

# TE Lvwg Erkenntnis 2019/2/1 VGW-021/054/8983/2016

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.02.2019

## Entscheidungsdatum

01.02.2019

## Index

82/02 Gesundheitsrecht allgemein

40/01 Verwaltungsverfahren

## Norm

TabakG 1995 §1 Z11

TabakG 1995 §13 Abs1

TabakG 1995 §13 Abs2

TabakG 1995 §13a Abs2

TabakG 1995 §13c Abs1 Z2

TabakG 1995 §13c Abs2 Z3

TabakG 1995 §14 Abs4

VStG §9 Abs7

VStG §19

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Konecny über die Beschwerde der Frau A. B., vertreten durch ..., gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 17.06.2016, Zl. ..., wegen einer Übertretung des Tabakgesetzes, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 07.09.2017, fortgesetzt am 05.10.2017 (Datum der Verkündung der Entscheidung)

zu Recht e r k a n n t:

Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde in der Schuldfrage als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass der Tatvorwurf im Spruch wie folgt zu lauten hat:

„Sie haben als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufene der C. GmbH, FN ..., mit Sitz in Wien, D.-straße, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Inhaberin des „Wettlokals E.“ in Wien, F.-straße, welches von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis zu bestimmten Zeiten betreten werden kann und daher als öffentlicher Ort im Sinne des § 1 Z 11 des Tabakgesetzes zu qualifizieren ist, insofern gegen die Obliegenheiten betreffend den Nichtraucherchutz gemäß § 13 des Tabakgesetzes verstoßen

hat, als zumindest am 24.08.2015 um 12:30 Uhr (Kontrollzeitpunkt) nicht dafür Sorge getragen wurde, dass an diesem aus mehr als einem Raum bestehenden öffentlichen Ort nicht geraucht wird, als zum Zeitpunkt der Kontrolle in dem als Raucherraum verwendeten Raum, in welchem sich deutlich mehr Sitzplätze und Wett- und Fernschirme befunden haben als im vorderen als Nichtraucherzimmer verwendeten Raum, Aschenbecher aufgestellt waren, das Rauchen durch entsprechende Piktogramme gestattet wurde und drei Personen rauchten, obwohl in diesem Raum eines öffentlichen Ortes Rauchverbot bestanden hat“.

Die verletzte Rechtsvorschrift lautet:

„§ 14 Abs. 4 in Verbindung mit § 13 Abs. 1 und § 13c Abs. 1 Z. 2 und Abs. 2 Z. 3 Tabakgesetz, BGBl. Nr. 431/1995 idF. BGBl. I Nr. 120/2008.“

In der Straffrage wird der Beschwerde insofern statt gegeben, als die verhängte Geldstrafe von € 2000,- auf € 1000,- und die für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen auf 2 Tage herabgesetzt wird.

Die Strafnorm lautet:

„§ 14 Abs. 4 zweiter Strafsatz Tabakgesetz, BGBl. Nr. 431/1995 idF. BGBl. I Nr. 120/2008.“

Der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Strafverfahrens wird gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG mit € 100,- festgesetzt.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat die Beschwerdeführerin keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

Die C. GmbH haftet für die über die zur Vertretung nach außen Berufene, Frau A. B., nunmehr verhängte Geldstrafe von € 1000,- und die Verfahrenskosten in der Höhe von € 100,- sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand.

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

#### Entscheidungsgründe

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde die Beschwerdeführerin wie folgt schuldig erkannt:

„I. Sie haben als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufene der C. GmbH, FN ..., Rechtsform: Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Wien, D.-straße, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Inhaberin des „Wettlokals E.“ in Wien, F.-straße, welches von einem nicht von vornherein beschränkbar Personenkreis zu bestimmten Zeiten betreten werden kann und daher als öffentlicher Ort im Sinne des § 1 Z. 11 Tabakgesetzes zu qualifizieren ist, insofern gegen die Obliegenheiten betreffende den Nichtrauchererschutz gemäß § 13 des Tabakgesetzes verstoßen hat, als zumindest am 24.08.2015 um 12:30 Uhr (Kontrolle durch die MA 59 – Marktamtsabteilung für den ... Bezirk) nicht dafür Sorge getragen hat, dass in dem – aus mehr als einem Raum bestehenden - Wettlokal, einem öffentlichen Ort, im Hauptraum des Betriebes (jener Raum, der sich durch Flächengröße, Ausstattung, Zugänglichkeit und Schwerpunkt der gewerbsmäßigen Tätigkeit definiert) in welchem deutlich mehr Verabreichungsplätze (68), Wett- und Fernschirme (34) vorhanden sind wie im Nichtraucherzimmer (51 Verabreichungsplätze, 17 Wett- bzw. Fernschirm), nicht geraucht wird, als zum Zeitpunkt der Kontrolle den Gästen in diesem Raum (Hauptraum) das Rauchen durch aufgestellte Aschenbecher und entsprechende Piktogramme gestattet wurde und 3 Personen rauchten obwohl in diesem Raum (Hauptraum) ein Rauchverbot bestehen hätte sollen.“

Die Beschwerdeführerin habe dadurch § 14 Abs. 4 des Tabakgesetzes, BGBl. Nr. 431/1995 idF iVm § 13 Abs 1 und § 13c Abs 1 Z 2 und Abs 2 Z 3 leg cit verletzt, weswegen über Sie eine Geldstrafe in der Höhe von € 2.000,00, im Falle der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen, gemäß § 14 Abs. 4 des Tabakgesetzes iVm § 9 Abs. 1 VStG 1991 verhängt wurde. Ferner wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von € 200,00 Euro gemäß § 64 VStG zur Bezahlung vorgeschrieben. Hinsichtlich der C. GmbH enthält das Straferkenntnis auch einen Haftungsausspruch gemäß § 9 Abs. 7 VStG.

In der dagegen fristgerecht erhobenen Beschwerde wird im Wesentlichen zusammengefasst ausgeführt, der erhobene Vorwurf bestehe nicht zu Recht. Es handle sich bei allen Wettlokalen des Unternehmens der Beschuldigten um

„normale“ Wettlokale. Die Dienstleistung liege in der Vermittlung und in der Entgegennahme von Wetten im Bereich der „Theke“. Diese Theke liege wie in allen anderen Wettlokalen des Unternehmens im Nichtraucherbereich, bei welchem es sich auch immer um den flächenmäßig deutlich größeren Bereich der Wettlokale handelt. Es gebe keine „Verbreichungsplätze“, die Dienstnehmer des Unternehmens hätten keine andere Aufgabe als Wetten entgegenzunehmen. Als Verfahrensmangel wird geltend gemacht, die belangte Behörde hätte sich nicht nur auf die Feststellungen des Erhebungsbeamten der MA 59 stützen dürfen, sondern sei es im gegenständlichen Fall erforderlich, die tatsächlichen Gegebenheiten im Wettbüro durch das entscheidende Organ in Augenschein zu nehmen und der Entscheidung zugrunde zu legen.

Es wurde der Antrag auf Einstellung des Strafverfahrens nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung an Ort und Stelle, zumindest nach Durchführung eines richterlichen Ortsaugenscheins, in eventu auf Aufhebung der Entscheidung und Zurückverweisung zum Zweck der neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an die belangte Behörde gestellt.

Dem Verwaltungsstrafverfahren liegt die Anzeige einer Privatperson vom 07.04.2015 sowie das Ergebnis einer sodann durchgeführten Erhebung durch ein Kontrollorgan des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 59 - Marktamt, Bezirksabteilung für den ... Bezirk, vom 24.08.2015 zugrunde.

Laut Bericht des Kontrollorganes handle es sich bei gegenständlichem Betrieb um ein Automatenlokal, in dem der Raucherbereich dem Nichtraucherbereich übergeordnet sei. Vom Eingang des gassenseitig gelegenen Lokals gelange man in den Nichtraucherbereich mit Theke. In diesem Raum seien 10 Tische mit 40 Verbreichungsplätzen bereitgehalten worden. Es seien 17 Wett- bzw. Fernsehschirme montiert und ein Getränkeautomat und ein Wettapparat vorhanden gewesen. Zum Zeitpunkt der Überprüfung hätten sich zwei Personen im Nichtraucherbereich befunden. Durch eine Glastür gelange man in den Raucherraum, in welchem 17 Tische mit 68 Verbreichungsplätzen bereitgehalten wurden. Es seien 34 Wett- und Fernsehschirme montiert und ein Getränkeautomat und drei Wettapparate vorhanden gewesen. Zum Zeitpunkt der Überprüfung seien sieben Personen anwesend gewesen, von denen drei Personen geraucht hätten.

In einer am 07.09.2017 vor dem Verwaltungsgericht Wien durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung hat die Beschwerdeführerin zu Protokoll gegeben, der im Wettlokal als Nichtraucherbereich verwendete Raum, welcher als erstes von der Straße kommend betreten wird, sei flächenmäßig größer als der dahinter liegende Raucherraum. Der Raucherraum liege etwas tiefer als der vordere Nichtraucherbereich und sei auch schmaler. Vom Nichtraucherbereich seien unmittelbar die Toiletten zu erreichen. Hauptzweck des Wettlokals sei es Wetten anzunehmen und zu vermitteln. In dem Nichtraucherbereich befinde sich die Annahmestelle in Form einer Theke, hinter welcher sich 2 bis 4 Mitarbeiter befinden. In der Anzeige seien drei Stehtische nicht berücksichtigt worden, welche jeweils 8 Sitzplätze (Hohe Stühle) haben. Schon bei der Planung sei vorgesehen gewesen, dass sich im vorderen Raum mehr Sitzplätze befinden. Die dementsprechende Umsetzung habe sich seither nicht verändert. In beiden Räumen hätten sich in der maßgeblichen Zeit Fernseher zum Verfolgen der Sportereignisse über Sky sowie Wettterminals, welche ebenfalls der Annahme von Wetten dienen, befunden. Es gebe in Summe zwischen 78 und 81 Fernsehbildschirme in den beiden Räumen, wobei heute nicht mehr gesagt werden könne, wie groß die Anzahl in den einzelnen Räumen in der maßgeblichen Zeit gewesen ist. Sie könne nicht sagen, ob die Anzeigenangaben stimmen. Um bei den Wettterminals eine Wette aufgeben zu können, benötige man zuvor eine Kundenkarte, die mit einem bestimmten Geldbetrag geladen wird und die man sich bei der Theke besorgen muss. Wettgewinne werden auf der Karte gutgeschrieben und dann nur bei der Theke ausbezahlt. Nunmehr gebe es in dem Wettlokal keine Wettterminals mehr und könnten daher Wetten nur mehr an der Theke aufgegeben werden. In dem Nichtraucherbereich, welcher sich als Hauptraum darstellt, befinde sich ein Getränkeautomat. Es sei nicht richtig, dass auch im Raucherraum ein Getränkeautomat laut Anzeige vorhanden gewesen sei. Die beiden Räume des Wettlokals seien entsprechend einem Konzept einheitlich gestaltet und eingerichtet.

Das Erhebungsorgan Dr. G. hat in der Verhandlung als Zeugin auf Befragen folgende Angaben gemacht:

„In dem Wettlokal werden weder Speisen noch Getränke verabreicht, es gibt nur Getränkeautomaten. Statt des Begriffs Verbreichungsplätze wäre daher besser der Begriff Sitzplätze zu verwenden. Ich hatte vom zuständigen Bezirksamt den Auftrag genau zu erheben, wie viele Fernseher, Bildschirme, Tische und Sitze sich in dem Wettlokal, welches als öffentlicher Ort gilt, befinden. Deshalb habe ich dies einer genaueren Überprüfung unterzogen. Die in den

beiden Räumen des Wettlokals vorhandenen Tische und Sitzplätze wurden daher von mir abgezählt. Ich gehe ca. 2 Mal im Jahr zur Kontrolle in das Wettlokal. Mir ist dabei aufgefallen, dass nach dem gegenständlichen Erhebungszeitpunkt sich im Nichtraucherzimmer mehr Sitzgelegenheiten befunden haben. Von mir wurden auch bei der Erhebung vorhandene Stehtische und Sitzplätze berücksichtigt. Dass sich im Nichtraucherzimmer mehr Sitzgelegenheiten befinden ist mir bei einer Erhebung im Februar 2016 aufgefallen. Ich konnte bei meiner Erhebung feststellen dass sich im Nichtraucherzimmer 10 Tische mit 40 Sitzplätzen und Stehtische mit 11 Sitzplätzen befunden haben. Die Anzahl der in den beiden Räumen befindlichen Wett- bzw. Fernsehschirme und Wettapparate (Wettterminals) habe ich abgezählt. Einen Irrtum beim Abzählen schließe ich aus. Ich habe in der Anzeige festgehalten dass sich in jedem der beiden Räume ein Getränkeautomat befunden hat, wenn dies nicht der Fall gewesen wäre hätte ich es nicht so festgehalten. Es kann aber sein dass bei nachfolgenden Kontrollen sich nur mehr ein Getränkeautomat im Nichtraucherzimmer befunden hat. Die Ausstattung und Einrichtung als auch der Stil in den beiden Räumen ist ident mit Ausnahme dass sich im vorderen Raum auch Stehtische befinden. Bei jeder der von mir durchgeführten Erhebungen, das heißt auch bei der gegenständlichen haben sich auch immer mehr Leute im Raucherraum befunden. Die Fläche der beiden Räume wurde von mir nicht erhoben. Auch augenfällig kann ich nicht sagen welcher der beiden Räume der größere ist.

Über Befragen des BfV:

Den Begriff Automatenlokal in der Anzeige habe ich genommen wegen der Wettterminals.

Die Feststellung in der Anzeige, dass der Raucherbereich dem Nichtraucherbereich übergeordnet ist bezog sich auf die Anzahl der Ausstattung und Sitzgelegenheiten.

Von der Straße kommend gelangt man über ein paar Stufen in den vorderen Raum und von diesem durch eine Glastüre in den Raucherraum. Es kann sein, dass man vom Nichtraucher- in den Raucherraum ein paar Stufen hinuntergehen muss.

Wenn ich gefragt werde wie viele Meter man von dem Eingangsbereich zum Raucherraum gehen muss gebe ich an:

Vielleicht 15 m bis 20 m, ich weiß es nicht genau.

Gefragt ob noch andere Dienstleistungen angeboten werden in dem Wettlokal außer Wettautomaten und Sitzgelegenheiten und Fernseher gebe ich an:

Nein. Es befand sich nur eine Mitarbeiterin dort, die Wetten entgegengenommen hat.

Im Raucherraum befanden sich keine Mitarbeiter, die Wetten entgegen genommen haben.

Das Rauchverbot im Wettlokal ergibt sich meiner Meinung nach daraus, dass es sich um Räume eines öffentlichen Ortes handelt.

Die Ausstattung, die Sitzplätze und der Umstand dass sich in dem Raucherraum mehr Leute befunden haben war ausschlaggebend dafür, dass dieser Raum als übergeordnet von mir beurteilt worden ist. Ich kann nicht sagen ob ein Raum breiter oder schmaler ist. Der Thekenbereich weist eine geschätzte Länge von 5 m bis 6 m auf. Zu den Toiletteanlagen gelangt man vom Nichtraucherzimmer.“

Die Verhandlung wurde – nach Durchführung eines Lokalaugenscheines durch den erkennenden Richter am 05.10.2017 um 09.00 Uhr im gegenständlichen Wettlokal E. in Beisein der Beschwerdeführerin und ihrer rechtsfreundlichen Vertretung – am 05.10.2017 um 14.00 Uhr fortgesetzt und der nach dem Lokalaugenschein angefertigte Aktenvermerk verlesen.

Der Vertreter der Beschwerdeführerin hat zu Protokoll gegeben, dass im vorliegenden Fall die gesetzlichen Voraussetzungen insofern erfüllt seien, als den Nichtrauchern ein ausreichender Platz im größeren Raum des Wettlokals zur Verfügung stehe. Das Kontrollorgan habe ihre Erhebung insofern mit einer vorgefassten Meinung durchgeführt, als sie davon ausging, dass sich im Raucherraum immer mehr Personen aufhalten und schon deshalb eine Gesetzeskonformität fehlt.

In den Schlusssausführungen wurde auf das bisherige Vorbringen verwiesen.

Im Anschluss daran wurde die Entscheidung in Anwesenheit der Beschwerdeführerin und ihres Rechtsvertreters verkündet.

Das Verwaltungsgericht hat erwogen:

Die maßgeblichen, den Nichtraucherschutz in Räumen öffentlicher Orte regelnden Bestimmungen des Tabakgesetzes, BGBl. Nr. 431/1995 idF. BGBl. I Nr. 120/2008, lauten:

§ 1. Im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt als

... ..

11. „öffentlicher Ort“ jeder Ort, der von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis ständig oder zu bestimmten Zeiten betreten werden kann einschließlich der nicht ortsfesten Einrichtungen des öffentlichen und privaten Bus-, Schienen-, Flug- und Schiffsverkehrs.

§ 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.

§ 13a Abs. 2 Tabakgesetz normiert zu dem in Räumen der Gastronomie geltenden Rauchverbot folgende Ausnahme:

„(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.“

§ 13c. (1) Die Inhaber von

... ..

2. Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13,

... ..,

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

... ..

3. in den Räumen eines öffentlichen Ortes, soweit nicht die Ausnahme gemäß

§ 13 Abs. 2 zum Tragen kommt, nicht geraucht wird; ...

§ 14. (4) Wer als Inhaber gemäß § 13c Abs. 1 gegen eine der im § 13c Abs. 2 festgelegten Obliegenheiten verstößt, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach einer anderen Verwaltungsstrafbestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 2000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 10 000 Euro zu bestrafen.

Folgender Sachverhalt wurde als erwiesen angenommen und der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Die Beschwerdeführerin ist handelsrechtliche Geschäftsführerin und damit zur Vertretung nach außen berufenes Organ der C. GmbH, welche Inhaberin des gegenständlichen Wettlokales „E.“ in Wien, F.-straße, ist.

Das gegenständliche Wettlokal verfügt über zwei kunden zugänglichen Räumen, wobei der unmittelbar von der Straße aus erreichbare Kundenraum mit einer Größe von rund 146 m<sup>2</sup> als Nichtraucherraum verwendet wird. In diesem Raum befinden sich neben einer fünf bis sechs Meter langen Theke, an der Wettten von Mitarbeitern angenommen werden, Sitzgelegenheiten mit niedrigen Tischen und Hochtischen sowie an einer Längswand und einer Säule Fernseh- bzw. Wettschirme zum Verfolgen von Sportereignissen. In diesem Raum befindet sich auch der Zugang zur

Toiletteanlage. Von diesem Raum gelangt man durch eine Glastür über wenige Stufen in den etwas tiefer gelegenen zweiten, augenscheinlich schmälere Kundenraum mit 138,32 m<sup>2</sup>, welcher als Raucherraum verwendet wird, und in welchem sich ausschließlich niedrige Tische mit je vier Sitzgelegenheiten sowie an einer Längs- und Querwand Wett- bzw. Fernsehschirme befinden. Der Stil der Ausstattung und Einrichtung der beiden Räume ist annähernd ident.

Zum Zeitpunkt der Kontrolle am 24.08.2015 um 12:30 Uhr haben sich in dem als Raucherraum verwendeten hinteren Raum deutlich mehr Sitzplätze (68) und Wett- und Fernsehbildschirme (34) sowie Wettterminals (3) befunden, als im vorderen als Nichtraucherzimmer verwendeten Raum (51 Sitzplätze, 17 Wett- und Fernsehbildschirme sowie 1 Wettterminal), in beiden Räumen gab es einen Getränkeautomat. Im hinteren Raucherraum waren Aschenbecher aufgestellt, das Rauchen war durch entsprechende Piktogramme gestattet und haben drei Personen geraucht. In dem hinteren Raum befanden sich mehr Personen als im vorderen.

Die Gestaltung und Ausstattung der Räume des Wettlokales mit Tischen und Sitzgelegenheiten blieben im Wesentlichen durch die Beschwerdeführerin unbestritten. Soweit die Anzahl der im vorderen Nichtraucherzimmer zum Kontrollzeitpunkt befindlichen Sitzplätze als auch das Vorhandensein eines Getränkeautomaten im hinteren Raucherraum zum Zeitpunkt der Kontrolle in Zweifel gezogen werden, folgte das Gericht den Angaben des Kontrollorganes in der Anzeige und als Zeuge in der mündlichen Verhandlung am 07.09.2017. Dieser hat glaubhaft und nachvollziehbar angegeben, von der belangten Behörde gerade den Auftrag erhalten zu haben, zu erheben, wie viele Wett- und Fernseh-Bildschirme, Tische und Sitzgelegenheiten sich in dem Wettlokal befinden und habe er diese abgezählt. Auch seien bei der Erhebung vorhandene Stehtische mit Sitzplätzen berücksichtigt worden. Er habe auch die Anzahl der in den beiden Räumen befindlichen Wett- und Fernsehschirme und Wettapparate abgezählt. Einen Fehler beim Abzählen könne er ausschließen. Das Ergebnis seiner Zählung hat er auch im Erhebungsbericht, der noch am selben Tag erstellt worden ist, festgehalten. Die Beschwerdeführerin konnte sich hingegen bei ihrer Befragung an die Anzahl der Fernsehbildschirme und Wettterminals in den beiden Räumen des Wettlokales nicht mehr vollständig erinnern.

Die (annähernde) Größe der beiden Räume des Wettlokales wurde bei dem Augenschein am 05.10.2017 im Beisein des Richters mittels eines Lasermessgeräts ermittelt. Zuzugabe dieser Messung hat der Nichtraucherzimmer die Maße 11,50 m x 12,70 m (= rund 146 m<sup>2</sup>) und der Raucherraum die Maße 16,37 m x 8,45 m (= 138,32 m<sup>2</sup>).

Rechtliche Beurteilung:

Bei dem Wettlokal handelt es sich unzweifelhaft um einen öffentlichen Ort iSd § 1 Z 11 Tabakgesetz handelt (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 20.3.2012, Zl. 2011/11/0215).

Strittig ist, ob es sich bei dem zweiten hinteren Kundenraum, der als „Raucherraum“ gekennzeichnet ist und als solcher den Kunden zur Verfügung steht, um einen Raum in dem geraucht werden darf, im Sinne des § 13 Abs. 2 Tabakgesetz handelt.

Als Ausnahme vom Verbot des § 13 Abs. 1 Tabakgesetz 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 (siehe Materialien zur Regierungsvorlage 700 Blg. NR XXII. GP zu § 13 Abs. 2 Tabakgesetz idF BGBl. I Nr. 167/2004).

Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 17.6.2013, Zl. 2012/11/0235, hervorgehoben, dass bei bestehendem grundsätzlichem Rauchverbot (in Räumen öffentlicher Orte, in Räumen der Gastronomie) ein Raucherraum bestimmt werden kann, in dem das Rauchen gestattet ist, wenn der Raum allseitig, von der Decke bis zum Boden von festen Wänden umschlossen ist und mit einer Tür geschlossen werden kann; ohne bauliche Abtrennung des Raucherraumes von den übrigen Bereichen des Betriebes entspräche ein "Raucherraum" auch bei Vorhandensein von getrennten Lüftungsanlagen nicht dem Erfordernis des § 13 Abs. 2 Tabakgesetz.

Das gegenständliche Wettlokal weist ohne Zweifel zwei durch eine Glastür baulich getrennte Räume auf. Dass die Glastür zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht geschlossen gehalten worden wäre, ist nicht hervorgekommen und ergibt sich dafür auch kein Anhaltspunkt.

Dem Ausnahmetatbestand des § 13 Abs. 2 Tabakgesetz lässt sich nicht entnehmen, dass jene Räume, in denen das Rauchen gestattet wird ausschließlich dem Zweck des Rauchens dienen dürfen. Die beiden einzigen im Gesetz

vorgesehenen zwingenden Vorgaben für eine zulässige Bezeichnung von Räumen, in denen das Rauchen gestattet ist, sind 1. das Verbot, dass Tabakrauch in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt und 2. dass das Rauchverbot mit der Einrichtung des Raucherraumes nicht umgangen wird, was etwa dann zuträfe, wenn der Raucherraum eine für die Kunden „bessere“ Ausstattung und Infrastruktur bzw. ein größeres Flächen- bzw. Platzangebot als der Nichtraucherzimmer aufweist.

Im vorliegenden Fall ist zwar der vordere als Nichtraucherzimmer verwendete Raum geringfügig größer als der hintere Raucherraum (ca. 8 m<sup>2</sup>) und kann er unmittelbar von der Straße aus betreten werden bzw. sind von diesem die Toiletten zu erreichen, zum Zeitpunkt der Kontrolle war aber der hintere als Raucherraum verwendete Raum eindeutig für länger Verweilende „besser“ ausgestattet, indem sich in diesem Raum deutlich mehr Sitzplätze (68) und Wett- und Fernsehbildschirme (34) befunden haben als im vorderen als Nichtraucherzimmer verwendeten Raum (51 Sitzplätze, 17 Wett- und Fernsehbildschirme). Außerdem haben sich im hinteren Raucherraum drei Wettterminals befunden, während im vorderen Nichtraucherzimmer – neben der Wettannahmetheke – nur ein Wettterminal befunden hat. In beiden Räumen war ein Getränkeautomat aufgestellt.

Für Kunden, die das Wettlokal nach der Abgabe einer Wette nicht sofort wieder verlassen, sondern in dem Lokal verbleiben und den Spielverlauf auf Bildschirmen verfolgen wollen, stellte sich der hintere Raum – auch als Ergebnis des Ortsaugenscheines – sohin unzweifelhaft als attraktiver dar als der vordere Raum, in welchem sich auch Hochtische und hohe Stühle befunden haben. Überdies befanden sich im hinteren Raum drei Wettterminals zur Abgabe von Wetten.

Der Ausnahmetatbestand des § 13 Abs. 2 Tabakgesetz lag im gegenständlichen Fall nicht vor, da der Raucherraum, welcher zwar flächenmäßig geringfügig kleiner ist als der als Nichtraucherzimmer genutzte vordere Raum, ein um einiges größeres Sitzplatzangebot für Kunden als der Nichtraucherzimmer aufgewiesen hat. Überdies wies er auch wesentlich mehr Wett- und Fernsehbildschirme und damit eine bessere Ausstattung auf, sodass er sich für verweilende Kunden als attraktiver dargestellt hat. Es wurde sohin das für Räume öffentlicher Orte geltende Rauchverbot durch die Einrichtung eines Raucherraumes insofern umgangen, als für Raucher mehr Sitzplatzmöglichkeiten als im Nichtraucherzimmer bereitgehalten wurden.

Der Raucherraum muss sohin gegenüber dem Raum, in dem das Rauchen nicht gestattet war, aufgrund seiner Ausstattung als "übergeordnet" angesehen werden und widerspricht der Intention des Gesetzgebers, einen Raucherraum zum Schutz der Nichtraucher als „Nebenraum“ einzurichten. Für diesen galt daher als Raum eines öffentlichen Ortes Rauchverbot.

Im Raucherraum waren Aschenbecher aufgestellt und wurde zur Tatzeit das Rauchen durch entsprechende Piktogramme gestattet. Drei Personen haben tatsächlich in diesem geraucht.

Der objektive Tatbestand der zur Last gelegten Übertretung war daher als erfüllt anzusehen. Dass die Beschwerdeführerin an der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes kein oder ein nur geringfügiges Verschulden getroffen hätte, ist nicht hervorgekommen.

Die Beschwerde war daher in der Schuldfrage abzuweisen.

Die Abänderung des Spruches erfolgte im Hinblick auf den zur Last gelegten Sachverhalt (Rauchverbot in Räumen eines öffentlichen Ortes) aus sprachlichen Gründen.

Zur Strafbemessung:

Gemäß § 10 VStG richten sich Strafart und Strafsatz nach den Verwaltungsvorschriften, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist.

Gemäß § 14 Abs. 4 Tabakgesetz, BGBl. Nr. 431/1995 idF. Nr. 120/2008, 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 EUR 2.000,00, im Wiederholungsfall bis zu EUR 10.000,00 zu bestrafen.

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 in Räumen öffentlicher Orte dienen dem Ziel des Schutzes der Nichtraucher vor Belästigung und vor Gefährdungen ihrer Gesundheit durch das Passivrauchen. Nichtraucher sollen in ihrem „Recht auf rauchfreie Luft“ geschützt werden. Dieses Ziel liegt im öffentlichen Interesse.

Durch die angelastete Übertretung wurde das durch die Strafdrohung als schutzwürdig erkannte Interesse an einem umfassenden Nichtraucherschutz in nicht unerheblichem Ausmaß geschädigt, da nicht dafür Sorge getragen worden ist, dass trotz Rauchverbotes nicht geraucht wird. Der Unrechtsgehalt der Tat ist daher nicht gering.

Das Verschulden der Beschwerdeführerin konnte nicht als gering eingestuft werden, da weder hervorgekommen ist noch aufgrund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe, oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Aufgrund des Vorliegens einer zum Tatzeitpunkt bereits rechtskräftigen einschlägigen verwaltungsstrafrechtlichen Vormerkung nach dem Tabakgesetz (Wiederholungsfall) hat die belangte Behörde bei der von ihr vorgenommenen Strafbemessung zu Recht den zweiten Strafsatz des § 14 Abs. 4 TabakG zugrunde gelegt. Dem Vorbringen in der Beschwerde, wonach bei Beurteilung, ob es sich um die erste Bestrafung der Beschuldigten handelt, auf eine zuvor abgeänderte bauliche Situation abzustellen wäre, kann nicht gefolgt werden, da das Gesetz eine derartige Differenzierung nicht vorsieht.

Milderungs- oder Erschwerungsgründe sind im Verwaltungsstrafverfahren nicht hervorgekommen.

Die Einkommens und Vermögensverhältnisse sind mangels Angaben im Verfahren im Hinblick auf die berufliche Stellung der Beschwerdeführerin als handelsrechtliche Geschäftsführerin der C. GmbH als durchschnittlich anzunehmen (Einkommen von zumindest EUR 1.500,00 mtl.). Es besteht Sorgspflicht für ein Kind.

Es sind keine Umstände zu Tage getreten, die die Verhängung einer Strafe in der Höhe des vierfachen der zuletzt verhängten Strafe wegen Übertretung des Tabakgesetzes (€ 500,-) erforderlich machen würden. Dass eine Strafe in der nunmehr festgesetzten Höhe nicht ausreicht, um die Beschwerdeführerin von einer Tatwiederholung abzuhalten, ist nicht zu erkennen. Auch war die zu Tage getretene Sorgpflicht bei der Strafbemessung zu berücksichtigen. Einer weitergehenden Strafherabsetzung stand aber der gesetzliche (zweite) Strafsatz von bis zu EUR 10.000,- sowie spezial- und generalpräventive Erwägungen entgegen.

Aus denselben Erwägungen war auch die Ersatzfreiheitsstrafe unter Berücksichtigung des § 16 Abs. 2 VStG angemessen zu reduzieren.

Entsprechend der Herabsetzung der verhängten Strafe war gemäß § 64 Abs. 2 VStG auch der Beitrag zu den Kosten des behördlichen Strafverfahrens neu festzusetzen.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG waren die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin nicht aufzuerlegen, da der Beschwerde zumindest teilweise (hinsichtlich des Strafausspruches) Folge gegeben worden ist.

Die ordentliche Revision ist zulässig, da im gegenständlichen Verfahren eine Rechtsfrage zu lösen war, der im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, wie die im Gesetz nach § 13 Abs. 2 Tabakgesetz (nunmehr: TNRS) vorgesehenen zwingenden Vorgaben für eine zulässige Bezeichnung von Räumen, in denen das Rauchen gestattet ist, in einem Fall wie dem vorliegenden auszulegen sind, fehlt.

### **Schlagworte**

Öffentlicher Ort; Wettlokal; Rauchverbot; Raucherraum; Nebenraum; Ausstattung; Schutzzweck der Norm; TNRS

### **Anmerkung**



VwGH v. 23.6.2020, Ro 2019/11/0011; Zurückweisung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGWI:2019:VGW.021.054.8983.2016

**Zuletzt aktualisiert am**

07.07.2020

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

© 2024 JUSLINE

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

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