

# TE UVS Wien 2013/07/17 04/G/14/15339/2012

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 17.07.2013

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch das Mitglied Dr. Findeis über die Berufung des Herrn Thomas K. vom 24.10.2012 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 2. Bezirk, vom 10.10.2012, Zahl MBA 02 - S 10065/12, wegen Übertretung des § 14 Abs. 4 iVm § 13c Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 Z 3 Tabakgesetz, nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung vom 17.7.2013, entschieden:

Gemäß § 66 Abs. 4 AVG wird der Berufung Folge gegeben, das Straferkenntnis aufgehoben und das Verfahren gemäß§ 45 Abs. 1 Z 3 VStG eingestellt. Der Berufungswerber hat gemäß§ 65 VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

## Text

Der Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 2. Bezirk, erkannte den Berufungswerber mit Straferkenntnis vom 10.10.2012 schuldig, er habe als Inhaber eines Betriebes zur Ausübung des ?Gastgewerbes in der Betriebsart Kaffeehaus? in seiner Betriebsstätte in Wien, O.-platz (?H. Cafe-Restaurant?) insofern gegen Obliegenheiten betreffend den Nichtraucherschutz gemäß § 13c des Tabakgesetzes verstoßen, als er nicht dafür Sorge getragen habe, dass in öffentlichen Räumen nicht geraucht werde, da am 17.4.2012 im Raucherbereich des Gastronomiebereiches (52 Verabreichungsplätze) Aschenbecher aufgestellt gewesen seien und geraucht worden sei, obwohl dieser Gastronomiebereich teilweise (Nichtraucherbereich mit 25 Verabreichungsplätzen und weitere 82 Verabreichungsplätze im Bereich der Mall, außerhalb der eigentlichen Betriebsanlage) in offener Verbindung zum Hauptverkehrsweg des Einkaufszentrums stehe und dieses Einkaufszentrum von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis zu bestimmten Zeiten betreten werden könne und daher dieser Gastronomiebereich als öffentlicher Ort im Sinne des § 1 Z 11 Tabakgesetz zu qualifizieren sei. Wegen Verletzung des § 14 Abs. 4 iVm § 13c Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 Z 3 Tabakgesetz verhängte die Erstbehörde gemäß § 14 Abs. 4 Tabakgesetz über den Berufungswerber eine Geldstrafe von 350 ?

(Ersatzfreiheitsstrafe: 2 Tage 10 Stunden) und schrieb gemäß§ 64 VStG einen erstinstanzlichen Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 10 % der verhängten Geldstrafe vor.

Das erstinstanzliche Verwaltungsstrafverfahren gründet sich auf eine Erhebung des Magistrates der Stadt Wien, Magistratsabteilung 59 - Marktamt, Marktamtsabteilung für den 2. und 22. Bezirk, vom 18.4.2012, wonach das Marktamtsaufsichtsorgan R.

B. am 17.4.2012 bezüglich des Lokales ?H. Cafe-Restaurant? in Wien, O.-platz,

laut offiziellem Orientierungsplan des Einkaufszentrums mit Top ... bezeichnet,

wahrgenommen habe, dass 52 Verabreichungsplätze im räumlich entsprechend abgetrennten Raucherraum und 25

Verabreichungsplätze im Nichtraucherbereich (Hauptraum) vorhanden gewesen seien. Eine Abtrennung des Nichtraucherbereiches zur Mall hin sei nicht vorgelegen. 82 weitere Verabreichungsplätze seien im Bereich der Mall, demnach außerhalb der eigentlichen Betriebsstätte, vorhanden gewesen. Dem Bericht sind zwei Lichtbilder angeschlossen, die den abgetrennten Raucherbereich im Lokalinneren und die Verabreichungsplätze in der Mall sowie den nicht von der Mall abgetrennten Eingangsbereich des Lokals zur Mall wiedergeben. Anlässlich einer mündlichen Stellungnahme am 19.6.2012 gibt der Berufungswerber vor der Erstbehörde an, alle notwendigen Schritte unternommen zu haben, um die Nichtraucherschutzbestimmungen einzuhalten: Es bestehe eine Tür vom Raucher- in den Nichtraucherraum, welche immer geschlossen gehalten werde. Es sei für ihn unvorstellbar, dass er tatsächlich noch eine zusätzliche Tür in den Mallbereich einbauen lassen müsse, um das Tabakgesetz einzuhalten. Gegen das in der Folge erlassene Straferkenntnis vom 10.10.2012 erhob der Berufungswerber fristgerecht Berufung. Darin wiederholt er seine bisherige Rechtsmeinung und argumentiert, dass die Gastronomiebetriebe in den Einkaufszentren so zu betrachten seien, dass sämtliche Betriebsflächen, auch die Mall als eine Einheit anzusehen seien, weil sie von allen Besuchern des Einkaufszentrums begehbar seien. Die Mall zähle ebenfalls als Betriebsfläche im gastronomischen Bereich. Ferner weist der Berufungswerber darauf hin, dass ein Fall wie der gegenständliche bisher noch nicht höchstgerichtlich beurteilt worden sei, da die bisherigen Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes sich auf gastronomische Betriebe in Einkaufszentren bezogen hätten, die über keine räumlich abgetrennten Raucherräume verfügt hätten.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien schaffte den Bezug habenden Betriebsanlagenakt des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 2. Bezirk, bei. Daraus geht hervor, dass der gegenständlichen Betriebsanlage mit Bescheid vom 21.7.2008, Zahl MBA 2 ? 3115/07BA, die Betriebsanlagengenehmigung im vereinfachten Verfahren gemäß § 359b GewO 1994 erteilt wurde. Der in diesem Bescheid enthaltenen Beschreibung der Betriebsanlage zufolge befindet sich diese in der Gesamtanlage des

Einkaufszentrums, umfasse ein Lokal mit der internen Bezeichnung Top ... sowie einen

Gästebereich im Bereich der Mall mit der internen Bezeichnung Top ... und werde als

Caférestaurant betrieben. Die Gesamtfläche der Betriebsanlage betrage ca 393 m<sup>2</sup>; sie bestehe im Wesentlichen aus einem ca 159 m<sup>2</sup> großen Gastraum mit ca 76 Verabreichungsplätzen, einer Küche mit ca 36 m<sup>2</sup> und einem Gästebereich im Mallbereich mit ca 128 m<sup>2</sup> mit ca 91 Verabreichungsplätzen. Laut einem Erhebungsbericht der Magistratsabteilung 36, vom 11.7.2011 habe der gewerbetypische Amtssachverständige Dipl.-Ing. S. anlässlich der Überprüfung der Betriebsanlage am 8.7.2011 festgestellt, dass abweichend vom genehmigten Zustand eine Trennwand für den Raucherbereich errichtet worden sei. Die Trennwand verfüge über der Anzahl der genehmigten Personen entsprechende Pendeltüren, welche in beide Richtungen für eine Flucht geeignet seien. Durch diese Änderungen sei eine zusätzliche Gefährdung bzw. Belästigung von Nachbarn/ Kunden nicht wahrscheinlich. Am 17.7.2013 fand vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Im Zuge seiner Einvernahme markierte der Berufungswerber in einer Kopie des Betriebsanlagenplanes die Trennung des Raucherraumes vom Nichtraucherbereich und führte dazu aus, dass der Raucherraum zur Mall hin mittels Holz- und Glaswand und zum Nichtraucherbereich mittels Glaswand, ebenfalls bis zur Decke abgetrennt sei. Der Raucherraum sei durch zwei Pendeltüren zu betreten. Der Nichtraucherbereich sei von der Mall im Bereich des Lagers durch eine Holzwand (komplett) abgetrennt. In weiterer Folge bilde eine Eisvitrine und eine Tortenvitrine, die etwas in Schrägstellung aufgestellt sei, eine Abgrenzung zur Mall. Daran anschließend sei der Ein- und Ausgangsbereich, der zur Gänze geöffnet sei. Eine optische Trennung zwischen Mall und Nichtraucherbereich sei aufgrund einer unterschiedlichen Bodengestaltung gegeben: Steinboden in der Mall, Fliesenboden im Lokalinneren und Laminatboden im Gästebereich in der Mall (90 Verabreichungsplätze; mit Mobiliar wie im anderen Lokalbereich).

Dazu wurde erwogen:

Die den Nichtraucherschutz in Räumen öffentlicher Orte und in Räumen der Gastronomie regelnden Bestimmungen der §§ 13 und 13a des Tabakgesetzes BGBl. 431/1995 idF BGBl. I 120/2008 lauten:

?§ 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.

(3) Die Ausnahme des Abs. 2 gilt nicht für schulische oder andere Einrichtungen, in denen Kinder oder Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden.

(4) Abs. 1 gilt nicht für Tabaktrafiken.

#### § 13a.

(1) Unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der §§ 12 und 13 gilt 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.

(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.

(3) Das Rauchverbot gemäß Abs. 1 gilt ferner nicht, wenn nur ein für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeigneter Raum zur Verfügung steht, und

1.

der Raum eine Grundfläche von weniger als 50 m<sup>2</sup> aufweist, oder,

2.

sofern der Raum eine Grundfläche zwischen 50 m<sup>2</sup> und 80 m<sup>2</sup> aufweist, die für eine Teilung des Raumes zur Schaffung eines gesonderten Raumes für den im Abs. 2 genannten Zweck erforderlichen baulichen Maßnahmen aufgrund einer rechtskräftigen Entscheidung der nach den bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtlichen Vorschriften zuständigen Behörde nicht zulässig sind.

(4) Das Rauchen darf jedoch auch in Räumen, in denen das Rauchverbot gemäß Abs. 1 nicht gilt, nur gestattet werden, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag gilt, wonach

1. ein nicht dem Betrieblichen Mitarbeiter- und Selbständigenversorgegesetz (BMSVG), BGBl. I Nr. 100/2002, in der jeweils geltenden Fassung, unterliegender Arbeitnehmer Anspruch auf Abfertigung im gesetzlichen Ausmaß hat, wenn er sein Arbeitsverhältnis wegen der Belastung durch die Einwirkung des Passivrauchens kündigt, und

2. die notwendige Zeit zum Besuch von diagnostischen Maßnahmen sowie Untersuchungen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz zu gewähren ist, und

3. gesundheitsfördernde Maßnahmen im Zusammenhang mit Passivrauchen am Arbeitsplatz im Einvernehmen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber festzulegen sind, und,

4. im Falle, dass der Betrieb über Räume verfügt, in denen Rauchverbot gilt oder das Rauchen vom Inhaber nicht gestattet wird, die Ausbildung oder Beschäftigung Jugendlicher überwiegend in jenen Räumen zu erfolgen hat, in denen nicht geraucht werden darf.

(5) Werdende Mütter dürfen in Räumen, in denen sie der Einwirkung von Tabakrauch ausgesetzt sind, nicht arbeiten.?

Die die Pflichten der Inhaber von Orten im Sinne des § 13 und 13a Abs. 1 regelnden Bestimmungen lauten:

?§ 13c.

(1) Die Inhaber von

1. Räumen für Unterrichts- oder Fortbildungszwecke oder für schulsportliche Betätigung gemäß § 12,

2.

Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13,

3.

Betrieben gemäß § 13a Abs. 1,

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

1.

in einem Raum gemäß § 12 Abs. 1 nicht geraucht wird;

2.

in einem Raum gemäß § 12 Abs. 2, soweit Rauchverbot gilt, nicht geraucht wird;

3.

in den Räumen eines öffentlichen Ortes, soweit nicht die Ausnahme gemäß § 13 Abs. 2 zum Tragen kommt, nicht geraucht wird;

4. 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;

5. in jenen Räumen der Betriebe gemäß § 13a Abs. 1, in denen das Rauchverbot wegen Vorliegens einer der Voraussetzungen gemäß § 13a Abs. 2 oder 3 nicht gilt, das Rauchen nur gestattet wird, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag gemäß § 13a Abs. 4 Z 1 bis 4 gilt;

6. die Bestimmungen des § 13a Abs. 4 Z 4 oder Abs. 5 hinsichtlich Jugendlicher oder werdender Mütter eingehalten werden,

7. der Kennzeichnungspflicht gemäß § 13b oder einer gemäß § 13 Abs. 5 erlassenen Verordnung entsprochen wird.?

Gemäß § 14 Abs. 4 des Tabakgesetzes hat, wer als Inhaber gemäß § 13c Abs. 1 Tabakgesetz gegen eine der im § 13c Abs. 2 leg. cit. festgelegten Obliegenheiten verstößt, eine mit Geldstrafe bis zu 2.000 ?, im Wiederholungsfall bis zu 10.000 ?

zu ahndende Verwaltungsübertretung zu verantworten. Der Berufungswerber ist Inhaber eines gastgewerblichen Betriebs im Sinne des §111 Abs1 Z 2 GewO in einem Einkaufszentrum. Die Betriebsstätte ist vom übrigen Einkaufszentrum baulich nicht abgetrennt.

Bei einem öffentlichen Ort handelt es sich nach der Definition in § 1 Z 11 Tabakgesetz um jeden 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". Die Abgrenzung zu öffentlichen Orten "im Freien", an denen eine Gefährdung durch Tabakrauch nicht bzw. weniger intensiv besteht, erfolgt durch die Eingrenzung auf "Räume" öffentlicher Orte. Räume sind bereits nach dem allgemein gebräuchlichen Begriffsverständnis dreidimensional eingegrenzte Bereiche, in denen infolgedessen auch nur eine begrenzte Frischluftzufuhr stattfinden kann. Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 1.10.2009, Zahl B 776/09, klargestellt, dass der Begriff "Räume an öffentlichen Orten" auch die "Mall" eines Einkaufszentrums sowie Gastronomiebetriebe ohne Abgrenzung zur "Mall" erfasst und ferner festgehalten, dass die - der Ausnahmeregelung des §13a Abs. 2 Tabakgesetz entsprechende - Möglichkeit, eigene Raucherräume einzurichten,

gemäß §13 Abs. 2 Tabakgesetz auch für Räume öffentlicher Orte gilt. Vor diesem Hintergrund liege es im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, gastgewerbliche Betriebe in Einkaufszentren weder den Regelungen für gastgewerbliche Betriebe nach §13a Abs. 1 Tabakgesetz noch einer gänzlich anderen, eigenständigen Regelung zu unterwerfen. Nach der Aktenlage und dem durchgeföhrten Beweisverfahren steht unbestritten fest, dass ein Teil des konkreten gastgewerblichen Betriebes in offener Verbindung zur Mall des Einkaufszentrums steht und der zweite Teil des Betriebs zur Gänze in der Mall gelegen ist. Im erstgenannten Teil existiert ein Raucherraum, der mit Ausnahme der beiden Pendeltüren, die außer zum kurzen Durchschreiten geschlossen gehalten werden, von der übrigen Betriebsstätte abgegrenzt ist. Die Erstbehörde ging in Verkennung der Rechtslage davon aus, dass für Gastronomiebetriebe ohne Abgrenzung zur Mall keine Möglichkeit der Einrichtung von Raucherräumen besteht und hat demnach nicht die Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand des § 13 Abs. 2 Tabakgesetz geprüft. Es war daher, nachdem innerhalb der Verjährungsfrist keine Verfolgungshandlung bezüglich des Fehlens (oder Nichtvorliegens) der in dieser Bestimmung angeführten Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand des § 13 Abs. 2 Tabakgesetz gesetzt wurde und insbesondere auch nicht der Vorwurf erhoben wurde, dass infolge der Anzahl der Verabreichungsplätze im Raucherraum gegenüber der Zahl der Verabreichungsplätze im Nichtraucherbereich eine Umgehung des Rauchverbotes vorliegt, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verfahren spruchgemäß einzustellen.

**Zuletzt aktualisiert am**

22.08.2013

**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)