

constitutional
thinking
beyond
borders

Univ.-Prof.(SFU) Dr.
[Konrad Lachmayer](#)
Taborstraße 24A/III/9
1020 Vienna // Austria
+43 676 5665992
konrad@lachmayer.eu
www.lachmayer.eu

Verfassungsrechtliche Problemstellungen des Nichtraucherschutzes in Räumen der Gastronomie

Rechtswissenschaftliches
Fachgutachten

Wien, Mai 2018

■ Inhaltsverzeichnis

I. Ausgangssituation und Rechtsfragen	4
A. Gesetzliche Ausgangssituation.....	4
B. Rechtsfragen	15
II. Rechtsgrundlagen	16
A. Verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen.....	16
B. Einfachgesetzliche Rechtsgrundlagen	17
III. Rechtswissenschaftliche Analyse	35
A. Rechtsprechungsanalyse der bestehenden Erkenntnisse des VfGH zum Nichtraucherschutz	35
1. Einleitung.....	35
2. Rechtsprechungsanalyse	36
3. Schlussfolgerungen	39
B. Kompetenzrechtliche Problematik	40
1. Überblick.....	40
2. § 2a 2. Satz TNRSg idF BGBl I 2018/13	42
3. § 12 Abs 4 2. Satz TNRSg idF BGBl I 2018/13.....	43
4. Exkurs: Regelungskompetenz der Länder hinsichtlich des NichtraucherInnenschutzes.....	44
5. Schlussfolgerungen	47
C. Gleichheitsrechtliche Problematik	48
1. Überblick.....	48
2. Konzept des NichtraucherInnenschutz iSd TNRSg	49

a. Umfassender NichtraucherInnenenschutz als Ausgangspunkt	49
b. Ausnahme gem § 13a TNRSG	52
3. NichtraucherInnenenschutz für Gäste in der Gastronomie	54
a. NichtraucherInnen.....	54
c. Sachliche Rechtfertigung für die Unterscheidung.....	57
d. Sonderregelung für Gastronomiebetriebe mit kleinen Flächen	61
e. Hotelbetriebe im Besonderen	61
f. Kinder und Jugendliche als Gäste in Raucherräumen	61
g. Schlussfolgerungen	63
4. Angestellte in der Gastronomie	64
a. Ausgangssituation	64
b. Nichtraucherenschutz für Angestellte gem § 13a Abs 4 TNRSG	65
c. Lehrlinge im Besonderen.....	70
d. Schlussfolgerungen	71
5. Arbeitnehmerschutz zwischen Passivrauch in der Gastronomie und gefährlichen Arbeitsstoffen	73
a. Allgemeines	73
b. Zu vergleichenden Normen.....	76
c. Divergierendes Schutzniveau	80
d. Sachliche Rechtfertigung für die Unterscheidung.....	82
e. Schlussfolgerungen	83
6. Gleichheitsrechtliche Gesamtbetrachtung.....	85
D. Art 8 EMRK – Eingriff in die körperliche Integrität.....	86
IV. Zusammenfassung	93

Verfassungsrechtlichen Problemstellungen des Nichtraucherchutzes in Räumen der Gastronomie

Konrad Lachmayer

I. Ausgangssituation und Rechtsfragen

A. Gesetzliche Ausgangssituation

a. Erstmalige Schaffung des teilweisen Rauchverbots für die Gastronomie durch BGBl I 2008/120 („Novelle 2008“)¹

Ein Rauchverbot in Räumen der Gastronomie wurde erstmalig² durch das Bundesgesetz, mit dem das Tabakgesetz, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Gewerbliche Sozialversicherungsgesetz und das Bauern-Sozialversicherungsgesetz geändert werden, BGBl I 2008/120 („Novelle 2008“) in das Tabakgesetz³ eingefügt, das durch die Novelle 2016⁴ in Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw Nichtraucherchutzgesetz (TNRSG)⁵ umbenannt wurde. § 13a Tabakgesetz idF BGBl I 2008/120 sah unter dem Titel „*Nichtraucherchutz in Räumen der Gastronomie*“ vor, dass ein „*Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen*

¹ Für einen Überblick über die durch die Novelle 2008 geschaffenen Regelungen siehe *Kolonovits*, Das Rauchverbot in Betrieben des Gastgewerbes als spezielle Regelung zum Rauchverbot in "Räumen öffentlicher Orte" (§§ 13 und 13a Tabakgesetz) – Zugleich eine Besprechung des Erkenntnisses des VfGH vom 1. 10. 2009, B 776/09 zum Rauchverbot in "offenen" Betrieben des Gastgewerbes in Einkaufszentren, ÖZW 2010, 40.

² Vgl *Kolonovits*, ÖZW 2010, 40: „Bisher waren ‚Betriebe des Gastgewerbes‘ von dem bereits mit § 13 Abs 1 TabakG idF der Novelle BGBl I 2004/167 eingeführten Nichtraucherchutz in ‚Räumen öffentlicher Orte‘ ausdrücklich ausgenommen.“

³ Bundesgesetz über das Herstellen und das In-Verkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherchutz (Tabakgesetz), BGBl 1995/431.

⁴ Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über das Herstellen und das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherchutz (Tabakgesetz) und das Bundesgesetz, mit dem die Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH errichtet und das Bundesamt für Ernährungssicherheit sowie das Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen eingerichtet werden (Gesundheits- und Ernahrungssicherheitsgesetz – GESG) geändert werden, BGBl I 2016/22.

⁵ Bundesgesetz über das Herstellen und Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse und den Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherchutz (Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherchutzgesetz – TNRSG), BGBl 1995/431 idF BGBl I 2016/22.

1. *der Betriebe des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs. 1 Z 2 der Gewerbeordnung 1994 (GewO), BGBl. Nr. 194/1994, in der geltenden Fassung,*
2. *der Betriebe des Gastgewerbes mit einer Berechtigung zur Beherbergung von Gästen gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 oder Abs. 2 Z 2 oder 4 der GewO,*
3. *der Betriebe gemäß § 2 Abs. 9 oder § 111 Abs. 2 Z 3 oder 5 der GewO*⁶

gilt.

§ 13a Abs 2 Tabakgesetz sah ergänzend zu § 13a Abs 1 Tabakgesetz „eine Ausnahme vom Verbot des Abs 1“ vor, der es Betrieben, „die über mehr als eine für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeignete Räumlichkeit verfügen“ ermöglichte, Raucherräume einzurichten. § 13a Abs 3 Tabakgesetz nahm zusätzlich zu § 13a Abs 2 Tabakgesetz Gastronomiebetriebe, die nur über einen „für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeignete[n] Raum“ verfügen, vom Rauchverbot aus, sofern der einzige Verabreichungsraum weniger als 50m² Grundfläche aufweist, oder aber bei Räumen mit einer Grundfläche zwischen 50m² und 80m² die Teilung des Raumes zur Schaffung von Raucherzonen „aufgrund einer rechtskräftigen Entscheidung der nach den bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtlichen Vorschriften zuständigen Behörde nicht zulässig“ ist.

§ 13a Abs 4 Tabakgesetz ergänzte schließlich die in § 13a Abs 2 und 3 Tabakgesetz geschaffenen Ausnahmen vom Rauchverbot des § 13a Abs 1 Tabakgesetz wiederum durch eine Gegen Ausnahme, in dem dieser festlegte, dass „auch in Räumen, in denen das Rauchverbot gemäß Abs. 1 nicht gilt“, das Rauchen nur gestattet werden durfte, „wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag gilt, wonach

1. *ein nicht dem Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG), BGBl. I Nr. 100/2002, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegender Arbeitnehmer Anspruch auf Abfertigung im gesetzlichen Ausmaß hat, wenn er sein Arbeitsverhältnis wegen der Belastung durch die Einwirkung des Passivrauchens kündigt, und*

⁶ § 13a Abs 1 Tabakgesetz idF BGBl I 2008/120.

2. die notwendige Zeit zum Besuch von diagnostischen Maßnahmen sowie Untersuchungen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz zu gewähren ist, und
3. gesundheitsfördernde Maßnahmen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz im Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber festzulegen sind, und,
4. im Falle, dass der Betrieb über Räume verfügt, in denen Rauchverbot gilt oder das Rauchen vom Inhaber nicht gestattet wird, die Ausbildung oder Beschäftigung Jugendlicher überwiegend in jenen Räumen zu erfolgen hat, in denen nicht geraucht werden darf.“

Gem § 13a Abs 5 Tabakgesetz durften „[w]erdende Mütter [...] in Räumen, in denen sie der Einwirkung von Tabakrauch ausgesetzt sind, nicht arbeiten“.

b. Vollständiges Rauchverbot in der Gastronomie durch BGBl I 2015/101 („Novelle 2015“)

Die Novelle 2015 erweiterte das im Tabakgesetz durch die Novelle 2008 etablierte partielle Rauchverbot in der Gastronomie (l.A.a.) zu einem absoluten Rauchverbot in gastronomischen Betrieben. Unter der Überschrift „Umfassender Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutz“ sah § 12 Abs 1 Z 4 Tabakgesetz idF BGBl I 2015/101 vor, dass ein „Rauchverbot [...] in Räumen für die Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Ein-

nahme von Speisen oder Getränken sowie die in Gastronomiebetrieben für alle den Gästen zur Verfügung stehenden Bereiche, ausgenommen Freiflächen [gilt]“.⁷

Die noch in § 13a Abs 2 und 3 Tabakgesetz idF Novelle 2008⁸ enthaltenen Ausnahmen vom Rauchverbot für Gastronomiebetriebe, die über Raucherräume verfügen oder deren einziger Verabreichungsraum eine bestimmte Größe nicht überschritt, strich die Novelle 2015 ersatzlos. § 13 Abs 2 Tabakgesetz idF Novelle 2015 sah jedoch gewisse Ausnahmen für Hotels und vergleichbare Beherbergungsbetriebe vor, die einen Raucherraum einrichten konnten; dabei waren strenge Anforderungen zur Vermeidung von NichtraucherInnengefährdung einzuhalten, insbes bestand ein Verbot für die Verabreichung von Speisen und Getränken.⁹ Das durch die Novelle 2015 geschaffene Raucherverbot wäre am 1. Mai 2018 in Kraft getreten.¹⁰

⁷ § 12 Tabakgesetz idF BGBl I 2015/101

(1) Rauchverbot gilt in Räumen für

1. Unterrichts- und Fortbildungszwecke,
2. Verhandlungszwecke,
3. schulsportliche Betätigung, schulische oder solche Einrichtungen, in denen Kinder oder Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden, einschließlich der dazugehörigen Freiflächen, und
4. die Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken sowie die in Gastronomiebetrieben für alle den Gästen zur Verfügung stehenden Bereiche, ausgenommen Freiflächen.

(2) Rauchverbot gilt auch in Mehrzweckhallen bzw. Mehrzweckräumen. Miterfasst sind auch nicht ortsfeste Einrichtungen, insbesondere Festzelte.

(3) Rauchverbot gilt auch in Räumen, in denen Vereinstätigkeiten im Beisein von Kindern und Jugendlichen ausgeübt werden, sowie in Räumen, in denen Vereine Veranstaltungen, auch ohne Gewinnerzielungsabsicht, abhalten. Es ist dabei unbeachtlich, ob der Zutritt nur auf einen im Vorhinein bestimmten Personenkreis beschränkt ist. Darüber hinaus gilt Rauchverbot für Vereine dann, wenn durch die Vereinsaktivitäten eine Umgehung der Bestimmungen gemäß Abs. 1 oder 2 erfolgt.

(4) Rauchverbot gilt auch für geschlossene öffentliche und private Verkehrsmittel zur entgeltlichen oder gewerblichen Personenbeförderung.

(5) Die Regelungen des Rauchverbotes im Sinne dieser Bestimmung erstrecken sich auch auf die Verwendung von verwandten Erzeugnissen und von Wasserpfeifen.

(6) Abs. 1 bis 5 gelten nicht in ausschließlich privaten Zwecken dienenden Räumen.“

⁸ BGBl I 2008/120.

⁹ § 13 Abs 2 Tabakgesetz idF Novelle 2015: „In Hotels und vergleichbaren Beherbergungsbetrieben gilt Rauchverbot. In den allgemein zugänglichen Bereichen kann, falls nicht § 12 Abs. 1 bis 3 zur Anwendung kommt, ein Nebenraum als Raucherraum eingerichtet werden, sofern gewährleistet ist, dass aus diesem Nebenraum der Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot

c. Sistierung des Außerkrafttretens des § 13a Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetz durch BGBl I 2018/13 („Novelle 2018“)

Mit BGBl I 2018/13 („Novelle 2018“) wurde das absolute Rauchverbot in der Gastronomie, noch vor dessen Inkrafttreten im – zwischenzeitlich durch die Novelle 2016 umbenannten – Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetz (TNRSG), wiederum in ein teilweises Rauchverbot (wie es bereits vor der Novelle 2015 bestanden hatte) abgeändert. Dies geschieht derart, dass in der den zeitlichen Geltungsbereich des TNRSG regelnden Bestimmung des § 17 TNRSG in § 17 Abs 12 TNRSG eine Regelung getroffen wird, die vorsieht, dass „[i]n § 17 Abs. 8 [...] der zweite Satz [entfällt], sodass § 13a (einschließlich der authentischen Interpretation¹¹ zu § 13a Abs. 2 in BGBl. I Nr. 12/2014) sowie § 13b Abs. 4, jeweils in der am 30. April 2018 geltenden Fassung, mit Ablauf des 30. April 2018 nicht außer Kraft treten“.

Die Begründung im Initiativantrag fällt kurz aus: „§ 13a in der am 30. April 2018 geltenden Fassung soll weiterhin in Geltung bleiben. Dies betrifft die sogenannte ‚Gastronomie-Regelung‘ betreffend die Einrichtung von Raucherräumen unter den in § 13a schon bisher vorgesehenen näheren Bedingungen.“¹²

Zusätzlich zur Aufhebung der Außerkrafttretensbestimmung für § 13a TNRSG ergänzt die Novelle 2018 § 12 Abs 1 Z 4 TNRSG idF Novelle 2015 durch eine Ausnahme vom Rauchverbot des § 12 TNRSG für Fälle, in denen das Rauchen aufgrund § 13a TNRSG zulässig ist. Denn § 12 Abs 1 Z 4 TNRSG idF Novelle 2015 hatte lediglich vorgesehen,

belegten Bereich dringt, das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird und in dem Raucherraum auch keine Speisen und Getränke hergestellt, verarbeitet, verabreicht oder eingenommen werden.“

¹⁰ § 17 Abs 9 Tabakgesetz idF Novelle 2015.

¹¹ Art I Bundesgesetz zur authentischen Interpretation des § 13a Abs. 2 Tabakgesetzes 1995, BGBl. Nr. 431/1995, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2008, BGBl. I 2014/12: „§ 13a Abs. 2 TabakG 1995, BGBl. Nr. 431/1995, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 120/2008, wird gemäß § 8 ABGB dahingehend authentisch ausgelegt, dass den Gästen auf dem Weg zum Hauptraum bzw. zu anderen rauchfreien Bereichen des Lokals wie sanitären Anlagen bzw. WC-Anlagen ein kurzes Durchqueren des Raucherraumes zumutbar ist.“

¹² IA 107/A 26. GP, 3 siehe wortgleich AB 33 BlgNR 26. GP 1.

dass das „Rauchverbot [...] in Räumen für die Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken sowie die in Gastronomiebetrieben für alle den Gästen zur Verfügung stehenden Bereiche, ausgenommen Freiflächen [gilt]“. Somit bestand gem § 12 TNRSOG für sämtliche Innenräume von Gastronomiebetrieben ein Rauchverbot, das nur für Freiflächen nicht galt. Die Novelle 2018 fügt dem Begriff der „Freiflächen“ in § 12 Abs 1 Z 4 TNRSOG nun den Ausdruck „und ausgenommen in jenen Fällen, in denen das Rauchen gemäß § 13a zulässig ist“ an, um § 12 TNRSOG hinsichtlich des unterbleibenden Außerkrafttretens von § 13a TNRSOG anzupassen.

Durch diese in § 12 Abs 1 Z 4 TNRSOG getroffene Ausnahme verhindert der Gesetzgeber, dass dem nichtaußerkrafttretenden § 13a TNRSOG vom mit 1.Mai 2018 in Kraft tretenden Bestimmung des § 12 TNRSOG als *lex posterior* derogiert wird.¹³

¹³ Der am 1.Mai 2018 in Kraft tretende § 12 TNRSOG.

d. Weitere Regelungen zum Jugendschutz und zum Nichtraucherchutz der Novelle 2018, BGBl I 2018/13

Mit der Novelle 2018 wurden neben der Beseitigung des absoluten Rauchverbots in der Gastronomie mehrere Bestimmungen im TNRSRG novelliert. Diese Novellierungen haben groÙteils jugendschutzrechtlichen Charakter und betreffen die Bestimmungen der §§ 2a, 12 Abs 4, 14 Abs 1, 14b, 17 Abs 12, 18 Abs 15 und 19 TNRSRG idF BGBl I 2018/13.¹⁴

§ 2a TNRSRG wurde durch Anfügung eines 2. Satzes dahingehend novelliert, dass nunmehr gem § 2a TNRSRG idF BGBl I 2018/13 *„der Verkauf dieser Tabakerzeugnisse sowie verwandten Erzeugnisse an Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, verboten [ist]“*. Des Weiteren wurde die Überschrift von § 2a TNRSRG dahingehend geändert, dass sie nunmehr *„Verbot des Versandhandels und des Verkaufs an Jugendliche für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse“* lautet.¹⁵ Daran anschließend enthält § 14 Abs 1 Z 7 TNRSRG idF BGBl I 2018/13 nunmehr einen Verwaltungsstraftatbestand, der Verstöße gegen das Verkaufsverbot an Jugendliche sanktioniert.¹⁶

In § 12 Abs 4 TNRSRG wird durch Anfügung eines zweiten Satzes das bereits durch die Novelle 2015 geschaffenen *„Rauchverbot [...] für geschlossene öffentliche und private Verkehrsmittel zur entgeltlichen oder gewerblichen Personenbeförderung“*¹⁷ dahingehend erweitert, dass künftig das Rauchen auch *„in nicht der entgeltlichen oder gewerblichen Personenbeförderung dienenden Verkehrsmitteln [verboten ist], wenn sich im Fahrzeug eine*

¹⁴ Diese sind zum Teil noch nicht in Kraft getreten.

¹⁵ Im Unterschied zu den übrigen Regelungen der Novelle 2018 – die bereits am 1. Mai 2018 in Kraft getreten sind – tritt § 2a 2. Satz TNRSRG idF BGBl I 2018/13 samt der geänderten Überschrift erst am 1. Jänner 2019 in Kraft (§ 17 Abs 12 TNRSRG idF BGBl I 2018/13).

¹⁶ Während das Verkaufsverbot an Jugendliche des § 2a 2. Satz TNRSRG idF BGBl I 2018/13 erst am 1. Jänner 2019 in Kraft tritt, tritt der korrespondierende Verwaltungsstraftatbestand gem § 17 Abs 12 TNRSRG idF BGBl I 2018/13 bereits am 1. Mai 2018 in Kraft.

¹⁷ Auch das durch die Novelle 2015 geschaffene *„Rauchverbot [...] für geschlossene öffentliche und private Verkehrsmittel zur entgeltlichen oder gewerblichen Personenbeförderung“* ist – nunmehr ergänzt durch § 12 Abs 4 2. Satz TNRSRG idF BGBl I 2018/13 – mit 1. Mai 2018 in Kraft getreten.

Person befindet, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat“. IdZ sieht § 14b TNRSG nun vor, dass *„die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes im Auftrag der zuständigen Bundesminister Kontrollen der Einhaltung des Verbots gemäß § 12 Abs. 4, zweiter Satz, durch[führen]“.*

Das Inkrafttreten dieser Bestimmungen divergiert zeitlich.¹⁸

Schlussendlich enthält der in § 18 TNRSG geschaffene § 18 Abs 15 TNRSG idF BGBl I 2018/13 eine Ermächtigung der Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz, *„durch Verordnung gemäß § 23 Abs. 2 des Kinder- und Jugendlichen-Beschäftigungsgesetz 1987, BGBl. Nr. 599/1987, die über die Bestimmungen des § 13a Abs. 4 Z 4 hinausgehenden erforderlichen Vorschriften für den besonderen Gesundheitsschutz von Personen, die das 18. Lebensjahr nicht vollendet haben und in Betrieben mit Raucherräumen gemäß § 13a arbeiten oder ausgebildet werden, [zu] erlassen“.*¹⁹ Damit wird es der Bundesministerin ermöglicht, durch Verordnung die gem § 13a Abs 4 Z 4 TNRSG bestehenden ArbeitnehmerInnenschutzbestimmung für Jugendliche zu ergänzen.

e. Ergänzend zur Novelle 2015 geschaffene Regelungen im ASchG

¹⁸ § 17 Abs 12 TNRSG idF BGBl I 2018/13: „§ 2a samt Überschrift in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 13/2018 tritt am 1. Jänner 2019 in Kraft. § 12 Abs. 1 Z 4, § 12 Abs. 4, § 14 Abs. 1 Z 7 in der Fassung BGBl. I Nr. 13/2018 treten am 1. Mai 2018 in Kraft. In § 17 Abs. 8 entfällt der zweite Satz, sodass § 13a (einschließlich der authentischen Interpretation zu § 13a Abs. 2 in BGBl. I Nr. 12/2014) sowie § 13b Abs. 4, jeweils in der am 30. April 2018 geltenden Fassung, mit Ablauf des 30. April 2018 nicht außer Kraft treten.“

¹⁹ § 18 Abs 15 TNRSG idF BGBl I 2018/13: „Die Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz kann durch Verordnung gemäß § 23 Abs. 2 des Kinder- und Jugendlichen-Beschäftigungsgesetz 1987, BGBl. Nr. 599/1987, die über die Bestimmungen des § 13a Abs. 4 Z 4 hinausgehenden erforderlichen Vorschriften für den besonderen Gesundheitsschutz von Personen, die das 18. Lebensjahr nicht vollendet haben und in Betrieben mit Raucherräumen gemäß § 13a arbeiten oder ausgebildet werden, erlassen. Diese Verordnung kann insbesondere weitere Beschäftigungsbeschränkungen oder Beschäftigungsverbote enthalten, auf kollektivvertragliche Regelungen Bedacht nehmen und Übergangsbestimmungen für bereits beschäftigte oder in Ausbildung befindliche Personen vorsehen.“

Durch BGBl I 2017/126 hat der Gesetzgeber das ArbeitnehmerInnenchutzgesetz (ASchG) an das durch BGBl I 2015/101 („Novelle 2015“) geschaffene Rauchverbot im öffentlichen Raum angepasst. Die Umsetzung des Schutzes der ArbeitnehmerInnen vor den Gefahren des Passivrauches erfolgte durch Novellierung des bereits in der Stammfassung des ASchG enthaltenen § 30 ASchG²⁰. Die NichtraucherInnenchutzbestimmung des § 30 ASchG hatte bis zu ihrer Novellierung durch BGBl I 2017/126 im Wesentlichen idStF des ASchG bestanden.²¹

Die Novelle BGBl I 2017/126 bezweckte eine Anpassung des arbeitnehmerInnenchutzrechtlichen NichtraucherInnenenschutzes an einen den wissenschaftlichen Erkenntnissen zeitgemäßen Standard des NichtraucherInnenenschutzes, der durch die Novelle 2015 rechtlich Niederschlag im Tabakgesetz fand. Die Parallelität zur TNRSG Novelle 2015 zeigt sich insbesondere auch darin, dass § 30 ASchG idF BGBl I 2017/126 mit 1. Mai 2018 in Kraft getreten ist. Die Materialien begründen die Novellierung des § 30 ASchG wie folgt:

„Die Regelung zum Schutz nichtrauchender Arbeitnehmer/innen in § 30 ASchG soll an die Novelle zum Tabak- und NichtraucherInnen bzw. NichtraucherInnenchutzgesetz (TNRSG), BGBl. I Nr. 101/2015, angepasst werden, d.h. es soll ein allgemeines Rauchverbot für Arbeitsstätten vorgesehen werden mit der Möglichkeit RaucherInnenräume einzurichten. Dabei darf es sich aber um keine Arbeits-, Aufenthalts-, Bereitschafts-, Umkleide- und Sanitärräume handeln.

²⁰ § 30 ASchG idF BGBl 1994/450

(1) Arbeitgeber haben dafür zu sorgen, daß Nichtraucher vor den Einwirkungen von Tabakrauch am Arbeitsplatz geschützt sind, soweit dies nach der Art des Betriebes möglich ist.

(2) Wenn aus betrieblichen Gründen Raucher und Nichtraucher gemeinsam in einem Büroraum oder einem vergleichbaren Raum arbeiten müssen, der nur durch Betriebsangehörige genutzt wird, ist das Rauchen am Arbeitsplatz verboten, sofern die Nichtraucher nicht durch eine verstärkte Be- und Entlüftung des Raumes vor der Einwirkung von Tabakrauch ausreichend geschützt werden können.

(3) Durch geeignete technische oder organisatorische Maßnahmen ist dafür zu sorgen, daß in den Aufenthaltsräumen und Bereitschaftsräumen Nichtraucher vor den Einwirkungen von Tabakrauch geschützt sind.

(4) In Sanitärräumen und Umkleieräumen ist das Rauchen verboten.

²¹ Lediglich die Wortfolge in § 30 Abs 2 ASchG „sofern die Nichtraucher nicht durch eine verstärkte Be- und Entlüftung des Raumes vor der Einwirkung von Tabakrauch ausreichend geschützt werden können“ war durch BGBl I 2001/159 gestrichen worden.

[...]

Mit BGBl. I Nr. 101/2015 wurde eine Novelle zum Tabak- und Nichtraucherinnen bzw. Nichtrauchererschutzgesetz – TNRSG kundgemacht, mit der – bis auf wenige Ausnahmen – ein Rauchverbot im öffentlichen Raum festgelegt wurde. Die Bestimmungen treten mit 1. Mai 2018 in Kraft. Darüber hinaus wurde im TNRSG geregelt, dass mit 20. Mai 2016 Rauchverbote auch für e-Zigaretten, Wasserpfeifen und sonstige verwandte Erzeugnisse gelten.

In § 30 ASchG soll nun der Schutz von nichtrauchenden Beschäftigten am Arbeitsplatz vor schädlichem Passivrauchen an die Schutzstandards des Gesundheitsrechts im TNRSG angepasst werden.

Im Sinn des BGBl. I Nr. 101/2015 wird ein allgemeines Rauchverbot in Arbeitsstätten in Gebäuden festgelegt. Raucher/innenräume dürfen eingerichtet werden. Allerdings dürfen Arbeitsräume sowie sonstige Räume, die nach den Arbeitnehmerschutzvorschriften einzurichten sind (Aufenthalts-, Bereitschafts-, Sanitäts- und Umkleieräume), nicht als Raucher/innenräume vorgesehen werden.

Zur Einrichtung von Raucher/innenräumen ist auf § 97 Abs. 1 Z 1 ArbVG, wonach allgemeine Ordnungsvorschriften betreffend das Verhalten der Arbeitnehmer/innen im Betrieb Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sind, aber auch auf § 97 Abs. 1 Z 8 ArbVG hinzuweisen, wonach zu Maßnahmen und Einrichtungen zur Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten sowie Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer/innen Betriebsvereinbarungen abgeschlossen werden können.

Vom Rauchverbot am Arbeitsplatz sollen auch Wasserpfeifen und verwandte Erzeugnisse erfasst sein, das sind nach § 1 Z 1e TNRSG jedes neuartige Tabakerzeugnis, pflanzliche Raucherzeugnis, die elektronische Zigarette und deren Liquids.²²

Die Bestimmung des § 30 ASchG hat durch die Novelle 2018 zum TNRSG keine Änderung erfahren und ist in der Fassung BGBl I 2017/126 mit 1. Mai 2018 in Kraft getreten.²³

²² IA 2228/A BlgNR 25.GP 7f; AB 1689 BlgNR 25.GP 1f.

²³ Siehe zum Verhältnis von § 30 ASchG zu den nunmehr bestehenden Ausnahmen in der Gastronomie vom absoluten Rauchverbot *Streithofer*, Verstärkter NichtraucherInnenschutz nach § 30 ASchG (idF BGBl I 2017/126), DRdA-infas 2018, 133.

B. Rechtsfragen

Auf Basis der bestehenden Rechtslage können folgende Rechtsfragen näher analysiert werden

- Rechtsprechungsanalyse der bestehenden Erkenntnisse des VfGH zum Nichtrauchererschutz
- Kompetenzrechtliche Abgrenzung im Zusammenhang mit dem Gesundheitsschutz (Bundeskompetenz) einerseits und dem Jugendschutz (Landeskompetenz)
- Ausdifferenzierung unterschiedlicher Personengruppen in Hinblick auf die gleichheitsrechtliche Beurteilung (RaucherInnen-NichtraucherInnen, Gäste-Angestellte, Angestellte-Lehrlinge, erwachsene Gäste-Kinder etc.)

II. Rechtsgrundlagen

A. Verfassungsrechtliche Rechtsgrundlagen

Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), BGBl 1930/1 idgF

Artikel 7. (1) Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich. Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses sind ausgeschlossen. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. Die Republik (Bund, Länder und Gemeinden) bekennt sich dazu, die Gleichbehandlung von behinderten und nichtbehinderten Menschen in allen Bereichen des täglichen Lebens zu gewährleisten.

[...]

Artikel 15. (1) Soweit eine Angelegenheit nicht ausdrücklich durch die Bundesverfassung der Gesetzgebung oder auch der Vollziehung des Bundes übertragen ist, verbleibt sie im selbständigen Wirkungsbereich der Länder.

[...]

Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder (StGG), RGBl 1867/142

Artikel 2

Vor dem Gesetze sind alle Staatsbürger gleich.

Artikel 6

Jeder Staatsbürger kann an jedem Orte des Staatsgebietes seinen Aufenthalt und Wohnsitz nehmen, Liegenschaften jeder Art erwerben und über dieselben frei verfügen, sowie unter den gesetzlichen Bedingungen jeden Erwerbszweig ausüben. [...]

Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), BGBl 1958/210 idgF

Artikel 8 – Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens

(1) Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

(2) Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insofern dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Maßnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

B. Einfachgesetzliche Rechtsgrundlagen

Bundesgesetz über das Herstellen und Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse und den Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherchutz (TNRSG), BGBl 1995/431 idF BGBl I 2016/22

Nichtraucherchutz in Räumen für Unterrichts- und Fortbildungszwecke sowie für schulsportliche Betätigung

§ 12. (1) Rauchverbot gilt in Räumen für

1. Unterrichts- und Fortbildungszwecke,
2. Verhandlungszwecke und
3. schulsportliche Betätigung.

(2) In Mehrzweckhallen und Räumen, die nicht ausschließlich den Zwecken im Sinne des Abs. 1 gewidmet sind, gilt ein Rauchverbot für die Dauer der Nutzung für Zwecke im Sinne des Abs. 1 und für den davor liegenden Zeitraum, der für eine Entlüftung des Raumes erforderlich ist.

(3) Abs. 1 und 2 gelten nicht für ausschließlich privaten Zwecken dienende Räume.

Nichtraucherchutz in Räumen öffentlicher Orte

§ 13. (1) Unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der Regelung des § 12 gilt, soweit Abs. 2 und § 13a nicht anderes bestimmen, Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte.

(2) Als Ausnahme vom Verbot des Abs. 1 können in jenen von Abs. 1 umfassten Einrichtungen, die über eine ausreichende Anzahl von Räumlichkeiten verfügen, Räume bezeichnet werden, in denen das Rauchen gestattet ist, wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird.

(3) Die Ausnahme des Abs. 2 gilt nicht für schulische oder andere Einrichtungen, in denen Kinder oder Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden.

(4) Abs. 1 gilt nicht für Tabaktrafiken.

Beachte für folgende Bestimmung

Abs. 2 wird gemäß § 8 ABGB dahingehend authentisch ausgelegt, dass den Gästen auf dem Weg zum Hauptraum bzw. zu anderen rauchfreien Bereichen des Lokals wie sanitären Anlagen bzw. WC-Anlagen ein kurzes Durchqueren des Rauchraumes zumutbar ist (vgl. Art. I, BGBl. I Nr. 12/2014).

Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie

§ 13a. (1) Unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der §§ 12 und 13 gilt Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen

1. der Betriebe des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs. 1 Z 2 der Gewerbeordnung 1994 (GewO), BGBl. Nr. 194/1994, in der geltenden Fassung,
2. der Betriebe des Gastgewerbes mit einer Berechtigung zur Beherbergung von Gästen gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 oder Abs. 2 Z 2 oder 4 der GewO,
3. der Betriebe gemäß § 2 Abs. 9 oder § 111 Abs. 2 Z 3 oder 5 der GewO.

(2) Als Ausnahme vom Verbot des Abs. 1 können in Betrieben, die über mehr als eine für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeignete Räumlichkeit verfügen, Räume bezeichnet werden, in denen das Rauchen gestattet ist, wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird. Es muss jedoch der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehene Hauptraum vom Rauchverbot umfasst sein, und es darf nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze in Räumen gelegen sein, in denen das Rauchen gestattet wird.

(3) Das Rauchverbot gemäß Abs. 1 gilt ferner nicht, wenn nur ein für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeigneter Raum zur Verfügung steht, und

1. der Raum eine Grundfläche von weniger als 50 m² aufweist, oder,
2. sofern der Raum eine Grundfläche zwischen 50 m² und 80 m² aufweist, die für eine Teilung des Raumes zur Schaffung eines gesonderten Raumes für den im Abs. 2 genannten Zweck erforderlichen baulichen Maßnahmen aufgrund einer rechtskräftigen Entscheidung der nach den bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtlichen Vorschriften zuständigen Behörde nicht zulässig sind.

(4) Das Rauchen darf jedoch auch in Räumen, in denen das Rauchverbot gemäß Abs. 1 nicht gilt, nur gestattet werden, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag gilt, wonach

1. ein nicht dem Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG), BGBl. I Nr. 100/2002, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegender Arbeitnehmer Anspruch auf Abfertigung im gesetzlichen Ausmaß hat, wenn er sein Arbeitsverhältnis wegen der Belastung durch die Einwirkung des Passivrauchens kündigt, und
2. die notwendige Zeit zum Besuch von diagnostischen Maßnahmen sowie Untersuchungen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz zu gewähren ist, und
3. gesundheitsfördernde Maßnahmen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz im Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber festzulegen sind, und,
4. im Falle, dass der Betrieb über Räume verfügt, in denen Rauchverbot gilt oder das Rauchen vom Inhaber nicht gestattet wird, die Ausbildung oder Beschäftigung Jugendlicher überwiegend in jenen Räumen zu erfolgen hat, in denen nicht geraucht werden darf.

(5) Werdende Mütter dürfen in Räumen, in denen sie der Einwirkung von Tabakrauch ausgesetzt sind, nicht arbeiten.

Kennzeichnungspflicht

§ 13b. (1) Rauchverbote gemäß den §§ 12 und 13 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) In Betrieben gemäß § 13a Abs. 1 ist kenntlich zu machen, ob in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen Rauchverbot gilt oder nicht, oder, sofern Rauchverbot nicht gilt, das Rauchen vom Inhaber gestattet wird oder nicht. In Räumen, in denen geraucht werden darf, hat die Kennzeichnung überdies den Warnhinweis „Rauchen gefährdet Ihre Gesundheit und die Gesundheit Ihrer Mitmenschen“ zu enthalten und ist die Kennzeichnung in ausreichender Größe und Zahl so anzubringen, dass sie überall im Raum gut sichtbar und der Warnhinweis gut lesbar ist.

(5) Die Bundesministerin für Gesundheit, Familie und Jugend wird ermächtigt, Näheres über Inhalt, Art und Form der Kennzeichnung durch Verordnung festzulegen.

Obliegenheiten betreffend den Nichtraucherchutz

§ 13c. (1) Die Inhaber von

1. Räumen für Unterrichts- oder Fortbildungszwecke oder für schulsportliche Betätigung gemäß § 12,
2. Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13,
3. Betrieben gemäß § 13a Abs. 1,

haben für die Einhaltung der Bestimmungen der §§ 12 bis 13b einschließlich einer gemäß § 13b Abs. 4 erlassenen Verordnung Sorge zu tragen.

(2) Jeder Inhaber gemäß Abs. 1 hat insbesondere dafür Sorge zu tragen, 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, soweit nicht die Ausnahme gemäß § 13 Abs. 2 zum Tragen kommt, nicht geraucht wird;
4. in den Räumen der Betriebe gemäß § 13a Abs. 1, soweit Rauchverbot besteht oder das Rauchen gemäß § 13a Abs. 4 nicht gestattet werden darf, weil für den Betrieb ein Kollektivvertrag gemäß § 13a Abs. 4 Z 1 bis 4 nicht gilt, nicht geraucht wird;
5. in jenen Räumen der Betriebe gemäß § 13a Abs. 1, in denen das Rauchverbot wegen Vorliegens einer der Voraussetzungen gemäß § 13a Abs. 2 oder 3 nicht gilt, das Rauchen nur gestattet wird, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag gemäß § 13a Abs. 4 Z 1 bis 4 gilt;
6. die Bestimmungen des § 13a Abs. 4 Z 4 oder Abs. 5 hinsichtlich Jugendlicher oder werdender Mütter eingehalten werden,
7. der Kennzeichnungspflicht gemäß § 13b oder einer gemäß § 13 Abs. 5 erlassenen Verordnung entsprochen wird.

Strafbestimmungen

§ 14. (1) Wer

1. Tabakerzeugnisse oder verwandte Erzeugnisse entgegen § 2 in Verkehr bringt,
2. gegen das Versandhandelsverbot gemäß § 2a verstößt,
3. gegen die Meldepflichten gemäß §§ 8, 8a, 8c, 10a und 10b verstößt,
4. entgegen § 11 Werbung oder Sponsoring betreibt,
5. gegen die Bestimmungen hinsichtlich des Erscheinungsbildes gemäß §§ 5 bis 6, 10c und 10f verstößt,

6. gegen die Bestimmungen in Bezug auf Beschlagnahme, Verfall und Produktrückruf der §§ 10d oder 10e verstößt,

begeht, sofern die Tat nicht nach anderen Verwaltungsbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 7 500 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 15 000 Euro zu bestrafen.

(2) Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse, die den Gegenstand einer nach Abs. 1 strafbaren Handlung bilden, sind einzuziehen und zu vernichten. Die Regelungen der §§ 10d und 10e sind anzuwenden.

(3) Wird in einem Verwaltungsstrafverfahren rechtskräftig festgestellt, dass die Herstellerin bzw. der Hersteller oder die Importeurin bzw. der Importeur von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen die Vorschriften der §§ 2, 2a 4 bis 10f oder der auf ihrer Grundlage erlassenen Verordnungen nicht eingehalten hat, so hat sie bzw. er auch die Kosten der im betreffenden Fall durchgeführten Überwachungs- und Untersuchungsmaßnahmen zu tragen.

(4) Wer als Inhaber gemäß § 13c Abs. 1 gegen eine der im § 13c Abs. 2 festgelegten Obliegenheiten verstößt, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach einer anderen Verwaltungsstrafbestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 2000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 10 000 Euro zu bestrafen.

(5) Wer an einem Ort, an dem gemäß den §§ 12 Abs. 1 oder 2, 13 Abs. 1 oder 13a Abs. 1 Rauchverbot besteht oder an dem das Rauchen vom Inhaber nicht gestattet wird, raucht, begeht, sofern der Ort gemäß § 13b Abs. 1 bis 4 oder einer gemäß § 13b Abs. 4 erlassenen Verordnung gekennzeichnet ist und die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach einer anderen Verwaltungsstrafbestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 100 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 1 000 Euro zu bestrafen.

Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über das Herstellen und das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtrauchererschutz (Tabakgesetz), das Einkommensteuergesetz 1988, das Körperschaftsteuergesetz 1988, das Arbeitsinspektionsgesetz 1993 und das Bundes-Bedienstetenschutzgesetz geändert werden, BGBl I 2015/101

Artikel 1

Änderung des Tabakgesetzes

Das Bundesgesetz über das Herstellen und das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtrauchererschutz (Tabakgesetz), BGBl. Nr. 431/1995, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 5/2015, wird wie folgt geändert:

[...]

2. § 12 samt Überschrift lautet:

„Umfassender Nichtraucherinnen- und Nichtrauchererschutz

§ 12. (1) Rauchverbot gilt in Räumen für

1. Unterrichts- und Fortbildungszwecke,
2. Verhandlungszwecke,
3. schulsportliche Betätigung, schulische oder solche Einrichtungen, in denen Kinder oder Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden, einschließlich der dazugehörigen Freiflächen, und
4. die Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken sowie die in Gastronomiebetrieben für alle den Gästen zur Verfügung stehenden Bereiche, ausgenommen Freiflächen.

(2) Rauchverbot gilt auch in Mehrzweckhallen bzw. Mehrzweckräumen. Miterfasst sind auch nicht ortsfeste Einrichtungen, insbesondere Festzelte.

(3) Rauchverbot gilt auch in Räumen, in denen Vereinstätigkeiten im Beisein von Kindern und Jugendlichen ausgeübt werden, sowie in Räumen, in denen Vereine Veranstaltungen, auch ohne Gewinnerzielungsabsicht, abhalten. Es ist dabei unbeachtlich, ob der Zutritt nur auf einen im Vorhinein bestimmten Personenkreis beschränkt ist. Darüber hinaus gilt Rauchverbot für Vereine dann, wenn durch die Vereinsaktivitäten eine Umgehung der Bestimmungen gemäß Abs. 1 oder 2 erfolgt.

(4) Rauchverbot gilt auch für geschlossene öffentliche und private Verkehrsmittel zur entgeltlichen oder gewerblichen Personenbeförderung.

(5) Die Regelungen des Rauchverbotes im Sinne dieser Bestimmung erstrecken sich auch auf die Verwendung von verwandten Erzeugnissen und von Wasserpfeifen.

(6) Abs. 1 bis 5 gelten nicht in ausschließlich privaten Zwecken dienenden Räumen.“

3. § 13 samt Überschrift lautet:

„Nichtraucherinnen- und Nichtraucherenschutz in sonstigen Räumen öffentlicher Orte

§ 13. (1) Sofern nicht arbeitsrechtliche Bestimmungen ein Rauchverbot vorsehen oder Räume von § 12 erfasst sind, gilt ein Rauchverbot auch in sonstigen Räumen öffentlicher Orte, doch kann in den allgemein zugänglichen Bereichen ein Nebenraum als Raucherraum eingerichtet werden, sofern gewährleistet ist, dass aus diesem Nebenraum weder Tabakrauch in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt, noch das Rauchverbot dadurch umgangen wird.

(2) In Hotels und vergleichbaren Beherbergungsbetrieben gilt Rauchverbot. In den allgemein zugänglichen Bereichen kann, falls nicht § 12 Abs. 1 bis 3 zur Anwendung kommt, ein Nebenraum als Raucherraum eingerichtet werden, sofern gewährleistet ist, dass aus diesem Nebenraum der Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt, das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird und in dem Raucherraum auch keine Speisen und Getränke hergestellt, verarbeitet, verabreicht oder eingenommen werden.

(3) Das Rauchverbot gilt nicht in Tabaktrafiken, sofern gewährleistet ist, dass Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt. Ausgenommen von der Möglichkeit, Rauchen zu erlauben, sind jene Tabaktrafiken, die Postpartner sind.

(4) Die Regelungen des Rauchverbotes im Sinne dieser Bestimmung erstrecken sich auch auf die Verwendung von verwandten Erzeugnissen und von Wasserpfeifen.“

4. § 13a samt Überschrift entfällt.

5. § 13b Abs. 4 entfällt.

6. § 13c samt Überschrift lautet:

„Verpflichtungen betreffend den Nichtrauchererschutz

§ 13c. (1) Die Inhaberinnen bzw. Inhaber von Räumen und Einrichtungen gemäß § 12 und von Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13 haben für die Einhaltung der Bestimmungen der §§ 12 bis 13b Sorge zu tragen.

(2) Jede Inhaberin bzw. jeder Inhaber gemäß Abs. 1 hat insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass

1. in einem Raum oder einer Einrichtung gemäß § 12 Abs. 1 bis 3 nicht geraucht wird,
2. in Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13, sofern sie vom Rauchverbot umfasst sind, nicht geraucht wird,
3. der Kennzeichnungspflicht gemäß § 13b entsprochen wird.“

[...]

11. § 17 Abs. 8 wird folgender Abs. 9 angefügt:

„(9) § 12 samt Überschrift, § 13 samt Überschrift, § 13c, § 14 Abs. 4 und 5 sowie § 14a in der Fassung BGBl. I Nr. 101/2015 treten mit 1. Mai 2018 in Kraft. § 13a samt Überschrift und § 13b Abs. 4 in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 101/2015 treten mit Ablauf des 30. April 2018 außer Kraft. § 13d in der Fassung BGBl. I Nr. 101/2015 tritt mit 20. Mai 2016 in Kraft und mit Ablauf des 30. April 2018 außer Kraft.“

Bundesgesetz, mit dem das Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetz – TNRSG geändert wird, BGBl I 2018/13

1. Die Überschrift zu § 2a lautet:

„Verbot des Versandhandels und des Verkaufs an Jugendliche für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse“

2. In § 2a wird folgender Satz angefügt:

„Ebenso ist der Verkauf dieser Tabakerzeugnisse sowie verwandten Erzeugnisse an Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, verboten.“

3. In § 12 Abs. 1 Z 4 wird der Punkt nach dem Wort „Freiflächen“ durch den Ausdruck „und ausgenommen in jenen Fällen, in denen das Rauchen gemäß § 13a zulässig ist.“ ersetzt.

4. In § 12 wird in Abs. 4 nach dem ersten Satz folgender Satz angefügt:

„Dies gilt auch in nicht der entgeltlichen oder gewerblichen Personenbeförderung dienenden Verkehrsmitteln, wenn sich im Fahrzeug eine Person befindet, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.“

[...]

7. In § 17 wird nach Abs. 11 folgender Abs. 12 angefügt:

„(12) § 2a samt Überschrift in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 13/2018 tritt am 1. Jänner 2019 in Kraft. § 12 Abs. 1 Z 4, § 12 Abs. 4, § 14 Abs. 1 Z 7 in der Fassung BGBl. I Nr. 13/2018 treten am 1. Mai 2018 in Kraft. In § 17 Abs. 8 entfällt der zweite Satz, sodass § 13a (einschließlich der authentischen Interpretation zu § 13a Abs. 2 in BGBl. I Nr. 12/2014) sowie § 13b Abs. 4, jeweils in der am 30. April 2018 geltenden Fassung, mit Ablauf des 30. April 2018 nicht außer Kraft treten.“

8. In § 18 wird nach Abs. 14 folgender Abs. 15 angefügt:

„(15) Die Bundesministerin für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz kann durch Verordnung gemäß § 23 Abs. 2 des Kinder- und Jugendlichen-Beschäftigungsgesetz 1987, BGBl. Nr. 599/1987, die über die Bestimmungen des § 13a Abs. 4 Z 4 hinausgehenden erforderlichen Vorschriften für den besonderen Gesundheitsschutz von Personen, die das 18. Lebensjahr nicht vollendet haben und in Betrieben mit Raucherräumen gemäß § 13a arbeiten oder ausgebildet werden, erlassen. Diese Verordnung kann insbesondere weitere Beschäftigungsbeschränkungen oder Beschäftigungsverbote enthalten, auf kollektivvertragliche Regelungen Bedacht nehmen und Übergangsbestimmungen für bereits beschäftigte oder in Ausbildung befindliche Personen vorsehen.“

Bundesgesetz über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit (ArbeitnehmerInnenschutzgesetz – ASchG), BGBl 1994/450 idgF

Nichtraucher/innenschutz

§ 30. (1) Arbeitgeber/innen haben dafür zu sorgen, dass nicht rauchende Arbeitnehmer/innen vor den Einwirkungen von Tabakrauch am Arbeitsplatz geschützt sind, soweit dies nach der Art des Betriebes möglich ist.

(2) In Arbeitsstätten in Gebäuden ist das Rauchen für Arbeitgeber/innen und Arbeitnehmer/innen verboten, sofern Nichtraucher/innen in der Arbeitsstätte beschäftigt werden.

(3) Ist eine ausreichende Zahl von Räumlichkeiten in der Arbeitsstätte vorhanden, kann der/die Arbeitgeber/in abweichend von Abs. 2 einzelne Räume einrichten, in denen das Rauchen gestattet ist, sofern es sich nicht um Arbeitsräume handelt und gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Bereiche der Arbeitsstätte dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird. Aufenthalts-, Bereitschafts-, Sanitäts- und Umkleieräume dürfen nicht als Raucher/innenräume eingerichtet werden.

(4) Abs. 1 bis 3 gelten auch für die Verwendung von verwandten Erzeugnissen und Wasserpfeifen im Sinn des Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetzes – TNRSg, BGBl. Nr. 431/1995.

[...]

Gefährliche Arbeitsstoffe

§ 40. (1) Gefährliche Arbeitsstoffe sind explosionsgefährliche, brandgefährliche und gesundheitsgefährdende Arbeitsstoffe sowie biologische Arbeitsstoffe, sofern nicht die Ermittlung und Beurteilung gemäß § 41 ergeben hat, daß es sich um einen biologischen Arbeitsstoff der Gruppe 1 ohne erkennbares Gesundheitsrisiko für die Arbeitnehmer handelt. Soweit im Folgenden Gefahrenklassen oder -kategorien genannt sind, sind diese im Sinne der Kriterien nach Anhang I Teil 2 und 3 der Verordnung (EG) Nr. 1272/2008 (CLP-Verordnung) zu verstehen, auch wenn der Arbeitsstoff nicht aufgrund dieser Verordnung eingestuft ist.

(2) Explosionsgefährliche Arbeitsstoffe sind Arbeitsstoffe, die zugeordnet werden können:

1. explosiven Stoffen/Gemischen und Erzeugnissen mit Explosivstoff (Gefahrenklasse 2.1),
2. selbstzersetzlichen Stoffen oder Gemischen (Gefahrenklasse 2.8), Typ A und B,
3. organischen Peroxiden (Gefahrenklasse 2.15), Typ A und B.

(2a) Explosionsgefährliche Arbeitsstoffe sind weiters Arbeitsstoffe, die explosionsgefährliche Eigenschaften im Sinne des § 3 des Chemikaliengesetzes 1996, BGBl. I Nr. 53/1997 in der Fassung BGBl. I Nr. 14/2015, aufweisen.

(3) Brandgefährliche Arbeitsstoffe sind

1. oxidierende (entzündende) Arbeitsstoffe, die zugeordnet werden können:
 - a. oxidierenden Gasen (Gefahrenklasse 2.4),
 - b. oxidierenden Flüssigkeiten (Gefahrenklasse 2.13),
 - c. oxidierenden Feststoffen (Gefahrenklasse 2.14);

2. extrem entzündbare, leicht entzündbare und entzündbare Arbeitsstoffe, die zugeordnet werden können:

- a. entzündbaren Gasen (Gefahrenklasse 2.2),
- b. entzündbaren Aerosolen (Gefahrenklasse 2.3),
- c. entzündbaren Flüssigkeiten (Gefahrenklasse 2.6),
- d. entzündbaren Feststoffen (Gefahrenklasse 2.7),
- e. selbstzersetzlichen Stoffen oder Gemischen (Gefahrenklasse 2.8) außer Typ A und B,
- f. pyrophoren Flüssigkeiten (Gefahrenklasse 2.9),
- g. pyrophoren Feststoffen (Gefahrenklasse 2.10),
- h. selbsterhitzungsfähigen Stoffen oder Gemischen (Gefahrenklasse 2.11),
- i. Stoffen oder Gemischen, die in Berührung mit Wasser entzündbare Gase entwickeln (Gefahrenklasse 2.12),
- j. organischen Peroxiden (Gefahrenklasse 2.15) außer Typ A und B.

(3a) Brandgefährliche Arbeitsstoffe sind weiters Arbeitsstoffe, die brandfördernde, hochentzündliche, leicht entzündliche oder entzündliche Eigenschaften im Sinne des § 3 des Chemikaliengesetzes 1996, BGBl. I Nr. 53/1997 in der Fassung BGBl. I Nr. 14/2015, aufweisen.

(4) Gesundheitsgefährdende Arbeitsstoffe sind Arbeitsstoffe, die einer der folgenden Gefahrenklassen zugeordnet werden können:

1. Akute Toxizität (Gefahrenklasse 3.1),
2. Ätz-/Reizwirkung auf die Haut (Gefahrenklasse 3.2),
3. Schwere Augenschädigung/Augenreizung (Gefahrenklasse 3.3),
4. Sensibilisierung der Atemwege oder der Haut (Gefahrenklasse 3.4),
5. Keimzellmutagenität (Gefahrenklasse 3.5),
6. Karzinogenität (Gefahrenklasse 3.6),
7. Reproduktionstoxizität (Gefahrenklasse 3.7),
8. Spezifische Zielorgan-Toxizität, einmalige Exposition (Gefahrenklasse 3.8),
9. Spezifische Zielorgan-Toxizität, wiederholte Exposition (Gefahrenklasse 3.9),
10. Aspirationsgefahr (Gefahrenklasse 3.10).

(4a) Gesundheitsgefährdende Arbeitsstoffe sind weiters Arbeitsstoffe, die sehr giftige, giftige, gesundheitsschädliche (mindergiftige), ätzende, reizende, krebserzeugende, erbgutverändernde, fortpflanzungsgefährdende oder sensibilisierende Eigenschaften im Sinne des § 3 des Chemikaliengesetzes 1996, BGBl. I Nr. 53/1997 in der Fassung BGBl. I Nr. 14/2015, aufweisen.

(4b) Gesundheitsgefährdende Arbeitsstoffe sind weiters Arbeitsstoffe, die eine der folgenden Eigenschaften aufweisen:

1. „fibrogen“, wenn sie als Schwebstoffe durch Einatmen mit Bindegewebsbildung einhergehende Erkrankungen der Lunge verursachen können;
2. „radioaktiv“, wenn sie zufolge spontaner Kernprozesse ionisierende Strahlen aussenden;
3. „biologisch inert“, wenn sie als Stube weder giftig noch fibrogen wirken und keine spezifischen Krankheitserscheinungen hervorrufen, jedoch eine Beeintrachtung von Funktionen der Atmungsorgane verursachen können.

(5) Biologische Arbeitsstoffe sind Mikroorganismen, einschließlich genetisch veränderter Mikroorganismen, Zellkulturen und Humanendoparasiten, die Infektionen, Allergien oder toxische Wirkungen hervorrufen können. Entsprechend dem von ihnen ausgehenden Infektionsrisiko gilt folgende Unterteilung in vier Risikogruppen:

1. Biologische Arbeitsstoffe der Gruppe 1 sind Stoffe, bei denen es unwahrscheinlich ist, daß sie beim Menschen eine Krankheit verursachen.
2. Biologische Arbeitsstoffe der Gruppe 2 sind Stoffe, die eine Krankheit beim Menschen hervorrufen können und eine Gefahr für Arbeitnehmer darstellen können. Eine Verbreitung des Stoffes in der Bevölkerung ist unwahrscheinlich, eine wirksame Vorbeugung oder Behandlung ist normalerweise möglich.
3. Biologische Arbeitsstoffe der Gruppe 3 sind Stoffe, die eine schwere Krankheit beim Menschen hervorrufen und eine ernste Gefahr für die Arbeitnehmer darstellen können. Die Gefahr einer Verbreitung in der Bevölkerung kann bestehen, doch ist normalerweise eine wirksame Vorbeugung oder Behandlung möglich.
4. Biologische Arbeitsstoffe der Gruppe 4 sind Stoffe, die eine schwere Krankheit beim Menschen hervorrufen und eine ernste Gefahr für Arbeitnehmer darstellen. Die Gefahr einer Verbreitung in der Bevölkerung ist unter Umständen groß, normalerweise ist eine wirksame Vorbeugung oder Behandlung nicht möglich.

(Anm.: Abs. 6 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 60/2015)

(7) Als gefährliche Arbeitsstoffe gelten weiters Arbeitsstoffe, die einer der folgenden Gefahrenklassen zugeordnet werden können:

1. Gase unter Druck (Gefahrenklasse 2.5) oder
2. auf Metalle korrosiv wirkende Stoffe oder Gemische (Gefahrenklasse 2.16).

(8) Bestimmungen über gefährliche Arbeitsstoffe in Verordnungen zu diesem Bundesgesetz oder in Rechtsvorschriften, die nach dem 9. Abschnitt dieses Bundesgesetzes weitergelten, gelten mit folgenden Maßgaben:

1. Bestimmungen für Arbeitsstoffe mit brandfördernden Eigenschaften gelten auch für oxidierende Arbeitsstoffe im Sinne des Abs. 3 Z 1;

2. Bestimmungen für Arbeitsstoffe mit entzündlichen Eigenschaften gelten auch für Arbeitsstoffe, die zugeordnet werden können
 - a. entzündbaren Flüssigkeiten (Gefahrenklasse 2.6) Kategorie 3,
 - b. entzündbaren Aerosolen (Gefahrenklasse 2.3) Kategorie 1, sowie – wenn sich dies auf Grund anerkannter physikalischer Stoffdaten (z. B. Gefahrstoffdatenbanken oder –literatur) stoffspezifisch ergibt – Kategorie 2,
 - c. organischen Peroxiden (Gefahrenklasse 2.15), Typ E und F;
3. Bestimmungen für Arbeitsstoffe mit leicht entzündlichen Eigenschaften gelten auch für Arbeitsstoffe, die zugeordnet werden können
 - a. entzündbaren Flüssigkeiten (Gefahrenklasse 2.6) Kategorie 2,
 - b. entzündbaren Aerosolen (Gefahrenklasse 2.3) Kategorie 1, sowie – wenn sich dies auf Grund anerkannter physikalischer Stoffdaten (z. B. Gefahrstoffdatenbanken oder –literatur) stoffspezifisch ergibt – Kategorie 2,
 - c. entzündbaren Feststoffen (Gefahrenklasse 2.7),
 - d. selbstzersetzlichen Stoffen oder Gemischen (Gefahrenklasse 2.8) Typ C, D, E und F,
 - e. pyrophoren Flüssigkeiten und pyrophoren Feststoffen (Gefahrenklasse 2.9 und 2.10),
 - f. selbsterhitzungsfähigen Stoffen oder Gemischen (Gefahrenklasse 2.11),
 - g. Stoffen oder Gemischen, die in Berührung mit Wasser entzündbare Gase entwickeln (Gefahrenklasse 2.12) Kategorie 2 und 3,
 - h. organischen Peroxiden (Gefahrenklasse 2.15) Typ C und D;
4. Bestimmungen für Arbeitsstoffe mit hochentzündlichen Eigenschaften gelten auch für Arbeitsstoffe, die zugeordnet werden können
 - a. entzündbaren Gasen (Gefahrenklasse 2.2),
 - b. entzündbaren Aerosolen (Gefahrenklasse 2.3), Kategorie 1, sowie – wenn sich dies auf Grund anerkannter physikalischer Stoffdaten (z. B. Gefahrstoffdatenbanken oder –literatur) stoffspezifisch ergibt – Kategorie 2,
 - c. entzündbaren Flüssigkeiten (Gefahrenklasse 2.6) Kategorie 1,
 - d. Stoffen oder Gemischen, die in Berührung mit Wasser entzündbare Gase entwickeln (Gefahrenklasse 2.12) Kategorie 1;
5. Bestimmungen für Arbeitsstoffe mit giftigen Eigenschaften gelten auch für Arbeitsstoffe, die einer der folgenden Gefahrenklassen zugeordnet werden können
 - a. akute Toxizität (Gefahrenklasse 3.1) Kategorie 1 bis 3,
 - b. spezifische Zielorgan-Toxizität bei einmaliger oder wiederholter Exposition (Gefahrenklasse 3.8 oder 3.9) jeweils Kategorie 1,
 - c. Aspirationsgefahr (Gefahrenklasse 3.10);

6. Bestimmungen für Arbeitsstoffe mit gesundheitsschädlichen Eigenschaften gelten auch für Arbeitsstoffe, die einer der folgenden Gefahrenklassen zugeordnet werden können
 - a. akute Toxizität (Gefahrenklasse 3.1) Kategorie 4,
 - b. spezifische Zielorgan-Toxizität, einmalige Exposition (Gefahrenklasse 3.8) Kategorien 2 und 3,
 - c. spezifische Zielorgan-Toxizität, wiederholte Exposition (Gefahrenklasse 3.9) Kategorie 2;
7. Bestimmungen für Arbeitsstoffe mit ätzenden Eigenschaften gelten auch für Arbeitsstoffe, die einer der folgenden Gefahrenklassen zugeordnet werden können
 - a. Ätz-/Reizwirkung auf die Haut (Gefahrenklasse 3.2) Kategorien 1A, 1B und 1C,
 - b. schwere Augenschädigung/Augenreizung (Gefahrenklasse 3.3) Kategorie 1;
8. Bestimmungen für Arbeitsstoffe mit reizenden Eigenschaften gelten auch für Arbeitsstoffe, die einer der folgenden Gefahrenklassen zugeordnet werden können
 - a. Ätz-/Reizwirkung auf die Haut (Gefahrenklasse 3.2) Kategorie 2,
 - b. schwere Augenschädigung/Augenreizung (Gefahrenklasse 3.3) Kategorie 2,
 - c. spezifische Zielorgan-Toxizität bei einmaliger Exposition (Gefahrenklasse 3.8) Kategorie 3;
9. Bestimmungen für Arbeitsstoffe mit sensibilisierenden Eigenschaften gelten auch für Arbeitsstoffe, die der Gefahrenklasse 3.4 (Sensibilisierung der Atemwege oder der Haut) zugeordnet werden können;
10. Bestimmungen für Arbeitsstoffe mit erbgutverändernden Eigenschaften gelten auch für Arbeitsstoffe, die der Gefahrenklasse 3.5 (Keimzellmutagenität) zugeordnet werden können;
11. Bestimmungen für Arbeitsstoffe mit krebserzeugenden Eigenschaften gelten auch für Arbeitsstoffe, die der Gefahrenklasse 3.6 (Karzinogenität) zugeordnet werden können;
12. Bestimmungen für Arbeitsstoffe mit fortpflanzungsgefährdenden Eigenschaften gelten auch für Arbeitsstoffe, die der Gefahrenklasse 3.7 (Reproduktionstoxizität) zugeordnet werden können.

Ermittlung und Beurteilung von Arbeitsstoffen

§ 41. (1) Arbeitgeber müssen sich im Rahmen der Ermittlung und Beurteilung der Gefahren hinsichtlich aller Arbeitsstoffe vergewissern, ob es sich um gefährliche Arbeitsstoffe handelt.

(2) Arbeitgeber/innen müssen die Eigenschaften der Arbeitsstoffe ermitteln und die Gefahren beurteilen, die von den Arbeitsstoffen aufgrund ihrer Eigenschaften oder aufgrund der Art ihrer Verwendung ausgehen könnten. Sie müssen dazu insbesondere die Angaben der Herstel-

ler/innen oder Importeure/Importeurinnen, praktische Erfahrungen, Prüfergebnisse und wissenschaftliche Erkenntnisse heranziehen. Im Zweifel müssen sie Auskünfte der Hersteller/innen oder Importeure/Importeurinnen einholen.

(Anm.: Abs. 3 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 60/2015)

(4) Werden Arbeitsstoffe von Arbeitgeber/innen erworben, gilt für die Ermittlung gemäß Abs. 2 Folgendes:

1. Sofern ein erworbener Arbeitsstoff nach
 - a. der Verordnung (EG) Nr. 1272/2008 (CLP-Verordnung),
 - b. dem Chemikaliengesetz 1996, BGBl. I Nr. 53/1997,
 - c. dem Pflanzenschutzmittelgesetz 2011, BGBl. I Nr. 10/2011,
 - d. dem Abfallwirtschaftsgesetz 2002 (AWG 2002), BGBl. I Nr. 102/2002, oder
 - e. dem Biozidproduktegesetz (BiozidprodukteG), BGBl. I Nr. 105/2013,gekennzeichnet oder deklariert ist, können Arbeitgeber/innen, die über keine anderen Erkenntnisse verfügen, davon ausgehen, dass die Angaben dieser Kennzeichnung zutreffend und vollständig sind.
2. Ist ein erworbener Arbeitsstoff nicht nach Z 1 gekennzeichnet oder deklariert, können Arbeitgeber, die über keine anderen Erkenntnisse verfügen, davon ausgehen, dass der Arbeitsstoff keiner Kennzeichnungspflicht nach den in Z 1 genannten Bundesgesetzen unterliegt.

(5) Arbeitgeber müssen in regelmäßigen Zeitabständen Art, Ausmaß und Dauer der Einwirkung von gesundheitsgefährdenden Arbeitsstoffen und von biologischen Arbeitsstoffen im Sinne des § 40 Abs. 1 auf die Arbeitnehmer ermitteln, wobei gegebenenfalls die Gesamtwirkung von mehreren gefährlichen Arbeitsstoffen sowie sonstige risikoerhöhende Bedingungen am Arbeitsplatz zu berücksichtigen sind. Diese Ermittlung ist zusätzlich auch bei Änderung der Bedingungen und bei Auftreten von Gesundheitsbeschwerden, die arbeitsbedingt sein können, vorzunehmen.

(6) Arbeitgeber müssen in regelmäßigen Zeitabständen ermitteln, ob explosionsgefährliche oder brandgefährliche Arbeitsstoffe in einer für die Sicherheit der Arbeitnehmer gefährlichen Konzentration vorliegen, wobei gegebenenfalls die Gesamtwirkung von mehreren gefährlichen Arbeitsstoffen sowie sonstige risikoerhöhende Bedingungen am Arbeitsplatz zu berücksichtigen sind. Diese Ermittlung ist zusätzlich auch bei Änderung der Bedingungen vorzunehmen.

Ersatz und Verbot von gefährlichen Arbeitsstoffen

§ 42. (1) Krebserzeugende (Gefahrenklasse 3.6 – Karzinogenität), erbgutverändernde (Gefahrenklasse 3.5 – Keimzellmutagenität), fortpflanzungsgefährdende (Gefahrenklasse 3.7 – Reproduktionstoxizität) und biologische Arbeitsstoffe der Gruppe 2, 3 oder 4 dürfen nicht verwendet werden, wenn ein gleichwertiges Arbeitsergebnis erreicht werden kann

1. mit nicht gefährlichen Arbeitsstoffen oder, sofern dies nicht möglich ist,
2. mit Arbeitsstoffen, die weniger gefährliche Eigenschaften aufweisen.

(2) Mit besonderen Gefahren verbundene Verfahren bei der Verwendung von in Abs. 1 genannten Arbeitsstoffen dürfen nicht angewendet werden, wenn durch Anwendung eines anderen Verfahrens, bei dem die von der Verwendung des Arbeitsstoffes ausgehenden Gefahren verringert werden können, ein gleichwertiges Arbeitsergebnis erzielt werden kann.

(3) Abs. 1 und 2 gelten auch für die in Abs. 1 und 2 nicht genannten gefährlichen Arbeitsstoffe, sofern der damit verbundene Aufwand vertretbar ist.

(4) Im Zweifelsfall entscheidet die zuständige Behörde auf Antrag des Arbeitsinspektorates oder des Arbeitgebers, ob die Verwendung eines bestimmten Arbeitsstoffes oder die Anwendung eines bestimmten Arbeitsverfahrens nach Abs. 1 oder 2 zulässig ist, wobei der jeweilige Stand der Technik und die jeweils aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisse zu berücksichtigen sind.

(5) Die Absicht, krebserzeugende (Gefahrenklasse 3.6 – Karzinogenität), erbgutverändernde (Gefahrenklasse 3.5 – Keimzellmutagenität) oder fortpflanzungsgefährdende (Gefahrenklasse 3.7 – Reproduktionstoxizität) Arbeitsstoffe zu verwenden, ist dem Arbeitsinspektorat vor dem Beginn der Verwendung schriftlich zu melden.

(6) Die erstmalige Verwendung biologischer Arbeitsstoffe der Gruppe 2, 3 oder 4 ist dem Arbeitsinspektorat mindestens 30 Tage vor dem Beginn der Arbeiten schriftlich zu melden. Nach Ablauf dieser Frist können Arbeitgeber davon ausgehen, daß die Verwendung zulässig ist, solange sie über keine anderen Erkenntnisse verfügen. Wenn an den Arbeitsprozessen oder Arbeitsverfahren wesentliche Änderungen vorgenommen werden, die für die Sicherheit oder Gesundheit am Arbeitsplatz von Bedeutung sind und auf Grund deren die Meldung überholt ist, hat eine neue Meldung zu erfolgen.

(7) Auf Verlangen des Arbeitsinspektorates haben Arbeitgeber schriftlich darzulegen, aus welchen Gründen ein in Abs. 1 angeführter Arbeitsstoff verwendet wird und unter Vorlage von Unterlagen über die Ergebnisse ihrer Untersuchungen zu begründen, warum ein Ersatz im Sinne der Abs. 1 oder 2 nicht möglich ist. Wird diese Begründung nicht erbracht, hat die Behörde auf

Antrag des Arbeitsinspektorates die Beschäftigung von Arbeitnehmern an Arbeitsplätzen, an denen der gefährliche Arbeitsstoff verwendet wird, zu untersagen.

Maßnahmen zur Gefahrenverhütung

§ 43. (1) Krebserzeugende (Gefahrenklasse 3.6 – Karzinogenität), erbgutverändernde (Gefahrenklasse 3.5 – Keimzellmutagenität), fortpflanzungsgefährdende (Gefahrenklasse 3.7 – Reproduktionstoxizität) und biologische Arbeitsstoffe der Gruppe 2, 3 oder 4 dürfen, wenn es nach der Art der Arbeit und dem Stand der Technik möglich ist, nur in geschlossenen Systemen verwendet werden.

(2) Stehen gefährliche Arbeitsstoffe in Verwendung, haben Arbeitgeber Maßnahmen zur Gefahrenverhütung in folgender Rangordnung zu treffen:

1. Die Menge der vorhandenen gefährlichen Arbeitsstoffe ist auf das nach der Art der Arbeit unbedingt erforderliche Ausmaß zu beschränken.
2. Die Anzahl der Arbeitnehmer, die der Einwirkung von gefährlichen Arbeitsstoffen ausgesetzt sind oder ausgesetzt sein könnten, ist auf das unbedingt erforderliche Ausmaß zu beschränken.
3. Die Dauer und die Intensität der möglichen Einwirkung von gefährlichen Arbeitsstoffen auf Arbeitnehmer sind auf das unbedingt erforderliche Ausmaß zu beschränken.
4. Die Arbeitsverfahren und Arbeitsvorgänge sind, soweit dies technisch möglich ist, so zu gestalten, daß die Arbeitnehmer nicht mit den gefährlichen Arbeitsstoffen in Kontakt kommen können und gefährliche Gase, Dämpfe oder Schwebstoffe nicht frei werden können.
5. Kann durch diese Maßnahmen nicht verhindert werden, daß gefährliche Gase, Dämpfe oder Schwebstoffe frei werden, so sind diese an ihrer Austritts- oder Entstehungsstelle vollständig zu erfassen und anschließend ohne Gefahr für die Arbeitnehmer zu beseitigen, soweit dies nach dem Stand der Technik möglich ist.
6. Ist eine solche vollständige Erfassung nicht möglich, sind zusätzlich zu den Maßnahmen gemäß Z 5 die dem Stand der Technik entsprechenden Lüftungsmaßnahmen zu treffen.
7. Kann trotz Vornahme der Maßnahmen gemäß Z 1 bis 6 kein ausreichender Schutz der Arbeitnehmer erreicht werden, haben Arbeitgeber dafür zu sorgen, daß erforderlichenfalls entsprechende persönliche Schutzausrüstungen verwendet werden.

(3) Bei bestimmten Tätigkeiten wie zB Wartungs- oder Reinigungsarbeiten, bei denen die Möglichkeit einer beträchtlichen Erhöhung der Exposition der Arbeitnehmer oder eine Überschreitung eines Grenzwertes im Sinne des § 45 Abs. 1 oder 2 vorherzusehen ist, müssen Arbeitgeber

1. jede Möglichkeit weiterer technischer Vorbeugungsmaßnahmen zur Begrenzung der Exposition ausschöpfen,
2. Maßnahmen festlegen, die erforderlich sind, um die Dauer der Exposition der Arbeitnehmer auf das unbedingt notwendige Mindestmaß zu verkürzen,
3. dafür sorgen, daß die Arbeitnehmer während dieser Tätigkeiten die entsprechenden persönlichen Schutzausrüstungen verwenden, und
4. dafür sorgen, daß mit diesen Arbeiten nur die dafür unbedingt notwendige Anzahl von Arbeitnehmer beschäftigt wird.

(4) Bei der Verwendung biologischer Arbeitsstoffe müssen Arbeitgeber die dem jeweiligen Gesundheitsrisiko entsprechenden Sicherheitsvorkehrungen treffen. Erforderlichenfalls sind den Arbeitnehmern wirksame Impfstoffe zur Verfügung zu stellen.

III. Rechtswissenschaftliche Analyse

A. Rechtsprechungsanalyse der bestehenden Erkenntnisse des VfGH zum Nichtraucherenschutz

1. Einleitung

In seiner Judikatur hatte sich der Verfassungsgerichtshof bereits mehrfach mit Aspekten der Tabakerzeugnisse befasst. In der bestehenden Rechtsprechung können zwei Themenfelder unterschieden werden:

- a. NichtraucherInnenschutz an öffentlichen Orten bzw in der Gastronomie
- b. Vertrieb von Tabakerzeugnissen

Während im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Tabakerzeugnissen idR Anträge von gewerblichen TabakhändlerInnen bzw HändlerInnen von „verwandten Erzeugnissen“²⁴ Anlass des verfassungsgerichtlichen Tätigwerdens waren,²⁵ hatten die Erkenntnisse zum NichtraucherInnenschutz an öffentlichen Orten und in der Gastronomie zumeist Normbedenken von Gastronomen gegen das Rauchverbot in der Gastronomie zur Ursache;²⁶ vereinzelt finden sich auch Beschlüsse, die Individualanträge von NichtraucherInnen zurückweisen, die sich gegen die Ausnahmen vom Rauchverbot in der Gastronomie (§ 13a Abs 2 und 3 TNRSOG) richteten.²⁷

²⁴ § 1 Z 1e TNRSOG: „verwandtes Erzeugnis‘ jedes neuartige Tabakerzeugnis, pflanzliche Raucherzeugnis, die elektronische Zigarette und deren Liquids,“.

²⁵ Vgl VfGH 03.07.2015, G 118/2015, G 131/2015, G 204/2015; 12.10.2016, G 159/2016; 26.02.2018, G 122/2017; 14.03.2017.

²⁶ Etwa VfSlg 18.895/2009; 18.896/2009; 19.541/2011; VfGH 27.06.2013, B 823/2012; 22.09.2014, G 103/2013.

²⁷ VfGH 19.09.2011, G76/11; 05.06.2014, G 13/2014; zu Hinweisen auf Zigarettverpackungen VfGH 15.12.2003, G223/03.

2. Rechtsprechungsanalyse

Eine Analyse der maßgeblichen Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes zeigt, dass der Verfassungsgerichtshof den Aspekten des Gesundheits- und Jugendschutzes im Zusammenhang mit dem Rauchen von Tabak- oder verwandten Erzeugnissen einen hohen Stellenwert einräumt.²⁸ In dem Erkenntnis VfSlg 18.895/2009, das sich mit dem auch in Einkaufszentren („Mall“) als öffentlichen Orten geltenden absoluten Rauchverbot für Räume öffentlicher Orte befasste,²⁹ hielt der Verfassungsgerichtshof etwa fest:

„Ein generelles Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte, deren Besuch auch für Nichtraucher oftmals notwendig ist, ist zur Erreichung des Zieles des Nichtraucherschutzes insofern geeignet und im Hinblick auf den hohen Stellenwert, der dem Ziel des Gesundheitsschutzes im Verhältnis insbesondere zum Interesse der Raucher am Konsum von Rauchwaren zuzubilligen ist, auch verhältnismäßig.“³⁰

Das in VfSlg 18.895/2009 angesprochene Kriterium der unfreiwilligen Aussetzung und Gesundheitsgefährdung durch Passivrauch, dem im Verhältnis zu den RaucherInneninteressen nach dem Verfassungsgerichtshof ein höherer Stellenwert einzuräumen ist,

²⁸ In VfGH 14.03.2017, G 164/2016 bezeichnete der Verfassungsgerichtshof den Gesundheitsschutz im Zusammenhang mit dem Verbot des Online-Vertriebs von elektrischen Dampfgeräten und auch nikotinfreien Liquids als ein schwerwiegendes öffentliches Interesse, das das Versandhandelsverbot rechtfertigt: „Das Versandhandelsverbot verfolgte den Ausführungen der Bundesregierung und der antragstellenden Gesellschaft entsprechend offensichtlich die Interessen des Gesundheits-, Konsumenten- und Jugendschutzes. Damit verfolgt das Versandhandelsverbot jedenfalls (schwerwiegende) im öffentlichen Interesse gelegene Ziele.“

²⁹ Der Entscheidung lag eine Bescheidbeschwerde gem Art 144 B-VG eines Gastronomen gegen einen Strafbescheid des UVS Oberösterreich zugrunde. Der Gastronom hatte als Inhaber eines Gastronomiebetriebs in einem Einkaufszentrum („Mall“) – welcher vom Bereich der „Mall“ nicht räumlich getrennt war – gegen die den Inhabern von Gastronomiebetrieben auferlegten Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem an öffentlichen Orten geltenden Rauchverbot verstoßen. Die Beschwerde argumentierte, dass ein Einkaufszentrum ob des vorhandenen, großen Luftvolumens mit einer Freifläche vergleichbar sei, weshalb es nicht als „öffentlicher Raum“ zu qualifizieren sei: „Die ‚Mall‘ selbst sei somit kein ‚Raum‘ an einem öffentlichen Ort. Zwar gebe es eindeutig räumlich umschlossene dreidimensionale Bereiche. Diese würden aber auf Grund ihrer Ausdehnung und Höhe zu einer völlig vernachlässigbaren Verdünnung des Rauches führen.“ Der Verfassungsgerichtshof folgte dieser Argumentation nicht.

³⁰ VfSlg 18.895/2009; siehe auch die Entscheidungsbesprechung bei Kolonovits, Das Rauchverbot in Betrieben des Gastgewerbes als spezielle Regelung zum Rauchverbot in "Räumen öffentlicher Orte" (§§ 13 und 13a Tabakgesetz) – Zugleich eine Besprechung des Erkenntnisses des VfGH vom 1. 10. 2009, B 776/09 zum Rauchverbot in "offenen" Betrieben des Gastgewerbes in Einkaufszentren, ÖZW 2010, 40.

findet sich in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auch in Hinblick auf den Schutz der ArbeitnehmerInnen. In dem Erkenntnis VfSlg 19.541/2011, das den Individualantrag eines Gastgewerbetreibenden zum Anlass hatte, der sich gegen die Verpflichtung im Tabakgesetz den Hauptraum als Nichtraucherraum zu führen wandte, führte der Verfassungsgerichtshof wie folgt aus:

„Ein Rauchverbot in Räumen der Gastronomie ist zur Erreichung des Zieles des Nichtraucherschutzes insofern geeignet und im Hinblick auf den hohen Stellenwert, der dem Ziel des Gesundheitsschutzes nicht nur der Gäste, sondern auch der Arbeitnehmer in Gastgewerbebetrieben zukommt, auch verhältnismäßig (vgl. VfSlg. 18.895/2009). Gerade mit Blick auf die Arbeitnehmer erweist sich das vom Antragsteller vorgetragene Argument der ‚Freiwilligkeit‘ des Besuches von Gastronomiebetrieben als nicht tragend.“³¹

Aber selbst in Hinblick auf freiwillige Gäste stellte der Verfassungsgerichtshof in demselben Erkenntnis³² fest, dass es *„[m]it Blick auf das Ziel des Schutzes der Gesundheit der Gäste und Arbeitnehmer von Gastgewerbebetrieben [...] ungeachtet des Umstandes, dass der Besuch dieser Betriebe durch Gäste freiwillig erfolgt, sachlich gerechtfertigt [ist], wenn der Gesetzgeber ein im Wesentlichen allgemeines Rauchverbot in Räumlichkeiten von Gastronomiebetrieben vorsieht“*.

Weiters ist hervorzuheben, dass auch anders als im Zusammenhang mit dem Vertrieb von e-Zigaretten und Liquids, in dem der Verfassungsgerichtshof in VfGH G 118/2015 ua³³ eine Beschränkung – durch Monopolisierung im Tabakmonopolgesetz³⁴ – des Vertriebs von e-Zigaretten behob,^{35,36,37} kein einziger der gegen das Rauchverbot in der

³¹ VfSlg 19.541/2011.

³² VfSlg 19.541/2011.

³³ VfGH 03.06.2015, G 118/2015, G 131/2015, G 204/2015.

³⁴ Tabakmonopolgesetz 1996, BGBl 1995/830 idF BGBl I 2014/105.

³⁵ In der zitierten Entscheidung behob der Verfassungsgerichtshof die angefochtenen Gesetzesbestimmungen aber gerade aus dem Grund, weil sie zur Erreichung des Gesundheits- und Jugendschutzes nicht einmal abstrakt geeignet waren: „Die ins Treffen geführten gesundheits- und jugendschutzpolitischen Gründe vermögen jedoch die auf den Vertrieb bezogene Differenzierung nicht zu rechtfertigen. Diese Gründe vermögen für eine Ungleichbehandlung mit Tabaktrafikanten zunächst schon deswegen keine Sachlichkeit zu begründen, weil aus der Ge-

Gastronomie beim Verfassungsgerichtshof eingebrachten Anträge zu einer Aufhebung der angefochtenen Bestimmungen führte.³⁸

genüberstellung der gesetzlichen Vertriebsvorschriften für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse mit jenen, die derzeit für Fachhändler nach der Gewerbeordnung bestehen, keine Diskrepanz im Ausmaß des Gesundheits- und Jugendschutzes durch unterschiedliche Verkaufsmodalitäten erkennbar ist. Das Verbot der Abgabe von Tabakerzeugnissen und die Modalitäten des Verkaufs von verwandten Erzeugnissen an Jugendliche werden in den Jugendschutzgesetzen der Länder geregelt und gelten für Tabaktrafiken und Tabakverkaufsstellen bzw. Fachgeschäfte für E-Zigaretten gleichermaßen. Dabei ist zu beachten, dass eine taugliche Kontrolle der Abgabe an Jugendliche durch Fachhändler gewährleistet werden kann.“

³⁶ Vgl in diesem Zusammenhang jedoch auch die Entscheidung VfGH 14.03.2017, G 164/2016, in der der Verfassungsgerichtshof das Versandhandelsverbot auch von nikotinfreien Liquids für e-Zigaretten mit Aspekten des Jugendschutzes rechtfertigte: „Auch im Hinblick auf den Jugendschutz ist das Versandhandelsverbot als geeignet anzusehen. Dem Gesetzgeber kann nicht entgegengetreten werden, wenn er davon ausgeht, dass die (leicht zugänglichen nikotinhaltenen oder nikotinfreien) E-Zigaretten den Einstieg von Jugendlichen in den herkömmlichen Tabakkonsum erleichtern würden und es durch diese (potentiell) zur Einübung des Rauchrituals kommen könnte, das einen wesentlichen Bestandteil der psychischen Abhängigkeit darstelle. Das Verbot des Versandhandels, der derzeit durch einen im Vergleich zum Vertrieb im Einzelhandelsgeschäft erleichterten, schwerer kontrollierbaren Zugang zu E-Zigaretten und der leichten Manipulierbarkeit von Altersangaben gekennzeichnet ist, ist daher vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung als geeignet anzusehen.“ Es zeigt sich daher auch bezüglich der Vertriebsregelungen für Tabak- und verwandten Erzeugnissen die Tendenz des Verfassungsgerichtshofes, dem Gesundheits- und Jugendschutz ein sehr hohes Gewicht beizumessen.

³⁷ Siehe weiters zum Verbot des Inverkehrbringens von Kautabak (VfGH 12.10.2016, G 159/2016): „Das Gewicht dieser gesundheitspolitischen Zielsetzungen verbunden mit Aspekten der Verwaltungsökonomie und des Konsumentenschutzes (Unterscheidbarkeit von Tabak zum oralen Gebrauch) überwiegt die Schwere des Eingriffs in die Rechte von Großhändlern und Trafikanten, die bereits seit längerem – im Einklang mit dem Unionsrecht und dem Verfassungsrecht – Einschränkungen im Bereich des Tabaks zum oralen Gebrauch hinnehmen mussten und daher auch schon bisher ihre wirtschaftliche Existenz und Tätigkeit nicht alleine auf das in der Darreichungsform und in Gesundheitsrisiken verwandte Produkt des Kautabaks gründen konnten und dies, jedenfalls im Fall der Trafiken, auch faktisch nicht getan haben. Der Eingriff erweist sich daher als verhältnismäßig.“

³⁸ VfSlg 18.895/2009 („Die im Tabakgesetz normierten Rauchverbote in Räumen öffentlicher Orte dienen dem Ziel des Schutzes der Nichtraucher vor Belästigung und vor Gefährdungen ihrer Gesundheit durch das Passivrauchen [...]. Nichtraucher sollen in ihrem ‚Recht auf rauchfreie Luft‘ [s. RV 163 BlgNR 19. GP, 14] geschützt werden. Dieses Ziel liegt im öffentlichen Interesse.“), VfSlg 18.896/2009, VfSlg 19.541/2011 (keine Verletzung der Erwerbsfreiheit des Gastgewerbetreibenden, Rechtfertigung durch „Ziel des Schutzes der Nichtraucher vor Belästigung und vor Gefährdungen ihrer Gesundheit durch das Passivrauchen“), VfGH 22.09.2014, G 103/2013 (Unzulässigkeit des Individualantrages).

3. Schlussfolgerungen

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass der Verfassungsgerichtshof nicht nur den öffentlichen Interessen des Gesundheits- und Jugendschutzes ein sehr hohes Gewicht beimisst, sondern er dem Gesetzgeber hinsichtlich Verboten von Tabak- und verwandten Erzeugnissen auch nicht entgegentritt und Einschränkungen des Vertriebs dieser Produkte auch dann nicht beanstandet, wenn – wie etwa im Zusammenhang mit dem Verbot des Versandhandels (auch) von nikotinfreien Liquids³⁹ – hinsichtlich der möglichen Gesundheitsgefährdung noch keine Langzeitstudien vorliegen.⁴⁰

Abschließend ist nochmals auf das Erkenntnis VfGH 14.03.2017, G 164/2016⁴¹ zurückzukommen, in dem der Verfassungsgerichtshof im Kontext des Versandhandelsverbotes für auch nikotinfreie Liquids festhielt, dass es aus Gründen der Sachlichkeit geboten sei, auf ähnliche Gesundheitsgefährdungen in gleicher Weise zu reagieren:

„Vor dem Hintergrund der gesundheitspolitischen Zielsetzung wäre es zudem unsachlich, ein Versandhandelsverbot für Tabakerzeugnisse, nicht jedoch auch für die ähnlich gesundheitsgefährdenden verwandten Erzeugnisse vorzusehen. An dieser Beurteilung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die E-Zigarette im Vergleich zur gewöhnlichen Tabakzigarette zumindest "weniger schädigende" Auswirkungen (beispielsweise mangels Aufnahme von Kohlenmonoxid und Teer) aufweist.“⁴²

³⁹ VfGH 14.03.2017, G 164/2016

⁴⁰ VfGH 14.03.2017, G 164/2016: „Der Gesetzgeber handelt nicht unsachlich, wenn er den Versandhandel mit (nikotinhaltigen und nikotinfreien) E-Zigaretten und deren Zubehör an Verbraucher aus Gründen des Gesundheits-, Konsumenten- oder Jugendschutzes ebenso wie jenen mit Tabakerzeugnissen und anderen verwandten Erzeugnissen untersagt. Im Hinblick auf die mit E-Zigaretten verbundenen Gesundheitsrisiken liegt in der Gleichbehandlung mit Tabakerzeugnissen und anderen verwandten Erzeugnissen keine unsachliche Gleichbehandlung, auch wenn bei E-Zigaretten kein Verbrennungs-, sondern ein Verdampfungsvorgang stattfindet. Das auch bei E-Zigaretten gegebene Sucht- und Gesundheitsgefährdungspotential sowie deren besondere Attraktivität für Einsteiger rechtfertigen die Gleichbehandlung. Dies gilt insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass die Auswirkungen von (nikotinfreien wie nikotinhaltigen) E-Zigaretten auf die menschliche Gesundheit mangels Langzeitstudien noch nicht abschätzbar sind.“

⁴¹ VfGH 14.03.2017, G 164/2016.

⁴² VfGH 14.03.2017, G 164/2016 Rz 114.

B. Kompetenzrechtliche Problematik

1. Überblick

In Hinblick auf die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung stellt sich die Frage, auf welche Kompetenztatbestände gesetzliche Regelungen zum NichtraucherInnenschutz – in der Gastronomie – gestützt werden können. Kompetenzrechtlich ist das Tabakrecht als Querschnittsmaterie zu qualifizieren, womit der Ausdifferenzierung unterschiedliche Gesichtspunkte besondere Bedeutung zukommt.

Als Kompetenzgrundlagen auf Seiten des Bundes kommen folgende in Art 10 Abs 1 geregelte Bundeskompetenzen in Frage:

- Monopolwesen gem. Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG
- Angelegenheiten des Gewerbes gem Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG
- Arbeitsrecht gem Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG
- Gesundheitswesen gem. Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG

Im Rahmen der Generalklausel der Länder gem Art 15 B-VG stehen die Aspekte des Jugendschutzes als Landeskompetenz im Vordergrund.⁴³

Ausgehend von den genannten Kompetenzen können auf Basis der Gesichtspunkte-theorie folgende kompetenzrechtliche Perspektiven unterschieden werden:

- Monopolwesen: die gesetzliche Regelung des Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen unterliegt der Bundeskompetenz „Monopolwesen“;

⁴³ Siehe dazu *Bezemek/Damjanovic*, Tabakrecht, in: *Holoubek/Potacs* (Hrsg), *Öffentliches Wirtschaftsrecht* Band 2³ (2013) 649f.

- Angelegenheiten des Gewerbes: das gesetzliche Vorsehen von Verpflichtungen an Gastwirte (etwa Verkaufsverbote oder das Verbot Jugendliche einzulassen) fällt unter die Kompetenz der Gewerbeangelegenheiten;
- Arbeitsrecht: NichtraucherInnenschützende Arbeitnehmerschutzbestimmungen⁴⁴, wie etwa § 13a Abs 4 TNRS⁴⁵ – finden ihre Kompetenzgrundlage in der Kompetenzbestimmung „Arbeitsrecht“.⁴⁶
- Gesundheitswesen: Soweit sich gesetzliche Regelungen nicht auf eine besondere Gruppe (Arbeitnehmer, Jugendliche) beziehen, sondern die allgemeine Gesundheit der Bevölkerung adressiert werden soll, so ist die Kompetenzbestimmung „Gesundheitswesen“ einschlägig.

⁴⁴ Der arbeitnehmerschutzrechtliche Charakter des § 13a Abs 4 TNRS ergibt sich aus dessen Normzweck, ArbeitnehmerInnen in Gastronomiebetrieben einen gewissen Schutz vor den Gefährdungen des Passivrauchs zu gewähren. Siehe bspw. *Rath*, Verbesserter Arbeitszeitschutz in Krankenanstalten – Arbeitszeit des Bord- und des grenzüberschreitenden Zugpersonals – NichtraucherSchutz des Gastronomiepersonals, ASok 2008, 275: „Aus arbeitsvertragsrechtlicher Sicht ist § 13a Abs 4 Tabakgesetz zu erwähnen. Diese Bestimmung sieht zum Schutz des in der Gastronomie tätigen Personals vor, dass der Betriebsinhaber auch in Räumen, in denen das Rauchverbot ausnahmsweise nicht gilt, das Rauchen nur dann gestatten darf, wenn für den Betrieb ein [den Anforderungen des § 13a Abs 4 Tabakgesetz entsprechender] Kollektivvertrag gilt.“

⁴⁵ § 13a Abs 4 TNRS

(4) Das Rauchen darf jedoch auch in Räumen, in denen das Rauchverbot gemäß Abs. 1 nicht gilt, nur gestattet werden, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag gilt, wonach

1. ein nicht dem Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG), BGBl. I Nr. 100/2002, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegender Arbeitnehmer Anspruch auf Abfertigung im gesetzlichen Ausmaß hat, wenn er sein Arbeitsverhältnis wegen der Belastung durch die Einwirkung des Passivrauchens kündigt, und
2. die notwendige Zeit zum Besuch von diagnostischen Maßnahmen sowie Untersuchungen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz zu gewähren ist, und
3. gesundheitsfördernde Maßnahmen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz im Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber festzulegen sind, und,
4. im Falle, dass der Betrieb über Räume verfügt, in denen Rauchverbot gilt oder das Rauchen vom Inhaber nicht gestattet wird, die Ausbildung oder Beschäftigung Jugendlicher überwiegend in jenen Räumen zu erfolgen hat, in denen nicht geraucht werden darf.

⁴⁶ *Runggaldier/Pfeil*, Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht 14.Lfg (2014) Rz 5.

- Jugendschutz: nur in jenen Fällen, in denen keine Bundeskompetenz besteht, kann die Generalklausel des Art. 15 B-VG zur Anwendung kommen. Damit fallen gesundheitsschutzrechtliche Regelungen für Jugendliche, die sich explizit an diese Personengruppe wenden (aber nicht etwa an Gastwirte), in dem Bereich der Landeskompetenz, die in Jugendschutzgesetzen geregelt werden.

Da das Bundesgesetz, mit dem das Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetz – TNRSKG geändert wird (BGBl I 2018/13), Regelungen mit durchaus unterschiedlichen Zielsetzungen vorsieht, sind die Neuregelungen auch im Hinblick auf die Kompetenzverteilung einer verfassungsrechtlichen Analyse zu unterziehen.

2. § 2a 2. Satz TNRSKG idF BGBl I 2018/13

Durch die Bestimmung des § 2a 2.Satz TNRSKG idF BGBl I 2018/13 verbietet die Novelle 2018 den „Verkauf [...] [von] Tabakerzeugnisse[n] sowie verwandten Erzeugnisse an Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben“. § 2a 2.Satz TNRSKG idF BGBl I 2018/13 sieht somit ein Verkaufsverbot von Tabakerzeugnissen vor, das hinsichtlich seiner Anwendung an das Alter der erwerbenden Personen anknüpft. Fraglich ist, ob der Bundesgesetzgeber zur Erlassung des § 2a 2.Satz TNRSKG idF BGBl I 2018/13 zuständig war; gem Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG ist dieser lediglich hinsichtlich des Gesundheitswesens, nicht jedoch hinsichtlich Regelungen des Jugendschutzes, der den Ländern aufgrund der Generalklausel des Art 15 B-VG zusteht,⁴⁷ kompetent.

Da diese Regelung aber nicht den Jugendlichen selbst adressiert, sondern jene Personen, die im Sinne des Tabakmonopolgesetzes zum Verkauf berechtigt sind, fällt diese Bestimmung unter die Kompetenzmaterie „Monopolwesen“ gem Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG.

⁴⁷ Zur kompetenzrechtlichen Einordnung des Jugendschutzes siehe *Kröll*, Jugendschutz und Jugendförderung, in: Pürgy (Hrsg), Das Recht der Länder – Band II/1 (2012) Rz 8.

3. § 12 Abs 4 2. Satz TNRSg idF BGBl I 2018/13

Demgegenüber erweist sich die Regelung des des § 12 Abs 4 2.Satz TNRSg idF BGBl I 2018/13 als kompetenz- und damit verfassungswidrig. § 12 Abs 4 2.Satz TNRSg idF BGBl I 2018/13 normiert ein Rauchverbot für „*nicht der entgeltlichen oder gewerblichen Personenbeförderung dienenden Verkehrsmitteln*“ (dh Privatfahrzeuge), „*wenn sich im Fahrzeug eine Person befindet, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat*“. Damit wird ein Rauchverbot auch für Privatfahrzeuge erlassen, das ausweislich der Gesetzesmaterialien dem Jugendschutz dienen soll:

„Mit diesen Bestimmungen werden in Ergänzung zum Verkaufsverbot gemäß § 2a weitere Gesundheitsschutzbestimmungen für Kinder und Jugendliche vorgesehen:

Rauchverbot soll demnach in Ergänzung zum bereits bestehenden Rauchverbot in Verkehrsmitteln zur entgeltlichen oder gewerblichen Personenbeförderung auch in Fahrzeugen bestehen, wenn sich darin mindestens eine Person befindet, die das 18.Lebensjahr noch nicht vollendet hat.“⁴⁸

Die Bestimmung des § 12 Abs 4 2.Satz TNRSg idF BGBl I 2018/13 ist in kompetenzrechtlicher Hinsicht eine Jugendschutzbestimmung und keine Bestimmung des Gesundheitswesens gem Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG. Maßgebliches Kriterium ist – wie aus dem Abstellen auf das Alter der Fahrzeuginsassen ersichtlich – kein allgemeiner Gesundheitsschutz- sondern ein spezifischer Jugendschutzaspekt. Denn wäre § 12 Abs 4 2.Satz TNRSg idF BGBl I 2018/13 „*im Interesse der und zur Abwehr von Gefahren für die Volksgesundheit*“⁴⁹ erlassen worden und eine Regelung des „Gesundheitswesens“, dürfte sie ihren Anwendungsbereich nicht auf Fahrzeuginsassen unter 18 Jahren beschränken. Die gesundheitliche Gefahr, die vom Passivrauch ausgeht, ist für eine 19. jährige – oder ältere – Person ebenso wie für eine 17. jährige Person gleichermaßen gegeben. Zweck der Regelung ist – wie auch aus den Materialien ersichtlich⁵⁰ – Jugendliche vor den Gefahren des Passivrauchens in Fahrzeugen zu schützen.

⁴⁸ IA 107/A BlgNR 26. GP 3.

⁴⁹ VfSlg 20.048/2016.

⁵⁰ IA 107/A BlgNR 26. GP 3.

Dieses Schutzes bedürfen sie, da sie aufgrund mangelnder „geistigen Reife“ weniger wehrhaft sind – insbesondere gegen die Obsorgeberechtigten, deren Erziehungsgewalt sie unterstehen –, sollten sie Passivrauch in Fahrzeugen ausgesetzt sein. Das Gesetz geht davon aus, dass einer über 18. jährigen Person zugetraut werden kann, sich dem Passivrauch freiwillig auszusetzen bzw aus dem Fahrzeug zu steigen oder dem Tabakkonsum eines anderen Fahrzeuginsassen zu widersprechen. Es handelt sich vielmehr um eine Maßnahme, die nicht *„im Interesse der und zur Abwehr von Gefahren für die Volksgesundheit“* zu verstehen ist, sondern vielmehr um eine Maßnahmen die auf *„die Bekämpfung einer für eine andere Kompetenzmaterie allein typischen Abart dieser Gefahr gerichtet sind“*, erlassen wurde.

Andere kompetenzrechtliche Zuordnungen scheiden ebenso aus. So werden weder die Tabaktrafikanten („ Monopolwesen“) noch Gewerbetreibende („ Angelegenheiten des Gewerbes“) adressiert. Auch eine Zuordnung zum Kompetenztatbestand des Kraftfahrwesens gemäß Art. 10 Abs. 1 Z 9 B-VG scheidet aus, da es sich um keine Fragestellung des technischen Betriebs des Kraftfahrzeuges handelt. Eine derartige Regelung müsste viel mehr auf das Ablenkungspotenzial des Lenkers abstellen, aber nicht auf den Gesundheitsschutz von Jugendlichen.

Als Kompetenzgrundlage ist daher in Ermangelung einer Bundeskompetenz die Generalklausel gemäß Art. 15 B-VG („Jugendschutz“) heranzuziehen. Damit ist die Bestimmung des § 12 Abs 4 2.Satz TNRSG idF BGBl I 2018/13 aber eine Jugendschutzbestimmung, deren Erlassung gem Art 15 B-VG den Ländern zusteht. Ihre Erlassung durch den Bundesgesetzgeber erfolgte in kompetenz- und damit verfassungswidriger Weise.

4. Exkurs: Regelungskompetenz der Länder hinsichtlich des NichtraucherInnenschutzes

Aus dem oben Erläuterten lassen sich nun Schlussfolgerungen hinsichtlich der Regelungszuständigkeit der Landesgesetzgeber im Bereich des NichtraucherInnenschutzes treffen. Während der Bundesgesetzgeber gem Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG im Rahmen des Kompetenztatbestandes „Gesundheitswesen“ zur Erlassung von NichtraucherInnen-schutzbestimmungen zuständig ist, die *„im Interesse der und zur Abwehr von Gefahren*

für die [allgemeine] Volksgesundheit“ liegen, sind die Landesgesetzgeber zur Erlassung von jugendschutzrechtlichen NichtraucherInnenenschutzbestimmungen gem Art 15 B-VG. Eine Landeszuständigkeit besteht somit hinsichtlich all jener NichtraucherInnen-schutzregelungen, die zur Abwehr von spezifisch jugendschutzrechtlichen Gefahren erlassen werden. Maßgeblich ist, dass die Bestimmungen Jugendliche schützen, da sie „wegen ihres geringeren Alters noch nicht die volle Reife erlangt haben“.

Die Landesjugendschutzgesetze sehen bereits in verschiedenen Zusammenhängen jugendschutzrechtliche NichtraucherInnenenschutzbestimmungen vor. So finden sich etwa in § 11 Bgld. JSG 2002, §§ 18a und 18b Tiroler Jugendförderungs- und Jugendschutzgesetz, § 16 vbg Kinder- und Jugendgesetz, § 12 K-JSG, § 8 Oö. JSchG 2001, § 36 Salzburger Jugendgesetz, § 18 StjG 2013, § 11 WrJSchG 2002 Erwerbs-, Weitergabe-, Besitz- und Konsumverbote für Tabakwaren. Diesen Bestimmungen zufolge ist Jugendlichen der Erwerb von Tabakwaren vor Vollendung des 16. Lebensjahres untersagt. Der Erwerb und die Weitergabe sind zum Teil in den verschiedenen Ländern unterschiedlich geregelt. Jedenfalls in sämtlichen Bundesländern verboten ist jedoch der Konsum von Tabakwaren durch Jugendliche vor Vollendung des 16. Lebensjahres.⁵¹ Ergänzend sehen die Jugendschutzgesetze auch Bestimmungen vor, die eine Abnahme, Vernichtung oder Verfall von Tabakwaren, die von Jugendlichen erworben wurden, – teils entschädigungslos – ermöglichen.⁵²

Wie bereits oben erörtert wären die Länder gem Art 15 B-VG kompetent, zum TNRSRG hinzutretende jugendschutzrechtliche Rauchverbote – wie etwa das jugendschutzrechtliche Rauchverbot in Fahrzeugen (siehe dazu bereits oben) – zu erlassen; im Übrigen würde auch eine Anhebung des Mindestalters für den Erwerb bzw Konsum von Tabakwaren von 16 auf 18 Jahre in ihre Kompetenz fallen.

⁵¹ Kröll, Jugendschutz und Jugendförderung, in: Pürgy (Hrsg), Das Recht der Länder – Band II/1 (2012) Rz 38ff.

⁵² Siehe etwa § 20 Abs 4 vbg Kinder- und Jugendgesetz; § 21 Abs 6 Tiroler Jugendförderungs- und Jugendschutzgesetz; § 16 Abs 5 K-JSG; § 13 Abs 9 Oö. JSchG 2001; § 41 Salzburger Jugendgesetz; § 25 StjG 2013; § 12 Abs 7 WrJSchG 2002.

Eine Landeskompetenz im Zusammenhang mit dem NichtraucherInnenenschutz besteht im Übrigen auch hinsichtlich einer Beschränkung des Aufenthalts an jugendgefährdenden Orten. Als solche jugendgefährdenden Orte, an denen Jugendlichen vor Vollendung des 18. Lebensjahres der Aufenthalt verboten ist, könnten die Landesgesetzgeber Gastronomieräumlichkeiten definieren, in denen das Rauchverbot des § 13a Abs 1 TNRSG nicht gilt. Denn Jugendliche können typischerweise mangels „voller Reife“ Gefährdungen ihrer Gesundheit – wie auch durch Passivrauch – hinsichtlich der Folgen nicht angemessen beurteilen und bedürfen daher *„gerade deshalb eines besonderen gesetzlichen Schutzes“*.⁵³

Die Landesjugendschutzgesetze sehen Aufenthaltsverbote an jugendgefährdenden Orten in verschiedenstem Zusammenhang vor. Aus der spezifischen jugendschutzrechtlichen Zielsetzung der Aufenthaltsverbote ergibt sich dabei die Zuständigkeit der Landesgesetzgeber im Rahmen der Jugendschutzkompetenz gem Art 15 B-VG auch für Aufenthaltsverbote an jenen Orten, die sachspezifisch Bundeskompetenzen sind. So sieht etwa § 9 Abs 2 WrJSchG 2002 unter dem Titel „Verbotene Lokale und Betriebsräumlichkeiten“ vor, dass sich „obwohl bezüglich des „großen“ Glückspiels der Bundesgesetzgeber gem Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG (Monopolwesen).⁵⁴ Insoweit können die Bundesländer – soweit sie Kinder und Jugendliche adressieren – in den landesgesetzlichen Jugendschutzgesetzen ein Aufenthaltsverbot in Raucherräumen der Gastronomie eigenständig vorsehen.

Eine korrespondierende bundesgesetzliche Regelung hätte die Gewerbetreibenden (also die Gastronomen) zu adressieren und eine Verpflichtung vorzusehen, Jugendliche oder Kinder in Raucherräume einzulassen. Diese Bestimmung würde sich auf die Kompetenzmaterie „Angelegenheiten des Gewerbes“ gemäß Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG stützen.

⁵³ Vgl zur Landeskompetenz Jugendschutz VfSlg 7946/1976.

⁵⁴ Zum Glücksspiel als Teil des Monopolwesens gem Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG vgl Stöger, Art 10 Abs 1 Z 4 B-VG, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht 12. Lfg (2013) Rz 27.

5. Schlussfolgerungen

Bei einer kompetenzrechtliche Analyse der durch BGBl I 2018/13 neu eingefügten Bestimmungen in das TNRSG zeigt sich, dass aufgrund der Einordnung des Tabakrechts als Querschnittsmaterie unterschiedliche Gesichtspunkte Berücksichtigung finden müssen.

Verkaufsbezogene Regelungen (wie in § 2a TNRSG idF BGBl I 2018/13) fallen unter die Kompetenzmaterie „Monopolwesen“ und können daher durch den Bundesgesetzgeber geregelt werden.

Die Einführung eines Rauchverbots im Rahmen der nicht-entgeltlichen bzw nicht-gewerblichen Personenbeförderung gem § 12 Abs 4 TNRSG idF BGBl I 2018/13 fällt aber weder unter die Kompetenzmaterie „Gesundheitsschutz“ noch „Kraftfahrwesen“, sondern ist als jugendschutzrechtliche Bestimmung Landeskompetenz im Sinne der Generalklausel gemäß Art. 15 B-VG. § 12 Abs 4 TNRSG erweist sich in diesem Sinne als verfassungswidrig.

Die Einführung von Aufenthaltsverbote für Kinder und Jugendliche in Raucherräumen in der Gastronomie kann sowohl durch den Bund als auch die Länder folgen. Eine Verpflichtung der Gewerbetreibenden Kinder und Jugendliche in Raucherräumen nicht einzulassen, fällt in die Kompetenzmaterie „Angelegenheiten des Gewerbes“ gem Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG. Ein Verbot gerichtet an die Kinder und Jugendlichen selbst kann jedes Bundesland im Rahmen der Generalklausel gemäß Art. 15 B-VG durch landesgesetzliche Jugendschutzbestimmungen erlassen.

C. Gleichheitsrechtliche Problematik

1. Überblick

Die Regelung des Nichtraucherchutzes in Räumen der Gastronomie gem § 13a TNRSG ist insbesondere aus gleichheitsrechtlicher Sicht gem Art 7 Abs 1 B-VG verfassungsrechtlich problematisch. Der Gleichheitssatz „verbietet es dem Gesetzgeber, andere als sachlich begründbare Differenzierungen zwischen den Normadressaten zu schaffen“.⁵⁵ Dabei ist zu überprüfen, ob „eine rechtliche Differenzierung mit tatsächlichen Unterschieden in einer Weise korrespondiert, die sachlich gerechtfertigt werden kann.“⁵⁶ Dabei ist „Gleiches gleich“ und „Ungleiches ungleich“ zu behandeln. In diesem Sinne betont der Verfassungsgerichtshof das „Gebot einer differenzierenden Regelung wesentlich unterschiedlicher Sachverhalte“.⁵⁷

§ 13a TNRSG nimmt zahlreiche Differenzierungen vor, die einer verfassungsrechtlichen Gleichheitsprüfung zu unterziehen sind. Es zeigt sich dabei eine Differenzierung bzw. Nichtdifferenzierung unterschiedlicher Personengruppen, die von der Zulässigkeit des Rauchens in der Gastronomie betroffen sind. Dabei kann insbesondere folgende Personengruppen identifiziert werden: RaucherInnen und NichtraucherInnen; erwachsene Gäste und minderjährige Gäste; Gäste und Angestellte; Angestellte in der Gastronomie und Angestellte in anderer Gewerben sowie erwachsene Angestellte und minderjährige Angestellte (insbes Lehrlinge).

Im Rahmen der sachlichen Rechtfertigung des Gleichheitssatzes besteht ein legitimer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, der allerdings in der Sachlichkeit der Rechtfertigung seine verfassungsrechtliche Grenze findet.

⁵⁵ VfSlg 8169/1977 uvm; *Öhlinger/Eberhard*, Rz 761.

⁵⁶ *Öhlinger/Eberhard*, Rz 762; siehe dazu auch *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008).

⁵⁷ VfSlg 12.641/1991.

Im Rahmen des § 13a TNRSOG zeigen sich sowohl bei der bereits seit 2008 bestehenden Fassung gleichheitsrechtliche Problemstellungen, die durch die Adaption des rechtlichen Umfelds des § 13a TNRSOG durch die Novelle BGBl I 2018/13 noch verschärft wurden.⁵⁸

Im Rahmen der gleichheitsrechtlichen Prüfung ist schließlich auch das dem Gleichheitssatz erfließende, allgemeine Sachlichkeitsgebot in die verfassungsrechtliche Prüfung mit einzubeziehen.⁵⁹ Auch wenn dieses dem Gesetzgeber einen großen rechtspolitischen Gestaltungsspielraum zugesteht, so bestehen durch dieses ebenfalls verfassungsrechtliche Grenzen, an die sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von Vorgaben an die halten muss.

2. Konzept des NichtraucherInnenschutz iSd TNRSOG

a. Umfassender NichtraucherInnenschutz als Ausgangspunkt

Die Novelle BGBl I 2015/101 führte in § 12 TNRSOG einen „Umfassender Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutz“ ein. Das damit geschaffene Rauchverbot bezieht sich auf Räume für „Unterrichts- und Fortbildungszwecke, Verhandlungszwecke, schul-sportliche Betätigung, schulische oder solche Einrichtungen, in denen Kinder oder Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden, einschließlich der dazugehörigen Freiflächen, und die Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken sowie die in Gastronomiebetrieben für alle den Gästen zur Verfügung stehenden Bereiche,⁶⁰ sowie in „Mehrzweckhallen bzw. Mehrzweckräumen“⁶¹ (inklusive „nicht ortsfeste Einrichtungen, insbesondere Festzelte“⁶²), in geschlossenen öffentlichen und privaten Verkehrsmittel zur entgeltlichen o-

⁵⁸ § 13 a TNRSOG wurde durch die Novelle BGBl I 2018/13 selbst nicht verändert.

⁵⁹ *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, ÖZW 1991, 72.

⁶⁰ § 12 Abs 1 Z 1 -4 TNRSOG.

⁶¹ § 12 Abs 2 TNRSOG.

⁶² *Ebenda*.

der gewerblichen Personenbeförderung,⁶³ und in vielfältigen Zusammenhängen auch in Vereinsräumen⁶⁴.

Das Rauchverbot in den in § 12 TNRSRG genannten Räumlichkeiten wird im Sinne des § 13 TNRSRG weiter ausgeweitet, in dem in sonstigen Räumen öffentlicher Orte auch ein Rauchverbot besteht. Dieses wird durch die Möglichkeit der Einrichtung eines „Raucherraums“ eingeschränkt, der allerdings so auszugestaltet ist, dass „aus diesem Nebenraum weder Tabakrauch in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt, noch das Rauchverbot dadurch umgangen wird“⁶⁵.

Eine Sonderregelung für Hotels und vergleichbare Beherbergungsbetriebe gem § 13 Abs 2 TNRSRG ermöglicht – sofern nicht das Rauchverbot gem § 12 Abs 1-3 TNRSRG zur Anwendung kommt – ebenfalls die Möglichkeit der Einrichtung eines Raucherraums als Nebenraum, wobei „der Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt, das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird und in dem Raucherraum auch keine Speisen und Getränke hergestellt, verarbeitet, verabreicht oder eingenommen werden.“

Insgesamt hat die Novelle BGBl I 2015/101 damit einen breiten NichtraucherInnen-schutz etabliert, der auch durch die Novelle BGBl I 2018/13 nicht behoben wurde, sondern abgesehen von der Gastronomieausnahme noch weiter ausgebaut wurde. Die dahinter stehende Motivation bringen die Erläuterungen zur Novelle 2015 deutlich zum Ausdruck:

Laut World Health Organization (WHO Global Report (2012): Mortality Attributable to Tobacco) stellt Tabakkonsum die größte vermeidbare Ursache für chronische Krankheiten einschließlich Krebs, Lungen- und kardiovaskuläre Erkrankungen und frühzeitige Sterblichkeit dar.

⁶³ Siehe § 12 Abs 4 TNRSRG.

⁶⁴ § 12 Abs 3: „Rauchverbot gilt auch in Räumen, in denen Vereinstätigkeiten im Beisein von Kindern und Jugendlichen ausgeübt werden, sowie in Räumen, in denen Vereine Veranstaltungen, auch ohne Gewinnerzielungsabsicht, abhalten. Es ist dabei unbeachtlich, ob der Zutritt nur auf einen im Vorhinein bestimmten Personenkreis beschränkt ist. Darüber hinaus gilt ein Rauchverbot für Vereine dann, wenn durch die Vereinsaktivitäten eine Umgehung der Bestimmungen gemäß Abs. 1 oder 2 erfolgt.“

⁶⁵ § 13 Abs 1 TNRSRG.

Jährlich sterben 5 Millionen Menschen an den Folgen des Tabakkonsums; hinzu kommen noch 600.000 Tote durch Passivrauch.

Tabak tötet pro Jahr mehr Menschen als Tuberkulose, HIV/AIDS und Malaria zusammen.

Weltweit sind 12 % aller Todesfälle der über 30-Jährigen dem Tabakkonsum zuzuschreiben. 71 % aller Lungenkrebsfälle werden durch Tabakkonsum verursacht, ebenso wie 42 % der COPD-Erkrankungen und 38 % der durch ischämische Herzerkrankungen bedingten Todesfälle 30- bis 44-Jähriger.

Der Tabakrauch, der beim Passivrauchen eingeatmet wird, enthält die gleichen giftigen und krebserzeugenden Substanzen wie der von der Raucherin bzw. vom Raucher inhalede Rauch. Die chemische Zusammensetzung des passiv aufgenommenen Rauches gleicht der des aktiv inhalierten Tabakrauches und enthält über 4.800 verschiedene Substanzen. Bei über 70 dieser Substanzen ist nachgewiesen, dass sie krebserregend sind. Neben giftigen Substanzen wie Blausäure, Ammoniak oder Kohlenmonoxid enthält Tabakrauch krebserregende polyzyklische aromatische Kohlenwasserstoffe, Nitrosamine, Benzol, Arsen und das radioaktive Isotop Polonium 210.

Partikel des Tabakfeinstaubes lagern sich an Wänden, Textilfasern (z.B. Vorhängen) und Einrichtungsgegenständen ab und werden von dort wieder in die Raumluft abgegeben. In Räumen, in denen geraucht wird, ist man ständig den schädlichen, im Tabakrauch enthaltenen Stoffen ausgesetzt, sogar dann noch, wenn dort gerade nicht geraucht wird. Auch "kalter" Rauch gefährdet die Gesundheit.

Passivrauchen ist in jedem Fall gesundheitsgefährdend, es gibt keine unbedenkliche oder unschädliche Dosis.⁶⁶

Eine weitere Ausdehnung des Konzeptes des umfassenden Rauchverbots erfolgte auch durch die Novelle BGBl I 2018/13, in dem auch bei „nicht der entgeltlichen oder gewerblichen Personenbeförderung dienenden Verkehrsmitteln, wenn sich im Fahrzeug eine Person befindet, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat“⁶⁷ ein Rauchverbot vorgesehen wurde. Ebenso wurde in § 2a TNRSOG eine Bestimmung eingeführt, die ab 2019 den Verkauf dieser Tabakerzeugnisse sowie verwandten Erzeugnisse an Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, verbietet.

Die Systematik und das Konzept des TNRSOG zeigen damit deutlich auf, dass ein umfassender NichtraucherInnenenschutz etabliert wird und nur sehr restriktive Ausnahmen bestehen, die wiederum selbst auf den NichtraucherInnenenschutz Rücksicht nehmen. Die mit 1. Mai 2018 in Kraft getretenen Bestimmungen erhöhten das Niveau des

⁶⁶ RV 672 BlgNR 25. GP, 1.

⁶⁷ Ebenda.

NichtraucherInnenschutzes deutlich, wobei dem Schutz der öffentlichen Gesundheit eine besondere Bedeutung zukommt.

Eine Ausnahme von dem vom Gesetzgeber etablierten Konzept des umfassenden Gesundheitsschutzes bedarf daher einer besonderen sachlichen Rechtfertigung. Eine besondere Problematik generiert in diesem Zusammenhang die Ausnahme gemäß § 13a Abs 2 u 3 TNRSOG, die das Rauchen in der Gastronomie unter bestimmten Bedingungen zulässt.

b. Ausnahme gem § 13a TNRSOG

- Allgemeines

Diesem in den §§ 12 u 13 TNRSOG zum Ausdruck kommenden Konzept des umfassenden NichtraucherInnenschutzes steht nun die Bestimmung des § 13a TNRSOG entgegen, die „den Nichtraucherenschutz in Räumen der Gastronomie“ auf dem Niveau vor der Novelle BGBl I 2015/101 und damit auf dem Regierungskonzept aus 2008 belässt. Weder der Initiativantrag⁶⁸ noch der Ausschussbericht⁶⁹ begründen die Aufrechterhaltung der bestehenden Regelung.

Es heisst lapidar: „§ 13a in der am 30. April 2018 geltenden Fassung soll weiterhin in Geltung bleiben. Dies betrifft die sogenannte ‚Gastronomie-Regelung‘ betreffend die Einrichtung von Raucherräumen unter den in § 13a schon bisher vorgesehenen näheren Bedingungen.“⁷⁰ Das öffentlich geführte öffentliche Hearing des Gesundheitsausschusses im Nationalrat führt dabei weder zu einer Änderung des Gesetzesentwurfs noch zu einer Ergänzung bzw. Vertiefung der Begründung desselben.

⁶⁸ Siehe IA 107/A, 26. GP, 3.

⁶⁹ AB 33 BlgNR, 26. GP, 1.

⁷⁰ So wortgleich IA und AB.

Die somit weiter bestehenden Ausnahmen vom NichtraucherInnenschutz in den Räumen der Gastronomie gem § 13a TNSRG bedeuten aber in der neuen Systematik des Gesetzes – im Gegensatz zur alten Rechtslage – eine signifikante Abweichung vom neu eingeführten Konzept des umfassenden NichtraucherInnenschutz gem § 12 TNSRG. Die Ungleichbehandlung (in Form einer Privilegierung) der Räume der Gastronomie (im Gegensatz zu anderen öffentlichen Räumen) bedarf einer sachlichen Rechtfertigung. Sowohl die veränderten Rechtsgrundlagen als auch die wissenschaftliche Erkenntnisse der letzten zehn Jahre sind im Hinblick auf die Intensität der notwendigen sachliche Rechtfertigung der Ausnahme vom umfassenden NichtraucherInnenschutz iSd § 12 TNSRG zu berücksichtigen.

In diesem Sinne ist die nun durch BGBl I 2018/13 wieder eingeführte Ausnahme gem. § 13a TNSRG nicht als Weiterführung der bestehenden Rechtslage zu verstehen, sondern im Kontext der neuen Regelungen.

- Konkretes

Die Regelung des NichtraucherSchutzes in Räumen der Gastronomie gemäß § 13a Abs 1 TNRSg setzt das Konzept des umfassenden NichtraucherSchutzes gem § 12 TNRSg fort. Durch die Ausnahmen gemäß § 13a Abs. 2 und 3 TNRSg wird von diesem Konzept allerdings grundlegend abgewichen. In diesen Fällen besteht die Möglichkeit im Rahmen der Gastronomie zu rauchen, wobei auch die Verabreichung von Speisen und Getränken zulässig ist. Es sind dabei folgende Fallkonstellationen zu unterscheiden:

- Mehrere Räumlichkeiten zur Verabreichung von Speisen und Getränken
- Ein Raum zur Verabreichung von Speisen und Getränken mit sehr kleiner Grundfläche (50m²)
- Ein Raum zur Verabreichung von Speisen und Getränken mit kleiner Grundfläche (50-80m²)

Zu überprüfen ist die Ausnahme in den verschiedenen Fallkonstellationen im Hinblick auf verschiedene Personengruppen. Ausgangspunkt bleibt die erste Fallkonstellation mit mehreren Räumlichkeiten zur Verabreichung von Speisen und Getränken. Als relevante Personengruppen sind nichtrauchende Gäste, dabei insbesondere Kinder und Jugendliche, sowie Angestellte und damit verbunden Lehrlinge zu identifizieren und die sachliche Rechtfertigung der Ausnahme in Hinblick auf diese Personengruppen verfassungsrechtlich zu überprüfen.

3. NichtraucherInnenenschutz für Gäste in der Gastronomie

a. NichtraucherInnen

Die erste relevante Personengruppe bezieht sich auf Gäste in Betrieben des Gastgewerbes iSd § 13a Abs 1 TNRSg, die zwecks Verabreichung von Speisen und Getränken

diesen Betrieb besuchen, aber nicht dem Tabakrauch ausgesetzt werden wollen. Während an anderen öffentlichen Orten ein umfassendes Rauchverbot besteht, werden Gäste in der Gastronomie (bei mehreren Räumlichkeiten des Gastronomiebetriebes) dem Rauch potentiell ausgesetzt.

Um eine gesundheitsschädliche Wirkung durch den Tabakrauch für NichtraucherInnen zu unterbinden, sieht § 13a Abs 2 TNRSG vor,

- dass eine räumliche Trennung von Raucherräumen und Nichtraucherräumen vorgesehen wird;
- dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird;
- dass der Hauptraum vom Rauchverbot umfasst sein muss;
- dass nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze in Räumen gelegen sein, in denen das Rauchen gestattet wird.

Für den Schutz der NichtraucherInnen ist dabei entscheidend, dass die räumliche Trennung zwischen dem Raucherraum und dem Raum, in denen NichtraucherInnen Speisen und Getränke verabreicht werden, so getrennt ist, dass „der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt“. Der Interpretation des Nicht-Eindringens des Tabakrauchs in die mit dem Rauchverbot belegten Räumlichkeiten als Bedingung gem § 13a Abs 2 TNRSG kommt damit entscheidende Bedeutung zu.

Wird diese Bestimmung bloß in einer Art verstanden, dass eine Tür zwischen den beiden Räumen (Raucherraum/Nicht-Raucherraum) besteht, die überdies regelmäßig durch das servierende Personal geöffnet wird, so führt dies zu einer signifikanten Belastung durch Passivrauch im Nichtraucherraum. Eine derartige Interpretation würde die NichtraucherInnen in Hinblick auf den Passivrauch nicht relevant besser stellen als die Gäste im Raucherraum.

In Rahmen dieser Interpretation akzeptiert aber die Rsp des VwGH in Hinblick auf den relevanten Wortlaut, dass ein „kurzes Öffnen und Schließen einer Tür beim Wechsel zwischen Raucherraum und Nichtraucherbereich“ zulässig ist.⁷¹ Die bestehende Interpretation geht also auch ohne starke und ökonomisch aufwendige Be- bzw Entlüftungsanlagen davon aus, dass eine Verbindung zwischen Raucherraum und Nichtrauchererraum zulässig ist.

Demgegenüber zeigen aber wissenschaftliche Studien, dass derartige Türverbindungen in Hinblick auf die Feinstaubbelastung bereits ein gesundheitsgefährdendes Ausmaß erreichen. Die auf diese Weise geschaffene Gesundheitsbelastung von NichtraucherInnen im Rahmen der Gastronomie widerspricht dem Konzept des umfassenden Raucherschutzes gem § 12 TNRSg.

Im Sinne einer verfassungskonformen Interpretation wäre die Bestimmung streng wörtlich zu nehmen, womit eine direkte Verbindungstüre zwischen den zwei Bereichen nur dann in Frage käme, wenn durch eine starke, über die übliche Ausmaß hinausgehende Belüftungsanlage im Raucherraum installiert wird und damit ein Austritt des Tabakrauches ausgeschlossen wäre. Damit sind aber außergewöhnlich hohe Anschaffungs- und Betriebskosten verbunden.

⁷¹ Siehe dazu etwa VwGH 10.1.2012, 2009/11/0198: „Aus den Gesetzesmaterialien (RV 610 BlgNR 23. GP, 6 zur Novelle BGBl. I Nr. 120/2008) zum TabakG 1995 ergibt sich, dass der vom Gesetzgeber intendierte Nichtraucherchutz möglichst lückenlos bestehen und nur durch das kurze Öffnen und Schließen einer Tür beim Wechsel zwischen Raucherraum und Nichtraucherbereich unterbrochen werden soll. Eine den Raucherraum mit dem übrigen Gastronomiebetrieb verbindende Tür ist daher außer zum kurzen Durchschreiten geschlossen zu halten. Angesichts des Ziels, einen möglichst lückenlosen Nichtraucherchutz zu erreichen, kann aber nichts anderes für die Frage gelten, unter welchen Voraussetzungen die Sonderbestimmungen über den Nichtraucherchutz in Räumen der Gastronomie im Verhältnis zu den allgemeinen Nichtraucherchutzregeln für Räume öffentlicher Orte anzuwenden sind. Wie der Verwaltungsgerichtshof im (ebenfalls einen Gastronomiebetrieb in einem Einkaufszentrum betreffenden) E vom 21. September 2010, 2009/11/0209, klarstellte, bezieht sich § 13a TabakG 1995 ‚nur auf diejenigen gastgewerblichen Betriebe, die in abgeschlossenen Räumen untergebracht sind‘, also in Räumen, die mit einer Tür - außer zum kurzen Durchschreiten - verschlossen sind. Fehlt eine dem entsprechende Abtrennung, so bleibt es bei der Grundregel des § 13 Abs. 1 TabakG 1995, sodass im gesamten Gastronomiebetrieb (als Teil eines öffentlichen Ortes nach § 13 Abs. 1 TabakG 1995) nicht geraucht werden darf.“

Gegen diese verfassungskonforme Auslegung spricht aber die authentische Interpretation gem BGBl I 2014/12. ISd vom Gesetzgeber festgelegten und durch BGBl I 2018/13 prolongierten Interpretation ist § 13a Abs 2 TNRSG so auszulegen, dass „den Gästen auf dem Weg zum Hauptraum bzw. zu anderen rauchfreien Bereichen des Lokals wie sanitären Anlagen bzw. WC-Anlagen ein kurzes Durchqueren des Raucherraumes zumutbar ist“. Das „Durchqueren des Raucherraums“ spricht vielmehr dafür, dass die Trennung weiterhin vielmehr auf Zwischentüren beruhen kann. Damit wird aber eine dem Nichtraucherenschutz des Gesetzes sowie dem Gleichheitssatz widersprechende Auslegung geschaffen.

c. Sachliche Rechtfertigung für die Unterscheidung

Die Ausnahme vom umfassenden NichtraucherInnenenschutz im Bereich der Gastronomie bedarf einer sachlichen Rechtfertigung. Ausgangspunkt dafür ist die wissenschaftliche Gesundheitsschädlichkeit des Tabakrauches (auch als Passivrauch). Dies drückt sich insbesondere in einem signifikant erhöhtem Krebsrisiko im Besonderen sowie einem erhöhtem Krankheitsrisiko im Allgemeinen aus.⁷²

Das bestehende Gesundheitsrisiko wurde bereits durch die Erläuterungen im Rahmen der Novelle BGBl I 2015/101 deutlich zum Ausdruck gebracht:

Die derzeit geltenden gesetzlichen Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucher-schutzbestimmungen für die Gastronomie wurden auf Basis eines politischen Kompromisses mit der Novelle zum Tabakgesetz, BGBl. I Nr. 120/2008 verankert. Jüngst publizierte Studien zeigen, dass selbst räumlich getrennte Raucher-/innen- und Nichtraucher-/innenbereiche nicht ausreichend sind, um eine Gesundheitsgefährdung von Gästen, besonders aber auch der Beschäftigten in der Gastronomie, zu vermeiden.

Darüber hinaus werden in einem großen Teil der Gastronomiebetriebe selbst die bestehenden Vorschriften des Tabakgesetzes nicht eingehalten.

Neben den positiven Auswirkungen auf die Gesundheit durch Hintanhaltung von gesundheitlichen Beeinträchtigungen durch Passivrauch und „Drittrauch“,

72

womit eine Senkung der Kosten für das Gesundheitswesen durch Reduzierung insbesondere der Therapie- und Behandlungskosten bei tabakassoziierten Erkrankungen (Herz-Kreislauf, Krebserkrankungen etc.) zu erwarten ist, kommt es zudem auch zu einer Stärkung der Rechtssicherheit aufgrund einer klareren, für alle verständlicheren und in gleicher Weise anwendbaren gesetzlichen Grundlage. Auch die Interessen des Arbeitnehmerinnen- und Arbeitnehmerschutzes werden nunmehr durch Miteinbeziehung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in der Gastronomie umfassend berücksichtigt.

Für die Wirtschaftstreibenden ergibt sich der Vorteil, dass Wettbewerbsverzerrungen wegfallen, insb. auch durch die Miteinbeziehung von Veranstaltungen mit Öffentlichkeitscharakter, die in nicht ortsfesten Einrichtungen stattfinden.

Im internationalen Vergleich sind bereits jetzt vielfach strengere Regelungen in Kraft. Erfahrungen aus diesen Ländern zeigen, dass es für die Wirtschaftstreibenden nach Einführung eines uneingeschränkten Rauchverbotes in der Gastronomie sogar zu Umsatzsteigerungen gekommen ist.⁷³

Demgegenüber führen die Erläuterungen der Novelle 2018 keine Gründe an, worin die sachliche Rechtfertigung der gem § 13a Abs 2 u 3 TNRSG geschaffenen Ausnahme bestehen soll. Es bedarf daher nichtsdestoweniger einer Rechtfertigung, die plausible Gründe dafür anführen kann, warum eine Gesundheitsgefährdung nicht besteht bzw. in Kauf genommen werden darf.

Als Gründe dafür werden üblicherweise folgende Argumente ins Treffen geführt:

- Ausreichender NichtraucherInnenenschutz
- Argument der Freiwilligkeit
- Ökonomische Argument (Erwerbsfreiheit)

Keines dieser Argumente vermag indes zu überzeugen.

⁷³ RV 672 BlgNR 25. GP, 1.

- Ausreichender NichtraucherInnenenschutz

Ausgangspunkt ist die Argumentation, dass ohnedies ein ausreichender Schutz für NichtraucherInnen in der Gastronomie besteht. Dem ist allerdings – wie dargelegt – zu entgegnen, dass die Möglichkeit des Entweichens des Passivrauchs aus dem Raucher- raum nach bestehender Rechtslage gewährleistet wird. Im Gegenteil, es bestehen unterschiedliche Situation (Öffnen der Zwischentüre, Durchschreiten des Raucherbe- reichs, etc), die den NichtraucherInnenenschutz als ungenügend qualifizieren lassen.

Der bestehende NichtraucherInnenenschutz kann nicht als ausreichend angesehen wer- den, um die durch das Passivrauchen bestehenden Gesundheitsgefährdungen zu ver- hindern.

- Argument der Freiwilligkeit

Ein oftmals vorgebrachtes Argument bezieht sich auf die Freiwilligkeit. Die Gäste in der Gastronomie können sich selbst den Gastgewerbebetrieb aussuchen, in dem diese Speisen und Getränke zu sich nehmen. Diese Argumentation ist allerdings zu entgeg- nen, dass aus Blickwinkel des Gesundheitsschutzes, der die Basis der NichtraucherIn- nenregelungen ist, die Einrichtung von NichtraucherInnenräumen genau darin be- steht, dass eine Anwesenheit möglich ist, ohne sich eine Gesundheitsgefährdung durch Passivrauch auszusetzen. Durch die explizite gesetzliche Notwendigkeit der Ein- richtung von Nichtraucherräumen soll Gästen eine Wahlfreiheit zukommen. Diese be- steht allerdings dann nicht, wenn auch in den Nichtraucherräumen eine entsprechen- de Gesundheitsgefährdung besteht. Der Freiwilligkeit wird auf diese Weise nicht Ge- nüge getan.

- Ökonomische Argument (Erwerbsfreiheit)

Als letztes Argument wird oftmals ein ökonomisches vorgebracht. Dies besteht darin, dass die Abschaffung der Möglichkeit des Rauchens für die Gastronomie existenzbedrohende Konsequenzen mit sich tragen könnte. Dies bedeutet, dass behauptet wird, dass ökonomische mit starken Umsatzeinbußen aufgrund der veränderten Situation gerechnet wird. Bereits diese Argumentation ist kritisch zu hinterfragen, zeigen durch Studien, dass die Einführung eines generellen Rauchverbots für die Gastronomie zu Umsatzsteigerungen führen kann.⁷⁴

Rechtlich gewendet bezieht sich das Argument auf einen Eingriff in die Erwerbsfreiheit, insbesondere die Erwerbsausübungsfreiheit. So wird argumentiert, dass das Rauchverbot in der Gastronomie eine Einschränkung der Ausübung des Gewerbes darstellt. Ein umfassendes Rauchverbot greift aber nicht in die Möglichkeiten des Gastronomiegewerbes ein Speisen und Getränke zu verabreichen. Die vorgebrachte Einschränkung der Erwerbsfreiheit bezieht sich aber auf eine gesundheitsrechtliche Vorgabe, die nur faktisch zu einer Beschränkung der Ausübung des Erwerbes führt, aber rechtlich keinen Eingriff darstellt. Es kann daher auch nicht aus ökonomischen Gründen argumentiert werden, dass die Einführung eines generellen Rauchverbots für die Gastronomie einen rechtlichen Eingriff zur Folge hat. Eine sachliche Rechtfertigung für die Aufrechterhaltung der Ausnahme ergibt sich daraus jedenfalls nicht.

Zusammenfassend zeigt sich daher, dass keine der genannten Rechtfertigungsgründe Argumentationen in der Lage ist als sachliche Rechtfertigung für die Aufrechterhaltung der Ausnahme zu dienen. Aufgrund der damit verbundenen Unsachlichkeit der gemäß § 13a TNRSG bestehenden Ausnahmeregelungen von umfassenden Rauchverbot liegt eine Gleichheitswidrikeit, Unsachlichkeit und damit Verfassungswidrigkeit der Regelungen gem § 13a Abs 2 u 3 TNRSG vor.

74

d. Sonderregelung für Gastronomiebetriebe mit kleinen Flächen

Eine Sonderregelung besteht schließlich nicht nur bei mehreren Räumen, sondern wenn ein Gastronomiebetrieb nur aus einem Raum besteht und dieser ein bestimmtes Maß (50 m² bzw 80m²) überschreitet. Zur Rechtfertigung kann das Argument der Freiwilligkeit vorgebracht werden, da niemand dazu gezwungen ist, ein derartiges Gastgewerbe zu betreten. Dem Gesundheitsschutz ist mit dieser Regelung jedenfalls nicht gedient. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist ebenfalls fragwürdig, ob eine derartige Privilegierung kleiner Gastronomiebetriebe gerechtfertigt werden kann.

e. Hotelbetriebe im Besonderen

Für Hotelbetriebe besteht als Grundregel gem § 13 Abs 2 TNRSg, dass ein Raucherraum eingerichtet werden kann, in dem aber keine „Speisen und Getränke hergestellt, verarbeitet, verabreicht oder eingenommen werden“ dürfen. Die Ausnahmen von Nichtraucherchutz gelten sodann gem § 13a Abs 1 Z 2 iVm § 13a Abs 2 u 3 TNRSg auch für Hotelbetriebe. Die sachliche Rechtfertigung für einen Hotelbetrieb in einem Raucherraum keine Speisen verabreichen zu dürfen, aber für einen Gastgewerbebetrieb in einem Hotelbetrieb in einem Raucherraum Speisen verabreichen zu dürfen kann gleichheitsrechtlich nicht nachvollzogen werden. Die bloße Existenz einer Gewerbeberechtigung und die Errichtung eines Gastgewerbebetriebes schaffen aus Perspektive des Nichtraucherchutzes keinen sachlichen Unterschied zwischen einem Gastgewerberaum in einem Hotel einerseits und einem bloßen Hotelbetrieb, bei dem in einem allgemein zugänglichen Raum des Hotels Speisen oder Getränke bereitgestellt werden, andererseits.

f. Kinder und Jugendliche als Gäste in Raucherräumen

Die TNRSg-Novelle 2018 erhöht auch den Nichtraucherchutz für Kinder und Jugendliche. So wird gem § 2a TNRSg ein Verkaufsverbot für Jugendliche etabliert und gem § 12 Abs 4 TNRSg ein (kompetenzwidriges) Rauchverbot „in nicht der entgeltlichen oder gewerblichen Personenbeförderung dienenden Verkehrsmitteln [vorgesehen], wenn sich im Fahrzeug eine Person befindet, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet

hat.“ Der Nichtraucherchutz für Kinder und Jugendliche ergibt sich aber schon grundlegend aus § 12 Abs 1 TNRSRG, der ein Rauchverbot in Räumen für Unterrichtszwecke oder aber für Räume „bei schulsportliche Betätigung [vorsieht], schulische oder solche Einrichtungen, in denen Kinder oder Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden, einschließlich der dazugehörigen Freiflächen“.⁷⁵ § 12 Abs 3 TNRSRG ergänzt den Nichtraucherchutz für Jugendliche auch im Zusammenhang mit Vereinstätigkeiten.

Diesem sehr weitgehenden Nichtraucherchutz für Kinder und Jugendliche stehen die Ausnahmen gem § 13a Abs 2 u 3 TNRSRG gegenüber, die kein Verbot vorsehen, dass Kinder und Jugendliche nicht in Raucherräume eingelassen werden bzw nicht betreten dürfen. Bei Addressierung eines Betretungsverbots an die Kinder und Jugendlichen selbst ist aus jugendschutzrechtlicher Perspektive kompetenzrechtlich der Landesgesetzgeber zuständig. Demgegenüber ist aus gewerbe- bzw tabakrechtlicher Perspektive bei Addressierung der Gewerbetreibenden der Bundesgesetzgeber zuständig. Es bestand bzw besteht daher die Möglichkeit für den Bundesgesetzgeber im Rahmen des TNRSRG entsprechende Regeln vorzusehen, die Gastgewerbetriebe zu verpflichten ein entsprechendes Betretungsverbot vorzunehmen (ähnlich einem Verkaufsverbot an Jugendliche und Kinder).

Das Nicht-Vorsehen einer entsprechender Regelung zum Schutz von Kindern und Jugendlichen im Rahmen der Ausnahme vom Rauchverbot gem § 13a Abs 2 u 3 TNRSRG führt aber zur Unsachlichkeit der Ausnahmeregelung insgesamt. Eine Ausnahme vom umfassenden Nichtraucherchutz für das Gastgewerbe kann sich in Hinblick auf den besonders notwendigen Gesundheitsschutz von Kindern und Jugendliche nicht auf ihre Sachlichekeit berufen, wenn sie es zulässt, dass Kinder und Jugendliche Raucheräume betreten, sich in diesen aufhalten und Speisen und Getränke in diesen Räumen zu sich nehmen.

⁷⁵ § 12 Abs 1 Z 3 TNRSRG.

Auch in Hinblick auf die anderen getroffenen Regelungen zum Gesundheitsschutz für Jugendliche und Kinder bezüglich des umfassenden Nichtrauchererschutzes lässt sich verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen, wieso es zulässig sein sollte, dass eine Ausnahme vom umfassenden Nichtrauchererschutz in der Gastronomie Kinder und Jugendliche nicht gegenausnehmen sollte. Nachdem dieses Betretungsverbot für Jugendliche und Kinder fehlt, sind die Regelungen als gleichheitswidrig zu betrachten, da Kinder und Jugendliche gleich wie Erwachsene behandelt werden, obwohl eine Ungleichheit in Hinblick auf den Schutz vor Passivrauch in Raucherräumen im Sinne des Gesundheitsschutzes notwendig wäre. Die Gleichheitswidrigkeit führt zur Verfassungswidrigkeit der Ausnahmen gem § 13a Abs 2 u 3 TNRSOG.

g. Schlussfolgerungen

Die Novelle BGBl I 2015/101 etablierte mit Inkrafttreten 1. Mai 2018 einen umfassenden Nichtrauchererschutz in Österreich. Auch die Novelle BGBl I 2018 /13 hält an diesem Konzept fest und erweitert den Nichtrauchererschutz. Demgegenüber etabliert die Novelle BGBl I 2018/13 eine in den Erläuterungen nicht näher begründete Ausnahme gem § 13a Abs 2 u 3 TNRSOG hinsichtlich der Möglichkeit Raucherräume in der Gastronomie einzurichten. Aus Perspektive der Gäste von Gastgewerbebetrieben ist diese Regelung als unsachlich zu qualifizieren. Dabei stehen folgende gleichheitsrechtliche Problemstellungen im Vordergrund:

1. Die gesetzliche Ausnahmeregel sieht vor, dass „der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt“. Diese Bestimmung wird aber in einer Weise ausgelegt, dass ein Zwischentür zulässig ist und keine sehr teure und aufwendige Lüftungsanlage installiert werden muss. Damit kommt aber gesundheitsgefährdender Passivrauch auch in den Nichtraucherbereich. Eine derartige Regelung ist als gleichheitswidrig zu verstehen, da sie den Raucher- und den Nichtraucherbereich gleich behandelt, obwohl diese unterschiedlich zu behandeln sind.
2. Ein gleichheitsrechtliches Problem ergibt sich auch in Hinblick auf Kinder und Jugendliche, die weiterhin Raucherräume betreten dürfen. Aufgrund der an-

sonsten bestehen Schutzbestimmungen für Kinder und Jugendliche ist es sachliche nicht gerechtfertigt, dass diese weiterhin Raucherräume betreten dürfen. Kompetenzrechtliche Erwägungen sprechen jedenfalls nicht gegen ein Betretungsverbot, solange sich dieses nicht an die Jugendlichen selbst, sondern an die Gastgewerbetreibende bezieht, die ähnlich einem Verkaufsverbot einen Zutritt nicht gewähren dürfen. Wenn aber Jugendliche (und Kinder) wie Erwachsene behandelt werden, so werden unterschiedliche Gruppen unzulässiger Weise rechtlich gleich behandelt.

3. Schließlich ist auch die Differenzierung zwischen Hotelbetrieben und Gastgewerbebetrieben in Hotels gleichheitsrechtlich problematisch, da in ersterem Fall Speisen und Getränke in Raucherräumen nicht verabreicht werden dürfen, aber in zweiterem Fall schon. Hier findet eine rechtliche Differenzierung statt, der aber eine faktische Gleichheit der Situation gegenübersteht.

Diesen Verstößen gegen den Gleichheitssatz steht aber keine sachliche Rechtfertigung gegenüber. Vorgebrachte Argumente des ausreichenden Nichtraucherchutzes, der Freiwilligkeit der Nutzung der Gastgewerbebetriebe und die möglichen ökonomischen Nachteile vermögen in den angesprochenen Konstellationen nicht zu überzeugen.

Es sind daher vielmehr in Hinblick auf den etablierten umfassenden Nichtraucherchutz gem. § 12 iVm § 13a Abs 1 TNRSG die Ausnahmebestimmungen zur Einrichtung von Raucherräumen in der Gastronomie gem § 13a Abs 2 u 3 TNRSG als gleichheitswidrig iSd Art 7 B-VG und damit als verfassungswidrig zu qualifizieren.

4. Angestellte in der Gastronomie

a. Ausgangssituation

Während für die Gäste eines Gastronomiebetriebes die Möglichkeit besteht, zwischen einem Aufenthalt im Raucherraum und Nichtraucherzimmer zu entscheiden bzw. ein reines Raucherlokal nicht zu betreten, bestehen diese Wahlmöglichkeiten für Ange-

stellte in der Gastronomie nicht. Diese sind im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses verpflichtet sich regelmäßig in Raucherräumen aufzuhalten. Bei reinen Raucherlokalen verschärft sich die Situation, da die Belastung mit Passivrauch in diesen nochmals deutlich höher ausfällt. Die damit verbundenen gesundheitsgefährdenden Belastungen sind wissenschaftlich nachgewiesen.⁷⁶

Es bedarf daher für Angestellte in der Gastronomie ausreichender arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen, durch die gewährleistet wird, dass die Gesundheitsgefährdungen grundsätzlich verhindert, aber zumindest minimiert werden. Bestehen diese nicht, so sind die Ausnahmeregeln gem § 13a Abs 2 u 3 TNRSG als gleichheitswidrig und unsachlich zu verstehen. Es ist nicht ersichtlich, wieso Angestellte in der Gastronomie aus dem Blickwinkel des Arbeitnehmerschutzes schlechter zu stellen sind als Angestellte in anderen Branchen; ebensowenig wie die sachliche Rechtfertigung im Vergleich zu Gästen in Gastronomiebetrieben, denen (in bestimmten Fallkonstellationen) die Freiwilligkeit des Besuchs dieses Gastronomiebetriebes entgegengehalten werden kann.

b. Nichtraucherchutz für Angestellte gem § 13a Abs 4 TNRSG

Die einschlägige Bestimmung für den Nichtraucherchutz für Angestellte in der Gastronomie findet sich in § 13a Abs 4 TNRSG. Diese Bestimmung schafft folgenden einfachgesetzlichen Rahmen des Arbeitnehmerschutzes im Hinblick auf die Gesundheitsgefährdung durch Passivrauch:

„Das Rauchen darf jedoch auch in Räumen, in denen das Rauchverbot gemäß Abs. 1 nicht gilt, nur gestattet werden, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag gilt, wonach

1. ein nicht dem Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG), BGBl. I Nr. 100/2002, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegender Arbeitnehmer

76

Anspruch auf Abfertigung im gesetzlichen Ausmaß hat, wenn er sein Arbeitsverhältnis wegen der Belastung durch die Einwirkung des Passivrauchens kündigt, und

2. die notwendige Zeit zum Besuch von diagnostischen Maßnahmen sowie Untersuchungen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz zu gewähren ist, und
3. gesundheitsfördernde Maßnahmen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz im Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber festzulegen sind, und,
4. im Falle, dass der Betrieb über Räume verfügt, in denen Rauchverbot gilt oder das Rauchen vom Inhaber nicht gestattet wird, die Ausbildung oder Beschäftigung Jugendlicher überwiegend in jenen Räumen zu erfolgen hat, in denen nicht geraucht werden darf.“

Bei näherer Betrachtung kann keine der vorgesehenen Maßnahmen substantiell zum Schutz der Arbeitnehmer beitragen.

- Kündigungsmöglichkeit (§ 13a Abs 4 Z 1 TNRSRG)

Die Gewährung des Abfertigungsanspruches bei Kündigung aufgrund von Passivrauch ist unzureichend, die Sachlichkeit der massiven Gesundheitsgefährdung der ArbeitnehmerInnen durch Passivrauch in der Gastronomie zu begründen. Denn in aller Regel sind ArbeitnehmerInnen auf ihr Arbeitsentgelt angewiesen und von ihrem Arbeitgeber wirtschaftlich abhängig. Zutreffend hat deshalb der Verfassungsgerichtshof in seiner Rechtsprechung bereits ausgesprochen, dass „gerade mit Blick auf die Arbeitnehmer [...] sich das vom Antragsteller vorgetragene Argument der ‚Freiwilligkeit‘ des Besuches von Gastronomiebetrieben als nicht tragend [erweist].“⁷⁷ Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der weiten Verbreitung von Kettenarbeitsverhältnissen in der Gastronomie Abfertigungsansprüche in aller Regel äußerst niedrig sind. Durch die Regelung des § 13a Abs 4 Z 1 TNRSRG idF BGBl I 2018/13 wird den ArbeitnehmerInnen als einziger Schutz vor den durch Passivrauch verursachten massiven Gesundheitsgefährdungen der Weg in die Arbeitslosigkeit eröffnet. Damit ist die Rege-

⁷⁷ VfSlg 19.541/2011.

lung des § 13a Abs 4 Z 1 TNRSG idF BGBl I 2018/13 aber als ArbeitnehmerInnen-schutzbestimmung absolut untauglich.

- Diagnostische und gesundheitsfördernde Maßnahmen (§ 13a Abs 4 Z 2 u 3 TNRSOG)

Der einzige Schutz der ArbeitnehmerInnen in Raucherlokale gewährt wird, sind – abgesehen vom Fall der Schwangerschaft der betreffenden Arbeitnehmerin gem § 13a Abs 5 TNRSOG – die Gewährung der notwendigen Zeit zum Besuch von diagnostischen Maßnahmen sowie Untersuchungen, die Vorsehung von gesundheitsfördernden Maßnahmen.⁷⁸ Welche gesundheitsfördernden Maßnahmen eine Minderung der negativen Auswirkungen des Passivrauchs bewirken können, ist unklar. Auch wenn diagnostische Maßnahmen als wichtig zu bezeichnen sind, so können Sie nur Symptome feststellen, in jenen Fällen in denen die Gesundheitsgefährdung sich bereits realisiert hat.

Der Kollektivvertrag der Arbeiterinnen und Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe vom 1. Mai 2017⁷⁹ führt die Regelung des § 13a Abs 4 TNRSOG im Wesentlichen wortgleich aus:

„Die notwendige Zeit zum Besuch von diagnostischen Maßnahmen und Untersuchungen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz; gesundheitsfördernde Aktivitäten (wie z.B. Beratungen, Seminare, Kurse) sind im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber festzulegen.“

Eine Konkretisierung der Maßnahmen bleibt also auch auf Ebene des Kollektivvertrags aus. Die Wahl gesundheitsfördernde Aktivitäten, im Sinne von Beratungen, Seminare, Kurse, reduziert aber die durch den Passivrauch hervorgerufene Gesundheitsgefährdung nicht. Überdies hängt sie vom Einvernehmen mit dem Arbeitgeber ab und es ge-

⁷⁸ § 13a Abs 4 Z 2-3 TNRSOG idF BGBl I 2018/13.

⁷⁹ Abrufbar unter https://www.wko.at/branchen/tourismus-freizeitwirtschaft/gastronomie/KV-Rahmen_Mai-2017.pdf (08.05.2018).

rät der Arbeitnehmer / die Arbeitnehmerin in Abhängigkeit des Arbeitgebers / der Arbeitgeberin, um überhaupt diese gesundheitsfördernden Maßnahmen zu ergreifen.

- Ausbildung oder Beschäftigung Jugendlicher (§ 13a Abs 4 Z 4 TNRSOG)

Gem § 13a Abs 4 Z 4 TNRSOG wird für jugendliche Beschäftigte vorgesehen, dass „im Falle, dass der Betrieb über Räume verfügt, in denen Rauchverbot gilt oder das Rauchen vom Inhaber nicht gestattet wird, die Ausbildung oder Beschäftigung Jugendlicher überwiegend in jenen Räumen zu erfolgen hat, in denen nicht geraucht werden darf.“

Diese Regelung setzt zu allererst voraus, dass nicht die Konstellation gemäß § 13a Abs. 3 TNRSOG vorliegt. In jenen Fällen, in denen es aufgrund der Beschaffenheit des Gastronomiebetriebes nur einen Raum mit geringer Grundfläche gibt (50m² bzw 80 m²), bestehen die Möglichkeiten des § 13a Abs 4 Z 4 TNRSOG von vornherein nicht. Dies bedeutet allerdings, dass für jugendliche Beschäftigte Konstellation keine besonderen Maßnahmen bestehen.

In der Fallkonstellation gemäß § 13a Abs. 2 TNRSOG, wenn also mehrere Räume bestehen, hat die Ausbildung oder Beschäftigung Jugendlicher überwiegend in jenen Räumen zu erfolgen hat, in denen nicht geraucht werden darf. Besondere Bedeutung kommt hier der Formulierung „überwiegend“ zu. Damit ist allerdings nur eine mehr als 50% Zuordnung verbunden. Dies bedeutet allerdings auch, dass die Beschäftigung Jugendlicher in Raucherräumen mit 40% Anteil im Sinne des § 13a Abs 4 Z 4 TNRSOG rechtlich zulässig ist. Damit verbunden schließlich auch eine signifikante Exposition von Jugendlichen in Hinblick auf den gesundheitsgefährdenden Passivrauch.

Zusammenfassend zeigt sich, dass die gesetzlichen Maßnahmen gem § 13a Abs 4 TNRSOG zum Schutz von ArbeitnehmerInnen als völlig unzureichend zu qualifizieren sind, um eine Gesundheitsgefährdung zu reduzieren geschweige denn diese zu verhindern. Die Bestimmung vermag daher auch nicht zu einer sachlichen Rechtfertigung

einer Ausnahmeregelung des umfassenden Nichtraucherchutzes im Gastronomiegewerbe in Hinblick auf die im Gastronomiegewerbe angestellten Personen beitragen. Nach all den vorgenommenen Änderungen, die mit 1.5. in Kraft getreten sind, bleibt die Gastronomie als einziger Arbeitsplatz bestehen, der keinen hinreichenden NichtraucherInnenchutz gewährleistet.

c. Lehrlinge im Besonderen

Bei Lehrlingen kumulieren sich die verfassungsrechtlichen Bedenken, die bereits im Zusammenhang mit Jugendlichen als Gästen von Gastronomiebetrieben geäußert wurden, und jenen Problemstellungen, die im Zusammenhang mit Arbeitnehmern im Gastronomiegewerbe bestehen. Wie soeben ausgeführt, vermag die Bestimmung des § 13a Abs 4 Z 4 TNRSRG wieder Gesundheitsgefährdungen für jugendliche Beschäftigte zu reduzieren noch zur sachlichen Rechtfertigung der Ausnahme gem § 13a Abs 2 u 3 TNRSRG vom umfassenden Rauchverbot beizutragen.

Die Novelle BGBl I 2018/13 schuf gem § 18 Abs 15 TNRSRG eine Verordnungsermächtigung,

„die über die Bestimmungen des § 13a Abs. 4 Z 4 hinausgehenden erforderlichen Vorschriften für den besonderen Gesundheitsschutz von Personen, die das 18. Lebensjahr nicht vollendet haben und in Betrieben mit Raucherräumen gemäß § 13a arbeiten oder ausgebildet werden“ vorsehen kann. „Diese Verordnung kann insbesondere weitere Beschäftigungsbeschränkungen oder Beschäftigungsverbote enthalten, auf kollektivvertragliche Regelungen Bedacht nehmen und Übergangsbestimmungen für bereits beschäftigte oder in Ausbildung befindliche Personen vorsehen.“

Zu betonen ist, dass es sich um eine bloße Verordnungsermächtigung handelt und auf gesetzliche Ebene keine verpflichtenden Vorgaben gemacht werden. Es bleibt damit doch damit der Schutz Jugendlicher vor Passivrauch im Beschäftigungskontext der Gastronomie unzureichend ausgestaltet.

d. Schlussfolgerungen

Die Bestimmung des § 13a Abs 4 TNRSG ist im Kontext der allgemeinen Regelungen des arbeitnehmerInnenschutzrechtlichen zu sehen. Gem § 30 ASchG haben „Arbeitgeber/innen [...] dafür zu sorgen, dass nicht rauchende Arbeitnehmer/innen vor den Einwirkungen von Tabakrauch am Arbeitsplatz geschützt sind, soweit dies nach der Art des Betriebes möglich ist“.

Gem § 30 Abs 2 ASchG ist aber bei Beschäftigung von NichtraucherInnen in der Arbeitsstätte das Rauchen für ArbeitgeberInnen und ArbeitnehmerInnen verboten. Letztere Bestimmung basiert auf der Novelle BGBl I 2017/126, die eine Anpassung des arbeitnehmerInnenschutzrechtlichen NichtraucherInnenschutzes an einen den wissenschaftlichen Erkenntnissen zeitgemäßen Standard des NichtraucherInnenschutzes bezweckte⁸⁰ und die durch die Novelle BGBl I 2018 /13 nicht verändert wurde.

Von diesen arbeitnehmerschutzrechtlichen Bestimmungen über den NichtraucherInnenschutz sieht § 13a Abs 2 und 3 TNRSG nun jedoch Ausnahmen vor, da sie für Gastronomiebetriebe – und in diesem Zusammenhang für die dort beschäftigten ArbeitnehmerInnen – Ausnahmen vom Rauchverbot vorsieht. Da gem § 30 ASchG „nicht rauchende Arbeitnehmer/innen vor den Einwirkungen von Tabakrauch am Arbeitsplatz“ nur insoweit zu schützen sind, soweit dies nach der Art des Betriebes möglich ist“, bewirken § 13a Abs 2 und 3 TNRSG damit im Ergebnis eine Aufweichung des durch § 30 ASchG vermittelten Schutzes. Denn geht man davon aus, dass es durch die Ausnahmen der §§ 13a Abs 2 und 3 TNRSG ArbeitgeberInnen verunmöglicht wird „nicht rauchende Arbeitnehmer/innen vor den Einwirkungen von Tabakrauch am Arbeitsplatz [...]“ zu schützen, da der Schutz gem § 30 ASchG „nach der Art des Betriebes“ nicht möglich ist, wird auf-

⁸⁰ „In § 30 ASchG soll nun der Schutz von nichtrauchenden Beschäftigten am Arbeitsplatz vor schädlichem Passivrauchen an die Schutzstandards des Gesundheitsrechts im TNRSG angepasst werden.“

Im Sinn des BGBl. I Nr. 101/2015 wird ein allgemeines Rauchverbot in Arbeitsstätten in Gebäuden festgelegt. Raucher/innenräume dürfen eingerichtet werden. Allerdings dürfen Arbeitsräume sowie sonstige Räume, die nach den Arbeitnehmerschutzvorschriften einzurichten sind (Aufenthalts-, Bereitschafts-, Sanitäts- und Umkleieräume), nicht als Raucher/innenräume vorgesehen werden.“ IA 2228/A BlgNR 25.GP 7f; AB 1689 BlgNR 25.GP 1f.

grund der Ausnahmen der §§ 13a Abs 2 und 3 TNRSG ArbeitnehmerInnen in der Gastronomie der NichtraucherInnenenschutz des § 30 ASchG versagt⁸¹.

Eine derartige Sichtweise kann aber verfassungsrechtlich keinen Bestand haben, da in Hinblick auf die Gesundheitsgefährdung der Arbeitnehmer weder eine Notwendigkeit für das Rauchen in Gastronomiebetrieben gibt noch eine sachliche Rechtfertigung, die eine derartige Gesundheitsgefährdung der Arbeitnehmer als zumutbar erscheinen lassen würde. Die Maßnahmen gem § 13a Abs 4 TNRSG können jedenfalls nicht zu einer Reduktion oder gar Verhinderung der Gesundheitsgefährdung beitragen.

⁸¹ In diesem Sinne *Streithofer*, Verstärkter NichtraucherInnenenschutz nach § 30 ASchG (idF BGBl I 2017/126), DRdA-InfAS 2018, 135: „§ 30 ASchG bietet keine generelle Rechtsgrundlage für ein Rauchverbot in der Gastronomie, wenn dort NichtraucherInnen beschäftigt werden. Denn nach § 30 Abs 1 ASchG müssen AG für den Schutz von nicht rauchenden AN sorgen, "soweit dies nach der Art des Betriebes möglich ist". Die Betriebsart kann somit einem Rauchverbot nach § 30 Abs 2 ASchG entgegenstehen. Anwendungsfälle sind Tabaktrafiken, in denen nach dem TNRSG das Rauchen erlaubt ist, und die nach TNRSG zulässigen RaucherInnenlokale. Nach der Rechtslage bis 30. 4. 2018 hat der Gesetzgeber die Beschäftigung von nicht rauchenden AN in RaucherInnenräumen in der Gastronomie nicht grundsätzlich unterbunden, sondern die bloße Abfederung der negativen Folgen des Passivrauchens der Regelung auf kollektivvertraglicher Ebene überlassen (§ 13a Abs 4 TNRSG).“

5. Arbeitnehmerschutz zwischen Passivrauch in der Gastronomie und gefährlichen Arbeitsstoffen

a. Allgemeines

- Zulässigkeit des Vergleich von Passivrauch in der Gastronomie mit gefährlichen Arbeitsstoffen

Im Kontext der gleichheitsrechtlichen Beurteilung der nichtraucherInnenenschutzrechtlichen ArbeitnehmerInnenenschutzbestimmung sind auch die Bestimmungen hinsichtlich gefährlicher Arbeitsstoffe gemäß §§ 40 ff ASchG in die Betrachtung miteinzubeziehen.⁸²

Im gegebenen Zusammenhang sind die ArbeitnehmerInnenenschutzbestimmungen, die ArbeitnehmerInnen vor den Gefahren von gefährlichen Arbeitsstoffen schützen, mit den nichtraucherenschutzrechtlichen ArbeitnehmerInnenenschutzbestimmungen zu vergleichen. Die Regeln des § 13 Abs 4 TNRSg sind als Arbeitnehmerschutzbestimmungen zu verstehen. Schon aus diesem Grund besteht ein Zusammenhang mit dem ASchG. Über § 30 ASchG hinaus, regeln §§ 40 ASchG den Umgang von gesundheitsschädlichen Stoffen während der Arbeit.

In beiden Fällen betreffen die Bestimmungen den Schutz von ArbeitnehmerInnen vor gesundheitsschädlichen Stoffen, wobei insbesondere der Schutz vor karzinogenen und fortpflanzungsgefährdenden Stoffen relevant ist. Sowohl die gefährlichen Arbeitsstoffe, die karzinogene und fortpflanzungsgefährdende Stoffe umfassen, als auch der gesundheitsschädliche Passivrauch sind für die ArbeitnehmerInnen bei Exposition gesundheitsgefährdend. Wenngleich die Bestimmungen der §§ 40 ff ASchG Arbeitstoffe betreffen und es sich beim Passivrauch nicht um einen Arbeitsstoff handelt, sind die

⁸² Siehe zu den gefährlichen Arbeitsstoffen *Löschnigg, Arbeitsrecht*¹² (2015) Rz 7/050f.

Regelungsregime vergleichbar. Denn Zielsetzung und Grundlage des ArbeitnehmerInnenschutzes ist die Verhinderung von Gefährdungen der ArbeitnehmerInnen am Arbeitsplatz bzw deren Gesundheitsschutz im Zusammenhang mit ihrer Erwerbstätigkeit. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob die Gesundheitsgefährdung von einem Arbeitstoff ausgeht, der im Produktionsprozess zum Einsatz kommt, oder von passivrauchenden Gästen in Gastronomiebetrieben. Denn sowohl für die Gefährdung durch gefährlichen Arbeitstoffen als auch durch den Passivrauch der Gäste ist die geschäftliche Tätigkeit des Arbeitgebers ursächlich und ist sind ArbeitnehmerInnen in ihrer Stellung als ArbeitnehmerInnen im gleichen Maße schutzwürdig. Aus der Perspektive des ArbeitnehmerInnenschutzes stellt sich die Unterscheidung von gefährlichen Arbeitstoffen als Arbeitstoffe und Passivrauch durch Gäste als irrelevant dar. Der ArbeitnehmerInneschutz bei der Verwendung von gesundheitsgefährdenden Arbeitstoffen ist allerdings – im Gegensatz zum Schutz vor Passivrauch in Gastronomiebetrieben – sehr hoch und ausdifferenziert.

- Art 40ff ASchG

Die §§ 40 ff ASchG stellen vor allem deshalb eine Vergleichsbasis für die gleichheitsrechtliche Beurteilung dar, weil unter den in § 40 Abs 1 ASchG⁸³ definierten „*gefährliche[n] Arbeitsstoffe*“ auch die Gruppe der „*gesundheitsgefährdenden Arbeitsstoffe*“ fällt, die gem § 40 Abs 4 ASchG⁸⁴ wiederum Arbeitsstoffe umfasst, die ua karzinogen sind.

Darüber hinaus sind gem § 40 Abs 4a ASchG auch solche Arbeitsstoffe als gesundheitsgefährdende Arbeitsstoffe zu anzusehen, die „krebserzeugende, erbgutverändernde, fortpflanzungsgefährdende oder sensibilisierende Eigenschaften im Sinne des § 3 des Chemikaliengesetzes 1996, BGBl. I Nr. 53/1997 in der Fassung BGBl. I Nr. 14/2015, aufweisen“.⁸⁵ Gem § 3 Abs 1 Z 12 ChemG 1996⁸⁶ sind Stoffe dann als krebs-

⁸³ § 40 Abs 1 ASchG: „Gefährliche Arbeitsstoffe sind explosionsgefährliche, brandgefährliche und gesundheitsgefährdende Arbeitsstoffe sowie biologische Arbeitsstoffe, sofern nicht die Ermittlung und Beurteilung gemäß § 41 ergeben hat, daß es sich um einen biologischen Arbeitsstoff der Gruppe 1 ohne erkennbares Gesundheitsrisiko für die Arbeitnehmer handelt. Soweit im Folgenden Gefahrenklassen oder -kategorien genannt sind, sind diese im Sinne der Kriterien nach Anhang I Teil 2 und 3 der Verordnung (EG) Nr. 1272/2008 (CLP-Verordnung) zu verstehen, auch wenn der Arbeitsstoff nicht aufgrund dieser Verordnung eingestuft ist.“

⁸⁴ § 40 Abs 4 ASchG

Gesundheitsgefährdende Arbeitsstoffe sind Arbeitsstoffe, die einer der folgenden Gefahrenklassen zugeordnet werden können:

1. Akute Toxizität (Gefahrenklasse 3.1),
2. Ätz-/Reizwirkung auf die Haut (Gefahrenklasse 3.2),
3. Schwere Augenschädigung/Augenreizung (Gefahrenklasse 3.3),
4. Sensibilisierung der Atemwege oder der Haut (Gefahrenklasse 3.4),
5. Keimzellmutagenität (Gefahrenklasse 3.5),
6. Karzinogenität (Gefahrenklasse 3.6),
7. Reproduktionstoxizität (Gefahrenklasse 3.7),
8. Spezifische Zielorgan-Toxizität, einmalige Exposition (Gefahrenklasse 3.8),
9. Spezifische Zielorgan-Toxizität, wiederholte Exposition (Gefahrenklasse 3.9),
10. Aspirationsgefahr (Gefahrenklasse 3.10).

⁸⁵ § 40 Abs 4a ASchG: „Gesundheitsgefährdende Arbeitsstoffe sind weiters Arbeitsstoffe, die sehr giftige, giftige, gesundheitsschädliche (mindergiftige), ätzende, reizende, krebserzeugende, erbgutverändernde, fortpflanzungsgefährdende oder sensibilisierende Eigenschaften im Sinne des § 3 des Chemikaliengesetzes 1996, BGBl. I Nr. 53/1997 in der Fassung BGBl. I Nr. 14/2015, aufweisen.“

⁸⁶ Bundesgesetz über den Schutz des Menschen und der Umwelt vor Chemikalien (Chemikaliengesetz 1996 – ChemG 1996) StF: BGBl I 1997/53.

erzeugend einzustufen, „wenn sie durch Einatmen, Verschlucken oder Aufnahme über die Haut Krebs verursachen oder die Krebshäufigkeit erhöhen können“. Als „fortpflanzungsfördernd bzw reproduktionstoxisch“ sind Stoffe gem § 3 Abs 1 Z 13 ChemG 1996 anzusehen, „wenn sie durch Einatmen, Verschlucken oder Aufnahme über die Haut nicht vererbare Schäden der Leibesfrucht hervorrufen oder die Häufigkeit solcher Schäden erhöhen (fruchtschädigend), zu einer Beeinträchtigung der geistigen oder körperlichen Entwicklung der Nachkommenschaft nach der Geburt führen oder eine Beeinträchtigung der männlichen oder weiblichen Fortpflanzungsfunktionen oder -fähigkeit zur Folge haben können“.

Angesichts der Tatsache, dass Passivrauch mehr als 100 giftige Substanzen wie etwa Blausäure, Ammoniak, Formaldehyd, Kohlenmonoxid etc, sowie 60 krebserregende Stoffe, für die kein unbedenklicher Grenzwert definiert werden kann,⁸⁷ enthält und § 40 Abs 4 ASchG als gefährliche Arbeitsstoffe ua karzinogene Arbeitsstoffe definiert, stellt sich die Frage, inwieweit eine Differenzierung im Normenbestand hinsichtlich des Einsatzes gefährlichen Arbeitsstoffe einerseits und dem NichtraucherInnenchutz andererseits gerechtfertigt ist. Auch beeinträchtigt Passivrauch erwiesenermaßen die Fruchtbarkeit sowohl von Männern als auch Frauen,⁸⁸ weshalb auch diesbezüglich Vergleiche zwischen den Schutzbestimmungen des ASchG zu den gefährlichen Arbeitsstoffen und den arbeitnehmerInnenchutzrechtlichen NichtraucherInnenbestimmungen anzustellen sind.

b. Zu vergleichenden Normen

- Gefährliche Arbeitsstoffe

⁸⁷ Siehe in diesem Zusammenhang *Kürsten*, Passivrauchen – Tödliche Gefahr, Österreichische Ärztezeitung vom 25.05.2006, 61.

⁸⁸ Vgl *Hamad/Shehko/Kartarius/Montenarh/Hammadeh*, Impact of cigarette smoking on histone (H2B) to protamine ratio in human spermatozoa and its relation to sperm parameters, *Andrology* Volume 2 Issue 5 2014, 666; Spiegel Online 2005, Rauchen senkt die Fruchtbarkeit (abrufbar unter <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/nikotin-effekt-rauchen-senkt-die-fruchtbarkeit-a-350139.html> 07.05.2018).

Bezüglich der gefährlichen Arbeitsstoffe sieht das ASchG zahlreiche besondere Vorkehrungen vor.⁸⁹

Ausgangspunkt ist ein Verwendungsverbot: § 42 Abs 1 ASchG bestimmt, dass *„Krebs-erzeugende (Gefahrenklasse 3.6 – Karzinogenität), erbgutverändernde (Gefahrenklasse 3.5 – Keimzellmutagenität), fortpflanzungsgefährdende (Gefahrenklasse 3.7 – Reproduktionstoxizität) und biologische Arbeitsstoffe der Gruppe 2, 3 oder 4 [...] nicht verwendet werden [dürfen], wenn ein gleichwertiges Arbeitsergebnis [...] mit nicht gefährlichen Arbeitsstoffen oder, sofern dies nicht möglich ist mit Arbeitsstoffen, die weniger gefährliche Eigenschaften aufweisen [erreicht werden kann]“*.

Bei Abweichung bestehen zahlreiche Vorgaben. So sieht § 42 Abs 5 ASchG eine Mel-dungsverpflichtungen des Arbeitgebers an das Arbeitsinspektorat vor, wenn die Ab-sicht besteht, krebserzeugende oder fortpflanzungsgefährdende Arbeitsstoffe zu ver-wenden. Gem § 42 Abs 7 ASchG haben *„[Arbeitgeber] auf Verlangen des Arbeitsinspekto-rates [...] schriftlich darzulegen, aus welchen Gründen ein in Abs. 1 angeführter Arbeitsstoff verwendet wird und unter Vorlage von Unterlagen über die Ergebnisse ihrer Untersuchen-gen zu begründen, warum ein Ersatz im Sinne der Abs. 1 oder 2 nicht möglich ist. Wird die-se Begründung nicht erbracht, hat die Behörde auf Antrag des Arbeitsinspektorates die Be-schäftigung von Arbeitnehmern an Arbeitsplätzen, an denen der gefährliche Arbeitsstoff verwendet wird, zu untersagen.“*

Wenn krebserzeugende oder fortpflanzungsgefährdende Arbeitsstoffe verwendet werden, darf dies gem § 43 Abs 1 ASchG nur in geschlossenen Systemen erfolgen, so-fern dies nach dem Stand der Technik möglich ist. Bemerkenswert ist in diesem Zu-sammenhang, dass eine Berufung auf eine wirtschaftliche Unvertretbarkeit der Ver-wendung eines geschlossenen Systems durch das Erfordernis des Standes der Technik ausgeschlossen ist.

⁸⁹ Siehe hierzu Löschnigg, Arbeitsrecht¹² (2015) Rz 7/050f.

Für den Fall, dass gefährliche Arbeitsstoffe in Verwendung stehen, haben Arbeitgeber gem § 43 Abs 2 ASchG folgende Maßnahmen zur Gefahrenverhütung gem der nachstehenden Rangordnung zu treffen:

- „1. Die Menge der vorhandenen gefährlichen Arbeitsstoffe ist auf das nach der Art der Arbeit unbedingt erforderliche Ausmaß zu beschränken.
2. Die Anzahl der Arbeitnehmer, die der Einwirkung von gefährlichen Arbeitsstoffen ausgesetzt sind oder ausgesetzt sein könnten, ist auf das unbedingt erforderliche Ausmaß zu beschränken.
3. Die Dauer und die Intensität der möglichen Einwirkung von gefährlichen Arbeitsstoffen auf Arbeitnehmer sind auf das unbedingt erforderliche Ausmaß zu beschränken.
4. Die Arbeitsverfahren und Arbeitsvorgänge sind, soweit dies technisch möglich ist, so zu gestalten, daß die Arbeitnehmer nicht mit den gefährlichen Arbeitsstoffen in Kontakt kommen können und gefährliche Gase, Dämpfe oder Schwebstoffe nicht frei werden können.
5. Kann durch diese Maßnahmen nicht verhindert werden, daß gefährliche Gase, Dämpfe oder Schwebstoffe frei werden, so sind diese an ihrer Austritts- oder Entstehungsstelle vollständig zu erfassen und anschließend ohne Gefahr für die Arbeitnehmer zu beseitigen, soweit dies nach dem Stand der Technik möglich ist.
6. Ist eine solche vollständige Erfassung nicht möglich, sind zusätzlich zu den Maßnahmen gemäß Z 5 die dem Stand der Technik entsprechenden Lüftungsmaßnahmen zu treffen.
7. Kann trotz Vornahme der Maßnahmen gemäß Z 1 bis 6 kein ausreichender Schutz der Arbeitnehmer erreicht werden, haben Arbeitgeber dafür zu sorgen, daß erforderlichenfalls entsprechende persönliche Schutzausrüstungen verwendet werden.“

Gem § 43 Abs 3 ASchG müssen Arbeitgeber bei bestimmten Tätigkeiten wie etwa Reinigungsarbeiten, „bei denen die Möglichkeit einer beträchtlichen Erhöhung der Exposition der Arbeitnehmer oder eine Überschreitung eines Grenzwertes im Sinne des § 45 Abs. 1 oder 2 vorherzusehen ist, jede Möglichkeit weiterer technischer Vorbeu-

gungsmaßnahmen zur Begrenzung der Exposition ausschöpfen, Maßnahmen festlegen, die erforderlich sind, um die Dauer der Exposition der Arbeitnehmer auf das unbedingt notwendige Mindestmaß zu verkürzen, dafür sorgen, daß die Arbeitnehmer während dieser Tätigkeiten die entsprechenden persönlichen Schutzausrüstungen verwenden, und dafür sorgen, daß mit diesen Arbeiten nur die dafür unbedingt notwendige Anzahl von Arbeitnehmer beschäftigt wird.“

§ 44 ASchG sieht detaillierte Regelungen zur Kennzeichnung, Verpackung und Lagerung von gefährlichen Arbeitsstoffen vor. § 45 ASchG bestimmt darüber hinaus Grenzwerte, für deren Einhaltung der Arbeitgeber verantwortlich ist. Gem § 44 Abs 3 und 4 ASchG haben Arbeitgeber dafür zu sorgen, dass Grenzwerte *„stets möglichst weit unterschritten“* werden. Als Auffangbestimmung sieht § 44 Abs 7 ASchG vor, dass wenn *„ein gesundheitsgefährdender Arbeitsstoff in Verwendung [steht], für den kein MAK-Wert oder TRK-Wert festgelegt ist, [...] Arbeitgeber dafür sorgen [müssen], daß die Konzentration dieses Arbeitsstoffes als Gas, Dampf oder Schwebstoff in der Luft am Arbeitsplatz stets so gering wie möglich ist“*.

Gem § 47 Abs 1 ASchG haben Arbeitgeber bei Verwendung von krebserzeugenden oder fortpflanzungsgefährdenden Arbeitsstoffen *„ein Verzeichnis jener Arbeitnehmer führen, die der Einwirkung dieser Arbeitsstoffe ausgesetzt sind“* und welches gem § 47 Abs 2 ASchG folgende Angaben zu enthalten hat:

1. Name, Geburtsdatum, Geschlecht,
2. Bezeichnung der Arbeitsstoffe,
3. Art der Gefährdung,
4. Art und Dauer der Tätigkeit,
5. Datum und Ergebnis von Messungen im Arbeitsbereich, soweit vorhanden,
6. Angaben zur Exposition, und
7. Unfälle und Zwischenfälle im Zusammenhang mit diesen Arbeitsstoffen.

Dieses Verzeichnis ist gem § 47 Abs 3 ASchG stets auf dem aktuellen Stand zu halten und bis zum Ende der Exposition aufzubewahren. Nach Ende der Exposition sind sie dem zuständigen Träger der Unfallversicherung zu übermitteln, der diese Verzeichnisse mindestens 40 Jahre aufzubewahren hat.

- NichtraucherInnenschutzbestimmungen im TNRSG

Im Zusammenhang mit dem arbeitnehmerInnenschutzrechtlichen NichtraucherInnenschutz finden sich demgegenüber Bestimmungen im TNRSG, die vergleichsweise viel schwächer ausgeprägt sind.

Die als Ausgleich für Einschränkung des ArbeitnehmerInnenschutzes bei Raucherräumen im Gastgewerbe vorgesehenen Regelung gem § 13a Abs 4 TNRSG erreichen nicht im Ansatz das Niveau des Schutzes vor gefährlichen Arbeitsstoffen. Im Gegenteil, sie sind überhaupt nicht in der Lage eine Gesundheitsgefährdung zu verhindern (Kündigung, Diagnostik und Beratung).

c. Divergierendes Schutzniveau

Bei Analyse der angeführten Bestimmungen zeigt sich, dass das Schutzniveau, das das ArbeitnehmerInnenschutzrecht im Zusammenhang mit sonstigen krebserregenden oder fortpflanzungsgefährdenden Arbeitsstoffen vorsieht, deutlich höher ist, als das Schutzniveau, das bezüglich des krebserregenden und fortpflanzungsgefährdenden Passivrauchs in der Gastronomie gewährt wird.

Im Zusammenhang mit sonstigen krebserregenden oder fortpflanzungsgefährdenden Arbeitsstoffen sieht das ASchG umfangreiche Schutzvorschriften vor. Es begrenzt deren Einsatz auf das unbedingt Notwendige, schreibt den ArbeitgeberInnen umfangreiche Schutzmaßnahmen vor, normiert die Einhaltung von Grenzwerten bzw die Minimierung der Belastung dahingehend, dass Grenzwerte stets möglichst weit unterschritten werden müssen. Zusätzlich normiert es Dokumentations- und Aufzeich-

nungspflichten. Gegenüber diesem umfassenden ArbeitnehmerInnenschutz vor sonstigen krebserregenden oder fortpflanzungsgefährdend Arbeitsstoffen erscheint der arbeitnehmerInnenschutzrechtliche NichtraucherInnenschutz in der Gastronomie in jeder Hinsicht als unzureichend und oberflächlich, da er die hingenommene erhebliche Gesundheitsschädigung von ArbeitnehmerInnen in der Gastronomie nicht ernst nimmt.

Im Zusammenhang mit dem ArbeitnehmerInnenschutz vor Passivrauch in der Gastronomie wird eine Gefährdung von ArbeitnehmerInnen mit krebserregenden und fortpflanzungsgefährdenden Substanzen ohne Vorschreibung von technischen Schutzmaßnahmen zugelassen. Während hinsichtlich der krebserregenden oder fortpflanzungsgefährdenden Arbeitsstoffe, deren Einsatz ohnedies nur bei Notwendigkeit zulässig ist, aufwendige Schutzmaßnahmen nach dem Stand der Technik vorgeschrieben werden, finden sich – obwohl für den Konsum von Tabakwaren in Gastronomiebetrieben keine Notwendigkeit sondern ein Genussbedürfnis ursächlich ist – keinerlei vorgeschriebene technische Schutzmaßnahmen.

Dieses unterschiedliche Schutzniveau ist umso bemerkenswerter, als nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ein gesundheitsgefährdender Arbeitsstoff gesundheitsgefährdend bleibt, auch wenn er nur in geringen Mengen vorkommt:

„Der Umstand der Verwendung eines Arbeitsstoffes (hier: Benzalaceton) in nur geringer Menge - ebenso wie der Umstand der Verwendung in einer bestimmten Art und Weise - vermag nichts an den Eigenschaften dieses Stoffes, sondern allenfalls bloß deren Auswirkungen zu ändern. Ein zufolge seiner Eigenschaften als gesundheitsgefährdend einzustufender Arbeitsstoff bleibt daher gesundheitsgefährdend auch wenn er in nur geringer Menge verwendet wird bzw vorkommt.“⁹⁰

Damit kommen bereits bei geringen Mengen von sonstigen krebserregenden oder fortpflanzungsgefährdenden Arbeitsstoffen die umfassenden Schutzbestimmungen der §§ 40 ff ASchG zur Anwendung, während im Zusammenhang mit durch Tabak-

⁹⁰ VwGH 28.10.1997, 96/04/0160.

rauch verursachten erhebliche Mengen von krebserregenden oder fortpflanzungsgefährdenden Stoffen lediglich die überaus bescheidenen Schutzbestimmungen des § 13a Abs 4 und 5 TNRSOG anzuwenden sind.

d. Sachliche Rechtfertigung für die Unterscheidung

§§ 40 ff ASchG differenzieren nicht nach verschiedenen Stufen bzw Mengen von krebserregenden oder fortpflanzungsgefährdenden Arbeitsstoffen. Gem §§ 40 ff ASchG ist jeder krebserregende oder fortpflanzungsgefährdende Arbeitsstoff ein gefährlicher Arbeitsstoff. Es kann aufgrund der bestehenden wissenschaftlichen Studien an der Karzinogenität und Reproduktionstoxizität von Passivrauch nicht gezweifelt werden.

Auch das Argument, dass die Gefährdung in der Gastronomie aus ökonomischen Gründen der ArbeitgeberInnen notwendig ist, vermag die vorliegende Differenzierung nicht zu rechtfertigen, sind doch gefährliche Arbeitsstoffe im Sinne der §§ 40 ff ASchG – da sie Arbeitsstoffe sind – für die ArbeitgeberInnen in einem noch viel größeren Ausmaß von ökonomischer Bedeutung. Während folglich ArbeitnehmerInnen vor krebserregenden oder fortpflanzungsgefährdenden Stoffen, die als Arbeitsstoff für den Produktionsvorgang notwendig sind, umfassend geschützt werden, genießen ArbeitnehmerInnen in der Gastronomie vor krebserregendem und fortpflanzungsgefährdendem Passivrauch, der – da er lediglich dem Genuss der Gäste dient und nicht für einen Produktionsvorgang notwendig ist – keinen Arbeitsstoff darstellt, einen im Vergleich vernachlässigbaren Schutz.

Die Behauptung, dass sich ArbeitnehmerInnen in der Gastronomie freiwillig den Gefahren des Passivrauchs aussetzen und damit keines Schutzes bedürfen, vermag keinen sachlichen Grund für eine Differenzierung zu liefern. Erstens kann im Zusammenhang mit ArbeitnehmerInnen – was im Übrigen der Verfassungsgerichtshof in

seiner Rechtsprechung bereits bestätigt hat⁹¹ – nicht von „Freiwilligkeit“ der Aussetzung der Gefahren des Passivrauches gesprochen werden, sind doch die ArbeitnehmerInnen in erheblichem Umfang vom Arbeitgeber wirtschaftlich abhängig und auf das Arbeitsentgelt angewiesen. Mit demselben Argument könnte man in weitere Folge auch die Notwendigkeit der Bestimmungen der §§ 40 ff ASchG über die gefährlichen Arbeitsstoffe in Frage stellen, stünde es doch allen ArbeitnehmerInnen frei, jederzeit zu kündigen. Die Gesundheitsgefährdung durch die gefährlichen Arbeitsstoffe im Sinne der §§ 40 ff ASchG erfolge somit freiwillig und es bedürfe ihrer nicht.

e. Schlussfolgerungen

Die für die Gastronomie gem § 13a Abs 2 und 3 TNRSOG idF BGBl I 2018/13 geltenden Ausnahmen vom Rauchverbot sind gem Art 7 B-VG gleichheits- und damit verfassungswidrig. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich krebsgefährdender Passivrauch im Tatsächlichen von sonstigen krebserregenden gefährlichen Arbeitsstoffen aus einer ArbeitnehmerInnenschutzperspektive unterscheidet. Die getroffenen Differenzierungen können damit nicht sachlich gerechtfertigt werden.

Die für die Gastronomie gem § 13a Abs 2 und 3 TNRSOG idF BGBl I 2018/13 geltenden Ausnahmen vom Rauchverbot könnten nur insoweit sachlich gerechtfertigt sein, als sie durch ArbeitnehmerInnenschutzbestimmungen, die dem Schutzniveau der §§ 40 ff ASchG entsprechen, ergänzt würden. So müsste der Gesetzgeber Gastronomen für den Fall, dass diese das Rauchen in ihrem Gastronomiebetrieb erlauben wollen, umfangreiche Sicherungsmaßnahmen zur Vermeidung einer Gesundheitsgefährdung der ArbeitnehmerInnen nach dem Stand der Technik vorschreibt. Der Einsatz wäre auf das unbedingt Notwendige zu begrenzen, umfangreiche Schutzmaßnahmen

⁹¹ VfSlg 19.541/2011: „Ein Rauchverbot in Räumen der Gastronomie ist zur Erreichung des Zieles des Nichtraucherschutzes insofern geeignet und im Hinblick auf den hohen Stellenwert, der dem Ziel des Gesundheitsschutzes nicht nur der Gäste, sondern auch der Arbeitnehmer in Gastgewerbebetrieben zukommt, auch verhältnismäßig (vgl. VfSlg. 18.895/2009). Gerade mit Blick auf die Arbeitnehmer erweist sich das vom Antragsteller vorgetragene Argument der ‚Freiwilligkeit‘ des Besuches von Gastronomiebetrieben als nicht tragend.“

müssten die Einhaltung von Grenzwerten bzw die Minimierung der Belastung gewährleisten sowie Dokumentations- und Aufzeichnungspflichten eingeführt werden.

Denn wie die Analyse der Bestimmungen des ASchG im Zusammenhang mit gefährlichen Arbeitsstoffen zeigt, sind vom Arbeitgeber bei der Verwendung von gefährlichen Arbeitsstoffen sämtliche nach dem Stand der Technik möglichen Maßnahmen umzusetzen, um eine Gesundheitsgefährdung der ArbeitnehmerInnen zu vermeiden.

Aber selbst in diesem Fall ist die sachliche Rechtfertigung der Zulässigkeit des Passivrauchs kritisch zu hinterfragen. Im Gegensatz zu dem für den wirtschaftlichen Produktionsprozess wichtigen Arbeitsstoff, dient die Möglichkeit im Gastgewerbe zu Rauchen nur dem Genuss ausgewählter Gäste, wodurch eine erhebliche Gesundheitsgefährdung der Angestellten in Kauf genommen wird.

6. Gleichheitsrechtliche Gesamtbetrachtung

Die vielfältigen gleichheitsrechtlichen Analysen schaffen ein einheitliches Gesamtbild. Die Ausnahmebestimmungen gem § 13a Abs 2 u 3 TNRSG, die eine Abweichung vom Konzept des umfassenden NichtraucherInnenschutzes darstellen, verstoßen gegen den Gleichheitssatz, sind unsachlich und damit verfassungswidrig. Davon betroffen sind bereits alle Gäste im Nichtraucherbereich, Kinder und Jugendliche, die sich in Raucherräumen aufhalten dürfen, ebenso wie ArbeitnehmerInnen in Gastronomiebetrieben, die sich dem Passivrauch nicht entziehen können und dabei wiederum auch jugendliche Beschäftigte. Für alle Gruppen gibt es in Hinblick auf die vorgesehenen Ausnahme weder geeigneten Schutzmaßnahmen noch eine sachliche Rechtfertigung, weshalb diese Personengruppen dieser wissenschaftlich nachgewiesenen Gesundheitsgefährdung ausgesetzt sein sollten.

Der Vergleich mit den arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen zu Arbeitsstoffen zeigt schließlich deutlich aus wie ein angemessenes Schutzniveau entwickelt werden kann. Damit wird aber auch aufgezeigt, dass eine derartige gesundheitsgefährdende Exposition nur dann erfolgen sollte, wenn diese unbedingt erforderlich ist. Diese Situation liegt aber im Zusammenhang mit dem Rauchen durch Gäste in Gastronomiebetrieben jedenfalls nicht vor.

Die Ausnahmeregeln zum umfassenden NichtraucherInnenschutz in der Gastronomie können daher aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht mehr aufrechterhalten werden.

D. Art 8 EMRK – Eingriff in die körperliche Integrität

Das in Art 8 EMRK verankerte Recht auf Privat- und Familienleben ist ein Jedermannsrecht, das unabhängig von einer etwaigen Staatsbürgerschaft zusteht. Als Ausdruck des Privatlebensschutzes gewährt es einen Schutz der körperlichen sowie geistigen Integrität.⁹² Auch Beeinträchtigungen des körperlichen und geistigen Wohlbefindens können – insoweit sie das Mindestmaß an Eingriffsintensität erreichen – einen Eingriff in Art 8 EMRK zur Folge haben.⁹³ So stellte der EGMR in *Moreno Gómez gg Spanien*⁹⁴ eine Verletzung von Art 8 EMRK fest, da es staatliche Stellen unterlassen hatten, den Beschwerdeführer vor Lärmbelästigung durch Dritte zu schützen.⁹⁵

Weitere Entscheidungen des EMGR zu Verletzungen von Art 8 EMRK durch Gesundheitsbeeinträchtigungen betreffen vor allem Gesundheitsbeeinträchtigungen im Bereich der Wohnung. In der *Rs López Ostra gg Spanien*⁹⁶ stellte der EGMR etwa eine Verletzung von Art 8 EMRK fest, die ihre Ursache in der staatlichen Nichtintervention gegen eine Müllaufbereitungsanlage hatte, die durch die Emission von potentiell gesundheitsgefährdenden Gasen. Der Gerichtshof sprach aus, dass schwere Umweltverschmutzungen selbst ohne ernsthafte Gefährdung der Gesundheit eine Verletzung von Art 8 EMRK darstellen können.⁹⁷ Im Ergebnis stellte der EGMR eine Verletzung von Art 8 EMRK fest.⁹⁸

⁹² Vgl *Wiederin*, Schutz der Privatsphäre, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Österreich Band VII/1² (2014) Rz 42f.

⁹³ *Bezemek*, Grundrechte in der Rechtsprechung der Höchstgerichte (2016) § 11 Privat- und Familienleben Rz 3.

⁹⁴ EGMR 16.11.2004, 4143/02, *Moreno Gómez/Spainien*.

⁹⁵ EGMR 16.11.2004, 4143/02, *Moreno Gómez/Spainien* Rz 58: „The Court notes that the applicant lives in an area that is indisputably subject to night-time disturbances; this clearly unsettles the applicant as she goes about her daily life, particularly at weekends. The Court must now determine whether the nuisance caused by the noise attained the minimum level of severity required for it to constitute a violation of Article 8.“

⁹⁶ EGMR 09.12.1994, 16798/90, *López Ostra/Spainien*; siehe die Zusammenfassung der Entscheidung bei *Rainey/Wicks/Ovey*, *The European Convention on Human Rights*⁷ (2017) 448.

⁹⁷ EGMR 09.12.1994, 16798/90, *López Ostra/Spainien* Rz 51: “Naturally, severe environmental pollution may affect individuals’ well-being and prevent them from enjoying their homes in such a

In *Fadeyeva gg Russland*⁹⁹ stellte der Gerichtshof fest, dass die aus Art 8 EMRK abgeleiteten staatlichen Schutzpflichten eine staatliche Umsiedlung erforderlich machen können, wenn neben Industriebetrieben lebende Personen durch giftige Emissionen in ihrer Gesundheit beeinträchtigt sind.

Entgegen den angeführten Urteilen des EGMR, die Gesundheitsbeeinträchtigungen und Belästigungen im Bereich der Wohnung betreffen, verursachen die Ausnahmebestimmungen der § 13a Abs 2 und 3 TNRSG hingegen eine Gesundheitsgefährdung der ArbeitnehmerInnen durch Passivrauch am Arbeitsplatz. Man könnte nun entgegen, dass es sich erstens beim Bereich der Wohnung um die höchstpersönlichste, menschliche Sphäre handle, bezüglich der deshalb ein erhöhter Schutz erforderlich sei. Zweitens könnte man argumentieren, dass es hinsichtlich der ArbeitnehmerInnen am Kriterium der unfreiwilligen Beeinträchtigung mangle, da diese ihre/n ArbeitgeberIn frei wählen könnten und sich daher Passivrauch freiwillig aussetzen würden. Einer Beeinträchtigung in der Wohnung könne sich der/die Einzelne jedoch nicht einfach entziehen und sei eine solche Beeinträchtigung daher unfreiwillig.

Diesen Argumenten kann nicht gefolgt werden. Wie der Verfassungsgerichtshof in VfSlg 19.541/2011 ausführte, erweist sich „das vom Antragsteller vorgetragene Argument der ‚Freiwilligkeit‘ des Besuches von Gastronomiebetrieben [mit Blick auf die Arbeitnehmer] als nicht tragend“.¹⁰⁰ Gerade im Gastronomiebereich sind ArbeitnehmerInnen ihren ArbeitgeberInnen wirtschaftlich stark unterlegen und in erheblichem

way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health. Whether the question is analysed in terms of a positive duty on the State - to take reasonable and appropriate measures to secure the applicant's rights under paragraph 1 of Article 8 (art. 8-1) -, as the applicant wishes in her case, or in terms of an "interference by a public authority" to be justified in accordance with paragraph 2 (art. 8-2), the applicable principles are broadly similar."

⁹⁸ EGMR 09.12.1994, 16798/90, *López Ostra/Spanien* Rz 58: "Having regard to the foregoing, and despite the margin of appreciation left to the respondent State, the Court considers that the State did not succeed in striking a fair balance between the interest of the town's economic well-being - that of having a waste-treatment plant - and the applicant's effective enjoyment of her right to respect for her home and her private and family life."

⁹⁹ EGMR 09.06.2005, 55723/00, *Fadeyeva/Russland*.

¹⁰⁰ VfSlg 19.541/2011.

Maße von diesen finanziell abhängig. Es kann daher nicht davon gesprochen werden, dass sich die in der Gastronomie beschäftigten ArbeitnehmerInnen dem Passivrauch von Gästen „freiwillig“ aussetzen.¹⁰¹ Dies wird umso deutlicher, führt man sich die im ASchG¹⁰² für den Umgang mit gefährlichen Arbeitsstoffen getroffenen Bestimmungen¹⁰³ vor Augen.

So sieht etwa § 42 Abs 1 ASchG vor, dass *„[k]rebserzeugende (Gefahrenklasse 3.6 – Karzinogenität), erbgutverändernde (Gefahrenklasse 3.5 – Keimzellmutagenität), fortpflanzungsgefährdende (Gefahrenklasse 3.7 – Reproduktionstoxizität) und biologische Arbeitsstoffe der Gruppe 2, 3 oder 4 [...] nicht verwendet werden [dürfen], wenn ein gleichwertiges Arbeitsergebnis [...] mit nicht gefährlichen Arbeitsstoffen oder, sofern dies nicht möglich ist, [...] mit Arbeitsstoffen, die weniger gefährliche Eigenschaften aufweisen, [erreicht werden kann]“*. § 43 Abs 1 ASchG legt beispielsweise fest, dass krebserzeugende Arbeitsstoffe nur in geschlossenen Systemen verwendet werden dürfen, wenn dies nach der Art der Arbeit und dem Stand der Technik möglich ist. § 46 ASchG schreibt dem/der Arbeitgeber/In Messungsverpflichtungen im Zusammenhang mit gefährlichen Arbeitsstoffen vor.

Mit dem Argument, dass sich ArbeitnehmerInnen im Bereich der Gastronomie Passivrauch freiwillig aussetzen und es aus diesem Grund keines umfassenden Schutz bedürfe könnte man nun auch den Bestimmungen der §§ 40 ASchG entgegenreten. Auch hier könnten ArbeitnehmerInnen bei Bedenken hinsichtlich der gefährlichen

¹⁰¹ Siehe in diesem Zusammenhang *Reichmann/Sommersguter-Reichmann*, Der Schutz von Angestellten in der Gastronomie vor Tabakrauch – Rechtliche Grundlagen und Schutz in der Praxis, ASoK 2011, 72: „Nichtraucher müssen demnach durch Gesetze geschützt werden, insb. natürlich am Arbeitsplatz: Während man sich im privaten Bereich idR durch einen Ortswechsel dem Tabakrauch entziehen kann, zB durch Verlassen eines Gastronomiebetriebes, in dem geraucht wird, ist dies am Arbeitsplatz nicht möglich. Besonders wichtig ist daher ein funktionierender Schutz für Arbeitsplätze, an denen die Wahrscheinlichkeit, Tabakrauch ausgesetzt zu sein, überdurchschnittlich hoch ist. Erfahrungsgemäß ist dies besonders in Gastronomiebetrieben der Fall, da es hier ja nicht nur rauchende Kollegen, sondern auch eine noch viel höhere Zahl von rauchenden Gästen geben kann.“

¹⁰² Bundesgesetz über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit (ArbeitnehmerInnen-schutzgesetz – ASchG), BGBl 1994/450.

¹⁰³ §§ 40 ff ASchG.

Stoffe den/die ArbeitgeberIn wechseln. Der Bestimmungen der §§ 40 ASchG bedürfe es daher nicht.

Die Bestimmungen der §§ 40 ASchG – wie auch sämtliche sonstige Arbeitnehmerschutzbestimmungen – entspringen vielmehr einer faktischen Notwendigkeit ArbeitnehmerInnen in einem Verhältnis wirtschaftlicher Abhängigkeit vor Gefährdungen ihrer Gesundheit zu schützen. Dieses Schutzes bedürfen auch ArbeitnehmerInnen in der Gastronomie, die vor den erheblichen negativen Folgen des Passivrauchs zu schützen sind.¹⁰⁴

Die durch den Passivrauch bewirkte erhebliche Gesundheitsgefährdung rechtfertigt auch die Gleichbehandlung des Arbeitsplatzes mit der Wohnung. Denn wenngleich Personen hinsichtlich der Wohnung als dem höchstpersönlichen Bereich der menschlichen Sphäre im Vergleich zu ihrem Arbeitsplatz eines erhöhten Schutzes bedürfen, der bereits bei bloßen Belästigungen relevant werden kann,¹⁰⁵ vor welchen ArbeitnehmerInnen am Arbeitsplatz nicht zu schützen sind, ist es mit Art 8 EMRK nicht zu vereinen, ArbeitnehmerInnen den Schutz vor einer Gesundheitsgefährdung „Passivrauch“ zu versagen, die jährlich ca 1.400 Todesfälle verursacht.¹⁰⁶

Nach der Branchenstatistik Gastronomie der Wirtschaftskammer Österreich für das Jahr 2017¹⁰⁷ waren im Jahr 2016 150.196 Personen in der Gastronomie als unselbstständig Beschäftigte tätig. Nimmt man für Österreich eine Einwohnerzahl von 8.8 Mio EinwohnerInnen an, ergibt dies statistisch alleine in der Gastronomie jährlich ca 24 Todesopfer von unselbständigen GastronomiemitarbeiterInnen durch Passivrauch. Die Drastik dieser Zahl wird noch erhöht, stellt man sie der Zahl der Todesopfer durch

¹⁰⁴ *Reichmann/Sommersguter-Reichmann*, Der Schutz von Angestellten in der Gastronomie vor Tabakrauch – Rechtliche Grundlagen und Schutz in der Praxis, ASoK 2011, 75 sprechen diesbezüglich von einer „vom Gesetzgeber tolerierte Lückenhaftigkeit des ASchG im Bereich der Gastronomie“.

¹⁰⁵ EGMR 16.11.2004, 4143/02, *Moreno Gómez/Spanien*.

¹⁰⁶ *Kürsten*, Passivrauchen – Tödliche Gefahr, Österreichische Ärztezeitung vom 25.05.2006, 60.

¹⁰⁷ Abrufbar unter https://www.wko.at/branchen/tourismus-freizeitwirtschaft/gastronomie/B_601_2017.pdf (05.05.2018).

Arbeitsunfälle gegenüber. Nach einer Presseinformation der AUVA vom 20.04.2017 starben im Jahr 2016 insgesamt 106 Personen durch Arbeitsunfälle.¹⁰⁸

Angesichts der erheblichen Gefahren für die Gesundheit der ArbeitnehmerInnen, die von dem gem §§ 13a Abs 2 und 3 TNRSOG „zulässigen“ Passivrauch ausgeht, greifen die Bestimmungen der §§ 13a Abs 2 und 3 TNRSOG in den Schutzbereich des Art 8 EMRK ein.

Nun findet sich in § 13a Abs 4 TNRSOG zwar eine Arbeitnehmerschutzbestimmung¹⁰⁹, die die Beschäftigung von ArbeitnehmerInnen „in Räumen, in denen das Rauchverbot gemäß Abs. 1 nicht gilt, nur gestattet“, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag gilt, der den Anforderungen des § 13a Abs 4 TNRSOG genügt.¹¹⁰ Der gem § 13a Abs 4 TNRSOG erforderliche Kollektivvertrag hat dabei ua „die notwendige Zeit zum Besuch von diag-

¹⁰⁸

Abrufbar

unter

<https://www.auva.at/cdscontent/load?contentid=10008.640287&version=1492696918>
(05.05.2018).

¹⁰⁹ Dass es sich bei § 13a Abs 4 TNRSOG um eine arbeitnehmerschutzrechtliche Regelung handelt, folgt aus dem Normzweck des Schutzes der ArbeitnehmerInnen. Siehe *Reichmann/Sommersguter-Reichmann*, Der Schutz von Angestellten in der Gastronomie vor Tabakrauch – Rechtliche Grundlagen und Schutz in der Praxis, ASoK 2011, 73: „Der Gesetzgeber hat zwar i. Z. m. diesen Ausnahmen an den Schutz der in der Gastronomie tätigen Arbeitnehmer gedacht, indem gem. §13a Abs 4 TabakG das Rauchen auch bei Vorliegen eines derartigen Ausnahmetatbestandes nur dann gestattet werden darf, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag vorliegt, der den Arbeitnehmern gewisse Rechte zusichert, wie etwa die Gewährung der notwendigen Zeit für den Besuch von diagnostischen Maßnahmen oder die Absolvierung von Untersuchungen i. Z. m. Passivrauchen am Arbeitsplatz.

¹¹⁰ § 13a Abs 4 TNRSOG.

Das Rauchen darf jedoch auch in Räumen, in denen das Rauchverbot gemäß Abs. 1 nicht gilt, nur gestattet werden, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag gilt, wonach

1. ein nicht dem Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG), BGBl. I Nr. 100/2002, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegender Arbeitnehmer Anspruch auf Abfertigung im gesetzlichen Ausmaß hat, wenn er sein Arbeitsverhältnis wegen der Belastung durch die Einwirkung des Passivrauchens kündigt, und
2. die notwendige Zeit zum Besuch von diagnostischen Maßnahmen sowie Untersuchungen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz zu gewähren ist, und
3. gesundheitsfördernde Maßnahmen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz im Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber festzulegen sind, und
4. im Falle, dass der Betrieb über Räume verfügt, in denen Rauchverbot gilt oder das Rauchen vom Inhaber nicht gestattet wird, die Ausbildung oder Beschäftigung Jugendlicher überwiegend in jenen Räumen zu erfolgen hat, in denen nicht geraucht werden darf.

*nostischen Maßnahmen sowie Untersuchungen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz zu gewähren*¹¹¹ oder etwa „*gesundheitsfördernde Maßnahmen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz im Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber festzulegen*“¹¹². Insoweit § 13a Abs 4 TNRSOG wirksame Abhilfe gegen die durch den Passivrauch verursachte Gesundheitsgefährdung böte, könnte der durch die Ausnahmebestimmungen der §§ 13a Abs 2 und 3 TNRSOG bewirkte Eingriff in Art 8 EMRK als verhältnismäßig anzusehen sein.

Fraglich ist allerdings, welche „gesundheitsfördernde Maßnahmen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz“¹¹³ einen wirksamen Schutz vor der durch das Passivrauchen der ArbeitnehmerInnen verursachten gesundheitlichen Belastung bieten können bzw bereits entstandene Gesundheitsschäden beseitigen können. Auch ist zu bezweifeln, dass die Gewährung der „*notwendigen Zeit zum Besuch von diagnostischen Maßnahmen sowie Untersuchungen*“ tatsächlich einen sachgerechten Ausgleich für die erhebliche Gesundheitsschädigung bieten kann.¹¹⁴ Denn selbst wenn ein Lungenkarzinom einer ArbeitnehmerIn im Frühstadium erkannt wird, bleibt es eine schwere Erkrankung mit potentiell tödlichem Ausgang. Insbesondere angesichts der durch §§ 13a Abs 2 und 3 TNRSOG verfolgten öffentlichen Interessen (Ermöglichung des Tabakgenusses von RaucherInnen auch in Räumen der Gastronomie, Schaffung eines Gestaltungsspielraumes für GastwirtInnen), die wohl kaum als besonders gewichtig angesehen werden können, und der ganz erheblichen gesundheitlichen Auswirkun-

¹¹¹ § 13a Abs 4 Z 2 TNRSOG.

¹¹² § 13a Abs 4 Z 3 TNRSOG.

¹¹³ § 13a Abs 4 Z 3 TNRSOG.

¹¹⁴ Dahingehend kritisch *Reichmann/Sommersguter-Reichmann*, Der Schutz von Angestellten in der Gastronomie vor Tabakrauch – Rechtliche Grundlagen und Schutz in der Praxis, ASoK 2011, 73: „Der Gesetzgeber hat zwar i. Z. m. diesen Ausnahmen an den Schutz der in der Gastronomie tätigen Arbeitnehmer gedacht, indem gem. §13a Abs 4 TabakG das Rauchen auch bei Vorliegen eines derartigen Ausnahmetatbestandes nur dann gestattet werden darf, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag vorliegt, der den Arbeitnehmern gewisse Rechte zusichert, wie etwa die Gewährung der notwendigen Zeit für den Besuch von diagnostischen Maßnahmen oder die Absolvierung von Untersuchungen i. Z. m. Passivrauchen am Arbeitsplatz. Entsprechende Kollektivverträge existieren bereits. Allerdings sind all diese Maßnahmen hinsichtlich ihrer Effektivität stark in Frage zu stellen: Was bringen bspw. die besten diagnostischen Maßnahmen, wenn der Arbeitnehmer weiterhin dem Tabakrauch ausgesetzt bleibt?“

gen des Passivrauchens, kann die Arbeitnehmerschutzbestimmung des § 13a Abs 4 TNRSG die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffes nicht herstellen.

Die Ausnahmebestimmungen der § 13a Abs 2 und 3 TNRSG greifen in den Schutzbereich des Grundrechts auf Privat- und Familienleben gem Art 8 EMRK ein und verletzen dieses.¹¹⁵

¹¹⁵ Vgl auch *Lehne*, Das Tabakgesetz oder Variationen zum Gleichheitsgrundsatz, ZUV 2010, 14, der argumentiert, das Tabakgesetz verstoße gegen das Recht auf Gesundheitsschutz (Leben) gem Art 2 Abs 1 EMRK.

IV. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten:

1. Der Verfassungsgerichtshof misst nicht nur den öffentlichen Interessen des Gesundheits- und Jugendschutzes ein sehr hohes Gewicht bei, sondern tritt dem Gesetzgeber hinsichtlich Verboten von Tabak- und verwandten Erzeugnissen auch dann nicht entgegen, wenn hinsichtlich der möglichen Gesundheitsgefährdung noch keine Langzeitstudien vorliegen.
2. Die Einführung eines Rauchverbots im Rahmen der nicht-entgeltlichen bzw nicht-gewerblichen Personenbeförderung gem § 12 Abs 4 TNRSG idF BGBl I 2018/13 fällt weder unter die Kompetenzmaterie „Gesundheitsschutz“ noch „Kraftfahrwesen“, sondern ist als jugendschutzrechtliche Bestimmung Landeskompentenz im Sinne der Generalklausel gemäß Art. 15 B-VG. § 12 Abs 4 TNRSG erweist sich in diesem Sinne als verfassungswidrig.
3. Die Einführung von Aufenthaltsverbote für Kinder und Jugendliche in Raucherräumen in der Gastronomie kann – im Sinne der kompetenzrechtlichen Gesichtspunktetheorie – sowohl durch den Bund als auch die Länder erfolgen. Eine Verpflichtung der Gewerbetreibenden Kinder und Jugendliche in Raucherräumen nicht einzulassen, fällt in die Kompetenzmaterie „Angelegenheiten des Gewerbes“ gem Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG. Ein Verbot gerichtet an die Kinder und Jugendlichen selbst kann jedes Bundesland im Rahmen der Generalklausel gemäß Art. 15 B-VG durch landesgesetzliche Jugendschutzbestimmungen erlassen.

4. Die Novelle BGBl I 2015/101 etablierte mit Inkrafttreten 1. Mai 2018 einen umfassenden Nichtraucherchutz in Österreich. Auch die Novelle BGBl I 2018 /13 hält an diesem Konzept fest und erweitert den Nichtraucherchutz. Demgegenüber sieht die Novelle BGBl I 2018/13 eine in den Erläuterungen nicht näher begründete Ausnahme gem § 13a Abs 2 u 3 TNRSG vor Raucherräume in der Gastronomie einzurichten.
5. Die gesetzliche Ausnahmeregel sieht vor, dass „der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt“. Diese Bestimmung wird aber in einer Weise ausgelegt, dass eine Zwischentür zulässig ist und keine teure und aufwendige Lüftungsanlage installiert werden muss. Damit kommt aber gesundheitsgefährdender Passivrauch auch in den Nichtraucherbereich. Eine derartige Regelung ist als gleichheitswidrig zu verstehen, da sie den Raucher- und den Nichtraucherbereich gleich behandelt, obwohl diese unterschiedlich zu behandeln sind.
6. Ein gleichheitsrechtliches Problem ergibt sich auch in Hinblick auf Kinder und Jugendliche, die weiterhin Raucherräume betreten dürfen. Aufgrund der ansonsten bestehen Schutzbestimmungen für Kinder und Jugendliche ist es sachliche nicht gerechtfertigt, dass diese weiterhin Raucherräume betreten dürfen. Kompetenzrechtliche Erwägungen sprechen jedenfalls nicht gegen ein Betretungsverbot, solange sich dieses nicht an die Jugendlichen selbst, sondern an die Gastgewerbetreibende bezieht, die ähnlich einem Verkaufsverbot einen Zutritt nicht gewähren dürfen. Wenn aber Jugendliche (und Kinder) wie Erwachsene behandelt werden, so werden unterschiedliche Gruppen unzulässiger Weise rechtlich gleich behandelt.
7. Die gesetzlichen Maßnahmen gem § 13a Abs 4 TNRSG zum Schutz von ArbeitnehmerInnen sind als völlig unzureichend zu qualifizieren, um eine Ge-

sundheitsgefährdung zu reduzieren geschweige denn diese zu verhindern. Die Bestimmung vermag daher auch nicht zu einer sachlichen Rechtfertigung einer Ausnahmeregelung des umfassenden Nichtraucherchutzes im Gastronomiegewerbe in Hinblick auf die im Gastronomiegewerbe angestellten Personen beitragen.

8. Die für die Gastronomie gem § 13a Abs 2 und 3 TNRSG idF BGBl I 2018/13 geltenden Ausnahmen vom Rauchverbot sind gem Art 7 B-VG gleichheits- und damit verfassungswidrig. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich krebsgefährdender Passivrauch im Tatsächlichen von sonstigen krebserregenden gefährlichen Arbeitsstoffen aus einer ArbeitnehmerInnenschutzperspektive unterscheidet. Die getroffenen Differenzierungen können damit nicht sachlich gerechtfertigt werden.
9. Die für die Gastronomie gem § 13a Abs 2 und 3 TNRSG idF BGBl I 2018/13 geltenden Ausnahmen vom Rauchverbot könnten nur insoweit sachlich gerechtfertigt sein, als sie durch ArbeitnehmerInnenschutzbestimmungen, die dem Schutzniveau der §§ 40 ff ASchG entsprechen, ergänzt würden. So müsste der Gesetzgeber Gastronomen für den Fall, dass diese das Rauchen in ihrem Gastronomiebetrieb erlauben wollen, umfangreiche Sicherungsmaßnahmen zur Vermeidung einer Gesundheitsgefährdung der ArbeitnehmerInnen nach dem Stand der Technik vorschreibt. Der Einsatz wäre auf das unbedingt Notwendige zu begrenzen, umfangreiche Schutzmaßnahmen müssten die Einhaltung von Grenzwerten bzw die Minimierung der Belastung gewährleisten sowie Dokumentations- und Aufzeichnungspflichten eingeführt werden.
10. Die Ausnahmebestimmungen der § 13a Abs 2 und 3 TNRSG greifen auch in den Schutzbereich des Grundrechts auf Privat- und Familienleben gem Art 8

EMRK ein und verletzen dieses, da sie nicht als verhältnismäßig anzusehen sind.

■ Bibliografie

Bezemek/Damjanovic, Tabakrecht, in: Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht Band 2³ (2013) 647

Bezemek, Grundrechte in der Rechtsprechung der Höchstgerichte (2016)

Kolonovits, Das Rauchverbot in Betrieben des Gastgewerbes als spezielle Regelung zum Rauchverbot in "Räumen öffentlicher Orte" (§§ 13 und 13a Tabakgesetz) – Zugleich eine Besprechung des Erkenntnisses des VfGH vom 1. 10. 2009, B 776/09 zum Rauchverbot in "offenen" Betrieben des Gast-gewerbes in Einkaufszentren, ÖZW 2010, 40

Kürsten, Passivrauchen – Tödliche Gefahr, Österreichische Ärztezeitung vom 25.05.2006, 60

Lehne, Das Tabakgesetz oder Variationen zum Gleichheitsgrundsatz, ZUV 2010, 11

Löschnigg, Arbeitsrecht¹² (2015)

Reichmann/Sommersguter-Reichmann, Der Schutz von Angestellten in der Gastronomie vor Tabakrauch – Rechtliche Grundlagen und Schutz in der Praxis, ASoK 2011, 72

Runggaldier/Pfeil, Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG, in: Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht 14.Lfg (2014)

Schulev-Steindl, Wirtschaftslenkung und Verfassung (1996)

Streithofer, Verstärkter NichtraucherInnenschutz nach § 30 AschG (idF BGBl I 2017/126), DRdA-InfAS 2018, 133

Wiederin, Schutz der Privatsphäre, in: Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Österreich Band VII/1² (2014)