jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2020/8/25 LVwG-2020/25/1769-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 25.08.2020

Entscheidungsdatum

25.08.2020

Index

82/02 Gesundheitsrecht allgemein

Norm

TNRSG §12 Abs1 Z4

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Hohenhorst über die Beschwerde von AA, geboren 14.12.1971, wohnhaft Adresse 1, Z, vertreten durch die Rechtsanwälte BB & CC, Adresse 2, Z, vom 11.08.2020 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Z vom 09.07.2020, Zl ***, betreffend Übertretung des TNRSG,

zu Recht:

1. Die Beschwerde wird unter Durchführung folgender Spruchberichtigung als unbegründet abgewiesen:

In der letzten Zeile des Tatvorwurfes werden die Worte „den Räumlichkeiten“ durch die Worte „dem in Bau- und Betriebsanlagenbewilligung als Gastgarten bezeichneten straßenseitigen mit Scheibenmodulen allseits umschlossenen und mit einer ausfahrbaren Markise vollständig abgedeckten den Gästen zur Einnahme von Speisen und Getränken zur Verfügung stehenden Bereich“ ersetzt.

2. Die Beschwerdeführerin hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von Euro 100,00 zu leisten.

3. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

Im bekämpften Straferkenntnis wird Frau AA folgender Sachverhalt angelastet und eine Strafe über sie verhängt:

„Sie haben es als unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Firma DD KG mit Sitz in Z, Adresse 3 und damit als das gem. § 9 Abs. 1 Verwaltungs-strafgesetz 1991 zur Vertretung nach außen berufene und somit strafrechtlich verantwortliche Organ dieser Firma zu verantworten, dass entgegen § 12 Abs. 1 Z 4 TNRSG, wonach in Räumen für die Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken sowie die in Gastronomiebetrieben für alle den Gästen zur Verfügung stehenden Bereichen, ausgenommen Freiflächen,

Rauchverbot gilt, diese Firma als Inhaberin des Gastronomiebetriebes in Z, Adresse 3 am 19.02.2020 um 12:35 Uhr, entgegen § 13c Abs. 2 Z 1 leg.cit. nicht dafür Sorge getragen hat, dass in diesem Raum/diesen Räumen nicht geraucht wird, da in den Räumlichkeiten geraucht wurde.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 14 Abs. 4 i.V.m. § 12 Abs. 1 Z 4 i.V.m. § 13c Abs. 2 Zif. 1 TNRSG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von falls diese uneinbringlich ist, Freiheitsstrafe von Gemäß

Ersatzfreiheitsstrafe von

€ 500,00 3 Tage § 14 Abs. 4 erster Strafsatz Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz (TNRSG), BGBl. 431/1995 i.d.g.F.

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 50,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 550,00“

Dagegen richtet sich die fristgerechte und zulässige Beschwerde, in welcher Frau AA durch ihre Rechtsvertreter im Wesentlichen ausführt, dass die DD KG auf dem vor dem Betriebslokal gelegenen öffentlichen Gehsteig, und zwar auf der hierzu angemieteten Fläche, auf einem weder mit dem Untergrund, noch mit dem Geschäftslokal fest verbundenen Niveauausgleich mobile Scheibenmodule als Windschutz montiert hätte. Über diesen Gastgarten könne eine Markise ausgefahren werden. Die Betreiberin stelle diesen Gastgarten ihren Gästen tatsächlich auch zum Rauchen zur Verfügung. Es handle sich hierbei um eine Freifläche im Sinn des § 12 Abs 1 Z 4 TNRSG und gelte dort kein Rauchverbot. Beim Tatort handle es sich weder um einen Anbau, geschweige denn um einen Wintergarten, sondern um einen – wenn auch mit Wind- und Sonnenschutzvorrichtungen ausgestatteten – Gastgarten. Es handle sich um eine Terrasse, die nicht von festen Wänden umschlossen ist. Es gebe lediglich mobile Windschutzelemente und zudem keine Decke, sondern lediglich eine Markise, die, selbst wenn sie ausgefahren ist, aus einer darunter befindlichen Terrasse keinen Raum machen könne. Der Gastgarten sei baubehördlich und gewerberechtlich genehmigt. Aus dem Spruch sei gar nicht ersichtlich, wo widerrechtlich geraucht worden sein soll. Die belangte Behörde hätte Feststellungen zur Ausgestaltung des Gastgartens des EE treffen müssen.

In den Materialien zur Novelle BGBl 101/2015 werde ein uneingeschränktes Rauchverbot in der Gastronomie eingeführt, davon nicht umfasst seien aber Freiflächen eines Gastronomiebetriebes, wie zB Gastgärten. Das Rauchverbot beziehe sich auf alle Innenbereiche und Räume eines Gastronomiebetriebes. Bloße Informationen, wie die der Wirtschaftskammer Österreich, könnten weder Gesetze noch eine Judikatur ersetzen. Der Verwaltungsgerichtshof definiere in seinem Erkenntnis vom 23.03.2017, Ra 2015/11/0118, einen Raum ganz eindeutig als allseitig von der Decke bis zum Boden mit festen Wänden umschlossen. Weder mobile Windschutzelemente noch eine Markise könnten eine Terrasse oder einen Gastgarten zu einem Raum machen. Der Gastgarten des EE sei ganz offensichtlich und augenfällig nicht fest umschlossen und stelle daher mit Sicherheit keinen Raum dar. Dass die belangte Behörde zur Auslegung eines in einem Bundesgesetz wie dem TNRSG verwendeten dort unbestimmten Begriff landesgesetzliche Bestimmungen wie die TBO heranziehe, sei nicht zulässig. Vielmehr wäre zum Raumbegriff die bereits vorliegende höchstgerichtliche Judikatur heranzuziehen. Auf Grund fehlender Legaldefinition der Freifläche sei eine höchstgerichtliche Rechtsprechung dringend erforderlich. Es werde ersatzlose Aufhebung des Straferkenntnisses und Verfahrenseinstellung beantragt.

II. Sachverhalt:

AA ist unbeschränkt haftende Gesellschafterin der DD KG, FN ***, mit Sitz in Z, Adresse 3. Diese Gesellschaft betreibt an diesem Standort den Gastronomiebetrieb „EE“. AA ist gemäß § 9 Abs 1 VStG für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch diese Gesellschaft strafrechtlich verantwortlich. Die DD KG besitzt die bau- und

betriebsanlagenrechtliche Bewilligung zum Betrieb eines straßenseitigen Gastgartens. Dort sind mobile Scheibenmodule als Windschutz montiert und kann die darüber befindliche Markise ausgefahren werden, wobei sich bei ausgefahrener Markise ein Abschluss zu der Rahmenkonstruktion der mobilen Scheibenmodule ergibt. Dieser Bereich wird seitens der Anlagenbetreiberin ihren Gästen auch zum Rauchen zur Verfügung gestellt.

Am 19.02.2020 um 12.35 Uhr rauchte am oberen Ende dieses Bereichs eine Frau, welche am letzten Tisch straßenseitig saß. Es waren die mobilen Scheibenmodule geschlossen und die Markise vollständig ausgefahren. Die Markise schützt nicht nur vor Sonne, sondern auch vor Wind und Regen.

III. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akt der belangten Behörde. Der Umstand, dass zur angelasteten Tatzeit die Scheibenmodule geschlossen und die Markise ausgefahren waren, ergibt sich aus der unzweifelhaften und nicht in Abrede gestellten Angabe des den Sachverhalt feststellenden Amtsorganes. Die Feststellungen zur Ausführung des Gastgartens beruhen im Wesentlichen auf den Angaben der Beschwerdeführerin und den dem Einspruch vom 07.07.2020 beigefügten Lichtbildern. Wenn dort angegeben wird, dass das vor Wind und Regen schützende Rollo komplett luftdurchlässig wäre, stellt dies allein schon deshalb einen Widerspruch dar, weil ein komplett luftdurchlässiges Gewebe gar nicht vor Wind schützen könnte.

IV. Rechtslage:

Im gegenständlichen Fall sind folgende Bestimmungen des TNRSG maßgeblich:

„§ 12

(1) Rauchverbot gilt in Räumen für

1. Unterrichts- und Fortbildungszwecke,

2. Verhandlungszwecke,

3. schulsportliche Betätigung, schulische oder solche Einrichtungen, in denen Kinder oder Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden, einschließlich der dazugehörigen Freiflächen, und

4. die Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken sowie die in Gastronomiebetrieben für alle den Gästen zur Verfügung stehenden Bereiche, ausgenommen Freiflächen.

...

§ 13c

(1) Die Inhaberinnen bzw. Inhaber von Räumen und Einrichtungen gemäß § 12 und von Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13 haben für die Einhaltung der Bestimmungen der §§ 12 bis 13b Sorge zu tragen.

(2) Jede Inhaberin bzw. jeder Inhaber gemäß Abs. 1 hat insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass

1. in einem Raum oder einer Einrichtung gemäß § 12 Abs. 1 bis 3 nicht geraucht wird,

2. in Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13, sofern sie vom Rauchverbot umfasst sind, nicht geraucht wird,

3. der Kennzeichnungspflicht gemäß § 13b entsprochen wird.

§ 14

...

(4) Wer als Inhaberin bzw. Inhaber gemäß § 13c Abs. 1 gegen eine Verpflichtung des § 13c verstößt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu 2.000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 10.000 Euro zu bestrafen, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung darstellt oder nach einer anderen Verwaltungsbestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist.

...“

V. Erwägungen:

Die Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes in seinem Erkenntnis vom 23.03.2017, Ra 2015/11/0118, dass ein Raum als solcher bezeichnet werden muss, der allseitig, von der Decke bis zum Boden von festen Wänden

umschlossen ist und mit einer Tür geöffnet/ geschlossen werden kann, beziehen sich auf die Definition eines Raucherraumes, deren Einrichtung in Gastronomiebetrieben seit der Novelle BGBl I Nr 101/2015 untersagt ist. In diesem Erkenntnis findet sich auch die Aussage, dass diese zum „Raucherraum" ergangene Judikatur, die also eine vollständige bauliche Abtrennung des betreffenden Raumes verlangt, damit dieser als Raucherraum gewidmet und verwendet werden darf, nicht auf den Nichtraucherbereich übertragen werden kann. Dies gilt daher auch für gegenständlichen, vom EE straßenseitig betriebenen Teil seiner Betriebsanlage. In den Erläuterungen zu BGBl I Nr 101/2015 findet sich die Aussage, dass in die Einführung eines uneingeschränkten Rauchverbots in der Gastronomie auch nicht ortsfeste Einrichtungen, wie Festzelte, miteinbezogen werden. Damit ist klar, dass es für die Geltung des Rauchverbots nicht auf das Vorhandensein fester Wände ankommt.

Das TNRSG enthält in seinen Begriffsbestimmungen in § 1 nicht jenen der Freiflächen, der sich in § 12 Abs 1 Z 4 findet. Dort steht der Begriff „Freiflächen" als Gegenpol zu „Räumen". Nach herrschendem Sprachgebrauch versteht man unter einer Freifläche eine unbebaute Fläche, die Zwecken eines Gebäudes untergeordnet ist, wie Vorgärten, Hausgärten, Spielplätze, Stellplätze, usw. Das Gesundheitsministerium präzisierte „Freifläche für Raucher" als nach oben hin überdeckte Bereiche, deren seitliche Flächen zur Hälfte oder weniger von Wänden oder wandähnlichen Konstruktionen umschlossen sind.

Nach dem Schutzzweck der Novelle BGBl I Nr 101/2015 geht es um einen umfassenden Schutz von anderen Gästen und Beschäftigten in der Gastronomie vor den schädlichen Auswirkungen des Passivrauchens. Diese entstehen, sobald ein abgeschlossener Luftraum hergestellt wird. Ein solcher entsteht im Gegenstandsfall beim Ausfahren der Markise, weil durch die Scheibenmodule der Verabreichungsbereich allseits durch eine wandähnliche Konstruktion umschlossen wird.

Bei einer Freifläche muss es sich begrifflich um eine freie Fläche handeln, die also nicht oder nur in geringfügigem Ausmaß baulich überdeckt oder umschlossen ist und auf der auch Luftverhältnisse wie im Freien herrschen. Dies ist zur angelasteten Tatzeit wegen der ausgefahrenen Markise nicht der Fall gewesen, weshalb keine Freifläche, sondern im Sinn des § 12 Abs 1 Z 4 TNRSG ein Raum vorgelegen war, in dem wegen der Verabreichung bzw Einnahme von Speisen oder Getränken Rauchverbot herrschte. Dieses ist nach dem TNRSG zu beurteilen und nicht nach der Begriffsbezeichnung in Betriebsanlagenbescheid und Baubescheid.

Gastgärten sind im Freien gelegene, unmittelbar an ein Gastlokal anschließende oder etwas entfernt liegende Betriebsflächen, auf denen Speisen oder Getränke an Gäste ausgegeben werden. Eingrenzungen durch Zaun, Hecke oder Mauer zählen definitionsgemäß zu einem Gastgarten. Ob eine Überdachung den Wesensmerkmalen eines Gastgartens widerspricht, ist danach zu beurteilen, ob der Gesamtcharakter des Gartens erhalten bleibt. So werden insbesondere eine Laube oder zusammenklappbare Sonnenschirme dem Charakter eines Gastgartens nicht entgegenstehen (vgl VwGH 30.10.1990, 90/04/0116). Bei einer zu einer Betriebsanlage gehörenden Terrasse handelt es sich um einen Gastgarten. Daran vermag die Tatsache, dass die Terrasse in das Betriebsobjekt mit teilweiser Überdachung integriert ist, nichts zu ändern (VwGH 08.10.1996, 96/04/0175).

Es liegt somit kein Widerspruch zwischen dem Begriff „Gastgarten" und dem Umstand vor, dass bei vollständig ausgefahrener Markise des EE ein Raum im Sinn des § 12 Abs 1 Z 4 TNRSG gegeben ist. Das Rauchverbot gilt in Räumen eines Gastronomiebetriebes, die den Gästen zugänglich sind oder von diesen genutzt werden können, was für gegenständlichen Konsumationsbereich zutrifft. In Anbetracht dessen ist auf die zutreffende Beurteilung des Landesverwaltungsgerichtes Tirol in seinem Erkenntnis vom 12.06.2020, 2020/22/0414-2, Seite 3 unten und Seite 4 oben, zu verweisen. Wieso eine Analogie von der Tiroler Bauordnung zum TNRSG unzulässig sein sollte, wird in der Beschwerde nicht näher ausgeführt. Es existieren jedenfalls keine Regelungen oder anerkannte Rechtsmeinungen, die eine Anwendung der Analogie zwischen bundes- und landesgesetzlicher Ebene für unzulässig erklären würden.

Eine Aussetzung gegenständlichen Verfahrens bis zur Entscheidung des Verwaltungs-gerichtshofes über die von der DD KG erhobene außerordentliche Revision gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 12.06.2020, 2020/22/0414-2, wäre nicht zweckdienlich, weil dort nicht über das Bestehen des Rauchverbots, sondern die Zulässigkeit der Beschwerde abgesprochen wurde. Es können von dieser ausstehenden Entscheidung keine inhaltlichen Erkenntnisse für gegenständliche Rechtsfragen erwartet werden.

Durch die Abänderung des Tatvorwurfes wurde der Kritik in der Beschwerde Rechnung getragen, dass im Spruch nicht ersichtlich sei, wo widerrechtlich geraucht worden wäre.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof und für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof Verfahrenshilfe zu beantragen. Verfahrenshilfe ist zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten bzw wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von der Partei noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der oben angeführten Frist für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof beim Verfassungsgerichtshof und für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag an den Verwaltungsgerichtshof ist, soweit dies dem Antragsteller zumutbar ist, kurz zu begründen, warum entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes die Revision für zulässig erachtet wird.

Zudem besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden können.

Hinweis:

Rechtskräftig verhängte Geldstrafen (sowie Verfahrenskostenbeiträge) sind bei der Behörde einzubezahlen (vgl§ 54b Abs 1 VStG).

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Hohenhorst

(Richter)

Schlagworte

Freifläche;

Anmerkung

Mit Beschluss vom 21.10.2020, Z E 3463/2020-5, gab der Verfassungsgerichtshof dem Antrag der Beschwerde gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 25.08.2020, Z LVwG-2020/25/1769-1, aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, keine Folge.
Mit Beschluss vom 24.02.2021, Z E 3463/2020-8, lehnte der Verfassungsgerichtshof die Behandlung der gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 25.08.2020, Z LVwG-2020/25/1769-1, erhobenen Beschwerde ab und trat die Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung ab.

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2020:LVwG.2020.25.1769.1

Zuletzt aktualisiert am

23.03.2021

Quelle: Landesverwaltungsgericht Tirol LVwg Tirol, https://www.lvwg-tirol.gv.at

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at