

# TE Vwgh Erkenntnis 2018/3/28 Ra 2016/11/0010

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.03.2018

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
82/02 Gesundheitsrecht allgemein;

## Norm

AVG §58 Abs2;  
AVG §58;  
AVG §60;  
NKV 2009 §1 Abs1 Z2;  
NKV 2009 §1 Abs2 Z2 litb;  
NKV 2009 §1;  
NKV 2009 §2;  
TabakG 1995 §13b Abs4;  
TabakG 1995 §14 Abs4;  
VStG §24;  
VwGG §42 Abs2 Z1;  
VwGVG 2014 §29 Abs1;  
VwGVG 2014 §38;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler und den Hofrat Dr. Grünstäudl sowie die Hofrätin Dr. Pollak als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Soyer, über die Revision des M H in W, vertreten durch Dr. Patrick Ruth, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Kapuzinergasse 8/4, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 16. November 2015, Zl. VGW-021/020/7337/2015-13, betreffend Übertretung des Tabakgesetzes (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Magistrat der Stadt Wien Magistratisches Bezirksamt für den 15. Bezirk), zu Recht erkannt:

## Spruch

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

1 Der Revisionswerber betreibt ein Gastgewerbe in Form einer Bar. Mit Straferkenntnis vom 12. Mai 2015 wurde ihm vorgeworfen, er habe als "Inhaber eines Gastgewerbes in der Betriebsart einer Bar mit Standort in Wien ..., S. Straße 20, am 16.02.2015 um 12:15 Uhr insofern die Bestimmungen des § 1 Abs. 1 und 2 Nichtraucher-Kennzeichnungsverordnung - NKV, ... nicht eingehalten, als laut vorliegender Anzeige sich am Eingang zur Bar keine Hinweise darauf befanden, dass es sich um ein Raucherlokal handelt." Hierdurch habe er §14 Abs. 4 und § 13b Abs. 4 des Tabakgesetzes "in Verbindung mit § 2 Nichtraucher-Kennzeichnungsverordnung" verletzt und es wurde gemäß § 14 Abs. 4 TabakG eine Geldstrafe im Ausmaß von EUR 500,- verhängt.

2 In der dagegen erhobenen Beschwerde bezog sich der Revisionswerber zunächst auf seinen Einspruch im erstinstanzlichen Verfahren, in dem er vorgebracht hatte, dass er den gegenständlichen Gastronomiebereich am 1. Februar 2015 gepachtet habe. Es handle sich dabei um einen Teil eines früheren Lokals, dessen Eingang direkt an der Straße gewesen sei. Inzwischen befänden sich dort aber zwei Lokale, die von der Straße aus über einen gemeinsamen Vorraum zu betreten seien, welcher nicht vom Pachtvertrag des Revisionswerbers umfasst sei. Am Lokaleingang im Vorraum sei ein Hinweis unübersehbar angebracht gewesen, dass es sich um ein Raucherlokal handle. Der Hinweis sei jedenfalls vor Betreten des Lokals und sogar vom Gehsteig aus sichtbar gewesen. Darüber hinaus sei die Strafe unangemessen hoch, die Bemessung der Strafhöhe unzureichend begründet und die Begründung basiere nur auf Vermutungen.

3 Mit Schreiben vom 20. August 2015 legte der Revisionswerber den Miet- und Pachtvertrag über die verfahrensgegenständlichen Geschäftsräumlichkeiten vor.

4 Mit dem - nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergangenen - Erkenntnis des Verwaltungsgerichts wurde die Beschwerde in der Schuldfrage als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis diesbezüglich bestätigt, in der Straffrage wurde der Berufung insofern Folge gegeben, als die Geldstrafe von EUR 500,- auf EUR 250,- herabgesetzt wurde (Spruchpunkt I.). Weiters wurde ausgesprochen, dass das der Revisionswerber keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten habe (Spruchpunkt II.) und dass die Revision unzulässig sei (Spruchpunkt III.).

5 Begründend führte das Verwaltungsgericht - nach umfassender Wiedergabe des Verfahrensgangs, der Beweisergebnisse sowie der rechtlichen Grundlagen - aus, dass der im Spruch genannte Sachverhalt unbestritten sei. Strittig sei lediglich, ob es sich bei dem gegenständlichen Bereich um den tatsächlichen Eingang zur Bar handle. Es sei Sinn des Tabakgesetzes und in weiterer Folge der Kennzeichnung nach der NKV, Nichtraucher vor Tabakrauch zu bewahren, und daher habe die entsprechende Kennzeichnung so zu erfolgen, dass potentielle Kunden eines Gastgewerbelokals vor Betreten des Lokals "bereits von der Straße aus" erkennen können, ob es sich um ein Raucher- oder Nichtraucherlokal handle. Eine solche Kennzeichnung sei nicht vorhanden gewesen.

In der Beschwerdeverhandlung habe es der Revisionswerber unbestritten gelassen, dass sich die Betriebsanlage des Gastgewerbebetriebes auch auf den Vorraum erstrecke. Dementsprechend wäre eine Kennzeichnung beim Zugang zum Betrieb, dh. zur Betriebsanlage, erforderlich gewesen. Dem Vorbringen, dass der Revisionswerber nicht in der Lage und berechtigt gewesen sei, eine dementsprechende Kennzeichnung vorzunehmen, da der Vorraum nicht Gegenstand des Mietvertrages gewesen sei, sei zu entgegnen, dass es die Verpflichtung des Revisionswerbers gewesen wäre, durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen eine solche Kennzeichnung zu ermöglichen.

Zur Strafhöhe wurde ausgeführt, dass sich das Verschulden des Revisionswerbers als erheblich erweise, da er um das Fehlen der Kennzeichnung gewusst habe und sich auf einen nicht haltbaren Rechtsstandpunkt berufen habe. Es seien keine Erschwerungsgründe hervorgekommen, Einkommen, Vermögen und Sorgepflichten des Revisionswerbers seien aufgrund mangelnder Angaben geschätzt worden.

6 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision zu der das Landesverwaltungsgericht Wien die Verfassensakten vorlegte und die belangte Behörde eine Revisionsbeantwortung erstattete.

7 Zur Zulässigkeit wurde vorgebracht, dass einerseits Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Auslegung des § 1 Abs. 1 und 2 NKV fehle und andererseits das in Revision gezogene Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshof abweiche, nach der der Spruch eines Straferkenntnisses so gefasst sein müsse, dass die Subsumtion der als erwiesen angenommenen Tat unter die verletzte Verwaltungsvorschrift eindeutig und vollständig erfolgt, also aus der Tathandlung sogleich auf das Vorliegen einer bestimmten Übertretung geschlossen werden könne.

8 Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Revision erwogen:

9 Die Revision ist aus den in ihr genannten Gründen zulässig. Sie ist auch begründet.

10 Das Bundesgesetz über das Herstellen und Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherchutz, BGBl. Nr. 431/1995 in der hier noch maßgebenden Fassung BGBl. I Nr. 120/2008 (TabakG), lautet auszugsweise:

"Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie § 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) 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.

...

Kennzeichnungspflicht

§ 13b.

...

(4) In Betrieben gemäß § 13a Abs. 1 ist kenntlich zu machen, ob in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen Rauchverbot gilt oder nicht, oder, sofern Rauchverbot nicht gilt, das Rauchen vom Inhaber gestattet wird oder nicht. In Räumen, in denen geraucht werden darf, hat die Kennzeichnung überdies den Warnhinweis "Rauchen gefährdet Ihre Gesundheit und die Gesundheit Ihrer Mitmenschen" zu enthalten und ist die Kennzeichnung in ausreichender Größe und Zahl so anzubringen, dass sie überall im Raum gut sichtbar und der Warnhinweis gut lesbar ist.

(5) Die Bundesministerin für Gesundheit, Familie und Jugend wird ermächtigt, Näheres über Inhalt, Art und Form der Kennzeichnung durch Verordnung festzulegen.

...

Obliegenheiten betreffend den Nichtraucherchutz

§ 13c. (1) Die Inhaber von

...

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

...

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

...

Strafbestimmungen

§ 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.

..."

Die relevanten Bestimmungen aus der Verordnung der Bundesministerin für Gesundheit, Familie und Jugend über die Kennzeichnungspflicht betreffend den Nichtraucherschutz in der Gastronomie (Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung - NKV), BGBl. II Nr. 424/2008, lauten:

"Kennzeichnung am Eingang des Lokals

§ 1. (1) In Betrieben gemäß § 13a Abs. 1 des

Tabakgesetzes ist unmittelbar beim Eingang zum Lokal kenntlich zu machen, ob,

1. sofern nur ein einziger Gastraum vorhanden ist, darin

geraucht werden darf oder nicht, oder

2. sofern mehrere Gasträume vorhanden sind, in keinem

dieser Gasträume geraucht werden darf, oder gemäß § 13a Abs. 2 des Tabakgesetzes in einem eigens dafür vorgesehenen Gastraum geraucht werden darf.

(2) Die Kennzeichnung hat durch Symbole zu erfolgen, die in Gestaltung und Farbgebung sowie Mindestgröße den Abbildungen in der Anlage zu entsprechen haben und beim Betreten des Betriebes gut sichtbar sein müssen. Als Symbol ist zu verwenden:

1. in den Fällen des Abs. 1 Z 1

a) sofern im Gastraum geraucht werden darf, das Symbol gemäß Abb. 1 (rauchende Zigarette auf grünem Hintergrund);

b) sofern im Gastraum nicht geraucht werden darf, das Symbol gemäß Abb. 2 (durchgestrichene rauchende Zigarette auf rotem Hintergrund);

2. in den Fällen des Abs. 1 Z 2

a) sofern in keinem Gastraum geraucht werden darf, das Symbol gemäß Abb. 2;

b) sofern in einem eigens dafür vorgesehenen Gastraum geraucht werden darf, das Symbol gemäß Abb. 3 (rauchende Zigarette auf grünem Hintergrund und durchgestrichene rauchende Zigarette auf rotem Hintergrund); zusätzlich zum Symbol hat die Kennzeichnung den schriftlichen Hinweis "Abgetrennter Raucherraum im Lokal" aufzuweisen.

(3) Verfügt das Lokal über mehrere Eingänge, so gilt die Kennzeichnungspflicht für jeden Eingang.

(4) Als Gastraum im Sinne dieser Verordnung gilt jeder Raum, der der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dient.

Kennzeichnung am Eingang zum Gastraum und im Gastraum § 2. (1) Jeder Eingang zu einem Gastraum ist mit einem Symbol gemäß Abb. 1 oder 2 der Anlage so zu kennzeichnen, dass bereits vor Betreten des Gastraumes deutlich erkennbar ist, ob in dem Gastraum geraucht werden darf oder nicht.

(2) Darf im Gastraum nicht geraucht werden, so ist dies im Raum durch jenes Symbol zu kennzeichnen, das in Gestaltung und Farbgebung (durchgestrichene rauchende Zigarette auf rotem Hintergrund) sowie Mindestgröße der Abb. 2 der Anlage entspricht.

(3) Darf im Gastraum geraucht werden, so ist dies im Raum durch jenes Symbol zu kennzeichnen, das in Gestaltung und Farbgebung (rauchende Zigarette auf grünem Hintergrund) sowie Mindestgröße der Abb. 1 der Anlage entspricht.

(4) Die Symbole gemäß Abs. 2 oder 3 sind im Gastraum in ausreichender Zahl so anzubringen, dass sie überall im Raum gut sichtbar sind.

(5) Jedes Symbol gemäß Abb. 1 der Anlage ist durch den Warnhinweis gemäß § 13b Abs. 4 zweiter Satz des Tabakgesetzes zu ergänzen. Am Eingang zum Gastraum (Abs. 1) ist der Warnhinweis in ausreichender Größe so anzubringen, dass er gut lesbar ist. In den Gasträumen (Abs. 3) ist der Warnhinweis in ausreichender Zahl und Größe so anzubringen, dass er überall im Raum gut sichtbar und gut lesbar ist."

11 Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs sind die Erkenntnisse der Verwaltungsgerichte gemäß § 29 Abs. 1 zweiter Satz VwGVG zu begründen. Vor dem Hintergrund des § 38 VwGVG iVm. § 24 VStG hat das Verwaltungsgericht seine Entscheidung iSd. § 58 AVG zu begründen. Im Sinne des § 60 AVG sind in der Begründung die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die für die Beweiswürdigung maßgeblichen Erwägungen, sowie die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich zusammenzufassen. Das Verwaltungsgericht hat somit den entscheidungswesentlichen Sachverhalt festzustellen und die Gründe anzugeben, welche es in Ausübung der freien Beweiswürdigung dazu bewogen haben, gerade jenen Sachverhalt festzustellen (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung VwGH 5.4.2017, Ra 2017/11/0006).

Im vorliegenden Fall hat sich das Verwaltungsgericht darauf beschränkt, den Verfahrensgang wiederzugeben, Rechtsgrundlagen anzuführen und danach auszuführen, warum es die Rechtsansicht des Revisionswerbers als verfehlt erachtet. Im gegenständlichen Fall wären (gegebenenfalls auch Negativ-)Feststellungen zu den örtlichen Gegebenheiten und dazu zu treffen gewesen, ob bzw. wo der Revisionswerber Kennzeichnungen im Sinne der NKV angebracht hatte. Derartige Feststellungen waren schon deshalb nicht entbehrlich, weil - wie auch das Verwaltungsgericht zugesteht - strittig war, ob es sich bei der straßenseitigen Tür ohne Kennzeichnung tatsächlich um den "Eingang zur Bar" handelte.

12 Es ist jeweils vor Betreten des Lokals (§ 1 NKV) bzw. des einzelnen Gastraums (§ 2 NKV) durch entsprechende Hinweisschilder deutlich zu machen, ob im Lokal/im konkreten Gastraum geraucht werden darf. In den Fällen des § 1 Abs. 1 Z 2 NKV - also bei Vorhandensein mehrerer Gasträume, wobei in einem ("eigens dafür vorgesehenen") Gastraum geraucht werden darf - ist gemäß § 1 Abs. 2 Z 2 lit. b letzter Halbsatz NKV zusätzlich zum Symbol der schriftliche Hinweis "Abgetrennter Raucherraum im Lokal" erforderlich. Dem liegt offenbar der Gedanke zu Grunde, dass der Gast, bevor er ein Lokal bzw. einen einzelnen Gastraum betritt, über die tatsächlichen Gegebenheiten im Lokal zu informieren ist, um sich darauf einstellen bzw. entscheiden zu können (VwGH 17.6.2013, 2012/11/0235).

Auch vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist jedoch nicht davon auszugehen, dass es, wie das Verwaltungsgericht ausgeführt hat, jedenfalls "von der Straße aus" ersichtlich zu sein hat, ob es sich um ein Raucherlokal handelt oder nicht, völlig unabhängig von den örtlichen Gegebenheiten (man denke etwa an ein Lokal in einem Einkaufszentrum).

§ 1 Abs. 1 der NKV ordnet die Kennzeichnung "unmittelbar beim Eingang zum Lokal" an, nach § 1 Abs. 2 der NKV muss die Kennzeichnung "beim Betreten des Betriebes gut sichtbar sein". Der Revisionswerber hat im Verwaltungsstrafverfahren mehrmals (auch unter Vorlage eines Fotos) vorgebracht, beide Voraussetzungen seien erfüllt gewesen. Feststellungen dazu fehlen im angefochtenen Erkenntnis, da das Verwaltungsgericht die Rechtslage insofern verkannt hat, als es davon ausging, die Kennzeichnung müsse jedenfalls "von der Straße aus" sichtbar sein.

13 Im Übrigen wird angemerkt, dass der Spruch insofern widersprüchlich ist, als zuerst eine Verletzung der "Bestimmungen des § 1 Abs. 1 und 2 Nichtraucherenschutz-Kennzeichnungsverordnung" angelastet wird und in weiterer Folge unter der Überschrift "Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt" § 14 Abs. 4 und § 13b Abs. 4 des TabakG iVm. § 2 NKV genannt wird. Darüber hinaus ist nicht klar ersichtlich, welche konkrete Verpflichtungen der NKV der Revisionswerber verletzt haben soll.

14 Das angefochtene Erkenntnis war aus den genannten Gründen gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit aufzuheben.

15 Eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 4 VwGG unterbleiben.

16 Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

Wien, am 28. März 2018

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2018:RA2016110010.L00

**Im RIS seit**

25.04.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

09.05.2018

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

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