

RECHTSANWALTSKANZLEI § FORSTHUBER ∞

Kaiser Franz-Joseph Ring 5 | A-2500 Baden bei Wien | kanzlei@forsthuber.at | +43 2252 86 3 66, Fax DW 2

An das
 Bundesministerium für Gesundheit
 Abteilung II/1
 Radetzkystraße 2
 A-1030 Wien
per Mail: leg.tavi@bmg.gv.at; recht@bmf.gv.at;
begutachtung@staedtebund.gv.at
begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

Rechtsanwalt
 Dr. Gottfried Forsthuber

Rechtsanwaltsanwarter
 Mag. Gottfried Forsthuber

Aktuelle Rechtsnews
 Jede Woche neu auf
 forsthuber.at & FragDenAnwalt.at

Unsere Stärken
 Immobilien-, Miet- & Wohnrecht
 Gesellschaftsrecht
 Unternehmensgründungen
 Verwaltungsrecht
 Arbeitsrecht
 Gewährleistung, Schadenersatz &
 Zivilrecht allgemein
 Unternehmensrecht
 Verträge, Testamente
 Familienrecht, Erbrecht
 Sport- & Vereinsrecht

Unterstützung
 bei Causen mit Bezug
 zu Spanien

Bankverbindungen
 Erste Bank
 AT98 2011 1410 1210 1151
 GIBAATWWXXX
 Oberbank
 AT40 1500 0040 9102 2212
 OBKLAT2L
 Raiffeisenbank Baden
 AT59 3204 5001 0001 9182
 RLNWATWWBAD

UID ATU1 7343505
 ADVM R2015990m
 DVR 0672033

Baden, am 22.4.2015
 ForsGo/Gemeinde / GFO/AN / 6SB Mag...
 Gottfried Forsthuber _ Gemeinde-3.doc

Betreff: **Tabakgesetz, Einkommensteuergesetz 1988 u.a.,
 Änderung (112/ME)**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Bemühungen für einen umfassenderen Nichtrauchererschutz sind zu begrüßen. Dort aber wo persönliche Freiheiten unverhältnismäßig stark eingeschränkt werden, ist es erforderlich, den vorliegenden Entwurf abzuändern und zu verbessern.

In concreto sehe ich insbesondere § 12 Abs 2 des Entwurfes zum Tabakgesetz kritisch. Dieser lautet derzeit wie folgt:

§ 12 (2) Rauchverbot gilt auch in Mehrzweckhallen und jenen Räumen, in denen Vereinstätigkeiten, Versammlungen oder Veranstaltungen, auch ohne Gewinnerzielungsabsicht, abgehalten werden, auch wenn diese Räumlichkeiten nur für einen von vornherein bestimmten Personenkreis, insbesondere Vereinsmitglieder, zugänglich sind; davon miterfasst sind auch nicht ortsfeste Einrichtungen, insbesondere Festzelte.

Ich sehe hierbei zwei Probleme:

Die Gefährdung der Vereins- und Versammlungsfreiheit und eine überschießende Regelung was Festzelte anbelangt.

Im Einzelnen ist dazu auszuführen:

1. Die Gefährdung der Vereins- und Versammlungsfreiheit

Die Vereins- und Versammlungsfreiheit ist in Art 12 StGG und Art 11 MRK geregelt. Die Ausübung der Vereinsfreiheit umfasst die Freiheit der Vereinsbildung, die Freiheit der Vereinstätigkeit und das Recht auf den Bestand des Vereins. Die Rechtsprechung (VfSlg 13.654/1993) beschränkt die verfassungsrechtlich garantierte Vereinigungsfreiheit auf die ideellen Vereine („nicht auf Gewinn gerichtet“).

Der VfGH versteht den Gesetzesvorbehalt des Art 12 StGG als „Ausgestaltungsvorbehalt“ und leitet daraus ab, dass im Prinzip jede Verletzung des jeweiligen Ausführungsgesetzes (VereinsG oder Versammlungsg) eine Verletzung des Grundrechts selbst darstellt. Auch eine Verletzung von Verfahrensvorschriften (zB des AVG) verletzt zugleich auch das Grundrecht (VfGH 12.03.2009, B 1858/08 uvam.).

Wenn sogar schon Verfahrensvorschriften dieses Grundrecht verletzen, wie sieht es dann mit materiellgesetzlichen Regelungen aus? Das Tabakgesetz ist ein solches. Wie will ein Verein („Zigarrenclub“) sein Ideelles Ziel erfüllen, wenn nicht in den eigenen Vereinsräumlichkeiten geraucht werden darf?

Ebensowenig ist zu verstehen, dass die Koalitionsfreiheit der Normunterworfenen eingeschränkt wird. Wieso erlaubt der Gesetzgeber das Rauchen im privaten Bereich, will es aber im Vereinslokal verbieten? Was ist falsch daran, wenn die Vereinsmitglieder demokratisch entscheiden ob und wo überhaupt im Vereinslokal geraucht werden darf? Im derzeitigen Entwurf wird den Menschen diese Entscheidungsfreiheit genommen. Eine Freiheit, die sie in den eigenen vier Wänden haben, dürfen sie nicht mit Gleichgesinnten oder anderen Vereinsmitgliedern teilen?

Wer diesen Argumenten entgegnet: „Na dann sollen sie eben auf der Straße rauchen.“, hat das Wesen des verfassungsrechtlich garantierten Rechtes auf Vereins- und Versammlungsfreiheit nicht begriffen.

Unter Hinweis auf § 12 Abs 5 des Entwurfes zum Tabakgesetz, lässt sich wohl von einem „modernen Biedermeier“ sprechen, dem (bewusst oder unbewusst) zum Durchbruch verholfen wird.

Im Versuch den ME optimistisch zu interpretieren, wird wohl die Sorge bestehen, dass im Hinterzimmer eines jeden Gasthauses ein „Raucherclub“ entstehen könnte. Diese Bedenken sind nachvollziehbar, aber nicht berechtigt. Mit wenigen sprachlichen Änderungen (siehe Pkt. 4) lässt sich diese Sorge auflösen, ohne die Menschen um ihre Vereins- und Versammlungsfreiheit zu bringen.

2. Blick in die Bundesrepublik Deutschland

In seinem Beschluss vom 24. September 2014 hatte das Bundesverfassungsgericht (1 BvR 3017/11) über eine Beschwerde eines Vereins „zur Förderung der arabischen und asiatischen Gastronomiekultur in Bayern“ zu entscheiden. Allein aufgrund des Sachverhaltes konnte davon ausgegangen werden, dass ein Unternehmer einen Raucherklub gegründet hatte.

Ein Rauchverbot in den Vereinsräumlichkeiten ist laut BVerfG jedenfalls dann kein Eingriff in die Betätigungsfreiheit des Vereins und der Vereinsmitglieder, wenn die Räumlichkeiten aufgrund der offenen Mitgliederstruktur tatsächlich öffentlich zugänglich sind.

Warum wird die öffentliche Zugänglichkeit in der zit E derart betont? Weil das Bayerische Gesetz zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz - GSG) im Zusammenhang mit Vereinen ausdrücklich vom „öffentlichen Zugang“ dieser Räumlichkeiten spricht. Damit hatte der bay. Gesetzgeber wohl befürchtete Umgehungskon-

struktionen in der Gastronomie im Blick (vgl. insb. Art. 2 Nr. 6 GSG; Arg: „...soweit sie öffentlich zugänglich sind...“)

3. Überschießende Regelung was Festzelte anbelangt

Als langjähriger Unterstützer des freiwilligen Feuerwehr- und Rettungswesen, sehe ich diese Regelung mit großer Sorge. Zudem ist die Beeinträchtigung von Nichtraucher in einem Festzelt ungleich geringer, als in geschlossenen Räumen. Allein aufgrund der baulichen Beschaffenheit eines Zeltes, kann überwiegend von einem steilen und natürlichen Luftaustausch ausgegangen werden.

4. Alternative Textierung

Nach meinem Dafürhalten, sollte die Neufassung des § 12 Abs 2 Tabakgesetz daher lauten wie folgt:

§ 12 (2) Rauchverbot gilt auch in Mehrzweckhallen und jenen Räumen, in denen Vereinstätigkeiten, Versammlungen oder Veranstaltungen mit Gewinnerzielungsabsicht abgehalten werden. auch wenn diese Räumlichkeiten nur für einen von vornherein bestimmten Personenkreis, insbesondere Vereinsmitglieder, zugänglich sind; davon miterfasst sind auch nicht ortsfeste Einrichtungen, insbesondere Festzelte.

Auf § 39 Z 2 BAO könnte in den Mat. hingewiesen werden, um Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden.

§ 39 Z 2 BAO lautet:

Die Körperschaft darf keinen Gewinn erstreben. Die Mitglieder dürfen keine Gewinnanteile und in ihrer Eigenschaft als Mitglieder keine sonstigen Zuwendungen aus Mitteln der Körperschaft erhalten.

Ziel ist es, dass iSd VfGH alle ideellen Vereine umfasst sind, gleich ob sie gemeinnützig sind oder nicht. Ansonsten droht die oben relevierte Verfassungswidrigkeit.

Zusätzlich müssten die Begriffsbestimmungen ergänzt werden:

§ 1 Z 1f (neu)

„Verein“ ist eine Körperschaft, die keinen Gewinn erstrebt. Die Mitglieder dürfen keine Gewinnanteile und in ihrer Eigenschaft als Mitglieder keine sonstigen Zuwendungen aus Mitteln der Körperschaft erhalten.

§ 1 Z 1g (neu)

„Räume mit Vereinstätigkeiten“ sind jene Räume, in denen dauerhaft ein Vereinslokal eingerichtet ist und diesem ausschließlichen Zweck gewidmet ist. Räumlichkeiten von Vereinen, die aufgrund der offenen Mitgliederstruktur tatsächlich öffentlich zugänglich sind, sind Räumen iSd § 12 Abs 1 Z 4 gleichzuhalten.

In den Mat. sollte angeführt werden, dass es sich bei jenen Räumen um Räume handeln muss, in denen sich auch eine Vereinstätigkeit entfalten kann bzw. dieser nachgegangen wird. Diesem Erfordernis, wird zB. eine Besenkammer im hinteren Bereich eines Wirtshauses wohl nicht gerecht werden. Zudem darf der Raum ausschließlich der Vereinsnutzung zgedacht sein. Der Verein selbst darf keine „offene Mitgliederstruktur“ aufweisen und wird in diesem Zusammenhang auf die Zit E des BVerfG hin-

gewiesen. Des Weiteren besteht die Schranke der Gewinnerzielungsabsicht, womit ein „Raucherclub“ im Wirtshaus verunmöglicht wird.

Damit wäre ein Ausgleich zwischen Nichtraucherschutz und dem verfassungsrechtlich geschützten Recht auf Vereins- und Versammlungsfreiheit geglückt, denn es besteht damit nur die Möglichkeit, dass in diesen Räumlichkeiten geraucht wird. Ob das tatsächlich der Fall ist, sollen die Mitglieder für sich demokratisch entscheiden können.

Zusätzlich wäre die überschießende Regelung hinsichtlich der Festzelte beseitigt, was auch der Gastronomie – ähnlich wie im Vereinigten Königreich – die Möglichkeit eröffnet für ihre rauchenden Gäste einen eigenen Bereich zu Verfügung zu stellen („Unterstand im Schanigarten“). Dessen konkrete Gestaltung hängt aber ohnehin von den Bestimmungen der jeweiligen BauO, von ortspolizeilichen Verordnungen bzw. der GewO ab.

Der Ärger der Gastronomie ist im Übrigen nachvollziehbar. Schließlich wurden deren Investitionen durch ein Bundesgesetz verursacht. Weitere dahingehende Ausführungen überlasse ich jedoch der dazu berufenen Landesvertretung.

5. Abschließende Bemerkungen

Es ist verständlich, wenn das Bundesministerium für Gesundheit den Menschen in diesem Land im Sinne ihrer eigenen Gesundheit das Rauchen abgewöhnen möchte und so wenige Orte wie möglich zum Rauchen „freigeben“ will. Die jetzt getroffenen Regelungen sind jedoch überschießend und gehen an der gesellschaftlichen Realität vorbei. Es mag sein, dass in Spanien und Italien vergleichbare Regelungen erfolgreich sind. Diese Länder haben aufgrund ihrer tendenziell wärmeren Temperaturen auch weniger (gesellschaftliche) Probleme diese Regelungen umzusetzen. Hinzu kommt der soziale Aspekt, dass sich in südlicheren Ländern das Leben eher auf der Straße abspielt. In Österreich ist das aufgrund der Witterung bzw. der Mentalität weniger bis kaum der Fall. In geografisch nördlicher gelegenen Ländern, wird Rauchern zumindest ein angemessener Unterstand geboten. In Deutschland wiederum wird auf den öffentlichen Zugang (= gewerblicher Hintergrund) abgestellt, was eine begrüßenswerte Differenzierung zulässt.

Darauf sollte der Gesetzgeber in einer ausgewogenen Gesetzgebung ebenfalls Rücksicht nehmen und Raucher nicht stigmatisieren bzw. bildlich ins Eck stellen, sondern zumindest Bereiche in der Öffentlichkeit zuweisen, in denen geraucht werden darf. Der derzeitige Vorschlag vermag diesen gesellschaftlichen Konsens nicht vollumfänglich herzustellen, weshalb ersucht wird den hier dargetanen Argumenten näherzutreten.

Mit dem Wunsch auf eine weiterführende sachliche Diskussion und Überarbeitung des Entwurfes verbleibe ich

mit freundlichen Grüßen

GR Mag. Gottfried Forsthuber