



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38650
Telefax: (43 01) 4000 99 38650
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: VGW-021/051/11163/2015-3
M. F.

Wien, 19.01.2016
Rov

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Pichler über die Beschwerde des Herrn M. F., vertreten durch Rechtsanwalt, gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 30.10.2013, Zl. MBA ... - S 24673/13, betreffend Übertretung des Tabakgesetzes,

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 und 3 VStG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

Der Spruch des in Beschwerde gezogenen Straferkenntnisses lautet wie folgt:

„Sie haben es als verantwortlicher Beauftragter gemäß § 9 Abs. 2 VStG 1991 der S. Ges.m.b.H. (FN ...) mit Sitz in Wien, M.-straße, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Inhaberin des Gastgewerbebetriebes "B." mit Standort in Wien, G.-gasse/L. Kinocenter als weitere Betriebsstätte zum Hauptbetrieb in Wien, W.-straße (D.) Top Nr. ..., Reg. ZI. ..., insofern gegen die Obliegenheiten betreffend den Nichtraucherschutz gemäß 13c des Tabakgesetzes verstoßen hat, als am 7.05.2013 und am (amtliche Kontrolle durch ein Aufsichtsorgan der Magistratsabteilung 59 - Marktamtsabteilung für den ... Bezirk), am 21.08.2013 und am 13.09.2013 (neuerliche amtliche Kontrolle durch ein Aufsichtsorgan der Magistratsabteilung - Marktamtsabteilung für den ... Bezirk) nicht Sorge getragen wurde, dass im betreffenden Betrieb, der über mehr als eine Räumlichkeit zur Verabreichung von Speisen und Getränken verfügt, gewährleistet war, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt, da im obgenannten Gastgewerbebetrieb, der über mehrere Gasträume verfügt, die der Verabreichung von Speisen und Getränken dienen, der Hauptraum nicht im Nichtraucherbereich liegt und somit entgegen der Bestimmungen des Tabakgesetzes zu den Kontrollzeitpunkten als Rauchergastraum geführt wurde, da es sich bei dem Hauptraum des Betriebes um jenen Gastraum handelt, in welchem sich auch die Schank, mehrere Billardtische und 113 Verabreichungsplätze befinden, und somit auch nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze im Nichtraucherbereich liegen, wobei dieser Gastraum zum Zeitpunkt als "Raucherbereich" gekennzeichnet war und am 14.06.2013 zumindest 2 Personen und am auch zumindest 2 Personen geraucht haben, und somit das Rauchen gestattet wurde, und dieser Gastraum von den Gästen betreten werden muss, um zu dem dahinter liegenden Nichtrauchergastraum zu gelangen, obwohl entsprechend dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes ZI. 2012/11/0235 vom 17.06.2013 der Nichtrauchergastraum ohne Durchschreiten des Raucherraumes erreichbar sein muss.

Der Nichtraucherbereich befindet sich anschließend an den Raucherraum im hinteren Bereich des Betriebes, wo ebenfalls Billardtische aufgestellt sind und insgesamt 20 Verabreichungsplätze zur Verfügung stehen. Um zum Nichtrauchergastraum zu gelangen, müssen die Gäste den Rauchergastraum durchqueren Die 23 im öffentlichen Bereich der L. liegenden Nichtraucherplätze, in Form eines Gastgartens eingerichtet (im öffentlichen Raum verliert der Gastraum seine Qualifikation als Raum der Gastronomie und damit auch die Sonderbehandlung nach § 13a Tabakgesetz), und die 62 im Gastgewerbebetrieb "A." vorhandenen Nichtraucherplätze können auf Grund des äußeren Erscheinungsbildes als einheitlicher Betrieb nicht dem o.a. Gastgewerbebetrieb als Nichtraucherplätze zugerechnet werden.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

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

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von € 2.000,00, falls diese uneinbringlich ist,

Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen

gemäß § 14 Abs. 4 zweiter Strafsatz des Tabakgesetzes, BGBl. Nr. 431/1995 iVm § 9 VStG 1991.

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen: € 200,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe (mindestens jedoch € 10,00 je Übertretung). Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 2.200,00. Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

Die S. Ges.m.b.H. haftet für die mit diesem Bescheid über den zur Vertretung nach außen verantwortlichen Beauftragten, Herrn M. F., verhängte Geldstrafe von € 2.000,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von € 200,00 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs.7 VStG zur ungeteilten Hand.“

In seiner frist- und formgerecht erhobenen Beschwerde bekämpft der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer die ihm angelastete Verwaltungsübertretung mit der Begründung, der Tatvorwurf sei verjährt.

Dazu wird ausgeführt, das Straferkenntnis vom 30.10.2013 sei erst am 11.09.2015 zugestellt worden, weshalb Verfolgungsverjährung eingetreten sei.

Zudem seien keine konkreten Tatzeiten angelastet worden, hinsichtlich der am 07.05.2013 und am 21.08.2013 angelasteten Tathandlungen sei ein für eine Übertretung der angeführten Bestimmungen essenzielles Tatbestandsmerkmal, nämlich dass im Gastronomielokal geraucht wurde, nicht angelastet worden.

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung verwies der Vertreter des Beschwerdeführers darauf, dass dieser bereits mit Wirksamkeit vom 30.06.2013 aus dem Unternehmen ausgeschieden ist.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, es sei deshalb Verfolgungsverjährung eingetreten, weil das Straferkenntnis erst im September 2015 zugestellt wurde, ist ihm entgegen zu halten, dass das Straferkenntnis bereits im November 2013 an die haftungspflichtige Gesellschaft zugestellt wurde, eine Zustellung an den Beschwerdeführer ist zum selben Zeitpunkt an die Adresse dieses Unternehmens erfolgt. Bei dieser Adresse handelte es sich allerdings offensichtlich nicht mehr um eine Abgabestelle des Beschwerdeführers, weil dieser nicht mehr Arbeitnehmer dieser Gesellschaft war.

Die Verfolgungsverjährungsfrist im Sinne des § 31 Abs. 1 VStG wird jedoch bereits dadurch unterbrochen, dass eine Verfolgungshandlung im Sinne des § 32 Abs. 2 VStG die Sphäre der Behörde verlässt.

Im Übrigen wurde dem Beschwerdeführer eine Aufforderung zur Rechtfertigung, die denselben Tatvorwurf enthält, persönlich am 02.10.2013 zugestellt.

Eine Tatanlastung wie sie auch dem nunmehr in Beschwerde gezogenen Straferkenntnis zugrunde liegt, ist daher jedenfalls innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist ergangen.

Voraussetzung dafür, dass eine Verfolgungshandlung im Sinne des § 32 Abs. 2 VStG vorliegt, ist aber, dass diese alle wesentlich Tatbestandmerkmale im Sinne des § 44a Z 1 VStG umfasst und durch die Tatanlastung die Gefahr einer Doppelbestrafung ausgeschlossen und für den Beschuldigten des Verwaltungsstrafverfahrens verdeutlicht wird, welches konkrete Verhalten ihm angelastet wird.

Gemäß § 44a Z 1 VStG hat der Spruch, wenn er nicht auf Einstellung lautet, die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten.

Im Sinne der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist es nach der letztgenannten Bestimmung rechtlich geboten, die Tat hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau zu umschreiben, dass

1. die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale ermöglicht wird,
2. die Identität der Tat (z.B. nach Ort und Zeit) unverwechselbar feststeht.

Was Punkt 2 anlangt, muss im Spruch des Straferkenntnisses dem Beschuldigten die Tat insoweit in konkretisierter Umschreibung zum Vorwurf gemacht werden, dass der Beschuldigte in die Lage versetzt wird, im ordentlichen Verwaltungsstrafverfahren und gegebenenfalls im außerordentlichen Verfahren (Wiederaufnahmeverfahren) auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, und der Spruch geeignet

sein, den Beschuldigten (Bestraften) rechtlich davor zu schützen, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden (VwGH, verstärkter Senat, 13.6.1984, Slg. 11466A).

Diesen Erfordernissen genügt die Darstellung der Tat im Beschwerde gezogenen Straferkenntnis, damit aber auch in allen innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist ergangenen Verfolgungshandlungen aus nachstehenden Gründen nicht:

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 m² aufweist, oder,
2. sofern der Raum eine Grundfläche zwischen 50 m² und 80 m² 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 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,-- Euro, im Wiederholungsfall bis zu 10.000,-- Euro zu ahndende Verwaltungsübertretung zu verantworten.

Die hier zu beurteilende Darstellung der Tat, in der teilweise wörtlich eine Anzeige eines Kontrollorganes wiedergegeben wird, vermengt unterschiedliche Tatbestandselemente, die potenzielle Verletzungen der Nichtraucherbestimmungen in einem Gastronomiebetrieb darstellen. So wird einerseits ausgeführt, es sei nicht gewährleistet, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt, zum anderen wird – durch Fettschrift hervorgehoben – ausgeführt, der Hauptraum liege nicht im Nichtraucherbereich und zusätzlich darauf verwiesen, dass dieser Bereich durchschritten werden muss, um in den Nichtraucherraum zu gelangen.

Weiters wird ausgeführt, „die 62 im Gastgewerbebetrieb ... vorhandenen Nichtraucherplätze können aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes als einheitlicher Betrieb nicht dem o.a. Gastgewerbebetrieb als Nichtraucherplätze zugerechnet werden“.

Sprachlich wird damit zum einen ausgedrückt, dass es sich bei den angeführten Bereichen, in denen durch dasselbe Unternehmen gastronomische Dienstleistungen angeboten werden, um einen einheitlichen Betrieb handelt, zum

anderen wird aber dargelegt, dass diese Verabreichungsplätze bei der Aufteilung von Raucher- und Nichtraucherbereichen nicht berücksichtigt werden können.

Tatsächlich handelt es sich bei diesem Teil der Darstellung der Tat um eine wörtliche Wiedergabe von Formulierungen in der Anzeige, mit der offensichtlich gerade zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass kein einheitlicher Gastronomiebetrieb vorliegt, wobei dann dem anzeiglegenden Kontrollorgan ein Schreibfehler unterlaufen sein dürfte.

Der tatsächliche Kern des Tatvorwurfes, wie er sowohl der Sachverhaltsdarstellung eines behördlichen Kontrollorganes, als auch den Anzeigen einer Privatperson zu Grunde liegt, ist tatsächlich, dass der aufgrund der örtlichen Verhältnisse als Hauptraum anzusehende Teil des in einem Einkaufszentrums situierten Gastronomiebetriebes als Raucherbereich geführt wird und der als Nichtraucherbereich geführte Teil des vollständig vom Mallbereich abgetrennten Gastronomiebetriebes tatsächlich den Räumlichkeiten, in denen geraucht werden darf, untergeordnet ist. Des Weiteren wird eine Verletzung der Bestimmungen des Tabakgesetzes auch darin gesehen, dass eben dieser Raucherraum von Gästen, die den Nichtraucherbereich aufsuchen wollen, durchschritten werden muss.

Dieser Tatvorwurf lässt sich aus der sprachlich missglückten Darstellung der Tat aufgrund der Vermengung von unterschiedlichen, für den tatsächlichen Tatvorwurf relevanten, aber auch von dazu irrelevanten bzw. unrichtigen Tatbestandselementen (wie etwa dem Vorwurf, es sei nicht gewährleistet, dass Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt) nicht erkennen.

Hinreichend deutlich im Sinne des Konkretisierungsgebotes des § 44a Z. 1 VStG ist letztlich nur erkennbar, dass die belangte Behörde dadurch, dass der Nichtrauchertraum nicht ohne Durchschreiten des Raucherraums erreichbar ist, den Tatbestand als verwirklicht ansieht.

Dieser Sachverhalt stellt jedoch tatsächlich keine Verwaltungsübertretung dar (vergleiche die authentische Interpretation des § 13a Abs. 2 des Tabakgesetzes, BGBl. I Nr. 12/2014).

Da dieses, noch hinreichend konkret angelastete Tatbestandselement keine Verwaltungsübertretung darstellt und die tatsächlich den Gegenstand einer Übertretung des § 13a Abs. 2 des Tabakgesetzes bildenden Tatbestandselemente in den beiden innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist ergangenen Verfolgungshandlungen nicht hinreichend konkret im Sinne des § 44a Z. 1 VStG angelastet wurden, war das bekämpfte Straferkenntnis spruchgemäß zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 2 und 3 VStG einzustellen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf die im Spruch genannte Bestimmung.

Da sich die Entscheidung an der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu den Nichtraucherschutzbestimmungen des Tabakgesetzes und den Sprucherfordernissen im Sinne des § 44a Z 1 VStG orientiert und diese hinsichtlich der hier zu beurteilenden Fallkonstellation einheitlich ist, liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nicht vor, weshalb die Revision nicht zuzulassen war, zumal der getroffenen Entscheidung auch keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Pichler
Richter