



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38669
Telefax: (43 01) 4000 99 38640
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-021/021/13910/2017-7
X. Y.

Wien, 22.06.2018
Zah

Geschäftsabteilung: VGW-F

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Dr. Hollinger über die Beschwerde des Herrn X. Y., vertreten durch Mag. K., gegen das Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den ... Bezirk, vom 30.08.2017, Zl. ..., wegen Verwaltungsübertretung gemäß § 14 Abs. 4 iVm § 13 Abs. 1 sowie § 13c Abs. 1 Z. 2 und Abs. 2 Z. 3 und § 13d des Bundesgesetzes über das Herstellen und Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse und den Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutz (Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz - TNRSZG), BGBl. Nr. 431/1995 in der geltenden Fassung,

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde insoweit Folge gegeben, als die verhängte Geldstrafe von EUR 1.500,00 auf EUR 700,00 und die für den Fall der Uneinbringlichkeit festgesetzte Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen und 18 Stunden auf 1 Tag und 20 Stunden herabgesetzt wird. Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass als verletzte Rechtsvorschriften

§ 13 Abs. 1 und Abs. 4 sowie § 13c Abs. 1 und Abs. 2 Z 2 des Bundesgesetzes über das Herstellen und Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse und den Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutz (Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz – TNRSKG, idF BGBl. I Nr. 13/2018), heranzuziehen sind.

Die Strafsanktionsnorm ist § 14 Abs. 4 erster Strafsatz TNRSKG.

Dementsprechend wird der Beitrag zu den Kosten des Verfahrens bei der belangten Behörde gemäß § 64 Abs. 2 VStG mit EUR 70,00 festgesetzt, das sind 10% der verhängten Geldstrafe.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGGV 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

Das angefochtene Straferkenntnis enthält folgenden Spruch:

„Sie haben es zur Vertretung nach außen Berufener, nämlich als handelsrechtlicher Geschäftsführer (§ 9 Abs. 1 VStG) der Z. GmbH, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Inhaberin des Kleinhandelsbetriebes in Wien, L., insofern gegen die Obliegenheiten des Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetzes verstoßen hat, als diese insofern nicht dafür Sorge getragen hat, dass in den Räumen eines öffentlichen Ortes keine verwandten Erzeugnisse im Sinne des § 1 Z 1e dieses Bundesgesetzes verwendet werden, als am 21.03.2017 um 13:30 Uhr 5 Personen elektronische Zigaretten verwendet haben.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 14 Abs. 4 in Verbindung mit § 13 Abs. 1 sowie § 13c Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 Z 3 und § 13d des Bundesgesetzes über das Herstellen und Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und verwandte Erzeugnisse und den Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutz (Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz - TNRSKG), BGBl. Nr. 431/1995 in der geltenden Fassung

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von € 1.500,00, falls diese uneinbringlich ist,
Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen und 18 Stunden

gemäß § 14 Abs. 4 zweiter Strafsatz Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtrauchererschutzgesetz - TNRSG in der geltenden Fassung

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen: € 150,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, d.s. 10% der Strafe (mindestens jedoch € 10,00 je Übertretung). Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher € 1.650,00. Außerdem sind die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen.

Die Z. GmbH, haftet für die mit diesem Bescheid über den zur Vertretung nach außen Berufenen, Herrn X. Y. verhängte Geldstrafe von € 1.500,00 und die Verfahrenskosten in der Höhe von € 150,00 sowie für sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen gemäß § 9 Abs.7 VStG zur ungeteilten Hand.“

Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die fristgerechte Beschwerde des Beschwerdeführers (Bf.), in welcher als Beschwerdegründe Rechtswidrigkeit des Inhaltes sowie unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht werden.

Antragsgemäß führte das Verwaltungsgericht Wien am 18.04.2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, an welcher der Bf. zusammen mit seinem rechtfreundlichen Vertreter teilnahm und in welcher der Zeuge S. einvernommen wurde. Folgendes wurde zu Protokoll gegeben:

Der Beschwerdeführer gab zu Protokoll:

„Ich führe ein Fachgeschäft für Elektrozigaretten und alles was dazu gehört. Ich führe ausschließlich diese Waren und biete keine anderen Waren an und verkaufe auch keine anderen Waren. Wir könnten unser Geschäft nicht betreiben, wenn wir die Geräte und das Zubehör nicht vorführen. Ein Kunde, der sich für die Elektrozigaretten interessiert, wird von mir die Funktionsweise der Elektrozigarette erklärt. Zu diesem Zweck nehme ich die E-Zigarette auseinander, erkläre dem Kunden die einzelnen Bestandteile, gebe die Flüssigkeit in die Elektrozigarette rein und nehme sie in Betrieb. Der Kunde hat dann die Möglichkeit den Geschmack zu testen. Wir führen ca. 250 Geschmäcker. Es kommt durchaus vor, dass die Kunden mehrere verschiedene Geschmacksrichtungen probieren und sich für eine Geschmacksrichtung entscheiden. Im Falle einer Reklamation, das heißt, wenn ein Kunde mit einer erworbenen E-Zigarette zu mir kommt und meint diese funktioniert nicht, schaue ich mir diese E-Zigarette an, ob es mir gelingt, dass sie wieder funktioniert. Nach dem Kauf hat der Kunde die Möglichkeit seine erworbenen Waren auszupacken, genau anzuschauen und sich mit anderen Kunden zu unterhalten, wir sagen dazu „soziale Begegnungszone.“ Die Kunden tauschen sich untereinander über ihre Erfahrungen aus. Das Geschäftslokal war früher ein Gastronomielokal. Es stellt

sich so dar, dass es zwei voneinander getrennte Räume. Diese Räume sind durch eine Glastür getrennt. Diese Glastüre ist immer geschlossen. Dieser Raum wird als Lagerraum für das Verpackungsmaterial verwendet. Es stehen auch Tische mit Sessel in dem Raum, dieser Raum wird als Nichtraucherzimmer geführt, aber nicht frequentiert. Der Raum ist nicht versperrt, er könnte genutzt werden, aber es hält sich niemand drinnen auf. Die Käufer und Kunden halten sich alle im Verkaufsraum auf und testen und probieren dort die E-Zigaretten und Liquids aus. Es hat noch nie wer im hinteren Raum gedampft. Gedampft wird nur im vorderen Verkaufsraum. Mit einer handelsüblichen Zigarette darf das Geschäft nicht betreten werden. Es steht vor dem Geschäft ein großer Aschenbecher.

Das Zugverhalten beim Dampfen verhält sich anders, als bei einer handelsüblichen Zigarette und das muss dem Kunden am Anfang auch erklärt werden und das muss der Kunde auch lernen. Eine Erstberatung dauert 20 bis 25 Minuten, bis der Kunde dann weiß, welches Gerät, wie es funktioniert, welches Liquid und welche Nikotinstärke er benötigt. Auch bei Kauf von Neugeräten durch erfahrene Nutzer ist es so, dass diese das Gerät in Betrieb um sich zu vergewissern wie es funktioniert. Dies wird auch mit den jeweiligen Liquids probiert.

Wir haben nie behauptet, dass wir eine Tabaktrafik sind.“

Der BfV verweist auf die schriftlichen Darlegungen in der Rechtfertigung und in der Beschwerde und führt nochmals detailliert aus, dass es sich, wenn es sich nicht um eine Lücke handelt, das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Gleichbehandlung des Staatsbürgers vor dem Gesetz und das Recht auf Erwerbsfreiheit, dies insbesondere weil bei Einschränkung des Handels auf Ladengeschäfte (Versandverbot) ein Verkauf ohne Inbetriebnahme und somit Verwendung von E-Zigaretten und deren Liquids praktisch nicht möglich ist.

Herr S. gab Folgendes zu Protokoll:

Der Zeuge legt die Entbindung von der Amtsverschwiegenheit vor, in diese wird Einsicht genommen und dem Zeuge diese dann wieder retourniert.

„Ich kann mich an den ggst. Vorfall noch erinnern.

Am 21.03.2017 bin ich mit einem Kollegen in die ggst. D.. Wenn man das Geschäft betritt, ist auf der linken Seite ein langer Verkaufstresen. Das Geschäft war früher ein Gastronomiebetrieb und dieser Tresen war früher der Bartresen. Zum Zeitpunkt der Erhebung hat dieser als Verkaufstresen gedient, wo die Dampfartikel und die Liquids verkauft werden. Auf der rechten Seite befanden sich Hochtische mit Barhockern, ein quasi „Chill-Out-Bereich“. Ich bin mit dem B an den Hochtischen gesessen. Wir haben den Sachverhalt durchbesprochen. Am Verkaufstresen standen Personen, die haben gedampft. Der hintere Teil war zum Zeitpunkt der Erhebung nicht in Betrieb und bevor man diesen Raum betritt war rechter Hand eine Sitzgelegenheit. Ich glaube mich zu erinnern, dass in dem hinteren Raum Stühle und Tische gewesen sind. Aber dieser Raum war nicht in Betrieb.

Ich bin aufgrund eines Auftrages des Bezirksamtes vor Ort gewesen. Es gab eine private Beschwerde, dass im Handel gedampft wird und dass dadurch die Bestimmung des Tabakgesetzes gebrochen werden. Ob die Leute, die am

Verkaufstresen gedampft haben, nur probiert haben oder einen Genuss erzielen wollten, kann ich nicht beurteilen. Ich war ca. 20 Minuten in dem Geschäft und ich kann nicht mehr sagen, ob Leute rein- und rausgegangen sind. Ich war mit Herrn X. im Gespräch. Eine Verkaufstätigkeit habe ich auch nicht mit bekommen. Gespräche zwischen dem Mitarbeiter und den Kunden haben stattgefunden, aber ob das Beratungsgespräche oder Verkaufsgespräche waren, kann ich nicht sagen. Der Mitarbeiter war hinter der Theke. Wie lange diese Personen da gestanden sind und gedampft haben kann ich nicht sagen. Gegenüber vom Verkaufstresen befanden sich Glasschränke, in diesem waren die Dampfgeräte ausgestellt. Bei den Hochtischen gab es auch Kaffee, dieser wurde unentgeltlich ausgeschenkt. Es war eine Kaffeemaschine am Ende des Verkaufstresens aufgestellt. Dass Kaffee unentgeltlich ausgeschenkt wird, das hab ich von Herrn X. erfahren. Zum Essen wurde nichts angeboten, es wurden nur Kaffeegetränke angeboten. Meine Wahrnehmung waren das Vorhandensein von Dampfgeräten, die Liquids und Dampfequipment und eben die Kaffeegetränke.“

Über Befragen des BfV gibt der Zeuge an:

„Ich habe nicht darauf geachtet, ob eine Registrierkasse im Geschäft vorhanden war. Mein Auftrag war seitens des Bezirksamtes zu schauen, ob im Geschäft tatsächlich gedampft wird und weiters wird um Erhebung ersucht, ob dieses Geschäft dem Erscheinungsbild eines Handelsgewerbes entspricht oder ob unbefugt das Gastgewerbe ausgeübt wird. Sollten die Bestimmung des TNRS nicht beachtet werden, wurde um gesonderte Anzeigenlegung ersucht. Meiner Auffassung nach hat das Geschäft dem Erscheinungsbild eines Handelsgewerbes entsprochen, keineswegs eines Gastgewerbebetriebes.“

Der hintere Raum war mit einem Vorgang abgehängt, er war also abgetrennt vom vorderen Raum, eben durch diesen Vorgang. Wenn man den Vorhang zur Seite geschoben hätte, hätte man den Raum betreten können. Es war schon eine Tür vorhanden, vor der Türe war der Vorhang. Ob es sich bei der Türe um eine Schiebetür gehandelt hat, kann ich jetzt nicht sagen. Es war eine Türe vorhanden.“

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Sachverhalt:

Der Bf., Herr X. Y., ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Z. GmbH. Diese betreibt unter der Bezeichnung: „D.“ das „Handelsgewerbe mit Ausnahme der reglementierten Handelsgewerbe“ im Standort Wien, L.. Das Geschäftslokal, welches früher ein Gastronomielokal war, besteht aus zwei voneinander mit einer Glastüre getrennten Räumen. Wenn man das Geschäft von der Straße aus betritt, gelangt man zunächst in den großen Verkaufsraum, wo sich auf der linken Seite ein langer Verkaufstresen befindet. Wie das Geschäft noch ein Gastronomiebetrieb war, diente dieser Verkaufstresen als Bartresen. An diesem Verkaufstresen werden Dampfartikel und Liquids verkauft. Gegenüber vom

Verkaufstresen befanden sich Glasschränke, in diesen waren diverse Waren ausgestellt. Am Ende des Verkaufstresens war eine Kaffeemaschine aufgestellt, an Kunden wurden unentgeltlich Kaffeegetränke ausgeschenkt. Rechterhand im Verkaufsraum wurde vom Bf. eine „soziale Begegnungszone“ geschaffen, es befanden sich dort Hochtische mit Barhockern und sonstige Sitzgelegenheiten, wie z.B. eine Sitzlandschaft. Der Bf. erklärte dazu, er wollte damit für die Kunden eine Möglichkeit schaffen, die im Geschäft erworbenen Waren auszupacken, genau anzuschauen und sich mit anderen Kunden zu unterhalten. Anlässlich der Erhebung des Zeugen S. am 21.3.2017/13.30 Uhr, konnte dieser feststellen, dass am Verkaufstresen Personen gestanden sind, die gedampft haben. Der Zeuge S., welcher sich ca. 20 Minuten im Geschäft aufhielt und dabei mit dem Bf. im Gespräch war, konnten Gespräche zwischen einem Mitarbeiter, der sich hinter dem Verkaufstresen befunden hat und Kunden beobachten, ob dies Beratungsgespräche oder Verkaufsgespräche waren, konnte er nicht sagen. Jedenfalls konnte er beobachten, dass fünf Personen im Lokal anwesend waren, die gedampft haben. Am Ende dieses großen Verkaufsraumes befindet sich - wie bereits oben dargelegt – ein durch eine Glastür getrennter weiterer Raum. Zum Zeitpunkt der Erhebung war der hintere Raum mit einem Vorhang „abgehängt“, d.h. vor der Türe befand sich ein Vorhang, wenn man den Vorhang zur Seite geschoben hätte, hätte man nach Öffnen der Türe den Raum betreten können. Laut Angaben des Bf. in der mündlichen Verhandlung wird dieser Raum, in welchem auch Tische mit Sesseln stehen, als Lagerraum für das Verpackungsmaterial verwendet. Laut Angaben des Bf. in der mündlichen Verhandlung hält sich niemand in diesem Raum auf. Die Kunden halten sich alle im Verkaufsraum auf und testen und probieren dort die E-Zigaretten und Liquids aus. Es hat noch niemand im hinteren Raum gedampft, gedampft wurde nur im vorderen Verkaufsraum.

Der Bf. führt ein Fachgeschäft für Elektrozigaretten und alles was dazugehört. Er führt ausschließlich diese Waren und bietet keine anderen Waren an und verkauft auch keine anderen Waren. Einem Kunden, der sich für Elektrozigaretten interessiert, wird die Funktionsweise der Elektrozigarette erklärt. Der Kunde hat dann die Möglichkeit, den Geschmack zu testen. Eine Erstberatung dauert 20 bis 25 Minuten bis der Kunde dann weiß, welches Gerät er bevorzugt, wie es funktioniert, welches Liquid und welche Nikotinstärke er benötigt. Auch bei Kauf von Neugeräten durch erfahrene Nutzer ist es so, dass diese das Gerät in Betrieb

nehmen um sich zu vergewissern, wie es funktioniert. Dies wird auch mit den jeweiligen Liquids probiert. Das Ausprobieren und Testen der E-Zigaretten und Liquids erfolgt ausschließlich im vorderen Verkaufsraum.

Dieser Sachverhalt steht fest aufgrund der eigenen Angaben des Bf. in der mündlichen Verhandlung sowie aufgrund der damit korrespondierenden Zeugenaussage des Herrn S..

Rechtliche Beurteilung:

Bezüglich des Nichtraucherinnen – und Nichtraucherschutz in sonstigen Räumen öffentlicher Orte bestimmt § 13 TNRSG Folgendes:

„(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.“

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

Gemäß § 13c Abs. 2 Z 2 TNRSOG hat jede Inhaberin bzw. jeder Inhaber gemäß Abs. 1 insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass in Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13, sofern sie vom Rauchverbot umfasst sind, nicht geraucht wird.

Im Standort Wien, L. wird in der „D.“ das Kleinhandelsgewerbe ausgeübt. Beim Verkaufsort selbst handelt es sich um einen Raum eines öffentlichen Ortes. Die Regelungen des Rauchverbotes erstrecken sich auch auf die Verwendung von verwandten Erzeugnissen (dazu zählen die elektronische Zigarette und deren Liquids), sodass auch das sogenannte Dampfen im Geschäftslokal verboten ist. Dadurch, dass der Bf. es gestattet hat, dass in dem Verkaufsort von Kunden elektronische Zigaretten gedampft wurden, ist er seinen Verpflichtungen betreffend den Nichtraucherenschutz nicht nachgekommen, zumal zur Tatzeit fünf dampfende Personen im Geschäft anwesend waren.

Wenn seitens des Bf. vorgebracht wird, er verkaufe ausschließlich E-Zigaretten und Liquids und damit verbundene Produkte und käme es einem Berufsverbot gleich, wenn er seinen Kunden nicht erlauben könnte zu testen, ob die E-Zigarette funktioniere oder nicht, da ihm dadurch der normale Verkauf verunmöglicht wird, so muss ihm entgegengehalten werden, dass es auch im spezialisierten Fachhandel nicht immer möglich ist, die angebotenen Waren vor Ort auszuprobieren. Man denke zum Beispiel an den Elektrofachhandel wo es keineswegs möglich ist, dass der Kunde die von ihm erworbenen Waren, wie z.B. eine Waschmaschine oder einen Staubsauger oder dergleichen noch im Geschäftslokal ausprobiert. Auch im Lebensmittelhandel ist es keinesfalls üblich, dass der Kunde sich, vor Kauf eines Produktes, durch alle angebotenen Waren „durchkostet“. Durch das Verbot des Dampfens in seinen Geschäftsräumlichkeiten ist der Bf. nicht schlechter gestellt als andere Geschäftsleute.

Selbst wenn man aber davon ausgeht, der Bf. könnte tatsächlich seine Produkte nicht verkaufen, wenn sie nicht vorher vom Kunden ausprobiert würden, so muss

darauf hingewiesen werden, dass der Bf. in der „D.“ ein Umfeld geschaffen hat, das Kunden geradezu dahingehend animiert, in der von ihm geschaffenen „Wohlfühlatmosphäre“ länger zu verweilen und über ein notwendiges Mindestausmaß, das ein Ausprobieren und Testen in Anspruch nehmen würde, zu dampfen.

Wenn der Bf. auf die Ausnahme vom Rauchverbot in Trafiken verweist, so wird auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 23.11.2011, 2011/11/0169 (damals noch zum TabakG 1995 idF 2008/I/120) hingewiesen, in welchem der Verwaltungsgerichtshof Folgendes ausgeführt hat:

„§ 13 Abs. 1 des TabakG 1995 normiert, von Ausnahmen abgesehen, ein Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte. Gemäß § 13 Abs. 4 leg.cit. gilt Abs. 1 nicht für Tabak-Trafiken. Aus dieser Einschränkung des Geltungsbereiches des grundsätzlichen Rauchverbotes in Räumen öffentlicher Orte kann nur gefolgert werden, dass in Tabak-Trafiken, obwohl sie als Räume öffentlicher Orte anzusehen sind, das in § 13 Abs. 1 des TabakG 1995 normierte Rauchverbot für Räume öffentlicher Orte nicht gilt. Dass damit eine darüber hinaus gehende Ausnahme von - anderen - Rauchverboten normiert wäre, ist § 13 leg.cit. nicht zu entnehmen.“

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes Wien liegt auch keine planwidrige Lücke vor. Der Bf. hat als Inhaber eines Raumes eines öffentlichen Ortes die Möglichkeit, gemäß § 13 Abs. 1 TNRSOG in den allgemein zugänglichen Bereichen einen Nebenraum als Raucherraum einzurichten. Bei den räumlichen Gegebenheiten der „D.“ wäre es durchaus denkbar, den hinteren kleineren Raum als Nebenraum zu bezeichnen und als Raucherraum einzurichten, zumal durch die geschlossene Türe verhindert wird, dass aus diesem Nebenraum Tabakrauch in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt. Auch das Rauchverbot wäre dadurch nicht umgangen, wenn sich die Kunden zwecks Testen der E-Zigaretten und zwecks Ausprobieren der diversen Liquids in den Nebenraum begeben. Ein Austausch der Kunden untereinander würde dadurch auch nicht verhindert werden, die Kunden könnten sich ja nach wie vor im „Chillout Bereich“ aufhalten, Kaffee trinken und sich mit anderen Kunden unterhalten. Ein Dampfen hat aber in diesem Raum zu unterbleiben. Die jetzige Situation, nämlich den Nebenraum als Nichtraucherzimmer zu führen, entspricht nicht den Vorgaben des TNRSOG, noch dazu als dieser mit einem Vorhang „abgehängt“ war und somit den Kunden signalisiert wurde, dass dieser Raum nicht in Betrieb ist. Der große vordere

Verkaufsraum ist aber weitaus besser ausgestattet, verfügt über den großen Verkaufstresen, dort werden die Waren präsentiert und kann daher keineswegs als Nebenraum im Sinne des TNRSG angesehen werden.

Zum Verschulden:

Bei einer Verwaltungsübertretung nach TNRSG handelt es sich um ein Ungehorsamsdelikt, weil zum Tatbestand weder der Eintritt eines Schadens noch einer Gefahr gehört und die Verwaltungsvorschrift über das zur Strafbarkeit erforderliche Verschulden nichts bestimmt (vgl. VwGH 27.3.1990, 89/04/0226). In einem solchen Fall ist gemäß § 5 Abs. 1 VStG Fahrlässigkeit anzunehmen, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Das bedeutet, dass der Beschuldigte initiativ alles darzulegen hat, was für seine Entlastung spricht, was in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch die Beibringung von Beweismittel bzw. die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen hat. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. u.a. VwGH 6.11.1974, 1779/73), sind allgemein gehaltene Behauptungen nicht geeignet, die Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens an einer angelasteten Verwaltungsübertretung als erbracht anzusehen.

Ein Vorbringen, welches mangelndes Verschulden glaubhaft gemacht hätte, wird vom Bf. nicht erstattet. Auch wenn der Bf. meint, es handle sich um eine planwidrige Gesetzlücke bzw. es würde Verfassungswidrigkeit vorliegen, so gehören doch die herangezogenen Bestimmungen des TNRSG dem Rechtsbestand an und sind daher vom Bf. einzuhalten.

Der Beschwerde war somit in der Schuldfrage keine Folge zu geben und das angefochtene Straferkenntnis diesbezüglich zu bestätigen.

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 (§§ 40 bis 46) überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommende 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 Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse der Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Festzuhalten ist, dass die von der belangten Behörde herangezogene strafsatzerhöhende Vormerkung mittlerweile getilgt ist.

Es ist daher vom ersten Strafsatz des § 14 Abs. 4 TNRSG auszugehen. In diesem Sinne hält aber das Verwaltungsgericht Wien eine Geldstrafe in der Höhe von 1.500 Euro für eine erstmalige Übertretung als unangemessen, weshalb die Strafe spruchgemäß herabgesetzt wurde. Eine weitere Herabsetzung kam aber aus folgenden Gründen nicht in Betracht:

Die Tat schädigte in nicht unerheblichem Ausmaß das strafrechtlich geschützte Rechtsgut an einem umfassenden Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutz in sonstigen Räumen öffentlicher Orte. Der Unrechtsgehalt der Tat war daher selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen nicht geringfügig.

Das Verschulden des Bf. kann nicht als geringfügig angesehen werden, da weder hervorgekommen ist, noch auf Grund der Tatumstände anzunehmen war, dass die Einhaltung der Vorschrift eine besondere Aufmerksamkeit erfordert habe oder dass die Verwirklichung des Tatbestandes aus besonderen Gründen nur schwer hätte vermieden werden können.

Der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit kommt dem Bf. nicht mehr zu Gute. Erschwerend war nichts.

Zu seinen wirtschaftlichen Verhältnissen hat der Bf. keine Angaben gemacht, die belangte Behörde ging daher von durchschnittlichen Werten aus. Das Verwaltungsgericht schließt sich der Einschätzung der belangten Behörde an und

geht davon aus, dass der Bf. über ein durchschnittliches Einkommen verfügt, zumal Anhaltspunkte dafür, dass der Bf. in ungünstigen finanziellen Verhältnissen lebt nicht hervorgekommen sind. Zu Gunsten des Bf. wurde Vermögenslosigkeit angenommen. Sorgepflichten konnten mangels diesbezüglichen Hinweises keine Berücksichtigung finden.

Unter Bedachtnahme auf diese Strafzumessungsgründe und auf den bis zu EUR 2.000,00 reichenden gesetzlichen Strafsatz, erweist sich die nunmehr verhängte Geldstrafe als durchaus angemessen und keineswegs zu hoch, zumal im Verfahren keine besonderen Milderungsgründe hervorgetreten sind und ist auch aus spezial- bzw. generalpräventiver Sicht durchaus angebracht.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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 diese Entscheidung 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 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 für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

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.

Verwaltungsgericht Wien

Dr. Hollinger
Richterin