

TE Vwgh Erkenntnis 2011/7/15 2011/11/0059

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.07.2011

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
19/05 Menschenrechte;
40/01 Verwaltungsverfahren;
82/02 Gesundheitsrecht allgemein;

Norm

MRK Art6;
TabakG 1995 §13;
TabakG 1995 §13a Abs1;
TabakG 1995 §13a Abs2;
TabakG 1995 §13a;
TabakG 1995 §13c Abs2 Z4;
VStG §44a Z1;
VStG §51e Abs3;
VStG §51e;
VwGG §42 Abs2 Z1;
VwGG §42 Abs2 Z3 litc;
VwRallg;

1. VStG § 44a heute
2. VStG § 44a gültig ab 01.02.1991

1. VStG § 51e gültig von 20.04.2002 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 33/2013
2. VStG § 51e gültig von 01.01.2002 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
3. VStG § 51e gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
4. VStG § 51e gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 620/1995
5. VStG § 51e gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

1. VStG § 51e gültig von 20.04.2002 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 33/2013
2. VStG § 51e gültig von 01.01.2002 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
3. VStG § 51e gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
4. VStG § 51e gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 620/1995
5. VStG § 51e gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
6. VwGG § 42 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gall und die Hofräte Dr. Schick, Dr. Grünstäudl und Mag. Samm sowie die Hofrätin Dr. Pollak als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Trefil, über die Beschwerde der H S in W, vertreten durch Dr. Clemens Oppolzer, Rechtsanwalt in 1080 Wien, Albertgasse 33, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien vom 26. November 2010, Zl. UVS-04/G/48/7821/2010-5, betreffend Übertretung des Tabakgesetzes (weitere Partei: Bundesminister für Gesundheit), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.römisch eins.

1.1. Mit Straferkenntnis des Magistrats der Stadt Wien vom

21. Juli 2010 wurde der Beschwerdeführerin Folgendes angelastet:

"Sie haben als Inhaberin eines Gastgewerbes ('Pizzeria F') in Wien 22, W Straße 154, insofern gegen die Obliegenheiten betreffend den Nichtraucherchutz gemäß 13c des Tabakgesetzes verstoßen, als am 21.1.2010, der Nichtraucherraum Ihres Lokales, welcher sich im Kellergeschoß befindet, nicht vom Raucherraum, welcher sich im Erdgeschoß befindet, abgetrennt war, und somit nicht gewährleistet war, dass der Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Raum dringen konnte, was bei einer Überprüfung der MA 36 festgestellt worden war.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 14 Abs. 4 in Verbindung mit § 13c Abs. 1 Z. 3 und Abs. 2 Z. 4 Tabakgesetz; BGBl. Nr. 431/1995, in der geltenden Fassung Paragraph 14, Absatz 4, in Verbindung mit Paragraph 13 c, Absatz eins, Ziffer 3, und Absatz 2, Ziffer 4, Tabakgesetz; Bundesgesetzblatt Nr. 431 aus 1995,, in der geltenden Fassung

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von EUR 500,00, falls diese uneinbringlich ist,

Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen 11 Stunden,

..."

1.2. In der Begründung legte die Erstbehörde dar, aus einer Überprüfung der MA 36 gehe hervor, dass am 21. Jänner 2010 der Nichtraucherraum, der sich im Keller befinde, nicht vom Raucherraum, der sich im Erdgeschoss befinde, abgetrennt gewesen sei und somit nicht gewährleistet gewesen sei, dass der Rauch (gemeint: nicht) in den Nichtraucherraum dringen könne.

Die Beschwerdeführerin habe vorgebracht, nach einem bereits erfolgten Umbau des Lokals könne zum jetzigen Zeitpunkt nicht nachträglich eine Tür eingebaut werden, weil sonst der Fluchtweg versperrt wäre. Der Treppenabgang

sei jedoch lange genug (sieben bis acht Meter), um auszuschließen, dass Rauch aus dem Erdgeschoß in den Nichtraucherbereich im Kellergeschoss dringen könne. In der Betriebsanlage würden zudem Erd- und Kellergeschoss mit eigenen Be- und Entlüftungsanlagen betrieben.

Dies ändere jedoch nichts daran, so die Erstbehörde weiter, dass im Gastbetrieb der Nichtraucherraum mit dem Raucherraum in offener Verbindung gestanden sei, und dass der Rauch ungehindert in den Nichtraucherraum habe dringen können, weshalb dem Tabakgesetz nicht entsprochen worden sei.

2. In der gegen den Erstbescheid erhobenen Berufung wandte die Beschwerdeführerin unter anderem ein, es sei im Rahmen eines Betriebsanlagengenehmigungsverfahrens festgestellt worden, dass der Treppenabgang, der die Verbindung zwischen den beiden Räumen darstelle, ausreichend lang sei (sieben bis acht Meter), um als bauliche Trennung zu gelten. Aus diesem Grund müsse keine Türe eingebaut werden, solches wäre unter Berücksichtigung der Fluchtsituation auch gar nicht durchführbar.

Zum Vorwurf, es sei nicht gewährleistet, dass der Tabakrauch nicht vom Raucherbereich in den Nichtraucherbereich gelangen könne, verweise sie darauf, dass alle Räume mit eigenen Be- und Entlüftungsanlagen ausgestattet seien, außerdem befinde sich der Raucherbereich über dem Nichtraucherbereich, sodass Rauch, der "bekanntlich nach oben" aufsteige, keinesfalls vom Raucherbereich in den Nichtraucherbereich gelangen könne.

3.1. Im Berufungsverfahren richtete die belangte Behörde zunächst einen Vorhalt an die Beschwerdeführerin, "eine formale und auch inhaltliche Vorprüfung" habe ergeben, dass der Berufung "dem Grunde nach keine Erfolgsaussichten zukommen". Dieser blieb von der Beschwerdeführerin unbeantwortet. Daraufhin veranlasste die belangte Behörde die Erstattung einer Stellungnahme zur Berufung seitens der Erstbehörde. Diese verwies auf ein durchgeführtes Betriebsanlagenverfahren und legte diesbezügliche Verhandlungsschriften vom 24. Juni 2009 und 21. Jänner 2010 sowie einen Bescheid vom 17. Februar 2010 über die Änderung der Betriebsanlage vor.

3.2. Nach einer (wiederum erfolglos gebliebenen) neuerlichen Aufforderung der belangten Behörde an die Beschwerdeführerin, "eine Zurückziehung ihrer Berufung in Erwägung zu ziehen", wies die belangte Behörde mit dem nun angefochtenen Bescheid - ohne Durchführung einer mündlichen Berufungsverhandlung und ohne weitere Beweisaufnahme - die Berufung als unbegründet ab.

3.3. In der Begründung gab die belangte Behörde - auszugsweise - das erstinstanzliche Straferkenntnis und (zusammengefasst) die Berufung wieder und führte weiter aus, im Verwaltungsstrafakt befinde sich ein Aktenvermerk über einen Ortsaugenschein vom 25. Jänner 2010, wonach u.a. "eine räumliche Trennung der beiden Verabreichungsräume auf verschiedenen Ebenen fehlt". Die in diesem Aktenvermerk festgestellte räumliche Situation sei "bis dato nicht bestritten" worden.

Die belangte Behörde folgerte:

"Es ergibt sich somit, dass die 'Pizzeria F' eine Betriebsanlage darstellt, die über mehr als eine für die Verabreichung von Speisen und Getränken dienende Räumlichkeit verfügt, nämlich über zwei Räume über zwei Ebenen. Es sind also im Betrieb zwei Räume, also dreidimensional eingegrenzte Bereiche vorhanden, in welchen Speisen oder Getränke verabreicht werden. Eine bauliche Raumtrennung besteht in Hinsicht Verabreichung von Speisen oder Getränken nicht. Der sich auf der tiefer liegenden Ebene befindliche Nichtraucherbereich ist jedoch baulich/räumlich nicht von der Raucherzone getrennt. Somit stellt weder die Nichtraucherzone noch die Raucherzone einen eigenen Raum dar."

Nach einer Wiedergabe der maßgebenden Bestimmungen des Tabakgesetzes führte die belangte Behörde schließlich Folgendes aus:

"Im Hinblick darauf, dass der verfahrensgegenständliche Gastgewerbebetrieb wie festgestellt über zwei Räume für die Verabreichung von Speisen und Getränken verfügt, in welchen beiden das Rauchen gestattet ist, kommt der Einrichtung eines Nichtraucherbereiches in einem der beiden Räume (nämlich im tiefer gelegenen) keine rechtliche Relevanz zu. Die Ausnahmebestimmung des § 13a Abs 2 Tabakgesetz kommt somit nicht zur Anwendung. Schließlich konnte (die Beschwerdeführerin) auch nicht die Übergangsbestimmung des § 18 Abs 6 Tabakgesetz lukrieren, weil der Betrieb über mehr als einen Raum verfügt (§ 18 Abs 7 Z 1 Tabakgesetz), weshalb auch auf ein allfällig einzureichendes Umbauansuchen nicht weiter einzugehen war, zumal ein 'gesonderter Raum' ja schon vorhanden ist und nicht erst geschaffen werden müsste (siehe § 18 Abs 7 Z 3 Tabakgesetz)." Im Hinblick darauf, dass der verfahrensgegenständliche Gastgewerbebetrieb wie festgestellt über zwei Räume für die Verabreichung von Speisen und Getränken verfügt, in

welchen beiden das Rauchen gestattet ist, kommt der Einrichtung eines Nichtraucherbereiches in einem der beiden Räume (nämlich im tiefer gelegenen) keine rechtliche Relevanz zu. Die Ausnahmebestimmung des Paragraph 13 a, Absatz 2, Tabakgesetz kommt somit nicht zur Anwendung. Schließlich konnte (die Beschwerdeführerin) auch nicht die Übergangsbestimmung des Paragraph 18, Absatz 6, Tabakgesetz lukrieren, weil der Betrieb über mehr als einen Raum verfügt (Paragraph 18, Absatz 7, Ziffer eins, Tabakgesetz), weshalb auch auf ein allfällig einzureichendes Umbauansuchen nicht weiter einzugehen war, zumal ein 'gesonderter Raum' ja schon vorhanden ist und nicht erst geschaffen werden müsste (siehe Paragraph 18, Absatz 7, Ziffer 3, Tabakgesetz).

Die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der (der Beschwerdeführerin) zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen erweist sich daher als gegeben; technische Vorrichtungen luftreinigender Art mögen daran nichts ändern."

4. Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin zunächst Beschwerde gemäß Art. 144 Abs. 1 B-VG vor dem Verfassungsgerichtshof. 4. Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin zunächst Beschwerde gemäß Artikel 144, Absatz eins, B-VG vor dem Verfassungsgerichtshof.

Dieser lehnte die Behandlung der Beschwerde mit Beschluss vom 1. März 2011, B 118/11-4, ab und trat sie gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung ab. Begründend wurde Folgendes ausgeführt: Dieser lehnte die Behandlung der Beschwerde mit Beschluss vom 1. März 2011, B 118/11-4, ab und trat sie gemäß Artikel 144, Absatz 3, B-VG dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung ab. Begründend wurde Folgendes ausgeführt:

"Die Beschwerde rügt die Verletzung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 EMRK und auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz. Die gerügten Rechtsverletzungen wären im vorliegenden Fall aber nur die Folge einer - allenfalls grob - unrichtigen Anwendung des einfachen Gesetzes. Spezifisch verfassungsrechtliche Überlegungen sind zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen nicht anzustellen. Die Sache ist auch nicht von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgeschlossen." Die Beschwerde rügt die Verletzung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf ein faires Verfahren gemäß Artikel 6, EMRK und auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz. Die gerügten Rechtsverletzungen wären im vorliegenden Fall aber nur die Folge einer - allenfalls grob - unrichtigen Anwendung des einfachen Gesetzes. Spezifisch verfassungsrechtliche Überlegungen sind zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen nicht anzustellen. Die Sache ist auch nicht von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgeschlossen.

Demgemäß wurde beschlossen, von einer Behandlung der Beschwerde abzusehen und sie gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG dem Verwaltungsgerichtshof abzutreten (§ 19 Abs. 3 Z 1 iVm § 31 letzter Satz VfGG). "Demgemäß wurde beschlossen, von einer Behandlung der Beschwerde abzusehen und sie gemäß Artikel 144, Absatz 3, B-VG dem Verwaltungsgerichtshof abzutreten (Paragraph 19, Absatz 3, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 31, letzter Satz VfGG)."

5. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzte die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde. Sie sieht sich in ihrem Recht verletzt, nicht ohne Vorliegen eines entsprechenden Tatbildes wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 14 Abs. 4 iVm § 13c Abs 1 Z 3 und Abs 2 Z 4 Tabakgesetz bestraft zu werden. 5. Im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzte die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde. Sie sieht sich in ihrem Recht verletzt, nicht ohne Vorliegen eines entsprechenden Tatbildes wegen einer Verwaltungsübertretung nach Paragraph 14, Absatz 4, in Verbindung mit Paragraph 13 c, Absatz eins, Ziffer 3 und Absatz 2, Ziffer 4, Tabakgesetz bestraft zu werden.

II. römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde nach Vorlage der Akten des Verwaltungsverfahrens - die belangte Behörde nahm von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand - in dem gemäß § 12 Abs. 3 VfGG gebildeten Senat erwogen: Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde nach Vorlage der Akten des Verwaltungsverfahrens - die belangte Behörde nahm von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand - in dem gemäß Paragraph 12, Absatz 3, VfGG gebildeten Senat erwogen:

1.1. Die maßgebenden Bestimmungen des Tabakgesetzes, BGBl. Nr. 431/1995 idF BGBl. I Nr. 120/2008 (TabakG), lauten - auszugsweise - wie folgt: 1.1. Die maßgebenden Bestimmungen des Tabakgesetzes, Bundesgesetzblatt Nr. 431 aus 1995, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 2008, (TabakG), lauten - auszugsweise - wie folgt:

"Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie

§ 13a. (1) Unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der §§ 12 und 13 gilt Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen Paragraph 13 a, (1) Unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der Paragraphen 12 und 13 gilt Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen

1. der Betriebe des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs. 1 Z 2 der Gewerbeordnung 1994 (GewO), BGBl. Nr. 194/1994, in der geltenden Fassung, 1. der Betriebe des Gastgewerbes gemäß Paragraph 111, Absatz eins, Ziffer 2, der Gewerbeordnung 1994 (GewO), Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1994,, in der geltenden Fassung,
2. der Betriebe des Gastgewerbes mit einer Berechtigung zur Beherbergung von Gästen gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 oder Abs. 2 Z 2 oder 4 der GewO, 2. der Betriebe des Gastgewerbes mit einer Berechtigung zur Beherbergung von Gästen gemäß Paragraph 111, Absatz eins, Ziffer eins, oder Absatz 2, Ziffer 2, oder 4 der GewO,
3. der Betriebe gemäß § 2 Abs. 9 oder § 111 Abs. 2 Z 3 oder 5 der GewO. 3. der Betriebe gemäß Paragraph 2, Absatz 9, oder Paragraph 111, Absatz 2, Ziffer 3, oder 5 der GewO.

1. (2) Absatz 2, Als Ausnahme vom Verbot des Abs. 1 können in Betrieben, die über mehr als eine für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeignete Räumlichkeit verfügen, Räume bezeichnet werden, in denen das Rauchen gestattet ist, wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird. Es muss jedoch der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehene Hauptraum vom Rauchverbot umfasst sein, und es darf nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze in Räumen gelegen sein, in denen das Rauchen gestattet wird. Als Ausnahme vom Verbot des Absatz eins, können in Betrieben, die über mehr als eine für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeignete Räumlichkeit verfügen, Räume bezeichnet werden, in denen das Rauchen gestattet ist, wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird. Es muss jedoch der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehene Hauptraum vom Rauchverbot umfasst sein, und es darf nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze in Räumen gelegen sein, in denen das Rauchen gestattet wird.
2. (3) Absatz 3, Das Rauchverbot gemäß Abs. 1 gilt ferner nicht, wenn nur ein für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeigneter Raum zur Verfügung steht, und Das Rauchverbot gemäß Absatz eins, gilt ferner nicht, wenn nur ein für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeigneter Raum zur Verfügung steht, und

1. der Raum eine Grundfläche von weniger als 50 m² aufweist, oder,
2. sofern der Raum eine Grundfläche zwischen 50 m² und 80 m² aufweist, die für eine Teilung des Raumes zur Schaffung eines gesonderten Raumes für den im Abs. 2 genannten Zweck erforderlichen baulichen Maßnahmen aufgrund einer rechtskräftigen Entscheidung der nach den bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtlichen Vorschriften zuständigen Behörde nicht zulässig sind. 2. sofern der Raum eine Grundfläche zwischen 50 m² und 80 m² aufweist, die für eine Teilung des Raumes zur Schaffung eines gesonderten Raumes für den im Absatz 2, genannten Zweck erforderlichen baulichen Maßnahmen aufgrund einer rechtskräftigen Entscheidung der nach den bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtlichen Vorschriften zuständigen Behörde nicht zulässig sind.

...

Obliegenheiten betreffend den Nichtraucherschutz

§ 13c. (1) Die Inhaber von Paragraph 13 c, (1) Die Inhaber von

...

3. Betrieben gemäß § 13a Abs. 1, 3. Betrieben gemäß Paragraph 13 a, Absatz eins,,

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

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

...

4. in den Räumen der Betriebe gemäß § 13a Abs. 1, soweit Rauchverbot besteht ... nicht geraucht wird; 4. in den Räumen der Betriebe gemäß Paragraph 13 a, Absatz eins,, soweit Rauchverbot besteht ... nicht geraucht wird;

...

Strafbestimmungen

§ 14. Paragraph 14,

...

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

..."

1.2. Die Erläuterungen (RV 610 BlgNR 23. GP) zur Novelle BGBl. I Nr. 120/2008, mit der § 13a TabakG geändert und §§ 13b und 13c TabakG eingefügt wurden, lauten auszugsweise: 1.2. Die Erläuterungen Regierungsvorlage 610, BlgNR 23. Gesetzgebungsperiode zur Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 2008,, mit der Paragraph 13 a, TabakG geändert und Paragraphen 13 b und 13 c TabakG eingefügt wurden, lauten auszugsweise:

"Problem

Maßnahmen zur Sicherstellung des Nichtraucher-schutzes in öffentlich zugänglichen Räumen zählen international als wichtige gesundheitspolitische Maßnahmen und sind Gegenstand von Empfehlungen und rechtsverbindlichen Vorgaben; das geltende Tabakgesetz beinhaltet zwar bereits Regelungen zum Schutz vor unfreiwilliger Tabakrauchexposition in Räumen öffentlicher Orte, nimmt allerdings die Gastronomie vom Nichtraucher-schutz bislang aus.

...

Zielsetzungen und Inhalt des Entwurfes:

Artikel I schlägt Änderungen bei den Nichtraucher-schutzbestimmungen im Tabakgesetz vor. Maßnahmen zur Sicherstellung des Nichtraucher-schutzes in öffentlich zugänglichen Gebäuden/Räumen zählen international zu den wichtigen gesundheitspolitischen Maßnahmen im Rahmen der Tabakkontrolle und sind Gegenstand von Empfehlungen und rechtsverbindlichen Vorgaben im internationalen und EU-Rahmen. ...Artikel römisch eins schlägt Änderungen bei den Nichtraucher-schutzbestimmungen im Tabakgesetz vor. Maßnahmen zur Sicherstellung des Nichtraucher-schutzes in öffentlich zugänglichen Gebäuden/Räumen zählen international zu den wichtigen gesundheitspolitischen Maßnahmen im Rahmen der Tabakkontrolle und sind Gegenstand von Empfehlungen und rechtsverbindlichen Vorgaben im internationalen und EU-Rahmen. ...

Mit der Novelle BGBl. I Nr. 167/2004 wurden die Nichtraucher-schutzmaßnahmen generell auf Räume öffentlicher Orte erstreckt, jedoch blieben die Gastronomie und bestimmte öffentliche Veranstaltungen bis dato von dem in Räumen öffentlicher Orte geltenden Rauchverbot ausgenommen. Die Gastronomiebereich soll nunmehr in Umsetzung des Übereinkommens der Regierungsparteien vom Jänner 2007 (Einbeziehung auch die Gastronomie in den gesetzlichen Nichtraucher-schutz, wobei 'abgetrennte Raucherzonen' gestattet sein sollen) in den tabakgesetzlichen Nichtraucher-schutz mit einbezogen werden, zumal immer mehr Studien auf die mit dem Passivrauchen einher gehenden Gesundheitsrisiken hinweisen. Mit der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 167 aus 2004, wurden die

Nichtraucherschutzmaßnahmen generell auf Räume öffentlicher Orte erstreckt, jedoch blieben die Gastronomie und bestimmte öffentliche Veranstaltungen bis dato von dem in Räumen öffentlicher Orte geltenden Rauchverbot ausgenommen. Die Gastronomiebereich soll nunmehr in Umsetzung des Übereinkommens der Regierungsparteien vom Jänner 2007 (Einbeziehung auch die Gastronomie in den gesetzlichen Nichtraucherschutz, wobei 'abgetrennte Raucherzonen' gestattet sein sollen) in den tabakgesetzlichen Nichtraucherschutz mit einbezogen werden, zumal immer mehr Studien auf die mit dem Passivrauchen einher gehenden Gesundheitsrisiken hinweisen.

...

Mit dem vorgeschlagenen § 13a, der die nach § 13 für Räume öffentlicher Orte bereits bestehende Nichtraucherschutzregelung ergänzt, wird künftig der gesamte umschlossene öffentliche Raum einschließlich der Gastronomie, ausgenommen jene Veranstaltungen, die nicht Räumen von Gebäuden, sondern im Rahmen von Zeltfesten stattfinden, dem Nichtraucherschutz des Tabakgesetzes unterliegen. Diese Weiterentwicklung des Nichtraucherschutzes ist unter gesundheitspolitischem Blickwinkel geboten, zumal immer mehr Studien auf die negativen Auswirkungen des Passivrauchens hinweisen. Mit dem vorgeschlagenen Paragraph 13 a., der die nach Paragraph 13, für Räume öffentlicher Orte bereits bestehende Nichtraucherschutzregelung ergänzt, wird künftig der gesamte umschlossene öffentliche Raum einschließlich der Gastronomie, ausgenommen jene Veranstaltungen, die nicht Räumen von Gebäuden, sondern im Rahmen von Zeltfesten stattfinden, dem Nichtraucherschutz des Tabakgesetzes unterliegen. Diese Weiterentwicklung des Nichtraucherschutzes ist unter gesundheitspolitischem Blickwinkel geboten, zumal immer mehr Studien auf die negativen Auswirkungen des Passivrauchens hinweisen.

Wie in vielen anderen Ländern wird auch in Österreich durch die Einbeziehung der bislang ausgenommenen Gastronomie in den tabakgesetzlichen Nichtraucherschutz der Schutz vor unfreiwilliger Tabakrauchexposition weiter ausgebaut. Mit den spezifischen Regelungen des § 13a für Speisen oder Getränke verabreichende Betriebe wird den Intentionen des Regierungsübereinkommens Rechnung getragen, den Nichtraucherschutz zu verbessern, ohne dadurch Raucher und Raucherinnen zu diskriminieren. Wie in vielen anderen Ländern wird auch in Österreich durch die Einbeziehung der bislang ausgenommenen Gastronomie in den tabakgesetzlichen Nichtraucherschutz der Schutz vor unfreiwilliger Tabakrauchexposition weiter ausgebaut. Mit den spezifischen Regelungen des Paragraph 13 a, für Speisen oder Getränke verabreichende Betriebe wird den Intentionen des Regierungsübereinkommens Rechnung getragen, den Nichtraucherschutz zu verbessern, ohne dadurch Raucher und Raucherinnen zu diskriminieren.

...

Analog der im § 13 getroffenen Regelung soll auch in den Einrichtungen der Gastronomie generell Rauchverbot gelten. Jedoch sollen unter bestimmten Voraussetzungen (Abs. 2 bzw. 3) Ausnahmen möglich sein. Analog der im Paragraph 13, getroffenen Regelung soll auch in den Einrichtungen der Gastronomie generell Rauchverbot gelten. Jedoch sollen unter bestimmten Voraussetzungen (Absatz 2, bzw. 3) Ausnahmen möglich sein.

Mit Abs. 2 wird die Einrichtung eines Raucherraums ermöglicht. Analog § 13 Abs. 2 kann den Gästen unter der Voraussetzung, dass mindestens zwei für die Bewirtung von Gästen geeignete Räumlichkeiten vorhanden sind, ein Raum zur Verfügung gestellt werden, in dem geraucht werden darf. Jedoch muss im Falle der zur Verfügung Stellung von Räumen, in denen geraucht werden darf, der für die Gäste vorgesehene Nichtraucherbereich mindestens 50 % des insgesamt für die Gäste vorgesehenen Verabreichungsbereiches (zum Genuss von Speisen oder Getränken bestimmte Plätze) einnehmen und muss es sich dabei überdies um den Hauptraum handeln. Bei der Bestimmung des Hauptraumes sind immer die konkreten Verhältnisse vor Ort in die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen, wobei wichtige Kriterien die Flächengröße, die Lage und die Ausstattung der Räume bzw. deren Zugänglichkeit sind. Der Hauptraum muss in seiner Gesamtbetrachtung den anderen Räumlichkeiten als 'übergeordnet' eingestuft werden können. Zu berücksichtigen ist dabei auch der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit des Gastwirts. Somit darf in Betrieben mit einer für die Gästebewirtung vorgesehenen Grundfläche ab 80m² nur dann das Rauchen gestattet werden, wenn dafür ein eigener (Neben)Raum mit maximal 50% der insgesamt zur Verfügung stehenden Verabreichungsplätzen zur Verfügung gestellt wird, und wenn gewährleistet ist, dass aus diesem Raum der Rauch, außer beim kurzen Durchschreiten der Eingangstür, nicht in den übrigen, mit Rauchverbot belegten Verabreichungsbereich dringt. Allenfalls kann durch bauliche Maßnahmen ein solcher 'Raucherraum' geschaffen werden. Sofern allerdings insgesamt nur ein Raum für die Gästebewirtung zur Verfügung steht, gilt darin Rauchverbot. Mit Absatz 2, wird die Einrichtung eines Raucherraums ermöglicht. Analog Paragraph 13, Absatz 2, kann

den Gästen unter der Voraussetzung, dass mindestens zwei für die Bewirtung von Gästen geeignete Räumlichkeiten vorhanden sind, ein Raum zur Verfügung gestellt werden, in dem geraucht werden darf. Jedoch muss im Falle der zur Verfügung Stellung von Räumen, in denen geraucht werden darf, der für die Gäste vorgesehene Nichtraucherbereich mindestens 50 % des insgesamt für die Gäste vorgesehenen Verabreichungsbereiches (zum Genuss von Speisen oder Getränken bestimmte Plätze) einnehmen und muss es sich dabei überdies um den Hauptraum handeln. Bei der Bestimmung des Hauptraumes sind immer die konkreten Verhältnisse vor Ort in die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen, wobei wichtige Kriterien die Flächengröße, die Lage und die Ausstattung der Räume bzw. deren Zugänglichkeit sind. Der Hauptraum muss in seiner Gesamtbetrachtung den anderen Räumlichkeiten als 'übergeordnet' eingestuft werden können. Zu berücksichtigen ist dabei auch der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit des Gastwirts. Somit darf in Betrieben mit einer für die Gästebewirtung vorgesehenen Grundfläche ab 80m² nur dann das Rauchen gestattet werden, wenn dafür ein eigener (Neben)Raum mit maximal 50% der insgesamt zur Verfügung stehenden Verabreichungsplätzen zur Verfügung gestellt wird, und wenn gewährleistet ist, dass aus diesem Raum der Rauch, außer beim kurzen Durchschreiten der Eingangstür, nicht in den übrigen, mit Rauchverbot belegten Verabreichungsbereich dringt. Allenfalls kann durch bauliche Maßnahmen ein solcher 'Raucherraum' geschaffen werden. Sofern allerdings insgesamt nur ein Raum für die Gästebewirtung zur Verfügung steht, gilt darin Rauchverbot.

Abs. 3 Z 1 bestimmt, dass Gastronomielokalitäten mit nur einem einzigen Raum für die Gästebewirtung, wenn dessen Grundfläche weniger als 50m² umfasst, vom Nichtraucherschutz ausgenommen sind. Das bedeutet nicht, dass das Rauchen in dem entsprechenden Lokal zwangsläufig erlaubt sein muss. Vielmehr wird klargestellt dass unter den dort genannten Voraussetzungen, wenn der Raum für eine Raumteilung zu klein ist (Abs. 3 Z 1), oder wenn bei einem Raum zwischen 50m² und 80m² aus rechtlichen Gründen (Denkmalschutz, baurechtliche oder feuerpolizeiliche Vorschriften) eine Raumteilung nicht zulässig ist (Abs. 3 Z 2), das Lokal nicht zwingend ein Nichtraucherlokal sein muss. Das Gesetz überlässt es in diesen Fällen dem Gastwirt, ob er das Rauchen in seinem Lokal gestattet oder nicht. Im Übrigen ist es grundsätzlich jedem Gastwirt unbenommen, seinen Betrieb, unabhängig von der Größe der Gasträume, im Interesse des Gesundheitsschutzes, als Nichtraucherbetrieb zu führen. Aus gesundheitspolitischer Sicht und unter dem Blickwinkel des Arbeitnehmerschutzes, ist eine solche Entscheidung jedenfalls zu begrüßen. Absatz 3, Ziffer eins, bestimmt, dass Gastronomielokalitäten mit nur einem einzigen Raum für die Gästebewirtung, wenn dessen Grundfläche weniger als 50m² umfasst, vom Nichtraucherschutz ausgenommen sind. Das bedeutet nicht, dass das Rauchen in dem entsprechenden Lokal zwangsläufig erlaubt sein muss. Vielmehr wird klargestellt dass unter den dort genannten Voraussetzungen, wenn der Raum für eine Raumteilung zu klein ist (Absatz 3, Ziffer eins,), oder wenn bei einem Raum zwischen 50m² und 80m² aus rechtlichen Gründen (Denkmalschutz, baurechtliche oder feuerpolizeiliche Vorschriften) eine Raumteilung nicht zulässig ist (Absatz 3, Ziffer 2,), das Lokal nicht zwingend ein Nichtraucherlokal sein muss. Das Gesetz überlässt es in diesen Fällen dem Gastwirt, ob er das Rauchen in seinem Lokal gestattet oder nicht. Im Übrigen ist es grundsätzlich jedem Gastwirt unbenommen, seinen Betrieb, unabhängig von der Größe der Gasträume, im Interesse des Gesundheitsschutzes, als Nichtraucherbetrieb zu führen. Aus gesundheitspolitischer Sicht und unter dem Blickwinkel des Arbeitnehmerschutzes, ist eine solche Entscheidung jedenfalls zu begrüßen.

Auch wenn daher für die Gästebewirtung nur ein einziger Raum zur Verfügung steht, der wenigstens 50m² groß, aber kleiner als 80m² ist, gilt daher der im Abs. 2 festgelegte Grundsatz (das Rauchen darf erst nach Schaffung eines eigenen Raumes, der den Kriterien des Abs. 2 zu entsprechen hat, gestattet werden); nur ausnahmsweise, wenn bauliche Maßnahmen zur Schaffung eines eigenen Raumes für den Zweck gemäß Abs. 2 nach den baurechtlichen, feuerpolizeilichen oder denkmalschutzrechtlichen Bestimmungen nicht zulässig sind, darf auch in solchen Einraum-Lokalen das Rauchen gestattet werden. Die Feststellung, ob räumliche Abtrennungen im Sinne des Abs. 3 Z 2 zulässig sind, obliegt der jeweils für die Vollziehung der bau-, feuerpolizei- oder denkmalschutzrechtlichen Bestimmungen zuständigen Behörde; im Rahmen eines allfälligen Verwaltungsstrafverfahrens nach dem Tabakgesetz ist der entsprechende Bescheid der Beurteilung, ob gegen die Nichtraucherschutzbestimmungen des Tabakgesetzes verstoßen wurde, zu Grunde zu legen. Die diesbezügliche Beweislast liegt somit beim Betriebsinhaber." Auch wenn daher für die Gästebewirtung nur ein einziger Raum zur Verfügung steht, der wenigstens 50m² groß, aber kleiner als 80m² ist, gilt daher der im Absatz 2, festgelegte Grundsatz (das Rauchen darf erst nach Schaffung eines eigenen Raumes, der den Kriterien des Absatz 2, zu entsprechen hat, gestattet werden); nur ausnahmsweise, wenn bauliche Maßnahmen zur Schaffung eines eigenen Raumes für den Zweck gemäß Absatz 2, nach den baurechtlichen, feuerpolizeilichen oder denkmalschutzrechtlichen Bestimmungen nicht zulässig sind, darf auch in solchen Einraum-

Lokalen das Rauchen gestattet werden. Die Feststellung, ob räumliche Abtrennungen im Sinne des Absatz 3, Ziffer 2, zulässig sind, obliegt der jeweils für die Vollziehung der bau-, feuerpolizei- oder denkmalschutzrechtlichen Bestimmungen zuständigen Behörde; im Rahmen eines allfälligen Verwaltungsstrafverfahrens nach dem Tabakgesetz ist der entsprechende Bescheid der Beurteilung, ob gegen die Nichtraucherenschutzbestimmungen des Tabakgesetzes verstoßen wurde, zu Grunde zu legen. Die diesbezügliche Beweislast liegt somit beim Betriebsinhaber."

2.1. Die belangte Behörde hat der Beschwerdeführerin - durch Übernahme des erstinstanzlichen Straferkenntnisses - im Spruch des angefochtenen Bescheids eine Übertretung des § 13c Abs. 2 Z 4 TabakG angelastet, weil sie nicht dafür gesorgt habe, dass der Raucherraum vom Nichtraucherraum abgetrennt ist, sodass nicht gewährleistet sei, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringe. 2.1. Die belangte Behörde hat der Beschwerdeführerin - durch Übernahme des erstinstanzlichen Straferkenntnisses - im Spruch des angefochtenen Bescheids eine Übertretung des Paragraph 13 c, Absatz 2, Ziffer 4, TabakG angelastet, weil sie nicht dafür gesorgt habe, dass der Raucherraum vom Nichtraucherraum abgetrennt ist, sodass nicht gewährleistet sei, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringe.

Soweit die belangte Behörde in der Begründung des angefochtenen Bescheids im Rahmen der rechtlichen Beurteilung hingegen davon ausgeht, der Betrieb der Beschwerdeführerin verfüge über zwei Räume, in denen "beiden das Rauchen gestattet" sei, wobei der "Einrichtung eines Nichtraucherbereiches in einem der beiden Räume" keine Relevanz zukomme, besteht ein Widerspruch zwischen dem Spruch (in dem das Fehlen einer vollständigen Trennung, nicht aber ein Rauchen im Nichtraucherraum, angelastet wird) und der Begründung.

Nach § 13c Abs. 2 Z 4 TabakG hat der Betriebsinhaber dafür zu sorgen, dass in den Betriebsräumen, soweit Rauchverbot besteht, nicht geraucht wird; diese Übertretungsnorm sanktioniert also die Nichteinhaltung des Rauchverbots. Nach Paragraph 13 c, Absatz 2, Ziffer 4, TabakG hat der Betriebsinhaber dafür zu sorgen, dass in den Betriebsräumen, soweit Rauchverbot besteht, nicht geraucht wird; diese Übertretungsnorm sanktioniert also die Nichteinhaltung des Rauchverbots.

Die Tatumschreibung im Spruch des angefochtenen Bescheids lastet der Beschwerdeführerin aber nicht an, dass trotz Rauchverbots geraucht worden sei. Sie beinhaltet vielmehr den Vorwurf, dass der Raucherraum nicht vom Nichtraucherraum abgetrennt worden sei. Dazu (Schaffung eines eigenen Raucherraums) ist der Betriebsinhaber aber nicht unmittelbar verpflichtet. Dem Spruch (aber auch den Feststellungen) des angefochtenen Bescheids ist hingegen nicht zu entnehmen, dass zur genannten Tatzeit im Betrieb tatsächlich geraucht wurde. Ein solcher Vorwurf wird im Übrigen auch nicht in der "Aufforderung zur Rechtfertigung" vom 12. März 2010 erhoben.

Indem die belangte Behörde der Beschwerdeführerin im Spruch des angefochtenen Bescheids allein ein Verhalten angelastet hat, das nicht strafbar ist, hat sie den angefochtenen Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.

Klarzustellen ist im Übrigen Folgendes:

2.2. Träfe es zu, dass in einem Bereich des Nichtraucherraumes geraucht würde, verstieße der Betriebsinhaber gegen die Obliegenheit nach § 13c Abs. 2 Z 4 TabakG, woran die Einrichtung einer "Raucherzone", also eines räumlichen Teilbereichs des als Nichtraucherraum gewidmeten Hauptraums, nichts änderte, weil der gesamte Hauptraum vom Rauchverbot umfasst ist (vgl. diesbezüglich das hg. Erkenntnis vom 29. März 2011, Zl. 2011/11/0035). 2.2. Träfe es zu, dass in einem Bereich des Nichtraucherraumes geraucht würde, verstieße der Betriebsinhaber gegen die Obliegenheit nach Paragraph 13 c, Absatz 2, Ziffer 4, TabakG, woran die Einrichtung einer "Raucherzone", also eines räumlichen Teilbereichs des als Nichtraucherraum gewidmeten Hauptraums, nichts änderte, weil der gesamte Hauptraum vom Rauchverbot umfasst ist vergleiche , diesbezüglich das hg. Erkenntnis vom 29. März 2011, Zl. 2011/11/0035).

2.3. Die im Rahmen der rechtlichen Beurteilung von der belangten Behörde unter einem getroffene Feststellung, es sei in beiden Räumen das Rauchen gestattet und (bloß) in dem im Kellergeschoß gelegenen ein Nichtraucherbereich eingerichtet, begründet nicht nur (wie bereits erwähnt) einen Widerspruch zwischen Spruch und Begründung, sie ist zudem auch aktenwidrig:

So heißt es im Bericht der MA 36 vom 25. Jänner 2010 (ABl. 11) So heißt es im Bericht der MA 36 vom 25. Jänner 2010 Amtsblatt 11):

"ad 1) Der Gastraum im Erdgeschoß weist eine Fläche von ca. 30 qu.m. auf und für die Gasträume im Kellergeschoß steht eine Fläche von ca. 112 qu.m. zur Verfügung.

ad 2) Im Kellergeschoß ist der Nichtraucher- (68 Verabreichungsplätze) und im Erdgeschoß der Raucherbereich (14 Verabreichungsplätze) eingerichtet.

ad 3) Diese Bereiche sind deutlich ersichtlich gemacht. ad 4) Eine räumliche Trennung im wortwörtlichen Sinn ist nicht vorhanden, da es keine Tür zwischen dem Raucher- und dem Nichtraucherbereich gibt. Auf Grund der Situierung bzw. der Aufteilung dieser Bereiche auf zwei Etagen sowie der vorhandenen mechanischen Be- und Entlüftungsanlage erscheint dieser Trennung jedoch aus technischer Sicht als ausreichend".

Auch im Protokoll über die Vernehmung der Beschwerdeführerin vor der Erstbehörde am 22. April 2010 wird - unwidersprochen - das Kellergeschoß als "Nichtraucherbereich" bezeichnet.

Hinweise geschweige denn Beweisergebnisse dafür, dass dem entgegen im Nichtraucherraum im Kellergeschoß bzw. in Teilen davon geraucht würde, sind den Verwaltungsakten nicht zu entnehmen.

2.4. Der belangten Behörde ist weiter anzulasten, dass sie keine konkreten Feststellungen zur räumlichen Situation, insbesondere zur behaupteten Trennung zwischen Raucher- und Nichtraucherraum durch Aufteilung auf zwei Geschoße mit einem dazwischen liegenden Raum (Stiegenhaus), getroffen hat.

Sie hat sich vielmehr, was die räumliche Situation anlangt, mit einer auszugsweisen Wiedergabe des auf Basis eines Lokalausweises erstellten - oben vollständig wiedergegebenen - Berichts der MA 36 vom 25. Jänner 2010 begnügt. Übergangen wurde dabei einerseits die in diesem Bericht enthaltene zusammenfassende Beurteilung, wonach die Trennung aus technischer Sicht ausreichend sei, andererseits hat die belangte Behörde die für die abschließende Beurteilung erforderlichen konkreten Feststellungen zur behaupteten Raumtrennung nicht getroffen:

2.5. Die Ausnahmebestimmung vom (grundsätzlichen) Rauchverbot in Räumen der Gastronomie nach § 13a Abs. 2 TabakG setzt einerseits voraus, dass im gesamten Hauptraum nicht geraucht wird (vgl. erneut das bereits zitierte Erkenntnis Zl. 2011/11/0035), andererseits aber, dass (durch den Inhaber) "Räume bezeichnet" werden, in denen das Rauchen gestattet ist, wobei "gewährleistet sein (muss), dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt" (§ 13a Abs. 2 erster Satz TabakG). 2.5. Die Ausnahmebestimmung vom (grundsätzlichen) Rauchverbot in Räumen der Gastronomie nach Paragraph 13 a, Absatz 2, TabakG setzt einerseits voraus, dass im gesamten Hauptraum nicht geraucht wird vergleiche , erneut das bereits zitierte Erkenntnis Zl. 2011/11/0035), andererseits aber, dass (durch den Inhaber) "Räume bezeichnet" werden, in denen das Rauchen gestattet ist, wobei "gewährleistet sein (muss), dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt" (Paragraph 13 a, Absatz 2, erster Satz TabakG).

Das Gesetz geht dabei vom Grundsatz des Rauchverbots in - der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden - Räumen der Gastronomie aus (§ 13a Abs. 1 TabakG), und ermöglicht durch Abs. 2 Ausnahmen von diesem Grundsatz durch Einrichten einesDas Gesetz geht dabei vom Grundsatz des Rauchverbots in - der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden - Räumen der Gastronomie aus (Paragraph 13 a, Absatz eins, TabakG), und ermöglicht durch Absatz 2, Ausnahmen von diesem Grundsatz durch Einrichten eines

- näheren Voraussetzungen genügenden - Raucherraumes.

Als Zwischenergebnis ist also festzuhalten, dass - bei grundsätzlichem Rauchverbot - ein Raucherraum bestimmt werden kann, in dem das Rauchen gestattet ist, nicht aber (bloß) ein Nichtraucherraum festzulegen ist, in dem nicht geraucht werden darf, während in den übrigen Teilen des Betriebes geraucht wird.

2.6. Um die Voraussetzungen für die Ausnahme vom Rauchverbot nach § 13a Abs. 2 TabakG zu erfüllen, reicht es zudem nicht, dass ein bloßer Raumteil als jener Ort bezeichnet wird, an dem das Rauchen gestattet ist, vielmehr müssen "Räume" als solche bezeichnet werden (vgl. auch insoweit das zitierte Erkenntnis Zl. 2011/11/0035, wonach das Rauchverbot im "Hauptraum" nicht auf bestimmte Teile des Hauptraums begrenzt werden darf). 2.6. Um die Voraussetzungen für die Ausnahme vom Rauchverbot nach Paragraph 13 a, Absatz 2, TabakG zu erfüllen, reicht es zudem nicht, dass ein bloßer Raumteil als jener Ort bezeichnet wird, an dem das Rauchen gestattet ist, vielmehr müssen "Räume" als solche bezeichnet werden vergleiche , auch insoweit das zitierte Erkenntnis Zl. 2011/11/0035, wonach das Rauchverbot im "Hauptraum" nicht auf bestimmte Teile des Hauptraums begrenzt werden darf).

2.6.1. Das TabakG enthält keine Definition des Begriffs "Raum".

Vor dem Hintergrund des allgemein gebräuchlichen Begriffsverständnisses, wonach es sich bei einem Raum um einen

dreidimensional eingegrenzten Bereich handelt, und mit Blick auf die Gesetzesmaterialien in Zusammenhang mit den weiteren Regelungen des TabakG über den Nichtraucherschutz in Räumen öffentlicher Orte (§ 13 TabakG) und in Räumen der Gastronomie (§ 13a TabakG), muss davon ausgegangen werden, dass nur ein Raum, der allseitig, von der Decke bis zum Boden von festen Wänden (sei es auch aus Glas) umschlossen ist und mit einer Türe geschlossen werden kann, einem "Raum" nach § 13a Abs. 2 TabakG entsprechen kann: Vor dem Hintergrund des allgemein gebräuchlichen Begriffsverständnisses, wonach es sich bei einem Raum um einen dreidimensional eingegrenzten Bereich handelt, und mit Blick auf die Gesetzesmaterialien in Zusammenhang mit den weiteren Regelungen des TabakG über den Nichtraucherschutz in Räumen öffentlicher Orte (Paragraph 13, TabakG) und in Räumen der Gastronomie (Paragraph 13 a, TabakG), muss davon ausgegangen werden, dass nur ein Raum, der allseitig, von der Decke bis zum Boden von festen Wänden (sei es auch aus Glas) umschlossen ist und mit einer Türe geschlossen werden kann, einem "Raum" nach Paragraph 13 a, Absatz 2, TabakG entsprechen kann:

2.6.2. So geht § 13a Abs. 3 TabakG explizit davon aus, dass es sich beim Raucherraum um einen "gesonderten" Raum handeln muss; ebenso die Übergangsbestimmung des § 18 Abs. 7 Z 3 TabakG, wonach Voraussetzung für die Sistierung des § 13a TabakG bis 30. Juni 2010 - u.a. - ist, dass die baulichen Maßnahmen "zur Schaffung eines gesonderten Raumes" unverzüglich in die Wege geleitet worden sind. 2.6.2. So geht Paragraph 13 a, Absatz 3, TabakG explizit davon aus, dass es sich beim Raucherraum um einen "gesonderten" Raum handeln muss; ebenso die Übergangsbestimmung des Paragraph 18, Absatz 7, Ziffer 3, TabakG, wonach Voraussetzung für die Sistierung des Paragraph 13 a, TabakG bis 30. Juni 2010 - u.a. - ist, dass die baulichen Maßnahmen "zur Schaffung eines gesonderten Raumes" unverzüglich in die Wege geleitet worden sind.

Zu beachten ist auch, dass bereits mit der Novelle BGBl. I Nr. 167/2004 ein grundsätzliches Rauchverbot in "Räumen öffentlicher Orte" festgelegt worden war, von dem allerdings (bis zur Novelle durch BGBl. I Nr. 120/2008) die Betriebe des Gastgewerbes ausgenommen blieben, wobei nunmehr, seit der zuletzt genannten Novelle, die Regelungen für den Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie in § 13a TabakG enthalten sind. § 13a TabakG bezieht sich aber nur auf diejenigen gastgewerblichen Betriebe, die in abgeschlossenen Räumen untergebracht sind, weil sonst die Sonderregelungen über geeignete Räumlichkeiten und Räume bzw. Haupträume ihren Sinn verlören (vgl. das hg. Erkenntnis vom 21. September 2010, Zl. 2009/11/0209). Zu beachten ist auch, dass bereits mit der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 167 aus 2004, ein grundsätzliches Rauchverbot in "Räumen öffentlicher Orte" festgelegt worden war, von dem allerdings (bis zur Novelle durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 2008,) die Betriebe des Gastgewerbes ausgenommen blieben, wobei nunmehr, seit der zuletzt genannten Novelle, die Regelungen für den Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie in Paragraph 13 a, TabakG enthalten sind. Paragraph 13 a, TabakG bezieht sich aber nur auf diejenigen gastgewerblichen Betriebe, die in abgeschlossenen Räumen untergebracht sind, weil sonst die Sonderregelungen über geeignete Räumlichkeiten und Räume bzw. Haupträume ihren Sinn verlören vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 21. September 2010, Zl. 2009/11/0209).

2.6.3. Deutliche Hinweise für das Begriffsverständnis des Gesetzgebers können auch den Materialien entnommen werden:

In den Erläuterungen (RV 610 BlgNR 23. GP) zur Novelle BGBl. I Nr. 120/2008 wird nach dem Hinweis, dass nunmehr auch der Gastronomiebereich in den gesetzlichen Nichtraucherschutz miteinbezogen werden soll, ausgeführt, dass "abgetrennte Raucherzonen" gestattet sein sollen. Dabei hat der Gesetzgeber bei den Erläuterungen zu § 13a (aaO, 6) - explizit erklärt, davon auszugehen, dass der Raucherraum mit einer Türe verschlossen ist ("... wenn gewährleistet ist, dass aus diesem Raum der Rauch, außer beim kurzen Durchschreiten der Eingangstür, nicht in den übrigen, mit Raucherverbot belegten Verabreichungsbereich dringt"). In den Erläuterungen Regierungsvorlage 610 BlgNR 23. Gesetzgebungsperiode zur Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 2008, wird nach dem Hinweis, dass nunmehr auch der Gastronomiebereich in den gesetzlichen Nichtraucherschutz miteinbezogen werden soll, ausgeführt, dass "abgetrennte Raucherzonen" gestattet sein sollen. Dabei hat der Gesetzgeber bei den Erläuterungen zu Paragraph 13 a, (aaO, 6) - explizit erklärt, davon auszugehen, dass der Raucherraum mit einer Türe verschlossen ist ("... wenn gewährleistet ist, dass aus diesem Raum der Rauch, außer beim kurzen Durchschreiten der Eingangstür, nicht in den übrigen, mit Raucherverbot belegten Verabreichungsbereich dringt").

Ebenso führen die Erläuterungen zu § 13a Abs. 3 Z 2 TabakG (aaO, 7) aus, auch für Räume, die zumindest 50m² groß, aber kleiner als 80 m² sind, gelte der Grundsatz, dass das Rauchen erst nach Schaffung eines "eigenen Raumes", der den Kriterien des Abs. 2 zu entsprechen hat, gestattet werden darf; nur "ausnahmsweise", wenn "räumliche

Abtrennungen" unzulässig sind, dürfe auch in solchen "Einraum-Lokalen" das Rauchen gestattet werden. Ebenso führen die Erläuterungen zu Paragraph 13 a, Absatz 3, Ziffer 2, TabakG (aaO,7) aus, auch für Räume, die zumindest 50m² groß, aber kleiner als 80 m² sind, gelte der Grundsatz, dass das Rauchen erst nach Schaffung eines "eigenen Raumes", der den Kriterien des Absatz 2, zu entsprechen hat, gestattet werden darf; nur "ausnahmsweise", wenn "räumliche Abtrennungen" unzulässig sind, dürfe auch in solchen "Einraum-Lokalen" das Rauchen gestattet werden.

Die Formulierung der Ausnahmeregelung des § 13a Abs. 2 TabakG ("Räume bezeichnet werden, ...nicht umgangen wird.") entspricht insoweit der in § 13 Abs. 2 TabakG (Nichtraucherschutz in Räumen öffentlicher Orte). Diese wiederum entspricht wörtlich der in der Stammfassung (BGBl. Nr. 43/1995). Die Formulierung der Ausnahmeregelung des Paragraph 13 a, Absatz 2, TabakG ("Räume bezeichnet werden, ...nicht umgangen wird.") entspricht insoweit der in Paragraph 13, Absatz 2, TabakG (Nichtraucherschutz in Räumen öffentlicher Orte). Diese wiederum entspricht wörtlich der in der Stammfassung Bundesgesetzblatt Nr. 43 aus 1995,).

Zu dieser führen die Erläuterungen (RV 163 BlgNR 19.GP, 14) aus, das in § 13 vorgesehene Rauchverbot beziehe sich im Gegensatz zu jenem des § 12 nicht auf bestimmte einzelne Räume, sondern grundsätzlich auf allgemein zugängliche Räume bestimmter Einrichtungen. Um im Zuge der Nichtraucherschutzgesetzgebung auch den Bedürfnissen der Raucher Rechnung zu tragen, ermögliche § 13 Abs. 2 als Ausnahme vom Verbot des Abs. 1 die Bezeichnung von Räumen, in denen das Rauchen gestattet ist. Dabei müsse aber als wesentliche Voraussetzung gewährleistet sein, dass der Rauch aus diesen "Raucherzimmern" nicht in den rauchfreien Bereich gelangt. Zu dieser führen die Erläuterungen Regierungsvorlage 163 BlgNR 19.GP, 14) aus, das in Paragraph 13, vorgesehene Rauchverbot beziehe sich im Gegensatz zu jenem des Paragraph 12, nicht auf bestimmte einzelne Räume, sondern grundsätzlich auf allgemein zugängliche Räume bestimmter Einrichtungen. Um im Zuge der Nichtraucherschutzgesetzgebung auch den Bedürfnissen der Raucher Rechnung zu tragen, ermögliche Paragraph 13, Absatz 2, als Ausnahme vom Verbot des Absatz eins, die Bezeichnung von Räumen, in denen das Rauchen gestattet ist. Dabei müsse aber als wesentliche Voraussetzung gewährleistet sein, dass der Rauch aus diesen "Raucherzimmern" nicht in den rauchfreien Bereich gelangt.

2.7. Festzuhalten ist also, dass bereits der historische Gesetzgeber des TabakG das Rauchverbot des § 13 Abs. 1 TabakG als Grundsatz normiert hat, von dem durch Bezeichnung bestimmter Voraussetzungen genügender "Räume" Ausnahmen zulässig waren ("Raucherzimmer"). 2.7. Festzuhalten ist also, dass bereits der historische Gesetzgeber des TabakG das Rauchverbot des Paragraph 13, Absatz eins, TabakG als Grundsatz normiert hat, von dem durch Bezeichnung bestimmter Voraussetzungen genügender "Räume" Ausnahmen zulässig waren ("Raucherzimmer").

Durch die Novelle BGBl. I Nr. 167/2004 wurde in § 13 Abs. 1 TabakG ein grundsätzliches Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte festgelegt, mit der gleich lautenden - Ausnahmeregelung in Abs. 2 und der Herausnahme der Betriebe des Gastgewerbes vom allgemeinen Verbot des Abs. 1 (§ 13 Abs. 4 TabakG idF der Novelle 167/2004). Durch die Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 167 aus 2004, wurde in Paragraph 13, Absatz eins, TabakG ein grundsätzliches Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte festgelegt, mit der gleich lautenden - Ausnahmeregelung in Absatz 2 und der Herausnahme der Betriebe des Gastgewerbes vom allgemeinen Verbot des Absatz eins, (Paragraph 13, Absatz 4, TabakG in der Fassung der Novelle 167 aus 2004,).

Die Novelle BGBl. I Nr. 120/2008 schließlich dehnte das Rauchverbot auch auf Räume der Gastronomie aus, indem die Ausnahmeregelung für Gastronomiebetriebe in § 13 Abs. 3 aF aufgehoben und mit § 13a Abs. 1 ein ausdrückliches generelles Rauchverbot in Gastronomiebetrieben festgelegt wurde, wobei wiederum in Abs. 2 die in Rede stehende Ausnahmemöglichkeit normiert ist. Die Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 2008, schließlich dehnte das Rauchverbot auch auf Räume der Gastronomie aus, indem die Ausnahmeregelung für Gastronomiebetriebe in Paragraph 13, Absatz 3, aF aufgehoben und mit Paragraph 13 a, Absatz eins, ein ausdrückliches generelles Rauchverbot in Gastronomiebetrieben festgelegt wurde, wobei wiederum in Absatz 2, die in Rede stehende Ausnahmemöglichkeit normiert ist.

Vor dem genannten Hintergrund, insbesondere dem Begriffsinhalt "Raum" und dem aus den Materialien hervorgehenden Begriffsverständnis des (historischen) Gesetzgebers ("Raucherzimmer"; "Raucherraum") ist - bezogen auf den Beschwerdefall - davon auszugehen, dass eine bauliche "Trennung" bloß durch Unterbringung von Raucher- und Nichtraucherbereichen in

unterschiedlichen Geschoßen, ohne dass eine bauliche Abtrennung des Raucherraumes von den übrigen Bereichen

des Betriebes besteht, auch bei Vorhandensein von getrennten Lüftungsanlagen dem Erfordernis des § 13a Abs. 2 TabakG nicht entspreche. unterschiedlichen Geschoßen, ohne dass eine bauliche Abtrennung des Raucherraumes von den übrigen Bereichen des Betriebes besteht, auch bei Vorhandensein von getrennten Lüftungsanlagen dem Erfordernis des Paragraph 13 a, Absatz 2, TabakG nicht entspreche.

Gegen dieses Ergebnis kann auch nicht eingewendet werden, dass dann kein Anwendungsbereich mehr für die weitere Voraussetzung des § 13a Abs. 2 TabakG ("gewährleistet..., dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt") bliebe. Vielmehr ist die vollständige bauliche Abtrennung des Raucherraumes notwendige, aber nicht ohne Weiteres hinreichende Bedingung, um dem § 13a Abs. 2 TabakG zu entsprechen. Gegen dieses Ergebnis kann auch nicht eingewendet werden, dass dann kein Anwendungsbereich mehr für die weitere Voraussetzung des Paragraph 13 a, Absatz 2, TabakG ("gewährleistet..., dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt") bliebe. Vielmehr ist die vollständige bauliche Abtrennung des Raucherraumes notwendige, aber nicht ohne Weiteres hinreichende Bedingung, um dem Paragraph 13 a, Absatz 2, TabakG zu entsprechen.

2.8. Die Beschwerde macht weiter - wie schon in der Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof - geltend, die belangte Behörde habe zu Unrecht von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen. Da die Beschwerdeführerin im Verwaltungsstrafverfahren nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten gewesen sei, hätte die belangte Behörde auch nicht von einem Verzicht der Beschwerdeführerin auf eine solche ausgehen dürfen; sie sei vielmehr davon ausgegangen, dass jedenfalls eine Verhandlung stattfinden würde.

Mit diesem Vorbringen zeigt die Beschwerde einen wesentlichen Verfahrensmangel auf.

Nach der ständigen hg. Rechtsprechung hat selbst in jenen Fällen, in denen einer der Gründe des § 51e Abs. 3 VStG gegeben ist, in verfassungskonformer Anwendung dieser Norm unter dem Blickwinkel des Art. 6 EMRK jedenfalls eine mündliche Verhandlung stattzufinden, wenn die Parteien nicht darauf verzichten. Ein solcher Verzicht kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. War der Beschuldigte aber nicht rechtsfreundlich vertreten, so kann das Unterbleiben eines Antrags auf Durchführung einer Berufungsverhandlung jedenfalls dann nicht als konkludenter Verzicht auf eine solche gedeutet werden, wenn der Beschuldigte nicht in Kenntnis des Rechts auf eine Berufungsverhandlung war (vgl. etwa die hg. Erkenntnisse vom 26. April 2007, Zl. 2003/03/0014, vom 18. September 2008, Zl. 2006/09/0110, vom 3. Juli 2009, Zl. 2005/17/0178, vom 29. September 2010, Zl. 2010/10/0168, und vom 17. März 2011, Zl. 2010/03/0195, mit weiteren Hinweisen auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte). Nach der ständigen hg. Rechtsprechung hat selbst in jenen Fällen, in denen einer der Gründe des Paragraph 51 e, Absatz 3, VStG gegeben ist, in verfassungskonformer Anwendung dieser Norm unter dem Blickwinkel des Artikel 6, EMRK jedenfalls eine mündliche Verhandlung stattzufinden, wenn die Parteien nicht darauf verzichten. Ein solcher Verzicht kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. War der Beschuldigte aber nicht rechtsfreundlich vertreten, so kann das Unterbleiben eines Antrags auf Durchführung einer Berufungsverhandlung jedenfalls dann nicht als konkludenter Verzicht auf eine solche gedeutet werden, wenn der Beschuldigte nicht in Kenntnis des Rechts auf eine Berufungsverhandlung war vergleiche , etwa die hg. Erkenntnisse vom 26. April 2007, Zl. 2003/03/0014, vom 18. September 2008, Zl. 2006/09/0110, vom 3. Juli 2009, Zl. 2005/17/0178, vom 29. September 2010, Zl. 2010/10/0168, und vom 17. März 2011, Zl. 2010/03/0195, mit weiteren Hinweisen auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte).

Im vorliegenden Fall hat die im Verwaltungsstrafverfahren nicht rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführerin in der von ihr gegen das erstinstanzliche Straferkenntnis erhobenen Berufung zwar nicht die Durchführung einer Berufungsverhandlung beantragt; es lässt sich aber aus dem Verwaltungsakt nicht entnehmen, dass sie Kenntnis von der Möglichkeit einer solchen Antragstellung hatte und auf eine Berufungsverhandlung verzichten wollte.

Ausgehend davon ist das Berufungsverfahren, in dem keine Verhandlung stattgefunden hat, mangelhaft geführt worden.

3. Aus dem Gesagten folgt, dass der angefochtene Bescheid gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben ist. 3. Aus dem Gesagten folgt, dass der angefochtene Bescheid gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer eins, VwGG wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufzuheben ist.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-

Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , römisch zwei Nr. 455.

Wien, am 15. Juli 2011

Schlagworte

Verfahrensbestimmungen Berufungsbehörde "Die als erwiesen angenommene Tat" Begriff Tatbild Beschreibung
(siehe auch Umfang der Konkretisierung) Besondere Rechtsgebiete Auslegung Gesetzeskonforme Auslegung von
Verordnungen Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen VwRallg3/3

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2011:2011110059.X00

Im RIS seit

09.08.2011

Zuletzt aktualisiert am

12.09.2016

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at