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-000234/14/KH

Datum:
Linz, 19. März 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde des R P, geb. x, P, vertreten durch H P, H, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 24. April 2017, GZ: 0004711/2017, wegen Übertretung des Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz (TNRSG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. März 2019

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass die verhängte Gesamtstrafe in zwei auf die beiden vorgeworfenen Tatzeiten bezogene Einzelstrafen in Höhe von jeweils 150 Euro (jeweils 25 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) geteilt wird.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 60 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

1. Der Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) verhängte über R P (im Folgenden: Beschwerdeführer – Bf) eine Verwaltungsstrafe in der Höhe von 300 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 50 Stunden), da ihm Folgendes vorgeworfen wurde:

„I. Tatbeschreibung:

Der Beschuldigte, Herr R P, hat als Inhaber und Betreiber des Gastlokales (Cafe G), welches sich in der Mall des Einkaufszentrums ‚L' im L, also in einem Raum eines öffentlichen Ortes befindet, 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 17.01.2017 von 14:05 Uhr bis 14:10 Uhr und am 03.02.2017 von 19:52 Uhr bis 20:00 Uhr im öffentlichen Raum nicht geraucht wurde.
Die Ausnahmebestimmung des § 13 Abs. 2 TabakG ist aufgrund des Offenhaltens der selbstschließenden Glastüre (Schließanlage war abgeschaltet), die den Raucherbereich des Lokales von der Mall trennt, nicht anzuwenden.

Zu den angeführten Zeitpunkten und Zeiträumen wurden 2 bzw. 4 Gäste im Raucherbereich 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"
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf binnen offener Frist Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Darin brachte er zusammengefasst vor, dass beim Servieren von Getränken eine Bedienstete mit einem Gast zusammengestoßen sei und durch diesen Zusammenstoß Gläser zu Bruch gegangen seien. Deshalb sei der Schließmechanismus kurz außer Kraft gesetzt worden, um die Glasscherben zu beseitigen. Dem Bf sei die Tat deshalb nicht vorzuwerfen. Es lägen die Voraussetzungen für ein Vorgehen nach § 45 VStG vor.

Der Bf sei überdies nur für das von ihm betriebene Lokal, nicht aber für die „Mall" verantwortlich, deshalb liege kein Verstoß gegen § 13c Abs. 2 TabakG vor. Ein Verstoß gegen § 13c Abs. 1 TabakG würde in § 14 Abs. 4 auch nicht sanktioniert.

Das Gesetz verlange keine bauliche Abtrennung und auch keine Türen, sondern nur im Ergebnis, dass kein Rauch in den Nichtraucherbereich dringen könne. In welcher Weise diese sichergestellt, werde im Tabakgesetz nicht geregelt.

Der Bf beantragte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens.

3. Die Behörde übermittelte die rechtzeitig erhobene Beschwerde gemeinsam mit dem Bezug habenden Verwaltungsstrafakt an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

4. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht wurde am 6. März 2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung abgehalten, an der der Bruder des Bf, H P, als dessen Vertreter sowie Mag. P als Vertreter der belangten Behörde teilgenommen haben. Weiters sind die als Zeugen geladenen Dipl.-Ing. G N sowie E E erschienen.

II. Aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

1. Der Bf betreibt im 1. OG des Einkaufzentrums „L“ ein Lokal mit dem Namen „Cafe G“. Das Lokal ist im Nichtraucherbereich zur Mall hin offen, der als Raucherbereich geführte Raum ist mit Glaswänden vom Nichtraucherbereich bzw. von der Mall abgetrennt und als solcher gekennzeichnet. Der Zugang zu diesem Bereich erfolgt durch eine automatische Glasschiebetüre.

2. Der Zeuge N beobachtete am 17. Jänner 2017 zwischen 14:05 Uhr und 14:10 Uhr, dass im Raucherbereich geraucht wurde, wobei die automatische Schiebetüre zu dieser Zeit permanent offen stand. Im Raucherbereich saßen zu dieser Zeit jedenfalls zwei Gäste, die rauchten.

3. Der Erhebungsdienst der belangten Behörde führte aufgrund der Anzeige des Zeugen N am 3. Februar 2017 eine Kontrolle im Lokal „Cafe G“ durch, wobei die automatische Schiebetüre zwischen Raucher- und Nichtraucherbereich zwischen 19:52 Uhr und 20:00 Uhr permanent offen stand und sich zwei rauchende Gäste in diesem Bereich befanden. Zur Tatzeit waren keine Glasscherben am Boden ersichtlich bzw. wurde vom anwesenden Personal gegenüber den Vertretern der belangten Behörde nicht erwähnt, dass bei einem Zusammenstoß Gläser zu Bruch gegangen seien und die Schiebetür aufgrund dieses Vorfalls offen stand. Der Schließmechanismus der Schiebetür war zur Tatzeit auf 0 gedreht, somit ausgeschaltet.

III. Beweiswürdigung:

1. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Behördenakt sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. März 2019.

2. Die Feststellungen über die Örtlichkeiten folgen aus den dem Verhandlungsprotokoll beiliegenden Lichtbildern sowie den Aussagen des Bf und der Zeugen.

3. Die Feststellungen, dass zur Tatzeit am 17. Jänner 2017 zwischen 14:05 Uhr und 14:10 Uhr die Tür zum Raucherbereich permanent offen stand und dort jedenfalls zwei Gäste rauchten, folgen aus der Anzeige bzw. der Aussage des Zeugen N. Dieser führte in der Verhandlung ein zur Tatzeit aufgenommenes Video vor, auf dem die Örtlichkeit, die permanent offene Schiebetüre zum Raucherbereich und zwei rauchende Gäste (auf dem Video war nicht der gesamte Raucherbereich ersichtlich) deutlich sichtbar waren.
Der Bf bzw. dessen Vertreter haben nicht bestritten, dass Personen im Raucherbereich geraucht haben, auch wurde nicht bestritten, dass die Tür zur Tatzeit offen stand. Die Aussagen des Zeugen N stimmten mit dem Inhalt des vorgeführten Videos überein, an der Glaubwürdigkeit seiner Aussage besteht kein Zweifel.

4. Die Feststellungen zur Tatzeit am 3. Februar 2017 zwischen 19:52 Uhr und 20:00 Uhr folgen aus den schlüssigen und glaubwürdigen Angaben des Zeugen E E, der die Kontrolle durchgeführt hatte. Weiters legte der Zeuge Lichtbilder vor, die den ausgeschalteten Schließmechanismus der Schiebetüre zeigten.
Der Vertreter des Bf hatte die allgemeine Angabe in der Beschwerde, dass zur Tatzeit Glasscherben im Bereich der Schiebetüre gelegen seien und die Schiebetür deshalb kurzzeitig außer Kraft gesetzt worden sei, zuvor dahingehend präzisiert, dass dies nur für die zweite vorgeworfene Tatzeit, nämlich den 3. Februar 2017 zwischen 19:52 Uhr und 20:00 Uhr gilt.
Die Aussagen des Zeugen E wurden vom Vertreter des Beschwerdeführers in der mündlichen Verhandlung nicht angezweifelt, allerdings gab dieser nach Aufnahme der Aussage des Zeugen an, dass die Mitarbeiterin, die den Schließmechanismus außer Kraft gesetzt und die Scherben beseitigt habe, zur Zeit der Kontrolle nicht im Lokal aufhältig gewesen sei.

Zu den Angaben des Bf, dass zur Tatzeit am 3. Februar 2017 Glasscherben im Bereich der Schiebetüre gelegen seien und die Schiebetür deshalb kurzzeitig außer Kraft gesetzt worden sei, ist festzuhalten, dass die Aussage des Zeugen E, dass keinerlei Glasscherben vorgefunden wurden bzw. auch das anwesende Personal in keiner Weise auf einen derartigen Vorfall hingewiesen hatte, als glaubwürdig einzustufen sind. Auf dem vom Zeugen vorgelegten Foto sind ebenfalls keinerlei

Scherben ersichtlich, allerdings die geöffnete Schiebetüre. Das unmittelbar nach der Aussage des Zeugen E in der mündlichen Fall vom Vertreter des Bf erstattete Vorbringen, dass die Mitarbeiterin, die den Schließmechanismus außer Kraft gesetzt und die Scherben beseitigt habe, zur Zeit der Kontrolle nicht im Lokal aufhältig gewesen sei, wurde nicht durch Nennung eines Namens untermauert und ist im Hinblick auf die Glaubwürdigkeit der Aussagen des Zeugen E als nicht näher substantiierte Schutzbehauptung zu qualifizieren. Und selbst wenn die Schiebetüre tatsächlich wegen dort liegender Glasscherben permanent geöffnet gewesen wäre, so hätte man sie sofort nach Entfernen der Scherben (diese waren von Beginn der Tatzeit an nicht zu sehen) wieder aktivieren müssen, was nicht geschehen ist. Darüber hinaus steht auch grundsätzlich die Notwendigkeit, die Schiebetüre völlig abzuschalten, um Glasscherben kurz aus dem Bereich davor wegzukehren, in Frage – das Entfernen der Scherben ließe sich sehr wohl auch bei aktivierter Schiebetüre bewerkstelligen.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

1. Rechtliche Grundlagen:

Nachfolgend die Rechtslage nach dem Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz (TNRSG) zu den beiden verfahrensrelevanten Tatzeiten:

Gemäß § 14 Abs. 4 TNRSG (BGBl Nr. 431/1995 idF BGBl I Nr. 22/2016) beging 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 verstieß.

Gemäß § 13c Abs. 1 Z 2 TNRSG haben die Inhaber von Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13 leg.cit. 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 3 TNRSG hat jeder Inhaber gemäß Abs. 1 insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass in den Räumen eines öffentlichen Ortes, soweit nicht die Ausnahme gemäß § 13 Abs. 2 zum Tragen kommt, nicht geraucht wird.

Gemäß § 13 Abs. 1 TNRSG gilt - unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der Regelung des § 12 (Rauchverbot in Räumen für Unterrichts- und Fortbildungszwecke, Verhandlungszwecke und schulsportliche Betätigung) - und,

soweit Abs. 2 und 13a nicht anderes bestimmen, ein Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte.

Nach § 13 Abs. 2 TNRSG können als Ausnahme vom Rauchverbot in vom § 13 Abs. 1 leg.cit. 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 die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen 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 Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze in Räumen gelegen sein, in denen das Rauchen gestattet wird.

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

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

„Öffentlicher Ort“ iSd Legaldefinition des § 3 Z 11 TNRSG 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.

2. Judikatur zum TNRSG:

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs bezieht sich die Sonderbestimmung des § 13a TNRSG über den Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie nur auf diejenigen gastgewerblichen Betriebe, die in abgeschlossenen Räumen untergebracht sind, weil andernfalls die Sonderregelungen der Absätze 2 bis 5 ihren Sinn verlören (VwGH 21. September 2010, 2009/11/0209 = VwSlg 17964 A/2010, VwGH 10. Jänner 2012, Zl. 2009/11/0198). Dabei muss es sich um einen Raum handeln, der allseitig von der Decke bis zum Boden von festen Wänden (auch aus Glas) umschlossen ist und mit einer Tür geschlossen werden kann (vgl VwGH 15. Juli 2011, Zl. 2011/11/0059 = VwSlg 18187 A/2011; VwGH 24. Juli 2013, Zl. 2013/11/0137).

In seinem Erkenntnis vom 23. März 2017, Ra 2015/11/0118 sprach der VwGH wie folgt aus:

„Gemäß § 13 Abs. 1 TabakG 1995 gilt ‚in Räumen öffentlicher Orte‘ (und damit auch in einem Einkaufszentrum) grundsätzlich Rauchverbot, soweit § 13 Abs. 2 oder § 13a TabakG nicht anderes bestimmen. In den von § 13 bzw. § 13a TabakG 1995 erfassten Räumen herrscht grundsätzlich, soweit nicht ein Ausnahmetatbestand erfüllt ist, Rauchverbot (Regel-Ausnahme-Prinzip; vgl. E vom 10. Jänner 2012, 2009/11/0198 auch das E vom 17. Juni 2013, 2012/11/0235, mwN). Es kann somit bei bestehendem grundsätzlichem Rauchverbot (in Räumen öffentlicher Orte, in Räumen der Gastronomie) ein Raucherraum bestimmt werden, in dem das Rauchen gestattet ist; unzulässig wäre es, bloß einen Nichtraucherraum festzulegen, in dem nicht geraucht werden darf, während in den übrigen Teilen des Betriebes geraucht wird.“

weiters

„Es reicht nicht, einen bloßen Raumteil als jenen Ort zu bezeichnen, an dem das Rauchen gestattet ist, vielmehr muss ein Raum als solcher bezeichnet werden, der allseitig, von der Decke bis zum Boden von festen Wänden umschlossen ist und mit einer Tür geschlossen werden kann; 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. Jedenfalls der - gesamte - Hauptraum des Gastgewerbebetriebs muss vom Rauchverbot umfasst sein, es darf also nicht der Hauptraum als ‚Raucherraum‘ bezeichnet werden.“

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 TNRSG in Räumen öffentlicher Orte, weil es sich bei einem Einkaufszentrum

um einen „öffentlichen Ort“ iSd § 1 Z 11 TNRSG handelt (vgl VwSlg 17964 A/2010; VwGH 10. Jänner 2012, Zl. 2009/11/0198). [vgl LVwG Oö. 6. Mai 2015, LVwG 000078/8/WEI]

In seiner Entscheidung vom 17. Juni 2013, Zl. 2012/11/0235, hat der Verwaltungsgerichtshof 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.
[vgl LVwG Oö. 25. August 2017, LVwG-000161/2/Wei]

Mit dem gemäß § 13c Abs. 2 TNRSG verpflichteten Inhaber eines öffentlichen Raumes gemäß § 13 leg.cit. ist derjenige gemeint, von dem auf Grund der Art seines Kontaktes mit Gästen oder Besuchern angenommen werden kann, dass er Verstöße unterbinden oder darauf unverzüglich reagieren kann. Dabei ist die unmittelbare Innehabung eines Raumes mit der Möglichkeit der Bestimmung des faktischen Geschehens angesprochen. Der Vermieter (Überlasser) eines Raumes wird im Regelfall nicht als unmittelbarer Inhaber iSd § 13 Abs. 2 leg.cit. anzusehen sein (vgl VwGH 20. März 2013, 2010/11/0123). In diesem Zusammenhang genügt die Innehabung eines Teiles eines öffentlichen Ortes (Raumes), etwa bei einem Gastgewerbebetrieb in offener Verbindung zum Hauptverkehrsweg eines Einkaufzentrums (vgl zum Inhaber eines Café an der „Mall“ VwSlg 17964 A/2010 und VwGH 10.Jänner 2012, 2009/11/0198).

[vgl LVwG Oö. 6. Mai 2015, LVwG 000078/8/WEI]

3.Rechtliche Beurteilung:

Das Einkaufszentrum „L“ ist als „öffentlichen Ort“ iSd Legaldefinition des § 1 Z 11 TNRSG anzusehen. 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 TNRSG in Räumen öffentlicher Orte, weil es sich bei einem Einkaufszentrum um einen „öffentlichen Ort“ iSd § 1 Z 11 TNRSG handelt (vgl VwSlg 17964 A/2010; VwGH 10. Jänner 2012, Zl. 2009/11/0198).

Das Lokal „Cafe G“ liegt in offener Verbindung zur „Mall“ der „L“. Der Raucherbereich des Lokals befindet sich in einem abgeschlossenen Raum, der durch eine Glasfront von der „Mall“ getrennt und über eine elektrisch betriebene automatisch öffnende und schließende Glasschiebetüre zu betreten ist. Somit war jedenfalls intendiert, eine der Ausnahmebestimmung des § 13 Abs. 2 TRNSG entsprechende räumliche Infrastruktur zu schaffen, indem der gegenständliche Raucherraum bezeichnet wurde, in dem das Rauchen gestattet ist und durch die automatische Schiebetür, welche sich grundsätzlich sofort nach Durchschreiten wieder schließt, im Normalfall gewährleistet wäre, dass der Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird.

Gegenständlich ist jedoch auf den zu den im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfenen Tatzeiten bestehenden Zustand abzustellen – hier war die automatische Schiebetüre, die normalerweise durch sofortiges Schließen nach Durchschreiten gewährleisten soll, dass der Tabakrauch nicht in den Nichtraucherbereich dringt, jeweils außer Kraft gesetzt und stand permanent – und nicht zu Zwecken des kurzfristigen Entfernens von Glasscherben - offen. Somit ist festzuhalten, dass zu beiden im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfenen Tatzeiten die Ausnahmebestimmung des § 13 Abs. 2 TRNSG nicht zum Tragen kam, da der Rauch aus dem Raucherbereich in den Nichtraucherbereich dringen konnte.

3.1. Eine Verwaltungsübertretung begeht, wer als Inhaber eines Gastgewerbebetriebes in Räumen der Betriebe gemäß § 13a Abs. 1 leg.cit. - soweit Rauchverbot besteht - nicht dafür Sorge trägt, dass in einem solchen Raum nicht geraucht wird.

Vorliegend ist die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 14 Abs. 4 iVm § 13c Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 Z 3 TNRSG in beiden Fällen schon deshalb gegeben, weil angesichts des permanenten Offenstehens der Türe während der Tatzeit die Ausnahme vom Rauchverbot gemäß § 13 Abs. 2 leg.cit. nicht zum Tragen kam.

Angesichts des Fehlens der Voraussetzungen für den genannten Ausnahmetatbestand galt Rauchverbot.

Als Inhaber des „Cafe G“ ist dem Bf somit die Erfüllung der ihm im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfenen Verwaltungsstraftat in objektiver Hinsicht vorzuwerfen.

3.2. Hinsichtlich der subjektiven Tatseite ist auszuführen, dass gemäß § 5 Abs. 1 VStG 1991, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten ausreicht. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Gebot dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch das Beibringen von Beweismitteln oder die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die „Glaubhaftmachung“ nicht.

Der Bf hat die Tat zur ersten vorgeworfenen Tatzeit nicht bestritten. Zur zweiten vorgeworfenen Tatzeit hat er vorgebracht, dass die Schiebetür wegen der dort befindlichen Glasscherben offen gestanden sei, was jedoch als Schutzbehauptung einzustufen ist. Darüber hinaus hat der Bf keinerlei substantiierte Argumente vorgebracht, welche zumindest Fahrlässigkeit seinerseits ausschließen würden. Somit ist auch die subjektive Tatseite der ihm vorgeworfenen Verwaltungsstraftat als erfüllt anzusehen.

4. Zur Strafbemessung ist auszuführen, dass im Verwaltungsstrafverfahren die Strafbemessung im Rahmen der gesetzlich vorgegebenen Strafdrohungen erfolgt, wobei innerhalb dieses gesetzlichen Strafrahmens die Strafbehörden eine Ermessensentscheidung zu treffen haben. Die Ermessensausübung der Strafbehörden wird durch § 19 VStG determiniert (VwGH 12.12.2001, 2001/03/0027). Die Behörde ist verpflichtet, die Strafbemessung in nachvollziehbarer Weise zu begründen, d.h. die bei der Ermessensausübung maßgebenden Umstände und Erwägungen insoweit darzulegen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und die Nachprüfbarkeit durch den Verwaltungsgerichtshof erforderlich ist (VwGH 17.10.2008, 2005/12/0102).

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

4.1. Im angefochtenen Straferkenntnis wurden dem Bf zwei Taten, nämlich eine am 17. Jänner 2017 und eine weitere am 3. Februar 2017 angelastet, wobei eine Gesamtstrafe für beide Verstöße verhängt wurde. Diese Vorgehensweise verstößt gegen das Kumulationsprinzip des § 22 VStG, demzufolge über jemanden, der durch verschiedene selbständige Taten mehrere Verwaltungsübertretungen begangen hat, die Strafen nebeneinander zu verhängen sind. Durch die Verhängung einer Gesamtstrafe ist nicht erkennbar, wie hoch das Ausmaß der Strafe für jede einzelne der selbständigen Handlungen ist, sodass keine nachprüfende Kontrolle des Verwaltungsgerichtes und des Verwaltungsgerichtshofes in der Richtung möglich ist, ob die belangte Behörde von dem ihr bei der Strafbemessung zustehenden Ermessen hinsichtlich jeder der einzelnen Übertretungen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat (vgl. z.B. VwGH 7. Oktober 2013, 2013/17/0274, mwN; 14. Juni 2018, Ra 2018/17/0055).

Es entspricht der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Rechtslage vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2014, dass die Berufungsbehörde für den Fall, dass die erstinstanzliche Behörde rechtswidrig, nämlich in Verstoß gegen das Kumulationsprinzip des § 22 VStG, eine Gesamtstrafe anstelle von Einzelstrafen verhängt hat, mehrere Einzelstrafen zu verhängen hat, die Gesamtstrafe insofern also „aufzuteilen“ ist (vgl. VwGH 7.Oktober 2013, 2013/17/0274; 16. Dezember 2011, 2010/02/0105; 20. Mai 2009, 2007/07/0110; 6. Juli 2006, 2004/15/0031; 25. Jänner 2005, 2004/02/0293; 22. Februar 2018, Ra 2017/11/0066)

4.2. Mangels Angaben des Bf wird von den Annahmen der belangten Behörde betreffend seine Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse ausgegangen, wobei die diesbezüglichen Annahmen aufgrund des Umstandes, dass der Bf jedenfalls drei Lokal in hoch frequentierten Einkaufszentren betreibt, als sehr niedrig anzusehen sind und somit dem Bf ohnedies entgegenkommen. Die verhängte Geldstrafe liegt darüber hinaus im untersten Bereich des Strafrahmens.

4.3. Zu dem darüber hinaus beantragten Vorgehen nach § 45 VStG ist anzumerken, dass nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes das Vorliegen eines bloß geringfügigen Verschuldens im Sinn des § 45 VStG auszuschließen ist, wenn der Beschuldigte durch vorangegangene

Beanstandungen von der Rechtswidrigkeit eines Zustands oder seines Verhaltens Kenntnis erlangen konnte und dennoch keine Änderung herbeiführte (vgl zum Ganzen mwN VwGH 18.11.2014, Zl. Ra 2014/05/0008). Da dem Bf aus mehreren vorangegangenen Verfahren (vgl. LVwG-000060, LVwG-000153) die Rechtsansicht der belangten Behörde zum Offenhalten von Türen zwischen Raucherräumen und der „Mall“ bekannt ist, er sich jedoch dennoch nicht dementsprechend verhielt, ist sein Verschulden schon aus diesem Grund nicht als gering anzusehen, weshalb die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG scheidet deshalb von vorneherein ausscheidet.

5. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass das angefochtene Straferkenntnis somit mit der Maßgabe der Aufteilung der verhängten Gesamtstrafe auf zwei Verwaltungsstrafen zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen war.

6. Der Ausspruch über den Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens ist in § 52 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) begründet.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

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 gegenständlich zu lösende Rechtsfrage ist durch die im Erkenntnis ausführlich dargestellte Judikatur des VwGH geklärt und ist das Verwaltungsgericht von dieser nicht abgewichen. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch 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 diese Entscheidung 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

Mag. Hörzing