

# TE Lvwg Erkenntnis 2018/8/3 VGW-021/015/7593/2017

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 03.08.2018

## Entscheidungsdatum

03.08.2018

## Index

82/02 Gesundheitsrecht allgemein

40/01 Verwaltungsverfahren

## Norm

TNSRG 1995 §13a Abs1 Z1

TNRSG 1995 §13 Abs2

TNRSG 1995 §13c Abs1 Z3

TNRSG 1995 §13c Abs2 Z4

TNRSG 1995 §14 Abs4

VStG §5 Abs1

VStG §9 Abs2

VStG §9 Abs7

VStG §19 Abs1

VStG §19 Abs2

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr. Hrdliczka über die Beschwerde des Herrn A. S. vom 22.5.2017 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 21.4.2017, Zahl MBA ..., wegen Übertretung des § 14 Abs. 4 iVm § 13a Abs. 1 Z 1 und § 13c Abs. 1 Z 3 und Abs. 2 Z 4 Tabakgesetz, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass in der Tatumschreibung die Bezeichnung „X.“ durch die Bezeichnung „XX.“ und der Satzteil „wobei zwischen diesen Bereichen keine vollständige bauliche Trennung besteht“ durch den Satzteil „wobei zwischen diesen Bereichen, weil sie in offener Verbindung standen, keine vollständige bauliche Trennung bestand“ ersetzt wird.

Dem Beschwerdeführer wird gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG ein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von EUR 70,00 auferlegt.

Der Haftungsausspruch betreffend die Z. GmbH & Co KG gemäß§ 9 Abs. 7 VStG erhöht sich um den Beitrag zu den

Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von EUR 70,00.

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

## B E G R Ü N D U N G

Die belangte Behörde erkannte den Beschwerdeführer mit Straferkenntnis vom 21.4.2017 wie folgt schuldig:

„Sie haben es als verantwortlicher Beauftragter gem. § 9 Abs. 2 VStG der Z. GmbH & Co KG mit Sitz in G. zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Inhaberin eines Gastronomiebetriebes (Diskothek Y.) in Wien, ..., am 22.1.2016 nicht dafür gesorgt hat, dass in der Betriebsstätte, die größer als 50 m<sup>2</sup> ist und aus drei Tanz-Bereichen und zwar „X.“, „D.“ und „M.“, in denen Aschenbecher aufgestellt waren, und einem Eingangsbereich mit Bar und Garderobe besteht, wobei zwischen diesen Bereichen keine vollständige bauliche Trennung besteht, nicht geraucht wird, da um ca. 22.20 Uhr eine Person im Bereich „D.“ und fünf Personen im Eingangsbereich rauchten, obwohl Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räume besteht.“

Wegen Verletzung des § 14 Abs. 4 iVm § 13a Abs. 1 Z 1 und § 13c Abs. 1 Z 3 und Abs. 2 Z 4 Tabakgesetz wurde von der belangten Behörde über den Beschwerdeführer gemäß § 14 Abs. 4 erster Strafsatz leg. cit. iVm § 9 Abs. 2 VStG 1991 eine Geldstrafe von EUR 350,00 (Ersatzfreiheitsstrafe: 21 Stunden) verhängt und es wurde gemäß § 64 VStG ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von EUR 35,00 vorgeschrieben.

Des Weiteren wurde ausgesprochen, dass die Z. GmbH & Co KG für die mit diesem Bescheid über den verantwortlichen Beauftragten, Herrn A. S., verhängte Geldstrafe von EUR 350,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von EUR 35,00 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand hafte.

Auf Grund der gegen diese Straferkenntnis frist- und formgerecht erhobenen Beschwerde führte das Verwaltungsgericht Wien am 4.9.2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch. In der Verhandlung war der Beschwerdeführer gemeinsam mit einem rechtsfreundlichen Vertreter anwesend. Für die belangte ist niemand erschienen. Als Zeuginnen wurden die Marktsamtsorgane N. K. und E. F. einvernommen.

Der Beschwerdeführer und sein Rechtsvertreter stimmten einer schriftlichen Entscheidung zu.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Sachverhalt:

Am 22.1.2016 betrieb die Z. GmbH & Co KG in Wien, ... einen Gastgewerbebetrieb in der Betriebsart einer Diskothek namens Y.. Der Beschwerdeführer war zu diesem Zeitpunkt als Betriebsleiter gemäß § 9 Abs. 2 VStG rechtswirksam zum verantwortlichen Beauftragten u.a. für die Einhaltung der Bestimmungen des Tabakgesetzes bestellt. Diese Feststellungen ergeben sich aus dem Akteninhalt und der vorgelegten Bestellungsurkunde sowie den eigenen Angaben des Beschwerdeführers.

Der mehr als 50 m<sup>2</sup> umfassende Gastgewerbebetrieb bestand aus drei als Raucherbereichen deklarierten Tanzbereichen, nämlich aus dem (laut Angabe des Beschwerdeführers richtig) „XX.“ (in der Tatumschreibung ursprünglich als „X.“ bezeichnet), aus dem „D.“ und aus der „M.“, sowie einem als Nichtraucherbereich genutzten Eingangsbereich mit Bar und Garderobe. In den drei Tanzbereichen waren Aschenbecher aufgestellt und in jedem dieser Bereiche befand sich ein Barbereich (Schank mit Getränkeausgabe). Am 22.1.2016 standen die drei Tanzbereiche (Raucherbereiche) während der von den Marktamtorganen N. K. und E. F. gegen 22.20 Uhr durchgeföhrten Erhebung infolge nicht geschlossener Türen in offener Verbindung zum Eingangsbereich (Nichtraucherbereich) und waren somit zum Eingangsbereich nicht vollständig baulich abgetrennt. Im Nichtraucherbereich (Eingangsbereich) rauchten fünf und im Raucherbereich „D.“ eine Person Zigaretten. Seitens des Personals erfolgte keine Aufforderung zum Einstellen des Rauchens. Diese Feststellungen gründen sich auf die Anzeige der Marktamtorgane N. K. und E. F. im Zusammenhalt mit deren Zeugenaussagen vor dem Verwaltungsgericht Wien. Die Angaben der einen zuverlässigen Eindruck hinterlassenden Zeuginnen zum konkreten Sachverhalt waren in sich schlüssig und glaubhaft. Es hat sich kein Grund ergeben, dass die Zeuginnen den Beschwerdeführer wahrheitswidrig belasten hätten wollen.

Rechtslage:

Gemäß § 13a Abs. 1 Tabakgesetz (nunmehr Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz - TNRSG), in der zur Tatzeit geltenden Fassung

BGBI. I Nr. 120/2008 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.

§ 13a Abs. 2 leg. cit. bestimmt, dass 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 können, 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.

Zufolge § 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 [richtig: Abs. 5] erlassenen Verordnung Sorge zu tragen.

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

Gemäß § 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.

Rechtliche Beurteilung:

Der Beschwerdeführer beruft sich darauf, es wäre eine klare Trennung zwischen Raucher- und Nichtraucherbereich gemäß den behördlichen Genehmigungen nach dem Veranstaltungsgesetz und nach der Gewerbeordnung gegeben gewesen, und es wäre in einem Betrieb, in dem sich ca. 1.700 Gäste aufhielten, nicht außergewöhnlich, wenn eine Tür auf Grund des ständigen Gästestromes länger offen sei.

Dem ist entgegenzuhalten:

Der Verfassungsgerichtshof hat schon in seinem zum Tabakgesetz (nunmehr: TNRSG) ergangenen Erkenntnis vom 1.10.2009 mit der Zahl B 776/09 klargestellt, dass Räume bereits nach dem allgemein gebräuchlichen Begriffsverständnis dreidimensional eingegrenzte Bereiche sind.

Zudem hat der Verwaltungsgerichtshof in seinen Erkenntnissen vom 15.7.2011 mit der Zahl 2011/11/0059 und vom 10.1.2012 mit der Zahl 2009/11/0198 zum Begriffsverständnis des Wortes "Raum" für die Zwecke des Tabakgesetzes - unter Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien (RV 610 BlgNR 23. GP, 6: "außer beim kurzen Durchschreiten der Eingangstür") - ausgeführt, dass unter diesem Begriff nur ein Raum zu verstehen ist, "der allseitig, von der Decke bis zum Boden von festen Wänden (sei es auch aus Glas) umschlossen ist und mit einer Türe geschlossen werden kann".

Auf den Beschwerdefall bezogen bedeutet dies, dass in dem vorliegenden, über 50 m<sup>2</sup> Grundfläche aufweisende Gastgewerbebetrieb in Form einer Diskothek zur angelasteten Tatzeit mangels Vorliegens einer vollständigen baulichen Trennung von Raucher- und Nichtraucherbereich, weil die Bereiche durch offen stehende Türen in offener Verbindung standen, grundsätzlich Rauchverbot galt.

Der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zufolge darf auch

in einem zulässigerweise als Raucherraum gewidmeten Raum eines Gastgewerbebetriebs (bei dem es sich nicht um den "Hauptraum" handeln darf) und in dem als solchen gewidmeten Raucherraum nach § 13 Abs. 2 TabakG 1995 nur dann geraucht werden, wenn die diesen Raum mit dem übrigen Teil des Betriebes verbindende Türe regelmäßig geschlossen gehalten und nur in dem zum kurzen Durchschreiten notwendigen Ausmaß geöffnet wird. Bleibt sie über das derart notwendige Ausmaß hinaus geöffnet, darf in diesem Raum (selbst bei Vorhandensein einer Lüftungsanlage) nicht geraucht werden; es besteht insoweit also Rauchverbot (vgl. u.a. VwGH 23.3.2017, Ra 2015/11/0118).

Abgesehen davon rauchten Personen verbotswidrig auch im Nichtraucherbereich.

Damit erweist sich der objektive Tatbestand der dem Beschwerdeführer angelasteten Verwaltungsübertretung jedenfalls als erfüllt.

Der Beschwerdeführer meint aber, dass ihn daran kein Verschulden treffe.

Er bringt dazu vor, es gebe jeden Abend vor dem Aufsperren des Lokals ein Meeting mit dem Bar- und Servicepersonal sowie mit den Securityleuten, wo es die diversen Anweisungen gebe, was Gäste nicht dürften, z.B. dass es Nichtraucherbereiche gebe, und dass die Gäste auf das Verbot des Rauchens hingewiesen würden und bei einem nochmaligen Betreten des Lokales verwiesen würden. Das stehe auch in den Dienstanweisungen des Personals. Man könne auch auf Facebook mitverfolgen, dass es negative Einträge gebe, wenn Gäste wegen des verbotenen Rauchens des Lokales verwiesen worden seien. Er wolle darauf hinweisen, dass das Lokal immerhin schon fast zwei Jahre geöffnet habe und dies die einzige Beanstandung wegen verbotenen Rauchens gewesen sei.

Im gesamten Lokal befänden sich 13 Bars. In jeder Bar seien mindestens zwei Servicekräfte, die das gesamte Umfeld überblicken könnten. Zusätzlich gebe es in der Nacht Streifengänge durch die Securities, bestehend aus 2 Trupps zu je 2 Personen, welche in allen Bereichen kontrollierten und auch darauf achteten, dass unter anderem der Nichtraucherschutz eingehalten werde.

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt - wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt - zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Nach der ständige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hängt die Befreiung von der persönlichen verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung im Einzelfall davon ab, dass glaubhaft alle Maßnahmen getroffen wurden, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten lassen. Die bloße Erteilung von Weisungen reicht dafür freilich nicht aus; entscheidend ist, ob auch eine wirksame Kontrolle der erteilten Weisungen erfolgt (vgl. etwa VwGH 31.5.2000, 2000/04/0090; 22.6.2011, 2009/04/0152). Die Effizienz eines Kontrollsysteams wird nicht an der subjektiven Meinung des Beschwerdeführers oder der in das System eingebundenen Personen gemessen, sondern nach einem objektiven Maßstab (vgl. VwGH 27.2.1996, 94/04/0214; 16.11.1995, 95/09/0108).

Dem vorstehend wiedergegebenen Vorbringen des Beschwerdeführers kann nicht entnommen werden, dass er ein effizientes Kontrollsysteem betreffend die Einhaltung des Rauchverbotes im gegenständlichen Gastgewerbebetrieb - gerade auch zur Hintanhaltung von "individuellen Fehlleistungen" von Mitarbeitern - errichtet hätte. Die lediglich allgemein gehaltenen Behauptungen sind nicht geeignet, mangelndes Verschulden des Beschwerdeführers darzutun (vgl. etwa VwGH 6.4.2005, 2004/04/0034).

Der Hinweis des Beschwerdeführers, wonach der Umstand, dass lediglich bei der beschwerdegegenständlichen Kontrolle am 22.1.2016 eine Übertretung des Tabakgesetzes festgestellt worden sei, ein tatsächlich funktionierendes Maßnahmen- und Kontrollsysteum beweise, geht schon deshalb ins Leere, weil dem nicht zu entnehmen ist, welches konkrete über bloße Anweisungen hinausgehende Kontrollsysteum eingerichtet wurde und weil sich die Wirksamkeit eines Kontrollsysteums nicht schon nach seiner Fehlerquote im Einzelfall bestimmt (vgl. VwGH 28.9.2011, 2010/04/0075).

Der Beschwerde war daher in der Schuldfrage keine Folge zu geben. Die Spruchabänderung stellte eine zulässige Modifizierung dar.

Zur Strafbemessung:

Die gegenständliche Verwaltungsübertretung ist nach dem ersten Strafsatz des § 14 Abs. 4 Tabakgesetz in der Fassung BGBl. I Nr. 120/2008 mit einer Geldstrafe bis zu EUR 2.000,00 zu ahnden.

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

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- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die im Tabakgesetz normierten Rauchverbote dienen dem Ziel des Schutzes der Nichtraucher vor Belästigung und vor Gefährdung ihrer Gesundheit durch das Passivrauchen. Nichtraucher sollen in ihrem „Recht auf rauchfreie Luft“ geschützt werden. Dieses Ziel liegt im öffentlichen Interesse (siehe VfGH 1.10.2009, B 776/09). Der objektive Unrechtsgehalt der gegenständlichen Verwaltungsübertretung war daher schon als solcher nicht unbeträchtlich.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann in Fällen, in denen ein geeignetes Kontrollsysteem nicht eingerichtet wurde, nicht mehr von einem geringfügigen Verschulden gesprochen werden (vgl. VwGH 11.7.1996, 95/07/0208; 2.6.1999, 98/04/0099).

Die bisherige verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenseit des Beschwerdeführers wurde bereits von der belangten Behörde zutreffend als Milderungsgrund gewertet. Erschwerungsgründe sind keine hervorgekommen.

Im Hinblick auf diese Strafummessungsgründe und den bis EUR 2.000,00 reichenden Strafsatz ist die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe, mit welcher der Strafsatz noch nicht einmal zu einem Fünftel ausgeschöpft wurde, sogar für den Fall, dass sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers mittlerweile verschlechtert hätten, sowie unter weiterer Berücksichtigung des Milderungsgrundes der langen Verfahrensdauer immer noch angemessen und keineswegs zu hoch. Die Ersatzfreiheitsstrafe (die gemäß § 16 Abs. 2 VStG bis zu zwei Wochen betragen darf) wurde von der belangten Behörde im Verhältnis zur Geldstrafe ohnehin schon sehr milde festgesetzt.

Die zusätzliche Haftung der Z. GmbH & Co KG für die Kosten des Beschwerdeverfahrens gründet sich auf § 9 Abs. 7 VStG.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des

Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der über den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Verwaltungsgericht konnte sich auf die zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes berufen. Zudem handelte es sich um spezielle und über den konkreten Fall nicht hinausgehende Fragen der Beweiswürdigung und der Strafbemessung.

## **Schlagworte**

Begriff Raum, bauliche Trennung, Hauptraum, Rauchverbot, Verschuldensvermutung, wirksames Kontrollsysteem, Strafbemessung, Schutzzweck, Unrechtsgehalt, Milderungsgrund

## **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGWI:2018:VGW.021.015.7593.2017

## **Zuletzt aktualisiert am**

10.09.2018

**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](http://www.jusline.at)