

# TE UVS Wien 2011/02/22 04/G/20/7697/2010

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 22.02.2011

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Dr. Schopf über die Berufung der Frau Christine S., vertreten durch Anwaltsgeellschaft, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 1. und 8. Bezirk, vom 29.07.2010, Zl. MBA 01 - S 85876/10, wegen Verwaltungsübertretung des § 14 (4) iVm § 13c Abs 1 Z. 3 und Abs 2 Z.4 des Bundesgesetzes über das Herstellen und das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherschutz (Tabakgesetz), BGBl. Nr. 431/1995, idG entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung in der Schuldfrage keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis diesbezüglich mit der Änderung bestätigt, dass die Tatumschreibung lautet:

?Sie haben als Inhaberin des Gastgewerbebetriebes/Restaurantes in Wien, R-steig (?K.?) insofern gegen die Obliegenheiten betreffend den Nichtraucherschutz gemäß § 13c des Tabakgesetzes verstoßen, als Sie am 01.07.2010 nicht dafür Sorge getragen haben, dass im Verabreichungsraum dieses Gastgewerbebetriebes nicht geraucht wurde, da in dem mehr als 50m<sup>2</sup> großen Einraumlokal das Rauchen in bestimmten Bereichen gestattet wurde, ohne dass eine bauliche Trennung zu den mit Rauchverbot belegten Flächen bestanden hätte und da dort auch Aschenbecher aufgestellt waren. Sie haben dadurch gegen § 13c Abs 1 Z. 3 iVm Abs 2 Z. 4 iVm § 14 Abs 4 des Bundesgesetzes über das Herstellen und das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherschutz (Tabakgesetz), BGBl. Nr. 431/1995 idF BGBl I 120/2008 verstoßen.?

Hinsichtlich der Geldstrafe wird der Berufung insofern Folge gegeben, als die Geldstrafe von Euro 750,00 auf Euro 400,00 sowie die im Falle der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tage 5 Stunden auf 3 Tage herabgesetzt wird. Die Strafsanktionsnorm lautet ?§ 14 Abs 4 Tabakgesetz.?. Dementsprechend wird der erinstanzliche Verfahrenskostenbeitrag gemäß § 64 Abs 2 VStG von Euro 75,00 auf Euro 40,00 herabgesetzt.

Die Berufungswerberin hat daher gemäß § 65 VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

## Text

Mit angefochtenem Straferkenntnis wurde der Berufungswerberin im wesentlichen wie in gegenständlichem Bescheid zur Last gelegt, wobei konkret vorgeworfen wurde, es sei tatsächlich geraucht worden und seien auch überall Aschenbecher aufgestellt gewesen. Dieses Straferkenntnis stützt sich auf zwei Artikel der Online-Ausgabe des Ku., verfasst von Michael B. sowie eine mit e-mail eingebrachte Anzeige einer Person, deren Identität im weiteren Verfahren nicht geklärt werden konnte. Die Rechtfertigung der Berufungswerberin vom 26.07.2010, es sei unrichtig, dass überall Aschenbecher aufgestellt gewesen wären, sondern hätten sich diese lediglich in dem als Raucherbereich geplanten Lokalteil, der auch entsprechend gekennzeichnet gewesen wäre befunden, es sei bereits seit längerem ein Umbau beantragt, ohne dass dieser bewilligt worden wäre und der Tatvorwurf sei zu wenig konkret, wurde nicht mehr

berücksichtigt. Dieser Umstand wird in der innerhalb offener Frist eingebrochenen Berufung ebenso gerügt wie das Unterlassen zeugenschaftlicher Einvernahmen der angeblichen Tatzeuge. Des weiteren bestreitet die Berufungswerberin, dass überall im Lokal geraucht worden wäre und bringt vor, sie habe das Lokal in einen Raucher- und einen Nichtraucherbereich getrennt. Auch fehlten Feststellungen zur Lokalgröße sowie zur exakten Tatzeit. An sich sei eine entsprechende Lüftungsanlage ausreichend, um den Vorgaben des Tabakgesetzes zu entsprechen, sie habe aber einen Umbau geplant und eingereicht, über den bis dato behördlicherseits noch nicht entschieden sei. Im Berufungsverfahren wurde der Einreichplan betreffend gegenständlichen Umbau ebenso vorgelegt, wie die Korrespondenz der Berufungswerberin mit den Behörden. Aus ersterem ergibt sich eine Gastraumgröße von 149,65 m<sup>2</sup>, aus beiden, dass ein Antrag betreffend Umbau im Sinne des Tabakgesetzes, nach Vorlage eines Einreichplanes vom 17.12.2008 bezüglich Rauchergesetz im Dezember 2008, mit 15.03.2010 erfolgte. Dazu wird bei Urkundenvorlage ausgeführt, dass eine Bewilligung für eine Änderung der Betriebsanlage erst mit Bescheid vom 25.11.2009 erfolgt sei und daraufhin die Pläne für die Trennwand in Auftrag gegeben worden seien, da eine aufrechte Betriebsanlagengenehmigung Voraussetzung für weitere Schritte im Sinne des Tabakgesetzes gewesen seien. In der mündlichen Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien ergingen folgende Aussagen:

Die Berufungswerberin:

?Die Einteilung Nichtraucher- und Raucherbereich entspricht dem eingereichten Plan für eine bauliche Trennung mit Glaswand. Nach dem Hineinkommen in das Lokal auf der rechten Seite befindet sich der Raucherbereich und auf der linken Seite der Nichtraucherbereich, in dem jedenfalls nicht geraucht wird. Bauliche Trennung gibt es bis jetzt noch keine, der Antrag wurde am 15.03.2010 eingereicht. Nachdem ich zwei Mal telefonisch urgert habe, wurde mir mitgeteilt, dass beim Antrag die ?Ab- und Zuluftmengen? fehlten, die ich dann nachgereicht habe. Dies mit Schreiben vom 21.05.2010, eingelangt bei der Behörde am 28.05.2010. Ich wurde dann weiters aufgefordert, Angaben zur Glaswand zu machen, obwohl dies am Plan vermerkt ist und habe dies mit Schreiben vom 10.06.2010 mit der Bezeichnung ?ESG 8 mm, Automatiktür mit redundanten Antrieb? nochmals bekannt gegeben, obwohl beides bereits im Plan vermerkt war. Darauf kam eine Aufforderung gemäß § 13 Abs 3 AVG, wonach in meinem Antrag Angaben zur Qualität der Glastrennwand sowie Angaben über die Anzahl der Verabreichungsplätze in beiden Gasträumen fehlten und die Angaben hinsichtlich der Teilluftmengen auf Grund der im Lüftungsplan geführten Leitungsführung nicht plausibel sei. Dies wurde mit SC vom 27.07.2010 beantwortet. Ein weiteres behördliches SC erfolgte nicht. Dass es sich bei ggst. Lokal um einen mehr als 50 m<sup>2</sup> großen Einraumbetrieb handelt, ist unbestritten. Zum konkreten Vorwurf ist noch anzumerken, dass im Nichtraucherbereich auf den Tischen keine Aschenbecher standen und dieser Bereich durch eine von der Decke hängende Tafel gekennzeichnet war. Weiters befanden sich auch Kennzeichnungen an der Holztheke. Auch wenn es keine bauliche Trennung gibt, war und ist durch lüftungstechnische Maßnahmen dem Willen des Gesetzgebers insoweit Rechnung getragen, als lüftungstechnisch kein Rauch vom Raucher- in den Nichtraucherbereich dringen kann bzw. konnte. Die räumliche Trennung wird dennoch jedenfalls nach Vorliegen der behördlichen Bewilligung durchgeführt. Der Umbauantrag wurde deshalb nicht früher gestellt, da zunächst entsprechende Kostenvoranschläge eingeholt werden mussten und Pläne angefertigt werden mussten und ? auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des VwGH mit einer rechtzeitigen Entscheidung der Behörde hinsichtlich des eingebrochenen Antrages zu rechnen war, VwGH vom 14.03.1983, 82/08/0129. Vor Ablauf der Übergangsfrist hat es keine Beanstandung gegeben. Mit Schreiben vom 23.12.2008 wurde die bauliche Trennung beantragt und gleichzeitig um Überprüfung ersucht, ob die bestehende Lüftungsanlage ausreichend sei, die Bedingungen des § 13 Abs 2 Tabakgesetz zu erfüllen. Vorgelegt wird das SC vom 23.12.2009 sowie das Ansuchen um Vorprüfung gemäß § 64 Abs 3 Wiener Bauordnung betreffend ggst. Betrieb mit 140 m<sup>2</sup>. Das Einlangen dieses Antrages wurde telefonisch bestätigt, ebenso dass der Umbau möglich ist, für den aber eine Verhandlung erforderlich ist. Beantragt wird die Einvernahme der beiden Zeugen, zum Nachweis dafür, dass im Lokal eine Trennung in Nichtraucher- und Raucherbereich vorgenommen wurde, dass im Nichtraucherbereich keine Aschenbecher aufgestellt wurden und dass nicht mit Willen der Lokalbetreiberin und deren Personal im Nichtraucherbereich geraucht wurde. Vorbringen möchte ich noch, dass ein Zeitungsartikel im Ku. für mich kein taugliches Beweismittel darstellt?

?Zu den vorgelegten Unterlagen wird ausgeführt, dass zunächst eine Kontrolle im Jahr 1999 oder 2000 durch den Magistrat der Stadt Wien erfolgte und auf Grund dessen Änderungen durchzuführen waren. Diese Änderungen wurden durchgeführt, es lag allerdings keine behördliche Bewilligung dafür vor. Bei einer großen Kontrolle im Jahr 2007 wurde dies behördlicherseits festgestellt, ich habe u.a. auch vorgeschlagen, den Windfang bei der Tür

wegzureißen, seitens des behördlichen Organs wurde aber davon Abstand genommen und so habe ich um nachträgliche Betriebsbewilligung ersucht. Diese Verfahren hat dann 2 ½ Jahre gedauert und Ende Dezember 2009 wurde mir dann der Bescheid vom 25.11.2009 zugestellt. Ich habe dann die entsprechenden Auflagen erfüllt und dann das vom Tabakgesetz geforderte Ansuchen mit 15.03.2010 eingebracht, da ich davon ausgegangen bin, zuerst die entsprechenden Auflagen erfüllen zu müssen. Dieses Verfahren ist bis heute nicht abgeschlossen, es gab am 18.01.2011 eine weitere Sitzung bei der sich ergeben hat, dass bei einer Türe im Untergeschoß auf Grund der Übernahme eines alten Planes die Breite unrichtig bezeichnet war. Dies hätten wir auch vor Ort berichtigen können, wir wollten aber einen neuen Plan einreichen.?

Seitens BwV wurde ergänzend vorgebracht, dass es sich bei der Bewilligung der Änderung der BA um eine Vorfrage im Sinne des § 18 Abs 7 Z 3 des Tabakgesetzes handle und die entsprechenden Maßnahmen dementsprechend unverzüglich in die Wege geleitet worden seien.

Herr Michael B.:

?Das Lokal selbst habe ich zwei Tage vorher besucht, dort auch das Foto gemacht, wobei meine Intension in die Richtung ging, dass die lange Verfahrensdauer bei der Behörde kritisiert wurde. Damit dieser Artikel am 01.07.2010 um 15.10 Uhr im Ku., Online-Ausgabe erscheinen konnte, musste er bis zum 30.06.2010, 15.00 Uhr, eingesendet sein. Mein zweiter Besuch war davor, wann kann ich jetzt nicht genau sagen, jedenfalls hat er nicht nach dem 30.06.2010 stattgefunden.?

Abschließend führte die Berufungswerberin aus:

?Ich betone nochmals, dass zum Tatzeitpunkt keine Aschenbecher auf den Tischen standen. Ich selbst war an diesem Tag nicht im Lokal, seit dem 01.07. haben wir aber die entsprechende Trennung so vorgenommen, dass im kleineren Bereich, das ist die Bar mit hauptsächlich Stehplätzen, geraucht werden darf, wohingegen im größeren Teil des Lokals, das sind die übrigen Betriebsflächen, Rauchverbot ist, dies ohne Abtrennung, weil vor Durchführung dieser Maßnahme alle Fragen baurechtlicher und gewerberechtlicher Themen geklärt sein müssen.?

Auf der Homepage des ?K.? findet sich folgende Textpassage:

?... Da wir aus dem K. kein Nichtraucher-Lokal machen möchten, kommt nur eine räumliche Trennung durch eine Glaswand mit zwei elektrischen Türen in Frage. Dafür brauchen wir aber eine baupolizeiliche Genehmigung. Das Ansuchen wurde von uns fristgerecht eingereicht, konnte aber von den Behörden noch nicht zur Gänze bearbeitet werden. Da dieser Umbau an Auflagen gebunden ist und sich kostenintensiv darstellt, ist für uns der momentane Zustand die Zwischenlösung ? d.h. die Nichtraucher im größeren Hauptraum und die Raucher im restlichen Teil ? ohne Glastrennwand!...?

Die den Nichtraucherschutz in Räumen öffentlicher Orte und in Räumen der Gastronomie regelnden Bestimmungen der §§ 13 und 13a des Tabakgesetzes BGBl. 431/1995 idF BGBl. I 120/2008 lauten wie folgt:

?§ 13.

(1) Unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der Regelung des § 12 gilt, soweit Abs 2 und § 13a nicht anderes bestimmen, Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte.

(2) Als Ausnahme vom Verbot des Abs 1 können in jenen von Abs 1 umfassten Einrichtungen, die über eine ausreichende Anzahl von Räumlichkeiten verfügen, Räume bezeichnet werden, in denen das Rauchen gestattet ist, wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird.

(3) Die Ausnahme des Abs 2 gilt nicht für schulische oder andere Einrichtungen, in denen Kinder oder Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden.

(4) Abs 1 gilt nicht für Tabaktrafiken.

?§ 13a.

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

1. der Betriebe des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs 1 Z 2 der Gewerbeordnung 1994 (GewO), BGBl. Nr. 194/1994, in

der geltenden Fassung,

2. der Betriebe des Gastgewerbes mit einer Berechtigung zur Beherbergung von Gästen gemäß § 111 Abs 1 Z 1 oder Abs 2 Z 2 oder 4 der GewO,

3. der Betriebe gemäß § 2 Abs 9 oder § 111 Abs 2 Z 3 oder 5 der GewO.

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

(3) Das Rauchverbot gemäß Abs 1 gilt ferner nicht, wenn nur ein für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeigneter Raum zur Verfügung steht, und

1.

der Raum eine Grundfläche von weniger als 50 m<sup>2</sup> aufweist, oder,

2.

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

(4) Das Rauchen darf jedoch auch in Räumen, in denen das Rauchverbot gemäß Abs 1 nicht gilt, nur gestattet werden, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag gilt, wonach

1. ein nicht dem Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz (BMSVG), BGBI. I Nr. 100/2002, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegender Arbeitnehmer Anspruch auf Abfertigung im gesetzlichen Ausmaß hat, wenn er sein Arbeitsverhältnis wegen der Belastung durch die Einwirkung des Passivrauchens kündigt, und

2. die notwendige Zeit zum Besuch von diagnostischen Maßnahmen sowie Untersuchungen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz zu gewähren ist, und

3. gesundheitsfördernde Maßnahmen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz im Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber festzulegen sind, und,

4. im Falle, dass der Betrieb über Räume verfügt, in denen Rauchverbot gilt oder das Rauchen vom Inhaber nicht gestattet wird, die Ausbildung oder Beschäftigung Jugendlicher überwiegend in jenen Räumen zu erfolgen hat, in denen nicht geraucht werden darf.

(5) Werdende Mütter dürfen in Räumen, in denen sie der Einwirkung von Tabakrauch ausgesetzt sind, nicht arbeiten.?

Die die Pflichten der Inhaber von Orten im Sinne des § 13 und 13a Abs 1 regelnden Bestimmungen lauten wie folgt:

?§ 13c.

(1) Die Inhaber von

1. Räumen für Unterrichts- oder Fortbildungszwecke oder für schulsportliche Betätigung gemäß § 12,

2.

Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13,

3.

Betrieben gemäß § 13a Abs 1,

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

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

1.

in einem Raum gemäß § 12 Abs 1 nicht geraucht wird;

2.

in einem Raum gemäß § 12 Abs 2, soweit Rauchverbot gilt, nicht geraucht wird;

3.

in den Räumen eines öffentlichen Ortes, soweit nicht die Ausnahme gemäß § 13 Abs 2 zum Tragen kommt, nicht geraucht wird;

4. 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;

5. in jenen Räumen der Betriebe gemäß § 13a Abs 1, in denen das Rauchverbot wegen Vorliegens einer der Voraussetzungen gemäß § 13a Abs 2 oder 3 nicht gilt, das Rauchen nur gestattet wird, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag gemäß § 13a Abs 4 Z 1 bis 4 gilt;

6. die Bestimmungen des § 13a Abs 4 Z 4 oder Abs 5 hinsichtlich Jugendlicher oder werdender Mütter eingehalten werden,

7. der Kennzeichnungspflicht gemäß § 13b oder einer gemäß § 13 Abs 5 erlassenen Verordnung entsprochen wird.?

Gemäß § 14 Abs 4 des Tabakgesetzes hat, wer als Inhaber gemäß § 13c Abs 1 Tabakgesetz gegen eine der im § 13c Abs 2 leg. cit. festgelegten Obliegenheiten verstößt, eine mit Geldstrafe bis zu 2.000,-- Euro, im Wiederholungsfall bis zu 10.000,-- Euro zu ahndende Verwaltungsübertretung zu verantworten.

Die Übergangsbestimmungen für Gastronomiebetriebe der §§ 18 Abs 6 und 7 des Tabakgesetzes lauten wie folgt:

(6) Auf

1.

Betriebe des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs 1 Z 2 der GewO,

2.

Betriebe des Gastgewerbes mit einer Berechtigung zur Beherbergung von Gästen gemäß § 111 Abs 1 Z 1 oder Abs 2 Z 2 oder 4 der GewO sowie

3. Betriebe gemäß § 2 Abs 9 oder § 111 Abs 2 Z 3 oder 5 der GewO sind die §§ 13a, 13b, 13c sowie 14 Abs 4 und 5 dieses Bundesgesetzes in der Fassung BGBl. I Nr. 120/2008 sowie die Bestimmungen einer gemäß § 13b Abs 5 dieses Bundesgesetzes in der Fassung BGBl. I Nr. 120/2008 erlassenen Verordnung bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Abs 7 erst ab dem 1. Juli 2010 anzuwenden.

(7) Voraussetzungen gemäß Abs 6 sind:

1. der Betrieb verfügt zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes in der Fassung BGBl. I Nr. 120/2008 für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste nur über einen Raum,

2.

die Grundfläche des Raumes beträgt mindestens 50 m<sup>2</sup>,

3.

die vom Inhaber beabsichtigten baulichen Maßnahmen zur Schaffung eines gesonderten Raumes für den im § 13a Abs 2 genannten Zweck sind, einschließlich der allfällig erforderlichen Klärung bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtlicher Vorfragen (§ 13a Abs 3 Z 2), unverzüglich nach Ablauf des Tages, an dem dieses Bundesgesetz in der Fassung BGBl. I Nr. 120/2008 kundgemacht worden ist, in die Wege geleitet worden.?

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 01.10.2009, B 776/09 ausgeführt, das im Gesetz

vorgegebene Ziel, dass Nichtraucher in ihrem Recht auf rauchfreie Luft geschützt werden sollten, liege im öffentlichen Interesse. Das Begriffsverständnis des Wortes ?Raum? mache bereits deutlich, dass innerhalb eines Raumes angesichts des zwangsläufig begrenzten Luftaustausches - unabhängig davon, wie groß der Raum ist bzw. wie viel Volumen an Luft er fasst - rauchfreie Luft nur gewährleistet sein kann, wenn darin überhaupt nicht geraucht wird. Zudem könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Tabakrauch - bei einer entsprechenden großen Anzahl an Rauchern - auch in sehr großen Räumen belästigen, durchaus aber auch eine die Gesundheit gefährdende Intensität annehmen könne.

Zur Trennung von Raucherräumen hat der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis vom 01.10.2009, G 127/08, ausgeführt, der Gesetzgeber verlange keine vollständige Trennung der Lufträume zwischen Raucher- und Nichtraucherräume. Vielmehr sei die Wortfolge dahingehend auszulegen, dass eine räumliche Trennung in Form einer baulichen Abgrenzung sichergestellt werde, die Nichtraucher davor schützt, während des Besuches eines Gastronomiebetriebes gesundheitsgefährdendem Tabakrauch ausgesetzt sein zu müssen.

Aus diesen Erkenntnissen ergibt sich eindeutig, dass bei Einraumbetrieben nur eine bauliche Trennung des Raucherbereiches vom Nichtraucherbereich die gesetzlichen Vorgaben erfüllt, weil anders, auch bei einer entsprechend groß dimensionierten Lüftungsanlage, die Nichtraucher nicht davor schützt, während des Besuches des Gastgewerbebetriebes gesundheitsgefährdendem Tabakrauch ausgesetzt zu sein. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 21.09.2010, 2009/11/209 ausgeführt, dass bereits das Aufstellen von Aschenbechern für die rechtliche Beurteilung, dass der Verpflichtung gemäß § 13c Abs 2 Z. 3 nicht entsprochen wurde, ausreichend ist. Der Gerichtshof vertritt somit die Ansicht, dass den gesetzlichen Vorgaben zuwidergehandelt wird, wenn der Gastgewerbetreibende nicht alles unternimmt, um Verstöße gegen das Gesetz zu unterbinden und dazu durch Handlungen (wie das Bereitstellen von Aschenbechern) und Unterlassungen von Maßnahmen (dazu zählt der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis auch Maßnahmen wie Information des Personals, Anweisung, rauchenden Gästen das Rauchen zu verbieten, ausreichende Hinweise auf das Rauchverbot) beiträgt.

Auf Grund der durchgeführten Einvernahmen, der vorgelegten Urkunden und der sonstigen eingeholten Beweisen kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit davon ausgegangen werden, dass im Tatzeitraum tatsächlich geraucht wurde und im gesamten Lokal Aschenbecher auf den Tischen standen. Gegenständlich ist nur der 01.07.2010 zu beurteilen und liegen dazu keine entsprechenden objektive und überprüfbare Wahrnehmungen vor, zumal ein Zeuge, der eine Anzeige erstattet hat, mit Namen und unter seiner angegebenen e-mail Adresse nicht erreicht werden konnte und der dem erstinstanzlichen Verfahren weiters zugrundegelegte Ku.artikel des Michael B. ?...An der Bar im City-Bierlokal K. griffen die Gäste automatisch zum Tschick. Keine Spur von Nichtraucherschutz. Zu diesem Zeitpunkt, 1. Juli, Donnerstagnacht, war das Tabakgesetz gerade fünf Minuten in Kraft. ...? auf Beobachtungen des Redakteurs von ein oder zwei Tagen zuvor, nicht aber vom 01.07.2010 beruht, wie er bei seiner zeugenschaftlichen Aussage durchaus schlüssig und glaubwürdig ausführte, weiters, da die Berufungswerberin abgestritten hat, dass an diesem Tag geraucht wurde und Aschenbecher auf allen Tischen standen.

Zugestanden wurde von der Berufungswerberin allerdings, dass, jedenfalls beginnend mit diesem Tag, eine Trennung in dem Einraumlokal insoweit vorgenommen wurde, als im Bereich um die Bar geraucht werden durfte, wohingegen im übrigen Gastraumbereich nicht geraucht werden durfte, ohne dass eine bauliche Trennung dieser beiden Bereiche vorgenommen worden wäre und wurde nicht abgestritten, dass im Rauchbereich Aschenbecher aufgestellt waren.

Dieser, von der Berufungswerberin selbst zugestandene Sachverhalt wurde gegenständlicher Entscheidung zugrunde gelegt.

Es steht somit als erwiesen fest, dass in gegenständlichem Einraumlokal mit einer Gastraumgröße von über 50m<sup>2</sup>, dessen Inhaberin die Berufungswerberin im Tatzeitraum war und nach wie vor ist, am verfahrensrelevanten Tat das Rauchen in einem bestimmten, baulich nicht abgegrenzten Bereich ausdrücklich gestattet war und sich auch dementsprechend Aschenbecher auf den Tischen befanden, obwohl zu diesem Zeitpunkt in diesem Lokal nach Ablauf der gesetzlichen Übergangsfrist des § 18 Abs 6 Tabakgesetz absolutes Rauchverbot herrschte.

Damit erweist sich der objektive Tatbestand aber bereits als erfüllt. Die Berufungswerberin konnte mit ihrem Vorbringen auch nicht im Sinne des § 5 Abs 1 VStG darlegen, dass sie kein Verschulden an der angelasteten Verwaltungsübertretung trifft. Auch die durch die Antragstellung im Sinne des § 64 Abs 3 der Wiener Bauordnung um Vorprüfung eines Bauvorhabens belegte Bereitschaft zum Umbau kann mangelndes Verschulden nicht dartun, weil die Berufungswerberin gerade deshalb um den Fristablauf wissen musste und sich ihr Verhalten, nämlich das

ausdrückliche Gestatten des Rauchens in einem Teil eines Einraumlokal ohne baulicher Trennung und unter Bereitstellung von Aschenbechern somit als vorsätzlich erweist. Von einer lediglich durch die Behörde zu vertretenden Verzögerung des Verfahrens kann bei einer Antragseinbringung am 15.03.2010 (somit über ein Jahr nach Inkrafttreten des Tabakgesetzes und zweieinhalb Monate nach Erhalt einer zuvor beantragten gewerbebehördlichen Bewilligung, die im übrigen nicht in direktem Zusammenhang mit der nach dem Tabakgesetz erforderlichen baulichen Änderung steht und sich auch nicht als zu beantwortende Vorfrage darstellt) nicht gesprochen werden. Der Gesetzgeber hat mit der Wortfolge ?unverzüglich nach Ablauf des Tages, an dem dieses Bundesgesetz in der Fassung BGBl. I Nr. 120/2008 kundgemacht worden ist? hinreichend klar zum Ausdruck gebracht, dass auch der Gastgewerbetreibende, will er von der Ausnahmebestimmung Gebrauch machen, alle erforderlichen Maßnahmen umgehend zu setzen hat, um die Umsetzung des Gesetzeszweckes, nämlich des Nichtraucherschutzes, zu gewährleisten. Da die Berufungswerberin auch nicht im Sinne des § 5 Abs 1 VStG bescheinigen konnte, dass ihr aus anderen Gründen die Einhaltung der übertretenen Vorschrift nicht möglich oder zumutbar war (aus dem Text der Homepage ergibt sich lediglich, dass sie nicht gewillt ist, ein Nichtraucherlokal zu führen), hat sie die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes auch in subjektiver Hinsicht zu verantworten, weshalb die Berufung in der Schuldfrage spruchgemäß abzuweisen und das Straferkenntnis mit der Maßgabe zu bestätigen war, die der Anpassung an den festgestellten Sachverhalt diente. Gemäß § 19 Abs 1 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient, und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

Gemäß § 19 Abs 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Da in einem relativ großen Gastronomiebetrieb das Rauchen entgegen den Bestimmungen über die Umsetzung des Nichtraucherschutzes erlaubt wurde, konnte der objektive Unrechtsgehalt der Tat nicht als bloß unbedeutend angesehen werden. Das Ausmaß des die Berufungswerberin treffenden Verschuldens konnte im Hinblick auf vorsätzliches Verhalten, als erheblich angesehen werden. Die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit der Berufungswerberin war als mildernd zu werten.

Erschwerungsgründe sind dagegen im Verwaltungsstrafverfahren nicht hervorgekommen. Da die Berufungswerberin keine Angaben zu ihren Einkommens- und Vermögensverhältnissen gemacht hat, waren diese im Rahmen der Strafbemessung angesichts des Alters der Berufungswerberin und ihrer beruflichen Stellung als durchschnittlich einzuschätzen. Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe, insbesondere dem Vorliegen eines Milderungsgrundes und unter Berücksichtigung des eingeschränkten Tatvorwurfs, konnte die verhängte Geldstrafe spruchgemäß herabgesetzt werden. Einer weiteren Straferhabersetzung standen jedoch das erhebliche Verschulden, der nicht nur geringfügige objektive Unrechtsgehalt der Tat sowie auch general- und spezialpräventive Überlegungen entgegen.

Aus denselben Erwägungen war unter Bedachtnahme auf § 16 Abs 2 VStG auch die Ersatzfreiheitsstrafe spruchgemäß neu festzusetzen. Die Kostenentscheidung stützt sich auf die im Spruch genannten Bestimmungen.

#### **Zuletzt aktualisiert am**

16.03.2011

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>