



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38670
Telefax: (43 01) 4000 99 38670
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-021/079/13/2021-12
A. B.

Wien, 7.3.2022

Geschäftsabteilung: VGW-I

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien erkennt durch seine Richterin MMag. Dr. Ollram über die Beschwerde der A. B., C.-Ring, D., vertreten durch RA, gegen den Bescheid (Straferkenntnis) des Magistrats der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 3.12.2020, MBA/.../2020, betreffend eine Verwaltungsübertretung gemäß § 9 Abs. 1 VStG iVm § 14 Abs. 4, § 12 Abs. 1 Z 4 und § 13c Abs. 2 Z 1 Tabak und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz – TNRS (Unterlassene Sorgetragung für das Nichtrauchen in Gastronomieräumen) sowie Haftung der E. GmbH gemäß § 9 Abs. 7 VStG nach öffentlicher mündlicher Verhandlung gemäß § 50 Abs. 1 VwGVG zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe (bei unveränderter Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Stunden) von 800 Euro auf 400 Euro herabgesetzt wird. Der Beitrag der Beschwerdeführerin zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens der belangten Behörde reduziert sich gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG auf 40 Euro. Darüber hinaus wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und das Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass die Übertretungsnorm § 9 Abs. 1 VStG idF BGBl. I Nr. 3/2008 iVm § 14 Abs. 4, § 13c Abs. 1 und 2 Z 1 sowie § 12 Abs. 1 Z 4 und Abs. 5 TNRS idF BGBl. I Nr. 66/2019 und die Strafsanktionsnorm § 14 Abs. 4 erster Strafsatz idF BGBl. I Nr. 13/2018 lautet.

Gemäß § 9 Abs. 7 VStG haftet die E. GmbH, FN ..., für alle genannten Geldbeträge zur ungeteilten Hand.

II. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG wird der Beschwerdeführerin kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens auferlegt.

III. Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 erster Satz B-VG nicht zulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Im angefochtenen Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführerin (BF) sinngemäß zur Last gelegt, sie habe als handelsrechtliche Geschäftsführerin der in Wien ansässigen E. GmbH gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu verantworten, dass diese am 4.9.2020 als Inhaberin eines Gastgewerbebetriebs in Wien, F.-straße, nicht dafür gesorgt habe, dass entsprechend dem Rauchverbot gemäß § 12 Abs. 1 Z 4 TNRS in den Gasträumen nicht geraucht wurde, da das Rauchen von Shishas gestattet gewesen sei und zwei Gäste auch tatsächlich Shisha geraucht hätten. Wegen Übertretung der § 14 Abs. 4 iVm § 12 Abs. 1 Z 4 und § 13c Abs. 2 Z 1 TNRS wurde ihr eine Geldstrafe von 800 Euro mit Ersatzfreiheitsstrafe von 20 Stunden auferlegt. Gemäß § 64 Abs. 1 und 2 VStG wurde der Verfahrenskostenbeitrag mit 80 Euro (10 % der Geldstrafe) festgesetzt und gemäß § 9 Abs. 7 VStG die Haftung der E. GmbH ausgesprochen. Begründend verwies die Behörde unter Wiedergabe der herangezogenen Rechtsvorschriften auf die unterlassene Mitwirkung im Parteiengehör und auf eine auf eigenen Wahrnehmungen basierende unbedenkliche amtliche Anzeige (gemeint: des Magistrats der Stadt Wien, Marktamt). Was die Strafbemessung betreffe, sei das durch die Strafdrohung geschützte Interesse des Nichtraucherschutzes erheblich geschädigt worden. Mildernd sei die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit der BF, erschwerend kein Umstand zu werten gewesen. Wirtschaftliche Umstände seien nicht bekannt gegeben worden, jedoch habe die Behörde auf die Nichtgefährdung des notwendigen Lebensunterhalts Bedacht genommen.

Dagegen richtet sich die fristgerecht und mängelfrei eingebrachte Beschwerde mit den Begehren, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, das Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen, in eventu, eine Ermahnung aussprechen bzw. die Strafhöhe auf ein angemessenes Ausmaß herabzusetzen. Begründend wurde auf das Wesentliche zusammengefasst Folgendes eingewendet:

.) Die von der BF vertretene E. GmbH sei in einer ständigen Geschäftsbeziehung mit der G. – H. GmbH gestanden, die eine Gesellschaft mit Sitz in I. und (betont) kein Verein sei. Geschäftsgegenstand der G. sei das Verwalten abgetrennter und mit speziellem Zugangssystem gesicherter „Private Rooms“, die in Partner-Gastronomiebetrieben (wie eben auch jenem der E.) implementiert würden. In diesen könnten Lokalgäste nur als gleichzeitige „Members“ der G., sohin im Rahmen eines exklusiven beschränkten Personenkreises, Tabakwaren konsumieren. Die Partner-Gastronomiebetriebe der G. hätten auf den Mitgliederkreis, der das Angebot in ihrem Lokal in Anspruch nehme, keinen Einfluss und stünden mit diesen Mitgliedern auch in keinem Vertragsverhältnis. Zusammen mit den Tabakwaren könnten die Besucher der „Private Rooms“ freilich auch das Speisen- und Getränkeangebot des Gastronomiebetriebes konsumieren, zumal es rechtlich nur darauf ankomme, dass es sich um einen privaten Raum handle, auf welchen die §§ 12 ff TNRSOG keine Anwendung fänden.

.) Gasträume iSd § 12 Abs. 1 Z 4 TNRSOG seien, wie sich aus § 13 Abs. 1 und aus einer Entscheidung des VfGH vom 18.6.2019, G150/2018 ua, ergebe, als Unterkategorie öffentlicher Orte zu qualifizieren. Der Wortlaut der dort behandelten Regelungen gelte auch nach der mit 1.11.2019 in Kraft getretenen Novelle BGBl. I Nr. 66/2019 unverändert. Aus den jeweils verwiesenen Vorschriften im Zusammenhalt mit der Definition des „öffentlichen Orts“ in § 1 Z 11 TNRSOG ergebe sich e contrario, dass das Rauchen und Konsumieren von Speisen und Getränken in privaten Räumen mit von vornherein auf einen bestimmten Personenkreis beschränktem Zutritt erlaubt sei. Rechtsvorschriften zur Beschränkung des Rauchens in privaten Räumen existierten laut Entscheidung des OGH vom 16.11.2016, 2 Ob 1/16 k zu § 364 Abs. 2 ABGB nicht. Aus der einschlägigen Rechtsprechung ergebe sich, dass etwa eine bloße Vorabakkreditierung in Form einer kostenlosen und für jedermann frei zugänglichen Registrierung nicht genüge, um eine Veranstaltung als beschränkt bzw. privat gelten zu lassen. Während sich die Beschränkungen des Zutritts zu öffentlichen Orten aus allgemein umschriebenen Merkmalen wie Alter, Geschlecht oder Platzgründen ergäben, werde der Zutritt zu privaten Räumen und Veranstaltungen individuell erteilt.

.) Den „Members“ der G. würden auf ihren Smartphones individuell auf ihren Namen lautende und nicht auf andere Personen übertragbare elektronische Lokalzutrittsberechtigungen ausgestellt, nachdem auf der Website der G.

erfolgreich ein vom Gastbetrieb nicht beeinflussbarer Bewerbungs-/Auswahlprozess mit von der G. aufgestellten „Prüfungskriterien“ durchlaufen worden sei. Die Zutrittsberechtigung, für welche die „Members“ monatliche Mitgliedschaftsbeiträge-/gebühren an die G. zu leisten hätten, gelte für sämtliche mit ihr vertraglich kooperierenden Gastronomiebetriebe in Österreich.

.) Die Gäste der von der G. verwalteten „Private Rooms“ seien vom restlichen Bereich der jeweiligen Lokale abgetrennt. Die Gastbetriebe hätten auch vereinbarungsgemäß darauf zu achten, dass der Zutritt auf ausgewiesene „Members“ beschränkt werde. Die E. habe zudem im Hinblick auf „eklatante Fehleinschätzungen“ von Behördenbeamten betreffend einen unbefugten Zutritt von Gästen über den Notausgang des Lokals einen zusätzlichen Mitarbeiter zur Überwachung dieses Notausgangs abgestellt.

.) Aus dem Umstand, dass die Auswahl des zum Zutritt berechtigten Personenkreises nicht in der Hand des „Gastronomen“ liege, der Gastronomiebetrieb kein Mitspracherecht habe und keine bloße Vorakkreditierung, sondern eine individuelle kostenpflichtige Aufnahme konkret zutrittsberechtigter Personen erfolge, wobei die Aufnahmequote zudem nicht bei 100% liege, ergebe sich, dass § 12 TNRSOG und der in Rede stehende Verwaltungsstraftatbestand auf den Fall nicht anwendbar seien.

.) Schließlich sei auch das Vertrauen der Rechtsunterworfenen in den Fortbestand der Rechtsordnung zu schützen und die spätere Frustration eines früher nahegelegten Verhaltens (gemeint vor und nach der ab 1.11.2019 in Kraft getretenen Novelle) nicht sachlich gerechtfertigt.

.) Die Behörde sei den Beweisanträgen auf Vernehmung diverser Zeugen und Durchführung eines Ortsaugenscheins nicht nachgekommen und habe in weiterer Folge kein Parteiengehör gewährt. Auch die Begründung des Bescheides entspreche folglich nicht den Anforderungen des AVG. Indem sich die Behörde nur auf die Angaben des Meldungslegers gestützt und ihr „Ermessen“ nicht im Sinn des Gesetzes geübt habe, liege eine willkürliche Vorgangsweise vor. Das Verfahren sei daher auch mangelhaft geblieben.

In der mündlichen Verhandlung, die im Wesentlichen der Vernehmung involvierter Personen zur Klärung der Sachlage diene, wurde grundsätzlich kein inhaltlich neues Vorbringen erstattet. In rechtlicher Hinsicht wurde von Seiten der BF wiederholt betont, dass aus Sicht der Beteiligten zwischen den Vorschriften der

GewO 1994 und jenen des TNRSG rechtlich kein Zusammenhang bestehe und bei Prüfung von Straftatbeständen nach dem TNRSG die Einhaltung der GewO 1994 grundsätzlich unerheblich sei.

Aufgrund des Ermittlungsverfahrens ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Die E. GmbH (nachfolgend: E.), FN ..., mit Sitz in Wien, deren selbständig vertretungsbefugte handelsrechtliche Geschäftsführerin seit 27.2.2020 die BF ist, verfügte vom 2.2.2018 bis zur Zurücklegung mit 23.10.2021 über eine zur GISA-Zahl ... registrierte Berechtigung zur Ausübung des Gastgewerbes in der Betriebsart Bar im Standort Wien F.-straße. Als gewerberechtliche Geschäftsführer fungierten jeweils Drittpersonen.

Die E. war aufgrund eines am 14.5.2020 unterzeichneten, auf unbestimmte Dauer abgeschlossenen und nach 12-monatiger Mindestvertragsdauer beidseitig kündbaren Dienstleistungsvertrags seit 1.6.2020 „Partnerin“ der G. – H. GmbH (nachfolgend: G.), FN ..., mit Sitz in J. und im Firmenbuch eingetragenen Geschäftszweig „Vermittlung von Werk- und Dienstleistungsverträgen im Gastronomiebereich“. Seit 25.2.2020 hatte die G. bei der BH K. ein zur GISA-Zahl ... registriertes freies Gewerbe mit dem Wortlaut *„Vermittlung von Werk- und Dienstleistungsverträgen an Befugte unter Ausschluss der Übernahme von Aufträgen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung“* (ausgenommen Tätigkeiten der reglementierten Gewerbe) mit Standort in J., darüber hinaus keine weiteren Gewerbe angemeldet. Als vertretungsbefugte handelsrechtliche Geschäftsführer der G. fungieren seit der Gründung im Dezember 2019 die spätere gewerberechtliche Geschäftsführerin L., und (mit etwa dreimonatiger Unterbrechung) der rechtskundige Mag. M.. Die G. wurde - unmittelbar nach Inkrafttreten der TNRSG-Novelle BGBl. I Nr. 66/2019 über die Etablierung des umfassenden Rauchverbots im Gastronomiebereich am 1.11.2019 - mit dem alleinigen Zweck gegründet, als „Partnern“ geführten Gastronomiebetrieben gegen Entgelt ein rechtlich haltbares Modell zur Umgehung der neuen Rechtslage anzubieten. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen datieren vom 27.12.2019. Für den Fall einer gesetzlichen Änderung im Sinn einer Aufhebung des „absoluten Rauchverbots in der Gastronomie“ wurde ein außerordentliches Vertragskündigungsrecht vereinbart (Punkt VI). Die wesentlichen Pflichten der G.

laut auf die E. ausgestellter Vertragsurkunde vom 14.5.2020 bestanden gemäß Punkt II darin, dieser als Partnerin gegen einen „Mitgliedsbeitrag“ von monatlich 358,80 Euro zuzügllicher einmaliger Installationsgebühr für einen von ihr frei wählbaren Betriebsstandort ein von der G. alleine zu verwaltdendes „*individuell konfiguriertes System zur Zugangsbeschränkung samt Einbau und Einschulung*“ zur Verfügung zu stellen um „*hierdurch Bereiche des Betriebsstandortes oder aber den kompletten Betriebsstandort*“ zu den Gastronomieöffnungszeiten einem „*von vornherein beschränkten Kreis an Gästen (= Members)*“ zugänglich zu machen. Vertragsinhalt sei nicht eine garantierte Anzahl Zutrittsberechtigter „Members“ oder eine garantierte Umsatzhöhe, sondern lediglich die Verwaltung des Kreises der Zutrittsberechtigten Gäste. Für die Mitarbeiter der E. wurde eine unter Punkt IV separat festgelegte Anzahl von 15 (nur für diesen Betriebsstandort geltenden und höchstpersönlich zu nutzenden) Zutrittsberechtigungen ohne monatliche Mitgliedsgebühr zur Verfügung gestellt. Die Mitarbeiter der E. würden damit noch nicht zu „Members“, dürften sich jedoch bei der G. (zur eigenen Nutzung der Betriebsstandorte anderer Partner) als solche bewerben. Von Seiten der E. bestand gemäß Punkt V im Wesentlichen die Verpflichtung, ausschließlich „Members“ mit ausgewiesener Zutrittsberechtigung in den sogenannten „Private Room“, d.h. den vom Zutrittssystem der G. erfassten Gastraumbereich, einzulassen und vor der Aktivierung des Systems rundherum befindliche durchsichtige Wandflächen einschließlich der Zugangstüre uneinsichtig zu machen. Sollte die E. das von der G. beigestellte System freiwillig deaktivieren, würde in diesen Räumlichkeiten wieder „*das absolute Rauchverbot [...] vollumfänglich in Kraft*“ treten (Punkt II). Neben dem Dienstleistungsvertrag mit der G. unterzeichnete die E. eine vom selben Tag, 14.5.2020, datierende Vollmachtsurkunde, mit der sie der G. im Einklang mit Vertragspunkt II uneingeschränkte Vertretungsvollmacht gemäß § 10 Abs. 1 AVG für eine kostenlose Vertretung in sämtlichen Verwaltungsstrafverfahren nach § 14 Abs. 4 iVm § 13c TNRSG erteilte. Für die Meldung diesbezüglicher Strafanzeigen war ein eigenes E-Mail-Postfach mit der Adresse strafen@G..at zu benutzen (Punkt V).

Im konkreten Fall wurde der gesamte für Gäste vorgesehene Innenraum des Gastlokals der E. in Wien, F.-straße, in welchem sich auch die Schank befand und über welchen ferner (auch für Gäste aus dem im Freien liegenden Schanigarten) der Zugang zu den Toiletten führte, entsprechend dem System der G. als „Private

Room“ zum Rauchen und gleichzeitigen Konsumieren von Getränken umgesetzt. Abgetrennte Bereiche waren von vornherein nicht vorgesehen. Neben dem herkömmlichen Konsumationsangebot der Gastronomie wurden von der E. auch die (über Drittunternehmen bezogenen) Rauchwaren, jedenfalls Shishas samt entsprechende Substanzen, an die Lokalgäste zum Konsum vor Ort verkauft.

Die auf der Unternehmenswebsite der G. eingerichteten Prüfungskriterien für künftige „Members“ bestanden aus drei grundlegenden Fragen und einem Feld für eigenständige Einträge. Als erstes wurde gefragt, ob der Interessent gerne Tabakwaren oder Wasserpfeifen konsumiert, wobei eine Verneinung zum Ausschluss führte. Bei der zweiten Frage war über eine vorgegebene Auswahl die Frequenz des persönlichen Rauchkonsums (einmal wöchentlich, einmal monatlich oder einmal jährlich) anzugeben, wobei eine Antwort mit weniger als „einmal monatlich“ (sohin „einmal jährlich“) zum Ausschluss führte. Drittens wurde nach dem Besitz eines - für das System technisch erforderlichen - Smartphones gefragt, wobei die Verneinung ebenfalls zum Ausschluss führte. Im eigenständig auszufüllenden Feld wurde nach dem Grund für die „Bewerbung“ gefragt, wobei jeder Eintrag unter zwei Sätzen - unabhängig vom Inhalt - zum Ausschluss führte. Zusätzlich war ein verdeckter Zufallsgenerator installiert, der von etwa 25 „Bewerbungen“ eine ausschloss. Ferner waren durch Anhaken AGBs zu akzeptieren und war ein (über künstliche Intelligenz auf Tauglichkeit überprüft) Ausweisdokument hochzuladen, um etwa auch das Alter des Interessenten zu deklarieren. Abgesehen davon, dass die G. automatisch über systemgesteuerte Ausschlüsse von Interessenten und das Ausschlusskriterium verständigt wurde, bestand kein Hindernis, einen fehlgeschlagenen Bewerbungsprozess beliebig zu wiederholen. Wurde der Interessent vom System nicht ausgeschlossen, erfolgte eine Weiterleitung auf ein elektronisches Zahlungssystem für die automatische Abbuchung eines an die G. zu entrichtenden „Mitgliedsbeitrags“ von monatlich fünf Euro. Nach erfolgreicher Zahlungseinrichtung konnte der Interessent über Betätigung eines elektronischen Buttons die elektronische Zugangsberechtigung anfordern. Hierfür erhielt er eine SMS mit einem Link zugesendet, welcher zu einer App „Airkey“ des Schlüsselunternehmens N. weiterführte. Bei Herunterladen und Öffnen der App wurde von dieser automatisch die vorher per SMS erhaltene Zugangsberechtigung erkannt und der Interessent für den Zutritt zu allen als „Private Rooms“ definierten Raucherlokalen aller aufgelisteten „Partner“ der G. in

ganz Österreich berechtigt. Vor Ort war nach Auswahl des gewünschten Gastbetriebes aus der Liste das Handy an eine an der Lokaleingangstür angebrachte Vorrichtung zu halten, woraufhin ein Rechteck erschien, bei dessen Anklicken die Tür aufging. Alternativ hatte das Gastronomieunternehmen einen Mitarbeiter vor der Tür zu positionieren, der nach entsprechender vorheriger Instruktion zu überprüfen hatte, ob der Gast die von der G. vergebene Berechtigung auf seinem Smartphone vorweisen konnte. War die Abbuchung der Mitgliedsbeiträge an die G. technisch nicht mehr gewährleistet, wurde der Gast gesperrt und erhielt er auf seinem Handy zu seiner Zutrittsberechtigung die Meldung „abgelaufen“.

Das Zutrittssystem gemäß Partnervertrag mit der G. war vor dem 4.9.2020 am Betriebsstandort der E. grundsätzlich funktionsfähig eingerichtet. Um die Koppelung des Gastbetriebs an die Gastronomieöffnungszeiten der E. zu gewährleisten und zu vermeiden, dass sich „Members“ der G. außerhalb dieser Zeiten über das elektronische System via Handy eigenmächtig Zutritt zum Lokal verschafften, lag vor der mit der Zutrittsvorrichtung versehenen Lokaltür eine Art Windfang und zur Straße hin eine weitere nur von Betriebszugehörigen der E. sperrbare Eingangstür.

Am 4.9.2020 gegen 20:19 Uhr führte eine Amtsabordnung des Magistrats der Stadt Wien unter Teilnahme von Kontrollorganen unterschiedlicher Fachausrichtung eine Schwerpunktkontrolle im gegenständlichen Lokal der E. durch. Im einzigen großen Gastraum befanden sich zu diesem Zeitpunkt zumindest zwei Personen, die gerade Getränke konsumierten und dabei Shisha rauchten. Ob es sich dabei um ausgewiesene „Members“ der G. handelte, ist gegenständlich nicht mehr feststellbar, für die Beurteilung jedoch letztlich auch nicht ausschlaggebend.

Der Vertrag zwischen der E. und der G. wurde zu einem Zeitpunkt nach dem Kontrolltermin vom 4.9.2020 aufgekündigt, da die E. in (letztlich im Konkurs endende) finanzielle Schwierigkeiten geriet und den monatlichen Partnermitgliedsbeitrag nicht mehr an die G. zahlen konnte.

Die Vorgangsweise der E. bzw. der BF als ihrer gesetzlichen Vertreterin wurde konkret nicht durch eine besondere sachliche oder persönliche Notlage oder sonstige besondere Umstände herbeigeführt, sondern resultierte im Wesentlichen aus dem Vertrauen auf eine professionell suggerierte rechtliche Haltbarkeit eines Umgehungskonzepts sowie auf eine vertraglich inkludierte Rechtsvertretung im Fall einschlägiger Strafverfahren. Auskünfte bei einer fachlich zuständigen Behördenstelle zur allfälligen Hinterfragung des Konzepts oder zur dortigen Rechtsmeinung wurden weder eingeholt noch angestrebt. Gegen die BF lagen am 4.9.2020 keine rechtskräftigen Verwaltungsstrafen vor. Mit Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 22.11.2021 wurde über das Vermögen der E. zur Zahl ... das (bislang noch nicht abgeschlossene) Konkursverfahren eröffnet. Das Unternehmen wurde während des Insolvenzverfahrens ohne Eigenverwaltung des Schuldners fortgeführt. Die BF, die nach wie vor Alleingesellschafterin und handelsrechtliche Geschäftsführerin der E. ist, verfügt grundsätzlich über ein monatliches Einkommen von ca. 1.400 bis 1.500 Euro netto und hat keine Sorgepflichten.

Beweisverfahren und Beweiswürdigung:

In der mündlichen Beschwerdeverhandlung vom 3.12.2021 wurden folgende Beweise aufgenommen: Verlesung und Erörterung aller bisherigen Inhalte des Behörden- und Gerichtsakts, Zeugenvernehmung des anzeiglegenden Kontrollorgans der Magistratsabteilung 59 - Markamt, Zeugenvernehmung beider handelsrechtlicher Geschäftsführer (O. und P.) der G. als Vertragspartnerin der E.; ergänzend vorgelegte Unterlagen, insbesondere Vertrags- und Vollmachtsurkunde vom 14.5.2020. Die rechtsfreundlich vertretene BF blieb der Verhandlung persönlich fern. Die belangte Behörde hatte mit Mitteilung vom 16.11.2021 auf die Teilnahme an der Verhandlung verzichtet und beteiligte sich insofern nicht weiter am Beweisverfahren. Ursprüngliche weitere Beweisanträge (betreffen die Vernehmung weiterer Personen) wurden in der Folge nicht aufrechterhalten, zumal sich der Sachverhalt nach Durchführung der Verhandlung als gänzlich unstrittig erwies.

Die gewerbe- und unternehmensrechtlichen Daten der involvierten Gesellschaften und die Funktion der BF als handelsrechtliche Geschäftsführerin der E. ergeben sich aus den diesbezüglichen Einträgen in den öffentlichen Registern (GISA und

Firmenbuch) und sind insoweit auch unstrittig. Die Funktion des in Rede stehenden Lokalzutrittssystems nach dem Geschäftskonzept der G. wurde in der Verhandlung von deren vertretungsbefugten Geschäftsführern, insbesondere dem Zeugen P., auf Sachverhaltsebene (unbeschadet der nachfolgenden rechtlichen Qualifikation) nachvollziehbar und im Detail dargelegt und mit den bezughabenden Vertragsunterlagen der E. GmbH als „Partnerin“ sowie einem in der Folge überarbeiteten Vertragsmuster bescheinigt. Die tatbestandsrelevante Situation im Lokal zur Kontrollzeit (zwei Shisha-Raucher im Gastraum) ergab sich aus dem zeitnah erstellten unbedenklichen amtlichen Erhebungsbericht vom 8.10.2020 in Verbindung mit der Zeugenaussage des vor Ort eingeschrittenen Kontrollorgans und wurde auf der Tatsachenebene ebenfalls zu keiner Zeit bestritten.

Die objektiven und subjektiven Tatumstände, insbesondere die Motivation der E. bzw. ihrer Vertreterin für das in Rede stehende Verhalten, ergeben sich zweifelsfrei aus der im Verfahren dargestellten Vertragskonstruktion, ebenso – mangels gegenteiligen Vorbringens - der Umstand, dass die BF auf die ihr von der G. vermittelte Rechtsansicht unhinterfragt vertraut hat. Die Vorstrafensituation der BF zur Tatzeit (Unbescholtenheit) hat die Behörde bereits in der Begründung des Straferkenntnisses selbst festgehalten. Das ungefähre monatliche Einkommen der BF und das Nichtbestehen von Sorgepflichten wurden von ihrem rechtsfreundlichen Vertreter in der Verhandlung glaubwürdig zu Protokoll gegeben. Der Stand des Konkursverfahrens der E. wird durch die Einträge in der öffentlichen Insolvenzdatei bestätigt. Sonstige besondere wirtschaftliche Umstände wurden nicht bekannt gegeben und waren auch amtswegig nicht feststellbar.

Rechtliche Beurteilung:

Zu I und II:

Die zur Tatzeit und zum Entscheidungszeitpunkt geltenden einschlägigen Vorschriften des TNRSG idF BGBl. I Nr. 66/2019 lauten:

Umfassender Nichtraucherinnen- und Nichtrauchererschutz

§ 12. (1) Rauchverbot gilt in Räumen für

[...]

4. die Herstellung, Verarbeitung, Verabreichung oder Einnahme von Speisen oder Getränken sowie die in Gastronomiebetrieben für alle den Gästen zur Verfügung stehenden Bereiche, ausgenommen Freiflächen.

(2) Rauchverbot gilt auch in Mehrzweckhallen bzw. Mehrzweckräumen. Miterfasst sind auch nicht ortsfeste Einrichtungen, insbesondere Festzelte.

(3) Rauchverbot gilt auch in Räumen, in denen Vereinstätigkeiten im Beisein von Kindern und Jugendlichen ausgeübt werden, sowie in Räumen, in denen Vereine Veranstaltungen, auch ohne Gewinnerzielungsabsicht, abhalten. Es ist dabei unbeachtlich, ob der Zutritt nur auf einen im Vorhinein bestimmten Personenkreis beschränkt ist. Darüber hinaus gilt Rauchverbot für Vereine dann, wenn durch die Vereinsaktivitäten eine Umgehung der Bestimmungen gemäß Abs. 1 oder 2 erfolgt.

[...]

(5) Die Regelungen des Rauchverbotes im Sinne dieser Bestimmung erstrecken sich auch auf die Verwendung von verwandten Erzeugnissen und von Wasserpfeifen.

(6) Abs. 1 bis 5 gelten nicht in ausschließlich privaten Zwecken dienenden Räumen.

Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutz in sonstigen Räumen öffentlicher Orte

§ 13. (1) Sofern nicht arbeitsrechtliche Bestimmungen ein Rauchverbot vorsehen oder Räume von § 12 erfasst sind, gilt ein Rauchverbot auch in sonstigen Räumen öffentlicher Orte, doch kann in den allgemein zugänglichen Bereichen ein Nebenraum als Raucherraum eingerichtet werden, sofern gewährleistet ist, dass aus diesem Nebenraum weder Tabakrauch in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt, noch das Rauchverbot dadurch umgangen wird.

[...]

Verpflichtungen betreffend den Nichtraucherschutz

§ 13c. (1) Die Inhaberinnen bzw. Inhaber von Räumen und Einrichtungen gemäß § 12 und von Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13 haben für die Einhaltung der Bestimmungen der §§ 12 bis 13b Sorge zu tragen.

(2) Jede Inhaberin bzw. jeder Inhaber gemäß Abs. 1 hat insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass

1. in einem Raum oder einer Einrichtung gemäß § 12 Abs. 1 bis 3 nicht geraucht wird,
2. in Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13, sofern sie vom Rauchverbot umfasst sind, nicht geraucht wird,

[...]

„Öffentlicher Ort“ iSd TNRSOG ist gemäß der Begriffsbestimmung/Legaldefinition des § 1 Z 11 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.

Gemäß § 14 Abs. 4 TNRSOG in der zur Tatzeit und zum Entscheidungszeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 13/2018 begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung darstellt oder nach einer anderen Verwaltungsbestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu 2.000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 10.000 Euro zu bestrafen, wer als Inhaber gemäß § 13c Abs. 1 gegen eine Verpflichtung des § 13c verstößt.

Die BF war zur in Rede stehenden Tatzeit 4.9.2020 selbständig vertretungsbefugte handelsrechtliche Geschäftsführerin der E. als Lokalinhaberin und daher mangels abweichender Bestimmungen im TNRSOG gemäß § 9 Abs. 1 VStG für Übertretungen nach diesem Gesetz verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Feststellungsgemäß und auch unstrittig wurde bei der Kontrolle am 4.9.2020 zu den Öffnungszeiten des Gastlokals der E. im betriebsanlagenrechtlich genehmigten einzigen Gastraum, in welchem sich gleichzeitig die Schank befand und über welchen auch der Zugang zu den Gästetoiletten führte, von zumindest zwei Lokalgästen Shisha geraucht. Da es sich sohin um einen Bereich zur Verabreichung und Einnahme (jedenfalls) von Getränken handelte, fällt dieser grundsätzlich unter die Bestimmung des § 12 Abs. 1 Z 4 iVm Abs. 5 TNRSOG. Bestritten wird die objektive Tatseite lediglich dahingehend, dass unter dem Aspekt des TNRSOG kein „öffentlicher Raum“ bzw. „öffentlicher Ort“ iSd § 1 Z 11 TRNSOG vorgelegen habe.

Einleitend ist zu bemerken, dass die ins Treffen geführte von dem G. konzipierte und den Gastbetrieben entgeltlich zur Verfügung gestellte „Membership“-Konstruktion – gewollt, ausdrücklich deklariert und unbestritten – ausschließlich der Umgehung einer geltenden Rechtslage diene (vgl. insbesondere das unter Punkt IV vereinbarte außerordentliche Vertragskündigungsrecht für den Fall einer Aufhebung des „absoluten Rauchverbots in der Gastronomie“), was die zu Grunde liegenden Verträge zivilrechtlich in den Bereich der Sittenwidrigkeit rückt. Richtig

ist jedoch, dass - dessen ungeachtet - in verwaltungsrechtlicher Hinsicht kein strafbarer Sachverhalt vorläge, wenn die gewählte Konstruktion dazu führen sollte, dass der in Rede stehende Tatbestand im Ergebnis nicht erfüllt ist. Im Einzelnen ist der Argumentation der BF jedoch Folgendes entgegenzuhalten:

Der (auf Verfassungswidrigkeiten hindeutenden) Argumentation mit dem Vertrauen auf einen Fortbestand der Rechtsordnung ist zunächst entgegenzuhalten, dass der VfGH im Erkenntnis vom 18.6.2019, G150/2018 ua, bereits deutlich zum Ausdruck gebracht hat, dass daraus vor dem Hintergrund der Entwicklung der Nichtraucherschutzregelungen des TNRSG nichts zu gewinnen ist. Außerdem wird das absolute Rauchverbot in Gastronomieräumen bekanntlich seit Jahren europaweit vorangetrieben und als europäischer Standard etabliert, sodass Betriebsinhaber in Österreich nicht davon ausgehen konnten, eine abweichende Situation werde hier auf Dauer haltbar sein. Die geltende Rechtslage ist daher unter diesem Aspekt nicht in Frage zu stellen. Die in der Beschwerde zitierte Entscheidung des OGH vom 16.11.2016, 2 Ob 1/16 k betraf die Ausübung des Eigentumsrechts durch Rauchen in Privatwohnungen und steht mit dem vorliegenden Fall in keiner relevanten Verbindung.

Das VGW verkennt nicht, dass Straftatbestände im Sinn des Grundsatzes „nulla poena sine lege“ (§ 1 Abs. 1 VStG) grundsätzlich streng auszulegen sind. Wenn die BF allerdings die Auffassung vertritt, die von der G. gewählte Gesellschaftsform der GmbH eröffne als solche – im Umkehrschluss aus § 12 Abs. 3 letzter Satz TNRSG – eine legale Grundlage für die Umgehung des TNRSG, zumal die dortigen Regelungen nur auf „Vereine“ abstellten, ist diese Auslegung nicht vertretbar: Offenkundig ist nämlich, dass der Gesetzgeber mit der genannten Bestimmung auf (in der Praxis gehäuft unternommene) Umgehungsversuche durch Scheinwidmung von Raucherräumen der Gastronomie als „Vereinslokale“ reagieren, nicht jedoch gleichzeitig eine Umgehungsmöglichkeit für andere juristische Personen oder Personengesellschaften eröffnen wollte. Eine solche Auslegung wäre vielmehr denkunmöglich und insofern auch verfassungswidrig. Überdies spricht im vorliegenden Fall der primäre „Unternehmensgegenstand“ der G., nämlich die Vergabe von – explizit als solche bezeichneten - „Mitgliedschaften“ gegen Entrichtung „Mitgliedsbeiträge“, für eine faktische Vereinstätigkeit mit dem Hauptzweck einer Gesetzesumgehung iSd § 12 Abs. 3 letzter Satz TNRSG und

dafür, dass bereits die Rechtsform als solche missbräuchlich gewählt wurde. In jedem Fall kann der bloße Umstand, dass die Strafbarkeit der Umgehung in Form einer GmbH nicht (ebenfalls) explizit gesetzlich festgeschrieben wurde, nicht die Anwendbarkeit des Straftatbestands verhindern. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass sich die Regelungen des TNRSG zu einem wesentlichen Teil explizit auf Gastronomiebetriebe jeglicher Art beziehen, welche - um überhaupt als solche existieren zu können - zwangsläufig bzw. typischerweise eine Betriebsanlagengenehmigung und die Einhaltung gewerberechtlicher Ausübungsregeln erfordern. Insofern stellen die Regelungen des TNRSG, vom Zweck her betrachtet, lediglich eine Ergänzung der Regelungen der GewO 1994 dar, indem sie darauf abzielen, gerade bei der Ausübung des Gastgewerbes dem Gesundheits- und Konsumentenschutz Rechnung zu tragen. Auf der Hand liegt gegenständlich auch, dass kein Gast – noch dazu gegen Zahlung einer zusätzlichen „Mitgliedsgebühr“ an einen Dritten – das Gastlokal der E. aufgesucht hätte, um dort lediglich Rauchwaren, nicht aber auch Angebote aus dem primären Gastronomieangebot (Bargetränke), zu konsumieren. Die E. hat die Rauchware auch selbst organisiert und ihren Gästen beigestellt. Insofern ist auch die betonte Behauptung der BF, zwischen der E. und ihren Lokalgästen bestehe im vorliegenden Zusammenhang „kein Vertragsverhältnis“ lebensfremd und verfehlt. Letztlich war die Möglichkeit des Lokalzutritts – explizit laut Partnervertrag (Punkt II) und faktisch sichergestellt durch eine Zusatztür mit Windfang – an die Gastronomieöffnungszeiten der E. gekoppelt. Zwischen dem Konsum des Gastronomieangebots im engeren Sinn (Getränke, allenfalls auch Speisen) und dem Konsum von Rauchwaren im Gastraum bestand daher ein im Geschäftsverkehr wie auch in den (wörtlich auf Gastronomiebetriebe abstellenden) einschlägigen Rechtsvorschriften des TNRSG untrennbar etablierter Zusammenhang. Im Ergebnis wäre eine nach den Vorstellungen der BF rechtlich gänzlich separate Betrachtung bzw. gedankliche Trennung von Gastronomie im engeren Sinn (GewO 1994) und Rauchbetrieb (TNRSG) – bei faktischer, verkehrsüblicher und auch im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck gebrachter Einheit – unsachlich und denk unmöglich. Aussagen dahingehend, man könne bei der Umgehung des Öffentlichkeitsbegriffs des TNRSG hinderliche gewerberechtliche Ausübungsregeln für das Gastgewerbe bzw. Betriebsanlagen, wie etwa das Erfordernis des Zugangs der Gäste aus dem Schanigarten zu den Toiletten, unter dem Aspekt des TNRSG schlichtweg außer Acht lassen („Das betrifft uns nicht.“

VHP S. 12), Vorabvereinbarung einer rechtskundigen Vertretung samt Voraberteilung einer entsprechenden Vertretungsvollmacht sowie Vorgabe eines eigenen E-Mail-Postfachs für die Abwicklung - offensichtlich bereits erwarteter - Verwaltungsstrafverfahren (Punkte II, V; Vollmachtsurkunde als Vertragsbeilage) sowie irreführende Vertragsklauseln mit „Empfehlung“ einer nach TNRSG grundsätzlich „nicht erforderlichen“ Betriebsanlagengenehmigung bei sonstiger Strafbarkeit nach der GewO 1994 (Punkt IV. 4.4 im überarbeiteten Vertragsmuster), implizieren bereits die dem gesamten Konzept zu Grunde liegende sinnwidrige und denkunmögliche Gesetzesauslegung.

Auf der Tatbestandsebene selbst ist festzuhalten, dass der Wortlaut der einschlägigen Ausnahmeregelung des § 12 Abs. 6 TNRSG nicht auf ein Nichtvorliegen von Räumen „öffentlicher Orte“ iSd § 1 Z 11 abstellt, sondern eine eigene speziellere Vorgabe dahingehend enthält, dass Abs. 1 bis 5 lediglich dann nicht gelten, wenn die in Rede stehenden Räume *„ausschließlich privaten Zwecken“* dienen. Dieser Wortlaut zielt eindeutig auf Tätigkeiten des Inhabers oder vor Ort abgehaltene Privatveranstaltungen im engeren Sinn ab, welche dadurch charakterisiert sind, dass die Teilnehmer mit der Betriebsinhabung oder zumindest zueinander in exklusiver sachlicher oder persönlicher Verbindung stehen (z.B. geschlossene Veranstaltung für eine Privatfeier). Da die einzige Gemeinsamkeit der Gäste der E. darin bestand, dass sie vorab extern und gänzlich unabhängig voneinander ein formales „Membership“ bei der G. erworben hatten und grundsätzlich weder der Betriebsinhaberin bekannt waren noch vor Ort (zwangsläufig bzw. von vornherein) in sachlichem oder persönlichem Bezug zueinander standen, kann von *„ausschließlich privaten Zwecken“* iSd § 12 Abs. 6 TNRSG keine Rede sein. Wenn die BF einwendet, es sei lediglich ein allgemeiner Maßstab für „öffentliche Orte“ anzulegen, zumal § 13 TNRSG nach der Novelle BGBl. I Nr. 66/2019 und der Entscheidung des VfGH vom 18.6.2019, G150/2018 ua, unverändert auf „sonstige Räume öffentlicher Orte“ abstelle, ist ihr entgegenzuhalten, dass § 13 Abs. 1 zu sämtlichen Bestimmungen des § 12, so auch zu dessen Abs. 6, in einem Subsidiaritätsverhältnis steht (arg. *„oder Räume von § 12 erfasst sind“*). Damit im Einklang steht auch die Formulierung der Gebotsnormen des § 13c Abs. 1 und Abs. 2 Z 1 und 2, die einerseits von *„Räumen und Einrichtungen gemäß § 12“* und andererseits von *„Räumen eines öffentlichen Orts gemäß § 13“* sprechen. Die Anwendbarkeit und Erfüllung des objektiven

Tatbestands des § 12 Abs. 1 Z 4 TNRSRG ist schon unter dem vorgenannten Aspekt zu bejahen.

Abgesehen davon würde nach Ansicht des VGW auch das ins Treffen geführte Zutrittssystem den Kriterien des § 1 Z 11 TNRSRG nicht standhalten: Zunächst ergibt sich aus der in der Beschwerde illustrativ zitierten Einzelfallrechtsprechung, wonach bei Fehlen bestimmter Mindestmerkmale die Öffentlichkeit eines Ortes/Raumes grundsätzlich nicht ausgeschlossen sei, noch nicht der zwingende Umkehrschluss, dass bei Einrichtung der jeweils genannten Merkmale die Öffentlichkeit grundsätzlich als ausgeschlossen gilt; vielmehr wird es hierbei wiederum auf die Umstände des Einzelfalls ankommen. Jedenfalls kann es nicht als ausreichend angesehen werden, einen gesamten Gastronomiebetrieb durch ein Rahmenvertragswerk und/oder technische Vorrichtungen als „Private Room“ zu definieren und Gästen pro forma systemtechnisch individualisierte Zutrittsberechtigungen zu erteilen, wenn der Verkehrsgebrauch erkennen lässt, dass diese Voraussetzungen faktisch von jedermann ohne besondere Schwierigkeiten zu erfüllen sind und insofern wieder kein „von vornherein beschränkter Personenkreis“ vorliegt: Die drei im „Bewerbungsprozess“ der G. feststellungsgemäß zu beantwortenden Fragen und ihre Ausschlusskriterien (Interesse an Rauchprodukten, auswählbare Rauchfrequenz, Besitz eines Smartphones) sind inhaltlich derart banal und durchschaubar, dass ein „Ausscheiden“ von jedem Durchschnittsbürger, unabhängig von den tatsächlichen Intentionen und Rauchgewohnheiten problemlos vermieden werden kann. Gleiches gilt für den Eintrag einer (lediglich auf mindestens zwei Sätze abstellenden) Begründung für die „Bewerbung“. Schließlich ist nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass sich in einschlägigen Interessentenkreisen – auch unter solchen mit eingeschränkter Auffassungsgabe – schnell herumspricht, welche Einträge bei diesem System zum Zutritt führen und ebenso, wie die Zahlung einzurichten und die App technisch zu aktivieren ist. Umgekehrt werden vom System feststellungsgemäß auch „erfolgreiche“ Bewerber durch einen Zufallsgenerator ausgeschieden, was den „Bewerbungsprozess“ unsachlich und zufallsgesteuert macht, während § 1 Z 11 TNRSRG typischerweise nicht auf aleatorische „Beschränkungen“ eines Personenkreises abzielt. Zudem ist gegenständlich kein Hindernis indiziert, den inhaltlich von vornherein einfach durchschaubaren, leicht in der Interessentenszene kommunizierbaren und letztlich nur durch den (lediglich

einen von 25 positiven „Bewerbern“ ausschließenden) Zufallsgenerator beschränkten „Bewerbungsprozess“ zu wiederholen, bis er zu einem positiven Ergebnis führt. Der von allen automatisiert zugelassenen Personen in gleicher Weise an die G. zu entrichtende „Mitgliedsbeitrag“ von monatlich fünf Euro stellt lediglich einen sehr geringen und vom Durchschnittsbürger leicht aufzubringenden Unkostenbeitrag (vergleichbar mit dem Aufwand für ein weiteres Bargetränk) und insofern kein ins Gewicht fallendes personenbezogenes Beschränkungsmerkmal dar. Auch das altersbedingte Herausfiltern von Jugendlichen durch Hochladen eines Ausweises macht den verbliebenen Personenkreis von Erwachsenen noch nicht „beschränkt“. Im Ergebnis reicht das gegenständliche Zugangsbeschränkungssystem, welches letztlich wieder auf eine bloße „Vorakkreditierung“ hinausläuft, nach allgemeinen Erfahrungswerten im einschlägigen Geschäftsverkehr nicht aus, um die Öffentlichkeit iSd § 1 Z 11 TNRSG auszuschließen. Hinsichtlich der im TNRSG anzulegenden Maßstäbe sei vergleichsweise auch auf die ständige Rechtsprechung des VwGH zur Qualifikation diverser Blütenprodukte als „pflanzliches Raucherzeugnis“ hingewiesen, wobei es ebenfalls auf die nach der allgemeinen Lebenserfahrung typische Umgangsweise und nicht auf abstrakte Möglichkeiten oder eine (oftmals ins Treffen geführte) konkret abweichende Verwendungsbestimmung ankommt (vgl. sg. VwGH 2.6.2020, Ro 2020/11/0002; 30.9.2020, Ra 2020/11/0106). Im Ergebnis wäre der einschlägige objektive Tatbestand auch unter den von der BF eingewendeten Aspekten erfüllt.

Mangels gegenteiliger Regelung im TNRSG genügt für das Verschulden an der Verletzung der gegenständlichen Sorgfaltspflichten (§ 13c Abs. 1 VStG) gemäß § 5 Abs. 1 erster Satz VStG fahrlässiges Verhalten. Da der Tatbestand zudem nicht den nachweislichen Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr voraussetzt, insofern ein „Ungehorsamsdelikt“ regelt, und der Geldstrahfen nicht 50.000 Euro übersteigt, hatte die BF glaubhaft zu machen, dass sie an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft, widrigenfalls Fahrlässigkeit gemäß § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG ohne weiteres anzunehmen war. Nach ständiger Rechtsprechung hat grundsätzlich der Beschuldigte initiativ und in substantiiert Form alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht, wobei es nicht genügt, den Tatvorwurf bloß zu leugnen oder sich auf allgemein gehaltene Behauptungen zurückzuziehen. Die bloße Argumentation mit einer - allenfalls sogar plausiblen -

Rechtsauffassung schließt hier ein Verschulden noch nicht aus, sondern bedarf es einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen, im Zweifel auch bei mehreren Stellen. Das Risiko eines Rechtsirrtums trägt der, der es verabsäumt, sich an geeigneter Stelle, insbesondere bei einer zuständigen Behördenstelle, zu erkundigen. Auch wenn eine höchstgerichtliche Rechtsprechung zu einer bestimmten Frage zum Tatzeitpunkt noch fehlt und insofern Rechtsunsicherheit besteht, rechtfertigt dies nicht ohne weiteres eine vom Beschuldigten im eigenen Interesse vorgenommene Gesetzesauslegung nach der für ihn günstigsten Variante; im Zweifel ist der Nachweis zu erbringen, dass unrichtige amtliche Rechtsauskünfte zum objektiv rechtswidrigen Verhalten geführt haben (vgl. etwa VwGH 30.4.2019, Ro 2019/04/0013; 27.6.2017, Ra 2014/05/0050; 27.4.2017, Ro 2016/02/0020; 29.5.2015, 2012/17/0524; 12.8.2014, 2013/10/0203; 7.10.2013, 2013/17/0592; 22.4.2010, 2008/09/0295).

Die BF hat gegenständlich nicht mit einem ausnahmsweise versagenden (das Verschulden als vertretungsbefugtes Organ ausschließenden) Kontrollsystem argumentiert, sondern - erörterungsgemäß unrichtig und im Hinblick auf die speziellere Regelung des § 12 Abs. 6 TNRSG von vornherein verfehlt - mit einem Zutrittssystem, das auf der objektiven Tatseite das Öffentlichkeitsmerkmal ausschließe. Dass ihr von einer Behörde oder sonstigen offiziellen Stelle eine Auskunft dahingehend erteilt worden wäre, das von der G. angebotene Konzept sei rechtlich ausreichend, um Verwaltungsstrafen nach dem TNRSG zu vermeiden, wurde nicht einmal behauptet. Da auf der Verschuldensebene auch sonst kein begründetes Vorbringen erstattet wurde, ist der Straftatbestand gemäß § 5 Abs. 1 erster Satz VStG auch in subjektiver Hinsicht erfüllt.

Strafbemessung:

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG 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 StGB sinngemäß

anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Gemäß § 20 VStG kann die Mindeststrafe bis zur Hälfte unterschritten werden, wenn die Milderungsgründe die Erschwerungsgründe beträchtlich überwiegen oder der Beschuldigte ein Jugendlicher ist.

Gemäß § 42 VwGVG darf auf Grund einer vom Beschuldigten oder zu seinen Gunsten erhobenen Beschwerde im Erkenntnis des VG keine höhere Strafe verhängt werden als im angefochtenen Bescheid.

Die Strafdrohung bei Übertretung des § 13c Abs. 1 und Abs. 2 Z 1 iVm § 12 Abs. 1 Z 4 TNRSG (unterlassene Sorgetragung für das grundsätzliche Nichtrauchen in Gastronomieräumen) dient dem Hintanhalten des Passivrauchens bei der Speisen- und Getränkeaufnahme – sowohl durch den Raucher selbst als auch durch Dritte – und damit dem hochbedeutenden Schutzgut der körperlichen Integrität von Personen. Zu berücksichtigen ist, dass (wie etwa auch in der Präambel zur unionsrechtlichen Richtlinie RL 2014/40/EU ausgeführt) bei jedem Verbrennungs-/Rauchprozess, sohin auch beim Rauchen pflanzlicher Erzeugnisse ohne Tabakgehalt und von Shishas, Verbrennungsprodukte entstehen können, welche beim Einatmen ein Gesundheitsrisiko bergen. Die hohe Bedeutung kommt auch in den vergleichsweise hohen Geldstrafrahmen von bis zu 2.000 Euro (bzw. bis zu 10.000 Euro im Wiederholungsfall) zum Ausdruck. Das tatbildmäßige Verhalten blieb auch weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht hinter dem in der Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurück: Die konkrete Beeinträchtigung entspricht mangels besonderer Umstände im Sachverhalt grundsätzlich einem vom Gesetzgeber zielgerichtet vertypen Fehlverhalten und weist insofern einen mittelschweren/durchschnittlichen Unrechtsgehalt auf. Der Unrechtsgehalt wird jedoch insofern etwas abgemildert, als die zur Last gelegte Tat auf einer punktuellen Momentaufnahme beruht und „nur“ zwei rauchende Gäste verfahrensgegenständlich sind. Die aktenkundigen Tatumstände und das Vorbringen der BF lassen auch keine Anhaltspunkte erkennen, dass die Einhaltung der übertretenen Vorschriften im konkreten Fall außergewöhnliche Aufmerksamkeit erfordert hätte oder die Übertretungen aus besonderen Gründen nur schwer hätten vermieden werden können: Bereits die von der BF unterfertigte Vertragsurkunde vom 14.5.2020 über die

Implementierung des Umgehungssystems der G. mit Klauseln betreffend im Raum stehende Verwaltungsstrafverfahren (garantierte rechtskundige Vertretung, eigenes E-Mail-Postfach für die Meldung und Administration) und ein außerordentliches Kündigungsrecht im Fall der „Aufhebung des absoluten Rauchverbots in der Gastronomie“ hätte einen redlichen Gastronomiebetriebsinhaber veranlassen müssen, dieses Konzept durch Konsultation weiterer Quellen, insbesondere durch Erkundigungen an behördlicher Stelle, näher zu hinterfragen. Wenn die BF es als (mangels gegenteiliger Anhaltspunkte) physisch und psychisch unbeeinträchtigte Erwachsene vorgezogen hat, im Vertrauen auf Meinungen und Konzepte aus derselben wirtschaftlichen Interessenssphäre gewerbespezifisch einschlägige Rechtsvorschriften im eigenen unternehmerischen Interesse auszulegen bzw. auszublenden, ist ihr Verschuldensgrad zumindest im Bereich der groben Fahrlässigkeit anzusiedeln. Vorsätzliches Verhalten (bedingter Vorsatz) in Bezug auf das Tatunrecht erscheint, insbesondere vor dem Hintergrund der werbenden Einflussnahme durch ein aus Adressatensicht einschlägig spezialisiertes und rechtskundig auftretendes Unternehmen, nicht mit der erforderlichen Sicherheit nachweisbar. Da sohin weder das gesetzliche Schutzgut, seine Beeinträchtigung, noch das Verschulden - geschweige denn alle drei Kriterien kumulativ - als geringfügig zu bewerten waren, kommt weder eine Verfahrenseinstellung nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG noch eine ersatzweise Ermahnung nach § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG noch eine beratende Maßnahme nach § 33a VStG in Betracht (vgl. VwGH 15.10.2019, Ra 2019/02/0109; 25.4.2019, Ra 2018/09/0209).

Die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit der BF zur Tatzeit wurde bereits von der belangten Behörde zutreffend als Milderungsgrund iSd § 34 Abs. 1 Z 2 StGB berücksichtigt. Das grundsätzlich schwere Verschulden (grobe Fahrlässigkeit) wird ferner durch die sinngemäße Anwendung des § 34 Abs. 1 Z 4 (iVm bzw. alternativ Z 9) abgemildert, da zumindest das erstmalige Fehlverhalten aufgrund eines überzeugend präsentierten Angebots der rechtskundig auftretenden G. auf eine starke Einwirkung Dritter bzw. eine verlockende Gelegenheit zurückzuführen war. Spezifische Erschwerungsgründe iSd StGB sind nach wie vor nicht indiziert. Das Ausbleiben bzw. die fehlende Nachweisbarkeit konkret nachteiliger Folgen ist nach dem nunmehrigen Wortlaut des § 19 Abs. 1 VStG kein begünstigendes Kriterium des objektiven Unrechtgehalts und kommt überdies bei einem Ungehorsamsdelikt nach dem Zweck der Strafdrohung auch

nicht als Milderungsgrund iSd § 34 Abs. 1 Z 13 StGB in Betracht (vgl. VwGH 23.10.2014, 2011/07/0205; 21.8.2014, 2011/17/0069 mwV). Ferner kommen die erörterten Tatumstände keinem Schuldausschließungsgrund nahe und ist zum Entscheidungszeitpunkt auch noch nicht von einer unverhältnismäßig langen Verfahrensdauer iSd § 34 Abs. 2 StGB auszugehen. Eine außerordentliche Strafmilderung nach § 20 VStG kommt im vorliegenden Fall schon deshalb nicht in Betracht, weil eine über § 13 VStG hinausgehende besondere Strafuntergrenze zu § 14 Abs. 4 TNRSG nicht vorgesehen ist. Nebenbei ist auch die general- und spezialpräventive Wirkung der Bestrafung im Auge zu behalten (vgl. etwa VwGH 24.11.2008, 2006/05/0113; 16.4.1997, 96/03/0358), zumal sich die BF ausgehend von ihrem eigenen Vorbringen bis zuletzt uneinsichtig zeigte und sie die Nutzung des Systems der G. offenbar nach wie vor als rechtmäßig ansieht. Da die BF laut Angaben in der Verhandlung ein über dem Existenzminimum liegendes Monatseinkommen von etwa 1.400 bis 1.500 Euro netto bezieht, keine Sorgepflichten hat, jedoch gleichzeitig noch immer als alleinige handelsrechtliche Geschäftsführerin und Alleingesellschafterin der gerade im Konkurs befindlichen E. fungiert, waren tendenziell bzw. vorübergehend ungünstige wirtschaftliche Verhältnisse zu berücksichtigen.

Bei Abwägung aller vorerörterter Kriterien (hochbedeutendes Schutzgut, mittelschwerer bis abgeschwächter Eingriff, schweres Verschulden, zwei Milderungsgründe, keine Erschwerungsgründe, General- und Spezialprävention, abgeschwächte wirtschaftliche Verhältnisse) erscheint insgesamt eine Geldstrafe von 400 Euro tatangemessen. Die im Straferkenntnis festgesetzte Geldstrafe von 800 Euro, die den Strafraumen von 2.000 Euro bald zur Hälfte ausschöpft, erscheint nach den konkreten Tatumständen jedenfalls deutlich überhöht. Die im Straferkenntnis festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafen von 20 Stunden wurde bei Berücksichtigung der Strafraumen (2.000 Euro und zwei Wochen gemäß § 16 Abs. 2 VStG) in Bezug auf die dortige Geldstrafe von 800 Euro zu Gunsten der BF unverhältnismäßig niedrig bemessen, ist im Verhältnis zur reduzierten Geldstrafe noch immer sehr (zu) niedrig und bleibt daher im Hinblick auf § 42 VwGVG unverändert. Der Beitrag der BF zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens der belangten Behörde war gemäß § 64 Abs. 2 VStG auf 10 % der neu bemessenen Geldstrafe, sohin auf 40 Euro zu reduzieren. Gemäß § 9 Abs. 7 VStG war auch hinsichtlich der reduzierten Geldstrafe und Verfahrenskosten die Haftung der E. auszusprechen. Darüber hinaus war die Beschwerde unter Präzisierung der

Rechtsgrundlagen (vgl. VwGH 6.8.2020, Ra 2020/09/0013) als unbegründet abzuweisen. Aufgrund teilweisen Obsiegens war der BF gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen.

Zu III (§ 25a Abs. 1 VwGG):

Die Unzulässigkeit der Revision war auszusprechen, da die Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit des in Rede stehenden Verhaltens im Zusammenhang mit der ins Treffen geführten Umgehungs konstruktion eine rechtliche Einzelfallentscheidung darstellt, die – ebenso wie die zu Grunde liegende Beweiswürdigung – bei Vertretbarkeit nicht der Nachprüfung im Revisionsweg unterliegt (vgl. VwGH 8.11.2016, Ra 2016/09/0097; 24.2.2016, Ra 2016/04/0013, mwV). Die Strafbemessung, bei der es sich um eine Ermessensentscheidung handelt, erfolgte nach klaren gesetzlich Vorgaben und steht auch in keinem Widerspruch zu den diesbezüglichen (im jeweiligen Zusammenhang zitierten) Leitlinien des VwGH (vgl. VwGH 11.1.2018, Ra 2017/02/0136). Für Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art. 133 Abs. 4 erster Satz B-VG bestand daher im Ergebnis kein Anhaltspunkt.

B e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung kann außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof und/oder Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Die Revision bzw. Beschwerde ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der schriftlichen Ausfertigung der Entscheidung durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt oder eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und im Fall der Revision beim Verwaltungsgericht Wien, im Fall der Beschwerde direkt beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für die Revision bzw. Beschwerde ist jeweils eine Eingabegebühr von 240 Euro beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein entsprechender Zahlungsbeleg ist der Eingabe anzuschließen. Ferner besteht die Möglichkeit, auf die genannten Rechtsmittel ausdrücklich zu verzichten, wobei diese in der Folge nicht mehr zulässig sind.

H i n w e i s

Für ein außerordentliches Revisionsverfahren beim Verwaltungsgerichtshof oder ein Beschwerdeverfahren beim Verfassungsgerichtshof steht einer Partei Verfahrenshilfe soweit zu, als sie selbst (bzw. die an der Verfahrensführung wirtschaftlich Beteiligten) außer Stande ist (sind), die Kosten der Verfahrensführung ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint. Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der sechswöchigen Rechtsmittelfrist für ein außerordentliches

Revisionsverfahren direkt beim Verwaltungsgerichtshof bzw. für ein
Beschwerdeverfahren direkt beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Verwaltungsgericht Wien
MMag. Dr. Ollram
Richterin