

# TE UVS Wien 2013/06/21 04/G/33/12205/2012

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.06.2013

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch Mag. Lammer als Vorsitzende, Dr. Erbler als Berichterin und Vizepräsidentin Dr. Hason als Beisitzerin über die Berufung des Herrn Dzermal E., vertreten durch Rechtsanwalts-Partnerschaft, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 22. Bezirk, vom 31.7.2012, Zahl: MBA 22 - S 22470/12, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß § 14 Abs 4 iVm § 13c Abs 1 Z 2 und Abs 2 Z 3 Tabakgesetz, wie folgt entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt. Gemäß § 65 VStG wird dem Berufungswerber kein Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens auferlegt.

## Text

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wird dem Berufungswerber Folgendes zur Last gelegt:

?Sie haben als Inhaber eines Betriebes zur Ausübung des ?Gastgewerbes in der Betriebsart eines Eissalons? in Ihrer Betriebsstätte in Wien, Einkaufszentrum X., W.-Straße (?P.?) insofern gegen die Obliegenheiten betreffend den Nichtraucherchutz gemäß § 13c des Tabakgesetzes verstoßen, als Sie nicht dafür Sorge getragen hat, dass in öffentlichen Räumen nicht geraucht wird, da in der Zeit von 09.12.2011 bis 09.01.2012, jedoch zumindest

1)

am 09.12.2011 in der Zeit von 16:05 Uhr bis 16:10 Uhr

2)

am 10.12.2011 in der Zeit von 16:20 Uhr bis 16:25 Uhr

3)

am 07.01.2012 in der Zeit von 11:15 Uhr bis 11:19 Uhr und

4)

am 09.01.2012 in der Zeit von 16:10 Uhr bis 16:20 Uhr im Raucherbereich des Gastronomiebereiches am 07.01.2012 und am 09.01.2012 Aschenbecher aufgestellt waren und am 09.12.2011, am 10.12.2011, am 07.01.2012 und am 09.01.2012 zumindest 10 Gäste rauchten, obwohl dieser Gastronomiebereich teilweise (Nichtraucherbereich mit 30,6m<sup>2</sup> und ca. 15 Verabreichungsplätzen) in offener Verbindung zum Hauptverkehrsweg des Einkaufszentrums steht und dieses Einkaufszentrum von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis zu bestimmten Zeiten betreten werden kann und daher dieser Gastronomiebereich als öffentlicher Ort im Sinne des § 1 Z. 11 Tabakgesetz zu qualifizieren ist.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 14 Abs. 4 in Verbindung mit § 13c Abs. 1 Z. 2 und Abs. 2 Z. 3 des Tabakgesetzes, BGBl. Nr. 431/1995 idGF.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von Euro 3.000,00, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Woche, 4 Tagen und 4 Stunden gemäß § 14 Abs. 4 zweiter Strafsatz des Tabakgesetzes

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

Euro 300,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe. Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher Euro 3.300,00. Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.?

Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich das rechtzeitig erhobene Rechtsmittel, in welchem der Berufungswerber die Begehung der ihm angelasteten Verwaltungsübertretung bestreitet und vorbringt, dass der gegenständliche Betrieb ? P.? über einen Raucher- und einen Nichtraucherbereich verfüge, die voneinander räumlich getrennt seien. Es sei gewährleistet, dass der Tabakrauch nicht vom Raucher- in den Nichtraucherbereich gelange. Auch sei der Raucherbereich ausdrücklich als solcher gekennzeichnet und werde daher der Nichtraucherschutz sowohl in Räumen öffentlicher Orte als auch in Räumen der Gastronomie ordnungsgemäß eingehalten. Ein Verstoß gegen die Bestimmungen des Tabakgesetzes liege nicht vor.

Das gegenständliche Verwaltungsstrafverfahren gründet sich auf private Anzeigen vom 11.12.2011, 28.5.2012 und 29.5.2012.

Anlässlich einer am 20.12.2011 von der Magistratsabteilung 36 durchgeführten Erhebung (AS 83) wurde festgestellt, dass sich der gegenständliche Betrieb im Geschäftsverband der geschwungenen Brücke befinde und sich über Top ..9 und Top ..0 erstrecke. Top ..9 weise laut Plan eine Gesamtfläche von 30,6 m2 auf, Top ..0 eine Gesamtfläche von 19,37 m2. Top ..0 sei von der Brücke durch eine Glaskonstruktion und von Top ..9 durch eine Wand mit integrierter, händisch zu bedienender Schiebetür getrennt. Top ..0 werde als Raucherraum mit ca 23 Verabreichungsplätzen genützt, Top ..9 als Nichtraucherraum mit ca 15 Verabreichungsplätzen. Nach Abzug eines Arbeitsraumes in Top ..9 stünden für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste insgesamt (Top ..9 + ..0) ca 45 m2 zur Verfügung. Zur Aufforderung zur Rechtfertigung vom 5.6.2012 erstattete der Berufungswerber eine Stellungnahme, in welcher im Wesentlichen wie in der Berufung ausgeführt wurde. In der Folge wurde das nun angefochtene Straferkenntnis erlassen.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Unbestritten ist, dass der Berufungswerber Inhaber der ?P.?, somit eines Betriebes zur Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart eines Eissalons mit Betriebsstätte in Wien, Einkaufszentrum X., W.-Straße, ist.

Aufgrund des Erhebungsberichtes der Magistratsabteilung 36 vom 20.12.2011 (AS 83) steht als erwiesen fest, dass der gegenständliche Betrieb Top ..9 und Top ..0 im Geschäftsverband der geschwungenen Brücke umfasst, wobei Top ..9 eine Gesamtfläche von 30,6 m2 und Top ..0 eine Gesamtfläche von 19,37 m2 aufweisen. Top ..0 ist als Raucherraum mit ca 23 Verabreichungsplätzen eingerichtet und von der Brücke durch eine Glaskonstruktion sowie von Top ..9 durch eine Wand mit integrierter, händisch zu bedienender Schiebetür getrennt. Top ..9 wird als Nichtraucherraum mit ca 15 Verabreichungsplätzen genützt. Nach Abzug eines in Top ..9 gelegenen Arbeitsraumes stehen in Top ..9 und Top ..0 insgesamt ca 45 m2 für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste zur Verfügung.

Rechtlich ergibt sich Folgendes:

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 wie folgt:

§ 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 Selbständigenvorsorgegesetz (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 wie folgt:

§ 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 Tabakgesetz 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 2.000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 10.000 Euro zu bestrafen, wer als Inhaber gemäß § 13c Abs 1 gegen eine der im § 13c Abs 2 festgelegten Obliegenheiten verstößt. Gemäß der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind die Bestimmungen des Tabakgesetzes über den Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie auf in Einkaufszentren oder vergleichbaren Örtlichkeiten situierte Gastronomiebetriebe nur dann anzuwenden, wenn die gastronomisch genützten Räumlichkeiten in abgeschlossenen, von der Mall getrennten Räumen untergebracht sind (VwGH 21.09.2010, 2009/11/0209). Die erstinstanzliche Behörde geht nun im vorliegenden Fall davon aus, dass auch im Raucherraum des gegenständlichen, in einem Einkaufszentrum gelegenen Gastronomiebetriebes deshalb nicht geraucht werden darf, da der Betrieb über einen von der Mall nicht räumlich getrennten Nichtraucherbereich verfügt und somit in seiner Gesamtheit (obwohl der Raucherbereich sowohl von der Mall als auch vom Nichtraucherbereich vollständig abgetrennt ist) als in offener Verbindung zum Hauptverkehrsweg des Einkaufszentrums stehend zu qualifizieren sei. Dies ist aber nicht richtig, betreffen doch die oben zitierte Entscheidung sowie gleichgelagerte Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes und Unabhängigen Verwaltungssenates Wien Fallkonstellationen, in denen der Teil eines Gastronomiebetriebes, in dem das Rauchen gestattet war, vom Einkaufszentrum (oder einer vergleichbaren Einrichtung) nicht vollständig abgetrennt war. Im vorliegenden Fall ist aber ein Raucherraum vorhanden, der vollständig abgetrennt ist und in dem gastronomische Dienstleistungen erbracht werden.

Eine systematische Interpretation des Regulationssystems der §§ 13 und 13a Tabakgesetz zeigt, dass der Gesetzgeber für Räume öffentlicher Orte ein grundsätzliches Rauchverbot vorsieht, unter bestimmten Voraussetzungen jedoch die

Möglichkeit einräumt, in abgetrennten Räumen zu rauchen. Es ist daher auch im Anwendungsbereich des § 13 Tabakgesetz unter den in Abs 2 dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen zulässig, abgetrennte Raucherbereiche einzurichten. Durch § 13a Tabakgesetz werden Sonderbestimmungen für die Gastronomie geschaffen. Dabei wird - neben Ausnahmen für kleine, nur aus einem einzigen Raum bestehende Gastronomiebetriebe - festgelegt, in welchem Verhältnis die Räume, in denen im Gastronomiebetrieb geraucht werden darf, zu den mit Rauchverbot belegten Räumen zu stehen haben und zudem die Zulässigkeit, Raucherbereiche einzurichten, an die Schutzbedürfnisse von in Gastronomiebetrieben tätigen Arbeitnehmern geknüpft. Daraus ergibt sich nun für in Einkaufszentren, Möbelhäusern oder vergleichbaren Einrichtungen etablierten Gastronomiebetrieben, dass es zum Einen erforderlich ist, Räume, in denen das Rauchen gestattet wird, von den nicht gastronomisch genutzten Bereichen abzutrennen (vgl dazu auch VfGH 1.10.2009, G 127/08), zum Anderen ist die Einrichtung von Raucherräumen aber nur dann zulässig, wenn die in § 13a Tabakgesetz normierten Voraussetzungen erfüllt sind.

Wird daher in von der Mall eines Einkaufszentrums nicht vollständig abgetrennten Räumen das Rauchen gestattet, so liegt im Sinne der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ein Verstoß gegen das aus § 13 Abs 1 Tabakgesetz resultierende, in der gesamten Einrichtung als Raum eines öffentlichen Ortes geltende allgemeine Rauchverbot iSd § 13c Abs 2 Z 3 Tabakgesetz vor. Dies unabhängig davon, ob in diesem Raum das Gastgewerbe ausgeübt wird. Ist ein derartiger, gastronomisch genützter Raum aber (wie im vorliegenden Fall) vollständig abgetrennt, sind auf diesen die den Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie regelnden Bestimmungen gemäß § 13a Tabakgesetz anzuwenden.

Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Einrichtung eines gastronomisch genutzten Raucherraums ist es daher nicht relevant, ob die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten des Gastronomiebetriebes vollständig von der Mall eines Einkaufszentrums abgetrennt sind. Dies zeigt auch eine teleologische Interpretation des dargestellten Regelungssystems, berührt doch die Frage, ob zwei mit Rauchverbot belegte Bereiche vollständig von einander abgetrennt sind, keinen Schutzzweck des Tabakgesetzes.

Verfügt daher ein in einem Einkaufszentrum situierter Gastronomiebetrieb über mehrere von den Verkaufsflächen oder der Mall insoweit abgetrennte Räumlichkeiten, dass eine Beurteilung im Sinne des § 13a Abs 2 des Tabakgesetzes dahingehend möglich ist, ob der Hauptraum mit Rauchverbot belegt ist und die Mehrzahl der Verabreichungsplätze in den mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten liegt, so kann in einem vollständig abgetrennten Raum, wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt, das Rauchen gestattet werden.

Das dem Berufungswerber angelastete Verhalten, nämlich dass in der Zeit von 9.12.2011 bis 9.1.2012, zumindest aber am 9.12.2011, 10.12.2011, 7.1.2012 und 9.1.2012, im abgetrennten Raucherraum des Gastronomiebereiches das Rauchen gestattet wurde und rauchende Gäste anwesend waren, stellt daher keine Verwaltungsübertretung dar. Dass der Berufungswerber nicht dafür Sorge getragen hätte, dass in dem mit Rauchverbot belegten Hauptraum nicht geraucht wird, wurde ihm jedoch nicht angelastet.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

**Zuletzt aktualisiert am**

22.08.2013

**Quelle:** Unabhängige Verwaltungssenat 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)