



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Schick sowie Hofrätin Mag. Hainz-Sator und Hofrat Dr. Faber als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Vitecek, über die Revision 1.) des P P und 2.) der B GmbH, beide in W, beide vertreten durch Mag. Christian Haas, Rechtsanwalt in 1170 Wien, Frauengasse 6/Erdgeschoß, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 17. April 2019, Zl. VGW-021/054/7604/2016-38, betreffend Übertretung des Tabakgesetzes (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Magistrat der Stadt Wien, Magistratisches Bezirksamt für den 20. Bezirk), den **Beschluss** gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung:

- 1 1.1. Der Erstrevisionswerber war im für den Revisionsfall maßgeblichen Zeitraum handelsrechtlicher Geschäftsführer der Zweitrevisionswerberin, die als Inhaberin eines Gastgewerbes in der Betriebsart Kaffeerestaurant im Untergeschoß des Einkaufszentrums MC eine Freizeitanlage, das Entertainment Center „OP“, betreibt.
- 2 1.2. Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 3. Mai 2016 wurden dem Erstrevisionswerber folgende Übertretungen des Tabakgesetzes (TabakG) angelastet:

Er habe zu verantworten, dass die Zweitrevisionswerberin insofern gegen Obliegenheiten betreffend den Nichtraucherschutz gemäß § 13c TabakG verstoßen habe, als sie

1. während näher genannter Zeiträume (lit. a bis m) nicht dafür Sorge getragen habe, dass im ca. 86 m² großen, baulich vom Entertainment Center vollkommen abgetrennten Gastraum, in dem Speisen und Getränke verabreicht würden, nicht geraucht worden sei, da in diesem Bereich Aschenbecher aufgestellt gewesen seien und von mehreren Personen geraucht worden sei, obwohl es sich bei diesem Bereich um den einzigen „Raum“ im Sinne des § 13a TabakG der Betriebsanlage handle, in dem aufgrund seiner Größe das Rauchen nicht gestattet werden dürfe;



2. während näher genannter Zeiträume (lit. a bis m) nicht dafür Sorge getragen habe, dass im ca. 86 m² großen, baulich vom Entertainment Center vollkommen abgetrennten Gastraum, in dem Speisen und Getränke verabreicht würden, nicht geraucht worden sei, da in diesem Bereich Aschenbecher aufgestellt gewesen seien und von mehreren Personen geraucht worden sei, obwohl die beiden vom Personal genutzten Türen zwischen dem Raucherraum und dem Außenbereich der Theke während dieser Zeit geöffnet gewesen seien und dieser Bereich daher nicht von der weiteren Betriebsfläche des Entertainment Centers, das über das Stiegenhaus auch in offener Verbindung zu den anderen Bereichen des Einkaufszentrum stehe, abgetrennt gewesen sei;

3. zu näher genannten Zeitpunkten (lit. a bis c) „in öffentlichen Räumen nicht geraucht wird“, da im Bowlingbereich Aschenbecher aufgestellt gewesen seien und von mehreren Personen geraucht worden sei, obwohl dieser Bowlingbereich als öffentlicher Ort iSd § 1 Z 11 TabakG zu qualifizieren sei.

3 Der Erstrevisionswerber habe dadurch § 14 Abs. 4 TabakG in Verbindung mit § 13c Abs. 1 Z 3 und Abs. 2 Z 4 TabakG (Spruchpunkt 1) in Verbindung mit § 13c Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 Z 3 TabakG (Spruchpunkte 2 und 3) verletzt. Über ihn wurden Geld bzw. Ersatzfreiheitsstrafen verhängt. Weiters wurde die Haftung der Zweitrevisionswerberin für die über den Erstrevisionswerber verhängten Geldstrafen und Verfahrenskosten nach § 9 Abs. 7 VStG ausgesprochen.

4 2.1. Mit dem hier angefochtenen Erkenntnis gab das Verwaltungsgericht Wien (Verwaltungsgericht) den Beschwerden des Erst- und der Zweitrevisionswerberin - nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung - teilweise Folge, indem es

5 - das angefochtene Straferkenntnis im Umfang des Spruchpunktes 1. sowie eines der in Spruchpunkt 2. angeführten Zeiträume (lit. j) behob und das betreffende Verfahren insoweit jeweils einstellte,

6 - den Schuldspruch 2. hinsichtlich der übrigen Zeiträume (lit. a bis i und k bis m) mit der Maßgabe bestätigte, dass im Tatvorwurf des



Spruchs die Wortfolge „während dieser Zeit geöffnet waren“ durch die Wortfolge „während dieser Zeit ständig geöffnet waren“ zu ersetzen sei,

- 7 - den Schuldspruch 3. mit der Maßgabe bestätigte, dass im Tatvorwurf des Spruchs nach Anführung der Tatzeiten die Wortfolge „nicht dafür Sorge getragen, dass“ in den Spruch einzufügen sei.

Unter einem würden die gegen den Erstrevisionswerber verhängten Geld- bzw. Ersatzfreiheitsstrafen und auferlegten Kostenbeiträge jeweils herabgesetzt sowie den Ausspruch der Haftung der Zweitrevisionswerberin an die herabgesetzten Geldstrafen und Verfahrenskosten angepasst.

- 8 Die Erhebung einer ordentlichen Revision erklärte das Verwaltungsgericht für nicht zulässig.

- 9 2.2. In seiner Begründung traf das Verwaltungsgericht zunächst die Feststellungen, die Zweitrevisionswerberin betreibe an einem näher bezeichneten Standort im ersten Untergeschoß die gegenständliche Betriebsanlage, in welcher das Gewerbe „Gastgewerbe in der Betriebsart Kaffeerestaurant“ ausgeübt werde. Die Betriebsanlage umfasse etwa 3700 m² und erstrecke sich fast über das gesamte Untergeschoß, wobei sich im Untergeschoß auch noch ein Diskothekenbetrieb befinde. Über ein Stiegenhaus bestehe eine offene Verbindung zu den anderen Etagen des Einkaufszentrums. Im gesamten Bereich des Entertainment Centers, in dem zahlreiche Spielapparate aufgestellt seien und es einen Billard-, einen Tischtennis- und einen Bowlingbereich gebe, werde auch Gastronomie ausgeübt. Es gebe Nichtraucherbereiche (Billardbereich, Spielbereich, Sitzbereich 1 und Sitzbereich 3) mit etwa 200 Verabreichungsplätzen und zwei Raucherbereiche mit gesamt 178 Verabreichungsplätzen. Das Rauchen sei in einem etwa 86 m² großen, vom übrigen Bereich durch bis an die Decke reichende Glaswände abgetrennten Bereich („Raucherraum“) mit 50 Verabreichungsplätzen und im Tatzeitraum im Bowlingbereich mit 128 Verabreichungsplätzen erlaubt gewesen. Dies sei den Gästen durch abgestellte Aschenbecher und entsprechende Aufkleber signalisiert worden. Zum „Raucherraum“ habe es zur Tatzeit zwei Personaleingänge mit manuellen Schiebetüren (seit



23. Juni 2016 mit einer elektrischen automatischen Schiebetüranlage) und für Gäste eine automatische Schiebe- und eine Drehtür gegeben. Eine Bar bzw. Theke liege sowohl im Bereich innerhalb als auch außerhalb des „Raucherraums“. Außerhalb des Raucherbereichs gebe es weitere Sitzbereiche, welche nur durch eine Glasumrandung optisch getrennt seien. Auf den Eingangstüren des Personals zum „Raucherraum“ hätten sich Hinweisschilder der Geschäftsleitung befunden, dass diese geschlossen zu halten seien. In den Raucherbereichen hätten sich Aufkleber im Sinne der Nichtrauchererschutz-Kennzeichnungsverordnung befunden, mit denen darauf hingewiesen worden sei, dass das Rauchen gestattet sei. Die im „Raucherraum“ tätige Thekenkraft bereite auch die Getränkebestellungen für die Servierkräfte für die Nichtraucherbereiche der Betriebsanlage vor und stelle diese im Thekenbereich außerhalb des „Raucherraumes“ bereit. Dabei sei jeweils die diese Bereiche trennende Schiebetür zu durchschreiten. Für Gäste gebe es eigene Türen, um den Raucherbereich zu betreten. Auch die Befüllung der Bar im „Raucherraum“, die Entsorgung von Leergut sowie das Hin- und Herschaffen von Gläsern und Geschirr vom Barbereich in den Bereich außerhalb und zurück finde durch diese Türen des Barbereichs statt. Zu den näher bezeichneten Tatzeiträumen hätten jeweils mehrere Personen im „Raucherraum“ Tabakzigaretten geraucht und seien die Türen des Personals zwischen dem Thekenbereich des „Raucherraums“ und dem Thekenbereich außerhalb des „Raucherraums“ ständig - und nicht nur vorübergehend für das Durchschreiten durch Mitarbeiter oder zum Zweck der Befüllung der Bar oder Entsorgung von Leergut oder sonstige notwendige Zwecke - geöffnet gewesen. Zu den näher bezeichneten Tatzeiten hätten jeweils mehrere Personen in der Bowlinghalle geraucht und seien Aschenbecher aufgestellt gewesen.

- 10 Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte das Verwaltungsgericht - soweit für die Revision von Relevanz - aus, der Verwaltungsgerichtshof habe in seinem - die verfahrensgegenständliche Betriebsstätte betreffenden - Erkenntnis vom 23. März 2017, Ra 2015/11/0118, zur Frage, ob in dem als „Raucherraum“ eingerichteten ca. 86 m² großen, baulich vom Entertainment Center vollkommen abgetrennten Gastraum geraucht werden dürfe, unter näherer Begründung festgestellt, dass (sofern nicht festgestellt worden wäre,



dass eine Türe unzulässig offengehalten worden sei) die Beurteilung des Verwaltungsgerichts, auch der „Raucherraum“ sei, selbst wenn die Türen zu ihm regelmäßig geschlossen seien, zwingend rauchfrei zu halten, nicht zutreffe, weshalb sich die unter Spruchpunkt 1. des Straferkenntnisses erfolgte Bestrafung des Revisionswerbers als rechtswidrig erweise. Der Beschwerde sei daher zu diesem Spruchpunkt stattzugeben und spruchgemäß zu entscheiden gewesen. Dem vom Revisionswerber zu den Tatvorwürfen des Spruchpunktes 2. des Straferkenntnisses erhobenen Einwand der Verfolgungsverjährung komme - mit Ausnahme eines bestimmten Tatzeitraums (lit. j) - keine Berechtigung zu. Da dem Revisionswerber in den vorliegenden Fällen Übertretungen des § 13c Abs. 2 Z 3 TabakG zur Last lägen, sei die Tatumschreibung zu konkretisieren, durch welches konkrete Verhalten der Beschuldigte der ihm obliegenden Sorgfaltspflicht nicht entsprochen habe. Dem würden die in Rede stehenden Tatumschreibungen gerecht werden, weil das Offenhalten einer Tür des Raucherbereiches während der angeführten Tatzeiträume - nicht bloß für das kurze Durchschreiten derselben - den angelasteten Tatbestand erfülle. Dass die Türen während der Tatzeiträume „ständig“ offengehalten worden seien, ergebe sich auch aus der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses, welches innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist erlassen worden sei. Es sei nicht erforderlich, dass alle wesentlichen Sachverhaltselemente im Spruch eines Strafbescheides aufschienen, vielmehr könne auch die Begründung herangezogen werden. Eine entsprechende Konkretisierung sei durch das Verwaltungsgericht im Spruch des Straferkenntnisses vorgenommen worden. Dass der Revisionswerber sohin im vorliegenden Fall nicht in der Lage gewesen wäre, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten und nicht vor Doppelbestrafung geschützt gewesen wäre, sei nicht zu erkennen. Dem erhobenen Einwand komme nur in Ansehung des unter Spruchpunkt 2. lit. j angeführten Tatzeitraumes Berechtigung zu. Da eine entsprechende Verfolgungshandlung innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist nicht erfolgt sei, sei der Beschwerde in diesem Umfang stattzugeben und das angefochtene Straferkenntnis hinsichtlich Spruchpunkt 2. lit. j zu beheben gewesen.





- 11 Zur Frage, ob es sich beim - baulich nicht vollständig abgetrennten - Bowlingbereich des Entertainment Centers um einen Raum eines öffentlichen Ortes handle, sei auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. März 2017, Ra 2015/11/0118, zu verweisen. Wenn der Bowlingbereich von den übrigen Betriebsbereichen nicht vollständig abgetrennt sei, dürfe dort - ungeachtet seiner Größe - nicht geraucht werden. Somit gelte (auch) in diesem Bereich das Rauchverbot nach § 13 Abs. 1 TabakG. Da dort trotz des Rauchverbots zu den im angefochtenen Bescheid festgestellten Zeiten Aschenbecher aufgestellt gewesen seien und von mehreren Personen geraucht worden sei, sei der objektive Tatbestand der zu diesem Spruchpunkt zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen erfüllt. Die Beschwerde sei daher auch in Ansehung des Spruchpunktes 3. in der Schuldfrage spruchgemäß abzuweisen gewesen. Da in Spruchpunkt 3. die Wortfolge „nicht dafür Sorge getragen, dass“ von der Behörde offensichtlich und für den Revisionswerber erkennbar irrtümlich vergessen worden sei, sei das angefochtene Straferkenntnis diesbezüglich im Spruch zu ergänzen gewesen.
- 12 3. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.
- 13 4.1. Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.
- 14 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.
- 15 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch



des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof ausschließlich im Rahmen der dafür in der Revision gesondert vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.

- 16 4.2. Die Revision bringt zur Begründung ihrer Zulässigkeit zunächst vor, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Anwendung des Tabakgesetzes sowie der Nichtraucher-Kennzeichnungsverordnung auf geschoßmäßig von Einkaufszentren abgetrennte, als Entertainment Center genützte Betriebsstätten, welche in einer sehr großen Betriebsanlage Freizeitaktivitäten wie Bowling, Billard, Tischtennis und Spiele an verschiedenen elektronischen Unterhaltungsautomaten anbieten würden, wobei sich zwischen den verschiedenen Bereichen Verabreichungsplätze befänden, sowie zum Rechtsirrtum aufgrund der Komplexität der Rechtslage. Im vorliegenden Fall befinde sich das Entertainment Center nämlich im ersten Untergeschoß des Einkaufszentrums MC. Es gebe dort keine Geschäfte und liege mangels Einkaufsmöglichkeit auch keine Shoppingmall vor. In diesem Untergeschoß befänden sich nur die verfahrensgegenständliche Betriebsstätte und die tagsüber geschlossene Diskothek. Das Entertainment Center sei somit geschoßmäßig vom ab dem Erdgeschoß aufwärts befindlichen Einkaufszentrum abgetrennt.
- 17 Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, dass sich der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 23. März 2017, Ra 2015/11/0118, mit der Anwendung der Bestimmungen des Tabakgesetzes über den Nichtraucherschutz auf die verfahrensgegenständliche Betriebsstätte auseinandergesetzt hat. Dass zwischenzeitlich eine entscheidungswesentliche Änderung der Sach- oder Rechtslage eingetreten wäre, die die dort angestellten Erwägungen als nicht anwendbar auf den vorliegenden Revisionsfall erscheinen ließe, legt die Revision nicht dar, weshalb auf die dortige Begründung verwiesen werden kann. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung wegen des Fehlens von Rechtssprechung zu den vorgebrachten Rechtsfragen wird damit nicht aufgezeigt.



- 18 4.3. Als weiteren Zulässigkeitsgrund macht die Revision das Fehlen von Rechtsprechung zur Ergänzung des Tatvorwurfs nach Eintritt der Verfolgungsverjährung geltend.
- 19 Das Verwaltungsgericht ist - nach gefestigter Rechtsprechung - nicht nur berechtigt, sondern vielmehr verpflichtet, einen allenfalls fehlerhaften Spruch im behördlichen Straferkenntnis richtig zu stellen oder zu ergänzen. Dies gilt allerdings nur dann, wenn innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist rechtzeitig eine alle der Bestrafung zu Grunde liegenden Sachverhaltselemente enthaltende Verfolgungshandlung (wozu auch die Tathandlung gehört) durch die Behörde gesetzt wurde (vgl. VwGH 1.6.2021, Ra 2019/11/0202, mit Verweis auf VwGH 20.5.2015, Ra 2014/09/0033). Eine Verfolgungshandlung hat sich nach § 32 Abs. 2 VStG auf eine bestimmte physische Person als Beschuldigten, ferner auf eine bestimmte Tatzeit, den ausreichend zu konkretisierenden Tatort und sämtliche Tatbestandselemente der durch die Tat verletzten Verwaltungsvorschriften im Sinn des § 44a Z 2 VStG zu beziehen (vgl. VwGH 11.3.2022, Ra 2021/08/0071). Anders als bei dem Erfordernis der Angabe der als erwiesen angenommenen Tat im Spruch eines Strafbescheides gemäß § 44a Z 1 VStG kann sich der betreffende Tatvorwurf im Zusammenhang mit einer zu setzenden Verfolgungshandlung innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist, wenn es sich bei der Verfolgungshandlung um einen Strafbescheid handelt, nicht nur aus dem Spruch, sondern in dessen Ergänzung auch aus der Begründung ergeben, weil auch daraus die Absicht der Behörde, einer Person wegen einer bestimmten ihr zur Last gelegten Verwaltungsübertretung auf die im Verwaltungsstrafgesetz vorgeschriebene Weise zu verfolgen, eindeutig hervorgeht (vgl. VwGH 20.8.2021, Ra 2020/10/0068).
- 20 Wird in einer außerordentlichen Revision fehlende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geltend gemacht, ist in der gesonderten Zulassungsbegründung konkret darzulegen, welche Rechtsfrage der Verwaltungsgerichtshof noch nicht beantwortet hat (vgl. aus vielen VwGH 21.3.2022, Ra 2022/11/0043). Diesen Anforderungen wird das Zulässigkeitsvorbringen zur Ergänzung des Tatvorwurfs schon deswegen nicht





gerecht, weil ihm keine konkrete Rechtsfrage iSd. Art. 133 Abs. 4 B-VG zu entnehmen ist, von deren Lösung die Entscheidung über die Revision abhinge (vgl. etwa VwGH 20.1.2021, Ra 2019/11/0182, mwN).

- 21 Inwiefern die Revision angesichts der oben zitierten Judikatur Leitlinien der Rechtsprechung zur Frage der Konkretisierung des Tatvorwurfs im Spruch des angefochtenen Erkenntnisses vermisst, ist unklar.
- 22 Inwiefern die Revision fallbezogen in den vom Verwaltungsgericht vorgenommenen Ergänzungen bzw. grammatikalischen Vervollständigungen der Spruchpunkte ein Abweichen von der zulässigen Konkretisierung im Sinne der obigen Rechtsprechung erblickt, wird von dieser im Rahmen der Zulässigkeitsbegründung nicht dargelegt.
- 23 In der Revision werden sohin keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher zurückzuweisen.

W i e n , am 25. August 2022