OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-080001/2/Wei

Datum:
Linz, 22. Juni 2018

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde des Mag. M H M, geb. x, x, vertreten durch Dr. J P, Rechtsanwalt in x, wegen behaupteter Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch Anordnung eines Organs der Bezirkshauptmannschaft Braunau vom 1. Februar 2018 gegen 16:00 Uhr, das Rauchen im Lokal „L L“ in x einzustellen und die Aschenbecher wegzuräumen, den

B E S C H L U S S

I. Die Beschwerde wird als unzulässig zurückgewiesen.

II. Ein Aufwandersatz findet nicht statt.

III. Gegen diesen Beschluss ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Mit Schriftsatz vom 12. März 2018, eingelangt am 15. März 2018, erhob der Beschwerdeführer (Bf) durch seinen Rechtsvertreter unter Vorlage von Urkunden die im Folgenden wiedergegebene rechtzeitige Maßnahmenbeschwerde:

„Im gegenständlichen Beschwerdeverfahren habe ich Herrn Dr. J P, Rechtsanwalt in x mit der Vertretung meiner Interessen beauftragt; der einschreitende Rechtsanwalt beruft sich auf die ihm erteilte Bevollmächtigung iSd § 10 Abs. 1 AVG iVm § 17 VwGVG.

Gegen die Anordnung des Herrn Mag. S der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 01.02.2018 gegen 16.00 Uhr in meinem Lokal „L L“ in x, sofort für das Einstellen des Rauchens durch die Gäste Sorge zu tragen und die Aschenbecher auf der Stelle wegzuräumen, erhebe ich

B E S C H W E R D E

nach Art. 132 Abs. 2 B-VG iVm §§ 7 und 9 VwGVG an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich.

A) Sachverhalt

Seit rund acht Jahren betreibe ich die Bar „L L“ in der S in x, s, Erdgeschoß links mit der x.

Diese Bar ist ein sogenanntes Raucherlokal im Sinne des Tabakgesetzes (und als solches nach der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung auch als solches gekennzeichnet).

Im Schreiben an mich vom 15.12.2015 vertritt die Bezirkshauptmannschaft Braunau, Herr mag. S, zu Ge20-170-1999, die Ansicht, dass es sich bei dieser Gaststätte um ein Nichtraucherlokal handelt.
In der Strafverfügung vom 26.11.2015 und in der Folge im Straferkenntnis vom 08.02.2016 hat mich die Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn zu Ge96-129-2015 (zuständiger Sachbearbeiter: Mag. S) mit Geldstrafen wegen Übertretungen des Tabakgesetzes in Verbindung mit der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung mit der Begründung belegt, dass mittlerweile eine rechtskräftige Entscheidung des Bundesdenkmalamtes vorliegt, wonach der Antrag auf Teilung des Lokals abgewiesen und das Lokal daher im Hinblick auf die Bestimmung des § 13a Abs. 3 Z. 2 Tabakgesetz als Raucherlokal betrieben werden kann, aber der Kennzeichnungspflicht nicht entsprochen worden ist, zumal keine Kennzeichnungen in ausreichender Anzahl mit dem Symbol „rauchende Zigarette auf grünem Hintergrund“ mit dem Hinweis „Rauchen gefährdet ihre Gesundheit und die Gesundheit ihrer Mitmenschen“ angebracht waren.

Schon in den Jahren 2011 und 2012 gab es zu diesem Thema ein Verwaltungsstrafverfahren.
Im Straferkenntnis vom 16.11.2011, Ge96-252-2010, hat die Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn (Bearbeiter: Mag. S) über mich wegen Übertretungen des Tabakgesetzes

Geldstrafen von zweimal € 150,— verhängt, weil ich als Betriebsinhaber dafür verantwortlich bin, dass der Kennzeichnungspflicht der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung entsprochen wird, das weder in der Gaststätte noch bei der Eingangstür zum Lokal eine Kennzeichnung mit dem Symbol „durchgestrichene rauchende Zigarette auf rotem Hintergrund“ erfolgte und in diesem Gastraum geraucht wurde und Aschenbecher zur Verfügung gestellt worden sind.

In diesem Verwaltungsstrafverfahren ging es im Besonderen um die Frage des Vorliegens eines Verschuldens, zumal zum Zeitpunkt der Übertretung noch kein rechtskräftiger Bescheid des Bundesdenkmalamtes betreffend das Verbot der Raumteilung vorlag. Die Behörde vertrat die Ansicht, dass eine nachträgliche Vorlage eines Bescheides des Bundesdenkmalamtes im Gesetz nicht als Tatbild ausschießend vorgesehen ist.

Der UVS des Landes Oberösterreich hat im Erkenntnis vom 15.05.2012, VwSen-240796 meiner Berufung gegen diese Bestrafung insoweit stattgegeben, als gemäß § 21 VStG von der Verhängung einer Strafe abgesehen und gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit meines Handelns eine Ermahnung erteilt wurde.
In Punkt 2.3. führt der UVS aus, dass im Bescheid des BDA vom 03.03.2011 ausgeführt wird, dass dem von der Objektinhaberin gestellten Antrag auf Änderung der Raumaufteilung dieses Lokals nicht Folge gegeben und die Bewilligung nicht erteilt wurde. Mir könne (S. 12 des Erkenntnisses) keine Vorsatztat zur Last gelegt werden, jedoch hätte sich ein einsichtiger besonnener Mensch diesbezüglich informiert, weswegen ich diesbezüglich fahrlässig gehandelt habe.

Im höchst interessanten 23-seitigen Erkenntnis vom 27.06.2013, B 823/2012, weist der Verfassungsgerichtshof die gegen das UVS-Erkenntnis eingebrachte Beschwerde in Form einer Sachentscheidung ab. Das Höchstgericht teilt die Rechtsansicht des UVS, wonach kein Raum für die begehrte Anwendung des § 1 Abs. 2 VStG gesehen wird und nach dem Tatzeitpunkt lediglich eine Änderung der Sachlage eingetreten ist in dem Sinn, dass ab Erlassung des Bescheides des Bundesdenkmalamtes am 03.03.2011 die Voraussetzungen für eine Strafbarkeit nicht mehr gegeben wären, was jedoch nicht bewirken kann, dass die zum davor liegenden Zeitpunkt bei Verwaltungsübertretung gegebene Erfüllung der Tatbestandsmerkmale wegfällt.

Beweis: behördliches Schreiben vom 15.12.2015, Ge20-170-1999, Straferkenntnis der BH BR vom 08.02.2016, Ge96-129-2015; UVS-Erkenntnis VwSen-240796 vom 15.05.2012 im Internet veröffentlicht;

Am Donnerstag, den 01.02.2018 kam Mag. S gegen 16.00 Uhr in das Lokal L L. Als er festgestellt hat, dass die meisten der rund 10 Gäste rauchen und Aschenbecher aufgestellt waren, hat er verkündet, das sei ein Nichtraucherlokal und solle man sofort den Chef, den Betreiber des Lokals, herbeiholen.

Da mich die Kellnerin N nicht erreicht und dies Mag. S mitgeteilt hat, hat dieser angeordnet, dass sie die Gäste sofort aufzufordern hat, das Rauchen einzustellen und die Aschenbecher auf der Stelle wegzuräumen.
Einer der Gäste hat dies nicht so einfach hingenommen und entgegnet, dass das generelle Rauchverbot in Gaststätten ja noch gar nicht in Kraft ist, worauf Mag. S festgehalten hat, dieses Lokal sei schon seit Jahren ein Nichtraucherlokal, weswegen das Rauchen sofort

einzustellen ist und die Aschenbecher wegzuräumen sind, was dieser Gast dann murrend zur Kenntnis genommen und das Rauchen eingestellt hat.

Der Kellnerin wurde von Mag. S aufgetragen, von nun an das Nichtrauchen zu überwachen und keine Aschenbecher mehr zur Verfügung zu stellen, sie sei ab sofort für die Einhaltung der Nichtraucherbestimmungen verantwortlich, worauf Mag. S das Lokal verlassen hat.

Von den Gästen wurde diese Amtshandlung natürlich intensiv diskutiert und meinte die Kellnerin, jedenfalls davon ausgegangen zu sein, dass das Lokal L L ein Raucherlokal ist.

Erst gegen 19.00 Uhr konnte mich diese Kellnerin bzw. eine Kollegin von ihr erreichen und habe ich dann gleich RA Dr. P angerufen, welcher mir mitgeteilt hat, ganz sicher zu wissen, dass im „L L“ geraucht werden darf, zu dieser Frage seien ja schon Verwaltungsstrafverfahren gegen von Mag. S verhängte Strafen geführt worden, in welchen klar hervorgekommen ist, dass dies ein Raucherlokal ist, was der einzige Grund dafür ist, dass dieses Organ der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn dieses Gastgewerbelokal seither diesbezüglich auch seit Jahren nicht mehr überprüft hat. Wäre dies anders, wäre es zu vielfachen Kontrollen und Strafen gekommen.

Aufgrund dieses Telefonats hat die Kellnerin die Aschenbecher wieder hergeräumt und die Gäste wieder rauchen lassen, wobei in der Zwischenzeit einige Personen, welche die Bar besucht haben, gleich wieder gegangen sind, weil sie nicht rauchen durften.

Gegen 07.30 Uhr des 02.02.2018 hat mein Rechtsvertreter Mag. S angerufen, welcher ihn dann kurz darauf zurückgerufen und eingeräumt hat, dass es in diesem Lokal kein Rauchverbot gibt, er müsse sich für sein Verhalten vom Vortag entschuldigen, worauf mein Rechtsvertreter zu ihm gemeint hat, man könne doch die gemeinsam abgeführten Verfahren nicht einfach vergessen, in welchem klar zu Tage getreten ist, dass es sich beim Lokal L L um ein Raucherlokal handelt und müsse man halt in die Akten schauen, bevor man eine derartige Amtshandlung durchführt, weil so etwas zu großer Verunsicherung und zum Ausbleiben von Gästen führt, wovon naturgemäß in meinem Lokal die meisten Raucher sind.

Beweis: AV des Mag. S vom 02.02.2018, PV;
Seither wird in diesem Lokal wieder geraucht und hat es diesbezüglich keine weiteren Kontrollen mehr gegeben.

- Frist

Die in Beschwerde gezogene Maßnahme unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wurde am Donnerstag, den 01.02.2018 gegen 16.00 Uhr gesetzt, sodass die vorliegende Beschwerde iSd § 7 Abs. 4 zweiter Satz iVm Z. 3 VwGVG innerhalb der sechswöchigen Frist eingebracht ist.

- Beschwerdegründe

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die in Rede stehenden Anordnungen der Behörde lagen nicht vor, die Anordnungen von Mag. S waren gesetzlos.

Da ich davon ausgehe, dass die belangte Behörde 8AUCH IN Anbetracht deren Aktenvermerks vom 02.02.2018) die Richtigkeit meines Vorbringens zu diesen Anordnungen von Mag. S nicht bestreiten wird, enthält diese Beschwerde abgesehen von meiner Einvernahme als Partei noch kein weiteres Beweisanbot betreffend Zeugen; sollte dies notwendig werden, werde ich die Kellnerin N mit vollständigem Namen und ladungsfähiger Adresse benennen. Ein Gast, welcher bei der Amtshandlung anwesend war, ist ein Bekannter meines Rechtsvertreters vom T S, dessen Name und ladungsfähige Anschrift ebenfalls im Bestreitungsfall bekanntgegeben wird für eine allfällige Zeugeneinvernahme; die Kellnerin Nathalie kennt natürlich noch die meisten weiteren damals anwesenden Gäste dem Namen nach.

Der in Rede stehende Beamte der Bezirkshauptmannschaft Braunau verlangt von mir, seitdem ich dieses Lokal betreibe, die peinlich genaue Einhaltung aller Gesetze, jede Übertretung wird gnadenlos verfolgt.

Ich bin österreichischer Staatsbürger und Mitglied des Gemeinderates und bemüht, mich an die geltenden Nonnen zu halten, muss aber eingestehen, dass mir dies - auch im Zusammenhang mit der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung - nicht immer gelungen ist, weswegen Herr Mag. S über mich schon einige Strafen verhängt hat.

Obwohl zumindest zwei Verwaltungsstrafverfahren abgeführt wurden, in welchen es genau darum ging, ob das Lokal L L nun ein Raucher- oder Nichtraucherlokal ist, hat Herr Mag. S jedenfalls Kenntnis davon haben müssen, dass dieses Lokal ein Raucherlokal ist, war er es doch selbst, welcher diese Verfahren gegen mich geführt hat. Es wird an dieser Stelle nicht ausgeführt, was der Kellnerin bei dieser Amtshandlung fast passiert wäre; wer so fordernd auftritt und keine anderen Argumente zulässt, muss sich eben die Rechtslage ansehen, bevor eine derartige Amtshandlung, welche sich überdies auf den geschäftlichen Erfolg des Betroffenen auswirkt, abgeführt wird. Hiefür bestand seit telefonischer Erkundigung des Herrn H am 30.01. ausreichend Zeit.

- <u>Begehren:</u>

Ich stelle höflich den

A N T R A G,

das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge dieser Beschwerde Folge geben, die angefochtene faktische Amtshandlung in Form der Anordnung an die Kellnerin meines Lokals, sofort für das Einstellen des Rauchens durch die Gäste zu sorgen und die Aschenbecher auf der Stelle wegzuräumen durch Mag. S von der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn am Donnerstag, den 01.02.2018 gegen 16.00 Uhr für rechtswidrig erklären und mir nach § 35 VwGVG die Kosten für das Beschwerdeverfahren im Sinne des nachstehenden Kostenverzeichnisses zusprechen.

M, am 12.3.2018 Mag. M H M

M/Raucherlokal l.doc

Dr.P/In

<u>Kostenverzeichnis</u>

im Maßnahmenbeschwerdeverfahren vor dem LVwG Oö. nach § 35 Abs. 4 VwGVG iVm BG1. II Nr. 517/2013:

Schriftsatzaufwand für die Beschwerde vom 12.03.2017	€	737,60
Eingabegebühr (§ 2 Abs. 1 des BGBl. II Nr. 387/2014)	€	30, --
zusammen	€	767,60

Verhandlungsaufwand und Fahrtkosten werden geltend gemacht, sofern diese anfallen."

II. Das Landesverwaltungsgericht folgt dem durch Urkunden belegten Beschwerdevorbringen und geht dabei von folgendem S a c h v e r h a l t aus:

II.1. Das Beschwerdevorbringen zum angefochtenen Verwaltungsakt (Beschwerde, Seiten 3f) lautet wie folgt:

„Am Donnerstag, den 01.02.2018 kam Mag. S gegen 16.00 Uhr in das Lokal „L L". Als er festgestellt hat, dass die meisten der rund 10 Gäste rauchen und Aschenbecher aufgestellt waren, hat er verkündet, das sei ein Nichtraucherlokal und solle man sofort den Chef, den Betreiber des Lokals, herbeiholen.

Da mich die Kellnerin N nicht erreicht und dies Mag. S mitgeteilt hat, hat dieser angeordnet, dass sie die Gäste sofort aufzufordern hat, das Rauchen einzustellen und die Aschenbecher auf der Stelle wegzuräumen.

Einer der Gäste hat dies nicht so einfach hingenommen und entgegnet, dass das generelle Rauchverbot in Gaststätten ja noch gar nicht in Kraft ist, worauf Mag. S festgehalten hat, dieses Lokal sei schon seit Jahren ein Nichtraucherlokal, weswegen das Rauchen sofort einzustellen ist und die Aschenbecher wegzuräumen sind, was dieser Gast dann murrend zur Kenntnis genommen und das Rauchen eingestellt hat.

Der Kellnerin wurde von Mag. S aufgetragen, von nun an das Nichtrauchen zu überwachen und keine Aschenbecher mehr zur Verfügung zu stellen, sie sei ab sofort für die Einhaltung der Nichtraucherbestimmungen verantwortlich, worauf Mag. S das Lokal verlassen hat."

Nach der Beschwerdedarstellung konnte der Bf von seinem Personal erst gegen 19.00 Uhr erreicht und informiert werden, worauf er gleich mit dem Beschwerdevertreter telefonierte, der ihm mitteilte, ganz sicher zu wissen, dass im „L L" geraucht werden dürfe, was in von Mag. S geführten Verwaltungsstrafverfahren klar hervorgekommen sei. Auf Grund dieser Information veranlasste der Bf, dass die Kellnerin im Lokal die Aschenbecher wieder für die Gäste bereitstellt, die rauchen wollen. In der Zwischenzeit sind einige Barbesucher aber wieder gegangen, weil sie nicht rauchen durften (Beschwerdevorbringen).

II.2. Die oben wiedergegebene Beschwerdedarstellung der Kontrolle des Lokals wird durch den vom Bf vorgelegten Aktenvermerk vom 2. Februar 2018 des zuständigen Referenten der belangten Behörde im Wesentlichen bestätigt. Dieser lautet wie folgt:

„Ge20-170-1999

M M, x;
Gaststättenbetriebsanlage (Bar) im Erdgeschoß des
Objektes x –
gewerberechtliche Genehmigung

A K T E N V E R M E R K

Am 30.01.2018 teilte Herr H H als Betreiber der Gaststättenbetriebsanlage im Standort x, im Zuge einer Überprüfung mit, dass in dem von Herrn M betriebenen Lokal im Standort x, geraucht werde, obwohl das Lokal ein Einraumlokal sei und mehr als 50 m^2 aufweist.

Im Zuge der Überprüfung am 01.02.2018 konnte gemeinsam mit Herrn DI. B festgestellt werden, dass im Lokal geraucht wird und diese auch als Raucherlokal gekennzeichnet war. Nachdem Herr M nicht anwesend war, wurde die Kellnerin aufgefordert die Aschenbacher wegzuräumen und dafür Sorge zu tragen, dass das Rauchen eingestellt wird. Eine Kontrolle der Musikanlage hat ergeben, das kein Lärmbegrenzer einegbaut war.

Am 02.02.2018 teilte Herr Dr. P mit, dass bereits in einem früheren Strafverfahren ein Bescheid des Bundesdenkmalamtes vorgelegt worden ist, wonach eine Abtrennung des Raumes aus denkmalschutzrechtlicher Hinsicht nicht zulässig sei. Aufgrund dieses Bescheides ist daher entgegen der o.a. Auskunft im gegenständlichen Lokal kein Rauchverbot gegeben. Nach Durchsicht des Strafaktes konnte tatsächlich dieser Bescheid vorgefunden werden.

x, am 02.02.2018

(Unterschrift eh)
Mag. S“

Diesem Aktenvermerk ist demnach zu entnehmen, dass ein anderer Gaststättenbetreiber am S bei einer behördlichen Kontrolle vom Vortag, dem 30. Jänner 2018, der belangten Behörde anzeigte, dass im Lokal des Bf (illegal) geraucht werde, obwohl es nur einen Raum über 50 m^2 aufweist. Bei der Überprüfung am nächsten Tag konnte der Referent der belangten Behörde tatsächlich ein gekennzeichnetes Raucherlokal des Bf feststellen, welches als Einraumlokal zwischen 50 und 80 m^2 ohne bauliche Maßnahmen zur Trennung von Raucher- und Nichtraucherbereich iSd § 13a Abs 2 Tabakgesetz (Kurztitel und Abk

seit BGBl I Nr. 22/2016: „Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw Nichtraucherschutzgesetz -TNRSG“ im Folgenden nur: Tabakgesetz) betrieben wurde. Da die Voraussetzungen dieser Ausnahmebestimmung nicht erfüllt waren, ging Mag. S von einem gesetzlichen Rauchverbot aus, ohne die weitere Ausnahme nach § 13a Abs 3 Z 2 Tabakgesetz wegen Unzulässigkeit der baulichen Maßnahmen zu bedenken und ohne sich an eine in einem früheren Verwaltungsstrafverfahren gegen den Bf vorgelegte, negative Entscheidung des Bundesdenkmalamts (BDA) zur Raumteilung zu erinnern. Dies folgt aus dem oben zitierten Aktenvermerk über die Mitteilung des Beschwerdevertreters über einen solchen Bescheid, wonach die Abtrennung des Raumes aus denkmalschutzrechtlicher Sicht nicht zulässig sei. Die Formulierung im letzten Satz des 3. Absatzes deutet auf eine gewisse Überraschung des Behördenvertreters hin: „Nach Durchsicht des Strafaktes konnte tatsächlich dieser Bescheid vorgefunden werden.“

III. Zur Vorgeschichte

Aus den in der Beschwerde angeführten Urkunden ergibt sich Folgendes:

III.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 16. Februar 2011, GZ: Ge96-252-2010, wurden über den Bf als Inhaber des Gastgewerbebetriebes im Standort x, Geldstrafen von 150 Euro in zwei Spruchpunkten wegen Übertretungen des Tabakgesetzes verhängt, weil er am 20.12.2010 gegen im § 13 c Abs. 2 Tabakgesetz festgelegte Obliegenheiten verstoßen habe, indem er in diesem Einraumlokal der Größe von mehr als 50 m^2 (67 m^2), in welchem Rauchverbot besteht,

1.) nicht dafür Sorge getragen habe, dass der Kennzeichnungspflicht der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung entsprochen worden ist, da weder in der Gaststätte noch bei der Eingangstüre zum Lokal eine Kennzeichnung mit dem Symbol „durchgestrichene rauchende Zigarette auf rotem Hintergrund" erfolgte und

2.) nicht dafür Sorge getragen habe, dass in diesem Gastraum nicht geraucht wird, indem ein Gast geraucht hat und auch Aschenbecher zur Verfügung gestellt haben.

In dem vorweg auf Anfrage der Objekteigner zur Teilung des Gastraumes von 67 m^2 eingeholten Antwortschreiben des Bundesdenkmalamtes vom 22. Dezember 2010, wurde bereits die Möglichkeit des Einbaus einer Trennwand aus Gründen des Denkmalschutzes verneint. Mit Bescheid des Bundesdenkmalamtes (BDA) vom 3. März 2011 wurde dann dem Antrag auf Bewilligung der Änderung der Raumaufteilung nicht stattgegeben und eine Veränderung durch bauliche Trennung nicht bewilligt.

Der Berufung des Bf gegen das oben dargestellte Straferkenntnis vom 16. Februar 2011 hat der UVS Oberösterreich mit Bescheid vom 15. Mai 2012, GZ: VwSen-240786/3/MB/WU, insoweit stattgegeben, als von der Verhängung einer Strafe abgesehen und gleichzeitig dem Bf unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Handelns eine Ermahnung erteilt wurde. Der Schuldspruch wurde demnach bestätigt. Das Vorliegen einer Ausnahme vom Rauchverbot nach § 13a Abs 2 und Abs 3 Z 2 TabakG zum Tatzeitpunkt wurde mit der Begründung verneint, dass die nachträgliche Entscheidung des BDA, der keine ex-tunc Wirkung zukomme, bereits im Zeitpunkt der Tathandlung hätte vorliegen müssen. Es gehe dabei nicht um den Wegfall einer Norm, sondern um die nachträgliche Erfüllung eines negativen Tatbestandsmerkmales durch ein neues Sachverhaltselement. Auch wurde ein Anwendungsfall des Günstigkeitsprinzips nach § 1 Abs 2 VStG verneint, weil das Vorliegen einer negativen denkmalschutzrechtlichen Entscheidung keine Änderung der Rechtslage darstelle, sondern nur nachträglich ein negatives Tatbestandsmerkmal erfülle.

Mit Erkenntnis vom 27. Juni 2013, B 823/2012 (= VfSlg 19764/2013) hat der Verfassungsgerichtshof die Beschwerde gegen die zitierte Entscheidung des UVS Oberösterreich abgewiesen und dessen Rechtsansicht geteilt, dass die Erfüllung der Tatbestandsmerkmale der Verwaltungsübertretung im Tatzeitpunkt durch eine nachträgliche Entscheidung des BDA nicht wegfällt und dass insofern auch mangels einer günstigeren Rechtslage kein Raum für die Anwendung des § 1 Abs 2 VStG besteht.

III.2. Mit Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 15. Dezember 2015, GZ: Ge20-170-1999, wurde der Bf hinsichtlich seiner Gaststättenbetriebsanlage (Bar) im Objekt x, unter Bezugnahme auf eine vorangegangene Überprüfung und ein Schreiben vom 16. November 2015 neuerlich aufgefordert, einen mit Bescheidauflage vorgeschriebenen Lärmbegrenzer nachzurüsten und eine Bestätigung der ausführenden Fachfirma zu übermitteln. Außerdem wurde auf die festgestellte Nichteinhaltung der Bestimmungen des Tabakgesetzes hingewiesen, zumal im Hinblick auf die Raumgröße im Lokal des Bf (Einraumlokal mit mehr als 50 m^2) nicht geraucht werden dürfe, und ersucht die erforderlichen Kennzeichnungen nach der Nichtraucher-Kennzeichnungsverordnung vorzunehmen und darüber der Behörde eine Fotodokumentation bis 31.12.2015 zu übermitteln.

III.3. Mit dem vorgelegten Straferkenntnis vom 8. Februar 2016, GZ: Ge96-129-2015, wurde der Bf als Betreiber des gegenständlichen Gastgewerbebetriebs mit je 200 Euro (30 Stunden EFS) Strafe belegt, weil er sich der folgenden Verwaltungsübertretungen schuldig gemacht habe,

im Spruchpunkt 1.) der Übertretung nach § 367 Z 25 GewO 1994 wegen Nichteinhaltung der vorgeschriebenen Auflage, einen Lärmbegrenzer (Limiter) bei der Musikanlage einzubauen, der gewährleistet, dass ein Schalldruckpegel von max. 65 dBA nicht überschritten wird, weil beim Test der Musikanlage am 13.11.2015 ein max. Schallpegel von 92 dB erreicht wurde,

und im Spruchpunkt 2.) der Übertretung nach § 14 Abs 4 iVm §§ 13c Abs 1 Z 3 und Abs 2 Z 7, 13a Abs 3 Z 2 TabakG iVm § 2 Abs 3, 4 und 5 der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung BGBl II Nr. 424/2008 wegen Nichtentsprechung der Kennzeichnungspflicht nach der Nichtraucherschutz-Kennzeichnungsverordnung, weil am 13.11.2015 im einzigen, als Raucherraum betriebenen Gastraum zwischen 50 und 80 m2, in dem auf Grund der Bestimmung des § 13a Abs 3 Z 2 TabakG kein Rauchverbot bestehe, keine Kennzeichnungen in ausreichender Zahl mit dem vorgeschriebenen Symbol „rauchende Zigarette auf grünem Hintergrund“ und dem Warnhinweis „Rauchen gefährdet Ihre Gesundheit und die Gesundheit Ihrer Mitmenschen“ angebracht waren.

III.4. Der Sachverhalt folgt aus dem Beschwerdevorbringen und den in der Beschwerde angeführten Beweisurkunden. Sämtliche Feststellungen ergeben sich widerspruchsfrei aus der Beschwerde, den vorgelegten Urkunden und den zitierten Entscheidungen des UVS Oberösterreich und des Verfassungsgerichtshofs. Demnach stellen sich nur Rechtsfragen. Eine öffentliche mündliche Verhandlung war daher nicht erforderlich. Sie konnte auch im Grunde des § 44 Abs 2 Z 1 VwGVG entfallen.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat rechtlich erwogen:

IV.1. Grundlagen

Gemäß Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit (sog. Maßnahmenbeschwerde). Gemäß Art 132 Abs 2 B-VG kann diese Beschwerde erheben, wer durch die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet. Die Frist zur Erhebung einer solchen Maßnahmenbeschwerde beträgt gemäß § 7 Abs 4 Satz 2 VwGVG sechs Wochen. Sie beginnt mit Kenntnis des Betroffenen, wenn er durch die Maßnahme aber behindert war, erst mit dem Wegfall der Behinderung (§ 7 Abs 4 Z 3 VwGVG).

Die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt setzt nach der ständigen Judikatur der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts den Eingriff in subjektive Rechte des Betroffenen und die unmittelbare Anwendung physischen Zwanges oder die Erteilung eines Befehles mit

unverzüglichem Befolgungsanspruch voraus (vgl mwN VwGH 29.6.2000, Zl. 96/01/0596; VwGH 14.12.1993, Zl. 93/05/0191; VfSlg 11935/1988; VfSlg 10319/1985; VfSlg 9931/1984 und 9813/1983; zahlreiche weitere Judikatur bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I^2 [1998] E 55 ff zu § 67a AVG). Entscheidend ist, dass es sich um einen Hoheitsakt einer Verwaltungsbehörde handelt, mit dem in Rechte von individuellen natürlichen oder juristischen Personen eingegriffen wird, ohne dass ein Bescheid erlassen wird (vgl näher Köhler in Korinek/Holoubek [Hrsg], Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Rz 45 f zu Art 129a B-VG]. Nach dem überkommenen Begriffsverständnis des Verfassungsgerichtshofs muss der Verwaltungsakt gegen eine individuell bestimmbare Person gerichtet sein und einen unmittelbaren Eingriff in die Rechtssphäre des Einzelnen zum Gegenstand haben (vgl mwN Eisenberger/Enöckl/Helm, Maßnahmenbeschwerde [2006], 29).

Voraussetzung für die Zulässigkeit einer sog. Maßnahmenbeschwerde ist, dass gegenüber dem Beschwerdeführer entweder physischer Zwang ausgeübt wurde oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwanges bei Nichtbefolgung eines Befehles drohte (vgl mwN Walter/Mayer/Kuscko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht^{10} [2007] Rz 610). Maßnahmen im Rahmen der schlichten Hoheitsverwaltung können daher grundsätzlich nicht mit einer Beschwerde wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt bekämpft werden.

Im Übrigen dient der subsidiäre Rechtsbehelf der Maßnahmenbeschwerde nur dem Zweck, Lücken im Rechtsschutzsystem zu schließen. Zweigleisigkeiten für die Verfolgung ein- und desselben Rechts sollten mit der Maßnahmenbeschwerde nicht geschaffen werden. Was im Verwaltungsverfahren ausgetragen werden kann, ist daher kein zulässiger Gegenstand einer Maßnahmenbeschwerde (vgl z.B. VwGH 18.3.1997, Zl. 96/04/0231; VwGH 17.4.1998, Zl. 98/04/0005). Das gilt auch dann, wenn das für die Rechtsdurchsetzung zur Verfügung stehende Verwaltungsverfahren allenfalls länger dauert (vgl VwGH 15.6.1999, Zlen. 99/05/0072, 0073, 0074 mwN). Demnach sind auch Zwangsmaßnahmen kein tauglicher Beschwerdegegenstand, wenn sie im Verwaltungsverfahren bekämpft werden können (vgl VwGH 25.4.1991, 91/06/0052; VwSlg 9.461 A/1977 und VwSlg 9.439 A/1977).

IV.2. Zur „faktischen Amtshandlung“ in der Beschwerde

In der vorliegenden Beschwerde wird zur bekämpften „faktischen Amtshandlung“ vorgebracht, dass der Behördenvertreter Mag. S bei der Kontrolle des Gastlokals des Bf am 1. Februar 2018 verkündet habe, dass ein Nichtraucherlokal vorliege und der Lokalbetreiber herbeizuholen sei. Da der Bf aber nicht erreichbar war, habe der Behördenvertreter gegenüber der Kellnerin angeordnet, die Gäste aufzufordern, das Rauchen einzustellen und die Aschenbecher wegzuräumen. Im

Gespräch mit einem uneinsichtigen Gast habe er festgehalten, dass das Lokal seit Jahren ein Nichtraucherlokal und das Rauchen daher einzustellen sei. Vor dem Verlassen des Lokals habe er noch der Kellnerin die Überwachung aufgetragen und sie für die Einhaltung der Nichtraucherbestimmungen verantwortlich erklärt.

Der vorgelegte Aktenvermerk des Behördenorgans spricht im Wesentlichen übereinstimmend von einer Aufforderung der Kellnerin, die Aschenbecher wegzuräumen und dafür Sorge zu tragen, dass das Rauchen eingestellt wird. Außerdem ist dem Aktenvermerk zu entnehmen, dass auch die Musikanlage kontrolliert und ein fehlender Lärmbegrenzer festgestellt wurde.

Das Verwaltungsgericht kann weder der Beschwerdedarstellung noch dem zum Beweis für die Richtigkeit des Vorbringens vorgelegten Aktenvermerk des Behördenorgans vom 2. Februar 2018 eine faktische Amtshandlung in Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt entnehmen. Schon aus der eigenen Sachverhaltsdarstellung des Bf ist weder eine tatsächlich erfolgte noch eine konkret bevorstehende Ausübung von verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ableitbar. Denn nach der ständigen Judikatur kann eine bloße Kontrolltätigkeit noch nicht als Maßnahme unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt angesehen werden.

Bloße Aufforderungen oder Anordnungen im Rahmen von Amtshandlungen und Kontrollen stellen nach der ständigen Judikatur der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts noch keine Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt dar (vgl etwa die Beispiele bei Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens^{6} [2004] E 13, E 23 u E 24 zu § 67a AVG; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht^{10} [2007] Rz 610, Seite 306). Erst wenn der Adressat bei Nichtbefolgung mit zwangsweiser Realisierung zu rechnen hat, wobei eine unverzüglich einsetzende physische Sanktion bevorstehen muss, kann begrifflich von einem Akt der Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt gesprochen werden (vgl die Judikaturnachweise bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I^{2} [1998], E 61 und E 80 zu § 67a AVG). Beispielsweise stellt die Weisung eines Sicherheitswachebeamten, eine bestimmte Straßenstelle zu verlassen, noch keine faktische Amtshandlung dar, wenn kein unmittelbarer Zwang ausgeübt oder angedroht wurde. Auch die Androhung einer Strafanzeige schafft noch keine entsprechende Situation (vgl VwGH 28.2.1997, 96/02/0299). Der von Organen der Straßenaufsicht durch Zeichen iSd § 97 Abs 5 StVO 1960 mitgeteilten Aufforderung zum Anhalten hat der Fahrzeuglenker zwar Folge zu leisten. Deshalb handelt es sich dabei aber noch nicht um Ausübung von Befehls- und Zwangsgewalt. Die Nichtbefolgung solcher Zeichen stellt lediglich eine Verwaltungsübertretung dar (vgl § 99 Abs 3 lit j) StVO 1960). Steht es dem Betroffenen frei, einer Anordnung keine Folge zu leisten und die Frage ihrer Rechtmäßigkeit im Verwaltungsstrafverfahren auszutragen, so liegt keine "faktische Amtshandlung"

vor (vgl etwa zur Aufforderung zum Alkoholtest oder zur Blutabnahme u.A. VwGH 25.3.1992, Zl. 91/02/0150; VwGH 25.3.1992, Zl. 91/03/0253; VwGH 19.1.1994, Zl. 93/03/0251; VwGH 22.4.1994, Zl. 94/02/0020; VfSlg 7.509/1975).

IV.3. Zum speziellen Begriffsverständnis der „Ausübung von Befehlsgewalt“

Die Beschwerde geht unreflektiert davon aus, das kritisierte Verhalten des Verwaltungsorgans begrifflich für eine Ausübung von Befehlsgewalt halten zu können. Eine Auseinandersetzung mit diesem Begriff fehlt aber schlechthin. Unverzichtbares Merkmal der spezifisch verstandenen Ausübung von Befehlsgewalt ist die dem Befehlsadressaten für den Fall der Nichtbefolgung angedrohte, unverzüglich, dh ohne Dazwischentreten weiterer Verwaltungsakte, einsetzende physische Sanktion. Wird dieser Befolgungsanspruch nicht ausdrücklich erklärt, kommt es bei objektiver Betrachtungsweise aus dem Blickwinkel des Betroffenen darauf an, ob für ihn aus dem behördlichen Vorgehen insgesamt der Eindruck entstehen musste, dass bei Nichtbefolgung der Anordnung mit ihrer unmittelbaren zwangsweisen Durchsetzung zu rechnen ist (vgl instruktiv zum Ganzen die Erk. VwGH 20.12.2016, Ra 2015/03/0048 und VwGH 18.10.2017, Ra 2017/02/0041, jeweils mwN).

Die Beschwerde betrachtet die beschriebene Aufforderung des Mag. S ohne weiteres als Maßnahme der unmittelbaren Befehls- und Zwangsgewalt, ohne sich mit den begrifflichen Voraussetzungen auch nur ansatzweise zu befassen. Begründend wird - auf das Wesentliche zusammengefasst - nur ausgeführt, dass die Anordnung des Mag. S, der die peinlich genaue Einhaltung der Gesetze verlange und jede Übertretung des Bf gnadenlos verfolge, gesetzlos gewesen sei. Diesem Behördenorgan hätte aus von ihm geführten Verwaltungsstrafverfahren bekannt sein müssen, dass ein Raucherlokal vorliegt. Er hätte in die Akten schauen müssen, bevor er eine derartige Amtshandlung durchführt, die sich geschäftsschädigend auswirke und zur Verunsicherung der Gäste führe.

Auch wenn die Kritik an der mangelnden Vorbereitung des Behördenvertreters eine gewisse Berechtigung haben mag, beantwortet dies nicht die Vorfrage, ob überhaupt ein mit Maßnahmenbeschwerde bekämpfbarer Akt der unmittelbaren verwaltungsbehördlichen Befehls- und Zwangsgewalt begrifflich vorliegt. Zum Merkmal der Ausübung von Befehlsgewalt im besonderen Verständnis der unmittelbar einsetzenden Zwangsfolge bei Nichtbefolgung des Befehls hat die Beschwerde nichts vorgebracht, ja die begriffliche Voraussetzung der Imminenz des physischen Zwanges nicht einmal ansatzweise behauptet.

Dass der Behördenvertreter Mag. S mangels qualifizierter Einwände zum Zeitpunkt der Kontrolle am 1. Februar 2018 gegen 16:00 Uhr – es war niemand mit dem erforderlichen Sachwissen anwesend oder erreichbar - auf seiner Ansicht eines Nichtraucherlokals beharrte, bedeutete noch nicht, dass er keinen guten

Argumenten zugänglich gewesen wäre und insofern nicht mit sich hätte reden lassen. Diese Gesprächsbereitschaft zeigt sich schon im Eingehen auf einen protestierenden Gast, der nur kein geeignetes Argument wusste. Sie wird auch durch den vorgelegten Aktenvermerk des Mag. S vom 2. Februar 2018 bescheinigt. Aus diesem geht in Übereinstimmung mit der Beschwerde hervor, dass der Referent der belangten Behörde seinen vor Ort verkündeten Standpunkt sogleich am nächsten Tag auf Grund der telefonischen Intervention des Beschwerdevertreters revidierte, nachdem ihn dieser auf die Ausnahme vom Rauchverbot gemäß dem § 13a Abs 3 Z 2 Tabakgesetz wegen Unzulässigkeit der baulichen Abtrennung aus Gründen des Denkmalschutzes hingewiesen hatte. Im Aktenvermerk räumt er ein, dass er tatsächlich einen aktenkundigen Bescheid des BDA vorgefunden habe und entgegen seiner „Auskunft“ im gegenständlichen Lokal des Bf kein Rauchverbot gegeben sei. Hätte ihm jemand dieses Argument schon bei der Kontrolle entgegengehalten, wäre er wohl nicht einfach von einem Nichtraucherlokal ausgegangen. Vielmehr wäre er gefordert gewesen, die Annahme eines Rauchverbots, die wohl auf dem Fehlen der im § 13a Abs 3 Z 2 Tabakgesetz auch für Einraumlokale zwischen 50 und 80 m^2 grundsätzlich verlangten Raumteilung beruhte, noch einmal unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit von solchen baulichen Maßnahmen zu überprüfen.

Eine allgemein bekämpfbare Zwangsmaßnahme iSd Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG liegt entgegen der Beschwerde nicht schon deshalb vor, weil der Referent der belangten Behörde bei der Kontrolle irrtümlich von einem Nichtraucherlokal ausging und in fester Überzeugung zu einem (vermeintlich) rechtskonformen Verhalten aufforderte, obwohl er sich aus den Verwaltungsstrafakten besser informieren und die konkrete Ausnahme vom Rauchverbot zur Kenntnis hätte nehmen können. Die Beschwerdedarstellung gibt keine Anhaltspunkte für die Annahme eines Befehls mit unverzüglichem Befolgungsanspruch. Wie bereits oben ausgeführt, spricht der Aktenvermerk für das Gegenteil. Es sind auch keine verschärfenden Begleitumstände der Amtshandlung, wie etwa eine bedrohlich empfundene Anwesenheit von uniformierten und bewaffneten Polizeibeamten zur Unterstützung des Behördenorgans, bekannt geworden, die eine entsprechend einschüchternde Wirkung auf die Beteiligten hätten haben können. Es kann daher aus der Beschwerde nicht abgeleitet werden, dass im Fall der Missachtung mit einer unmittelbar einsetzenden physischen Sanktion zu rechnen gewesen wäre.

Die nach den bisherigen Erfahrungen des Bf drohende „gnadenlose“ verwaltungsstrafbehördliche Verfolgung durch Mag. S würde die Imminenz des drohenden Zwangs im speziellen Verständnis einer Ausübung von Befehlsgewalt ebenfalls nicht erfüllen. Das gilt auch für die vor dem Verlassen des Lokals abgegebene Erklärung des Behördenvertreters, die Kellnerin sei „... ab sofort für die Einhaltung der Nichtraucherbestimmungen verantwortlich,...“ Darin könnte man allenfalls den Hinweis auf eine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit als Beteiligte gemäß § 7 VStG an der Übertretung des Inhabers nach § 14 Abs 4

iVm § 13c Abs 1 Z 3 Tabakgesetz sehen. Eine solche Drohung mit strafrechtlichen Folgen im Fall der Nichtbefolgung einer Anordnung genügt allerdings nicht:

Denn die durch keinerlei Androhung begründete, bloß subjektive Angst vor allfälligen Sanktionen vermag an der Freiwilligkeit der Mitwirkung an einer Amtshandlung nichts zu ändern (vgl dazu Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I^2 [1998], E 59 zu § 67a AVG). Nur wenn die Ausübung physischen Zwangs bei Nichtbefolgung eines Befehls durch den Organwalter (zumindest schlüssig) angekündigt wird, liegt ein beschwerdefähiger Eingriff im Rahmen eines Maßnahmenbeschwerdeverfahrens vor (vgl auch VwGH 14.12.1993, 93/05/0191).

IV.4. Der „angefochtene Verwaltungsakt“ als Gegenstand des Verfahrens

Bei der Maßnahmenbeschwerde iSd § 67c Abs 2 AVG aF war es nach der Judikatur des Verwaltungsgerichthofs allein Sache des Bf, den angefochtenen Verwaltungsakt zu umschreiben. Dieser gibt durch die geforderten tatsächlichen Angaben (§ 67c Abs 2 Z 3 AVG aF : „Sachverhalt“) den Gegenstand des Verfahrens vor. Es wird nicht das gesamte Umfeld des Verwaltungsgeschehens erfasst und es besteht keine inquisitorische Prüfungspflicht aller denkmöglich mit einem Vorgang einhergehenden Beeinträchtigungen. Nur in Bezug auf den „angefochtenen Verwaltungsakt“, der vom Bf zu bezeichnen und sachverhaltsmäßig zu umschreiben ist (Beschwerdegegenstand), besteht eine umfassende Prüfungspflicht. Für die Beurteilung der Frage, was man konkret als „angefochtenen Verwaltungsakt“ zu verstehen hat, ist neben der ausdrücklichen Bezeichnung eines spezifischen Aktes als angefochten die sachverhaltsmäßige Umschreibung des Verwaltungsgeschehens maßgeblich (vgl dazu VwGH 30.01.2001, Zl. 2000/01/0018; VwGH 23.09.1998, Zl. 97/01/0407).

Substanzielle Ergänzungen des Beschwerdesachverhalts nach Ablauf der Beschwerdefrist bedeuten eine unzulässige Erweiterung oder sogar den (gänzlichen) Austausch des Beschwerdegegenstands. Solche Ergänzungen sind wegen Versäumung der Beschwerdefrist verspätet und damit als eine unzulässige Überschreitung der Sache des Beschwerdeverfahrens (Prozessgegenstand) anzusehen und zurückzuweisen (vgl VwGH 24.09.1990, Zl. 90/19/0140; VwGH 23.09.1998, Zl. 97/01/0407; vgl instruktiv mit Bsp und mwN Leeb in Hengstschläger/Leeb, AVG, Rz 52 zu § 9 VwGVG [Stand 15.2.2017, rdb.at]).

Die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs zu der bis 31. Dezember 2013 geltenden Vorschrift des § 67c Abs 2 AVG aF ist auch auf die sachlich vergleichbare Regelung der Maßnahmenbeschwerde im § 9 Abs 1 Z 1 iVm Abs 4 VwGVG (vgl VwGH 20.10.2016, Ra 2016/21/0287 = VwSlg 19475 A/2016) sinngemäß anzuwenden. Durch die Unterlassung, das Gebot der Sachverhaltsangaben im § 9 Abs 4 VwGVG ausdrücklich fortzuschreiben, wollte der Gesetzgeber keine

Änderung der Rechtslage vornehmen, zumal in den Materialien keine Hinweise auf ein Abgehen von der bisherigen Judikatur zu finden sind und nach hA die notwendige Beschreibung der angefochtenen Ausübung von Befehls und Zwangsgewalt auch eine entsprechende Sachverhaltsdarstellung einschließt (vgl mit zahlreichen Nachw Leeb in Hengstschläger/Leeb, AVG, Rz 51 zu § 9 VwGVG [Stand 15.2.2017, rdb.at]).

IV.5 Keine Verbesserungsfähigkeit von erfolgshindernden Inhaltsmängeln

Die vorliegende Maßnahmenbeschwerde erfüllt die formalen und inhaltlichen Erfordernisse des § 9 Abs 1 Z 1 bis 5 iVm Abs 2 Z 2 und Abs 4 VwGVG, weil sie alle vorgesehenen Angaben, insbesondere auch die Gründe, auf die sich die Rechtswidrigkeit stützt, und ein bestimmtes Begehren enthält. Sie ist in diesem Sinne als ein vollständiges Anbringen anzusehen und weist keine Mängel iSd § 13 Abs 3 AVG auf. Davon zu unterscheiden sind aber die sonstigen Unzulänglichkeiten, welche nicht die (formale) Vollständigkeit des Anbringens, sondern seine mangelnden Erfolgsaussichten betreffen. Solche Mängel, die zur Abweisung oder auch Zurückweisung führen können, sind nicht verbesserungsfähig, weil der Gesetzgeber mit § 13 Abs 3 AVG (auch idF BGBl I Nr. 158/1998) nicht zu einem solchen Verbesserungsverfahren verpflichtet, in dem zur ergänzenden Änderung des Anbringens aufgefordert wird, um eine stattgebende Entscheidung zu ermöglichen. Die Vorschrift des § 13 Abs 3 AVG dient nicht der Behebung eines verfehlten Vorbringens (vgl näher mwN Hengstschläger/Leeb, AVG^2 § 13 Rz 27; VwGH 15.09.2009, Zl. 2005/06/0003; vgl idS weiter VwGH 30.06.2006, Zl. 2006/03/0035 in Bezug auf ein verfehltes Vorbringen bei der Umweltverträglichkeitsprüfung, das inhaltlich nicht als Einwendung iSd § 18b UVPG iVm § 44b Abs 1 AVG qualifiziert werden konnte und damit zum Verlust der Parteistellung führte). § 13 Abs 3 AVG (auch iVm der Anleitungspflicht nach § 13a AVG) verpflichtet die Behörde nicht, der Partei Anleitungen dahingehend zu geben, mit welchen rechtlichen Mitteln und welchen Anträgen sie ein von ihr allenfalls angestrebtes Ziel erreichen könnte (vgl VwGH 15.09.2009, Zl. 2005/06/0003, VwGH 26.07.2012, Zl. 2011/07/0143).

Wie unter IV.2. und IV.3. im Einzelnen ausgeführt, fehlt der in der Beschwerde dargestellten „faktischen Amtshandlung“ ein wesentliches Merkmal der Ausübung von unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt. Vor dem Hintergrund des unverzichtbaren Merkmals der spezifisch verstandenen Ausübung von Befehlsgewalt erscheinen die Umschreibung des „angefochtenen Verwaltungsakts“ und das Begehren unter dem weitläufigen Oberbegriff „faktische Amtshandlung“ in der vorliegenden „Maßnahmenbeschwerde“ nicht ausreichend schlüssig. Es liegt ein substanzieller Mangel der Beschwerdedarstellung zu einer begriffsnotwendigen Voraussetzung vor, weshalb dem Begehren kein tauglicher Beschwerdegegenstand zugrunde liegt.

Ob die Behebung dieses Mangels überhaupt möglich wäre, erscheint schon nach der Beschwerde unwahrscheinlich (vgl dazu oben IV.3.). Sie wäre jedenfalls nur durch eine substanzielle Sachverhaltsergänzung nach Ablauf der Beschwerdefrist von sechs Wochen möglich (Beschwerdeeingang 15.03.2018) und deshalb als unzulässige Erweiterung des Beschwerdegegenstandes anzusehen (vgl näher unter IV.4.1.) Es handelt sich somit um ein unzulängliches und damit verfehltes Beschwerdevorbringen, das die Erfolgsaussichten des Anbringens beeinträchtigt, aber keinen verbesserungsfähigen Mangel iSd § 13 Abs 3 AVG darstellt.

IV.6. Zur Frage der Beschwerdelegitimation

Die Berechtigung zur Erhebung einer Maßnahmenbeschwerde (Beschwerdelegitimation) setzt die Möglichkeit der Verletzung eines subjektiven Rechts und damit einen Eingriff in die Rechtssphäre des Bf voraus (vgl Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahensrecht[10] [2014] Rz 957). Ein Ausspruch der Rechtswidrigkeit darf nur erfolgen, wenn der angefochtene Verwaltungsakt den Bf in einem subjektiven Recht verletzt (vgl Hengstschläger/Leeb, AVG § 67c Rz 28 mwN [Stand 1.7.2007, rdb.at]).

Auf den ersten Blick folgt schon aus dem Umstand der Abwesenheit des Bf im Zeitpunkt der Kontrolle seines Gastgewerbebetriebs, dass im Zusammenhang mit der vom Behördenvertreter verlangten Einhaltung des Rauchverbots keine physische Zwangsgewalt gegen ihn persönlich ausgeübt oder unmittelbar angedroht werden konnte. Es gibt allerdings besondere Fallkonstellationen, die in der Judikatur der Höchstgerichte trotz Abwesenheit des Betroffenen als unmittelbare Ausübung von Befehls- und Zwangsgewalt angesehen worden sind. Dazu im Folgenden.

IV.6.1. Eingriffe mit implizierter Duldungswirkung

In Sonderfällen kann nach der Judikatur der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts ein Akt der Ausübung von unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt auch dann vorliegen, wenn Maßnahmen für den Betroffenen nicht unmittelbar wahrnehmbar sind, aber eindeutig und unmittelbar in seine Rechte (bzw Rechtssphäre) eingreifen.

So hat der Verfassungsgerichtshof einen Verwaltungsakt in Ausübung von unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt bei Abwesenheit des verfügungsberechtigten Beschwerdeführers im Fall von Eingriffen durch Sicherheitsorgane in verfassungsrechtlich geschützte Rechte wie Eigentum, Hausrecht oder ins Recht auf Wohnung angenommen, wenn es um das eigenmächtige Betreten eines Hauses und die Nachschau in einigen Zimmern (VfSlg 12122/1989) oder um das Besichtigen einer Wohnung ohne Zustimmung des Wohnungsinhabers oder seines Vertreters (VfSlg 12053/1989) ging.

Auch der Verwaltungsgerichtshof hat unter Hinweis auf Judikatur des Verfassungsgerichtshofs Verwaltungsakte auch ohne unmittelbare Wahrnehmung und Wissen eines Betroffenen als unmittelbare verwaltungsbehördliche Befehls- und Zwangsgewalt aufgefasst, wenn die Eingriffe in die Rechtssphäre des Betroffenen im Zusammenhang mit absolut geschützten Rechtspositionen wie Eigentum oder Hausrecht standen und das eigenmächtige Verhalten von Polizeiorganen objektiv darauf abzielte, eine implizite Duldungspflicht aufzuerlegen und einseitig die Duldung des subjektiven Rechtseingriffs zu bewirken.

So hatte der Verwaltungsgerichtshof in zwei gleichgelagerten Erkenntnissen über die in Rechte des Eigentümers eingreifende, eigenmächtige Vorgangsweise von Organen der Gendarmerie am Vormittag (vgl VwGH 20.11.2006, Zl. 2006/09/0188) und Nachmittag (vgl VwGH 22.02.2007, Zl. 2006/11/0154) desselben Tages bei der Durchführung von Erhebungen auf Privatgrund zu entscheiden. Dabei betrachtete der Gerichtshof das von Gendarmeriebeamten jeweils unter Missachtung der Aufschrift „Privatweg – Begehung verboten“ vorgenommene Befahren einer Privatstraße, der Zufahrt zu einer dem betroffenen Eigentümer gehörenden Alm bis zur Almhütte, um dort eigenmächtig Erhebungen (gegen den wahrscheinlichen Willen des Eigentümers) zur Dokumentation für ein allfällig einzuleitendes Strafverfahren zu pflegen und dabei eine Durchsuchung von dort befindlichen Hütten (Stall und Stadel) mit Anfertigung von Lichtbildern vorzunehmen, nicht mehr als eine übliche Verhaltensweise im ländlichen Raum zur bloßen Feststellung, ob jemand zu Hause ist. Vielmehr bedeutete das eigenmächtige Betreten, Befahren und Begehen einer fremden Liegenschaft (Alm) ohne Erlaubnis des Verfügungsberechtigten einen erheblichen Eingriff in die Rechtssphäre des Eigentümers oder in Besitzrechte sonstiger Verfügungsberechtigter, die als Inhaber des subjektiven Rechts, Dritte vom Gebrauch und der Benutzung der Liegenschaften auszuschließen, übergangen wurden und zwangsläufig Rechtseingriffe hinnehmen mussten (sog. implizierte Duldung).

Auf gleicher Linie liegt das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 28. Jänner 2016, Zl. Ra 2014/07/0069, in dem das eigenmächtige (ohne Erlaubnis des Eigentümers und sogar gegen den zuvor erklärten Willen des Nutzungsberechtigten) Betreten einer Liegenschaft durch einen Polizeibeamten, um Nachschau zu halten, ob Abfälle gelagert werden, zu beurteilen war. Das Grundstück war durch einen Zaun nach außen abgegrenzt. Der Polizeibeamte gelangte aber über eine schadhafte (weggebrochene) Stelle im Zaun und das Durchschreiten einer Hecke aufs Grundstück, um dort eine Kontrolle durchzuführen und Lichtbilder anzufertigen. Im Betreten des Grundstücks über eine Lücke im Zaun, um Ermittlungen vorzunehmen und zu dokumentieren, sah der Verwaltungsgerichtshof keineswegs ein im ländlichen Raum übliches Verhalten

zur Feststellung des Aufenthalts, sondern einen Rechtseingriff durch eine Vorgangsweise verbunden mit der Auferlegung einer impliziten Duldungspflicht.

IV.6.2. Beurteilung des in Beschwerde gezogenen Verwaltungsakts

Im vorliegenden Beschwerdefall ging es um eine Kontrolle eines öffentlich zugänglichen Gastgewerbebetriebs durch den Referenten der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde. Wie den vorgelegten Urkunden (Aktenvermerk, Straferkenntnis und Aufforderungsschreiben; näher unter II.2 und III) zu entnehmen ist, sollte ein bereits mit Bescheid gemäß § 79 GewO 1994 vom 13. Mai 2003 vorgeschriebener Einbau eines Lärmbegrenzers zur Begrenzung des Schalldruckpegels der Musikanlage wieder einmal überprüft und der Anzeige vom Vortag eines anderen Gastwirts zur Einhaltung des Tabakgesetzes nachgegangen werden. Es handelte sich demnach um eine gewerbebehördliche Kontrolle der Betriebsanlage und um Erhebungen der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zur allfälligen Einleitung von Verwaltungsstrafverfahren gegen den Bf wegen einer (weiteren) Übertretung nach dem § 367 Z 25 GewO 1994 und gegebenenfalls auch wegen Übertretung des § 14 Abs 4 iVm § 13c Abs 1 Z 3 iVm § 13a Abs 1 Z 1 Tabakgesetz. Solche Ermittlungen des maßgebenden Sachverhalts (vgl § 37 Satz 1 AVG iVm § 24 VStG) sind gemäß § 25 VStG nach den Grundsätzen der Amtswegigkeit und der materiellen Wahrheit vorzunehmen. Außerdem haben gemäß § 338 GewO 1994 Organe der zuständigen Behörde das Recht, Betriebe sowie Lagerräume während der Betriebszeiten zu betreten und zu besichtigen und bestehen im Einzelnen noch näher geregelte Duldungs- und Mitwirkungspflichten.

Im vorliegenden Fall war also die Kontrolle des Gastlokals auf Grundlage der zitierten Rechtsvorschriften grundsätzlich zulässig und geboten.

Die Annahme eines Nichtraucherlokals und die darauf beruhende Aufforderung des Behördenvertreters zur Einstellung des Rauchens, um das (vermeintlich geltende) gesetzliche Rauchverbot des § 13a Abs 1 Tabakgesetz zu beachten, waren im Hinblick auf die vorliegende Ausnahme des § 13a Abs 3 Z 2 Tabakgesetz unbestritten falsch und unberechtigt (vgl Aktenvermerk vom 02.02.2018). Der Irrtum bzw die mangelnde Erinnerung des Mag. S lässt sich auch damit erklären, dass der Bescheid des BDA nicht schon in erster Instanz, sondern erst im Berufungsverfahren vor dem UVS Oberösterreich vorlag. Diese nachträgliche Vorlage wirkte sich zudem nicht auf den Schuldspruch aus, weil eine Rückwirkung der späteren denkmalschutzrechtlichen Entscheidung und damit der zitierten Ausnahme auf den Tatzeitpunkt vom UVS und diesen bestätigend auch vom Verfassungsgerichtshof abgelehnt wurden (vgl VfSlg 19764/2013.)

Die faktisch durch den Behördenvertreter verursachte Störung des Raucherbetriebs im „L L“ dauerte laut Beschwerde bis etwa 19:00 Uhr, weil nämlich der Bf erst gegen 19:00 Uhr erreicht werden konnte und ihm dann

telefonisch vom Beschwerdevertreter versichert wurde, dass im „L L“ geraucht werden dürfe, worauf er die Kellnerin die Aschenbecher wieder aufstellen ließ und das Rauchen wieder erlaubt wurde. Diese Vakanz hätte nicht sein müssen. Sie ist auf die Unsicherheit infolge einer vom Bf verschuldeten Unwissenheit seines Personals im „L L“ über den Grund für das rechtmäßige Bestehen eines Raucherlokals zurückzuführen. Die Führung des „L L“ als Nichtraucherlokal am 1. Februar 2018 in der Zeit von 16:00 bis 19:00 Uhr hat sich der Bf in erster Linie selbst zuzuschreiben, weil sein Personal über die im Lokal geltende Ausnahme vom Rauchverbot nicht richtig informiert war und so leicht verunsichert werden konnte. Nach der Beschwerdedarstellung war der Bf offenbar selbst nicht sicher und musste sich bei seinem Rechtsvertreter über den Status seines Lokals erkundigen. Normalerweise weiß man als Gastwirt über sein eigenes Lokal Bescheid und ist auch über eine für den Geschäftserfolg erklärtermaßen wichtige Ausnahme vom Rauchverbot informiert. Dies gilt besonders für die gegenständliche Ausnahme nach § 13a Abs 3 Z 2 Tabakgesetz für ein Einraumlokal zwischen 50 und 80 m^2, in dem bauliche Maßnahmen zur Abtrennung eines Raucherraums für unzulässig erklärt worden sind und der negative Bescheid des BDA in einem früheren Verwaltungsstrafverfahren vom Bf zur Entlastung vorgelegt worden ist (vgl unter III.1.). Die Besonderheit des denkmalgeschützten Lokals verbunden mit einer Ausnahme vom Rauchverbot auf Grund des Denkmalschutzes kann man sich leicht merken. Man benötigt dafür kein Detailwissen und keine rechtlichen Vorkenntnisse. Auch ein nur schlicht informiertes Personal hätte auf eine Ausnahme vom Rauchverbot in dem denkmalgeschützten Lokal hinweisen können, was den Behördenvertreter sehr wahrscheinlich doch veranlasst hätte, seine Ansicht zu überprüfen. Die Kritik am Informationsdefizit des Behördenvertreters gilt umso mehr für den Bf selbst, der über sein eigenes Lokal nicht genau Bescheid wusste und sein Personal, das ihn in seiner Abwesenheit im Lokal zu vertreten hatte, nicht instruiert hatte.

Wer selbst - auch vertreten durch sein Personal - sein bestehendes Recht auf eine Ausnahme vom Rauchverbot aus Unwissenheit nicht wahrnimmt und einer irrtümlichen Aufforderung eines Verwaltungsorgans zur Herstellung des vermeintlich gesetzmäßigen Zustands (Rauchverbot) nachkommt, hat sich freiwillig, wenn auch aus selbstverschuldeter Unkenntnis über seine Rechtsposition, unterworfen und kann nicht in seiner Rechtssphäre verletzt worden sein. Eine damit einhergehende subjektive Angst vor allfälligen Sanktionen vermag daran nichts zu ändern.

Die Beschwerde macht eine Beeinträchtigung der Geschäftsinteressen als Betreiber des „L L“ durch die als geschäftsschädigend empfundene Kontrolle des Behördenvertreters geltend. Die Amtshandlung wirke sich auf den geschäftlichen Erfolg aus, was mit der Verunsicherung der Gäste und ihrem Ausbleiben begründet wird, weil es sich meist um Raucher handle, die ein Raucherlokal wünschen.

Abgesehen davon, dass diese Beeinträchtigung von Geschäftsinteressen des Bf wiederum maßgeblich mit der eigenen Unwissenheit und Unsicherheit zusammen hängen würde und damit abermals selbstverschuldet wäre, handelt es sich dabei um keine anerkannten Rechtspositionen des Bf, sondern bloß um allgemeine wirtschaftliche Interessen und Erwartungen. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts besteht auch kein subjektives Recht auf Freiheit von amtlichen Kontrollen, die auf falscher Information oder auf dem Irrtum eines Verwaltungsorgans beruhen. Solche Beeinträchtigungen bewirken noch keinen Eingriff in geschützte Rechte bzw die Rechtssphäre des Bf.

Aus all diesen Gründen ist ersichtlich, dass der gegenständliche Beschwerdefall weder nach Art und Anlass noch von der Eingriffsqualität mit den oben dargestellten Sonderfällen mit implizierter Duldungswirkung vergleichbar ist. Das mit der vorliegenden Beschwerde gerügte Verhalten des Behördenvertreters konnte nicht in geschützte Rechtspositionen des Bf eingreifen. Dessen Geschäftsinteresse auf Unterlassung der Störung des Raucherbetriebs und Verunsicherung der Gäste kann nicht als rechtliches Interesse angesehen werden. Da der Bf bei der gegenständlichen Amtshandlung nicht anwesend war, scheidet außerdem – ungeachtet der dargelegten Untauglichkeit des Beschwerdegegenstandes - von vornherein die Möglichkeit einer dem Bf unmittelbar drohenden physischen Sanktion bei Nichtbefolgung eines Befehls aus.

V. Ergebnis

Im Ergebnis folgt die Unzulässigkeit der vorliegenden Beschwerde aus zwei Gründen: Einerseits kann kein den begrifflichen Voraussetzungen entsprechender Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt der Beschwerde entnommen werden, weshalb schon kein tauglicher Beschwerdegegenstand iSd § 9 Abs 1 und Abs 2 Z 2 iVm Abs 4 VwGVG vorliegt. Außerdem konnte der Bf durch das bekämpfte Organverhalten auch nicht in einem subjektiven Recht verletzt sein. Es liegt damit auch kein Eingriff in seine Rechtssphäre vor, weshalb ihm auch die Beschwerdelegitimation fehlt.

Die Beschwerde war daher wegen mangelnder Prozessvoraussetzungen als unzulässig zurückzuweisen (vgl bspw VfSlg 11.650/1988).

Bei diesem Ergebnis besteht kein Kostenersatzanspruch des Bf gemäß § 35 VwGVG. Auch eine Kostenentscheidung zugunsten des Rechtsträgers der belangten Behörde als obsiegender Partei entfällt, weil die belangte Behörde im Hinblick auf die durchgeführte Vorprüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen noch nicht ins Beschwerdeverfahren eingebunden war und deshalb auch kein Verfahrensaufwand angefallen ist. Es findet daher kein Aufwandersatz statt.

VI. 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. Wie die mit Zitaten aus der Judikatur belegten Ausführungen unter IV zeigen, weicht die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich nicht von der herrschenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ab.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diesen Beschluss besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. W e i ß