

Verwaltungsgerichtshof

Zl. 2012/11/0235-5

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Mizner und die Hofräte Dr. Schick, Dr. Grünstäudl und Mag. Samm sowie die Hofrätin Dr. Pollak als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Peck, über die Beschwerde 1. des M P und 2. der P GmbH & Co KG, beide in W, beide vertreten durch Stolzka & Partner Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Kärntner Ring 12, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenats Wien vom 24. Oktober 2012, Zl. UVS-04/G/14/1300/2012-12, betreffend Übertretung des Tabakgesetzes (weitere Partei: Bundesminister für Gesundheit), zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführer haben dem Bund Aufwendungen in der Höhe von €7,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Mit dem angefochtenen, im Instanzenzug ergangenen Bescheid wurde der Erstbeschwerdeführer schuldig erkannt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P GmbH, die unbeschränkt haftende Gesellschafterin der P GmbH & Co KG sei, zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Inhaberin eines Gastgewerbebetriebes in ihrer Betriebsstätte in W, am 4. Oktober 2011 zwischen 9.10 Uhr und 9.40 Uhr nicht dafür gesorgt habe, dass in dem aus mehr als einem Raum bestehenden Gastgewerbebetrieb nicht geraucht wird, da zum genannten Zeitpunkt Aschenbecher aufgestellt gewesen seien und mehrere Personen geraucht hätten, obwohl die Tür zur als Nichtraucherzimmer geführten Räumlichkeit dauerhaft (und nicht bloß zum kurzfristigen Durchschreiten der Türe) offen gestanden sei und somit nicht gewährleistet gewesen sei, dass kein Rauch in die mit Rauchverbot

(17. Juni 2013)

belegten Räumlichkeiten dringe und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen werde.

Der Erstbeschwerdeführer habe dadurch § 14 Abs. 4 iVm § 13a Abs. 1 Z 1, Abs. 2 und § 13c Abs. 1 Z 3, Abs. 2 Z 4 des Tabakgesetzes (im Folgenden: TabakG) verletzt. Wegen dieser Verwaltungsübertretung wurde über den Erstbeschwerdeführer gemäß § 14 Abs. 4 TabakG iVm § 9 VStG eine Geldstrafe von EUR 2.500,-- (Ersatzfreiheitsstrafe vier Tage) verhängt. Weiters sprach die belangte Behörde aus, dass die Zweitbeschwerdeführerin für die über den Erstbeschwerdeführer verhängte Geldstrafe samt Verfahrenskosten gemäß § 9 Abs. 7 VStG zur ungeteilten Hand hafte.

Die belangte Behörde (im Folgenden auch: UVS) stellte fest, dass die Zweitbeschwerdeführerin am gegenständlichen Standort das Gastgewerbe in der Betriebsart eines Restaurants ausübe. Im Tatzeitraum hätte der Gastgewerbebetrieb zwei mittels Glaswand voneinander abgetrennte Gasträume aufgewiesen. Einer davon sei als Raucherraum, der andere als Nichtraucherzimmer eingerichtet gewesen. Die vorhandene zweiflügelige Tür, die die beiden Gasträume voneinander trennte, sei im Zeitraum von 9.10 Uhr bis 9.40 Uhr dauerhaft offen gestanden, wobei in diesem Zeitraum das Servierpersonal mehrmals durch die offen stehende Tür gegangen sei, ohne diese nach dem Durchschreiten zu schließen. Während dieses Zeitraums hätten mehrere Personen im Raucherraum, in dem auch Aschenbecher aufgestellt gewesen seien, geraucht.

Die Feststellung, dass entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführer im genannten Zeitraum die Türe dauerhaft offen gestanden sei, gründete der UVS auf die Aussage des in der mündlichen Berufungsverhandlung vernommenen Zeugen N., der eine entsprechende Anzeige erstattet hatte, und bei seiner persönlichen Einvernahme durch den UVS einen aufrichtigen, korrekten und zuverlässigen Eindruck erweckt habe. Dieser Zeuge habe anschaulich geschildert, dass er am 4. Oktober 2011 während des Zeitraumes 9.10 Uhr bis 9.40 Uhr im

Nichtraucherraum sitzend gefrühstückt habe und dabei die genannte Tür, die sich in Offenstellung befunden habe, im Blickfeld gehabt hätte.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte die belangte Behörde aus, der vom Gesetzgeber intendierte Nichtraucherschutz habe möglichst lückenlos zu bestehen. Eine den Raucherraum mit dem übrigen Gastronomiebetrieb verbindende Tür sei daher außer zum kurzen Durchschreiten geschlossen zu halten (Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 10. Jänner 2012, Zl. 2009/11/0198). Werde eine solche Tür ständig offen gehalten, ohne dass sie von Gästen oder Servierpersonal bestimmungsgemäß durchschritten werde, läge während dieser Zeit eine den gesetzlichen Erfordernissen genügende Abtrennung eines Raucherbereiches nicht vor, weshalb in beiden durch die Tür verbundenen Räumen nicht geraucht werden dürfe.

Daran ändere entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführer das Vorhandensein einer - leistungsstarken - Lüftungsanlage nichts, weil eine solche Anlage das Geschlossenhalten der Tür nicht ersetzen könne (Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 15. Juli 2011, Zl. 2011/11/0059).

Der Erstbeschwerdeführer habe daher den objektiven Tatbestand der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung verwirklicht. Bei dieser handle es sich um ein Ungehorsamsdelikt iSd § 5 Abs. 1 VStG, weshalb Fahrlässigkeit anzunehmen sei, wenn der Täter nicht glaubhaft mache, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Dazu sei es erforderlich, initiativ alles darzulegen, was zur Entlastung führen könne.

Der Erstbeschwerdeführer hätte daher ein wirksames Kontrollsystem einrichten müssen, das unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften mit gutem Grund erwarten lasse. Hiefür reiche die bloße Erteilung von Weisungen nicht aus, entscheidend sei vielmehr eine wirksame Kontrolle der erteilten Weisungen.

Das Vorbringen des Erstbeschwerdeführers, er habe allen Restaurantleitern mehrmals mündlich und am 15. September 2011 auch schriftlich Dienstanweisungen zur Einhaltung des TabakG erteilt; diese seien darauf hingewiesen worden, dass Türen zwischen dem Raucher- und dem Nichtraucherbereich nur im unbedingt betrieblich notwendigen Ausmaß geöffnet bzw. offen gehalten werden dürfen; im Rahmen seiner täglichen Kontrollbesuche habe er in den Lokalen die "Einhaltung aller Vorschriften des TabakG" geprüft, lege nicht konkret dar, wie das Kontrollsystem im Einzelnen, insb. in der gegenständlichen Betriebsanlage, funktionieren solle und sei daher zur Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens iSd § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG nicht geeignet.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die gegen diesen Bescheid gerichtete Beschwerde nach Vorlage der Akten des Verwaltungsverfahrens - die belangte Behörde nahm von der Erstattung einer Gegenschrift Abstand - in dem gemäß § 12 Abs. 3 VwGG gebildeten Senat erwogen:

1. Die maßgebenden Bestimmungen des Tabakgesetzes, BGBl. Nr. 431/1995, idF BGBl. I Nr. 120/2008 (TabakG), lauten auszugsweise wie folgt:

"Begriffsbestimmungen

§ 1. Im Sinne dieses Bundesgesetzes gilt als

...

11. 'öffentlicher Ort' jeder Ort, der von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis ständig oder zu bestimmten Zeiten betreten werden kann einschließlich der nicht ortsfesten Einrichtungen des öffentlichen und privaten Bus-, Schienen-, Flug- und Schiffsverkehrs.

...

Nichtraucherschutz in Räumen öffentlicher Orte

§ 13. (1) Unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der Regelung des § 12 gilt, soweit Abs. 2 und § 13a nicht anderes bestimmen, Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte.

(2) Als Ausnahme vom Verbot des Abs. 1 können in jenen von Abs. 1 umfassten Einrichtungen, die über eine ausreichende Anzahl von Räumlichkeiten verfügen, Räume bezeichnet werden, in denen das Rauchen gestattet ist, wenn

gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird.

...

Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie

§ 13a. (1) Unbeschadet arbeitsrechtlicher Bestimmungen und der §§ 12 und 13 gilt Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen

1. der Betriebe des Gastgewerbes gemäß § 111 Abs. 1 Z 2 der Gewerbeordnung 1994 (GewO), BGBl. Nr. 194/1994, in der geltenden Fassung,

2. der Betriebe des Gastgewerbes mit einer Berechtigung zur Beherbergung von Gästen gemäß § 111 Abs. 1 Z 1 oder Abs. 2 Z 2 oder 4 der GewO,

3. der Betriebe gemäß § 2 Abs. 9 oder § 111 Abs. 2 Z 3 oder 5 der GewO.

(2) Als Ausnahme vom Verbot des Abs. 1 können in Betrieben, die über mehr als eine für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeignete Räumlichkeit verfügen, Räume bezeichnet werden, in denen das Rauchen gestattet ist, wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird. Es muss jedoch der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehene Hauptraum vom Rauchverbot umfasst sein, und es darf nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze in Räumen gelegen sein, in denen das Rauchen gestattet wird.

(3) Das Rauchverbot gemäß Abs. 1 gilt ferner nicht, wenn nur ein für die Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste geeigneter Raum zur Verfügung steht, und

1. der Raum eine Grundfläche von weniger als 50 m² aufweist, oder,

2. sofern der Raum eine Grundfläche zwischen 50 m² und 80 m² aufweist, die für eine Teilung des Raumes zur Schaffung eines gesonderten Raumes für den im Abs. 2 genannten Zweck erforderlichen baulichen Maßnahmen aufgrund einer rechtskräftigen Entscheidung der nach den bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtlichen Vorschriften zuständigen Behörde nicht zulässig sind.

...

Obliegenheiten betreffend den Nichtraucherschutz

§ 13c. (1) Die Inhaber von

...

2. Räumen eines öffentlichen Ortes gemäß § 13,

3. Betrieben gemäß § 13a Abs. 1,

haben für die Einhaltung der Bestimmungen der §§ 12 bis 13b einschließlich einer gemäß § 13b Abs. 4 erlassenen Verordnung Sorge zu tragen.

(2) Jeder Inhaber gemäß Abs. 1 hat insbesondere dafür Sorge zu tragen, dass

...

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

4. in den Räumen der Betriebe gemäß § 13a Abs. 1, soweit Rauchverbot besteht oder das Rauchen gemäß § 13a Abs. 4 nicht gestattet werden darf, weil für den Betrieb ein Kollektivvertrag gemäß § 13a Abs. 4 Z 1 bis 4 nicht gilt, nicht geraucht wird;

5. in jenen Räumen der Betriebe gemäß § 13a Abs. 1, in denen das Rauchverbot wegen Vorliegens einer der Voraussetzungen gemäß § 13a Abs. 2 oder 3 nicht gilt, das Rauchen nur gestattet wird, wenn für den Betrieb ein Kollektivvertrag gemäß § 13a Abs. 4 Z 1 bis 4 gilt;

...

Strafbestimmungen

§ 14.

...

(4) Wer als Inhaber gemäß § 13c Abs. 1 gegen eine der im § 13c Abs. 2 festgelegten Obliegenheiten verstößt, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet oder nach einer anderen Verwaltungsstrafbestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 2000 Euro, im Wiederholungsfall bis zu 10 000 Euro zu bestrafen.

..."

2. Im Beschwerdefall ist weder strittig, dass die vom Beschwerdeführer vertretene KG Inhaberin des gegenständlichen Gastgewerbebetriebs ist, der eine Grundfläche von mehr als 50 m² und zwei mittels Glaswand voneinander getrennte Gasträume aufweist, noch dass zur Tatzeit in dem als Raucherraum bezeichneten Raum geraucht wurde.

Der rechtlichen Beurteilung ist weiters die Feststellung des UVS zu Grunde zu legen, dass am 4. Oktober 2011 zwischen 9.10 Uhr und 9.40 Uhr die Tür

zwischen den beiden Gasträumen dauerhaft offen gestanden ist, zumal die Beschwerde eine Unschlüssigkeit der diesbezüglichen behördlichen Beweiswürdigung nicht aufzeigt.

3. Die Beschwerde macht geltend, im Lokal sei eine leistungsstarke Lüftungsanlage installiert, die so eingestellt sei, dass auch bei geöffneter Tür der Luftstrom stets vom Nichtraucher- in den Raucherbereich fließe und damit gewährleiste, dass auch bei geöffneter Tür kein Rauch in den Nichtraucherbereich dringen könne.

Damit seien, so die Beschwerde weiter, die notwendigen Voraussetzungen für eine Ausnahme vom generellen Rauchverbot in derartigen Betrieben erfüllt: Beim Raucherraum handle es sich um einen abgetrennten Raum, der allseitig, von der Decke bis zum Boden von festen Wänden umschlossen sei und mit einer Türe geschlossen werden könne, und es sei gewährleistet, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringe.

Ein Raum liege schon dann vor, wenn er mit einer Türe verschlossen werden könne; ein solcher Raum dürfe iSd § 13a Abs. 2 TabakG als "Raum, in dem das Rauchen gestattet ist", bezeichnet werden und behalte seine diesbezügliche Qualität auch dann, wenn die Türe geöffnet werde.

4. Dieses Vorbringen geht fehl.

4.1. Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Ausnahme vom grundsätzlichen Rauchverbot in Räumen der Gastronomie ist gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf die hg. Erkenntnisse vom 29. März 2011, Zl. 2011/11/0035, vom 24. Mai 2011, Zl. 2011/11/0032, vom 15. Juli 2011, Zl. 2011/11/0059, und vom 10. Jänner 2012, Zl. 2009/11/0198, zu verweisen.

4.2. Hervorzuheben ist Folgendes:

Bei bestehendem grundsätzlichem Rauchverbot (in Räumen öffentlicher Orte, in Räumen der Gastronomie) kann ein Raucherraum bestimmt werden, in dem das Rauchen gestattet ist; unzulässig wäre es, bloß einen Nichtraucherbereich festzulegen,

in dem nicht geraucht werden darf, während in den übrigen Teilen des Betriebes geraucht wird.

Es reicht nicht, einen bloßen Raumteil als jenen Ort zu bezeichnen, an dem das Rauchen gestattet ist, vielmehr muss ein Raum als solcher bezeichnet werden, der allseitig, von der Decke bis zum Boden von festen Wänden umschlossen ist und mit einer Tür geschlossen werden kann; ohne bauliche Abtrennung des Raucherraumes von den übrigen Bereichen des Betriebes entspräche ein "Raucherraum" auch bei Vorhandensein von getrennten Lüftungsanlagen nicht dem Erfordernis des § 13a Abs. 2 TabakG. Jedenfalls der - gesamte - Hauptraum des Gastgewerbebetriebs muss vom Rauchverbot umfasst sein, es darf also nicht der Hauptraum als "Raucherraum" bezeichnet werden.

Im Erkenntnis vom 15. Juli 2011, Zl. 2011/11/0059, wurde vom Verwaltungsgerichtshof unter Rückgriff auf die Gesetzesmaterialien klargestellt, dass "die vollständige bauliche Abtrennung des Raucherraumes notwendige, aber nicht ohne Weiteres hinreichende Bedingung [ist], um dem § 13a Abs. 2 TabakG zu entsprechen".

Im Erkenntnis vom 10. Jänner 2012, Zl. 2009/11/0198, hat der Verwaltungsgerichtshof - unter Bezugnahme auf das im Erkenntnis vom 15. Juli 2011, Zl. 2011/11/0059, dargelegte Verständnis des Begriffes "Raum" für Zwecke des TabakG - zudem Folgendes ausgeführt:

"Aus den zitierten Gesetzesmaterialien ergibt sich überdies, dass der vom Gesetzgeber intendierte Nichtraucherschutz möglichst lückenlos bestehen und nur durch das kurze Öffnen und Schließen einer Tür beim Wechsel zwischen Raucherraum und Nichtraucherbereich unterbrochen werden soll. Eine den Raucherraum mit dem übrigen Gastronomiebetrieb verbindende Tür ist daher außer zum kurzen Durchschreiten geschlossen zu halten."

4.3. Damit in einem als solchen bezeichneten Raucherraum zulässigerweise geraucht werden darf, ist also die diesen Raum mit dem übrigen Teil des Betriebs verbindende Tür geschlossen zu halten. Bleibt sie über das zum kurzen Durchschreiten notwendige Ausmaß hinaus geöffnet, darf in diesem Raum selbst bei

Vorhandensein einer Lüftungsanlage nicht geraucht werden; es besteht insoweit also Rauchverbot.

Gemäß § 13c Abs. 2 Z 4 TabakG hat (u.a.) jeder Inhaber eines Betriebes gemäß § 13a Abs. 1 dafür Sorge zu tragen, dass in den Räumen der Betrieb gemäß § 13a Abs. 1, soweit Rauchverbot besteht, nicht geraucht wird.

Zutreffend ist daher der UVS davon ausgegangen, dass der objektive Tatbestand der dem Erstbeschwerdeführer angelasteten Verwaltungsübertretung verwirklicht wurde.

4.4. Die Beschwerde stellt nicht in Abrede, dass es sich bei der in Rede stehenden Übertretung um ein Ungehorsamsdelikt iSd § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG handelt. Sie vertritt aber unter Hinweis auf das im Verwaltungsverfahren erstattete Vorbringen, der Erstbeschwerdeführer habe alle Restaurantleiter angewiesen, die Türen zwischen Raucher- und Nichtraucherbereich nur im unbedingt betrieblich notwendigen Ausmaß zu öffnen und offen zu halten, wobei die Einhaltung dieser Weisung "im Rahmen seiner täglichen Kontrollbesuche" geprüft worden sei, die Auffassung, dem Erstbeschwerdeführer sei gelungen, mangelndes Verschulden darzutun.

Auch dieses Vorbringen ist vor dem Hintergrund der Anforderungen an ein iSd § 5 Abs. 1 VStG wirksames Kontrollsystem - der Hinweis auf die Erteilung entsprechender Anweisungen und auf stichprobenartige, nicht näher konkretisierte Überprüfungen genügt diesen Anforderungen nicht (vgl. die bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze II² [2002], S. 105 f, dargestellte hg. Judikatur) - nicht zielführend.

Die belangte Behörde ist daher zu Recht zur Auffassung gelangt, es sei dem Beschwerdeführer nicht gelungen, glaubhaft zu machen, dass ihn an der in Rede stehenden Verwaltungsübertretung kein Verschulden treffe.

4.5. Die Beschwerde erweist sich somit insgesamt als unbegründet.

5. Aus Anlass des Beschwerdefalls sieht sich der Verwaltungsgerichtshof im Übrigen zu folgender Klarstellung veranlasst:

5.1. Im angefochtenen Bescheid wird die Lage des als solchen bezeichneten "Raucherraumes" im Betrieb nicht näher definiert. An Hand der Aktenlage (insb. des seitens der Beschwerdeführer vorgelegten Planes) ist aber davon auszugehen, dass der "Raucherbereich" betreten werden muss, um in den "Nichtraucherbereich" zu gelangen (vgl. die Feststellung der MA 59 im erstbehördlichen Verfahren, wonach der "Raucherbereich" - neben dem Barbereich - auch den "Empfang" umfasse; siehe dazu auch die im Akt liegende Anzeige vom 3. Oktober 2011, wonach ein "Betreten des Nichtraucherraumes nur durch den stark verrauchten Raucherraum" möglich sei).

5.2. Eine derartige Konfiguration entspricht aber nicht den Anforderungen des § 13a Abs. 2 TabakG.

5.2.1. Im gegebenen Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass das Rauchverbot - in den Betrieben nach § 13a Abs. 1 TabakG - die Regel, die Ermöglichung der Errichtung eines Raucherraums, in dem das Rauchen gestattet ist, die Ausnahme darstellt (vgl. § 13a Abs. 2 TabakG: "Als Ausnahme von Verbot des Abs. 1 ...").

5.2.2. Festzuhalten ist weiter, dass Rauchverbot nicht nur (grundsätzlich) in den der Verabreichung von Speisen und Getränken an Gäste dienenden Räumen der in § 13a Abs. 1 genannten Betriebe gilt, sondern auch in weiteren Räumen dieser Betriebe, die von einem nicht von vornherein beschränkten Personenkreis ständig oder zu bestimmten Zeiten betreten werden können (vgl. § 1 Z 11 TabakG), bei denen es sich also um "Räume öffentlicher Orte" iSd § 13 TabakG handelt.

Das folgt nicht nur aus der Systematik des TabakG, das ein grundsätzliches Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte normiert, zu denen definitionsgemäß (§ 1 Z 11 TabakG) auch Räume der Gastronomie zählen, wobei die den Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie regelnde Bestimmung des § 13a TabakG (u.a.) den - allgemeinen - Nichtraucherschutz in Räumen öffentlicher

Orte nach § 13 "unbeschadet" lässt, sondern wird auch deutlich aus den Materialien zur Novelle 2008, BGBl. I Nr. 120/2008 (mit der der Nichtraucherschutz auf den "Gastronomiebereich" [RV 610 BlgNR 23. GP, 1] ausgeweitet wurde): So halten die Erl. zu § 13c - also der Regelung der "Obliegenheiten betreffend den Nichtraucherschutz" - fest, dass "nach Entfall der bisherigen Ausnahmen im bisherigen § 13 Abs. 4 Z 1 und 2 bzw. Einbeziehung der Gastronomie in den Nichtraucherschutz (§ 13a)" nunmehr "eine große Zahl unterschiedlichster Einrichtungen von diesen Obliegenheiten erfasst" ist, wozu auch "der künftig mit einbezogene Bereich der Gastronomie" gehöre.

5.2.3. Hinsichtlich der Anforderungen an den "Raucherraum" innerhalb des Betriebs hält § 13a Abs. 2 TabakG fest, dass "gewährleistet [sein muss], dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird", wobei jedenfalls der "Hauptraum" vom Rauchverbot umfasst sein muss und nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze in Räumen gelegen sein darf, in denen das Rauchen gestattet wird. Daraus wird zunächst einmal deutlich, dass der "Hauptraum" nicht bloß an Hand der Anzahl der Verabreichungsplätze zu bestimmen ist (vgl. dazu auch das zitierte Erkenntnis Zl. 2011/11/0032).

In der RV (610 BlgNR 23. GP, 6) wird zu § 13a Abs. 2 Folgendes ausgeführt:

"Mit Abs. 2 wird die Einrichtung eines Raucherraums ermöglicht. Analog § 13 Abs. 2 kann den Gästen unter der Voraussetzung, dass mindestens zwei für die Bewirtung von Gästen geeignete Räumlichkeiten vorhanden sind, ein Raum zur Verfügung gestellt werden, in dem geraucht werden darf. Jedoch muss im Falle der zur Verfügung Stellung von Räumen, in denen geraucht werden darf, der für die Gäste vorgesehene Nichtraucherbereich mindestens 50 % des insgesamt für die Gäste vorgesehenen Verabreichungsbereiches (zum Genuss von Speisen oder Getränken bestimmte Plätze) einnehmen und muss es sich dabei überdies um den Hauptraum handeln. Bei der Bestimmung des Hauptraumes sind immer die konkreten Verhältnisse vor Ort in die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen, wobei wichtige Kriterien die Flächengröße, die Lage und die Ausstattung der Räume bzw. deren Zugänglichkeit sind. Der Hauptraum muss in seiner Gesamtbetrachtung den anderen Räumlichkeiten als 'übergeordnet' eingestuft werden können. Zu

berücksichtigen ist dabei auch der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit des Gastwirts."

Die Anforderungen nach § 13a Abs. 2 TabakG, es müsse "gewährleistet" sein, dass der Tabakrauch nicht in dem übrigen Bereich dringt, das Rauchverbot dürfe "dadurch nicht umgangen" werden, entsprechen insoweit denen nach § 13 Abs. 2 TabakG.

5.2.4. Das dargestellte Regel-Ausnahme-Modell fand sich bereits in der Stammfassung des TabakG (BGBl. Nr. 431/1995):

Nach § 13 Abs. 1 galt Rauchverbot in allgemein zugänglichen Räumen bestimmter, in Z 1 bis Z 4 näher genannter Einrichtungen, wobei Abs. 2 normierte, dass "als Ausnahme vom Verbot des Abs. 1... in jenen von Abs. 1 umfaßten Einrichtungen, die über eine ausreichende Anzahl von Räumlichkeiten verfügen, Räume bezeichnet werden [können], in denen das Rauchen gestattet ist, wenn gewährleistet ist, daß der Tabakrauch nicht in den mit Rauchverbot belegten Bereich dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird".

Rauchverbot galt danach also grundsätzlich für alle allgemein zugänglichen Räume der genannten Einrichtungen, wobei aber ein gesonderter Raucherraum bestimmt werden konnte.

Die Erläuterungen (RV 163 BlgNR 19. GP, 14) betonen, es sei "geboten, den Nichtraucher in seinem Recht auf rauchfreie Luft möglichst weitgehend zu schützen", dem entspreche es, den Schutz vor den Gefährdungen durch Tabakrauch vor allem auch in den bislang "rechtsfreien" Bereichen gesetzlich zu verankern. Während in den in § 12 genannten Räumlichkeiten ein "absolute[s] Rauchverbot" gelte, weil der Schutz vor Tabakrauch in bestimmten Zweckwidmungen unterliegenden Räumen besondere Bedeutung habe, beziehe sich das in § 13 vorgesehene Rauchverbot nicht auf bestimmte einzelne Räume, sondern grundsätzlich auf allgemein zugängliche Räume bestimmter Einrichtungen. Um den Bedürfnissen der Raucher Rechnung zu tragen, ermögliche diesfalls der Abs. 2 als Ausnahme vom Verbot des Abs. 1 die Bezeichnung von Räumen, in denen das

Rauchen gestattet ist. Dabei müsse allerdings gewährleistet sein, dass der Rauch aus diesen "Raucherzimmern" nicht in den rauchfreien Bereich gelangt.

Hervorzuheben ist im gegebenen Zusammenhang, dass die in § 13 (Stammfassung) genannten Einrichtungen (Amtsgebäude, Schul- und Hochschuleinrichtungen, Vorführungs- bzw. Ausstellungsräume) jedenfalls typischerweise nicht über eine Raucherzone bzw. einen Raucherbereich betreten werden. Wenn nun der Gesetzgeber explizit von "Raucherzimmern" spricht, die in den einem grundsätzlichen Rauchverbot unterliegenden allgemein zugänglichen Räumen bestimmter Einrichtungen errichtet werden können, stand ihm offenbar vor Auge, dass es dem Inhaber der Einrichtung erlaubt ist, einen vom Nichtraucherbereich wegführenden Raucherraum festzulegen. Nichts aber deutet darauf hin, dass dieses "Raucherzimmer" etwa derart festgelegt werden dürfte, dass die Einrichtung nur über das Raucherzimmer betreten werden kann.

5.2.5. Durch die Novelle 2004 (BGBl. I Nr. 167/2004) wurde - über den bisherigen § 12 hinausgehend - ein grundsätzliches "Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte" festgelegt (§ 13 Abs. 1), wobei die Ausnahmebestimmung nach Abs. 2 die frühere nach § 13 Abs. 2 wörtlich übernimmt.

Die Erläuterungen zur RV (700 BlgNR 22. GP) halten - nach einer Darlegung der gesundheitlichen Gefahren auch des Passivrauchens - fest, dass der Nichtraucherenschutz unabhängig von den bereits bestehenden Rauchverboten verstärkt werden solle und das Rauchverbot künftig generell auf Räume öffentlicher Orte ausgeweitet werden solle, wobei allerdings Betriebe des Gastgewerbes vom allgemeinen Verbot des § 13 ausgenommen bleiben sollten.

5.2.6. Mit der Novelle 2008 (BGBl. I Nr. 120/2008) schließlich erhielt das TabakG die heute geltende Fassung, die - wie dargelegt - auch Betriebe des Gastgewerbes vom Nichtrauchererschutz erfasst, wobei sich die Ausnahmebestimmung des § 13a Abs. 2 an die bisherige Formulierung in § 13 Abs. 2 anlehnt.

5.3. Vor dem dargestellten Hintergrund, insb. dem Regel-Ausnahme-Prinzip, das nunmehr auch in Betrieben des Gastgewerbes ein grundsätzliches Rauchverbot festlegt und Rauchen nur in gesonderten, vom übrigen Bereich abgetrennten "Raucherzimmern" zulässt, muss davon ausgegangen werden, dass die Festlegung eines Raumes als Raucherzimmer, der - wie im Beschwerdefall - betreten werden muss, um in jenen Bereich zu gelangen, der rauchfrei zu halten ist, unzulässig ist.

Dies entspricht insoweit auch dem Verständnis des (nach § 13a Abs. 2 zwingend rauchfrei zu haltenden) "Haupttraums", bei dessen Festlegung als wichtige Kriterien nach den zitierten Erläuterungen nicht nur Flächengröße und Ausstattung, sondern auch Lage und Zugänglichkeit heranzuziehen sind, was nur bedeuten kann, dass der Raucherraum vom Nichtraucherbereich aus erschlossen werden soll, nicht aber umgekehrt der - grundsätzlich rauchfrei zu haltende - Bereich nur über den "Raucherraum" zugänglich ist.

Letztlich legen dies auch die Regelungen der auf Basis von § 13b Abs. 5 TabakG erlassenen Nichtrauchererschutz-Kennzeichnungsverordnung, BGBl. II Nr. 424/2008 (NKV), nahe:

Danach ist jeweils vor Betreten des Lokals (§ 1 NKV) bzw. des einzelnen Gastraums (§ 2 NKV) durch entsprechende Hinweisschilder deutlich zu machen, ob im Lokal/im konkreten Gasträum geraucht werden darf. In den Fällen des § 1 Abs. 1 Z 2 NKV - also bei Vorhandensein mehrerer Gasträume, wobei in einem ("eigens dafür vorgesehenen") Gasträum geraucht werden darf - ist gemäß § 1 Abs. 2 Z 2 lit. b letzter Halbsatz NKV zusätzlich zum Symbol der schriftliche Hinweis "Abgetrennter Raucherraum im Lokal" erforderlich. Dem liegt offenbar der Gedanke zu Grunde, dass der Gast, bevor er ein Lokal bzw. einen einzelnen Gasträum betritt, über die tatsächlichen Gegebenheiten im Lokal zu informieren ist, um sich darauf einstellen bzw. entscheiden zu können. Ein Gast, dem bloß ein "Abgetrennter Raucherraum im Lokal" angekündigt wird, muss aber nicht damit rechnen, einen Raucherraum betreten zu müssen, um in den Bereich, den er aufsuchen möchte und in dem nicht geraucht werden darf, zu gelangen.

6. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerde gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen ist.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

W i e n , am 17. Juni 2013