



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-021/060/3940/2024-14
A. B.

Wien, 19.3.2025

Geschäftsabteilung: VGW-I

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien erkennt durch seinen Richter Dr. NEUMANN über die Beschwerde des Herrn A. B. vom 06.03.2024 gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk - Expositur C., vom 15.2.2024, Zl. ..., betreffend Übertretung von § 14 Abs. 4 iVm § 12 Abs. 1 Z 4 und Abs. 5 iVm § 13c Abs. 2 Z 1 Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetz (TNRSG), nach durchgeführter öffentlicher mündlicher Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe von EUR 4.000,00 auf EUR 1.000,00 und die für den Fall der Uneinbringlichkeit festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen auf einen Tag herabgesetzt wird. Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

Dementsprechend wird der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens bei der belangten Behörde gemäß § 64 Abs. 2 VStG mit EUR 100,00 festgesetzt, das sind 10% der verhängten Geldstrafe.

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

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Verfahrensgang

1.1. Mit dem in Beschwerde gezogenen Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer als Inhaber des Gastgewerbebetriebes in Wien, D. Hauptstraße (Gewerbestandort ebendort) vorgeworfen, dass am 10.11.2023 um 22:05 Uhr in Wien, D. Hauptstraße mehrere Gäste im überdachten und an drei Seiten komplett geschlossenen (eine Wand zur Hälfte offen) Gastgarten Wasserpfeife und tabakhaltige Zigaretten geraucht worden seien. Er habe dadurch gegen § 14 Abs. 4 TNRSG iVm § 12 Abs. 1 Z 4 und Abs. 5 TNRSG iVm § 13c Abs. 2 Z 1 TNRSG verstoßen. Deswegen wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 4.000,00 verhängt. Dem Straferkenntnis liegt eine Anzeige des Marktamtes der Stadt Wien vom 25.1.2024 zugrunde.

1.2. Dagegen erhob der Beschwerdeführer über seinen Rechtsvertreter binnen offener Frist mit Schriftsatz vom 6.3.2024 Beschwerde und macht Verfahrensfehler sowie unrichtige rechtliche Beurteilung geltend. Zusammengefasst geht der Beschwerdeführer davon aus, dass gegenständlich der Gastgarten als Freifläche einzustufen gewesen sei. Zudem würden die Voraussetzungen für eine Ermahnung und/oder Einstellung gemäß § 45 VStG vorliegen.

1.3. Am 17.3.2025 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der der Beschwerdeführer, ein ehemaliger Mitarbeiter des vom Beschwerdeführer geführten Gastgewerbebetriebes und das anzeigenlegende Kontrollorgan einvernommen wurden.

2. Sachverhalt

- 2.1. Der Beschwerdeführer ist Inhaber des Gastgewerbebetriebes „E.“ in Wien, D. Hauptstraße. Die „E.“ besteht aus Innenräumlichkeiten und außerhalb davon über aus einem Schanigarten, der mit einer temporären Überdachung (Pergola/Markise) versehen ist, laut Angaben des Beschwerdeführers (Beschwerdeschriftsatz) mit einer Länge von 12,25 m. Die Gastgartentiefe beträgt nach den Angaben in etwa 5,00 m. Neben Speisen und Getränken werden im freien Schanigarten zusätzlich „Shishas“ (Wasserpfeifen) angeboten und besteht dadurch die Möglichkeit, Zigaretten zu rauchen. Auf der Längsseite des Gastgartens zur F.-gasse gibt es laut Angaben des Beschwerdeführers (Beschwerdeschriftsatz) eine fix verbaute Kunststoffverglasung bis zur Höhe von 100 cm.
- 2.2. Am 10.11.2023 um 22:05 Uhr fand eine behördliche Kontrolle des Gastgewerbebetriebes „E.“ in Wien, D. Hauptstraße statt. Zum Kontrollzeitpunkt war der Schanigarten mit einer aktivierten Plane (Pergola/Markise) überdacht und an den zwei Breitseiten mit einer Plastikplane umschlossen. Die Vorderseite zur F.-gasse war offen. Es wurden von Gästen Zigaretten und Shishas geraucht. Das Dach wurde geschlossen, weil es regnete.
- 2.3. Der Beschwerdeführer weist seine Mitarbeiter an, dass im Schanigarten die obere Seite geöffnet sein muss. Sobald es regnet soll das Dach geschlossen werden und müssen die Wasserpfeifen (inkl. Aschenbecher) eingesammelt werden. Der Gastgarten ist über Live-Videoaufzeichnungen jederzeit kontrollierbar, was der Beschwerdeführer zwischendurch auch macht.
- 2.4. Beweiswürdigung
Der unter 2.1. angeführte Sachverhalt ergibt sich unzweifelhaft aus der Aktenlage. Es gibt keine Anhaltspunkte, an den diesbezüglichen Angaben des Beschwerdeführers zu zweifeln. Die unter 2.2. festgestellten Tatsachen ergeben sich aus der Anzeige, der Lichtbilddokumentation und den glaubhaften Angaben der Zeugin G.. Das geschlossene Dach ist auf

der Fotodokumentation ersichtlich. Die Angabe (Einvernahme des Beschwerdeführers; VHP S 3), zum Zeitpunkt der Kontrolle sei die obere Seite offengeblieben, steht im Widerspruch zur Fotodokumentation, die im Einklang mit der dazu erfolgten Aussage der Zeugin G. steht (in Übereinstimmung mit der Fotodokumentation der Beschwerdeschriftsatz). Die kürzere Zeit des Regenschauers ergibt sich aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers und steht nicht im Widerspruch zu den im Internet verfügbaren meteorologischen Daten. Es sind keine Anhaltspunkte für Zweifel am Bestehen der vom Beschwerdeführer vorgebrachten Maßnahmen zur Einhaltung des TNRSG hervorgekommen; bezüglich der Anweisungen gegenüber dem Personal wurden sie vom Zeugen H. bestätigt.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Rechtsvorschriften:

§ 5 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018, lautet:

„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.

(1a) Abs. 1 zweiter Satz gilt nicht, wenn die Verwaltungsübertretung mit einer Geldstrafe von über 50 000 Euro bedroht ist.

(2) Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, entschuldigt nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte.

§ 33a Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018, lautet:

„Beratung

§ 33a. (1) Stellt die Behörde eine Übertretung fest und sind die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering, so hat ihn die Behörde, soweit die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen, mit dem Ziel einer möglichst wirksamen Beendigung des strafbaren Verhaltens oder der strafbaren Tätigkeiten zu beraten und ihn schriftlich unter Angabe der festgestellten Sachverhalte aufzufordern, innerhalb einer angemessenen Frist den den Verwaltungsvorschriften und behördlichen Verfügungen entsprechenden Zustand herzustellen.

(2) Wird der schriftlichen Aufforderung innerhalb der von der Behörde festgelegten oder erstreckten Frist entsprochen, dann ist die weitere Verfolgung einer Person wegen jener Übertretungen, betreffend welche der den Rechtsvorschriften und behördlichen Verfügungen entsprechende Zustand hergestellt worden ist, unzulässig.

(3) Die Intensität der Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes ist jedenfalls nicht gering, wenn die Übertretung nachteilige Auswirkungen auf Personen oder Sachgüter bewirkt hat oder das Auftreten solcher Auswirkungen bei auch nur kurzem Andauern des strafbaren Verhaltens oder der strafbaren Tätigkeiten zu erwarten ist.

(4) Die Intensität der Beeinträchtigung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes gilt als gering, wenn geringfügige Abweichungen von technischen Maßen festgestellt wurden und keine der im Abs. 3 genannten Umstände vorliegen.

(5) Abs. 1 und 2 sind jedenfalls nicht anzuwenden auf

1. Übertretungen von Verwaltungsvorschriften, die zur Strafbarkeit vorsätzliches Verhalten erfordern;

2. Übertretungen, die innerhalb der letzten drei Jahre vor Feststellung der Übertretung bereits Gegenstand einer Beratung und schriftlichen Aufforderung durch die Behörde waren oder zu denen einschlägige noch nicht getilgte Verwaltungsstrafen bei der Behörde aufscheinen;

3. Übertretungen, die Anlass zu in den Verwaltungsvorschriften vorgesehenen einstweiligen Zwangs- und Sicherungsmaßnahmen geben;

4. Übertretungen, für welche die Verwaltungsvorschriften die Maßnahme der Entziehung von Berechtigungen vorsehen.“

§ 45 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013, lautet:

„§ 45. (1) Die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn

1. die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet;

2. der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen;

3. Umstände vorliegen, die die Verfolgung ausschließen;

4. die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind;

5. die Strafverfolgung nicht möglich ist;

6. die Strafverfolgung einen Aufwand verursachen würde, der gemessen an der Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und der Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat unverhältnismäßig wäre.

Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.“

§ 12 Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz - TNRSZG, BGBl. 431/1995 idF BGBl. I 66/2019, lautet wie folgt:

„Umfassender Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutz

§ 12. (1) Rauchverbot gilt in Räumen für

1. Unterrichts- und Fortbildungszwecke,
2. Verhandlungszwecke,

3. schulsportliche Betätigung, schulische oder solche Einrichtungen, in denen Kinder oder Jugendliche beaufsichtigt, aufgenommen oder beherbergt werden, einschließlich der dazugehörigen Freiflächen, und

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.

(4) Rauchverbot gilt auch für geschlossene öffentliche und private Verkehrsmittel zur entgeltlichen oder gewerblichen Personenbeförderung. Dies gilt auch in nicht der entgeltlichen oder gewerblichen Personenbeförderung dienenden Verkehrsmitteln, wenn sich im Fahrzeug eine Person befindet, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

(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.“

§ 13 Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetz - TNRSZG, BGBl. Nr. 431/1995 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2015, lautet:

„Nichtraucherinnen- und Nichtrauchererschutz 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.

(2) In Hotels und vergleichbaren Beherbergungsbetrieben gilt Rauchverbot. In den allgemein zugänglichen Bereichen kann, falls nicht § 12 Abs. 1 bis 3 zur Anwendung kommt, ein Nebenraum als Raucherraum eingerichtet werden, sofern gewährleistet ist, dass aus diesem Nebenraum der Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt, das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird und in dem Raucherraum auch keine Speisen und Getränke hergestellt, verarbeitet, verabreicht oder eingenommen werden.

(3) Das Rauchverbot gilt nicht in Tabaktrafiken, sofern gewährleistet ist, dass Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt. Ausgenommen von der Möglichkeit, Rauchen zu erlauben, sind jene Tabaktrafiken, die Postpartner sind.

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

§ 13c Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetz - TNRSZG, BGBl. Nr. 431/1995 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2015, lautet:

„Verpflichtungen betreffend den Nichtrauchererschutz

§ 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,
3. der Kennzeichnungspflicht gemäß § 13b entsprochen wird.“

Gemäß § 14 Abs. 4 des Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetzes - TNRSG idF BGBl. I 13/2018 begeht, wer als Inhaberin bzw. Inhaber gemäß § 13 Abs. 1 gegen eine Verpflichtung des § 13c verstößt eine mit Geldstrafe bis zu 2.000,- Euro im Wiederholungsfall bis zu 10.000,- Euro zu ahndende Verwaltungsübertretung.

3.2. Rechtlich folgt daraus:

- Zur Eigenschaft des Gastgartens wie bei der Kontrolle vorgefunden als „Freifläche“

In der hier zu beurteilenden Fallkonstellation war zu klären, ob der Gastgarten des vom Beschwerdeführer betriebenen Lokals angesichts seiner Überdachung mit einer Art Markise und der Abdeckung mit Folie auf den Seitenwänden sowie den Verblendungen auf der Vorderseite im Sinne des zitierten Regelungssystems vom Rauchverbot umfasst ist.

Die belangte Behörde ist bei der Würdigung des Sachverhaltes davon ausgegangen, dass es sich bei diesem Bereich um einen „Raum“ im Sinne der zitierten gesetzlichen Bestimmungen handelt.

Die Bestimmung des § 12 Abs. 1 Z 4 TNRSG stellt nicht nur auf Räume ab, sondern spricht von „Bereichen“ die in Gastronomiebetrieben den Gästen zur Verfügung stehen, „ausgenommen Freiflächen“.

Das bedeutet aber, dass nicht nur in „Räumen“ von Gastronomiebetrieben, sondern in allen für die Gäste zur Verfügung stehenden Bereichen, bei denen es sich nicht um „Freiflächen“ handelt, das Rauchen vom Betreiber eines Gastronomiebetriebes nicht gestattet werden darf.

Für den Begriff der „Freifläche“ findet sich im Gesetz keine Legaldefinition.

Nach dem Regelungszusammenhang der zitierten Bestimmungen und ihrem Schutzzweck ist auszuschließen, dass der Begriff der „Freifläche“ vom Gesetzgeber als Gegensatz zu einer „verbauten Fläche“ im Sinne von baurechtlichen Bestimmungen verstanden wird.

Dies zeigt auch § 12 Abs. 2 TNRSg, der auch „nicht ortsfeste Einrichtungen“ in das umfassende Rauchverbot einbindet und dabei insbesondere auf Festzelte verweist.

Geht man vom Schutzzweck des Gesetzes aus, kann der Begriff der „Freifläche“ als Ausnahme vom umfassenden Rauchverbot für alle Bereiche, in denen sich Gäste eines Gastronomiebetriebes aufhalten, nur so verstanden werden, dass es sich dabei um einen Bereich handelt, in dem die Luftzirkulation nicht durch Abdeckungen mit Planen, Zeltstoffen, Vorhängen, Folien aller Art weitgehend unterbunden wird. Bereiche eines Gastronomiebetriebes, in denen sich die beim Rauchen von Wasserpfeifen, Shishas oder herkömmlichen Tabakwaren entstehende Beeinträchtigungen von den auch beim Rauchen im Freien wahrnehmbaren Beeinträchtigungen deutlich unterscheiden, können auch wenn sie weder seitlich noch nach oben von festen Bauteilen begrenzt werden, nicht mehr als „Freifläche“ angesehen werden.

Auch ein auf öffentlichem Grund gelegener Bereich eines Gastgartens, der vollständig oder fast vollständig mit behelfsmäßigen Mitteln wie Planen, Stoffvorhängen oder anderen Mitteln umgrenzt wird, ist daher nicht mehr als „Freifläche“ im Sinne des § 12 Abs. 1 Z 4 TNRSg zu verstehen. Gegenständlich lag eine zu große Begrenzung vor: eine Pergola/Markise an der Oberseite (aufsteigender Rauch kann nicht entweichen), die Hausmauer an der Rückseite als Hindernis und beide Seiten der Breite mit Folie (Behinderung von Luftströmen parallel zu F.-gasse), die insgesamt als Strömungshindernis für Luftbewegungen und dadurch bedingte Entlüftung geeignet sind. Zudem ist auch bezüglich der Längsseite (parallel zur F.-gasse) auf die Flächenelemente zu verweisen, wenngleich diese nur einen geringeren Prozentsatz der Fläche der Vorderseite ausmachten. Insgesamt handelt es sich bei der hier zu beurteilenden Abgrenzung

der Seiten- und Dachflächen daher um eine solche, die den Charakter des vor dem Lokal auf öffentlichem Grund befindlichen Gastgartens als „Freifläche“ im Sinne des § 12 Abs. 1 Z 4 TNRSG beseitigt. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber im TNRSG nicht auf Messwerte abstellt, sondern die Beschaffenheit des Aufenthaltsortes maßgeblich ist (siehe obige Ausführungen) und dadurch eine Durchschnittsbetrachtung anzustellen ist. Aus diesem rechtlichen Grund waren die beantragten Messungen zur Feststellung der Luftqualität nicht maßgeblich und folglich für das Verfahren nicht durchzuführen.

Auf Basis der in der Beschwerde geltend gemachten Rechtsprechung war zu erörtern, ob von Gegebenheiten wie im Freien auszugehen war, die einen umfassenden Luftaustausch gewährleistete. Dies wurde verneint (siehe oben). Deswegen kann die in der Beschwerde genannte Rechtsprechung nicht gegen dieses Erkenntnis ins Treffen geführt werden. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass das objektive Tatbild der im Straferkenntnis angelasteten Übertretung erfüllt wurde.

– Verschulden des Beschwerdeführers

Der Beschwerdeführer hat kein wirksames Kontrollsystem darlegen können. Anweisungen an Arbeitnehmer allein, zumal Anleitungen für effektivere Abläufe möglich gewesen wären, sind nicht ausreichend. In Bezug auf effektivere Abläufe sei etwa als eine Möglichkeit erwähnt, dass der Betreiber anordnen könnte, zeitgleich zum Ausfahren der Markise/Pergola bei Regen (Schutz vor Nässe) die Seitenwände einzufahren, sodass der Charakter einer Freifläche entsteht. Losgelöst von datenschutzrechtlichen und arbeitsrechtlichen Fragen ist festzuhalten, dass die bloße Verfügbarkeit einer Kamera, ohne dass jemand deren Übertragung permanent überwacht und lediglich Stichproben vorgenommen werden, nicht den Anforderungen an ein wirksames Kontrollsystem genügt.

– Ein schuldausschließender Verbotsirrtum iSd § 5 Abs. 2 VStG liegt nicht vor:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs entschuldigt gemäß § 5 Abs. 2 VStG die Unkenntnis der Verwaltungsvorschrift, der der Täter zuwidergehandelt hat, nur dann, wenn sie erwiesenermaßen unverschuldet ist und

der Täter das Unerlaubte seines Verhaltens ohne Kenntnis der Verwaltungsvorschrift nicht einsehen konnte. Die Unkenntnis des Gesetzes, wie auch eine irrige Gesetzesauslegung, müssen somit unverschuldet sein (VwGH 27.6.2007, 2002/03/0275; 31.7.2009, 2008/09/0086; 27.1.2011, 2010/03/0179; 6.3.2014, 2013/11/0110; 12.8.2014, 2013/10/0203). Es bedarf bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht im Zweifelsfall einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen (vgl. etwa VwGH 24.10.2016, Ro 2016/17/0002 mwN). Wer dies verabsäumt, trägt das Risiko des Rechtsirrtums. Die bloße Argumentation mit einer – allenfalls sogar plausiblen – Rechtsauffassung allein vermag ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen (VwGH 12.8.2014, 2013/10/0203; 6.3.2014, 2013/11/0110, und 18.3.2015, 2013/10/0141).

Die entsprechenden Erkundigungen können nicht nur bei den Behörden, sondern auch bei einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung berechtigten Person eingeholt werden (VwGH 30.11.1981, 81/17/0126; 27.1.2014, 2011/17/0073, und 29.5.2015, 2012/17/0524). Hat die Partei (zB von einem Rechtsanwalt) eine falsche Auskunft erhalten, so liegt ein schuldausschließender Irrtum jedoch dann nicht vor, wenn sie Zweifel an der Richtigkeit der Auskunft hätte haben müssen (VwGH 29.5.2015, 2012/17/0524). Im Zweifelsfall haben Erkundigungen, ob die vom Beschuldigten vertretene Rechtsansicht zutrifft, bei der zur Entscheidung zuständigen Stelle zu erfolgen (vgl. VwGH 7.10.2013, 2013/17/0592). Es liegt grundsätzlich an der Partei, das Vorliegen von Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründen durch ein konkretes Vorbringen zu behaupten und der Behörde die für die Beurteilung erforderlichen Informationen an die Hand zu geben (VwGH 25.9.2014, 2012/07/0214).

Der Beschwerdeführer behauptet nicht, eine Rechtsauskunft der Behörde oder eines berufsmäßigen Parteienvertreters zur Rechtmäßigkeit der Abschließung des Gastgartens, wie dies im vorliegenden Verfahren erfolgt ist, eingeholt zu haben. Er bringt über seinen Vertreter vor, dass er unterschiedliche Auskünfte von Kontrollorganen erhalten habe, was erlaubt sei und was nicht. Es habe Kontrollen gegeben, die nicht zu einer Strafe geführt hätten. Aber gerade in einer solchen Konstellation, bei der sich ein Betroffener einer für ihn unklaren Rechtslage bezieht, trifft ihn eine Verpflichtung zur Einholung einer Auskunft.

– Zur 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 im ordentlichen Verfahren 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- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Gemäß § 14 Abs. 4 TNRSOG, BGBl. Nr. 431/1995 idF BGBl. I Nr. 13/2018, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach einer anderen Verwaltungsstrafbestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 2.000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 10.000 Euro zu bestrafen, wer als Inhaber gemäß § 13c Abs 1 gegen eine Verpflichtung des § 13c verstößt.

Im Hinblick auf das Vorliegen von Vorstrafen nach dem TNRSOG kommt der zweite Strafsatz des § 14 Abs. 4 TNRSOG mit einer Strafdrohung von bis zu EUR 10.000,-- zur Anwendung.

- Die im Tabakgesetz normierten Rauchverbote dienen dem Schutz vor unfreiwilliger Tabakrauchexposition. Nichtraucher sollen in ihrem „Recht auf rauchfreie Luft“ geschützt werden und liegt dieses Ziel im öffentlichen Interesse. Die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts (umfassender Schutz der Gäste und Beschäftigten in der Gastronomie vor den schädlichen Auswirkungen des Passivrauchens) ist hoch. Der objektive Unrechtsgehalt der Tat ist nicht

unbedeutend. Im Hinblick darauf, dass der Schanigarten zum Kontrollzeitpunkt zwar nicht als „Freifläche“ galt, aber auf der größeren Vorderseite offen war und bei bloß geringfügigeren Veränderungen am Schanigarten als Freifläche von der Behörde anerkannt worden wäre, ist von einem eher unterdurchschnittlichen Unrechtsgehalt auszugehen. Hinsichtlich des Verschuldens ist von Fahrlässigkeit auszugehen. Auch wurde anhand der Anordnungen und der Möglichkeit zu stichprobenartigen Kontrollen via Kamera ersichtlich, dass dem Beschwerdeführer die Einhaltung der Vorschriften des TNRSG nicht egal waren.

- Bereits eine einschlägige Vorstrafe ist strafsatzbestimmend für die höhere Strafobergrenze. Als erschwerend sind drei einschlägige verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen zu berücksichtigen. Mildernde Umstände liegen nicht vor. Es bestehen neben den Übertretungen nach dem TNRSG sieben Vormerkungen wegen anderer verwaltungsstrafrechtlicher Übertretungen.
- Der Beschwerdeführer hat keine Angaben zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen gemacht. Es war somit von zumindest durchschnittlichen Verhältnissen auszugehen.

Die Herabsetzung der Strafe erfolgte unter Bedachtnahme auf den eher unterdurchschnittlichen Unrechtsgehalt der Tat. Es kann davon ausgegangen werden, dass auch eine Strafe in der nunmehr festgesetzten, für den Beschwerdeführer immer noch bedeutenden Höhe geeignet ist, diesen in der Zukunft zur Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen anzuhalten. Einer weitergehenden Strafreduktion stehen aber die einschlägigen rechtskräftigen Vorstrafen entgegen. Die für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe angesetzte Ersatzfreiheitsstrafe wurde entsprechend der Herabsetzung.

- Beraten statt Strafen

Ein Anwendungsfall des § 33a VStG liegt nicht vor: So muss gemäß § 33a Abs. 1 VStG die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes gering sein. Dieses Tatbestandsmerkmal findet sich auch in § 45 Abs. 1 Z 4 VStG. Der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (siehe VwGH 12.5.2023, Ra

2023/09/0039) zu dieser Norm kann entnommen werden: „Die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes iSd § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ist allgemein für sich zu beurteilen, wobei die Wertigkeit des durch die verletzte Norm geschützten Rechtsgutes ihren Ausdruck auch in der Höhe des gesetzlichen Strafrahmens findet (vgl. VwGH 11.7.2022, Ra 2021/04/0007; 7.10.2021, Ra 2020/05/0232).“ Gegenständlich ist auf die maßgebliche Strafobergrenze von EUR 10.000,00 zu verweisen. Zudem wird auch auf obige Ausführungen zur Bedeutung des vom TNRSG strafrechtlich geschützten Rechtsguts verwiesen.

Zur Frage, ob geringes Verschulden vorliegt, ist ebenfalls auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu verweisen: „Wie der VwGH schon zum Begriff des ‚geringen Verschuldens‘ im Verständnis der - der Regelung des § 33a Abs. 1 VStG insoweit gleichläufigen - Bestimmung des § 45 Abs. 1 VStG und der Vorgängerbestimmung § 21 Abs. 1 VStG idF BGBl. INr. 33/2013 ausgesprochen hat, kann von einem geringen Verschulden generell nur dann gesprochen werden, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. etwa VwGH 27.2.2019, Ra 2018/04/0134; VwGH 10.4.2013, 2011/08/0218). Dieses Verständnis ist auch für § 33a VStG bezüglich des dort ebenso verwendeten Begriffs des "geringen Verschuldens" maßgeblich. Nach dem Auslegungsprinzip der Einheit der Rechtsordnung und der Rechtssprache ist nämlich prinzipiell davon auszugehen, dass in der Rechtssprache geprägte Begriffe die gleiche Bedeutung haben (vgl. etwa VwGH 20.9.2018, Ra 2017/09/0001, mwH). Derart ist darauf abzustellen, ob das tatbildmäßige Verhalten des Täters gerade einen typischen Fall eines nach der Strafbestimmung verpönten Verhaltens darstellt (vgl. idS VwGH 4.10.2012, 2012/09/0134; VwGH 23.6.2010, 2009/06/0129).“ Das Rauchen in einem Gastgartenbereich, der nicht als Freifläche einzuordnen ist, und der damit verbundene Verstoß gegen das TNRSG muss als typischer Fall eines nach der Strafbestimmung verpönten Verhaltens eingestuft werden. Im Übrigen wird in Bezug auf die Anwendbarkeit von § 33a VStG auf § 33a Abs. 5 Z 2 VStG (arg „einschlägige noch nicht getilgte Verwaltungsstrafen“) verwiesen.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass im gegenständlichen Fall kein Raum für eine Anwendbarkeit des § 33a VStG. Mit den fehlenden Voraussetzungen („Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts gering“ und „geringes Verschulden“) für

§ 33a VStG korrespondiert die fehlende Anwendbarkeit von § 45 Abs. 1 Z 4 VStG. Insofern sind auch die Voraussetzungen zum Ausspruch einer Ermahnung (§ 45 Abs. 1 letzter Satz VStG) nicht gegeben.

Die Kostenentscheidungen gründen sich auf die im Spruch des Erkenntnisses angeführten zwingenden gesetzlichen Bestimmungen.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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 der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Hinweis:

Das Verwaltungsgericht Wien ist weder zur Entgegennahme von zu begleichenden Geldstrafen noch zur Eintreibung solcher zuständig. Im Falle einer rechtskräftigen Verhängung einer Geldstrafe wenden Sie sich bitte an die Verwaltungsbehörde (die Kontaktdaten finden Sie am angefochtenen Straferkenntnis), welche die Strafe verhängt hat!

Verwaltungsgericht Wien

Dr. NEUMANN