

# TE UVS Wien 2011/03/29 04/G/20/10034/2010

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.03.2011

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Dr. Schopf über die Berufung des Herrn Norbert S., vertreten durch Rechtsanwalt, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 20. Bezirk, vom 23.09.2010, Zl. MBA 20 - S 91018/10, wegen Verwaltungsübertretung gemäß § 13c Abs 1 Z 3 und Abs 2 Z 5 iVm § 14 Abs 4 Tabakgesetz (TabakG), BGBl. Nr. 431/1995, idgF entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung keine Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

Gemäß § 64 VStG hat der Berufungswerber einen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens in der Höhe von Euro 70,00 zu bezahlen.

## Text

Mit angefochtenem Straferkenntnis wurde dem Berufungswerber wie folgt zur Last gelegt:

?Sie haben unbeschränkt haftender Gesellschafter und somit als gemäß § 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen Berufener der M.-KG mit Sitz in Wien, D.-Straße, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Inhaberin eines Gastgewerbes in der Betriebsart eines Kaffeerestaurant am 05.08.2010 sowie am 06.08.2010 in der Betriebsanlage in Wien, D.-Straße, insofern gegen die Obliegenheit betreffend den Nichtraucherchutz gemäß § 13c des Tabakgesetzes verstoßen hat, als die Türe zwischen Raucher- und Nichtraucherbereich offenstand und der Nichtraucherbereich nicht als Hauptraum der Gaststätte gewidmet ist, obwohl gemäß § 13a Abs 2 Tabakgesetz in Betrieben, die über mehr als einen für die Verabreichung von Speisen und Getränken an Gäste geeignete Räumlichkeiten verfügen, Räume, in denen das Rauchen gestattet ist, bezeichnet werden könnten, wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt und das Rauchverbot nicht umgangen wird, der für die Verabreichung von Speisen und Getränken vorgesehene Hauptraum vom Rauchverbot umfasst sein muss und nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen und Getränken vorgesehen Verabreichungsplätze in Räumen, in denen das Rauchen gestattet ist, gelegen sein dürfen.?

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.

Dieses Straferkenntnis gründet sich auf eine Anzeigen des Erwin K., bei der Behörde mit Mail eingebracht am 06.08.2010. Darin ist festgehalten, dass im Lokal die Türen immer offen gestanden seien und sich der Nichtraucherbereich nicht im Hauptraum sondern in einem Extrazimmer befände. Weiters hat die Behörde erster Instanz den Betriebsanlagenbewilligungsbescheid mit einem Plan der Betriebsanlage beigebracht. Eine Rechtfertigung des Beschuldigten konnte nicht berücksichtigt werden, da eine solche trotz Vorhaltes des Akteninhaltes nicht erstattet worden ist. Nach Zustellung des Straferkenntnisses erhob der Beschuldigte innerhalb offener Frist eine Berufung, in

welcher er zunächst rügte, dass zu Unrecht der Berufungswerber als Gesellschafter bestraft worden sei, da der Geschäftsführer für die Einhaltung der rechtlich bedeutsamen Vorschriften verantwortlich sei. Zum angezeigten Sachverhalt wird lediglich vorgebracht, bei Geschäftsbetrieb müsse bei Durchführung der Servicearbeiten durch Kellner oder Koch die Türe vom Bichtraucher- zum Raucherraum geöffnet werden, dies jedoch nur für diesen Augenblick und aus diesem unbedingt notwendigen Anlass. Auf andere Art könne der Gast nicht bedient werden. Es wurde somit der Antrag auf Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, Verfahrensergänzung, jedenfalls aber auf Herabsetzung der Geldstrafe gestellt.

Zur mündlichen Verhandlung ist trotz ordnungsgemäß ausgewiesener Ladung weder der Berufungswerber noch sein Vertreter erschienen. Auch wurde kein weiteres schriftliches Vorbringen erstattet. In Abwesenheit des Berufungswerbers wurde somit der Zeuge Erwin K. zeugenschaftlich einvernommen und machte dabei folgende Angaben:

„Das im Akt befindliche Mail habe ich geschrieben. Ich war mehrmals in dem Lokal, beim ersten Mal war überhaupt keine Türe vorhanden, als ich danach hinkam, war die Türe durchgehend offen. Es reichte aus, wenn der Flügel offen war, und von der Kellnerin nicht geschlossen wurde, dies war an den beiden in der Anzeige genannten Tagen so. Ich war damals jeweils mit einem Freund dort essen und habe das während des Essens beobachten können. Im vorderen Raum wurde auch geraucht. Den Gastraum drei habe ich nicht betreten, wir waren immer nur im Gastraum zwei. Dort waren die Tische fürs Essen gedeckt, im vorderen Bereich saßen offensichtlich Stammgäste, die sich dort länger aufhalten und dort rauchten.“

Für den Unabhängigen Verwaltungssenat Wien bestand nun keine Veranlassung den Angaben des einvernommenen Zeugen keine Glauben zu schenken. Der Zeuge hat sich mit seinen Beobachtungen unmittelbar nach deren Wahrnehmung an die Behörde gewandt und dieser darüber berichtet. Auch bei seiner unter Wahrheitspflicht und der Strafsanktionsdrohung des § 289 durchgeführten Einvernahme vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien konnte er noch in der wesentlichen Grundzügen über diese Vorfälle berichten und vermittelte dabei einen durchaus aufrichtigen Eindruck. Es sind angesichts seines festen und glaubwürdigen Auftretens auch keinerlei Zweifel an seiner Aussage entstanden. Der Berufungswerber selbst hat es durch die Nichtteilnahme an der mündlichen Verhandlung verabsäumt, im Rahmen eines eigenständigen Vorbringens, durch Konkretisierung seiner Rechtfertigung aber auch durch Ausübung des ihm zustehenden Fragerechtes an der Wahrheitsfindung teilzunehmen.

Es war somit zunächst davon auszugehen, dass an den beiden im Spruch genannten Tagen im gegenständlichen Gastgewerbebetrieb die Türe zwischen dem „Raucherbereich“ und dem „Nichtraucherbereich“ offengehalten wurde, sodass aus dem „Raucherbereich“, in dem geraucht wurde, schädlicher Tabakrauch in den „Nichtraucherbereich“ dringen konnte. Zur Frage des Hauptraumes wurde über Anfrage des Unabhängigen Verwaltungssenaates Wien seitens des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 36 mit Schreiben vom 11.01.2011 mitgeteilt, dass gegenständliche Betriebsanlage über drei Gasträume verfüge. Gastraum 1 weise eine Fläche von 75 m<sup>2</sup> sowie insgesamt 44 Verabreichungsplätze, Gastraum 2 39 m<sup>2</sup> und 34 Verabreichungsplätze und Gastraum 3 26 m<sup>2</sup> und 18 Verabreichungsplätze auf. Gastraum 1 sei als Raucherbereich, die Gasträume 2 und 3 als Nichtraucherbereiche eingerichtet und durch eine händisch öffnbare zweiflügelige Drehtüre in Holz-Glasbauweise zwischen Gastraum 1 und Gastraum 2 getrennt. Diese Türe schließe in geschlossenem Zustand vollständig. Aus dem beim Betriebsanlagenbescheid aufliegenden Plan ergibt sich, dass Gastraum 2 und 3 nicht miteinander verbunden sind. Die Toilettenanlagen sind über eine Gang direkt von Gastraum 1 und 3 aus zu erreichen, von Gastraum 2 aus muss man zu diesem Zweck Gastraum 1 durchschreiten. Die Betriebsanlage selbst kann nur über Gastraum 1 (Raucherbereich) betreten werden, dort befindet sich auch die Schank. Die Fenster aus Gastraum 1 gehen in Richtung D.-Straße und Innstraße, aus Gastraum 2 nur auf die Innstraße und aus Gastraum 3 gibt es keine Fenster sondern nur einen Zugang zum Gastgarten.

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), 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. 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.

Gemäß § 9 Abs 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

Das Tabakgesetz enthält in seinem § 1 (?Begriffsbestimmungen?) keine Legaldefinition des Begriffes ?Hauptraum?. In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage der Tabakgesetznovelle 2008 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 Rauchverbot 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 Gastwirts 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. 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 zum Teil nur vom Raucherbereich aus möglich, die Schank befindet

sich gleichfalls im Rauchbereich und stellt sich dieser Raum angesichts der zur D-Straße und Instraße hin durchsichtigen Fenster im Vergleich zu den mit nur zur Innstraße hin (Gastraum 2) bzw. mit keinen Fenstern ausgestatteten (Gastraum 3) weiteren Räumen als eindeutig freundlicher dar. Eine Gesamtbetrachtung der örtlichen Gegebenheiten kann somit nur zu dem Ergebnis führen, dass gegenständlich der Raucherbereich im Hauptraum des Lokals gelegen ist.

Soweit der Berufungswerber die Verantwortlichkeit als unbeschränkt haftender Gesellschafter mit dem Hinweis auf einen Geschäftsführer bestreitet, ist ihm entgegenzuhalten, dass es sich beim Tabakgesetz um keine gewerberechtliche Vorschrift handelt, weshalb auch die Bestellung eines gewerberechlichen Geschäftsführers nicht schlagend werden konnte. Unter Anwendung der hier zum Tragen kommenden Bestimmung des § 9 Abs 1 VStG war somit der Berufungswerber als unbeschränkt haftender Gesellschafter zur Verantwortung zu ziehen.

Der objektive Tatbestand erweist sich somit als gegeben. Angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlautes kann sich der Berufungswerber auch nicht auf begründete und gerechtfertigte Unkenntnis oder Missinterpretation des Gesetzes berufen. Da gegenständliches Gesetz in der hier anzuwendenden Fassung in den Medien breit diskutiert wurde und lange angekündigt wurde, hätte er hinreichend Gelegenheit gehabt, sich über die einschlägigen Normen zu informieren und entsprechende Maßnahmen zur Einhaltung des Nichtraucherschutzes zu treffen. Damit erweist sich auch die subjektive Tatseite als gegeben.

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.

Der Milderungsgrund der der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit kommt dem Berufungswerbers nicht mehr zu Gute, erschwerend war nichts zu werten. Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und auf den bis zu Euro 2.000,-- reichenden gesetzlichen Strafsatz, erweist sich die Geldstrafe auch bei bescheidenen Einkommensverhältnissen, Vermögenslosigkeit und bestehenden Sorgepflichten 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**

14.06.2011

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

© 2026 JUSLINE

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

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