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-000431/2/KH

Datum:
Linz, 3. März 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde des Mag. M A, vertreten durch Rechtsanwalt MMag. Dr. M S, F x, x L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 24. Juni 2020, GZ: BHLL/919100150254/19, wegen Übertretung des Tabak- und Nichtraucherinnern- bzw. Nichtraucherschutzgesetzes (TNRSG)

zu Recht:

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

II. Die beschwerdeführende Partei 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 24. Juni 2020, GZ: BHLL/919100150254/19, warf die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (im Folgenden: belangte Behörde) Mag. M A (im Folgenden: Beschwerdeführer – Bf) Folgendes vor:

„1. Datum/Zeit: 09.12.2019, 15:50 Uhr
Ort: x P, P x, ‚P R ' M neben R S

Sie haben es als gem. § 9 VStG Verantwortlicher der P. mit Sitz in x P zu verantworten, dass diese als Inhaberin entgegen § 12 Abs. 1 Z 4 TNRSG, wonach in Räumen für die Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken, Rauchverbot gilt, am Standort in x P/W, P x, im ehemaligen - mit Glas abgegrenzten - Raucherbereich des ‚S R' eine ‚Raucherlounge' errichtete und diese mit folgendem Text kennzeichnete: ‚P R ' Zum oben angeführten Tatzeitpunkt wurde in der ‚Raucherlounge' von mehreren Gästen geraucht und Getränke konsumiert. Gemäß § 13c Abs 1 TNSRG haben die Inhaberinnen bzw. Inhaber von Räumen und Einrichtungen gemäß § 12 und von Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13 für die Einhaltung der Bestimmungen der §§ 12 bis 13b Sorge zu tragen.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt: 1. § 12 Abs. 1 Z 4 TNRSG idgF 1. BGBl.Nr. 66/2019 iVm § 13c Abs. 1 TNRSG idgF BGBl.Nr. 66/2019

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
1. € 600,00	4 Tage(n) 4 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 9 VStG idgF BGBl.Nr. 58/2018

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
€ 60,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 660,00“

2. In seiner binnen offener Frist erhobenen Beschwerde brachte der Bf zusammengefasst vor, dass die Raucherlounge weder Teil des benachbarten „S R“,

noch direkt von diesem Restaurant ausgehend betretbar sei. Tatsächlich sei der Raucherraum nur von allgemeinen Teilen des Einkaufszentrums aus betretbar. Dem Bf wurde vorgeworfen, für die im besagten Restaurant befindliche Raucherlounge verantwortlich zu sein, was jedoch unrichtig sei. Hiezu wurde die Durchführung eines Lokalaugenscheins beantragt.
Weiters wird vorgebracht, dass die unrichtige Strafnorm verwendet worden sei, da ausgeführt worden sei, die P C habe als Inhaberin gegen § 12 Abs. 1 Z. 4 TNRSG verstoßen, wobei eine Bestrafung jedoch nach § 13c Abs. 2 Z. 2 TNRSG erfolgen hätte müssen. Es liege auch keine Umgehung des Rauchverbots gemäß § 13 Abs. 1 TNRSG vor. Angeregt wird ein Antrag auf Gesetzesprüfung beim Verfassungsgerichtshof hinsichtlich der Wortfolge „noch das Rauchverbot dadurch umgangen wird“ in § 13 Abs. 1 TNRSG. Darüber hinaus wird auf einen Erlass zum TNRSG hingewiesen, dessen Kriterien nach Ansicht des Bf eingehalten würden.
Die Raucherlounge sei vor Jahren durch die P. als Raucherraum errichtet und eingerichtet worden und habe mit dem „R S“ nichts zu tun. Die P sei für die Erhaltung und Reinigung des Raucherraums zuständig und stellte die Einrichtungsgegenstände dafür zur Verfügung. Besucher würden fallweise Getränke aus verschiedenen Lokalen mitnehmen und diese in der Raucherlounge konsumieren, ein Speisen- und Getränkeservice finde im Raucherraum nicht statt, ebenso nicht ein Abservieren. Die Reinigung werde wie bei den anderen Allgemeinflächen auch durch beauftragte Reinigungsdienste der P durchgeführt.
Beantragt wird die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, in eventu die Erteilung einer Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der verhängten Strafe.

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

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

1. Die P. hat in der P C am Standort x P, P x, eine Raucherlounge errichtet und zur Tatzeit betrieben, welche an das Lokal „S B“ angrenzt. Bei einem am 9. Dezember 2019 um 15:50 Uhr von der belangten Behörde durchgeführten Lokalaugenschein hielten sich in dieser Raucherlounge ca. 10 Personen auf, die teilweise Getränke konsumierten, wobei zwei dieser Personen beim Rauchen beobachtet werden konnten. In der Raucherlounge waren Tische und Sitzgelegenheiten aufgestellt, auf den Tischen standen Aschenbecher, in denen sich Zigarettenstummel und Asche befanden, daneben lagen teilweise zerknüllte Zigarettenpackungen [AV der belangten Behörde über Lokalaugenschein am 9. Dezember 2019, Lichtbilder, unbestritten].

2. Die Raucherlounge war zur Tatzeit mit einer elektrischen Glasschiebetür vom allgemein zugänglichen Bereich der P C (M) abgegrenzt und von dort aus für jedermann zugänglich [Feststellung der Behörde bei Lokalaugenschein am 9. Dezember 2019, unbestritten]. Am Zugang zur Raucherlounge waren zur Tatzeit Aufkleber mit der Aufschrift „P R“ und Symbole angebracht, die anzeigten, dass darin das Rauchen erlaubt sei. [beim Lokalaugenschein am 9. Dezember 2019 angefertigte Lichtbilder, unbestritten]. Die P hat die Raucherlounge mit Möbeln ausgestattet und ist für deren Reinigung zuständig [Vorbringen des Bf, unbestritten]. Die Raucherlounge war zur Tatzeit nur von den allgemein zugänglichen Bereichen der P C und nicht vom Lokal „S B“ aus betretbar [unbestritten]. Es wurde zur Tatzeit von der P in der Raucherlounge kein Speisen- oder Getränkeservice angeboten [Vorbringen des Bf].

3. Der Bf war zur Tatzeit von der P rechtsgültig gemäß § 9 VStG zum verantwortlichen Beauftragten für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen des Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetzes bestellt [unbestritten].

III. Beweiswürdigung:

1. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde übermittelten Behördenakt. Da bereits aufgrund der Aktenlage fest stand, dass der angefochtene Bescheid aufzuheben ist, entfiel gemäß § 44 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) eine mündliche Verhandlung.

2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich eindeutig und widerspruchsfrei aus den in den eckigen Klammern genannten Beweismitteln.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

1. Rechtsgrundlagen:

Die maßgeblichen Bestimmungen des Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetzes (TNRSG) lauten wie folgt:

§ 12 Abs. 1 Abs. 4 TNRSG:
„§ 12. (1) Rauchverbot gilt in Räumen für
1. Unterrichts- und Fortbildungszwecke,
2. Verhandlungszwecke,

3. schulsportliche Betätigung, schulische oder solche Einrichtungen, in denen Kinder oder Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden, einschließlich der dazugehörigen Freiflächen, und
4. die Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken sowie die in Gastronomiebetrieben für alle den Gästen zur Verfügung stehenden Bereiche, ausgenommen Freiflächen."

§ 13 Abs. 1 TNRSG:
„§ 13. (1) Sofern nicht arbeitsrechtliche Bestimmungen ein Rauchverbot vorsehen oder Räume von § 12 erfasst sind, gilt ein Rauchverbot auch in sonstigen Räumen öffentlicher Orte, doch kann in den allgemein zugänglichen Bereichen ein Nebenraum als Raucherraum eingerichtet werden, sofern gewährleistet ist, dass aus diesem Nebenraum weder Tabakrauch in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt, noch das Rauchverbot dadurch umgangen wird."

§ 13c TNRSG:
„§ 13c. (1) Die Inhaberinnen bzw. Inhaber von Räumen und Einrichtungen gemäß § 12 und von Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13 haben für die Einhaltung der Bestimmungen der §§ 12 bis 13b Sorge zu tragen.

(2) Jede Inhaberin bzw. jeder Inhaber gemäß Abs. 1 hat insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass
1. in einem Raum oder einer Einrichtung gemäß § 12 Abs. 1 bis 3 nicht geraucht wird,
2. in Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13, sofern sie vom Rauchverbot umfasst sind, nicht geraucht wird,
3. der Kennzeichnungspflicht gemäß § 13b entsprochen wird."

§ 14 Abs. 4 TNRSG:
„§ 14. (4) Wer als Inhaberin bzw. Inhaber gemäß § 13c Abs. 1 gegen eine Verpflichtung des § 13c verstößt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu 2.000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 10.000 Euro zu bestrafen, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung darstellt oder nach einer anderen Verwaltungsbestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist."

2. Rechtliche Beurteilung:

2.1. Zum objektiven Tatbestand:
Die belangte Behörde warf dem Bf im angefochtenen Straferkenntnis vor, dass er als verantwortlicher Beauftragter der P dafür verantwortlich sei, dass diese als Inhaberin entgegen § 12 Abs. 1 Z. 4 TNRSG, wonach in Räumen für die Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken Rauchverbot gilt, im ehemaligen Raucherbereich des „S R" eine Raucherlounge errichtete und als solche kennzeichnete. Weiters wird im Spruch ausgeführt, dass gemäß § 13c Abs. 1 TNRSG Inhaber von Räumen und Einrichtungen gemäß § 12 und von Räumen des öffentlichen Ortes gemäß § 13 für die Einhaltung der Bestimmungen der §§ 12 bis 13b Sorge zu tragen haben. Als

verletzte Rechtsvorschrift wird § 12 Abs. 1 Z. 4 TNRSG iVm § 13c Abs. 1 TNRSG zitiert.

Angesichts der erwähnten, seitens der belangten Behörde als verletzt erachteten Vorschriften und den Ausführungen im Spruch des Straferkenntnisses ging diese augenscheinlich davon aus, dass es sich bei der P um eine Inhaberin eines Raumes gemäß § 12 Abs. 1 Z. 4 TNRSG handelt.

Der zitierte § 12 Abs. 1 Z. 4 TNRSG normiert ein Rauchverbot in Räumen für die Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken sowie die in Gastronomiebetrieben für alle den Gästen zur Verfügung stehenden Bereiche, ausgenommen Freiflächen, wobei im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses der Passus „Räume für die Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken“ zitiert wird, aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten vor Ort jedoch nur Räume für die Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken in Frage kommen.

Zur Frage, ob es sich bei der von der P eingerichteten Raucherlounge zur Tatzeit um einen Raum für die Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken iSd § 12 Abs. 1 Z. 4 TNRSG gehandelt hat, ist Folgendes festzuhalten: Die Errichtung einer Raucherlounge in einem Einkaufszentrum erfolgt grundsätzlich zum Zweck des legalen Konsums von Tabakwaren durch Besucher desselben. Die gegenständliche Raucherlounge war zur Tatzeit durch Aufkleber „P R“ und Piktogramme, die anzeigten, dass Rauchen erlaubt ist, als solche gekennzeichnet. Sie war nur vom öffentlichen Bereich der P C („M“) und nicht von dem benachbarten Lokal aus betretbar. Zur Frage, ob die Raucherlounge aufgrund der Tatsache, dass sich zur Tatzeit Tische und Sitzgelegenheiten darin befanden, als Raum zur Einnahme von Speisen oder Getränken zu qualifizieren wäre, ist festzuhalten, dass vom Bf unwiderlegt vorgebracht wurde, dass seitens der P in der Raucherlounge kein Speisen- oder Getränkeservice angeboten wurde bzw. auch nicht erfolgt ist.
Wie in dem im Behördenakt einliegenden Aktenvermerk über den Lokalaugenschein am 9. Dezember 2019 festgehalten, wurde von den Behördenvertretern kein Kontakt mit den sich in der Raucherlounge befindlichen Personen aufgenommen. Es kann nicht mehr festgestellt werden, auf welchem Weg die auf den Lichtbildern ersichtlichen Tassen und Gläser in die Raucherlounge gekommen sind, beispielsweise ob sich die darin befindlichen Personen die Getränke etwa selbst aus dem angrenzenden oder einem anderen Gastronomiebetrieb mit in die Raucherlounge mitgenommen haben. Eine Befragung von Personen, die sich zur Tatzeit in der Raucherlounge befunden haben, ist somit nicht mehr möglich. Die Raucherlounge ist aufgrund der Maßnahmen im Zuge der Corona-Pandemie derzeit geschlossen, ein Lokalaugenschein könnte auch nichts zur Eruierung der Gegebenheiten zur Tatzeit beitragen. Den Angaben des Bf, dass die P in der Raucherlounge zur Tatzeit keinen

Speisen- oder Getränkeservice angeboten habe, konnte somit nichts entgegengehalten werden, weshalb davon auszugehen war, dass die P auf die verfahrensgegenständliche Raucherlounge zur vorgeworfenen Tatzeit nicht als Inhaberin von Räumen zur Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken iSd § 12 Abs. 1 Z. 4 TNRSG anzusehen war. Der dem Bf zur Last gelegte Verstoß gegen § 12 Abs. 1 Z. 4 TNRSG wurde somit im vorliegenden Fall nicht begangen.

Eine entsprechende Spruchkorrektur ist aufgrund der bereits verstrichenen Verfolgungsverjährungsfrist nicht mehr zulässig. Da der objektive Tatbestand des angefochtenen Straferkenntnisses als nicht erfüllt anzusehen ist, war das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Zur Anregung eines Gesetzesprüfungsverfahrens mit dem Zweck der Aufhebung der in § 13 Abs. 1 TNRSG normierten Wortfolge „noch das Rauchverbot dadurch umgangen wird“ ist darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung im angefochtenen Straferkenntnis nicht angewendet wurde und eine Abänderung des Tatvorwurfs bzw. der verletzten Verwaltungsvorschrift wie erwähnt aufgrund der bereits verstrichenen Verfolgungsverjährungsfrist nicht mehr erfolgt ist.

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 Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen

bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

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

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Hörzing