

TE Lvwg Erkenntnis 2016/4/22 VGW-021/024/21358/2014

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.04.2016

Entscheidungsdatum

22.04.2016

Index

82/02 Gesundheitsrecht allgemein

40/01 Verwaltungsverfahren

Norm

TabakG §14 Abs4

TabakG §13c Abs1 Z3

TabakG §13c Abs2 Z4

VStG §5 Abs1

1. VStG § 5 heute
2. VStG § 5 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VStG § 5 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2018

Text

Im Namen der Republik

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Wallner über die Beschwerde des Herrn J. B., vertreten durch Herrn Rechtsanwalt, vom 16.1.2014 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 30.12.2013, Zl. MBA ... - S 34256/13, wegen Übertretung des § 14 Abs. 4 iVm § 13c Abs. 1 Z 3 und Abs. 2 Z 4 Tabakgesetz nach durchgeführter öffentlicher Verhandlung am 28.1.2015 und 23.2.2015 durch mündliche Verkündung zu Recht e r k a n n t: Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag. Wallner über die Beschwerde des Herrn J. B., vertreten durch Herrn Rechtsanwalt, vom 16.1.2014 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 30.12.2013, Zl. MBA ... - S 34256/13, wegen Übertretung des Paragraph 14, Absatz 4, in Verbindung mit Paragraph 13 c, Absatz eins, Ziffer 3 und Absatz 2, Ziffer 4, Tabakgesetz nach durchgeführter öffentlicher Verhandlung am 28.1.2015 und 23.2.2015 durch mündliche Verkündung zu Recht e r k a n n t:

Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Beschwerde keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

Der Beschwerdeführer hat daher gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 70 €, das sind 20 % der verhängten Geldstrafe, zu bezahlen. Der Beschwerdeführer hat daher gemäß Paragraph 52, Absatz eins und 2 VwGVG einen Beitrag zu den Kosten des

Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 70 €, das sind 20 % der verhängten Geldstrafe, zu bezahlen.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 30.12.2013 wurde dem Beschwerdeführer (Bf) zur Last gelegt, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Ba. GmbH mit Sitz in Wien zu verantworten, dass im Gastgewerbebetrieb (Diskothek) dieser Gesellschaft in Wien, Bu., insofern gegen die Obliegenheiten betreffend den Nichtrauchererschutz gemäß § 13c des Tabakgesetzes verstoßen worden sei, als am 9.6.2013 um 01.45 Uhr nicht dafür Sorge getragen wurde, dass in dem Verabreichungsraum des Gewerbebetriebes, in welchem gemäß § 13a Abs. 1 des Tabakgesetzes Rauchverbot besteht, nicht geraucht werde, da eine Vielzahl der anwesenden Gäste handelsübliche Zigaretten geraucht hätte. Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 30.12.2013 wurde dem Beschwerdeführer (Bf) zur Last gelegt, er habe als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Ba. GmbH mit Sitz in Wien zu verantworten, dass im Gastgewerbebetrieb (Diskothek) dieser Gesellschaft in Wien, Bu., insofern gegen die Obliegenheiten betreffend den Nichtrauchererschutz gemäß Paragraph 13 c, des Tabakgesetzes verstoßen worden sei, als am 9.6.2013 um 01.45 Uhr nicht dafür Sorge getragen wurde, dass in dem Verabreichungsraum des Gewerbebetriebes, in welchem gemäß Paragraph 13 a, Absatz eins, des Tabakgesetzes Rauchverbot besteht, nicht geraucht werde, da eine Vielzahl der anwesenden Gäste handelsübliche Zigaretten geraucht hätte.

Der Bf habe dadurch § 14 Abs. 4 in Verbindung mit § 13c Abs. 1 Z 3 und Abs. 2 Z 4 Tabakgesetz verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Bf gemäß § 14 Abs. 4 Tabakgesetz eine Geldstrafe von 350 €, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 21 Stunden, verhängt. Gleichzeitig wurden gemäß § 64 VStG die vom Bf zu ersetzenden Verfahrenskosten mit 35 € bestimmt. Der Bf habe dadurch Paragraph 14, Absatz 4, in Verbindung mit Paragraph 13 c, Absatz eins, Ziffer 3 und Absatz 2, Ziffer 4, Tabakgesetz verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Bf gemäß Paragraph 14, Absatz 4, Tabakgesetz eine Geldstrafe von 350 €, im Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 21 Stunden, verhängt. Gleichzeitig wurden gemäß Paragraph 64, VStG die vom Bf zu ersetzenden Verfahrenskosten mit 35 € bestimmt.

Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf durch seinen ausgewiesenen Vertreter Berufung (richtig: Beschwerde), in welcher unrichtige Tatsachenfeststellungen und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht wurden.

Dazu wurde vorgebracht, dass in der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses lediglich pauschal und ohne konkrete Hinweise auf die Anzeige der Magistratsabteilung 59 vom 12.6.2013 verwiesen werde. In dieser werde lediglich festgehalten „Eine Vielzahl der anwesenden Gäste rauchten handelsübliche Zigaretten.“. Als Tatzeitraum werde bloß der 9.6.2013, 01.45 Uhr, festgehalten. Die Behörde habe somit klar gegen ihre Pflicht zur Ermittlung verstoßen, als sie nicht erhoben habe, wer wann wo geraucht haben solle. Die getroffenen Feststellungen seien somit für eine Verurteilung unzureichend.

Zur Überprüfung der MA 59 sei zudem festzuhalten, dass es sich um eine Großüberprüfung gehandelt habe, bei welcher mehrere Beamte anwesend waren und in deren Rahmen auch andere Untersuchungen der Räumlichkeiten stattfanden. Das Security-Personal und der Geschäftsführer wären somit während der Amtshandlung mit der Betreuung der einschreitenden Beamten beschäftigt gewesen. Naheliegender Weise fehlten somit ca. vier Personen zur Überwachung des Nichtraucher-schutzes während dieser Zeit, was die Behörde überhaupt nicht gewürdigt habe; dies sei aber im Hinblick auf die Verpflichtung des Beschuldigten zur Einhaltung des Nichtraucher-schutzes erforderlich gewesen.

Zum einen sei von der Behörde nicht überprüft oder gar festgestellt worden, ob tatsächlich Instrumente bzw. Organisationsmechanismen vorlägen, die die Überprüfung und Einhaltung des Nichtraucher-schutzes ermöglichten, noch ob die Überwachung während des Tatzeitraumes tatsächlich stattgefunden habe.

Im Übrigen habe der Beschuldigte niemals seine Schuld bestritten, sondern sich in seiner Einvernahme klar zum Sachverhalt und zum Schuldvorwurf geäußert, nämlich dass er die Bestimmungen des Nichtraucher-schutzes sehr wohl

eingehalten und für deren Durchsetzung gesorgt habe. In diesem Zusammenhang könne daher keine Rede davon sein, dass der Beschuldigte den Tatvorwurf nicht bestritten habe. Die Behörde verkenne, dass der Beschuldigte kein Jurist oder gar ein Rechtsanwalt sei und daher aus diesem Blickwinkel seine Äußerungen nicht juristisch ausformuliert hätte.

Weiters wurde ausgeführt, die Behörde habe verkannt, dass auch bei Vorliegen eines Ungehorsamsdeliktes im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG zu prüfen sei, ob der Beschuldigte die ihm auferlegte Verpflichtung zum Nichtraucherschutz tatsächlich insofern verletzt habe, als er diese zumindest fahrlässig verursacht habe. Eine solche Feststellung liege jedoch im gesamten Akt nicht nieder. Auch fehlten Ergebnisse dahingehend, warum von der belangten Behörde der objektive Unrechtsgehalt des Verschuldens und das Verschulden im vorliegenden Fall als durchschnittlich anzusehen wären. Weiters wurde ausgeführt, die Behörde habe verkannt, dass auch bei Vorliegen eines Ungehorsamsdeliktes im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG zu prüfen sei, ob der Beschuldigte die ihm auferlegte Verpflichtung zum Nichtraucherschutz tatsächlich insofern verletzt habe, als er diese zumindest fahrlässig verursacht habe. Eine solche Feststellung liege jedoch im gesamten Akt nicht nieder. Auch fehlten Ergebnisse dahingehend, warum von der belangten Behörde der objektive Unrechtsgehalt des Verschuldens und das Verschulden im vorliegenden Fall als durchschnittlich anzusehen wären.

Der Beschuldigte habe auch am genannten Abend nachstehende Maßnahmen zum Nichtraucherschutz als Geschäftsführer eingeführt und für deren Einhaltung wie folgt gesorgt:

- „Die Kennzeichnung als Nichtraucherlokal
- Die Entfernung aller Aschenbecher aus der Lokalität
- Das Verbot des Verkaufs von Zigaretten
- Die Anleitung des Barpersonals zur Überprüfung der Gäste durch Sichtkontakt und Einhaltung des Nichtraucherschutzes,
- Die Beauftragung von verantwortlichen Securitys, regelmäßige Kontrollgänge im Lokal durchzuführen und Personen die machen des Lokals zu verweisen.“

Zudem habe der Beschuldigte die jeweiligen Barchefs, nämlich die Herren E., F. und M. mit der Einhaltung des Nichtraucherschutzes in der Form beauftragt, als diese Gäste, welche im Bereich der Bar rauchen, zur Unterlassung dieses Verhaltens und zum Ausdämpfen der Zigarette aufforderten. Im Falle einer weiteren Betretung oder wenn sich die genannten Personen weigerten, werde der Securitychef Herr Fa. geholt und mache dieser den Gast nochmals auf das Rauchverbot aufmerksam. Im Fall einer weiteren Übertretung oder Weigerung werde der Gast der Betriebsstätte verwiesen.

Ein solches Verhalten habe am 9.6.2013 aufgrund der Amtshandlung jedoch nur eingeschränkt erfolgen können, zumal diese Überprüfung unangekündigt erfolgte und am gegenständlichen Abend ca. 500 Leute im Lokal gewesen seien. Es wäre dem Beschuldigten bzw. dem Personal nicht zumutbar gewesen, anlässlich der Begehung der MA 59 die üblichen Kontrollen der Gäste, die sonst stattfänden, durchzuführen, da der Beschuldigte und vier Securities bereits der Amtshandlung beigewohnt hatten.

Der Securitychef sowie acht weitere Securities würden Kontrollgänge in der Betriebsstätte und Gäste auf die Einhaltung des Rauchverbots aufmerksam machen, und zwar an allen Öffnungstagen, so auch am 9.6.2013 zum Tatzeitpunkt.

Außerdem unterstelle die Behörde dem § 13c Tabakgesetz insofern einen rechtswidrigen Inhalt, als sie annehme, der Beschuldigte wäre schon dann zu bestrafen, wenn in den betreffenden Betriebsstätten geraucht werde. Der Beschuldigte sei jedoch bloß verpflichtet, alle ihm zumutbaren Mittel aufzuwenden, um die Bestimmungen des Nichtraucherschutzes zu kontrollieren. Außerdem unterstelle die Behörde dem Paragraph 13 c, Tabakgesetz insofern einen rechtswidrigen Inhalt, als sie annehme, der Beschuldigte wäre schon dann zu bestrafen, wenn in den betreffenden Betriebsstätten geraucht werde. Der Beschuldigte sei jedoch bloß verpflichtet, alle ihm zumutbaren Mittel aufzuwenden, um die Bestimmungen des Nichtraucherschutzes zu kontrollieren.

Zum Beweis für dieses Vorbringen wurde beantragt, den Bf als Partei und als Zeugen die Herren, O., E., F., M. und Fa. zu vernehmen sowie den Akt des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien zur GZ UVS-04/G/14/16002/2013-30 beizuschaffen.

Am 28.1.2015 und am 23.2.2015 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche Verhandlung statt, in welcher der Bf als Partei und Frau R., Magistratsabteilung 59, sowie die Herren O., M., Fa., F. und E. als Zeugen einvernommen wurden. Beweis wurde auch erhoben durch Einsichtnahme in den Akt zur GZ UVS-04/G/14/16002/2012 sowie den Verwaltungsakt.

Das angefochtene Straferkenntnis gründet sich auf die Anzeige der Magistratsabteilung 59 - Marktamtsabteilung für den ... Bezirk, vom 11.6.2013, in welcher unter anderem Folgendes festgehalten wird:

„Datum und Zeitpunkt der Sachverhaltsfeststellung:

09.06.2013 um 01:45 Uhr

Bei der Kontrolle anwesend:

Name:	Anschrift:	Funktion:
O. H.	p.A. Dienstgeber	Geschäftsführer

Festgestellter Sachverhalt:

Im Standort Wien, Bu. übt ? die obgen. Gesellschaft

? den Betrieb eines Gastgewerbes in der Betriebsart Diskothek aus.Im Standort Wien, Bu. übt die obgen. Gesellschaft , den Betrieb eines Gastgewerbes in der Betriebsart Diskothek aus.

Entgegen den Bestimmungen des § 13a TabakgesetzEntgegen den Bestimmungen des Paragraph 13 a, Tabakgesetz

? ist der einzige Gastraum, der der Verabreichung von Speisen und Getränken dient bei einer Größe

? von größer als 80 m2 räumlich nicht geteilt und ist daher die Schaffung eines gesonderten Raumes für den in § 13a (2) leg.cit. genannten Zweck nicht gegeben (die Zulässigkeit einer baulichen Trennung erfolgt im Bedarfsfall nach bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtlichen Vorschriften durch die zuständige Behörde). von größer als 80 m2 räumlich nicht geteilt und ist daher die Schaffung eines gesonderten Raumes für den in Paragraph 13 a, (2) leg.cit. genannten Zweck nicht gegeben (die Zulässigkeit einer baulichen Trennung erfolgt im Bedarfsfall nach bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtlichen Vorschriften durch die zuständige Behörde).

Bemerkungen (zur Anordnung und Ausstattung des Betriebes):

ev. Fotos

Eine Vielzahl der anwesenden Gäste rauchten handelsübliche Zigaretten.

Tatzeitraum/Tatzeitpunkt:

09.06.2013 (Zeitpunkt der Überprüfung)“

Dazu äußerte sich der Bf bei seiner Einvernahme als Beschuldigter vor der belangten Behörde am 14.10.2013 wie folgt:

„In unserem Betrieb gibt es ein generelles Rauchverbot. Jeder Mitarbeiter und jedes Security Mitglied ist angewiesen, die Gäste auf das Rauchverbot aufmerksam zu machen und wenn es nicht eingehalten wird, die entsprechende Person zu entfernen.

Es ist in unserem sehr großen Lokal von 500 m² sehr schwierig, tatsächlich jeden Raucher zu entfernen, weil viele die Zigaretten verstecken und nicht einsichtig sind.“

Ergänzend dazu verwies der Bf in der mündlichen Verhandlung vom 28.1.2015 darauf, dass die Gäste, welche rauchen, verstärkt durch Mitarbeiter gesehen würden, welche über die Tanzfläche gehen, weil schon bekannt sei, dass Raucher von Kellnern im Bereich der Bars und der daneben befindlichen Logen besser wahrgenommen werden könnten. Auf der Tanzfläche wäre für die rauchenden Gäste die räumliche Entfernung von Vorteil, des Weiteren das Verstecken in der Menge.

Über Befragen der Verhandlungsleiterin gab der Bf Folgendes zu Protokoll:

„Ich war bei der gegenständlichen Erhebung anwesend, es waren ca. 20 Beamte vor Ort. Ich kann mich an Vertreter des Marktamtes erinnern, der Gewerbebehörde, es wurde eine Lärmmessung durchgeführt, die Anzahl der Personen im Lokal kontrolliert, Notausgangsbereiche, Beleuchtung etc. Ich habe aufgrund meiner Erfahrung mit Betriebskontrollen durch die Behörde zur Erleichterung der Durchführung Leute der Security damit beauftragt, die

Behördenorgane bei ihrer Tätigkeit zu unterstützen, beispielsweise bei der Kontrolle der Notausgänge. Im Betrieb ist jeder für den Nichtraucherschutz zuständig, an diesem Abend waren insgesamt ca. 30 Mitarbeiter vor Ort. Zum Zeitpunkt der Kontrolle waren 400 Gäste anwesend, diese wurden, wie bereits erwähnt, gezählt. Herr S. ist seit 11 Jahren im Betrieb tätig und hat mich auch vor seiner Bestellung zum verantwortlichen Beauftragten schon vertreten. Dieser ist Chef der Garderobe. Als solcher bewegt er sich auch im Lokal, um eventuell nicht abgegebene Stücke zur Garderobe zu bringen bzw. die Leute zur Wachsamkeit im Hinblick auf ihre Utensilien hinzuweisen. Die Kellner versuchen, bei so einer Kontrolle normal weiterzuarbeiten. Ich habe oben im Eingangsbereich mit Vertretern der Polizei gesprochen, mit der Dame vom Marktamt habe ich nicht gesprochen, ich kenne sie aber vom Sehen. Diese stand, als ich sie sah, an der Bar rechts vom Eingang. Barkeeper war zu diesem Zeitpunkt Herr E.. Ich habe mich auch zu dieser Bar gestellt, gegenüber von Frau R. in einem Abstand von ca. drei Metern, ich glaube aber eher nicht, dass sie mich erkannt hat. Ich habe dann gesehen, wie sie Herrn E. gestikulierend zu sich geholt hat, dieser war gerade alleine an der Bar, sein Kollege, Herr A., war bei den Gästen im Bereich der Logen. Diese Bereiche werden von den Barkeepern mitversorgt. Es kam zu einem Gespräch zwischen den beiden und hatte ich den Eindruck, dass Herr E. verärgert war. Ich habe ihn dann nachher gefragt, worum es bei dem Gespräch gegangen ist und hat er mir gesagt, dass die Dame, welche sich ihm nicht vorgestellt hatte, erbost darüber war, dass ca. vier Meter von ihr entfernt angeblich ein Gast eine handelsübliche Zigarette rauchte. Herr E. ist aber in erster Linie Barkeeper und war damit beschäftigt, ca. fünf Gäste mit Getränken zu versorgen und meinte, dass er niemanden rauchen sehe und die Bar nicht allein lassen könne. Ich wollte gleich in der Situation eine Klärung, weil ich sah, dass Frau R. Richtung Ausgang (Garderobenbereich) ging. Um die örtliche Situation zu verdeutlichen, lege ich einen Plan des Gastraumes vor (dieser wird als Beilage .1 zur Verhandlungsschrift genommen). Zu diesem gelangt man über hinab führende Stufen, mit „K“ habe ich die Kassa bezeichnet, „V“ ist der Eingang, die Bar 1 ist demgemäß die rechte Bar. Ich bin Frau R. nachgegangen und habe sie gefragt, ob es irgendein Problem mit dem Kellner gegeben hätte, und gab sie mir zur Antwort, dass dieser ihrer Beschwerde wegen eines rauchenden Gastes nicht nachgegangen sei. Ich fragte, wo sich dieser Gast befunden habe bzw. befinde, weil ich ihn auch nicht gesehen habe und sagte Frau R., dieser wäre weiter gegangen. Während des Gesprächs sahen wir glaublich drei Mädchen auf einem Sofa im Bereich R1, welche sich gerade handelsübliche Zigaretten anzündeten. Frau R. sah diese auch und machte mich zusätzlich darauf aufmerksam und ging ich hin und machte die Gäste auf das Rauchverbot aufmerksam, welche ihre Zigaretten daraufhin am Boden ausdämpften. Aschenbecher gibt es in der gesamten Betriebsanlage nicht. Frau R. kündigte nichts desto trotz eine Anzeige an.

Die Anzahl der Mitarbeiter, welche anwesend sind, ist aufgrund von Erfahrungswerten unterschiedlich. Dienstags kommen erfahrungsgemäß weniger Gäste, welche länger bleiben, gestern waren es rund 190 und waren 18 Mitarbeiter anwesend. An Mitarbeitern gibt es neben den Barkeepern, welche auch kellnerieren, Mitarbeiter an der Garderobe, Kassabereich samt Gästeliste, Security, DJs für Licht und für Ton, Glasler (Abräumer), Reinigungskräfte für den Steinboden, WC-Personal und den Geschäftsführer. Gleichzeitig anwesend sind zwischen 18 und 30 Mitarbeiter. Jeder dieser Mitarbeiter hat einen Stammarbeitsbereich und hat im Rahmen dessen auch auf den Nichtraucherschutz zu achten. Im Bereich zwischen den Bars auf der Tanzfläche bewegen sich bis zu 150 Personen. Der Abstand zwischen L17 und 300 beträgt ca. 40 Meter. Das Reinigungspersonal kümmert sich während des laufenden Betriebes hauptsächlich um den Logenbereich. Die DJs bewegen sich nicht im Lokal, das gilt auch für das WC-Personal. Am Freitag, dem 9.6.2013, waren ca. zehn Security-Mitarbeiter anwesend. Davon ist je einer bei den drei Notausgängen positioniert, ca. drei im Eingangsbereich, die anderen gehen in der Location (Gästebereich) herum, und zwar einzeln. Diese Mitarbeiter sind miteinander per Funk verbunden, im Bedarfsfall agiert der Mitarbeiter der Security auch nicht alleine, sondern mit zwei bis drei Kollegen als Unterstützung. Hinsichtlich Nichtraucherschutz werden die Mitarbeiter von den Geschäftsführern regelmäßig unterwiesen, es werden auch Fallbeispiele durchbesprochen und nachgestellt. Es ist einfach schwierig, in einem Lokal mit einem Gastraum von rund 500 m², welcher verwinkelt und dem Betriebskonzept entsprechend dunkel ist und die Leute des Öfteren sehr eng stehen, Raucher auszumachen. Außerdem ist eine höhere Anzahl von Mitarbeitern für den Nichtraucherschutz einzusetzen, wirtschaftlich nicht tragbar.“

Auf Befragen seines Vertreters:

„Ich schätze, dass Frau R. fünf bis zehn Minuten im Bereich der Bar 1 gewesen ist.

Ich mache bei meinen Rundgängen – ich bin sechs bis sieben Stunden anwesend – durchschnittlich 50 bis 80 Personen auf das Rauchverbot aufmerksam. Je später die Stunde, desto weniger halten sich die Leute an das Rauchverbot.“

Die Aussage der Zeugin Frau R. über Befragung durch die Verhandlungsleiterin hat folgenden Wortlaut:

„Am 9.6.2013 habe ich das erste Mal eine Erhebung in dieser Betriebsanlage durchgeführt, seither war ich glaublich noch zweimal dort. Es handelte sich damals um eine konzentrierte Schwerpunktaktion, an einer solchen nehmen im Schnitt 10 bis 12 Behördenvertreter teil. Ich denke, dass ich ca. 15 Minuten im Betrieb anwesend war. Ich habe die äußere Geschäftsbezeichnung kontrolliert, die gesetzlich vorgeschriebenen Aushänge, Einhaltung des Preisauszeichnungsgesetzes und den Nichtraucherschutz. Die äußere Geschäftsbezeichnung hat mir der Security-Mitarbeiter vor der Tür gezeigt, im Garderobebereich wurden mir von den dort tätigen Mitarbeitern diverse Aushänge gezeigt. Die Amtsabordnung begab sich dann in den Gastraum. Ich habe mich bis zur ersten Bar rechts „durchgearbeitet“, das Lokal war überfüllt. Bei der Bar habe ich ein Piktogramm gesehen. Ich habe über die Leute drüber einen Blick auch in die Logenbereiche rechter Hand gemacht und keine Piktogramme wahrgenommen. Es haben mehrere Gäste geraucht, an denen die Amtsabordnung vorbeigegangen ist, ein Kollege hatte danach ein Brandloch in der Jacke. Ich konnte keine Mitarbeiter des Betriebes wahrnehmen, welche sich mit den Gästen, welche handelsübliche Zigaretten rauchten, in irgendeiner Weise beschäftigt hätten. Ich kann nicht ausschließen, dass Derartiges im Betrieb erfolgt. Es war meine erste Erhebung in diesem Betrieb und war mir Herr B. damals nicht bekannt. Ich glaube, ich habe damals mit dem gewerberechtlichen Geschäftsführer gesprochen und mit keinem weiteren Angestellten. Diesen gewerberechtlichen Geschäftsführer habe ich darauf hingewiesen, dass teilweise Gäste in diesem Lokal rauchen würden und die Kennzeichnung nicht entsprechend ist. Ich habe bei der letzten Schwerpunktaktion mit Herrn B. gesprochen und auch bei dieser mit einem Barkeeper Kontakt aufgenommen, und habe ihn darauf hingewiesen, dass direkt vor seiner Bar ein Gast raucht. Der Barkeeper hat hingesehen, dann wieder mich angeschaut, und gesagt „Wo, ich sehe nichts“. Aschenbecher habe ich keine wahrgenommen. Man kann den Gastraum insofern als verwinkelt bezeichnen, als im Randbereich Nischen eingerichtet sind, in welchen Sitzplätze bestehen, die Sicht ist auch durch Säulen eingeschränkt. Die Beleuchtung entspricht der einer Diskothek üblichen.“

Über Befragen des Beschwerdeführervertreters (BfV):

„Ich habe mich im Bereich der Bar ca. eineinhalb Minuten aufgehalten, dann wollte ich der Amtsabordnung folgen, das war mir aber aufgrund der Menschenmassen nicht möglich, und habe ich meinen Augenschein dann beendet. Ich kann nicht ausschließen, dass ich am 9.6.2013 auch mit Herrn B. gesprochen habe, aufgeschrieben habe ich mir aber den Namen des gewerberechtlichen Geschäftsführers als Vertreter des Betriebes, mit dem ich gesprochen habe. Ich habe nicht gesehen, dass Herr B. Gäste aufgefordert hätte, das Rauchen zu unterlassen. Ich habe sicher 10 bis 12 rauchende Gäste gesehen. Ich kann Gäste weder zur Ausweisleistung auffordern noch bestrafen, auch wenn diese rauchen.“

Der Zeuge Herr O. gab über Befragen durch die Verhandlungsleiterin zu Protokoll:

„Ich war bei der behördlichen Schwerpunktaktion am 9.6.2013 im Betrieb anwesend. Ich habe Frau R. schon von Vorerhebungen gekannt, am 9.6.2013 hatte ich nur ganz kurz Kontakt mit ihr. Sie sagte mir, dass es ein Problem mit dem Rauchen gebe, ich konnte das aber nicht weiter besprechen, weil ich für weitere Mitglieder der Amtsabordnung Unterlagen zur Vorlage suchen musste. Ich hatte auch den Eindruck, dass sie dieses Problem auch gar nicht mit mir besprechen wollte, ich habe sicher gefragt, ob ich ihr irgendwie helfen könne. Telefonisch hatte ich in Bezug auf die Piktogramme sehr positiven Kontakt, außerdem hat sie auch beim Telefonat erwähnt, dass bei einer Erhebung an einem Dienstag ein Barmitarbeiter zwei rauchende Damen auf das Rauchverbot hingewiesen habe.“

Über Befragen des BfV:

„Das Personal wird hinsichtlich Nichtraucherschutz geschult, und zwar auch aktuell im Bezug auf neu festgestelltes Gästeverhalten, und wie man damit umgeht. Ich bin während des Betriebes jeweils fünf bis sechs Stunden vor Ort anwesend, ich gehe auch immer wieder, durchschnittlich stündlich, durch und beanstande in diesem Zeitraum durchschnittlich 50 bis 70 rauchende Gäste. Das Rauchen sieht man beim Durchgehen ganz einfach, das ist omnipräsent. Auch die Securities, welche im unteren Bereich der Betriebsanlage patrouillieren, insbesondere bei den Bars, sind für die Einhaltung des Nichtraucherschutzes zuständig. Die Schulung ist für alle Securities gleich. Hauptzuständig für den Nichtraucherschutz ist Herr S., Garderobeleiter. Dieser hat eine örtlich zentrale Stelle im Betrieb, das trifft auch für die DJs zu. Diese sehen in ihrem Bereich um die 30 Gäste.“

Der Zeuge Herr M. gab über Befragen der Verhandlungsleiterin an:

„Ich kann mich an eine Kontrolle im Betrieb durch mehrere Beamte erinnern, diese fand nach Mitternacht statt, ob das am 9.6.2013 war, kann ich heute nicht sagen. Ich habe mit keinem der Beamten gesprochen. Ich bin Barkeeper an der Cocktailbar. An Samstagen arbeiten dort fünf Barkeeper gleichzeitig. Ich bin Barkeeper und habe sonst keine weitere Aufgabe, ich muss mich nicht um andere Dinge kümmern. Wenn ich einen Gast unmittelbar vor der Cocktailbar rauchen sehe, dann fordere ich ihn auf, das einzustellen. Wenn dieser Gast etwas weiter weg ist, dann gehe ich entweder selbst zu ihm oder ersuche einen Kollegen, das zu tun. Ich sehe vielleicht zwei bis drei Gäste pro Schicht, diese dauert fünf bis sechs Stunden. Die Anzahl der rauchenden Gäste hat in den letzten eineinhalb Jahren stark abgenommen. Nun gibt es aber vermehrt Gäste, welche sogenannte E-Zigaretten rauchen oder solche, in welchen Wasserdampf erzeugt wird. Wann die letzte Schulung hinsichtlich Nichtraucherschutz war, kann ich mich nicht erinnern, ich glaube, sie war nicht so lange her, ich kann mich zumindest daran erinnern.“

Über Befragen des BfV:

„Es gibt wöchentliche Betriebsbesprechungen, bei welchen immer darauf hingewiesen wird, dass wir streng zu den rauchenden Gästen sein sollen und auf die Einhaltung des Gesetzes drängen. An der Cocktailbar fordern auch die anderen Barkeeper rauchende Gäste zur Einstellung des Rauchens auf.“

Der Zeuge Herr Fa. gab über Befragen der Verhandlungsleiterin Folgendes an:

„Ich bin an allen Betriebstagen anwesend, ich bin Chef der Security. An die gegenständliche Erhebung kann ich mich heute nicht erinnern, es gab schon mehrfach Schwerpunktaktionen der Behörde im Lokal. Ich halte mich hauptsächlich im Bereich des Einganges von der Straße ins Lokal auf. Ich bin zwischen fünf und sieben Stunden im Einsatz und patrouilliere im unteren Bereich durchschnittlich einmal in der Stunde. Ich lasse Behördenvertreter ein und verständige den anwesenden Geschäftsführer, es sind nicht immer beide anwesend. Ich gehe dann mit den Behördenvertretern zum Geschäftsführer. Weiters versuche ich mich unterstützend einzubringen. Gäste, die rauchend Einlass begehren, weise ich auf das Rauchverbot hin. Es gibt auch einen großen Aschenbecher links vor der Türe. Rauchende Gäste werden nicht eingelassen. Wenn ich rauchende Gäste wahrnehme, weise ich sie höflich, aber bestimmt auf das Rauchverbot hin. Im Wiederholungsfall begleite ich sie aus dem Club, und zwar bei der dritten Beanstandung. Leute, welche unbedingt rauchen wollen, können das bei dem erwähnten großen Aschenbecher tun und dann wieder ins Lokal zurückkehren. Ich beanstande pro Abend zwischen 30 und 50 rauchende Gäste und begleite zwischen fünf und zehn hinaus. Ich habe in dieser Hinsicht in den letzten eineinhalb Jahren keine Verbesserung festgestellt. Vor allem Personen, welche nicht so oft im Club sind, nehmen das Rauchverbot nicht so ernst. Zunehmend werden E-Zigaretten geraucht. Um das Rauchverbot kümmern sich auch noch die Securities, die unten im Gästebereich arbeiten, dabei handelt es sich um drei bis vier Personen. Drei sind bei den Notausgängen positioniert, einer ist in Bewegung. Samstags sind vier bis fünf Securities im unteren Bereich. Um den Nichtraucherschutz kümmern sich auch die Veranstalter und die Geschäftsführer. Ich habe auch schon Barkeeper gesehen, die rauchende Gäste angesprochen haben. Gegebenenfalls ruft auch der Barkeeper bei mir an, dass ich einen Gast, den er schon mehrfach wegen Rauchens ermahnt hat, hinaus begleite. Samstags sind um die 400 Gäste im Gastraum.“

Über Befragen des BfV:

„An Personal (Securities und Kellner) sind insgesamt zwischen 20 und 30 Personen vor Ort. Mindestens einmal im Monat gibt es eine Mitarbeiterbesprechung mit der Geschäftsführung, bei welcher auch das Thema Nichtraucherschutz und dessen Handhabung besprochen wird. Einmal wöchentlich gibt es eine Kurzbesprechung zwischen der Geschäftsführung und mir.“

Die Aussage des Zeugen Herrn F. über Befragen durch die Verhandlungsleiterin lautet wie folgt:

„Ich denke, dass ich zum Zeitpunkt der Überprüfung als Barkeeper im Bereich der Bar 2 tätig gewesen bin, auf Urlaub war ich sicher nicht. An dieser Bar arbeiten bis zur vier Barkeeper gleichzeitig. Ich sehe ganz selten rauchende Gäste, wenn es die Zeit zulässt. Ich mache diese auf das Rauchverbot aufmerksam, im Wiederholungsfall verständige ich die Security. Wenn voller Betrieb ist, sehe ich sozusagen bis zur zweiten Reihe der Gäste vor der Bar. Die Securities sind immer ganz schnell zur Stelle. Die Bar 2 ist in Form von zwei parallelen Tischen angeordnet, die Barkeeper stehen in der Mitte und können auch den Bereich der Logen einsehen.“

Über Befragen des BfV:

„Wenn ich gefragt werde, ob es Besprechungen gibt, gebe ich an, dass es wöchentlich eine Besprechung des Barpersonals mit der Geschäftsführung gibt, manchmal nimmt auch jemand von der Security teil, bei welchen die Nichtraucherproblematik besprochen wird. Ich ermahne pro Abend maximal zwei bis drei Gäste, die rauchen. Die Situation hat sich in den letzten drei, vier Jahren deutlich verbessert.“

Bei der fortgesetzten Verhandlung vom 23.2.2015 wurde Herr A. E. als Zeuge einvernommen und gab über Befragen durch die Verhandlungsleiterin Folgendes an:

„Ich war am 9.6.2013 im Dienst. Ich habe drei- bis viermal pro Woche Dienst, und das nicht an fixen Tagen, das war schon immer so. Über Vorhalt der Angabe in der Verhandlung vom 9.10.2013, grundsätzlich an Dienstagen und Donnerstagen Dienst im Club „...“ zu versehen, gebe ich an, dass ich schon immer an unterschiedlichen Tagen Dienst versehen habe. Ich kann mich an den 9.6.2013 erinnern, das war der Freitag. Ich hatte Dienst. Wenn mir nunmehr gesagt wird, dass der 9.6.2013 ein Sonntag war, erkläre ich, dass die Veranstaltung von Samstag auf den Sonntag stattgefunden hat. Ich habe mich um einen Tag geirrt. Ich kann mich an zwei Kontrollen vom Marktamt erinnern, einmal war eine Frau im Einsatz. Ob sie beim zweiten Mal auch die Kontrolle durchgeführt hat, kann ich nicht sagen. Bei dieser Kontrolle hat sie sich zuerst vorgestellt und sich dann im Bereich der Bar 1 umgesehen, es war alles in Ordnung. Bei der Bar 1 sind zwei, maximal drei Barkeeper im Einsatz. Meine Tätigkeit besteht nicht nur in der Ausgabe bestellter Getränke, sondern einfach in der Umsorgung des Gastes. Dazu gehört auch auf Wunsch ein freundliches Gespräch, ab und zu auch, mit dem Gast zusammen ein Glas zu trinken. Wir sind ein Nichtraucherlokal, darauf wird auch immer wieder in Mitarbeitergesprächen hingewiesen. Wenn ich einen Gast im Barbereich rauchen sehe, dazu gehören auch drei Logen und zwei Stehtische, dann weise ich höflich auf das Nichtrauchergebot hin. Ich kann die Logen im Wesentlichen einsehen, weil die Bar 1 etwas erhöht gebaut ist. Ich gehe auch von der Bar zu dem rauchenden Gast und ist es in der Regel auch kein Problem, dass dieser die Zigarette ausdämpft. Im Schnitt muss ich drei bis vier Gäste pro Abend auf das Rauchverbot hinweisen. Für den Nichtraucherschutz verantwortlich ist im Lokal Herr S.“

Über Befragen des BfV:

„Wenn ich gerade z.B. beim Kassieren bin und einen Gast nicht in unmittelbarer Nähe rauchen sehe, dann springe ich nicht sozusagen zu diesem hin, sondern kassiere einmal fertig. Der nächste Schritt ist dann, zum Gast zu gehen. Das gilt allerdings nur dann, wenn ich nicht alleine hinter der Bar bin, weil diese darf nicht unbesetzt bleiben. Ich habe jetzt mehr Wochenenddienste, weil die Bar 1 nicht jeden Dienstag geöffnet hat. Im Gastraum gibt es keine Aschenbecher.“

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Gemäß § 14 Abs. 4 Tabakgesetz begeht, wer als Inhaber gemäß § 13c Abs. 1 gegen eine der im § 13c Abs. 2 festgelegten Obliegenheiten verstößt, 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 €, im Wiederholungsfall bis zu 10 000 €, zu bestrafen. Gemäß Paragraph 14, Absatz 4, Tabakgesetz begeht, wer als Inhaber gemäß Paragraph 13 c, Absatz eins, gegen eine der im Paragraph 13 c, Absatz 2, festgelegten Obliegenheiten verstößt, 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 €, im Wiederholungsfall bis zu 10 000 €, zu bestrafen.

Zufolge § 13a Abs. 1 Z 1 leg. cit. gilt unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der §§ 12 und 13 Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen der Betriebe des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs. 1 Z 2 der Gewerbeordnung 1994 (GewO), BGBl. Nr. 194/1994, in der geltenden Fassung. Zufolge Paragraph 13 a, Absatz eins, Ziffer eins, leg. cit. gilt unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der Paragraphen 12 und 13 Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen der Betriebe des Gastgewerbes gemäß Paragraph 111, Absatz eins, Ziffer 2, der Gewerbeordnung 1994 (GewO), Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1994,, in der geltenden Fassung.

Nach § 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. Nach 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.

§ 13c Abs. 2 Z 4 leg. cit. besagt, dass jeder Inhaber gemäß Abs. 1 insbesondere dafür Sorge zu tragen hat, 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. Paragraph 13 c, Absatz 2, Ziffer 4, leg. cit. besagt, dass jeder Inhaber gemäß Absatz eins, insbesondere dafür Sorge zu tragen hat, 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.

Als erwiesen wird festgestellt, dass der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit zur Vertretung nach außen Berufener der Ba. GmbH mit Sitz in Wien am 9.6.2013 um 01.45 Uhr nicht dafür Sorge getragen hat, dass im Gastgewerbebetrieb (Diskothek) dieser Gesellschaft in Wien, Bu., in welchem gemäß § 13a Abs. 1 Tabakgesetz Rauchverbot besteht, nicht geraucht wurde, da eine Vielzahl der anwesenden Gäste handelsübliche Zigaretten rauchte. Als erwiesen wird festgestellt, dass der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit zur Vertretung nach außen Berufener der Ba. GmbH mit Sitz in Wien am 9.6.2013 um 01.45 Uhr nicht dafür Sorge getragen hat, dass im Gastgewerbebetrieb (Diskothek) dieser Gesellschaft in Wien, Bu., in welchem gemäß Paragraph 13 a, Absatz eins, Tabakgesetz Rauchverbot besteht, nicht geraucht wurde, da eine Vielzahl der anwesenden Gäste handelsübliche Zigaretten rauchte.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus der schlüssigen und glaubwürdigen Aussage der Zeugin Frau R. in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien. Bei dieser handelt es sich um eine geschulte und erfahrene Mitarbeiterin der Magistratsabteilung 59 - Marktamt, welche unter Hinweis auf ihre Wahrheitspflichten einvernommen wurde und haben sich keine Anhaltspunkte ergeben, dass die Zeugin den Bf wahrheitswidrig belasten hätte wollen. Die Zeugin konnte sich an die gegenständliche Erhebung besonders gut erinnern, weil es sich um die erste in der verfahrensgegenständlichen Betriebsanlage von ihr durchgeführte gehandelt hat. Sie konnte angeben, in Bezug auf welche gesetzlichen Vorschriften sie ihre Kontrolle durchgeführt hat, und dass sie sich hinsichtlich Tabakgesetz einerseits um die Piktogramme gekümmert hatte und andererseits um rauchende Gäste. Sie konnte sich erinnern, mehrere rauchenden Gäste gesehen zu haben, welche an der Amtsabordnung – es handelte sich um eine Schwerpunktaktion, an welcher Vertreter verschiedener Magistratsabteilungen teilgenommen haben – vorbeigegangen sind. Ein Kollege hatte danach sogar ein Brandloch in seiner Jacke. Die Zeugin konnte keine Mitarbeiter des Betriebes wahrnehmen, welche sich mit den Gästen, welche handelsübliche Zigaretten rauchten, in irgendeiner Weise beschäftigt hätten, und gab Frau R. an, sicher zehn bis zwölf solch rauchende Gäste gesehen zu haben. Aschenbecher hatte die Zeugin nicht wahrgenommen, zum Gastraum gab sie an, dass dieser insofern als verwinkelt zu bezeichnen sei, als im Randbereich Nischen eingerichtet sind, in welchen Sitzplätze bestehen, zudem ist die Sicht auch durch Säulen eingeschränkt. Die Beleuchtung entspricht der einer Diskothek üblichen. Die Angaben der Zeugin stehen im Einklang mit ihrer Anzeige, welche entgegen dem Beschwerdevorbringen alle relevanten Details – wer wann wo geraucht hat – und noch dazu was, enthält.

Der Bf selbst hat auch nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes Wien in seiner niederschriftlichen Einvernahme als Beschuldigter am 14.10.2013 die Tatbegehung in keiner Weise bestritten, sondern lediglich angegeben, dass es in dem sehr großen Lokal von 500 m² sehr schwierig sei, tatsächlich jeden Raucher zu entfernen, weil viele die Zigaretten versteckten und nicht einsichtig wären. Auch handelt es sich bei Herrn B. zufolge der in der Beschuldigteneinvernahme bekannt gegebenen persönlichen Daten um einen Exekutivbeamten, also keinen derartigen Laien in Bezug auf Verwaltungsstrafverfahren, wie der Bf vermeint und braucht es zur Rechtfertigung bzw. zum Bestreiten eines Tatvorwurfes auch keiner juristischen Ausformulierung.

Auch in der öffentlichen Verhandlung vom 28.1.2015 vor dem Verwaltungsgericht Wien äußerte Herr B. sich zunächst allgemein und nicht zur angelasteten Übertretung. Was seine nachfolgende Schilderung bezüglich des Geschehens im Bereich der Bar rechts vom Eingang mit dem Barkeeper Herrn E. betrifft, war dem Bf dabei offensichtlich eine Folgerhebung der Zeugin R. in Erinnerung.

Frau R. gab nämlich glaubhaft an, dass es sich bei ihrer Erhebung am 9.6.2013 um ihre erste in dieser Betriebsanlage gehandelt habe und ihr Herr B. bis dahin unbekannt gewesen sei. An das von Herrn B. geschilderte Gespräch mit dem Barkeeper Herrn E. konnte sie sich nicht erinnern und hat auch Herr E. als Zeuge angegeben, dass sich die Dame vom

Marktamt zuerst vorgestellt und dann im Bereich der Bar 1 umgesehen habe, wobei seinem Eindruck nach alles in Ordnung gewesen sei.

Frau R. konnte sich auch nur an das Gespräch mit dem gewerberechtlichen Geschäftsführer Herrn O. erinnern, welchen sie auch in ihrer Anzeige als für den Betrieb anwesende Person namentlich angeführt hat. Herr O. wiederum gab als Zeuge an, dass er Frau R. schon von Vorerhebungen gekannt und am 9.6.2013 kurz Kontakt mit ihr gehabt habe.

Hinsichtlich sonst rauchender Personen zum Tatzeitpunkt hat der Bf auch bei seiner Parteeinvernahme vor dem Verwaltungsgericht Wien keinerlei konkrete Angaben gemacht.

Herr O. konnte als Zeuge bestätigen, dass man beim Durchgehen durch das Lokal das Rauchen ganz einfach sehen könne, dieses sei einfach omnipräsent. Er selbst könne bei einer stündlichen Kontrolle im Zeitraum von sechs Stunden durchschnittlich 50 bis 70 rauchende Gäste beanstanden.

Der Zeuge Herr M., welcher Barkeeper an der Cocktailbar ist, gab diesbezüglich an, pro Schicht in der Dauer von fünf bis sechs Stunden zwei bis drei rauchende Gäste zu sehen, er sei aber in erster Linie Barkeeper.

Der Chef der Security, Herr Fa., gab als Zeuge bekannt, pro Abend bei einer Anwesenheit von zwischen fünf und sieben Stunden zwischen 30 und 50 rauchende Gäste zu beanstanden, und zwischen fünf und zehn hinauszubegleiten, wobei er in dieser Hinsicht in den letzten eineinhalb Jahren keine Verbesserung feststellen konnte. Vor allem Personen, welche nicht so oft im Club seien, würden das Rauchverbot nicht ernst nehmen.

Der Zeuge Herr F. glaubte, zum Zeitpunkt der Überprüfung als Barkeeper im Bereich der Bar 2 tätig gewesen zu sein, wobei er bei vollem Betrieb – welcher auch nach Angabe des Bf zum Tatzeitpunkt herrschte – sozusagen bis zur zweiten Reihe der Gäste vor der Bar sehen könne. In diesem Bereich sehe er ganz selten rauchende Gäste, und das nur, wenn es seine Zeit zulasse.

Aus diesen Aussagen ergibt sich, dass nicht nur der Bf selbst, sondern auch sämtliche Zeugen immer wieder rauchende, und zwar handelsübliche Zigaretten rauchende Gäste, im Gastgewerbebetrieb wahrnehmen können und sind diese Aussagen daher nicht geeignet, die Beobachtung von zehn bis zwölf rauchenden Gästen im Gastraum durch die Zeugin Frau R. in Bezug auf den angezeigten Zeitpunkt zu widerlegen.

Es wird daher von der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes der dem Bf zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ausgegangen.

Bei einer Verwaltungsübertretung nach § 14 Abs. 4 des Tabakgesetzes BGBl.Nr. 431/1995 idGF iVm § 13c Abs. 1 Z. 3 und Abs.2 Z. 4 handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt, weil zum Tatbestand weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört und die Verwaltungsvorschrift über das zur Strafbarkeit erforderliche Verschulden nichts bestimmt (vgl. VwGH 27.3.1990, 89/04/0226). In einem solchen Fall ist gemäß § 5 Abs. 1 VStG Fahrlässigkeit anzunehmen, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Das bedeutet, dass der Beschuldigte initiativ alles darzulegen hat, was für seine Entlastung spricht, was in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch die Beibringung von Beweismittel bzw. die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen hat. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. u.a. VwGH 6.11.1974, 1779/73), sind allgemein gehaltene Behauptungen nicht geeignet, die Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens an einer angelasteten Verwaltungsübertretung als erbracht anzusehen. Bei einer Verwaltungsübertretung nach Paragraph 14, Absatz 4, des Tabakgesetzes BGBl.Nr. 431 aus 1995, idGF in Verbindung mit Paragraph 13 c, Absatz eins, Ziffer 3 und Absatz 2, Ziffer 4, handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt, weil zum Tatbestand weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört und die Verwaltungsvorschrift über das zur Strafbarkeit erforderliche Verschulden nichts bestimmt vergleiche VwGH 27.3.1990, 89/04/0226). In einem solchen Fall ist gemäß Paragraph 5, Absatz eins, VStG Fahrlässigkeit anzunehmen, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Das bedeutet, dass der Beschuldigte initiativ alles darzulegen hat, was für seine Entlastung spricht, was in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch die Beibringung von Beweismittel bzw. die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen hat. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche u.a. VwGH 6.11.1974, 1779/73), sind allgemein gehaltene Behauptungen nicht geeignet, die Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens an einer angelasteten Verwaltungsübertretung als erbracht anzusehen.

Ein Vorbringen, welches mangelndes Verschulden glaubhaft gemacht hätte, wurde vom Bf nicht erstattet.

So gibt Herr B. selbst an, sich ab Kenntnis der Überprüfung des Gewerbebetriebes durch die Behörde um deren Vertreter gekümmert und dazu auch noch Personen, welche für die Einhaltung des Nichtraucherschutzes anwesend waren, abgezogen zu haben.

Zum Vorliegen eines Kontrollsystems hat der Bf im Verwaltungsverfahren keine Angaben gemacht und war die belangte Behörde deshalb auch nicht gehalten, diesbezügliche Ermittlungen anzustellen.

Im Hinblick auf die im Wirtschaftsleben notwendige Arbeitsteilung ist es dem Bf zwar zuzubilligen, die Besorgung einzelner Angelegenheiten anderen Personen selbstverantwortlich zu überlassen und die eigene Tätigkeit in diesen Belangen auf jene möglichen und zumutbaren Maßnahmen zu beschränken, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten lassen. Dabei trifft ihn jedoch die Obliegenheit, durch Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems sicherzustellen, dass seinen Anordnungen entsprochen wird, wobei er der Behörde bei einem Verstoß gegen die entsprechenden Vorschriften dieses System im Einzelnen darzulegen hat (vgl. VwGH 27.11.1995, 93/10/0186). Im Sinne dieser Judikatur reicht also die bloße Erteilung von Weisungen nicht aus; entscheidend ist, ob auch eine wirksame Kontrolle der vom Verantwortlichen erteilten Weisung erfolgte (vgl. VwGH 30.3.1982, 81/11/0087). Im Hinblick auf die im Wirtschaftsleben notwendige Arbeitsteilung ist es dem Bf zwar zuzubilligen, die Besorgung einzelner Angelegenheiten anderen Personen selbstverantwortlich zu überlassen und die eigene Tätigkeit in diesen Belangen auf jene möglichen und zumutbaren Maßnahmen zu beschränken, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten lassen. Dabei trifft ihn jedoch die Obliegenheit, durch Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems sicherzustellen, dass seinen Anordnungen entsprochen wird, wobei er der Behörde bei einem Verstoß gegen die entsprechenden Vorschriften dieses System im Einzelnen darzulegen hat (vergleiche VwGH 27.11.1995, 93/10/0186). Im Sinne dieser Judikatur reicht also die bloße Erteilung von Weisungen nicht aus; entscheidend ist, ob auch eine wirksame Kontrolle der vom Verantwortlichen erteilten Weisung erfolgte (vergleiche VwGH 30.3.1982, 81/11/0087).

Aus den Aussagen der vom Bf beantragten Zeugen O., M., Fa., F. und E. geht zwar hervor, dass regelmäßig Schulungen zum Thema Rauchen durch den Bf erfolgen und die Securitys und das übrige Personal an den Bars instruiert werden, wie sie vorzugehen haben, falls sie rauchende Gäste bemerken. Weder in der Beschwerde noch in der mündlichen Verhandlung wurde aber dargelegt, wie der Bf die Einhaltung der in den Schulungen erteilten Anweisungen an seine Mitarbeiter kontrolliert. Auch die Zeugen selbst gaben übereinstimmend lediglich an, dass sie vom Bf regelmäßige Schulungen erhalten und Anweisungen, wie sie vorzugehen haben, wenn sie auf rauchende Gäste aufmerksam werden. Keiner dieser Zeugen gab aber an, dass der Bf selbst sie hinsichtlich der Einhaltung seiner Anweisungen kontrolliert habe bzw. dass diese Kontrollfunktion von anderen, vom Bf beauftragten, Personen wahrgenommen wurde. Der Hinweis auf die Erteilung entsprechender Anweisungen genügt aber nicht den Anforderungen an ein im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG wirksamen Kontrollsystems (siehe dazu VwGH vom 17.6.2013, ZI.2012/11/0235). Aus den Aussagen der vom Bf beantragten Zeugen O., M., Fa., F. und E. geht zwar hervor, dass regelmäßig Schulungen zum Thema Rauchen durch den Bf erfolgen und die Securitys und das übrige Personal an den Bars instruiert werden, wie sie vorzugehen haben, falls sie rauchende Gäste bemerken. Weder in der Beschwerde noch in der mündlichen Verhandlung wurde aber dargelegt, wie der Bf die Einhaltung der in den Schulungen erteilten Anweisungen an seine Mitarbeiter kontrolliert. Auch die Zeugen selbst gaben übereinstimmend lediglich an, dass sie vom Bf regelmäßige Schulungen erhalten und Anweisungen, wie sie vorzugehen haben, wenn sie auf rauchende Gäste aufmerksam werden. Keiner dieser Zeugen gab aber an, dass der Bf selbst sie hinsichtlich der Einhaltung seiner Anweisungen kontrolliert habe bzw. dass diese Kontrollfunktion von anderen, vom Bf beauftragten, Personen wahrgenommen wurde. Der Hinweis auf die Erteilung entsprechender Anweisungen genügt aber nicht den Anforderungen an ein im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, VStG wirksamen Kontrollsystems (siehe dazu VwGH vom 17.6.2013, ZI. 2012/11/0235).

Wenn der Bf in der Beschwerde in diesem Zusammenhang vorbringt, es seien folgende Maßnahmen gesetzt worden, die die Einhaltung des Nichtraucherschutzes gewährleisten sollen:

„- Die Anleitung des Barpersonals zur Überprüfung der Gäste durch Sichtkontakt und Einhaltung des Nichtraucherschutzes,

- Die Beauftragung von verantwortlichen Securitys, regelmäßige Kontrollgänge im Lokal durchzuführen und Personen die machen des Lokals zu verweisen.“

so wurden diese Maßnahmen zwar durch das Beweisverfahren bestätigt, zeigen aber nur auf, dass die verantwortlichen Securities bzw. das verantwortliche übrige Personal zwar Anweisungen zur Aufrechterhaltung des Nichtraucherschutzes bekommen hat, legen aber kein Kontrollsystem dar, weshalb mangelndes Verschulden im Sinne des § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG vor dem Hintergrund der oben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ausreichend glaubhaft gemacht worden und die subjektive Tatseite daher als erfüllt anzusehen ist. so wurden diese Maßnahmen zwar durch das Beweisverfahren bestätigt, zeigen aber nur auf, dass die verantwortlichen Securities bzw. das verantwortliche übrige Personal zwar Anweisungen zur Aufrechterhaltung des Nichtraucherschutzes bekommen hat, legen aber kein Kontrollsystem dar, weshalb mangelndes Verschulden im Sinne des Paragraph 5, Absatz eins, zweiter Satz VStG vor dem Hintergrund der oben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht ausreichend glaubhaft gemacht worden und die subjektive Tatseite daher als erfüllt anzusehen ist.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des StGB sinngemäß anzuwenden. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Gemäß Absatz 2, leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der Paragraphen 32 bis 35 des StGB sinngemäß anzuwenden. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die Intensität der Beeinträchtigung des hohen Rechtsgutes des Schutzes des Lebens und der Gesundheit von Nichtrauchern in Gastgewerbebetrieben vor Tabakrauch erweist sich als nicht unbeträchtlich, der Unrechtsgehalt der Tat war daher selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen nicht geringfügig.

Das Verschulden des Bf ist schon im Hinblick auf das Fehlen eines geeigneten Kontrollsystems als nicht unerheblich anzusehen. Dazu kommt, dass Herr B. selbst einen beträchtlichen Teil des für die Einhaltung des Nichtraucherschutzes vorgesehenen Personals während der Erhebung – und somit auch zur Tatzeit - zur Betreuung der einschreitenden Beamten abstellte, weshalb es auch seinen eigenen Ausführungen zufolge nicht möglich gewesen ist, die üblichen Kontrollen der Gäste durchzuführen. Dies bedeutet, dass der Bf einerseits grundsätzlich zu wenig Personen für den Nichtraucherschutz vor Ort eingesetzt hatte, weil bereits ein unerwartetes Ereignis wie lediglich eine behördliche Kontrolle schon zur Einschränkung der Sorge um den Nichtraucherschutz führte, und er andererseits zur Tatzeit die anderwärtige Beschäftigung von für den Nichtraucherschutz zuständigem Personal angeordnet und damit Einschränkungen in Bezug auf den Nichtraucherschutz in Kauf genommen hat. Es liegt daher in concreto Verschulden in Form des bedingten Vorsatzes vor.

Zu den Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen des Bf wurden in der mündlichen Verhandlung keine Angaben gemacht, insbesondere keine Änderung gegenüber dem mit 2 000 € netto monatlich bezifferten Einkommen im Rahmen der Beschuldigteneinvernahme vom 14.10.2013; damals wurden hinsichtlich des Vermögens auch keine Angaben gemacht und das Bestehen von Sorgepflichten verneint. Es war daher von knapp überdurchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen auszugehen.

Der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit wurde von der belangten Behörde bereits zutreffend berücksichtigt.

Weitere Milderungs- oder Erschwerungsgründe sind nicht hervor gekommen.

Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und auf den bis zu 2 000 € reichenden gesetzlichen Strafsatz erweist sich die verhängte Geldstrafe als durchaus milde und selbst bei Berücksichtigung der Verfahrensdauer als angemessen und keineswegs zu hoch. Zu berücksichtigen waren zudem spezialpräventive Erwägungen, steht der Bf doch auf dem Standpunkt, dass er nur im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren für einen angemessenen Nichtraucherschutz in Form der Kontrolle Sorge zu tragen habe und ist im Verfahren deutlich zutage getreten, dass beim vorhandenen Betriebskonzept nicht einmal dies mit dem derzeitigen (nicht zu leugnenden Einsatz) gewährleistet ist.

Gegen eine Strafherabsetzung haben auch generalpräventive Überlegungen gesprochen.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Die Vorschreibung des Beitrages zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens stützt sich auf die zwingende Vorschrift des § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG. Die Vorschreibung des Beitrages zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens stützt sich auf die zwingende Vorschrift des Paragraph 52, Absatz eins und 2 VwGVG.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

Schlagworte

keine Kontrolle der in den Schulungen an die Mitarbeiter erteilten Anweisungen hinsichtlich rauchender Gäste; der Hinweis auf die Erteilung entsprechender Anweisungen genügt nicht den Anforderungen an ein iSd § 5 Abs. 1 VStG wirksamen Kontrollsystems

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2016:VGW.021.024.21358.2014

Zuletzt aktualisiert am

08.06.2016

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