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

Geschäftszeichen:
LVwG-000237/7/Wei

Datum:
Linz, 17. August 2018

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde des E A, B, vertreten durch Dr. P R, Rechtsanwalt in I, K, gegen die Spruchpunkte 4.), 5.), 6.) und 7.) des Straferkenntnisses der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 18. Mai 2017, GZ: Ge96-59-2017, wegen Übertretungen des Tabakgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. August 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis in den Spruchpunkten 4 bis 7 aufgehoben und das Strafverfahren jeweils gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs 9 VwGVG entfällt hinsichtlich der Spruchpunkte 4 bis 7 die Pflicht des Beschwerdeführers zur Leistung von Beiträgen zu den Kosten sowohl des behördlichen Strafverfahrens als auch des gerichtlichen Beschwerdeverfahrens.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Die Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn (im Folgenden: belangten Behörde) hat mit dem angefochtenen Straferkenntnis vom 18. Mai 2017, GZ: Ge96-59-2017, über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) in den Spruchpunkten 4.), 5.), 6.) und 7.) wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Tabakgesetz vier Geldstrafen in der Höhe von je 100 Euro und für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen in der Dauer von je 18 Stunden, verhängt. Gleichzeitig wurde für die Spruchpunkte 4.), 5.), 6.) und 7.) ein Verfahrenskostenbeitrag von insgesamt 40 Euro vorgeschrieben.

Mit dem bezeichneten Straferkenntnis wurden dem Bf folgende Übertretungen angelastet:

„Straferkenntnis

1.) Die D mit dem Sitz in Vereinigtes Königreich, Ch DH, Road, hat zumindest am 22.03.2017 auf Grst. Nr. 7, KG und Stadtgemeinde M, eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage und zwar ein Gastronomielokal zur Verabreichung von Getränken mittels einem Getränkeautomaten ohne die erforderliche Genehmigung betrieben, indem durch den Getränkeautomaten die Entnahme von Getränkeflaschen gegen Entgelt (Zipfer Bier 1,50 Euro, Cola 1,50 Euro, Red Bull 1,50 Euro) angeboten worden ist.

   Die Genehmigungspflicht für den Betrieb des Gastronomielokals ergibt sich daraus, dass durch den Lärm der Kunden Nachbarn belästigt werden können.

2.) Die D mit dem Sitz in Vereinigtes Königreich, Ch DH, Road, hat zumindest am 22.03.2017 auf Grst.Nr. 7, KG und Stadtgemeinde M, das Gastgewerbe gemäß § 111 Abs. 1 Ziffer 2 GewO ausgeübt, indem durch einen Getränkeautomaten die Entnahme von Getränkeflaschen gegen Entgelt (Zipfer Bier 1,50 Euro, Cola 1,50 Euro, Red Bull 1,50 Euro) angeboten worden ist.

3.) Die D mit dem Sitz in Vereinigtes Königreich, Ch DH, Road, hat zumindest am 22.03.2017 im Gastronomielokal im Standort Straße, M, das Gastgewerbe gemäß § 111 Abs. 1 Ziffer 2 GewO in der Betriebsart Cafe ausgeübt, indem an zwei Kunden Getränke gegen Entgelt verabreicht worden sind, wobei insgesamt ca. 50 Verabreichungsplätze bereitgestellt worden sind, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe gemäß § 111 Abs. 1 Ziffer 2 GewO erlangt zu haben.

4.) Die D mit dem Sitz in Vereinigtes Königreich, Ch DH, Road, hat am 22.03.2017 gegen die im § 13c Abs. 2 Z. 7 Tabakgesetz festgelegten Obliegenheiten verstoßen, indem der gemäß § 13 Abs. 5 Tabakgesetz erlassenen Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung nicht entsprochen worden ist, da nicht unmittelbar beim Eingang zum Gastronomielokal auf Grst. Nr. 7, KG und Stadtgemeinde M, kenntlich

gemacht worden ist, dass mehrere Gasträume vorhanden sind und in einem eigens dafür vorgesehenen Gastraum geraucht werden darf,

5.) Die D mit dem Sitz in Vereinigtes Königreich, Ch DH, Road hat am 22.03.2017 gegen die im § 13c Abs. 2 Z. 4 Tabakgesetz festgelegten Obliegenheiten verstoßen, indem im Hauptraum des Gastronomielokals auf Grst. Nr. 7, KG und Stadtgemeinde M, Aschenbecher zur Verfügung gestellt worden sind, das Rauchen gestattet wurde und dort auch von einer Person geraucht worden ist, wobei die Ausnahmeregel des § 13 Abs. 2 Tabakgesetz nicht anwendbar war, da sich die rauchende Person im Hauptraum befunden hat, dieser jedoch vom Rauchverbot umfasst sein muss,

6.) Die D mit dem Sitz in Vereinigtes Königreich, Ch DH, Road, hat am 22.03.2017 gegen die im § 13c Abs. 7 Tabakgesetz festgelegten Obliegenheiten verstoßen, indem der gemäß § 13 Abs. 5 Tabakgesetz erlassenen Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung nicht entsprochen worden ist, da im Hauptraum (ca. 37 $m^2$), des Gastronomielokals auf Grst. Nr. 7, KG und Stadtgemeinde M, der als Nichtraucherraum zu führen ist, keine Kennzeichnung mit dem Symbol: ‚durchgestrichene rauchende Zigarette auf rotem Hintergrund' erfolgte,

7.) Die D mit dem Sitz in Vereinigtes Königreich, Ch DH, Road, hat am 22.03.2017 am 02.03.2017 gegen die im § 13 c Abs. 7 Tabakgesetz festgelegten Obliegenheiten verstoßen, indem der gemäß § 13 Abs. 5 Tabakgesetz erlassenen Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung nicht entsprochen worden ist, da beim Eingang zum Hauptraum des Gastronomielokals auf Grst. Nr. 7, KG und Stadtgemeinde M, keine Kennzeichnung mit dem Symbol ‚durchgestrichene rauchende Zigarette auf rotem Hintergrund' erfolgte.

Als handelsrechtlicher Geschäftsführer der D und somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ sind Sie gemäß § 9 Abs. 1 VStG für diese Verwaltungsübertretungen verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

Zu 1.) § 366 Abs. 1 Einleitungssatz Zi. 2 i.V.m § 74 Abs. 2 Gewerbeordnung 1994 i.d.g.F. i.V.m. § 9 Abs. 1 VStG 1991 i.d.g.F.

Zu 2.) § 366 Abs. 1 Einleitungssatz Ziffer 1 i.V.m § 111 Abs. 1 Ziffer 2 Gewerbeordnung 1994 i.d.g.F. i.V.m. § 9 Abs. 1 VStG 1991 i.d.g.F.

Zu 3.) § 366 Abs. 1 Einleitungssatz Ziffer 1 i.V.m § 111 Abs. 1 Ziffer 2 Gewerbeordnung 1994 i.d.g.F. i.V.m. § 9 Abs. 1 VStG 1991 i.d.g.F.

Zu 4.) § 13 c Abs. 1 Z.3, §13a Abs. 1 Z. 1, § 13 c Abs. 2 Z. 7 und § 14 Abs. 4 Tabakgesetz, BGBL. Nr. 431/1995 i.d.g.F. i.V.m. § 1 Abs. 1 Ziffer 2 sowie § 1 Abs. 2 Ziffer 2 lit. b Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung, BGBL Nr. 424/2008 i.d.g.F. i.V.m § 9 Abs. 1 VStG 1991 i.d.g.F.

Zu 5.) § 13c Abs. 1 Z.3, § 13a Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2, § 13c Abs. 2 Z. 4 und § 14 Abs. 4 Tabakgesetz, BGBL Nr. 431/1995 i.d.g.F. i.V.m. § 9 Abs. 1 VStG 1991 i.d.g.F.

Zu 6.) § 13 c Abs. 1 Z.3., § 13a Abs. 1 Z. 1, § 13 c Abs. 2 Z.7 und § 14 Abs. 4 Tabakgesetz, BGBL Nr. 431/1995 i.d.g.F. i.V.m § 2 Abs. 2 Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung, BGBL. Nr. 424/2008 i.d.g.F. i.V.m. § 9 Abs. 1 VStG 1991 i.d.g.F.

Zu 7.) § 13c Abs. 1 Z.3, § 13a Abs. 1 Z. 1, § 13c Abs. 2 Z. 7 und § 14 Abs. 4 Tabakgesetz, BGBL Nr. 431/1995 i.d.g.F. i.V.m. § 2 Abs. 1 Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung, BGBL Nr.424/2008 i.d.g.F. i.V.m. § 9 Abs. 1 VStG 1991 i.d.g.F.
[...]“

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

„Am 22.03.2017 konnte im Zuge einer Überprüfung der von der D betriebenen Gaststättenbetriebsanlage auf Grst. Nr. 7, KG und Stadtgemeinde M, festgestellt werden, dass das Gebäude aus zwei Gasträumen besteht, in welchen auch Spielapparate aufgestellt sind. Der Hauptraum weist eine Größe von ca. 37 $m^2$ und der kleinere Raum eine Größe von ca. 4 $m^2$ auf. Beide Räume sind durch eine Tür verbunden, welche jedoch bei der Überprüfung offenstand. Im Hauptraum war ein Getränkeautomat aufgestellt, in welchem Getränke (Zipfer Bier 1,50 Euro, Cola 1,50 Euro, Red Bull 1,50 Euro) zum Verkauf angeboten worden sind. Weder an der Eingangstür noch in den beiden Räumen waren entsprechende Kennzeichnungen nach dem Tabakgesetz bzw. der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung angebracht und waren in beiden Räumen Aschenbecher aufgestellt. Bei der Überprüfung wurde von der anwesenden Bediensteten der D im Hauptraum geraucht.

Nach Einsichtnahme in die Betriebsanlagenkartei konnte festgestellt werden, dass für das gegenständliche Lokal weder eine Betriebsanlagengenehmigung erteilt worden ist, noch eine aufrechte Gewerbeberechtigung für die Ausübung des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs. 1 Ziffer 2 GewO vorliegt.

Weiters wurde festgestellt, dass die D im Gastronomielokal im Standort Straße, M, das Gastgewerbe gemäß § 111 Abs. 1 Ziffer 2 GewO in der Betriebsart Cafe ausgeübt, indem an zwei Kunden Getränke gegen Entgelt verabreicht worden sind, wobei insgesamt ca. 50 Verabreichungsplätze bereitgestellt worden sind, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe gemäß § 111 Abs. 1 Ziffer 2 GewO erlangt zu haben. Im Lokal und am Eingang waren ebenfalls keine Kennzeichnungen nach den Bestimmungen des Tabakgesetzes bzw. der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung angebracht.

[...]

Nach Wiedergabe von Bestimmungen der GewO 1994, des Tabakgesetzes und der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung führt die belangte Behörde im Rahmen ihrer Erwägungen weiter aus:

„Die Behörde sieht es aufgrund der behördlichen Überprüfung am 22.03.2017 in objektiver Hinsicht als erwiesen an, dass die D die im Spruch angeführten Verwaltungsübertretungen begangen hat und Sie als handelsrechtlicher Geschäftsführer hierfür verantwortlich sind. Weiters zeigt auch die Tatsache, dass Sie keine Rechtfertigung abgegeben haben, dass Sie den Tatvorwürfen nichts entgegenzusetzen haben.

Zu den einzelnen Tatvorwürfen wird folgendes ausgeführt:

Zu 1.) und 2.):

Im Zuge der Überprüfung konnte am 22.03.2017 eindeutig festgestellt werden, dass im Gastronomielokal auf Grst. Nr. 7, KG und Stadtgemeinde M, ein Getränkeautomat aufgestellt war und dort Getränke gegen Entgelt angeboten worden sind. Dies stellt die Ausübung des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs. 1 Ziffer 2 GewO dar. Nachdem es sich beim Lokal auch um eine örtlich gebundene Einrichtung handelt, die der Entfaltung des Gastgewerbes regelmäßig zu dienen bestimmt ist, ist auch eine gewerbliche Betriebsanlage im Sinne des § 74 Abs. 1 GewO vorhanden. Diese Anlage ist als genehmigungspflichtig anzusehen, zumal das Lokal zumindest geeignet ist Nachbarn durch den Lärm der Gäste im Innenbereich bzw. beim Ein- und Ausgehen zu belästigen.

Zu 3.): Die D hat im Standort Straße, M, das freie Gastgewerbe in der Betriebsart „Verabreichung von Speisen in einfacher Art und Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen Gefäßen, wenn hierbei nicht mehr als 8 Verabreichungsplätze (zum Genuss von Speisen und Getränken bestimmte Plätze) bereitgestellt werden“ angemeldet Bei der Überprüfung konnte jedoch festgestellt werden, dass im Lokal ca. 50 Verabreichungsplätze bereitgestellt werden, wodurch das Gastgewerbe gemäß § 111 Abs. 1 Ziffer 2 GewO ausgeübt worden ist, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Zu 4.): Entgegen den Bestimmungen des Tabakgesetzes und der Nichtraucherschutzkenn-zeichnungsverordnung konnte bei der Überprüfung am 22.03.2017 festgestellt werden, dass beim Eingang zum Lokal auf Grst. Nr. 7, KG und Stadtgemeinde M, keine Kennzeichnung angebracht war, wonach im Lokal mehrere Gasträume vorhanden sind und in einem eigens dafür vorgesehenen Raum geraucht werden darf.

Zu 5.): Bei der Überprüfung am 22.03.2017 wurde im Lokal auf Grst. Nr. 7, KG und Stadtgemeinde M, festgestellt, dass im Hauptraum (der größere der beiden Gasträume, in welchem sich auch die meisten Verabreichungsplätze sowie der Getränkeautomat befanden) geraucht worden ist, obwohl im Hauptraum Rauchverbot vorherrscht.

Zu 6.): Bei der Überprüfung am 22.03.2017 wurde im Lokal auf Grst. Nr. 7, KG und Stadtgemeinde M, festgestellt, dass im Hauptraum, welcher als Nichtraucherraum zu führen ist, keine entsprechenden Kennzeichnungen nach den Bestimmungen der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung angebracht waren (‚durchgestrichene rauchende Zigarette auf rotem Hintergrund‘)

Zu 7.) Bei der Überprüfung am 22.03.2017 wurde im Lokal im Standort Straße, M, festgestellt, dass beim Eingang zum Hauptraum des Gastronomielokals auf Grst. Nr. 7, KG und Stadtgemeinde M, keine Kennzeichnung mit dem Symbol ‚durchgestrichene rauchende Zigarette auf rotem Hintergrund‘ erfolgte.

[...]
Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.“

II.1. Gegen dieses dem Bf zu Händen seines Rechtsvertreters am 22. Mai 2017 zugestellte Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitig am 19. Juni 2017 per Telefax eingebrachte Beschwerde vom 19. Juni 2017. Die Beschwerde wird wie folgt begründet:

„[...]
IV. Beschwerdegründe

Der Beschuldigte hat die ihm vorgeworfene Tat nicht zu verantworten.

Die Tipp1 Ltd. hat die ihr vorgeworfenen Taten nicht begangen.

1.
Eine genehmigungspflichtige Betriebsanlage liegt nicht vor

1.1
Bei dem gegenständlichen Lokal handelt es sich um ein Wettbüro. Bei den vorhandenen Sitzgelegenheiten handelt es sich keinesfalls um zum Genuss von Speisen und Getränken bestimmte Plätze.

Würde man der Ansicht der Erstbehörde folgen, würde jeder Raum, in dem ein Getränkeautomat aufgestellt ist und Tische vorhanden sind ein Gastgewerbebetrieb sein. Das war nicht die Intention des Gesetzgebers.

1.2
Entsprechend der Bestimmung des § 2 Abs. 1 Z 22 GewO 1994 ist dieses Bundesgesetz auf die Vermittlung von Kunden zu Buchmachern/Wettbüros, unter Ausschluss der Tippannahme nicht anzuwenden. Folglich stellt dieser feste Standort auch keine gewerbliche Betriebsanlage im Sinne des § 74 GewO 1994 dar. Durch das Aufstellen eines Automaten und von Sitzmöglichkeiten in einem Wettlokal ändert sich der Zweck dieser Örtlichkeit nicht von der Tätigkeit des Abschlusses und der Vermittlung von Wetten in den Verkauf von Getränken. Ansonsten würden sämtliche Büro- und Amtsgebäude, in denen etwa Automaten aufgestellt sind, gewerbliche Betriebsanlagen darstellen. Selbst wenn man von einer gewerblichen Betriebsanlage ausginge, läge dennoch keine bewilligungspflichtige Betriebsanlage vor. Eine Bewilligungspflicht ist nur dann gegeben, wenn die Anlage geeignet ist, die gemäß § 74 Abs 2 Z 1-5 GewO 1994 aufgezählten Interessen zu beeinträchtigen. Dass dies durch das Aufstellen eines Getränkeautomaten jedenfalls nicht der Fall sein kann, liegt auf der Hand.

1.3
Ungeachtet des Umstandes, dass - wie bereits ausgeführt - eine Betriebsanlage nicht vorliegt, bestünde auch bei Vorliegen einer selbigen keine Genehmigungspflicht dieser Betriebsanlage, da nachteilige Auswirkungen auf Personen sowie Tätigkeits- bzw. Sachbereiche der gesetzlich umschriebenen Schutzinteressen beim Betrieb eines Getränkeautomaten bereits von Vornherein ausgeschlossen werden können.

Zu der im Bescheid angeführten Lärmbelästigung von Nachbarn ist anzuführen, dass noch nicht einmal festgestellt wurde, ob (i) überhaupt Nachbarn vorhanden sind und (ii) ob mit der Aufstellung eines Getränkeautomaten eine Erhöhung der Kundenfrequenz einhergeht; Letzteres ist nicht der Fall, liegt es doch geradezu offensichtlich auf der Hand , dass keine Person mit der Intention zu einem Wettlokal fährt, nur um ein Getränk aus einem dort aufgestellten Getränkeautomat zu konsumieren.

2.
Der Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen bedarf bei maximal acht Verabreichungsplätzen keiner Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe.
Im konkreten Fall war kein einziger Verabreichungsplatz gegeben; dass 50 Verabreicherungsplätze bestanden hätten, ist unrichtig.

Schließlich wäre die unter Spruchpunkt 2. angeführte Verwaltungsübertretung von der unter Spruchpunkt 3. angeführten Verwaltungsübertretung konsumiert, deckt eine Gastgewerbeberechtigung in der Betriebsart Cafe doch auch die Aufstellung eines Getränkeautomaten.

3.
Im gesamten Lokal wurde am 22.03.2017 nicht Tabak geraucht.
Und jedenfalls handelt es sich bei den unter den - im Übrigen teils zueinander im Widerspruch stehenden - Spruchpunkten 4. bis 7. angeführten Verwaltungsübertretungen allenfalls um eine Übertretung nicht jedoch um vier gesonderte Übertretungen.

Es wird beantragt, eine mündliche Beschwerdeverhandlung anzuberaumen.
Sodann wird beantragt, der Beschwerde Folge zu geben, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen."

II.2. Die belangte Behörde hat mit Schreiben vom 19. Juni 2017 die Beschwerde mit ihrem Verwaltungsstrafakt zur Entscheidung vorgelegt.
Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter (§ 2 VwGVG) zu entscheiden.

Über die Beschwerde gegen die Spruchpunkte 1 bis 3 wegen Übertretungen der Gewebeordnung 1994 hat ein anderer, nach der Geschäftsverteilung zuständiger Einzelrichter des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich bereits mit Erkenntnis vom 12. Oktober 2017, LVwG-800267/2/Re/KaL, entschieden.

III.1. Beschwerdeverfahren

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 7. August 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der Rechtsanwalt Dr. P R als Rechtvertreter des Beschwerdeführers erschienen ist. Die Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn als belangte Behörde ist nicht erschienen. Der zuständige Referent hat sein Fernbleiben auf elektronischem Weg entschuldigt und dazu mitgeteilt, dass er aus dienstlichen Gründen an der Beschwerdeverhandlung nicht teilnehmen könne.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt und Erörterung der Aktenlage. Neben dem bekämpften Strafbescheid wurde insbesondere der Aktenvermerk der belangten Behörde vom 24. März 2017 über die durchgeführte Kontrolle am 22. März 2017 in der Betriebsstätte eines ebenerdigen Gebäudes auf Grst. Nr. der KG M eingehend behandelt und in die angeschlossenen Auszüge aus dem Gewerbeinformationssystem Austria (GISA) und aus dem Firmenbuch zu FN 3x jeweils zum Stichtag 24.03.2017 Einsicht genommen. Dem Beschwerdevertreter wurde zuvor Einsicht in diesen ihm noch unbekannten Aktenvermerk gewährt.

Im Zuge der Besprechung der Sach- und Rechtslage auf Basis des darin dargestellten Sachverhalts, brachte der Beschwerdevertreter in seiner Stellungnahme dazu vor, dass der im Aktenvermerk als Nebenraum bezeichnete Raum von 4 $m^2$ als Abstellraum genutzt werde und schon wegen seiner geringen Fläche kein geeigneter Gastraum sein könne. Dem BV liege der Beschlagnahmebescheid der BH Braunau am Inn vom 22. März 2017, GZ. BHBRSich-2016-449122/24-Sch, aus dem sich ergebe, dass am 22. März 2017 im Wettlokal auf dem Grundstück mit der Nr. 7 der KG M, insgesamt 10 Glücksspielgeräte (hauptsächlich Walzenspielgeräte) beschlagnahmt wurden. In diesem Bescheid sei nicht von mehreren Räumen die Rede. Zu diesem Wettlokal sei dem Beschwerdevertreter im Verfahren zu LVwG-412237/2/Bm/AK die Ladung zur Verhandlung am 6. September 2018 zugegangen. Im Einvernehmen mit dem BV hat der erkennende Richter nachträglich in diesen Akt Einsicht genommen, um allfällige weitere Aufklärungen zu finden. Im bezeichneten Akt wurde neben der Anzeige des Finanzamts aus Anlass der Glücksspielkontrolle vom 22. März 2017 im ggst. Wettlokal der T L das gegen den Bf ergangene Straferkenntnis der belangten Behörde vom 4. Juli 2017, GZ. BHBRSich-2016-449122/46-Sch, vorgefunden, davon Kopien angefertigt und zum Akt genommen. Der Bf wurde als handelsrechtlicher Geschäftsführer und zur Vertretung nach außen berufenes Organ der T L wegen unternehmerischen Zugänglichmachens von Ausspielungen mit insgesamt 10 Walzenspielgeräten im Lokal am gegebenen Standort in der Zeit von 7. bis 22. März 2017 der Übertretung des § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG schuldig erkannt und Geldstrafen von je 5.000 Euro (56 Stunden EFS) pro Gerät verhängt. Eine Kopie dieses noch nicht rechtskräftigen Strafbescheides wurde zum gegenständlichen Akt genommen.

Nach Erörterung der Sach- und Rechtslage im Rahmen der durchgeführten Beschwerdeverhandlung ergibt sich für den erkennenden Richter der im Folgenden festgestellte wesentliche Sachverhalt.

III.2. Sachverhaltsfeststellungen

Im Firmenbuch (Firmenbuchauszug zu FN 3x) ist zum Stichtag 24.03.2017 die englische Firma D mit Sitz im Vereinigten Königreich, Geschäftsanschrift: Road, Bramhall, Stockport, GBR – Ch DH, Geschäftszweig: Sportwetten und Medientechnologie, und mit der Zweigniederlassung in der Gemeinde M mit der Geschäftsanschrift M, M, eingetragen. Als handelsrechtlicher Geschäftsführer fungiert der Bf, der seit 19. August 2014 selbstständig vertretungsbefugt ist.

Nach dem aktenkundigem GISA-Auszug zum Stichtag 24. März 2017 ist die T L seit 31. Jänner 2015 am Standort mit der angeführten Geschäftsanschrift Inhaberin des freien Gewerbes:

„Gastgewerbe in der Betriebsart Verabreichung von Speisen und Getränken in einfacher Art und Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen, wenn hiebei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze (zum Genuss von Speisen und Getränken bestimmte Plätze) bereitgestellt werden“

Dieses Gesellschaft hat demnach das freie Gastgewerbe nach § 111 Abs 2 Z 3 GewO 1994 für das Lokal am genannten Standort angemeldet.

Bei der Kontrolle am 22. März 2017 befand sich auf dem Grundstück Nr. der KG M ein ebenerdiges Gebäude mit zwei Räumen in der Größe von 37 $m^2$ und 4 $m^2$, die durch eine Tür verbunden waren, die gerade offen stand. In beiden Räumen waren Aschenbecher aufgestellt. In einem dritten Raum befand sich ein WC und eine Gastherme zur Beheizung des Gebäudes. Es waren auch Spielapparate aufgestellt. Es handelte sich um ein Wettlokal im Standort M 3a, M, für den das oben umschriebene Gastgewerbe angemeldet worden war.

Im größeren Raum von 37 $m^2$, der im Aktenvermerk über die Kontrolle als sog. Hauptraum bezeichnet wird, befand sich ein Getränkeautomat, mit dem Getränkeflaschen (Zipfer Bier, Cola, Red Bull) um je 1,50 Euro zum Kauf angeboten wurden. Die Eigentümer des Gebäudes haben mit der T einen Mietvertrag abgeschlossen. Die Bedienstete H Z rauchte beim Eintreffen des Kontrollorgans der belangten Behörde. Es waren keine entsprechenden Kennzeichnungen nach der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung angebracht.

III.3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen gründen auf den aktenkundigen Urkunden und dem Ergebnis der Erörterung in der durchgeführten Verhandlung. Es kann nicht festgestellt werden, dass es sich beim Nebenraum von ca 4 $m^2$ um einen Gastraum handelte, der für die Verabreichung von Speisen und Getränke, dh also für die Bewirtung von Gästen geeignet war. Ebenso wenig kann festgestellt werden, dass 50 Verabreichungsplätze in dem hauptsächlich als Spiellokal oder Wettlokal verwendeten Gebäude vorhanden waren. Dafür gibt es nach der Aktenlage keine ausreichenden Anhaltspunkte und keine Beweise. Zumindest ein skizzenhafter Lageplan mit nachvollziehbarer Darstellung der Räumlichkeiten samt Einrichtung und Platzangebot für Gäste wäre wohl zur Veranschaulichung der damals bestehenden örtlichen Verhältnisse notwendig gewesen. Im Aktenvermerk über die durchgeführte Kontrolle steht überhaupt nichts über Verabreichungsplätze. Ebenso wenig nimmt die Strafverfügung auf Verabreichungsplätze Bezug. Erst mit Schreiben vom 20. April 2017 wurde dies nachträglich angelastet, ohne dass dazu irgendeine Erläuterung aktenkundig geworden wäre. Somit ist anzunehmen, dass es sich nur um eine nachträgliche grobe Schätzung des Kontrollorgans handeln kann. Dieser bedenkliche Vorgang lässt keine Feststellungen mit der im

Strafverfahren erforderlichen Sicherheit zu. Auch noch weitere Indizien sprechen dagegen.

Aus dem gegen den Bf erlassenen Straferkenntnis der belangten Behörde vom 4. Juli 2017 (vgl oben III.1.) wegen Übertretungen des § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG betreffend den Tatzeitraum vom 7. bis 22. März 2017 und mit dem gleichen Kontrolltag wie im gegenständlichen Fall, ergibt sich, dass im gegenständlichen Wettlokal insgesamt 10 Glücksspielgeräte, nämlich näher bezeichnete sog. Auftragsterminals mit aufrufbaren Walzenspielen, aufgestellt waren. Nach den amtlichen Erfahrungen des erkennenden Richters aus zahlreichen Beschwerdeverfahren wegen Verwaltungsstrafen oder Sicherungsmaßnahmen nach dem Glücksspielgesetz handelte es sich dabei zumindest um 8 Standgeräte mit den Gehäusebezeichnungen wie Diamond Mine Deluxe (Gerät 1 u 5), Mainvision (Gerät 2), Magic Games (Gerät 3), ACT Multiplayer Geräte 4 u 7), Mirage Gambling 666 (Gerät 6), Apollo Royal Win (Gerät 8). Auch bei den Geräten 9 und 10 ohne Gehäusebezeichnung könnte es sich um Standgeräte gehandelt haben. Solche Standgeräte benötigen wesentlich mehr Platz als etwa Tischgeräte. Schon im Hinblick auf den Platzbedarf dieser Gerätschaften samt den bereitzustellenden Plätzen vor jedem Standgerät für Spieler, erscheint es schon unwahrscheinlich, dass tatsächlich ca 50 Verabreichungsplätze auf einer Fläche von 37 $m^2$ plus 4 $m^2$ bereitgestellt worden sind.

Überhaupt muss bei einem so kleinen Nebenraum von 4 $m^2$ schon nach allgemeiner Lebenserfahrung sehr bezweifelt werden, dass dieser Raum bei Anlegung eines angemessenen Maßstabs von sonst üblichen gastronomischen Verhältnissen in Österreich als Raum zur Bewirtung von Gästen geeignet sein könnte. Bei dieser Nutzfläche ist viel wahrscheinlicher, dass der Raum als Abstellraum oder Vorratsraum, allenfalls noch als kurzfristiger Aufenthaltsraum für Personal dienen konnte. Dies liegt auch deshalb nahe, weil sonst nur noch ein WC vorhanden war. Dass dort eine Sitzgelegenheit bestanden haben mag und ein Aschenbecher aufgestellt war, vermag an der Beurteilung der mangelnden Eignung als Gastraum nichts zu ändern. Bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang, dass im bereits mehrfach zitierten Verwaltungsstrafverfahren gegen den Bf nach dem Glücksspielgesetz keine Rede von einem zweiten Raum des Lokales war, was zumindest die mangelnde Bedeutung des kleinen Raumes mittelbar bestätigt.

Der Aktenvermerk über die behördliche Kontrolle vom 24. März 2017 war nicht uneingeschränkt verwertbar, zumal er teilweise unschlüssig ist. Der im Satz 2 des letzten Absatzes des Aktenvermerks angeführte Gastraum von mehr als 50 $m^2$, der zur Gaststätte (Wettlokal) im Standort M 3a, M gehören soll, steht zu den Absätzen davor und auch zum sonstigen Inhalt des Aktes im deutlichen Widerspruch. Ein solcher Gastraum wird weder im Spruch, noch in der Begründung des Straferkenntnisses angeführt. Der Vorwurf im Spruchpunkt 3 spricht nur von ca. 50 Verabreichungsplätzen, aber nicht von einem mehr als 50 $m^2$ großen

Gastraum. Für einen solchen Gastraum gibt es keine weiteren Hinweise, weshalb davon auch nicht auszugehen war.

Man könnte bei fehlender Kenntnis des sonstigen Akteninhalts nach dem Lesen des ersten Satzes im letzten Absatz des Aktenvermerkes meinen, dass es nunmehr um die Überprüfung eines anderen Lokales ginge. Unter Berücksichtigung der anderen Beweisurkunden und der vorangegangenen Absätze des Aktenvermerks deutet sonst aber alles darauf hin, dass es doch nur um die „Überprüfung der Gaststätte (Wettlokal)“ im genannten Standort M 3a in M ging. Die zuvor in diesem Aktenvermerk erwähnten Räumlichkeiten von 37 $m^2$ und 4 $m^2$ im „ebenerdigen“ Gebäude auf dem Grundstück Nr. der KG M sind offensichtlich Gegenstand des gesamten Spruches des angefochtenen Straferkenntnisses. In den Spruchpunkten 4 bis 7 ist wiederholt von einem Gastronomielokal auf diesem Grundstück und von einem Hauptraum die Rede, der dann im Spruchpunkt 6 mit „(ca. 37 $m^2$)“ angegeben wird. Im Spruchpunkt 3 wird der Standort des Gastronomielokals mit M 3a, M, angegeben. Diese Adresse des Gastronomielokals stimmt mit dem Standort der Gewerbeberechtigung laut aktenkundigem GISA-Auszug zum Stichtag 24. März 2017 überein. Bei der einmaligen Angabe eines Gastraumes von mehr als 50 $m^2$ im Aktenvermerk kann es sich demnach nur um einen Irrtum handeln.

## IV. Rechtliche Beurteilung

### IV.1. Rechtliche Grundlagen

Die §§ 13 bis 14 des Tabakgesetzes (BGBl. Nr. 431/1995, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 13/2018), seit 21. Mai 2016 (BGBl I Nr. 22/2016) mit neuem Kurztitel und Abkürzung wie folgt: Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz – TNRSG.

Die zum Tatzeitpunkt geltenden einschlägigen Bestimmungen (BGBl I Nr. 22/2016) lauten:

Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie

§ 13a. (1) Unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der §§ 12 und 13 gilt Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen

1. der Betriebe des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs. 1 Z 2 der Gewerbeordnung 1994 (GewO), BGBl. Nr. 194/1994, in der geltenden Fassung,

2. der Betriebe des Gastgewerbes mit einer Berechtigung zur Beherbergung von Gästen gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 oder Abs. 2 Z 2 oder 4 der GewO,

3. der Betriebe gemäß § 2 Abs. 9 oder § 111 Abs. 2 Z 3 oder 5 der GewO.

(2) Als Ausnahme vom Verbot des Abs. 1 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.

(3) Das Rauchverbot gemäß Abs. 1 gilt 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.

(4) Das Rauchen darf jedoch auch in Räumen, in denen das Rauchverbot gemäß Abs. 1 nicht gilt, nur gestattet werden, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag gilt, wonach

1. ein nicht dem Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG), BGBl. I Nr. 100/2002, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegender Arbeitnehmer Anspruch auf Abfertigung im gesetzlichen Ausmaß hat, wenn er sein Arbeitsverhältnis wegen der Belastung durch die Einwirkung des Passivrauchens kündigt, und

2. die notwendige Zeit zum Besuch von diagnostischen Maßnahmen sowie Untersuchungen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz zu gewähren ist, und

3. gesundheitsfördernde Maßnahmen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz im Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber festzulegen sind, und,

4. im Falle, dass der Betrieb über Räume verfügt, in denen Rauchverbot gilt oder das Rauchen vom Inhaber nicht gestattet wird, die Ausbildung oder Beschäftigung Jugendlicher überwiegend in jenen Räumen zu erfolgen hat, in denen nicht geraucht werden darf.

(5) Werdende Mütter dürfen in Räumen, in denen sie der Einwirkung von Tabakrauch ausgesetzt sind, nicht arbeiten.

Beachte

Abs. 2 wird gemäß § 8 ABGB dahingehend authentisch ausgelegt, dass den 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 (vgl. Art. I, BGBl. I Nr. 12/2014).

## Kennzeichnungspflicht

§ 13b. (1) Rauchverbote gemäß den §§ 12 und 13 sind in den unter das Rauchverbot fallenden Räumen und Einrichtungen durch den Rauchverbotshinweis „Rauchen verboten“ kenntlich zu machen.

(2) Anstatt des Rauchverbotshinweises gemäß Abs. 1 können die Rauchverbote auch durch Rauchverbotssymbole, aus denen eindeutig das Rauchverbot hervorgeht, kenntlich gemacht werden.

(3) Die Rauchverbotshinweise gemäß Abs. 1 oder die Rauchverbotssymbole gemäß Abs. 2 sind in ausreichender Zahl und Größe so anzubringen, dass sie überall im Raum oder der Einrichtung gut sichtbar sind.

(4) In Betrieben gemäß § 13a Abs. 1 ist kenntlich zu machen, ob in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen Rauchverbot gilt oder nicht, oder, sofern Rauchverbot nicht gilt, das Rauchen vom Inhaber gestattet wird oder nicht. In Räumen, in denen geraucht werden darf, hat die Kennzeichnung überdies den Warnhinweis „Rauchen gefährdet Ihre Gesundheit und die Gesundheit Ihrer Mitmenschen“ zu enthalten und ist die Kennzeichnung in

ausreichender Größe und Zahl so anzubringen, dass sie überall im Raum gut sichtbar und der Warnhinweis gut lesbar ist.

(5) Die Bundesministerin für Gesundheit, Familie und Jugend wird ermächtigt, Näheres über Inhalt, Art und Form der Kennzeichnung durch Verordnung festzulegen.

### 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

1. Tabakerzeugnisse oder verwandte Erzeugnisse entgegen § 2 in Verkehr bringt,
2. gegen das Versandhandelsverbot gemäß § 2a verstößt,
3. gegen die Meldepflichten gemäß §§ 8, 8a, 8c, 10a und 10b verstößt,
4. entgegen § 11 Werbung oder Sponsoring betreibt,
5. gegen die Bestimmungen hinsichtlich des Erscheinungsbildes gemäß §§ 5 bis 6, 10c und 10f verstößt,
6. gegen die Bestimmungen in Bezug auf Beschlagnahme, Verfall und Produktrückruf der §§ 10d oder 10e verstößt,

begeht, sofern die Tat nicht nach anderen Verwaltungsbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 7 500 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 15 000 Euro zu bestrafen.

(2) Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse, die den Gegenstand einer nach Abs. 1 strafbaren Handlung bilden, sind einzuziehen und zu vernichten. Die Regelungen der §§ 10d und 10e sind anzuwenden.

(3) Wird in einem Verwaltungsstrafverfahren rechtskräftig festgestellt, dass die Herstellerin bzw. der Hersteller oder die Importeurin bzw. der Importeur von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen die Vorschriften der §§ 2, 2a 4 bis 10f oder der auf ihrer Grundlage erlassenen Verordnungen nicht eingehalten hat, so hat sie bzw. er auch die Kosten der im betreffenden Fall durchgeführten Überwachungs- und Untersuchungsmaßnahmen zu tragen.

(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.

(5) Wer an einem Ort, an dem gemäß den §§ 12 Abs. 1 oder 2, 13 Abs. 1 oder 13a Abs. 1 Rauchverbot besteht oder an dem das Rauchen vom Inhaber nicht gestattet wird, raucht, begeht, sofern der Ort gemäß § 13b Abs. 1 bis 4 oder einer gemäß § 13b Abs. 4 erlassenen Verordnung gekennzeichnet ist und 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 100 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 1 000 Euro zu bestrafen.

IV.2. Auf Grundlage der unter III getroffenen Tatsachenfeststellungen ist, unabhängig davon, ob die Zahl von bis zu 50 bereitgestellte Verabreichungsplätzen für den Genuss von Speisen oder Getränken im gegenständlichen Lokal zutrifft oder nicht, davon auszugehen, dass das Lokal grundsätzlich unter die im § 13a Abs 1 Z 1 bis 3 TNRSG angeführten Gastgewerbetrieben einzuordnen ist, für die in den Gasträumen Rauchverbot gilt. Schon die im Hinblick darauf, dass die TIPP1 LTD das - wenn auch freie (kein Befähigungsnachweis erforderlich) - Gastgewerbe iSd § 111 Abs 2 Z 3 GewO 1994 (Verabreichung von Speisen und Getränken in einfacher Art und Ausschank von nichtalkoholischen Getränken und von Bier in handelsüblichen verschlossenen Gefäßen, wenn hiebei nicht mehr als acht Verabreichungsplätze bereitgestellt werden) für das Lokal am Standort M 3a, M, angemeldet hat, fällt der Betrieb zumindest unter § 13a Abs 1 Z 3 TNRSG. Außerdem befindet sich ein Getränkeautomat im größeren Raum mit dem auch Bier und anderer Getränke in Flaschen zum Kauf angeboten werden. Das im § 13a Abs 1 TNRSG nicht angeführte freie Gewerbe nach § 111 Abs 2 Z 6 GewO 1994 betreffend den Ausschank von nichtalkoholischen Getränken in unverschlossenen Gefäßen durch Automaten scheidet damit von vornherein aus.

Nach Ansicht des Gerichts konnte der Bf allerdings unter Berufung auf die Ausnahme vom Rauchverbot nach dem § 13a Abs 3 Z 1 TNRSG für die D als Geschäftsführer entscheiden, ob das Wettlokal als Raucher- oder Nichtraucherlokal geführt wird. Denn nach dem festgestellten Sachverhalt steht bei lebensnaher Betrachtung nur ein für die Verabreichung von Speisen oder Getränken geeigneter Raum mit ca 37 $m^2$ zur Verfügung, der demnach deutlich unter 50 $m^2$ aufweist und damit die Voraussetzung der genannten Ausnahme erfüllt.

Es ist evident, dass der Bf entschieden hatte, das Wettlokal als Raucherlokal zu führen. Durch die Ausnahmebestimmung des § 13a Abs 3 Z 1 TNRSG für

Gasträume bis 50 m² erweist sich der im Spruchpunkt 5 erhobene Vorwurf des Verstoßes gegen das Rauchverbot im angeblichen Hauptraum als verfehlt.

Die Verstöße gegen Kennzeichnungspflichten in den Spruchpunkten 4, 6 und 7 setzen jeweils voraus, dass das Lokal aus zwei geeigneten Gasträumen besteht und dass nach der Ausnahmebestimmung des § 13a Abs 2 TNRSG im Hauptraum von 37 m² nicht, aber dafür im Nebenraum von 4 m² bei geschlossener Türe geraucht werden dürfte. Bei diesem Konzept ergeben sich die von der belangten Behörde angelasteten Kennzeichnungspflichten. Diese Annahmen der belangten Behörde werden aber vom Verwaltungsgericht nicht geteilt. Auf die getroffenen Feststellungen wird verwiesen.

IV.3. Beim angenommenen Ergebnis einer Ausnahme vom Rauchverbot gemäß dem § 13a Abs 3 Z 1 TNRSG hätte jedenfalls im großen Raum eine Kennzeichnung iSd § 13b Abs 4 TNRSG über die Gestattung des Rauchens und weiter der dort genannte Warnhinweis *„Rauchen gefährdet Ihre Gesundheit und die Gesundheit Ihrer Mitmenschen“* unter Berücksichtigung der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung angebracht werden müssen. Ein solcher Vorwurf wurde auf Grund des anderen Verfahrensergebnisses der belangten Behörde naturgemäß nicht erhoben und kann nunmehr nach Ablauf der Jahresfrist seit Tatbegehung (22.03.2017) wegen längst eingetretener Verfolgungsverjährung nicht mehr nachgeholt werden.

Da die im Straferkenntnis in den Spruchpunkten 4 bis 7 angelasteten Tatvorwürfe aus den dargelegten Gründen unzutreffend sind, waren diese Spruchpunkte zu beheben und das Strafverfahren jeweils mangels Anlastung einer strafbaren Verwaltungsübertretung gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG iVm § 38 VwGVG einzustellen.

Bei diesem Ergebnis entfällt hinsichtlich dieser Spruchpunkte gemäß § 52 Abs 9 VwGVG sowohl die Pflicht zur Leistung von Beiträgen zu den Kosten des behördlichen Strafverfahrens als auch des gerichtlichen Beschwerdeverfahrens.

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. Die Notwendigkeit von Beweisaufnahmen und Fragen der Beweiswürdigung unterliegen der einzelfallbezogene Beurteilung durch das Verwaltungsgericht und stellen idR keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung dar (vgl etwa VwGH 08.01.2015, Zl. Ra 2014/08/0064, VwGH 26.02.2015, Zl. Ra 2015/07/0028). Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist auch nicht von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen. Da die Rechtslage nach den in Betracht kommenden Rechtsnormen klar und eindeutig ist, liegt selbst dann keine

Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, wenn eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes zu einem vergleichbaren Sachverhalt noch nicht ergangen ist. Der Verwaltungsgerichtshof wäre sonst häufig zur Entscheidung berufen, obwohl die Rechtslage geklärt ist und es – wie im gegenständlichen Fall - im Wesentlichen um Fragen der Einzelfallgerechtigkeit geht (vgl etwa VwGH 23.9.2014, Zl. Ro 2014/01/0033; VwGH 19.05.2015, Zl. Ra 2015/05/0030). Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. W e i ß