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-000198/2/Gf/Mu**

Datum:

**Linz, 26. Juni 2017**

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

Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich erkennt durch seinen Einzelrichter Dr. Grof über die Beschwerde des J D, vertreten durch die RAe Dr. H R und Dr. K F, gegen das wegen einer präsumtiven Übertretung des Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetzes ergangene Straferkenntnis des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 10. November 2016, Zl. 0044521/2016,

z u R e c h t :

**I. Der Beschwerde wird gemäß § 50 VwGVG stattgegeben und das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben; unter einem wird das Verwaltungsstrafverfahren nach § 38 VwGVG i.V.m. § 45 Abs. 1 Z. 2 VStG eingestellt.**

**II. Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG weder einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde noch einen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich zu leisten.**

**III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß § 25a VwGG zulässig.**

# E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

## I.

Verfahren vor der belangten Behörde

1. Mit Anzeige des Erhebungsdienstes des Magistrates der Stadt Linz vom 4. August 2016, Zl. 0044513/2016, wurde dem Bürgermeister der Stadt Linz (im Folgenden auch: belangte Behörde) zur Kenntnis gebracht, dass im Zuge eines am 3. August 2016 durchgeführten Ortsaugenscheines festgestellt worden sei, dass zwischen 11:11 Uhr und 11:25 Uhr die Eingangstür eines im Untergeschoß des L Hauptbahnhofes situierten Cafés durchgehend weit geöffnet gewesen und drei Lokalgäste beim Rauchen beobachtet worden sei(en).

2. In der Folge wurde im Wege einer Einsichtnahme in das Gewerbeinformationssystem Austria (GISA) sowie in das Firmenbuch ermittelt, dass der Rechtsmittelwerber sowohl als gewerberechtlicher als auch als handelsrechtlicher Geschäftsführer jener GmbH fungiert, die das verfahrensgegenständliche Café betreibt.

3. Mit Strafverfügung vom 18. August 2016, Zl. 0044521/2016, wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in Höhe von 300 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 50 Stunden) verhängt, weil er es als handelsrechtlicher Geschäftsführer seiner GmbH zu vertreten habe, dass von dieser nicht dafür Sorge getragen worden sei, dass am 3. August 2016 in der Zeit zwischen 11:11 Uhr und 11:25 Uhr im öffentlichen Raum (gemeint: in der überdachten Bahnhofshalle) nicht geraucht wurde.

4. Gegen diese Strafverfügung hat der Rechtsmittelwerber mit Schriftsatz vom 12. Oktober 2016 rechtzeitig Einspruch erhoben und darin vorgebracht, dass er sein Personal wiederholt auf das außerhalb seines Lokals geltende Rauchverbot sowie darauf hingewiesen habe, dass die Lokaltüre nur zum Betreten und Verlassen geöffnet werden dürfe. In der Gaststätte selbst sei hingegen das Rauchen zulässigerweise gestattet, weil diese bloß über eine Fläche von weniger als 50 $m^2$ verfüge.

5. Durch diesen Einspruch wurde die angefochtene Strafverfügung ex lege (vgl. § 49 Abs. 2 VStG) aus dem Rechtsbestand eliminiert.

Ohne zusätzliche Ermittlungen durchzuführen, hat die belangte Behörde in der Folge mit Straferkenntnis vom 10. November 2016, Zl. 0044521/2016, über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 300 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 60 Stunden) verhängt, weil er es als handelsrechtlicher Geschäftsführer seiner GmbH zu

verantworten habe, dass am 3. August 2016 zwischen 11:11 Uhr und 11:25 Uhr sein Bedienungspersonal nicht in geeigneter Weise informiert und dahin angewiesen gewesen sei, den Lokalgästen das Rauchen zu verbieten, sodass nicht hinreichend dafür Sorge getragen gewesen sei, dass in dem außerhalb des Lokales gelegenen öffentlichen Raum nicht geraucht wurde. Da infolge des Offenhaltens der Lokaleingangstüre die Ausnahmebestimmung des § 13 Abs. 2 des Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetzes, BGBl 431/1995 in der zum Tatzeitpunkt maßgeblichen Fassung BGBl I 22/2016 (im Folgenden kurz: TNRSchG), nicht zum Tragen gekommen sei, habe er sohin eine Übertretung des § 14 Abs. 4 i.V.m. § 13 Abs. 1 sowie i.V.m. § 13c Abs. 1 Z. 2 und Abs. 2 Z. 3 TNRSchG begangen, weshalb er nach § 14 Abs. 4 TNRSchG i.V.m. § 9 VStG zu bestrafen gewesen sei.

Begründend wurde dazu ausgeführt, dass diese Übertretung auf Grund der Aktenlage als erwiesen anzusehen sei.

Im Zuge der Strafbemessung seien weder Milderungs- noch Erschwerungsgründe hervorgekommen; hinsichtlich der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Rechtsmittelwerbers sei auf Grund einer realistischen Schätzung von einem monatlichen Nettoeinkommen in Höhe von 1.300 Euro sowie vom Nichtvorliegen von Sorgepflichten auszugehen gewesen.

6. Gegen dieses ihm am 15. November 2016 zugestellte Straferkenntnis richtet sich die gegenständliche, am 13. Dezember 2016 – und damit rechtzeitig – zur Post gegebene Beschwerde.

Darin wird in Ergänzung zum Einspruch vom 12. Oktober 2016 eingewendet, dass sich die belangte Behörde mit dem Vorbringen des Rechtsmittelwerbers in keiner Weise auseinandergesetzt und keinerlei Beweise erhoben habe; insbesondere könne ihm kein persönliches Verschulden an der angelasteten Übertretung vorgeworfen werden.

Daher wird die Aufhebung des Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt.

7. Die belangte Behörde hat diese Beschwerde mit Schreiben vom 20. Dezember 2016 dem Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich samt Bezug habendem Akt vorgelegt, wobei von der Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung explizit abgesehen wurde.

## II.

Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes des Landes Oberösterreich
und Zulässigkeit der Beschwerde

1. Die vorliegende, auf Art. 130 Abs. 1 Z. 1 B-VG gegründete Beschwerde richtet sich gegen den Bescheid („Straferkenntnis") einer Verwaltungsbehörde und wurde innerhalb der Vier-Wochen-Frist des § 7 Abs. 4 VwGVG bei der belangten Behörde eingebracht; da der Inhalt dieser Beschwerde den Anforderungen des § 9 VwGVG entspricht und auch sonstige Prozesshindernisse nicht vorliegen, ist sie insgesamt als zulässig zu qualifizieren.

2. Weil diesbezüglich weder im TNRSchG noch im VwGVG Abweichendes angeordnet ist, hatte das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich im vorliegenden Fall gemäß Art. 135 Abs. 1 B-VG durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

## III.

Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung
durch das Verwaltungsgericht

Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Akt des Magistrates der Stadt Linz zu Zl. 0044521/2016; da sich bereits aus diesem in Verbindung mit dem Parteienvorbringen der oben unter I. dargestellte entscheidungswesentliche Sachverhalt klären ließ und mit der gegenständlichen Beschwerde de facto lediglich die Klärung von Rechtsfragen angestrebt wird, konnte im Übrigen von der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung abgesehen werden.

## IV.

Rechtliche Beurteilung

In der Sache selbst hat das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich erwogen:

1. Nach dem Auffangtatbestand des § 14 Abs. 4 TNRSchG begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe von bis zu 2.000 Euro

zu bestrafen, der als Inhaber i.S.d. § 13c Abs. 1 TNRSchG gegen eine der in § 13c Abs. 2 TNRSchG festgelegten Obliegenheiten verstößt.

Nach § 13c Abs. 1 Z. 2 TNRSchG haben die Inhaber von Räumen eines öffentlichen Ortes – soweit nicht gesetzliche Ausnahmebestimmungen zum Tragen kommen – Sorge für die Einhaltung des Rauchverbotes an diesen Orten zu tragen.

2. Im gegenständlichen Fall steht allseits unbestritten fest, dass während des im angefochtenen Straferkenntnis angelasteten Tatzeitraumes die Eingangstür des verfahrensgegenständlichen Cafés durchgehend offen stand; weiters wurde nicht in Abrede gestellt, dass in dieser Zeit drei Lokalgäste geraucht haben, sodass dadurch Zigarettenrauch in den öffentlichen Raum – nämlich in die überdachte Halle des L Hauptbahnhofes – dringen konnte.

Somit ergibt sich zweifelsfrei, dass vorliegend das für einen öffentlichen Raum i.S.d. § 13 Abs. 1 TNRSchG gesetzlich festgelegte Rauchverbot nicht eingehalten worden war.

3. Zu prüfen bleibt allerdings – und allein darauf kommt es dem Beschwerdeführer an –, ob ihm diese Übertretung im Sinne eines strafrechtlichen Schuldvorwurfes auch persönlich zugerechnet werden kann.

3.1. In diesem Zusammenhang legt zunächst – hier einschlägig – § 13c Abs. 1 Z. 3 i.V.m. § 13a Abs. 1 Z. 1 TNRSchG fest, dass die Inhaber von Gastronomiebetrieben i.S.d. § 111 Abs. 1 Z. 2 der Gewerbeordnung, BGBl 194/1994 in der hier maßgeblichen Fassung BGBl I 50/2016 (im Folgenden: GewO), für die Einhaltung der Bestimmungen der §§ 12 bis 13b TNRSchG Sorge zu tragen haben.

Soweit es für den gegenständlichen Fall von Belang ist, zählt dazu nach § 13 Abs. 1 i.V.m. § 13c Abs. 2 Z. 3 TNRSchG die Verpflichtung, die Einhaltung des Rauchverbotes in Räumen öffentlicher Orte zu gewährleisten.

3.2. Dies führt im Kern zu der Frage, inwieweit derartige Anordnungen mit dem strafrechtlichen Schuldprinzip des Art. 6 Abs. 2 EMRK bzw. des Art. 48 Abs. 1 EGRC vereinbar sind.

3.2.1. In diesem Zusammenhang hat der VfGH jüngst mit Erkenntnis vom 2. Dezember 2016, G 497/15, grundsätzlich keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Modifikation des Schuldprinzips in seiner im Bereich des Justizstrafrechts bis dahin maßgeblichen Form durch das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (BGBl I 151/2005 i.d.g.F. BGBl I 26/2016, im Folgenden auch kurz: VbVG) geäußert. Mit dieser Entscheidung wurde (abgesehen davon, dass damit die Problematik, dass das VbVG das gesamte Justizstrafrecht erfasst, während sich die für dessen legistische Einführung maßgebliche unionsrechtliche Umsetzungspflicht nur

auf eingeschränkte Teilbereiche bezieht, offen gelassen wurde) das Schuldprinzip keineswegs eingeschränkt, sondern vielmehr in Bezug auf die Sondererscheinungsform der rechtlichen Fiktion der „juristische Person" konsequent weiterentwickelt: Denn auch Verbände sind nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz nur dann für Straftaten verantwortlich, wenn dessen Entscheidungsträger oder Mitarbeiter diese schuldhaft begangen haben und eine entsprechende rechtliche Zurechnung zur juristischen Person möglich ist (vgl. § 3 Abs. 1 bis Abs. 3 VbVG).

Legt man diese gemäß Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 48 Abs. 1 EGRC grundrechtlich gebotene Auslegungsmaxime auf die in § 9 Abs. 1 VStG normierte Zurechnungsregel um, so bedeutet dies, dass eine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit eines Außenvertretungsbefugten einer juristischen Person hinsichtlich des Handelns seiner Mitarbeiter bei Vorsatzdelikten nur dann, wenn der Mitarbeiter vorsätzlich gehandelt und bei Fahrlässigkeitsdelikten nur dann zum Tragen kommen kann, wenn der Mitarbeiter die nach den Umständen gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen hat, wobei hinzutritt (arg. „und" als Bindewort zwischen § 3 Abs. 3 Z. 1 und Z. 2 VbVG), dass dem Mitarbeiter die Tatbegehung jeweils dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert wurde, dass der Außenvertretungsbefugte die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen, insbesondere dadurch, dass er wesentliche technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen zur Verhinderung solcher Taten unterlassen hat (vgl. § 3 Abs. 3 VbVG analog).

3.2.2. Diese generelle Zurechnungsregel wird durch die Spezialnorm des § 13c Abs. 2 Z. 2 TNRSchG nicht substantiell modifiziert, wenn diese Bestimmung u.a. festlegt, dass die Inhaber von Gastronomiebetrieben i.S.d. § 111 Abs. 1 Z. 2 GewO dafür Sorge zu tragen haben, dass in Räumen eines öffentlichen Ortes nicht geraucht wird.

3.3. Vor diesem Hintergrund ergibt sich für den vorliegenden Fall zunächst, dass der Beschwerdeführer seinen Unternehmenssitz in W (S) hat, auch dort wohnhaft ist und im Gebäude des L Hauptbahnhofes lediglich eine Filiale seines Gastronomieunternehmens betreibt.

Ihm ist es daher nicht zumutbar und es besteht auch keine entsprechende gesetzliche Verpflichtung, zu den Öffnungszeiten in der L Filiale ständig persönlich anwesend zu sein.

Sein Vorbringen, dass er – wie im Einspruch vom 12. Oktober 2016 vorgebracht – seine Mitarbeiter wiederholt angewiesen hat, auf das außerhalb des Lokals geltende Rauchverbot und darauf, dass die Eingangstür nur zum Betreten und Verlassen kurzzeitig geöffnet sein darf, zu achten, ist in keiner Weise unglaubwürdig; insbesondere ergeben sich auch aus dem von der belangten Behörde vorgelegten Akt keine gegenteiligen Hinweise.

Dass zum Vorfallszeitraum die Lokaltür – wie sich aus den im Behördenakt befindlichen Fotos zweifelsfrei ergibt – dennoch dauerhaft geöffnet war, beruht daher offensichtlich auf einem weisungswidrigen Verhalten seiner Mitarbeiter, die somit die nach den Umständen gebotene Sorgfalt i.S.d. § 3 Abs. 3 Z. 1 letzter Halbsatz VbVG außer Acht gelassen haben.

Allerdings sind im gegenständlichen Fall die Voraussetzungen des § 3 Abs. 3 Z. 3 VbVG deshalb nicht erfüllt, weil der Beschwerdeführer als Geschäftsführer der verfahrensgegenständlichen GmbH und damit als deren verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Person seinen Mitarbeitern die Begehung der Tat nicht dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert hatte, dass er die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen hat; insbesondere hat er nämlich keine wesentlichen technischen, organisatorischen oder personellen Maßnahmen zur Verhinderung der Übertretung des Rauchverbotes in öffentlichen Räumen unterlassen. Vielmehr hat er sämtliche, im heutigen arbeitsteiligen Wirtschaftsleben von einem Geschäftsführer zu erwartende Vorkehrungen getroffen; eine noch darüber hinausgehende Sorgfaltspflicht zu fordern, wäre schlicht lebensfremd, denn ein absoluter Nichtverstoß gegen Weisungen ließe sich (wenn überhaupt) nur durch eine – eine ständige persönliche Anwesenheit des Arbeitgebers voraussetzende – lückenlose Personalüberwachung und -kontrolle erreichen.

Im Ergebnis haben daher im vorliegenden Fall – ungeachtet dessen, dass (was allerdings der Gesetzgeber zu vertreten hat) ein entsprechender Straftatbestand in § 14 TNRSchG fehlt – ausschließlich die Mitarbeiter des Rechtsmittelwerbers den festgestellten Verstoß gegen das Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte zu vertreten, während eine gleichzeitige/alternative/ausschließliche Zurechnung dieser Ordnungswidrigkeit zum Beschwerdeführer hier gemäß § 9 Abs. 1 VStG unter Zugrundelegung einer gemäß Art. 6 Abs. 2 EMRK und Art. 48 Abs. 1 EGRC verfassungskonformen Interpretation des Schuldprinzips ausscheidet.

4. Daher war der gegenständlichen Beschwerde gemäß § 50 VwGVG stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren nach § 38 VwGVG i.V.m. § 45 Abs. 1 Z. 2 VStG einzustellen.

5. Bei diesem Verfahrensergebnis war dem Rechtsmittelwerber gemäß 52 Abs. 9 VwGVG weder ein Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde noch ein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich vorzuschreiben.

## V.

Revision an den Verwaltungsgerichtshof

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision zulässig, weil zur Frage der grundrechtlich – nämlich im Lichte des Art. 6 Abs. 2 EMRK, des Art. 48 Abs. 1 EGRC und des Erkenntnisses des VfGH vom 2. Dezember 2016, G 497/2015 – gebotenen Interpretation des § 9 VStG bislang noch keine Rechtsprechung des VwGH vorliegt.

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

Gegen dieses Erkenntnis kann eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Eine solche Beschwerde ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses – von gesetzlichen Ausnahmen abgesehen – durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und einzubringen. Für die Beschwerde ist eine Eingabegebühr von 240 Euro zu entrichten.

Gegen dieses Erkenntnis kann innerhalb derselben Frist auch eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden, die durch einen bevollmächtigen Rechtsanwalt abzufassen und beim Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich einzubringen ist; die Eingabegebühr von 240 Euro ist hingegen unmittelbar an den Verwaltungsgerichtshof zu entrichten.

Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich

Dr. G r o f