgeschlossenen Räumen (indoor workplaces), öffentlichem Verkehr, öffentlichen abgeschlossenen Räumen (indoor public places) und, sofern angebracht, an anderen öffentlichen Orten.

Art 9 hält die Versammlung der Mitgliedsstaaten dazu an, Richtlinien für das Testen der Inhaltsstoffe sowie für Beschränkungen dieser vorschlagen. Mit Art 10 soll die Information der Öffentlichkeit über die toxischen Inhaltsstoffe und die Emissionen sichergestellt werden.

Artikel 11 mutet wie ein alter Bekannter an, und in den noch zu besprechenden Richtlinien der EU findet er sich ebenso wieder. Er handelt von den Verpackungen. So sind Bezeichnungen die eine, wenngleich relative, Verharmlosung, wie „low tar“ oder „ultra- light“ beinhalten, zu unterbinden. Weiters soll groß, klar, sichtbar und lesbar auf den Packungen ein Warnhinweis prangen, der „rotating“ sein soll, sich also mit verschiedenen Inhalten abwechselt. Er soll 50% ausmachen, aber mindestens 30% der Oberfläche. Auch Sammelpackungen, wie die „Stange Zigaretten“ sollen einen Warnhinweis erhalten. Diese Regelungen sind binnen 3 Jahre nach in Kraft treten des Vertrages umzusetzen.

Eine Neuerung, bis dato in Europa noch unüblich, ist der Hinweis, dass dieser Warnhinweis auch in Form von Bildern oder Piktogrammen erfolgen kann.

Während Art 10 nur die Information der Öffentlichkeit im Blickfeld hatte, sollen nach Art 12 „public sensitization and awareness“ Programme gestartet werden. Das Ziel ist hier also nicht mehr bloße Information sondern aktive Aufklärung.

Der erste Satz von Artikel 13 anerkennt, dass ein Totalverbot von Werbung den Tabakkonsum reduzieren würde. Und so sollen auch die Staaten umfassende Werbeverbote einführen. Jene welche das aus konstitutionellen Gründen oder aufgrund von Verfassungsprinzipien nicht können, sollen zumindest Werbung verbieten, welche die Gesundheitsfolgen falsch darstellt, jede Werbung von einer Gesundheitswarnung begleitet wird und sonstige „encouraging incentives“³⁹³ unterbinden. Grundsätzlich soll jeder Staat, soweit zulässig, Werbung soweit

³⁹³ Gemeint sind vermutlich Gratisproben, Gewinnspiele, Zigaretten im Paket mit anderen Produkten udgl.

angebracht in allen Medien und Sponsoring, auch von internationalen Veranstaltungen, unterbinden.

Außerdem soll allfällige Werbung staatlichen Organen mitgeteilt werden.

Art 14 fordert state- of- the- art Rauchentwöhnungsprogramme, die entsprechend gefördert und bekannt gemacht werden sollen.

Die nächsten Artikel behandeln Maßnahmen um die Versorgung mit Tabak zu reduzieren. Art 15 behandelt den illegalen Tabakhandel. Um diesen zu unterbinden sollen umfassende Kontrollmechanismen entwickelt und eingesetzt werden, die sicherstellen sollen, dass jede Packung zu ihrem Ursprung zurückverfolgt werden kann und dass die Bewegung der Tabakprodukte nachvollziehbar ist. Packungen sollen mit einem Hinweis "Sales only allowed in (insert name of the country, subnational, regional or federal unit)" versehen werden. Dieser Hinweis soll in der oder den Hauptlandessprachen lesbar aufgebracht werden.

Dem illegalen Tabakhandel soll möglichst umfassend zu Leibe gerückt werden.

Dem Verkauf an Minderjährige widmet sich der folgende Art 16. Die angeregte Altergrenze beträgt 18, es wird aber die Alternative von anderen Altergrenzen im nationalen Recht akzeptiert. In Läden sollen Hinweise angebracht werden, das Alter der Konsumenten überprüft werden, keine Selbstbedienungsregale bestehen, Süßwaren und Spielzeug in Tabakform verboten werden und Verkaufsautomaten sollen Jugendlichen nicht zugänglich sein.

Weiters darf es keine Gratisproben, im Besonderen an „minors“, geben. Kleinpackungen oder Einzelzigaretten, von denen angenommen wird dass sie aufgrund des geringen Preises besonders Jugendliche ansprechen, dürfen nicht gehandelt werden.

Dies durchzusetzen soll auch mittels Strafen sichergestellt werden.

Eine Besonderheit ist noch zu erwähnen, so bietet Art 16 eine Bestimmung, deren Umsetzung freiwillig ist, also eine Opt- in Möglichkeit für Staaten, die beitreten, ratifizieren usw darstellt:

Diese dürfen („may“) im Zuge dessen im Einklang mit dem Vertrag ein Verbot gegen Tabakverkaufsmaschinen aussprechen.

Wie schon angesprochen soll Personen, die vom Tabak leben, sowohl im Anbau als auch im Handel, eine Alternative angeboten werden. Dies wird in Art 17 den Signatarstaaten auferlegt. Art 18, der mit „Protection of the Environment“ betitelt ist, ermahnt die Parteien, Schutz von Umwelt und Gesundheit im Zusammenhang mit Tabakanbau und –verarbeitung zu berücksichtigen.

Art 19 ist mit „Liability“ betitelt, wird aber nur wenig konkret. Zugang zu Gerichten soll aufgrund des Vertrags nicht beschränkt werden, mit strafrechtlicher und zivilrechtlicher Haftung soll gegen Verstöße vorgegangen werden, so es angebracht erscheint auch mit Schadenersatz („compensation“).

Die Art 20 bis 22 behandeln den Informationsaustausch zwischen den Signatarstaaten, sowohl über neue Forschungen als auch Entwicklungen udgl.

Die Art 23 bis 27 behandeln das Sekretariat, welches bei der WHO angesiedelt ist, die Konferenz der Signatarstaaten, Streitschlichtung, das Verhältnis zu anderen Organisationen und die Finanzen. Bezüglich letzter soll die Konferenz unter Berücksichtigung der weniger reichen Staaten die möglichen Finanzierungsmöglichkeiten bewerten und aufgrund dieser sollen entsprechende Beschlüsse gefasst werden.

Art 28 und 29 behandelt wie Anhänge und Novellen auszuarbeiten sind, was bis dato noch nicht der Fall war, Art 30 untersagt jegliche Vorbehalte, Art 31 gibt allerdings die Möglichkeit, dass jeder Staat 2 Jahre nach Inkrafttreten die Bindung an den Vertrag aufhebt. Die restlichen Art bis zum letzten, 38, behandeln Formalitäten wie Abstimmungen, Beitritt, Depositär (welcher das UN- Sekretariat ist) authentische Sprachen udgl.

Die Konvention tendiert dazu, sich zu wiederholen, „comprehensive multisectoral tobacco control programmes“ werden, zB, 4 Mal erwähnt. Einzelne Bestimmungen sind sehr deutlich beschrieben, während andere wieder sehr allgemein gehalten sind. De facto alle der Vorschläge sind schon aufgrund der EU RL oder österreichischer Gesetze umgesetzt, vermutlich ein Einfluss der EU Staaten auf den Vertragstext.

Auffällig ist ebenso ein Zugang zum gender-mainstreaming:

Bei einzelnen Anlässen wird darauf hingewiesen, so wird in der Präambel zu „geschlechtsspezifischen Tabakkontrollmechanismen“ aufgerufen und zu den Prinzipien zählt auch, dass die politischen Bemühungen genderspezifische Risiken in ihren Maßnahmen berücksichtigen sollen.

3.4.2. EG Recht

Zwar mag die Zukunft der EU zum Zeitpunkt des Schreibens nach gescheitertem Verfassungsentwurf, erfolglosem Budgetgipfel und diversen Streitigkeiten über Abstimmungen und neue Vertragsentwürfe noch ungewiss sein, klar ist jedoch dass die EU eine Zukunft hat, und auch weiterhin einen großen Einfluss auf die Rechtsetzung in den Mitgliedstaaten, ob bzw wie lange diese nun zu 27st bleiben, sei dahingestellt, haben wird.

Vom europäischen Gedanken abgesehen hat auch die EU auf dem Gebiet des Tabakkonsums Aktivität gezeigt, sowohl über rechtlich verbindliche Richtlinien als auch über Empfehlungen.

3.4.2.1. Empfehlung des Rates vom 2. Dezember 2002 zur Prävention des Rauchens und für Maßnahmen zur gezielteren Eindämmung des Tabakkonsums

Die Überlegungsgründe für die Empfehlung führen 500 000 tabakinduzierte Todesfälle jährlich EU- weit³⁹⁴ an und die beunruhigende Zunahme an rauchenden Kindern (Erwägungsgründe 6).

„Einige dieser Strategien (Werbe- und Marketingstrategien, Anm) richten sich offenbar an Jugendliche im Schulalter, um die große Zahl der Raucher zu ersetzen, die jährlich sterben. Es ist eine Tatsache, dass 60 % der Raucher bereits vor dem 13. Lebensjahr und 90 % vor dem 18. Lebensjahr mit dem gewohnheitsmäßigen Rauchen beginnen“.
Erwägungsgründe 7

³⁹⁴ Damals also noch der EU 15 (D, F, I, NL, B, L, UK, E, P, A, DK, S, SF, IR, GR)

Schon in den Erwägungsgründen finden sich teilweise einzelne Vorschläge zur Eindämmung des Tabakkonsums, die Empfehlungen sind jedoch umfassender.

Die Empfehlung beinhaltet viele Vorschläge, die größtenteils schon in der einen oder anderen Richtlinie oder im nationalen Recht, mehr oder weniger umgesetzt wurde. So verlangt zB Punkt 1, lit a: Tabakverkäufer müssen sich vergewissern, dass Käufer das vorgeschriebene Alter haben.

Eine explizite Regelung findet sich nicht, durch die österreichischen Jugendschutzgesetze werden aber die Händler durchaus dazu angehalten.

Einzelne Vorschläge sind in Österreich niemals schlagend geworden, so zB lit b, die besagt, dass keine Tabakerzeugnisse in Selbstbedienungsauslagen im Handel erhältlich sein sollen. Dies war in Österreich aufgrund des Tabakmonopol nie der Fall.

Lit f fordert, dass keine Zigarettenpackungen unter 19 Stück in den Handel gebracht werden. In Österreich ist die Zahl 20.

Der Großteil der Forderungen wurde in späteren Richtlinien umgesetzt, in der sogleich zu besprechenden Richtlinie 2003/33/EG wurden zB die Empfehlungen des Punktes 2 lit a, b, d, e, f umgesetzt, die allesamt in der einen oder anderen Form mit Werbung zu tun haben.

Punkt 1 lit c beinhaltet eine wirksame Beschränkung des Zugangs zu Zigarettenautomaten bzw zu den Produkten darin.

3.4.2.2. Richtlinie 2003/33/EG des Parlaments und des Rates vom 26. Mai 2003 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zugunsten von Tabakerzeugnissen

Schon 1998 hatte die Europäische Gemeinschaft eine RL erlassen, die ein umfassendes Werbeverbot zum Inhalt hatte. Im Urteil C-376/98, Bundesrepublik

Deutschland gegen Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union³⁹⁵ wurde diese RL 98/43/EWG wegen Kompetenzüberschreitung aufgehoben, was einer der Gründe für den Erlass dieser Richtlinie war. Weitere finden sich in den Erwägungsgründen. So führen die unterschiedlichen Bestimmungen zu Werbung und Sponsoring zu Handelshemmnissen, die Tabakwerbung führt zum schon öfter angesprochenen geringen Alter der neuen Raucher und das Gratis- Verteilen von Tabakerzeugnissen soll untersagt werden.

Artikel 1 liefert mit Gegenstand und Anwendungsbereich eine Liste, welche Form von Werbung gemeint ist, nämlich solche in Presse und anderen gedruckten Veröffentlichungen, Hörfunk, Diensten der Informationsgesellschaft³⁹⁶ und Sponsoring im Zusammenhang mit Tabakerzeugnissen. Plakate udgl sind allerdings nicht inbegriffen.

Der österreichische Gesetzgeber hat sich mit einer Definition von Werbung nicht aufgehalten, § 11 TabakG verbietet schlicht Werbung und Sponsoring, bei den Ausnahmen finden sich in Abstimmung mit der RL Plakate.

Artikel 2 beinhaltet Begriffsdefinitionen, in Art 3 wird Werbung in Druckerzeugnissen und Diensten der Informationsgesellschaft behandelt. In Druckerzeugnissen ist jede Form von Tabakerwerbung verboten, es sei denn sie geht nur an im Tabakhandel Tätige oder sie ist für Drittländer bestimmt. Selbiges gilt für die Dienste der Informationsgesellschaft. § 11 Abs 4 zif 1 TabakG beinhaltet die Ausnahme für den Tabakhandel in Österreich. Art 4 verbietet Rundfunkwerbung und Sponsoring im Rundfunk, Art 5 das Sponsoring von Veranstaltungen und Aktivitäten, die eine grenzüberschreitende Wirkung haben sowie das Verteilen von Tabakerzeugnissen bei solchen Veranstaltungen.

Die restlichen Artikel, von 6 – 12 beinhalten Bestimmungen zur Umsetzung, Berichterstattung, Verweisungen usw. Die Richtlinie musste bis 31. Juli 2005 umgesetzt sein, die entsprechenden Bestimmungen der Novelle des österreichischen Tabakgesetzes traten, Ende 2004 erlassen, an diesem Tag in Kraft.

³⁹⁵ EuGH Rs C-376/98, 5. 10. 2000, *Bundesrepublik Deutschland v Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union*, Slg 2000, I-8419.

³⁹⁶ Neben den verschiedenen Protokollen des Internet (http, smtp etc) meint dies zB auch SMS, MMS usw. Der Begriff ist bewusst so gewählt, dass er auch alle möglichen zukünftigen, derartigen Services umfasst. Vgl Richtlinie 98/34/EG, auf die auch in den Begriffsdefinitionen des Art 2 hingewiesen wird.

3.4.2.3. 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

Das Ziel der RL ist durch ihre Bezeichnung mehr als verdeutlicht. In den Erwägungsgründen (2) wird angeführt, dass die zum Erlassungszeitpunkt noch unterschiedlichen Regelungen den Binnenmarkt behindern, weswegen die RL notwendig ist. Unterschiedliche Regelungen, die im Folgenden angesprochen werden, bestehen im Bereich des Teergehalts, Kohlenmonoxid und deren Anschreibung auf den Packungen. Das hohe Schutzniveau für die Gesundheit des Art 95 Abs 3 wird ebenso angeführt.

In Erwägungsgrund 27 wird angeführt, dass Beschreibungen wie „mild“, „ultraleicht“, „niedriger Teergehalt“ sowie entsprechende Darstellungen den Konsument zu der irrigen Annahme der geringeren Schädlichkeit verleiten könnten und dieser seinen Konsum anpasst. Weil aber eben nicht nur Gehalt sondern auch Rauchverhalten, Grad der Sucht uvm die Gesundheitsgefahren, die mit dem Tabakkonsum verbunden sind, beeinflussen, sind solche Bezeichnungen zu hinterfragen.

Art 1 bestimmt den Zweck der RL, Art 2 Begriffsdefinitionen. Auch hier steht bei den Begriffsdefinitionen, dass auch gentechnisch veränderter Tabak zu einem Tabakerzeugnis verarbeitet werden kann³⁹⁷.

Art 3 setzt einheitliche Höchstwerte für Teer (10 mg/Zigarette), Nikotin (1 mg/Zigarette) und Kohlenmonoxid (10 mg/Zigarette) fest. Ausnahmen bestehen für Exporte und Griechenland, hier dauerte die Umsetzungsfrist statt bis 2004 bis zum Jahr 2007. Diese Bestimmungen sind in § 4 TabakG umgesetzt. Art 4 regelt das Messverfahren, die Messung wird im Wege einer Verordnungsermächtigung in § 4b TabakG geregelt.

³⁹⁷ Falls es notwendig ist, gleichzusetzen, dass GVO- Tabak auch Tabak ist, stellt sich die Frage, ob, ohne einer entsprechenden Definition, zB GVO- Weizen oder GVO- Obst noch zur Landwirtschaft zählen oder ob sie bestimmten Regelungen des Lebensmittelgesetzes unterfallen oder dem Gewerberecht. Wie ist es mit der Gattungsschuld im Zivilrecht?

Art 5 widmet sich der Etikettierung. Abs 1 legt fest, dass die Gehalte der obigen Schadstoffe auf mindestens 10% der Schmalseite aufgedruckt sein müssen, für Länder mit mehreren Amtssprachen in all diesen. Bei 2 Amtssprachen vergrößert sich die Fläche auf 12%, bei 3 auf 15%. § 4a TabakG ist die Umsetzung in Österreich, mangels mehrerer bundesweiter Amtssprachen werden nur 10 von Hundert gefordert. Art 5 Abs 2 lit a legt die allgemeinen, alternierend zu verwendenden Warnhinweise („Rauchen ist tödlich“ / „Rauchen kann tödlich sein“ und „Rauchen fügt Ihnen und den Menschen in Ihrer Umgebung erheblichen Schaden zu.“) fest, so wie § 5 Abs 1 TabakG.

Art 5 Abs 2 lit b legt die anderen Warnhinweise³⁹⁸ fest, die in Anhang 1 aufgelistet sind, vgl § 5 Abs 2 TabakG.

Art 5 Abs 3 verpflichtet die Kommission spätestens am 31. Dezember 2002 Vorschriften über die Verwendung von Photographien und sonstigen Darstellungen zu erlassen.

Art 5 Abs 4 und 5 legt die Warnhinweise für andere Tabakwaren fest, so wie § 5 Abs 5 TabakG.

In den Absätzen 6 und 7 des Art 5 sind noch detailliertere Bestimmungen über die Art der Beschriftung enthalten, inklusive der Festlegung der Schriftart, welche Helvetica sein muss. Ebenso darf sie nicht abwischbar oder ablösbar sein. Im österreichischen Tabakgesetz steht dies in § 6 Abs 5.

Abs 8 gestattet, dass die Mitgliedstaaten außerhalb der Warnhinweise die Behörde anführen, die sich verantwortlich zeichnet. Im österreichischen Tabakgesetz wurde davon nicht Gebrauch gemacht.

Um Identifizierung und Rückverfolgbarkeit zu gewährleisten, fordert der letzte Absatz des Art 5 der RL 2001/37/EG, dass durch Chargennummer oder entsprechende Kennzeichnung Ort und Zeitpunkt der Herstellung festgestellt werden können. Beinahe wortgleich lautet § 7 Abs 1 TabakG.

Art 6 behandelt weitere Produktinformationen. So haben die Hersteller Listen der Marken und ihrer Inhaltsstoffe zu übermitteln und diese zu erläutern. Dieser Liste sind auch die toxikologischen Daten beizufügen, die dem Hersteller oder Importeur über diese Inhaltsstoffe, je nachdem in verbrannter oder unverbrannter Form,

³⁹⁸ „Rauchen macht sehr schnell abhängig: Fangen Sie gar nicht erst an!“, „Hier finden Sie Hilfe, wenn Sie das Rauchen aufgeben möchten: (Telefonnummer/Postanschrift/Internetadresse/Befragen Sie Ihren Arzt oder Apotheker)“ usw.

vorliegen, insbesondere hinsichtlich ihrer gesundheitlichen Auswirkungen und unter anderem unter dem Gesichtspunkt jedweder süchtig machenden Wirkung.

Diese Listen müssen entsprechend veröffentlicht werden und der Kommission übermittelt werden.

Die RL legt nicht fest, an wen diese Listen innerstaatlich gehen sollen. Dies ist den einzelnen Mitgliedsstaaten überlassen. In Österreich ist es das für Gesundheitsangelegenheiten zuständige Ministerium, wie in § 8 TabakG, der auch den Rest des Art 6 umsetzt, festgeschrieben wurde.

Art 7 verbietet die schon angesprochenen Bezeichnungen wie „light“, verharmlosende Darstellungen udgl. Diese Bestimmung gilt seit 30. September 2003. Die österreichische Umsetzung befolgt dies in § 7 Abs 3 TabakG.

Art 8 verbietet Tabak zum oralen Gebrauch. Auch wenn man meines Erachtens nicht ganz wegdiskutieren kann, das Zigaretten ja auch zum oralen Gebrauch bestimmt sind, auch wenn vorrangiger Verwendungszweck die Inhalation ist, ist das Ziel dieser Bestimmung eindeutig:

Snus udgl sind verboten. Eine Ausnahme besteht nur für Schweden.

Die österreichische Umsetzung formuliert anders:

„§ 2 Abs 1 TabakG Das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen [...] lit 2. die für einen anderen oralen Gebrauch als den im Rauchen oder Kauen bestehenden bestimmt sind, ist verboten.“

Österreich hat sich selbst also die Ausnahme des Kautabaks gegeben, dafür gibt der Gesetzestext unumwunden zu, dass auch Rauchen einen oralen Gebrauch darstellt. Inwiefern die Ausnahme des Kautabaks mit der RL in Einklang zu bringen ist, sei dahingestellt.

Mit der Regelung der genauen Ausformung der Rückverfolgbarkeit und der Messverfahren sowie für die Formulierung der Warnhinweise ist die Kommission beauftragt, die dabei von einem Ausschuss unterstützt wird. Die genauen Aufgaben, Vorgangsweise, Berichtspflichten und Regeln für die Geschäftsordnung des Ausschusses werden in den Art 9 bis 11 festgelegt. In Art 12 wird die Kommission ersucht im Rahmen des ersten Berichts eine gemeinsame Liste der für

Tabakerzeugnisse erlaubten Inhaltsstoffe auch unter Berücksichtigung des Suchtpotentials zu erstellen.

Art 13 verbietet den Mitgliedsstaaten die Einfuhr, den Verkauf und den Konsum von Tabakerzeugnissen, die der RL entsprechen, aus Gründen zu untersagen oder zu beschränken, die mit der Begrenzung des Teer-, Nikotin- oder Kohlenmonoxidgehalts von Zigaretten, den gesundheitsrelevanten Warnhinweisen und sonstigen Angaben oder anderen Erfordernissen dieser Richtlinie zusammenhängen; ausgenommen bleiben Maßnahmen zur Überprüfung der nach Artikel 4 mitgeteilten Angaben.

Strengere Vorschriften im Einklang mit dem Vertrag sind jedoch schon gestattet, so sie gesundheitlich erforderlich sind und nicht im Widerspruch zu RL stehen.

Die restlichen 4 Artikel der RL 2001/37/EG behandeln Durchführung und Adressaten und heben die beiden früheren RL 89/622/EWG und 90/239/EWG auf.

3.4.2.4. Rechtsakte zum Steuerrecht

Richtlinie 95/59/EG des Rates über die anderen Verbrauchsteuern auf Tabakwaren als die Umsatzsteuer

Diese Richtlinie definiert die verschiedenen Kategorien von Tabakwaren (Zigaretten, Zigarren und Zigarillos, Feinschnitttabak für selbst gedrehte Zigaretten, anderer Rauchtak), welche genau abgegrenzt und formuliert sind, gleichzeitig aber auch dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechen. Gleichgestellt sind Erzeugnisse, die ausschließlich oder teilweise aus anderen Stoffen als Tabak bestehen, aber den übrigen Kriterien der RL entsprechen.

Weiters legt die RL allgemeine Grundsätze für die Besteuerung von Tabakwaren fest, hinsichtlich Berechnung, allfälliger Steuerzeichen und Befreiungen udgl.

Alle Zigaretten müssen dem gleichen Steuersatz unterliegen, Differenzierungen jeglicher Art zB nach Nikotingehalt, Tabakanteil, Filter, Länge sind nicht zulässig (Art 8 Abs 2).

Richtlinie 92/79/EWG des Rates zur Annäherung der Verbrauchsteuern auf Zigaretten

Die von den Mitgliedstaaten auf Zigaretten erhobenen Verbrauchsteuern müssen sich aus einer spezifischen Komponente (je Wareneinheit) und einer proportionalen (Ad-Valorem-) Komponente (errechnet anhand des Kleinverkaufshöchstpreises) zusammensetzen.

Um in allen Mitgliedstaaten eine Mindestverbrauchsteuer auf Zigaretten zu garantieren und eine stärkere Angleichung der Steuersätze zu erreichen, sieht diese Richtlinie Folgendes vor:

- eine globale Mindestverbrauchsteuer von 57 % des Kleinverkaufspreises (einschließlich sämtlicher Steuern) der Zigaretten der gängigsten Preisklasse³⁹⁹
- eine Mindestverbrauchsteuer in Höhe von 64 € (seit dem 1. Juli 2006, zuvor 60 €) je 1000 Zigaretten der gängigsten Preisklasse^{400 401}.

Richtlinie 92/80/EWG des Rates zur Annäherung der Verbrauchsteuern auf andere Tabakwaren als Zigaretten

Gemäß dieser Richtlinie können die Mitgliedstaaten zwischen einer Ad-Valorem-Verbrauchsteuer, einer spezifischen Verbrauchsteuer oder einer gemischten Verbrauchsteuer wählen für Tabakwaren, welche nicht Zigaretten sind. Es gelten folgende Mindestsätze für die folgenden Kategorien:

- für Feinschnitttabak für selbstgedrehte Zigaretten: 36 % des Kleinverkaufspreises einschließlich sämtlicher Steuern oder 32 € je kg⁴⁰²
- für Zigarren und Zigarillos: 5 % des Kleinverkaufspreises einschließlich sämtlicher Steuern oder 11 € je 100 Stück oder je kg⁴⁰³
- für anderen Rauchtabak: 20 % des Kleinverkaufspreises einschließlich sämtlicher Steuern oder 20 € je kg⁴⁰⁴

³⁹⁹ Umgesetzt in § 4 Abs 1 zif 1 TabaksteuerG, jedoch beträgt der Steuersatz 43 % des Kleinverkaufspreises und einen auf zwei Kommastellen aufgerundeten Betrag je 1000 Stück in Höhe von 15,7 % des Kleinverkaufspreises der Zigaretten der meistverkauften Preisklasse. Die geforderte Mindeststeuer von 57 % wird damit auf anderem Wege erreicht.

⁴⁰⁰ Eingefügt durch Richtlinie 2002/10/EG des Rates zur Änderung der RL 92/79/EWG, der RL 92/80/EWG und der RL 95/59/EG hinsichtlich der Struktur und der Sätze der Verbrauchsteuern auf Tabakwaren.

⁴⁰¹ In Österreich ist schon seit 2004 83 € die Mindestverbrauchssteuer (§ 4 Abs 6 TabaksteuerG).

⁴⁰² 47 % in Österreich (§ 4 Abs 1 zif 3 TabaksteuerG).

⁴⁰³ 13 % des Kleinverkaufspreises, mindestens aber 32,7 € je 1 000 Stück in Österreich (§ 4 Abs 1 zif 2 TabaksteuerG).

Diese 3 soeben besprochenen RL wurden zuletzt geändert durch die Richtlinie 2002/10/EG des Rates zur Änderung der Richtlinie 92/79/EWG, der Richtlinie 92/80/EWG und der Richtlinie 95/59/EG hinsichtlich der Struktur und der Sätze der Verbrauchsteuern auf Tabakwaren und die Richtlinie 2003/117/EG des Rates, durch welche die Französische Republik ermächtigt wird, auf Korsika in den Verkehr gebrachte Tabakwaren weiterhin (bis zum 31. Dezember 2009) einem ermäßigten Verbrauchsteuersatz zu unterwerfen.

3.4.2.5. Urteile, Berichte etc

C- 210/03 Swedish Match v Secretary of State of Health

Swedish Match wollte 2002 im Vereinigten Königreich Snus vermarkten. Im daraus resultierenden Gerichtsverfahren rief der High Court of Justice (England & Wales) den EuGH mit folgenden Fragestellungen an:

Ist Artikel 8 der Richtlinie 2001/37/EG ganz oder teilweise ungültig wegen

- a) Verstoßes gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung;
- b) Verstoßes gegen Artikel 28 EG und/oder Artikel 29 E G;
- c) Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit;
- d) Ungeeignetheit von Artikel 95 EG und/oder Artikel 133 EG als Rechtsgrundlage;
- e) Verstoßes gegen Artikel 95 Absatz 3 EG;
- f) Ermessensmissbrauchs;
- g) Verstoßes gegen Artikel 253 EG und/oder die Begründungspflicht;
- h) Verstoßes gegen das Grundrecht auf Eigentum?

Sind diese Grundsätze, wenn

- eine nationale Maßnahme 1992 zur Umsetzung von Artikel 8a der Richtlinie 89/622/EWG erlassen wurde,
- diese nationale Maßnahme aufgrund von Befugnissen nach innerstaatlichem Recht erlassen wurde, die nicht vom Vorliegen einer Verpflichtung zur Umsetzung der Richtlinie abhängen,

⁴⁰⁴ 34 % in Österreich (§ 4 Abs 1 zif 4 TabaksteuerG).

- die Richtlinie 89/622/EWG (in der danach durch die Beitrittsakte ... geänderten Fassung) durch die Richtlinie 2001/37/EG, deren Artikel 8 Artikel 8a der Richtlinie 89/622/EWG übernimmt, aufgehoben und ersetzt wurde,
 - Artikel 8 der Richtlinie 2001/37/EG angesichts der in den Fragen 2 a, 2 c oder 2 h genannten Grundsätze ungültig ist,
- dahin auszulegen, dass sie auch die fragliche nationale Maßnahme verbieten?

Art 95 EG als Rechtsgrundlage sah der EuGH als möglich an. Zwar spielt Gesundheitsschutz eine maßgebliche Rolle, dies allein steht dem aber nicht entgegen. Im Fall von Unterschieden zwischen den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, die geeignet sind, die Grundfreiheiten zu beeinträchtigen und sich auf diese Weise unmittelbar auf das Funktionieren des Binnenmarktes auszuwirken kann Art 95 als Rechtsgrundlage angewandt werden, wenn die Maßnahme künftigen Handelshindernissen und einer heterogenen Rechtsentwicklung entgegensteht.

Der in Frage gestellte Art 8 der Richtlinie 2001/37/EG war nun erlassen worden, weil in einigen Mitgliedsstaaten die Snus verboten worden waren. Diese unterschiedliche Entwicklung könnte sich zu einem Handelshemmnis entwickeln.

Zur Frage der Verhältnismäßigkeit meinte der EuGH, es handle sich um sehr komplexe Sachverhalte, eine negative Beurteilung einer Maßnahme sei dann möglich, wenn diese zur Erreichung des von den zuständigen Organen verfolgten Zieles offensichtlich ungeeignet ist, was hier aber nicht der Fall war. Widerstreitende Expertenmeinungen, die der EuGH anführt, zeigen, dass im Hinblick auf die Gesundheitsgefährdung dieser Produkte so wie ihr Verhältnis zu Zigaretten jedes Argument gleich viel Überzeugungskraft hat. Klar ist aber, dass Nikotin abhängig macht und giftig ist. Ein Handelsverbot aufgrund von Gesundheitsgefährdung ist aber auf jeden Fall gerechtfertigt.

Im Übrigen ergibt sich das Verbot für das Königreich Schweden, Tabakerzeugnisse zum oralen Gebrauch in den anderen Mitgliedstaaten zu vermarkten, aus den Bestimmungen des Anhangs XV Abschnitt X Buchstabe b der Beitrittsakte, und nicht aus den Bestimmungen der Richtlinie 2001/37.

Zum Grundsatz der Nichtdiskriminierung wurde nur kurz angeführt, dass sich die strittigen Produkte in einer anderen Situation befänden, weswegen man hier nicht von „gleich“ sprechen könnte. Die anderen Fragen waren wenig problematisch und die ausführlichen Erklärungen des EuGH zu diesen bieten inhaltlich im gegebenen Zusammenhang wenig Neues. Zur letzten Frage nach dem Weitergelten der innerstaatlichen Verbote, wenn Art 8 ungültig wäre, führte der EuGH nur aus, dass sich diese Frage nicht stelle.

Bericht der Kommission zur Anwendung der Richtlinie 2001/37/EG vom 27.07.2005

Jede Nichtraucherin hat wohl schon einen ihr bekannten Raucher gefragt, ob ihn die Warnhinweise auf den Zigarettenpackungen vom Rauchen abgehalten hätten. Meiner Beobachtung nach haben alle diese Raucher gesagt, dass dies nicht der Fall wäre, weswegen die Akzeptanz der Warnhinweise gering ist und vor allem ihre Sinnhaftigkeit in Frage gestellt wird. Im Bericht der Kommission zur Anwendung der Richtlinie 2001/37/EG vom 27. Juli 2005 Kom(2005) 339 zeigt sich jedoch ein anderes Bild. Verschiedene Studien werden angeführt, die die Effektivität nachweisen, so zB *„Eine niederländische Studie ergab, dass manche Erwachsene aufgrund der Warnhinweise weniger rauchen und motivierter waren, mit dem Rauchen aufzuhören.“* 28% der 13 - 18 Jährigen gaben an, aufgrund der Warnhinweise weniger zu rauchen, die Nachfrage nach Entwöhnungsangeboten nach Angabe der Telephonnummer auf den Packungen stieg in den Niederlanden insbesondere in den Gruppen mit geringen Einkommen, in Malta verdreifachte sich die Nachfrage nach Entwöhnungsunterstützungen. Von den männlichen polnischen Rauchern gaben 3% an, sie hätten wegen der großen Warnhinweise aufgehört, 16% hatten versucht aufzuhören, allerdings offensichtlich erfolglos, und 14% behaupteten, sie verstünden jetzt die gesundheitlichen Auswirkungen des Rauchens besser. Im Bericht finden sich noch einige weitere dieser Beispiele mit genauer Angabe der jeweiligen Studie. *Bydlinski* führt in seinem 1997 erschienenen Aufsatz allerdings eine Studie des Medical College of Georgia an, welche die Wirkungslosigkeit der Warnhinweise behauptet⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ *Bydlinski*, Produzentenhaftung, ÖJZ 1997, 378.

3.4.2.6. Die österreichische Mindestpreisregelungsverordnung im Lichte der EU-Vorgaben

Schon in Kapitel 3.2.2. besprochen, soll nun die gemeinschaftsrechtliche Problematik der österreichischen MindestpreisVO diskutiert werden. Der Konflikt mit dem Gemeinschaftsrecht ist evident⁴⁰⁶:

Der 7. Erwägungsgrund der RL 95/59/EG⁴⁰⁷ besagt „Die Erfordernisse des freien Wettbewerbs bedingen eine freie Preisbildung für alle Gruppen von Tabakwaren“, auch die Erwägungsgründe 2 und 3 sprechen eher für eine Unzulässigkeit als dagegen.

Um nicht nur als Präambel zu bestehen, wird der Sinngehalt in Art 9 Abs 1⁴⁰⁸ der RL positiviert.

Zunächst ist aber zu prüfen ob die Mindestpreisverordnung mit der Warenverkehrsfreiheit des 3. Teils des EG- Vertrages vereinbar ist. Art 28 des EG- Vertrages verbietet mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung. Während Mindestpreise offensichtlich keine mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen sind, können sie doch potentiell gleiche Wirkung entfalten. Diesbezüglich waren die Judikate des Europäischen Gerichts *Dassonville*⁴⁰⁹ und *Cassis de Dijon*⁴¹⁰ wegweisend, deren Weite durch *Keck/Mithouard*⁴¹¹ und *Hünernmund*⁴¹² eingeschränkt wurde. Diesen beiden Urteilen zufolge sind Regelungen über bloße Verkaufsmodalitäten, die in- und ausländische Produkte rechtlich und faktisch gleich betreffen, zulässig. Auch in *Keck/Mithouard* ging es um Mindestpreise, genauer gesagt um das Verbot, unter dem Einkaufspreis zu

⁴⁰⁶ *Klingenbrunner*, Mindestverkaufspreise, in *Strejcek (Hg)*, Rauchen im Recht, 192.

⁴⁰⁷ Siehe Kap 3.4.2.4.

⁴⁰⁸ „Als Hersteller gilt jede in der Gemeinschaft niedergelassene natürliche oder juristische Person, die Tabak zu für den Kleinverkauf bestimmten Tabakwaren verarbeitet.

Die Hersteller bzw. ihre Vertreter oder Beauftragten in der Gemeinschaft sowie die Einführer aus Drittländern bestimmen frei für jedes ihrer Erzeugnisse und für jeden Mitgliedstaat, in dem diese Erzeugnisse in den Verkehr gebracht werden sollen, den Kleinverkaufshöchstpreis.“

Unterabsatz 2 steht jedoch der Anwendung einzelstaatlicher Rechtsvorschriften über die Preisüberwachung oder die Einhaltung der vorgeschriebenen Preise nicht entgegen, sofern diese Vorschriften mit der Gemeinschaftsregelung vereinbar sind.

⁴⁰⁹ EuGH Rs 8/74, 11. 7. 1974, *Procureur du Roi v G. Dassonville*, Slg 1974, 837.

⁴¹⁰ EuGH Rs 120/78, 20. 2. 1979, *Rewe- Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Slg 1979, 649.

⁴¹¹ EuGH Rs C-267/91, 24. 11. 1993, *Strafverfahren gegen B. Keck und D. Mithouard*, Slg 1993, I-6097.

⁴¹² EuGH Rs C-292/92, 15. 12. 1993, *R. Hünernmund ua v Landesapothekerkammer Baden-Württemberg*, Slg 1993, I-6787.

verkaufen. Meines Erachtens ist daher anzunehmen, dass die Mindestpreisverordnung im Lichte der Warenverkehrsfreiheit durchaus zulässig ist⁴¹³, weil es sich einerseits eben nur um eine bloße Verkaufsmodalität handelt und andererseits die Vorjudikatur in diese Richtung weist.

Käme man diesbezüglich zu einem anderen Ergebnis, könnte die Zulässigkeit der MindestpreisVO noch mittels Art 30 des EG- Vertrages bestehen. Dieser gewährt Ausnahmen, sofern die Maßnahme durch bestimmte öffentliche Interessen gerechtfertigt ist. Im gegenständlichen Fall kann dies nur der Schutz der Gesundheit sein. Aber der Schutz muss notwendig sein, im Falle des Rauchens ist dies aufgrund der damit verbundenen Gesundheitsgefahren wohl gegeben. Weiters muss die Maßnahme aber auch proportional und zweckmäßig sein⁴¹⁴. Dies könnte im Zusammenhang angezweifelt werden, da sich der Erfolg eher in Grenzen zu halten scheint. Auf der anderen Seite ist es schwierig zu beurteilen, inwiefern die Billigmarken, sofern sie längere Zeit zu diesen Preisen am Markt gewesen wären, Auswirkungen gezeitigt hätten⁴¹⁵.

Mit Blick auf die RL 95/59/EG stellen sich eben nun die Frage, ob die MindestpreisVO mit ihr in Konflikt steht, und wie sich dieser, im Falle seines Bestehens, lösen lässt. Die Präambel spricht eine sehr eindeutige Sprache, ebenso bisherige Entscheidungen des europäischen Höchstgerichts.

In einem Verfahren, welches noch aufgrund der Vorgängerrichtlinie von der Kommission eingeleitet wurde, wurde festgestellt, dass die hellenistische Republik gegen Art 9 der RL 95/59/EG verstoßen hatte. Der griechische Finanzminister konnte die Kleinverkaufspreise durch Erlass festlegen. Auch das Argument, so werde die Gesundheit der Konsumenten geschützt, ließ der EuGH nicht gelten, dies sei im Wege einer (erhöhten) Besteuerung ebenso möglich gewesen⁴¹⁶.

Der selbe Verstoß wurde Frankreich angelastet, da ein Gesetz festlegte, dass der Preis für 1 000 Einheiten einer unter derselben Marke verkauften Ware einer

⁴¹³ Mayer vertritt hiezu die Meinung, dass eine zuverlässige Prognose, auch aufgrund der Kasuistik der Entscheidungen des EuGH, nicht möglich ist (Mayer, Mindestpreis, *ecolex* 2006, 1042f).

⁴¹⁴ Fischer *ua*, *Europarecht*, 754ff.

⁴¹⁵ Mayer zufolge ist die MindestpreisVO jedenfalls durch Art 30 gerechtfertigt (Mayer, Mindestpreis, *ecolex* 2006, 1042f).

⁴¹⁶ EuGH Rs C-216/98, 19. 10. 2000, *Kommission v Griechenland*, Slg 2000, I-8921.

Zigarettenkategorie nicht niedriger sein darf als der der meistverkauften Ware dieser Marke in der jeweiligen Kategorie⁴¹⁷.

Mayers Ansicht zufolge, ist die RL 95/59/EG im gegebenen Zusammenhang bedeutungslos, die RL stützt sich auf Art 93 EGV und betrifft daher nur steuerliche Vorschriften, auch der Art 9 der RL 95/59/EG kann daher nur hinsichtlich der steuerlichen Bemessungsgrundlage relevant sein, andernfalls wäre die Vorschrift primärrechtswidrig. Die eben zitierten Urteile liefern jedoch meines Dafürhaltens keinen Hinweis darauf, dass der EuGH die RL derart einschränkend auslegen würde. *Klingenbrunner* geht einen Schritt weiter:

Die RL ist direkt anwendbar und hat daher Anwendungsvorrang, die MindestpreisVO ist daher als totes Recht zu betrachten. Direkte Anwendbarkeit weil die RL ausreichend bestimmt ist, die Umsetzungsfrist verstrichen ist und sie keine Bedingungen beinhaltet, weiters ist sie nur berechtigend⁴¹⁸. Die VO ist aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrecht unanwendbar, Hersteller und Einzelhändler könnten ihre Preise wieder resp weiterhin beliebig festsetzen und allfällige Strafverfahren nach § 14 TabakG wären daher unzulässig⁴¹⁹.

Hinsichtlich der Inkompatibilität der österreichischen Regelungen mit denen des Gemeinschaftsrechts ist *Klingenbrunner* zweifelsfrei zu folgen. Die direkte Anwendbarkeit der RL 95/59/EG erscheint aber doch etwas gewagt:

„Die Hersteller [...] bestimmen frei [...] den Kleinverkaufshöchstpreis“ ist nicht derart bestimmt, dass ein Mindestverkaufspreis in jeder Konstellation unzulässig ist und im Interesse der Rechtssicherheit ist daher auf eine Entscheidung durch den EuGH (oder eine Aufhebung durch den österreichischen Gesetzgeber beispielsweise im Wege einer Steuererhöhung) zu warten.

⁴¹⁷ EuGH Rs C-302/00, 27. 2. 2002, *Kommission v Frankreich*, Slg 2002, I-2055.

⁴¹⁸ *Craig/De Burca*, EU Law, 202ff, *Fischer ua*, Europarecht, 628ff.

⁴¹⁹ *Klingenbrunner*, Mindestverkaufspreis, in *Strejcek (Hg)*, Rauchen im Recht, 196f.

3.5. Sonstiges

Ein gänzlich anderer Weg war in Österreich hinsichtlich des Konsumierens von Zigaretten und sonstigen Tabakprodukten in Speiselokalen⁴²⁰ gewählt worden, wenngleich mit der Tabakgesetznovelle 2008 wieder davon abgegangen wurde:

Es bestand eine so bezeichnete Vereinbarung⁴²¹ zwischen Bundesministerium für Gesundheit und Frauen und dem Fachverband der Gastronomie, einer Untereinheit der Wirtschaftskammer Österreichs, der zufolge die Gastwirte freiwillig für 40% der Sitzplätze einen Nichtraucherbereich errichten, sofern ihr Betrieb mehr als 75m² Gästefläche aufweist.

Dies sollte in Schritten geschehen, Ende 2004 sollen 30% der betroffenen Betriebe umgestellt haben, Ende 2006 90%. Die entsprechenden Erhebungen führte der Fachverband Gastronomie im Rahmen seiner sonstigen Strukturdatenerhebung durch.

Voraussetzung für diese Selbstverpflichtung war, dass „[v]on Seiten des Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen [...] auf eine gesetzliche Reglementierung des Nichtraucherschutzes im Gastgewerbe verzichtet“⁴²² wird.

Abgesehen davon, dass „gesetzlich“ wohl im materiellen Sinn gemeint war, ist die Einordnung auf den ersten Blick schwierig. Die Bundesministerin bzw der Bundesminister konnte und kann über ihre bzw seine behördlichen Befugnisse nicht im Rahmen einer zivilrechtlichen Vereinbarung, auch mit einer gesetzlichen Interessensvertretung, frei verfügen⁴²³. Doch die Wortwahl der Vereinbarung war dahingehend täuschend, zwar war Bedingung, dass das Bundesministerium „verzichtet“, verpflichtet war es aber dazu nicht. Der verpflichtende Vertragsteil war die Wirtschaftskammer, Fachverband Gastronomie.

Diese Interpretation bestätigte auch die Wirtschaftskammer selbst, von Mag Liska wurde mir auf Anfrage hin mitgeteilt⁴²⁴, dass es sich hierbei um eine

⁴²⁰ Die sogleich zu besprechende Vereinbarung definiert Speiselokale wie folgt: „Gasthäuser, Gasthöfe, Restaurants, Bahnhofgaststätten, Cafe-Restaurants, Cafe-Konditoreien (soweit es sich um Betriebe mit einer Gastgewerbeberechtigung handelt) und Eisbetriebe“ (3. Aufzählungspunkt der Vereinbarung).

⁴²¹ Der Volltext der Vereinbarung ist im Anhang nachlesbar.

⁴²² 4. Aufzählungspunkt der Vereinbarung.

⁴²³ Vgl zB *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rz 239.

⁴²⁴ Email von Geschäftsführer- Stellvertreter Mag Gernot Liska, Fachverband Gastronomie/Tourismus vom 08. Juni 2006.

Verwendungszusage iSd §880a ABGB⁴²⁵ handelte. Der Fachverband Gastronomie hätte also auf seine Mitglieder einwirken sollen, diese Vereinbarung zu achten, für einen Erfolg haftete er jedoch keineswegs. Die Umsetzung der Zusagen war zwar Pressemitteilungen der WKÖ zufolge gut unterwegs⁴²⁶, seitens des Bundesministeriums wurde das aber anders gesehen.

Von der rechtlichen Qualifikation abgesehen handelte es sich effektiv aber trotzdem um ein politisches „gentlemen’s agreement“, welches, wie mehrere Interviews der damaligen Ministerin Maria Rauch-Kallat in der letzten Maiwoche 2006 und oben zitierte Pressemitteilungen zeigen, zumindest bis 2007 auch von beiden Seiten respektiert wurde. Die damalige Ministerin Andrea Kdolsky deutete in der Pressestunde in ORF2 am 18. Februar 2007 an, dass sie keine Änderungen beabsichtigte, schloss dies jedoch auch nicht eindeutig aus. Am 31. März 2007 hingegen gab sie der Tageszeitung „Österreich“ in ihrer 209. Ausgabe auf Seite 7 ein Exklusivinterview, indem sie äußerte, dass „noch dieses Jahr“ ein Rauchverbot kommen würde. Es bestehe im Grunde aus der gesetzlichen Festschreibung der soeben dargestellten freiwilligen Vereinbarung; dies aus dem Grund, da sich zu wenig Gastwirte an die Vereinbarung gehalten hatten.

Was sich auch zeigt, ist dass die österreichischen Gastronomen eine gute Interessensvertretung haben, denn eine für die Bewirtung der Gäste genutzte Fläche über 75m² haben nur verhältnismäßig große Speiselokale, kleinere Betriebe, die eher die Mehrheit darstellen⁴²⁷, waren von der Vereinbarung gänzlich ausgenommen. Die geringe Akzeptanz der Umsetzung hat die Einsätze dieser Interessensvertretung jedoch leider zunichte gemacht. Zahlen, die in Presseaussendungen und im ORF Anfang 2007 veröffentlicht wurden, belegen, dass 87% der betroffenen Betriebe die Vereinbarung umgesetzt haben. Ein Artikel in der Tageszeitung Österreich, Nr 156 vom 6. Februar 07 berichtet hingegen, dass nur 70% der vom Ministerium kontrollierten Wirte die Vereinbarung umgesetzt haben, die restlichen 30% haben tw die Nichtraucherische mitten im Raucherbereich aufgestellt⁴²⁸ oder nur zeitlich

⁴²⁵ „Hat jemand einem andern eine Leistung eines Dritten versprochen, so gilt dies als Zusage seiner Verwendung bei dem Dritten; ist er aber für den Erfolg eingestanden, so haftet er für volle Genugtuung, wenn die Leistung des Dritten ausbleibt“ (§ 880a ABGB).

⁴²⁶ Vgl zB Pressemitteilung der WKÖ vom 08.03.2008 und 26.05.2006, nachlesbar ua unter <http://www.gastronomieverband.at/PM260506.pdf>, 26.05.2006, <http://www.gastronomieverband.at/PM%20080306.pdf>, 08.03.2008.

⁴²⁷ Vgl Mitgliedererhebung des Fachverbands 2005, http://www.diegastronomie.at/Statistik_2005.pdf, 26.05.2006.

⁴²⁸ Eine Beobachtung, die auch ich wiederholt machte.

beschränkte Nichtraucherzonen eingerichtet, wie auch die damalige Bundesministerin Kdolsky in dem gerade erwähnten Interview bemerkte.

In den erläuternden Bemerkungen zur Novelle 2008 wird als Begründung, wieso nun vom bisherigen Weg abgegangen wurde, ausgeführt:

„Eine [...] mit dem Ziel des freiwilligen Ausbaus des Nichtraucherschutzes [...] getroffene Vereinbarung hat zwar in Teilen der Gastronomie zu einem Umdenken geführt, jedoch konnte das Ziel letztlich nicht zufrieden stellend erreicht werden.“

3.6. Der gescheiterte Entwurf der Tabakgesetznovelle 2007

Nachdem sich über den Sommer 2007 in diversen Medien die Gerüchte über eine neuerliche Novellierung des Tabakgesetzes verdichtet hatten, wurde im September 2007 ein Gesetzesentwurf der Öffentlichkeit präsentiert. Zwar scheiterte dieser Entwurf in der letzten Oktoberwoche, wie der Berichterstattung des ORFs (und im Grunde aller größerer Zeitungen) zu entnehmen war, doch ist dieser doch nicht ohne Einfluss auf die dann tatsächlich durchgeführte Novellierung. Dessen ungeachtet ist der Text des Entwurfs im Anhang II nachzulesen.

Die meisten der Änderungen wären nicht sehr umfangreich gewesen, behandelten nur Behebungen von Redaktionsversehen oder aktualisierten einzelne Aspekte. § 5 Abs 2 zif 10 TabakG, der bis jetzt nur Entwöhnungswillige auf den Arzt oder Apotheker verwies, hätte nun zusätzlich auch auf das „Rauchertelefon“ verwiesen (was dann in der tatsächlich durchgeführten Novelle BGBl I Nr 107/2007 auch umgesetzt wurde), für die Akkreditierung von Prüf- und Überwachungsstellen oder Laboratorien wäre nicht mehr das Akkreditierungsgesetz herangezogen (§ 10 Abs 2) worden, § 11 wäre dahingehend bereinigt und neu nummeriert worden, dass nicht mehr erlaubte Werbemittel keine Erwähnung mehr finden und eine falsch platzierte Überschrift vor § 13 wäre an die richtige Stelle „verschoben“ worden.

Die große Neuerung wäre einerseits gewesen, dass die Vereinbarung zwischen Bundesministerium für Gesundheit und Frauen und dem Fachverband der Gastronomie gesetzmäßig umgesetzt worden wäre. Dies mit dem Zusatz, dass Betriebe mit einer für Gäste vorgesehenen Innenraumfläche über 75m² stattdessen eine geeignete raumlüftungstechnischen Anlage errichten können, diesfalls ist das weitere Rauchen gestattet. Alle Formen der Gastronomie, egal ob landes- oder

bundesgesetzlich definiert, wären umfasst gewesen, auch in Tabaktrafiken darf im Falle der Geltung des Gesetzes nicht mehr geraucht werden. Begründet wurde dieser Schritt damit, dass die Ziele der Vereinbarung nicht umfassend umgesetzt wurden, wie eine Kontrolle im Frühjahr 2007 zeigte; die Tabaktrafiken werden potentiell auch von Nichtrauchern zwecks Zeitungskauf etc frequentiert, daher ist auch diese Ausnahme nicht mehr angebracht⁴²⁹.

Die Verpflichtung des (bisherigen) § 13a, die „Rauchverbotszonen“ entsprechend auszuschildern, wäre detaillierter ausgeführt worden und im § 13c wäre festgelegt geworden, welche Pflichten der Verfügungsbefugte dahingehend treffen und dass er dafür einzustehen hätte.

Strafbestimmungen fanden sich im Entwurf mehrere. § 14 stellt mit bis zu 500 €, bei Wiederholung bis zu 5 000 € das unzureichende Ausschildern unter Strafe und das verbotene Rauchen mit bis zu 100 €, bei Wiederholung bis zu 1 000 €.

Gemäß § 17 wären diese Bestimmungen mit 1. Juli 2008 in Kraft getreten. Weiters wäre in § 17 geregelt gewesen, dass wer am 1. Jänner 2008 eine genehmigte Betriebsanlage hat, bis 1. Jänner 2013 (im Denkmalschutz- geschützten Betrieb sogar bis 1. Jänner 2015) Zeit hätte, die neuen Bestimmungen umzusetzen. Schon zuvor jedoch hätte in Betrieben die über 75m² Bewirtschaftungsfläche haben, der halbe Gästeraum Nicht- Raucherraum sein müssen und eine allfällige Entlüftungsanlage in Anwesenheit eines (!) Gastes in Betrieb sein müssen, auch dies unter Strafandrohung ab 01. Juli 2008.

Gemeinsam mit dem Entwurf zur Tabakgesetznovelle wurde eine auf dem Entwurf basierende Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit, Familie und Jugend, mit der nähere Vorschriften zur Sicherstellung des Nichtraucherschutzes in Speisen und Getränke verabreichenden Betrieben getroffen werden (Gastronomie-Nichtraucherschutzverordnung) zur Begutachtung gegeben. Basierend auf § 13a Abs 4 des gescheiterten Entwurf enthielt sie nur 2 Paragraphen. Der zweite ist die Anordnung des Inkrafttretens am 1. Jänner 2008, der erste lautete:

„Eine raumluftechnische Anlage ist im Sinne des § 13a Abs. 2 des Tabakgesetzes (Nichtraucherschutz) geeignet, wenn sie Frischluft im Ausmaß von mindestens 25 l pro Sekunde und Person heranführt und ein geschätzter Index von mindestens einem Quadratmeter pro Person in Stehbereichen und mindestens zwei Quadratmetern pro Person in Sitzbereichen zugrunde liegt.“

⁴²⁹ Erläuterungen zur Regierungsvorlage für die Tabakgesetznovelle 2007.

Wie den erläuternden Bemerkungen zu entnehmen ist, basierten diese Zahlen auf der Euronorm „EN 13779:2004 (D)“. Zum Vergleich, die Arbeitsstättenverordnung⁴³⁰ verlangt gemäß § 27 Abs 3 50m³ pro Stunde in einem Bereich ohne natürliche Belüftung, in dem „nur“ gearbeitet wird (70m³ bei anstrengender körperlicher Arbeit) bei mechanischer Be- und Entlüftung. Das wären ~13,8l pro Sekunde (~19,4l pro Sekunde bei anstrengender Arbeit). Auch wenn sich über die medizinische Effizienz daher eine Vermutung aufdrängt, steht sie dem Juristen nicht zu. Eine solche Bestimmung ist der tatsächlich erfolgten Novelle (wohl aus den gerade angedeuteten Gründen) daher fremd.

⁴³⁰ BGBl. 450/1994 idF BGBl I 47/1997.

4. Grundrechte

4.1. Vorbemerkungen

Johannes Pichler vermutet schon im 1. Kapitel des von ihm herausgegebenen Sammelbandes „Rauchen & Recht“, dass harte Verbotsnormen grundrechtswidrig seien. Konkret wird er bezüglich dieses Verdachtes nicht⁴³¹. Dieses Kapitel soll zumindest die relevantesten grundrechtlichen Implikationen untersuchen, die durch die aktuelle Gesetzgebung hervorgerufen werden. Ebenso sollen allfällige wahrscheinliche Entwicklungen oder in Diskussion stehende Maßnahmen beleuchtet werden.

4.2. Gefährdungen von Gesundheit und Leben und die Grundrechte

Art 2 EMRK schützt das Recht auf Leben des Einzelnen. Der Staat ist verpflichtet, das Recht auf Leben effektiv vor Eingriffen durch den Staat und auch durch Privatpersonen zu schützen⁴³². Trotz anders lautender Aufdrucke auf Zigarettenpackungen tötet Rauchen nicht direkt, es erhöht die Wahrscheinlichkeit schwerer Erkrankungen und stellt eine Gesundheitsbeeinträchtigung dar. Eine herrschende Meinung, dass ein Grundrecht auf Gesundheit besteht, kann nicht behauptet werden. Nichtsdestotrotz bejahen viele Autoren ein solches und leiten es aus Art 8 EMRK ab, welcher auch die körperliche Unversehrtheit schützt⁴³³.

Inwiefern nun das Bestehen eines Grundrechts auf Gesundheit als anerkannt angesehen werden kann oder nicht, im Folgenden soll es vorausgesetzt werden, nicht zuletzt weil es systematisch inkonsequent erscheint, das „nackte Leben“ und bestimmte Bereiche von Lebensqualität (Familie, Kunst, Meinungsbildung, Beruf, Privatsphäre etc) zu schützen, die Voraussetzung für den Genuss dieser garantierten Lebensqualität, (abgesehen von der bloßen Existenz) nämlich Gesundheit, hingegen nicht. Ein weiteres Argument dafür, dass es vertretbar ist im akademischen Diskurs

⁴³¹ *Pichler*, Rauchen & Recht, 15.

⁴³² *Grabenwarter*, EMRK, 156.

⁴³³ *Grabenwarter*, EMRK, 206; *Ermacora*, Grundriss Menschenrechte, Kap zu Art 8; *Schadler* in *Meyer* (Hg), Grundrecht auf Gesundheit. In JRP 1994, 68, erwähnt *Funk* in einem Artikel, der sich vorrangig mit Umweltschutz beschäftigt, dass auch aus Art 3 EMRK ein Recht auf Gesundheit abzuleiten sei.

dieses Grundrecht zu vertreten, ist, dass zahlreiche Grundrechte eingeschränkt werden dürfen, wenn die Gesundheit anderer gefährdet ist.

Darüber hinaus ist es meines Dafürhaltens vertretbar, schwerwiegende, lebensverkürzende Gesundheitsbeeinträchtigungen als vom Grundrecht auf Leben abgedeckt zu betrachten⁴³⁴. Nur um solche geht es aber im gegebenen Zusammenhang, ein leichter Hustenreiz odgl, der auch mit dem (Passiv-) Rauchen verbunden ist, wird hier nicht von Relevanz sein.

Klar ist, dass durch den Erlass von Werbeverböten, Pflicht zu Warnhinweisen usw niemand in seiner Gesundheit beeinträchtigt werden kann, es bleibt also die Frage, ob der Gesetzgeber durch die Verfassung verpflichtet ist, zu handeln. Diese Frage ist zu bejahen, den Staat treffen aufgrund der Grundrechte gewisse Gewährleistungspflichten resp Handlungspflichten. Dies ist schon eingehend in der Literatur dargestellt⁴³⁵, vom VfGH ausgesprochen⁴³⁶ und vom EGMR judiziert⁴³⁷ sowie auch in vorhergehenden Kapiteln gestreift worden, hinsichtlich der Grundrechte auf Leben und Gesundheit besteht diesbezüglich kein Zweifel.

Um nur ein Beispiel zu nennen, im Fall EGMR *Guerra and others v Italy* erkannte der EGMR eine Pflicht Italiens, die Einwohner der Stadt Manfredonia über die gesundheitliche Gefährdung die von einer „Seveso“- Anlage ausgeht, zu informieren. Abstrahiert betrachtet besteht also eine Pflicht des Staates, eigeninitiativ gesundheitliche Gefährdungen, die einer großen Menge von Bürgern ohne deren Wissen drohen, öffentlich bekanntzumachen. Eine derartige Gefährdung besteht auch beim Rauchen, würde also keine „public awareness“ vorliegen, würde hier ebenso aufgrund Art 8 EMRK eine Verpflichtung bestehen, Gesundheitsinformation zu disseminieren, der ja im Übrigen ohnehin nachgekommen wird.

Nun ist zu klären, ob der Staat mit der heutigen Gesetzgebung diesen seinen Pflichten entsprochen hat. Auch dies ist zu bejahen:

⁴³⁴ *Schadler in Meyer (Hg)*, Grundrecht auf Gesundheit, 18 mwN.

⁴³⁵ zB *Holoubek*, Gewährleistungspflichten, 155f; *Schadler in Meyer (Hg)*, Grundrecht auf Gesundheit, 42f mwN; *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rz 694ff.

⁴³⁶ zB VfGH G 18/85, VfSlg 10412 (Vorkehrungen für die geheime Wahl); VfGH G 233/89, G 234/89, VfSlg 12245 (aktiver Schutz von Minderheiten).

⁴³⁷ zB EGMR *Guerra and others v. Italy*, 116/1996, 19.02.1998; EUGRZ 1999,188; ÖJZ 1999, 33 sowie <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>; EGMR *Gündem v Turkey*, 23144/93, 16.3.2000; NL 2000, 53, www.menschenrechte.ac.at/orig/00_2/Guendem.pdf <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc>.

Durch die Verpflichtung, Warnhinweise anzubringen⁴³⁸ ist der Staat seinen Informationspflichten ausreichend nachgekommen, unterstützt wurden und werden diese Maßnahmen auch durch entsprechende Kampagnen zum Rauchausstieg. Die angedachte „Rauchentwöhnung auf Krankenschein“ ist ein weiterer Schritt. Vor dem Blickpunkt des Schutzes von Leben und Gesundheit ist ein Verbot des Tabakkonsums oder weiter reichende Einschränkung nicht geboten, da die allfälligen Schädigung nicht von dritter Seite hervorgerufen werden, der Staat aber nur verpflichtet ist, solche hintanzuhalten.

Problematisch kann hingegen sein, dass manche Rauchverbote auf öffentlichen Orten überhaupt nicht exekutiert werden. Vorausgesetzt, dass jemand in direkter Konsequenz durch die andauernde Missachtung der Rauchverbote, zB an einer Universität, an seiner Gesundheit geschädigt wird, ist der Schutzbereich des Grundrechtes betroffen. Aufgrund der Beeinträchtigung liegt ein Eingriff vor. Wie schon dargestellt trifft den Staat die Pflicht zur Sicherung des Grundrechts. Hier wurde nicht dafür gesorgt, dass an einem Ort, wo die Bürger sich unumgänglich aufhalten müssen (um beim Beispiel zu bleiben, um ihr Grundrecht auf Bildung zu verfolgen), Eingriffe von Dritten ausgeschlossen sind. Sogar wenn das TabakG selbst keine direkte Handhabe bieten würde, wie es ja bis 1. Jänner 2009 der Fall war, so ist es möglich, zB im Wege einer Hausordnung (die allerdings auch durchgesetzt werden müsste), also des normalen Zivilrechts, Missachtungen des Rauchverbotes zu verhindern.

4.3. Privatsphäre (Art 8 EMRK)⁴³⁹

Die EMRK schützt dem bloßen Wortlaut nach Privat- und Familienleben, Wohnung und Briefverkehr. Der Schutz, den es gewährt, geht jedoch viel weiter, es schützt Sexualverhalten und das Verfügen über den eigenen Körper, persönliche Identität, Name, Persönlichkeitsentwicklung und privates Tun und Treiben gleichermaßen. Um es mit den Worten des VfGHs zu sagen, umfasst *„[d]as Recht auf Achtung des Privatlebens iSd Art 8 EMRK [...] das Recht, die Gestaltung des Privatlebens dem Blick der Öffentlichkeit und des Staates zu entziehen. In einer von der Achtung der Freiheit geprägten Gesellschaft [...] braucht der Bürger ohne triftigen Grund*

⁴³⁸ Deren grundrechtliche Implikation im Verhältnis zu den Produzenten und Konsumenten wird in den folgenden Unterkapiteln untersucht.

⁴³⁹ Gesundheit wurde in Kapitel 4.2. behandelt.

*niemandem Einblick zu gewähren, welchem Zeitvertreib er nachgeht, welche Bücher er kauft, welche Zeitungen er abonniert, was er isst und trinkt und wo er die Nacht verbringt.*⁴⁴⁰

Die Schwierigkeit der Abgrenzung von Privatem und Öffentlichem und der weite Schutzgegenstand haben eine abschließende Umschreibung des Grundrechts bis jetzt verhindert⁴⁴¹.

Im Zusammenhang mit dem Art 8 hat der EGMR schon sehr früh eine Pflicht des Gesetzgebers zu einem positiven Tun erkannt⁴⁴², und diese, vor allem im Zusammenhang mit familiären Situationen wiederholt bestätigt⁴⁴³. Da jedoch die „gesundheitlichen Aspekte“ des Art 8 EMRK schon im vorigen Kapitel behandelt wurden, sind die verbleibenden Berührungspunkte zwischen der bestehenden und wahrscheinlicher, zukünftiger Legislatur und dem Grundrecht geringzählig. Das Recht auf Identität und Persönlichkeitsentwicklung geht nicht derart weit, dass es ein Recht auf bestimmte Genussmittel, insbesondere wenn sie gesundheitsschädigend sind, darstellt⁴⁴⁴. So ist auch das Verbot von jeglichen Konsum von Jugendlichen, wie es in Oberösterreich und Steiermark in den jeweiligen Jugendschutzgesetzen erlassen wird, kein Eingriff in das Grundrecht. Weiters ist das Grundrecht nicht derart weit wie das deutsche Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit⁴⁴⁵, sodass auch ein – ohnehin eher nicht zu erwartendes – Totalverbot keinen Eingriff darstellen würde, sintemal dieses legislativ wohl über den Erwerb und Besitz und nicht über den Konsum geregelt werden würde.

Eine äußerst unwahrscheinliche Entwicklung könnte jedoch mit dem von Art 8 EMRK umfassten Grundrecht auf Datenschutz⁴⁴⁶ (ebenso festgeschrieben in § 1 Datenschutzgesetz⁴⁴⁷) kollidieren:

Aufgrund der höheren Krankheitsanfälligkeit von Rauchern könnten Bestrebungen angedacht werden, diese datenmäßig zu erfassen, um einen Ausgleich für die

⁴⁴⁰ VfGH G 148 – 155/90, VfSlg 12689, am Anfang.

⁴⁴¹ *Berka*, Lehrbuch Grundrechte, 99f; *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rz 812; EGMR *Pretty v UK*, 2346/02, 29.4.2002; NL 2002, 31; EuGRZ 2002, 234; ÖJZ 2003, 311 sowie <http://echr.coe.int/echr/en/hudoc..>

⁴⁴² EGMR *Marckx v Belgium*, 6833/74, 13.6.1979; EuGRZ 1979, 454; EGMR *Airey v Ireland* 6289/73, 9.10.1979; EuGRZ 1979, 626.

⁴⁴³ *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rz 819 mwN.

⁴⁴⁴ *Grabenwarter*, EMRK, 202, 205.

⁴⁴⁵ Vgl Kap 4.7. Exkurs.

⁴⁴⁶ *Grabenwarter*, EMRK, 207.

⁴⁴⁷ BGBl I 165/1999.

Gesundheitskosten zu finden, der nicht nur über die Steuern für Tabakprodukte geregelt wird. Mit einem Vermerk „Raucher“ allein wäre es dabei noch nicht getan, um wirklich begründet diesen Personen höhere Beiträge aufzuerlegen wären Informationen über Dauer des Tabakkonsums, Intensität, ja vielleicht sogar Teergehalt der gerauchten Produkte und ob diese vorwiegend drinnen oder draußen konsumiert werden, notwendig. Im Moment besteht kein Anlass, diese Entwicklung als wahrscheinlich zu beschreiben, was es auch unzweckmäßig macht, die Zulässigkeit der einzelnen Nuancen zu analysieren, das Beispiel soll nur verdeutlichen, dass die Grenzen des Grundrechts auf Datenschutz bei einem derartigen Vorhaben sehr schnell erreicht wären.

4.4. Werbebeschränkungen im Lichte der Grundrechte, insbesondere Meinungsfreiheit (Art 13 StGG, Art 10 EMRK)

Historisch diente dieses Grundrecht eher der Abwehr der Zensur, die freie Presse sollte Freiheit im Allgemeinen garantieren.

Doch das Grundrecht umfasst nicht nur die Verbreitung von Inhalten, Meinungen und Gedanken, bietet nicht nur eine rechtliche Begründung, dass *public figures* auch unsachliche, beleidigende Kritik ertragen müssen, anders als der durchschnittliche Normadressat, es umfasst auch die Freiheit, Mitteilungen die nur der Förderung der eigenen Geschäftsinteressen dienen, wie Werbung, zu kolportieren⁴⁴⁸.

Demzufolge sind Werbebeschränkungen, wie sie im gegebenen Zusammenhang interessieren, nicht nur im Lichte der Erwerbsfreiheit, sondern auch im Hinblick auf die Kommunikationsfreiheit kritisch zu hinterfragen.

Grundrechtsträger sind inländisch und nicht-inländische, natürliche und juristische Personen gleichermaßen⁴⁴⁹.

Die Einschränkung der Tabakwerbung als solche ist unstrittig ein Eingriff in das Grundrecht auf Meinungsfreiheit. Nichtsdestotrotz, wie schon an anderer Stelle dargestellt, dient das Gesetz dem Schutz der Gesundheit, einer der taxativ aufgezählten Gründe, die eine Rechtfertigung darstellen. Sofern sich nicht herausstellt, dass Werbeverbote gänzlich oder nahezu ineffektiv sind, ist der Eingriff

⁴⁴⁸ Grundlegend VfGH B 658/85 VfSlg 10948; vgl auch *Berka*, Grundrechte, 318ff; *Öhlinger*, Verfassungsrecht, 404f; *Mayer*, Werbung und Grundrechte, 3f.

⁴⁴⁹ *Öhlinger*, Verfassungsrecht, RZ 911 mwN.

auch jedenfalls gerechtfertigt, insbesondere da er ein schonendes Mittel darstellt und das Verbot mit (wenigen verbliebenen) Ausnahmen nicht umfassend ist.

Gemäß Art 10 EMRK und Art 13 StGG sind Beschränkungen nur zulässig, wenn sie dem formellen Gesetzesvorbehalt des Art 13 StGG sowie dem materiellen Gesetzesvorbehalt des Art 10 Abs 2 EMRK entsprechen.

Damit Eingriffe in die Meinungsfreiheit grundrechtskonform sind, müssen diese gesetzlich vorgesehen sein, nicht gegen ein absolutes Eingriffsverbot verstoßen und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen Sicherheit, der territorialen Unversehrtheit oder der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung, des Schutzes der Gesundheit und der Moral, des Schutzes des guten Rufes oder der Rechte anderer unentbehrlich⁴⁵⁰ sein, um die Verbreitung von vertraulichen Nachrichten zu verhindern oder das Ansehen und die Unparteilichkeit der Rechtsprechung zu gewährleisten.

Die Einschränkungen der Werbung basieren auf Gesetz, sie verstoßen nicht gegen ein absolutes Verbot und sie dienen dem Schutz der Gesundheit, tw insbesondere dem Schutz der Gesundheit junger Menschen.

Als letzter Hebelpunkt bleibt damit nur die Notwendigkeit der Maßnahme in einer Demokratie. Bis dato in der Literatur eher weniger problematisiert, hat der EGMR in *KRONE VERLAG GmbH & Co. KG v. Austria (No 3)*⁴⁵¹ allerdings ein relativ enges Korsett an die Prüfung angelegt.

In diesem Fall ging es um eine einstweilige Verfügung und ein OGH Urteil, die seitens der Salzburger Nachrichten gegen ein Inserat der Kronenzeitung in ihrer Salzburger Ausgabe erwirkt wurden. Das Inserat der Kronenzeitung stellte Salzburger Nachrichten und Krone gegenüber, verglich die Preise für ein Abonnement und bezeichnete die Krone als „die beste Zeitung“, die Verfügung erging aufgrund § 1 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)⁴⁵². Das Inserat mit dem Preisvergleich täuschte nach Meinung des OLG und,

⁴⁵⁰ Mayer erwähnt, dass eine Diskussion darüber geführt wurde ob der damals verwendete Begriff „unentbehrlich“ korrekt übersetzt wurde, welche Übersetzung linguistisch richtig wäre, erachtet er aber im juristischen Endeffekt als irrelevant. Mayer, Werbung und Grundrechte, 4.

⁴⁵¹ EGMR *KRONE VERLAG GmbH & Co. KG v. Austria (no. 3)*, 39069/97, 11.12.2003; NL 2003, 319, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbk.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=4117&sessionId=18882885&skin=hudoc-en&attachment=true>, www.menschenrechte.ac.at/orig/03_6/Krone_3.pdf sowie unter <http://www.echr.coe.int/echr/en/hudoc>.

⁴⁵² BGBl 448/1984, heute aktuell idF BGBl I 79/2007.

diesem folgend, des Höchstgerichts, weil kein Hinweis auf die deutlichen Qualitätsunterschiede insbesondere im Rahmen der Berichterstattung über Politik, Wirtschaft, Kultur, Wissenschaft, Gesundheit, Recht und Umwelt der beiden Zeitungen vorhanden war und weil ebenso nicht dargestellt wurde, dass die Kronenzeitung eine „Boulevardzeitung“ war, hingegen die Salzburger Nachrichten eine „Qualitätszeitung“⁴⁵³. Der Preisvergleich in dieser Form war daher nicht zulässig und wurde untersagt.

Der Herausgeber, die KRONE VERLAG GmbH & Co. KG, wandte sich an den EGMR. Sie bestritt dass die Entscheidung aufgrund eines Gesetzes erging, da es keine (österreichische) Spruchpraxis zu diesem Bereich gab und dass keiner der Ausnahmetatbestände der EMRK erfüllt war. Diese Punkte wurden wie zu erwarten zurückgewiesen, da Spruchpraxis, wenngleich tw aus Deutschland, vorlag und der Schutz von Mitbewerbern verfolgt wurde.

Weiters wurde angeführt, dass diese Maßnahme in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig war, da, wie sogar der OGH in seiner Urteilsbegründung anführte, der Leserschaft der qualitative Unterschied der beiden Tageszeitungen bekannt war⁴⁵⁴.

Die Stellungnahme der Bundesregierung besagte, dass die Maßnahmen angemessen waren, nicht zuletzt auch da keine Strafen verhängt worden waren.

Der EGMR erkannte, dass der Qualitätsunterschied den angesprochenen Käuferschichten hinreichend bekannt war, und die beiden Zeitungen, wie in verschiedenen Äußerungen dargestellt, doch (tw) um dieselbe Leserschaft im Wettbewerb waren. Das Verbot war dementsprechend zu breit erteilt und in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig, Österreich verletzte die EMRK.

Auch im Fall EGMR *Casado Coca v. Spain*⁴⁵⁵ wurde das Kriterium der Angemessenheit in einer Demokratie gleichfalls äußerst genau begutachtet. Es ging um einen spanischen Anwalt über den vom dortigen Pendant der Rechtsanwaltskammer wegen Werbung, die ihm standesrechtlich verboten war, relativ milde Strafen ausgesprochen waren. Der EGMR entschied, mit 2 *dissenting opinions*, dass kein Bruch der EMRK vorlag, da die Strafen ausgesprochen milde

⁴⁵³ OGH 23. 5. 1995, 4 Ob 34/95.

⁴⁵⁴ Dieses Argument wurde, wie ein zynischer Beobachter vielleicht anmerken würde in besten Kronenzeitungsstil, ausgebaut, so müsste vor jedem Preisvergleich ein detailliertester Vergleich der beiden Zeitungen angestellt werden, der gleichzeitig mitabgedruckt werden müsste, und falls diese Analyse nicht umfassend genug war, würden Strafen in Höhe von 100 000 € oder Gefängnisstrafen für das Management drohen.

⁴⁵⁵ EGMR *Casado Coca v. Spain*, 15450/89, 24.02.1994; § 50, ÖJZ 1994, 634ff.

waren und die Angemessenheit eines Werbeverbotes von der Rechtsanwaltskammer besser beurteilt werden konnte.

Was sind nun die Parallelen zum Tabakwerbeverbot?

Klar ist, dass dort wo der Jugendschutz im Vordergrund steht, kaum ein berechtigter Zweifel an der Angemessenheit und Notwendigkeit auch in einer demokratischen Gesellschaft bestehen kann.

Hinsichtlich erwachsener Konsumenten hingegen stellt sich die Frage, ob ein derart umfassendes Werbeverbot, zB Sponsoring für Kulturveranstaltungen, Werbung in an erwachsene Leserschichten adressierten Druckwerken, Zusendung von Werbung im Wege des Opt-in⁴⁵⁶ (sowohl postalisch als auch digital), notwendig ist.

Die Grundidee der Demokratie ist ja gerade die selbständige Entscheidung des Individuums. Und diesem Einzelmenschen wird in einer demokratischen Wahl nicht nur eine Entscheidung für sich selbst zugemutet, sein Wahlentschluss hat ja Einfluss auf alle anderen im selben Staat. Im Fall des Rauchens hat hingegen der Kauf nur einen Effekt auf die eigene Gesundheit. Der Konsument ist sich aber nun, nicht zuletzt aufgrund der Warnhinweise und Informationskampagnen der Risiken bestens bewusst, die Werbung mag zwar zum Ziel haben, zu „verführen“, beschränkt aber die Willensfreiheit auf der anderen Seite nicht derart, dass es angemessen und in weiterer Folge notwendig erscheint, den einsichtsfähigen Einzelnen vor ihr zu schützen. Der Schutz der Nichtraucher ist in diesem Zusammenhang nicht Normzweck.

Der Vergleich mit anderen Werbebeschränkungen ist hier nicht ergiebig, wie schon an anderer Stelle gelegentlich dargestellt, besteht er bei manchen Produkten (Alkohol⁴⁵⁷, hier auch wieder in verschiedenen Abstufungen, Waffen) und bei anderen wiederum nicht.

Da dieser Aspekt jedoch weder in der Literatur ausführlich behandelt noch von Gerichten aufgegriffen wurde, ist anzunehmen, dass eine derartige enge Lesart der Notwendigkeit in der Demokratie nicht angebracht erscheint.

⁴⁵⁶ Opt-In ist eine Bezeichnung aus dem Marketing und Werberecht, bei welchem dem Empfang von regelmäßigen (Werbe-) Nachrichten, meist E-Mails oder auch SMS, aber eben auch am klassischen Postweg, explizit zugestimmt werden muss. Durch einmaliges Eintragen in eine Abonnentenliste stimmt der Empfänger beim Opt-In-Verfahren im Voraus dem Empfang der Werbenachrichten zu.

⁴⁵⁷ Vgl dazu zB Manfred Pichelmayer, eolex 248-250/2008, Werbung und Alkohol.

Zum positiven Recht auf Äußerung der Meinung sollte immer das negative Recht mitgedacht werden, das Recht seine Meinung nicht zu äußern. Die Beschränkungen einerseits für Tabakwerbung und andererseits für die Beschriftung von Verpackungen, verpflichten aber die Hersteller und Verpacker, Meinungen, die ihren Geschäftsinteressen widerlaufen, auf eigene Kosten und auf ihren Informationsträgern zu äußern.

Das Bestehen eines Rechts darauf, seine Meinung nicht zu äußern, wird wenig diskutiert⁴⁵⁸, die weiteren von *Bernert* angeführten Literaturstimmen waren teilweise nicht verfügbar. Doch auch unter Außerachtlassung der Mathematik, denn auch 0 und -1 sind ein Vielfaches von 1 (oder 10^{50}), ist es meines Erachtens dem Wesen eines Grundrechts innewohnend, dass auch das Recht das Grundrecht nicht in Anspruch nehmen zu müssen, geschützt ist. Ausjudiziert ist die negative Freiheit zu Art 11 EMRK zB in *Sigurjonsson*⁴⁵⁹, die vom Wortlaut der Konvention ebenso wenig erfasst ist, ein weiteres Argument, demzufolge „negative“ Freiheiten bestehen und diese durchsetzbar sind.

Vor dem Hintergrund der negativen Meinungsfreiheit ist nun die Verpflichtung zum Anbringen von Warnhinweise zu hinterfragen. Die Hinweise sind ein Eingriff in die negative Meinungsfreiheit, da der Hersteller verpflichtet wird, Informationen zu verbreiten, die er sonst nicht verbreiten würde.

Einschränkungen müssen den Vorgaben der EMRK gerecht werden. Das Ziel hier ist unmissverständlich der Schutz der Gesundheit. Da die Gesundheitsgefahr des Rauchens sehr groß ist, ist es vermutlich angebracht und damit proportional, die Warnhinweise derart groß anzubringen. Die Notwendigkeit mag bestritten werden, da es der Mehrzahl der Raucher bewusst ist, welche Risiken mit dem Rauchen verbunden sind. Nichtsdestotrotz ist diese Kenntnis nicht zuletzt aufgrund der Warnhinweise verbreitet. Zwar muss ein Gesetz zu jedem Zeitpunkt den grundrechtlichen Vorgaben entsprechen, eine mangelnde Notwendigkeit bei ausreichender Information anzunehmen könnte aber zu einem „Yo- Yo- Effekt“ führen:

⁴⁵⁸ Bejahend: *Bernert*, Wenn..., 48 mwN; *Hatje*, Wirtschaftswerbung, 120f.

⁴⁵⁹ EGMR *Sigurjonsson v Iceland*, 16130/90, 30.06.1993; *ecolex* 1993, 786. Der Beschwerdeführer wehrte sich gegen die Pflichtmitgliedschaft in einer Art Taxifahrergewerkschaft und bekam vom EGMR im Hinblick auf die negative Vereinsfreiheit recht.

Sobald die Gesundheitsrisiken mangels Aufdrucke in den Köpfen der Menschen nicht mehr präsent sind, ist die Notwendigkeit wieder zu bejahen, ist es wieder Allgemeinwissen, zu verneinen usw⁴⁶⁰. Deswegen ist hier also vom durchgehenden Bestehen der Notwendigkeit auszugehen.

Als Argument für die Zulässigkeit mag im Wege der Güterabwägung noch angeführt sein, dass die Warnhinweise von denen angebracht werden, die direkt von der Gesundheitsgefährdung der Konsumenten profitieren, nämlich den Produzenten. Kein Dritter wird beeinträchtigt und es sind auch alle Konsumenten und Produzenten innerhalb einer Produktklasse gleich stark betroffen.

Schlussendlich sei hinzugefügt, dass die Hersteller von den Warnhinweisen auch indirekt profitieren, wie sich im Exkurs zur zivilrechtlichen Haftung insbesondere dem PHG gezeigt hat.

Mayer vertrat in einem Aufsatz vor mittlerweile mehr als 15 Jahren die Ansicht, dass ein Verbot von Werbung für Strom (resp dessen gewerbliche Zurverfügungstellung) im Lichte der Erwerbsfreiheit zulässig wäre, sofern die Energieversorgung langfristig durch einen anderen Energieträger, „*der erheblich geringere Gestehungskosten aufweist*“ gedeckt werden kann⁴⁶¹. Auch wenn es etwas weit hergeholt ist, daraus zum hiesigen Thema etwas abzuleiten, wage ich die Vermutung, dass die gesamtgesellschaftlichen Risiken des Rauchens eine Tabakwerbebeschränkung, wenn nicht sogar –verbot, im Hinblick auf die Erwerbsfreiheit durchaus rechtfertigen würden.

Gänzlich neu zu hinterfragen wäre die Proportionalität dieser Einschränkungen und Werbeverbote hingegen, wenn sich herausstellen würde, dass Werbeverbote (beinahe) ineffektiv sind oder ihre Wirkung auf den Konsum des beworbenen Produktes einen wesentlich geringeren Einfluss hat als der Gesetzgeber bis dato annimmt. Diesfalls wäre die Angemessenheit zu verneinen, da der Effekt der Regelung nicht oder nur stark eingeschränkt besteht.

⁴⁶⁰ Das würde einen entsprechend ausufernden Zeitrahmen voraussetzen.

⁴⁶¹ *Mayer*, Werbung und Grundrechte, 2f.

4.5. Erwerb, Eigentum und Niederlassung (Art 5 StGG, Art 6 StGG, Art 1 1. Zusatzprotokoll zur EMRK)

Die Vorschriften, wie Zigaretten zu verpacken sind, insbesondere welche Warnhinweise in welcher Größe auf eigene Kosten anzubringen sind und wie viele Zigaretten in einer Packung sein dürfen, sind ebenso ein Eingriff in das Eigentum und die Erwerbsfreiheit, denn jede Regelung, die den Eigentümer hinsichtlich des Gebrauchs, inklusive der Verpackung oder ihrer Beschriftung, einschränkt, ist ein Eingriff in das Grundrecht⁴⁶².

Der VfGH erkannte 1993 zu einer „Verpackungsfrage“ bei einem anderen Genussmittel⁴⁶³. Das Erkenntnis behandelte die Zulässigkeit des Gebots, dass bestimmte Qualitätsweine nur in Flaschen gepackt exportiert werden durften, was nicht zuletzt aufgrund der damit verbunden Mehrkosten im Transport einen Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum darstellte und dem Handel hinderlich war. Das Gebot war im Zuge einer VO durch den Minister für Land- und Forstwirtschaft aufgrund des Weingesetzes erlassen um den Absatz von österreichischem Qualitätswein im Ausland zu fördern. Hier sei kurz zu erwähnen, dass diese neue Regelung eine Reaktion auf den „Glykolskandal“ 1984/1985 war, bei dem „Qualitätswein“ mit Frostschutzmittel behandelt wurde, der ua auch einen drastischen Exportrückgang brachte⁴⁶⁴.

Der Beschwerdeführer, ein Weinbauer dessen Exporte aufgrund der Mehrkosten zurückgegangen waren, führte an, dass diese Maßnahme den Export jedoch nicht förderte sondern, obwohl die Nachfrage sogar vorhanden wäre, viele ausländische Importeure wegen der Mehrkosten vom Import absahen.

Zu Art 5 StGG und Art 1 1. Zusatzprotokoll zur EMRK führte der VfGH die Judikatur an, der zufolge Einschränkungen, sofern sie im öffentlichen Interesse gelegen wären, zu gestatten sind, sofern sie das Wesen des Grundrechts nicht beseitigen⁴⁶⁵. Dies wäre hier nicht der Fall, öffentliches Interesse bestehe ebenso.

Hinsichtlich des Gleichheitssatzes wurde ausgeführt, dass die Regelungen nicht unsachlich waren und nicht unbegründet differenzierten, die politischen

⁴⁶² *Bernert, Wenn...*, 33.

⁴⁶³ VfGH G 124/91, VfSlg 13576.

⁴⁶⁴ Für das Erkenntnis irrelevant waren weitere Effekte des „Glykolskandals“: eines der strengsten Weingesetze sowie ein Qualitätsschub im österreichischen Weinbau, der langfristig gesehen sogar zu einer Stärkung der Exporte führte.

⁴⁶⁵ Wesensgehalttheorie, vgl zB *Öhlinger, Verfassungsrecht*, Rz 713.

Zielvorstellungen des Gesetzgebers hingegen habe der Verfassungsgerichtshof im Lichte des Verfassungsrechtes nicht zu hinterfragen⁴⁶⁶.

Zur Erwerbsfreiheit wiederholte der VfGH, dass Beschränkungen beim Antritt eines Gewerbes einer strengeren Prüfung unterzogen werden müssten also solche, die die Ausübung regelten. Hier handelte es sich um eine Ausübungsbestimmung, die Exportförderung war im öffentlichen Interesse und der Beschwerdeführer hatte in den Augen des VfGH keine ausreichenden Bedenken hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung geweckt.

Dieses Urteil formuliert nahezu alles schon vor, was aus grundrechtlicher Sicht zu den Verpackungsbeschränkungen bei Zigaretten und allen anderen Tabakwaren, wo die Bestimmungen aber wie schon dargestellt weniger rigoros sind, gesagt werden kann.

Die Bestimmung, Warnhinweise abzudrucken, stellt einen Eingriff in das Eigentumsrecht dar. Dieser ist aber durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt, die Gesundheit wiegt überdies auch viel schwerer als das Wiederaufleben- Lassen des Exports eines skandalgeschüttelten Produkts. Der Wesensgehalt des Eigentumsrechts wird nicht beeinträchtigt.

Zur Erwerbsausübung ist das nämliche zu sagen, da es sich nicht um eine Antrittsvoraussetzung handelt, besteht ein größerer Spielraum⁴⁶⁷. Die Beschränkung, Tabakwaren nur in besonderen Verpackungen, Mengen, an bestimmte Personen abzugeben ist hier wieder im öffentlichen Interesse⁴⁶⁸ geboten, zur Zielerreichung geeignet⁴⁶⁹, adäquat⁴⁷⁰, erforderlich⁴⁷¹ und sachlich rechtfertigbar⁴⁷².

⁴⁶⁶ Ein Ergebnis, dass auch in Kapitel 2 dieser Arbeit vertreten wird.

⁴⁶⁷ VfGH V 174/88, V 176/88, VfSlg 11991; VfGH G 63/00, VfSlg 16927; *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rz 887.

⁴⁶⁸ Gesundheitsschutz, insbesondere von Jugendlichen.

⁴⁶⁹ Bevölkerung wird über Gefahren informiert, die Gefahren des Süchtigwerdens werden verkleinert, die Packungsgröße erschwert den Einstieg, der Verkauf nur über bestimmte Stellen regelt die Zugänglichkeit, Verkauf an Personen über 16 (wenn konsequent durchgesetzt) würde Tabakkonsum jüngerer nahezu ausschließen.

⁴⁷⁰ Eine vertretbare Relation zwischen Maßnahme und Erfolg besteht.

⁴⁷¹ Mit gelinderen Mitteln ist der gewünschte Erfolg nicht zu erreichen. Kleinere Warnhinweise wären weniger eindringlich, davon abgesehen wäre ein um 10% kleinerer Hinweis auch nicht „gelinder“. Verkaufsbeschränkungen sind unumgänglich. Die Anzahl von Zigaretten pro Packung muss an einer fixen Grenze gezogen werden.

⁴⁷² Es werden keinerlei unsachliche Differenzierungen gezogen oder unsachliche Maßnahmen ergriffen.

Die Notwendigkeit, Information der gesundheitlichen Risiken aufzudrucken, mag im Laufe der Zeit variieren, hier lässt sich aber meines Erachtens das Argument des „Yo- Yo- Effekts“ wie oben bei der Meinungsfreiheit anführen.

Seit 1. Jänner 2007 ist es notwendig, zum Kauf von Zigaretten am Automaten, sich mittels Bankomatkarte als alt genug „auszuweisen“.

Auch diese Vertriebsbeschränkung stellt einen Eingriff in die gerade erwähnten Grundrechte dar. Doch auch hier zeigt die Prüfung, dass dieser Eingriff gestattet ist:

Das öffentliche Interesse ist durch den Jugendschutz gegeben, es ist zur Zielerreichung geeignet, da zumindest die meisten Jugendlichen in der Altersgruppe unter 16 nicht über dafür geeignete Bankomatkarten verfügen, es ist verhältnismäßig, ein gelinderes Mittel, welches den selben Erfolg verspricht⁴⁷³, besteht nicht, die Maßnahmen sind sachlich rechtfertigbar. Auch unerwünschte Nebeneffekte, vorrangig dass erwachsene Raucher, die über keine Bankomatkarte verfügen, als Kunden verloren gehen, sind zu vernachlässigen, da ja weiterhin die Möglichkeit bestehen würde, Zigaretten in der Trafik zu erstehen resp aufgrund der Praxis, dass Gehälter, Beihilfen, Pension usw nahezu nur bargeldlos überwiesen werden, die Verbreitung von Bankomatkarten fast flächendeckend⁴⁷⁴ ist.

Das Grundrecht auf Eigentum wird auch durch Bestimmungen, die festlegen, wo, wie und von wem die eigenen Zigaretten geraucht werden dürfen, beschränkt. Da Zigaretten und die anderen Tabakwaren Verbrauchsgüter sind, ist der Raucher nahezu immer zugleich Eigentümer. Das Tabakgesetz und die anderen Gesetze, die den Tabakkonsum an bestimmten Orten einschränken, schränken damit auch den Gebrauch des Eigentums ein. Noch mehr bei Jugendlichen, die aufgrund der Landesgesetze gar nicht rauchen dürfen, denn auch diese können Eigentümer sein. Wie schon oben ausführlich dargestellt, ist für Jugendliche in manchen Bundesländern der Besitz von Tabakwaren verboten, in manchen der Erwerb bzw die Abgabe an Jugendliche und in manchen nur deren Konsum in der Öffentlichkeit. Ohne große Prüfung kann wohl gesagt werden, dass Rauchverbote an bestimmten Orten gestattete Eingriffe ins Grundrecht sind, weil sie entweder aufgrund der Brandgefahr oder dem Schutz der Gesundheit von anderen resp dem Schutz der Gesundheit von Jugendlichen begründbar sind.

⁴⁷³ Ausführlicher dazu in Kapitel 5.

⁴⁷⁴ 2005 waren in Österreich 6,7 Mio Bankomatkarten im Umlauf lt <http://www.maestro.at>, 21.06.2006.

Manche der angeführten Landesgesetze schließen alle nahe liegenden Möglichkeiten aus, dass Jugendliche Eigentümer von Tabakwaren werden können, das öffentlich-rechtliche Verbot verhindert auch die Gültigkeit des zivilrechtlichen Rechtsgeschäft⁴⁷⁵, da es eben das Ziel dieser Bestimmung ist, den Erwerb zu untersagen, aber ex ante ist nicht jede Möglichkeit auszuschließen. Vom abwegigen Fall, dass der Jugendliche die Zigaretten selbst herstellt abgesehen, könnten Jugendliche auch weggeworfene Zigaretten finden und einfach als Realakt okkupieren, als Bestandteil einer Erbschaft erben oder in einem anderen Bundesland, welches den Erwerb nicht untersagt, kaufen.

Bleibt also die Frage, ob es grundrechtskonform sein kann, dass es untersagt wird, das eigene Produkt zweckgemäß zu verwenden. Ein öffentliches Interesse besteht unstrittigerweise daran, die Gesundheit von Jugendlichen zu schützen. Die Beschränkung ist auch verhältnismäßig, nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass ja allgemein und im Voraus bekannt ist, dass die Zigaretten nicht konsumiert werden dürfen. Der Wesensgehalt des Grundrechts wird auch nicht beseitigt, der Jugendliche bleibt Eigentümer, nur eine, wenngleich die wichtigste, weil dem Produkt innewohnende Benutzungsart wird untersagt. Ein Verkauf odgl steht immer noch offen, theoretisch auch der Konsum zu einem späteren Zeitpunkt.

Im Fall der unerlaubten Einfuhr werden Tabakwaren, sofern von den Behörden bemerkt, beschlagnahmt. Auch dies ist ein Eingriff in das Grundrecht auf Eigentum. Da es sich hier aber keineswegs um ein Tabak-spezifisches Phänomen handelt, ist dieses Thema schon ausreichend behandelt und ausjudiziert, so zB in EGMR *Agosi v United Kingdom*⁴⁷⁶:

Die zollrechtliche Einziehung geschmuggelter Ware ist als Regelung der Nutzung des Eigentums zu betrachten, nicht als Eigentumsentziehung. Dies ist zulässig, der Eigentümer muss die Möglichkeit haben, seine Schuldlosigkeit und damit die Rückerlangung des Eigentums, wirksam geltend zu machen⁴⁷⁷. Die hier gewonnen Erkenntnisse lassen sich direkt auf den Fall umlegen, dass Zigaretten eingezogen werden, weil sie im Eigentum von Jugendlichen stehen, eine Möglichkeit die manche der Jugendschutzgesetze, auch wenn zumeist mit dem Gedanken an verbotene Drogen, offen halten.

⁴⁷⁵ Vgl zB OGH 1 Ob 136/55, SZ 28/98; OGH 7 Ob 657/81, SZ 54/182; OGH 5 Ob 436/60, SZ 34/14.

⁴⁷⁶ EGMR *Agosi v United Kingdom*, 9118/80, 24.10.1986; EuGRZ 1988, 513.

⁴⁷⁷ *Grabenwarter*, EMRK, 418.

In einem der „leading cases“ der 80er, EGMR *Mellacher et al v Austria*⁴⁷⁸ entschied der EGMR, dass Regelungen für Mieten, die zu einer betragsmäßige Obergrenze für Mieten führten, zulässig waren, da im gegebenen Fall das Verhältnis der Maßnahme zum Eingriff in das Eigentum angemessen war, die gewählten Mittel geeignet waren, den Erfolg der Sicherung ausreichenden Wohnraumes herbeizuführen und dieses Ziel legitim war.

Am 15. Mai 2006 wurden allerdings keine Maximalpreise für Zigaretten eingeführt, sondern Minimalpreise, deren Beurteilung etwas anders ausfallen muss. Der Nachteil, der hierdurch entsteht, gründet sich auf schlechteren Chancen im Wettbewerb.

Um die Zulässigkeit der VO zu beurteilen, soll zunächst die Weite des Grundrechts ermittelt werden. Denn es schützt nicht nur das reine Eigentum und den bloßen Erwerb, der Schutz reicht weiter und umfasst die Privatautonomie als solches⁴⁷⁹. Die Anordnung, bestimmte Verträge zu bestimmten Bedingungen nicht zu schließen stellt daher einen Eingriff in das Grundrecht dar. Ein öffentliches Interesse besteht an den Mindestpreisen, da sie eine Senkung des Tabakkonsums, insbesondere bei Jugendlichen, bewirken sollen. Die Geeignetheit lässt sich ohne statistisches Material schwierig beurteilen, soll aber an dieser Stelle nicht bezweifelt werden. Erforderlich scheint der Eingriff in das Grundrecht nicht, denn das Ziel im öffentliche Interesse könnte mit einer Steuererhöhung, die genauso geeignet erscheint wie die MindestpreisVO genauso erreicht werden, ohne in die Vertragsfreiheit einzugreifen. In diese Abwägung muss aber auch das Interesse des Unternehmers Eingang finden. Für den Konsumenten bleibt unter dem Strich ein höherer Preis über, im Falle eines Mindestpreises hat der Unternehmer zwar weniger Spielraum bei der Vertragsgestaltung und damit unter Umständen einen Wettbewerbsnachteil, kann den höheren Preis jedoch als Gewinn verbuchen, eine höhere Steuer oder sonstige Abgabe müsste er jedoch abführen.

Auch unter dem Gesichtspunkt, dass sich die Mindestpreisregelungsverordnung trotz aller Kritik schon beinahe 3 Jahre halten konnte, ist davon auszugehen, dass sie mit dem soeben besprochenen Grundrecht in Einklang zu bringen ist.

⁴⁷⁸ EGMR *Mellacher et al v Austria*, 10522/83; 11011/84; 11070/84; 19.12.1989, ÖJZ 1990, 150, JBI 1990, 507.

⁴⁷⁹ VfGH G 139-141/88 ua, VfSlg 12227; VfGH G 1300/95, VfSlg 14500; VfGH G 1395/95, G 24/96, G 28/96 ua, VfSlg 14503; VfGH G 298/02 ua, VfSlg 17071; *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rz 868.

Das Recht auf Privatautonomie kann jedenfalls nicht so weit ausgelegt werden, als dass es ein Recht auf bestimmte Verträge, zB zum Kauf von Zigaretten gebe.

4.6. Sonstige

Laut *Grabenwarter* ist von Art 8 EMRK auch der besondere Lebensstil von Minderheiten gewährleistet⁴⁸⁰. Allerdings sind Raucher keine Minderheit iSd EMRK und daher von diesem Schutz nicht umfasst. Grundsätzlich besteht aber durchaus die Möglichkeit, dass das Pfeifenrauchen in bestimmten Gegenden zur örtlichen Folklore, zur lokalen Tradition gehört. Ein auch dies umfassendes Verbot des Rauchens, welches jedoch nicht ernsthaft angedacht wird, würde das Recht auf den besonderen Lebensstil verletzen, der Eingriff wäre nicht rechtfertigbar. Ob das Pfeifenrauchen tatsächlich in manchen Gegenden so stark mit der regionalen Identität verwurzelt ist, konnte im Rahmen dieser Arbeit mangels soziologischen oder ethnologischen Materials nicht festgestellt werden und darf daher bezweifelt werden.

Die Umsetzung mancher Bühnenwerke beinhalten im zeitgenössischen Theater oft Darstellungen von Charakteren, die zur Verdeutlichung bestimmter Eigenschaften oder aus anderen Gründen auf der Bühne rauchen. Abgesehen von (den schon besprochenen) Brandschutzbestimmungen würde ein Rauchverbot das Recht auf Kunstfreiheit nicht verletzen, Zweck der Aufführung ist es nicht, zu rauchen, sondern einen Raucher darzustellen, was auch zB mit „falschen“ Zigaretten möglich ist. Hier würde, auch bei einem vollständigen Rauchverbot, nicht ins Grundrecht eingegriffen werden. Die aktuelle Regelung, wie sie exemplarisch am Wiener Beispiel in Kapitel 3.3.6. besprochen wurde, ist daher unproblematisch.

Abseits des klassischen Theaters könnte im Rahmen einer Liveperformance oder sonstiger moderner, experimenteller oder anderer Kunstformen jedoch das „richtige“ Rauchen als künstlerisches Ausdrucksmittel gewählt werden. Diesfalls müsste die Prüfung bei entsprechender Begründung des Verbots wohl zur Zulässigkeit des Rauchverbots führen, fraglich ist, ob nicht jedoch das Grundrecht der Vollstreckung einer allfälligen Strafe entgegenstehen würde.

⁴⁸⁰ *Grabenwarter*, EMRK, 208.

Diese beiden Beispiele waren sehr weit hergeholt, die folgenden basieren auf diesem Geschehnis:

Ein britischer Fernsehsender weigert sich eine Folge einer Zeichentrickserie zu senden, da in dieser ein rauchender Charakter vorkommt, der nicht negativ besetzt ist.

Im normalen Geschäftsverkehr zwischen Privaten ist dies nicht weiter beachtlich, die Grundrechtssicherungspflichten gehen nicht derart weit. Vorausgesetzt jedoch, dass dieser Fernsehsender öffentlich- rechtlich ist, eine staatliche Institution? Trotz kritischer Betrachtung wäre auch dieses Verhalten zu legitimieren, einzig und allein bei einem derartigen Monopol - die Ablehnung wäre gleichzusetzen mit der Unmöglichkeit, wirtschaftlich und künstlerisch tätig zu sein - wäre dies anders zu betrachten. Solche Voraussetzungen bestehen im Anwendungsgebiet der EMRK jedoch nicht mehr.

Exkurs: Allgemeine Handlungsfreiheit

Grundrechtliche Schutzsysteme bestehen in den meisten Staaten in vielerlei Gestalt. Ein Grundrecht, welches im gegebenen Zusammenhang aber von Interesse sein kann und kein vergleichbares Gegenstück⁴⁸¹ in unserer Rechtsordnung kennt, ist das Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit in der Bundesrepublik Deutschland.

Das deutsche Grundgesetz⁴⁸² verfolgt grundsätzlich eine andere Systematik als sein österreichisches Pendant. Auch die geschützten Rechtsgüter sind tw andere oder anders umrissen. So kennt die Verfassung dieses, unseres nördlichen Nachbarstaates in ihrem Artikel 2 ein allgemeines Freiheitsrecht

„Art 2 Abs 1

Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

⁴⁸¹ *Franz Merli* vertritt die Ansicht, dass auch im österreichischen Recht ein subjektives öffentliches Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit besteht und von den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts judiziert wird. *Merli*, Die allgemeine Handlungsfreiheit, Teil I JBI 1994, 233ff und Teil II JBL 1994, 309ff. JBI 1994, 233ff.

⁴⁸² Deutsches BGBl III 100 – 1.

Abs 2

Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.“

In der Abfolge der Artikel des Gesetzes betrachtet, ist dieses Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit die erste Freiheitsgewährleistung⁴⁸³, zugleich aber wohl auch die am weitesten reichende des deutschen Grundgesetzes. Die Freiheit des Menschen ist eine zwingende Voraussetzung um die in Art 1 garantierte Würde des Einzelnen zu ermöglichen⁴⁸⁴ und ist ideengeschichtlich von der Moralphilosophie, nicht zuletzt geprägt von *Immanuel Kant*, abstammend⁴⁸⁵. Dem deutschen Recht liegt damit eine prinzipielle Freiheitsvermutung zugrunde, ein Rechtsinstitut welches der österreichischen Rechtsordnung, vielleicht nicht zuletzt aufgrund der Geschichte, in dieser Reinform fremd ist⁴⁸⁶, auch sonst im internationalen Überblick betrachtet bleibt eine Positivierung dieser Art selten⁴⁸⁷. Dies ist vielleicht etwas überraschend da das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch ein „Auffangrecht“⁴⁸⁸ ist, welches dann zur Anwendung kommt, wenn kein anderes, deutlicher abgegrenztes Grundrecht *lex specialis* ist, findet aber wohl dadurch Erklärung, als ein Grundrecht auf Selbstdefinition, wie es in Deutschland besteht, sonst ebenso wenig verbreitet ist. Naturrechtlich begründet und von den Verbrechen des Nationalsozialismus geprägt hat das deutsche Recht damit den individuellen Rechten Vorrang gegenüber den kollektiven eingeräumt⁴⁸⁹.

Die herrschende Meinung in Deutschland liest diesen Artikel als Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinn⁴⁹⁰. Als Wirkung ist damit jeder, unabhängig von der Staatsbürgerschaft, der sich im Geltungsbereich des deutschen

⁴⁸³ Art 1 behandelt die Menschenwürde, das Bekenntnis zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten und die Bindungswirkung der Grundrechte für Legislative, Exekutive und Judikative.

⁴⁸⁴ *Murswiek* in *Sachs (Hg)*, Grundgesetz, 161.

⁴⁸⁵ *Starck* in *von Mangoldt/ Klein/ Starck (Hg)*, Grundgesetz, 175.

⁴⁸⁶ Anderer Ansicht: *Merli*, Die allgemeine Handlungsfreiheit, Teil I JBl 1994, 233ff und Teil II JBL 1994, 309ff.

⁴⁸⁷ *Di Fabio* in *Maunz/Dürig (Hg)*, Grundgesetz, Art 2 – 15 mwN.

⁴⁸⁸ *Di Fabio* in *Maunz/Dürig (Hg)*, Grundgesetz, Art 2 – 23; *Murswiek* in *Sachs (Hg)*, Grundgesetz, 160.

⁴⁸⁹ *Di Fabio* in *Maunz/Dürig (Hg)*, Grundgesetz, Art 2 – 13f.

⁴⁹⁰ *Di Fabio* in *Maunz/Dürig (Hg)*, Grundgesetz, Art 2 – 20 mwN; *Murswiek* in *Sachs (Hg)*, Grundgesetz, 160f.

Grundgesetzes befindet, vor ungesetzlichen Belastungen durch den Staat im weiteren Sinne in allen Lebensbereichen geschützt.

Im Einzelfall kommt der Verhältnismäßigkeit Begrenzungswirkung dieses vielleicht uferlos scheinenden Grundrechts zu; das Verbot sozialunverträglicher Handlungen ist iZw eher im Lichte des Grundgesetzes zu rechtfertigen als hingenommenes gemeinschaftsschädliches Verhalten⁴⁹¹, denn ein gemeinschaftsschädigendes Verhalten würde ja wieder in die Rechte auf Selbstdefinition anderer eingreifen. Nicht ausreichend für eine Einschränkung ist hingegen ein rein objektiv- rechtlich geschütztes Allgemeingut ohne Individualbezug⁴⁹².

Der Grund, weswegen dieser Exkurs hier stattfindet, liegt in erster Linie aber darin, dass unter der allgemeinen Handlungsfreiheit auch die Freiheit zu rauchen (sowie die Freiheit nicht zu rauchen) von manchen Autoren subsumiert wird⁴⁹³.

Trotz der damit verbundenen Selbstgefährdung entfällt der verfassungsrechtliche Schutz nicht, das deutsche Recht verwehrt es dem mündigen Bürger also keineswegs, sich freien Willens unvernünftig zu verhalten. Grenzen sind hier wieder die Rechte Dritter, wo Nichtraucher belästigt oder gar geschädigt werden könnten, ist der Erlass eines Rauchverbots staatlicherseits nicht nur gestattet, je nach Umständen kann es sogar geboten sein⁴⁹⁴.

Das deutsche Bundesverfassungsgericht entschied am 9. Februar 1998 auf eine Beschwerde hin, dass sich der Beschwerdeführende durch Rauchen in der Öffentlichkeit in seinen Grundrechten nach Art 2 des dt GG verletzt fühle, da der Staat seiner Schutzpflicht nicht nachgekommen sei.

Die 1. Kammer des 1. Senats nahm die Beschwerde nicht an. Die Maßnahmen zum Nichtraucherschutz die der deutsche Gesetzgeber ergriffen habe, im Arbeitsrecht, im

⁴⁹¹ *Di Fabio* in *Maunz/Dürig (Hg)*, Grundgesetz, Art 2 – 24.

⁴⁹² *Di Fabio* in *Maunz/Dürig (Hg)*, Grundgesetz, Art 2 – 48 mwN.

⁴⁹³ *Di Fabio* in *Maunz/Dürig (Hg)*, Grundgesetz, Art 2 – 58f mwN; *Starck* in *von Mangoldt/ Klein/ Starck (Hg)*, Grundgesetz, 224.

⁴⁹⁴ Bejahend zu Schutzpflichten des Staates gegenüber Dritten im Zusammenhang mit diesem Artikel: *Murswiek* in *Sachs (Hg)*, Grundgesetz, 163f, unter der engen Voraussetzung des unvermeidlichen, längeren Aufenthalts von Nichtrauchern in Räumen in denen stark geraucht wird, bejaht auch *Starck* die Pflicht zum Rauchverbot, sonst kann der Erlass eines Rauchverbotes aber angemessen sein, *Starck* in *von Mangoldt/ Klein/ Starck*, Grundgesetz, 268.

Kraftfahrunternehmensrecht, im Zivilrecht, in der Gewerbeordnung und anderen, seien ausreichend, um den diesbezüglichen Schutzpflichten zu entsprechen⁴⁹⁵.

Hinsichtlich illegaler Drogen ist der deutsche Gesetzgeber jedoch weniger liberal, nicht nur der Schutz der Jugendlichen auch der Schutz der Gesellschaft als solches vor den sozialschädlichen Wirkungen des Drogenkonsums rechtfertigt Verbote⁴⁹⁶. Der deutsche Bundesverfassungsgerichtshof hat in BVerfGE 90, 145ff⁴⁹⁷, auch das Verbot von Cannabisprodukten als verfassungskonform erklärt⁴⁹⁸.

Anschnallpflicht für Autofahrende und Schutzhelmpflicht für Motorradfahrer sind ebenso gerechtfertigt, jedoch nicht über die an sich erlaubte Selbstgefährdung sondern über die sozialen Folgekosten und die (in diesem Zusammenhang wohl eher geringe) Gefährdung Dritter⁴⁹⁹. Die Möglichkeiten, ein derart breites Grundrecht einzuschränken sind wohl ebenso breit. Trotzdem ist es im Hinblick auf die zitierten Literaturmeinungen haltbar, zu behaupten, dass jedwede merkliche Einschränkung einer Tätigkeit im privaten Bereich, die zum gegenwärtigen Zeitpunkt erlaubt ist und nicht mit (neu entdeckten oder alt bekannten) Kollateralschäden einher geht, mit der allgemeinen Handlungsfreiheit kollidieren würde und demzufolge an dieser gemessen werden müsste, bei bestehender Gefahr in Deutschland verfassungswidrig zu sein.

4.7. Gleichheitsgrundsatz (Art 2 StGG, Art 7 Abs 1 B-VG)

Der Gleichheitsgrundsatz und seine Fortentwicklungen zeitigen heute die weitreichendste Wirksamkeit bei Schranken der Gesetzgebung, dank langer Jahre richterlicher Rechtsfortbildung⁵⁰⁰, ohne damit in Gefahr gekommen zu sein, zu einem bloßen Schlagwort zu verkommen⁵⁰¹. Kurz gesagt, ist es nicht zulässig Gleiches

⁴⁹⁵ Pressemeldung zur Entscheidung nachzulesen unter <http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/nraucher.html>, 26.05.2009.

⁴⁹⁶ *Di Fabio* in *Maunz/Dürig (Hg)*, Grundgesetz, Art 2 – 60 mwN.

⁴⁹⁷ In diesem Erkenntnis wird das Recht auf Rausch vom Bundesverfassungsgericht auch dezidiert verneint.

⁴⁹⁸ Zustimmung *Starck* in *von Mangoldt/ Klein/ Starck (Hg)*, Grundgesetz, 224.

⁴⁹⁹ *Murswiek* in *Sachs (Hg)*, Grundgesetz, 182; *Jarass/Piero*, Grundgesetz, 63; *Starck* in *von Mangoldt/ Klein/ Starck (Hg)*, Grundgesetz, 224.

⁵⁰⁰ *Holoubek*, Sachlichkeitsprüfung, ÖZW 1991, 72f; *Öhlinger*, Verfassungsrecht, Rz 760.

⁵⁰¹ Nicht, dass so eine Gefahr nicht auch besteht, es wurde zB in der Stellungnahme des österreichischen Genossenschaftsverbands zum Verbandsverantwortlichkeitsgesetz mit dem Gleichheitssatz quasi „gedroht“.

ungleich oder Ungleiches gleich zu behandeln, unsachliche Regelungen zu treffen oder den Vertrauensschutz zu verletzen⁵⁰².

Kann ein Raucher darauf vertrauen, dass er oder sie weiterhin rauchen darf? Ist andernfalls in solchen Regelungen ein Verstoß gegen den Vertrauensgrundsatz zu erblicken? Dies ist eindeutig zu verneinen. Der Vertrauensgrundsatz umfasst vorrangig rückwirkende gesetzliche Belastungen und Eingriffe in wohlerworbene Rechte, aber um solche handelt es sich hier nicht. ZB in VfSlg 13177/1992 sprach der VfGH im Zusammenhang mit der Einführung der Konzessionspflicht für Arbeitskräfteüberlassung, allerdings unter Anwendung des Art 6 StGG, aus, dass im Sinne des Vertrauensschutzes Einschleifregelungen notwendig sind. Das ist nicht zu vergleichen mit der Situation eines Rauchers, anders würde es sich verhalten jedoch, falls Regelungen in die Erwerbsposition der Tabakunternehmen und der Trafikanten eingreifen würden. Für die Werbeeinschränkungen wurde daher auch zB entsprechende Übergangsfristen eingeführt. Auch die Ausschilderungspflicht wurde entsprechend lange nicht vollzogen.

Nicht zuletzt spielt im Zusammenhang mit der Regelung des Tabakkonsums auch immer der neueste (natur)wissenschaftliche Forschungsstand eine Rolle. Mit einer Veränderung der (wahrgenommenen) Faktenlage muss auch eine Veränderung der Rechtslage einhergehen, gerade solche Fälle, und um solche handelt es sich im gegebenen Zusammenhang zumeist, sind kein Anwendungsfall für den Vertrauensgrundsatz. Dies würde ja andernfalls zum Stillstand führen, was auch nicht der Judikatur entspräche⁵⁰³.

In diesem Zusammenhang soll wieder auf das zurückgegriffen werden, was schon im Rahmen des zivilrechtlichen Exkurses zuvor zu Qualität/Quantität/Sonderbehandlung gesagt wurde:

So ist das Fahren im smart fortwo Cabrio wesentlich gefährlicher als das Fahren im Volvo 850 Estate, weil ersteres Kfz aufgrund der geringen Größe wesentlich weniger Knautschzonen und damit weniger Schutz im Falle eines Unfalles bietet, abgesehen davon ist der Schwerpunkt höher, was in bestimmten Situationen ein erhöhtes Unfallrisiko zur Folge haben kann. Auch das Fahren eines übermäßig getunten VW

⁵⁰² Mayer, Kurzkomentar B-VG, 515ff; Holoubek, Sachlichkeitsprüfung, ÖZW 1991, 73ff; Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 761ff.

⁵⁰³ Öhlinger, Verfassungsrecht, Rz 773f.

Golf III GTI oder eines Ferrari F50 ist, je nach Fahrer, aus anderen Gründen risikobehafteter. Trotzdem können all diese Kraftfahrzeuge mit den selben Führerscheinen, Fahrausbildungen und Straßenverkehrsregeln gefahren werden.

Bei Sucht- und Genussmitteln wird schon differenziert. Die Unterscheidung des Gesetzgebers hinsichtlich verbotener Drogen (auch hier wieder mit Unterscheidungen), Alkohol und Zigaretten ist zwar zu einem Großteil historisch gewachsen, aber dennoch sachlich rechtfertigbar, auch wenn andere Lösungsansätze vielleicht ebenso zulässig wären.

Auch im Lichte des Gleichheitsgrundsatzes kommt die MindestpreisVO in Bedrängnis. Während teure Marken von ihr im Grunde gar nicht betroffen sind (uU sogar einen Wettbewerbsvorteil dadurch erhalten), werden die billigen Marken benachteiligt. Zwar mag aufgrund der Wirksamkeit der Maßnahme eine Rechtfertigung bestehen, aber wie schon zuvor ausgeführt, wäre die Wirkung ohne dieser unsachliche Differenzierung zu erreichen gewesen. Aufgrund der unterschiedlichen Wettbewerbssituationen wird hier Ungleiches gleich behandelt.

4.8. Rezente und wahrscheinliche zukünftige Entwicklungen im Lichte der bisher diskutierten Grundrechte

Ich denke nie an die Zukunft.

Sie kommt bald genug.

(Albert Einstein)

Unter anderem wurde ein Rauchverbot in Autos angedacht. Herabfallende, glühende Teile einer Zigarette können äußerst ablenkend wirken, aus diesem Grund wird auch in den Fahrschulen gelehrt, dies zu unterlassen, sinngemäß kann man dies durchaus aus der StVO herauslesen. Auch kann unter Umständen die Rauchentwicklung, in Kombination mit anderen Faktoren, eine Sichtbeschränkung mit sich bringen. Aufgrund des verfassungsmäßigen Bekenntnis zum Umweltschutz, auch wenn in diesem Zusammenhang dies sehr weit hergeholt sein mag, sollte dafür gesorgt werden, dass mehrere Leute gemeinsam Autos benutzen statt einzeln. Dem kann ein Rauchverbot nur zuträglich sein. Welche Eingriffe (Art 8 EMRK insbesondere) im Rauchverbot im Auto auch erblickt werden mögen, aufgrund des Schutzes des

Lebens und der Gesundheit Dritter und jener selbst, gegen die sich das Verbot richtet, sind diese rechtfertigbar.

Hinsichtlich des Rauchens in der Gastronomie ist zum jetzigen Zeitpunkt (Anfang März 2009) nicht abzusehen, ob die Novelle 2008 bleibt wie sie ist oder noch einmal geändert wird, die Medien berichten von diversen Diskussionen und Bestrebungen, deren Erfolg nicht absehbar ist. Auch die Vollziehung wirkt bis jetzt eher schwerfällig. Deshalb wird hier der Weg gewählt, neben der momentanen Rechtslage auch die Variante Totalrauchverbot sowie die Rechtslage vor der Novelle 2008 zu analysieren.

A. Rechtslage vor der Novelle 2008 – Freigabe des Rauchens

Da die frühere Rechtslage den Wirten die freie Wahl lässt, wären deren Grundrechte nicht betroffen. Zu überlegen wäre lediglich, ob im Hinblick eines Grundrechts auf Gesundheit die Gewährleistungspflicht des Staates so weit ginge, dass er die Gastronomiebediensteten vor den Auswirkungen des Passivrauchens zu schützen hat. Im Hinblick auf das lange Bestehen der früheren Rechtslage und die schon weiter oben angeführten Gründe ist dies eher zu verneinen. Jedenfalls zu verneinen wäre eine Pflicht des Staates, die Gäste zu schützen.

B. Rechtslage Novelle 2008 – verpflichtende Rauchräume

Obwohl die Tabakgesetznovelle 2007 „vom Tisch“ ist, hat die Novelle 2008 Richtung partielles Rauchverbot in der Gastronomie geführt. Mit dem Rauchen in abgetrennten Räumen zeigen sich zugleich 2 grundrechtlich besonders problematische Bereiche:

Zum ersten ist dies, wie schon an anderer Stelle diskutiert, ein Eingriff in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit. Es mangelt jedoch an der Rechtfertigung:

Der Schutz der Gäste ist nicht notwendig, auf deren Rechte ist schon durch die ausreichende Information und die Rauchverbote an öffentliche Orten ausreichend gedacht, es besteht kein überzeugender Grund eine staatliche Gewährleistungspflicht anzunehmen, Personen, also in dem Fall die Gäste, auch in ihrer Freizeit an einzelnen Orten ihres freiwilligen Aufenthalts vor den ihnen bekannten Gefahren des Rauchens zu schützen, insbesondere wo ohnehin durch die

faktischen Gegebenheiten sichergestellt ist, dass gleichwertige Orte bestehen, wo das nicht der Fall ist.

Rauchverbote in der Gastronomie und die damit verbundenen Eingriffe in die Grundrechte der Gastwirte sind nämlich nur über den Schutz der Angestellten zu rechtfertigen, denn diese können sich ihren Dienstort nur beschränkt aussuchen, sind permanent dem Passivrauch ausgesetzt und bieten daher Grund für einen rechtfertigenden Eingriff.

Aber genau diese Rechtfertigung besteht eben nicht, wenn nur ein Teil der Gaststätten Nichtraucherbereich ist (wie es ja auch oft vor der Novelle der Fall war), da ja den Angestellten in dieser Konstellation kaum ein Vorteil erwächst, schließlich muss auch im Rauchbereich serviert, kassiert etc werden.

Und eine derartig marginale Verbesserung rechtfertigt den Eingriff nicht, da sie jenseits jeder Verhältnismäßigkeit ist, trotz der flankierenden Maßnahmen in der Arbeitslosenversicherung.

Der zweite mögliche Knackpunkt ist der Gleichheitssatz, mit der Novelle 2008 im Vergleich zum Entwurf 2007 allerdings entschärft.

Die Verpflichtung von kleinen Lokalen „entweder oder“ zu sein, kann sachlich ungerechtfertigt sein in den Fällen, in denen es auch Lokalen unter 50m² möglich wäre, getrennte Räume zu schaffen. Die Bestimmung würde ohne haltbare Begründung zur Folge haben, dass sie einen Teil ihrer Kundschaft unnötigerweise verlieren müssen. Sofern es sich hier nur um vereinzelte, unerwartete Ausreißerfälle handelt, ist dies jedoch kein Grund, die Bestimmung als verfassungswidrig anzusehen⁵⁰⁴. Da mit 50m² eine vergleichsweise kleine Größenordnung gewählt wurde, ist dieses Problem vermutlich nicht gegeben.

In der Novelle 2007 wurde jedoch 75m² als Flächenmaß angegeben, hier hätten ev viele kleine Lokale die Möglichkeit haben können, getrennte Räume einzurichten und hätten dadurch eine faktische Schlechterstellung erleben müssten, da hier ungleiches gleich behandelt worden wäre. Mit der Möglichkeit, eine Lüftungsanlage einzubauen und sich diesen Regelungen zu entziehen wäre hier laut Entwurf aber Abhilfe geschaffen worden, wobei eine Beurteilung ob diese Maßnahme überhaupt effizient sein hätte können, ohne den Sinn des Gesetzes zu verkehren, hier unterbleiben muss.

⁵⁰⁴ Vgl zB *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht, Rz 1359 mwN.

Die vielleicht etwas zu komplizierten Regelungen zu Betrieben zwischen 50m² und 80m² bieten zwar Spielraum für Ermessen und schließen Schlüpflöcher nicht völlig aus, sind aber eben gerade wegen der Kompliziertheit sachlich gerechtfertigt, ungeachtet der Frage ob das teilweise Rauchverbot per se zulässig ist.

C. Umfassendes Rauchverbot in der Gastronomie

Dies wurde wiederholt von verschiedenen Seiten angedacht, angeregt oder vorgeschlagen, konkrete legislative Bestrebungen es umzusetzen sind jedoch meines Wissens zum jetzigen Zeitpunkt nicht in Sicht.

Unproblematisch wäre die Pflicht zur Bekanntgabe am Lokal selbst ob geraucht werden darf oder nicht, dies ist zur Vermeidung von Streitigkeiten auch wirtschaftlich empfehlenswert. Diese Idee (§ 13b Abs 5 der verworfenen Novelle 2007) ist aber fallengelassen worden.

Beispielsweise In Italien und Irland wurde die Lösung des Totalverbots in der Gastronomie gewählt, zuletzt auch in Slowenien umgesetzt. Wie zahlreichen Medienberichten zu entnehmen ist, durchaus mit Erfolg, ohne Protestmaßnahmen seitens der Gäste oder Betreiber und ohne das von der heimischen Gastronomie befürchtete „Lokalsterben“⁵⁰⁵. Zum Lokalsterben sei noch angemerkt, dass dies beim bestehenden teilweisen Rauchverbot wahrscheinlicher ist, weil die Lokale, die nun auf Nichtraucherlokal umsatteln (müssen), nun eventuell Kundschaft an Raucherlokale verlieren, was bei einem Totalrauchverbot nicht der Fall sein könnte. Im Übrigen trägt die Wirtschaftskrise momentan genug zum Lokalsterben bei.

Die oben angeführten Probleme hinsichtlich Gleichheitssatzes und Erwerbsfreiheit entfallen und der Schutz der Angestellten in den Gastronomiebetrieben rechtfertigt den Eingriff. Dieser Schutz der Gesundheit der Angestellten ist auch das einzig überzeugende Argument für ein generelles Rauchverbot in Lokalen:

Nur dort werden (noch) berufstätige Personen permanent dem Passivrauch ausgesetzt, ohne dem irgendwie entgehen zu können. In keinem anderen Bereich ist

⁵⁰⁵ Dazu ist anzumerken, dass in Österreich die Lokaldichte im Vergleich zur Wohnbevölkerung im europäischen Vergleich (Frankreich nicht berücksichtigt) hoch ist, die Angst vor dem Lokalsterben ex ante wahrscheinlicher erscheint.

die gesundheitliche Belastung durch Passivrauch höher und sind die Betroffenen daher schutzbedürftiger. In vielen anderen Bereichen, wie bereits dargestellt, sind Arbeitnehmer umfassend vor den gesundheitlichen Gefahren durch Passivrauch geschützt, die Gastronomie hört nach dieser Variante auf, die Ausnahme zu sein.

5. Schlussbemerkungen

5.1. Zusammenfassung

Die Schädlichkeit des Rauchen steht außer Frage, wie groß diese Gesundheitsgefährdung ist, daran mögen sich die (naturwissenschaftlichen) Geister in den Details vielleicht noch scheiden, auch über die genauen Auswirkungen des Passivrauchens scheint noch Platz für neue Forschungserkenntnisse resp für Bestätigung der bestehenden, zu sein, ebenso hinsichtlich der Zusatzstoffe.

Der Gesetzgeber hat reagiert und schützt jene, die besonders anfällig sind: Jugendliche im Wege der Jugendschutzbestimmungen und diverser Normen im Schulbereich, Kranke, Schwangere, seltsamer Weise jedoch nicht die Leibesfrucht direkt, nur teilweise über den Umweg des Rauchverbots am Arbeitsplatz der Schwangeren. Weiters wird durch Rauchverbote an bestimmten, insbesondere öffentlichen Orten sichergestellt, dass die Belastung von Passivrauchen außerhalb des Privatlebens so gering wie möglich ist.

Durch Besteuerung und von Staat und EU getragene Rauchausstiegskampagnen soll die Zahl der Rauchenden gering gehalten werden.

Der Überblick über die außerjuristischen Aspekte des Tabakkonsums, die wohl überwiegen, ist kurz geblieben. Die Suche nach den Aufgaben des Staates musste innerhalb der Rechtswissenschaft erfolglos abgebrochen werden, die Antworten liegen außerhalb.

Seitens des Bundesgesetzgebers wird eher zaghaft vorgegangen, einzig die Landesgesetzgeber sind hinsichtlich des Jugendschutzes rigoroser. Viele Teilbereiche und Nebeneffekte, die an die Thematik angrenzen, wurden detailliert geregelt. Sehr viele der Regelungen sind vom Europarecht determiniert oder völkerrechtlich inspiriert.

Grundrechtliche Probleme hat die aktuelle Gesetzeslage nur vereinzelt, so ist die Mindestpreisverordnung in ihrer gegenwärtigen Ausformung eher nicht haltbar, und einzelne Regelungen schrammen vielleicht zu sehr an der Unzulässigkeit entlang, so dass eine Neuregelung zwar nicht unumgänglich, aber doch wünschenswert wäre.

Hinsichtlich der Gastronomie ist wieder alles im Fluss und Vorhersagen an dieser Stelle daher untunlich.

5.2. Die Tabakgesetznovelle 2008 in der Praxis und Ausblick

The only constant is change

(proverb)

Während diese Arbeit geschrieben wurde, hat sich vieles verändert:

Die neuen Werbebeschränkungen sind in Kraft getreten, das Gesundheitsministerium hat die ISCH- Kampagne gestartet, Zigarettenmindestpreise wurden eingeführt, die Tabakgesetznovelle 2008 wurde erlassen, EU-Beschäftigungskommissar Wladimir Spidla⁵⁰⁶ und eine Sprecherin der EU-Kommission meinten, Leute die rauchen, deswegen nicht einzustellen, verstoße nicht gegen die Anti- Diskriminierungsregeln der Union, die Gesundheitsministerin hat gewechselt und eine Nationalratswahl wurde geschlagen, usw.

Anzunehmen ist, wie schon eingehender dargestellt, dass die Mindestpreise in der jetzigen Form gekippt werden. Wie sich die Strafen und deren Exekution darstellen werden, ist schwierig abzuschätzen, ich vermute jedoch es werden nicht allzu viele sein.

In den ersten Wochen nach dem 1. Jänner 2009 sind die Wogen sehr hoch gegangen. Wie ua der ORF mehrfach berichtete, haben Vereine zum Schutz von Nichtrauchern aufgerufen, Privatpersonen mögen doch Anzeigen erstatten. In Wien sind, wie der ORF berichtet, auch im Laufe des Jänners 2009 Anzeigen eingetrudelt, 70 in Graz und nur 50 in Niederösterreich. Der Standard berichtet am 30. Jänner 2009 von 400 Anzeigen österreichweit, keine einzige davon aus dem Burgenland. Auch die ersten Strafen wurden verhängt, die höchste davon 200 €, in einem Fall in dem 2 Verstöße (ungenügende Kennzeichnung und Rauchen in der Rauchverbotszone) zusammenkamen. Trotzdem haben mehrere Wirte gegen den Vollzug des Gesetzes lautstark und medienwirksam protestiert und verschiedene rechtliche Schritte angekündigt. Dies sogar obwohl der ORF weiter berichtet, dass die Behörden bewusst nicht rigoros vorgehen, da es sich noch um die Einführungsphase des Gesetzes handelt.

⁵⁰⁶ Siehe APA- Pressemeldung am Ende dieses Unterkapitels.

Der Standard berichtete am 3. März 2009 von einer Umfrage, derzufolge 44% mit der bestehenden Regelung unzufrieden seien, überhaupt nur ein Drittel stehe der Regelung positiv gegenüber. 45% der Befragte seien für ein Totalverbot. Die höchste Zustimmung (54%) war bei der Meinung zu finden, dass es Privatpersonen verboten sein soll, diesbezüglich Anzeigen zu erstatten. Der Informationsgrad der Befragten zur Rechtslage im Speziellen oder Allgemeinen wurde nicht abgefragt.

Die Proteste sind nicht ungehört verhallt, der (zu diesem Zeitpunkt im Amt befindliche) Gesundheitsminister Alois Stöger gab laut ORF schon an: *„Wenn wir aber merken, dass es nichts bringt, müssen wir Initiativen setzen.“*

In meinem persönlichen Archiv findet sich ein Fall aus Oktober 2006. Damals hat die Salzburger Polizei eine „Aktion scharf“ gegen Falschparker durchgeführt, hat also mehr als sonst Parkdelikte ge- und untersucht und bestraft, alles in Durchführung der geltenden Gesetze. Dies hatte einen Aufschrei der dortigen Wohnbevölkerung zur Folge, welche wiederum bewirkte, dass die „Aktion scharf“ gestoppt wurde und das Gesetz „weniger“ vollzogen wurde. Vielleicht blüht ja auch dem Tabakgesetz in der Fassung der Novelle 2008 ein ähnliches Schicksal.

Eine andere Variante wäre ein anderer Fall, ebenso aus meinen persönlichen Archiv, aus dem Jahre 2009 und aus Kärnten. Dort haben sich Anrainer erfolgreich gegen eine 40km/h Beschränkung zur Wehr gesetzt, seit dem gilt wieder 50km/h. Dieser große Triumph brachte es mit sich, dass diejenigen, über welche schon eine – rechtlich einwandfreie – Verwaltungsstrafe verhängt worden war, aber noch nicht bezahlt wurde, sie nicht mehr bezahlen mussten. Diejenigen, die ihre Strafe aber schon bezahlt hatten, erhielten nichts zurück.

Aber statt mit Strafen kann auch mit Anreizen gearbeitet werden, so gibt es beispielsweise in der Steiermark eine eigene Förderung durch das Land: Wirte, die ihr Lokal rauchfrei machen und dies mindestens ein Jahr durchhalten, bekommen eine Prämie von 1 000 €⁵⁰⁷.

Aufgrund der Erfahrungen mit der letzten Änderung des Tabakgesetzes ist ein Gesamtrauchverbot nun wieder unwahrscheinlicher geworden. Ein Vertreter des Fachverbands Gastronomie hat in einem ORF Interview am 29. Mai 2006 von einem

⁵⁰⁷ <http://www.rauchfrei-dabei.at/de/gastronomie/>, 30.01.2009.

Lokalsterben von ~40% gesprochen sollte dies umgesetzt werden, die Erfahrungen mit einem derartigen Verbot in Norwegen, Irland und Italien waren hingegen trotz teilweiser Einbußen positiv, hinsichtlich Slowenien kann ich mich auf meinen Vater berufen, der seit ca 10 Jahren in Ljubljana lebt und arbeitet: Er berichtet, dass die neue Gesetzeslage in der Praxis nur geringe Wirkung entfaltet. Fraglich bleibt, ob die Zielvereinbarung der Gastronomie mit dem Ministerium nicht der sanftere Weg gewesen wäre, uU nach einer Anpassung zB 40m² statt 75m² Mindestfläche und zB 75% der Fläche für Nichtraucher statt 40%. Meines Erachtens ist dieser Weg der taktisch weisere; die „Pleitewelle“ erscheint davon (und von der Wirtschaftskrise) unabhängig etwas hochstilisiert, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Wandlung der öffentlichen Meinung.

Im Hinblick auf die Angestellten in der Gastronomie ist jedoch sowieso nur ein Totalverbot ausreichend, inwiefern die Betroffenen dies jedoch selbst wünschen, unklar. Die Frage bleibt aber, ob nicht eben gerade die Angestellten in der Gastronomie des Schutz des Staates, anders als die Gäste, bedürfen.

Wie schon mehrmals angesprochen, war mir die Untätigkeit der EU ein Rätsel. Ö1 berichtete nun – endlich möchte ich fast sagen – dass die EU nun plant, alle Lokale, Restaurants etc rauchfrei zu machen. Vor Ende 2010 sei jedoch noch nicht mit einem Entwurf zu einer Richtlinie zu rechnen und vor 2012 keinesfalls mit deren Erlassung. Im Hinblick auf die zu erwartenden Übergangsbestimmungen wird es also noch (vom Standpunkt 2009 aus) mehrere Jahre dauern.

Wie Der Standard am 5. August 2008 schreibt, plant die EU außerdem Vorschriften zu erlassen, deren zufolge nur selbstlöschende Zigaretten erlaubt sind, also solche, die nach kurzer Zeit erlöschen, wenn nicht daran gezogen wird. Hier handelt es sich wieder um eine Regelung, die primär den Brandschutz betrifft, so sollen laut EU Kommission auf diesem Wege 2000 Todesfälle in der EU jedes Jahr verhindert werden. Der Zeithorizont, der in dem Artikel angegeben wurde, ist bis 2011 ausgelegt.

Aber jedes Pendel schlägt in 2 Richtungen, jede Kehrseite hat eine Medaille und so ist anzunehmen, dass irgendwann eine Trendumkehr kommen wird, Rauchen wird wieder „erlaubter“ werden, die Raucher werden ihrem Unmut über die von ihnen

vielleicht irgendwann als Diskriminierung empfundenen Einschränkungen mit politischen und in weitere Folger gesetzlichen Auswirkungen Luft machen.

Insbesondere die Äußerung namhafter Vertreter der EU, dass Diskriminierung aufgrund des Rauchens gestattet sei, mutet, in Zusammenschau mit den sonst sehr rigorosen Anti- Diskriminierungsbestimmungen, schon sehr als Ironie der Geschichte an.

Brüssel - In Europa dürfen Firmen bei der Ausschreibung von Arbeitsplätzen die Einschränkung hinzufügen: "Raucher brauchen sich nicht zu bewerben". Eine Sprecherin der EU-Kommission sagte am Samstag, damit würden die Anti-Diskriminierungsregeln der Europäischen Union nicht verletzt. Die Sprecherin äußerte sich damit ähnlich wie unlängst EU-Beschäftigungskommissar Wladimir Spidla. Er war nach Angaben der Zeitung "Financial Times" von einem Abgeordneten des EU-Parlaments nach seiner Einschätzung in dieser Sache gefragt worden. Spidla antwortete demnach, es dürfe im Job wie auch in anderen Bereichen keine Diskriminierung wegen Herkunft, Behinderung, Alter, sexueller Orientierung oder Religion geben. Das Rauchen zähle indes nicht dazu, hatte Spidla gesagt. (APA/Reuters)

5.3. Eigene Anmerkungen

Für mich war bis zum Ende dieser Arbeit unverständlich, wieso die Europäische Union resp die Europäischen Gemeinschaft, die ja wie schon an verschiedenen Stellen dargestellt, dem Tabakkonsum gegenüber eher kritisch eingestellt sind, nicht schon längst in der leidigen Frage des „Rauchverbots in Lokalen“ eingeschritten.

Meines Erachtens kann kein Zweifel daran bestehen, dass die völlig unterschiedlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften in den einzelnen Mitgliedsstaaten in der Gastronomie den freien Austausch der Arbeitskräfte behindern, in geringerem Ausmaß behindern sie auch die Ansiedelung von Betrieben und das grenzübergreifende Erbringen von gastronomie- nahen Dienstleistungen.

Sozusagen pünktlich zum Ende dieser Arbeit hat die EU angekündigt, Regelungen zu einem generellen Rauchverbot in Lokalen anzustreben.

In der vorliegenden Arbeit habe ich versucht darzustellen, wo die rechtlichen Grenzen zwischen individuellem Wohl und Allgemeinwohl liegen, wie und ob mit einem Recht auf Selbstschädigung umgegangen werden kann und inwiefern dieses zum Wohl der Allgemeinheit beschränkt werden kann.

Die wirtschaftlichen Daten haben jedoch schon gezeigt, dass die Beschränkung der freiwilligen Selbstschädigung nur dem durch die Normen beschränkten Individuum und eventuell vom passiv Rauchen Beeinträchtigten zu Gute kommt. Das Argument der Wirtschaftlichkeit wird von den Zahlen widerlegt, und „Allgemeinwohl“ mag ebenso beschränkt überzeugen.

5.3.1. Sucht und Recht

Von der juristischen Seite her können Suchtmittel und die damit verbundenen Süchte in 3 Kategorien eingeteilt werden:

Zunächst die Kategorie der (als Sucht) unregulierten Süchte, die bei weitem die größte Gruppe sind, da Sucht ja nicht stoffbezogen sein muss, sie reicht von Autofahren über Fernsehen und Sudoku bis zu Zucker. Obwohl es auch für diese Bereiche mannigfaltige Regelungen gibt, sind die Suchtaspekte in diesem Bereich außer Acht gelassen.

Als zweite Kategorie die der reglementierten Süchte, hier finden sich Tabak und Alkohol, uU könnten bestimmte Medikamente dazu gezählt werden.

Die dritte und damit letzte Kategorie ist jene der verbotenen Süchte und Suchtmittel, Kokain, Heroin und wie sie alle heißen. Deren gesellschaftliche Auswirkungen können derart verheerend sein, dass ein Verbot notwendig ist⁵⁰⁸.

Aufgrund der gesamtgesellschaftlichen Folgekosten, die durch übermäßigen Alkohol- und Tabakkonsum entstehen können, sind diese Bereiche geregelt:

So ist zB das Lenken von Autos in alkoholisiertem Zustand verboten und für Straftaten unter Alkoholeinfluss bestehen Sonderbestimmungen.

⁵⁰⁸ Eine Cannabis- Diskussion wird an dieser Stelle nicht stattfinden, wie schon dargestellt ist die Grenze zwischen eingeschränkt erlaubten und verbotenen Substanzen durch die Geschichte gezogen.

Ähnlich bei den Zigaretten, so machen wie schon dargestellt, die gesundheitlichen Folge(koste)n die Besteuerung notwendig, Jugendliche sollen geschützt werden usw. Die damit verbundene Rechtslage wurde schon umfassend dargestellt.

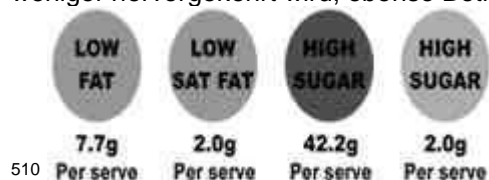
5.3.2. Anti- Rauch(er)- Kampagnen und andere Kampagnen

Aufklärung, auch unter dem Aspekt der Bildung, ist immer zu begrüßen. Insbesondere bei Rauchen und vergleichbaren Tätigkeiten, die gesellschaftlich nicht (mehr/umfassend) anerkannt sind, scheint aber eine gewisse Blindheit auf so manchem anderen Auge⁵⁰⁹ einherzugehen.

Einige Beispiele?

Spätestens seit dem Film „Supersize me“ ist bekannt, dass auch Fastfood regelmäßig genossen (oder zumindest gegessen) sehr gesundheitsschädigend sein kann. Noch niemand hat den Vorschlag gemacht, auf den BigMäc® oder den DoubleWhopper® zu schreiben „Der regelmäßige Genuss dieses Nahrungsmittel kann zu Impotenz/Herzbeschwerden führen“ oder „Wer das Fastfood aufgibt, senkt die Wahrscheinlichkeit schwerwiegender Krankheiten“. Von Ärztevereinigungen kam allerdings der Vorschlag einer Fat- Tax, also eine zusätzliche Abgabe auf fetthaltige, ungesunde Lebensmittel, die, soweit ich das aus den Medien entnehmen konnte, kaum Anklang fand. Weiters hat der Disney Konzern Pressemeldungen Anfang Mai 2006 zufolge seine langjährige Kooperation mit dem McDonald's Konzern beendet. Mit Beginn 2007, als wieder Meldungen in den Nachrichten erschienen, dass der Anteil der Übergewichtigen in der EU bald den in den USA übersteigt, kam eine deutlichere Auszeichnung von Lebensmitteln wieder ins Gespräch. In Großbritannien besteht, allerdings auf freiwilliger Basis, ein „traffic light labelling“⁵¹⁰ für vorgefertigte Lebensmittel. Mittels Rot, Gelb und Grün wird dem Konsumenten angezeigt, ob ein

⁵⁰⁹ Ähnlich zB Kriminalisierung der Internetnutzer, wo zwar nach der österreichischen Rechtslage unhaltbare Behauptungen über die Verwerflichkeit und Strafbarkeit von Privatkopien behauptet werden, vor allem von Industrievertretern, das Problem der Kinderpornographie aber wesentlich weniger hervorgekehrt wird, ebenso Betrügereien via Spam uvm.



⁵¹⁰ Bildquelle: <http://www.surreycc.gov.uk>

Produkt zB zu viel, etwas zu viel oder die richtige Menge an Fett, Zucker etc beinhaltet.

Medienberichten zufolge klagte der Attorney General von Kalifornien 9 Fastfood-Ketten, weil manche deren Produkte Acrylamid beinhalten, eine 2002 zufällig entdeckte Substanz, der karzinogene Wirkung zugeschrieben wird⁵¹¹. August 2008 wurde ein Vergleich geschlossen, demzufolge sich die Fastfood-Ketten verpflichten, die Menge an Acrylamid in den Lebensmitteln zu halbieren⁵¹².

Die Zeit wird zeigen, wie weit hier diese Vorschläge noch gedeihen werden, welche neuen dazu stoßen und ob sie sinnvoll in Umsetzung gebracht werden können.

Auch hinsichtlich Werbebeschränkungen hat die Tabakindustrie (neben Waffenlobby und Alkoholprodukten) Vorrang. Zwar dürfen Sportler und junge Menschen auf Zigarettenwerbespots nicht zu finden sein, dass Fabienne Nadarajah⁵¹³ und Teile der österreichischen Fußballnationalmannschaft⁵¹⁴ für McDonalds Menüs werben, findet (wohl auch aufgrund der breit angelegten Imagekampagne des Konzerns, die aufgrund des gerade schon erwähnten Films „Supersize me“ notwendiger denn je wurde) keinen Widerspruch⁵¹⁵.

In Österreich sterben immer noch mehr Leute durch Selbstmord als durch Autounfälle, Selbstmord ist die zweithäufigste Todesursache bei Jugendlichen⁵¹⁶. Eine landesweite Aufklärung über Psychotherapie und Lebenshilfe lässt auf sich warten, psychologische Behandlung gibt es noch nicht auf Krankenschein.

Um gleich beim Verkehr zu bleiben:

Die Unfalltoten im öffentlichen Straßenverkehr gehen zurück. Dies aber beinahe ausschließlich, weil die Autos immer sicherer werden, wie diverse Studien von Autofahrerclubs und die Beobachtung des Straßenverkehrs zeigen. Zwar gibt es

⁵¹¹ <http://www.highbeam.com/doc/1P1-112550834.html>, 9.01.2009

⁵¹² <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=/c/a/2008/08/02/BAFE1244HA.DTL>, 9.01.2009.

⁵¹³ <http://www.fabienne-nadarajah.info>, 12.11.2005. Als mir die Werbung November 2005 zum ersten Mal auffiel, war sie vor kurzem 20 geworden und hatte in den letzten Monaten mehrere achtbare Erfolge in internationalen Schwimmbewerben gefeiert.

⁵¹⁴ Zynische Bemerkungen über den geringen Erfolg des ÖFB- Teams im Sport zu dieser Zeit sind unangebracht, sind aber vermutlich die Ursache, weswegen diese Werbung nicht lange ausgestrahlt wurde.

⁵¹⁵ Da die Werbung implizit recht eindeutig behauptet, Fast Food Menüs wären Teil des Sport-Ernährungsplanes ist zumindest zu überlegen, wettbewerbsrechtlich dagegen wegen irreführender Werbung vorzugehen.

⁵¹⁶ Bericht auf orf.at vom 18. Oktober 2007.

immer wieder Kampagnen a la „Lärmfahrer sind hörbarer“, „Drink + Drive = Death“, „Gurte retten Leben“ usw, effektive Maßnahmen wie ausführlichere Führerscheinausbildung⁵¹⁷, härtere Strafen und insbesondere konsequente Kontrolle und Vollzug werden aber nur im Ansatz ergriffen, auch das Hin und Her um Licht am Tag ist diesbezüglich kein Ruhmesblatt. Mit Regelmäßigkeit kann der oder die aufmerksame Großstadtbewohner beobachten, wie direkt neben Organen der Straßenpolizei Straßenverkehrsvergehen ohne konkreter Personengefährdung begangen werden, ohne dass irgendjemand reagiert.

Um nicht selbst dem Vorwurf der Einäugigkeit zu zugänglich zu werden, sei hinzugefügt, dass auf anderen Gebieten durchaus Maßnahmen ergriffen werden. Beispielweise hat das BMGF erkannt, dass die Unsportlichkeit der Staatsbürger und –bürgerinnen ebenfalls diverse, weitreichende Konsequenzen hat, deswegen wurde auch die Kampagne „ISch – Ab heute wird alles anders gestartet“. Ein weiteres zentrales Ziel ist, und hier schließt sich der Kreis wieder, der Rauchausstieg.

Keineswegs will ich damit sagen, dass eine Kampagne deswegen schlecht ist, weil andere Kampagnen genauso notwendig wären, aber nicht gemacht werden. Dass ausführlichere Bestrebungen auf anderen Gebieten fehlen, ist auf keinen Fall ein Mangel der diskutierten Rauchbekämpfungsmaßnahmen. So würde kein seriöser Kritiker behaupten, eine Anti- Analphabetismus- Kampagne wäre schlecht, nur weil es keine vergleichbare Kampagne gegen Dyskalkulie gibt.

5.3.3. Cui bono?

Doch ein anders Problem stellt sich:

Der Staat gibt, freiwillig, einen Teil seiner Souveränität an die EU ab, und auch der Bürger verliert einen Teil seiner Autonomie durch derartige Regelungen.

Ist es so wie mit Steuern, Abgaben, Krankenkassenbeiträgen udgl? Für Straßen, Polizei, Krankenhäuser usw muss jeder bezahlen, da sie auch jedem, je nach Lebenssituation mehr oder weniger⁵¹⁸, zu Gute kommen.

Wem kommen die in dieser Arbeit diskutierten Bestimmungen zu Gute?

⁵¹⁷ Die letzte Reform ist vermutlich zu begrüßen, es besteht aber noch Raum für Verbesserung..

⁵¹⁸ Keine Krankenkasse brauchen nur gesunde Milliardäre, keine Sicherheitspolizei nur Kommandanten einer eigenen Armee usw.

Die Steuer- und Zollvorschriften dem Fiskus. Die Jugendschutzbestimmungen den Jugendlichen. Aber wen schützt die weitere Einschränkung des Willens des Einzelnen, zu rauchen oder nicht? Kaum die Nichtraucher, denn die müssen dank der bestehen Bestimmungen ohnehin nicht mit Tabakrauch in Kontakt treten, wenn sie es nicht wollen, Ausnahme bleiben insbesondere die Gastronomiebediensteten. Die Raucher selbst wieder wollen nun gar nicht geschützt werden, sie wissen ohnehin was sie tun und nehmen die Risiken in Kauf.

Auch wird von Anti- Raucher- Kampagnenseiten eine moralische Pflicht gegen den „Verlust von Lebensjahren“ ins Feld geführt. Auf Passivraucher- Seite ist dies überzeugend, auf Raucher- Seite keineswegs. Jeder Raucher und jede Raucherin weiß, nicht zuletzt dank der Aufdrucke und Kampagnen, über die Gefahr des Rauchens, so wie jeder Fallschirmspringer über die Gefahr seines Sports weiß und jeder Autofahrer über die Gefahren des Straßenverkehrs wissen sollte. Wohl ist anzunehmen, dass all diese Bedrohungen, trotz des positiven Wissens um sie, verdrängt werden. Dies allein kann aber noch nicht Grund genug sein mit Maßnahmen, die sogar über emotionale Erpressung hinausgehen, Einfluss auf das sonst freiwillige Verhalten der Menschen nehmen zu wollen, sie quasi zu ihrem Glück zwingen⁵¹⁹. Und hier stellt sich die schon in Kapitel 2 gestellte (und auch dort unbeantwortet gebliebene) Frage wieder, ob das die Aufgabe eines Staatswesens ist.

Auch *Strejcek* steht der Fülle an Restriktion kritisch gegenüber, da sie „*an dem Aufklärungsideal der menschlichen Selbstbestimmung nagen*“⁵²⁰.

Noch einmal sei hier auf die Bediensteten in der Gastronomie hingewiesen, die aber mangels Totalrauchverbot auch nur sehr eingeschränkt von den teilweisen Rauchverboten profitieren, der größte Vorteil an den neueren Regelungen liegt wohl in der Durchführungsanweisung zum AIVG.

⁵¹⁹ Das größte Glück kann ja auch im Unglück liegen, wie *Paul Watzlawick* im Buch „Anleitung zum Unglücklichsein“ demonstriert.

⁵²⁰ *Strejcek*, Tabak im Spiegel von Recht, Politik und Literatur, in *Strejcek (Hg)*, Rauchen im Recht, 308.

5.3.4. Conclusio

Interessant sind die Bemerkungen des ehemaligen Präsidenten des Verfassungsgerichtshofs, Ludwig Adamovich in der ORF Sendung „*Hohes Haus*“ am 4. November 2007. Er führte aus, dass Österreich, resp die Normadressaten, für ein generelles Rauchverbot nicht reif seien. Ähnlich wie beim Radfahren am Gehsteig und Telephonieren beim Autofahren mangle es einfach am Verantwortungsbewusstsein. Ob Adamovich recht hat, kann jede Interessierte im Alltag überprüfen.

Zuletzt möchte ich noch einmal auf die 4- Teilung der Lebenssachverhalte zurückkommen, die unser Verhalten steuern, frei übersetzt nach *Lawrence Lessig*⁵²¹: Gesetze, soziale Normen, der Markt und die physikalischen Gegebenheiten. Meines Erachtens tut eine Gesellschaft gut daran, die eingesetzten Mittel weise zu wählen. So ist es jedenfalls angebracht, per Gesetz eigene Abgaben auf Tabakprodukte einzuheben, damit die Raucher ihre eigenen gesundheitlichen Mehrkosten bezahlen, ebenso angemessen ist es, im Arbeitsleben gesetzliche Rauchverbote in der einen oder anderen Form einzuführen, da gerade im beruflichen Leben oft ein großes Machtgefälle auftritt. Aufgrund der mangelnden Lebenserfahrung und vielleicht Reife ist auch nachvollziehbar, dass Jugendliche vom Zigarettenkonsum mit den Mitteln des Gesetzes abgehalten werden sollen, wünschenswert wäre hier jedoch ein Mindestmaß an Effizienz, welches aber wiederum eher durch Zivilcourage und Vorbeugung (also soziale Normen) als durch Gesetz erreicht werden kann.

Weniger adäquat hingegen sind gesetzliche Rauchverbote, die nicht durchgesetzt werden können – oder werden. Jeder erwachsene Nichtraucher und jede erwachsene Nichtraucherin, die sich durch das Rauchen eines anderen gestört fühlt, sollte in der Lage sein, diesen zu ersuchen, das Rauchen einzustellen oder andernorts fortzusetzen, und die Konsequenz ziehen, wenn der oder die so Ersuchte der Bitte nicht nachkommt, sei dies im Wege einer Mitteilung an den Betreiber des Ortes, durch gesellschaftliche Missachtung oder anderes⁵²². Nicht zuletzt wird ein Raucher, der auf eine derartige Bitte weiterraucht ja ebenso wenig aufgrund eines

⁵²¹ Erklärung und Zitat Kap 2.1.1.

⁵²² Die Betonung liegt auf „sollte“:

Einer Umfrage des IMAS- Instituts, welche Ende November 2007 veröffentlicht wurde, besagt, dass 38% der Österreicher finden, man sollte gegen ein Rauchverbot verstoßende Raucher zurechtweisen, jedoch hätte nur die Hälfte (also 19%) die Zivilcourage, das auch in die Tat umsetzen.

zahnlosen Verbots sein Verhalten einstellen. Hier ist meines Erachtens die soziale Norm das Regelungsmittel der Wahl, der Gesetzgeber bewirkt mit Gesetz wie die Erfahrung bewiesen hat wenig⁵²³. Auch der Markt kann regelnd eingreifen, so verzichtet die Medizin Uni Wien seit 2007 auf "Förderungen, Gutachterhonorare, Vortragshonorare, Reisekosten u. ä. durch die Tabakindustrie", wie der Standard am 18. Juli 2007 schreibt. Vielleicht wird durch die Praxis mit der Tabakgesetznovelle 2008 aber alles anders.

Informationskampagnen über die Gefahr des Rauchens sind meines Dafürhaltens zu begrüßen, ebenso Versuche, Jugendliche vom Tabakkonsum, vor allem im Rahmen genereller Suchtprävention, abzuhalten.

Rauchverbote an zu mehr genutzten Orten, an denen sich auch Nichtraucher aufhalten müssen, wie Ämter, öffentliche Verkehrsmittel, Universitäten und wie gerade angesprochen Arbeitsplätze, sind durchaus angebracht. Weniger zu begrüßen wären aus dem Blickwinkel „Schutz der Kunden“ vorgeschriebene Rauchverbote in Lokalen, Bars udgl. Hier soll der Markt regelnd eingreifen, wer sich durch den Rauch gestört fühlt, soll dies dem Betreiber mitteilen, dieser soll darauf reagieren oder Kundschaft verlieren.

Nur der Schutz der Gastronomiebediensteten, auf den mit erheblicher Verzögerung die Politik erst mit der Novelle 2008 aufmerksam wurde, kann hier ein tragfähiges Argument sein, die „abgesagte“ Novelle 2007 trug diesem Argument noch kaum Rechnung. Die überdurchschnittliche Gefährdung von Gastronomiebediensteten durch die Auswirkungen des Tabakrauchs steht außer Frage⁵²⁴.

Beim Schutz der Gastronomiebediensteten wäre es vielleicht zweckmäßig, anstelle von Rauchverboten in Lokalen die entsprechenden Ausnahmen im Arbeitnehmerschutzrecht zu beseitigen. Dies wäre der direkte Weg und damit sogar grundrechtlich weniger problematisch, da es ja dann offensichtlich vorrangig um den Schutz der Gesundheit von Angestellten gehen würde und wäre nicht durch diverse Ausnahmen ausgehöhlt worden. Selbstverständlich müssen in diesem

⁵²³ Hinsichtlich der Universitäten sei an dieser Stelle noch auf die Befugnisse der Universitätsleitung hingewiesen, es muss nicht gleich der Gesetzgeber einschreiten.

⁵²⁴ ZB Dt. Krebsforschungszentrum (Hg), Passivrauchen am Arbeitsplatz, 7ff.

Zusammenhang die Maßnahmen im Hinblick auf Arbeitslose durch die Durchführungsanweisung zu § 9 Abs 2 AIVG lobende Erwähnung finden.

Die Untätigkeit der EU, die mir bis dato unverständlich war, hat ja, wie schon dargestellt, nun ein Ende gefunden.

Die Zahlen über Restaurantbetriebe, welche bewusst und wirkungsvoll mit freiwilligen Rauchfreiheit werben sind noch uneindeutig, Starbucks feiert ja durchaus mit diesem Konzept Erfolge (hat allerdings aufgrund der Wirtschaftskrise Probleme), während Wein&Co das ursprüngliche Rauchverbot in allen Filialen mangels Erfolg kippen musste⁵²⁵. Am Erfolg oder Misserfolg eines solchen Unternehmens lässt sich die Sinnhaftigkeit und Notwendigkeit des staatlichen Eingreifens im Hinblick auf den Kundenschutz trefflich messen – im Hinblick auf den Schutz der Bediensteten steht die Notwendigkeit meines Erachtens außer Frage. Hier kann nur ein umfassendes, ausnahmsloses Rauchverbot, das auch durchgesetzt wird, wirksamen Schutz garantieren.

Weiters unangebracht ist ein Rauchverbot unter freiem Himmel, sinnvolle Ausnahme könnte uU an Orten sei, wo sich Kinder regelmäßig aufhalten, damit diese nicht durch „schlechte Beispiele“ geprägt werden. Abgesehen von Kinderspielplätzen, Schulhöfen (hier ist es ja schon umgesetzt) und vielleicht Freibädern ist es hier aber ohnehin schwer vorstellbar, sinnvolle Orte zu finden, die der Legistik zugänglich wären (ganz abgesehen von der Durchsetzbarkeit einer solchen Regelung). Inwiefern so eine Vorbildwirkung aber überhaupt besteht, müsste wohl abgeklärt werden, vermutlich ist das Vorbild der Eltern wesentlich stärker als das von irgendwelchen unbekanntenen Personen, die rauchend auf einer Parkbank sitzen.

Zweckmäßig erscheint die Änderung hinsichtlich der Zigarettensautomaten. Ende 2006 war der einzige „Schutz“ noch eine verhältnismäßig hohe Montage.

Würden Stichproben bei Trafikanten durchgeführt, dass diese auch wirklich nicht an unter 16 Jährige verkaufen, resp sich tatsächlich Ausweise vorlegen lassen, würde dies, soweit ich dies beurteilen kann, vermutlich den größten Erfolg gegen jugendliches Rauchen erzielen. Effektiver als das Gesetz ist hier, wie schon

⁵²⁵ Der Standard vom 1. Oktober 2008.

erwähnt, eine angemessene Erziehung im Umgang mit der Versuchung des Substanzmissbrauchs und etwas Zivilcourage der Erwachsenen im Umfeld.

Zuletzt muss jedem genug Freiraum bleiben im Sinne einer liberalen Demokratie, um selbständig, unter Inanspruchnahme der angebotenen Hilfe, soweit gewünscht, über seine Süchte selbst entscheiden zu können, sofern damit keine Gefahr für Dritte verbunden ist.

Bibliographie

*„If you copy from one,
it is called plagiarism.
If you copy from many,
it is called research”.*
William Mizner

Literaturverzeichnis

Andexlinger, Helmut, Arbeitsrechtliches zum Tabakgesetz, *ecolex* 1995, 823

Apathy, Peter/Riedler, Andreas, Bürgerliches Recht III – Schuldrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Springer 2002

Arbeithuber, Christoph, Rechtsfragen des Rauchens - Haftungsprobleme, insb bei jugendlichen Rauchern, *ÖJZ* 2005/37

Berka, Walter, Die Grundrechte, Springer, 1999

Berka, Walter, Lehrbuch Grundrechte, Springer, 2000

Bernat, Erwin, Dem Leben ein Ende setzen: Selbstmord und aktive Teilnahme am Suizid - eine rechtsethische Überlegungsskizze, *ÖJZ* 2002, 92

Bernert, Irina, Wenn Tomaten Gene haben... - Die Kennzeichnung „gentechnisch veränderter Nahrungsmittel“ im Lichte verfassungs- und europarechtlicher Vorgaben, *NWV* 2004

Bußjäger, Peter, Verfassungsrechtliche Fragen der Anwendung des Naturschutzrechts der Länder auf Verkehrsprojekte, *RDU* 2000, 83

Bydlinksi, Peter, Produzentenhaftung für Raucherschäden nach österreichischem Recht?, *ÖJZ* 1997, 378

Dalke, Rüdiger und Margit, Die Psychologie des blauen Dunstes, Knaur, 1989

Davani, Keyvan, Der Konstruktionsfehler der Zigarette nach dem PHG in Österreich, *Ecolex* 2004, 437

Deutsches Krebsforschungszentrum (Hg), Erhöhtes Gesundheitsrisiko für Beschäftigte in der Gastronomie durch Passivrauchen am Arbeitsplatz, Heidelberg, 2007

Deutsches Krebsforschungszentrum (Hg), Passivrauchen – ein unterschätztes Gesundheitsrisiko, Heidelberg, 2005

Dittrich/Tades, ArbR – Österreichisches, europäisches und internationales Arbeitsrecht, Manz, 84. Ergänzungslieferung

- Eichinger, Julia*, Nichtraucherschutz im Arbeitsleben, RdW 1992 (RDB)
- Eysenck, H.J.*, Rauchen, Gesundheit und Persönlichkeit, Walter Rau Verlag, 1968
- Fink, Udo*, Selbstbestimmung und Selbsttötung, Schriftenreihe Annales Universitatis Saraviensis, Band 126, Carl Heymans Verlag, 1992
- Fischer, Kai*, Die Zulässigkeit aufgedrängten Schutzes vor Selbstschädigung, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Band 2249, Peter Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, 1997
- Fischer, Peter/Köck, Heribert F. /Karollus, Margit M.*, Europarecht, 4. Auflage, Linde Verlag 2002
- Fleischhacker, Michael (Hg)*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, Bibliothek der Unruhe und des Bewahrens, Band 2, Verlag Styria, 2002
- Forey, Barbara, Hamling, Jan, Lee, Peter, Wald, Nicholas*, International Smoking Statistics, Oxford University Press, 2002
- Gamper, Anna*, Staat und Verfassung – Einführung in die allgemeine Staatslehre, facultas.wuv, 2007
- Gerlach, Irene, Nitschke, Peter (Hg)*, Metamorphosen des Leviathan – Staatsaufgaben im Umbruch, Leske + Budrich, 2000
- Grabenwarter, Christoph*, Europäische Menschenrechtskonvention, C.H. Beck - Manz, 2003
- Gramm, Christof*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Schriften zum Öffentlichen Recht Band 838, Duncker & Humboldt, 2001
- Groiss/Schantl/Welan*, Der verfassungsrechtliche Schutz des menschlichen Lebens - Betrachtungen zur Verfassungsgerichtsbarkeit (Slg 1974), ÖJZ 1978, 1ff
- Hammer, Stefan/Somek, Alexander/Stelzer, Manfred/Weichselbaum, Barbara (Hg)*, Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa – Festschrift für Theo Öhlinger, WUV, 2004
- Hatje, Armin*, Wirtschaftswerbung und Meinungsfreiheit, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993
- Hillgruber, Christian*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, Verlag Franz Fahlen München, 1992
- Hoerster, Norbert*, Abtreibung im säkularen Staat, Suhrkamp, 1995
- Holoubek, Michael*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitssatz, ÖZW 1991, 72

Holoubek, Michael, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, Forschungen aus Staat und Recht 114, Springer, 1997

Horner, Florian, Ausgliederung und Ingerenz, NWV, 2004

Jabloner, Clemens/ Stadler, Friedrich (Hg), Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre – Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule, Veröffentlichungen des Instituts Wiener Kreis, Band 10, SpringerWienNewYork, 2001

Jellinek, Georg, Allgemeine Staatslehre, Verlag von Julius Springer Berlin, 1922

Kienapfel, Diethelm /Höpfel, Frank, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Manz, 2005

Klose, Edeltraud Elisabeth, RAUCHEN 1990 – Ein statistischer Kosten- Nutzen-Vergleich, Diplomarbeit Wien, 1994

Kelsen, Hans, Allgemeine Staatslehre, Verlag von Julius Springer Berlin, 1925

Kelsen, Hans, Österreichisches Staatsrecht, J.C.B. Mohr, 1923

Kucsko- Stadlmayer, Gabriele, Grenzen der Ausgliederung, Verhandlungen des fünfzehnten österreichischen Juristentages Innsbruck 2003, Band I/1, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2003

Lessig, Lawrence, Code and other laws of cyberspace, Basic Books, 2002

Leitner, Max, Zum Ersatz von Raucherschäden nach österreichischem Recht, ÖJZ 2004/5

Mayer, Heinz, Der Mindestpreis für Zigaretten und das Gemeinschaftsrecht, ecolex 2006/1041

Mayer, Heinz, Werbung und Grundrechte, Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ÖZW) 1989, 1

Merli, Franz, Die allgemeine Handlungsfreiheit, Teil I JBI 1994, 233ff und Teil II JBL 1994, 309ff.

Meyer, Marlies (Hg), Grundrecht auf Gesundheit, Manz, 1993

Messiner, Friedrich, Gesetzgebungsvorhaben - Einführung einer verwaltungsstrafrechtlichen Sanktion für das Nichtanlegen von Sicherheitsgurten und die Nichtbenützung von Sturzhelmen, ZVR 1982, 261

Öhlinger, Theo, Verfassungsrecht, 7. Auflage, facultas.wuv, 2007

Pichler, Johannes W. (Hg), Rauchen & Recht, Schriften zur Rechtspolitik, Band 20, Verlag Österreich, 2004

Posch, Katharina, Rauch(er)entwarnung?, ecolex 2005, 229

Raschauer, Bernhard, Staatliche Kernaufgaben – Notwendigkeit oder Fiktion? in *Entstaatlichung – Gefahr für den Rechtsstaat?*, *Österreichische Juristenkommission (Hg)*, Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat, Band 20, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2002

Raschauer, Bernhard, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage, Springer, 2003

Rauch, Thomas, Besteht ein arbeitsrechtlicher Anspruch auf Rauchpausen?, ASoK 2001 (RDB)

Reiss, Sylvia, Kognitive, emotionale und soziale Beeinflussungsvariablen in der Werbung unter besonderer Berücksichtigung der Tabakwerbung, Diplomarbeit, Wien, 1996

Rill, Heinz Peter, Staatliche „Kernaufgaben“ – Notwendigkeit oder Fiktion? in *Entstaatlichung – Gefahr für den Rechtsstaat?*, *Österreichische Juristenkommission (Hg)*, Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat, Band 20, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2002

Schambeck, Herbert (Hg), Das österreichische Bundes- Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, Duncker & Humboldt, 1980

Schostal, Werner, Rechtsfragen des Tabakmonopols in Österreich, Dissertation Wien, 2002

Seidl, Birgit, Raucherverhalten von Amateursportler(innen) ausgewählter Sportarten, Diplomarbeit Wien, 2000

Spenger, Martina, Arbeitnehmerschutz, Arbeitsinspektion, ARD Betriebsdienst, 1999

Glantz, Stanton A./ Slade, John/ Bero, Lisa A./ Hanauer, Peter/Barnes, Deborah E., The cigarette papers, University of California Press, 1996

Statistik Austria (Hg), Rauchgewohnheiten – Ergebnisse des Mikrozensus 1997, Verlag Österreich 2002

Strejcek, Gerhard (Hg), Rauchen im Recht, Verlag Österreich, 2007

Tauber, Sonja, Fristenlösung, Möglichkeiten und Grenzen für eine frauenfreundliche Regelung, Linzer Schriften zur Fraunförderung (*Ursula Floßmann (Hg)*), Universitätsverlag Trauner, 1997

Walter/ Mayer/ Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht, 10. Auflage, Manz, 2007

Weiss, Wolfgang, Privatisierung und Staatsaufgaben, J.C.B. Mohr, 2002

Zapka, Klaus, Passivrauchen und Recht, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 120, Duncker & Humblot, 1993

Zippelius, Reinhold, Allgemeine Staatslehre, Verlag C.H. Beck, 2003

Kommentare

Jarass Hans/ Pieroth Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck 1997

Korinek/Holoubek (Hg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Springer, 7. Lieferung, 2005

Maunz/Dürig (Hg), Kommentar zum Grundgesetz, 45. Auflage, Verlag C.H. Beck, 2005

Mayer, Heinz (Hg), Bundes- Verfassungsrecht – Kurzkomentar, 3. Auflage, Manz, 2002

Rummel, Peter (Hg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage, Manz 2000

Sachs, Michael (Hg), Grundgesetz Kommentar, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck 1999

Triffterer/ Rosbaud/ Hinterhofer (Hg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Orac

von Mangoldt, Hermann/ Klein, Friedrich/ Starck, Christian (Hg), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Auflage, Verlag Franz Vahlen München, 2005

Für das Beantworten meiner Anfragen herzlichen Dank an folgende
Auskunftspersonen:

Dialogbüro der Grünen

Ulrich Maier, BMGF

SPÖ-Aktionsbüro

Kurt Koepruner, Liste Hans Peter Martin

Sascha van Tijn, FPÖ

Christoph Hörhan, BMGF, ÖVP

Anton Rainer, Abteilung IV/15 Bundesministerium für Finanzen

Janele Heide, Austria Tabak GmbH & Co KG

Herrmann Kretschmer, Magistratsabteilung 11, Gemeinde Wien

Manfred Domandl, Taxi 60160

MMag. Josef Furtlehner, Abteilung II/1 Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit

Mag Gernot Liska, WKÖ, FV Gastronomie/Reisebüros

Anhang I – Vereinbarung zwischen BMGF und WKÖ

Vereinbarung zur freiwilligen Einrichtung von Nichtraucherbereichen in Gastgewerbebetrieben:

_ Der Fachverband Gastronomie wird auf seine Mitgliedsbetriebe einwirken, damit eine Einrichtung von separaten Nichtraucherbereichen (Nichtraucherzonen bzw. gesonderten Nichtraucherräumen – sofern die räumliche Situation im Betrieb dies zulässt) auf freiwilliger Basis erfolgt.

_ Die Einrichtung eines Nichtraucherbereiches soll in allen **Speisenbetrieben** erfolgen und mindestens **40 %** der für die Verabreichung von Speisen vorgesehenen Sitzplätze betragen.

_ Als Speisebetriebe in diesem Sinne gelten folgende Betriebsarten : Gasthäuser, Gasthöfe, Restaurants, Bahnhofgaststätten, Cafe-Restaurants, Cafe-Konditoreien (soweit es sich um Betriebe mit einer Gastgewerbeberechtigung handelt) und Eisbetriebe.

_ Von Seiten des Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen wird auf eine gesetzliche Reglementierung des Nichtraucherschutzes im Gastgewerbe verzichtet, sofern auf freiwilliger Basis zumindest folgende Schwellwerte erreicht werden:

Bis zum 31.12. 2004.....	30 %
Bis zum 31.12. 2005.....	60%
Bis zum 31.12. 2006.....	90%

_ Der Fachverband Gastronomie wird im Rahmen seiner regelmäßigen Strukturdatenerhebung zu den genannten Stichtagen eine Abfrage bei seinen Mitgliedsbetrieben durchführen. Das Bundesministerium für Gesundheit und Frauen hat das Recht, die Umsetzungsmaßnahmen jederzeit zu kontrollieren.

_ Bei Speisebetrieben mit einer für den Gästebereich vorgesehenen Fläche von unter 75 m2 erscheint eine räumliche Abgrenzung zwischen Raucher -und Nichtraucherbereich nicht sinnvoll. Diese bleiben daher bei der Ermittlung der Schwellwerte außer Betracht.

Quelle: <http://www.diegastronomie.at/Vereinbarung.pdf>, Homepage des FV Gastronomie in der Wirtschaftskammer Österreich, wiederholt besucht in Mai und Juni 2006

Anhang II – nicht umgesetzter Entwurf der Tabakgesetznovelle 07

Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über das Herstellen und das In-Verkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherschutz (Tabakgesetz) geändert wird

Der Nationalrat hat beschlossen:

Das Bundesgesetz über das Herstellen und das In-Verkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherschutz (Tabakgesetz), BGBl. Nr. 431/1995, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. Nr. I 47/2006, wird wie folgt geändert:

1. § 5 Abs. 2 Z 10 lautet:

„10. Hier finden Sie Hilfe, wenn Sie das Rauchen aufgeben möchten: Kontaktieren Sie das Rauchertelefon (0810 810 013 zum Ortstarif oder www.rauchertelefon.at). Befragen Sie Ihren Arzt oder Apotheker.“

2. § 10 Abs. 2 lautet:

„(2) Der für Gesundheitsangelegenheiten zuständige Bundesminister oder die für Gesundheitsangelegenheiten zuständige Bundesministerin hat mit der Untersuchung und Begutachtung von Tabakerzeugnissen gemäß Abs. 1 geeignete Prüf- und Überwachungsstellen oder Laboratorien zu beauftragen.“

3. Der Einleitungssatz des § 11 Abs. 5 lautet:

„(5) Werbung gemäß Abs. 4 Z 4 ist mit deutlich lesbarem Warnhinweis gemäß § 5 Abs. 1 oder 2 in schwarzer Schrift und auf weißem Hintergrund in Gesamtgröße von 10 % des jeweiligen Werbemittels zu versehen, der die Gesundheitsschädlichkeit des Tabakkonsums zu beinhalten hat. Darüber hinaus gilt:“

4. § 11 Abs. 5 Z 1 einfällt. Die Ziffern 2 bis 8 erhalten die Bezeichnungen 1 bis 7.

5. Die Überschrift „Nichtraucherschutz“ vor § 13 entfällt.

6. § 13 Abs. 1 lautet:

„§ 13. (1) Unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der Regelung des § 12 gilt, soweit Abs. 2 und § 13a nicht anderes bestimmen, Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte.“

7. § 13 Abs. 4 entfällt.

8. Nach § 13 wird folgender § 13a eingefügt:

„§ 13a. (1) In Speisen oder Getränke verabreichenden Betrieben mit einer für den Gästebereich vorgesehenen Innenraumfläche ab 75m² gilt, soweit Abs. 2 nicht anderes bestimmt, das Rauchverbot gemäß § 13 Abs. 1 mit der Maßgabe, dass nicht mehr als die Hälfte des Gästebereiches in Räumen gemäß § 13 Abs. 2 gelegen sein darf.

(2) Rauchverbot gilt in Betrieben gemäß Abs. 1 nicht, sofern der gesamte Gästebereich über eine geeignete raumluftechnische Anlage verfügt.

2/3

(3) Speisen oder Getränke verabreichende Betriebe mit einer für den Gästebereich vorgesehenen Innenraumfläche von weniger als 75m² können wahlweise als Raucher- oder als Nichtraucherbetrieb geführt werden. In Nichtraucherbetrieben ist das Rauchen im gesamten Gästebereich verboten.

(4) Der für Gesundheitsangelegenheiten zuständige Bundesminister oder die für Gesundheitsangelegenheiten zuständige Bundesministerin kann unter Beachtung des wissenschaftlich-technischen

Erkenntnisstandes nähere Vorschriften zur Sicherstellung des Nichtraucherschutzes durch Verordnung treffen.“

9. Der bisherige § 13a erhält die Bezeichnung § 13b. § 13b lautet:

„§ 13b. (1) Rauchverbote gemäß §§ 12 bis 13a sind in den unter das Rauchverbot fallenden Räumen und Einrichtungen durch den Rauchverbotshinweis „Rauchen verboten“ kenntlich zu machen.

(2) Anstatt des Rauchverbotshinweises gemäß Abs. 1 können die Rauchverbote auch durch Rauchverbotssymbole, aus denen eindeutig das Rauchverbot hervorgeht, kenntlich gemacht werden.

(3) Die Rauchverbotshinweise gemäß Abs. 1 oder die Rauchverbotssymbole gemäß Abs. 2 sind in ausreichender Zahl und Größe so anzubringen, dass sie überall im Raum oder der Einrichtung gut sichtbar sind.

(4) Räume, in denen das Rauchen gemäß § 13 Abs. 2 oder § 13a Abs. 1 bis 3 gestattet wird, sind durch entsprechende Hinweise oder Symbole zu kennzeichnen. Die Hinweise oder Symbole sind in ausreichender Zahl und Größe so anzubringen, dass sie in dem Raum gut sichtbar sind. Soweit der Nichtraucherschutz durch eine geeignete raumluftechnische Anlage (§ 13 Abs. 2) gewährleistet wird, darf ein entsprechender Hinweis darauf erfolgen.

(5) Unbeschadet der Abs. 1 bis 4 ist an der Außenseite jedes Gästeingangs von Betrieben gemäß § 13a Abs. 1 bis 3 gut sichtbar kenntlich zu machen, ob im Gästebereich Rauchverbot gilt oder das Rauchen in dafür vorgesehenen Räumen (§ 13a Abs. 1) oder im gesamten Gästebereich (§ 13a Abs. 2

oder Abs. 3) gestattet ist. Abs. 4 letzter Satz ist anzuwenden.“

10. Nach § 13b wird folgender § 13c angefügt:

„**§ 13c.** (1) Wer über

1. einen Raum gemäß § 12 Abs. 1 oder 2, oder über einen
2. Räume eines öffentlichen Ortes gemäß § 13, oder
3. einen Speisen oder Getränke verabreichenden Betrieb gemäß 13a
verfügungsbefugt ist, hat dafür Sorge zu tragen, dass die für diese Räume nach den §§ 12 bis 13b
geltenden Nichtraucherbestimmungen eingehalten werden.

(2) Der Verfügungsbefugte gemäß Abs. 1 hat sicher zu stellen, dass

1. in einem Raum gemäß § 12 Abs. 1 nicht geraucht wird,
2. in einem Raum gemäß § 12 Abs. 2, soweit Rauchverbot gilt, nicht geraucht wird,
3. in den Räumen eines öffentlichen Ortes, sofern nicht das Rauchen gemäß § 13 Abs. 2 gestattet
ist, nicht geraucht wird,
4. im Gästebereich von Speisen oder Getränke verabreichenden Betrieben, soweit das Rauchen
nicht gemäß § 13a Abs. 1 bis 3 gestattet ist, nicht geraucht wird,
5. sofern in Betrieben gemäß Z 4 das Rauchen gemäß § 13a Abs. 2 gestattet ist, der Betrieb über
eine geeignete raumlufttechnische Anlage verfügt und diese Anlage bei Anwesenheit eines
Gastes in Betrieb ist,
6. der Kennzeichnungspflicht gemäß § 13b entsprochen wird.“

11. § 14 Abs. 2 und 3 erhält die Bezeichnung (4) und (5). § 14 Abs. 2 und 3 lautet:

„(2) Wer als gemäß § 13c Abs. 1 Verfügungsbefugter gegen die im § 13c Abs. 2 Z 5 oder 6
festgelegten Nichtrauchermaßnahmen verstößt, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in
die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen
Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit
Geldstrafe bis zu 500 €, im Wiederholungsfall bis zu 5 000 € zu bestrafen.

(3) Wer, indem er raucht, gegen das Rauchverbot gemäß § 12 Abs. 1 oder 2, § 13 Abs. 1 oder § 13a
Abs. 1 oder 3 verstößt begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte
fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strenger
Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 100 €, im
Wiederholungsfall bis zu 1.000 € zu bestrafen.“

3/3

12. § 14a entfällt.

13. Dem § 17 werden folgende Abs. 5 bis 10 angefügt:

„(5) Die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes in der Fassung BGBl. I Nr. xx/2007 treten wie folgt
in Kraft:

1. § 5 Abs. 2 Z 10 mit xx/xx/2008,
2. §§ 10 Abs. 2, 11 Abs. 5, 13 Abs. 1, 13a, 13b und 13c mit 1.1.2008,
3. § 14 Abs. 2 und 3 mit 1.7.2008. § 14a dieses Bundesgesetzes in der Fassung BGBl. I Nr. 47/2006
tritt mit 30.6.2008 außer Kraft.

(6) Soweit nicht Abs. 7 anderes bestimmt, sind die §§ 13 Abs. 1, 13a Abs. 1 und 2, 13b, 13c sowie
14 Abs. 2 und 3 auf Speisen oder Getränke verabreichende Betriebe mit einer für den Gästebereich
vorgesehenen Innenraumfläche ab 75m², die am 1.1.2008 über eine gültige Betriebsanlagengenehmigung
und nicht über die räumlichen Gegebenheiten zur Sicherstellung des Nichtraucherschutzes gemäß § 13a
Abs. 1 oder eine raumlufttechnische Anlage gemäß § 13a Abs. 2 verfügen, ab dem 1.1.2013 anzuwenden.

(7) Auf Betriebe gemäß Abs. 6, bei denen auf Grund des Denkmalschutzgesetzes, BGBl. 533/1923,
in der geltenden Fassung, die Einrichtung eines Raumes gemäß § 13a Abs. 1 nicht in Betracht kommt,
sind die §§ 13 Abs. 1, 13a Abs. 2, 13b, 13c sowie 14 Abs. 2 und 3 ab dem 1.1.2015 anzuwenden.

(8) Der über den Betrieb Verfügungsbefugte hat im Fall des Abs. 6 vor Ablauf des 31.12.2012 oder
im Fall des Abs. 7 vor Ablauf des 31.12.2014 sicherzustellen, dass

1. soweit nicht das Rauchen im gesamten Gästebereich untersagt wird, ein Nichtraucherbereich im
Ausmaß von zumindest 50 Prozent des gesamten Gästebereichs eingerichtet wird, in dem das
Rauchen nicht gestattet ist,
2. soweit ein Raum gemäß § 13a Abs. 1 verfügbar ist, das Rauchen nur in diesem Raum gestattet
ist,
3. soweit der Gästebereich über eine geeignete raumlufttechnische Anlage (§ 13a Abs. 2) verfügt,
diese Anlage bei Anwesenheit eines Gastes in Betrieb ist,
4. Gästebereiche, in denen das Rauchen nicht gestattet wird, mit dem Hinweis „Rauchen verboten“
oder durch eindeutige Rauchverbotssymbole, gekennzeichnet sind,
5. Gästebereiche, in dem das Rauchen gestattet wird, durch einen entsprechenden Hinweis
gekennzeichnet sind,
6. an der Außenseite jedes Gästeeingangs gut sichtbar kenntlich gemacht ist, ob im Gästebereich
Rauchverbot gilt oder das Rauchen in dafür vorgesehenen Bereichen (Z 1) oder Räumen (Z 2)

gestattet wird,

7. in Gästebereichen oder Räumen, in denen das Rauchen nicht gestattet wird, nicht geraucht wird. Die Hinweise oder Symbole gemäß Z 4 oder 5 sind in ausreichender Zahl und Größe so anzubringen, dass sie überall im Raum gut sichtbar sind. Soweit der Gästebereich über eine geeignete raumluftechnische Anlage verfügt (Z 3), kann die Kennzeichnung gemäß Z 5 oder 6 einen entsprechenden Hinweis enthalten.

(9) Wer als über einen Betrieb gemäß Abs. 6 oder 7 Verfügungsbefugter gegen eine der im Abs. 8 Z 1 bis 3 oder ab dem 1.7.2008 gegen eine der im Abs. 8 Z 4 bis 6 festgelegten Pflichten verstößt, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 500 €, im Wiederholungsfall bis zu 5 000 € zu bestrafen.

(10) Wer, indem er raucht, gegen ein Rauchverbot gemäß Abs. 8 Z 1 oder 4 verstößt, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strenger Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 100 €, im Wiederholungsfall bis zu 1.000 € zu bestrafen.

(11) § 17 Abs. 10 dieses Bundesgesetzes in der Fassung BGBl. I Nr. xx/2007 tritt mit 1.7.2008 in Kraft.

Entwurf der

Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit, Familie und Jugend, mit der nähere Vorschriften zur Sicherstellung des Nichtraucherschutzes in Speisen und Getränke verabreichenden Betrieben getroffen werden (Gastronomie-Nichtraucherschutzverordnung)

Auf Grund des § 13a Abs. 4 des Tabakgesetzes, BGBl. Nr. 431/1995, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. xxx/2007, wird verordnet:

§ 1. Eine raumluftechnische Anlage ist im Sinne des § 13a Abs. 2 des Tabakgesetzes (Nichtraucherschutz) geeignet, wenn sie Frischluft im Ausmaß von mindestens 25 l pro Sekunde und Person heranführt und ein geschätzter Index von mindestens einem Quadratmeter pro Person in Stehbereichen und mindestens zwei Quadratmetern pro Person in Sitzbereichen zugrunde liegt.

§ 2. Diese Verordnung tritt mit 1.1.2008 in Kraft.

Anhang III – Auszüge aus der Durchführungsanweisung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit zur Zumutbarkeit von Beschäftigungen (§ 9 Abs. 2), bei denen Nichtraucher dem Passivrauch ausgesetzt sind

Mit der Novelle zum Tabakgesetz (BGBl. I Nr. 120/2008) wird u.a. ein verstärkter Nichtraucherschutz in Gaststätten umgesetzt. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob ein Arbeitsplatz, bei dem Nichtraucher dem Passivrauch ausgesetzt werden, zumutbar im Sinne des § 9 Abs. 2 AIVG sei bzw. ob ein Grenzwert festgelegt werden kann, bis zu dem Passivrauch tolerierbar sei.

Im Ministerratsbeschluss zum Tabakgesetz (56. Ministerrat vom 4. Juni 2008, Punkt 31) wurde diesbezüglich in einer Protokollanmerkung eine erlassmäßige Regelung vereinbart, die eine Sanktionierbarkeit von (Selbst-)Kündigungen auf Grund der Gefährdung der Gesundheit durch Passivrauch ausschließt.

Nach Auskunft des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend (BMGFJ) ist es medizinisch erwiesen, dass Passivrauchen die Gesundheit gefährdet. Somit ist es aufgrund der Gesundheitsgefährdung unzumutbar, Nichtraucher in Raucherlokale (auch solche, bei denen die Räumlichkeiten ab 2009 getrennt sein müssen) zu vermitteln. Die Ablehnung einer angebotenen Beschäftigung, bei dem ein Nichtraucher dem Passivrauch ausgesetzt ist und damit seine Gesundheit gefährdet, ist daher nicht sanktionierbar (§ 10). Auch nicht die eigene Kündigung einer solchen Stelle aufgrund der Gesundheitsgefährdung (§ 11).

Wie das BMGFJ mitteilt, ist für einen Nichtraucher die Arbeit in einem Raucherlokal aus folgenden Gründen nicht zumutbar; weil

- ⌚ in Raucherlokalen spezifische Schadstoff-Konzentrationen gemessen wurden, die um ein bis zwei Größenordnungen höher waren als in Raucherhaushalten (bedingt durch die größere Anzahl der Raucher),
- ⌚ bei gesunden Nichtrauchern sich das Lungenkrebsrisiko nach etwa 8-jähriger Beschäftigung in einem Raucherlokal verdoppelt; eine Schwelle, unterhalb der kein erhöhtes Krebsrisiko besteht, nicht existiert, und
- ⌚ bei vorgeschädigten Nichtrauchern bereits eine kurze Beschäftigung in einem verrauchten Lokal zu lebensbedrohlichen Erkrankungen führen kann wie Herzinfarkt, Schlaganfall oder Status asthmaticus.

Es ist auch nicht vertretbar, abgestufte Zumutbarkeitsgrenzen für den Arbeitsplatz von Nichtrauchern in Gaststätten, in denen geraucht wird, festzulegen. Es lässt sich nämlich aus medizinischer (Forschungs-)Sicht kein unterer Grenzwert festlegen, bis zu dem eine Gesundheitsgefährdung durch ‚Passivrauchen‘ tolerierbar wäre. Aus diesem Grund ist ab sofort bei Nichtrauchern von einer Sanktionierung bei Ablehnung angebotener Arbeitsstellen im **Gastgewerbe**, bei denen die/der Beschäftigte dem Passivrauch ausgesetzt ist, Abstand zu nehmen.

Weiters sind Nichtraucher aufgrund der bestehenden Gesundheitsgefährdung ohne deren ausdrückliches Einverständnis nicht in Gaststätten, in denen (auch) geraucht wird, zu vermitteln. Für Raucher gilt diese Einschränkung der Zumutbarkeit nicht, denn solange diese durch eigenes Rauchen aktiv ihre Gesundheit selbst gefährden, können sie nicht die Unzumutbarkeit einer Beschäftigung mit der Gefährdung ihrer Gesundheit durch Passivrauch anderer begründen.

Aufgrund der vielfachen wissenschaftlichen medizinischen Studien, die eine Gesundheitsgefährdung durch Passivrauch nachweisen, kann vom Erfordernis der

Beibringung ärztlicher Atteste – als Nachweis einer Gesundheitsgefährdung bei Ablehnung eines Arbeitsplatzes, bei dem der/die Arbeitsuchende dem Passivrauch ausgesetzt wäre - abgesehen werden. Das gilt auch für den Fall einer Selbstkündigung wegen Belastung durch Passivrauch im Rahmen der Nachsichtsprüfung gem. § 11 AIVG.

Diese Regelung gilt zudem nur für jene (nichtrauchenden) Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die im **Servicebereich** eines Gastronomiebetriebes tätig sind (KellnerInnen, Restaurantfachkräfte, Servierkräfte) und bei ihrer Tätigkeit regelmäßig dem Passivrauch ausgesetzt sind.

Diese Regelung gilt daher nicht für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen der Gastronomie, die in Bereichen eingesetzt werden, in denen ohnedies ein gesetzliches Rauchverbot nach dem ASchG besteht (wie Küche, Rezeption oder Büro eines Hotels oder das Zimmerservice).

Bei der Beurteilung der Zumutbarkeit von **Beschäftigungen außerhalb der Gastronomie** ist auf den Nichtraucherschutz (§ 30 ASchG) Bedacht zu nehmen. Eine behauptete Gesundheitsgefährdung ist im Zuge der Prüfung der Verhängung einer Sanktion/Rechtsfolge gem. §§ 10 oder 11 AIVG zu prüfen. Wenn der Arbeitgeber die im Arbeitnehmerschutzgesetz festgelegte Schutznorm (§ 30) nicht einhält bzw. eingehalten hat, und der Arbeitslose deswegen eine angebotene Stelle abgelehnt oder selbst gekündigt hat, ist keine Sanktion zu verhängen.

Anhang gemäß Verordnung Nr. 382 (Mitteilungsblatt der Universität Wien vom 30.09.2008) der Studienpräses – deutsche Zusammenfassung:

Thema dieser Arbeit ist eine umfassende Darstellung der das Tabakrauchen und seine Bewerbung, insbesondere in Österreich, regelnden Rechtsvorschriften sowie eine Analyse der dadurch entstehenden Problemfelder.

Nachdem in einer juristischen Arbeit verständlicherweise nur kursorischen Überblick über medizinische, ökonomische, botanische, soziologische und politische Aspekte wird auf einer rechtstheoretischen, staatswissenschaftlichen Ebene untersucht, was der Hintergrund, die Ursache und die Legitimation der „Tabakgesetzgebung“ ist.

In der Darstellung der Rechtslage werden österreichische, EG-rechtliche und internationale Rechtsgrundlagen erörtert und deren wechselseitiger Einfluss untersucht. Besonderes Augenmerk wird auf das österreichische Tabakgesetz gelegt, und hierbei auch die rezente Entwicklung analysiert, zu der auch die Bestimmungen betreffend die Gastronomie zählen. Genau besprochen werden auch die einschlägigen landesrechtlichen Bestimmungen, wobei hier insbesondere dem Jugendschutzrecht viel Platz eingeräumt wird. Auch Arbeitnehmerschutz wird seiner Wichtigkeit entsprechend behandelt. Die Darstellung der Rechtslage beinhaltet auch Erkenntnisse von österreichischen und internationalen Gerichten. Ein Exkurs behandelt Rechtsvorschriften, die sich mit Schwangerschaft beschäftigen. Ein weiterer, ausführlicher Exkurs behandelt die bisherigen zivilrechtlichen Implikationen, die das Rauchen bietet, von Produkthaftung über Obsorgepflicht bis zu Schadenersatz, entwickelt die bestehenden Ansätze weiter und wendet diese auf fiktive Beispiele an.

Soweit schon Daten vorliegen wird auch die letzte Novelle in der Praxis berücksichtigt, ebenso wie die gescheiterte Tabakgesetznovelle 2007.

Ein weiterer Themenbereich sind die grundrechtlichen Fragestellungen, die sich im Zusammenhang mit dem Rauchen, aber auch der Werbung, insbesondere für Zigaretten(marken) auf tun. Besonders Meinungsfreiheit, Gleichheitssatz, Eigentum, aber auch die anderen Grundrechte, soweit anwendbar, werden thematisiert. Ein Exkurs betrachtet das Allgemeine Recht auf Handlungsfreiheit im deutschen Grundgesetz im Zusammenhang mit Rauchen. Auch allfällige, zukünftige Entwicklungen, die wahrscheinlich wirken, werden auf ihre grundrechtlichen Auswirkungen, positive wie negativ, hin untersucht.

Anhang gemäß Verordnung Nr. 382 (Mitteilungsblatt der Universität Wien vom 30.09.2008) der Studienpräses – english abstract:

Topic of this thesis is a comprehensive depiction of all legislative measures dealing with the smoking of tobacco and its advertisement, with a focus on Austria including an analysis of all possible legal problems.

An overview is given about all matters medicinal, economical, botanic, sociological and political which regard smoking. Of course this overview has to remain cursory at best. On the level of legal theory and political science an attempt is made to answer the questions about backgrounds, causes and the legitimation of “tobacco-laws”.

The depiction of the legislative situation considers Austrian, EC and international legislation, as well as their reciprocal communication. One focus is the Austrian Tabakgesetz (tobacco act), especially the recent developments, which include various regulations for gastronomy. Another focus are the relevant legislations by the Länder, particularly those dealing with protection of young persons. Rulings by courts, Austrian and international and employee protection are analysed. A digression deals with legal matters of pregnancy, while another more detailed one, deals with all matters of civil law, be it tort law, parental custody or product liability; not only the existing approaches are presented, but new are discussed and applied as well. As far as possible the effect of the legislation in practice is discussed.

An important topic are human rights, which affect the legislation on tobacco, cigarettes and cigarettebrands, as well as advertisement. Especially freedom of speech, property and equal treatment (Gleichheitssatz) are therefore discussed in detail.

Another digression depicts the German Allgemeines Recht auf Handlungsfreiheit and what it means for smoking. Even possible future developments, as far as conceivable, are analysed, whether they will have an improving or worsening effect in regard to human rights.

Anhang gemäß Verordnung Nr. 382 (Mitteilungsblatt der Universität Wien vom 30.09.2008) der Studienpräses – Lebenslauf mit Schwerpunkt auf wissenschaftlichen Werdegang:

Kontakt: staudigl.klammeraffe.kortz@univie.ac.at

Daniel Staudigl



Staatsbürgerschaft Österreich

Familienstand verheiratet

Okt 04 Beginn des Doktoratsstudiums der Rechtswissenschaften an der Universität Wien

Juli – Aug 07 Teilnahme am Wake Forest University School of Law Summer Programme (Comparative and Environmental Law)

Aug 04 Sponsion zum Mag.iur.

Okt 00 – Juni 04 Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien

Juli 01 – Aug 01 Teilnahme an der University Summer School der Universität Wien in Strobl

Jan 03 – Juli 03 Erasmussesemester in Oslo, Norwegen

Ausbildung Zusatzdiplome:
Computer und Recht
Umweltrecht (mit Auszeichnung abgeschlossen)
Strafjustiz und Kriminalwissenschaften
Technologierecht (mit Auszeichnung abgeschlossen)

Seminararbeiten ua über Verbandsverantwortlichkeit, Aarhus Konvention, Filesharing & intellectual property, Spruchpraxis der Schlichtungsstellen

März 01 Beginn des Studiums der Politikwissenschaften an der Universität Wien

Erfolgreiche Absolvierung von Lehrveranstaltungen aus den Studienrichtungen:
Geschichte, Psychologie, Publizistik und Kommunikationswissenschaft, Volkswirtschaftslehre

Nov 08 – April 09 Entsendung zum Verband der öffentlichen Wirtschaft und Gemeinwirtschaft zwecks Forschungstätigkeit im Bereich der Gemeinwirtschaft und Daseinsvorsorge

seit Sep 07 Bediensteter des rechtskundigen Dienstes der Stadt Wien

Apr 07 – Juni 07 Bezirksanwalt bei der Staatsanwaltschaft Wien

Juli 06 – März 07 Gerichtsjahr im Sprengel des OLG Wien

berufliche Tätigkeiten Okt 05 – Feb 06 Projektassistent im Rahmen des EU EContent Project Lexical Ontologies for legal Information Sharing, Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung, Universität Wien

verschiedene Tätigkeiten für die Universität Wien (Datenqualitäts- Projekt 05, Repräsentation bei BeSt 04, 05 und 06, Stipendienauswertung)

Okt 04 – Feb 05 Werkstudent bei RA Mag. Kampas, Wien

Juli 04 Praktikum in der Rechtsabteilung der ÖVAG- Zentrale, Wien
