

**Entscheidende Behörde**

UVS Tirol

**Entscheidungsdatum**

28.07.2009

**Geschäftszahl**

2009/11/0640-10

**Spruch**

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch den Vorsitzenden Dr. Christoph Purtscher über die Berufung des Herrn T. K., vertreten durch Dr. W. L. und Dr. W. L., Rechtsanwälte in XY, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Innsbruck vom 13.02.2009, Zahl SI-220-2009, betreffend Übertretungen nach dem Tabakgesetz, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung wie folgt:

**I.**

Gemäß § 66 Abs 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG) in Verbindung mit §§ 24, 51, 51c und 51e Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) wird der Berufung gegen Spruchpunkt 1. des erstinstanzlichen Straferkenntnisses insoweit Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe von Euro 1.000,- (Ersatzfreiheitsstrafe von 240 Stunden) auf Euro 500,- (Ersatzfreiheitsstrafe von 84 Stunden) herabgesetzt wird. Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Bei der als erwiesen angenommenen Tat hat es wie folgt zu lauten:

„1. Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der XY GmbH mit dem Sitz in V., welche Inhaberin des Cafe „XY“ im Einkaufszentrum ist, unterlassen, dafür Sorge zu tragen, dass in diesem Cafe, welches Teil des öffentlichen Ortes „Einkaufszentrum“ ist, am 15.01.2009, 10.50 Uhr, trotz des dort bestehenden Rauchverbotes, durch Gäste des Cafes nicht geraucht wird.“

Die durch die Tat verletzten Verwaltungsvorschriften werden durch § 13 Abs 1 Tabakgesetz ergänzt.

Nach § 64 Abs 1 und 2 VStG wird der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu Spruchpunkt 1) mit Euro 50,00 neu festgesetzt.

**II.**

Gemäß § 66 Abs 4 AVG in Verbindung mit §§ 24, 51, 51c und 51e VStG wird der Berufung gegen Spruchpunkt 2. des erstinstanzlichen Straferkenntnisses insoweit Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe von Euro 1.000,- (Ersatzfreiheitsstrafe von 240 Stunden) auf Euro 500,- (Ersatzfreiheitsstrafe von 84 Stunden) herabgesetzt wird. Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Bei der als erwiesen angenommenen Tat hat es wie folgt zu lauten:

„2. Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der XY GmbH mit dem Sitz in V., welche Inhaberin des Cafe „XY“ im Einkaufszentrum in XY ist, nicht dafür Sorge getragen, dass in diesem Cafe, welches Teil des öffentlichen Ortes „Einkaufszentrum“ ist, am 15.01.2009, 10.50 Uhr, Rauchverbotshinweise oder Rauchverbotssymbole in ausreichender Zahl angebracht waren. Im Barbereich war kein Rauchverbotshinweis oder Rauchverbotssymbol angebracht; vielmehr waren auf den im Barbereich befindlichen Tischen und auf der Bar selbst das „Raucherlaubnissymbol - rauchende Zigarette auf grünem Hintergrund“ angebracht.“

Die durch die Tat verletzten Verwaltungsvorschriften werden durch § 13c Abs 1 Z 2 Tabakgesetz ergänzt. Nach § 64 Abs 1 und 2 VStG wird der Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu Spruchpunkt 2) mit Euro 50,00 neu festgesetzt.

**Text**

Mit dem nunmehr angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Innsbruck vom 13.02.2009, Zahl SI-220-2009, wurde Herrn T. K. zur Last gelegt,

- 1) er habe am 15.01.2009 um 10.50 Uhr im Einkaufszentrum XY, V., als Inhaber des Cafes „XY“, welches sich in einem Einkaufszentrum und somit an einem öffentlichen Ort befinde, nicht dafür Sorge getragen,

dass in den genannten Räumlichkeiten nicht geraucht wird, obwohl das Rauchen an einem öffentlichen Ort verboten ist, und

- 2) er habe es am 15.01.2009 um 10.50 Uhr im Einkaufszentrum XY, V., als Inhaber des Cafes „XY“, welches sich in einem Einkaufszentrum und somit an einem öffentlichen Ort befindet, unterlassen, das Rauchverbot durch den Rauchverbotshinweis „Rauchen verboten“ oder durch Rauchverbotssymbole, diese in ausreichender Zahl und Größe, kenntlich zu machen.

Dadurch habe der Beschuldigte zu 1) eine Verwaltungsübertretung nach § 13c Abs 1 Z 2 iVm § 13c Abs 2 Z 3 und § 14 Abs 4 Tabakgesetz sowie zu 2) eine Verwaltungsübertretung nach § 13c Abs 2 Z 7 iVm § 13 Abs 1 bis 3 sowie § 14 Abs 4 Tabakgesetz begangen, weshalb über ihn gemäß § 14 Abs 4 leg cit zu 1) und 2) jeweils eine Geldstrafe in der Höhe von Euro 1.000,00 (Ersatzfreiheitsstrafe von jeweils 240 Stunden) verhängt wurde. Der vom Beschuldigten zu leistende Beitrag zu den Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens wurde gemäß § 64 VStG mit 10 % der Geldstrafen bestimmt.

Gegen dieses Straferkenntnis hat der rechtsfreundlich vertretene T. K. fristgerecht Berufung erhoben und ausgeführt wie folgt:

„Dem Beschuldigten wird vorgeworfen, dass er es unterlassen habe dafür Sorge zu tragen, dass in den Räumlichkeiten seines Lokals nicht geraucht wird, da das Rauchen an einem öffentlichen Ort verboten ist und weiters, dass er als Inhaber des Lokals es unterlassen habe, das Rauchverbot entsprechend zu kennzeichnen.

Dieser Vorwurf wird durch die Behörde gegenüber dem Beschuldigten zu unrecht erhoben und wird dies begründet wie folgt:

- 1) Gleichheitswidrigkeit des Bescheides gemäß Artikel 7 B-VG und Artikel 2 StGG:

Ein Bescheid ist gleichheitswidrig, wenn er sich auf ein gleichheitswidriges Gesetz stützt oder wenn die Behörde - unter Außerachtlassung des Gebotes verfassungskonformer Interpretation - einem Gesetz einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt (VfSlG 10459 u.a.)

Das Tabakgesetz sieht bereits seit 1995 Regelungen zum Schutz der Bevölkerung vor der gesundheitlichen Belastung des Passivrauchens vor. Seither wurden die Nichtraucherenschutzbestimmungen immer weiter ausgebaut, zuletzt nunmehr mit der Tabakgesetz-Novelle 2008 (BGBl I Nr 120/2008). Mit dieser Novelle wurde auch die Gastronomie in die Nichtraucherenschutzvorschriften mit einbezogen. Es wurden Obliegenheiten der Inhaber der Gastronomiebetriebe für die Rauchverbot festgelegt und entsprechende Sanktionen bei Zuwiderhandeln. Gemäß § 13a Tabakgesetz wird allgemein geregelt, dass grundsätzlich Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gästen dienenden Räumen von Betrieben der Gastronomie inklusive der Beherbergung von Gästen gilt. Von diesem Rauchverbot sind Ausnahmen zulässig und zwar in Betrieben mit nur einem Raum mit einer Grundfläche von weniger als 50 m<sup>2</sup> oder mit einer Grundfläche zwischen 50 und 80 m<sup>2</sup>, wenn bauliche Maßnahmen zur Raumteilung zB baurechtlich nicht zulässig sind. Bei mehreren Räumen dürfen unter weiteren Voraussetzungen Räume mit Raucherlaubnis eingerichtet werden.

Das Gesetz ist mit 1.1.2009 in Kraft getreten und wurde dem Beschuldigten von der Einkaufszentrumsleitung mitgeteilt, dass nach Interpretation der Behörde offensichtlich ein Einkaufszentrum insgesamt als öffentlicher Ort anzusehen wäre und daher in den Räumlichkeiten, in denen ein Gastronomiebetrieb geführt wird, ebenfalls Rauchverbot herrschen würde. Zunächst hat sich der Beschuldigte an diese Information gehalten und musste innerhalb kürzester Zeit feststellen, dass diese Bestimmung zur Folge hat, dass ein erheblicher Umsatzrückgang eingetreten ist und zwar in einem Umfang, dass die Existenz seines Unternehmens gefährdet ist und damit die damit verbundenen Arbeitsplätze.

Der Beschuldigte hat sich daher entschlossen in seinem Lokal das Rauchen wieder zu erlauben und zwar mit nachstehender Begründung:

Durch die Interpretation, dass Einkaufszentren in ihrer Gesamtheit öffentliche Orte im Sinne des § 1 Z 11 Tabakgesetzes wären, wird der Beschuldigte in seinem Recht auf Freiheit der Erwerbsausübung und in seinem subjektiven Recht auf Gleichbehandlung verletzt. Grundsätzlich gilt nach dem Tabakgesetz ein Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränke an Gäste dienenden Räumen, jedoch sind von diesem Rauchverbot Ausnahmen zulässig, wie bereits ausgeführt. Erfüllt ein Lokal diese Ausnahmen, entscheidet einerseits der Inhaber ob in seinem Lokal geraucht werden darf oder nicht, andererseits hat er die Möglichkeit bauliche Maßnahmen zur Raumteilung einzuleiten und hat eine Übergangsfrist bis 30.6.2010 und kann während dieser Zeit in seinem Lokal geraucht werden. Personen, die diese Lokale aufsuchen, nehmen daher das gesundheitliche Risiko des Passivrauchens auf sich. Dieses Recht steht auch den Gastronomiebetrieben in einem Einkaufszentrum zu, allerdings unter der Voraussetzung, dass Personen außerhalb des Lokals der gesundheitlichen Belastung des Passivrauchens nicht ausgesetzt werden. Maßgebend für die Interpretation der Bestimmungen der §§ 13 ff Tabakgesetz kann daher nur die Frage sein, ob der öffentliche Bereich eines Einkaufszentrums durch die Raucherlaubnis im Gastronomiebetrieb beeinträchtigt wird oder nicht. Eine sachliche Differenzierung im Vergleich zu Gastronomiebetrieben außerhalb des Einkaufszentrums wäre nur dann gerechtfertigt, wenn durch eine Raucherlaubnis im Lokal eines Einkaufszentrums Personen außerhalb des Lokals dem Gesundheitsrisiko des Passivrauchens ausgesetzt werden. Sollte dies nicht der Fall sein, haben für diese Betriebe im Sinne des Gleichheitsgrundsatzes nach Art 2 StGG die Ausnahmebestimmungen auch für

diese Betriebe zu gelten. Die Behörde hätte daher eine vergleichende Prüfung durchführen müssen und hätte in diesem Fall festgestellt, dass - wie unter Punkt 2. Mangelhaftigkeit des Verfahrens näher ausgeführt wird - erwiesenermaßen kein Tabakrauch in die Mall gelangt und daher die Ausnahmebestimmungen auch im Einkaufszentrum anzuwenden sind.

Der Bescheid ist gleichheitswidrig und schränkt den Beschuldigten in der Freiheit seiner Erwerbsausübung ungerechtfertigter Weise ein. Egal ob es die Behörde ist, die unter Außerachtlassung des Gebotes verfassungskonformer Interpretation im Gesetz einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt oder ob das Gesetz an und für sich gleichheitswidrig ist die Konsequenz ist immer, dass der Bescheid verfassungswidrig ist und daher auszuheben ist.

## 2) Mangelhaftigkeit des Verfahrens:

Im Falle der verfassungskonformen Interpretation der maßgeblichen Bestimmungen des Tabakgesetzes hätte die Behörde die Frage zu klären, inwieweit eine Verletzung der Regelung zum Schutz der Bevölkerung vor den gesundheitlichen Belastungen des Passivrauchens im gegebenen Fall vorliegt. Der Beschuldigte hat in seiner Stellungnahme ausgeführt, dass durch die eingebaute Lüftungsanlage gewährleistet ist, dass kein Rauch in die mit Rauchverbot belegten öffentlichen Orte gelangt. Die Behörde hätte daher prüfen müssen, ob ein Lüftungsvorhang gegeben ist, der den gleichen Zweck wie zB eine Glaswand erfüllt. Die gerade in Einkaufszentren üblichen Luftvorhänge, die mittels Über- und Unterdruck arbeiten stellen zum Teil eine bessere Trennung als eine Wand dar. Bei einem dementsprechenden Lüftungsvorhand, wie er auch in den betreffenden Räumlichkeiten eingebaut ist, ist gewährleistet, dass kein Rauch auf die Mall dringt. Aufgrund verfassungswidriger Interpretation des Tabakgesetzes durch die Behörde wurden die vom Beschuldigten angebotenen Beweise, nämlich dass er entsprechend dem Gesetz ein Bauansuchen gestellt hat und ein entsprechender Baubescheid zur Zahl 030-0/91/10-2008 der Marktgemeinde V. vorliegt und dass die eingebaute Lüftungsanlage gewährleistet, dass kein Rauch in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten gelangt, nicht aufgenommen und ist daher das Verfahren mangelhaft geblieben.

Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass gemäß § 13 lit b) des Tabakgesetzes eine Kennzeichnung der unter Rauchverbot fallenden Räume verlangt wird. Da in dem betreffenden Lokal aber derzeit bis zur Übergangsfrist geraucht werden kann, ist eine Kennzeichnung nicht verpflichtend, sodass auch dieser Vorwurf nicht gerechtfertigt ist.

## 3. Wegen Strafe:

Die Verwaltungsübertretung nach dem Tabakgesetz ist mit einer Geldstrafe bis zu Euro 2.000,--, im Wiederholungsfall bis zu Euro 10.000,-- zu bestrafen. Die Behörde hat über den Beschuldigten insgesamt eine Strafe von Euro 2.000,-- verhängt, mit dem Hinweis, dass der Unrechtsgehalt der Übertretung bedeutend wäre und es der Beschuldigte trotz Hinweises der Behörde, dass er eine Verwaltungsübertretung begehe, es darauf ankommen ließ. Mildern wäre nur die Unbescholtenheit des Beschuldigten.

Dazu ist festzustellen, dass die Frage des Rauchens oder nicht Rauchens eine Existenzfrage ist und dass er nach entsprechender Rechtsberatung zur Auffassung gekommen ist, dass die Interpretation des Gesetzes durch die Behörde nicht das Maß aller Dinge sein kann. Wie das Gesetz auszulegen ist, wird voraussichtlich erst der Verfassungsgerichtshof entscheiden. Eine andere Interpretation des Gesetzes durch den Beschuldigten als es die Behörde erster Instanz vornimmt, kann ihm auf der subjektiven Tatsache sicher nicht als grobe Fahrlässigkeit oder gar Vorsatz angelastet werden. Eine Strafe im Ausmaß von jeweils Euro 1.000,-- zu verhängen, ist daher sicher nicht Schuld angemessen. Es darf auf Entscheidungen in anderen Bundesländern verwiesen werden. In St. Pölten wurden Verstöße gegen das Nichtrauchergesetz - wie in der Presse berichtet wurde - mit Euro 100,-- pro Delikt gestraft und entsprechen derartige Strafzumessungen dem Unrechtsgehalt in dieser Angelegenheit bedeutend mehr, als die von der BH Innsbruck verhängten Strafe.“

Abschließend wurde beantragt, die Berufungsbehörde möge aufgrund der erheblichen Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der Tabakgesetz-Novelle 2008 einen entsprechenden Antrag nach Artikel 140 B-VG auf Gesetzesprüfung an den Verfassungsgerichtshof stellen, in eventu das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Innsbruck aufheben und das Strafverfahren gegen den Beschuldigten einstellen, in eventu das Straferkenntnis wegen Mangelhaftigkeit aufheben und zur Beweisergänzung und neuerlichen Entscheidung zurückzuweisen; für den Fall der Verurteilung die Strafe erheblich herabsetzen.

Die Berufungsbehörde hat wie folgt erwogen:

Sachverhalt:

Zur Klärung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes wurde Beweis aufgenommen durch Einsichtnahme in den erstinstanzlichen Akt, durch Einvernahme des Erhebungsorganes der Bezirkshauptmannschaft Innsbruck sowie der Frau D. N. anlässlich der durchgeführten öffentlichen Berufungsverhandlungen sowie durch Einsichtnahme in den Bauakt der Gemeinde V. zu Zahl 030-0/91/10-2009 sowie in den Auszug aus dem Firmenbuch mit dem Stichtag 08.06.2009 betreffend die XY GmbH mit dem Sitz in V.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens sieht die Berufungsbehörde folgenden entscheidungswesentlichen Sachverhalt als erwiesen an:

T. K. war zum Tatzeitpunkt handelsrechtlicher Geschäftsführer der XY GmbH mit dem Sitz in V. (Geschäftsanschrift: XY Gewerbezone, in V.); T. K. ist nach wie vor handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Gesellschaft. Die XY GmbH betreibt im Einkaufszentrum XY das Cafe „XY“. Dieses Cafe war zum Tatzeitpunkt zum Mallbereich hin offen.

Am 15.01.2009 wurde seitens der Bezirkshauptmannschaft Innsbruck eine Kontrolle im Einkaufszentrum XY durchgeführt. Dabei wurde festgestellt, dass im Cafe „XY“, im Barbereich, von Gästen geraucht wurde. Im Barbereich durfte über Anweisung des Berufungswerbers geraucht werden.

Im Barbereich auf den dort befindlichen Tischen sowie im Barbereich selbst war das Raucherlaubnissymbol „Rauchende Zigarette auf grünem Hintergrund“ angebracht. Auf den übrigen Tischen des Lokals sowie auf dem Tischen im Mallbereich war das Rauchverbotsymbol „Durchgestrichene rauchende Zigarette auf rotem Hintergrund“ angebracht.

Zwischenzeitlich ist das Cafe „XY“ zum Mallbereich hin verglast und mit einer Türe versehen, sodass dieses Cafe baulich abgeschlossen ist und einen eigenen Raum bildet. Eine entsprechende baurechtliche Genehmigung (Bauanzeige) liegt vor. Das Cafe „XY“ wird nunmehr als „Raucherlokal“ geführt.

Diese Sachverhaltsfeststellungen ergeben sich, was den Tatort, die Tatzeit sowie die Tatsache anbelangt, dass zum Tatzeitpunkt im Barbereich von Gästen geraucht wurde, aus den im erstinstanzlichen Akt dokumentierten Erhebungen der Bezirkshauptmannschaft Innsbruck sowie aus den Aussagen der einvernommenen Zeugen. Die Feststellungen zur Kennzeichnung stützen sich auf das Vorbringen des Berufungswerbers sowie auf die Aussage der einvernommenen Zeugin D. N. Weitergehende Erhebungen dazu waren entbehrlich, weil damit der Sachverhalt bereits ausreichend geklärt ist. Auch die Einvernahme der in diesem Zusammenhang weiters angebotenen Zeugen war folglich nicht (mehr) erforderlich. Die insgesamt getroffenen Feststellungen werden vom Berufungswerber im Ergebnis auch nicht bestritten.

Dass das Cafe „XY“ zum Tatzeitpunkt zum Mallbereich hin offen war, ergibt sich ebenfalls aus den Erhebungen der Erstinstanz und wird darüber hinaus durch den eingeholten Bauakt belegt. Dass das Cafe zwischenzeitlich zum Mallbereich hin verglast und mit einer Türe versehen wurde, ergibt sich aufgrund des durchgeführten Lokalaugenscheines und deckt sich mit den Unterlagen im Bauakt der Marktgemeinde V.

Die Vertretungsverhältnisse der XY GmbH ergeben sich aus dem eingeholten Firmenbuchauszug.

#### Rechtliche Beurteilung:

Die im gegenständlichen Fall maßgeblichen Bestimmungen des Tabakgesetzes, BGBl Nr 431/1995, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl I Nr 120/2008, lauten wie folgt:

„Begriffsbestimmungen

§ 1

Im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt als

...

11. „öffentlicher Ort“ jeder 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.

#### Nichtraucherschutz in Räumen öffentlicher Orte

§ 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.

#### 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. 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.

...

#### Kennzeichnungspflicht

##### § 13b

(1) Rauchverbote gemäß den §§ 12 und 13 sind in den unter das Rauchverbot fallenden Räumen und Einrichtungen durch den Rauchverbotshinweis „Rauchen verboten“ kenntlich zu machen.

(2) Anstatt des Rauchverbotshinweises gemäß Abs 1 können die Rauchverbote auch durch Rauchverbotssymbole, aus denen eindeutig das Rauchverbot hervorgeht, kenntlich gemacht werden.

(3) Die Rauchverbotshinweise gemäß Abs 1 oder die Rauchverbotssymbole gemäß Abs 2 sind in ausreichender Zahl und Größe so anzubringen, dass sie überall im Raum oder der Einrichtung gut sichtbar sind.

...

#### Obliegenheiten betreffend den Nichtraucherschutz

##### § 13c

(1) Die Inhaber von

...

2. Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13,

...

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

...

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

...

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.

...

#### Übergangs- und Schlussbestimmungen

#### § 18

...

##### (6) Auf

1. Betriebe des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs 1 Z 2 der GewO,
2. 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 sowie
3. Betriebe gemäß § 2 Abs 9 oder § 111 Abs 2 Z 3 oder 5 der GewO sind die §§ 13a, 13b, 13c sowie 14 Abs. 4 und 5 dieses Bundesgesetzes in der Fassung BGBl I Nr 120/2008 sowie die Bestimmungen einer gemäß § 13b Abs 5 dieses Bundesgesetzes in der Fassung BGBl I Nr 120/2008 erlassenen Verordnung bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Abs 7 erst ab dem 1. Juli 2010 anzuwenden.

##### (7) Voraussetzungen gemäß Abs 6 sind:

1. der Betrieb verfügt zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes in der Fassung BGBl I Nr 120/2008 für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste nur über einen Raum,
2. die Grundfläche des Raumes beträgt mindestens 50 m<sup>2</sup>,
3. die vom Inhaber beabsichtigten baulichen Maßnahmen zur Schaffung eines gesonderten Raumes für den im § 13a Abs 2 genannten Zweck sind, einschließlich der allfällig erforderlichen Klärung bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtlicher Vorfragen (§ 13a Abs 3 Z 2), unverzüglich nach Ablauf des Tages, an dem dieses Bundesgesetz in der Fassung BGBl I Nr 120/2008 kundgemacht worden ist, in die Wege geleitet worden.“

Weiters sind nachfolgende Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 (VStG), BGBl Nr 52, zuletzt geändert durch das Gesetz BGBl I Nr 20/2009, beachtlich:

„Schuld

#### § 5

(1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

...

#### Strafbemessung

#### § 19

(1) Grundlage für die Bemessung der Strafe ist 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.

(2) Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.“

#### Schuldpruch:

Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes steht für die Berufungsbehörde außer Zweifel, dass der Berufungswerber den objektiven Tatbestand der ihm angelasteten Verwaltungsübertretungen verwirklicht hat. Das Cafe „XY“ ist Teil des Einkaufszentrum XY; Einkaufszentren sind als öffentliche Orte einzustufen, in deren Räumen grundsätzlich Rauchverbot gilt. Zum Tatzeitpunkt war das Cafe „XY“ zu den allgemeinen Teilen des Einkaufszentrums (Mallbereich) hin offen und ohne bauliche Abtrennung. Im Barbereich des Cafe „XY“ wurde zum Tatzeitpunkt von Gästen geraucht; der Berufungswerber hat seinen Gästen das Rauchen im Barbereich

ausdrücklich gestattet. Im Barbereich waren keine Rauchverbotschilder angebracht; vielmehr wurden die Gäste durch entsprechende Symbole ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das Rauchen im Barbereich erlaubt ist. Damit hat der Berufungswerber als handelsrechtlicher Geschäftsführer der XY GmbH mit dem Sitz in V., welche Inhaberin des Cafe „XY“ im Einkaufszentrum XY in V. ist, in objektiver Hinsicht sowohl gegen das Rauchverbot nach § 13c Abs 2 Z 3 als auch gegen die Kennzeichnungspflicht nach § 13b Tabakgesetz verstoßen.

Öffentlicher Ort ist nach der Legaldefinition des § 1 Z 11 Tabakgesetz jeder Ort, der von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis ständig oder zu bestimmten Zeiten betreten werden kann. Nach den Erläuternden Bemerkungen zu dieser Bestimmung umfasst der Begriff beispielsweise auch Einkaufszentren. Das Einkaufszentrum XY ist für einen nicht von vornherein beschränkten Personenkreis geöffnet und daher öffentlicher Ort im Sinne des Tabakgesetzes.

Das Cafe „XY“ ist Teil dieses öffentlichen Ortes, insbesondere war dieser Gastbetrieb zum Tatzeitpunkt vom übrigen Einkaufszentrum nicht baulich abgetrennt. Somit verfügte der Gastbetrieb nicht „nur über einen Raum“ im Sinne des § 13a Abs 3 bzw § 18 Abs 7 Z 1 Tabakgesetz, vielmehr wurden allgemeine Teile des Einkaufszentrums (Mallbereich) mitbenutzt. Der in Rede stehende Gastgewerbebetrieb verfügte über keine – von der Gesamtbetriebsanlage des Einkaufszentrums im Sinne der Zielsetzungen des Tabakgesetzes räumlich abgegrenzte – Betriebsanlage; der Betrieb des Cafe „XY“ umfasste keinen allseits abgeschlossenen selbständigen Bereich (Raum) im Sinne der angeführten gesetzlichen Bestimmungen.

Dieses Ergebnis steht auch mit dem erkennbaren Regelungszweck des § 18 Abs 6 Tabakgesetz im Einklang. Für die Übergangszeit soll bei Vorliegen der dort näher umschriebenen Voraussetzungen das Weiterbestehen von „reinen Raucherlokalen“ zeitlich befristet bis 1. Juli 2010 ermöglicht werden, um die Folgen der Einführung des Rauchverbots auf solche Gastgewerbebetriebe zu mildern und um diesen Betrieben Zeit zur Durchführung der notwendigen baulichen Maßnahmen zu geben (so die Erläuternden Bemerkungen zu § 18 Abs 6 und 7 der Regierungsvorlage). Der Gesetzgeber hatte dabei offensichtlich schon bestehende, bereits in sich abgeschlossene und selbstständige Betriebe des Gastgewerbes vor Augen.

Nicht gefolgt werden kann in diesem Zusammenhang den Ausführungen des rechtsfreundlich vertretenen Berufungswerbers, dass diese „Raumbildung“ im vorliegenden Fall durch einen „Lüftungsvorhang“ erfolgt sei, zumal dadurch – den Intentionen des Gesetzes folgend – gewährleistet werde, dass kein Rauch auf die Mall dringe.

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wird unter einem Raum ein zum Nutzen verwendeter, (baulich) umschlossener Teil eines Gebäudes verstanden. Von diesem Verständnis ist offenbar auch der Gesetzgeber ausgegangen. So wird in den Materialien zur Regierungsvorlage ua folgendes ausgeführt:

„Mit dem vorgeschlagenen § 13a, der die nach § 13 für Räume öffentlicher Orte bereits bestehende Nichtraucherschutzregeln ergänzt, wird künftig der gesamte umschlossene öffentliche Raum einschließlich der Gastronomie ... dem Nichtraucherschutz unterstellt. ...

Somit darf in Betrieben ... nur dann das Rauchen gestattet werden, ... 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.

Auch wenn daher für die Gästebewirtung nur ein einziger Raum zur Verfügung steht, der wenigstens 50 m<sup>2</sup> groß, aber kleiner als 80 m<sup>2</sup> ist, gilt daher der in Abs 2 festgelegte Grundsatz (das Rauchen darf erst nach Schaffung eines eigenen Raumes, der den Kriterien des Abs 2 zu entsprechen hat, gestattet werden); nur ausnahmsweise, wenn bauliche Maßnahme zur Schaffung eines eigenen Raumes für den Zweck gemäß Abs 2 nach den baurechtlichen, feuer-polizeilichen oder denkmalschutzrechtlichen Bestimmungen nicht zulässig sind, ...“ (vgl. die Erläuternden Bemerkungen zu § 13a der Regierungsvorlage).

Nur baulich umschlossene Teile eines Gebäudes stellen daher Räume im Sinne des Tabakgesetzes dar. Dass ein „solcher Raum“ – bezogen auf den Gastgewerbebetrieb – vorliegt, wird selbst vom Berufungswerber nicht behauptet. Letztlich sind daher weder die (Ausnahme)Bestimmungen der §§ 13 Abs 2 und 13a Abs 3 Tabakgesetz, noch die Übergangsbestimmungen des § 18 Abs 6 und 7 leg.cit. auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Im Hinblick auf die dargelegten rechtlichen Überlegungen war die Behörde auch nicht verpflichtet, dem anlässlich der mündlichen Berufungsverhandlung gestellten Beweisantrag auf Einholung eines technischen Sachbefundes zum Beweis dafür, dass die im gegenständlichen Gastronomiebetrieb eingebaute Lüftungsanlage eine Trennung gleichsam einer Glaswand bewirkt, nachzukommen.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die angewandten gesetzlichen Bestimmungen sind bei der Berufsbehörde nicht entstanden. Auch gegen die Übergangsbestimmungen bestehen solche nicht, weil der Gesetzgeber im Rahmen seines rechts-politischen Gestaltungsspielraumes das grundsätzliche Rauchverbot durch das System „Regel-Ausnahme“ anhand sachlicher Kriterien durchbrochen hat und es sich im Übrigen (bloß) um Übergangsrecht handelt. Selbst wenn man von einem „Härtefall“ sprechen wollte, handelt es sich bei Gastgewerbebetrieben in Einkaufszentren, die in Ermangelung einer baulichen Abtrennung nicht „nur über einen Raum“ verfügen und daher nicht in den Genuss der Ausnahmebestimmung des § 18 Abs 6 Tabakgesetz fallen,

um insgesamt zahlenmäßige vernachlässigbare, weil atypische und bloß ausnahmsweise auftretende Einzelfälle (vgl. dazu zB VfSlg. 14703/1996, mwN.).

Der Berufungswerber hat daher jedenfalls den objektiven Tatbestand der ihm angelasteten Verwaltungsübertretungen verwirklicht.

Was die innere Tatseite anbelangt, ist festzuhalten, dass es sich bei den dem Berufungswerber angelasteten Verwaltungsübertretungen um sogenannte „Ungehorsamsdelikte“ handelt. Für derartige Delikte sieht § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG vor, dass Fahrlässigkeit anzunehmen ist, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschriften kein Verschulden trifft. "Glaubhaftmachung" bedeutet dabei, dass die Richtigkeit einer Tatsache wahrscheinlich gemacht wird. Der Beschuldigte hat initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Er hat also ein geeignetes Tatsachenvorbringen zu erstatten und entsprechende Beweismittel vorzulegen oder konkrete Beweisanträge zu stellen (vgl VwGH 24.05.1989, ZI 89/02/0017 ua).

Diese Glaubhaftmachung ist dem Berufungswerber aber nicht gelungen. Er hat keine Umstände vorgebracht, die ein Verschulden ausschließen könnten. Vielmehr hat der Berufungswerber die ihm angelasteten Verwaltungsübertretungen gar nicht bestritten; er verantwortet sich allerdings damit, dass er nach anfänglicher Einhaltung des Rauchverbotes – zur Vermeidung von weiteren Umsatzeinbußen – das Rauchen wieder gestattet habe; dies obwohl er über die gesetzlichen Vorschriften und die Rechtsansicht der Erstinstanz informiert war. Damit gesteht der Berufungswerber im Ergebnis ein, die ihm angelasteten Verwaltungsübertretungen vorsätzlich begangen zu haben. Dem Berufungswerber war offenkundig bewusst, dass in seinem Cafe nicht (mehr) geraucht werden darf; nur so lässt sich nachvollziehen, dass zumindest an den Tischen (abgesehen von den Tischen im Barbereich) auf das Rauchverbot geachtet und diese Tische auch mit den entsprechenden Symbolen gekennzeichnet waren.

Die Bestrafung ist daher dem Grunde nach zu Recht erfolgt.

Zur Strafbemessung:

Der Unrechtsgehalt der dem Berufungswerber angelasteten Verwaltungsübertretungen ist nicht unerheblich. Maßnahmen zur Sicherstellung des Nichtraucherschutzes in öffentlich zugänglichen Räumen – und nunmehr insbesondere auch im Bereich der Gastronomie – zählen international als wichtige gesundheitspolitische Maßnahme und sind Gegenstand von Empfehlungen und rechtsverbindlichen Vorgaben.

Was das Verschulden anlangt war – wie erwähnt – von Vorsatz auszugehen. Mildernd war die bisherige Unbescholtenheit des Berufungswerbers zu berücksichtigen; erschwerend war die vorsätzliche Tatbegehung zu werten.

Bezüglich der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse hat der Berufungswerber, obwohl für ihn dazu im Verfahren mehrfach Gelegenheit bestanden hätte, keine Angaben gemacht. Es war daher eine Einschätzung vorzunehmen. Dabei konnte mangels gegenteiliger Anhaltspunkte jedenfalls von durchschnittlichen wirtschaftlichen Verhältnissen ausgegangen werden.

Im Hinblick auf all diese Strafzumessungskriterien sind die von der Erstinstanz festgesetzten Geldstrafen in der Höhe von jeweils 50 % (!) des gesetzlichen Strafrahmens als überhöht anzusehen. Es war daher eine entsprechende Herabsetzung vorzunehmen; eine Bestrafung in der nunmehrigen Höhe war im Hinblick auf den Schuld- und Unrechtsgehalt der betreffenden Übertretungen jedenfalls gerechtfertigt. Vor allem haben auch generalpräventive Erwägungen gegen eine weitere Herabsetzung gesprochen, um auch anderen Personen die besondere Bedeutung der vom Berufungswerber übertretenen Vorschriften aufzuzeigen.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden. Dabei hatte eine entsprechende Präzisierung der erstinstanzlichen Schuldsprüche, insbesondere des Schuldspruches zu Spruchpunkt 2., sowie eine Ergänzung der durch die Taten verletzte Verwaltungsvorschriften zu erfolgen. Die Berechtigung dazu hat sich aus dem gemäß § 24 VStG auch im Verwaltungsstrafverfahren anzuwendenden § 66 Abs 4 AVG ergeben.