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-000243/4/Wei

Datum:
Linz, 17. September 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde des J D, L, vertreten durch G L T & P, Rechtsanwälte in L gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 16. Mai 2017, GZ: 0011675/2017, wegen Übertretung des Tabakgesetzes (nunmehr nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. August 2018

zu Recht:

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

II. Gemäß § 52 Abs 9 VwGVG entfällt 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. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz (im Folgenden: belangten Behörde) vom 16. Mai 2017, GZ: 0011675/2017, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt abgesprochen:

„S T R A F E R K E N N T N I S

I. Tatbeschreibung:

Der Beschuldigte, Herr J D, hat es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der E.J. D R- und G Ges.m.b.H, L, welche das Lokal „S" in L betreibt und somit auch Inhaberin des Ganges im Erdgeschoss zwischen den Lokalteilen Stube und Stiege ist, nach § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass die dafür verantwortlichen Personen nicht in geeigneter Weise informiert und nicht angewiesen wurde, RaucherInnen das Rauchen im Gang (öffentlicher Raum) im Erdgeschoss des Lokales (zwischen Stube und Stiege) zu verbieten, auf das Rauchverbot nicht hinreichend hingewiesen wurde und damit nicht dafür Sorge getragen wurde, dass trotz des dort bestehenden generellen Rauchverbotes durch Gäste des Lokales am 25.02.2017, um 17:30 Uhr, nicht geraucht wurde.
Zum angeführten Zeitpunkt rauchten 2 Gäste im Gang und es waren auch Aschenbecher aufgestellt.

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

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

III. Strafausspruch:

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

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

IV. Kostenentscheidung:

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

Rechtsgrundlage: § 64 Abs. 1 und 2 VStG“

I.2. In der Begründung des Straferkenntnisses stellt die belangte Behörde den Verfahrensgang, dass der im Spruch angeführte Sachverhalt der erkennenden Behörde mittels Privatanzeige zur Kenntnis gebracht worden sei. Mit Aufforderung

zur Rechtfertigung vom 10.03.2017 sei gegen den Beschuldigten wegen der im Spruch dargestellten Verwaltungsübertretung ein ordentliches Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet worden. Der Beschuldigte habe *sich* mit Eingabe vom 11.05.2017 gerechtfertigt, welche wörtlich wiedergegeben wird.

Die belangte Behörde hielt den im Spruch dargestellten Sachverhalt aufgrund der Aktenlage für erwiesen. Dass im betroffenen Bereich geraucht wurde und auch Aschenbecher aufgestellt waren, sei vom Beschuldigten auch nicht bestritten worden.

In der rechtlicher Würdigung führt die Behörde aus, dass dem Beschuldigten insofern gefolgt werden könne, als es sich beim ggst. Verbindungsraum um einen solchen handle, welcher nicht zur Verabreichung von Getränken und Speisen diene, sodass die Ausnahmeregelung des § 13a TabakG nicht greife.
Dass es sich beim ggstl Gang um einen öffentlichen Raum handle, sei offensichtlich, handle es sich doch um einen allseitig von der Decke bis zum Boden von festen Wänden umschlossenen und mit Türen geschlossenen Bereich.
Dieser Gang könne auch von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis zu bestimmten Zeiten betreten werden. In öffentlichen Räumen, auf die die Ausnahmeregelung des § 13 Abs 2 TabakG nicht zutreffe, und um einen solchen handelt es sich im konkreten Fall, herrsche absolutes Rauchverbot. Aus der vorliegenden Anzeige, insbesondere dem beigelegten Foto, sei ersichtlich, dass zum Tatzeitpunkt in diesem öffentlichen Raum, dessen Inhaber der Beschuldigte sei, geraucht wurde.

Es sei somit der Tatbestand der dem Beschuldigten angelasteten Verwaltungsübertretung in objektiver Hinsicht erfüllt. Den Schuldentlastungsbeweis im Sinne des § 5 Abs 1 Satz 2 VStG habe der Beschuldigte mit seiner Rechtfertigung nicht erbringen können.

II.1. Gegen dieses dem Bf zu Händen seiner Rechtsvertreter am 7. Juni 2017 zugestellte Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitig am 3. Juli 2017 per E-Mail eingebrachte Beschwerde vom 3. Juli 2017. Die Beschwerde lautet:

„Geltend gemacht wird der Beschwerdegrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung, auch infolge sekundärer Feststellungsmängel.

Die Erstbehörde hat trotz eines entsprechenden Vorbringens nicht die amtsbekannte Tatsache festgestellt, dass der Erdgeschoßbereich des ‚K' für Raucher gewidmet ist.

Im streitgegenständlichen Durchgang befindet sich auf der rechten Seite der Eingang zum Raucherlokal ‚Stube', auf der linken Seite der Zugang zum Raucherlokal ‚Stiege'. Der streitgegenständliche Zugang führt daher nicht nur zum dahinterliegenden Gastgarten, in

welchem unstrittig geraucht werden darf, sondern bildet auch die Verbindung zwischen den beiden Lokalen ‚Stube' und ‚Stiege'.

Hätte die Erstbehörde diese Feststellung getroffen, so müsste bei der rechtlichen Beurteilung davon ausgegangen werden, dass die Verbindung zwischen Raucherbereichen naturgemäß ebenfalls als Raucherbereich gewidmet ist, auch wenn dieser Verbindungsgang nicht zur Verabreichung von Getränken und Speisen dient. Die Erstbehörde hätte daher die Feststellung treffen müssen, dass das gesamte Erdgeschoß des Betriebes ‚K' als Raucherbereich gewidmet ist. Bei gegenteiliger Auffassung würde dies bedeuten, dass ein rauchender Gast, der vom ‚Stube' in die gegenüberliegende ‚Stiege' wechselt, die Zigarette noch im ‚Stube' ausdämpfen müsste und sie erst in der ‚Stiege' wieder anzünden dürfte.

Nur der Vollständigkeit halber wird vorgebracht, dass aus diesem Grund auch in dem Durchgang Aschenbecher vorhanden sind, da dieser Durchgang ansonsten durch wartende oder durchgehende Gäste verschmutzt werden würde.

Zusammenfassend sei daher nochmals festgehalten, dass bei größeren Betrieben im Raucherbereich naturgemäß Gänge vorhanden sind, die zwar nicht zur Verabreichung von Getränken und Speisen dienen, aber trotzdem zum Raucherbereich gehören.

Die Erstbehörde hat daher zu Unrecht lediglich die Feststellung getroffen, dass der gegenständliche Verbindungsraum nicht von der Ausnahmeregelung des § 13a Tabakgesetz umfasst ist.

Aufgrund dieser falschen Zuordnung geht die Erstbehörde lediglich davon aus, dass es sich beim Verbindungsgang um einen öffentlichen Raum handelt, in welchem absolutes Rauchverbot besteht.

Primär kann die Ansicht der Erstbehörde bezweifelt werden, dass es sich überhaupt um eine Räumlichkeit handelt. Von der L kommend handelt es sich tatsächlich einerseits um einen bloßen Durchgang zum Gastgarten und andererseits um einen Zugang und auch Verbindungsgang der beiden Teilbetriebe ‚Stube' und ‚Stiege'. Die Türen sind lediglich geschlossen, wenn der gesamte Betrieb ‚K' geschlossen ist. Sollte auch der Gastgarten geöffnet sein, handelt es sich bei der gegenständlichen Örtlichkeit ausschließlich um einen Durchgang, der eben nicht mit Türen umschlossen ist. Die Frage des öffentlichen Raums stellt sich aber, wie oben ausgeführt, im gegenständlichen Fall nicht, da eben das gesamte Erdgeschoß als Raucherbereich gewidmet ist und hindert nicht, dass die Lokalitäten von jedermann betreten werden können.

Aus all diesen Gründen wird daher nun gestellt der

ANTRAG,

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

   in eventu

2. das angefochtene Straferkenntnis aufheben und zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an die 1. Instanz zurückverweisen.
3. Der Beschuldigte beantragt weiters die Anberaumung einer mündlichen Beschwerdeverhandlung.“

II.2. Die belangte Behörde hat mit Schreiben vom 13. Juli 2017 die Beschwerde mit ihrem elektronisch geführten Verwaltungsstrafakt in vollständig ausgedruckter Form zur Entscheidung vorgelegt und zur Beschwerde auf die ausführliche Begründung im Straferkenntnis hingewiesen.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 7. August 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der Herr Dr. H L, Rechtsanwalt in L, als Rechtsvertreter des Beschwerdeführers und Frau Mag. R K als Vertreterin der belangten Behörde erschienen sind.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Ausdruck ihres elektronischen Verwaltungsstrafakts und Erörterung der Aktenlage. Dabei wurde besonders ein der Anzeige des G N vom 26. Februar 2017 angeschlossenes Foto, das der Anzeigeleger anlässlich seiner Beobachtungen vor Ort am 25. Februar 2017 gemacht hat, behandelt.

Danach steht der folgende wesentliche S a c h v e r h a l t fest:

Die E.J. D R- und G Ges.m.b.H. in L ist Inhaberin des Lokals „S" in L. Der Bf fungiert als selbständig vertretungsbefugter handelsrechtlicher Geschäftsführer.
Im Gastronomiebetrieb „S z K“ in L sind die Räumlichkeiten für die Verabreichung von Speisen und Getränke im gesamten 1. Stock als Nichtraucherbereich gewidmet. Hingegen ist das Erdgeschoß des K mit den Lokalteilen „Stube“ und „Stiege“ als Raucherbereich deklariert. Zwischen diesen Gasträumen im Erdgeschoß befindet sich ein Raum, der von den Gästen gegebenenfalls als Durchgang von der Landstraße zum geöffneten Gastgarten im Hinterhof (Innenhof) oder als Zugang zu den bezeichneten Gasträumen im Erdgeschoß, oder zu den über eine Stiege erreichbaren Gasträumen im Nichtraucherbereich des 1. Stockes benutzt wird. Von diesem Gang im Erdgeschoß des Gastlokals ausgehend werden demnach die Räumlichkeiten des ganzen Gastronomiebetriebes sowie der Gastgarten erschlossen.

Wie auf dem Foto des Anzeigelegers ersichtlich wird der Gang auf der Hinterseite zum Gastgarten hin durch eine übergroße Fensterwand mit Segmentbogen zu einer Gewölbedecke abgegrenzt. Über eine darin zentral integrierte Flügelgehtüre, die auch als Fluchtweg gekennzeichnet ist, gelangt man in den Hinterhof des Gebäudes mit dem Gastgarten. Diese Flügeltüre war zur in Betracht kommenden Tatzeit geschlossen. Die Vorderseite des Ganges zur Landstraße hin wird durch einen riesigen, fast raumhohen Torbogen mit Oberlichte und Holzverkleidung samt

integrierter Flügelgehtüre abgegrenzt. In der warmen Jahreszeit stehen die Türen für den Durchgang von Gästen bis zum Gastgarten offen (vgl auch Fotos vom Internetauftritt des Klosterhofs, aufgerufen über Google).

Im Gangbereich sind keine Verabreichungsplätze und keine Bedienung vorgesehen. Es waren aber zum Beobachtungszeitpunkt des Anzeigelegers am 25. Februar 2017 gegen 17:13 Uhr Aschenbecher aufgestellt und hatten zwei Personen geraucht. Der Anzeigeleger hat darauf hingewiesen, dass er auch ein Video (vermutlich mit Smartphone) gemacht habe, wo man die rauchenden Personen gut erkennen könne. Die Beischaffung dieses Videos war nicht erforderlich, weil der Bf die Beobachtungen des Anzeigers über rauchende Personen im Gangbereich ohnehin nicht bestritten hat, zumal er von einer Ausnahme vom Rauchverbot im gesamten Erdgeschoß des Klosterhofs, somit auch im fraglichen Gangbereich, ausgeht. Zur Dauer der Beobachtungen des Anzeigenlegers gibt er selbst nur an „gegen 17 Uhr 13“. Auch unter Berücksichtigung eines mit dem Smartphone gemachten Kurzvideos kann die Beobachtungsdauer nur im Bereich weniger Minuten gewesen sein.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus der Aktenlage und ist auch unbestritten.

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. Rechtsvorschriften

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.

Gemäß § 14 Abs 4 Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz – TNRSG in der zum Tatzeitpunkt relevanten Fassung (BGBl Nr. 431/1995 idF BGBl I Nr. 12/2014 und BGBl I Nr. 22/2016) begeht eine Verwaltungsübertretung - sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist -, und ist mit Geldstrafe bis zu 2.000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 10.000 Euro, zu bestrafen,

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

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

Nach § 13c Abs 2 Z 4 TNRSG hat jeder Inhaber gemäß Abs 1 insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass in den Räumen der Betriebe gemäß § 13a Abs 1, soweit Rauchverbot besteht oder das Rauchen gemäß § 13a Abs 4 nicht gestattet werden darf, weil für den Betrieb ein Kollektivvertrag gemäß § 13a Abs 4 Z 1 bis 4 TNRSG nicht gilt, nicht geraucht wird.

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

Nach der Bestimmung des § 13a Abs 2 TNRSG können als Ausnahme vom Verbot des § 13a Abs 1 leg.cit. in Betrieben, die über mehr als eine für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeignete Räumlichkeit verfügen, Räume bezeichnet werden, in denen das Rauchen gestattet ist, wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird. Nach dem 2. Satz des § 13a Abs 2 leg.cit. muss jedoch der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehene Hauptraum vom Rauchverbot umfasst sein, und es darf nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen oder Getränke vorgesehenen Verabreichungsplätze in Räumen gelegen sein, in denen das Rauchen gestattet wird.

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

IV.2. Rechtsprechung

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

strengen Ansicht ist der Gesetzgeber mit authentischer Auslegung des § 13 Abs 2 Tabakgesetz im BGBl I Nr. 12/2014 entgegen getreten, indem er klargestellt hat, dass Gästen auf dem Weg zum Hauptraum bzw zu anderen rauchfreien Bereichen des Lokals wie sanitären Anlagen bzw WC-Anlagen ein kurzes Durchqueren des Raucherraumes zumutbar ist.

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

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

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

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

Wie der Verwaltungsgerichtshof näher ausgeführt hat (vgl VwG 23.03.2017, Ra 2015/11/0118 mwN), gilt Rauchverbot nicht nur in den der Verabreichung von Speisen und Getränken an Gäste dienenden Räume, sondern auch in weiteren Räumen dieser Betriebe, die von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis betreten werden können, bei denen es sich also um Räume öffentlicher Orte iSd § 13 Tabakgesetz (nunmehr TNRSG) handelt. Das folge aus der Systematik des Gesetzes mit ihrem grundsätzlichen Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte, zu denen nach der Definition im § 1 Z 11 leg.cit. auch die Räume der Gastronomie zählen, wobei die den Nichtraucherschutz regelnde Bestimmung

des § 13a Tabakgesetz den allgemeinen Nichtraucherschutz in Räumen öffentlicher Orte nach § 13 „unbeschadet“ lässt. In den Materialien zur Novelle BGBl I Nr. 101/2015 wird vom Gesetzgeber auch klargestellt, dass sich das Rauchverbot auf alle Innenbereiche und Räume eines Gastronomiebetriebes bezieht, die den Gästen zugänglich sind oder von diesen genutzt werden können (vgl Erl zur RV, 672 BlgNR, 25. GP, Seite 3: also auch Nebenräume wie Stiegenhäuser, Toiletten etc).

IV.3. Zum verfehlten Rechtsstandpunkt der Beschwerde

Die Ansicht des Bf, dass die Räumlichkeiten des Erdgeschoßes für Raucher vorgesehen sind und die Ausnahme vom Rauchverbot auch im beschriebenen Gang zum Tragen komme, ist nicht haltbar. Es ist nämlich rechtlich nicht möglich, eine generelle Ausnahme vom Rauchverbot für das gesamte Erdgeschoß geltend zu machen. Der Grundsatz des Nichtraucherschutzes durch Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte, zu denen auch die Räume der Gastronomie gehören, steht dem entgegen. Jeder Ort, der von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis (zB Gäste eines Gastronomiebetriebes) ständig oder zu bestimmen Zeiten (Öffnungszeiten) betreten werden kann, ist gemäß der Legaldefinition des § 1 Z 11 TNRSG ein öffentlicher Ort.

Diesen Begriff verkennend bestreitet der Bf, dass es sich beim Gang im Erdgeschoß des Klosterhofs um einen Raum eines öffentlichen Ortes handelt. Das Argument, dass es sich lediglich um einen Durchgang zwischen der L einerseits und dem Gastgarten im Innenhof (Hinterhof) andererseits handle, ist schon in tatsächlicher Hinsicht unrichtig. Diese Durchgangsfunktion besteht nur bei geöffnetem Gastgarten in der warmen Jahreszeit und die Funktion des Ganges erschöpft sich nicht darin. Eher kann von einem Gang mit Vorhausfunktion gesprochen werden, von dem aus die Räumlichkeiten im Erdgeschoß und im 1. Stock erschlossen werden (vgl Feststellungen unter III). Der Bf selbst spricht in der Beschwerde auch von einem Zugang zu und einem Verbindungsgang zwischen den Teilbetrieben „Stube“ und „Stiege“. Sein Vergleich mit dem von Arkadengängen begrenzten Gastgarten ist schon deshalb verfehlt, weil damit noch kein allseitig umschlossener Raum vorliegt, zumal der Gastgarten dadurch keine Decke erhalten hat, vielmehr nach oben offen geblieben ist.

Wenn der Bf meint, dass niemand auf die Idee kommen werde, es für strafbar zu halten, wenn ein Gast zwischen diesen Teilbetrieben rauchend pendelt, verkennt er abermals die Rechtslage. Die Ausnahme nach § 13a Abs 2 TNRSG bei Betrieben mit mehr als einem Gastraum kann nur in Bezug auf weitere Gasträume, die nicht Haupträume sein dürfen und aus denen nicht Tabakrauch in den Nichtraucherbereich dringen kann, in Betracht kommen. Selbst wenn der Standpunkt des Bf richtig wäre, könnte schon nach dem festgestellten unstrittigen Sachverhalt nicht von allen Voraussetzungen einer Ausnahme nach § 13a Abs 2

TNRSG ausgegangen werden. Wird nämlich im gegenständlichen Gang (bzw Vorhaus) des Klosterhofs geraucht, so kann der Tabakrauch ohne weiteres über die offene Stiege in den als Nichtraucherbereich deklarierten 1. Stock gelangen, obwohl der gesamte 1. Stock rauchfrei sein sollte. Demnach kann man nur davon ausgehen, dass Rauchen im Gangbereich vom prinzipiellen Rauchverbot erfasst wird. Außerdem ist klargestellt, dass Innenräume oder andere den Gästen zugängliche oder von ihnen genutzte Räume (wie bspw Gänge oder Toiletten) vom Rauchverbot schlechthin erfasst werden (vgl unter Hinweis auf Materialien VwGH 23.03.2017, Ra 2015/11/0118).

IV.4. Unzutreffender Tatzeitpunkt

Die Argumentation der Beschwerde ist demnach rechtlich unzutreffend und kann nicht zum Erfolg führen. Allerdings ergibt sich aus dem Akt zugunsten des Bf, dass die belangte Behörde im gesamten Strafverfahren eine falsche Tatzeit vorgeworfen hat, was von Amts wegen aufzugreifen war. Schon in der Aufforderung zur Rechtfertigung ist davon die Rede, der Bf habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer zu verantworten, dass am 25.02.2017 um 17:30 Uhr am Gang im Erdgeschoss zwischen „Stube“ und „Stiege“ nicht Sorge getragen wurde, dass trotz des dort bestehenden generellen Rauchverbots nicht durch Gäste geraucht wird. Zum angeführten Zeitpunkt wären im Gang Aschenbecher aufgestellt gewesen und hätten zwei Gäste geraucht.

Dagegen schreibt der Anzeigeleger im E-Mail vom 26.02.1017 von seinen Beobachtungen am 25.02.2017 gegen 17:13 Uhr. Daraus folgt, dass die sinngemäße Anlastung, das Rauchen am Gang durch 2 Gäste um 17:30 Uhr nicht verhindert zu haben, zeitlich falsch ist und sich eine solcher Sachverhalt wenigstens um 17 Minuten früher ereignet haben musste. Für 17:30 Uhr gibt es jedenfalls kein entsprechendes Beweisergebnis. Es wäre zwar wegen des Standpunkts des Bf über eine Ausnahme vom Rauchverbot im gesamten Erdgeschoss gut möglich, dass auch zu diesem Zeitpunkt noch jemand am Gang ungehindert rauchen konnte. Dafür gibt es aber keine konkreten Anhaltspunkte, zumal der Anzeigeleger offenbar nur kurze Zeit anwesend war und daher nur über Beobachtungen auf die Minute berichtete.

IV.5. Wesentliches Tatmerkmal: Zeit des verbotenen Rauchens

Wesentliche Obliegenheit im Sinne des Nichtraucherschutzes gemäß § 13c Tabakgesetz (TNRSG) ist es, dafür Sorge zu tragen, dass das Rauchverbot beachtet wird, also unter näher bestimmten Umständen nicht geraucht wird. Der Tatvorwurf muss dementsprechend als Verstoß gegen diese Obliegenheit formuliert werden (vgl VwGH 30.06.2016, Ra 2016/11/0066).

Tatbestandsmerkmal eines Verstoßes gegen das Tabakgesetz (TNRSG) ist der Umstand, dass in dem als Raucherraum bezeichneten Raum auch tatsächlich geraucht wurde. Die Behörde hat bereits im Spruch klarzustellen, ob sich überhaupt Personen im Lokal befunden haben und wenn ja, ob diese Personen geraucht haben (vgl LVwG Oberösterreich v 9.12.2014, LVwG-000060 und insb auch VwGH 15.07.2011, Zl. 2011/11/0059).

Im gegenständlichen Fall steht die Unrichtigkeit der Angabe des Tatzeitpunktes fest. Der richtige Tatzeitpunkt wurde dem Bf von der belangten Behörde im gesamten Verfahren nicht angelastet. Die einjährige Verfolgungsverjährungsfrist ist längst abgelaufen. Damit erweist sich ein für die Identität und Unverwechselbarkeit der Tat entscheidendes Kriterium als unzutreffend. Da sich nach der Art des gegebenen Tatvorwurfs innerhalb von Minuten das Geschehen (Rauchen entgegen dem Rauchverbot) entscheidungswesentlich ändern kann, kommt es für die Angabe der Tatzeit auch durchaus auf die Minute an.

Das verfahrensgegenständliche Straferkenntnis war aus dem tatsächlichen Grund der unrichtigen Konkretisierung der Tatzeit und mangels einer insofern ausreichenden Verfolgungshandlung im strafbehördlichen Verfahren aufzuheben. Eine Korrektur durch das Landesverwaltungsgericht ist schon deshalb nicht möglich, weil die Änderung des Tatvorwurfes durch Angabe einer anderen Tatzeit zu einer (unzulässigen) Auswechslung der Tat führen würde, was dem Verwaltungsgericht nicht erlaubt ist (vgl etwa VwGH 22.03.2012, Zl. 2009/09/0268 bzw. VwGH 5.11.2014, Ra 2014/09/0018).

IV.6. Ergebnis

Aus den angeführten Gründen war der Beschwerde dennoch stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren mangels einer in zeitlicher Hinsicht zutreffend angelasteten Übertretung des Tabakgesetzes (TNRSG) 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. 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.

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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder

einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. W e i ß