

# Generelles Rauchverbot nur schwer zu kippen

**Gastbeitrag.** Die bisherigen Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs zum Thema Nichtraucherschutz lassen das bevorstehende generelle Rauchverbot in der Gastronomie einigermmaßen unangreifbar erscheinen.

VON GEORG EISENBERGER  
UND ALEXANDER BRENNEIS

**Graz.** Anfang November soll es dann also den nächsten Anlauf Richtung generelles Rauchverbot in der Gastronomie geben. Und auch diese zwölfte Änderung des Tabak- und Nichtraucherschutzgesetzes (TNRSG) wird, wie ein beträchtlicher Teil der Varianten davor, beim Verfassungsgerichtshof (VfGH) angefochten werden. Eine Gruppe von Nachtlokalen hat kürzlich den VfGH angerufen, weitere Anfechtungen dürften folgen. Die Erfolgchancen liegen aber wohl unter der Wahrscheinlichkeit, dass Österreich Fußballweltmeister wird.

Bereits 2009 hielt der VfGH in einer Leitentscheidung zum generellen Rauchverbot in Einkaufszentren (VfSlg 18.895/2009) fest: „Ein generelles Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte [...] ist zur Erreichung des Zieles des Nichtraucherschutzes [...] 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.“

2011 betonte der VfGH überdies sehr stark den Arbeitnehmerschutz: „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“ (VfSlg 19.541/2011).

## Ermessen des Gesetzgebers

Besonders aussagekräftig für die aktuelle Debatte ist jedoch das jüngste Erkenntnis zum Antrag der Wiener Landesregierung (welche bekanntlich für ein generelles Rauchverbot in der Gastronomie plädiert hat). Der VfGH hielt fest, dass es im demokratischen Rechtsstaat die Aufgabe des Gesetzgebers sei, die Freiheit der einen (= Raucher) mit der Schutzbedürftigkeit

der anderen (= Nichtraucher) und mit den öffentlichen Interessen in Einklang zu bringen (G 150/2018 ua). Das geht deutlich über den sonst üblichen Stehsatz des VfGH hinaus, wonach dem Gesetzgeber ein (weiter) rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zukomme. Im Ergebnis vertritt der VfGH hier den Standpunkt, die Interessenabwägung obliege allein dem Gesetzgeber. Das gilt nicht nur für die Einführung oder Verschärfung von Rauchverboten, sondern auch für deren Lockerung.

Entscheidend für die neuen Anfechtungen ist aber, dass der VfGH auch eine klare, geradezu programmatische Aussage zur 2015 getroffenen (und 2018 zurückgenommenen) Regelung getätigt hat, die nun doch in Kraft treten soll: „Rauchen von Tabakwaren ist ein gesellschaftliches Phänomen, das gesundheitsschädlich ist und auch andere Menschen gefährdet. Auch wenn sich die Einstellung zum Rauchen im Laufe der Zeit wesentlich verändert hat und die mit dem Passivrauchen einhergehenden Gesundheitsgefährdungen Regelungen wie die zuvor mit Bundesgesetz BGBl I 101/2015 erlassenen [...] ohne Zweifel rechtfertigen, ist dem Gesetzgeber aus dem Blickwinkel des verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes nicht entgegenzutreten, wenn er Rauchen in Gastronomiebetrieben in beschränkter Art und Weise weiterhin ermöglicht.“

Mit dem ersten Teil des letzten Satzes erklärt der VfGH überraschend deutlich ein generelles Rauchverbot in der Gastronomie für sachlich gerechtfertigt – obwohl dies für die Begründung seiner Entscheidung gar nicht notwendig gewesen wäre.

## Kein großer Aufwand nötig

Auch Bedenken hinsichtlich des Vertrauensschutzes von Gastronomen erteilte der VfGH eine klare Absage. Generell „ziehen“ wirtschaftliche Argumente beim VfGH praktisch nie, wenn es um Interessen wie Gesundheits- und Jugendschutz geht. Vor allem aber ver-

langt der Gesetzgeber mit einem generellen Rauchverbot keine erheblichen Investitionen. Ein abgetrennter, gut belüfteter Raum, der bisher als Raucherbereich genutzt wurde, kann nach der neuen Rechtslage unverändert bestehen bleiben; weitere Investitionen sind nicht notwendig. Auch ein bisher ganz als Raucherlokal geführter Betrieb muss nicht umbauen und insofern nichts investieren; es darf dort eben „nur“ nicht mehr geraucht werden. Das trifft auch auf Shisha-Bars zu, die ihr Geschäftsmodell jederzeit ohne großen finanziellen Aufwand auf gesetzlich zulässige Formen der Bewirtung (oder eine reine „Raucherlounge“ ohne Verabreichung von Speisen und Getränken) ändern können.

Diverse Betreiber von Nachtlokalen bemühen das Argument, das

Rauchverbot werde zu massiven Lärmbelastigungen von Anrainern führen, weil rauchende Gäste dann eben auf die Straße vor dem Lokal ausweichen würden. Der Anrainerschutzgebiete es daher, in Nachtlokalen von 22 bis 6 Uhr das Rauchen zu gestatten. Abgesehen davon, dass auch hier eine zulässige Wertabwägung des Gesetzgebers vorliegt, ist dies, wie Betreiber vieler innerstädtischer Nachtlokale aus leidvoller Erfahrung wissen, ein

„gefährliches“ Argument: Rechnet man nämlich den Lärm der (rauchenden und nicht rauchenden) Personen auf der Straße der Betriebsanlage zu, wird das unweigerlich zu nachträglichen behördlichen Auflagen führen (etwa zur Einschränkung der Betriebszeiten).

## Für Straße verantwortlich?

Deshalb ist es für Nachtlokalbetreiber besser, wenn die Straße weiterhin als öffentlicher Raum qualifiziert wird und sie nicht für Personen verantwortlich sind, die sich dort aufhalten. Sonst würde sich generell die Frage stellen, wie die Behörde eine Betriebsanlage genehmigen soll, die entweder die Gesundheit von Gästen und Mitarbeitern (durch Rauch) oder von Anrainern (durch Lärm) gefährdet. Das wäre das Ende aller Nachtlo-

kale in Ortsgebieten. Insgesamt besteht daher kein Raum für eine erfolgreiche Anfechtung des Gesetzes beim VfGH. Gastwirte, insbesondere Betreiber von Nachtlokalen und Shisha-Bars, wären gut beraten, ihre Energie in Anpassungen ihres Geschäftsmodells statt in rechtlich aussichtslose Gefechte zu investieren.

Georg Eisenberger ist Partner der Kanzlei Eisenberger und Herzog und Univ.-Prof. für öffentliches Recht an der KF Uni Graz, Alexander Brenneis ist Anwalt derselben Kanzlei und Univ.-Lektor an der TU Graz.



**Die Erfolgchancen für eine Aufhebung des Rauchverbots liegen unter der Wahrscheinlichkeit, dass Österreich Fußballweltmeister wird.**

[APA]