OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:

LVwG-000150/2/Wei

Datum:

Linz, 7. Juni 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde des J D, vertreten durch G, Rechtsanwälte in L, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 14. März 2016, GZ. 0052800/2015, wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem Tabakgesetz (BGBl Nr. 431/1995 idF BGBl I Nr. 120/2008)

zu Recht :

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs 9 VwGVG hat der Beschwerdeführer weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens, noch zu den Kosten des Strafverfahrens der belangten Behörde zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der belangten Behörde vom 15. Oktober 2014, Zl. 0030533/2014, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt abgesprochen:

„S T R A F E R K E N N T N I S

I. Tatbeschreibung:

Der Beschuldigte, Herr Johann D, hat es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der E.J. D Restaurations- und Gastronomie Ges.m.b.H., Linz, welche Inhaberin und Betreiberin des Gastlokales „S" im Standort L, L, ist, nach § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass das Personal dieses Lokales, welches eine Gesamtfläche von 118,50 m² aufweist und nur aus einem Raum besteht, nicht in geeigneter Weise informiert und angewiesen wurde, Raucherinnen das Rauchen zu verbieten, auf das Rauchverbot nicht hinreichend hingewiesen wurde und damit nicht dafür Sorge getragen wurde, dass trotz des dort bestehenden generellen Rauchverbotes durch Gäste des Lokales am 13.08.2015 von 14:55 Uhr bis 15:20 Uhr nicht geraucht wurde.
Zum Kontrollzeitpunkt am 13.08.2015 von 14:55 Uhr bis 15:20 Uhr wurde im Lokal S 1 Gast beim Rauchen beobachtet.
Alle anderen Gasträume der Betriebsstätte „K" wurden nicht betrieben.

II. Verletzte Verhaltungsvorschrift(en) in der gültigen Fassung:

§ 14 Abs. 4 in Verbindung mit § 13c Abs. 2 Z. 4 und § 13a Abs. 1 *Z.* 1 Tabakgesetz, BGBl.Nr. 431/1995. zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl.Nr. 120/2008

III. Strafausspruch:

Es wird über den Beschuldigten eine Geldstrafe von € 300,--, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 50 Stunden verhängt.

Rechtsgrundlage: § 14 Abs. 4 TabakG; §§ 9,"16 und 19 VStG

IV. Kostenentscheidung:

Als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens hat der Beschuldigte 10 % der verhängten Strafe, das sind € 30,- zu leisten.

Rechtsgrundlage: § 64 Abs. 1 und 2 VStG"

Dadurch erachtete die belangte Behörde § 14 Abs 4 iVm § 13c Abs 2 Z 4 und § 13a Abs 1 Z 1 Tabakgesetz (BGBl Nr. 431/1995 idF BGBl Nr. 120/2008) als verletzte Rechtsvorschriften und verhängte

I.2. Zur Begründung des Straferkenntnisses führt die belangte Behörde aus (auszugsweise):

„B e g r ü n d u n g

Der im Spruch angeführte Sachverhalt wurde der erkennenden Behörde mittels Überprüfungsbericht des Bundesministeriums für Gesundheit vom 13.10.2015, BMG-22182/0011-M/1/2015, zur Kenntnis gebracht.
Es wurde daraufhin mit Strafverfügung vom 12.01.2016 über den Beschuldigten eine Geldstrafe von € 300,-- verhängt.
Gegen diese Strafverfügung erhob er innerhalb offener Frist Einspruch.

Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 08.02.2016 wurde gegen den Beschuldigten wegen der im Spruch dargestellten Verwaltungsübertretung ein ordentliches Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet.
Der Beschuldigte äußerte sich dazu schriftlich wie folgt

Der Behörde ist bekannt, dass die Betriebsstätte „K nicht lediglich aus dem Gastraum „S" besteht. In Übereinstimmung mit der Behörde werden in ausreichender Anzahl weitere Räumlichkeiten ausschließlich für Nichtraucher betrieben und wird der Teilbetrieb „S" seit jeher in Übereinstimmung mit der Behörde als Raucherraum betrieben. Zum Tatzeitpunkt am 13.08.2015 herrschten hochsommerliche Temperaturen und übergeht die Behörde geflissentlich, dass zu diesem Zeitpunkt der Gastgarten mit mehreren 100 Sitzplätzen geöffnet war.
Nichtraucherinnen können selbstverständlich verlangen, dass eine sonstige Räumlichkeit der Betriebsstätte „K geöffnet wird, um dort zu konsumieren.
Zum Tatzeitpunkt hat das Prüfungsteam ausschließlich eine Betriebsbegehung der weiteren Räumlichkeiten der Betriebsstätte „K begehrt, nicht aber eine Konsumation in einem der Nichtraucherräumlichkeiten. Der Mitarbeiter des Beschuldigten hat zu Recht bekannt gegeben, dass für eine unangemeldete Betriebsbesichtigung die notwendigen Schlüssel momentan nicht zur Verfügung stünden.
Die Behörde vermeint offenbar zu Unrecht, dass das als Raucherraum betriebene Lokal „S" dann als Nichtraucherinnenlokal geführt werden müsste, wenn sonstige Räumlichkeiten der Betriebsstätte „K' nur über Wunsch für Nichtraucherinnen geöffnet werden. Sollten die Nichtraucherräumlichkeiten des „K" unversperrt sein, wäre es unmöglich, für eine zufriedenstehende Bedienung einzelner Gäste Sorge zu tragen.
Dies ist ausschließlich dann möglich, wenn das bedienende Personal in Kenntnis ist, dass eine für Nichtraucherinnen gewidmete Räumlichkeit auch tatsächlich von Gästen belegt ist. Es ist eine durchwegs übliche Vorgangsweise bei Gaststätten in der Größe des Betriebes „K", dass eine Reihe von Räumlichkeiten zwar geschlossen sind, aber bei entsprechendem Bedarf natürlich umgehend geöffnet werden. Diese Vorgangsweise ist aus rein betriebswirtschaftlichen Gründen wohl für jedermann nachvollziehbar.
Im Zeitpunkt der angeblichen Übertretung war offenbar das Interesse von Raucherinnen und Nichtraucherinnen darauf gerichtet, ausschließlich im Gastgarten zu konsumieren, was insbesondere auch die geringfügige Auslastung des Lokales „S" belegt.
Allein durch die Bereitschaft des Beschuldigten, über Wunsch eine Räumlichkeit für Nichtrauchehnnen zu öffnen, kann eine Verwaltungsübertretung nicht begangen werden. Abschließend sei daher nochmals festgehalten, dass zum Vorfallszeitpunkt praktisch 100% der Gäste der Betriebsstätte „K"

den geöffneten Gastgarten benützten und sich darunter naturgemäß auch Nichtraucherinnen befunden haben.
Ein Wunsch von Nichtraucherinnen, in einem für Nichtraucherinnen gewidmeten Räumlichkeiten des „Ks" bedient zu werden, wurde nicht geäußert.

Für die erkennende Behörde ist der im Spruch dargestellte **Sachverhalt** aufgrund der Aktenlage sowie des Ergebnisses des durchgeführten Ermittlungsverfahrens erwiesen.

In **rechtlicher Würdigung** des als erwiesen angenommenen Sachverhaltes hat die erkennende Behörde erwogen:

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen des TabakG lauten auszugsweise wie folgt:

[...]

Zum Zeitpunkt der Überprüfung war der Teilbereich „S" die einzige Räumlichkeit, die geöffnet war und Gästen zur Verfügung stand.
Dabei handelt es sich um einen ca. 118,50 m ^{2} großen Raum. Zum Überprüfungszeitpunkt waren ca. 10 Gäste anwesend. Aschenbecher waren aufgestellt und eine Person rauchte im Überprüfungszeitraum dort mehrere Zigaretten.
Sämtliche anderen Räumlichkeiten - teils gewidmet als Raucher- oder Nichtraucherräume - waren zum Überprüfungszeitpunkt geschlossen. Auch auf Nachfrage wurden die Räume nicht geöffnet, da der begleitende Herr R laut eigenen Angaben nicht im Besitz von entsprechenden Schlüsseln war.
Der Vertreter des Inhabers (Herr R) rechtfertigte die gewählte Aufteilung der RaucherInnen-/NichtraucherInnenräumlichkeiten unter Hinweis auf den großen Gastgarten, in dem die nichtrauchenden Gäste genug Platz hätten. An Tagen mit schlechtem Wetter würden ohnehin die Räume, in denen Rauchverbot herrscht, aufgesperrt. Zum Zeitpunkt der Überprüfung sei nicht genug Personal vorhanden gewesen, um sohin einen eigenen (weiteren) Nichtraucherraum für Gäste zu öffnen.

Gemäß § 13a Abs. 1 TabakG können in Betrieben, die über mehr als eine für die Verabreichung von Speisen und 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.
Dem „Raumbegriff" des § 13a Abs. 2 TabakG entspricht nur ein allseitig, von der Decke bis zum Boden von festen Wänden umschlossener und mit einer Türe geschlossener „Raum".
Zum Überprüfungszeitpunkt stand nur ein als Raucherraum verwendeter Raum zur Verfügung, in welchem auch geraucht wurde.

Es ist somit der Tatbestand der dem Beschuldigten angelasteten Verwaltungsübertretung **in objektiver Hinsicht erfüllt**.

Schuldfrage:

Das Tabakgesetz sieht keine eigene Regelung hinsichtlich des Verschuldens vor. Es kommt daher § 5 Abs. 1 VStG zum Tragen, wonach zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt.
Fahrlässigkeit ist immer dann anzunehmen, wenn

- einem Verbot zuwidergehandelt oder ein Gebot nicht befolgt wird und
- zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört (sogenanntes Ungehorsamsdelikt) und
- der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Der Beschuldigte hat im vorliegenden Fall ein Ungehorsamsdelikt begangen.

Den Schuldentlastungsbeweis im Sinne der vorstehenden Gesetzesbestimmung konnte er mit seiner Rechtfertigung nicht erbringen.

Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist daher auch hinsichtlich ihrer **subjektiven Tatbestandsmäßigkeit** erwiesen.

Zur **Strafhöhe** ist festzustellen, dass gemäß § 19 Abs. 1 VStG Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat, ist. Nach Abs. 2 leg.cit. sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Dies bedeutet, dass die erkennende Behörde auf der Grundlage des § 19 Abs. 1 VStG ihre Wertung der Tat innerhalb der Grenzen des gesetzlichen Strafrahmens darzutun hat. Eine Strafbemessung innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens ist eine Ermessensentscheidung, die nach den in § 19 leg.cit. festgelegten Kriterien vorzunehmen ist.

Bei der Berücksichtigung der Vermögens-, Einkommens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten ging die Behörde aufgrund einer realistischen Schätzung von einem monatlichen Nettoeinkommen von € 1.500,-- und dem Nichtvorliegen von Sorgepflichten aus. Der Beschuldigte wurde mit Schreiben vom 08.02.2016 aufgefordert, seine Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse bekannt zu geben, ansonsten von einem monatlichen Nettoeinkommen von € 1.500,--und dem Nichtvorliegen von Sorgepflichten ausgegangen würde. Der Beschuldigte äußerte sich dazu innerhalb der gewährten Frist nicht.

Verweigert der Beschuldigte Angaben über seine Vermögensverhältnisse, so hat die Behörde diese einzuschätzen. Sollten dabei Umstände zum Nachteil des Beschuldigten unberücksichtigt bleiben, die ohne seine Mitwirkung der Behörde nicht bekannt sein konnten, so hat sich dies der Beschuldigte selbst zuzuschreiben (vgl. VwGH 14.1.1981, 3033/80).

Bei entsprechender Berücksichtigung sämtlicher gemäß § 19 VStG maßgebender Bemessungsgründe erscheint daher die verhängte Strafe dem Unrechtsgehalt der Tat sowie dem Verschulden des Beschuldigten angemessen.

Das Ausmaß der gemäß § 16 VStG festgesetzten Ersatzfreiheitsstrafe entspricht dem Unrechts- und Schuldgehalt der Verwaltungsübertretung.

I.3. Gegen dieses dem Bf zu Händen seiner Rechtsvertreter am 18. März 2016 zugestellte Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitig am 5. April 2016 per Telefax eingebrachte Beschwerde vom 4. April 2016, mit der die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Strafverfahrens, hilfsweise eine Einschränkung des Tatvorwurfs und die Herabsetzung der Verwaltungsstrafe angestrebt wird. Die Beschwerde lautet:

„In umseits bezeichneter Verwaltungsstrafsache erhebt der Beschuldigte gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters von Linz vom 14.03.2016 zu GZ 0052800/2015, zugestellt am 18.03.2016, innerhalb offener Frist durch seine ausgewiesenen Vertreter

BESCHWERDE

an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich.

Geltend gemacht werden die Beschwerdegründe der unrichtigen Sachverhaltsfeststellung infolge unrichtiger Beweiswürdigung, der Mangelhaftigkeit des Verfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung.

1. <u>Unrichtige Sachverhaltsfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung:</u>

Der Beschuldigte, Herr J D, ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der E.J. D Restaurations- und Gastronomie Ges.m.b.H., x mit Sitz in L, und betreibt am Standort das Gastgewerbe mit der Bezeichnung „S B zum K".

Was die Feststellungen der Erstbehörde betrifft, sind diese schon deshalb mangelhaft, weil auf Seite 4 der Entscheidung lediglich ausgeführt wird, dass für die erkennende Behörde der im Spruch dargestellte Sachverhalt aufgrund der Aktenlage sowie des Ergebnisses des durchgeführten Ermittlungsverfahrens erwiesen sei.

Tatsächlich enthält sohin der angefochtene Bescheid überhaupt keinen Sachverhalt, wenn lediglich auf den Spruch der Entscheidung verwiesen wird. Die Beweiswürdigung der Erstbehörde ist alleine schon deshalb mangelhaft, wenn lediglich auf die Aktenlage sowie die Ergebnisse des durchgeführten Ermittlungsverfahrens verwiesen wird. Tatsächlich wurde überhaupt kein Ermittlungsverfahren durchgeführt, sondern stützt sich die Erstbehörde offenbar lediglich auf den Überprüfungsbericht des Bundesministeriums für Gesundheit vom 13.10.2015.
Die Erstbehörde setzt sich in keiner Weise mit der Verantwortung des Beschuldigten in seiner Stellungnahme vom 22.02.2016 auseinander.

In dieser Stellungnahme wurde vorgebracht, dass Nichtraucherinnen selbstverständlich den Wunsch äußern können, dass eine Räumlichkeit, die für Nichtraucherinnen vorgesehen ist, zur Verfügung gestellt wird.

Die gegenteiligen Ausführungen im Überprüfungsbericht des Bundesministeriums für Gesundheit werden ausdrücklich bestritten, da die Rechtfertigung des Herrn R nicht richtig widergegeben wird.

Da über die angebliche Aussage des Herrn R kein unterfertigtes Protokoll existiert, wäre es für die Erstbehörde ein Leichtes gewesen, Herrn R als Zeugen vorzuladen und zur Sache einzuvernehmen.

2. <u>Mangelhaftigkeit des Verfahrens:</u>

Wie oben ausgeführt, wurde in der Stellungnahme vom 22.02.2016 Herr R R als Zeuge geführt zum Beweise dafür, dass über Wunsch Räumlichkeiten für Nichtraucherinnen geöffnet werden. Dies hätte zur Folge gehabt, dass die Erstbehörde bei ihrer rechtlichen Beurteilung von einem anderen Sachverhalt ausgehen hätte müssen und nicht von der bisherigen im Spruch enthaltenen Feststellung, dass alle anderen Gasträume der Betriebsstätte „K" nicht betrieben wurden. Diese

Feststellung allein ist undeutlich, weil aus dem Sachverhalt nicht hervorgeht, aus welchen Gründen diese Räumlichkeiten nicht betrieben wurden.

Wenn nämlich keine Nichtraucherinnen die Bedienung in einem Nichtraucherraum wünschen, kann diese Räumlichkeit auch nicht betrieben werden.

Der Beschuldigte hat weiters die Einholung eines Gutachtens eines Sachverständigen für den Bereich des Gastgewerbes beantragt, und zwar zum Beweis dafür, dass es in Gaststätten durchaus üblich ist, für Nichtraucherinnen bestimmte Räumlichkeiten so lange geschlossen zu halten,
als nicht der Wunsch herangetragen wird, diese für Konsumation durch Nichtraucherinnen zu öffnen.

Nach Aufnahme dieses Beweises hätte die Erstbehörde durchaus zum Ergebnis gelangen können, dass die Geschlossenheit eines Nichtraucherraumes nicht denknotwendig den Schluss zulässt dass überhaupt kein Nichtraucherraum vorhanden ist, der nach dem Gesetz erforderlich wäre.

Aus all diesen Gründen ist daher das Verfahren 1. Instanz mangelhaft geblieben.

3. <u>Unrichtige rechtliche Beurteilung:</u>

Die Erstbehörde hätte aber auch aufgrund des festgestellten Sachverhaltes keine Strafe aussprechen dürfen. Offenbar geht die Erstbehörde von der irrigen Rechtsansicht aus, dass im Teilbetrieb „S" ein generelles Rauchverbot bestehe, da die weiteren Gasträume der Betriebsstätte „K nicht betrieben wurden. Unbestritten ist, dass der „K als Lokal mit abgetrenntem Raucherraum ausgewiesen ist. Bei dem Raucherraum handelt es sich unter anderem um den Teilbetrieb „S". Bereits im Überprüfungsbericht des Bundesministeriums für Gesundheit ist abschließend angeführt, dass das häufige Wechseln zwischen Raucherlaubnis und Rauchverbot im Bezug auf denselben Raum insbesondere wegen der Drittrauchproblematik nicht erlaubt ist.

Es ist sohin sogar nach Meinung des Bundesministeriums nicht erlaubt, bei Nichtbetreiben anderer Gasträume das als Raucherraum deklarierte „S" zu einem Nichtraucherraum zu deklarieren.

Der Vorwurf der Behörde, dass im Gastlokal „S" nicht ausreichend auf das generelle Rauchverbot hingewiesen worden sei, geht daher ins Leere.

Wenn überhaupt könnte daher nur ein Vorwurf konstruiert werden, dass zum Tatzeitpunkt andere Gasträume der Betriebsstätte „K, die für
Nichtraucherinnen gewidmet sind, nicht betrieben wurden. Dieser Vorwurf wurde aber bei der Tatbeschreibung tatsächlich nicht erhoben und wäre auch rechtlich verfehlt, da die Bezeichnung „Nichtbetrieb" inhaltslos ist. Die Behörde hätte im Hinblick auf die subjektive Tatseite Feststellungen treffen müssen, was sie unter „Nichtbetreiben" versteht und welche Gründe hierfür vorgelegen sind.

Zusammenfassend hat daher die Behörde aus Eigenem das als Raucherlokal geführte „S" in ein Lokal mit generellem Rauchverbot umfunktioniert. Diese Umfunktionierung hätte, wie oben ausgeführt, der Beschuldigte gar nicht veranlassen dürfen.

Aus all diesen Gründen wird daher nun gestellt der

ANTRAG,

1. das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge das angefochtene Straferkenntnis dahingehend abändern, dass über den Beschuldigten keine Geldstrafe verhängt und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt wird;

   in eventu

2. das angefochtene Straferkenntnis aufheben und zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an die 1. Instanz zurückverweisen.

3. Der Beschuldigte beantragt weiters die Anberaumung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung.

Linz, am 04.04.2016 J D

I.4. Die belangte Behörde hat mit Schreiben vom 8. April 2016 die Beschwerde mit ihrem elektronisch geführten Verwaltungsstrafakt in vollständig ausgedruckter Form zur Entscheidung vorgelegt und zur Beschwerde auf die ausführliche Begründung im Straferkenntnis hingewiesen.

II. Gang des Verfahrens vor der belangten Behörde

II.1. Mit Schreiben der Abteilung II/1 im Bundessministerium für Gesundheit vom 13. Oktober 2015, GZ: BMG-22182/0011-11/1/2015, wurde der belangten Behörde ein ministerieller Überprüfungsbericht über den Nichtraucherschutz im Gastronomiebetrieb „K" vom 13. August 2015 zur Kenntnisnahme und weiteren Veranlassung übermittelt. Der auch dem Lokalinhaber zugestellte Bericht lautet wie folgt [ohne Hervorhebungen]:

„PRÜF- und ERGEBNISBERICHT
Gastronomiebetrieb „S zum K" am 13.8.2015 von 14.55 Uhr
bis 15.20 Uhr

Betrifft: Anfrage/VA an BMG hins. Einhaltung der Nichtraucherinnenschutz-bestimmungen im Gastronomiebetrieb „S zum K" bezugnehmend auf das Schreiben/G N an die VA, in welchem er auf Schreiben/BMG vom 17.10.2014 an K L zu ggständl. Gastronomiebetrieb verweist (Bezugsakt BMG-22186/0104-11/1/2014); Prüfbericht ergeht an Magistrat Linz

Bezug: BMG-90500/0033-I/A/15/2015 (ggständl. Anfrage/VA)
BMG-22186/0104-II/1/2014 (Magistrat der Stadt Linz - Kontrolle des Tabakgesetztes im Lokal "S", Schreiben vom 17.10.2015 an K L)

Prüfauftrag/-umfang: Auftrag/AL 11/1 vom 13.8.2015 zur Überprüfung/

Gastronomiebetrieb „St zum K'

Prüferinnen: MMag. C W, Prüfieiterin
Mag. C T

I. Hintergrund/Ausgangssituation

1.1.
Im Zusammenhang mit dem Ersuchen der Volksanwaltschaft (VA) vom 20. Juli 2015 um Stellungnahme des BMG zur Einhaltung der Nichtraucherinnenschutz¬bestimmungen im Gastronomiebetrieb „S zum K führten MMag. C W und Mag. C T, beide Abt. 11/1 im BMG, im Auftrag von AL 11/1 Dr. F P, die ggständl. Überprüfung vor Ort durch.

Die genannten Prüferinnen wiesen sich beim Zutritt unter der Vorlage des Prüfauftrags bei Mitarbeitern aus. Seitens des Gastronomiebetriebs „K nahm Herr R R an der Überprüfung teil.

I.2.
Gegenstand der Überprüfung war die Einhaltung der Nichtraucherinnenschutz- und Rauchverbotsbestimmungen vor Ort. Im Besonderen sollte sich die Überprüfung auf den gesamten Gastronomiebetrieb „S zum K", davon erfasst das „D Stüberl", die „L S", „P S"", die „A", das „W" und das „S", erstrecken.

I.3.
Hintergrund für die ggstdl. Überprüfung waren/sind diverse Beschwerden/Anzeigen über die Nichteinhaltung/Missachtung der Nichtraucherinnenschutzbestimmungen im Lokal „S", sowie die Anfrage der VA und das diesbzgl. Ersuchen um Stellungnahme vom 20. Juli 2015 hins. der Raumaufteilung in Raucher-/ Nichtraucherräume.

I.4.
Ziel der Kontrolle war es, die Umsetzung und Einhaltung der NichtraucherInnenschutz-/Rauchverbotsbestimmungen im Gastronomiebetrieb „S zum K" insbesondere im Teilbereich „S" zu überprüfen und festzustellen, ob und inwiefern den gesetzlichen Vorgaben aus Sicht des BMG insbesondere den §§ 13, 13a und 13b TabakG bzw. der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung (NKV) entsprochen wird.

I.5.
Grundlage für die Überprüfung vor Ort bildeten die bisher vorliegende Korrespondenz/BMG mit dem Magistrat Linz (siehe dazu auch der Mailverkehr/Korrespondenz im Bezugsakt BMG-22186/0104-II/1/2014 im Oktober 2014) sowie die Anfrage der VA vom 20. Juli 2015 (BMG-90500/0033-I/A/15/2015).

II. Prüfdetails (Sachverhalt/Status Quo zum Zeitpunkt der Überprüfung)

II.1. S

Zum Zeitpunkt der Überprüfung war der Teilbereich „S" die einzige Räumlichkeit, die geöffnet war und Gästen zur Verfügung stand.

Dieser Raum kann durch zwei Eingangstüren betreten werden. Eine Eingangstür befindet sich straßenseitig; diese Türe war mit keinem Raucher-/Nichtraucherpiktogramm gekennzeichnet. Andererseits kann man das „S" - es wird grundsätzlich als Raucherraum verwendet und steht als solcher zur Verfügung - auch über den Haupteingang, ein zum Gastgarten und zu den geschlossenen Räumlichkeiten im ersten Stock führender Durchgang, durch eine weitere Türe betreten; an diesem Eingang befindet sich die Kennzeichnung „Abgetrennter Raucherraum". Im Durchgang auf der rechten Seite ist das „S" an dieser Türe als Raucherraum beschildert, im Rauminneren befanden sich sonst keine weiteren Piktogramme.

Auf ho. Nachfrage konnte von - dem wenig kooperativen und nicht auskunftsfreudigen - Herrn R, Mitarbeiter des Betriebs, weder zur Raumgröße noch zu den Verabreichungsplätzen Angaben gemacht werden. Festgestellt wird von den Prüferinnen, dass der Raum eindeutig größer als 80 m2 ist. Es war den Prüferinnen sohin auch nicht möglich, das Vorliegen von hierfür in Frage kommenden Voraussetzungen für Raucher-/Nichtraucherräume zu verifizieren.

Zum Überprüfungszeitpunkt waren ca. 10 Gäste anwesend. Aschenbecher waren aufgestellt und eine Person rauchte im Überprüfungszeitraum dort mehrere Zigaretten.

Gemäß den Angaben der zuständigen Strafreferentin im E-Mail vom 2. Oktober 2014 an das BMG [im Bezugsakt BMG-22186/0104-11/1/2014] beträgt die Größe dieses Raumes 118,50m2.

II.2. Übrige Teilbereiche/Räume des Gastronomiebetriebs „K"

Sämtliche anderen Räumlichkeiten - teils gewidmet als Raucher- oder Nichtraucherräume - waren zum Überprüfungszeitpunkt geschlossen und konnten daher auch nicht überprüft werden. Auch auf Nachfrage wurden die Räume nicht geöffnet, da der begleitende Herr R laut eigenen Angaben nicht im Besitz von diesbzgl. Schlüsseln/Zutrittsberechtigungen war.

III. Rechtfertigung/K

Der Vertreter des Inhabers (Herr R) argumentierte/rechtfertigte die do. gewählte/festgelegte Aufteilung der RaucherInnen-/NichtraucherInnenräumlichkeiten unter Hinweis auf den großen Gastgarten, in dem die nichtrauchenden Gäste genug Platz hätten. An Tagen mit schlechtem Wetter würden ohnehin die Räume, in denen Rauchverbot herrscht, aufgesperrt. Zum Zeitpunkt der Überprüfung sei nicht genug Personal vorhanden gewesen, um sohin einen eigenen (weiteren) Nichtraucherraum für Gäste zu öffnen/bereitzuhalten.

IV. Rechtliche Beurteilung/BMG

IV.1. Teilbereich „S"

IV.I.a.
Gemäß § 13a Abs. 1 TabakG gilt generell Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen in Gastronomiebetrieben.

Gem. Abs. 2 dieses Paragraphs 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.

IV.I.b.
Gem. den VwGH-Judikaten ZI. 2011/11/0059 vom 15.07.2011, 2009/11/0198 10.01.2012, etc. kann nur ein allseitig, von der Decke bis zum Boden von festen Wänden (sei es auch aus Glas) umschlossener und mit einer Türe geschlossener „Raum" dem „Raum"-Begriff des § 13a Abs. 2 TabakG entsprechen. Ein Gastgarten kann somit nicht als Raum qualifiziert werden; ; im Überprüfungszeitraum stand de-facto lediglich der Gastgarten als einziger „Nichtraucher(haupt)raum" zur Verfügung.

Unbestritten ist, dass das der „K als Lokal mit „Abgetrenntem Raucherraum" ausgewiesen ist, zum Zeitpunkt der Überprüfung nur ein Raucherraum für Gäste geöffnet war und daher die korrekte Kennzeichnung der den Gästen nicht zur Verfügung stehenden Räumlichkeiten - wie bereits erwähnt - auch nicht überprüft bzw. verifiziert werden konnte.

Da somit zum Zeitpunkt der Überprüfung nur ein als Raucherraum verwendeter Raum zur Verfügung stand, wurden die einschlägigen Bestimmungen des TabakG insoferne verletzt, als für die anwesenden nichtrauchenden Gäste de-facto kein eigener Nichtraucherraum iSd TabakG vorhanden war und sie daher „zwingend" und ohne Wahlmöglichkeit dafür auf den Raucherraum oder den Gastgarten ausweichen mussten. Die einschlägigen Vorschriften des TabakG nicht damit nicht korrekt umgesetzt, weil jedenfalls ein - örtlich auch ohnedies vorhandener -Nichtraucherraum hätte geöffnet/zur Verfügung stehen müssen.

IV.1.c.
Aufgrund der fehlenden Ausschilderung der vorgesehenen Piktogramme im geöffneten Raucherraum am Eingangsbereich zur Straße und auch im Innenbereich des Raumes wurden überdies die Bestimmungen gem. §13bTabakG iVm der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung (NKV) verletzt.

IV.I.d. Voraussetzungen und Kriterien für die Beurteilung als Hauptraum
Gem. den Erläuterungen (RV 610 BlgNr. XXIII.GP, 6) zu § 13a TabakG 1995, der durch die Novelle BGBl. I Nr. 120/2008 eingefügt wurde, und den VwGH-Entscheidungen ZI. 2009/05/0337 vom 03.05.2011, ZI. 2011/11/0032 vom 24.05.2011, ZI. 2011/11/0059

vom 15.07.2011, ZI. 2012/11/0235 vom 17.06.2013, ZI. 2013/11/0137 vom 24.07.2013, etc. sind bei der Bestimmung des Hauptraumes immer die konkreten Verhältnisse vor Ort in die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen, wobei wichtige Kriterien die Flächengröße, die Lage und die Ausstattung der Räume bzw. deren Zugänglichkeit sind. Der Hauptraum muss in seiner Gesamtbetrachtung den anderen Räumlichkeiten als 'übergeordnet' eingestuft werden können. Zu berücksichtigen ist dabei auch der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit des Gastwirts.

Von der zuständigen BVB wäre in diesem Zusammenhang nun zu hinterfragen, ob und inwiefern die im Erdgeschoß situierten Raucherräume insbesondere aufgrund der - gem. der in den o.a. höchstgerichtlichen Entscheidungen ausgeführten zwingenden Kriterien für die Beurteilung eines Hauptraumes - Lage der Räume zueinander, der Ausstattung (z.B. Schänk),"Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit, etc. als Hauptraum zu qualifizieren wäre. Die Nichtzurverfügungstellung/die immer wieder erfolgenden Sperren anderer Räumlichkeiten bringt es zwangsläufig mit sich, dass der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit im „S" liegt.

Hinsichtlich der Anforderungen an den "Raucherraum" innerhalb des Betriebs hält § 13a Abs. 2 TabakG fest, dass der "Hauptraum" vom Rauchverbot umfasst sein und dies nach dem Regel-Ausnahme-Prinzip erfolgen muss.

Sollte es sich nach bei dem Raum „S" nach o.a. Beurteilung um den Hauptraum handeln, so wäre er mit Rauchverbotsschildern gem. § 13b TabakG iVm Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung (NKV) zu kennzeichnen.

Das theoretische Vorhandensein anderer geschlossener Räume ändert in diesem Zusammenhang nichts, da es darauf ankommt, ob den Gästen mehrere geeignete Räumlichkeiten zur Verfügung stehen. Geschlossene Räume können somit keinesfalls als „geeignet" angesehen werden, da dies diese Vorschriften ansonsten ad absurdum führen würde, da sie im geschlossenen Zustand den Gästen eben nicht zur Verfügung stehen.

IV.2. Übrige Teilbereiche/Räume des Gastronomiebetriebs „K1

Die übrigen Bereiche können rechtlich nicht beurteilt werden, da dem Prüfungsteam keinen Zugang zu diesen Räumlichkeiten gewährt wurde.

Sie wären auf Basis aller zur Verfügung stehender Beurteilungsunterlagen wie insb. Planskizzen d. Lokals, Betriebsanlagengenehmigung, Ergebnisse allf. Verwaltungsstrafverfahren zu rechtlich zu qualifizieren.

Von weiteren Prüfmaßnahmen vor Ort wurde Abstand genommen, weil Lage/Funktion bzw. Deklarierung der Räume aus den Bezugsunterlagen ohnehin ersichtlich ist.

In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass das häufige Wechseln zwischen Raucherlaubnis und Rauchverbot in Bezug auf denselben Raum insbesondere hinsichtlich der „Drittrauchproblematik" (Giftstoffablagerungen in Wänden, Vorhängen etc.) nicht erlaubt ist.

Für die Prüfbehörde:
Das Prüfungsteam:

MMag. C W eh Mag. C T eh Prüfleiterin

ggg-
Der Leiter der Abteilung II/1 im BMG:

Dr. F P eh

II.2. Im Punkt IV.1.d. des ministeriellen Prüfberichts wird der Bezirksverwaltungsbehörde unter Hinweis auf die rechtlichen Kriterien der Beurteilung eines rauchfrei zu haltenden Hauptraums überantwortet zu hinterfragen, ob nicht der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit im „S" liegen könnte, wenn und weil andere Räumlichkeiten durch immer wieder erfolgende Sperren nicht zur Verfügung stehen. Es komme darauf an, dass den Gästen geeignete Räumlichkeiten zur Verfügung stehen. Geschlossene Räume könnten nicht als geeignet angesehen werden.

Die belangte Behörde hat aus diesem Anlass mit Schreiben vom 16. Oktober 2015 ihren Erhebungsdienst mit der Überprüfung des Gastronomiebetriebs „S zum K" auf den Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit im Erdgeschoss, insbesondere in Bezug auf den Gastraum „S" beauftragt. Dabei wird auf den im Prüfbericht im Zusammenhang mit dem Sperren anderer Räumlichkeiten aufgezeigten Umstand hingewiesen, dass ein solcher Zustand zwangsläufig auf den Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit im „S" schließen lasse. Es wird daher um mehrere Kontrollen an unterschiedlichen Wochentagen und zu unterschiedlichen Zeiten ersucht, um zu überprüfen, ob alle Räumlichkeiten der Betriebsanlage, insbesondere auch die Nichtraucherräume geöffnet sind und den Gästen zur Verfügung stehen.

Nach dem aktenkundige Bericht des Erhebungsdienstes des Magistrats Linz vom 17. November 2015 wurde bei Kontrollen am 30. Oktober und 2. November 2015 zu unterschiedlichen Uhrzeiten jeweils festgestellt, dass sämtliche Räumlichkeiten im Erdgeschoss und im 1. OG geöffnet und Gäste anwesend waren. Weitere Überprüfungen sind dem vorgelegten Akt nicht zu entnehmen.

II.3. Der Bf durch seine Rechtsvertreter mit Schriftsatz vom 22. Februar 2016 eine Stellungnahme bei der belangten Behörde eingebracht, die in der Begründung des Straferkenntnisses wörtlich wiedergegeben wird (vgl unter I.2.).

In der Stellungnahme wird im Wesentlichen ausgeführt, dass in der Betriebsstätte „K" der Gastraum „S" in Übereinstimmung mit der Behörde als Raucherraum und weitere Räumlichkeiten in ausreichender Zahl für Nichtraucher betrieben werden. Zur Tatzeit am 13. August 2015 sei bei hochsommerlichen Temperaturen der Gastgarten mit mehreren 100 Sitzplätzen geöffnet gewesen und nahezu von 100% der Gäste auch genutzt worden. Der Gastraum „S" wäre wegen des Gastgartenbetriebs nur geringfügig ausgelastet gewesen. Die Nichtraucherräume wären zur Konsumation für NichtraucherInnen geöffnet worden, wenn ein solcher Wunsch geäußert worden wäre, was zur Kontrollzeit aber nicht der Fall war. Das Prüfungsteam des BMG hätte nur eine unangemeldete Betriebsbegehung der weiteren Räumlichkeiten der Betriebsstätte „K" begehrt, wofür die notwendigen Schlüssel momentan nicht zur Verfügung standen. Dies habe der als Zeuge beantragte R R als Mitarbeiter des Beschuldigten zu Recht bekannt gegeben. Bei Gaststätten in der Größe des „Ks" sei es eine durchaus übliche und betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Vorgangsweise, eine Reihe von Räumlichkeiten geschlossen zu halten und nur bei entsprechendem Bedarf zu öffnen (Hinweis auf Sachverständigenbeweis).

Abschließend wird nochmals betont, dass praktisch 100% der Gäste den Gastgarten genutzt hätten und ein Wunsch von NichtraucherInnen, in einer für NichtraucherInnen gewidmeten Räumlichkeit bedient zu werden, nicht geäußert worden sei.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und in die Beschwerde. Da die belangte Behörde einerseits nach der aktenkundigen Beweislage den Anfangsverdacht entsprechend dem ministeriellen Prüfbericht nicht erhärten konnte und andererseits der im Straferkenntnis dennoch erhobene Tatvorwurf auch aus rechtlichen Gründen nicht zutreffend erscheint, war das angefochtenen Straferkenntnis schon auf Grund der Aktenlage und des Beschwerdevorbringens aufzuheben. Auf eine Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs 2 VwGVG verzichtet werden.

Aus der Aktenlage ergibt sich der folgende wesentliche S a c h v e r h a l t:

Die E.J. D Restaurations- und Gastronomie Ges.m.b.H. in L ist Inhaberin des Gastronomiebetriebs „S zum K" in L, L. Der Bf fungiert als selbständig

vertretungsbefugter, handelsrechtlicher Geschäftsführer. Er ist demnach das iSd § 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ dieser Gesellschaft.

Der Gastgewerbebetrieb mit der Bezeichnung „S zum K" besteht aus mehreren Räumlichkeiten im Erdgeschoss und im Obergeschoss am Standort L in L. Nach dem oben wiedergegebenen Prüfbericht des BMG (vgl Punkt I.1.) handelt sich um die Gasträume mit folgenden Bezeichnungen: „D S", die „L S", „P S", die „A", das „W" und das „S". Zur Zeit der Überprüfung durch das Prüfungsteam des BMG am Nachmittag des 13. August 2015 von 14:55 Uhr bis 15:20 Uhr war der als Raucherraum verwendete Teilbereich „S" die einzige geöffnete Räumlichkeit, die über eine Türe straßenseitig und den Haupteingang, einen durch das Haus führenden Durchgang von der L bis zum Gastgarten, erreichbar ist. Der als abgetrennter Raucherraum gekennzeichnete Raum „S" hat eine Größe von 118,50 m^2. Die anderen teils als Raucher- oder Nichtraucherräume gelkennzeichneten Räumlichkeiten waren geschlossen und konnten - angeblich mangels vorhandener Schlüssel - nicht geöffnet und überprüft werden. Herr R, Vertreter des Gewerbeinhabers, erklärte das mit dem bei gutem Wetter geöffneten großen Gastgarten, in dem auch nicht rauchende Gäste genug Platz haben.

Die Prüferinnen des BMG beschränkten sich dann auf das Gastzimmer „S" und verwiesen im Prüfbericht darauf, dass die anderen Räume durch Planskizzen vom Lokal und die Betriebsanlagengenehmigung zu qualifizieren seien. Von weiteren Prüfmaßnahmen wurde abgesehen, weil Lage und Funktion bzw Deklarierung der Räume ohnehin aus den Bezugsunterlagen ersichtlich sei. In diesem Zusammenhang wird im Prüfbericht abschließend betont, dass das häufige Wechseln zwischen Raucherlaubnis und Rauchverbot in Bezug auf denselben Raum wegen der „Drittrauchproblematik" (Giftstoffe in Wänden und Vorhängen) nicht erlaubt sei.

Die Erhebungen der belangten Behörde haben den im ministeriellen Prüfbericht geschilderten Verdacht, wonach der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit vor Ort schlechthin im „S" liegen könnte, nicht erhärtet. Bei den Kontrollen am 30. Oktober 2015 und am 2. November 2015 waren alle Gasträume geöffnet und Gäste vorhanden. Es wurden keine Beanstandungen durch den von der belangten Behörde beauftragten Erhebungsdienst des Magistrats Linz aktenkundig.

Aus diesem Grund ist anzunehmen, dass die ursprüngliche Widmung der Räumlichkeiten im „K" vom Lokalbetreiber nicht geändert worden ist und der Gästeraum „S" grundsätzlich im Einklang mit dem tabakrechtlichen Vorgaben als Raucherraum betrieben werden kann. Es gibt jedenfalls keine aktenkundigen Beweise, die gegen diese Annahme sprechen. Wie im ministeriellen Prüfbericht angeführt, hatte die belangte Behörde die Möglichkeit, in alle Bezugsunterlagen Einsicht zu nehmen, um die Räumlichkeiten zu beurteilen. Es können aus der

Aktenlage keine ausreichenden Kriterien abgeleitet und festgestellt werden, die das „S" als Hauptraum ausweisen würden. Die belangte Behörde hat zum Thema „Hauptraum" bzw den dafür maßgeblichen konkreten Verhältnissen keine neuen Tatsachen festgestellt.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

IV.1. Rechtsvorschriften

Gemäß § 14 Abs 4 Tabakgesetz in der zum Tatzeitpunkt relevanten Fassung (BGBl Nr. 431/1995 idF BGBl I Nr. 12/2014) begeht eine Verwaltungsübertretung - sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist -, und ist mit Geldstrafe bis zu 2.000 Euro, **im Wiederholungsfall** bis zu 10.000 Euro, zu bestrafen,

wer als Inhaber gemäß § 13c Abs 1 gegen eine der im § 13c Abs 2 festgelegten Obliegenheiten verstößt.

Gemäß § 13c Abs 1 Z 3 Tabakgesetz haben die Inhaber von Betrieben gemäß § 13a Abs 1 leg.cit. (Gastgewerbebetriebe) für die Einhaltung der Bestimmungen der §§ 12 bis 13b einschließlich einer gemäß § 13b Abs 4 erlassenen Verordnung Sorge zu tragen.

Nach § 13c Abs 2 Z 4 Tabakgesetz hat jeder **Inhaber** gemäß Abs 1 insbesondere **dafür Sorge zu tragen, dass 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 Tabakgesetz nicht gilt, **nicht geraucht wird**.

Nach § 13a Abs 1 Z 1 Tabakgesetz gilt im Fall der Betriebe des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs 1 Z 2 GewO 1994 (Verabreichung von Speisen jeder Art und Ausschank von Getränken) in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen der Gastronomie **Rauchverbot**.

Nach der Bestimmung des § 13a Abs 2 Tabakgesetz können als **Ausnahme vom Verbot** des § 13a Abs 1 leg.cit. 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. Nach

dem 2. Satz des § 13a Abs 2 leg.cit. 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 Getränke vorgesehenen Verabreichungsplätze in Räumen gelegen sein, in denen das Rauchen gestattet wird.

Aus den Erläuterungen der Regierungsvorlage (610 BlgNR 23. GP, 6) zu dem mit Novelle BGBl I Nr. 120/2008 eingeführten § 13a ergibt sich dazu:

"Mit Abs. 2 wird die Einrichtung eines Raucherraums ermöglicht. Analog § 13 Abs. 2 kann den Gästen unter der Voraussetzung, dass mindestens zwei für die Bewirtung von Gästen geeignete Räumlichkeiten vorhanden sind, ein Raum zur Verfügung gestellt werden, in dem geraucht werden darf. Jedoch muss im Falle der zur Verfügung Stellung von Räumen, in denen geraucht werden darf, der für die Gäste vorgesehene Nichtraucherbereich mindestens 50 % des insgesamt für Gäste vorgesehenen Verabreichungsbereiches (zum Genuss von Speisen oder Getränken bestimmten Plätze) einnehmen und muss es sich dabei überdies um den Hauptraum handeln. Bei der Bestimmung des Hauptraumes sind immer die konkreten Verhältnisse vor Ort in die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen, wobei wichtige Kriterien die Flächengröße, die Lage und Ausstattung der Räume bzw. deren Zugänglichkeit sind. Der Hauptraum muss in seiner Gesamtbetrachtung den anderen Räumlichkeiten als 'übergeordnet' eingestuft werden können. Zu berücksichtigen ist dabei auch der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit des Gastwirts."

Gemäß § 13a Abs 3 Tabakgesetz gilt das Rauchverbot des § 13a Abs 1 leg.cit. 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 m^2 aufweist, oder,
2. sofern der Raum eine Grundfläche zwischen 50 m^2 und 80 m^2 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.

„Öffentlicher Ort" iSd Legaldefinition des § 3 Z 11 Tabakgesetz ist jeder Ort, der von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis ständig oder zu bestimmen Zeiten betreten werden kann einschließlich der nicht ortsfesten Einrichtungen des öffentlichen und privaten Bus-; Schienen-, Flug- und Schiffsverkehrs.

IV.2. Rechtsprechung

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Grundsatzentscheidung vom 17. Juni 2013, Zl. 2012/11/0235 betont, dass das Rauchverbot in Betrieben nach § 13a Abs 1 Tabakgesetz die Regel und die Ermöglichung der Errichtung eines Raucherraums, in dem das Rauchen gestattet ist, die Ausnahme darstellt. Vor dem Hintergrund des **Regel-Ausnahme-Prinzips** vertrat der Verwaltungsgerichtshof die Auffassung, dass der Raucherraum vom Nichtraucherbereich erschlossen werden soll und nicht umgekehrt der grundsätzlich rauchfrei zu haltende Bereich nur über den Raucherraum zugänglich ist (vgl Rechtssätze Nr. 7 u 8). Dieser strengen Ansicht ist der Gesetzgeber mit authentischer Auslegung des § 13 Abs 2 Tabakgesetz im BGBl I Nr. 12/2014 entgegen getreten, indem er klargestellt hat, dass 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.

Die weiteren Rechtssätze, die zum oben zitierten Erkenntnis vom Verwaltungsgerichtshof im RIS veröffentlicht wurden, blieben von der authentischen Interpretation des Gesetzgebers aber unberührt und sind nach wie vor aktuell und für die geltende Rechtslage maßgeblich. Im gegenständlichen Fall sind folgende Aussagen wesentlich:

- Ein Raucherraum muss allseitig, von der Decke bis zum Boden von festen Wänden umschlossen sein und mit einer Tür geschlossen werden können (vgl bereits VwGH 15.07.2011, Zl. 2011/11/0059 = VwSlg 18187 A/2011). Ohne **bauliche Abtrennung** des Raucherraumes von den übrigen Bereichen des Betriebes entspräche ein Raucherraum auch bei Vorhandensein von getrennten Lüftungsanlagen nicht dem Erfordernis des § 13a Abs 2 TabakG (Rechtssatz Nr. 2).

- Damit in einem als solchen bezeichneten Raucherraum zulässigerweise geraucht werden darf, ist die diesen Raum mit dem übrigen Teil des Betriebs verbindende Tür **geschlossen zu halten**. Bleibt sie über das zum kurzen Durchschreiten notwendige Ausmaß hinaus geöffnet, darf in diesem Raum selbst bei Vorhandensein einer Lüftungsanlage nicht geraucht werden; es besteht insoweit Rauchverbot (Rechtssatz Nr. 3).

Nach dieser eindeutigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zur Auslegung des § 13a Abs 2 TabakG ist eine **Verbindungstüre** zwischen Raucher- und Nichtraucherbereich **grundsätzlich geschlossen zu halten** und darf nur ausnahmsweise in dem zum kurzen Durchschreiten notwendigen Ausmaß geöffnet werden. Überschreitet das Offenhalten in zeitlicher Hinsicht das erforderliche Maß oder ist es nicht durch bestimmte Umstände des Geschäftsbetriebs notwendig (zB das Betreten und Verlassen, das Servieren, das Aufsuchen der Toilette etc), so besteht Rauchverbot.

Aus der authentischen Interpretation des Gesetzgebers zu § 13a Abs 2 Tabakgesetz (BGBl. I Nr. 12/2014) ist zu schließen, dass es dem Gesetzgeber zwar nicht um ein absolutes Vermeiden der Belästigung durch Tabakrauch, aber im Wesentlichen darum geht, dass der allgemeine Nichtraucherschutz nicht umgangen wird und Nichtraucher soweit als praktisch möglich vor Tabakrauch geschützt werden. Es ist daher die Wendung *„wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räume dringt"* im Sinne der authentischen Interpretation so auszulegen, dass geringfügige Einwirkungen, durch die das Rauchverbot nicht umgangen wird, zulässig sind. Solche sind infolge des Durchschreitens von Türen durch Gäste (bspw. bei größeren Gruppen) oder des Bedienungspersonals unvermeidbar.
Es ergibt sich in diesem Zusammenhang, dass die Behörde die dem Täter vorgeworfene Tathandlung soweit zu konkretisieren hat, dass im Schuldspruch der Zeitraum des rechtswidrigen Offenhaltens der Türe mit einem allfälligen Hinweis zur Frage der Notwendigkeit anzugeben ist, um ein grundloses oder übermäßiges Offenhalten zum Ausdruck zu bringen, das die gemäß § 13a Abs 2 TabakG geregelte Ausnahme vom Rauchverbot ausschließt (vgl zu relevanten Umständen LVwG-000063/5/FP/SA vom 5.03.2015).

IV.3. Zum Ausnahme vom Rauchverbot im konkreten Fall

IV.3.1. Gemäß § 13a Abs 2 Satz 1 Tabakgesetz darf in Betrieben, die über mehr als eine für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeignete Räumlichkeit verfügen, das Rauchen in bezeichneten Räumen gestattet werden, wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird.

Im vorliegenden Fall ist der Gastraum „S" von den übrigen Räumlichkeiten baulich abgetrennt und über schließbare Türen zugänglich. Bei geschlossenen Türen ist gewährleistet, dass Tabakrauch nicht in andere mit Rauchverbot belegte Räumlichkeiten dringt. Außerdem ist davon auszugehen, dass es sich mangels festgestellter gegenteiliger Umstände im Verwaltungsstrafverfahren nicht um den Hauptraum der Betriebsstätte „K" handelt, in dem der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit stattfindet.

IV.3.2. In der rechtlichen Beurteilung der belangten Behörde wird zunächst zutreffend vom Teilbereich „S" als der einzigen Räumlichkeit gesprochen, die zum Zeitpunkt der Überprüfung geöffnet war und den Gästen zur Verfügung stand. Betont wird weiter, dass die anderen Räumlichkeiten (teils Raucher- oder Nichtraucherräume) unter Hinweis auf den geöffneten Gastgarten geschlossen waren. Dann wird auf die Möglichkeit der Widmung von Raucherräumen nach dem § 13a Abs 2 Tabakgesetz (in Gastronomiebetrieben mit mehr als einer geeigneten Räumlichkeit zur Verabreichung von Speisen und Getränken an Gäste) Bezug

nehmend der Raumbegriff des § 13a Abs 2 leg.cit. zutreffend als dreidimensional umschlossener Raum dargestellt, offenbar um damit sinngemäß den Gastgarten als einen für die Ausnahme vom Rauchverbot des § 13a Abs 1 leg.cit. nicht relevanten „Raum" auszuweisen.

Nach diesen zunächst richtigen Ausführungen beschränkt sich die belangte Behörde zur fallbezogenen Begründung auf die folgenden Sätze:

„Zum Überprüfungszeitpunkt stand nur ein als Raucherraum verwendeter Raum zur Verfügung, in welchem auch geraucht wurde.

Es ist somit der Tatbestand der dem Beschuldigten angelasteten Verwaltungsübertretung **in objektiver Hinsicht erfüllt**."

Dieses Ergebnis zum objektiven Tatbestand erscheint schon deshalb unschlüssig, weil die belangte Behörde der aufrechten Widmung des „S" als abgetrennten Raucherraums im Rahmen der Betriebsstätte „K" nicht substantiiert entgegen getreten ist. Bei der gegebenen Ausgangslage kann es nicht darauf ankommen, dass im kurzen Zeitraum der Überprüfung am Nachmittag des 13. August 2015 von 14:55 Uhr bis 15:20 Uhr andere Räumlichkeiten gerade nicht geöffnet waren. Die Widmung als Raucherraum kann dadurch noch nicht unzulässig werden, zumal die Betriebsstätte „S zum K" ungeachtet dessen immer noch zu den Betrieben im Sinne des § 13a Abs 2 Satz 1 Tabakgesetz gehört, die über mehr als eine für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeignete Räumlichkeit verfügen.

Ebenso wenig wie das vorübergehende Geschlossenhalten von Räumlichkeiten/Teilen der Gastbetriebsstätte „S zum K" als eine teilweise Auflassung der Betriebsanlage, (= endgültige Aufhebung der Widmung einer Anlage für den Betriebszweck durch den Inhaber; vgl VwGH 28.06.1994, Zl. 94/04/0043), zu verstehen ist, kann im Rechtssinne davon die Rede sein, dass die zur Zeit der Kontrolle am Nachmittag des 13. August 2015 geschlossenen Gasträume der Betriebsstätte „K" deshalb „nicht betrieben" worden wären. Sie waren nur vorübergehend geschlossen.

Die belangte Behörde scheint aber aus dem bloßen Umstand des Geschlossenhaltens von Räumlichkeiten am Nachmittag des 13. August 2015 auf eine Änderung bzw Einschränkung der Betriebsanlage zu schließen und rechtsirrig von einer teilweisen Auflassung auszugehen. Sie hält es nämlich für rechtlich möglich und zulässig, im Spruch nicht mehr die gesamte Betriebsanlage des „Ks" zu berücksichtigen, sondern nur auf das Gastlokal „S" abzustellen und der Subsumtion einen „Einraumgastbetrieb" mit einer Fläche von 118,50 m^2 zugrunde zu legen. In einem solchen Gastronomiebetrieb bestünde ein generelles Rauchverbot, weil er schon wegen seiner Größe über 80 m^2 nicht unter die

einschlägige Ausnahmereglung des § 13a Abs 3 Tabakgesetz fiele und die Ausnahme nach dem § 13a Abs 2 Tabakgesetz nicht anwendbar wäre, weil sie mindestens zwei Räumlichkeiten für die Verabreichung von Speisen oder Getränke voraussetzt.

IV.3.3. Mit ihrer Sichtweise vom „S" als selbständigem Betrieb verkennt die belangte Behörde nicht nur die oben angesprochene Rechtslage, sie unterstellt auch einen der Aktenlage nicht entsprechenden Sachverhalt. Der Prüfbericht des BMG enthält keinen solchen Hinweis. Vielmehr ist dort immer korrekt von Teilbereichen/Räumen des Gastronomiebetriebs „K" die Rede. Da zur Zeit der Überprüfung nur ein Raucherraum, aber gleichzeitig kein Nichtraucherraum für nichtrauchende Gäste zur Verfügung stand, konnten diese Gäste nur auf den Raucherraum oder den Gastgarten ausweichen. Nach der im ministeriellen Prüfbericht vertretenen Rechtsansicht wurden damit die einschlägigen Bestimmungen des Tabakgesetzes nicht korrekt umgesetzt. Es hätte nach dieser Ansicht ein ohnedies vorhandener Nichtraucherraum geöffnet zur Verfügung stehen müssen. Der Gastgarten könne nicht als Raum iSd § 13a Abs 2 Tabakgesetz qualifiziert werden, stand aber als einziger „Nichtraucher(haupt)raum" zur Verfügung.

Nach Ansicht des Gerichts trifft es zwar zu, dass der Gastgarten nicht den Raumbegriff erfüllt. Das braucht er aber gar nicht. Denn wesentlich ist nur, dass ein Gastgarten der ratio legis, Nichtraucher vor den negativen Auswirkungen des Passivrauchens zu schützen, entspricht. Die Weiterentwicklung des Nichtraucherschutzes durch Einführung des § 13a Tabakgesetz erfolgte gerade aus diesem gesundheitspolitischen Blickwinkel (vgl Erl RV Tabakgesetznovelle BGBl I Nr. 120/2008, 610 BlgNR 23. GP, 6). Da die negativen Folgen des Passivrauchens vor allem in geschlossenen Räumen auftreten, erfüllt ein großzügiger Gastgarten bei materieller Betrachtung durchaus den Zweck des Nichtraucherschutzes wie ein Nichtraucherraum, mag auch formal der Raumbegriff nicht erfüllt sein.

Der erkennende Richter hält es vom Regelungszweck des Nichtraucherschutzes her gesehen grundsätzlich für unbedenklich, wenn an einem schönen Sommertag Räumlichkeiten des Gastronomiebetriebs vorübergehend geschlossen bleiben, weil die gastronomische Tätigkeit fast zur Gänze im großen Gastgarten stattfindet. Dass nur das „S" als gewidmeter Raucherraum gleichzeitig geöffnet war, wird wohl organisatorische Gründe gehabt haben (eingeschränkter Personaleinsatz am Nachmittag) und kann auch am fehlenden Bedarf von NichtraucherInnen, in einem geschlossenen Raum konsumieren zu wollen, gelegen sein. Die von der belangen Behörde nicht kommentierten Ausführungen in der nach Aufforderung zur Rechtfertigung erstatteten Stellungnahme des Bf erscheinen plausibel.

Es kann dahingestellt bleiben, ob - wie in der Stellungnahme des Bf behauptet - bei einem von NichtraucherInnen geäußerten Wunsch, in Räumlichkeiten für Nichtraucher bedient zu werden, tatsächlich noch am Nachmittag des 13. August 2015 umgehend eine solche Räumlichkeit geöffnet worden wäre. Denn eine Pflicht des Gastronomen, ohne Rücksicht auf betriebswirtschaftliche Grundsätze, stets alle Räumlichkeiten gleichzeitig geöffnet zu halten, kann dem Tabakgesetz nicht entnommen werden und wäre wohl auch sachlich nicht zu rechtfertigen.

IV.3.4. Wenn allerdings der Gastgewerbeinhaber eine einseitige Sperre der Gasträume für Nichtraucher immer wieder, etwa auch während der Hauptbetriebszeiten vorsehen würde, wäre dies letztlich unakzeptabel und könnte als Änderung der örtlichen Verhältnisse mit Verlagerung des Schwerpunkts der gastronomischen Tätigkeit in das „S" verstanden werden (vgl idS auch den Prüfbericht des BMG, Seite 5). Einen solchen Verdacht haben die Prüferinnen des BMG in ihrem Prüfbericht ausgesprochen und dafür einen weiteren Ermittlungsbedarf der belangten Behörde gesehen, entsprechend den wesentlichen Kriterien in der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs die Fakten zu erheben und die Frage des Hauptraums neu zu beurteilen. Zudem wird auf § 13a Abs 2 Tabakgesetz hingewiesen, nach dem der Hauptraum vom Rauchverbot umfasst sein muss.

Die belangte Behörde hat keine Tatsachengrundlage festgestellt, aus der sich Kriterien für eine der bestehenden Raucherwidmung des „S" entgegenstehende Beurteilung ableiten ließen. Zwei Kontrollen des Erhebungsdienstes zu verschiedenen Tages- und Nachtzeiten ergaben einen uneingeschränkten Betrieb der gesamten Betriebsstätte „K". Es gibt demnach keine gesicherten Fakten, die die bisherige Widmung des „S" für Raucher als unzulässig erscheinen ließen. Der Prüfbericht der ministeriellen Überprüfung bringt nur den Verdacht einer gesetzwidrigen Widmung des „S" zum Ausdruck, ohne dafür in der kurzen Kontrollzeit am Nachmittag des 13. August 2015 die maßgeblichen Kriterien mit der für ein Strafverfahren erforderlichen Sicherheit feststellen zu können. Obwohl der Prüfbericht von entsprechenden Ermittlungen der belangten Behörde zur Frage des Hauptraumes ausgeht, hat die Behörde keine eigenständigen Feststellungen getroffen, sondern sich hinsichtlich des im Spruch angeführten Sachverhalts nur auf den gegenständlichen Prüfbericht des BMG vom 13. Oktober 2015 berufen. Dabei übersieht die belangte Behörde, dass aus der „Momentaufnahme" des ministeriellen Prüfberichts noch kein abschließend geklärter Sachverhalt abgeleitet werden kann.

Außerdem kann sich die belangte Behörde mit ihrer Deutung des Sachverhalts nicht auf den ministeriellen Überprüfungsbericht stützen (vgl bereits unter IV.3.3). Dass die belangte Behörde im Straferkenntnis einfach ein selbständiges Gastlokal „S" als separaten Gastbetrieb mit nur einem Raum in der Gesamtfläche von 118,50

m^2 annimmt, ist aktenwidrig und erscheint konstruiert, um den Erhebungsauftrag im ministeriellen Prüfbericht in der Hauptraumfrage zu vermeiden und ein dem allgemeinen Rauchverbot unterliegendes Lokal annehmen zu können. Diese Vorgangsweise zum Nachteil des Beschuldigten widerspricht der Unschuldsvermutung des Art 6 Abs 2 EMRK und war unvertretbar. Die verfehlte Rechtsansicht der belangten Behörde, dass alle anderen Gasträume der Betriebsstätte „K" nicht „betrieben" worden wären, weshalb quasi das „S" als „Einraumgastbetrieb" übrig bleibt, verkennt den wesentlichen Unterschied zwischen einem bloß vorübergehenden Geschlossenhalten und einer endgültigen Schließung des Betriebs.

V. Im Ergebnis ist der Beschwerde beizupflichten, dass der mit dem „Nichtbetrieb" anderer Räumlichkeiten im „K" begründete Ansatz der belangten Behörde, das für Raucher gewidmete Gastlokal „S" nicht mehr als Teilbetrieb der Betriebsanlage „K", sondern als selbständigen Gastronomiebetrieb zu behandeln, in dem dann ein generelles Rauchverbot gilt, als allzu konstruierter Tatvorwurf erscheint, mit dem die Behörde das gewidmete Raucherlokal eigenmächtig in ein Lokal mit Rauchverbot umfunktioniert hat. Diese geradezu willkürliche Deutung des Sachverhalts entspricht nicht den aus der Aktenlage feststellbaren Tatsachen und macht rechtsstaatlich einen bedenklichen Eindruck.

Das angefochtene Straferkenntnis beruht aus den dargelegten Gründen auf aktenwidrigen Annahmen zum Sachverhalt und rechtlich unrichtigen Schlussfolgerungen. Da bei richtiger Beurteilung das Tatbild der gegenständlichen Verwaltungsübertretung nach § 14 Abs 4 iVm § 13c Abs 2 Z 4 Tabakgesetz nicht erfüllt wurde, war das angefochtenen Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG iVm § 38 VwGVG mangels einer erwiesenen Verwaltungsübertretung einzustellen.

Bei diesem Ergebnis einer zur Gänze erfolgreichen Beschwerde hat der Bf gemäß § 52 Abs 9 VwGVG weder im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren noch im Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls

liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. W e i ß