

Rechtsposition des BMG (GZ BMG-22180-0154-III/B/2009) zu(r):

1. **Bemühungs- und Durchsetzungsverpflichtungen** von Inhabern öffentlicher Orte gemäß § 13 c TabakG am Beispiel der Betreiber von Einkaufszentren ebenso wie der dortigen Inhaber von Gastronomiebetrieben (einschließlich Maßnahmenkatalog über Beispiele für hinreichende Bemühungs- und Durchsetzungsverpflichtungen), sowie
2. **Verpflichtung einer amtswegigen Verfolgung** von Verstößen gegen das TabakG durch die zuständige Verwaltungsstrafbehörde gemäß § 25 Abs. 1 VStG

1. Bemühungs- und Durchsetzungsverpflichtungen von Inhabern öffentlicher Orte gemäß § 13 c TabakG (am Beispiel der Betreiber von Einkaufszentren ebenso wie der dortigen Inhaber von Gastronomiebetrieben)

1.1 Hintergrund

Der Gesetzgeber hat mit der Tabakgesetznovelle 2008 (BGBl. I Nr. 120/2008) bewusst **umfangreiche Durchsetzungs- und Bemühungsverpflichtungen** insbesondere für die Inhaber in Räumen öffentlicher Orte ab Inkrafttreten mit Jänner 2009 verankert. Dies mit dem Ziel, den Nichtraucherschutz in Berücksichtigung der jeweils vorgegebenen strikten Rahmenbedingungen nachhaltig und ausnahmslos in allen Räumen öffentlicher Orte, darunter insbesondere Veranstaltungszentren, Theater, Museen, öffentlichen Einrichtungen, und schließlich eben auch in **Einkaufszentren** (EKZ), durchzusetzen.

1.2 Gesetzesgrundlage

§ 13 c Abs. 1 leg. cit. normiert, dass Inhaber öffentlicher Orte gemäß dortiger Z 1 bis 3 für die Einhaltung der Bestimmungen der §§ 12 bis 13 b leg. cit. einschließlich einer gemäß § 13 b leg.cit. erlassenen Verordnung ([Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung, BGBl. II Nr. 424/2008](#)) Sorge zu tragen haben.

Diese Pflichten können sich nicht nur in einmaligen oder gar kurzfristigen Aktionen und Handlungsweisen erschöpfen, sondern ergeben sich diese im Sinne des § 13 c Abs. 1 leg.cit. („.... haben für die EinhaltungSorge zu tragen.“) anlassbezogen als in der Natur der Sache gelegen ständig und ist/hat ein Bezug nehmender Handlungsbedarf der Inhaber daran anzuknüpfen (siehe dazu auch die beispielhaften Ausführungen im nachfolgenden Maßnahmenkatalog unter 1.5).

1.3 Konkrete Vorgehensweise der Verwaltungsstraßenbehörden bei Meldungen und Anzeigen

Im Falle einer eingebrachten Meldung, Beschwerde, Anzeige, Medienberichterstattung (soweit den Behörden bekannt geworden) etc. über unzulässiges Rauchen oder Missachtung von Rauchverboten bzw. Nichtraucherschutzregelungen, in einen beispielsweise in einem zum Mallbereich des EKZ hin offenen Gastronomielokal, ist eine Prüfungsverantwortung der zuständigen Behörde gegeben.

Eine Ermittlungstätigkeit dieser Behörde erstreckt sich grundsätzlich aber nicht nur gegen den Inhaber dieses Gastronomiebetriebes sondern hat dabei **gleichzeitig** auch mitzubedenken, ob der gleichfalls davon betroffene Inhaber/Betreiber des EKZ seinen eigenen Bemühungs- und Durchsetzungsverpflichtungen als Verantwortungsträger für diesen bzw. betroffenen Teil des Raumes öffentlichen Ortes in ausreichender Weise nachgekommen ist bzw. diesen Verpflichtungen im erforderlichen Umfang entsprochen hat (oder eben nicht!); geprüft wird dabei jedwedes Tun oder Unterlassen der von der Bemühungsverpflichtung betroffenen Inhaber im Zusammenhang mit der Durchsetzung/Nichtdurchsetzung der Nichtraucherschutzregelungen insgesamt.

1.4 Umfang des Handlungsbedarfs der ermittelnden Verwaltungsstraßenbehörde

Zu prüfen ist grundsätzlich in allen Fällen, ob ein **„doppelter“ Handlungsbedarf der ermittelnden Verwaltungsstraßenbehörde** aus Anlass eines anhängig gemachten Verwaltungsstraßenverfahrens gegen den Inhaber eines Gastronomiebetriebes parallel dazu oder gleichzeitig auch die etwaige Einleitung eines eigenen **Verwaltungsstraßenverfahrens gegen den Betreiber von EKZ** erforderlich macht oder nicht.

Erst die Beurteilung der Gesamtumstände zu beiden maßgeblichen Sachverhalten (in diesen letztlich getrennten beiden Verfahren) ergibt allfällige Versäumnisse oder Pflichtverletzungen auch des Betreibers des EKZ: Diese können z.B. darin bestehen, dass EKZ-interne Kontrollen unterbleiben, Belehrungen oder Abmahnungen betroffener Gastronomiebetreiber in konkreten Anlassfällen nicht erfolgen, Nichtraucherschutzregelungen in den Hausordnungen oder Bezugspassagen in den Miet-/Pachtverträgen fehlen oder Dienst-anweisungen an das Hauspersonal und Security etc. unzureichend sind (siehe dazu auch im Abschnitt 1.5 betreffend die beispielhafte Aufzählung von möglichen bzw. erforderlichen Maßnahmen).

Bei Verstößen des Inhabers des Gastbetriebes gilt es jedenfalls mit zu prüfen, ob auch der Betreiber des EKZ als Inhaber seinen eigenen Bemühungsverpflichtungen in vollem Umfang nachgekommen ist.

Dabei ist zu verifizieren, ob er beispielsweise im Anlassfall des angezeigten Inhabers des Gastronomiebetriebes in geeigneter Weise jemals, und wenn ja wie, wie oft, etc., eingeschritten ist.



Zu berücksichtigen ist bei der Beurteilung durch die Verwaltungsstrafbehörde insbesondere, dass der Betreiber des EKZ grundsätzlich nicht nur erst bei Meldungen, Beschwerden etc. sondern jederzeit im Rahmen seiner Bemühungsverpflichtungen auch von sich aus bei z.B. erfolgenden EKZ-internen Kontrollen (etwa durch die EKZ-Leitung, hierzu beauftragte Security-Bedienstete etc.) tätig werden muss.

Dies trifft in besonderem Maße auf **augenscheinlichen Aktionismus oder provokante Missachtung der Rauchverbote und der Nichtraucherchutzregelungen durch die Pächter/Mieter als Inhaber von Gastronomiebetrieben** zu; darunter fallen z.B. die Duldung des Rauchens oder gar eine Vorschubleistung für zum Rauchen einladende aufgestellte Aschenbecher mit der Begründung der Aufnahme von Tischabfall wie Teebeutel, oder aber auch Lockangebote von Gastronomen, die z.B. für jedes bestellte Getränk gleichzeitig auch Gratiszigaretten zum Rauchen im Lokal anbieten, obwohl dort wegen fehlender Voraussetzungen dafür ausdrückliches Rauchverbot besteht.

1.5 Beispiele für hinreichende Bemühungs- und Durchsetzungsverpflichtungen (Maßnahmenkatalog) sind:

- o **Ausschilderungen sind** nicht nur in einer hohen Anzahl anzubringen sondern haben insbesondere auch an jenen Orten und dort zu erfolgen, wo dies **sinnvoll** oder **geboten** wäre (z.B. jedenfalls im Bereich der Verpackungstische vor Lebensmittelläden oder auch auf unvermeidbaren fix montierten Aschenbecherbehältnissen im zulässigen Raucherbereich)
- o Das Argument des **Brandschutzfordernisses** kann nicht als Rechtfertigung für die Aufstellung von Aschenbechern ins Treffen geführt werden, zumal durch das Rauchverbot keine sachliche Notwendigkeit hierfür besteht; solcherart betroffene Aschenbecher wären daher zu demontieren
- o **Hausordnungen** haben entsprechende Hinweise auf das strikte Rauchverbot und diesbezügl. Durchsetzungsverpflichtungen sowohl von Betreibern der EKZ als auch den verantwortlichen Gastronomiebetrieben unter Zugrundelegung der Bestimmungen des TabakG zu beinhalten
- o auch in (neuen bzw. zu verlängernden etc.) **Miet- und Pachtverträgen** etc. haben erforderlichenfalls Hinweise auf das gemäß dem geltenden TabakG zwingend zu beachtende Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte einschließlich der damit einhergehenden Sanktion zu ergehen
- o es haben regelmäßige, konkrete und dokumentierte **Lautsprecherdurchsagen** (zumindest halbstündlich anstatt bloß ein bis zwei mal täglich) und/oder solche auf **Info-Screens** ergehende Hinweise über Rauchverbote mit gleichzeitigem Verweis auf entsprechende Sanktionen als Folge von Verstößen zu erfolgen
- o in **EKZ mit hohem Ausländeranteil** sind Durchsagen nicht nur in Deutsch sondern auch in den anderen dort gängigen Fremdsprachen wie türkisch, serbo-kroatisch etc., zu tätigen, was sehr leicht und jedenfalls ohne jedweden Zeitaufwand auch durch bereits besprochene Tonträger technisch und ohne zusätzliche Arbeitsmehrbelastung von mit



- anderen Aufgaben im Informationscenter beschäftigten Bediensteten zu bewerkstelligen ist
- o es sind **Informationsschreiben** an die Pächter/Mieter etc. über die Notwendigkeit der Einhaltung und Durchsetzung von gesetzlichen Rauchverböten vorzusehen und immer wieder die Nichtraucherchutzregelungen periodisch in Erinnerung zu rufen
 - o **neuerliche Beschwerden** über die Missachtung von Rauchverböten im Nachhinein sind von den Betreibern des EKZ nicht nur zur Kenntnis zu nehmen sondern haben diese daran anknüpfend geeignete weitere konkrete **Maßnahmen zur dauerhaften Durchsetzung** derselben zu ergreifen (wie z.B. durch gezielte Hinweise auf eine nicht weiter tolerierbare dauerhafte Gesetzesverletzung durch die Inhaber der verpachteten/vermieteten Betriebe etc., klärende und dokumentierte Gespräche, allfällige Abmahnungen bis hin zur Androhung von Konsequenzen für Inhaber bestehender Verträge sowie allenfalls erforderliche Erstattung von Anzeigen etc.)
 - o Mitarbeitern **der Haus-Security** als „verlängerter Arm des Betreibers von EKZ“ **sind entsprechende Dienstanweisungen mit klare Handlungsanleitungen** (unter beispielhafter Anführung von abgestuften Durchgriffsmöglichkeiten) zur Durchsetzung der Rauchverböte zu erteilen; Security-Mitarbeiter haben sowohl Raucher als auch betroffene Inhaber von Gastronomiebetrieben oder sonstigen vom Rauchverbot erfassten Geschäftslokalen in die Pflicht zu nehmen und dabei mit **Nachdruck** oder **Beharren** auf die Beachtung und Einhaltung der Rauchverböte hinzuweisen.

2. Die Verpflichtung zur amtswegigen Verfolgung von Verstößen gegen das TabakG durch die zuständige Verwaltungsstrafbehörde gemäß § 25 Abs. 1 VStG

2.1 Grundsatz der Officialmaxime (Verfolgung von Verwaltungsübertretungen durch die zuständige Behörde von Amtswegen)

Im Lichte des Grundsatzes der Officialmaxime ist eine zuständige Verwaltungsstrafbehörde gemäß § 25 Abs. 1 VStG zur amtswegigen Verfolgung von Verwaltungsübertretungen verpflichtet, wenn sie davon (im konkreten Fall wegen Verstößen gegen das TabakG) Kenntnis erlangt hat – auf welche Weise auch immer (!) - und hat sohin jedenfalls anlassbezogen ein Verwaltungsstrafverfahren einzuleiten und durchzuführen; erforderlichenfalls eben sowohl gegen den Inhaber des betroffenen Gastronomielokals als letztlich auch Umstände bedingt gegen den Betreiber des EKZ.

2.2 Anwendung der Ausnahmebestimmungen des § 21 Abs. 1. VStG

Die Behörde kann von der Einleitung und Durchführung eines Verwaltungsstrafverfahrens jedenfalls nur dann absehen, wenn die Verfolgung aussichtslos erscheint oder der hierfür



erforderliche Aufwand in einem Missverhältnis zum Grad und zur Bedeutung der in der Verwaltungsübertretung liegenden Verletzung öffentlicher Interessen steht (§ 21 Abs. 1 VStG).

Nach Ansicht des BMG kommen die Ausnahmebestimmungen des § 21 Abs. 1. VStG für die ggstdl. Fälle nicht zum Tragen.

Dies deswegen nicht, da in derartigen Fällen sowohl der Inhaber von EKZ als auch damit einhergehend deren oftmals fortgesetzte/wiederholte Verstöße, Meldungen, Anzeigen, Medienberichte etc. einerseits hinreichend bekannt (gemacht) und/oder klar zuordenbar, dokumentiert etc. sind, und daher eine Verfolgung keineswegs aussichtslos ist.

Dabei gilt es entsprechend mitzuberücksichtigen, dass dem Nichtraucherschutz in Österreich nunmehr auf gesetzlicher Basis ein zwingender hoher Stellenwert eingeräumt wird bzw. ein solcher beizumessen ist.

Demnach sollen das Rechtsgut Gesundheit und das ganzheitliche Wohlbefinden in unserer Bevölkerung gestärkt und nachhaltig gesichert werden.

Der **Aufwand einer amtswegigen verwaltungsstrafrechtlichen Verfolgung** steht daher in keinem Missverhältnis zum Grad und zur Bedeutung der in der Verwaltungsübertretung liegenden Verletzung öffentlicher Interessen.

Daher hat eine amtswegige Verfolgung konsequenter Weise zu erfolgen und ist diese damit jedenfalls zwingend und auch **gerechtfertigt**.

3. Zusammenfassung

Das Tabakgesetz verpflichtet in § 13 c leg. cit. sowohl die Betreiber von EKZ als auch die Inhaber von dortigen Gastronomiebetrieben zur Einhaltung und Durchsetzung der Rauchverbote bzw. Nichtraucherschutzregelungen im Rahmen der jeweiligen Bemühungs- und Durchsetzungsverpflichtungen. Bei Verstößen dagegen gelangen die Sanktionen des § 14 Abs. 4 leg.cit. zur Anwendung.

Seitens der zuständigen Verwaltungsstrafbehörden gilt es erforderlichenfalls auch von amtswegen etwaige (aufgezeigte oder vermeintliche) Verstöße gegen das TabakG zu prüfen (Grundsatz der Offizialmaxime).

Der konkrete Handlungs-(Überprüfungs-)bedarf der ermittelnden Verwaltungsstrafbehörden ergibt sich unabhängig und allenfalls in Ergänzung zu anhängig gemachten Strafverfahren anlässlich zugrundeliegender Beschwerden oder Anzeigen etc.

Unter Umständen führt dies in ein- und demselben Anlassfall eben auch zu parallel anhängigen Verfahren gegen den Betreiber des EKZ wie auch den Inhaber des Gastronomiebetriebes (Verpflichtung zur Prüfung eines doppelten Handlungsbedarfs).

Von Relevanz ist, ob die jeweils betroffenen Inhaber (Betreiber von EKZ und auch der Gastronomiebetriebe) ihren Bemühungsverpflichtungen im Einzelfall und generell hinreichend nachgekommen sind bzw. ihnen in diesem Zusammenhang entsprechende



Versäumnisse, ein Untätigbleiben oder halbherzige bzw. unzureichende Maßnahmen bei der Durchsetzung der Rauchverbote anzulasten sind.

Die Ausnahmebestimmungen des § 21 Abs. 1. VStG (bei Aussichtslosigkeit bzw. Unverhältnismäßigkeit der amtswegigen Verfolgung) kommen wegen des jedenfalls zu beachtenden hohen Stellenwertes des Rechtsgutes Gesundheit und der gebotenen Durchsetzung der Rauchverbote nicht zur Anwendung.

Anmerkung:

Diese Rechtsposition stellt die offizielle Rechtsansicht des BMG in der angesprochenen Thematik dar.

Sie wurde/wird zumeist Anlass bezogen für die offizielle Beantwortung von hierzu ergangenen/ergehenden Anfragen herangezogen und unter anderem auch den involvierten diversen Interessenvertretungen sowie den mit der Vollziehung des TabakG befassten Stellen schriftlich zur Kenntnis gebracht, um eine einheitliche Auslegung und Anwendung des TabakG zu gewährleisten.

Im Gegenstand befasst wurden unter anderem vor allem die Wirtschaftskammer Österreich, die Österreichische Fachvereinigung für Einkaufszentren, betroffene Einkaufszentren selbst, und auch Behörden des Bundes und der Länder (Ministerien und Ämter der Landesregierung bzw. betroffene Bezirksverwaltungsbehörden).

Wien, am 5. März 2009
Der Leiter des Bereiches III/B im BMG
Dr. Franz Pietsch eh.