

# TE Vwgh Erkenntnis 2011/5/3 2009/05/0337

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.05.2011

## Index

L44109 Feuerpolizei Kehrordnung Wien;  
L81009 Immission Luftreinhaltung Schwefelgehalt im Heizöl  
Smogalarm Wien;  
001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
82/02 Gesundheitsrecht allgemein;

## Norm

AVG §56;  
B-VG Art10 Abs1 Z12;  
B-VG Art15 Abs1;  
B-VG Art22;  
FLKG Wr 1957 §1 Abs2;  
FLKG Wr 1957 §10;  
TabakG 1995 §13a Abs3 Z2;  
TabakG 1995 §13a;  
VwRallg;  
1. AVG § 56 heute  
2. AVG § 56 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998  
3. AVG § 56 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998  
1. B-VG Art. 10 heute  
2. B-VG Art. 10 gültig ab 01.01.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 14/2019  
3. B-VG Art. 10 gültig von 01.01.2019 bis 31.12.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017  
4. B-VG Art. 10 gültig von 01.08.2016 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2016  
5. B-VG Art. 10 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 115/2013  
6. B-VG Art. 10 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 59/2013  
7. B-VG Art. 10 gültig von 01.01.2014 bis 30.04.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012  
8. B-VG Art. 10 gültig von 01.05.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 59/2013  
9. B-VG Art. 10 gültig von 01.07.2012 bis 30.04.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012  
10. B-VG Art. 10 gültig von 01.04.2012 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 12/2012  
11. B-VG Art. 10 gültig von 01.01.2012 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2011

12. B-VG Art. 10 gültig von 01.07.2008 bis 31.12.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
13. B-VG Art. 10 gültig von 01.01.2008 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
14. B-VG Art. 10 gültig von 01.01.2006 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 106/2005
15. B-VG Art. 10 gültig von 01.01.2005 bis 31.12.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 153/2004
16. B-VG Art. 10 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
17. B-VG Art. 10 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/1999
18. B-VG Art. 10 gültig von 01.01.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 1013/1994
19. B-VG Art. 10 gültig von 01.07.1994 bis 31.12.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 508/1993
20. B-VG Art. 10 gültig von 31.07.1993 bis 30.06.1994 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 508/1993
21. B-VG Art. 10 gültig von 01.05.1993 bis 30.07.1993 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 276/1992
22. B-VG Art. 10 gültig von 01.05.1993 bis 30.04.1993 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 565/1991
23. B-VG Art. 10 gültig von 06.06.1992 bis 30.04.1993 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 276/1992
24. B-VG Art. 10 gültig von 01.07.1990 bis 05.06.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 445/1990
25. B-VG Art. 10 gültig von 01.01.1989 bis 30.06.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 685/1988
26. B-VG Art. 10 gültig von 01.01.1985 bis 31.12.1988 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 490/1984
27. B-VG Art. 10 gültig von 01.07.1983 bis 31.12.1984 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 175/1983
28. B-VG Art. 10 gültig von 01.01.1975 bis 30.06.1983 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
29. B-VG Art. 10 gültig von 29.05.1974 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 287/1974
30. B-VG Art. 10 gültig von 22.01.1969 bis 28.05.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 27/1969
31. B-VG Art. 10 gültig von 01.01.1961 bis 21.01.1969 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 148/1960
32. B-VG Art. 10 gültig von 17.12.1958 bis 31.12.1960 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 271/1958
33. B-VG Art. 10 gültig von 31.12.1954 bis 16.12.1958 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 8/1955
34. B-VG Art. 10 gültig von 19.12.1945 bis 30.12.1954 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
35. B-VG Art. 10 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. B-VG Art. 15 heute
2. B-VG Art. 15 gültig von 19.07.2024 bis 18.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2024
3. B-VG Art. 15 gültig ab 19.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 41/2026
4. B-VG Art. 15 gültig von 27.02.2024 bis 18.07.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2024
5. B-VG Art. 15 gültig von 01.02.2019 bis 26.02.2024 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 14/2019
6. B-VG Art. 15 gültig von 01.01.2014 bis 31.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 15 gültig von 01.09.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
8. B-VG Art. 15 gültig von 01.09.2012 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 49/2012
9. B-VG Art. 15 gültig von 01.07.2012 bis 31.08.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
10. B-VG Art. 15 gültig von 01.10.2011 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 60/2011
11. B-VG Art. 15 gültig von 01.01.2004 bis 30.09.2011 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
12. B-VG Art. 15 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/1999
13. B-VG Art. 15 gültig von 01.07.1983 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 175/1983
14. B-VG Art. 15 gültig von 28.04.1975 bis 30.06.1983 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 316/1975
15. B-VG Art. 15 gültig von 01.01.1975 bis 27.04.1975 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
16. B-VG Art. 15 gültig von 21.07.1962 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 205/1962
17. B-VG Art. 15 gültig von 18.07.1962 bis 20.07.1962 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 215/1962
18. B-VG Art. 15 gültig von 01.01.1961 bis 17.07.1962 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 148/1960
19. B-VG Art. 15 gültig von 19.12.1945 bis 31.12.1960 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 232/1945
20. B-VG Art. 15 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. B-VG Art. 22 heute
2. B-VG Art. 22 gültig von 01.07.2012 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 1/2012
3. B-VG Art. 22 gültig ab 01.07.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 22 gültig von 19.12.1945 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
5. B-VG Art. 22 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kail und die Hofräte Dr. Enzenhofer und Dr. Moritz sowie die Hofrätinnen Dr. Pollak und Mag. Rehak als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Kalanj, über die Beschwerde der AK in W, vertreten durch Dr. Andreas Frauenberger, Rechtsanwalt in 1030 Wien, Reisnerstraße 61/16, gegen den Bescheid des Berufungssenates der Stadt Wien vom 25. Juni 2009, Zl. MA 64-1624/2009, betreffend Zurückweisung eines Antrages auf Erlassung eines Feststellungsbescheides (weitere Partei: Wiener Landesregierung), zu Recht erkannt: Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kail und die Hofräte Dr. Enzenhofer und Dr. Moritz sowie die Hofrätinnen Dr. Pollak und Mag. Rehak als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Kalanj, über die Beschwerde der AK in W, vertreten durch Dr. Andreas Frauenberger, Rechtsanwalt in 1030 Wien, Reisnerstraße 61/16, gegen den Bescheid des Berufungssenates der Stadt Wien vom 25. Juni 2009, Zl. MA 64-1624 aus 2009,, betreffend Zurückweisung eines Antrages auf Erlassung eines Feststellungsbescheides (weitere Partei: Wiener Landesregierung), zu Recht erkannt:

### **Spruch**

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat der Bundeshauptstadt Wien Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

### **Begründung**

Mit Eingabe (e-mail) vom 7. Oktober 2008, gerichtet an den Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 36, führte die Beschwerdeführerin aus, es bestehe eine rechtswirksame Betriebsanlagengenehmigung für ihr Lokal C./G.-Gasse. Den Planunterlagen sei ein Gastraum von ca. 88 m<sup>2</sup> zu entnehmen, für den bei baulicher Abtrennung ein Notausgang für den abgetrennten Teil nicht mehr möglich wäre. Es werde daher die Feststellung beantragt, dass auf Grund feuerpolizeilicher Vorschriften eine Raumteilung nicht zulässig sei. Erforderlichenfalls könne der Raum auf 80 m<sup>2</sup> verkleinert werden. Das rechtliche Interesse an der Feststellung ergebe sich aus § 13a des Gesetzes BGBl. I Nr. 120/2008 (Tabakgesetznovelle). Mit Eingabe (e-mail) vom 7. Oktober 2008, gerichtet an den Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 36, führte die Beschwerdeführerin aus, es bestehe eine rechtswirksame Betriebsanlagengenehmigung für ihr Lokal C./G.-Gasse. Den Planunterlagen sei ein Gastraum von ca. 88 m<sup>2</sup> zu entnehmen, für den bei baulicher Abtrennung ein Notausgang für den abgetrennten Teil nicht mehr möglich wäre. Es werde daher die Feststellung beantragt, dass auf Grund feuerpolizeilicher Vorschriften eine Raumteilung nicht zulässig sei. Erforderlichenfalls könne der Raum auf 80 m<sup>2</sup> verkleinert werden. Das rechtliche Interesse an der Feststellung ergebe sich aus Paragraph 13 a, des Gesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 2008, (Tabakgesetznovelle).

Mit Schreiben des Magistrates der Stadt Wien vom 10. Oktober 2008 (e-mail) wurde die Beschwerdeführerin davon in Kenntnis gesetzt, dass eine gewünschte Raumteilung nach der Bauordnung für Wien zu bewilligen wäre. Grundlage der Beurteilung wären entsprechende Grundrisspläne, in denen Fluchtwege, Raumlüftungen, Belichtungen usw. dargestellt sein müssten. Aus feuerpolizeilicher Sicht sei eine Raumtrennung (z.B. mit einer Glaswand) in der Regel unproblematisch, könne aber nur anhand konkreter Planskizzen, Pläne etc. beurteilt werden.

Daraufhin führte die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 10. November 2008 (e-mail) aus, dass kein Bauvorhaben geplant sei, sondern ein Feststellungsbegehren hinsichtlich bevorstehender Maßnahmen nach dem Tabakgesetz in der neuen Fassung. Es werde daher ein amtswegiges Ermittlungsverfahren abzuführen sein. Der ursprüngliche Antrag sei unverändert aufrecht.

Mit Schreiben des Magistrates der Stadt Wien vom 26. November 2008 (e-mail) wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass der Antrag vom 7. Oktober 2008 weiterhin nicht ausreichend konkretisiert sei. Erst nach der Verkleinerung des Raumes könnte § 13a des Tabakgesetzes angewendet werden, da diese Bestimmung nur für Räume zwischen 50 m<sup>2</sup> und 80 m<sup>2</sup> Grundfläche gelte. Die Raumänderung wäre jedenfalls durch die Bau- und Gewerbebehörde vorher zu genehmigen. Das Wiener Feuerpolizei-, Luftreinhalte- und Klimaanlagegesetz (WFLKG) sei gemäß seinem § 1 Abs. 2 für Gewerbebetriebe nicht anzuwenden. Der Antrag werde der Gewerbeabteilung (Bezirksamt) übermittelt. Mit Schreiben des Magistrates der Stadt Wien vom 26. November 2008 (e-mail) wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass der Antrag vom 7. Oktober 2008 weiterhin nicht ausreichend konkretisiert sei. Erst nach der Verkleinerung des Raumes könnte Paragraph 13 a, des Tabakgesetzes angewendet werden, da diese Bestimmung nur für Räume zwischen 50 m<sup>2</sup> und 80 m<sup>2</sup> Grundfläche gelte. Die Raumänderung wäre jedenfalls durch die Bau- und Gewerbebehörde vorher zu genehmigen. Das Wiener Feuerpolizei-, Luftreinhalte- und

Klimaanlagengesetz (WFLKG) sei gemäß seinem Paragraph eins, Absatz 2, für Gewerbebetriebe nicht anzuwenden. Der Antrag werde der Gewerbeabteilung (Bezirksamt) übermittelt.

Mit Schreiben vom 26. November 2008 (e-mail) legte die Beschwerdeführerin dar, aus welcher Sicht die Angelegenheit zu betrachten sei, sei völlig belanglos. Es handle sich nicht um eine Bausache, sondern um eine rein rechtliche Angelegenheit. Eine mangelnde Konkretisierung des Antrages liege nicht vor und werde bestritten. Es sei eine feuerpolizeiliche, keine bautechnische Entscheidung zu treffen. Die Weiterleitung an die Gewerbeabteilung sei entbehrlich.

Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 36, vom 11. März 2009 wurde der Antrag der Beschwerdeführerin vom 7. Oktober 2008 auf Feststellung, dass auf Grund feuerpolizeilicher Vorschriften eine Raumteilung des Gastraumes im Lokal C./G.-Gasse nicht zulässig sei, gemäß § 1 Abs. 2 WFLKG zurückgewiesen. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, das gegenständliche Lokal sei vom Magistrat der Stadt Wien mit Bescheid vom 7. April 2008 gewerberechtlich genehmigt worden und unterliege der Gewerbeordnung. Gemäß § 1 Abs. 2 WFLKG sei dieses Gesetz in Angelegenheiten des Gewerbes nicht anzuwenden. Mit Bescheid des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 36, vom 11. März 2009 wurde der Antrag der Beschwerdeführerin vom 7. Oktober 2008 auf Feststellung, dass auf Grund feuerpolizeilicher Vorschriften eine Raumteilung des Gastraumes im Lokal C./G.-Gasse nicht zulässig sei, gemäß Paragraph eins, Absatz 2, WFLKG zurückgewiesen. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, das gegenständliche Lokal sei vom Magistrat der Stadt Wien mit Bescheid vom 7. April 2008 gewerberechtlich genehmigt worden und unterliege der Gewerbeordnung. Gemäß Paragraph eins, Absatz 2, WFLKG sei dieses Gesetz in Angelegenheiten des Gewerbes nicht anzuwenden.

Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin Berufung.

Mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid wurde die Berufung der Beschwerdeführerin gemäß § 66 Abs. 4 AVG als unbegründet abgewiesen. Nach Wiedergabe von Rechtsvorschriften und des Verwaltungsgeschehens legte die belangte Behörde in der Bescheidebegründung im Wesentlichen dar, die Beschwerdeführerin selbst habe in ihrem Antrag vom 7. Oktober 2008 auf die rechtswirksame Betriebsanlagengenehmigung verwiesen, weshalb diesbezüglich kein Ermittlungsverfahren durchzuführen gewesen sei. Dementsprechend sei auch eine Änderung der Betriebsanlage nach den gewerberechtlichen Bestimmungen zu beurteilen. Zwar ziele die Beschwerdeführerin darauf ab, dass im Hinblick auf die Einhaltung der Bestimmungen des Tabakgesetzes eine Raumteilung eines 80 m<sup>2</sup> großen Lokales nicht möglich sei. Bei dieser Lokalgröße wäre, sofern der Raum nicht teilbar wäre, kein Rauchverbot einzuhalten. Zu überprüfen wäre somit, ob bzw. wie die Betriebsanlage geändert werden könnte. Diese Frage sei aber im Gewerbeverfahren zu klären. Das WFLKG finde keine Anwendung. Der auf das WFLKG gestützte Antrag sei daher zu Recht als unzulässig zurückgewiesen worden. Eine baupolizeiliche Entscheidung habe die Beschwerdeführerin ausdrücklich abgelehnt. Im Übrigen sei sie mit Schreiben vom 26. November 2008 darüber informiert worden, dass ihr Antrag an das zuständige Gewerbereferat weitergeleitet worden sei. Angemerkt werde, dass auch das rechtliche Interesse an einer Entscheidung zweifelhaft sei, da bei der von der Beschwerdeführerin angegebenen bestehenden Lokalgröße von ca. 88 m<sup>2</sup> die angestrebte Belassung des Raumes als Raucherraum rechtlich nicht vorgesehen sei. Die Ausnahmebestimmung des § 13a Abs. 3 Z. 2 Tabakgesetz sei nur anzuwenden, wenn der Raum eine Grundfläche zwischen 50 m<sup>2</sup> und 80 m<sup>2</sup> aufweise. Mit dem in Beschwerde gezogenen Bescheid wurde die Berufung der Beschwerdeführerin gemäß Paragraph 66, Absatz 4, AVG als unbegründet abgewiesen. Nach Wiedergabe von Rechtsvorschriften und des Verwaltungsgeschehens legte die belangte Behörde in der Bescheidebegründung im Wesentlichen dar, die Beschwerdeführerin selbst habe in ihrem Antrag vom 7. Oktober 2008 auf die rechtswirksame Betriebsanlagengenehmigung verwiesen, weshalb diesbezüglich kein Ermittlungsverfahren durchzuführen gewesen sei. Dementsprechend sei auch eine Änderung der Betriebsanlage nach den gewerberechtlichen Bestimmungen zu beurteilen. Zwar ziele die Beschwerdeführerin darauf ab, dass im Hinblick auf die Einhaltung der Bestimmungen des Tabakgesetzes eine Raumteilung eines 80 m<sup>2</sup> großen Lokales nicht möglich sei. Bei dieser Lokalgröße wäre, sofern der Raum nicht teilbar wäre, kein Rauchverbot einzuhalten. Zu überprüfen wäre somit, ob bzw. wie die Betriebsanlage geändert werden könnte. Diese Frage sei aber im Gewerbeverfahren zu klären. Das WFLKG finde keine Anwendung. Der auf das WFLKG gestützte Antrag sei daher zu Recht als unzulässig zurückgewiesen worden. Eine baupolizeiliche Entscheidung habe die Beschwerdeführerin ausdrücklich abgelehnt. Im Übrigen sei sie mit Schreiben vom 26. November 2008 darüber informiert worden, dass ihr Antrag an das zuständige Gewerbereferat weitergeleitet worden sei. Angemerkt werde, dass auch das rechtliche Interesse an einer Entscheidung zweifelhaft sei, da bei der von

der Beschwerdeführerin angegebenen bestehenden Lokalgröße von ca. 88 m<sup>2</sup> die angestrebte Belassung des Raumes als Raucherraum rechtlich nicht vorgesehen sei. Die Ausnahmebestimmung des Paragraph 13 a, Absatz 3, Ziffer 2, Tabakgesetz sei nur anzuwenden, wenn der Raum eine Grundfläche zwischen 50 m<sup>2</sup> und 80 m<sup>2</sup> aufweise.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde mit dem Begehren, ihn wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften kostenpflichtig aufzuheben.

Die belangte Behörde hat die Akten des Verwaltungsverfahrens vorgelegt und in einer Gegenschrift die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Die Beschwerdeführerin erachtet sich in ihrem Recht auf Erlassung eines Feststellungsbescheides nach dem WFLKG bei Vorliegen der dafür erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen und im Recht auf Durchführung eines Ermittlungsverfahrens verletzt. In der Beschwerde führt sie im Wesentlichen Folgendes aus:

§ 13a Abs. 3 Z 2 Tabakgesetz enthalte einen ausdrücklichen Verweis auf die Entscheidung u.a. der für feuerpolizeiliche Belange zuständigen Behörde. Dem Gesetzgeber sei bewusst gewesen, dass von der Regelung durchwegs Betriebe im Sinne der Gewerbeordnung betroffen seien. Dennoch habe er nicht auf Entscheidungen der Gewerbebehörde, sondern auf solche der für bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtliche Vorschriften zuständigen Behörden abgestellt. § 10 WFLKG enthalte Bestimmungen über Brandschutzmaßnahmen. So könnten auch Benützern von Gebäuden besondere Brandschutzmaßnahmen aufgetragen werden. Als solche komme fraglos auch die Anordnung eines Notausganges in Räumen in Betracht, welche bestimmungsgemäß von mehreren Personen benützt würden. Dementsprechend fiele es in die Zuständigkeit der Behörde, bescheidmäßig auszusprechen, dass ein Umbau eines solchen Raumes durch Aufteilung in zwei Räume aus feuerpolizeilicher Sicht unzulässig sei. Dafür müssten auch keine Pläne vorgelegt werden, wenn sich aus Art und Lage des Raumes ergebe, dass ein solcher Umbau nicht durchgeführt werden könne, ohne gegen die feuerpolizeilichen Bestimmungen zu verstoßen. Der Antrag sei daher zulässig gewesen. Dagegen könne nicht eingewendet werden, dass gemäß § 1 Abs. 2 WFLKG vom Geltungsbereich dieses Gesetzes Angelegenheiten ausgenommen seien, die der Gesetzgebung des Bundes unterlägen. Gerade der Bundesgesetzgeber habe mit § 13a Abs. 3 Z. 2 Tabakgesetz eine Tatbestandswirkung geschaffen, die an die rechtskräftige Entscheidung der feuerpolizeilichen Behörde anknüpfe. Demnach habe die Beschwerdeführerin auch ein rechtliches Interesse an der Feststellung. An die rechtskräftige Feststellung der Unzulässigkeit von Baumaßnahmen aus feuerpolizeilicher Sicht knüpfe sich tatbestandsmäßig eine Rechtsfolge des Tabakgesetzes. Dass mit einem derartigen Feststellungsbescheid die Tatbestandsmerkmale des § 13a Abs. 3 Z. 2 Tabakgesetz nicht vollständig erfüllt wären, vermöge daran nichts zu ändern. Ob nämlich die übrigen Tatbestandsmerkmale vorlägen oder nicht, sei nicht Sache der befassen Behörde zu prüfen, sondern der mit dem Vollzug des Tabakgesetzes betrauten Behörde. Die Beschwerdeführerin als Normunterworfenen habe aber ein rechtliches Interesse auch daran, dass die Erfüllung einzelner vom Gesetz vorgesehener Tatbestandsmerkmale festgestellt würde. Dies insbesondere dann, wenn das Gesetz ausdrücklich auf die Entscheidung jener Behörde verweise, deren Tätigkeit sie in Anspruch genommen habe. Es wäre auch nicht einzusehen, weshalb sie zunächst eine Baubewilligung für einen von ihr gar nicht angestrebten Umbau beantragen müsste, was mit Aufwand und Kosten verbunden wäre, wo doch eine nach den Bestimmungen des Tabakgesetzes ebenfalls maßgebliche Feststellungsentscheidung der feuerpolizeilichen Behörde zwanglos möglich wäre. An einer solchen Entscheidung könnte sie ihr weiteres Verhalten orientieren. Wäre eine Raumteilung feuerpolizeilich unmöglich, käme ohnedies nur eine (nicht im gegenständlichen Verfahren zu beurteilende) Verkleinerung des Gastraumes in Frage. Sollte der Umbau feuerpolizeilich zulässig sein, wäre der von der belangten Behörde vorgezeichnete Weg sinn- und nutzlos. Müsste die Beschwerdeführerin zunächst den Gastraum verkleinern um danach eine Entscheidung über die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Raumteilung herbeizuführen, wäre dieser Umbau im nachhinein nicht ohne Mühen und Kosten rückführbar. Die belangte Behörde habe es unterlassen, in einem Ermittlungsverfahren festzustellen, ob eine Teilung des Gastraumes überhaupt möglich wäre, ohne dass dabei gegen feuerpolizeiliche Vorschriften verstoßen würde. Insofern sei das Ermittlungsverfahren mangelhaft geblieben. Paragraph 13 a, Absatz 3, Ziffer 2, Tabakgesetz enthalte einen ausdrücklichen Verweis auf die Entscheidung u.a. der für feuerpolizeiliche Belange zuständigen Behörde. Dem Gesetzgeber sei bewusst gewesen, dass von der Regelung durchwegs Betriebe im Sinne der Gewerbeordnung betroffen seien. Dennoch habe er nicht auf Entscheidungen der Gewerbebehörde, sondern auf solche der für bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtliche Vorschriften zuständigen Behörden abgestellt. Paragraph 10, WFLKG enthalte Bestimmungen über Brandschutzmaßnahmen. So könnten auch Benützern von

Gebäuden besondere Brandschutzmaßnahmen aufgetragen werden. Als solche komme fraglos auch die Anordnung eines Notausganges in Räumen in Betracht, welche bestimmungsgemäß von mehreren Personen benützt würden. Dementsprechend fiele es in die Zuständigkeit der Behörde, bescheidmäßig auszusprechen, dass ein Umbau eines solchen Raumes durch Aufteilung in zwei Räume aus feuerpolizeilicher Sicht unzulässig sei. Dafür müssten auch keine Pläne vorgelegt werden, wenn sich aus Art und Lage des Raumes ergebe, dass ein solcher Umbau nicht durchgeführt werden könne, ohne gegen die feuerpolizeilichen Bestimmungen zu verstoßen. Der Antrag sei daher zulässig gewesen. Dagegen könne nicht eingewendet werden, dass gemäß Paragraph eins, Absatz 2, WFLKG vom Geltungsbereich dieses Gesetzes Angelegenheiten ausgenommen seien, die der Gesetzgebung des Bundes unterlägen. Gerade der Bundesgesetzgeber habe mit Paragraph 13 a, Absatz 3, Ziffer 2, Tabakgesetz eine Tatbestandswirkung geschaffen, die an die rechtskräftige Entscheidung der feuerpolizeilichen Behörde anknüpfe. Demnach habe die Beschwerdeführerin auch ein rechtliches Interesse an der Feststellung. An die rechtskräftige Feststellung der Unzulässigkeit von Baumaßnahmen aus feuerpolizeilicher Sicht knüpfe sich tatbestandsmäßig eine Rechtsfolge des Tabakgesetzes. Dass mit einem derartigen Feststellungsbescheid die Tatbestandsmerkmale des Paragraph 13 a, Absatz 3, Ziffer 2, Tabakgesetz nicht vollständig erfüllt wären, vermöge daran nichts zu ändern. Ob nämlich die übrigen Tatbestandsmerkmale vorlägen oder nicht, sei nicht Sache der befassen Behörde zu prüfen, sondern der mit dem Vollzug des Tabakgesetzes betrauten Behörde. Die Beschwerdeführerin als Normunterworfenen habe aber ein rechtliches Interesse auch daran, dass die Erfüllung einzelner vom Gesetz vorgesehener Tatbestandsmerkmale festgestellt würde. Dies insbesondere dann, wenn das Gesetz ausdrücklich auf die Entscheidung jener Behörde verweise, deren Tätigkeit sie in Anspruch genommen habe. Es wäre auch nicht einzusehen, weshalb sie zunächst eine Baubewilligung für einen von ihr gar nicht angestrebten Umbau beantragen müsste, was mit Aufwand und Kosten verbunden wäre, wo doch eine nach den Bestimmungen des Tabakgesetzes ebenfalls maßgebliche Feststellungsentscheidung der feuerpolizeilichen Behörde zwanglos möglich wäre. An einer solchen Entscheidung könnte sie ihr weiteres Verhalten orientieren. Wäre eine Raumteilung feuerpolizeilich unmöglich, käme ohnedies nur eine (nicht im gegenständlichen Verfahren zu beurteilende) Verkleinerung des Gastraumes in Frage. Sollte der Umbau feuerpolizeilich zulässig sein, wäre der von der belangten Behörde vorgezeichnete Weg sinn- und nutzlos. Müsste die Beschwerdeführerin zunächst den Gastraum verkleinern um danach eine Entscheidung über die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Raumteilung herbeizuführen, wäre dieser Umbau im nachhinein nicht ohne Mühen und Kosten rückführbar. Die belangte Behörde habe es unterlassen, in einem Ermittlungsverfahren festzustellen, ob eine Teilung des Gastraumes überhaupt möglich wäre, ohne dass dabei gegen feuerpolizeiliche Vorschriften verstoßen würde. Insofern sei das Ermittlungsverfahren mangelhaft geblieben.

§ 13a Tabakgesetz idF BGBl. I Nr. 120/2008 lautet auszugsweise: Paragraph 13 a, Tabakgesetz in der Fassung , Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 2008, lautet auszugsweise:

"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 m<sup>2</sup> aufweist, oder,

2. sofern der Raum eine Grundfläche zwischen 50 m<sup>2</sup> und 80 m<sup>2</sup> 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 m<sup>2</sup> und 80 m<sup>2</sup> 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.

..."

§ 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Feuerpolizei, Luftreinhaltung und die Überprüfung von Klimaanlage in Wien (Wiener Feuerpolizei-, Luftreinhalte- und Klimaanlagegesetz - WFLKG) lautet: Paragraph eins, Absatz 2, des Gesetzes über die Feuerpolizei, Luftreinhaltung und die Überprüfung von Klimaanlage in Wien (Wiener Feuerpolizei-, Luftreinhalte- und Klimaanlagegesetz - WFLKG) lautet:

1. "(2) Absatz 2, Vom Geltungsbereich dieses Gesetzes sind Angelegenheiten ausgenommen, die in der Gesetzgebung Bundessache sind. Dieses Gesetz ist daher insbesondere in Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie, des Arbeitsrechtes, des Forstwesens, des Verkehrswesens bezüglich der Eisenbahnen und der Luftfahrt sowie der Schifffahrt, des Dampfkessel- und Kraftmaschinenwesens, des Bergwesens sowie in allen Angelegenheiten der Bundestheater nicht anzuwenden."

§ 10 WFLKG lautet auszugsweise: Paragraph 10, WFLKG lautet auszugsweise:

"Brandschutz

...

1. (2) Absatz 2, Die Benutzer von Gebäuden, die wegen ihrer Lage, ihrer Beschaffenheit oder auf Grund ihrer Nutzung im Brandfalle besonders gefährdet sind oder in denen im Brandfall eine größere Anzahl von Personen gefährdet werden kann, haben besondere Vorkehrungen zur Hintanhaltung oder Vorbeugung einer solchen Gefahr zu treffen. Erforderlichenfalls hat sie die Behörde mit Auftrag zu verpflichten. Als Benutzer gilt derjenige, der das Gebäude insgesamt oder einzelne Wohnungen oder Betriebseinheiten mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung des Eigentümers zur Befriedigung eines Wohnbedürfnisses, zur Erzielung eines Ertrages oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteiles oder auf Grund eines sonstigen auf Dauer oder auf längere Zeit bestehenden Bedürfnisses nicht bloß vorübergehend benützt.

...

1. (4) Absatz 4, Bestehen für dasselbe Gebäude bereits rechtskräftige Anordnungen, die auf Grund einer bundesgesetzlichen oder einer anderen landesgesetzlichen Vorschrift zur Minderung der im Abs. 2 genannten Gefahren erteilt wurden, hat die Behörde auf diese Anordnungen Bedacht zu nehmen, sofern sie der Behörde vom Benutzer beziehungsweise Eigentümer (Miteigentümer) bekannt gegeben worden sind. Bestehen für

dasselbe Gebäude bereits rechtskräftige Anordnungen, die auf Grund einer bundesgesetzlichen oder einer anderen landesgesetzlichen Vorschrift zur Minderung der im Absatz 2, genannten Gefahren erteilt wurden, hat die Behörde auf diese Anordnungen Bedacht zu nehmen, sofern sie der Behörde vom Benutzer beziehungsweise Eigentümer (Miteigentümer) bekannt gegeben worden sind.

..."

Die Gesetzesmaterialien zu § 13a Tabakgesetz (RV 610 BlgNR, XXIII. GP, S. 6 f, lauten auszugsweiseDie Gesetzesmaterialien zu Paragraph 13 a, Tabakgesetz Regierungsvorlage 610 BlgNR, römisch 23 . GP, S. 6 f, lauten auszugsweise:

"§ 13a:

Mit dem vorgeschlagenen § 13a, der die nach § 13 für Räume öffentlicher Orte bereits bestehende Nichtraucherchutzregelung 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 Nichtraucherchutz des Tabakgesetzes unterliegen. Diese Weiterentwicklung des Nichtraucherchutzes 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 Nichtraucherchutzregelung 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 Nichtraucherchutz des Tabakgesetzes unterliegen. Diese Weiterentwicklung des Nichtraucherchutzes 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 Nichtraucherchutz 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 Nichtraucherchutz 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 Nichtraucherchutz 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 Nichtraucherchutz zu verbessern, ohne dadurch Raucher und Raucherinnen zu diskriminieren.

Dabei wird im § 13a Abs. 1 Z 1 bis 3 tatbestandsmäßig an die Gewerbeordnung 1994 angeknüpft. Somit werden die bis dato ausgenommenen Betriebe, einschließlich Diskotheken-, Bar- oder Pubbetrieben etc., künftig vom Nichtraucherchutz des Tabakgesetzes mit umfasst. Mit der tatbestandsmäßigen Anknüpfung an die Gewerbeordnung wird klargestellt, dass jene nicht unmittelbar der Gastronomie zuzurechnenden Betriebe oder Einrichtungen, die, etwa auf Grund eines in der Gewerbeordnung eingeräumten Nebenrechts auch Speisen oder Getränke verabreichen dürfen, wie bereits nach geltendem Recht weiterhin dem § 13 unterliegen.Dabei wird im Paragraph 13 a, Absatz eins, Ziffer eins, bis 3 tatbestandsmäßig an die Gewerbeordnung 1994 angeknüpft. Somit werden die bis dato ausgenommenen Betriebe, einschließlich Diskotheken-, Bar- oder Pubbetrieben etc., künftig vom Nichtraucherchutz des Tabakgesetzes mit umfasst. Mit der tatbestandsmäßigen Anknüpfung an die Gewerbeordnung wird klargestellt, dass jene nicht unmittelbar der Gastronomie zuzurechnenden Betriebe oder Einrichtungen, die, etwa auf Grund eines in der Gewerbeordnung eingeräumten Nebenrechts auch Speisen oder Getränke verabreichen dürfen, wie bereits nach geltendem Recht weiterhin dem Paragraph 13, unterliegen.

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 80m<sup>2</sup> 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 80m<sup>2</sup> 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 50m<sup>2</sup> 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 50m<sup>2</sup> und 80m<sup>2</sup> 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 50m<sup>2</sup> 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 50m<sup>2</sup> und 80m<sup>2</sup> 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 50m<sup>2</sup> groß, aber kleiner als 80m<sup>2</sup> 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 Nichtraucher-schutzbestimmungen 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 50m<sup>2</sup> groß, aber kleiner als 80m<sup>2</sup> 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 Nichtraucher-schutzbestimmungen des Tabakgesetzes verstoßen wurde, zu Grunde zu legen. Die diesbezügliche Beweislast liegt somit beim Betriebsinhaber."

§ 13a Tabakgesetz stützt sich auf den Kompetenztatbestand "Gesundheitswesen", welches in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache ist (Art. 10 Abs. 1 Z 12 B-VG; siehe dazu auch die oben zitierte RV S. 4). Das WFLKG ist hingegen eine auf der Landeskompentenz des Art. 15 Abs. 1 B-VG beruhende Rechtsvorschrift (Gesetzgebung und Vollziehung Landessache). Paragraph 13 a, Tabakgesetz stützt sich auf den Kompetenztatbestand "Gesundheitswesen", welches in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache ist (Artikel 10, Absatz eins, Ziffer 12, B-VG; siehe dazu auch die oben zitierte Regierungsvorlage S. 4). Das WFLKG ist hingegen eine auf der Landeskompentenz des Artikel 15, Absatz eins, B-VG beruhende Rechtsvorschrift (Gesetzgebung und Vollziehung Landessache).

Das WFLKG enthält keine Rechtsgrundlage für einen Feststellungsbescheid der hier gegenständlichen Art. § 13a Abs. 3 Z. 2 Tabakgesetz sieht unbeschadet dessen eine bescheidmäßige Feststellung durch jene Behörde, die das WFLKG zu vollziehen hat, vor (siehe dazu auch die oben wiedergegebenen Gesetzesmaterialien). Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer derartigen gesetzlichen Regelung, die Bescheinigungen einer Behörde im Rahmen der Vollziehung von Gesetzen einer anderen Gesetzgebungs- bzw. Vollziehungsautorität normiert, kann auf die Amtshilfe gemäß Art. 22 B-VG gestützt werden (vgl. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 2. Dezember 1985, Slg. Nr. 10.715, und dazu Moritz, Amtshilfe und einfaches Gesetz, ÖGZ 11/1987, S. 2 ff). Das WFLKG enthält keine Rechtsgrundlage für einen Feststellungsbescheid der hier gegenständlichen "Art". Paragraph 13 a, Absatz 3, Ziffer 2, Tabakgesetz sieht unbeschadet dessen eine bescheidmäßige Feststellung durch jene Behörde, die das WFLKG zu vollziehen hat, vor (siehe dazu auch die oben wiedergegebenen Gesetzesmaterialien). Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer derartigen gesetzlichen Regelung, die Bescheinigungen einer Behörde im Rahmen der Vollziehung von Gesetzen einer anderen Gesetzgebungs- bzw. Vollziehungsautorität normiert, kann auf die Amtshilfe gemäß Artikel 22, B-VG gestützt werden vergleiche , das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 2. Dezember 1985, Slg. Nr. 10.715, und dazu Moritz, Amtshilfe und einfaches Gesetz, ÖGZ 11 aus 1987,, S. 2 ff).

Dahingestellt bleiben kann es, ob die Auffassung der belangten Behörde zutrifft, dass das WFLKG auf gewerbliche Betriebsanlagen generell und insgesamt keine Anwendung findet (vgl. dazu, dass auch bei gewerblichen Betriebsanlagen baurechtliche und allenfalls auch feuerpolizeiliche Gesichtspunkte vom Landesgesetzgeber geregelt werden können, die Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes vom 19. März 1956, Slg. Nr. 2977, und vom 14. Oktober 1993, Slg. Nr. 13.586, sowie Moritz, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Feuerpolizei und des Feuerwehrwesens, ÖGZ 2/1989, S. 15 ff). Dahingestellt bleiben kann es, ob die Auffassung der belangten Behörde zutrifft, dass das WFLKG auf gewerbliche Betriebsanlagen generell und insgesamt keine Anwendung findet vergleiche , dazu, dass auch bei gewerblichen Betriebsanlagen baurechtliche und allenfalls auch feuerpolizeiliche Gesichtspunkte vom Landesgesetzgeber geregelt werden können, die Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes vom 19. März 1956, Slg. Nr. 2977, und vom 14. Oktober 1993, Slg. Nr. 13.586, sowie Moritz, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Feuerpolizei und des Feuerwehrwesens, ÖGZ 2 aus 1989,, S. 15 ff).

Geht man allein von der Rechtslage nach dem WFLKG aus, die einen Feststellungsbescheid wie den beantragten nicht kennt, ist zu bemerken, dass ein Rechtsanspruch auf Feststellung strittiger Rechtsverhältnisse auf Antrag in einem solchen Fall voraussetzt, dass eine Person ein rechtliches Interesse an einer derartigen Feststellung hat. Die Feststellung muss im Zeitpunkt der Bescheiderlassung für die Partei im Einzelfall ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung bzw. Rechtsverfolgung sein (vgl. dazu Hengstschläger/Leeb, AVG II, S. 642 f, Rz 75). Schon in Hinblick darauf, dass im Zeitpunkt der Erlassung des in Beschwerde gezogenen Bescheides unbestritten die Grundfläche des gegenständlichen Gastraumes 80 m<sup>2</sup> überschritten hat, konnte sich der beantragte Feststellungsbescheid für die Beschwerdeführerin im konkreten Einzelfall nicht als notwendiges Mittel der von ihr geltend gemachten zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, dass nämlich gegebenenfalls keine Raumtrennung nach dem Tabakgesetz erforderlich ist, erweisen. Ein Feststellungsbescheid allein auf der Grundlage des WFLKG scheidet daher von vornherein aus.

Geht man allein von der Rechtslage nach dem WFLKG aus, die einen Feststellungsbescheid wie den beantragten nicht kennt, ist zu bemerken, dass ein Rechtsanspruch auf Feststellung strittiger Rechtsverhältnisse auf Antrag in einem solchen Fall voraussetzt, dass eine Person ein rechtliches Interesse an einer derartigen Feststellung hat. Die Feststellung muss im Zeitpunkt der Bescheiderlassung für die Partei im Einzelfall ein notwendiges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung bzw. Rechtsverfolgung sein vergleiche , dazu Hengstschläger/Leeb, AVG römisch zwei, S. 642 f, Rz 75). Schon in Hinblick darauf, dass im Zeitpunkt der Erlassung des in Beschwerde gezogenen Bescheides unbestritten die Grundfläche des gegenständlichen Gastraumes 80 m<sup>2</sup> überschritten hat, konnte sich der beantragte Feststellungsbescheid für die Beschwerdeführerin im konkreten Einzelfall nicht als notwendiges Mittel der von ihr geltend gemachten zweckentsprechenden Rechtsverfolgung, dass nämlich gegebenenfalls keine Raumtrennung nach dem Tabakgesetz erforderlich ist, erweisen. Ein Feststellungsbescheid allein auf der Grundlage des WFLKG scheidet daher von vornherein aus.

Sofern man hingegen § 13a Abs. 3 Z. 2 Tabakgesetz als besondere (verfassungsrechtlich zulässige) Rechtsgrundlage für einen Feststellungsbescheid der Feuerpolizeibehörde in die Betrachtung miteinbezieht, ist bereits dieser Bestimmung selbst zu entnehmen, dass sie nur bei Räumen mit einer Grundfläche zwischen 50 m<sup>2</sup> und 80 m<sup>2</sup> zum Tragen kommt. Ein solcher Raum liegt hier nicht vor.

Sofern man hingegen Paragraph 13 a, Absatz 3, Ziffer 2, Tabakgesetz als besondere (verfassungsrechtlich zulässige) Rechtsgrundlage für einen Feststellungsbescheid der Feuerpolizeibehörde in die Betrachtung miteinbezieht, ist bereits dieser Bestimmung selbst zu entnehmen, dass sie nur bei Räumen mit einer Grundfläche zwischen 50 m<sup>2</sup> und 80 m<sup>2</sup> zum Tragen kommt. Ein solcher Raum liegt hier nicht vor.

Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen. Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und war gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über den Kostenersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der Verordnung BGBl. II Nr. 455/2008. Wien, am 3. Mai 2011

Die Entscheidung über den Kostenersatz beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit , der Verordnung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 455 aus 2008,., Wien, am 3. Mai 2011

### **Schlagworte**

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2 Anspruch auf bescheidmäßige Erledigung und auf Zustellung, Recht der Behörde zur Bescheiderlassung Feststellungsbescheide

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2011:2009050337.X00

### **Im RIS seit**

06.06.2011

### **Zuletzt aktualisiert am**

06.07.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)