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-000491/7/FP

Datum:
Linz, 29. Juni 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von M M S, geb. X, X, vertreten durch F – t p C GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer Mag. St F. S, X gegen das Straferkenntnis des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 27. September 2021, GZ: 0102639/2020, wegen einer Übertretung des TNRSG, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird im Punkt der Strafe Folge gegeben und die Strafe auf 150 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 6 Stunden) herabgesetzt. Im Übrigen (Punkt der Schuld) wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass die verletzten Rechtsvorschriften wie folgt zu lauten haben:
§ 12 Abs 1 Z 4 TNRSG BGBl. Nr. 431/1995 idF BGBl. I. Nr. 66/2019 iVm § 13c Abs 2 Z 1 TNRSG BGBl. Nr. 431/1995 idF BGBl. I. Nr. 101/2015 iVm § 14 Abs 4 erster Strafsatz BGBl. Nr. 431/1995 idF BGBl. I. Nr. 13/2018.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Kostenbeitrag im behördlichen Verfahren reduziert sich auf 15 Euro.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem im Rubrum bezeichneten Straferkenntnis verhängte die belangte Behörde eine Strafe von 200 Euro (8 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) über den Beschwerdeführer (Bf) und warf ihm auf das Wesentliche zusammengefasst vor, er habe als Gewerbeinhaber und Betreiber eines bestimmten Lokals in L in Bezug auf einen bestimmte Zeitraum zu verantworten, dass das Personal nicht in geeigneter Weise informiert und angewiesen gewesen sei, Raucherinnen und Rauchern das Rauchen zu verbieten. Auf das Rauchverbot sei nicht hinreichend hingewiesen worden und es sei nicht dafür Sorge getragen worden, dass trotz des bestehenden generellen Rauchverbots im Tatzeitraum nicht geraucht worden sei.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf, vertreten durch eine „F – T P C GmbH“ (idF „F“) Beschwerde, in der er auf das Wesentliche zusammengefasst darlegte, dass der Bf mit seinem Lokal mit ihr in einer ständigen Geschäftsbeziehung stehe und diese nach ihrem Geschäftszweck abgetrennte und mit einem speziellen Zugangssystem gesicherte Räume verwalte, in welchen „private Personen, in einem privaten Umfeld, Tabakwaren konsumieren[…]“ könnten.
Nur „Member“ von F würden als exklusiver und beschränkter Personenkreis mittels individueller, namentlich ausgestellter, unverfälschbarer und digitaler Berechtigung Zutritt mittels Smartphone erlangen. Member müssten mindestens 18 Jahre alt sein und sich bei F bewerben. Bewerber könnten auch abgelehnt werden.
Die Member und der Gastronomiebetrieb stünden in keinem Vertragsverhältnis.
Erstere würden an F monatliche Beiträge bezahlen. In den hiedurch geschaffenen privaten Räumen sei es den Membern möglich Tabakwaren zugleich mit Speisen und Getränken zu konsumieren. Die §§ 12 ff TNRSG würden keine Anwendung finden.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt am 30. Dezember 2021 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14. Juni 2022. In dieser Verhandlung hatte der Bf ausführlich Gelegenheit seine Sichtweise der Angelegenheit darzulegen. Als Zeugen wurden der Meldungsleger und der Leiter des Erhebungsdienstes des Magistrats der Landeshauptstadt Linz, die Tochter des Bf und auf eigenen Wunsch auch der Geschäftsführer von F, der auch als Bf-Vertreter fungierte, vernommen.

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

Der Bf betreibt an der Adresse X, ein Lokal mit dem Namen „C l v“. Der Bf steht in einem Vertragsverhältnis zur „F – t p c GmbH („F“).
Der Geschäftszweck von F besteht in dem Angebot an Gastronomiebetriebe, deren Lokale mit elektronischen Zutrittskontrollsystemen auszustatten und mit diesen zu gewährleisten, dass nur solche Personen Zutritt zum Gastronomiebetrieb erlangen, welche sich bei F beworben und als Mitglied (Member) aufgenommen wurden. Voraussetzung für diese Aufnahme und die Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft ist im Wesentlichen die Bezahlung eines Mitgliedsbeitrages von 4,99 Euro pro Monat, die Volljährigkeit, die korrekte Beantwortung von Fragen im Rahmen des Aufnahmeprozesses (im Wesentlichen die Beantwortung der Frage, wie oft Wasserpfeife konsumiert wird) und der Umstand, ob Zufallsgeneratoren die Person nicht von vorneherein ausscheiden. Dies geschieht mit einem Fünftel der Aufnahmewerber. Ca. 60-70 % der Bewerber werden aufgenommen. [unbestrittener Sachverhalt, Angaben Bf-Vertreter, Beschwerde, Homepage https://f.at/]

F stattet das Lokal mit einem elektronischen Zutrittssystem aus, für welches das Mobiltelefon der Member als elektronischer Schlüssel dient. So soll verhindert werden, dass das Lokal von anderen Personen als jenen, die Member bei F sind, betreten werden kann.

Am 24. Oktober 2020 gegen 00:45 Uhr fand eine gemeinsame Kontrolle des Magistrats der Landeshauptstadt Linz und der Polizei statt. Zumal die Türe sich von außen nicht öffnen ließ, klopften die Beamten an der Tür des Lokals „C l v“ und wurden vom Personal eingelassen. Im Lokal rauchten mehrere Personen drei Wasserpfeifen. Zwei weitere Personen rauchten eine Zigarette. Im Lokal wurden Getränke ausgeschenkt. Dafür stand Servierpersonal zur Verfügung.
Die Türe konnte von Innen nur durch Drücken einer Taste geöffnet werden. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Türe über eine „Panik“-Funktion verfügte. [Angaben Meldungsleger und H H]

Im Außenbereich des Lokals war kein Schild angebracht, mit welchem darauf hingewiesen wurde, dass es sich um einen Mitgliedsbetrieb von F handelt. [Einsichtnahme in Google Maps im Zuge der Verhandlung; Lichtbild; Vorbringen Bf]

Das Lokal verfügt über eine Betriebsanlagengenehmigung als Café. [Bescheid des Bürgermeisters der Landeshauptstadt Linz vom 25. Mai 1994, GZ: 501/SW-3/94 B]

Es kann nicht festgestellt werden, dass auch andere Personen als die Member von F in das Lokal gelangen können.

Der Bf verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen von 1.500 Euro.
[Angabe des Bf]

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei und unbestritten aus den in Klammern angegebenen Beweismitteln.

Insb. der Umstand, dass am Tattag zur Tatzeit im Lokal geraucht wird, ist seitens des Bf unbestritten. Kernfrage des ggst. Verfahrens ist, ob das von F vorgehaltene System dazu führt, dass in einem Gastronomiebetrieb, wie dem vorliegenden geraucht werden darf, weil das System der §§ 12 ff TNRSG nicht zur Anwendung gelangt. Es handelt sich dabei um eine Rechtsfrage.

III. Rechtsgrundlagen

Die zum Tatzeitpunkt geltenden wesentlichen Rechtsvorschriften des Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetzes (TNRSG) lauteten:

„Begriffsbestimmungen

§ 1. Im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt als
1. […]
11. „öffentlicher Ort“ jeder Ort, der von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis ständig oder zu bestimmten Zeiten betreten werden kann einschließlich der nicht ortsfesten Einrichtungen des öffentlichen und privaten Bus-, Schienen-, Flug- und Schiffsverkehrs, […]

Umfassender Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutz

§ 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.
(2) Rauchverbot gilt auch in Mehrzweckhallen bzw. Mehrzweckräumen. Miterfasst sind auch nicht ortsfeste Einrichtungen, insbesondere Festzelte.
(3) Rauchverbot gilt auch in Räumen, in denen Vereinstätigkeiten im Beisein von Kindern und Jugendlichen ausgeübt werden, sowie in Räumen, in denen Vereine Veranstaltungen, auch ohne Gewinnerzielungsabsicht, abhalten. Es ist dabei unbeachtlich, ob der Zutritt nur auf einen im Vorhinein bestimmten Personenkreis beschränkt ist. Darüber hinaus gilt

Rauchverbot für Vereine dann, wenn durch die Vereinsaktivitäten eine Umgehung der Bestimmungen gemäß Abs. 1 oder 2 erfolgt.
(4) Rauchverbot gilt auch für geschlossene öffentliche und private Verkehrsmittel zur entgeltlichen oder gewerblichen Personenbeförderung. Dies gilt auch in nicht der entgeltlichen oder gewerblichen Personenbeförderung dienenden Verkehrsmitteln, wenn sich im Fahrzeug eine Person befindet, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.
(5) Die Regelungen des Rauchverbotes im Sinne dieser Bestimmung erstrecken sich auch auf die Verwendung von verwandten Erzeugnissen und von Wasserpfeifen.
(6) Abs. 1 bis 5 gelten nicht in ausschließlich privaten Zwecken dienenden Räumen.

Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutz in sonstigen Räumen öffentlicher Orte

§ 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.
(2) In Hotels und vergleichbaren Beherbergungsbetrieben gilt Rauchverbot. In den allgemein zugänglichen Bereichen kann, falls nicht § 12 Abs. 1 bis 3 zur Anwendung kommt, ein Nebenraum als Raucherraum eingerichtet werden, sofern gewährleistet ist, dass aus diesem Nebenraum der Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt, das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird und in dem Raucherraum auch keine Speisen und Getränke hergestellt, verarbeitet, verabreicht oder eingenommen werden.
(3) Das Rauchverbot gilt nicht in Tabaktrafiken, sofern gewährleistet ist, dass Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt. Ausgenommen von der Möglichkeit, Rauchen zu erlauben, sind jene Tabaktrafiken, die Postpartner sind.
(4) Die Regelungen des Rauchverbotes im Sinne dieser Bestimmung erstrecken sich auch auf die Verwendung von verwandten Erzeugnissen und von Wasserpfeifen.

Verpflichtungen betreffend den Nichtraucherschutz

§ 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.

Strafbestimmungen

§ 14. (1) Wer
[...]
(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.
(5) Wer an einem Ort, an dem gemäß den §§ 12 oder 13 Rauchverbot besteht oder an dem das Rauchen von der Inhaberin bzw. vom Inhaber nicht gestattet wird, raucht, begeht, sofern der Ort gemäß § 13b Abs. 1 bis 3 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."

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. Gemäß § 12 Abs 1 Z 4 TNRSG gilt 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 Rauchverbot.

Der Bf legt sein argumentatives Hauptaugenmerk auf die Definition des Begriffs des öffentlichen Ortes gemäß § 1 Z 11 TNRSG und vertritt den Standpunkt, dass diese Definition bei der Auslegung, ob es sich um einen Gastronomiebetrieb iSd § 12 Abs 1 Z 4 TNRSG handelt, in dem Rauchverbot herrscht, mitzulesen und maßgeblich ist. In weiterer Folge leitet er ab, dass aufgrund des von F vorgehaltenen Systems von einem öffentlichen Ort nicht gesprochen werden kann. Weiters meint der Bf, er schaffe durch sein Vertragsverhältnis mit F und die von dieser geschaffenen Vorkehrungen ein privates Umfeld. Er geht also nicht nur nicht davon aus, dass ein Gastronomiebetrieb per se ein Ort ist, in dem nicht geraucht werden darf, sondern vertritt den Standpunkt, dass zudem zu prüfen ist, ob dieser Gastronomiebetrieb von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis ständig oder zu bestimmten Zeiten betreten werden kann. Diesbezüglich schließt er formalistisch – und baut F ihr Geschäftsmodell auf dieser Auslegung auf –, dass die von F im Rahmen ihres Unternehmens getroffene Vorauswahl von Gästen einen Zustand herstellt, der nicht der Definition des § 1 Z 11 TNRSG für Öffentlichkeit entspricht und einen privaten Rahmen schafft.

IV.2. Grundsätzliches, allgemeines Rauchverbot in Gastronomiebetrieben

Das Verwaltungsgericht teilt diese Ansicht des Bf im Sinne seines formalistischen Ansatzes schon deshalb nicht, weil der Bf diesbezüglich von einem nicht dem Gesetz entsprechenden Öffentlichkeitsbegriff ausgeht (siehe dazu weiter unten) und die Ansicht, § 1 Z 11 TNRSG wäre – im Sinne der vom Bf offensichtlich vertretenen Auffassung, es müsse nur zu einer zahlenmäßigen Reduktion der angesprochenen Personengruppe – in den Fällen des § 12 Abs 1 TNRSG mitzulesen, schon am Wortlaut des § 12 Abs 1 TNRSG und der Struktur des Gesetzes scheitert.

Der Bf bzw. F übersehen, dass der Gesetzgeber in § 12 TNRSG bewusst und im Sinne einer lex specialis ganz bestimmte Örtlichkeiten mit einem absoluten Rauchverbot belegen will, die im Regelfall von Personengruppen betreten werden, unter denen sich bspw. typischerweise Nichtraucher oder Personen mit einem erhöhten Schutzbedürfnis (zB. Minderjährige) befinden und zwar ohne unmittelbar auf die Definition des § 1 Z 11 TNRSG zurückgreifen zu müssen. Die Ansicht des Bf, es sei auch hinsichtlich dieser Örtlichkeiten zusätzlich eine Prüfung des § 1 Z 11 TNRSG in der vom Bf vertretenen – wie sich weiter unten herausstellen wird unrichtigen – Auslegung vorzunehmen, greift insofern zu kurz, als die in § 12 Abs 1 TNRSG behandelten bestimmten Orte zwar im Regelfall öffentlich, aber typischerweise nur einer beschränkten Öffentlichkeit zugänglich sind, der Gesetzgeber sie aber zweifelsfrei absolut rauchfrei halten wollte.

So sind etwa Klassenräume, die § 12 Abs 1 Z 1 TNRSG unterliegen, oder auch Räume, die schulsportlicher Betätigung dienen, grundsätzlich nicht volksöffentlich, sondern idR nur einer vergleichsweise kleinen Gruppe von Menschen, nämlich den jeweiligen Schülern und den dort unterrichtenden Lehrern zugänglich. Dennoch ist das Rauchen dort untersagt.
Es zeigt sich insofern, dass es dem Gesetzgeber bewusst war, dass er Orte einem absoluten Rauchverbot unterstellt, die nicht gänzlich öffentlich im Sinne einer Zugänglichkeit zugunsten von 100 % der Bevölkerung sind, sodass § 1 Z 11 TNRSG in Bezug auf § 12 TNRSG im Gesamtzusammenhang keine Bedeutung zukommt, weshalb der Gesetzgeber mit § 12 Abs 6 TNRSG eine spezielle und abschließende Ausnahmeregelung geschaffen hat, die aber ohnehin mit § 1 Z 11 TNRSG in Einklang steht.

Der Einwand des Bf, in Zusammenhang mit den Räumen, welche in § 12 Abs 1 TNRSG aufgezählt sind, sei der Öffentlichkeitsbegriff des § 1 Z 11 TNRSG mitzulesen und der Umfang der Wirkungen des § 12 Abs 1 TNRSG insofern eingeschränkt zu verstehen, ist indes nicht nachvollziehbar; jedoch führt selbst das Einbeziehen nicht zu jenem Ergebnis, welches der Bf dem Gesetz unterstellen will. Der vom Bf bemühte Ansatz lässt sich insbesondere nicht der vom Bf zitierten Judikatur des VfGH (Erkenntnis vom 18. Juni 2019, GZ G150/2018 ua.) entnehmen. Im Gegenteil nimmt der Verfassungsgerichtshof ausdrücklich auf den Unterschied zwischen Räumen gemäß § 12 TNRSG (arg. „ausnahmslos nicht […] geraucht werden darf“ vgl. Punkt 1.3.4. [RZ 69] des genannten Erkenntnisses) Bezug. Der vom Bf verfolgte Ansatz wird von der Judikatur des VfGH insofern nicht gestützt.
Auch der Verwaltungsgerichtshof hat etwa in seiner Entscheidung vom 20. März 2012, 2011/11/2012 ausdrücklich dargelegt, dass die Einfügung des Begriffs „öffentlicher Ort“ durch die Novelle BGBl. I Nr. 167/2004 zu einer Ausdehnung des Rauchverbots führen sollte, woraus sich ergibt, dass es sich dabei um die lex generalis handelt, die zu § 12 TNRSG hinzutritt, diesen aber nicht beschränkt.

Das Gesetz geht ganz offensichtlich davon aus – und entspricht das auch dem Normzweck –, dass in den im § 12 Abs 1 TNRSG aufgezählten Räumen per se und ständig Rauchverbot herrscht und zwar unabhängig davon, ob sie formell den Öffentlichkeitsbegriff des § 1 Z 11 TNRSG erfüllen. Rauchverbot besteht nur dann nicht, wenn die Räume rein privat genutzt werden (§ 12 Abs 6 TNRSG).
Demgemäß geht das Gericht davon aus, dass in einem Gastronomiebetrieb, Schulen und Verhandlungsräumen bspw. auch dann ein Rauchverbot vorherrscht, wenn der Gastronomiebetrieb geschlossen ist, Schulferien sind oder keine Verhandlung stattfindet. Dies entspricht dem Wunsch des Gesetzgebers mit dem Rauchverbot auch die Kontamination dieser besonders geschützten Räume hintanzuhalten (vgl. ErläutRV 672 BlgNr XXV. GP, S. 1).

In Räumen der Gastronomie herrscht insofern immer Rauchverbot, wenn diese nicht ausschließlich privaten Zwecken dienen.

IV.3. Sonstige Räume öffentlicher Orte und Ausnahme: rein private Zwecke

IV.3.1. Daraus, dass das Gesetz in § 13 TNRSG von sonstigen öffentlichen Orten spricht, lässt sich ableiten, dass in Ergänzung zu den in der lex specialis des § 12 leg. cit. konkret benannten Räumen weitere Räume von Orten, die den in § 1 Z 11 TNRSG definierten Öffentlichkeitsbegriff erfüllen, mit Rauchverbot belegt werden sollen. § 13 TNRSG bildet insofern neben den grundsätzlich mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten andere Räume ab, die das Gesetz nicht explizit benennt, die aber auch einen bestimmten Grad der Öffentlichkeit, und zwar im Sinne des § 1 Z 11 TNRSG, aufweisen.
Aus der Formulierung (arg. „Sofern nicht arbeitsrechtliche Bestimmungen ein Rauchverbot vorsehen oder Räume von § 12 erfasst sind“) lässt sich ableiten, dass der Gesetzgeber einen zusätzlichen Auffangtatbestand in Form einer lex generalis schaffen wollte, nicht aber die konkret in § 12 TNRSG aufgezählten Orte durch den Begriff der Öffentlichkeit iSd § 1 Z 11 leg. cit. einschränken wollte. Deutlich bringt das Gesetz zum Ausdruck, dass in Schulen, Verhandlungssälen, schulsportlichen Einrichtungen und der Gastronomie nicht geraucht werden soll. Es handelt sich dabei um eine eindeutige gesundheitspolitische Strategie, die allumfassend gelten soll. Niemand wird mit gutem Gewissen annehmen, dass in Schulen nur dann Rauchverbot gelten soll, wenn Tag der offenen Tür ist, oder, dass die Schüler während einer Schularbeit – wenn sicher keine Öffentlichkeit vorhanden ist – rauchen dürfen.
Dass der Gesetzgeber die Räume des § 12 leg. cit. aber einer gesonderten Betrachtung abseits des Begriffs der „Öffentlichkeit“ unterzogen hat, ergibt sich auch aus § 12 Abs 4 TNRSG, in welchem der Gesetzgeber gänzlich private Verkehrsmittel einem Rauchverbot unterlegt, wenn sich im KFZ eine minderjährige Person befindet. Ebenso erhellt dies aus Abs 3 par. cit., wonach es u.a. bei Veranstaltungen eines Vereins irrelevant bleibt, ob der Zutritt nur auf einen im

Vorhinein bestimmten Personenkreis beschränkt ist, wie dies bspw bei einer Mitgliederversammlung (von vornherein beschränkt durch den aktuellen Mitgliederstand) der Fall wäre; auch in diesem Fall gilt das Rauchverbot.

Diese Auslegung steht auch in Einklang mit den Materialien zur Stammfassung BGBl Nr. 431/1995, in welchen zu § 12 TNRSG ausgeführt wird:

„Das in § 12 für bestimmte, taxativ aufgezählte Räumlichkeiten normierte absolute Rauchverbot berücksichtigt, daß der Schutz vor Tabakrauch in bestimmten Zweckwidmungen unterliegenden Räumen besondere Bedeutung erlangt. Dieser besonderen Bedeutung kann nur durch die ausnahmslose Geltung eines entsprechenden Verbots in ausreichendem Maße Rechnung getragen werden. Das in § 13 vorgesehene Rauchverbot bezieht sich im Gegensatz zu jenem des § 12 nicht auf bestimmte einzelne Räume, sondern grundsätzlich auf allgemein zugängliche Räume bestimmter Einrichtungen.“ [ErläutRV 163 BlgNr XIX. GP, S. 14]

Es wird hier deutlich, dass der Gesetzgeber in seiner Herangehensweise hinsichtlich der Räume des § 12 TNRSG auf deren Zweckwidmung und deren typische Bedeutung für eine bestimmte Öffentlichkeit abgestellt hat, in § 13 TNRSG aber die Öffentlichkeit der Räume als unmittelbares Kriterium herangezogen hat.

Insofern kommt die Definition des § 1 Z 11 TNRSG nach der Systematik des Gesetzes (nur) auf die sonstigen Räume öffentlicher Orte nach § 13 TNRSG zur Anwendung und dient der Klarstellung, welche Räume zusätzlich zu jenen des § 12 TNRSG einem Rauchverbot unterliegen. Der Umstand, dass Rauchverbot im Wesentlichen an öffentlichen Orten herrscht, ist in den Bestimmungen der §§ 12 ff TNRSG ohnehin mitgedacht, es bedarf aber in Bezug auf die konkret in § 12 Abs 1 leg. cit. genannten Orte keiner Anwendung des § 1 Z 11 TNRSG, weil sie – vor Allem aufgrund des § 12 Abs 6 TNRSG – einer zusätzlichen Auslegung gar nicht bedürfen.

Mit der Einbeziehung gastronomischer Betriebe in die taxative Systematik des § 12 TNRSG kann auf die Judikatur zum nicht mehr in Kraft stehenden § 13a TabakG, der an die Grundregel des alten § 13 TabakG anschloss, nur mehr bedingt zurückgegriffen werden. Schon die alte Rechtslage schuf allerdings einen eigenen Rahmen für die damals in § 12 TabakG aufgezählten Orte (arg. „unbeschadet“).

IV.3.2. Tatsächlich ist für die Frage, ob in einem Raum der Gastronomie geraucht werden darf, nicht § 1 Z 11 TNRSG, sondern § 12 Abs 6 TNRSG maßgeblich. Es kommt hier darauf an, ob diese Räume ausschließlich privaten Zwecken dienen. Auch darauf beruft sich der Bf.

Da hinsichtlich des Adjektivs privat vom Gesetz keine Definition vorgehalten wird, ist nach allgemeinen Regeln (vgl. VwGH 28. September 2006, 2006/17/0083,

näheres siehe unten) der allgemeine Sprachgebrauch zur Auslegung heranzuziehen.
Privat bedeutet nach dem Duden etwa „nur die eigene Person angehend, betreffend; persönlich“ bzw., „durch persönliche, vertraute Atmosphäre geprägt; familiären, zwanglosen Charakter aufweisend; ungezwungen, vertraut“, […] „nicht für alle, nicht für die Öffentlichkeit bestimmt; der Öffentlichkeit nicht zugänglich“ […].
Der Begriff beschreibt im Ergebnis und systematisch logisch das Gegenteil von öffentlich und steht damit im Einklang mit der Definition des § 1 Z 11 TNRSG.
Letztendlich können die §§ 12 Abs 1 und 6 TNRSG nur so verstanden werden, dass der Gesetzgeber eine Ausnahme vom Rauchverbot nur dann vorsehen wollte, wenn sich Personen in den in § 12 TNRSG genannten Orten zu rein privaten Zwecken aufhalten, also bspw. wenn in einem Raum der Gastronomie oder auch in einer Mehrzweckhalle etc. etwa eine private Feier, bspw. im familiären Rahmen stattfindet. Dementsprechend heißt es in den Materialien:
„[…] § 12 Abs. 6 stellt klar, dass für den Fall, dass jemand seine ausschließlich privaten Zwecken dienenden Räume (z.B. für Treffen von Hobbyköchen/-innen oder Nutzung eines Festzelts für eine private Feier) benutzt, diese vom uneingeschränkten Rauchverbot iSd § 12 ausgenommen sind, sofern dabei nicht arbeitsschutzrechtliche und sonstige relevante Bestimmungen zum Nichtraucherschutz umgangen werden.[…]“ [ErläutRV 672 BlgNr XXV. GP, S. 3]

Die Frage, ob etwas als „privat“ anzusehen ist, ist dabei nach dem allgemeinen Sprachgebrauch an der Beziehung der handelnden Personen zueinander und nicht daran zu messen, ob eine beliebig zusammengesetzte Gruppe von Personen an einem bestimmten Ort aus welchen Gründen auch immer der gleichen Freizeitbeschäftigung nachgeht, aber sonst keine persönliche Beziehung hat. Insofern kann sich der Bf nicht auf die zitierte Judikatur des OGH berufen, weil keine Rede davon sein kann, dass es sich beim Zusammentreffen fremder Personen, die jeweils ein Vertragsverhältnis zu F haben und von einem gemeinsamen Interesse – dem Rauchen in der Gastronomie – getrieben sind, um eine private Zusammenkunft handelt.

Die Rekrutierung von Gästen nach dem Geschäftsmodell von F bewirkt nicht, dass diese in einem privaten Rahmen aufeinandertreffen. Vielmehr führt F einander völlig fremde Personen einer bestimmten Zielgruppe an verschiedensten Orten der Gastronomie (nach den Angaben des Geschäftsführers von F dzt. 15) zusammen.

Diese Personen halten sich als Fremde gemeinsam in einem Raum auf, dadurch wird aber kein privater Rahmen erzeugt.
Privat ist die Geburtstagsfeier der Tante, zu der Familienmitglieder erscheinen, nicht jedoch ein in Gewinnerzielungsabsicht abgehaltener Kochkurs für eine begrenzte Personenanzahl im gleichen Lokal und schon gar nicht die Anwesenheit

einer Gruppe von Menschen, die im Wege einer Vertragsbeziehung zu F das Recht erwerben, eine Reihe von Lokalen, verstreut in ganz Österreich, zu betreten.

Zudem ist diese Personengruppe, wie unten darzustellen sein wird, auch nicht von vorneherein beschränkt.

IV.4. Zwischenergebnis

Im gegenständlichen Lokal war das Rauchen insofern schon deshalb verboten, als es sich um einen Gastronomiebetrieb handelt (Ausschank von Getränken gegen Geld) und dieser Raum nicht privaten Zwecken diente, weil dort verschiedene einander unbekannte (fremde) Personen aufeinander treffen konnten. Will man davon ausgehen, dass die Gäste tatsächlich alle Mitglieder von F waren und nicht bspw. Mitglieder anderen Personen den Zutritt zum Lokal verschafft haben, waren diese Personen nur dadurch miteinander verbunden, dass sie Mitglieder im gleichen „Club“ oder „Circle“ waren. Dies bewirkt naturgemäß keinen privaten Rahmen.

IV.5. Fehlerhafte Auslegung der Begriffsgruppe „von vorneherein beschränkt“

Selbst wenn man die Ansicht vertreten wollte, dass § 1 Z 11 TNRSG in § 12 TNRSG hineinzulesen wäre, wäre daraus für den Bf nichts gewonnen.

Das Geschäftsmodell von F besteht darin, durch die Auslagerung einer Vorauswahl potentieller Gäste den das Lokal besuchenden Personenkreis auf eine bestimmte Personengruppe (die Member von F) zu beschränken. Daraus wird abgeleitet, dass ein Zustand herbeigeführt wird, der einer „Beschränkung von vorneherein“ im Sinne des § 1 Z 11 TNRSG entspricht. Daraus wird wiederum abgeleitet, dass der jeweilige Raum der Gastronomie diesfalls nicht mehr öffentlich zugänglich ist, weil er für die Mitglieder von F reserviert ist und dann im Ergebnis privaten Zwecken dient (siehe dazu bereits Punkt IV.3.).

Dieser Gedanke setzt allerdings voraus, dass man der Wendung „von vorneherein“ unterstellt, dieser Zustand könne von einer Person zu einem willkürlichen Zeitpunkt vor dem Betreten des Lokals – gewissermaßen künstlich – geschaffen werden. Diesbezüglich bedient sich F eines willkürlichen Auswahlprozesses, der die Frage der Konsumhäufigkeit von Wasserpfeifen mit der Volljährigkeit und dem Einsatz von Zufallsgeneratoren verbindet, der letztlich nur eine zahlenmäßige Verringerung des potentiellen Publikums herbeiführen und ausschließen soll, dass sich Minderjährige im Lokal aufhalten, denen Tabakerzeugnisse aber ohnehin schon gemäß § 2a TNRSG nicht verkauft werden dürfen.
Es handelt sich dabei im Ergebnis um nichts anderes als um eine Maßnahme, die wesentliche Zielgruppe für (verbotene) reine Raucherlokale anzusprechen und auszusortieren, also jene Personen, die auch im Falle der Zulässigkeit eines reinen

Raucherlokals dieses am ehesten aufsuchen würden. Zudem wird die Gruppe willkürlich durch Anwendung eines Zufallsgenerators verkleinert.

Wie bereits dargelegt basiert das Geschäftsmodell von F auf der Ansicht, dass die Nichtöffentlichkeit eines Raumes mittels eines künstlich geschaffenen Systems hergestellt werden und insofern ein privater Rahmen geschaffen werden kann.
Der Bf kann in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung des VwGH vom 20. März 2013, GZ: 2010/11/0123 hingewiesen werden, in welcher Folgendes dargelegt wird:

"Die Legaldefinition des 'öffentlichen Ortes' in § 1 Z. 11 Tabakgesetz wurde durch die Novelle BGBl. I Nr. 167/2004 eingefügt. Die Erläuterungen zu dieser Bestimmung (RV 700 BlgNr XXII. GP, S. 3) lauten (Hervorhebung durch den Verwaltungsgerichtshof):
'Unter einem 'öffentlichen Ort' im Sinne des Tabakgesetzes ist jeder Ort zu verstehen, der von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis ständig oder zu bestimmten Zeiten betreten werden kann. Der Begriff 'öffentlicher Ort' fasst sohin nicht nur die bis dato in § 13 aufgelisteten allgemein zugänglichen Räume (in Amtsgebäuden; in schulischen oder anderen Einrichtungen, in denen Kinder und Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden; in Hochschulen oder Einrichtungen der beruflichen Bildung; in der Darbietung von Vorführungen oder Ausstellungen dienenden Einrichtungen; in ortsfesten Einrichtungen des öffentlichen und privaten Bus-, Schienen-, Flug- und Schiffsverkehrs) zusammen, sondern umfasst darüber hinaus unter anderen nunmehr alle Einrichtungen des öffentlichen und privaten Bus-, Schienen-, Flug- und Schiffsverkehrs als auch Einrichtungen wie beispielsweise Geschäftslokale, Büroräume oder ähnliche Räume mit Kundenverkehr zu den festgelegten Dienstzeiten bzw. zu Zeiten, in denen üblicherweise Parteienverkehr stattfindet, daher insbesondere auch Einkaufszentren u.v.m.'
Aus den zitierten Erläuterungen ergibt sich, dass der Begriff 'öffentlicher Ort' über die 'allgemein zugänglichen Räume' in bestimmten Gebäuden und Einrichtungen, die bis zur Novelle BGBl. I Nr. 167/2004 in § 13 aufgezählt waren, hinausgehen soll. Entsprechend dieser Aufzählung waren bis zur genannten Novelle 'allgemein zugängliche Räume', die sich etwa (§ 13 Abs. 1 Z. 4 leg. cit.) in der Darbietung von Vorführungen oder Ausstellungen dienenden Einrichtungen befanden, vom Rauchverbot erfasst. Das Rauchverbot galt daher schon vor der genannten Novelle in den Räumen beispielsweise von Theatern, Museen oder Kinos, soweit sie allgemein zugänglich waren, auch wenn der Zutritt zu diesen Räumen zum Teil von bestimmten Voraussetzungen (Erwerb von Eintrittskarten, Mindestalter, etc.) abhängig war. Durch die Novelle BGBl. I Nr. 167/2004 und die Einfügung des Begriffes 'öffentlicher Ort' sollte dieses Rauchverbot nach den zitierten Erläuterungen ausgedehnt werden. Bei den durch diese Novelle zusätzlich erfassten Einrichtungen handelt es sich, wie die Erläuterungen zeigen (diese nennen u.a. Geschäftslokale, Büroräume oder ähnliche Räume mit Kundenverkehr) gleichfalls um 'allgemein zugängliche Räume'. Daraus ergibt sich, dass der Begriff 'öffentlicher Ort' iSd § 1 Z. 11 Tabakgesetz durch das Wesensmerkmal der allgemeinen Zugänglichkeit geprägt ist. Davon abzugrenzen sind Räume, die nur für bestimmte (individuell bezeichnete) Personen zugänglich sind, diese fallen daher nicht unter den Begriff 'öffentlicher Ort'".
[...]

Entgegen dem Beschwerdevorbringen ist es auf der Grundlage dieser Ausführungen nicht als rechtswidrig zu erkennen, dass die belangte Behörde die Auffassung vertreten hat, die Veranstaltungshalle sei ungeachtet der grundsätzlich erforderlichen Vorabakkreditierung auf der Homepage der Zweitbeschwerdeführerin nicht bloß für individuell bezeichnete Personen zugänglich gewesen, weil die Registrierung jedermann - kostenlos - offengestanden sei. Dass eine Registrierung einzelner registrierungswilliger Personen nach näher bestimmten Kriterien verweigert worden wäre, wurde auch gar nicht behauptet.
Auf die Frage, ob der Zutritt zur Veranstaltungshalle auch für Personen möglich war, die eine solche Registrierung unterlassen hatten, braucht vorliegendenfalls folglich nicht mehr näher eingegangen zu werden."

Aus diesem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes ergibt sich, dass eine wie immer geartete Vorauswahl einer diesfalls von vorneherein nicht beschränkten Gruppe die Annahme der Öffentlichkeit nach dem TNRSG nicht hindert. Das System von F entspricht vielmehr dem Verkauf von Zutrittsberechtigungen (in Form eines Abonnements) zu einem Gastronomiebetrieb, in dem Gleichgesinnte aufeinander treffen. Allerdings handelt es sich dabei um die gleichen Personen, die diesen Betrieb aufgesucht hätten, wäre das Shisha-Rauchen dort noch legal, lediglich müssen sie nun einen Mitgliedsbeitrag bezahlen und werden Personen, die dies nicht tun oder sonst die willkürlich festgelegten Kriterien nicht erfüllen, ausgeschlossen.
Nur weil man eine Gruppe allerdings durch ein bestimmtes System zahlenmäßig verkleinert bzw. Personen zusammenführt, die gemeinsame Interessen haben, wird daraus aber kein nicht öffentlicher Rahmen. Solches geschieht zB bei Veranstaltungen letztlich ja immer. So werden Oldtimerveranstaltungen von Oldtimerliebhabern, Opern von Liebhabern klassischer Musik und Rockkonzerte von Personen besucht, die diese Musik bevorzugen.

Das Gericht vermag nicht zu erkennen, dass die von F gewählte Systematik, sein Angebot nur an volljährige Personen zu richten und an lapidare Fragen, etwa wie oft Wasserpfeifen konsumiert werden, zu knüpfen, aber sonst vom Zufall abhängig zu machen, einen Unterschied etwa zu einem Theaterbesuch macht, bei welchem – vor Allem in Zeiten der Pandemie – mit Namen versehene Tickets – solange der Vorrat reicht – an eine beschränkte Gruppe ausgegeben werden.
Auch hier werden bestimmte Personen, die eine gemeinsame Leidenschaft haben, gegen Entgelt ausgewählt und halten sich gemeinsam in einem Raum auf.

Wie dort bleibt der Gastronomiebetrieb mit dem System von F im Ergebnis allgemein zugänglich, weil sich F mit ihrem Angebot an die Öffentlichkeit wendet und alleine den potentiellen Gästekreis mittels Zielgruppenanalyse (nach eigenem Vorbringen auf 60-70 % der Bewerber) beschränkt, sich aber grundsätzlich jedermann um eine Mitgliedschaft bewerben kann und bei Volljährigkeit auch eine reelle Chance auf Aufnahme hat. Dieser Umstand, den F als Argument für das eigene System (vgl. S 9 der Beschwerde) ins Treffen führt, spricht aber gerade dagegen, dass die sich nach dem Aufnahmeprozess sukzessiv bildende Gruppe als

privat oder nicht öffentlich bezeichnet werden kann, weil die Teilnahme grundsätzlich jedem offensteht. Die Aufnahme als Member verschafft einem insofern nur eine gewisse Exklusivität, vergleichbar mit dem beschränkten Zutritt zu einer bestimmten Flughafenlounge ab einem bestimmten Meilen-Status oder mit einer bestimmten exklusiven Kreditkarte. Auch die sich dort aufhaltenden Personen bewegen sich aber weiter im öffentlichen Raum und halten sich nicht in einem privaten Rahmen auf.

Zur Interpretation der Begriffsgruppe von vorneherein ist auf die ständige Judikatur des VwGH zur Interpretation der Verwaltungsgesetze zu verweisen:

„Grundsätzlich kommt der Wort(‚Verbal')interpretation in Verbindung mit der grammatikalischen und der systematischen Auslegung der Vorrang zu, wobei in Ansehung korrigierender Auslegungsmethoden äußerste Zurückhaltung geboten erscheint. Ein Abweichen vom klaren Wortlaut des Gesetzes ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur dann zu verantworten, wenn eindeutig feststeht, dass der Normsetzer etwas anderes gewollt hat, als er zum Ausdruck gebracht hat (Hinweis Antoniolli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht3, S. 100 f).“ [VwGH 28. September 2006, 2006/17/0083]

Die Auslegung des Bf, bzw. von Fumy, entfernt sich insofern auch vom Wortlaut der Definition des § 1 Z 11 TNRSG, zumal „von vorneherein“ „von Anfang an“ bedeutet. Synonyme von ‚von vorneherein' sind: „gleich, grundsätzlich, von Anfang an; (bildungssprachlich) a priori.“ [Duden.de, abgefragt am 20. Juni 2022]

Sieht F allerdings eine Systematik vor, die sukzessive aus der Volksöffentlichkeit neue Member „wirbt“ oder ihnen die Möglichkeit verschafft zum Kreis der bestehenden Mitglieder hinzuzutreten und wird dadurch der potentielle Gästekreis, noch dazu in einem nationalen Rahmen zugunsten verschiedenster Lokale ständig erhöht, und können diese Einzelpersonen dann verschiedenste Gastronomiebetriebe besuchen, kann nicht davon gesprochen werden, dass ein von vorneherein beschränkter Personenkreis vorliegt, wie das etwa dann der Fall ist, wenn eine Familie gemeinsam ein Fest feiert oder sich auch die Mitglieder eines Vereins oder Clubs am immer gleichen Ort treffen, sondern hält F ein an die Öffentlichkeit gerichtetes Angebot vor, welches Personen zu jeder Zeit ermöglicht, einen Aufnahmeantrag zu stellen und dann zur bereits bestehenden Gruppe von Mitgliedern hinzuzustoßen.

Dieses System ähnelt faktisch also viel eher dem Verkauf von Eintrittskarten zu einer Veranstaltung mit dem Unterschied, dass der Veranstalter (F) sein Recht, mit bestimmten Personen kein Vertragsverhältnis einzugehen, einer bestimmten Systematik unterstellt (keine Minderjährigen, bestimmter mengenmäßiger Konsum von Wasserpfeifen, Zufallsgenerator) und diese Systematik öffentlich macht anstatt dieses mental zu reservieren.

Das Gericht vermag in Bezug auf die Frage, ob von Öffentlichkeit auszugehen ist, keine Relevanz darin zu erkennen, aus welchem Grund der Anbieter bestimmte Personen von seinem Angebot ausschließen will. Es ist einerlei, ob dies geschieht, weil dem Anbieter die Anzahl an konsumierten Wasserpfeifen, oder das Gesicht des Bewerbers nicht gefällt oder ein Angebot ganz generell nur an eine bestimmte Personengruppe gerichtet wird.

Entgegen der Darstellung des Bf handelt es sich insofern gerade nicht um einen von vorneherein beschränkten Personenkreis, sondern wird dieser aufgrund des Auswahlprozesses durch F geschaffen und nach Einlangen von Bewerbungen sukzessive erweitert. Er besteht also weder von vorneherein noch ist er beschränkt (arg. „jedermann“).

Selbst wenn man also auf dem Standpunkt stehen wollte, dass bei der Prüfung, ob in einem Gastronomiebetrieb geraucht werden darf, vorab zu klären ist, ob der Raum der Gastronomie öffentlich iSd. Definition des § 1 Z 11 TNRSG ist, wäre für den Bf nichts gewonnen, weil durch die zahlenmäßige und thematische Reduktion des potentiellen Publikums im Wege einer Bewerbung und Komprimierung auf eine bestimmte Zielgruppe von volljährigen (Tabak-)Konsumenten kein von vorneherein, also grundsätzlich bereits existenter beschränkter Personenkreis vorliegt, sondern vorab ein willkürliches Auswahlverfahren zwischengeschaltet wird, das den Zweck hat, einen von vorneherein tatsächlich unbeschränkten Personenkreis künstlich zahlenmäßig auf eine bestimmte Gruppe von Personen einzugrenzen. Durch dieses System wird von F nach dem Gesagten kein privater Rahmen geschaffen.

IV.6. Nach den bisherigen Ausführungen galt im ggst. Lokal insofern zum Tatzeitpunkt Rauchverbot, weil § 12 Abs 6 TNRSG nicht zur Anwendung kommt.

Nach den Feststellungen haben zum Tatzeitpunkt mehrere Personen Wasserpfeifen und Zigaretten geraucht und wurden vom Personal nicht auf das Rauchverbot aufmerksam gemacht.

Der Bf hat die ihm vorgeworfene Tat daher in objektiver Hinsicht zu vertreten, weil er nicht dafür gesorgt hat, dass in seinem Lokal nicht geraucht wird.

IV.7. Soweit sich der Bf daran stört, dass die belangte Behörde – im Wesentlichen in der Begründung ihres Bescheides – auch darauf abstellt, dass das Lokal über eine Betriebsanlagengenehmigung verfügt, ist für ihn daraus nichts gewonnen. Dies zunächst, weil nicht die Begründung, sondern der Spruch eines Bescheides in Rechtskraft erwächst und es insofern auf die Begründung nicht wesentlich ankommt und diese ohnehin vom Verwaltungsgericht saniert wird. Dass die belangte Behörde in ihrem Spruch auf Begrifflichkeiten aus dem Betriebsanlagenrecht abstellt und diese zur Konkretisierung des Tatorts

heranzieht, schadet hingegen nicht, weil durch Verwendung der Begriffe Gastgewerbebetrieb und Gastlokal ausreichend klargestellt wird, dass es sich beim Tatort um einen Gastronomiebetrieb iSd. § 12 Abs 1 Z 4 TNRSG handelt und der Bf insofern vor Doppelbestrafung geschützt ist.

IV.8. 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. Angesichts des Umstandes, dass vorliegend ein System geschaffen wurde, mit welchem – im Ergebnis erfolglos – versucht wurde, die gesetzlichen Möglichkeiten auf das Äußerste auszureizen, hätte der Bf entsprechende Auskünfte bei der zuständigen Behörde oder kompetenten Rechtsberatern einholen müssen.

Zur Frage, ob Vorsatz gegeben ist, siehe Punkt V.

V. Strafbemessung

V.1. Nach dem Aktenstand ist der Bf bereits mehrfach wegen Delikten nach der GewO bestraft worden. Er ist sohin nicht unbescholten, weshalb ihm kein Milderungsgrund zugutekommt und auch die Anwendung des § 20 VStG nicht in Betracht kommt.
Allerdings teilt das Gericht die Annahme es liege vorsätzliches Handeln vor, nicht. Das Gericht hat den Eindruck gewonnen, dass der Bf, der das Lokal nicht selbst

führt – allerdings zu Unrecht und damit fahrlässig – auf seinen Sohn und den professionellen Auftritt von F vertraut hat.

Vor diesem Hintergrund erachtet das Gericht nur eine fahrlässige Begehung als gegeben. Angesichts des offensichtlichen Umgehungsversuches zwingender gesetzlicher Bestimmungen liegt durchaus beträchtliches Verschulden vor.

Da aber nicht von Vorsatz ausgegangen werden kann, ist die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe von 200 Euro auf 150 Euro herabzusetzen.

Diese Strafe ist angesichts der Strafdrohung von 2.000 Euro als milde zu beurteilen.

Bei dieser Strafzumessung im untersten Bereich spielt das Einkommen des Bf keine Rolle.

Die Ersatzfreiheitsstrafe wäre mangels einer besonderen Regelung im TNRSG gemäß § 16 Abs 2 VStG innerhalb eines Strafrahmens von 2 Wochen zu bemessen gewesen. Die Behörde hätte hier eine Ersatzfreiheitsstrafe von 34 Stunden verhängen können, ihr dürfte aber ein Rechenfehler unterlaufen sein. Angesichts des Verschlechterungsverbotes im Strafrecht darf eine höhere Ersatzfreiheitsstrafe nicht verhängt werden und muss diese entsprechend dem Obsiegen des Bf in Bezug auf die Geldstrafe verhältnismäßig weiter reduziert werden.

Gemäß § 45 Abs. 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.
Eine Anwendung dieser Bestimmung kommt nicht in Betracht, weil weder die geringe Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes, noch die geringe Intensität der Beeinträchtigung dieses Rechtsgutes durch die Tat, noch geringes Verschulden kumulativ vorliegen (VwGH 7. April 2017, Ra 2016/02/0245 mit Vorjudikatur).

VI. Im Ergebnis war die Beschwerde daher im Punkt der Schuld als unbegründet abzuweisen und die Strafe spruchgemäß zu reduzieren.

Bei diesem Ergebnis hat der Bf gemäß § 52 Abs 8 VwGVG im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vorzuschreiben.
Der Kostenbeitrag im behördlichen Verfahren reduziert sich auf 10 % der verhängten Strafe.

VII. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, da – soweit ersichtlich – noch keine Judikatur des VwGH zur mit BGBl. I Nr. 101/2015 neu eingeführten Regelung des § 12 Abs 1 Z 4 TNRSG, insbesondere zu seinem Verhältnis zu § 1 Z 11 TNRSG und der Auslegung von § 12 Abs 6 TNRSG vorliegt. Die Rechtsfrage ist von grundsätzlicher Bedeutung, weil es von ihrer Lösung abhängt, ob Systeme wie das vorliegende mit den Bestimmungen des TNRSG im Einklang stehen.

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