

# TE UVS Wien 2010/12/16 04/G/20/9655/2010

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 16.12.2010

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Dr. Schopf über die Berufung des Herrn Otto L., vertreten durch Mag. Robert I., gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 3. Bezirk, vom 14.09.2010, ZI. MBA 03 - S 86197/10, wegen Verwaltungsübertretung gemäß § 13a Abs 2 Tabakgesetz, BGBl. Nr. 431/1995 idgF iVm § 13c Abs 2 Z 5 leg. cit entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass bei der Übertretungsnorm anstelle ?§ 13c Abs 2 Z 5? nunmehr ?§13c Abs 1 Z 3 Tabakgesetz? zu zitieren ist. Der Berufungswerber hat daher gemäß § 64 Abs 1 und 2 VStG einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von Euro 70,00 zu bezahlen, das sind 20 % der verhängten Geldstrafe.

## Text

Mit angefochtenem Straferkenntnis wurde dem Beschuldigten zur Last gelegt, er habe es als Inhaber des Betriebes zur Ausübung des Gastgewerbes in Wien, S.-gasse, zu verantworten, dass in diesem Betrieb, welcher über mehr als eine für die Verabreichung von Speisen oder Getränken geeignete Räumlichkeiten verfüge, nicht dafür Sorge getragen worden sei, dass der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehene Hauptraum vom Rauchverbot umfasst gewesen sei, da in der Zeit von 8. Juli 2010 bis 3. August 2010 im Hauptraum des Betriebes das Rauchen gestattet gewesen sei und geraucht worden sei.

Wegen Übertretung der im Spruch genannten Normen wurde eine Geldstrafe, für den Fall deren Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe verhängt und wurde ein erstinstanzlicher Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 10% der verhängten Geldstrafe zur Zahlung vorgeschrieben.

Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die innerhalb offener Frist eingebrachte Berufung, mit welcher Mängelhaftigkeit des Verfahrens, willkürliche Ermessensausübung und unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht wird. Im wesentlichen wird dabei geltend gemacht, der mit Rauchverbot belegte Raum sei der Hauptraum in gegenständlichem Betrieb und dieser sei durch Glaseinbauten völlig vom Raucherbereich getrennt wodurch gewährleistet sei, dass Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringen könne. Die Qualifikation als Hauptraum ergäbe sich ? in Übereinstimmung mit den diesbezüglichen Informationen der Wirtschaftskammer Wien, Fachgruppe Wien der Kaffeehäuser, Sparte Tourismus und Freizeitwirtschaft der Wirtschaftskammer Wien vom 18.12.2008 ? daraus, dass in diesem Raum der größere Umsatz gemacht werde, dort Speisen und Getränke verabreicht würden, sich auf sämtlichen Tischen Tischtücher befänden und mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen und Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze umfasse. Auch die Lage der Räume spräche für diese Raumeinteilung, weil im vorderen Raum (Raucherbereich) eine Lüftung zum Ein- und Ausgangsbereich zu gewärtigen sei. Auch greife die von der Behörde offenbar gewollte Umkehrung der Raumwidmung

in die verfassungsrechtlich geschützten Rechte auf Unverletzlichkeit des Eigentums und der Erwerbsfreiheit ein. Schlussendlich bestreitet der Berufungswerber mit Hinweis auf das Informationsschreiben der Wirtschaftskammer Wien sein Verschulden und beantragt die Aufhebung des Straferkenntnisses und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens. Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat daraufhin eine öffentliche mündliche Verhandlung im gegenständlichen Lokal durchgeführt. Dabei ergab sich folgendes:

Gezählt wurden 26 Sitzplätze, 3 Stehplätze im Nichtraucherbereich sowie 26 im Raucherbereich ohne Schankstehplätze. Im Nichtraucherbereich befand sich ein Flachbildschirm sowie eine Geschirrtröhre. Ein Fenster geht in den Gang, ebenso wie der Notausgang und ist nicht durchsichtig. Zwei Oberlichtenfenster gingen auf der gleichen Seite ins Freie.

Des Weiteren ergingen folgende Aussagen:

Der Berufungswerber:

?Die Trennung des Lokales ist jedenfalls seit dem 01.07.2010 so. Das Lokal wird in dieser Form auch betrieben.

Es stimmt auch, dass der Raum in dem sich der Raucherbereich befindet, so wie im Betriebsanlagenakt vermerkt, kleiner ist als der Nichtraucherbereich. Der Zugang zu den Toiletten ist vom Raucherbereich aus. Vom Nichtraucherbereich gibt es keinen Zugang. Die Schank befindet sich wie im Betriebsanlagenakt im vorderen Gastraum (Raucherbereich).

Die Ausstattung ist wie im Betriebsanlagenakt. Der Zugang vom Nichtraucherbereich kann nur durch den Raucherbereich erfolgen. Der hintere Raum wird mehr als Speiseraum in der Mittagszeit genutzt und angenommen. Wenn kein Platz ist, essen die Leute auch im Raucherbereich. Der vordere Bereich dient mehr dem Kaffeehausbetrieb. Das Service ist überall gleich. Im hinteren Bereich sind die Tische immer gedeckt und mit Tischtümern versehen. Weiters befindet sich im Nichtraucherbereich auch ein Fernseher, der z.B. bei aktuellen Sportsendungen verwendet wird.

Der Nichtraucherbereich ist durch eine Glaswand mit einer Schwingtür, die selbstständig schließt, versehen und der Raum hat eine eigene Lüftung. Ich gebe zwar zu, dass der vordere Bereich größer ist, aber durch den Schankbereich, den Eingangsbereich und dem Zugang zu den Toiletten sind in diesem Bereich weniger Verabreichungsplätze möglich.

Herr Lukas-Benedikt H., Organ des Magistrates der Stadt Wien, MA 59, Marktamsabteilung für den 3. und 11. Bezirk, der am 08.07.2010 eine Besichtigung des gegenständlichen Lokals durchführte, gab zeugenschaftlich einvernommen Folgendes an:

?Im Wesentlichen entspricht der heutige Zustand des Lokales meinen damaligen Beobachtungen. Damals waren weniger Gäste im Lokal. Im Nichtraucherbereich sind keine Gäste gesessen. Die Tische waren ohne Servietten und ohne Besteck.?

Auf Grund der im erstinstanzlichen Verfahren sowie im Berufungsverfahren durchgeföhrten Beweisaufnahme ergibt sich somit folgender Sachverhalt:

Der gegenständliche Betrieb zur Ausübung des Gastgewerbes in Wien, S.-gasse, dessen Inhaber der Berufungswerber im Tatzeitraum war, verfügt über mehr als eine für die Verabreichung von Speisen und Getränken an Gäste geeignete Räumlichkeit. Der vordere Raum (folgend: ?Raucherbereich?), in dem sich die einzige für Gäste vorgesehene Eingangstür befindet, ist als Raum bezeichnet, in dem das Rauchen gestattet ist und wurde dort auch geraucht. Ein weiterer, dahinter gelegener Gastraum (folgend: ?Nichtraucherbereich?), ist mit Rauchverbot belegt. Die Räume sind voneinander durch einen Glaseinbau getrennt. Der Raucherbereich ist größer als der Nichtraucherbereich. Der Raucherbereich wies im Zeitpunkt der Kontrolle durch die MA 59 am 08.07.2010 und am Tag der mündlichen Verhandlung weniger Verabreichungsplätze auf als der Nichtraucherbereich. Im Raucherbereich befindet sich die Schank mit einer Kühltröhre für Speisen und der Espressomaschine. Die Toilettenanlagen sind nur vom Raucherbereich aus zu erreichen. Der Raucherbereich verfügt über große Glasfenster zur S.-gasse und wird somit mit natürlichem Licht versorgt, im Nichtraucherbereich befindet sich in Augenhöhe lediglich ein undurchsichtiges Fenster in den dahinterliegenden Gang, eine mit Vorhang verhängte Notausgangstür sowie zwei Oberlichtenfenster. Im Nichtraucherbereich befand sich zum Zeitpunkt der öffentlichen Verhandlung ein Flachbildfernseher, die Tische waren

für eine anschließende Weihnachtsfeier gedeckt. Dieser Sachverhalt ergibt sich auf Grund der Wahrnehmungen des Kontrollorganes der MA 59 am 08.07.2010, des eingeholten Betriebsanlagenaktes, der Feststellungen im Rahmen der mündlichen (Orts)Verhandlung vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat sowie der dort gemachten Aussagen, insbesondere des Berufungswerbers selbst, der diese Umstände nicht abstritt sondern seiner Rechtfertigung teilweise selbst zugrunde legte. 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

1. der Betriebe des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs 1 Z 2 der Gewerbeordnung 1994 (GewO), BGBI. 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. Gemäß Abs 2 dieser Bestimmung 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 § 13c. Abs 1 Z 3 leg. cit. 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 § 14 Abs 4 leg. cit. 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 2000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 10 000 Euro zu bestrafen.

Das Tabakgesetz enthält in seinem § 1 (?Begriffsbestimmungen?) keine Legaldefinition des Begriffes ?Hauptraum?. Demzufolge hat schon der Magistrat der Stadt Wien im angefochtenen Straferkenntnis, anders als der Berufungswerber meint, zu Recht (siehe auch den Verweis auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage in dem zur Tabakgesetznovelle 2008 ergangen Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 01.10.2009, G 127/08, Punkt 3.2) auf die Erläuterungen zur Regierungsvorlage der Tabakgesetznovelle 2008 zurückgegriffen. Darin ist zu § 13a Abs 2 Tabakgesetz folgendes ausgeführt:

?... Mit Abs 2 wird die Einrichtung eines Raucherraums ermöglicht. Analog § 13 Abs 2

kann den Gästen unter der Voraussetzung, dass mindestens zwei für die Bewirtung von Gästen geeignete Räumlichkeiten vorhanden sind, ein Raum zur Verfügung gestellt werden, in dem geraucht werden darf. Jedoch muss im Falle der zur Verfügung Stellung von Räumen, in denen geraucht werden darf, der für die Gäste vorgesehene Nichtraucherbereich mindestens 50 % des insgesamt für die Gäste vorgesehenen Verabreichungsbereiches (zum Genuss von Speisen oder Getränken bestimmte Plätze) einnehmen und muss es sich dabei überdies um den Hauptraum handeln. Bei der Bestimmung des Hauptraumes sind immer die konkreten Verhältnisse vor Ort in die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen, wobei wichtige Kriterien die Flächengröße, die Lage und die Ausstattung der Räume bzw. deren Zugänglichkeit sind. Der Hauptraum muss in seiner Gesamtbetrachtung den anderen Räumlichkeiten als ?übergeordnet? eingestuft werden können. Zu berücksichtigen ist dabei auch der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit des Gastwirts. Somit darf in Betrieben mit einer für die Gästebewirtung vorgesehenen Grundfläche ab 80m<sup>2</sup> nur dann das Rauchen gestattet werden, wenn dafür ein eigener (Neben)Raum mit maximal 50% der insgesamt zur Verfügung stehenden Verabreichungsplätzen zur Verfügung gestellt wird, und wenn gewährleistet ist, dass aus diesem Raum der Rauch, außer beim kurzen Durchschreiten der Eingangstür, nicht in den übrigen, mit Raucherverbot belegten Verabreichungsbereich dringt. Allenfalls kann durch bauliche Maßnahmen ein solcher ?Raucherraum? geschaffen werden. ...?

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 Gastwirtes 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. Wenn auch der ?Gastronom?, wie der Berufungswerber einwendet, frei entscheiden kann, welcher Raum als jener eingerichtet wird, in dem das Rauchen gestattet wird, so hat er sich dennoch bei seiner Entscheidung an den Gesetzeswortlaut und an den Sinn des Gesetzes und somit den Willen des Gesetzgebers zu halten.

Im vorliegenden Fall erfüllt die vorgenommene Trennung und Aufteilung in Raucherbereich und Nichtraucherbereich kaum eines der genannten Kriterien. Der Raucherbereich ist der flächenmäßig größere, es handelt sich nicht nur um den ersten nach Durchschreiten der Eingangstüre betretenen Gastraum, sondern kann das Lokal nur durch den Raucherbereich betreten werden, ein Zugang zu den Toiletten ist nur vom Raucherbereich aus möglich, die Schank befindet sich gleichfalls im Rauchbereich und stellt sich dieser Raum angesichts der zur S.-gasse hin durchsichtigen Fenster im Vergleich zu dem mit einem undurchsichtigen, in einen Hausgang gerichteten Glasfenster versehenen Nichtraucherbereich als eindeutig freundlicher dar. Der Berufungswerber stellt auch gar nicht in Abrede, dass seine Haupttätigkeit (Kaffeehausbetrieb) im Raucherbereich stattfindet, wohingegen die Einnahme von Speisen und Getränken (Restaurationsbetrieb), die zur Mittagszeit am stärksten ist, im Nichtraucherbereich stattfinden soll. Auch wenn man dem die Ausstattung der Tische im Nichtraucherbereich mit Tischtüchern und das Vorhandensein eines Fernsehers im Nichtraucherbereich gegenüberstellt, kann eine Gesamtbetrachtung der örtlichen Gegebenheiten nur zu dem Ergebnis führen, dass gegenständlich der Raucherbereich im Hauptaum des Lokals gelegen ist.

Verfassungsrechtliche Bedenken, die einen Antrag auf Gesetzesprüfung vor dem Verfassungsgerichtshof erfordern würden, sind angesichts des Vorbringens des Berufungswerbers, auch unter Bedachtnahme auf die Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes in seinen Erkenntnissen vom 01.10.2009, G 127/08 und B 776/09, keine hervorgekommen.

Der objektive Tatbestand erweist sich somit als gegeben. Der Berufungswerber begründet mangelndes Verschulden mit einer Information der Wirtschaftskammer Wien. Dazu ist zunächst festzustellen, dass die vom Berufungswerber selbst vorgelegten Informationen keinesfalls nur so, wie vom Berufungswerber vorgenommen gedeutet werden können. Zwar verweist die Wirtschaftskammer darin auf das Selbstbestimmungsrecht des Betriebsinhabers, gibt aber auch die oben genannten Kriterien, wie Flächengröße, Lage, Ausstattung und Zugänglichkeit als zu beachtend wieder und betont die erforderliche Einstufung als ?übergeordnet?. Als Quelle dafür nennt die Wirtschaftskammer ?das Gesetz?. Auch kann diesem Informationsschreiben nicht entnommen werden, dass der Umsatz in den getrennten Räumlichkeiten ein wesentliches Kriterium darstellt, sondern wird nur zur Frage, ob das Vorhandensein einer Schank zwangsläufig zur Bestimmung als Hauptaum führt relativiert, dass in Restaurantbetrieben der Hauptumsatz in den Gasträumen erzielt wird und sich dort somit der wirtschaftliche Schwerpunkt befindet. In Summe ergibt sich, dass der Berufungswerber bei Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt, insbesondere bei Prüfung der örtlichen Gegebenheiten an Hand des Gesetzes und der Erläuterungen, aber auch der von ihm selbst vorgelegten Informationen der Wirtschaftskammer, erkennen hätte müssen, dass bei der von ihm vorgenommenen Aufteilung in Raucher- und Nichtraucherbereich der Hauptaum nicht vom Rauchverbot umfasst war.

Der Berufung war somit in der Schuldfrage keine Folge zu geben und das angefochtene Straferkenntnis diesbezüglich zu bestätigen.

Gemäß § 19 Abs 1 VStG ist die 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 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. Die Tat schädigte in nicht unerheblichem Ausmaß das Interesse an der Sicherstellung des Nichtraucherschutzes in Gastgewerbebetrieben. Der Unrechtsgehalte der Tat war daher, selbst bei

Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, jedenfalls nicht geringfügig. Das Verschulden des Berufungswerbers kann ebenfalls nicht als geringfügig angesehen werden, da weder hervorgekommen ist, noch auf Grund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen tatsächlich nur schwer hätte vermieden werden können.

Mildernd war die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit des Berufungswerbers, erschwerend nicht zu werten.

Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und auf den bis zu Euro 2.000,-- reichenden gesetzlichen Strafsatz, erweist sich die Geldstrafe unter Berücksichtigung der unterdurchschnittlichen Einkommensverhältnisse, der nicht unbedeutenden Vermögensverhältnisse und Sorgepflichten für einen Stiefsohn als durchaus angemessen und keineswegs zu hoch, zumal die Strafe geeignet sein soll, den Berufungswerber in Hinkunft von der Begehung gleichartiger Verwaltungsübertretungen ausreichend abzuhalten.

Die Vorschreibung des Beitrages zu den Kosten des Berufungsverfahrens stützt sich auf die zwingende Vorschrift des § 64 Abs 1 und 2 VStG.

**Zuletzt aktualisiert am**

16.03.2011

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)