OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-000161/2/Wei

Datum: Linz, 25. August 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 der H W, vertreten durch B & S, Rechtsanwaltspartnerschaft in L, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters von Linz vom 10. Mai 2016, GZ 0006654/2015, wegen einer Übertretung des Tabakgesetzes

zu Recht :

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das bekämpfte Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG iVm § 38 VwGVG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs 9 VwGVG entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

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 hat die belangte Behörde über den Beschwerdeführer (Bf) wie folgt abgesprochen:

„ S T R A F E R K E N N T N I S

I. Tatbeschreibung:

Die Beschuldigte, Frau H W, hat als Gewerbeinhaberin und Betreiberin des Gastlokales (B) im Standort L, folgende Verwaltungsübertretung verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten:
Das Personal dieses Gastlokales wurde nicht in geeigneter Weise informiert und angewiesen, Raucherinnen das Rauchen zu verbieten, auf das Rauchverbot wurde nicht hinreichend hingewiesen und es wurde damit nicht dafür Sorge getragen, dass trotz des dort bestehenden generellen Rauchverbotes durch Gäste des Gastlokales am 08.06.2015 von 10:15 - 10:30 Uhr im öffentlichen Raum nicht geraucht wurde.
Die Ausnahmebestimmung des § 13 Abs. 2 TabakG ist aufgrund des Offenhaltens der Glastüre, die den Raucherbereich des Lokales vom Einkaufszentrum trennt, nicht anzuwenden.

Am 08.06.2015 von 10:15-10:30 Uhr wurden 8 Gäste beim Rauchen beobachtet.

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

§ 14 Abs. 4, iVm. §§ 13 Abs 1 und 2, 13c Abs. 1 Zif. 2 und Abs. 2 Zif. 3 Tabakgesetz (TabakG), BGBl.Nr. 431/1995

III. Strafausspruch:

Es wird über die (den) Beschuldigten eine Geldstrafe von € 600,-, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Stunden verhängt.

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

IV. Kostenentscheidung:

Ais Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens hat die Beschuldigte 10 % der verhängten Strafe, das sind € 60,-- zu leisten.

Rechtsgrundlage: § 64 Abs. 1 und 2 VStG

V. Zahlungsfrist:
Wird keine Beschwerde erhoben, ist der Gesamtbetrag (Strafe/Verfahrenskosten) in der Höhe von € 660,-- binnen zwei Wochen nach Rechtskraft des Bescheides mittels beiliegendem Erlagschein einzuzahlen. Sonst müsste die zwangsweise Einbringung veranlasst werden."

I.2. Die Begründung des Straferkenntnisses lautet (auszugsweise):

„Der im Spruch angeführte Sachverhalt wurde der erkennenden Behörde mit Bericht des Erhebungsdienstes des Magistrates Linz vom 16.06.2015 zur Kenntnis gebracht.

Mit Strafverfügung vom 17.06.2015 wurde gegen die Beschuldigte wegen der im Spruch dargestellten Verwaltungsübertretung eine Geldstrafe in der Höhe von € 600,- verhängt. Gegen diese Strafverfügung erhob sie innerhalb offener Frist Einspruch und begründete diesen wie folgt:

Die Tatbeschreibung ist falsch und entspricht nicht dem tatsächlichen Sachverhalt. Falsch ist, dass das Personal meines Gastlokales nicht in geeigneter Weise informiert und angewiesen wurde, Raucherinnen das Rauchen zu verbieten, auf das Rauchverbot nicht hinreichend hingewiesen wurde und es wurde damit nicht Sorge getragen, dass trotz des bestehenden genereilen Rauchverbotes durch Gäste des Gastlokales am 08.06.2015 von 10:15 Uhr bis 10:30 Uhr im öffentlichen Raum nicht geraucht wurde.
Falsch ist weiters, dass am 08.06.2015 von 10:15 Uhr bis 10:30 Uhr sieben Gäste beim Rauchen beobachtet wurden, in einem Bereich, bzw. unter Voraussetzungen die dies unzulässig machen würden.
Richtig ist, dass das Personal vollständig informiert angewiesen ist, das Rauchen nur an den hierfür genehmigten Räumlichkeiten zu erlauben. Auch eine korrekte Kennzeichnung besteht, weshalb das Gesetz hier korrekt gehandhabt wird.
Die Türe, welche zwischen Geschäftslokal und Einkaufszentrum besteht, verschließt selbstständig und wird zudem auch von den Angestellten geprüft, damit kein Rauch in den öffentlichen Bereich dringen kann. Insofern die Türe zum öffentlichen Bereich tatsächlich offen stand, handelt es sich offenbar um eine Manipulation, die aber von den Angestellten immer geprüft wird. Aus diesem Grunde wurde hier kein strafbarer Tatbestand erfüllt, da für den Fall, dass tatsächlich die Türe so gehandhabt wurde, dass diese offen eingerastet ist, sofort von dem Personal die Türe verschlossen wird.
Die Strafhöhe wird im Hinblick darauf dass sämtliche Kennzeichnungspflichten und bauliche Vorschriften zur Ganze erfüllt werden, auf die bereits bestehende räumliche Trennung zwischen Lokal und öffentlichem Bereich jedenfalls ein deutlich geringeres Strafmaß beantragt.

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 Tabakgesetzes lauten auszugsweise wie folgt:

[...]

Aus dem vorliegenden Akt hegt hervor, dass im ggstl. Lokal am 08.06.2015 in der Zeit von 10:15 Uhr bis 10:30 Uhr von Gästen geraucht wurde, obwohl nicht gewährleistet war, dass der Rauch nicht in an das Geschäftslokal anschließende Einkaufsmall gelangte. Die das Gastlokal von der Mall trennende Glastüre stand offen.
Bei einer weiteren Kontrolle am 15.06.2015 bot sich den Amtsorganen des Magistrates Linz anlässlich ihrer Kontrolle das gleiche Bild. Die Glastüre stand offen und Gäste rauchten im Lokal.

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

Den Schuldentlastungsbeweis im Sinne der vorstehenden Gesetzesbestimmung konnte sie mit ihrer Rechtfertigung nicht erbringen.

Bereits mit Straferkenntnis vom 10.03.2011 und vom 02.05.2011 wurde die Beschuldigte wegen der Nichteinhaltung des TabakG durch Offenlassen der Eingangstüre zur Mall rechtskräftig bestraft. Anlässlich einer Verhandlungsschrift am 02.05.2011 wurde das ggstl. Problem der offenen Eingangstüre ausdrücklich besprochen.
Dennoch kam es wiederholt zu Beschwerden durch Passanten und wurde die Übertretung 2 weitere Male festgestellt. Es ist somit davon auszugehen, dass die Beschuldigte keine geeigneten Maßnahmen trifft, um die Einhaltung des TabakG zu gewährleisten. Der Beweis eines nichtvorliegenden Verschuldens ist nicht gelungen.

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

[...]“

II.1. Gegen dieses am 19. Mai 2016 zugestellte Straferkenntnis vom 10. Mai 2016 wendet sich die vom Rechtsvertreter der Bfin noch rechtzeitig eingebrachte Beschwerde vom 16. Juni 2016 (Postaufgabe 16. Juni 2016), die wie folgt lautet:

„In umseits näher bezeichneter Verwaltungsstrafsache erhebt die Beschwerdeführerin, H W, nachstehende

BESCHEIDBESCHWERDE

gegen das Straferkenntnis vom 10.05.2016, zugestellt am 19.0.2015, sohin binnen offener Frist an das zuständige Verwaltungsgericht.

I Sachverhalt

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführerin vorgeworfen, dass das Personal ihres Gastlokales nicht in geeigneter Weiser informiert und angewiesen wurde das Rauchen zu verbieten. Weiters habe die Beschwerdeführerin auf das Rauchverbot nicht hinreichend hingewiesen. Weiters wurde nicht dafür Sorge getragen, dass trotz des fortbestehenden generellen Rauchverbotes des Gastlokales am 08.06.2015 von 10:15 - 10:30 geraucht wurde. Die Glastüre, welche das Lokal von der angrenzenden Einkaufsmall trennt, sei demnach offen gewesen, wodurch Rauch in das Einkaufszentrum gelangen konnte. Auch am 15.06.2015 sei die Glastüre offen gewesen, während Gäste im Lokal rauchten.

Dieser von der Behörde erhobene Sachverhalt ist nicht richtig und entspricht nicht dem tatsächlichen Sachverhalt.

Richtig ist, dass das Personal vollständig informiert angewiesen ist, das Rauchen nur an den hierfür genehmigten Räumlichkeiten zu erlauben.

Beweis: PV.
ZV: Frau E R
ZV: Frau N L

Auch eine korrekte Kennzeichnung der Räumlichkeiten besteht, weshalb das Gesetz hier richtig angewendet wurde.

Beweis; PV,
Lokalaugenschein

Die Türe, welche zwischen dem Geschäftslokal und dem Einkaufszentrum besteht, verschließt selbstständig und wird zudem auch noch von den Angestellten geprüft, damit kein Rauch in den öffentlichen Bereich dringen kann. Insofern die Türe zum öffentlichen Bereich tatsächlich offen stand, handelt es sich offenbar um eine Manipulation, die aber von den Angestellten laufend überprüft wird. Das Personal ist angewiesen, die Türe im Falle des Einrastens und damit verbundenen Offenbleibens sofort zu schließen.

Beweis: PV,
ZV: Frau E R
ZV: Frau N L
Lokalaugenschein

II Anträge

Da der angefochtene Bescheid die Beschwerdeführerin in den genannten Rechten verletzt, erhebt sie in offener Frist durch ihren bevollmächtigten Vertreter, der Rechtsanwaltspartnerschaft B & S Beschwerde und stellt die

ANTRÄGE,

das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge

1. gemäß § 50 VwGVG das angefochtene Straferkenntnis

a. aufheben und das Verfahren einstellen,
b. in eventu das Straferkenntnis aufheben und eine bloße Ermahnung erteilen,
c. in eventu die verhängte Strafe mildern

2. gemäß § 44 Abs 1 VwGVG eine mündliche Verhandlung durchführen.

III Begründung

Die Anträge werden im Einzelnen begründet wie folgt:

1. Rechtzeitigkeit

Das Straferkenntnis vom 10.05.2016 wurde der Beschwerdeführerin am 19.05.2016 zugestellt. Die Frist zur Erhebung eines Rechtsmittels beträgt 4 Wochen. Somit ist die Beschwerde rechtzeitig eingebracht.

2. rechtliche Begründung

Zum Ausnahmetatbestand des § 13 Abs 2 Tabakgesetz

Die belangte Behörde verhängte die gegenständliche Strafe auf Grund der §§ 14 Abs. 4 iVm §§ 13 Abs 1 und 2,13c Abs 1 Z. 2 und Abs 2 Z 3 Tabakgesetz. Dabei wendete die belangte Behörde den Ausnahmetatbestand des § 13 Abs 2 TabakG nicht bzw. falsch an.

Gem. § 13 Abs 2 TabakG können als Ausnahme vom Verbot des Abs. 1 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. Die Beschwerdeführerin hat ihr Lokal derart umgerüstet (Verglasung des Lokals), dass gewährleistet wird, dass kein Rauch in die angrenzenden vom Rauchverbot belegten Bereiche dringt. Der Zugang zu ihrem Lokal ist lediglich durch eine Schwingtüre möglich. Eine Bestrafung im Sinne der § 14 Abs. 4 iVm §§ 13 Abs 1 und 2, 13c Abs 1 Z. 2 und Abs 2 Z 3 Tabakgesetz ist nur unter den Voraussetzungen möglich, dass die Türe über das zum kurzen Durchschreiten notwendige Ausmaß hinaus geöffnet wird (VwGH 17.06.2013, 2012/11/0235).

Das zum kurzen Durschreiten notwendige Ausmaß ist keine normierte Zeitdauer. Das notwendige Ausmaß ist nach der Lage des Einzelfalls zu beurteilen. So muss die Türe notwendigerweise beim Durchschreiten einer Personengruppe länger offengehalten werden, als wenn nur eine Person durchschreitet. Genauso verhält es sich, wenn ein Lieferant größere Gütermengen in das Lokal bringen muss. Die belangte Behörde stellte lediglich fest, dass die Glastüre offen war. Es gibt keine Feststellungen dazu, ob die Glastüre auf Grund einer Lieferung oder des Durchschreitens mehrerer Personen offenstand. Da die Glastüre lediglich im notwendigen Ausmaß zum Durchschreiten geöffnet wurde, ist der Ausnahmetatbestand des § 13 Abs 2 TabakG erfüllt und das Straferkenntnis aufzuheben und das Verfahren einzustellen.

Zur Schuldfrage

Die belangte Behörde begründete die Schuldfrage damit, dass gem. § 5 Abs 1 VStG fahrlässiges Verhalten genügt. Darüber hinaus habe die Beschwerdeführerin den Schuldentlastungsbeweis im Sinne des § 5 Abs 1 VStG nicht erbracht.

Dabei verkennt die belangte Behörde die Rechtslage. In der Begründung zur Schuldfrage führte sie aus:

‚Den Schuldentlastungsbeweis im Sinne der vorstehenden Gesetzesbestimmungen konnte sie mit ihrer Rechtfertigung nicht erbringen‘

Die Beschuldigte, die nunmehrige Beschwerdeführerin, hat keinen Schuldentlastungbeweis zu erbringen. Sie hat lediglich ihr mangelhaftes Verschulden glaubhaft zumachen, also zu vermitteln, dass mehr für ihre Ausführungen spricht, als dagegen.

Die Beschwerdeführerin hat ein Kontrollsystem dahingehen implementiert, dass sie ihre Arbeitnehmer schulte, Verstöße des Tabakgesetzes, insbesondere in Hinblick auf eine geöffnete Türe sofort zu beenden. Darüber hinaus werden die Gäste des Lokals von den Arbeitnehmern der Beschwerdeführerin bzw. von der Beschwerdeführerin selbst darauf aufmerksam gemacht, dass die Türe geschlossen zu halten ist. Wenn es dennoch vorkommt, dass einzelne Gäste, absichtlich oder auch unabsichtlich die Türe so weit öffneten, dass diese einrastet und offensteht, so sind die Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin angehalten, die Türe sofort wieder zu schließen. Daraus ergibt sich, dass ein etwaigen offen stehen der Türe, welches das zum kurzen Durschreiten notwendige Ausmaß überschreitet in zweifacher Weise der Beschwerdeführerin nicht zugerechnet werden kann.

Zum einem kann der Beschwerdeführerin das Verhalten ihrer Gäste nicht zugerechnet werden. Wenn ein Gast die Türe öffnet und diese einrasten lässt, so ist dies keine Handlung die der Beschwerdeführerin zugerechnet werden kann, da sie selbst überhaupt keine Handlung setzte.

Zum anderen hat die Beschwerdeführerin wie oben dargelegt, ein Kontrollsystem implementiert, um die Einhaltung des Tabakgesetzes zu gewährleisten. Das Schulen der Arbeitnehmer, bzw. die Dienstanweisung, darauf zu achten, dass die Türe stets geschlossen ist, lässt unter vorhersehbaren Verhältnissen mit Grund die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erwarten. Auch trotz dieses Kontrollsystems kann es vorkommen, dass die Türe für kurze Zeit offensteht. Nämlich in der Zeit, in der die Türe von einem Gast geöffnet wurde, bis zum Erkennen der Situation und schließen der Türe.

Auf Grund der Tatsache, dass die Türe von Gästen geöffnet wird und die Beschwerdeführerin ein ausreichendes Kontrollsystem implementiert hat, um Verstöße gegen das Tabakgesetz zu vermeiden, hat diese den Schuldentlastungsbeweis erbracht, dass sie keinesfalls fahrlässig gegen die Normen des Tabakgesetzes verstieß. Selbst wenn ein solcher Beweis nicht erbracht wurde, so konnte die Beschwerdeführerin ihr mangelhaftes Verschulden jedenfalls glaubhaft machen.

Da selbst bei Erfüllung des objektiven Tatbestandes, was hiermit nochmals ausdrücklich bestritten wird, der Beschwerdeführerin kein Verschulden gem. § 5 Abs 1 VStG zur Last gelegt werden kann, bzw. die Beschwerdeführerin ihr mangelhaftes Verschulden glaubhaft machen konnte, ist das Straferkenntnis aufzuheben und das Verfahren einzustellen.

Linz, 16.06.2016 H W“

II.2. Mit Vorlageschreiben vom 22. Juni 2016, eingelangt am 28. Juni 2016, hat die belangte Behörde die Beschwerde mit einem Ausdruck des Verwaltungsstrafakt vorgelegt und in der Hauptsache die Abweisung der Beschwerde beantragt.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die Beschwerde und den vorgelegten Verwaltungsstrafakt. Da sich daraus bereits aus rechtlichen Gründen ergibt, dass das gegenständliche Straferkenntnis zu beheben ist, konnte gemäß § 44 Abs 2 VwGVG auf eine Verhandlung verzichtet werden.

Aus der Aktenlage ergibt sich der nachstehende wesentliche Gang des Verfahrens und Sachverhalt:

Zum Sachverhalt ist auf die Tatbeschreibung im Spruch des angefochtenen Straferkenntnis, das darüber hinaus keine Feststellungen enthält, zu verweisen. Danach sei das Personal des Gastlokales nicht in geeigneter Weiser informiert und angewiesen worden, das Rauchen zu verbieten und auf das Rauchverbot hinreichend hinzuweisen. Damit wäre nicht dafür Sorge getragen worden, dass trotz des dort bestehenden generellen Rauchverbotes durch Gäste des Gastlokales am 08.06.2015 von 10:15 - 10:30 Uhr im öffentlichen Raum nicht geraucht wurde. 8 Gäste wurden in dieser Zeit beim Rauchen beobachtet.
Die Ausnahme des § 13 Abs 2 Tabakgesetz sei auf Grund des Offenhaltens der Glastüre, die den Raucherbereich vom Einkaufszentrum trennt, nicht anwendbar gewesen. Dadurch konnte offenbar Rauch in das Einkaufszentrum gelangen.

Mit Strafverfügung vom 17. Juni 2015 lastete die belangte Behörde der Bfin die gegenständliche Verwaltungsübertretung im Wesentlichen wortgleich (beim Rauchen wurden nur 7 Gäste beobachtet) wie im angefochtenen Straferkenntnis an. Im rechtsfreundlich eingebrachten Einspruch vom 26. November 2015 wurde vorgebracht, dass die Türe zwischen Geschäftslokal und Einkaufszentrum selbständig schließe. Sollte sie tatsächlich durch Manipulation offen eingerastet sein, werde dies vom Personal überprüft und die Türe sofort wieder geschlossen.

In weiterer Folge erließ die belangte Behörde das angefochtenen Straferkenntnis vom 10. Mai 2016, ohne weitere Aufklärungen aus Anlass des Einspruchs vorzunehmen.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

IV.1. Rechtliche Grundlagen

Die §§ 13 bis 14 des Tabakgesetzes (BGBl. Nr. 431/1995, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 12/2014) lauten in ihren für dieses Verfahren wesentlichen Teilen wie folgt:

Nichtraucherschutz 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.

Obliegenheiten betreffend den Nichtraucherschutz

§ 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

...

(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.

IV.2. Gemäß dem Konkretisierungsgebot des § 44a Z 1 VStG hat der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten. Zu den daraus nach hM folgenden Anforderungen kann auf den Kommentar zum VStG von *Lewisch/Fister/Weilguni* (rdb.at Stand 1.7.2013) verwiesen werden. So führt *Fister* aaO, Rz 2 zu § 44 a VStG, aus:

„Die als erwiesen angenommene Tat ist der den Deliktstatbestand erfüllende Sachverhalt (*Walter/Thienel* II^2 § 44 a Anm 4). Der Beschuldigte hat ein subjektives Recht, dass ihm

die als erwiesen angenommene Tat richtig und vollständig vorgehalten wird (VwGH 8. 8. 2008, 2008/09/0042). Eine Strafe darf nur für jene Tat verhängt werden, auf die sich die – das Strafverfahren einleitende – erste Verfolgungshandlung (vgl § 32) bezogen hat (*Mannlicher/Quell* II[8] § 44 a Anm 3; *Walter/Thienel* II[2] § 44 a Anm 4; *Thienel/Schulev-Steindl*[5] 493).

Die Umschreibung dieser Tat hat – bereits im Spruch und nicht erst in der Bescheidbegründung (VwSlg 17.326 A/2007; VwGH 1. 7.2010, 2008/09/0149) – so präzise zu sein, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wahren kann und er nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist (zB VwSlg 11.894 A/1985; VwGH 12. 3.2010, 2010/17/0017; 17. 4.2012, 2010/04/0057), sie muss mithin die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens erforderlich sind, ermöglichen (vgl VwGH 20. 7. 1988, 86/01/0258; 31. 1. 2000, 97/10/0139; s auch VwGH 6. 11. 2012, 2012/09/0066 [AuslBG]) und sie darf keinen Zweifel daran bestehen lassen, wofür der Täter bestraft worden ist (VwGH 23. 4. 2008, 2005/03/0243). Andererseits dürfen bei der Angabe der als erwiesen angenommenen Tat auch keine Verhaltensweisen mitumfasst werden, die nicht der verletzten Verwaltungsvorschrift iSd § 44 a Z 2 unterliegen (vgl VwGH 24. 4. 2008, 2007/07/0124).“

Wesentliche weitere Aussagen bei *Fister*, aaO, Rz 3 zu § 44a VStG :

„Die Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat hat sich am jeweils in Betracht kommenden Tatbild zu orientieren (VwGH 25.02.1992, 91/04/0285), die Frage ihrer Übereinstimmung mit den Erfordernissen des § 44 a Z 1 ist folglich in jedem konkreten Fall einzeln zu beurteilen (VwGH 17.09.2009, 2008/07/0067). Eine ausreichende Konkretisierung wird aber in aller Regel die Angabe von Tatort, Tatzeit sowie des wesentlichen Inhaltes des Tatgeschehens bedingen (VwGH 27.04. 2011, 2010/08/0091). ...“

„Der Spruch hat die Anführung des Zeitpunktes der Begehung der Tat und, falls es sich um einen Zeitraum handelt, dessen Anfang und Ende in einer kalendermäßig eindeutig umschriebenen Art zu umfassen (VwGH 22.02. 2006, 2005/17/0195; VwGH 20.11.2008, 2007/09/0255).“

IV.3. Gastronomiebetriebe, die in offener Verbindung zum Hauptverkehrsweg eines Einkaufzentrums (sog. „Mall“) stehen bzw eine Zone im Bereich der Mall eines Einkaufzentrums nutzen, fallen grundsätzlich unter das Rauchverbot des § 13 Abs 1 Tabakgesetz in Räumen öffentlicher Orte, weil es sich bei einem Einkaufszentrum um einen „öffentlichen Ort“ iSd § 1 Z 11 Tabakgesetz handelt (vgl VwSlg 17964 A/2010; VwGH 10.01.2012, Zl. 2009/11/0198). Auch bei den der Darbietung von Vorführungen oder Ausstellungen dienenden Einrichtungen wie Theatern, Museen oder Kinos handelt es sich jedenfalls um öffentliche Orte, in deren Räume Rauchverbot gilt (vgl näher VwGH 20.03.2012, Zl. 2012/11/0215).

IV.4. Wesentliches Tatbestandselement des § 13 Abs 2 Tabakgesetz ist, dass, sofern in den dort beschriebenen Einrichtungen ausreichend Räume zur Verfügung stehen, Räume bezeichnet werden dürfen in denen das Rauchen gestattet werden darf, wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 17. Juni 2013, Zl. 2012/11/0235, ausgesprochen, dass in einem als solchen bezeichneten Raucherraum zulässigerweise geraucht werden darf, wenn die diesen Raum mit dem übrigen Teil des Betriebs verbindende Tür, geschlossen gehalten wird. Es besteht Rauchverbot, wenn diese Tür über das zum kurzen Durchschreiten notwendige Ausmaß hinaus geöffnet bleibt.

Aus dieser Judikatur und logischen Grundsätzen ergibt sich, dass eine Verbindungstüre zwischen Raucher- und Nichtraucherbereich grundsätzlich geschlossen bleiben soll, aber dann geöffnet werden darf, wenn dies in zeitlicher Hinsicht das erforderliche Maß nicht überschreitet und aufgrund bestimmter Umstände unbedingt erforderlich ist (zB das Betreten und Verlassen, das Servieren, das Aufsuchen der Toilette).

Wie sich aus der authentischen Interpretation des Gesetzgebers zu § 13a Abs 2 Tabakgesetz (BGBl. I Nr. 12/2014) ableiten lässt, geht es dem Gesetzgeber nicht um ein absolutes (100 %iges) Vermeiden des Einwirkens von Tabakrauch auf Nichtraucher, sondern im Wesentlichen darum, dass der allgemeine Nichtraucherschutz nicht umgangen wird und Nichtraucher soweit als möglich vor Tabakrauch geschützt werden. Es ist daher auch die Wendung *„wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räume dringt“* spätestens seit Kundmachung der authentischen Interpretation so auszulegen, dass geringfügige Einwirkungen, durch die das Rauchverbot nicht umgangen wird, zulässig sind. Solche sind aufgrund der Notwendigkeit des Durchschreitens von Türen (bspw. bei größeren Gruppen) unvermeidbar und kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, Unmögliches regeln zu wollen.

Es ergibt sich in diesem Zusammenhang aber, dass die Behörde im Rahmen des Spruchs die dem Täter vorgeworfene Tathandlung soweit zu konkretisieren hat, dass der Spruch eine Unterscheidung zwischen zulässigem und nicht zulässigem Offenhalten von Türen zulässt, also aus dem Spruch der genaue Zeitraum des Offenhaltens der Türe und die relevanten Umstände (bspw. jene, die zum Öffnen der Türe geführt haben) ausdrücklich hervorgehen oder zumindest erschlossen werden können. Denn die zulässige Zeit des Offenhaltens der Türe und der gegebenen Umstände steht mit der Frage des erlaubten oder verpönten Eindringens von Rauch in den geschützten Bereich im unmittelbaren

Zusammenhang. So darf die Türe etwa dauerhaft geöffnet sein, wenn im Raucherraum keine rauchenden Personen anwesend sind bzw. kein Rauch vorhanden ist.

Nach den sich aus dem Gesetz ergebenden Umständen muss es sich im Hinblick auf einen „Tatzeitpunkt“ aber jedenfalls um einen Zeitraum handeln. Eine zeitliche Momentaufnahme reicht jedenfalls nach dem Bestimmtheits- und Konkretisierungsgebot des § 44a Abs 1 VStG nicht hin, da bei ausschließlichem Vorwurf eines fixen Zeitpunktes der Beschuldigte nicht in die Lage versetzt wird, sich konkret gegen den Vorwurf zu wehren. Vielmehr wären diesbezüglich mehrere Sachverhaltsvarianten, nämlich jene, die eine Strafe auslösen würden oder jene, die nicht strafbar wären, denkbar.

Die Behörde hat daher in ihrem Spruch einen Zeitraum anzugeben (von – bis) und unter Angabe der Umstände darzustellen, dass die Türe nicht bloß zum zulässigen Durchschreiten offen gehalten wurde (zB. Verwendung eines Keils, Hakens, Raucher vorhanden, etc.), um den Beschuldigten in die Lage zu versetzen, genau zu wissen, welcher (Sachverhalts-)Vorwurf ihm gemacht wird. Der Spruch muss also auch soweit konkretisiert werden, dass erkennbar wird, dass es sich nicht etwa um ein zulässiges Offenhalten gehandelt haben kann. Schließlich sind Sachverhalte denkbar, die ein Offenhalten der Verbindungstüre auch über etwas längere Zeiträume erfordern, etwa, wenn größere Gruppen von Personen gemeinsam ein Lokal verlassen und die Verbindungstüre zu durchschreiten haben. Solche Fälle müssen schon auf Grund einer hinreichend konkretisierten Fassung des Tatvorwurfs in schlüssiger Weise ausgeschlossen werden können.

IV.5. Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde der Bfin vorgeworfen, sie habe es als Betreiberin des Gastlokales „B“ in L, verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass in diesem Gastlokal vom nicht informierten und angewiesenen Personal keine Sorge dafür getragen worden sei, dass nicht geraucht wird. Die Tür zwischen Raucherbereich und Einkaufszentrum sei offen gehalten worden, weshalb die Ausnahme des § 13 Abs 2 Tabakgesetz nicht anzuwenden gewesen sei. Die näheren Umstände und die Dauer des Offenhaltens werden allerdings nicht dargestellt.

Die belangte Behörde nennt zwar im Spruch den Zeitraum von 10:15 – 10:30 Uhr, bringt allerdings für diese 15 Minuten nur zum Ausdruck, dass 8 Gäste beim Rauchen beobachtet worden seien. Dies reicht noch nicht für eine schlüssige Anlastung, dass durch Offenhalten der Tür gegen das Tabakgesetz verstoßen wurde. Die belangte Behörde hat keine näheren Angaben zum Offenhalten selbst gemacht. Gerade die Unterscheidung zwischen verschiedenen Szenarien wie etwa dem jedenfalls zulässigen Offenhalten für ein kurzes Durchschreiten, dem noch akzeptablen, länger dauernden Offenhalten aus besonderem Grund (zB.:

gehäuftes Kommen und Gehen von Personen oder Personengruppen, verstärkte Serviceleistungen) und letztlich dem ohne berechtigten Grund praktizierten Offenhalten über einen längeren Zeitraum erscheint für die rechtliche Beurteilung von besonderer Bedeutung, weil aus solchen Umständen des Einzelfalls erst die rechtlichen Folgen (nicht strafbar, strafbar, Verschuldensgrad) resultieren. Der UVS Oberösterreich hatte bereits mit Erkenntnis vom 11. Juni 2012, VwSen-240832/3/Gf/Rt, ausgesprochen, dass im Spruch eine entsprechend konkretisierte Zeitdauer anzugeben ist, um eine Nachprüfbarkeit dahingehend zu erlangen, ob das Offenhalten tatsächlich so lange dauerte, dass eine Verletzung des Gesetzes zweifelsfrei feststeht. Der UVS hat verlangt, dass auch die näheren Umstände (dort die Anzahl der Gäste) darzustellen sind, sodass festgestellt werden kann, ob Rauch in einem über die Wahrnehmbarkeitsschwelle hinausgehenden Ausmaß in die mit dem Rauchverbot belegten Räumlichkeiten gedrungen ist.
Das Landesverwaltungsgericht ist dieser Ansicht mit Erkenntnis vom 5. März 2015, LVwG-000063/5/FP/SA, gefolgt und hat folgenden Rechtssatz formuliert:

Stützt die Behörde die Verletzung des § 13c Abs. 2 Tabakgesetz auf den Umstand, dass eine Verbindungstüre zwischen gekennzeichnetem Raucher- und Nichtraucherraum geöffnet war, hat sie, um den Anforderungen des § 44a Z 1 VStG zu entsprechen, im Spruch einen bestimmten Zeitraum und jene Umstände anzugeben, aus denen eindeutig abzuleiten ist, dass Tabakrauch durch unangemessenes Offenhalten der Verbindungstüre in die mit Rauchverbot belegten Räume eindringen konnte.

IV.6. Aus der Verantwortung der Bfin geht hervor, dass die gegenständliche Glastüre eine Schwingtüre gewesen sei, die selbsttätig schließt. Nur wenn die Flügel durch Manipulation einrasten, könne sie offen stehen. Dies würde aber von den Angestellten beobachtet, die angehalten wären, die Türe sofort wieder zu schließen. Die belangte Behörde habe keine Feststellungen dazu getroffen, aus welchem Grund die Glastüre offenstand. Es könnte auf Grund einer Lieferung oder des Durchschreitens mehrerer Personen gewesen sein. Die Bfin behauptet, dass die Glastüre lediglich im notwendigen Ausmaß zum Durchschreiten geöffnet war, weshalb der Ausnahmetatbestand des § 13 Abs 2 TabakG erfüllt, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verfahren einzustellen sei.

Im Ergebnis ist diese Beschwerde berechtigt. Die Einwendungen der Bfin lassen sich schon wegen der besonderen Ungenauigkeit des strafbehördlichen Vorwurfs nicht widerlegen, zumal die für die Annahme eines Rauchverbotes wesentlichen Umstände nicht eindeutig feststehen.

Der viel zu allgemein gehaltene Vorwurf der belangten Behörde beschreibt das Offenhalten der Verbindungstüre und die damit zusammenhängenden Umstände des Falles nicht und stellt auch nicht klar, wie lange es überhaupt dauerte. Somit sind wesentliche Umstände des Einzelfalls, die für die Verneinung der Ausnahme vom Rauchverbot maßgeblich sind, offen geblieben. Der Spruch des angefochtenen

Straferkenntnisses ermöglicht keine unzweifelhafte Feststellung, dass der vom Gesetz verpönte Tatbestand verwirklicht wurde. Es fehlt an der ausreichenden zeitlichen Konkretisierung und der Darstellung entscheidungswesentlicher Sachverhaltselemente. Das Offenhalten von Türen zwischen verschiedenen Bereichen eines Lokals ist für sich allein nach dem Tabakgesetz nicht strafbar. Der Spruch verfehlt wesentliche Kriterien und entspricht daher nicht dem Konkretisierungsgebot des § 44a Z 1 VStG.

Letztendlich wird der Bfin ein Sachverhalt vorgeworfen, der mangels ausreichender Konkretisierung nicht strafbar ist, bzw. mehrere unterschiedliche Varianten (strafbar/nicht strafbar) zulässt. Der Bf wurde kein eindeutiger Vorwurf gemacht, der sie in die Lage versetzen würde, konkret auf einen bestimmten Vorwurf zu reagieren.

IV.7. Das gegenständliche Straferkenntnis war daher aus Gründen der mangelnden Bestimmtheit und Konkretisierung der Tat aufzuheben. Mangels einer ausreichenden Verfolgungshandlung im strafbehördlichen Verfahren und aufgrund der bereits abgelaufenen Verfolgungsverjährungsfrist, war eine Korrektur durch das Landesverwaltungsgericht ausgeschlossen (vgl VwGH 23.10.2014, 2011/07/0205). Der Beschwerde war stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren mangels einer zutreffend angelasteten Übertretung des Tabakgesetzes gemäß dem § 45 Abs 1 Z 1 VStG iVm § 38 VwGVG einzustellen.

Bei diesem Ergebnis entfällt sowohl die Verpflichtung zur Leistung eines Beitrags zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens (§ 66 Abs 1 VStG) als auch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens. Im Fall der Aufhebung der Strafe sind die Kosten von der Behörde zu tragen (§ 52 Abs 9 VwGVG).

V. 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 die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten.

Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. W e i ß