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-000238/18/FP

Datum:
Linz, 14. März 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von R P, geb. x, P, vertreten durch H P, H, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 20. April 2017, GZ: 0004712/2017, wegen Übertretung des TNRSG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

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.1. Mit Straferkenntnis vom 20. April 2017, dem Beschwerdeführer (Bf) zugestellt am 20. April 2018, warf ihm die belangte Behörde vor, er habe als Inhaber und Betreiber eines bestimmten in einer „Mall“ gelegenen Gastlokales sein Personal nicht in geeigneter Weise informiert und angewiesen, Rauchern das Rauchen zu verbieten. Auf das Rauchverbot sei nicht hinreichend hingewiesen worden und es sei damit nicht dafür Sorge getragen worden, dass trotz des generellen Rauchverbotes am 17. Jänner 2017 zwischen 13:54 Uhr und 13:59 Uhr und am 3. Februar 2017 zwischen 19:39 Uhr und 19:45 Uhr „im öffentlichen Raum“ nicht geraucht werde. Die Ausnahmebestimmung des § 13 Abs 2 TabakG wäre nicht anwendbar gewesen, weil die selbstschließende Glastüre offengehalten worden sei.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf vertreten durch seinen Bruder mit Schriftsatz vom 17. Mai 2018 rechtzeitig Beschwerde in der er auf das Wesentliche zusammengefasst darstellte, der Schließmechanismus der gegenständlichen Türe sei so eingestellt, dass sich die Türe, wenn sich Personen im Nahbereich befänden bzw. diese durchschreiten, verzögert schließe. Zum Tatzeitpunkt (welchen nennt der Bf nicht), hätten sich mehrere Personen im Eingangsbereich aufgehalten, „sodass der Schließmechanismus erst nach Verlassen der Personen aus diesem Bereiches einsetzte.“
Der Bf wandte zudem Verjährung ein weil binnen eines Jahres keine Verfolgungshandlung gesetzt worden sei. Das Ermittlungsverfahren sei überdies mangelhaft geblieben weil die belangte Behörde weder einen Ortsaugenschein anberaumt, noch das notwendige Gutachten eingeholt habe. Der Bf sei nur für das von ihm betriebene Lokal, nicht aber die „Mall“ verantwortlich; § 14 Abs 4 TabakG sanktioniere Verstöße gegen die in § 13c Abs 2 TabakG festgelegten Obliegenheiten. Ein Verstoß gegen § 13c Abs 1 TabakG würde in §14 Abs 4 nicht sanktioniert.
Das Gesetz verlange überdies keine bauliche Abtrennung und auch keine Türe sondern im Ergebnis nur, dass kein Rauch in den Nichtraucherbereich dringen könne. Dass Rauch in den Nichtraucherbereich gedrungen sei, sei nicht nachgewiesen worden. Der Bf vertrat die Ansicht, dass eine „Mall“ aufgrund des Luftangebotes mit einem Ort im Freien zu vergleichen und kein Raum sei. Er beantragte die Einholung eines Gutachtens eines lufttechnischen Sachverständigen und einen Ortsaugenschein.
Zudem behauptete der Bf, dass das Gesetz zu unbestimmt sei und andere Adressaten habe. Die „Voraussetzungen des § 45 VstG“ würden vorliegen.

Der Bf beantragte die Aufhebung des Straferkenntnisses und die Einstellung des Verfahrens.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 1. Juni 2018 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt und öffentliche mündliche Verhandlung zu welcher der Vertreter des Bf, ein Vertreter der belangten Behörde sowie die Zeugen N und E erschienen.

II.2. Nachstehender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Der Bf betreibt im Erdgeschoss des Einkaufszentrums „L“ ein Lokal mit dem Namen „C“. Es handelt sich dabei um ein Lokal welches von der vom Hauptverkehrsweg des Einkaufszentrums („Mall“) durch Glaswände und eine automatische Glasschiebetüre getrennt ist. Im Bereich der „Mall“, außerhalb des abgetrennten Raumes, verfügt das Lokal über eine Art „Schanigarten“. Es finden sich dort weitere Verabreichungsplätze an Hochtischen. Auch in unmittelbarer Nähe zur Schiebetüre und im Sensorbereich stehen Tische mit Verabreichungsplätzen. [gerichtsbekannte Umstände, Fotos ./A und ./B, Foto ./2, Vorbringen Bf-Vertreter]
Am 17. Jänner 2017 suchte der Zeuge N, der im Nichtraucherschutz engagiert ist, das vorliegende Lokal auf. Zwischen 13:54 Uhr und 13:59 Uhr rauchten im Lokal mindestens zwei Personen. Die Glasschiebetüre stand offen und schloss sich auch nicht wenn keine Person durch die Türe ging. [Anzeige und ZV N]
Aufgrund seiner Anzeige entsandte die belangte Behörde ihren Erhebungsdienst, der das Lokal am 3. Februar 2017 aufsuchte. Zwischen 19:39 Uhr und 19:45 Uhr stand die Schiebetüre offen und vier Personen rauchten im Lokal. [Anzeige vom 14. Februar 2017, ZV Ertl]. Der Schlüsselschalter der Türe war auf „Dauerauf“ gestellt. [ZV Ertl]

II.3. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem abgeführten Beweisverfahren, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln.

Festzuhalten ist zunächst, dass der Umstand, dass innerhalb des von der „Mall“ abgetrennten Lokals von Personen geraucht wurde, seitens des Bf nie bestritten wurde. Er steht lediglich auf dem Standpunkt, dass das Gesetz keine Trennung durch Wände verlangt und stellt zudem dar, dass das Öffnen der Türe auf Bewegungen im Sensorbereich zurückzuführen war. Der Bf weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Schließmechanismus reagiert, wenn sich Personen im Nahbereich aufhalten. In der Verhandlung untermauerte der Bf-

Vertreter auf Befragen durch das Gericht, dass sich nahe der Türe auch Tische befinden.

Das Gericht findet keinerlei Grund an den Angaben der Zeugen N und E zu zweifeln. Der Zeuge N ist im Nichtraucherschutz besonders engagiert. Dieser Umstand mag eine gewisse Verbissenheit mit sich bringen, es kam aber nichts hervor, das an den Angaben des Zeugen zweifeln ließe. Das Gericht hatte nicht den Eindruck, dass der Zeuge N absichtlich Unwahrheiten erfindet, um dem Bf zu schaden. Er erschien dem Gericht glaubwürdig. Das Gericht zweifelt nicht daran, dass der Zeuge in seiner Anzeige vom Jänner 2017 wahre Angaben gemacht hat, auch wenn er heute keine konkreten Erinnerungen mehr hatte. Letzteres macht ihn eher glaubwürdig, weil er sich nicht besonders auf das Verfahren vorbereitet hat. Gerade das dem „Hobby“ des Zeugen inhärente Überengagement führt zu einem Wissen um die gesetzlichen Regelungen, sodass das Gericht dem Zeugen zutraut, die wesentlichen Umstände zu beobachten und wahrheitsgemäß an die zuständigen Behörden weiterzugeben. Die Interessenslage des Zeugen wird eher dahin gehen, dass Verletzer des TNRSG überführt werden, als dass Unschuldige verfolgt werden. Daran ändert auch nichts, dass das vom Zeugen vorgezeigte Video angesichts seiner schlechten Qualität keinen besseren Aufschluss über rauchende Personen geben konnte.
In Kombination mit der Tatsache, dass der Bf nicht einmal bestritten hat, dass in seinem Lokal geraucht wurde, glaubt das Gericht den Angaben in der privaten Anzeige.
Dass die Türe des Lokals dauerhaft geöffnet war, ergibt sich nicht nur aus den Angaben in der Privatanzeige sondern auch aus dem Video des Zeugen N.

Auch die Angaben des Zeugen Ertl erwiesen sich als glaubwürdig und nachvollziehbar. Dieser stellte in Einklang mit seiner Anzeige dar, dass sich 4 rauchende Gäste im Lokal befanden und die Türe auf „Dauerauf“ eingestellt war.

Die Angaben der Zeugen widersprechen dem Vorbringen des Bf, dass die Türe wegen vor ihr stehender Gäste nicht zu ging. Abgesehen davon, dass diese Angaben sich weder auf einen konkreten Zeitpunkt beziehen, noch durch Beweismittel untermauert wurden und der Bf diesbezüglich keine Beweisanbote machte, ist das Vorbringen aufgrund des vom Zeugen N angefertigten Videos, seiner Anzeige und durch das vom Zeugen Ertl angefertigte Foto vom Schlüsselschalter widerlegt. Wie in der rechtlichen Beurteilung darzustellen sein wird, ist dieser Umstand aber auch ohne Belang und ist daraus für den Bf nichts gewonnen.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Rechtslage nach dem Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz (idF TNRSG) zum Zeitpunkt der Taten:

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 gemäß § 13 Abs 1 leg. cit., wenn § 13 Abs 2 leg. cit. nicht zur Anwendung 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."

Gemäß § 13a Abs 3 TNRSG gilt das Rauchverbot des § 13a Abs 1 leg. cit. 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.

„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.

III.2. Einschlägige Rechtsprechung 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."

Und:

„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). Auch bei den der Darbietung von Vorführungen oder Ausstellungen dienenden Einrichtungen wie Theatern, Museen oder Kinos handelt es sich jedenfalls um öffentliche Orte, in deren Räume Rauchverbot gilt (vgl näher VwGH 20. März 2012, 2012/11/0215).
[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 Cafés 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]

III.3. Anwendung im konkreten Fall

Beim gegenständlichen Einkaufszentrum handelt es sich also um einen „öffentlichen Ort“ iSd Legaldefinition des § 1 Z 11 TNRSG. Das Lokal „C“ befindet sich in einem abgeschlossenen Raum. Es ist durch eine Glasfront vom Foyer des

Einkaufszentrums getrennt und über eine elektrisch betriebene Glasschiebetüre zu betreten.

In Bezug auf das vorliegende Lokal ist also die Grundregel des § 13 zur Anwendung zu bringen zumal sich das vorliegende Lokal innerhalb einer „Mall“, sich also in einem öffentlichen Ort befindet und demnach ein Raum eines öffentlichen Ortes ist. Die Bestimmungen des § 13a, die unbeschadet des § 13 leg. cit. gilt, also von ihm nicht berührt wird, insbesondere die Ausnahmebestimmung über Einraumlokale (§13a Abs 3 Z 1 leg. cit.) kommt im gegebenen Zusammenhang nicht zur Anwendung. Sie hat (nicht teilbare) Kleinlokale im Blick, die im Ergebnis in Außenbereiche (mit frischer Luft) münden. Hier ist das „Hinausdringen“ verrauchter Luft insofern unproblematisch. Dies ist im Übrigen vorliegend schon deshalb nicht der Fall, weil der Bf auch über Verabreichungsplätze im Bereich der Mall verfügt, also nicht nur ein für die Verabreichung von Speisen und Getränken geeigneter Raum zur Verfügung steht.

Insofern gilt für allfällige Raucherbereiche § 13 Abs. 2 TNRSG. Im Raucherraum darf zulässigerweise nur geraucht werden, wenn die diesen Raum mit dem übrigen Teil des öffentlichen Ortes verbindende Tür, geschlossen gehalten wird. Wenn diese Tür über das zum kurzen Durchschreiten notwendige Ausmaß hinaus geöffnet bleibt, besteht Rauchverbot und die Ausnahmebestimmung kommt nicht zum Tragen.

Im vorliegenden Fall war die Tür zu beiden von der belangten Behörde vorgeworfenen Tatzeiten geöffnet und schloss sich nicht selbsttätig, sodass Rauchverbot vorherrschte, weil keine Abtrennung zur Mall gegeben war.

Unabhängig vom Umstand, dass die hier vorhandene Glasschiebetüre nach den Feststellungen dauerhaft offen gehalten wurde, darf darauf hingewiesen werden, dass sich das vom Bf erstattete Vorbringen dahin, dass sich immer wieder Personen im Sensorbereich der automatischen Türe befanden, sodass sich diese nicht schloss oder immer wieder öffnete, zu seinen Lasten auswirkt. Der Bf-Vertreter bestätigte in der öffentlichen mündlichen Verhandlung, dass unmittelbar neben der Türe (innen und außen) Tische aufgestellt sind. Es erweist sich vor diesem Hintergrund, dass sich automatische und sensorgesteuerte Türsysteme als für die Einhaltung der Vorgaben des VwGH als unzureichend erweisen, wenn sich die Türe nicht nur für das kurze Durchschreiten öffnet und sogleich wieder schließt, sondern oftmals „unabsichtlich“ von sich im Öffnungsbereich aufhaltenden Gästen ausgelöst wird und dadurch mehr als für das Durchschreiten unbedingt Erforderliche geöffnet bleibt. Wenn also mit einem solchen Türsystem nicht sichergestellt werden kann, dass die Türe nur für das unbedingt Erforderliche, im Ergebnis also kurz und selten, geöffnet wird, mit ihr also gerade nicht sichergestellt werden kann, dass der Rauch im Raucherraum bleibt und nicht nach außen dringt, gilt Rauchverbot.

Selbst wenn man dem Bf sein Vorbringen, die Türe habe sich aufgrund in ihrem Bereich befindlicher Gäste geöffnet, also glauben wollte, wäre für ihn nichts gewonnen, weil er diesfalls das Rauchen in seinem Lokal hätte untersagen müssen. Wenn sich die Türe selbsttätig öffnet und schließt, ohne, dass dies für das kurze Durchschreiten notwendig ist, ist gerade nicht in ausreichendem Maß sichergestellt, dass kein Rauch in die umliegenden Räume dringt.

Es ist in diesem Zusammenhang darüber hinaus anzumerken, dass es nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht darauf ankommt, ob im gegenständlichen Fall tatsächlich Rauch aus dem Lokal in die Mall gedrungen ist, sondern muss nach dem Gesetz gewährleistet sein, dass der Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringen kann und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird. Dies ist nach dem Gesagten nur dann der Fall, wenn das Lokal allseits fest mit Mauern oder Glas umschlossen ist und die Türe nur zum kurzen Durchschreiten geöffnet wird.

III.4. Eine Verwaltungsübertretung beging, wer als Inhaber von Räumen öffentlicher Orte gemäß § 13 leg. cit. nicht dafür Sorge getragen hat, dass in den Räumen eines öffentlichen Ortes, soweit nicht die Ausnahme gemäß § 13 Abs. 2 zum Tragen kommt, nicht geraucht wird.

Vorliegend ist die Erfüllung des objektiven Tatbestandes des § 14 Abs 4 iVm § 13c Abs 1 Z 3 TNRSG des Bf in beiden Fällen schon deshalb gegeben, weil angesichts des Offenstehens der Türe die Ausnahme vom Rauchverbot nicht Platz griff und er sein Personal nicht entsprechend unterwiesen hatte, den Gästen das Rauchen zu untersagen. Angesichts des Fehlens der Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand galt Rauchverbot.

Der Bf ist als Einzelunternehmer in zwei Fällen verwaltungsstrafrechtlich dafür verantwortlich, dass trotz bestehenden Rauchverbots nach § 13a Abs 1 TNRSG nicht dafür Sorge getragen wurde, dass im Lokal „C“ nicht geraucht wird.

III.5. Zum Verjährungseinwand:

Die belangte Behörde setzte die erste Verfolgungshandlung am 26. Jänner 2017, indem sie ihren Erhebungsdienst mit Erhebungen beauftragte. Sie hat also jedenfalls innerhalb der nunmehr geltenden einjährigen Verfolgungsverjährungsfrist Erhebungen eingeleitet (§ 31 Abs. 1 VStG). Die dreijährige Strafbarkeitsverjährungsfrist läuft (im Hinblick auf das Delikt vom 17. Jänner 2017) am 17. Jänner 2020 ab.

III.6. Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung

eines Gebotes 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.

§ 5 Abs 1 S 2 VStG ordnet der Sache nach an, dass bei fahrlässigen Ungehorsamsdelikten der Verstoß gegen den entsprechenden verwaltungsstrafrechtlichen Rechtsbefehl grundsätzlich Fahrlässigkeit indiziert; der Täter muss diesfalls glaubhaft machen, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift „kein Verschulden trifft“ (Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 5).

Zur Entkräftung der gesetzlichen Vermutung seines fahrlässigen Handelns hätte der Bf im Sinne der stRsp des Verwaltungsgerichtshofes initiativ alles darzulegen gehabt, was für seine Entlastung spricht.

Der Bf hat in Bezug auf sein Verschulden keinerlei Vorbringen erstattet, sondern hat lediglich auf Ebene des objektiven Tatbestands die fehlende Tatbestandsmäßigkeit bzw. die Rechtswidrigkeit seines Handelns behauptet.
Der Bf konnte die gesetzliche Vermutung des § 5 Abs 1 S 2 VStG daher nicht entkräften.

IV. Strafbemessung

IV.1. Gesamtstrafe

Die belangte Behörde hat dem Bf vorliegend zwei Taten, nämlich eine am 17. Jänner 2017 und eine weitere am 3. Februar 2017 angelastet. Sie hat aber keine einzelnen sondern eine Gesamtstrafe verhängt. Damit verstößt sie 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)

IV.2. Nach dem Straferkenntnis war der Bf zum Zeitpunkt der gegenständlichen Tat unbescholten. Die belangte Behörde hat dem Bf bereits in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 24. Februar 2017 Gelegenheit eingeräumt, seine Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse bekannt zu geben. Da sich der Bf nicht äußerte, ging die belangte Behörde von der dem Bf bekannt gegebenen Schätzung eines monatlichen Nettoeinkommens von 1.500 Euro bei durchschnittlichem Vermögen und fehlenden Sorgepflichten aus.

Die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe von 300 Euro, also im Ergebnis 2 Geldstrafen im Ausmaß von jeweils 150 Euro, ist angesichts der Strafdrohung von 2.000 Euro als äußerst milde zu beurteilen. Denn der Strafrahmen wurde damit lediglich zu 7,5 % ausgeschöpft. Bei dieser Strafzumessung im untersten Bereich spielt auch die äußerst entgegenkommende Einkommensschätzung keine Rolle. Diese erweist sich angesichts des Umstandes, dass der Bf zumindest drei Lokale in äußerst belebten Einkaufzentren betreibt, als nicht realistisch. Die belangte Behörde hätte von einem deutlich höheren Einkommen ausgehen können.

Die Ersatzfreiheitsstrafen waren mangels einer besonderen Regelung im TNRSG gemäß § 16 Abs 2 VStG innerhalb eines Strafrahmens von 2 Wochen zu bemessen. Die Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 25 Stunden können nicht als unverhältnismäßig beanstandet werden.

Mit dem durch BGBl I Nr. 33/2013 neu formulierten § 45 Abs 1 VStG sollte nur der § 21 Abs 1 VStG aF an systematisch richtiger Stelle zusammengeführt werden, weshalb auf die bisher dazu ergangene Judikatur zurückgegriffen werden kann (vgl VwGH 05.05.2014, Zl. Ro 2014/03/0052). Nach dieser Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist das Vorliegen eines bloß geringfügigen Verschuldens auszuschließen, 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).

Der Bf weiß aus diversen Vorverfahren (vgl. LVwG-000060, LVwG-000153) um die Rechtsansicht der belangten und anderer Behörden zum Offenhalten von Türen zwischen Raucherräumen und der „Mall“. Er entging Bestrafungen - soweit ersichtlich - bislang aufgrund formeller Fehler der Behörden.

Der Bf hatte insofern Kenntnis von der Rechtsansicht der belangten Behörde. Ohne Erkundigungen bei ihr einzuholen, ging der Bf weiter von seinem Rechtsstandpunkt aus. Das Verschulden des Bf ist daher nicht als gering anzusehen. Die Anwendung des § 45 Abs 1 Z 4 VStG scheidet deshalb von vorneherein aus.

V. Im Ergebnis war die Beschwerde daher als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Straferkenntnis unter Aufteilung der Strafe in zwei Einzelstrafen zu bestätigen.

Bei diesem Ergebnis war dem Bf gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren je ein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von 20 % der Geldstrafen, das sind jeweils 30 Euro insgesamt daher 60 Euro, vorzuschreiben.

VI. 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. Pohl