

TE Lvwg Erkenntnis 2016/5/17 VGW-021/035/9846/2015

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.05.2016

Entscheidungsdatum

17.05.2016

Index

82/02 Gesundheitsrecht allgemein

40/01 Verwaltungsverfahren

Norm

TabakG §13c Abs1 Z3

TabakG §13c Abs2 Z4

TabakG §14 Abs4

VStG §9 Abs1

1. VStG § 9 heute
2. VStG § 9 gültig ab 05.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 3/2008
3. VStG § 9 gültig von 01.01.2002 bis 04.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
4. VStG § 9 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. VStG § 9 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag. Lammer über die Beschwerde des Herrn M. A., vertreten durch Herrn Rechtsanwalt, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 23.7.2015, Zahl: MBA ... - S 32743/13, betreffend eine Verwaltungsübertretung nach § 14 Abs 4 iVm § 13c Abs 1 Z 3 und Abs 2 Z 4 Tabakgesetz, zu Recht erkannt: Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Mag. Lammer über die Beschwerde des Herrn M. A., vertreten durch Herrn Rechtsanwalt, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 23.7.2015, Zahl: MBA ... - S 32743/13, betreffend eine Verwaltungsübertretung nach Paragraph 14, Absatz 4, in Verbindung mit Paragraph 13 c, Absatz eins, Ziffer 3 und Absatz 2, Ziffer 4, Tabakgesetz, zu Recht erkannt:

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer 2, 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 es als zur Vertretung nach außen Berufener, nämlich als handelsrechtlicher Geschäftsführer § 9 Abs. 1 VStG) der Mo. Gesellschaft m.b.H. zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Inhaberin des Gastgewerbebetriebes in der Betriebsart einer Bar in Wien, S.-gasse, insofern gegen die Obliegenheiten des Tabakgesetzes verstoßen hat, als das Rauchen im ebenerdig gelegenen und straßenseitig begehbaren Gastraum (Hauptraum) insofern gestattet wurde, als am 26.07.2013 von 18:00 bis 19:00 Uhr ca. 3 - 5 Gäste an der Bar und den Hochtischen rauchten und Aschenbecher an den Tischen, der Bar und den Hochtischen aufgestellt waren sowie am 31.07.2013 von 23:08 bis 23:22 Uhr 3 Gäste rauchten und Aschenbecher aufgestellt waren und der im Obergeschoß gelegene Gastraum als Nichtraucherbereich geführt wurde, obwohl der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehene Hauptraum vom Rauchverbot umfasst sein muss und es nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze in Räumen gelegen sein darf, in denen das Rauchen gestattet wird.“ „Sie haben es als zur Vertretung nach außen Berufener, nämlich als handelsrechtlicher Geschäftsführer (Paragraph 9, Absatz eins, VStG) der Mo. Gesellschaft m.b.H. zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Inhaberin des Gastgewerbebetriebes in der Betriebsart einer Bar in Wien, S.-gasse, insofern gegen die Obliegenheiten des Tabakgesetzes verstoßen hat, als das Rauchen im ebenerdig gelegenen und straßenseitig begehbaren Gastraum (Hauptraum) insofern gestattet wurde, als am 26.07.2013 von 18:00 bis 19:00 Uhr ca. 3 - 5 Gäste an der Bar und den Hochtischen rauchten und Aschenbecher an den Tischen, der Bar und den Hochtischen aufgestellt waren sowie am 31.07.2013 von 23:08 bis 23:22 Uhr 3 Gäste rauchten und Aschenbecher aufgestellt waren und der im Obergeschoß gelegene Gastraum als Nichtraucherbereich geführt wurde, obwohl der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehene Hauptraum vom Rauchverbot umfasst sein muss und es nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze in Räumen gelegen sein darf, in denen das Rauchen gestattet wird.“

Der Beschwerdeführer habe dadurch § 14 Abs 4 iVm § 13a Abs 1 Z 1 und Abs 2 iVm § 13c Abs 1 Z 3 und Abs 2 Z 4 Tabakgesetz, BGBl. Nr. 431/1995 idgF, verletzt, weswegen über ihn gemäß § 14 Abs 4 Tabakgesetz eine Geldstrafe von 750 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 21 Stunden, verhängt und ihm ein Verfahrenskostenbeitrag von 75 Euro auferlegt wurde. Der Beschwerdeführer habe dadurch Paragraph 14, Absatz 4, in Verbindung mit Paragraph 13 a, Absatz eins, Ziffer eins und Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 13 c, Absatz eins, Ziffer 3 und Absatz 2, Ziffer 4, Tabakgesetz, Bundesgesetzblatt Nr. 431 aus 1995, idgF, verletzt, weswegen über ihn gemäß Paragraph 14, Absatz 4, Tabakgesetz eine Geldstrafe von 750 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 21 Stunden, verhängt und ihm ein Verfahrenskostenbeitrag von 75 Euro auferlegt wurde.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der der Beschwerdeführer ausführt, dass die von der belangten Behörde vertretene Rechtsansicht verfehlt sei. Der ebenerdige straßenseitig begehbare Gastraum, welcher als Raucherraum gekennzeichnet sei, weise laut Betriebsanlagenplan eine Fläche von 88,20 m² auf und verfüge über 59 Verabreichungsplätze, während sich in dem im Obergeschoß gelegenen Nichtraucherbereich 60 Verabreichungsplätze auf einer Fläche von 94,20 m² befänden. Bereits aus diesen von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen ergebe sich somit, dass der Nichtraucherbereich im gegenständlichen Lokal gegenüber dem Raucherbereich sowohl flächenmäßig größer sei, als auch über mehr Verabreichungsplätze verfüge. Die belangte Behörde wolle dennoch erkannt haben, dass sich der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit in dem im Erdgeschoß gelegenen Raucherraum befinde. Dies sei jedoch unzutreffend. Tatsächlich befänden sich im Gastraum im Erdgeschoß zahlreiche Verabreichungsplätze an der Bar und auch einige Hochtische samt Barhockern. Diese Verabreichungsplätze würden überwiegend zur Konsumation von Getränken genutzt werden. Hingegen stünden im Gastraum im Obergeschoß

neben einigen Sitzbänken und Liegegelegenheiten zahlreiche herkömmliche Esstische samt Sesseln und Bänken. Auch die Sitzbänke und Liegegelegenheiten seien mit Beistelltischen versehen und somit für die Konsumation von Speisen konzipiert. Entgegen der Rechtsansicht der belangten Behörde stelle somit der Gastraum im Obergeschoß des gegenständlichen Lokals den Hauptraum dar und sei somit folgerichtig der Raum im Erdgeschoß als Raucherbereich gekennzeichnet. Hätte die belangte Behörde den entscheidungsrelevanten Sachverhalt ordnungsgemäß und vollständig erhoben, hätte sie einen Ortsaugenschein durchzuführen gehabt und sich im Zuge dessen von den örtlichen Gegebenheiten überzeugen können. Sie wäre dann zum Ergebnis gelangt, dass die Kennzeichnung des Raucher- bzw. Nichtraucherbereiches entsprechend den gesetzlichen Vorgaben erfolgt sei. Dies habe die belangte Behörde aber unterlassen und sich damit begnügt, die in Privatanzeigen aufgestellten Behauptungen ihrem Straferkenntnis ungeprüft zugrunde zu legen. Nicht nachvollziehbar sei auch, wie die belangte Behörde, obwohl sie zunächst noch feststelle, dass der Nichtraucherbereich sowohl flächenmäßig als auch nach der Anzahl der Verabreichungsplätze größer sei, in weiterer Folge zum Ergebnis gelange, dass die Gasträume „annähernd gleich groß“ seien und „in etwa über gleich viele Verabreichungsplätze“ verfügen würden. Die belangte Behörde verkenne dabei offenbar, dass die Bestimmung des § 13a Abs 2 Tabakgesetz lediglich vorsehe, dass nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen und Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze in Räumen gelegen sein dürfe, in welchen das Rauchen gestattet sei. Keineswegs schreibe das Gesetz jedoch vor, dass der Nichtraucherraum um eine Vielzahl mehr Verabreichungsplätze als der Raucherraum aufweisen müsse. Nicht nachvollziehbar sei auch, aus welchem Grund der um 6 m² größere Nichtraucherbereich nicht als der größere zu qualifizieren sei. Im Übrigen seien nach ständiger Rechtsprechung des VwGH bei der Bestimmung des Hauptraumes immer die konkreten Verhältnisse vor Ort in eine Gesamtbetrachtung einzubeziehen, wobei wichtige Kriterien, die Flächengröße, die Lage und die Ausstattung der Räume bzw. deren Zugänglichkeit seien. Der Hauptraum müsse im Rahmen dieser Gesamtbetrachtung als den anderen Räumen übergeordnet eingestuft werden können. Wie bereits dargelegt, sei der Raum im Obergeschoß aufgrund seiner Ausgestaltung derjenige, welcher hauptsächlich zur Konsumation von Speisen vorgesehen sei und auch von den Gästen dementsprechend genutzt werde. Daran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, wie dies die belangte Behörde offenbar vermeine, dass der im Erdgeschoß gelegene Raucherbereich direkt von der Straße aus erreichbar sei, während die Gäste, um in den Nichtraucherbereich zu gelangen, die Treppe benützen müssten. Die Sanitärräume würden sich weder auf Ebene des Raucherbereiches noch auf der des Nichtraucherbereiches befinden. Der Lage der Küche komme keinerlei Relevanz zu. Bei ordnungsgemäßer und vollständiger Erhebung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts und richtiger rechtlicher Beurteilung hätte die belangte Behörde sohin zum Ergebnis gelangen müssen, dass der Gastraum im Obergeschoß, welcher als Nichtraucherbereich gekennzeichnet sei, als Hauptraum zu qualifizieren sei und der Umstand, dass im Gastraum im Erdgeschoß am 26.7.2013 und am 31.7.2013 geraucht worden sei, somit keinen Verstoß gegen das Tabakgesetz darstelle. Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der der Beschwerdeführer ausführt, dass die von der belangten Behörde vertretene Rechtsansicht verfehlt sei. Der ebenerdige straßenseitig begehbare Gastraum, welcher als Raucherraum gekennzeichnet sei, weise laut Betriebsanlagenplan eine Fläche von 88,20 m² auf und verfüge über 59 Verabreichungsplätze, während sich in dem im Obergeschoß gelegenen Nichtraucherbereich 60 Verabreichungsplätze auf einer Fläche von 94,20 m² befänden. Bereits aus diesen von der belangten Behörde getroffenen Feststellungen ergebe sich somit, dass der Nichtraucherbereich im gegenständlichen Lokal gegenüber dem Raucherbereich sowohl flächenmäßig größer sei, als auch über mehr Verabreichungsplätze verfüge. Die belangte Behörde wolle dennoch erkannt haben, dass sich der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit in dem im Erdgeschoß gelegenen Raucherraum befinde. Dies sei jedoch unzutreffend. Tatsächlich befänden sich im Gastraum im Erdgeschoß zahlreiche Verabreichungsplätze an der Bar und auch einige Hochtische samt Barhockern. Diese Verabreichungsplätze würden überwiegend zur Konsumation von Getränken genutzt werden. Hingegen stünden im Gastraum im Obergeschoß neben einigen Sitzbänken und Liegegelegenheiten zahlreiche herkömmliche Esstische samt Sesseln und Bänken. Auch die Sitzbänke und Liegegelegenheiten seien mit Beistelltischen versehen und somit für die Konsumation von Speisen konzipiert. Entgegen der Rechtsansicht der belangten Behörde stelle somit der Gastraum im Obergeschoß des gegenständlichen Lokals den Hauptraum dar und sei somit folgerichtig der Raum im Erdgeschoß als Raucherbereich gekennzeichnet. Hätte die belangte Behörde den entscheidungsrelevanten Sachverhalt ordnungsgemäß und vollständig erhoben, hätte sie einen Ortsaugenschein durchzuführen gehabt und sich im Zuge dessen von den örtlichen Gegebenheiten überzeugen können. Sie wäre dann zum Ergebnis gelangt, dass die Kennzeichnung des Raucher- bzw. Nichtraucherbereiches entsprechend den gesetzlichen Vorgaben erfolgt sei. Dies

habe die belangte Behörde aber unterlassen und sich damit begnügt, die in Privatanzeigen aufgestellten Behauptungen ihrem Straferkenntnis ungeprüft zugrunde zu legen. Nicht nachvollziehbar sei auch, wie die belangte Behörde, obwohl sie zunächst noch feststelle, dass der Nichtraucherbereich sowohl flächenmäßig als auch nach der Anzahl der Verabreichungsplätze größer sei, in weiterer Folge zum Ergebnis gelange, dass die Gasträume „annähernd gleich groß“ seien und „in etwa über gleich viele Verabreichungsplätze“ verfügen würden. Die belangte Behörde verkenne dabei offenbar, dass die Bestimmung des Paragraph 13 a, Absatz 2, Tabakgesetz lediglich vorsehe, dass nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen und Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze in Räumen gelegen sein dürfe, in welchen das Rauchen gestattet sei. Keineswegs schreibe das Gesetz jedoch vor, dass der Nichtraucherraum um eine Vielzahl mehr Verabreichungsplätze als der Raucherraum aufweisen müsse. Nicht nachvollziehbar sei auch, aus welchem Grund der um 6 m² größere Nichtraucherbereich nicht als der größere zu qualifizieren sei. Im Übrigen seien nach ständiger Rechtsprechung des VwGH bei der Bestimmung des Hauptraumes immer die konkreten Verhältnisse vor Ort in eine Gesamtbetrachtung einzubeziehen, wobei wichtige Kriterien, die Flächengröße, die Lage und die Ausstattung der Räume bzw. deren Zugänglichkeit seien. Der Hauptraum müsse im Rahmen dieser Gesamtbetrachtung als den anderen Räumen übergeordnet eingestuft werden können. Wie bereits dargelegt, sei der Raum im Obergeschoß aufgrund seiner Ausgestaltung derjenige, welcher hauptsächlich zur Konsumation von Speisen vorgesehen sei und auch von den Gästen dementsprechend genutzt werde. Daran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, wie dies die belangte Behörde offenbar vermeine, dass der im Erdgeschoß gelegene Raucherbereich direkt von der Straße aus erreichbar sei, während die Gäste, um in den Nichtraucherbereich zu gelangen, die Treppe benützen müssten. Die Sanitärräume würden sich weder auf Ebene des Raucherbereiches noch auf der des Nichtraucherbereiches befinden. Der Lage der Küche komme keinerlei Relevanz zu. Bei ordnungsgemäßer und vollständiger Erhebung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts und richtiger rechtlicher Beurteilung hätte die belangte Behörde sohin zum Ergebnis gelangen müssen, dass der Gastraum im Obergeschoß, welcher als Nichtraucherbereich gekennzeichnet sei, als Hauptraum zu qualifizieren sei und der Umstand, dass im Gastraum im Erdgeschoß am 26.7.2013 und am 31.7.2013 geraucht worden sei, somit keinen Verstoß gegen das Tabakgesetz darstelle.

Am 23.2.2016 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine Verhandlung statt, in der der Beschwerdeführer als Partei und Herr G. N. und Herr D. E. als Zeugen einvernommen wurden. Weiters ergab eine Internetrecherche, dass der gegenständliche Gastgewerbebetrieb mit mehreren Einträgen und Bewertungen als „Mexikanisches Restaurant“ und „Restaurant für den großen Hunger“ mit einer umfangreichen Speisekarte aufscheint. Auf der Homepage des Lokals „K.“ finden sich auch Fotos, die die Ausstattung der beiden Gasträume zeigen. Seitens des Beschwerdeführers wurde auch zum Beweis dafür, dass der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit auf der Verabreichung von Speisen liege, eine Umsatzübersicht für den Zeitraum Jänner 2015 bis Dezember 2015 unter Hinweis darauf, dass ein Großteil der Getränke, insbesondere Bier, Wein und alkoholfreie Getränke begleitend zu den Speisen verabreicht werden würden und sich zweifelsfrei ergebe, dass die daraus erzielten Umsatzerlöse deutlich überwögen.

Dem angefochtenen Straferkenntnis liegt hinsichtlich des Tatzeitpunktes „26.7.2013, zwischen 18:00 Uhr und 19:00 Uhr“ eine Anzeige des Kf., zugrunde, wonach ca. 3 bis 5 Raucher im Erdgeschoß an der Bar und den Hochtischen anwesend gewesen seien und an den rund 15 Tischen, an der Bar und den 6 bis 8 Hochtischen im Lokal Aschenbecher aufgestellt gewesen seien. Der Hauptraum sei der Raucherbereich. Der Nichtraucherbereich des Lokals könne erst nach Durchschreiten des Raucherbereichs erreicht werden, was nach dem jüngsten Urteil des VwGH gegen die Bestimmungen des Tabakgesetzes verstoße. Hinsichtlich des Tatzeitpunktes „31.7.2013, zwischen 23:08 Uhr und 23:22 Uhr“ liegt die Anzeige des Herrn G. N. zugrunde, der zufolge man das Lokal betrete und zuerst in einen Raucherraum gelange, der größer als 80 m² sei. Er habe den Kellner nach einem Nichtraucherraum gefragt, was dieser aber verneint habe. Er habe im Raucherraum ein Getränk konsumiert, im Raucherraum seien Aschenbecher aufgestellt gewesen und hätten 3 Personen geraucht. Es gebe noch einen Raum im 1. Stock, der aber nicht in Betrieb gewesen sei, weshalb er auch nicht sagen könne, ob dieser Raum als Raucherraum oder Nichtraucherraum geführt werde.

Der Beschwerdeführer gab im Rahmen seiner Parteieneinvernahme in der Verhandlung vom 23.2.2016 an, dass die Mo. Gesellschaft mbH zur Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart „Bar“ berechtigt sei. Der Betrieb in Wien, S.-gasse, weise zwei Gasträume auf, ein Gastraum befinde sich im Erdgeschoß, der zweite im Obergeschoß. Diese Gasträume seien mit einer internen Stiege verbunden und mittels einer Einscheibensicherheitsglaswand mit Drehtüre voneinander getrennt. Der obere Gastraum sei größer als der untere. Im oberen befinde sich der Nichtraucherbereich.

Im unteren Gastraum im Erdgeschoß befinde sich mittig eine Bar mit 4 bis 5 Barhockern. Dahinter befinde sich die Küche. Es gebe in diesem Raum auch mehrere Stehtische. Dazwischen gebe es auch Esstische mit Sesseln und Hochtischen mit Barhockern. Das Lokal sei von 16:00 Uhr bis 01:00 Uhr nachts geöffnet, am Sonntag auch vormittags für Brunch. Sie würden mexikanische Küche anbieten, etwa 30 Speisen insgesamt, Vorspeisen, Hauptspeisen und Desserts. Ihr Konzept sei Cocktailbar mit mexikanischer Küche. Es gebe eine Musikanlage, mit der beide Gasträume beschallt würden, wobei im unteren Gastraum die Musik lauter sei, als im oberen Gastraum. In beiden Räumen habe er die gleiche Beleuchtung, auch im Barbereich habe er keine schummrige, gedämpfte, finstere Beleuchtung. Atmosphärisch seien beide Gasträume gleich. Umsatzmäßig mache er manchmal 40:60 oder auch 50:50, was die Verabreichung von Speisen und den Ausschank von Cocktails betreffe. Bei ihm seien meistens zwei Servierkräfte im oberen Gastraum und zwei im unteren Gastraum beschäftigt. Es gebe dann noch eine fünfte Kraft, die in beiden Gasträumen mithelfe. Dann gebe es noch einen Barkeeper für beide Räume, der bei der unteren Schank tätig sei. Die Getränke, die hauptsächlich vom Barkeeper bei der unteren Bar zubereitet würden, würden über den Speiselift in den oberen Gastraum transportiert werden. Der obere Gastraum sei U-förmig und im Anschluss daran befinde sich noch ein Separee. Im oberen Gastraum, der in sechs Bereiche gegliedert sei, würden sich normal hohe Esstische mit Sesseln befinden und gebe es auch noch eine gepolsterte Eckbank. Dieser Raum sei auch geeignet für Gästegruppen, die dann etwas für sich sein könnten. Im oberen Gastraum gebe es zwar keine Hochtische, aber an der Bar gebe es 4 Barhocker.

Der Zeuge E. gab an, er sei am 26.7.2013 im gegenständlichen Gastgewerbebetrieb gewesen. Gleich nach dem Betreten des Lokals sei er in einem Raucherraum gewesen. Für ihn sei das der Hauptraum gewesen, weil es dort eine Schank und eine Menge Tische, auf denen Aschenbecher aufgestellt gewesen seien, vorhanden gewesen seien. Er habe sich im gegenständlichen Betrieb den „Nichtraucherraum“ nicht angesehen, weil für ihn der erste Raum nach der Eingangstüre eben der Raucherraum gewesen sei. Zu dieser Einschätzung sei er aufgrund des in der Anzeige genannten Erkenntnisses des VWGH gekommen. Weitere Kriterien für seine Einschätzung dieses Raumes als Hauptraum habe es für ihn keine gegeben. Über Vorhalt seiner Angaben in der Anzeige gab der Zeuge E. dann an, er habe sich im gegenständlichen Fall den Nichtraucherbereich angesehen, sonst hätte er nicht geschrieben „Hauptraum ist Raucherbereich“.

Der Zeuge N. gab an, er sei damals am 31.7.2013 das erste Mal in diesem Gastgewerbebetrieb gewesen. Beim Betreten des Lokals gelange man in den Raucherraum mit einer langen Bar. Mittlerweile wisse er, dass sich im 1. Stock der Nichtraucherraum befinde. Das WC befinde sich im Untergeschoß. Er wisse das vom Nichtraucherraum deshalb, weil er wieder eine Anzeige betreffend das gegenständliche Lokal gelegt habe und ihm bei seinem Besuch gesagt worden sei, dass der Nichtraucherraum geschlossen sei. Wie in der Anzeige festgehalten, habe er am 31.7.2013 den Kellner nach einem Nichtraucherraum gefragt und habe er dies verneint. Er habe nur den Raucherraum im Erdgeschoß gesehen, dieser sei etwas größer als 80 m² und befinde sich in diesem eine langgezogene Theke. Es gebe auch noch viele Tische und Stehtische mit erhöhten Sitzgelegenheiten, wo er selbst gesessen sei. An der Theke habe es auch Barhocker gegeben. Ihm seien damals drei Personen, die geraucht haben, aufgefallen. In Vorbereitung zur Verhandlung vom 23.2.2016 sei er am Sonntag zuvor zwischen 18:40 Uhr und 19:05 Uhr im gegenständlichen Lokal gewesen und habe sich da den Nichtraucherraum angesehen. In diesem befinde sich eine kleine Theke, die zur Theke im Erdgeschoß untergeordnet sei, weil sie viel kleiner sei. Es gebe in diesem Raum ein bis zwei Fernsehbildschirme, eine Glastüre, die aber offen gewesen sei. In diesem Nichtraucherraum habe eine Kellnerin gearbeitet, er habe auch einen Speisenaufzug gesehen. Für ihn sei eindeutig der Raum im Erdgeschoß der Hauptraum, weil er der erste Raum sei, den man von der Straße aus betrete. In diesem Raum gebe es auch die schöne lange Theke. Im oberen Raum habe es nur eine Servierkraft gegeben, unten seien es zumindest zwei Servierkräfte gewesen. Der untere Raum sei nicht nur von der Einrichtung (Theke), sondern auch vom dunkler gehaltenen Licht und atmosphärisch betrachtet der Hauptraum, der auch barmäßig ausgestattet sei (dort befinde sich etwa auch ein Board mit Flaschen). Die Theke im oberen Raum sei wesentlich kleiner und habe er auch den Eindruck, dass die Getränke vom unteren Raum in den oberen mittels Speisenaufzug gekommen bzw. hochgetragen worden seien. Ein Kriterium dafür, dass der untere Raum der Hauptraum sei, sei für ihn auch, dass etwa gehbehinderte Personen oder Personen mit Kinderwägen den oberen Raum nur erschwert erreichen könnten. Ein Nichtraucher müsse im gegenständlichen Lokal zwei Stöcke überwinden, um die WC's zu erreichen, ein Raucher nur einen Stock. Der untere Gastraum sei an diesem Sonntag jedenfalls gästemäßig auch besser ausgelastet gewesen, als der obere Raum.

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 § 13a Abs 1 Tabakgesetz gilt unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der §§ 12 und 13 Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen. Gemäß Paragraph 13 a, Absatz eins, Tabakgesetz gilt unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der Paragraphen 12 und 13 Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen

1.

der Betriebe des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs 1 Z 2 GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994 idGF, der Betriebe des Gastgewerbes gemäß Paragraph 111, Absatz eins, Ziffer 2, GewO 1994, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1994, idGF,

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 GewO 1994 und 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 GewO 1994 und

3.

der Betriebe gemäß § 2 Abs 9 oder § 111 Abs 2 Z 3 oder 5 GewO 1994 der Betriebe gemäß Paragraph 2, Absatz 9, oder Paragraph 111, Absatz 2, Ziffer 3, oder 5 GewO 1994.

Gemäß § 13a Abs 2 Tabakgesetz können als Ausnahme vom Verbot des Abs 1 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. Gemäß Paragraph 13 a, Absatz 2, Tabakgesetz können als Ausnahme vom Verbot des Absatz eins, 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.

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.

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage der Tabakgesetznovelle 2008 (RV 610 BlgNR 23. GP, 6) wird zu § 13a Abs 2 Tabakgesetz Folgendes ausgeführt: In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage der Tabakgesetznovelle 2008 (RV 610 BlgNR 23. GP, 6) wird zu Paragraph 13 a, Absatz 2, Tabakgesetz Folgendes ausgeführt:

„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 Zurverfügungstellung 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 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 Zurverfügungstellung 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 nur ein Raum für die Gästebewirtung zur Verfügung steht, gilt darin Rauchverbot.“

Maßgebendes Kriterium neben der Anzahl der Verabreichungsplätze ist somit die Qualifikation jenes Raumes, der mit Rauchverbot belegt ist, als Hauptraum. Bei der entsprechenden Beurteilung sind Flächengröße, Lage, Ausstattung und Zugänglichkeit wesentliche Bestimmungsgrößen. In diesem Zusammenhang ist auch auf den Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit des Gastwirts Bedacht zu nehmen. Schlussendlich muss die darauf fußende Gesamtbetrachtung zu dem Ergebnis führen, dass der mit Rauchverbot belegte Raum dem Raum, in dem das Rauchen gestattet wird, übergeordnet ist. Dies wird in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage auch dadurch verdeutlicht, dass der Raum, in dem das Rauchen gestattet wird als „(Neben)Raum“ bezeichnet wird.

Insofern die ursprüngliche vom Verein Kf. erstattete Anzeige und auch die im angefochtenen Straferkenntnis enthaltene Tatanlastung darauf Bezug nimmt, dass der Gastraum, in dem sich die Schank und der Eingang des Lokales befinden, als Hauptraum anzusehen ist, da der Nichtraucherbereich erst nach Durchschreiten des Raucherbereiches erreicht werden könne, so ist diesbezüglich auszuführen, dass dieses genannte Kriterium allein für die Qualifikation

eines Raumes als Hauptraum keineswegs ausreichend ist und aufgrund der zwischenzeitig erfolgten authentischen Interpretation des § 13a Abs 2 Tabakgesetz (BGBl. I Nr. 12/2014), wonach – entgegen der im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 17.6.2013, Zl. 2012/11/0235, vertretenen Auffassung - § 13a Abs 2 Tabakgesetz dahingehend auszulegen ist, dass den Gästen auf dem Weg zum Hauptraum bzw. zu anderen rauchfreien Bereichen des Lokales wie sanitäre Anlagen bzw. WC-Anlagen ein kurzes Durchqueren des Raucherraumes zumutbar ist, diesbezüglich auch eine Klarstellung erfolgt ist. Insofern die ursprüngliche vom Verein Kf. erstattete Anzeige und auch die im angefochtenen Straferkenntnis enthaltene Tatanlastung darauf Bezug nimmt, dass der Gastraum, in dem sich die Schank und der Eingang des Lokales befinden, als Hauptraum anzusehen ist, da der Nichtraucherbereich erst nach Durchschreiten des Raucherbereiches erreicht werden könne, so ist diesbezüglich auszuführen, dass dieses genannte Kriterium allein für die Qualifikation eines Raumes als Hauptraum keineswegs ausreichend ist und aufgrund der zwischenzeitig erfolgten authentischen Interpretation des Paragraph 13 a, Absatz 2, Tabakgesetz Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 12 aus 2014,), wonach – entgegen der im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 17.6.2013, Zl. 2012/11/0235, vertretenen Auffassung - Paragraph 13 a, Absatz 2, Tabakgesetz dahingehend auszulegen ist, dass den Gästen auf dem Weg zum Hauptraum bzw. zu anderen rauchfreien Bereichen des Lokales wie sanitäre Anlagen bzw. WC-Anlagen ein kurzes Durchqueren des Raucherraumes zumutbar ist, diesbezüglich auch eine Klarstellung erfolgt ist.

Der gegenständliche Gastgewerbebetrieb erstreckt sich über drei Ebenen, die über interne Stiegen erschlossen sind. Im Erdgeschoß befindet sich ein Gastraum mit einer Fläche von 88,20 m², der über 59 Verabreichungsplätze verfügt und als Raucherraum betrieben wird. Der Gastraum im Obergeschoß verfügt über eine Fläche von 94,20 m² und über 68 Verabreichungsplätze und wird als Nichtraucherraum geführt. Im Kellergeschoß befinden sich unter anderem die WC-Anlagen. Obwohl sich im Raucherraum die Schank und der direkte Zugang zum Lokal sowie der Stiegenabgang zu den Toiletten befinden, war im vorliegenden Fall der restaurantmäßig, überwiegend mit Esstischen ausgestattete Gastraum, in dem auch der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit der Mo. Gesellschaft mbH liegt, nämlich die Verabreichung von mexikanischen Speisen, gegenüber dem als Raucherraum eingerichteten Gastraum mit dem Schankbereich, der neben wenigen Esstischen hauptsächlich über Hochtische mit Barhockern verfügt, als „übergeordnet“ anzusehen ist.

Angesichts dessen, dass der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit der Mo. Gesellschaft mbH im gegenständlichen Gastgewerbebetrieb, einem mexikanischen Restaurant, in der Verabreichung von mexikanischen Speisen liegt, wofür auch der im Obergeschoß gelegene, flächenmäßig zudem etwas größere Gastraum überwiegend mit Esstischen restaurantmäßig und zum Verweilen einladend eingerichtet ist, während der untere, flächenmäßig etwas kleinere und auch mit weniger Verabreichungsplätzen ausgestattete Gastraum mit Eingang, Schank und Stiegenabgang zu den Toiletten eher einen Durchgangsraum darstellt, war aufgrund der vorgenommenen Gesamtbetrachtung im gegenständlichen Fall davon auszugehen, dass die von den Zeugen E. und N. am 26.7.2013 und 31.7.2013 vorgefundene Aufteilung in Nichtraucherbereich und Raucherbereich den Intentionen des Tabakgesetzes folgt. Da der Beschwerdeführer somit die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat, war daher 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

Bar; Gastraum (Hauptraum); Aschenbecher; Hochtische; rauchende Gäste

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2016:VGW.021.035.9846.2015

Zuletzt aktualisiert am

11.07.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at