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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-180008/39/WP/KHu – 180009/2

Datum: Linz, 7. März 2018

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seinen Richter Mag. Peterseil über die Beschwerde 1. des Dr. J Ö und 2. der B Ö, beide vertreten durch x, x P, wegen Ausübung von unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch der Bürgermeisterin der Gemeinde T zurechenbare Organe am 25. April 2017 in Form der Begehung des Wohnhauses, der Nebengebäude sowie der Freiflächen (Grundstücke Nr. x, x und x, EZ x, KG x T) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, den

B E S C H L U S S

I. Die Beschwerden werden als unzulässig zurückgewiesen.

II. Die Beschwerdeführer haben der Gemeinde T Kosten in Höhe von 887,20 Euro (Vorlage-, Schriftsatz- und Verhandlungsaufwand) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

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. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 1. Juni 2017 erhoben die beiden Beschwerdeführer (Bf) Maßnahmenbeschwerde wegen der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt am 25. April 2017 in der Form der Begehung des Wohnhauses, der Nebengebäude und der Freiflächen der Liegenschaft der Bf durch den Vizebürgermeister der Gemeinde T, einen bautechnischen ASV sowie einen von der Gemeinde beauftragten Rechtsanwalt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass die ggst. baupolizeiliche Überprüfung keine Deckung in der Oö. BauO 1994 finde, die Anwesenheit des Rechtsanwaltes rechtswidrig gewesen sei und dieser unzulässiger Weise verfahrensleitende Aufgaben inne gehabt habe. Eine Behörde müsse die Amtshandlung selbst – d.h. durch ein zuständiges und nach den innerorganisatorischen Vorschriften bestelltes Behördenorgan – führen, ein Beisein eines Anwaltes sei unzulässig. Zwar müsse unter bestimmten Voraussetzungen das Betreten einer Liegenschaft durch Behördenorgane, allenfalls Amtssachverständige, akzeptiert werden; anderen Personen könne jedoch der Zutritt verweigert werden. Letzteres treffe auch auf den von der Behörde bestellten Rechtsanwalt zu. Dadurch, dass der Vizebürgermeister den Rechtsanwalt beizog bzw. ihn nicht fernhielt, sei es zu einer Verletzung des Amtsgeheimnisses gekommen. Durch die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt im Rahmen der baupolizeilichen Überprüfung und Begehung der Liegenschaft und durch die Überprüfung sowie die gesetzwidrige Anwesenheit des Rechtsanwaltes der Gemeinde seien die Bf in ihren (näher bezeichneten) verfassungsgesetzlich gewährleisteten subjektiven Rechten verletzt worden. Sie beantragten, den angefochtenen Verwaltungsakt für rechtswidrig zu erklären, eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen sowie Kosten im gesetzlichen Ausmaß zu ersetzen.

2. Mit Schreiben vom 21. Juni 2017 forderte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Bürgermeisterin der Gemeinde T (im Folgenden: belangte Behörde) auf, die entsprechenden Verwaltungsakte vorzulegen; ferner wurde sie eingeladen, eine Gegenschrift zu erstatten.

3. Mit Schriftsatz vom 26. Juni 2017 erstattete die belangte Behörde eine Gegenschrift. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass seit dem Jahr 2014 diverse konsenslose und rechtswidrige Baubestände festgestellt worden seien und von Seiten der belangten Behörde auf die Herstellung eines rechtskonformen Zustandes gedrungen worden sei. Die Anwesenheit des Rechtsanwaltes wurde eingestanden; dessen Zweck habe darin bestanden, dass der Behörde jederzeit Rechtsauskünfte erteilt werden könnten. Unzutreffend sei jedoch, dass der Rechtsanwalt verfahrensleitende Handlungen gesetzt hätte; die

Verfahrensleitung sei vielmehr dem Vizebürgermeister oblegen. Bei der ggst. Kontrolle seien Planabweichungen festgestellt worden. In rechtlicher Hinsicht wurde dargelegt, dass die Oö. BauO 1994 derartige Kontrollmöglichkeiten vorsehe, dass ein Verdacht auf bewilligungspflichtige Abweichungen bzw. eines konsenslosen Bestandes vorgelegen sei und dass Behörden – insbes. kleinere Gemeinden – sehr wohl befugt seien, sich anwaltlich beraten zu lassen. Diese Beratung sei weder in zeitlicher noch in örtlicher Hinsicht eingeschränkt. Ferner dürften faktische Handlungen, die nicht mit Imperium verbunden seien, ohne Weiteres an eine private Person übertragen werden. Auch die Amtsverschwiegenheit spreche nicht gegen die Beiziehung eines Anwaltes, weil dieser zur Verschwiegenheit verpflichtet sei. Abschließend wurde ausgeführt, dass die Behörde auf die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geachtet habe; die Kontrolle sei nur durch *ein* Behördenorgan und *einen* ASV erfolgt; die Beiziehung des Rechtsanwaltes habe der Sicherung eines gesetzeskonformen Ablaufes gedient, was auch dem Interesse der Verfahrensparteien diene. Auch sei es gerade in einer kleinen Gemeinde zweckmäßig, eine ortsfremde Person beizuziehen. Beantragt wurde die Zuerkennung von Kostenersatz in Höhe von 887,20 Euro.

4. Mit Schreiben vom 12. September 2017 ergingen Ladungen für eine öffentliche mündliche Verhandlung unter gleichzeitiger Übermittlung der Gegenschrift an die Bf.

5. Mit Schriftsatz vom 8. November 2017 brachten die Bf eine Gegenäußerung zur Gegenschrift ein. Darin wurde im Wesentlichen zunächst auf die Behauptung, dass gesetzlose Baubestände vorgelegen seien, repliziert; es wurde ausgeführt, dass der im Juni 2016 ergangene Auftrag der Behörde, bekanntzugeben, ob allenfalls weitere bewilligungslose Baubestände vorlägen, unbeachtet geblieben sei, weil das Haus dem Baukonsens entsprochen habe. Auch die belangte Behörde habe mit Schreiben vom September 2014 ausgeführt, dass alles in Ordnung sei. In rechtlicher Hinsicht wurde ausgeführt, dass eine Überprüfung wie die ggst. nur dann zulässig sei, wenn Anlass zur Annahme von Baumängeln bestehe, was nicht der Fall gewesen sei. Als mögliche Gründe für die Amtshandlung stünden einerseits ein Verfahren betreffend die Anschlusspflicht, andererseits eine anonyme Anzeige im Raum. Der Grund der baupolizeilichen Überprüfung sei aber bloß konstruiert: die genannte Anschlusspflicht bzw. ein Verfahren betreffend Wasser- und Kanalgebühren würde eine solche Überprüfung nicht rechtfertigen; der von der belangten Behörde ins Treffen geführte Verdacht konsenswidriger Baubestände habe nicht vor der Amtshandlung bestanden. Ein die Amtshandlung rechtfertigender Verdacht könne schon denklogisch nicht daraus abgeleitet werden, dass letztlich bei der Überprüfung etwas gefunden worden sei. Ferner sei die Verhandlung von einem Verwaltungsorgan zu leiten gewesen. Dritte – wie auch der Rechtsanwalt der Gemeinde – hätten keine Parteistellung und dürften nicht einmal anwesend sein. Auch Beratungen während der Amtshandlung seien nicht

zulässig. Die Bf arbeiteten anschließend diverse Anhaltspunkte dafür heraus, dass der beauftragte Rechtsanwalt aus ihrer Sicht die Amtshandlung geleitet und nicht bloß unterstützende Tätigkeiten wahrgenommen habe. Die Bf hätten sich auch gegen die Anwesenheit des Anwaltes ausgesprochen. Im Übrigen sei die Beauftragung eines Anwaltes schon aus Gründen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit nicht zulässig; Rechtsfragen hätte die belangte Behörde auch mit der Oberbehörde oder dem Gemeindebund abklären können. Die Überprüfung sei auch nicht das gelindeste Mittel gewesen.

6. Am 6. Dezember 2017 sowie am 9. Jänner 2018 führte das Landesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung in der ggst. Beschwerdesache durch.

7. Mit Schreiben vom 4. Jänner 2018 legte die belangte Behörde ergänzende Beweismittel – betreffend die Ergebnisse der ggst. baupolizeilichen Überprüfung – vor.

II. Maßgeblicher Sachverhalt und Beweiswürdigung:

1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Akt, die eingebrachten Schriftsätze und die Abhaltung einer (an zwei Terminen stattfindenden) öffentlichen mündlichen Verhandlung unter Ladung der Bf, der handelnden Organe sowie den von den Bf namhaft gemachten Zeugen. In der Verhandlung wurde vom Erst-Bf ein Protokoll vorgelegt, welches er über die Amtshandlung erstellt hatte und von den (vom Erst-Bf namhaft gemachten) Zeugen unterfertigt wurde; das vorgelegte Protokoll bildet dabei die ausformulierte Fassung eines Protokolls, das der Erst-Bf unmittelbar während der Amtshandlung auf seinem Computer verfasst hatte.

2. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender entscheidungserheblicher S a c h v e r h a l t fest:

Die beiden Bf sind je zur Hälfte Eigentümer der Grundstücke Nr. x, x und x, EZ x, KG x T, auf denen sich u.a. ein Wohngebäude, ein Nebengebäude und diverse weitere bauliche Anlagen (Carport, Swimmingpool, etc.) befinden.

Mit Schreiben vom 4. April 2017 erhielten die Bf eine *„Verständigung über die baupolizeiliche Überprüfung [i]hrer Baubestände bei [i]hrem Wohnhaus in T x gemäß § 47 Abs. 3 und § 49 Oö. BauO 1994 idgF“* unter Hinweis auf eine *„[s]eit dem Jahre 2014 erfolg[ende] Aufarbeitung [i]hrer Baubestände“* und die Bezugnahme auf die Nichtvorlage eines Gesamtplanes über alle Baubestände. Daher sei *„eine baupolizeiliche Gesamtüberprüfung aller Baubestände“* auf den oben genannten Grundstücken anberaumt worden. Die Überprüfung wurde für

Dienstag, 25. April 2017, um 14:00 Uhr und unter Ankündigung der Anwesenheit des Vizebürgermeisters, eines Sachverständigen und einer *„rechtskundigen Person“* anberaumt.

Der Erst-Bf lud mehrere Freunde und Bekannte ein, der Amtshandlung als Zeugen sowie als Bevollmächtigte der Bf beizuwohnen.

Am 25. April 2017 trafen die Zeugen kurz vor Beginn der Amtshandlung beim Wohnhaus der Bf ein. Bei der Amtshandlung waren daher sowohl Erst-Bf und die Zweit-Bf sowie sieben Zeugen/Bevollmächtigte zugegen. Um 14:03 Uhr erschienen der Vizebürgermeister der Gemeinde T, der von der Gemeinde T beauftragte Rechtsanwalt sowie der bautechnische ASV des BBA W beim Haus der Bf und läuteten an der Tür. Der Erst-Bf öffnete die Tür, begrüßte die erschienen Personen und bot ihnen einen Sitzplatz am Tisch im Erdgeschoss des Wohnhauses an, an dem die Bevollmächtigten bereits Platz genommen hatten.

Der Erst-Bf ist Bezirkshauptmann-Stellvertreter sowie Abteilungsleiter einer BH in Ruhestand und verfügt über ein abgeschlossenes juristisches Studium. Er erläuterte den erschienen Personen ausführlich und fundiert seinen Rechtsstandpunkt, brachte dabei mit näherer Begründung vor, dass kein Grund für die Durchführung einer baupolizeilichen Überprüfung vorliege und diese – unter näherer Bezeichnung der verletzten Rechte – als rechtswidrig anzusehen sei. Auch die Anwesenheit des Rechtsanwaltes als Nichtpartei sei rechtswidrig; umso mehr dürfe dieser nicht die Verhandlung leiten.

Es entstand eine Diskussion zwischen dem Erst-Bf und den von Seiten der belangten Behörde erschienen Personen, wobei das Gespräch auf dieser Seite primär vom Rechtsanwalt der Gemeinde geführt wurde. Im Rahmen der Diskussion verlas der Vizebürgermeister den Inhalt der oben wiedergegebenen Verständigung vom 4. April 2017, tätigte aber sonst keine weiteren relevanten Äußerungen. Nähere, über den Inhalt der Verständigung vom 4. April 2017 hinausgehende Auskünfte zu den Gründen der Amtshandlung erfolgten nicht.

Im Zuge der Diskussion äußerte sich der Rechtsanwalt der Gemeinde dahingehend, dass der Erst-Bf wissen müsse, welche Folgen es habe, wenn er die Amtshandlung behindern würde. Eine Konkretisierung dieser „Konsequenzen“ erfolgte vom Rechtsanwalt der Gemeinde, vom Vizebürgermeister oder vom ASV zu keinem Zeitpunkt; insbesondere wurde zu keinem Zeitpunkt die Anwendung von Körperkraft zur Durchsetzung der Amtshandlung angedroht oder erfolgte eine solche. Es bestanden auch keine objektiven Umstände, die eine Anwendung von Körperkraft erwarten ließen.

Der Zeuge Dr. K gewann anlässlich der Amtshandlung bezüglich der angesprochenen „Konsequenzen“ den Eindruck, dass *„die Konsequenzen einer*

Verhinderung der baubehördlichen Überprüfung wohl darin bestanden, dass die Behörde zu einem späteren Zeitpunkt wiederum in seinem Haus [zutreffend eigentlich: im Haus der beiden Bf, Anm.] erscheinen würde und er [die beiden Bf, Anm.] die Kosten der nicht durchgeführten Amtshandlung zu tragen habe." Der Zeuge G hatte den Eindruck, dass die Situation vergleichbar mit einer Alkoholkontrolle nach der StVO gewesen sei, wo man entweder an der Alkoholkontrolle mitwirken könne oder wegen der Verweigerung bestraft werde.

Die angesprochene Diskussion dauerte insgesamt rund eine halbe Stunde; gegen deren Ende verwies der Rechtsanwalt der Gemeinde auf die mittlerweile verstrichene Zeit und drängte auf die Durchführung der Amtshandlung. Der Erst-Bf äußerte sich – seine bisherigen Ausführungen zusammenfassend – dahingehend, dass der Amtshandlung und der Anwesenheit des Rechtsanwaltes nicht zugestimmt werde, dass die Bf die Amtshandlung bzw. die Anwesenheit des Anwaltes aber nicht behindern würden, weil sie keinen Grund hätten, etwas zu verbergen. Ein Verweis aus dem Haus – etwa im Sinne einer nachdrücklichen Äußerung, dass das Haus zu verlassen sei, eine hinausweisende Geste, ein Öffnen der Haustüre, etc. – erfolgte nicht; vielmehr wollten die Bf die Amtshandlung nicht „sprengen".

Der Rechtsanwalt der Gemeinde entnahm seinem Aktenkoffer eine im Eigentum der Gemeinde befindliche Kamera, welche ihm im Vorfeld zum Zweck der Anfertigung von Fotos übergeben worden war. Er begab sich danach ins Wohnzimmer und fertigte dort ein Foto an, woraufhin er zur Rede gestellt wurde, dass dies nicht gestattet sei. Nach Äußerung des ASV, dass Fotos für ihn nützlich wären, kam man zur „Übereinkunft", dass ausschließlich Bilder von bautechnischen Mängeln aufgenommen werden sollten.

Im Anschluss begann der bautechnische ASV – begleitet durch den Rechtsanwalt der Gemeinde, den Vizebürgermeister und durch manche der vom Erst-Bf geladenen Zeugen – mit einer strukturierten Begehung des gesamten Wohngebäudes. Diese gestaltete sich so, dass er anhand der ihm vorliegenden Pläne das Gebäude Raum für Raum beging. Die Zweit-Bf öffnete dabei zumeist die Türen zu den einzelnen Räumen.

Die Begehung erstreckte sich anschließend auch auf das Grundstück und die darauf befindlichen Anlagen (Pool, Carport, etc.) sowie das Nebengebäude.

Der Rechtsanwalt der Gemeinde erstellte im Zuge der Begehung mit der Gemeindekamera 17 Fotos, welche im Behördenakt einliegen und auf denen das Innere des Wohngebäudes (Wohnräume, Keller) sowie der Carport ersichtlich ist. Ein Teil dieser Fotos wurde unter expliziter Zustimmung des Erst-Bf oder der Zweit-Bf erstellt; ein Teil der Fotos wurde ohne Einholung konkreter einzelner

Zustimmungserklärungen angefertigt. Der Rechtsanwalt stellte auch Fragen an den ASV; der Vizebürgermeister setzte keine gesonderten Handlungen.

Nach der Beendigung der Begehung wurde im Gemeindeamt ein Aktenvermerk über die Amtshandlung bzw. ihre Ergebnisse erstellt.

Seit dem Jahr 2014 erlangte die belangte Behörde wiederholt Kenntnis von – ihrer Einschätzung nach – nicht mit den bau- und raumordnungsrechtlichen Bestimmung in Einklang stehenden Baubeständen auf dem Grundstück der Bf, die zur Durchführung von Baubewilligungs- und Umwidmungsverfahren führten; bspw. wurde für einen im Jahr 1994 errichteten Zubau im Jahr 2016 von den Bf ein Antrag auf Baubewilligung gestellt und der Zubau mit Bescheid vom 13. Dezember 2016 bewilligt. Die Baubehörde hatte im Vorfeld die Bf mit Schreiben vom 24. Juni 2016 aufgefordert, bekannt zu geben, ob weitere Baubestände vorliegen würden, für die keine Baubewilligung bzw. Bauanzeige vorliege, sowie einen Gesamtplan vorzulegen. Dies erfolgte nicht. Aus diesem Gesamtgeschehen schloss die Behörde, dass es ihrer Ansicht nach erforderlich sei, die ggst. „baupolizeiliche Überprüfung“ – im Sinne der Feststellung sämtlicher Baubestände auf der Liegenschaft – durchzuführen.

3. Zeit und Ort der Amtshandlung sowie die dabei anwesenden Personen ergaben sich widerspruchsfrei aus den aufgenommenen Beweismitteln. Unstrittig ist auch, dass den von Seiten der Behörde erschienen Personen vom Erst-Bf ein Platz am Tisch im Wohngebäude angeboten wurde, ihnen also der Zutritt zum Haus gewährt wurde. Auch der weitere Ablauf der Geschehnisse, wonach am Tisch eine rechtliche Diskussion erfolgte und anschließend das Wohngebäude sowie die sonstige Liegenschaft begangen wurde, und es dabei zur Anfertigung von Fotos durch den Rechtsanwalt mit der Gemeindekamera kam, ist unzweifelhaft. Dieser Ablauf ergibt sich sowohl aus der Beschwerdeschrift, aber auch aus dem vom Erst-Bf vorgelegten Protokoll, ferner aus dem Aktenvermerk über die Amtshandlung vom 25. April 2017 und der Gegenschrift der belangten Behörde sowie aus der öffentlichen mündlichen Verhandlung. Sowohl die der Behörde zurechenbaren Zeugen als auch die von Seiten der Bf namhaft gemachten Zeugen schildern den grundsätzlichen Ablauf der Amtshandlung gleichlautend. Widersprüche zeigten sich dabei bloß hinsichtlich einzelner Details, was jedoch aufgrund der seit der Amtshandlung vergangenen Zeitspanne nicht verwundert; außerdem ist zu berücksichtigen, dass manche Zeugen am Tisch verblieben, während manche Zeugen die Amtshandlung – zumindest teilweise – begleiteten. Ferner waren nicht alle Zeugen der Amtshandlung immer gleich „nahe“, weil dies in Anbetracht der Gesamtzahl an Zeugen auch teilweise räumlich gar nicht möglich gewesen wäre.

Der Vollständigkeit halber sei zum oben festgestellten Sachverhalt auch darauf hingewiesen, dass das Gericht den Eindruck gewann, dass identische oder ähnliche Argumente von beiden beteiligten Seiten mitunter mehrmals ausgetauscht

wurden. Durch die aufgenommenen Beweismittel konnte ein schlüssiges Bild des Ablaufs der Amtshandlung gezeichnet werden, sodass der oben wiedergegebene Sachverhalt den Ablauf der Amtshandlung zusammenfassend wiedergibt.

Widersprüche konnten im Einzelnen zu den folgenden Aspekten festgestellt werden:

Die Ausführungen der Bf – insbes. jene des Erst-Bf – zeichnen eine sehr genaue Graduierung im Spektrum zwischen Freiwilligkeit und Duldung der Amtshandlung. Wie dargelegt, wurden die von Seiten der Behörde erschienenen Personen – Vizebürgermeister, ASV, Rechtsanwalt – zunächst unstrittig ins Haus an den Tisch gebeten, wo insbesondere von Seiten des Erst-Bf die Ablehnung der Amtshandlung zum Ausdruck gebracht wurde. Gleichzeitig brachten die Bf zum Ausdruck, dass sie die Amtshandlung nicht behindern würden und entwickelte sich eine länger andauernde Diskussion. Ein diese Diskussion beendender – allenfalls harscher – Verweis aus dem Haus fand nach den Beweisergebnissen nicht statt (so etwa ASV H: *„Ich wurde zu keiner Zeit aufgefordert das Grundstück oder das Haus zu verlassen“* [ON 21, S. 10]; Zeuge D: *„Im Hinblick auf das Verhalten des RA hätte ich in dieser Situation den RA – verfügte ich über das fachliche Wissen des Erst-Bf – des Hauses verwiesen. Dem gegenüber handelte der Erst-Bf mit feinerer Klinge und handelte nicht so“* [ON 34, S. 4 f], der auf Nachfrage zwar ausführte, dass der Erst-Bf den Rechtsanwalt *„aufgefordert [habe] das Haus zu verlassen, widrigenfalls es rechtliche Konsequenzen geben werde“*, der Rechtsanwalt im Haus verblieben sei [ON 34, S. 7] – dieser scheinbare Widerspruch erklärt sich für den Richter aus der Situation, dass zwar kein deutlicher Verweis aus dem Haus erfolgte, aber umgekehrt in der Diskussion zum Ausdruck gebracht wurde, der Amtshandlung und der anwaltlichen Anwesenheit nicht zuzustimmen –; sh. auch die Zeugin Mag. K, der zufolge sich der Erst-Bf geäußert habe, dass er die Überprüfung nicht *„sprengen“* wollte, sondern er diese unter Ausdruck seiner ablehnenden Haltung dulden werde [ON 34, S. 10]).

Was die in der mündlichen Verhandlung thematisierten „Konsequenzen“ der Verweigerung der Amtshandlung betrifft, kam das Gericht zur Überzeugung, dass solche von Seiten des Anwaltes der Gemeinde abstrakt geäußert wurden (so die Ausführung der Bf; auch der RA schloss eine derartige Äußerung nicht aus, meinte aber damit keine Drohung ausgesprochen zu haben [ON 21, S. 9]; siehe etwa auch Zeuge G [ON 34, S. 9], Zeugin Mag. K [ON 34, S. 11], Zeuge H. Ö [ON 34, S. 15]). Die „Konsequenzen“ wurden jedoch zu keinem Zeitpunkt näher konkretisiert oder tatsächlich effektuiert. Es erscheint daher durchaus nachvollziehbar, dass manche Zeugen zwar die Diskussion zwischen dem Erst-Bf und dem Rechtsanwalt detailliert wahrnahmen, jedoch keine Wahrnehmungen zur Ankündigung allfälliger Konsequenzen hatten (so etwa der ASV [ON 21, S. 10 f]; Zeuge D [ON 34, S. 7]; ferner Zeuge G [ON 34, S. 8], der vielmehr darauf hinwies, dass der Erst-Bf dem Rechtsanwalt *„Konsequenzen“* angedroht habe, aber seitens der Behörde *„nicht*

vergleichbar […] agiert“ worden sei). Zwei Zeugen äußerten sich – wie oben dargestellt – auch konkret dazu, welche Annahmen sie getroffen hatten, was mögliche Folgen der Verweigerung der Kontrolle durch die Bf anbelangt (so zog der Zeuge G einen Vergleich mit einem Alkoholdelikt nach der StVO, wo man nicht verhindern könne, dass man bestraft werde [im Fall der Verweigerung der Alkoholuntersuchung bildet die Verweigerung ein eigenständiges Delikt, Anm.] [ON 34, S. 9]; Zeuge Dr. K nahm Bezug auf die mögliche Wiederholung der Amtshandlung und Kostenfolgen [ON 34, S. 12 f]). Keiner der Zeugen – auch nicht die Bf selbst – äußerte sich in die Richtung, dass zu irgendeinem Zeitpunkt die Anwendung von Körperkraft oder Gewalt zur Durchsetzung der Amtshandlung im Raum gestanden wäre. Auch eine derartige Vermutung hatte offenbar keine der beteiligten Personen; auch das Landesverwaltungsgericht sieht keine Anhaltspunkte dafür, dass die von Seiten der Behörde bei der Amtshandlung agierenden Personen eine solche Wirkung auf Außenstehende gehabt haben würden.

Hinsichtlich der Situation der Anfertigung von Fotos ergab sich aus dem Beweisverfahren, dass der Anwalt nach Betreten des Wohnzimmers/Wintergartens ein Foto mit der Gemeindekamera anfertigte (so die Aussage der Bf [ON 21, S. 5], des Zeugen G [ON 34, S. 8]; der Rechtsanwalt schloss dies zumindest nicht aus [ON 21, S. 8]). Im Anschluss daran kam es zu einer Diskussion, deren Ergebnis nach den Ausführungen des Erst-Bf in einer *„Übereinkunft“* hinsichtlich des Anfertigens von Bildern lag [ON 21, S. 5]; gleichsam verwies der Erst-Bf aber darauf, dass damit keine *„Zustimmung“* erteilt worden sei [ON 21, S. 7]. Eine solche habe nur die Zweit-Bf für die Anfertigung eines konkreten Fotos erteilt [aaO]. Diese Nuancierung wurde von den befragten Zeugen freilich nur bedingt wahrgenommen (so führte der ASV aus, dass *„man sich darauf einigte, dass solche Fotos [Fotos von Baumängeln, Anm.] angefertigt werden dürfen“* [ON 21, S. 10]; Zeuge B gab an, dass der Rechtsanwalt *„bei jedem Foto um das Einverständnis der Bf fragte“* und er dies bei einzelnen Fotos selbst wahrgenommen habe [ON 21, S. 13]; Zeuge P verwies auf ein *„gänzliches Fotoverbot“* [ON 21, S. 15]; Zeuge D sagte aus, dass *„übereingekommen“* worden sei, dass die Fotos bloß zur Dokumentation bautechnischer Mängel erfolgen dürften, *„wobei bei jedem Foto die Zustimmung des Erst-Bf einzuholen sei“* [ON 34, S. 4], meinte aber, dass bei den von ihm wahrgenommenen Fotografien die Zustimmung der Bf vorgelegen sei [ON 34, S. 5]; auch Zeuge Dr. K führte aus, dass man *„übereinkam“*, dass Lichtbilder bloß zum genannten Zweck *„und nur unter Zustimmung des Erst-Bf“* angefertigt werden dürften, er aber beim ersten Foto *„eine Eigenmächtigkeit“* des Rechtsanwaltes der Gemeinde erblickt habe [ON 34, S. 13]; schließlich sprach Zeuge H. Ö vom *„Vorschlag“* des ASV, Fotos bloß von bautechnischen Mängeln anzufertigen, mit dem *„alle einverstanden“* gewesen seien, schilderte dann aber eine Situation, in der kein Baumangel fotografiert worden sei; er habe folglich gemeint, dass das *„anders ausgemacht“* gewesen sei, was von der Zweit-Bf damit

quittiert worden sei, dass der Rechtsanwalt der Gemeinde sowieso mache, *„was er will“* [ON 34, S. 15]).

Im Ergebnis folgt der erkennende Richter den Schilderungen der Bf, die sich glaubhaft positionierten, dass einzelne Fotos ohne ihre Zustimmung erfolgt seien (so auch der oben wiedergegebene Zeuge H. Ö) und gelangt zum Schluss, dass die Fotos teilweise unter Zustimmung der Bf erfolgten und teilweise zwar auf Basis einer zuvor getroffenen „Übereinkunft“, dass bloß bautechnische Mängel fotografiert werden sollten, aber ohne Zustimmung im Einzelfall. Eine Rekonstruktion für jedes einzelne Foto war letztlich nicht möglich; die Zustimmung wurde jedenfalls für drei Fotos erteilt (so der Zeuge D [ON 34, S. 5] der hierzu persönliche Wahrnehmungen hatte und an dessen Aussage es keinen Grund zu zweifeln gibt), aber umgekehrt auch nicht für alle Fotos.

III. Rechtliche Beurteilung:

1. Einleitend ist festzuhalten, dass das Landesverwaltungsgericht die Einschätzung der Bf, wonach die Beiziehung eines Rechtsanwaltes bei der Amtshandlung rechtswidrig war, teilt:

1.1. Die ggst. Amtshandlung erfolgte zweifelsohne im Rahmen der behördlichen Tätigkeit – wofür schon die Bezugnahme auf die Oö. BauO 1994 und die Bezeichnung als „baupolizeiliche Überprüfung“ im Schreiben vom 4. April 2017 spricht – und ist damit der Hoheitsverwaltung zuzurechnen. Da der Rechtsanwalt von Seiten der belangten Behörde beauftragt und sein Beisein bei der Amtshandlung von ihr veranlasst wurde, bildet dessen Anwesenheit bzw. dessen Agieren eine Modalität der behördlichen Amtshandlung. Er ist daher der Behörde zuzuordnen, zumal sich seine Handlungen auf den ihm von der Behörde erteilten Auftrag stützten und er folglich nicht als „Privatperson“ agiert hat; auch er selbst titulierte sich in der Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht als „Hilfsorgan“ der Behörde.

1.2. Die Rechtsordnung akzeptiert grundsätzlich die Beiziehung von privaten Personen im Rahmen von behördlichen Tätigkeiten (so dürfen „bürokratische Hilfstätigkeiten“ wie die Lagerung von Akten, die Anfertigung von Reinschriften oder der Betrieb einer EDV-Anlage an externe Personen ausgelagert werden, sh. etwa VfSlg 8844/1980; auch die Beauftragung von privaten Unternehmen oder behördenfremden Organisationen mit der Erfüllung einer Aufgabe, für die die Behörde nicht über die nötige Ausrüstung verfügt – man denke etwa an das Entfernen eines Kfz durch ein Abschleppunternehmen im Auftrag der Polizei [siehe *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht[5] Rz 960] – wird grundsätzlich in Betracht kommen; gemäß § 52 AVG können unter bestimmten Voraussetzungen nichtamtliche Sachverständige bestellt werden, etc.).

1.3. Die Bf thematisierten die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich eine Behörde bei ihrer Tätigkeit anwaltlich beraten lassen darf. Sie führen hierzu an, dass allenfalls eine abstrakte Beiziehung eines Anwaltes in Betracht käme, auch dies jedoch im Hinblick auf den Grundsatz „iura novit curia“ sowie den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Sparsamkeit fragwürdig erscheine (so auch eine von ihnen vorgelegte Stellungnahme eines Universitätsprofessors). Der höchstgerichtlichen Rsp kann zur Frage der Beiziehung von Rechtsanwälten seitens einer Behörde keine eindeutige Positionierung entnommen werden (uU. kann man der Entscheidung VwGH 18.9.2003, Zl. 2003/06/0101, eine gewisse Billigung dieses Phänomens entnehmen, freilich dürfen die Rechtsanwaltskosten nicht auf die Parteien übergewälzt werden; zur Unzulässigkeit der Verhandlungsführung durch einen Rechtsanwalt siehe VwGH 24.3.2011, 2009/06/0152; darauf bezugnehmend aber *Wieser*, Gemeindeorganisationsrecht, in: Poier/Wieser [Hg], Steiermärkisches Landesrecht Band 2 [2016] S. 100, mwN, wonach kein Einwand bestehe, dass sich der Bürgermeister bei der Durchführung einer mündlichen Verhandlung oder der Bescheiderstellung von einem Rechtsanwalt beraten lasse).

1.4. Letztlich kann diese Frage im konkreten Fall jedoch dahingestellt bleiben, weil auch bei der Annahme der Zulässigkeit einer „Beratung“ durch einen Anwalt eine solche ausschließlich im Verhältnis zwischen dem Mandanten und dem Rechtsanwalt stattfindet und damit grundsätzlich bloß eine innerorganisatorische Wissensbeschaffung der Behörde zum Gegenstand hat. Daraus, dass die Behörde im Rahmen ihrer Geschäftsbesorgung befugt ist, sich anwaltlich beraten zu lassen (oder sonst einen Privaten mit bestimmten „Hilfstätigkeiten“ zu betrauen) kann nämlich nicht geschlossen werden, dass die Behörde ohne Weiteres befugt wäre, eine Amtshandlung auf einem fremden Grundstück im Beisein eines von der Behörde beigezogenen Anwaltes durchzuführen.

1.5. Schon nach dem Legalitätsprinzip des Art 18 Abs 1 B-VG darf die gesamte staatliche Verwaltung nur aufgrund der Gesetze ausgeübt werden. Es finden sich weder in der Oö. BauO 1994 noch in der Oö. GemO 1990 oder im AVG Vorschriften, die die Durchführung einer Amtshandlung wie der gegenständlichen im Beisein bzw. unter Mitwirkung eines von der Behörde beauftragten Rechtsanwaltes vorsehen. Anders als die belangte Behörde offenbar meint, ist nicht relevant, ob eine gesetzliche Bestimmung existiert, die die Beiziehung eines Rechtsanwaltes untersagen würde, sondern ist vielmehr entscheidend, ob eine Rechtsgrundlage vorhanden ist, die die ggst. Beiziehung eines Rechtsanwaltes im Verhältnis zu den Bf legitimieren würde.

1.6. Die Beiziehung eines Rechtsanwaltes bei der Durchführung der ggst. Amtshandlung im Wohnhaus und auf dem Grundstück der Bf erweist sich damit nach Ansicht des Gerichts als rechtswidrig. Wie auch die Bf in ihrem Beschwerdeschriftsatz ausführten, kann jedenfalls anderen Personen als

Behördenorganen – und damit etwa einem Rechtsanwalt – der Zugang zur Privatliegenschaft verwehrt werden.

2. Diese grundsätzliche Feststellung vermag jedoch nichts daran zu ändern, dass die Durchführung der ggst. Amtshandlung bzw. das Unterlassen der Entfernung des Rechtsanwaltes nicht als Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher *Befehls- und Zwangsgewalt* zu werten ist und daher keinen Gegenstand einer Maßnahmenbeschwerde bildet:

2.1. Gemäß Art 130 Abs 1 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden

1. gegen den Bescheid einer Verwaltungsbehörde wegen Rechtswidrigkeit;
2. gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit;
3. wegen Verletzung der Entscheidungspflicht durch eine Verwaltungsbehörde;
4. gegen Weisungen gemäß Art. 81a Abs 4.

2.2. Darüber hinaus können gemäß Art 130 Abs 2 Z 1 leg cit durch Bundes- oder Landesgesetz Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Verwaltungsbehörde in Vollziehung der Gesetze vorgesehen werden. Mit der Bestimmung des Abs 2 können auch andere Beschwerdegegenstände, *„also nicht typengebundenes Verwaltungshandeln“* zum Beschwerdegegenstand gemacht werden (so ErlRV 1618 BlgNR 24. GP, S. 13). Möglicher Gegenstand dieser verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit ist *„das weite Feld schlicht-hoheitlichen Verhaltens“*, beispielsweise ein *„schlichtes polizeiliches Handeln wie etwa die Erstattung von Anzeigen [...], das schlichte Betreten von Grundstücken ohne Zwangsausübung, die Verwendung personenbezogener Daten, polizeiliche Beobachtungen, das Anfertigen von Video- oder Fotoaufnahmen“* usw. (so *Hauer*, Der Beschwerdegegenstand im Verfahren vor den Landesverwaltungsgerichten, dem Bundesverwaltungsgericht und dem VwGH, in Fischer/Pabel/Raschauer [Hg], Verwaltungsgerichtsbarkeit [2014], Kap. 10 Rz 33). Eine solche Beschwerde kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn dies einfachgesetzlich so vorgesehen wurde. Im Zusammenhang mit der Oö. BauO 1994 (bzw. der Oö. GemO 1990) wurde eine derartige Regelung nicht getroffen.

2.3. Damit kommt für die hier ggst. Amtshandlung potentiell nur eine Maßnahmenbeschwerde nach Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG in Betracht; dies setzt aber begrifflich voraus, dass das Verhalten als „unmittelbare verwaltungsbehördliche Befehls- und Zwangsgewalt“ aufzufassen ist.

2.4. In ihrer Beschwerdeschrift bringen die Bf vor, dass die von ihnen *„dargestellten Maßnahmen [...] als Akte unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt im Rahmen der Hoheitsverwaltung des Vizebürgermeisters der Gemeinde T zu qualifizieren [seien]“*. In der

Schlussäußerung im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht fasst der Vertreter der Bf die bisherigen Ergebnisse so zusammen, dass die baupolizeiliche Überprüfung einen Hoheitsakt darstellen würde, bei der unzulässig ein Rechtsanwalt involviert gewesen sei. Er kam zum Schluss, dass die Überprüfung *„daher einer Maßnahmenbeschwerde unterlieg[e]“*.

2.5. Eine nähere Begründung zum Vorliegen (bzw. umgekehrt zum Nichtvorliegen) von Befehls- und Zwangsgewalt – und damit der Zulässigkeit (bzw. der Unzulässigkeit) der Maßnahmenbeschwerde – erfolgte weder von Seiten der Bf noch von Seiten der belangten Behörde. Das Landesverwaltungsgericht führte ein umfassendes Ermittlungsverfahren durch, um den Ablauf der Amtshandlung detailliert zu rekonstruieren; dies mit dem Zweck, festzustellen, ob die von Seiten der Behörde erschienenen Personen Befehls- oder Zwangsgewalt ausgeübt haben.

3. Zum Begriff der Befehls- und Zwangsgewalt:

3.1. Eine Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt liegt nach der ständigen Rsp des Verwaltungsgerichtshofes dann vor, wenn ein Verwaltungsorgan im Rahmen der Hoheitsverwaltung einseitig gegen einen individuell bestimmten Adressaten einen Befehl erteilt oder Zwang ausübt und damit unmittelbar – dh ohne vorangegangenen Bescheid – in subjektive Rechte des Betroffenen eingreift. Das ist im Allgemeinen dann der Fall, wenn physischer Zwang ausgeübt wird oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwangs bei Nichtbefolgung eines Befehls droht. Es muss ein Verhalten vorliegen, das als Ausübung von „Zwangsgewalt“, zumindest aber als – spezifisch verstandene – Ausübung von „Befehlsgewalt“ gedeutet werden kann. Als unverzichtbares Merkmal eines Verwaltungsakts in der Form eines Befehls gilt, dass dem Befehlsadressaten eine bei Nichtbefolgung unverzüglich einsetzende physische Sanktion angedroht wird. Liegt kein ausdrücklicher Befolgungsanspruch vor, so kommt es darauf an, ob bei objektiver Betrachtungsweise aus dem Blickwinkel des Betroffenen bei Beurteilung des behördlichen Vorgehens in seiner Gesamtheit der Eindruck entstehen musste, dass bei Nichtbefolgung der behördlichen Anordnung mit ihrer unmittelbaren zwangsweisen Durchsetzung zu rechnen ist (VwGH 18.10.2017, Ra 2017/02/0041 mwN).

3.2. Sofern weder ein Bescheid noch ein Vollstreckungsakt vorliegt, ist die mündliche Äußerung eines Verwaltungsorgans nur dann als Befehl zu werten, wenn sie nach den Umständen des Falles hinreichend deutlich als normative Anordnung zu erkennen ist. Werden keine Zwangsmaßnahmen gesetzt oder angedroht oder müssen diese nicht zwangsläufig erwartet werden, so liegt keine vor den Verwaltungsgerichten bekämpfbare Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vor. Stellen sich die Aufforderungen eines (Polizei-)Beamten unter voller Berücksichtigung aller Begleitumstände nur als Einladung dar, die der Betroffene nach eigenem Gutdünken unerfüllt lassen kann,

ohne dabei Gefahr zu laufen, dass er deshalb unverzüglich – das ist jedenfalls ohne Dazwischentreten weiterer Verwaltungsakte – physischem (Polizei-)Zwang unterworfen werde, um den gewünschten Zustand zu erreichen, so handelt es sich dabei um keinen Befehlsakt. Eine derartige, den Charakter eines schlichten Ansinnens tragende formlose Äußerung entbehrt des individuell-normativen Inhalts, den die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt zwingend verlangt (VwGH 20.12.2016, Ra 2015/03/0048 mwN).

3.3. Die Judikatur ist jedoch mitunter kasuistisch und subsumiert auch Situationen unter den Maßnahmenbegriff, die nicht unter die oben dargestellten Abgrenzungskriterien fallen. Es handelt sich dabei etwa um Konstellationen, in denen Rechtseingriffe in Abwesenheit der Verfügungsberechtigten – und damit denklogisch auch ohne direkte Anwendung von Befehl und Zwang ihnen gegenüber – erfolgten (sh. etwa VwGH 28.1.2016, Ra 2014/07/0069 mwN, VwGH 22.2.2007, 2006/11/0154 mwN und VwGH 20.11.2006, 2006/09/0188 mwN zum eigenmächtigen Betreten einer Liegenschaft durch Polizeibeamte; VfSlg 12.122/1989 und 12.053/1989, wo den Polizeibeamten der Zutritt durch eine nicht verfügungsberechtigte Person gewährt wurde; VfSlg 10.409/1985 zu einer militärischen Übung). Ferner kennzeichnen sie sich idR. durch die Anwesenheit von Exekutivorganen (siehe die soeben zitierte Rsp; sh. ferner VfSlg 18.302/2007 zur Unverhältnismäßigkeit einer nächtlichen fremdenpolizeilichen Kontrolle; sh. auch die Erkenntnisse VfSlg 17.774/2006 und VfSlg 18.404/2008 zur Mitnahme eines Kamerateams und von Polizeikräften zu einer Amtshandlung). Auch wird in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung – vor dem Hintergrund der anzustellenden objektiven Betrachtungsweise – dem Umstand Rechnung getragen, dass das Auftreten von mehreren Exekutivorganen eine entsprechende Wirkung auf den Betroffenen ausübt (so etwa VwGH 28.10.2003, 2001/11/0162, wo dem Betroffenen vier Gendarmeriebeamte gegenüberstanden und ihn zum Mitkommen aufforderten).

4. Zur Qualifikation der ggst. Amtshandlung:

4.1. Zum Nichtvorliegen einer „Verhandlung“:

4.1.1. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass das Gericht nicht erkennen kann, dass die ggst. Amtshandlung – wie von den Bf vorgebracht – eine „mündliche Verhandlung“ darstellen würde, weil die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung – sofern nicht im Einzelnen gesetzlich vorgesehen – grundsätzlich im Ermessen der Behörde liegt. Die Behörde hat auch weder vorab noch zu Beginn der Amtshandlung das Vorliegen einer „Verhandlung“ zum Ausdruck gebracht, wofür alleine schon die Titulierung als *„baupolizeiliche Überprüfung“* mit dem Zweck der Erhebung der Baubestände im Schreiben der Behörde vom 4. April 2017 spricht. Das Ergebnis der Beweisaufnahme durch das Verwaltungsgericht spricht vielmehr dafür, dass – unter Beiziehung eines Sachverständigen – ein Augenschein

iSd. § 54 AVG durchgeführt wurde. Ein solcher dient der unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung von Tatsachen und bildet ein Beweismittel.

4.1.2. Folglich hat die Behörde – in der Person des Vizebürgermeisters – mit einem bautechnischen ASV einen Augenschein durchgeführt. Daran ändert nichts, dass die Behörde einen Rechtsanwalt beizog und eine ausführliche rechtliche Diskussion zwischen dem Erst-Bf und dem Anwalt stattfand, weil eine solche für den Augenschein nicht erheblich ist (die erfolgte juristische Diskussion kann nicht der sinnlichen Wahrnehmung der Baubestände dienen). Das Gericht gewann vielmehr die Überzeugung, dass für die eigentliche Durchführung des Augenscheines der bautechnische ASV verantwortlich zeichnet, der mit den Plänen in der Hand von Raum zu Raum ging und die Baubestände systematisiert erfasste bzw. dessen bautechnische Stellungnahme nunmehr von der Behörde für die Erfüllung ihrer Aufgaben herangezogen wird. Diese Befundaufnahme bildete auch den Auftrag an den ASV. In Bezug darauf leistete der anwesende Rechtsanwalt tatsächlich nur Hilfstätigkeiten (wie das Anfertigen von Fotos), die aber auch der ASV selbst erbringen hätte können.

4.1.3. Der Augenschein erfasste nur die sinnliche Wahrnehmung des Gebäudes bzw. der Liegenschaft, sodass keine rechtserheblichen Handlungen ieS. zu treffen waren. Vor diesem Hintergrund ist auch eine „Verhandlungsleitung“ nicht erforderlich, genauso wenig wie die Anfertigung einer Verhandlungsschrift, bei der gemäß § 14 Abs 1 AVG *„der Verlauf und Inhalt der Verhandlung richtig und verständlich wiedergegeben wird.“* Das Argument, der Rechtsanwalt hätte im Sinne einer Verhandlungsführung die Oberhand gehabt, geht daher ins Leere, weil der ASV die für ihn erforderlichen Feststellungen selbst getroffen hat. Er selbst hatte schließlich dafür zu sorgen, die für ihn bzw. die von ihm zu erstellende Expertise erheblichen Tatsachen aufzunehmen.

4.1.4. Das AVG enthält keine Regelung zur Frage, ob und unter welchen Bedingungen ein Augenschein zu dulden wäre. Nach der hA begründet § 54 AVG weder eine Verpflichtung zur Duldung noch stellt er eine gesetzliche Grundlage für Eingriffe in Rechte des Betroffenen dar (siehe hierzu ausführlich *Hengstschläger/ Leeb*, § 54 AVG Rz 12 mwN; nur vereinzelt finden sich in der Rsp oder der Lehre Ansätze in Richtung einer allgemeinen Duldungspflicht).

4.1.5. In der Literatur wird aber darauf hingewiesen, dass die Weigerung einer Partei, der Behörde einen Gegenstand (einschließlich einer Liegenschaft) für einen Augenschein zur Verfügung zu stellen als Verletzung einer Obliegenheit zur Mitwirkung an der Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts zumindest mittelbar „sanktioniert“ werden könne, etwa im Rahmen der freien Beweiswürdigung der Behörde in ihrer Sachentscheidung (siehe hierzu erneut ausführlich *Hengstschläger/Leeb*, § 54 AVG Rz 13 mwN).

4.2. Zu den rechtlichen Konsequenzen einer Verweigerung bzw. Behinderung der Amtshandlung:

4.2.1. Aus dem oben Gesagten erhellt sich, dass eine mögliche Konsequenz der Verweigerung der ggst. Amtshandlung in einer insofern für den Bf nachteiligen Beweiswürdigung bestehen hätte können. Auch die von zwei Zeugen in den Raum gestellten Konsequenzen, nämlich, dass die Behörde neuerlich zur Durchführung eines Augenscheines erschienen wäre, die Bf die Kosten der Amtshandlung zu tragen hätten oder die Verwirklichung einer Verwaltungsübertretung, welche sich aus der Verweigerung des Zutritts ergeben könnte, erscheinen zumindest nicht völlig denkunmöglich, wären aber in den entsprechenden Verfahren ggf. gesondert zu prüfen. Angemerkt werden darf jedoch, dass fraglich erscheint, ob derartige Konsequenzen auch dann in Betracht kommen, wenn die Abhandlung der zugrundeliegenden Amtshandlung nicht rechtmäßig erfolgte.

4.2.2. Die Oö. BauO 1994 sieht jedenfalls nicht vor, dass eine baubehördliche Begehung eines Gebäudes mit Befehls- und Zwangsgewalt durchgesetzt werden darf (so schon UVS Oö vom 14.12.2011, VwSen-420685/19/AB/Sta; siehe auch VwGH 17.3.1992, 91/05/0172, zur insofern vergleichbaren Wr. BauO).

4.2.3. Diese Feststellung alleine reicht freilich nicht aus, um vom Nichtvorliegen einer Maßnahme auszugehen, weil es auch dazu gekommen sein könnte, dass eine Maßnahme – ohne hierzu eine rechtliche Befugnis zu haben – faktisch gesetzt worden wäre. Daher ist im Folgenden das seitens der von der Behörde erschienenen Personen – Vizebürgermeister, ASV, Rechtsanwalt – (im Folgenden kurz: „Kommission“) gesetzte Verhalten dahingehend zu prüfen, ob es als „Befehls- und Zwangsgewalt“ („Maßnahme“) zu qualifizieren ist.

5. Zum Nichtvorliegen einer Maßnahme:

5.1. Um die Amtshandlung zu beginnen, begab sich die „Kommission“ bis zur Eingangstür und läutete an. Dieses Verhalten bildet keine Maßnahme, weil es jedenfalls ein übliches Verhalten darstellt, um zu sehen, ob jemand zuhause ist (vgl. etwa VfSlg 8931/1980) bzw. um die eigene Anwesenheit zu bekunden und in Kontakt mit den Bf zu treten.

Der Kommission wurde daraufhin die Tür geöffnet, es erfolgte eine Begrüßung und das Anbieten eines Platzes am Tisch im Inneren des Wohnhauses. Der „Kommission“ wurde damit freiwillig der Zugang zum Haus gestattet, mag sich der Erst-Bf auch aufgrund der allgemein gebotenen Umgangsformen zu einem höflichen Agieren gegenüber der „Kommission“ verhalten gefühlt haben. Zu beachten ist, dass die „Kommission“ ohne Begleitung der Polizei oder eines Schlüsseldienstes udgl. erschien und auch sonst keinerlei Anhaltspunkte gefunden werden konnten, die dafür sprechen würden, dass sie sich widrigenfalls gewaltsam

Zutritt zum Haus verschafft hätte (siehe hingegen etwa VwGH 6.7.2010, 2009/05/0231, wo die Behörde u.a. in Begleitung der Berufsfeuerwehr, zwei Polizeibeamten und eines technischen Mitarbeiters zugegen war, also schon in objektiver Hinsicht damit zu rechnen war, dass sie sich jedenfalls Zutritt verschaffen würde).

Nachdem der Kommission der Zutritt zum Haus gewährt wurde, erfolgte eine ausführliche Ansprache durch den Erst-Bf. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass sich die Situation hier bereits zu einer Maßnahme verdichtet hätte: Die Situation, die von allen anwesenden Personen im Wesentlichen identisch geschildert wurde, stellte sich als rechtliche Diskussion dar. Auch daraus, dass der rechtliche Diskurs über eine halbe Stunde dauerte und sich die „Kommission“ dieser ausführlichen Ansprache hingab bzw. gewisse Vermittlungsversuche stattfanden, lässt sich schließen, dass in diesem Zeitpunkt noch keine Maßnahme vorlag.

5.2. Die bereits oben ausführlich dargelegten möglichen „Konsequenzen“ der Verweigerung der Amtshandlung (wie eine Wiederholung der Amtshandlung, Kostenfolgen, eine nachteilige Beweiswürdigung oder eine Anzeige) sind allesamt nicht derart, dass von Befehls- und Zwangsgewalt ausgegangen werden kann. Dass die Amtshandlung zur Vermeidung dieser „Konsequenzen“ letztlich geduldet worden sein möge, reicht nicht aus, um sie als Maßnahme zu qualifizieren: Wie bereits dargestellt, ist ein Befehl mit einem unmittelbaren Befolgungsanspruch verknüpft, bei dessen Missachtung der Empfänger mit der unmittelbaren zwangsweisen Durchsetzung zu rechnen hat. Werden keine Zwangsmaßnahmen gesetzt oder angedroht oder müssen diese nicht zwangsläufig erwartet werden, so liegt keine vor den Verwaltungsgerichten bekämpfbare Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vor. So bildet auch die Drohung mit einer Anzeige im Falle der Verweigerung der eingeforderten Mitwirkung keine Maßnahme (vgl. VfSlg 10.664/1985, wonach die Drohung mit der Erstattung einer Anzeige – im dort ggst. Sachverhalt nach dem StGB – keine Befehls- und Zwangsgewalt darstelle; idS. ferner VwGH 12.9.2007, 2005/03/0153 mwN. zur Drohung mit einer Anzeige wegen einer Verwaltungsübertretung).

5.3. Das Gericht verkennt dabei keinesfalls, dass das zwangsweise Begehen eines Gebäudes sehr wohl eine Maßnahme darstellen wird (siehe schon die unter Pkt. 3. zitierte Rsp); hervorzuheben ist jedoch, dass sich die ggst. Amtshandlung so darstellte, dass die „Kommission“ – bestehend aus Vizebürgermeister, ASV und Rechtsanwalt – ins Haus gelassen wurde, nicht des Hauses verwiesen wurde und die Bf auch erklärten, die Amtshandlung nicht zu behindern, obwohl sie hierzu in der Lage gewesen wären (so wurden die Bf sinngemäß gefragt, ob sie die Amtshandlung „sprengen“ wollten, was diese aber verneinten).

5.4. Dabei wird nicht außer Betracht gelassen, dass selbstverständlich niemand gezwungen wird, eine Amtshandlung so zu eskalieren, dass es zur tatsächlichen Ausübung von Zwangsgewalt oder gar zu körperlichen Auseinandersetzungen

kommt (so ausführlich VwGH 20.12.2016, Ra 2015/03/0048, zum *„ruhigen und freundlichen Verhalten“* von Polizeibeamten und einem *„kooperativen“* Betroffenen); auch eine höflich und korrekt ablaufende Amtshandlung kann damit unzweifelhaft eine Maßnahme darstellen. Entscheidend ist aber, ob eine Aufforderung bei objektiver Betrachtung als „Befehl“ zu werten ist (also mit der unmittelbaren zwangsweisen Durchsetzung zu rechnen ist) oder vielmehr eine „Einladung“ oder ein „Ansinnen“, das letztlich nach Gutdünken unerfüllt gelassen werden kann (so das soeben zitierte Erkenntnis des VwGH). Dass diese Nichterfüllung eines Ansinnens letztlich andere „Konsequenzen“ oder nachteilige Wirkungen – wie etwa eine Anzeige, eine nachteilige Beweiswürdigung, etc. – haben kann, ist für den Maßnahmenbegriff irrelevant.

5.5. Die Rolle des Vizebürgermeisters wurde von den Bf und den Zeugen als außerordentlich defensiv geschildert, wurde ihm ja ausführlich vorgehalten, er hätte die „Verhandlung“ nicht geleitet bzw. seine Funktion als Behördenorgan nicht wahrgenommen. Dass eben jener defensive, wenig in Erscheinung tretende - Vizebürgermeister einen „Befehl“ zum Dulden der Begehung ausgesprochen hätte, erscheint nach den Beweisergebnissen ausgeschlossen. Auch dass die Situation sich insgesamt so darstellte, dass der Bürgermeister die Begehung widrigenfalls unmittelbar mit Zwangsgewalt durchgesetzt hätte, erscheint nicht anzunehmen. Dasselbe gilt für den beigezogenen Rechtsanwalt: Dieser hat sich entsprechend den Beweisergebnissen zwar umfassend einer Diskussion mit dem Erst-Bf hingegeben und letztlich auch im Hinblick auf die verstrichene Zeit zur Durchführung der Amtshandlung gedrängt. Dass darin aber ein „Befehl“ zu sehen gewesen wäre, den er – allenfalls in Zusammenwirken mit den übrigen „Kommissionsmitgliedern“ – mit körperlichem Zwang durchgesetzt hätte, kann vor dem Hintergrund des verwaltungsgerichtlichen Beweisverfahrens nicht angenommen werden. Auch vom ASV ging eine derartige Aktion nicht aus, wurde er doch durchgehend als sehr korrekt dargestellt und dürfte er vielmehr versucht haben, eine gewisse Vermittlerrolle einzunehmen, hat sich im Übrigen aber auf seinen Auftrag als Sachverständiger zurückgezogen. Dieses Ergebnis wird letztlich auch durch die Absenz von Polizeibeamten unterstrichen, die aufgrund ihres Auftretens, ihrer Ausbildung und ihrer Bewaffnung sicherlich eine andere Wirkung auf die Beteiligten gehabt hätten als die sich in deutlicher Unterzahl befindliche „Kommission“.

5.6. Auch das schlichte Fotografieren bildet keine Maßnahme, zumal die Fotos ausschließlich mit einer Behördenkamera erstellt wurden und der Erfüllung von Aufgaben der Behörde dienen (vgl. VfSlg 11.935/1988 und VfSlg 15.109/1998). Der ggst. Sachverhalt kann auch nicht mit dem den Entscheidungen VfSlg 17.774/2006 und 18.404/2008 zugrundeliegenden Sachverhalt verglichen werden (dieser hatte eine Amtshandlung im Beisein von Polizeikräften und unter Mitnahme eines privaten Kamerateams, *„dessen Zweck es war, die Amtshandlungen für eine*

Ausstrahlung im Fernsehen zu filmen, um die Öffentlichkeit über das Tätigwerden der Behörden zu informieren“ zum Gegenstand).

5.7. Im Ergebnis bildete die ggst. Amtshandlung – auch unter Berücksichtigung aller Modalitäten – keine Ausübung von unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt. Die Maßnahmenbeschwerde war damit mangels Vorliegen eines Prozessgegenstandes als unzulässig zurückzuweisen.

6. Da gemäß § 55 Abs 1 Oö. BauO 1994 die Baubehörde erster Instanz der Bürgermeister oder die Bürgermeisterin darstellt bzw. dem Bürgermeister gemäß § 58 Abs 1 Z 1 Oö. GemO 1990 – unbeschadet sonstiger gesetzlicher Bestimmungen – die Besorgung der behördlichen Aufgaben des eigenen Wirkungsbereichs der Gemeinde obliegt, ist die von der Gemeinde gesetzte Amtshandlung der Behörde *„Bürgermeisterin der Gemeinde T“* zuzuordnen. Dass die Organwalterin (die sich für befangen erklärt hatte) in concreto durch die Person des Vizebürgermeisters vertreten wurde, ändert an der abstrakten Zuordnung zur gesetzlich zuständigen Behörde nichts.

7. Gemäß § 35 VwGVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen durch die unterliegende Partei. Wenn die Beschwerde zurückgewiesen oder abgewiesen wird oder vom Beschwerdeführer vor der Entscheidung durch das Verwaltungsgericht zurückgezogen wird, dann ist die Behörde die obsiegende und der Beschwerdeführer die unterlegene Partei.

Gemäß § 1 der VwG-Aufwandersatzverordnung (BGBl II 517/2013) wird die Höhe der im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten über Beschwerden wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gemäß Art 130 Abs 1 Z 2 des Bundes-Verfassungsgesetzes – B-VG, BGBl Nr 1/1930, und Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens einer Behörde in Vollziehung der Gesetze gemäß Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG als Aufwandersatz zu leistenden Pauschalbeträge wie folgt festgesetzt:

1. Ersatz des Schriftsatzaufwands des Beschwerdeführers als obsiegende Partei: 737,60 Euro
2. Ersatz des Verhandlungsaufwands des Beschwerdeführers als obsiegende Partei: 922,00 Euro
3. Ersatz des Vorlageaufwands der belangten Behörde als obsiegende Partei 57,40 Euro
4. Ersatz des Schriftsatzaufwands der belangten Behörde als obsiegende Partei 368,80 Euro
5. Ersatz des Verhandlungsaufwands der belangten Behörde als obsiegende Partei: 461,00 Euro
6. Ersatz des Aufwands, der für den Beschwerdeführer mit dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens verbunden war (Schriftsatzaufwand): 553,20 Euro

7. Ersatz des Aufwands, der für die belangte Behörde mit dem Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens verbunden war (Schriftsatzaufwand): 276,60 Euro

Beim oben erlangten Verfahrensergebnis ist dem Bf nach den §§ 35 VwGVG iVm der VwG-Aufwandersatzverordnung der von der belangten Behörde beantragte Aufwandersatz in Höhe von insgesamt 887,20 Euro (Vorlageaufwand, Schriftsatzaufwand und Verhandlungsaufwand) aufzuerlegen.

8. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, weil keine Rechtsfrage zu lösen war, der eine grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die ggst. Entscheidung von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab (siehe die oben ausführlich zitierte Rsp zum Begriff der Maßnahme) noch fehlt eine solche Rechtsprechung; der konkreten Würdigung einer Amtshandlung vor dem Hintergrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens kommt keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu.

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

Mag. Peterseil