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-000662/9/FP

Datum:
Linz, 24. Oktober 2024

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von J__, geb. tt.mm.jjjj, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 17. Oktober 2023, GZ: BHLL/923100033129/23, wegen einer Übertretung des LMSVG und des TNRSG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. A) Der Beschwerde wird hinsichtlich Spruchpunkt 1. Folge gegeben, Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses wird aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren diesbezüglich gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 bzw. 2 VStG eingestellt.

B) Im Hinblick auf Spruchpunkt 2. wird der Beschwerde im Punkt der Strafe dahingehend teilweise Folge gegeben, dass die Strafe auf 200 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 34 Stunden) herabgesetzt wird.
Im Übrigen (Punkt der Schuld) wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass der Textteil des Spruchs wie folgt korrigiert wird:
„Sie haben es als unbeschränkt haftender Gesellschafter der A__ gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu verantworten, dass diese als Inhaberin des Gastgewerbebetriebs (Restaurant) in C-Strasse, nicht dafür Sorge getragen hat, dass am 28. März 2023 um 10:30 Uhr in dessen Küchenbereich nicht geraucht wird, obwohl das Rauchen gemäß § 12 Abs. 1 Z 4 TNRSG in Räumen für die Herstellung und Verarbeitung von Speisen verboten ist und dennoch geraucht wurde.“

Die verletzten Rechtsvorschriften werden wie folgt korrigiert:
„12 Abs. 1 Z 4 1. und 2. Fall TNRSG iVm § 13c Abs. 1 und Abs. 2 Z 1 TNRSG iVm § 9 Abs. 1 VStG“

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verfahrens reduziert sich auf 20 Euro.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem im Rubrum genannten Straferkenntnis machte die belangte Behörde dem Bf folgende Vorwürfe und sprach Strafen aus:

„[…]
1. Datum/Zeit: 28.03.2023, 10:30 Uhr
Ort: C-Strasse, A__

Sie haben es als gemäß § 9 Absatz 1 VStG als zur Vertretung nach außen Berufener der A__ mit Firmensitz in C-Strasse, verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass am Standort in C-Strasse, die Vorschriften der Verordnung (EG) Nr. 852/2004 über Lebensmittelhygiene nicht eingehalten worden sind. Dies wurde anlässlich einer Kontrolle gemäß § 35 LMSVG am 28.03.2023 um 10:30 Uhr festgestellt.

- Lebensmittelabfälle, ungenießbare Nebenerzeugnisse und andere Abfälle werden nicht entsprechend gelagert.
- Lebensmittelabfälle, ungenießbare Nebenerzeugnisse und andere Abfälle werden nicht in verschließbaren Behältern gelagert, sie werden unter anderem in Müllsacken gelagert, diese Müllsäcke wurden von Ratten angefressen.
- In den verschließbaren Behältern werden zu große Mengen Lebensmittelabfälle gelagert, dass entsprechendes Verschließen nicht mehr möglich ist.
- In der Gewerbeabfalltonne wurde eine lebende Ratte und in einer der Biomülltonnen wurde eine tote Ratte vorgefunden.
- Im Hof, wo Lebensmittelabfälle, ungenießbaren Nebenerzeugnisse und andere Abfälle gelagert werden, konnten zeitgleich mindestens 5 Ratten wahrgenommen werden. Dies wurde auch mit einer Lichtbildaufnahme festgehalten.

Lebensmittelabfälle, ungenießbare Nebenerzeugnisse und andere Abfälle sind in verschließbaren Behältern zu lagern, es sei denn, die Lebensmittelunternehmer können der zuständigen Behörde gegenüber nachweisen, dass andere Behälterarten oder andere Entsorgungssysteme geeignet sind. Diese Behälter müssen angemessen gebaut sein, einwandfrei instandgehalten sowie leicht zu reinigen und erforderlichenfalls leicht zu desinfizieren sein.
Es sind geeignete Vorkehrungen für die Lagerung und Entsorgung von Lebensmittelabfällen, ungenießbaren Nebenerzeugnissen und anderen Abfällen zu treffen. Abfallsammelräume müssen so konzipiert und geführt werden, dass sie sauber und erforderlichenfalls frei von Tieren und Schädlingen gehalten werden können.
Alle Abfälle sind nach geltendem Gemeinschaftsrecht hygienisch einwandfrei und umweltfreundlich zu entsorgen und dürfen Lebensmittel weder direkt noch indirekt kontaminieren.

2. Datum/Zeit: 28.03.2023, 10:30 Uhr
Ort: C-Strasse, A__

Sie haben entgegen § 12 Abs. 1 Z 4 TNRSG, wonach 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 für Zigaretten, Wasserpfeifen und verwandte

Erzeugnisse gilt, als Inhaberin des Gastgewerbebetriebes, A__, in C-Strasse, am 28.03.2023 um 10:30 Uhr insofern entgegen § 13c Abs. 1 leg. cit. nicht dafür Sorge getragen, dass in diesem Raum/diesen Räumen keine Zigaretten, Wasserpfeifen bzw. keine verwandten Erzeugnisse geraucht wurden, da im Küchenbereich ein Aschenbecher mit Zigarettenstummeln vorgefunden wurde und Rauchgeruch wahrgenommen werden konnte.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. § 4 Abs 1 LMSVG BGBl Nr 13/2006 idgF iVm Anh II Kap VI Z2, Z3, Z4 VO (EG) Nr. 852/2004 idgF
2. § 14 Abs. 4 i. V. m. § 12 Abs. 1 Z 4 und Abs. 5 i.V.m. § 13c 1 TNRSG BGBl. Nr. 431/1995 idgF

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

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
1. € 2.500,00	3 Tage(n) 0 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 90 Abs 3 Zi 1 LMSVG BGBl Nr 13/2006 idgF
2. € 500,00	3 Tage(n) 12 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 14 Abs. 4 erster Strafsatz Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz (TNRSG), BGBl. Nr. 431/1995 i.d.g.F.

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
€ 300,00 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 € 3.300,00

Die angeführte Firma haftet für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlich Beauftragten verhängten Geldstrafe, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten im angeführten Ausmaß zur ungeteilten Hand. [...]“

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf mit Schreiben vom 14. November 2023 rechtzeitig Beschwerde in welcher er - teilweise verweisend auf eine im Akt erliegende Stellungnahme - auf das Wesentliche zusammengefasst darlegte, dass sich in den vorgefundenen Säcken keine Lebensmittelabfälle befunden hätte, sondern diese der Ausmistung der Räumlichkeiten und des Partykellers entstammten. Es habe sich um eine vorübergehende Lagerung bis zur Entsorgung im ASZ gehandelt. Man sei sich bewusst, dass die Lagerung nicht den Auflagen

entsprochen habe und habe die Mitarbeiter entsprechend eingeschult und auf die Fehler hingewiesen.
Ein Verstoß gegen das Rauchverbot liege nicht vor. Es sei im Außenbereich geraucht und der Aschenbecher im Innenbereich abgestellt worden.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt am 11. Jänner 2024 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorliegenden Akt und öffentliche mündliche Verhandlung in welcher das Lebensmittelaufsichtsorgan vernommen wurde. Der Bf und die Behörde erschienen nicht zur Verhandlung.

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

Das Lebensmittelaufsichtsorgan hat am 28. März 2023, 10:30 Uhr in C-Strasse, in einem Restaurant, welches von der A__ betrieben wurde, die unter Spruchpunkt 1. festgestellten Zustände (Müll, Ratten etc.) festgestellt.
Die Behörde hat dem Bf den unter Punkt I.1. dargestellten Vorwurf gemacht (Spruchpunkt 1. des angefochtenen Straferkenntnisses).

Personen, die sich in der Küche des Restaurants aufgehalten haben, haben dort zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt geraucht und die Zigaretten ausgedämpft als das Lebensmittelaufsichtsorgan erschien.

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem abgeführten Beweisverfahren, hinsichtlich des Spruchpunktes 1. aus dem angefochtenen Straferkenntnis.

Die Feststellung des Rauchens ergibt sich primär aus den Darstellungen des Lebensmittelaufsichtsorganes welches glaubwürdig angegeben hat, dass die Zigaretten anlässlich seiner Ankunft ausgedämpft wurden und frischer Zigarettenrauch in der Küche wahrnehmbar gewesen sei. Es ist dem vernommenen Zeugen, der früher selbst Raucher war, zuzutrauen, zu erkennen, ob es sich um frischen Zigarettenrauch oder um kalten Rauch handelt. In Zusammenschau ist angesichts des Vorhandenseins ausgedämpfter Zigaretten und frischen Zigarettenrauchs zu schließen, dass am Tatort geraucht wurde. Zudem hätte der Zeuge, der seine Amtshandlung zunächst im Hof geführt hat, rauchende Personen im Hof wahrgenommen, was nicht der Fall war. Für die Darstellung des Zeugen, der zum Ausdruck gebracht hat, er habe die Personen im Lokal quasi überrascht, spricht im Übrigen das Foto im Akt, welches neben den ausgedämpften Zigaretten Kaffee mit

frischer Crema zeigt, woraus sich ergibt, dass dieser gerade frisch zubereitet worden war. Vor allem aus dem Umstand, dass der Zeuge keine Personen im Hof gesehen hat, ergibt sich zweifelsfrei, dass nicht dort, sondern im Lokal geraucht wurde.

III. Rechtsgrundlagen:

III.1. Wesentliche anzuwendende Bestimmungen

a) § 4 Abs. 1 LMSVG, BGBl. I Nr. 13/2006 idF BGBl. I Nr. 51/2017, lautet:

Vollziehung von Verordnungen der Europäischen Union

§ 4. (1) Die in der Anlage genannten unmittelbar anwendbaren Rechtsakte der Europäischen Union sind samt Änderungsrechtsakten, delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten im Rahmen dieses Bundesgesetzes zu vollziehen. […]

b) § 90 Abs. 3 Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz (LMSVG), BGBl. I Nr. 13/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. BGBl. I Nr. 256/2021, lautet:

§ 90.
[…]
(3) Wer
1. den in der Anlage genannten unmittelbar anwendbaren Rechtsakten der Europäischen Union samt Änderungsrechtsakten, delegierten Rechtsakten und Durchführungsrechtsakten oder den näheren Vorschriften zur Durchführung dieser Rechtsakte gemäß § 4 Abs. 3 oder § 15 zuwiderhandelt,
2. den Bestimmungen einer auf Grund der §§ 6, 7 Abs. 1, 9 Abs. 2, 10 Abs. 7 oder 8, der §§ 11, 12, 13, 14, 19, 20, 34, 47 Abs. 2, 53 Abs. 7 oder 57 Abs. 1 erlassenen Verordnung zuwiderhandelt,
3. den Bestimmungen der in den §§ 96 und 97 angeführten Rechtsvorschriften zuwiderhandelt,

(Anm.: Z 4 aufgehoben durch Z 19, BGBl. I Nr. 51/2017)
begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach anderen Vorschriften einer strengeren Strafe unterliegt, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit Geldstrafe bis zu 35 000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 70 000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit mit Ersatzfreiheitsstrafe bis zu sechs Wochen zu bestrafen. […]

c) Anl. 1 Teil 2 Z 1 des Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetzes (LMSVG), BGBl. I Nr. 13/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. BGBl. II Nr. 289/2022, lautet:

Verordnungen der Europäischen Union gemäß § 4 Abs. 1
Teil 2

1. Verordnung (EG) Nr. 852/2004 über Lebensmittelhygiene (ABl. Nr. L 139 vom 30. April 2004 S. 1 in der Fassung der Berichtigung ABl. Nr. L 226 vom 25. Juni 2004);

d) Die relevanten Bestimmungen der VERORDNUNG (EG) Nr. 852/2004 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 29. April 2004 über Lebensmittelhygiene lauten:

Artikel 4
Allgemeine und spezifische Hygienevorschriften

(1) Lebensmittelunternehmer, die in der Primärproduktion tätig sind und die in Anhang I aufgeführten damit zusammenhängenden Vorgänge durchführen, haben die allgemeinen Hygienevorschriften gemäß Anhang I Teil A sowie etwaige spezielle Anforderungen der Verordnung (EG) Nr. 853/2004 zu erfüllen
(2) Lebensmittelunternehmer, die auf Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen von Lebensmitteln tätig sind, die den Arbeitsgängen gemäß Absatz 1 nachgeordnet sind, haben die allgemeinen Hygienevorschriften gemäß Anhang II sowie etwaige spezielle Anforderungen der Verordnung (EG) Nr. 853/2004 zu erfüllen.

ANHANG II

ALLGEMEINE HYGIENEVORSCHRIFTEN FÜR ALLE LEBENSMITTELUNTERNEHMER (AUSGENOMMEN UNTERNEHMEN, FÜR DIE ANHANG I GILT)

EINLEITUNG

Die Kapitel V bis XII gelten für alle Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen von Lebensmitteln; für die übrigen Kapitel gilt Folgendes: […]

KAPITEL VI
LEBENSMITTELABFÄLLE

1. Lebensmittelabfälle, ungenießbare Nebenerzeugnisse und andere Abfälle müssen so rasch wie möglich aus Räumen, in denen mit Lebensmitteln umgegangen wird, entfernt werden, damit eine Anhäufung dieser Abfälle vermieden wird.
2. Lebensmittelabfälle, ungenießbare Nebenerzeugnisse und andere Abfälle sind in verschließbaren Behältern zu lagern, es sei denn, die Lebensmittelunternehmer können der zuständigen Behörde gegenüber nachweisen, dass andere Behälterarten oder andere Entsorgungssysteme geeignet sind. Diese Behälter müssen angemessen gebaut sein, einwandfrei instand gehalten sowie leicht zu reinigen und erforderlichenfalls leicht zu desinfizieren sein.
3. Es sind geeignete Vorkehrungen für die Lagerung und Entsorgung von Lebensmittelabfällen, ungenießbaren Nebenerzeugnissen und anderen Abfällen zu treffen. Abfallsammelräume müssen so konzipiert und geführt werden, dass sie sauber und erforderlichenfalls frei von Tieren und Schädlingen gehalten werden können.

4. Alle Abfälle sind nach geltendem Gemeinschaftsrecht hygienisch einwandfrei und umweltfreundlich zu entsorgen und dürfen Lebensmittel weder direkt noch indirekt kontaminieren. […]“

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

„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.

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.
[…]“

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. Spruchpunkt 1.

IV.1.1. Falscher Vorwurf/Spruchmangel

Dem vorliegenden Straferkenntnis ist zu entnehmen, dass die Behörde einen Verstoß gegen einen Anhang der zugrundeliegenden Rechtsvorschrift der EU, der VO (EG) Nr. 852/2004, ahnden will.

Im Zitat der verletzten Rechtsvorschriften zitiert sie dabei § 4 Abs. 1 LMSVG, jene Vorschrift des LMSVG, die darlegt, dass die in Anlage 1 des LMSVG genannten unmittelbar anwendbaren Rechtsvorschriften der EU im Rahmen des LMSVG zu vollziehen sind.
Dabei handelt es sich um eine zuständigkeitsbegründende Vorschrift, die zum Ausdruck bringt, dass die Behörden, die das LMSVG vollziehen, auch die genannten EU-Vorschriften zu vollziehen haben. § 4 Abs. 1 LMSVG richtet sich also an die Behörden, nicht an den Rechtsunterworfenen, weshalb gegen diese Vorschrift vom Rechtsunterworfenen auch nicht verstoßen werden kann.
Es ist in diesem Zusammenhang auch zu bemerken, dass ein Verstoß gegen einen Anhang einer EU-Verordnung, der regelmäßig konkretisierenden und die Verordnung ausführenden Charakter hat, in der Regel in Zusammenhang mit einer im Hauptteil der EU Vorschrift, vor allem aber in Zusammenhang mit jenen Bestimmungen der Verordnung vorliegen kann, die sich an eine bestimmte Personengruppe richten und für diese bestimmte Personengruppe bestimmte Pflichten vorsehen. Die ggst. Verordnung richtet sich gemäß ihrem Kapitel II an Lebensmittelunternehmer, wobei sie in Art. 4 zwischen Lebensmittelunternehmern, die in der Primärproduktion (Abs. 1) tätig sind und solchen, die auf Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen von Lebensmitteln tätig sind. Aus der Überschrift des Anhangs II ergibt sich zudem, dass dieser für alle Lebensmittelunternehmer, ausgenommen jene Unternehmen, für die Anhang I gilt, Gültigkeit hat. In der Einleitung wird dargelegt, dass die Kapitel V bis XII für

alle Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen von Lebensmitteln gelten und für die übrigen Kapitel weiteres gilt.

Die Verordnung richtet sich sohin nicht an jedermann. Sondern an Lebensmittelunternehmer und wird innerhalb der Verordnung weiter differenziert, an welche Lebensmittelunternehmer.

Um den Bf vor Doppelbestrafung zu schützen ist es erforderlich, im Spruch zunächst die besonderen Tätermerkmale bzw. Eigenschaften des Beschuldigten, bezogen auf den korrekten Tatbestand darzustellen. Als notwendiges Tatbildmerkmal in der Anlastung wäre zu berücksichtigen gewesen, welches der subjektive Tatanknüpfungspunkt gewesen ist. Demnach wäre es jedenfalls erforderlich gewesen, dem Bf vorzuwerfen, dass das Unternehmen, für das er haftet eine Lebensmittelunternehmerin ist, die auf Produktions-, Verarbeitungs- und Vertriebsstufen von Lebensmitteln tätig ist.

Demgemäß handelt es sich um ein ganz wesentliches im Spruch zu benennendes Tatbestandsmerkmal, dass die Tat von einem Lebensmittelunternehmer begangen wird, weil die zugrundeliegende Verordnung nur Lebensmittelunternehmer adressiert und nicht jedermann.

Der vorliegende Spruch und sämtliche vorangegangene Verfolgungshandlungen erwähnen immer nur, dass es sich um die A__ gehandelt habe, nicht aber, dass die Vorkommnisse in einem Gastronomiebetrieb bzw. einem Restaurant stattgefunden haben. Insbesondere wurde im Spruch (aber auch nicht in der Begründung des Straferkenntnisses) dargelegt, dass die A__ Lebensmittelunternehmerin ist.

Es fehlt dem Spruch also am wesentlichsten subjektiven Anknüpfungspunkt für die Tat.

IV.1.2. Anlastung:

Eine (die Verfolgungsverjährung nach § 31 VStG unterbrechende) Verfolgungshandlung nach § 32 Abs. 2 VStG ist auf eine bestimmte physische Person als Beschuldigten, auf eine bestimmte Tatzeit, den ausreichend zu konkretisierenden Tatort und sämtliche Tatbestandselemente der durch die Tat verletzten Verwaltungsvorschriften iSd § 44a Z 2 VStG zu beziehen; (VwGH 21.10.2014, Ra 2014/03/0006;).

„Die Umschreibung der Tat hat – bereits im Spruch und nicht erst in der Bescheidbegründung (VwSlg 17.326 A/2007; VwGH 01.07.2010, 2008/09/0149) – so präzise zu sein, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wahren kann und er nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist (z.B. VwSlg.

11.894 A/1985; VwGH 12.03.2010, 2010/17/0017; 17.04.2012, 2010/04/0057), sie muss mithin die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens erforderlich sind, ermöglichen (vgl. VwGH 20.07.1988, 86/01/0258; 31.01.2000, 97/10/0139; s. auch VwGH 06.11.2012, 2012/09/0066 [AuslBG]) und sie darf keinen Zweifel daran bestehen lassen, wofür der Täter bestraft worden ist (VwGH 23.04.2008, 2005/03/0243). Andererseits dürfen bei der Angabe der als erwiesen angenommenen Tat auch keine Verhaltensweisen mitumfasst werden, die nicht der verletzten Verwaltungsvorschrift iSd § 44 a Z 2 unterliegen (vgl. VwGH 24.04.2008, 2007/07/0124). (*Fister* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 44 a Rz 2)."

Die Tat ist dabei so eindeutig zu umschreiben, dass kein Zweifel besteht, wofür der Täter zur Verantwortung gezogen wird. Diesen Anforderungen ist dann entsprochen, wenn die Tat dem Täter in so konkreter Umschreibung vorgeworfen wird, dass dieser in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, und der Beschuldigte rechtlich davor geschützt ist, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden (VwGH 25.02.2003, 2001/10/0257).

„[…] Es bedarf zufolge § 44a Z 1 VStG bereits im Spruch der Anführung aller wesentlichen Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens und damit für die Subsumtion der Tat unter die dadurch verletzte Verwaltungsvorschrift erforderlich sind. Wird die Anführung eines wesentlichen Tatbestandselementes im Spruch unterlassen, kann dies auch nicht durch eine entsprechende Begründung ersetzt werden (vgl. VwGH 24.4.2015, 2011/17/0201, 0202).[…]" (VwGH 03.11.2021, Ra 2020/10/0076)

Die belangte Behörde macht dem Bf - aufgrund des Fehlens eines wesentlichen Tatbestandsmerkmals - daher im Ergebnis einen falschen Tatvorwurf, weil sie ihm eine Tat vorwirft, für die nur Lebensmittelunternehmer zur Verantwortung gezogen werden können, sie dem Bf aber nicht vorwirft (bzw. sie nicht feststellt), dass er bzw. das Unternehmen Lebensmittelunternehmer ist.

IV.1.3. Sache des Beschwerdeverfahrens

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist eine Präzisierung der rechtlichen Grundlage der Bestrafung (Angabe der verletzten Verwaltungsbestimmung und angewendeten Strafnorm) zulässig, wenn es nicht zu einem Austausch der Tat durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalts kommt (vgl. VwGH 17.02.2016, Ra 2016/04/0006; VwGH 08.03.2017, Ra 2016/02/0226).

Eine Befugnis der Verwaltungsgerichte zur Ausdehnung des Gegenstands des Verfahrens über die Sache des Verwaltungsstrafverfahrens im Sinn des § 50 VwGVG hinaus besteht nicht. Beispielsweise stellt die Ausdehnung des Tatzeitraumes erst im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht weiterhin (wie früher im Berufungsverfahren) eine unzulässige Erweiterung des Tatvorwurfs und der Sache des Verfahrens im Sinn des § 50 VwGVG dar (vgl. näher VwGH 05.11.2014, Ra 2014/09/0018).

Sache des Verwaltungsstrafverfahrens ist die dem Beschuldigten innerhalb der Verjährungsfrist zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhaltselementen unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung (vgl. etwa VwGH 08.11.2000, 99/04/0115).

Zu einer Abänderung des Tatvorwurfs ist das Verwaltungsgericht unabhängig vom Ablauf der Verfolgungsverjährungsfrist und unabhängig davon, ob eine Verfolgung in Bezug auf einen erweiterten Tatvorwurf grundsätzlich noch möglich wäre, nicht befugt, weil dieser erweiterte Tatvorwurf jedenfalls nicht Sache des Beschwerdeverfahrens ist (vgl. instruktiv VwGH 08.03.2017, Ra 2016/02/0226 RN 10).

Vorliegend wurde dem Bf während der aufrechten Verjährungsfrist nicht vorgeworfen, Lebensmittelunternehmer zu sein und müsste das Verwaltungsgericht dem Bf insofern einen neuen Vorwurf unter Einbeziehung des Tatbestandsmerkmals des „Lebensmittelunternehmers“ machen. Dies würde zu einer Auswechslung der Tat führen.

Eine Auswechslung des Vorwurfs kommt im Übrigen schon angesichts der längst eingetretenen Verfolgungsverjährung nicht in Betracht.

Deshalb ist Spruchpunkt 1. aufzuheben und das Strafverfahren mangels korrekter Anlastung einer strafbaren Verwaltungsübertretung (Tat ist nur strafbar, wenn sie von einem Lebensmittelunternehmer begangen wird) gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 bzw. 2 VStG iVm § 38 VwGVG einzustellen.

IV.2. Spruchpunkt 2.

IV.2.1. Objektiver Tatbestand

Gemäß § 12 Abs. 1 Z 4 TNRSG herrscht 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.

„Das Rauchverbot gemäß § 12 Abs. 1 Z 4 TNRSG 1995 herrscht in den betreffenden Räumlichkeiten - wie die Materialien (RV 672 BlgNR 25. GP, 1 ff) belegen - u.a. zwecks

Vermeidung einer vom Gesetzgeber als gesundheitsgefährdend erachteten ‚Drittrauch-Exposition' bzw. zur Vermeidung von ‚kaltem' Rauch ganz allgemein und uneingeschränkt. […]" (VwGH 22.01.2024, Ra 2023/11/0122)

Gemäß § 13c Abs. 1 TNRSG haben Inhaber von Räumen und Einrichtungen gemäß § 12, also insbesondere auch Räumen für die Herstellung und Verarbeitung von Speisen für die Einhaltung der Bestimmungen des § 12 Sorge zu tragen.

Jeder Inhaber hat gemäß Abs. 2 par. cit. insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass in einem Raum oder einer Einrichtung gemäß § 12 Abs. 1 TNRSG nicht geraucht wird.

Nach den Feststellungen haben zum Tatzeitpunkt Personen in der Küche des angesprochenen Gastronomiebetriebs Zigaretten geraucht. Es wurde daher seitens der Inhaberin des Lokals, der A__ nicht dafür Sorge getragen, dass nicht geraucht wurde. Der objektive Tatbestand der aus dem Spruch ersichtlichen verletzten Normen ist daher erfüllt. Der Bf haftet dafür als unbeschränkt haftender Gesellschafter der OG gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich.

IV.2.2. Subjektive Vorwerfbarkeit

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 Sachverhaltsebene bestritten.

Der Bf konnte die gesetzliche Vermutung des § 5 Abs. 1 S 2 VStG daher nicht entkräften.

IV.2.3. Strafbemessung

IV.2.3.1. Nach dem Aktenstand ist der Bf unbescholten, weshalb ihm ein wesentlicher Milderungsgrund zugutekommt.
Der Bf gab, von der Behörde unbestritten, ein Einkommen von 1.000 Euro an. Die Behörde ging von einem Einkommen von 1.800 Euro aus.

Unabhängig vom Einkommen erscheint eine Geldstrafe von einem Viertel der Strafdrohung für einen fahrlässigen Ersttäter als zu hoch.

Insbesondere aus spezialpräventiver Sicht erscheint eine besonders hohe Strafe nicht mehr als erforderlich zumal der Betrieb des Lokals eingestellt worden zu sein scheint und das Unternehmen bereits gelöscht ist.
Aus generalpräventiven Gründen ist eine dennoch spürbare Strafe erforderlich um den Tatbestand nicht unter zu bewerten und der Bevölkerung vor Augen zu führen, dass Verstöße gegen Rauchverbote nach dem TNRSG keine Kavaliersdelikte sind.

Angesichts des geringen angegeben Einkommens erscheint eine Strafe von 200 Euro und 34 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe geeignet und ausreichend um den Bf von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten.

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 07.04.2017, Ra 2016/02/0245, mit Vorjudikatur).

Eine Spruchkorrektur konnte hinsichtlich Punkt 2. Des angefochtenen Straferkenntnisses erfolgen, zumal im Spruch der behördlichen Erledigung aller erforderlichen Tatbestandsmerkmale enthalten waren und insofern während der aufrechten Verfolgungsverjährungsfrist vorgeworfen wurden. Allerdings war eine Klarstellung in Bezug auf die Rolle des Bf in der OG erforderlich und waren alle nicht erforderlichen Elemente des Spruchs aus diesem zu entfernen.
Im Ergebnis war die Beschwerde daher im Punkt der Schuld als unbegründet abzuweisen und die Strafe spruchgemäß zu reduzieren.

IV.3. Bei diesem Ergebnis ist dem Bf gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren kein Beitrag zu den Kosten vorzuschreiben. Der Kostenbeitrag im behördlichen Verfahren reduziert sich auf 10 % der nunmehr verhängten Strafe.

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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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 e

1. 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