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-000287/9/Wei

Datum:

Linz, 3. Juli 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde des Mag. M A, x, vertreten durch M M & M R GmbH, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 3. April 2018, GZ. SanRB96-62-2018, wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz – TNRSG

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Höhe von 100 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Beschwerdegegenstand:

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis vom 3. April 2018, GZ. SanRB96-62-2018, hat die belangte Behörde den Beschwerdeführer (im Folgenden nur Bf) wie folgt schuldig erkannt und bestraft:

„Straferkenntnis

Sie haben es als, gemäß § 9 VStG, verantwortlicher handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma P C Betriebsgesellschaft m.b.H., x, die wiederum unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Firma P C Betriebsgesellschaft m.b.H & Co KG, ebenfalls x ist, zu vertreten, dass diese nicht dafür Sorge getragen hat, dass in der P C, x, in Räumen eines öffentlichen Ortes, das Rauchverbot nach § 13 Abs. 2 Tabak-Nichtraucherinnen bzw. Nichtraucherschutzgesetz, eingehalten wird.

In einer Privatanzeige vom 14.2.2018 wurde angezeigt, dass am 9. Februar 2018 um 15:00 Uhr sowie 17 Uhr im überdachten Übergang, welcher lt Auskunft der Anlagenabteilung Teil der Betriebsanlage ist, von der Straßenbahnhaltestelle P C bis zum Eingang (Elektrische Dreh-Türe) der P C nicht dafür Sorge getragen wurde, dass das Rauchverbot, welches in Räumen öffentlicher Orte herrscht, eingehalten wird.
Es haben zwischen 7 und 15 Personen im Übergang, welcher Teil der Betriebsanlage ist, geraucht, weiters waren 4 große Aschenbecher aufgestellt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 13 Abs. 1 und Abs. 2 Tabak- Nichtraucherinnen bzw. Nichtraucherschutzgesetz, BGBl Nr. 431/1995, idF BGBl I Nr 22/2016.
§ 13c Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 Z 3 Tabak- Nichtraucherinnen bzw. Nichtraucherschutzgesetz, BGBl Nr. 431/1995, idF BGBl I Nr 22/2016.
§ 14 Abs 4 des Tabak- Nichtraucherinnen bzw. Nichtraucherschutzgesetz, BGBl Nr. 431/1995, idF BGBl I Nr 22/2016.
[...]“

Wegen dieser Verwaltungsübertretung verhängte die belangte Behörde über den Bf gemäß der Strafbestimmung des § 14 Abs 4 Tabakgesetz (gemeint Tabak- und Nichtraucherinnen bzw. Nichtraucherschutzgesetz – TNRSG) für Verstöße gegen Obliegenheiten gemäß § 13c eine Geldstrafe von 500 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 50 Stunden) und verpflichtete ihn gemäß § 64 VStG zur Zahlung eines Kostenbeitrags von 50 Euro.

I.2. In der Begründung führt die belangte Behörde zum Sachverhalt aus, dass der dem Spruch zugrunde liegende Sachverhalt auf einer Privatanzeige basiere. Im Übergang von der Straßenbahnhaltestelle zum Eingang P C waren am 9. Februar 2018 immer noch Aschenbecher aufgestellt und hatten zwischen 7 und 15 Personen geraucht.
Nach Aufforderung zur Rechtfertigung vom 14. März 2018 habe der Bf in der Rechtfertigung vom 29. März 2018 die Tatbegehung mit dem Argument, dass sich

der überdachte Übergang von der Straßenbahnhaltestelle bis zum Eingang mittels elektrischer Drehtüre außerhalb des Einkaufzentrums P C befände.

Nach Darstellung der einschlägigen Rechtsvorschriften des TNRSG hält die belangte Behörde der Rechtfertigung des Bf entgegen, dass es sich nach Auskunft der Leiterin der Anlagenabteilung beim gegenständlichen Übergang um einen Teil der Betriebsanlage P C und somit um einen Raum eines öffentlichen Ortes handle. Der Übergang von der Straßenbahnhaltestelle P C zur elektronischen Drehtüre gehöre somit in den Zuständigkeitsbereich des Bf, der für die Einhaltung des Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetzes Sorge zu tragen habe.

II. Beschwerde

II.1. Gegen das dem Bf zu Händen seiner Rechtsvertreter am 5. April 2018 zugestellte Straferkenntnis wendet sich die mit Schriftsatz vom 10. April 2018 erhobene Beschwerde, die rechtzeitig am 12. April 2018 bei der belangten Behörde einlangte.

In der Beschwerde wird ein mangelhaftes Verfahren vor der belangten Behörde gerügt, weil im Ermittlungsverfahren mehrfach kein Parteiengehör eingeräumt worden sei. Der überdachte Übergang von der Straßenbahnhaltestelle P C bis zum Eingang (elektrische Drehtür) sei nicht Teil des Einkaufszentrums P C, sondern befinde sich außerhalb des Eingangs (elektrische Drehtüre). Der Beschwerdeführer sei für Aktivitäten in diesem Übergang nicht verantwortlich. Es handle sich vielmehr um einen öffentlichen Bereich, der der Straßenbahnhaltestelle zuzuordnen ist.

Die Meinung der Leiterin der Anlagenabteilung, dass es sich bei dem gegenständlichen Übergang um einen Teil der Betriebsanlage P C handle, sei für das Verwaltungsstrafverfahren rechtlich nicht verbindlich. Tatsächlich befindet sich nämlich dieser Bereich außerhalb des Einkaufszentrums.

Aus all diesen Gründen beantragt der Beschwerdeführer, eine mündliche Beschwerdeverhandlung anzuberaumen, der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

II.2. Die belangte Behörde hat dem Landesverwaltungsgericht die Beschwerde mit ihrem Verwaltungsstrafakt zur Entscheidung vorgelegt, ohne eine Gegenschrift zu erstatten.

III. Sachverhaltsfeststellungen

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 26. Juni 2019 in den persönlich und sachlich zusammenhängenden Beschwerdeverfahren LVwG-000285 und LVwG-000287 eine gemeinsame öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der Dr. M M, Rechtsanwalt in L, als Rechtsvertreter des Beschwerdeführers erschienen ist. Die belangte Behörde ist entschuldigt nicht erschienen.

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in die von der belangten Behörde vorgelegten Verwaltungsstrafakten sowie durch Erörterung von beigeschafften Urkunden aus dem durchgeführten Gewerbeverfahren zur Änderung der Betriebsanlage „P C“ aus Anlass des Neubaus einer Straßenbahnstation und deren Anbindung an das Einkaufszentrum. Es handelt sich um eine gewerbebehördliche Genehmigung gemäß § 81 GewO 1994 vom 1. Oktober 2013 und um zwei Einreichpläne (Lageplan und Plan mit Querschnitten QS1 und QS2). Außerdem wurde der Privatanzeiger G F über seine Wahrnehmungen betreffend das Rauchen im Übergang von der Straßenbahnstation in die obere Verkaufsebene der P C als Zeuge befragt.

Auf Grund der Aktenlage und der Ergebnisse des Beweisverfahrens in der durchgeführten Beschwerdeverhandlung steht der folgende wesentliche Verfahrensgang und S a c h v e r h a l t fest:

III.1. Strafbehördliche Verwaltungsstrafakten

<u>Strafverfahren SanRB96-320-2017:</u>

Durch telefonische Privatanzeige des Zeugen G F vom 13. November 2017 erhielt die zuständige Strafreferentin der belangten Behörde, Frau R K, die Information, dass im Bereich des Übergangs von der Straßenbahnhaltestelle zur P C geraucht werde. Es sei eine Zumutung für Nichtraucher dort durchgehen zu müssen. Eine Rückfrage der Referentin bei Frau Dr. W, der Leiterin der Anlagenabteilung der belangten Behörde, ergab, dass dieser verglaste Übergang von der P C direkt in die Straßenbahnhaltestelle übergehe und von dort dann ins Freie führe. Der Zugang zum Gebäude sei verglast und als Raum anzusehen. Er bilde den Beginn der Betriebsanlage.

Aus dem gegebenen Anlass unternahm die Strafreferentin mit einem Mitarbeiter am 17. November 2017 in der Zeit von 10:30 Uhr bis 11:00 Uhr einen Ortsaugenschein und fertigte eine einfache Skizze darüber an. Dieser ist zu entnehmen, dass nach dem Aufgang von der Straßenbahnhaltestelle ein Übergang bis zum Eingang in die P C anschließt, in dem je zwei Mistkübel mit integriertem Aschenbecher (insgesamt also vier) links und rechts des Ganges und zwar am

Anfang und zum Ende hin aufgestellt waren. Eine Person konnte in dieser Zeit beim Rauchen beobachtet werden. Zum Kontrollzeitpunkt waren entgegen der ursprünglichen Mitteilung des Anzeigers keine Stehtische aufgestellt. Eine Person hat zumindest von 10:58 Uhr bis 11:00 Uhr eine Zigarette geraucht.

Strafverfahren zu SanRB96-62-2018

Der Privatanzeiger G F informierte die Strafreferentin der belangten Behörde, dass er am 9. Februar 2018 wieder in der P C gewesen sei. Im Übergang zwischen der Straßenbahnhaltestelle und dem Eingang zur P C seien immer noch die Aschenbecher aufgestellt gewesen und habe er um 15:00 Uhr und 17:00 Uhr zwischen 7 und 15 Personen beim Rauchen gesehen (vgl Aktenvermerk).

III.2. Beweisaufnahme im Beschwerdeverfahren

III.2.1. Ergebnis der Einvernahme des Zeugen

Der Privatanzeiger G F ist schon wiederholt mit der Straßenbahn zum Einkaufszentrum P C gefahren, wo er den Übergang von der Haltestelle zur oberen Verkaufsebene nutzend immer wieder rauchende Personen wahrgenommen hat. Besonders im Winter empfand er das intensive Rauchen im geschlossenen Durchgang als sehr unangenehme Belästigung, weil er auch den Eindruck hatte, dass eine Lüftungsklappe zu war. Die Lage der aufgestellten Aschenbecher wie in der Skizze der belangten Behörde bestätigt der Zeuge. Auf vorgezeigten Fotos von der Situation im Durchgang, die er mit seinem Handy aufgenommen hatte, sind die Standaschenbecher zu sehen. Er konnte das Datum der Fotos aber nicht feststellen. Der Zeuge hatte vor seiner Kontaktaufnahme mit der belangten Behörde schon öfter versucht, Abhilfe gegen das Rauchen an dem öffentlichen Ort zu erreichen. Seine Bemühungen waren aber fruchtlos. Der Sicherheitsdienst habe auch nichts unternommen. Um endlich etwas auszurichten, wendete sich der Zeuge schließlich an die Strafreferentin der belangten Behörde. Die genaue zeitliche Einordnung seiner Wahrnehmungen war dem Zeugen nicht mehr möglich. Gegen die im Aktenvermerk der Strafreferentin angegebene Tatzeit zur telefonischen Anzeige des Zeugen wegen Rauchens im Übergang zur P C (nämlich Freitag, der 9.02.2018 um 15:00 Uhr und 17:00 Uhr) bestand kein Einwand.

III.2.2. Beweisurkunden zur Betriebsanlage

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat zur sicheren Beurteilung der Anbindung der neuen Straßenbahnhaltestelle an die P C durch einen Übergang (Brücke über die x) zur oberen Verkaufsebene der P C von der Anlagenabteilung der belangten Behörde Urkunden aus dem durchgeführten Gewerbeverfahren zur Änderung der Betriebsanlage beigeschafft. Es handelt sich um die gewerbebehördliche Genehmigung vom 1. Oktober 2013 gemäß § 81 GewO 1994

und um zwei Einreichpläne, einen Lageplan und einen Plan mit den Querschnitten QS1 und QS2 zum sog. Bauvorhaben P C Straßenbahnstation (Einreichung Neubau Straßenbahnstation, Zu- und Umbau Zugang P C). Die Pläne wurden dem Landesverwaltungsgericht elektronisch zur Verfügung gestellt und für Zwecke des gegenständlichen Verfahrens auf DIN A3 skaliert ausgedruckt. Als Bauherr scheint auf den Plänen die P-C Betriebsgesellschaft mbH & Co KG auf und lässt sich auch der Namenszug des Bf in der Fertigung erkennen. Diese Betriebsgesellschaft hatte als Betreiberin der P C den Antrag auf Änderung der Betriebsanlage samt Einreichplänen eingebracht.

Mit Bescheid der belangten Behörde vom 1. Oktober 2013, GZ. Ge20-8597-109-2013-Wg/Hd, wurde der genannten Betriebsgesellschaft die Änderung des Einkaufszentrums P C durch Zubau eines überdachten Zuganges (Brücke über die x) zur neu errichteten Straßenbahnstation am Standort der P C bewilligt. Im Folgenden wird dieser Bescheid auszugsweise wiedergegeben:

„[...]
Änderung des bestehenden Einkaufszentrums durch Zubau eines überdachten Zuganges (Brücke über die x) von der oberen Verkaufsebene P-C zur Straßenbahnstation im Standort x;

gewerbebehördliche Genehmigung
gemäß § 81 Gewerbeordnung 1994;

BESCHEID

Die P C Betriebsgesellschaft m.b.H. & Co.KG, x, hat um die Erteilung der gewerbebehördlichen Genehmigung für die im Spruch angeführte Änderung der bestehenden Betriebsanlage angesucht.

Über dieses Ansuchen wurde im Sinne der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen eine mündliche Verhandlung für den 24.09.2013 anberaumt und an diesem Tage durchgeführt.

Auf Grund des Ergebnisses dieser Verhandlung ergeht von der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung in erster Instanz nach Anhörung des Arbeitsinspektorates für den 9. Aufsichtsbezirk gemäß §§ 56, 58 ff AVG in Verbindung mit § 93 Abs. 3 des ArbeitnehmerInnenschutzgesetzes, BGBl.Nr. 450/1994 i.d.g.F. nachstehender

SPRUCH

I. Gewerbebehördliche Genehmigung

Dem Ansuchen wird Folge gegeben und der P C Betriebsgesellschaft m.b.H. & Co.KG, x, die gewerbebehördliche Genehmigung für die Änderung des bestehenden Einkaufszentrums durch Zubau eines überdachten Zuganges (Brücke über die x) von der

oberen Verkaufsebene P-C zur Straßenbahnstation im Standort x, nach Maßgabe folgender bei der mündlichen Verhandlung vorgelegenen

Projektsunterlagen:

1. Baubeschreibung
2. Beleuchtungsprojekt
3. Lageplan
4. Detailplan Brücke
5. Querschnitte QS 1 QS 2
6. Grundriss Ebene Unterführung
7. Grundriss Ebene Bahnsteig
8. Längsschnitt LS1, LS2, LS3
9. Grundriss Dachdraufsicht
10. Ansichten Ost, West
11. Grundriss Ebene Brücke
12. Ansichten Süd Nord
13. Planergänzung (Details betr. Entlüftung, Schneefangstangen, beheizte Rinnen, beheizte Fußpunktausbildungen und Absturzabsicherung), Eingang vom 27.09.2013

erteilt.

Die angeschlossene Verhandlungsschrift der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 24.09.2013, Ge20-8597-109-2013-Wg/Hd, bildet einen ergänzenden Bestandteil dieses Bescheides.

Anlagenbeschreibung

Die Antragstellerin P C Betriebsgesellschaft m.b.H. & Co.KG, x, hat um die Änderung des bestehenden Einkaufszentrums durch Zubau eines überdachten Zuganges (Brücke über die x) von der oberen Verkaufsebene P-C zur Straßenbahnstation im Standort x, angesucht.
Die Schnittstelle des Verhandlungsgegenstandes bzw. dieser Beurteilung ist der Anschluss des geschlossenen Überganges (Brücke) zur Nordwestfassade der Straßenbahnstation. Auf KG-Ebene endet die Beurteilung an der Schnittstelle zwischen Stiegenaufgang und Unterführung (entspricht nordwestlichen Fahrbahnrand der Erschließungsstraße P-C). Diese Beurteilungsgrenzen gelten sowohl im Bauverfahren als auch im Betriebsanlagenverfahren.
In den vorliegenden Einreichplänen ist lediglich der Vollständigkeit halber auch die Straßenbahnstation und eine Unterführung dargestellt. Es wird nochmals ausdrücklich festgehalten, dass diese Anlagenteile nicht Gegenstand der gewerbetechnischen Beurteilung sind.

[...]“

<u>Übergang:</u>
Auf Kosten der Geschäftseinheit H erfolgt eine Anbindung an die Mall des M. Der Verbindungsgang wird durch eine Karusselltüre abgeschlossen. Zur Sicherung der Fluchtwegesituation werden neben der Karusselltüre 2 Drehtüren als Notausgänge

angeordnet. Bis zu dieser Karusselltüre werden sämtliche technischen Brandschutzeinrichtungen wie Sprinkleranlage und Brandmeldeanlage den geänderten Raumanordnungen angepasst bzw. bleiben erhalten. Die Verbindungsbrücke zur Straßenbahnstation wird zur Gänze aus nichtbrennbaren Baustoffen (Stahl-Glaskonstruktion) hergestellt. In der Verbindungsbrücke werden keinerlei Einbauten angeordnet, sodass von keinen Brandlasten auszugehen ist. Grundsätzlich wird die gesamte Glaskonstruktion in VSG ausgeführt. Im Bereich der Absturzsicherung wird entsprechend des VSG verwendet. Die Verbindungsbrücke wird ausschließlich be- und entlüftet. Es wird im Scheitelbereich eine erhöhte Oberlichte mit ständig freier Lüftung angeordnet. Im Sockelbereich wird über ein Lochblech Zuluft nachströmen. Der Fußbodenbelag wird aus einem Naturstein bestehen.
Gegen Eisabfall werden seitlich beheizte Auffangrinnen angeordnet. Zusätzlich wird beidseitig jeweils das tiefstgelegene Profil ebenfalls beheizt.

[...]

Nachstehende gewerbetechnische Auflagen sind einzuhalten:

1. Über die ÖVE gerechte Ausführung Elektroinstallation ist von einem befugten Unternehmen ein Attest zu erstellen und im Betrieb zur Einsichtnahme aufzubewahren.

2. Die Verbindungsbrücke ist mit einer Sicherheitsbeleuchtung gemäß ÖVE/ÖNORM E 8002 in Verbindung mit ÖNORM EN 1838 und ÖNORM EN ISO 7010 auszustatten. Über die ordnungsgemäße Ausführung ist ein Abnahmebefund im Sinne der ÖVE/ÖNORM 8001-6-61 von einem befugten Unternehmen zu erstellen und im Betrieb zur Einsichtnahme aufzubewahren. Wiederkehrende Prüfungen sind im Sinne der ÖVE/ÖNORM 8001-6-62 durchzuführen.

3. Die Verglasungen sind in geeigneten Sicherheitsglas auszuführen. Ein diesbezügliches Attest ist im Betrieb zur Einsichtnahme aufzubewahren.

4. Im Bereich des Einkaufzentrums ist die automatische Brandmeldeanlage, die automatische Sprinkleranlage und die Sicherheitsbeleuchtung den geänderten Raumanordnungen anzupassen.

5. Der bestehende Brandschutzplan ist im Sinne der TRVB 121 zu überarbeiten. Der geänderte Brandschutzplan ist der zuständigen Feuerwehr zu übermitteln.

6. Die Fluchtwege sind im Sinne der Kennzeichnungsverordnung zu kennzeichnen. Fluchtwege sind über die gesamte Breite freizuhalten.

7. In der Verbindungsbrücke dürfen keinerlei Einbauten erfolgen, die eine Brandlast darstellen.

8. Im Verbindungsgang (von der Karusselltüre bis zur Mall) darf, sofern keine gesonderte Genehmigung besteht, kein Verkauf von Waren erfolgen.

[...]“

III.3. Änderungen der Betriebsanlage „P C“ iZm der Straßenbahnstation

Der Anlagenbeschreibung im oben zitierten Bescheid ist zu entnehmen, dass Schnittstelle des Verhandlungsgegenstandes der Anschluss des geschlossenen Überganges (Brücke) vom Betriebsgebäude der P C zur Nordwestfassade der Straßenbahnstation sei. Die in den Einreichplänen der Vollständigkeit halber dargestellte Straßenbahnstation war ausdrücklich kein Gegenstand der gewerbetechnischen Beurteilung. Die Anbindung des Überganges über die Landesstraße x an die Nordwestfassade der Straßenbahnhaltestelle ist im Plan mit den Querschnitten QS1 und QS2 gut zu erkennen. Die Darstellung des Bauvorhabens im Lageplan ist insofern unrichtig und irreführend, als der gesamte Bereich mit den Änderung der Betriebsanlage rosa eingefärbt wurde, was nach der Legende nur „Straßenbahnstation“ bedeuten würde. Der Zubau durch den Übergang bzw die Brücke zur P C hätte nach der Legende rosa schraffiert dargestellt werden müssen.

Es ist aus dem Lageplan in Verbindung mit dem Querschnitt QS1 insgesamt ersichtlich, dass die Verbindungsbrücke nordwestlich von der Straßenbahnstation beginnend die nunmehrige Landesstraße (früher x Bundesstraße) schräg (nicht im rechten Winkel) überquert und dann als Übergang ins Betriebsgebäude der P C über eine Karusselltüre mit anschließendem Verbindungsgang zur Mall des M weitergeführt wird.

In der Anlagenbeschreibung ist ferner unter der Überschrift „Übergang“ bezüglich der Verbindungsbrücke zur Straßenbahnstation von der Herstellung zur Gänze in einer Stahl-Glaskonstruktion und von keinerlei Einbauten die Rede, sodass von keinen Brandlasten auszugehen ist. Die Glaskonstruktion war in VSG (Verbundsicherheitsglas) auszuführen. Die Verbindungsbrücke sollte im Scheitelbereich über eine erhöhte Oberlichte mit ständig freier Lüftung und im Sockelbereich über ein Lochblech für Zuluft verfügen.

Im Ergebnis belegen die beigeschafften Unterlagen, dass der Übergang von der P C zur Straßenbahnhaltestelle als Teil der gewerblichen Betriebsanlage „P C“ anzusehen ist. Die von der Strafreferentin der belangten Behörde eingeholte Auskunft der Leiterin der Anlagenabteilung konnte somit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren verifiziert werden.

III.4. Beweiswürdigung

Die getroffenen Tatsachenfeststellungen gründen auf den angegebenen Beweisquellen. Sie waren widerspruchsfrei und mit der gebotenen Klarheit aus der Aktenlage abzuleiten. Der vernommenen Zeuge G F machte einen sehr glaubwürdigen Eindruck. Dass er sich zeitlich nicht mehr exakt erinnern konnte, entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung. Wenn der Mensch keine Aufzeichnungen führt und auch keine besonderen Ereignisse mit einem Datum

verbinden kann, vergisst er ein genaues Datum relativ bald. Die wiederholt schlechten Erfahrungen des Zeugen mit dem Rauchen im geschlossenen Übergang und die vergeblichen Bemühungen um Abhilfe dagegen, hat der Zeuge gut nachvollziehbar geschildert. Die Motivation, „um endlich etwas auszurichten“, die Verwaltungsstrafbehörde zu befassen und als Privatanzeiger aufzutreten, erscheint dem Richter verständlich.

Der in der durchgeführten Verhandlung aufrechterhaltene Einwand des Beschwerdevertreters, dass der Zugang nicht Teil der P C sondern der Straßenbahnstation sei, ist nach den Beweisergebnissen nicht berechtigt. Dabei wird offensichtlich die maßgebliche Anlagenbeschreibung im Bewilligungsbescheid der Gewerbebehörde, in der die Schnittstelle zur Straßenbahnstation mit deren „Nordwestfassade“ genannt und damit der gewerberechtliche Verfahrensgegenstand eindeutig umschrieben wird, einfach ignoriert.

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. Einschlägige Rechtsvorschriften

Das Tabakgesetzes (BGBl. Nr. 431/1995, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 37/2018) hat seit 21. Mai 2016 (BGBl I Nr. 22/2016) einen neuen Kurztitel und eine Abkürzung wie folgt: Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz – TNRSG.

Die zum Tatzeitpunkt geltenden einschlägigen Bestimmungen (BGBl Nr. 431/1995 idF BGBl I Nr. 12/2014 und BGBl I Nr. 22/2016):

§§ 13 und 13c (idgF BGBl. I Nr. 120/2008) lauten:

Nichtraucherschutz in Räumen öffentlicher Orte

§ 13. (1) Unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der Regelung des § 12 gilt, soweit Abs. 2 und § 13a nicht anderes bestimmen, Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte.

(2) Als Ausnahme vom Verbot des Abs. 1 können in jenen von Abs. 1 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 den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird.

(3) Die Ausnahme des Abs. 2 gilt nicht für schulische oder andere Einrichtungen, in denen Kinder oder Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden.

(4) Abs. 1 gilt nicht für Tabaktrafiken.

Obliegenheiten betreffend den Nichtraucherschutz

§ 13c. (1) Die Inhaber von

1. Räumen für Unterrichts- oder Fortbildungszwecke oder für schulsportliche Betätigung gemäß § 12,
2. Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13,
3. Betrieben gemäß § 13a Abs. 1,

haben für die Einhaltung der Bestimmungen der §§ 12 bis 13b einschließlich einer gemäß § 13b Abs. 4 erlassenen Verordnung Sorge zu tragen.

(2) Jeder Inhaber gemäß Abs. 1 hat insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass

1. in einem Raum gemäß § 12 Abs. 1 nicht geraucht wird;
2. in einem Raum gemäß § 12 Abs. 2, soweit Rauchverbot gilt, nicht geraucht wird;
3. in den Räumen eines öffentlichen Ortes, soweit nicht die Ausnahme gemäß § 13 Abs. 2 zum Tragen kommt, nicht geraucht wird;
4. in den Räumen der Betriebe gemäß § 13a Abs. 1, soweit Rauchverbot besteht oder das Rauchen gemäß § 13a Abs. 4 nicht gestattet werden darf, weil für den Betrieb ein Kollektivvertrag gemäß § 13a Abs. 4 Z 1 bis 4 nicht gilt, nicht geraucht wird;
5. in jenen Räumen der Betriebe gemäß § 13a Abs. 1, in denen das Rauchverbot wegen Vorliegens einer der Voraussetzungen gemäß § 13a Abs. 2 oder 3 nicht gilt, das Rauchen nur gestattet wird, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag gemäß § 13a Abs. 4 Z 1 bis 4 gilt;
6. die Bestimmungen des § 13a Abs. 4 Z 4 oder Abs. 5 hinsichtlich Jugendlicher oder werdender Mütter eingehalten werden,
7. der Kennzeichnungspflicht gemäß § 13b oder einer gemäß § 13 Abs. 5 erlassenen Verordnung entsprochen wird.

„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.

Gemäß § 14 Abs 4 TNRSG 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.

IV.2. Rechtsprechung

Der Verfassungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 1. Oktober 2009, B 776/09, die Wendung "in Räumen öffentlicher Orte" im § 13 Abs 1 Tabakgesetz für ausreichend bestimmt gehalten. Dem hat sich der Verwaltungsgerichthof im Erkenntnis vom 21. September 2010, Zl. 2009/11/0209, angeschlossen und klargestellt, dass ein Einkaufszentrum einen Raum eines öffentlichen Ortes im Sinne des § 13 Abs 1 Tabakgesetz darstellt. Der Raumbegriff des § 13 Abs 1 ist nicht so streng auszulegen wie im § 13a, der nur für Gastgewerbe gilt, die in abgeschlossenen Räumen untergebracht sind (vgl dazu VwGH 21.09.2010, Zl. 2009/11/0209; VwGH 10.01.2012, Zl. 2009/11/0198; VwGH 24.07.2013, Zl. 2013/11/0137)

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs bezieht sich die Sonderbestimmung des § 13a Tabakgesetz 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 21.09.2010, Zl. 2009/11/0209 = VwSlg 17964 A/2010, VwGH 10.01.2012, 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 15.07.2011, Zl. 2011/11/0059 = VwSlg 18187 A/2011; VwGH 24.07.2013, Zl. 2013/11/0137).

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 Tabakgesetz in Räumen öffentlicher Orte, weil es sich bei einem Einkaufszentrum um einen „öffentlichen Ort“ iSd § 1 Z 11 Tabakgesetz handelt (vgl VwSlg 17964 A/2010; VwGH 10.01.2012, 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 20.03.2012, Zl. 2012/11/0215).

Im Erkenntnis vom 20. März 2013, Zl. 2010/11/0123 hat der Verwaltungsgerichtshof zum Bedeutungsgehalt des Begriffs Inhaber auf Judikatur zu einschlägigen Gesetzen Bezug genommen und deren Grundgedanken auf das Tabakgesetz übertragen. Danach kommt es für den Inhaber eines öffentlichen Raumes grundsätzlich darauf an, wer eine Betriebsanlage betreibt. Im Besonderen führt der Verwaltungsgerichtshof weiter aus, dass mit dem gemäß § 13c Abs 2 Tabakgesetz verpflichteten Inhaber eines öffentlichen Raumes gemäß § 13 leg.cit. derjenige gemeint ist, 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

20.03.2013, Zl. 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 10.01.2012, Zl. 2009/11/0198).

IV.3. Anwendung im konkreten Fall

Gemäß § 13 Abs 1 TNRSG gilt grundsätzlich Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte, soweit nicht die Ausnahmen nach dem § 13 Abs 2 leg.cit. und im Fall der Gastronomie nach § 13a Abs 2 leg.cit. in Betracht kommen.

Die Betriebsanlage eines Einkaufszentrums ist ein Raum eines öffentlichen Orts, in dem nicht nur der Inhaber der Betriebsanlage selbst, sondern auch andere Inhaber, denen Teile des öffentlichen Raumes vom Betreiber der gesamten Betriebsanlage überlassen bzw vermietet wurden, entsprechend ihrer Möglichkeit zur unmittelbaren Einflussnahme auf das Geschehen in ihrem Teilbereich als für die Einhaltung des Rauchverbots verantwortlich in Betracht kommen. Beim gegenständlichen Bereich der Betriebsanlage der P C geht es um den mittels einer Stahl- und Glaskonstruktion hergestellten geschlossenen Übergang zwischen der oberen Verkaufsebene und der Haltestelle für Besucher, die mit der Straßenbahn zum Einkaufszentrum anreisen. Wie aus der Anlagenbeschreibung und den Feststellungen unter III zu entnehmen, handelt es sich um einen allgemein genutzten Teil der Betriebsanlage P C, für den der Betriebsgesellschaft als der Inhaberin der Betriebsanlage die unmittelbare Sachherrschaft und damit auch die tabakrechtliche Verantwortung zukommt, dafür Sorge zu tragen, dass das prinzipielle Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte gemäß § 13 Abs 1 TNRSG beachtet wird.

Die Ausnahme vom Verbot iSd § 13 Abs 2 leg.cit. für bestimmte Räume, in denen das Rauchen gestattet werden kann, wenn Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringen kann, ist schon nach den tatsächlichen Umständen im gegebenen Zusammenhang einer Verbindungsbrücke von der P C zur Straßenbahnstation nicht denkbar.

Der Bf ist als handelsrechtlicher Geschäftsführer verwaltungsstrafrechtlich dafür verantwortlich, dass die Betriebsgesellschaft nicht dafür Sorge getragen hat, dass im Übergang und damit in einem Raum eines öffentlichen Ortes nicht geraucht wird. Das Rauchen wurde durch das Aufstellen von Abfalleimern mit integrierten Aschenbechern und Unterlassen von Hinweisen auf das gesetzliche Rauchverbot sogar gefördert. Dabei kann nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge davon ausgegangen werden, dass der Bf bedingten Vorsatz zu verantworten hat, weil sich die Betriebsleitung mit dem Rauchen der Besucher im Übergang vom und zum Betriebsgebäude offenbar abgefunden und zumindest der Ordnung halber

Aschenbecher aufgestellt hat. Das Rauchen wurde damit billigend in Kauf genommen.

Der Zeuge hat anlässlich des Besuchs der P C am Freitag, dem 9. Februar 2018 zwischen 15:00 Uhr bis 17:00 Uhr, die Wahrnehmung gemacht, dass im Übergang von der Straßenbahnstation zum Einkaufszentrum P C nach wie vor Aschenbecher aufgestellt sind und geraucht wird. Er konnte sich an sieben bis fünfzehn Personen erinnern. Es gibt nach den gesamten Umständen keinen Grund an diesen Angaben des Zeugen, die er in einem Telefonat mit der Strafreferentin machte, zu zweifeln. Dass er die Anzahl der Raucher nicht exakt benennen konnte, schadet nicht, weil es nur darauf ankommt, dass tatsächlich geraucht wurde, nicht aber auf die genaue Anzahl der Raucher (vgl etwa VwSlg 18363 A/2012).

IV.4. Strafbemessung

Bei der Strafbemessung ging die belangte Behörde von Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen aus, die unwidersprochen geblieben sind. Sie nahm an, der Bf habe monatliche Nettoeinkünfte von 2.500 Euro bei fehlenden Sorgepflichten und keinem relevanten Vermögen. Diese Einschätzung der persönlichen Verhältnisse des Bf, der immerhin als Geschäftsführer der P C Betriebsgesellschaft fungiert, erscheint sehr vorsichtig und aus der Sicht des Bf günstig. Mangels anderer Anhaltspunkte ist sie auch im Beschwerdeverfahren maßgeblich.

Die belangte Behörde hat mit Recht die Anwendbarkeit des § 45 Abs 1 Z 4 VStG verneint, weil dem Nichtraucherschutz heute erhebliche Bedeutung zukommt und nach den gegebenen Umständen das Rauchen im Übergang zwischen Straßenbahnhaltestelle und Betriebsgebäude noch gefördert wurde. Die Intensität der Beeinträchtigung des Rechtsguts erscheint auch durch die Kundenfrequenz am Tatort und die mögliche Breitenwirkung gesteigert. Auch kann das Verschulden bei bedingtem Vorsatz nicht als gering angesehen werden, weshalb schon aus diesem Grund eine bloße Ermahnung von vorneherein ausscheidet.

Unter den festgestellten Umständen ist von bedingtem Vorsatz in Sinne des § 5 Abs 1 2. Halbsatz StGB auszugehen. Da § 14 Abs 4 TNRSG keine Verschuldensform voraussetzt, hätte für die Strafbarkeit gemäß § 5 Abs 1 VStG bereits Fahrlässigkeit genügt. Das Vorliegen von Vorsatz fällt in so einem Fall bei der Strafzumessung als Erschwerungsgrund ins Gewicht, auch wenn dies die belangte Behörde nicht ausdrücklich festgestellt hat. Mildernd war die bisherige Unbescholtenheit des Bf.

Nach Abwägung der gegebenen Strafzumessungsgründe erscheint auch in Anwendung des Grundstrafrahmens bis 2.000 Euro die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe in Höhe von 500 Euro als tat- und schuldangemessen sowie nach den persönlichen Verhältnissen des Bf gut vertretbar. In präventiver Hinsicht

war diese Strafe erforderlich, um gleichgelagerte Verwaltungsübertretungen künftig hintanzuhalten. Die Ersatzfreiheitsstrafe war gemäß § 16 Abs 1 und 2 VStG innerhalb von 2 Wochen festzusetzen. Die verhältnismäßig geringere Ersatzfreiheitsstrafe von 50 Stunden begegnet keinen Bedenken und war daher ebenfalls zu bestätigen.

V. Ergebnis

Im Ergebnis war das angefochtene Straferkenntnis aus den dargelegten Gründen sowohl im Schuldspruch als auch im Strafausspruch zu bestätigen und die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Bei diesem Ergebnis war dem Bf für das gerichtliche Beschwerdeverfahren gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG die Leistung eines weiteren Beitrags zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 20 % der Geldstrafe und damit von 100 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. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist nicht von der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs abgewichen. Der entscheidungswesentliche Sachverhalt konnte vor dem Hintergrund der tabakrechtlichen Judikatur auf Grundlage der beigeschafften Urkunden eindeutig geklärt werden. Fragen der einzelfallbezogenen Beurteilung durch das Verwaltungsgericht 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).

Rechtsmittelbelehrung

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 Personen 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