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-000309/6/KH

Datum:
Linz, 18. Jänner 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde des A P, vertreten durch D K Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Se x, x L, gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 9. August 2018, GZ: 0005549/2016, wegen Übertretung des TabakG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29. November 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens, noch zu jenen des Verwaltungsstrafverfahrens 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. Mit Straferkenntnis vom 9. August 2018, GZ: 0005549/2016, verhängte der Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz (im Folgenden: belangte Behörde) über A P (im Folgenden: Beschwerdeführer – Bf), vertreten durch D K Rechtsanwälte GmbH & Co KG, S x, x L, eine Verwaltungsstrafe in der Höhe von 300 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 50 Stunden), weil ihr Folgendes vorgeworfen wurde:

„Der Beschuldigte, Herr A P, hat es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der M G m.b.H. mit dem Sitz in L, D. x, welche Inhaberin des Gastgewerbebetriebes ‚S ' im Standort L, D. x, ist und somit nach § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass das Personal dieses Lokales, welches eine Gesamtfläche von ca. 100 m² aufweist und nur aus einem Raum besteht, nicht in geeigneter Weise informiert und angewiesen wurde, RaucherInnen das Rauchen zu verbieten, auf das Rauchverbot nicht hinreichend hingewiesen wurde und damit nicht dafür Sorge getragen wurde, dass trotz des dort bestehenden generellen Rauchverbotes durch Gäste des Lokales am 20.02.2016 von 00:05 Uhr bis 00:10 Uhr nicht geraucht wurde.
Zum Kontrollzeitpunkt am 20.02.2016 von 00:05 Uhr bis 00:10 Uhr wurden im Lokal ca. 8 Gäste beim Rauchen beobachtet und an den Tischen befanden sich Aschenbecher.

II. Verletzte Verwaltungsvorschrift(en) in der gültigen Fassung:
§ 14 Abs. 4 in Verbindung mit § 13c Abs. 2 Z. 4 und § 13a Abs. 1 Z. 1 Tabakgesetz, BGBl.Nr. 431/1995."

Begründend führt die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass es sich beim „S" um einen eigenständigen Gastgewerbebetrieb mit einem eigenen Eingang handle, welcher vom Lokal „G K" baulich vollkommen abgetrennt sei und sich zwischen beiden lokalen öffentlicher Raum in Form eines Kinokomplexes befinde. Die Strafbehörde sei nicht an die Rechtsansicht der Gewerbebehörde, welche beide Lokale als eine Betriebsanlage genehmigt hat, gebunden. Ebenso wenig hätten die Feststellungen der Gewerbebehörde hinsichtlich der Widmung der Räume der Betriebsanlage in Raucher- und Nichtraucherräume für die rechtliche Einschätzung nach den Bestimmungen des Tabakgesetzes eine Relevanz. Beide Lokale seien in ihrer Art vollkommen gleichwertig, sodass die Feststellung des Schwerpunkts der gastronomischen Tätigkeit, somit was Haupt- und was Nebenraum sei, nicht möglich sei.

2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf binnen offener Frist Beschwerde, in der er vorbrachte, dass sich in der gültigen Fassung des Tabakgesetzes kein § 13c Abs. 2 Z 4 finde und der im Straferkenntnis behauptete Verstoß gegen § 13a Abs. 1 Z 1 Tabakgesetz in keinster Weise aus dem Spruch hervorgehe.

Der Bf weist auf den Feststellungsbescheid der Gewerbebehörde vom 16. Juni 2010 zu GZ: 0011641/2010 ABA Nord 501/N101018 hin und zitiert diesen

wörtlich. Das Extrazimmer im OG (respektive: EG) mit der Bezeichnung „S“ gehöre zur einheitlichen Betriebsanlage des Gastlokals der M - G m.b.H. am Standort x L, D x, was im o.a. Feststellungsbescheid selbst ausdrücklich und unmissverständlich festgelegt sei.

Der Betrieb verfüge laut Feststellungsbescheid über mehrere Räumlichkeiten im UG und im OG/EG, in denen Speisen oder Getränke an Gäste verabreicht werden können, wobei die Belieferung mit Speisen aus der bestehenden Küche im UG erfolge, sodass beide Lokalbereiche von einer Küche aus mit Speisen versorgt werden. Durch die räumliche Trennung von Nichtraucher- und Raucherbereich sei ausgeschlossen, dass der Tabakrauch in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten im UG dringe. Dadurch, dass sich die Sanitäranlagen außerhalb beider Lokalbereiche befänden, müssten Besucher des Nichtraucherbereiches und selbst Passanten bzw. Besucher des offenen K L, die im Gewerbebetrieb nichts konsumieren, auch nicht durch den Raucherbereich gehen, um zu den Sanitäranlagen zu gelangen. Im UG als Hauptraum („G K“) bestehe Rauchverbot und dieses sei auch ordnungsgemäß kundgemacht worden bzw. werde überwacht. Laut o.a. Feststellungsbescheid seien im Lokal insgesamt 144 Verabreichungsplätze vorgesehen, wovon 56, sohin weniger als die Hälfte der Verabreichungsplätze, in Räumen gelegen seien, in denen das Rauchen gestattet sei. Weiters verweist der Bf auf die bestehenden Kollektivverträge für Arbeiter und Angestellte im Hotel- und Gastgewerbe, welche aufgrund der Zusatzübereinkommen vom 30. Juni 2008 und vom 16. Dezember 2008 seit dem 1. Jänner 2009 die gemäß § 13a Abs. 4 Tabakgesetz entsprechenden Passagen enthielten.
Darüber hinaus weist der Bf in der Beschwerde auf ihr mangelndes Verschulden hin, da er berechtigt auf das Vorliegen einer einheitlichen Betriebsanlagengenehmigung mit festgelegtem abgesonderten Raucherbereich vertrauen konnte.
Abschließend beantragte der Bf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung sowie die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses, in eventu die Erteilung einer Ermahnung, in eventu die Aufhebung und Zurückverweisung des angefochtenen Straferkenntnisses an die belangte Behörde.

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

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

1. Die M – G m.b.H. (im Folgenden: M) mit Sitz in L, D x, hat zur Tatzeit an der selben Adresse das Cafe-Restaurant im UG des O K „G K“ sowie das Cafe-Restaurant „S“ im EG des O K betrieben und betreibt diese immer noch. Das „G K“ hatte zur Tatzeit eine Fläche von 166 m², 88 Verabreichungsplätze und Öffnungszeiten von 10:00 Uhr bis 04:00 Uhr. Das „S“ hatte zur Tatzeit eine Grundfläche von 99 m², 56 Verabreichungsplätze und Öffnungszeiten von 10:00 Uhr bis 04:00 Uhr.
Das „G K“ lag zur Tatzeit - wie auch die Küche - im Untergeschoß des Gebäudes und hatte einen getrennten, mit einer Tür verschlossenen Eingang. Das „S“ lag im Erdgeschoß des Gebäudes, wobei sich keine weitere Etage zwischen dem „G K“ und dem „S“ befand. Das S hatte ebenso einen getrennten, mit einer Tür verschlossenen Eingang.
Zur Tatzeit verfügten beide Lokale über die gleiche Speisekarte, die Speisen wurden in der Küche im UG zubereitet und entweder ins „G K“ oder nach oben ins „S“ gebracht.
Die WC-Anlagen im UG waren bzw. sind Teil der Betriebsanlage, es können aber auch jene WC-Anlagen im EG benützt werden, die Teil des Oö. Kulturquartiers sind und nicht zur Betriebsanlage gehören.
Zur Tatzeit waren die Öffnungszeiten beider Lokale gleich und auch das Personal beider Lokale war ident.

2. Am 20. Februar 2016 haben von 00:05 bis 00:10 Uhr im „S“ ca. 8 Gäste geraucht und an den Tischen befanden sich Aschenbecher.

3. Der Spruch des Feststellungsbescheides der Gewerbebehörde vom 16. Juni 2010 zu GZ: 0011641/2010 ABA Nord 501/N101018, lautet auszugsweise hinsichtlich der festgestellten Art bzw. des Umfangs der Änderung:

„Nach dem Genehmigungsansuchen der M G GmbH, D x, x L, vom 11. März 2010 wird folgende Beschaffenheit der Anlage festgestellt:

„Art und Umfang der Betriebsanlage:
Gastlokal in Form eines Cafe-Restaurants mit 76 Verabreichungsplätzen samt Be- und Entlüftungsanlage, einer Betriebszeit von Montag bis Samstag von 11:00 Uhr – 02:00 Uhr, Sonntag und an Feiertagen von 11:00 Uhr – 01:00 Uhr, Betrieb einer Bar mit insgesamt 56 Verabreichungsplätzen, einer Betriebszeit von 16:00 Uhr bis 04:00 Uhr und mit einer Musikanlage zur Unterhaltungsmusikdarbietung, Betrieb eines Gastgartens mit 120 Verabreichungsplätzen und den Betriebszeiten von 10:00 Uhr bis 22:00 Uhr, in der Zeit von 1. Mai bis 30. September bis 24.00 Uhr.

Art und Umfang der Änderung:
Änderung der Betriebsart Cafe-Bar-Lounge des Gastraumes im EG des O K auf Cafe-Restaurant. Änderung der Öffnungszeiten von 16.00 Uhr bis 04.00 Uhr auf 10.00 Uhr bis 04.00 Uhr. Änderung der Öffnungszeiten des Cafe-Restauranz im UG des O K von MO – SA von 11.00 Uhr bis 02.00 Uhr und Sonn- und Feiertagen von 11.00 Uhr bis 01.00 auf 10.00

Uhr bis 04.00 Uhr. Erhöhung der Verabreichungsplätze im UG des O K von 76 auf 88. Festlegung der Raucher- und Nichtraucherbereiche, Hinzunahme eines Extrazimmers im OG mit 56 Verabreichungsplätzen."

Die Thematik betreffend die Änderung der Betriebsanlage und auch deren Grund (Schaffung eines Raucherbereiches) wurden vor Erlassung des o.a. Feststellungsbescheides vom 16. Juni 2010 seitens der Vertreter der M mit der Gewerbebehörde mündlich erörtert.

III. Beweiswürdigung:

1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Behördenakt, welcher auch den Feststellungsbescheid der Gewerbebehörde vom 16. Juni 2010 zu GZ: 0011641/2010 ABA Nord 501/N101018, Pläne der Räumlichkeiten am Standort D x, x L und die Niederschrift über die mündliche Verhandlung am 11. Mai 2010 betreffend das Ansuchen der M hinsichtlich der Änderung der gewerblichen Betriebsanlage am Standort enthält.

Darüber hinaus wurde am 29. November 2018 eine mündliche Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht durchgeführt, bei der der Rechtsvertreter der Bf anwesend war. Die belangte Behörde konnte aus Termingründen nicht an der Verhandlung teilnehmen und hat sich entschuldigt. Der Bf war entschuldigt, offene Fragen aus der mündlichen Verhandlung wurden schriftlich nachgereicht. Die mündliche Verhandlung wurde mit jener zum Akt LVwG-000309 (Bf: H H) verbunden, da beiden Akten derselbe Tatvorwurf zugrunde liegt.

2. Die Feststellungen betreffend Lage, Größe, Anzahl der Verabreichungsplätze des „S" bzw. des „G K", Versorgung mit Speisen und Zugehörigkeit des Personals folgen aus dem Inhalt des Feststellungsbescheides der Gewerbebehörde vom 16. Juni 2010 zu GZ: 0011641/2010 ABA Nord 501/N101018, sowie aus den Ermittlungen im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 29. November 2018.

3. Dass der Bf zur Tatzeit neben H H handelsrechtlicher Geschäftsführer der M war, folgt aus dem im Behördenakt einliegenden Firmenbuchauszug.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

1. Rechtsgrundlagen:

Die gegenständlich relevanten, zur Tatzeit einschlägigen Bestimmungen des gemäß § 1 Abs. 2 VStG anzuwendenden Bundesgesetzes über das Herstellen und Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse

und den Nichtraucherschutz (Tabakgesetz) [nunmehr Bundesgesetz über das Herstellen und Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse und den Nichtraucherinnern- bzw. Nichtraucherschutz (Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz – TNRSG)] lauten wie folgt:

„§ 13a
Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie

§ 13a. (1) Unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der §§ 12 und 13 gilt Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen
1. der Betriebe des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs. 1 Z 2 der Gewerbeordnung 1994 (GewO), BGBl. Nr. 194/1994, in der geltenden Fassung,
2. der Betriebe des Gastgewerbes mit einer Berechtigung zur Beherbergung von Gästen gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 oder Abs. 2 Z 2 oder 4 der GewO,
3. der Betriebe gemäß § 2 Abs. 9 oder § 111 Abs. 2 Z 3 oder 5 der GewO.

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

(3) Das Rauchverbot gemäß Abs. 1 gilt ferner nicht, wenn nur ein für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeigneter Raum zur Verfügung steht, und
1. der Raum eine Grundfläche von weniger als 50 m2 aufweist, oder,
2. sofern der Raum eine Grundfläche zwischen 50 m2 und 80 m2 aufweist, die für eine Teilung des Raumes zur Schaffung eines gesonderten Raumes für den im Abs. 2 genannten Zweck erforderlichen baulichen Maßnahmen aufgrund einer rechtskräftigen Entscheidung der nach den bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtlichen Vorschriften zuständigen Behörde nicht zulässig sind.

(4) Das Rauchen darf jedoch auch in Räumen, in denen das Rauchverbot gemäß Abs. 1 nicht gilt, nur gestattet werden, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag gilt, wonach
1. ein nicht dem Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG), BGBl. I Nr. 100/2002, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegender Arbeitnehmer Anspruch auf Abfertigung im gesetzlichen Ausmaß hat, wenn er sein Arbeitsverhältnis wegen der Belastung durch die Einwirkung des Passivrauchens kündigt, und
2. die notwendige Zeit zum Besuch von diagnostischen Maßnahmen sowie Untersuchungen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz zu gewähren ist, und

3. gesundheitsfördernde Maßnahmen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz im Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber festzulegen sind, und,
4. im Falle, dass der Betrieb über Räume verfügt, in denen Rauchverbot gilt oder das Rauchen vom Inhaber nicht gestattet wird, die Ausbildung oder Beschäftigung Jugendlicher überwiegend in jenen Räumen zu erfolgen hat, in denen nicht geraucht werden darf.

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

§ 13b
Kennzeichnungspflicht

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

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

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

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

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

.

§ 13c
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.

§ 14
Strafbestimmungen

§ 14. (1) Wer
1. Tabakerzeugnisse entgegen § 2 in Verkehr bringt,
2. gegen die Meldepflicht gemäß § 8 verstößt oder
3. entgegen § 11 Werbung oder Sponsoring betreibt,
begeht, 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, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 7 260 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 14 530 Euro zu bestrafen.

(2) Tabakerzeugnisse, die den Gegenstand einer nach Abs. 1 strafbaren Handlung bilden, sind einzuziehen, es sei denn, es ist gewährleistet, daß sie nicht unter Verletzung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und seiner Verordnungen in Verkehr gebracht werden.

(3) Wird in einem Verwaltungsstrafverfahren rechtskräftig festgestellt, daß der Hersteller oder Importeur von Tabakerzeugnissen die Vorschriften der §§ 3 bis 7 oder der auf ihrer Grundlage erlassenen Verordnungen nicht eingehalten hat, so hat er auch die Kosten der im betreffenden Fall durchgeführten Überwachungs- und Untersuchungsmaßnahmen zu tragen.

(4) Wer als Inhaber gemäß § 13c Abs. 1 gegen eine der im § 13c Abs. 2 festgelegten Obliegenheiten verstößt, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach einer anderen Verwaltungsstrafbestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 2000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 10 000 Euro zu bestrafen.

(5) Wer an einem Ort, an dem gemäß den §§ 12 Abs. 1 oder 2, 13 Abs. 1 oder 13a Abs. 1 Rauchverbot besteht oder an dem das Rauchen vom Inhaber nicht gestattet wird, raucht, begeht, sofern der Ort gemäß § 13b Abs. 1 bis 4 oder einer gemäß § 13b Abs. 4 erlassenen Verordnung gekennzeichnet ist und die Tat nicht den Tatbestand einer in die

Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach einer anderen Verwaltungsstrafbestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 100 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 1 000 Euro zu bestrafen."

2. Rechtliche Beurteilung:

2.1. Gemäß § 13a Abs. 1 Z 1 TabakG gilt in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen von Betrieben des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 GewO Rauchverbot. Gemäß Abs. 2 par.cit. können in Betrieben, die über mehr als eine für die Verabreichung von Speisen und Getränken an Gäste geeignete Räumlichkeit verfügen, Räume bezeichnet werden, in denen das Rauchen gestattet ist, wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird. Es muss jedoch der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehene Hauptraum vom Rauchverbot umfasst sein, und es darf nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze in Räumen gelegen sein, in denen das Rauchen gestattet wird.

Unbestritten ist, dass zu der im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfenen Tatzeit am vorgeworfenen Tatort („S") geraucht wurde. Es ist nunmehr zu prüfen, ob das „S" dem Rauchverbot unterliegt, somit durch das Rauchen zur Tatzeit gegen dieses Rauchverbot verstoßen wurde oder ob das „S" unter die in § 13a Abs. 2 TabakG normierte Ausnahmebestimmung fällt.

2.2. Zum objektiven Tatbestand:

2.2.1. Zur Frage, ob die beiden Lokale Haupt- und Raucherraum oder jeweils separate Gastgewerbebetriebe darstellen:
Die belangte Behörde sieht das „S" als eigenständigen Betrieb und somit nicht als Raucherraum des „G K" an. Vorliegend ist eine Auslegung im Einzelfall, welche auf die konkreten Gegebenheiten abstellt, durchzuführen. In diesem Zusammenhang ist auch der Feststellungsbescheid der Gewerbebehörde vom 16. Juni 2010 zu GZ: 0011641/2010 ABA Nord 501/N101018 hinsichtlich der Betriebsanlage am Standort D x nicht außer Acht zu lassen.
Vom ersten Eindruck her handelt es sich bei den Lokalen „G K" und „S" um zwei eigenständige Betriebe (vgl. getrennte Eingänge, getrennte sanitäre Anlagen, Bezeichnung). Allerdings haben die Ermittlungen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ergeben, dass zur Tatzeit beide Lokale über dieselbe Speisekarte, dieselben Öffnungszeiten, vor allem auch über dasselbe Personal (das wechselweise in beiden Lokalen tätig war) verfügten und aus einer einzigen Küche gemeinsam mit Speisen beliefert wurden. Die WC-Anlagen, welche zur Betriebsanlage gehörten und sowohl von den Gästen des „G K", als auch des „S"

benützt werden können, liegen im Untergeschoß. Die im Obergeschoß befindlichen Toiletten gehören zum Oö. Kulturquartier, sind nicht Teil der Betriebsanlage, dürfen aber auch von Gästen des „S“ benützt werden. All diese Gesichtspunkte sprechen für eine Auslegung dahingehend, dass es sich entgegen der Ansicht der belangten Behörde bei den beiden Lokalen nicht um eigenständige Gastgewerbebetriebe handelt. Dafür spricht der eindeutige Wortlaut des Feststellungsbescheides der Gewerbebehörde vom 16. Juni 2010 zu GZ: 0011641/2010 ABA Nord 501/N101018.

Zu dem im Behördenakt enthaltenen Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit vom 14. Jänner 2016, in welchem auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs vom 24. Juli 2013, 2013/11/0045 hingewiesen und diese als Grundlage für die Rechtsmeinung gesehen wird, dass in jeder einzelnen Verabreichungsräumlichkeit das Vorliegen der Voraussetzungen des § 13a TabakG gesondert zu prüfen ist, ist Folgendes auszuführen:
Dem zitierten Erkenntnis des VwGH vom 24. Juli 2013 lag eine andere Fallkonstellation zugrunde, welche nicht auf den gegenständlichen Sachverhalt übertragbar ist: In dem zitierten Erkenntnis war v.a. die Frage relevant, ob ein Raum, der durchschritten werden muss, um in den weiteren Gastraum bzw. zu den Toiletten zu gelangen, als Hauptraum anzusehen und deshalb rauchfrei zu halten ist, was in diesem Fall bejaht wurde. Zitiert wurde dabei ein weiteres Erkenntnis des VwGH (VwGH 2012/11/0235, 17.06.2013), worin auf das Regel-Ausnahme-Prinzip hingewiesen und festgehalten wurde, dass davon ausgegangen werden muss, dass die Festlegung eines Raumes als Raucherzimmer, das betreten werden muss, um in jenen Bereich zu gelangen, der rauchfrei zu halten ist, unzulässig ist. Zulässig sei somit ein Erschließen des Raucherraums vom Nichtraucherbereich aus, aber nicht umgekehrt.

Die Folgerung des Bundesministeriums für Gesundheit, dass auf Grundlage des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 24. Juli 2013, 2013/11/0045, generell Teilbetrieb einer Gesamtbetriebsanlage gesondert hinsichtlich der Voraussetzungen gemäß § 13a Tabakgesetz zu prüfen sind, scheint vor dem erwähnten Hintergrund in dieser Generalität nicht nachvollziehbar, da sich das zitierte Erkenntnis auf die spezielle Fallkonstellation der Notwendigkeit, den größeren Gastraum über den Raucherraum betreten zu müssen, bezogen hat, weswegen der größere Gastraum nach Ansicht des VwGH nicht als Hauptraum qualifiziert werden kann.
Im gegenständlichen Beschwerdefall sind Raucher- und Nichtraucherbereich räumlich durch das Stiegenhaus voneinander getrennt und jeder Bereich kann separat über das Stiegenhaus betreten werden – folglich stellt sich die in den zitierten Erkenntnissen des VwGH ursächliche Problematik, dass der Nichtraucherbereich nur durch den Raucherbereich betreten werden kann, gegenständlich nicht.

Aufgrund seiner Größe und der Mehrzahl der Verabreichungsplätze sowie auch der Lage direkt neben der Küche war das „G K“ somit zur Tatzeit als Hauptraum, das „S“ als weiterer Raum zu sehen. Hinzuweisen ist diesbezüglich nochmals explizit darauf, dass es sich gegenständlich um eine einzelfallbezogene Beurteilung handelt, welche ausschließlich auf die oben erwähnten räumlichen und organisatorischen Gegebenheiten (u.a. Einheit von Personal, Speisekarte, Öffnungszeiten, Küche) zur Tatzeit abstellt, die bei einer Gesamtbetrachtung zum Schluss führen, dass es sich bei den beiden Lokalen zur Tatzeit nicht um eigenständige Gastgewerbebetriebe gehandelt hat.

2.2.2. Tabakrauch dringt nicht in Räume mit Rauchverbot:
Die gesetzliche Voraussetzung, dass gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten („G K“) dringen, ist aufgrund der Situierung des „S“ gegenständlich gewährleistet, da dieses im Erdgeschoß liegt, über das Stiegenhaus separat zugänglich ist und eine eigene verschlossene Eingangstür aufweist. Das „G K“ liegt im Untergeschoß, hat ebenfalls einen separaten Eingang, der mit einer verschlossenen Tür versehen ist. Der Tabakrauch aus dem „S“ dringt somit nicht in die Räumlichkeiten des „G K“.

2.2.3. Nicht mehr als die Hälfte der Verabreichungsplätze im Raucherbereich:
Das „G K“ weist 88 Verabreichungsplätze auf, das „S“ hingegen nur 56 und damit jedenfalls weniger als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze.

2.2.4. Folglich sind alle Voraussetzungen der Ausnahmebestimmung des § 13a Abs. 2 TabakG als erfüllt anzusehen. Nachweise für die Erfüllung der Voraussetzungen des § 13a Abs. 4 TabakG wurden vom Bf im Verwaltungsstrafverfahren vorgelegt.

Somit ist festzuhalten, dass bereits der objektive Tatbestand der dem Bf vorgeworfenen Verwaltungsstraftat nicht erfüllt ist.

2.3. Subjektive Tatseite:

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.

Auch wenn man – entgegen der Ansicht des Landesverwaltungsgerichts - von einer Verwirklichung des objektiven Tatbestandes ausginge, wäre jedenfalls die Erfüllung der subjektiven Tatseite aus folgenden Gründen zu verneinen:

Die M hatte mit Eingabe vom 11. März 2010 die Feststellung der Änderung der Betriebsanlage am Standort beantragt. Der Inhalt des Feststellungsbescheides vom 16. Juni 2010 zu GZ: 0011641/2010 ABA Nord 501/N101018, ist eindeutig dahingehend zu verstehen, dass die Gewerbebehörde davon ausgegangen ist, dass es sich um eine einheitliche Betriebsanlage handelt, zu der das „S“ und das „G K“ gehören, wobei auf folgenden Wortlaut der Änderung in diesem Bescheid hinzuweisen ist: „Hinzunahme eines Extrazimmers im OG mit 56 Verabreichungsplätzen“, womit das „S“ gemeint ist. Diesem Feststellungsbescheid gingen Erörterungen der Rechtlage mit der Gewerbebehörde voraus, die schließlich zur Erlassung des zitierten Feststellungsbescheides führten.

Ungeachtet der Frage, ob eine Bindung an den Feststellungsbescheid der Gewerbebehörde besteht, ist festzuhalten, dass der Bf zum Zeitpunkt der Erlassung des Feststellungsbescheides und auch noch zur Tatzeit berechtigt davon ausging, dass es sich beim dem Lokal „S“ um das im Spruch des Feststellungsbescheides erwähnte „Extrazimmer mit 56 Verabreichungsplätzen“ handelt, das zur selben Betriebsanlage wie das „G K“ gehört. Der Feststellungsbescheid vom 16. Juni 2010 hatte somit den – folglich auch der Gewerbebehörde bekannten - Zweck, einen Raucherbereich im Rahmen der bestehenden Betriebsanlage, zu der das „G K“ gehörte, zu schaffen. Diesbezüglich sei auch auf die Niederschrift zur mündlichen Verhandlung am 11. Mai 2010, welche im Rahmen des Verfahrens zur Erlassung des Feststellungsbescheides vom 16. Juni 2010 durchgeführt wurde, in der festgehalten wurde, dass im Rahmen der Betriebsanlagenänderung „zukünftig der Nichtraucherbereich im 1. UG und der Raucherbereich im EG vorgesehen werden“ sollte.

Somit ist festzuhalten, dass aufgrund des aus Sicht des Bf zur Tatzeit berechtigten Vertrauens auf den Inhalt des Feststellungsbescheides und dessen bekannte Hintergründe – nämlich der im Spruch des Feststellungsbescheides auch dokumentierten beabsichtigten Errichtung eines Raucherbereiches im EG – davon auszugehen ist, dass seitens des Bf kein Verschulden vorlag.

2.4. Zusammengefasst ist festzuhalten, dass das angefochtene Straferkenntnis der belangten Behörde aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen ist.

Folglich hat der Bf weder einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens, noch zu jenen des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösende Rechtsfrage vor. Im vorliegenden Fall war eine einzelfallbezogene Beurteilung vorzunehmen, für die hinsichtlich des objektiven Tatbestandes insbesondere die Gesamtbeurteilung der räumlichen bzw. organisatorischen Gegebenheiten betreffend die beiden Lokale sowie hinsichtlich des subjektiven Tatbestandes insbesondere die Berücksichtigung des Verfahren zur Erlassung des zitierten Feststellungsbescheides der Gewerbebehörde relevant waren.

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