

TE Lvwg Erkenntnis 2016/7/12 VGW-021/035/10581/2015

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.07.2016

Entscheidungsdatum

12.07.2016

Index

82/02 Gesundheitsrecht allgemein

Norm

TabakG §14 Abs4

NKV §1

NKV §2

1. NKV § 1 heute
2. NKV § 1 gültig ab 01.01.2009
1. NKV § 2 gültig von 01.01.2009 bis 28.11.2008 aufgehoben durch BGBl. II Nr. 425/2008

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag. Lammer über die Beschwerde des Herrn G. K., vertreten durch Rechtsanwalt, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 29.7.2015, Zahl: MBA ... - S 5817/15, betreffend eine Verwaltungsübertretung nach § 14 Abs 4 Tabakgesetz iVm § 1 und § 2 Nichtraucher-schutz-Kennzeichnungsverordnung (NKV), zu Recht erkannt: Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag. Lammer über die Beschwerde des Herrn G. K., vertreten durch Rechtsanwalt, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 29.7.2015, Zahl: MBA ... - S 5817/15, betreffend eine Verwaltungsübertretung nach Paragraph 14, Absatz 4, Tabakgesetz in Verbindung mit Paragraph eins und Paragraph 2, Nichtraucher-schutz-Kennzeichnungsverordnung (NKV), zu Recht erkannt:

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer eins, VStG eingestellt.

Gemäß § 52 Abs 8 VwGVG wird dem Beschwerdeführer kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt. Gemäß Paragraph 52, Absatz 8, VwGVG wird dem Beschwerdeführer kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt.

Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Das angefochtene Straferkenntnis enthält folgende Tatanlastung:

„Sie haben als Obmann des Vereins "R." - mit Vereinssitz in Wien, welcher ein gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der "R." FN ... ist zu verantworten, dass diese Gesellschaft mit Sitz in Wien, C.-gasse, als Inhaberin des Gastronomiebetriebes (Gastgewerbe in der Betriebsart Kaffeerestaurant) in Wien, C.-gasse, zumindest am 27.01.2015 um 11:10 Uhr (Zeitpunkt der Überprüfung) insofern die Bestimmungen des § 1 Abs. 1 und 2 Nichtrauchererschutz-Kennzeichnungsverordnung-NKV, wonach in Betrieben gemäß § 13a Abs. 1 des Tabakgesetzes unmittelbar beim Eingang zum Lokal kenntlich zu machen ist ob, sofern nur ein einziger Gastraum vorhanden ist, darin geraucht werden darf oder nicht, oder sofern mehrere Gasträume vorhanden sind, in keinem dieser Gasträume geraucht werden darf, oder gemäß § 13a Abs. 2 des Tabakgesetzes in einem eigens dafür vorgesehenen Gastraum geraucht werden darf, wobei die Kennzeichnung durch Symbole zu erfolgen hat, die beim Betreten des Betriebs und jedem Eingang zu einem Gastraum gut sichtbar sein müssen, nicht eingehalten hat.“ Sie haben als Obmann des Vereins "R." - mit Vereinssitz in Wien, welcher ein gemäß Paragraph 9, VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der "R." FN ... ist zu verantworten, dass diese Gesellschaft mit Sitz in Wien, C.-gasse, als Inhaberin des Gastronomiebetriebes (Gastgewerbe in der Betriebsart Kaffeerestaurant) in Wien, C.-gasse, zumindest am 27.01.2015 um 11:10 Uhr (Zeitpunkt der Überprüfung) insofern die Bestimmungen des Paragraph eins, Absatz eins und 2 Nichtrauchererschutz-Kennzeichnungsverordnung-NKV, wonach in Betrieben gemäß Paragraph 13 a, Absatz eins, des Tabakgesetzes unmittelbar beim Eingang zum Lokal kenntlich zu machen ist ob, sofern nur ein einziger Gastraum vorhanden ist, darin geraucht werden darf oder nicht, oder sofern mehrere Gasträume vorhanden sind, in keinem dieser Gasträume geraucht werden darf, oder gemäß Paragraph 13 a, Absatz 2, des Tabakgesetzes in einem eigens dafür vorgesehenen Gastraum geraucht werden darf, wobei die Kennzeichnung durch Symbole zu erfolgen hat, die beim Betreten des Betriebs und jedem Eingang zu einem Gastraum gut sichtbar sein müssen, nicht eingehalten hat.

An der Eingangstüre befindet sich sowohl der Hinweis, dass es sich um einen Mischbetrieb handelt ("Abgetrennter Raucherraum im Lokal" - Farbgestaltung umgekehrt -falsch) als auch die Kennzeichnung, dass es sich um einen Raucherbetrieb handelt. Die Kennzeichnung ist irreführend. Der Nichtraucherbereich ist mit verschiedenen Piktogrammen und Hinweisschildern gekennzeichnet. Die entsprechenden Piktogramme gemäß der Nichtrauchererschutzkennzeichnungsverordnung sind nicht vorhanden. Im Bereich, in welchem das Rauchen erlaubt ist, fehlte jegliche Kennzeichnung.“

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 14 Abs 4 Tabakgesetz, BGBl. Nr. 431/1995 idGF, iVm § 1 Abs 1 und 2 Nichtrauchererschutz-Kennzeichnungsverordnung, BGBl. II Nr. 424/2008, iVm § 9 VStG 1991 verletzt, weswegen über ihn gemäß § 14 Abs 4 Tabakgesetz eine Geldstrafe von 500 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 6 Stunden, verhängt und ihm ein Verfahrenskostenbeitrag von 50 Euro auferlegt wurde. Der Beschwerdeführer habe dadurch Paragraph 14, Absatz 4, Tabakgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 431 aus 1995, idGF, in Verbindung mit Paragraph eins, Absatz eins und 2 Nichtrauchererschutz-Kennzeichnungsverordnung, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 424 aus 2008,, in Verbindung mit Paragraph 9, VStG 1991 verletzt, weswegen über ihn gemäß Paragraph 14, Absatz 4, Tabakgesetz eine Geldstrafe von 500 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 6 Stunden, verhängt und ihm ein Verfahrenskostenbeitrag von 50 Euro auferlegt wurde.

In der dagegen eingebrachten Beschwerde wurde seitens des Beschwerdeführers ausgeführt, es sei unrichtig und werde ausdrücklich bestritten, dass an der gegenständlichen Örtlichkeit der Betrieb eines Kaffeerestaurants ausgeübt werde. In diesem Betrieb werde ein Verein betrieben, zu dem ausschließlich Mitglieder Zutritt hätten. Dies werde auch durch eine eindeutige Kennzeichnung an der Türe gewährleistet und darauf hingewiesen. Auch die Zustellung von Speisen erfolge ausschließlich an Mitglieder des Vereins. Noch fielen Vereine nicht unter die Vorschriften des Tabakgesetzes bzw. der NKV. Selbst wenn ein Gastronomiebetrieb vorliegen würde, sei die gegenständliche Anzeige unrichtig. Aus dem Akt ergebe sich eindeutig, dass im Lokal Hinweise auf ein Rauchverbot und einen Nichtraucherbereich vorlägen und verschiedene Piktogramme und Hinweisschilder vorhanden gewesen seien. Das Straferkenntnis sei diesbezüglich zu ungenau bzw. umschreibe das dem Beschwerdeführer zur Last gelegte

Verwaltungsdelikt nicht. Außerdem liege ein Verstoß gegen das Doppelbestrafungsverbot vor. Über den Beschwerdeführer sei zur Zahl: MBA ... - S 5819/15 eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro verhängt worden, weil in der Zeit vom 26.11.2014 bis 27.1.2015 in diesem Lokal geraucht worden sein solle.

Am 27.6.2016 fand gemeinsam zu GZ: VGW-021/054/6880/2015 eine Verhandlung statt, in der der Beschwerdeführer als Partei sowie Herr Ing. B. und Frau A. K. als Zeugen einvernommen wurden.

Dem angefochtenen Straferkenntnis liegt die Anzeige der Marktamtsabteilung für den ... Bezirk vom 3.2.2015 zugrunde, wonach im gegenständlichen Gastgewerbebetrieb in der Betriebsart eines Kaffeerestaurants (Gewerberegisterzahl ...) in Wien, C.-gasse, eine Kontrolle durchgeführt worden sei, anlässlich derer festgestellt werden habe können, dass entgegen den Bestimmungen des § 13b Tabakgesetz iVm der NKV die Rauchverbote in den unter das Rauchverbot fallenden Räumen und Einrichtungen nicht entsprechend kenntlich gemacht gewesen seien. An der Eingangstüre habe sich sowohl der Hinweis, dass es sich um einen Mischbetrieb handle („abgetrennter Rauchraum im Lokal“ - Farbengestaltung umgekehrt - falsch), als auch die Kennzeichnung, dass es sich um einen Raucherbetrieb handle, befunden. Die Kennzeichnung sei irreführend. Der Betrieb bestehe aus einem Gastraum. Unmittelbar beim Eingang befinde sich der sogenannte Nichtraucherbereich mit 4 Tischen und insgesamt 16 Verabreichungsplätzen. Dieser Bereich sei mit verschiedenen Piktogrammen und Hinweisschildern gekennzeichnet gewesen. Die entsprechenden Piktogramme gemäß NKV seien nicht vorhanden gewesen. Im Bereich der Schank hätten sich 3 Tische, 12 Sessel, 3 Stehtische mit 8 Plätzen sowie die Schank mit 2 Verabreichungsplätzen befunden. In diesem Bereich sei das Rauchen erlaubt und habe in diesem Bereich jegliche Kennzeichnung gefehlt. Im hinteren Bereich des Betriebes hätten sich 6 Tische mit 48 Verabreichungsplätzen befunden. In diesem Bereich seien mehrere Piktogramme angebracht gewesen, die jedoch der NKV nicht entsprochen haben. Aufgrund des geschilderten Sachverhalts werde Anzeige gelegt. In diesem Bereich sei das Rauchen nicht erlaubt. Zum Zeitpunkt der Überprüfung seien mehrere Personen anwesend gewesen. Ein Gast habe geraucht. Im Betrieb gebe es keine Abtrennung zwischen Raucher- und Nichtraucherbereich. Die Gesamtraumfläche sei größer als 50 m². Es handle sich um einen Einraumgastraum. Seitens der Betriebsverantwortlichen werde die Meinung vertreten, dass durch die Gründung des Vereins die Bestimmungen des Tabakgesetzes umgangen werden könnten, da es sich um keinen Gewerbebetrieb handle, weil nur Vereinsmitglieder Zutritt hätten. Aufgrund der Öffnungszeiten und der Aufmachung des Betriebes (siehe Fotos) handle es sich jedoch um einen Gewerbebetrieb. Mitgliederlisten seien angeblich vorhanden, seien jedoch nicht vorgewiesen worden. Im Standort befinde sich ein Verein mit dem Namen „R.“ – (Vereinsregisterzahl ...). Das Erscheinungsbild des Betriebes entspreche einem Gastgewerbelokal. Vor der Betriebsanlage und im Internet unter der Adresse www.r... befinde sich eine Speisekarte, in der sich der Hinweis befinde, dass Speisenzustellungen ab einem Bestellwert von 15 Euro möglich seien. Eine Einschränkung, dass Lieferungen nur an Vereinsmitglieder erfolgten, gebe es nicht. Eine Überprüfung der Küche sei nicht möglich gewesen. Die Kontrolle sei verweigert worden. Da bei der Revision am 27.1.2015 ein Fotografier-Verbot von Herrn K. ausgesprochen worden sei, seien die Fotos vom 25.6.2014 (letzte Kontrolle) eingefügt worden. Dem angefochtenen Straferkenntnis liegt die Anzeige der Marktamtsabteilung für den ... Bezirk vom 3.2.2015 zugrunde, wonach im gegenständlichen Gastgewerbebetrieb in der Betriebsart eines Kaffeerestaurants (Gewerberegisterzahl ...) in Wien, C.-gasse, eine Kontrolle durchgeführt worden sei, anlässlich derer festgestellt werden habe können, dass entgegen den Bestimmungen des Paragraph 13 b, Tabakgesetz in Verbindung mit der NKV die Rauchverbote in den unter das Rauchverbot fallenden Räumen und Einrichtungen nicht entsprechend kenntlich gemacht gewesen seien. An der Eingangstüre habe sich sowohl der Hinweis, dass es sich um einen Mischbetrieb handle („abgetrennter Rauchraum im Lokal“ - Farbengestaltung umgekehrt - falsch), als auch die Kennzeichnung, dass es sich um einen Raucherbetrieb handle, befunden. Die Kennzeichnung sei irreführend. Der Betrieb bestehe aus einem Gastraum. Unmittelbar beim Eingang befinde sich der sogenannte Nichtraucherbereich mit 4 Tischen und insgesamt 16 Verabreichungsplätzen. Dieser Bereich sei mit verschiedenen Piktogrammen und Hinweisschildern gekennzeichnet gewesen. Die entsprechenden Piktogramme gemäß NKV seien nicht vorhanden gewesen. Im Bereich der Schank hätten sich 3 Tische, 12 Sessel, 3 Stehtische mit 8 Plätzen sowie die Schank mit 2 Verabreichungsplätzen befunden. In diesem Bereich sei das Rauchen erlaubt und habe in diesem Bereich jegliche Kennzeichnung gefehlt. Im hinteren Bereich des Betriebes hätten sich 6 Tische mit 48 Verabreichungsplätzen befunden. In diesem Bereich seien mehrere Piktogramme angebracht gewesen, die jedoch der NKV nicht entsprochen haben. Aufgrund des geschilderten Sachverhalts werde Anzeige gelegt. In diesem Bereich sei das Rauchen nicht erlaubt. Zum Zeitpunkt der Überprüfung seien mehrere Personen anwesend gewesen. Ein Gast habe geraucht. Im Betrieb gebe es keine Abtrennung zwischen Raucher- und Nichtraucherbereich. Die Gesamtraumfläche sei größer als

50 m². Es handle sich um einen Einraumgasträum. Seitens der Betriebsverantwortlichen werde die Meinung vertreten, dass durch die Gründung des Vereins die Bestimmungen des Tabakgesetzes umgangen werden könnten, da es sich um keinen Gewerbebetrieb handle, weil nur Vereinsmitglieder Zutritt hätten. Aufgrund der Öffnungszeiten und der Aufmachung des Betriebes (siehe Fotos) handle es sich jedoch um einen Gewerbebetrieb. Mitgliederlisten seien angeblich vorhanden, seien jedoch nicht vorgewiesen worden. Im Standort befinde sich ein Verein mit dem Namen „R.“ – (Vereinsregisterzahl ...). Das Erscheinungsbild des Betriebes entspreche einem Gastgewerbelokal. Vor der Betriebsanlage und im Internet unter der Adresse www.r... befinde sich eine Speisekarte, in der sich der Hinweis befinde, dass Speisenzustellungen ab einem Bestellwert von 15 Euro möglich seien. Eine Einschränkung, dass Lieferungen nur an Vereinsmitglieder erfolgten, gebe es nicht. Eine Überprüfung der Küche sei nicht möglich gewesen. Die Kontrolle sei verweigert worden. Da bei der Revision am 27.1.2015 ein Fotografier-Verbot von Herrn K. ausgesprochen worden sei, seien die Fotos vom 25.6.2014 (letzte Kontrolle) eingefügt worden.

Der Beschwerdeführer gab als Partei einvernommen in der Verhandlung vom 27.6.2016 im Wesentlichen an, dass der im gegenständlichen Verfahren maßgebliche Sachverhalt nicht mit jenem übereinstimme, der im Verfahren zu GZ: VGW-021/020/32901/2014 festgestellt worden sei. So habe er Mitte Jänner 2015 an der Tür ein Schild „...club, Zutritt ausdrücklich nur für Mitglieder“ angebracht. Dieses Schild mit der Aufschrift „nur für Mitglieder“ habe sich links neben der Eingangstüre befunden. Rechts neben der Eingangstüre habe sich ebenfalls ein Schild mit rosa Aufschrift „R. bei Interesse Auskunft im Lokal“ befunden. Die Eingangstüre sei verschlossen gewesen, man habe läuten müssen. Mit einem Taster sei die Türe dann geöffnet worden und seien die eintretenden Personen nach ihrer Mitgliedschaft befragt worden. Im Service seien sein Sohn und er abwechselnd beschäftigt gewesen, seine Frau habe gekocht. Stammgäste seien natürlich nicht nach ihrer Mitgliedskarte befragt worden, fremde Personen aber schon. Jeder der eine solche Mitgliedskarte gehabt habe, sei eingelassen worden. Jeder der noch nicht Mitglied gewesen sei, habe Mitglied werden können. Dafür habe es ein Informationsblatt gegeben, dass dieser unterfertigen habe müssen. Das sei ein Antrag auf Mitgliedschaft gewesen. Er habe dann gleich einen solchen Mitgliedsausweis ausgestellt und den Mitgliedsbeitrag für ein Jahr in Höhe von 1 Euro eingehoben und den Namen dieser Person in die Mitgliedsliste aufgenommen. Zuletzt hätten sie 1.400 Mitglieder gehabt. Bei der Mitgliedskarte habe es sich um eine Visitenkarte des R. gehandelt und sei auf der Rückseite dieser Visitenkarte der Namen des Mitgliedes und die Mitgliedsnummer mit dem Jahr handschriftlich vermerkt worden. Damit sei sichergestellt worden, dass der Mitgliedsbeitrag bezahlt worden sei. Ein Lichtbild sei auf dieser Mitgliedskarte nicht angebracht worden. Er habe die Identität der Personen, die zu ihm ins Lokal gekommen seien, auch nicht durch Vorzeigen eines Ausweises überprüft. Jeder, der ihm eine Mitgliedskarte vorgezeigt habe, sei eingelassen worden. Er habe keinen Ausweis verlangt, er habe aber nachgefragt, ob die betreffende Person der Herr bzw. die Frau „Sowieso“ sei, deren Namen auf der Karte gestanden sei. Wenn die Person das bejaht habe, habe er ihr das geglaubt. Wenn jemand seine Karte verloren gehabt habe, so habe er sich mit der Nennung seines Namens begnügt, d.h., er habe im Computer nachgesehen, ob er diesen Namen dort in der Mitgliedsliste vorfinde und habe dann eine neue Karte ausgestellt. Bei Mitnahme von Begleitpersonen hätten auch diese ebenfalls Mitglied werden müssen. Personen, die sich geweigert haben, Mitglied zu werden, habe er hinausgeschmissen. Er sei nicht nur Obmann des in Rede stehenden Vereins, sondern auch der Vorstand. Er habe darüber entschieden, ob eine Person Mitglied werde oder nicht. Der Verein habe einen Rechnungsprüfer, einen Kassier habe es nicht gegeben. Eine Tagesmitgliedschaft habe es am 27.1.2015 nicht mehr gegeben. Die Tagesmitgliedschaft sei im Zuge des Vorverfahrens zu GZ: VGW-021/020/32901/2014 abgeschafft worden, das sei jedenfalls zwei bis drei Monate vor dem 28.1.2015 (Verhandlung im Vorverfahren) gewesen. In den Statuten sei eine Ehrenmitgliedschaft vorgesehen gewesen, die jedoch nie zur Anwendung gekommen sei. Ehrenmitgliedschaft bedeute, dass der Verein Mitgliedschaften ehrenweise vergeben habe. Am 27.1.2015 sei das Lokal nach wie vor ein „Einraumlokal“ mit einem Gasträum mit einer Fläche von ca. 88 m² gewesen. Sie hätten einen „offenen“ Nichtraucherbereich gehabt. Die Öffnungszeiten seien im Vergleich zur Kontrolle vom 25.6.2014 unverändert gewesen, sie hätten mit Ausnahme vom Sonntag täglich von 9 Uhr bis 23 Uhr geöffnet gehabt, in den Schulferien sei auch der Samstag geschlossen gewesen. Speisenzustellungen seien nur mehr an Mitglieder erfolgt. Es habe eine Liste von hauptsächlich „älteren Damen“ gegeben, die statt dem Essen auf Rädern von ihnen mittags ein Menü bekommen haben. Sie hätten nur im unmittelbaren Umkreis zugestellt und seien es so um die zwei bis drei, maximal fünf, Zustellungen gewesen. Menübestellungen hätten sie täglich zwischen 10 Uhr und 15 Uhr gehabt. Es habe einmal monatlich kulinarische Schwerpunkte gegeben, dies im Wesentlichen auf Wunsch bzw. auf Zuruf von Gästen. Es habe auch Musikveranstaltungen wie Wiener-Lied-Abende und Countyabende gegeben. Über Vorhalt der Statuten, wonach

es ordentliche und außerordentliche Mitglieder gegeben habe, wobei sich die ordentlichen Mitglieder am Vereinsgeschehen aktiv beteiligten, gab der Beschwerdeführer an, es habe Stammgäste gegeben, die Vorschläge gemacht und Wünsche geäußert haben, aktiv mitgearbeitet hätten nur er, sein Sohn und seine Frau. Bei der auf AS 2 abgebildeten Türe handle es sich um eine Fluchttür und nicht um die Eingangstüre. Das doppelte Piktogramm mit durchgestrichener und nicht durchgestrichener Zigarette sei am 27.1.2015 nicht mehr an dieser Fluchttür angebracht gewesen. Dieses sei zwischenzeitig ersatzlos entfernt worden. Die Eingangstüre befinde sich im rechten Winkel links zur Fluchttüre. Die äußere Geschäftsbezeichnung sei bei der Fluchttür angebracht gewesen, weil beim Betreten des Eingangsbereiches diese im Blickfeld liege. Am 27.1.2015 waren die „Piktogramme mit durchgestrichener Zigarette“ im offenen Nichtraucherbereich nicht mehr vorhanden, es habe im gesamten Gastraum keine Piktogramme mehr gegeben, auch das Schild „Nichtraucherzone“ (AS 2) sei entfernt worden, weil sich das Kontrollorgan darüber mokiert habe, dass es eine Nichtraucherzone in einem ...club gebe.

Herr Ing. B. gab als Zeuge einvernommen an, dass Gegenstand seiner Kontrolle am 27.1.2015 die Einhaltung des Tabakgesetzes und des LMSVG gewesen sei. Er habe die Anzahl der Verabreichungsplätze gezählt. Es habe zwei „Nichtraucherbereiche“ und einen räumlich davon nicht abgetrennten Raucherbereich gegeben. Es sei ein Einraumlokal mit einer Gastraumgröße von mehr als 80 m² gewesen. Im Schankbereich habe eine Person geraucht. Bei Vorkontrollen sei die Abtrennung in Räume ein Thema gewesen, wobei der Einwand gekommen sei, dass dies aus baupolizeilicher Sicht nicht möglich sei. Am 27.1.2015 sei ihm vom Beschwerdeführer das Fotografieren untersagt worden. Er habe daher seiner Anzeige die Fotos vom 25.6.2014 angeschlossen, wobei seiner Meinung nach die am 27.1.2015 vorgefundene Kennzeichnung jener auf den Bildern zumindest sinngemäß entsprochen habe. Über Vorhalt der Angaben des Beschwerdeführers, wonach am 27.1.2015 im Gastraum selbst keine Piktogramme mehr vorhanden gewesen seien und auch das „doppelte Piktogramm“ an der Fluchttür auf AS 2 nicht mehr vorhanden gewesen sei, gab der Zeuge Ing. B. an, an die Piktogramme selbst könne er sich nicht mehr erinnern, es sei durchaus möglich, dass am 27.1.2015 keine Piktogramme im Gastraum mehr vorhanden gewesen seien. Er lege 12 anlässlich der Revision vom 3.7.2015 angefertigte Bilder vor (auf einem dieser Bilder ist die neben der Eingangstür befindliche „Fluchttür“ mit dem Piktogramm „grüne rauchende Zigarette“ angebracht; auf den Bildern, die den Gastraum selbst zeigen, ist kein Piktogramm ersichtlich). Die Aufschrift „Jahresmitgliedsbeitrag 1 Euro Auskunft im Lokal“ auf der schwarzen Tafel an der Fassade C.-gasse sei auch am 27.1.2015 bereits vorhanden gewesen. Er könne sich heute ganz konkret daran erinnern, dass eine Person, nämlich der Kellner, geraucht habe. Wenn in der Anzeige stehe, dass eine zweite Person geraucht habe, dann entspreche das wohl seinen Wahrnehmungen, er könne sich aber heute nur mehr an den rauchenden Kellner konkret erinnern. Wann die Änderung der Piktogramme erfolgt sei, könne er nicht sagen, er könne das nur anhand der Fotos irgendwie nachvollziehen. Außen am Lokal sei die Aufschrift gewesen, dass es sich um einen Verein handle und nur Mitglieder Zutritt hätten. Am 27.1.2015 habe er eine Speisenauslieferung nicht wahrgenommen.

Frau A. K., die Ehegattin des Beschwerdeführers, gab zeugenschaftlich einvernommen an, sie habe im gegenständlichen Standort seit 2006 bis ca. 2013 als Einzelunternehmen ein Kaffeerestaurant betrieben. Dann hätten sie mit Unterstützung des Herrn DDr. Gr. die Konstruktion mit dem Verein gemacht. Sie hätten irgendeine Konstruktion wählen müssen, weil sie den Raum wegen der Stufe im Gastraum nicht abtrennen haben können. Das sei der Grund gewesen, weshalb sie alles auf „Verein“, in den nur Mitglieder herein durften, umgemodelt hätten. Alle Stammkunden ihres Gastgewerbebetriebes seien dann einfach Mitglied geworden. Sie hätten sehr viele ältere Herrschaften gehabt, die seit ihrem 15. Lebensjahr rauchten und auch weiter rauchen wollten. Es sei kein Problem gewesen, den Mitgliedsbeitrag von 1 Euro für ein Jahr von den Stammkunden zu bekommen, sie hätten auch mehr verlangen können, die Stammgäste hätten das bezahlt. Nach der Umstellung auf „Verein“ hätten sie dann keine Laufkundschaft mehr gehabt, es habe auch nicht jeder Mitglied werden wollen. Am Anfang habe es die „Tagesmitgliedschaft“ gegeben, das habe aber nicht funktioniert und hätten sie das dann, nachdem das als problematisch aufgezeigt worden sei, auf eine Jahresmitgliedschaft für 1 Euro pro Jahr umgestellt. Wenn man Mitglied werden habe wollen, habe man einen Zettel mit Namen, Geburtsdatum, Adresse und E-Mail-Adresse (wenn vorhanden) ausfüllen müssen. Das habe alles ihr Mann oder ihr Sohn gemacht, je nachdem, wer da gewesen sei. Sie sei nur die Köchin gewesen. Tagsüber sei ihr Sohn da gewesen, am Abend ihr Mann. Sie sei von in der Früh bis am Abend im Betrieb gewesen. Zusätzliches Hilfspersonal hätten sie nicht gehabt. Einmal in der Woche sei eine Reinigungsfirma gekommen. Ihre Gäste seien schon mit der Karte in der Hand zum Lokal gekommen, die Gäste, die regelmäßig gekommen seien, seien ohnehin bekannt gewesen, die anderen seien nach der Karte gefragt worden. Das Vorzeigen der Karte allein sei ausreichend gewesen, eine Überprüfung der Identität sei nicht erfolgt. Es seien hauptsächlich ältere Leute gekommen und würden diese nicht die

Kärtchen tauschen. Sie haben auch Mitglieder gehabt, die nur ein einziges Mal bei ihnen gewesen seien. Sie hätten zwischen 10 bis 20 Mittagessen täglich gehabt, das seien auch ihre Stammgäste gewesen. Sie hätten auch Gäste gehabt, die nur einmal im Jahr gekommen seien, andere seien einmal im Monat gekommen. Es sei ein Kontrollorgan bei ihnen gewesen, das gesagt habe, dass in einem Raucherlokal kein Nichtraucherpickerl sein dürfe, worauf sie die Nichtraucherpickerl im Nichtraucherbereich entfernt habe. Das müsse irgendwann nach der Kontrolle vom 25.6.2014 gewesen sein, ein genaues Datum könne sie aber jetzt nicht sagen. Das auf der Fluchttür angebrachte „doppelte Piktogramm“ sei durch ein „Raucherpickerl“ ausgetauscht worden, weil es ja geheißen habe, dass sie ein Raucherlokal seien. Sie habe im sogenannten Nichtraucherbereich das „Rauchen verboten“-Pickerl nur deshalb angebracht gehabt, damit sie die Leute nicht auffordern müsse, in diesem Bereich, in dem hauptsächlich ältere Leute ihren Stammpplatz gehabt haben, nicht zu rauchen und damit diese Stammgäste dort ihren Stammpplatz behalten könnten. Dabei habe es sich um 16 Plätze gehandelt. Einen Tag vor der Verhandlung am Verwaltungsgericht Wien am 28.1.2015 habe es eine neue Kontrolle (die gegenständliche Kontrolle vom 27.1.2015) gegeben. Es sei so gewesen, dass nach dieser Verhandlung am Verwaltungsgericht Wien am 28.1.2015 die Homepage bezüglich des Lieferservices umgestellt worden sei. Der Austausch der Piktogramme im Eingangsbereich und im Gastraum selbst sei aber gleich nach der Kontrolle vom 25.6.2014 erfolgt. Sie habe gleich nach dieser Kontrolle die „PickerlIn“ entfernt, ein Pickerl habe sie auch vom Spiegel herunterkratzen müssen.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich Folgendes:

Gemäß § 14 Abs 4 Tabakgesetz, BGBl. Nr. 431/1995 idF BGBl. I Nr. 120/2008, 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 2.000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 10.000 Euro zu bestrafen, wer als Inhaber gemäß § 13c Abs 1 gegen eine der im § 13c Abs 2 festgelegten Obliegenheiten verstößt. Gemäß Paragraph 14, Absatz 4, Tabakgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 431 aus 1995, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 120 aus 2008,, 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 2.000 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.

Gemäß § 13c Abs 1 Z 3 Tabakgesetz haben die Inhaber von Betrieben gemäß § 13a Abs 1 für die Einhaltung der Bestimmungen der §§ 12 bis 13b einschließlich einer gemäß § 13b Abs 4 erlassenen Verordnung Sorge zu tragen. Gemäß Paragraph 13 c, Absatz eins, Ziffer 3, Tabakgesetz haben die Inhaber von Betrieben gemäß Paragraph 13 a, Absatz eins, für die Einhaltung der Bestimmungen der Paragraphen 12 bis 13 b einschließlich einer gemäß Paragraph 13 b, Absatz 4, erlassenen Verordnung Sorge zu tragen.

Gemäß § 13c Abs 2 Z 4 Tabakgesetz hat jeder Inhaber gemäß Abs 1 insbesondere Sorge zu tragen, dass in den Räumen der Betriebe gemäß § 13a Abs 1, soweit Rauchverbot besteht oder das Rauchen gemäß § 13a Abs 4 nicht gestattet werden darf, weil für den Betrieb ein Kollektivvertrag gemäß § 13a Abs 4 Z 1 bis 4 nicht gilt, nicht geraucht wird. Gemäß Paragraph 13 c, Absatz 2, Ziffer 4, Tabakgesetz hat jeder Inhaber gemäß Absatz eins, insbesondere Sorge zu tragen, dass in den Räumen der Betriebe gemäß Paragraph 13 a, Absatz eins,, soweit Rauchverbot besteht oder das Rauchen gemäß Paragraph 13 a, Absatz 4, nicht gestattet werden darf, weil für den Betrieb ein Kollektivvertrag gemäß Paragraph 13 a, Absatz 4, Ziffer eins bis 4 nicht gilt, nicht geraucht wird.

Gemäß § 13c Abs 2 Z 7 Tabakgesetz hat jeder Inhaber gemäß Abs 1 insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass der Kennzeichnungspflicht gemäß § 13b oder einer gemäß § 13 Abs 5 [§ 13b Abs 5] erlassenen Verordnung entsprochen wird. Gemäß Paragraph 13 c, Absatz 2, Ziffer 7, Tabakgesetz hat jeder Inhaber gemäß Absatz eins, insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass der Kennzeichnungspflicht gemäß Paragraph 13 b, oder einer gemäß Paragraph 13, Absatz 5, [§ 13b Absatz 5], erlassenen Verordnung entsprochen wird.

Gemäß § 1 Abs 1 NKV ist in Betrieben gemäß § 13a Abs 1 des Tabakgesetzes unmittelbar beim Eingang zum Lokal kenntlich zu machen, ob, Gemäß Paragraph eins, Absatz eins, NKV ist in Betrieben gemäß Paragraph 13 a, Absatz eins, des Tabakgesetzes unmittelbar beim Eingang zum Lokal kenntlich zu machen, ob,

1. sofern nur ein einziger Gastraum vorhanden ist, darin geraucht werden darf oder nicht, oder
2. sofern mehrere Gasträume vorhanden sind, in keinem dieser Gasträume geraucht werden darf, oder gemäß § 13a

Abs 2 des Tabakgesetzes in einem eigens dafür vorgesehenen Gastraum geraucht werden darf. 2. sofern mehrere Gasträume vorhanden sind, in keinem dieser Gasträume geraucht werden darf, oder gemäß Paragraph 13 a, Absatz 2, des Tabakgesetzes in einem eigens dafür vorgesehenen Gastraum geraucht werden darf.

Gemäß § 1 Abs 2 Z 1 lit b NKV hat die Kennzeichnung durch Symbole zu erfolgen, die in Gestaltung und Farbgebung sowie Mindestgröße den Abbildungen in der Anlage zu entsprechen haben und beim Betreten des Betriebes gut sichtbar sein müssen. Als Symbol ist in den Fällen des Abs 1 Z 1, sofern im Gastraum nicht geraucht werden darf, das Symbol gemäß Abb. 2 (durchgestrichene rauchende Zigarette auf rotem Hintergrund) zu verwenden. Gemäß Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer eins, Litera b, NKV hat die Kennzeichnung durch Symbole zu erfolgen, die in Gestaltung und Farbgebung sowie Mindestgröße den Abbildungen in der Anlage zu entsprechen haben und beim Betreten des Betriebes gut sichtbar sein müssen. Als Symbol ist in den Fällen des Absatz eins, Ziffer eins,, sofern im Gastraum nicht geraucht werden darf, das Symbol gemäß Abb. 2 (durchgestrichene rauchende Zigarette auf rotem Hintergrund) zu verwenden.

Gemäß § 2 Abs 2 NKV ist, wenn im Gastraum nicht geraucht werden darf, dies im Raum durch jenes Symbol zu kennzeichnen, das in Gestaltung und Farbgebung (durchgestrichene rauchende Zigarette auf rotem Hintergrund) sowie Mindestgröße der Abb. 2 der Anlage entspricht. Gemäß Paragraph 2, Absatz 2, NKV ist, wenn im Gastraum nicht geraucht werden darf, dies im Raum durch jenes Symbol zu kennzeichnen, das in Gestaltung und Farbgebung (durchgestrichene rauchende Zigarette auf rotem Hintergrund) sowie Mindestgröße der Abb. 2 der Anlage entspricht.

Gemäß § 2 Abs 4 NKV sind die Symbole gemäß Abs 2 oder 3 im Gastraum in ausreichender Zahl so anzubringen, dass sie überall im Raum gut sichtbar sind. Gemäß Paragraph 2, Absatz 4, NKV sind die Symbole gemäß Absatz 2, oder 3 im Gastraum in ausreichender Zahl so anzubringen, dass sie überall im Raum gut sichtbar sind.

Nicht nur aufgrund des zwischenzeitig rechtskräftigen Schuldspruches des Straferkenntnisses des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 25.3.2015, Zahl: MBA ... – S 5819/15, sondern auch aufgrund der Beweisergebnisse der Verhandlung vom 27.6.2016 wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Der Beschwerdeführer ist Obmann des Vereins „R.“ – (ZVR-Zahl ...), der unbeschränkt haftender Gesellschafter der „R.“ ist, die im Standort Wien, C.-gasse, in der Zeit vom 20.2.2013 bis zur Zurücklegung der Gewerbeberechtigung am 31.5.2016 befugt das Gastgewerbe in der Betriebsart Kaffeerestaurant ausübt hat. Der gegenständliche Gastgewerbebetrieb verfügt lediglich über einen Gastraum mit einer Grundfläche von ca. 88 m², in dem im Rahmen der Gastgewerbeberechtigung Speisen verabreicht und Getränke ausgeschenkt wurden und den Gästen das Rauchen gestattet wurde, wobei am 27.1.2015 auch tatsächlich zwei Personen geraucht haben.

Im Hinblick darauf, dass die R. im gegenständlichen Standort am 27.1.2015 das Gastgewerbe in der Betriebsart eines Kaffeerestaurants ausgeübt hat und somit Inhaberin des gegenständlichen Gastgewerbebetriebes war, kann dem Vorbringen des Beschwerdeführers, dass es sich ausschließlich um ein Vereinslokal des „R.“ - und somit nicht um einen „öffentlichen Ort“ im Sinne des Tabakgesetzes gehandelt hat, nicht gefolgt werden, war doch das gegenständliche Einraumlokal nicht nur für bestimmte (individuell bezeichnete) Personen zugänglich, sondern konnte sich jeder unter den gleichen Bedingungen durch den Erwerb einer Jahresmitgliedschaft um 1 Euro den Zutritt zum gegenständlichen Gastgewerbebetrieb verschaffen und die angebotenen gastgewerblichen Leistungen in Anspruch nehmen.

Wie auch bereits im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 11.2.2015, GZ: VGW-021/020/32901/2014, dessen zugrundeliegender Sachverhalt in den entscheidungsrelevanten Punkten mit dem verfahrensgegenständlichen (nur leicht abgeänderten) Sachverhalt übereinstimmt, festgestellt worden ist, liegt im vorliegenden Fall ein Gastgewerbebetrieb gemäß § 13a Tabakgesetz vor, in dem Rauchverbot mit der korrespondierenden Kennzeichnungspflicht besteht, da der gegenständliche Betrieb lediglich über einen für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeignete Räumlichkeit, deren Grundfläche 88 m² aufweist, verfügt hat. Wie auch bereits im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 11.2.2015, GZ: VGW-021/020/32901/2014, dessen zugrundeliegender Sachverhalt in den entscheidungsrelevanten Punkten mit dem verfahrensgegenständlichen (nur leicht abgeänderten) Sachverhalt übereinstimmt, festgestellt worden ist, liegt im vorliegenden Fall ein Gastgewerbebetrieb gemäß Paragraph 13 a, Tabakgesetz vor, in dem Rauchverbot mit der korrespondierenden Kennzeichnungspflicht besteht, da der gegenständliche Betrieb lediglich über einen für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeignete Räumlichkeit, deren Grundfläche 88 m² aufweist, verfügt hat.

Der Beschwerde war im gegenständlichen Fall aber deshalb Folge zu geben, da der Rechtfertigung des

Beschwerdeführers, wonach am 27.1.2015 die im Straferkenntnis angelastete irreführende Kennzeichnung an der Eingangstüre, nämlich „abgetrennter Raucherraum im Lokal“ sowie „Raucherbetrieb“, sowie die angelasteten Piktogramme im Gastraum nicht mehr vorhanden gewesen seien, aufgrund der Ergebnisse des durchgeführten Beweisverfahrens nicht entgegengetreten werden konnte. So gab die Zeugin A. K. glaubhaft an, dass die Homepage bezüglich des Lieferservice erst nach der Verhandlung am Verwaltungsgericht Wien vom 28.1.2015 umgestellt worden sei, der Austausch der Piktogramme im Eingangsbereich und im Gastraum selbst aber gleich nach der Vorkontrolle (vom 9.7.2014) erfolgt sei. Sie habe gleich nach der Kontrolle die „Pickerln“ entfernt und habe sie auch ein Pickerl vom Spiegel herunterkratzen müssen, während der Zeuge Ing. B. über Vorhalt der diesbezüglichen Angaben des Beschwerdeführers angegeben hat, sich an die Piktogramme selbst nicht mehr erinnern zu können und dass es durchaus möglich sei, dass am 27.1.2015 keine Piktogramme im Gastraum mehr vorhanden waren. In diesem Zusammenhang ist aber auch festzuhalten, dass in der verfahrensgegenständlichen Anzeige vom 3.2.2015 betreffend die Kontrolle am 27.1.2015 nicht nur - mangels des vom Beschwerdeführer am 27.1.2015 ausgesprochenen „Fotografierverbotes“ - die bereits anlässlich der Vorkontrolle am 25.6.2014 bzw. am 9.7.2014 aufgenommenen Bilder, sondern auch der diesbezügliche Anzeigentext (siehe die dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 11.2.2015, GZ: VGW-021/020/32902/2014, zugrundeliegende und dort wörtlich wiedergegebene Anzeige) übernommen worden ist, ohne auf den tatsächlich am 27.1.2015 vorgefundenen Sachverhalt abzustellen, was sich unter anderem auch daraus ergibt, dass in der Anzeige betreffend die Nichteinhaltung des Rauchverbotes am 27.1.2015 „zwei rauchende Gäste“ angeführt worden sind, während in der gegenständliche Anzeige betreffend die Nichteinhaltung der Bestimmungen der NKV am 27.1.2015 übereinstimmend mit der Voranzeige betreffend die Kontrolle am 9.7.2014 lediglich auf „einen Gast“ abgestellt wird. Da aufgrund der Ergebnisse des durchgeführten Beweisverfahrens nicht mit der im Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit als erwiesen angesehen werden kann, dass im gegenständlichen Gastgewerbebetrieb - in der Art und Weise wie im Straferkenntnis angelastet - den Bestimmungen der NKV am 27.1.2015 nicht entsprochen war, war daher im Zweifel zugunsten des Beschwerdeführers spruchgemäß zu entscheiden.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Keine irreführende Kennzeichnung an der Eingangstüre zum Tatzeitpunkt; keine Piktogramme im Gastraum

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2016:VGW.021.035.10581.2015

Zuletzt aktualisiert am

17.08.2016

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>