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-780104/2/ER

Datum:

Linz, 14. Dezember 2018

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des M J S vom 14. November 2018, vertreten durch Rechtsanwältin Mag. D H, x, wegen behaupteter Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, durch Organe der Bezirkshauptmannschaft Eferding in Form der schriftlichen Aufforderung zur Vorlage eines psychologischen Sachverständigengutachtens bis zum 15. November 2018 bei sonstigem Entzug des waffenrechtlichen Dokuments des Beschwerdeführers den

# B E S C H L U S S

I. Die Beschwerde wird als unzulässig zurückgewiesen.

II. 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.1. Mit Schriftsatz vom 14. November 2018 erhob der nunmehrige Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) rechtsfreundlich vertreten Maßnahmenbeschwerde wegen Verletzung des einfachgesetzlich gewährleisteten Rechts auf richtige und gesetzeskonforme Anwendung der Bestimmungen des Waffengesetzes – WaffG, insbesondere des § 25 Abs 2 WaffG und wegen Verletzung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz, Unverletzlichkeit des Eigentums, Vereinsfreiheit und auf ein faires Verfahren.

Begründend führte der Bf im Wesentlichen aus, dass gegenüber dem Bf ein vorläufiges Waffenverbot verhängt worden sei, da er seiner Lebensgefährtin am 23. August 2018 ein SMS mit dem Inhalt „du bist tot“ gesendet haben solle. Hierfür liege jedoch kein einziges Beweismittel vor. Die Waffen und die Waffenbesitzkarte des Bf seien noch immer nicht ausgefolgt, diesbezüglich habe der Bf mit Schriftsatz vom 2. Oktober 2018 eine Maßnahmenbeschwerde beim Landesverwaltungsgericht OÖ eingebracht. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2018 sei dem Bf mitgeteilt worden, dass das Waffenverbotsverfahren unter Berücksichtigung des Sachverhalts eingestellt worden sei, es sei aber die Verlässlichkeit des Bf zu prüfen. Er sei daher aufgefordert worden, bis 15. November 2018 ein psychologisches Gutachten beizubringen, das auf den Vorfall vom 23. August 2018 Bezug nimmt, andernfalls ihm das waffenrechtliche Dokument entzogen werde.
Es gebe jedoch zum Vorfall vom 23. August 2018 kein einziges Beweismittel. Die angeordnete Vorlage eines psychologischen Gutachtens, das mit Kosten verbunden sei, entbehre jeglicher Rechtsgrundlage. Das gerichtliche Strafverfahren zum Vorfall vom 23. August 2018 sei eingestellt worden. Die belangte Behörde habe aber nun mit Schreiben vom 5. November 2018 mitgeteilt, dass der (Anm: damals diensthabende) Beamte der PI Eferding einvernommen worden sei, aus dieser Einvernahme hätten sich Anhaltspunkte für die Überprüfung der waffenrechtlichen Verlässlichkeit ergeben, daher bleibe die Aufforderung zur Beibringung des Gutachtens aufrecht, andernfalls die waffenrechtlichen Dokumente des Bf entzogen würden.
Bei Anordnung des Gutachtens mit Schreiben vom 9. Oktober 2018 seien demnach keine Tatsachen oder Anhaltspunkte für die Überprüfung der Verlässlichkeit des Bf vorgelegen, sodass die Anordnung rechtswidrig gewesen sei. Die danach erfolgte Einvernahme des Beamten der PI Eferding habe dazu gedient, nachträglich Beweise für die bereits erfolgte Anordnung zu erlangen. Die Lebensgefährtin des Bf habe sich der Aussage entschlagen; durch die Einvernahme des Polizeibeamten sei dieses Entschlagungsrecht umgangen worden. Dies widerspreche Art 6 EMRK. Dem Bf sei ferner keine Gelegenheit gegeben worden, zur Aussage des Polizeibeamten Stellung zu nehmen. Der Bf sei daher durch Ausübung

unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt in seinen oa subjektiven Rechten verletzt worden.
Der Bf stellte daher die Anträge, die dem Bf aufgetragene Vorlage eines psychologischen Gutachtens unter Zuerkennung der Kosten für rechtswidrig zu erklären und die Anordnung aufzuheben. Ferner beantragte der Bf die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.
Ferner führte der Bf aus, dass Ausübung von unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt dadurch vorliege, dass die belangte Behörde die Beibringung eines Gutachtens bei sonstigem Entzug der Waffenbesitzkarte bis zum 15. November 2018 angeordnet habe.

I.2. Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den Beschwerdeschriftsatz. Zumal der das vorangegangene Verwaltungsverfahren einleitende Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist, konnte die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung entfallen (§ 24 Abs 2 VwGVG).

II. Das Landesverwaltungsgericht OÖ geht vom unter Punkt I.1. dargestellten Sachverhalt aus.

III. Gemäß Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit.

Nach Art 132 Abs 2 B-VG kann gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit Beschwerde erheben, wer durch sie in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet.

Gemäß § 28 Abs 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.
Nach Abs 6 hat das Verwaltungsgericht, wenn im Verfahren wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gemäß Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG eine Beschwerde nicht zurückzuweisen oder abzuweisen ist, die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für rechtswidrig zu erklären und gegebenenfalls aufzuheben. (...)

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1. Eine Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt liegt nach der höchstgerichtlichen Judikatur des

Verwaltungsgerichtshofs dann vor, wenn einseitig in subjektive Rechte des Betroffenen eingegriffen und hierbei physischer Zwang ausgeübt wird oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwanges bei Nichtbefolgung eines Befehls droht (vgl VwGH 29.6.2000, 96/01/0596 mwN und unter Hinweis auf die Lehre).
Entscheidend ist dabei, dass es sich um einen Hoheitsakt einer Verwaltungsbehörde handelt, mit dem in die Rechte von individuellen natürlichen oder juristischen Personen eingegriffen wird, ohne dass ein Bescheid erlassen wird (vgl Köhler in Korinek/Holoubek [Hrsg], Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Rz 45 f zu § 129a B-VG).
Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichtshofs muss es sich bei einer bekämpfbaren Maßnahme um die Anwendung physischen Zwangs oder die Erteilung eines Befehls mit unverzüglichem Befolgungsanspruch handeln (vgl Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde, S 40, uHa VfSlg 11.935/1988, VwGH 28.5.1997, 96/13/0032, VwGH 16.4.1999, 96/02/0590).
Voraussetzung für die Maßnahmenqualität eines behördlichen Befehls ist nach der Rechtsprechung ein unmittelbarer Befolgungsanspruch. Das bedeutet, dass dem Betroffenen bei Nichtbefolgung des Befehls unmittelbar, dh unverzüglich und ohne weiteres Verfahren, eine physische Sanktion droht (vgl VfSlg 10.662/1985).

Als unverzichtbares Merkmal eines Verwaltungsaktes in der Form eines Befehls gilt, dass dem Befehladressaten eine bei Nichtbefolgung unverzüglich einsetzende physische Sanktion angedroht wird (VwGH 29.9.2009, 2008/18/0687 uHa VwGH 19.9.2006, 2005/06/0018; VwGH 21.2.2007, 2005/06/0275).

Liegt ein Befolgungsanspruch aus einer solchen, dem Befehlsadressaten bei Nichtbefolgung des Befehls unverzüglich drohenden physischen Sanktion (objektiv) nicht 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 (vgl VwGH 29.9.2009, 2008/18/0687).

IV.2.1. Im ggst Fall wurde der Bf von der belangten Behörde schriftlich ausgefordert, ein psychologisches Gutachten zur Überprüfung der waffenrechtlichen Verlässlichkeit vorzulegen, da Anhaltspunkte vorlägen, die ein Vorgehen nach § 25 Abs 2 WaffG rechtfertigen würden. Als Frist für die Vorlage des Gutachtens wurde der 15. November 2018 festgesetzt, sollte bis dahin kein Gutachten vorgelegt werden, werde dem Bf das waffenrechtliche Dokument entzogen.

Gemäß § 25 Abs 2 WaffG hat die Behörde die Verlässlichkeit des Inhabers einer waffenrechtlichen Urkunde zu überprüfen, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Berechtigte nicht mehr verlässlich ist. Sofern sich diese Anhaltspunkte

(...) darauf beziehen, dass der Betroffene dazu neigen könnte, insbesondere unter psychischer Belastung mit Waffen unvorsichtig umzugehen oder sie leichtfertig zu verwenden, ist die Behörde zu einem entsprechenden Vorgehen gemäß § 8 Abs 7 ermächtigt.

Gemäß § 8 Abs 7 zweiter Satz WaffG haben Antragsteller(...) ein Gutachten darüber beizubringen, ob sie dazu neigen, insbesondere unter psychischer Belastung mit Waffen unvorsichtig umzugehen oder sie leichtfertig zu verwenden.

Eine zwangsweise Durchsetzung der Vorlage eines derartigen Gutachtens ist im WaffG nicht vorgesehen – die Nichtvorlage führt vielmehr zur mangelnden Feststellbarkeit der erforderlichen Verlässlichkeit (vgl § 8 Abs 6 erster Satz WaffG; VwGH 27.1.2000, 99/20/0370) und in Folge zu einer entsprechenden Bescheiderlassung.

Gemäß § 25 Abs 3 WaffG hat die Behörde waffenrechtliche Urkunden zu entziehen, wenn sich ergibt, dass der Berechtigte nicht mehr verlässlich ist.

Aus § 25 WaffG ergibt sich, dass die Entziehung der waffenrechtlichen Urkunden mittels Bescheid zu erfolgen hat.

IV.2.2. Der Bf hätte sohin im Fall der Verweigerung der Beibringung eines psychologischen Gutachtens damit rechnen müssen, dass ihm die waffenrechtlichen Urkunden mangels feststellbarer Verlässlichkeit (§ 8 Abs 6 WaffG) mit Bescheid (§ 25 Abs 3 WaffG) entzogen werden, unmittelbare Zwangsausübung hatte der Bf dadurch jedoch nicht zu befürchten.

Wie die rechtsfreundliche Vertreterin des Bf im Beschwerdeschriftsatz zutreffend ausführte, liegt die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt dann vor, wenn einseitig in subjektive Rechte eingegriffen und hiebei physischer Zwang ausgeübt wird oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwangs bei Nichtbefolgung des Befehls droht.

Die Aufforderung der belangten Behörde, der Bf möge ein Gutachten bis zu einem bestimmten Termin beibringen, stellt zwar einen Hoheitsakt einer Verwaltungsbehörde dar, ohne dass ein Bescheid erlassen wurde, diese Aufforderung stellt jedoch keinesfalls eine Anwendung physischen Zwangs dar und beinhaltet auch keinen unverzüglichen Befolgungsanspruch. Vielmehr hat die Nichtbefolgung der Aufforderung (lediglich) die Erlassung eines Bescheids auf Grundlage des WaffG zur Konsequenz.

IV.3. Die rechtsfreundliche Vertreterin des Bf führte ferner zutreffend aus, dass es – wenn ein Befolgungsanspruch objektiv nicht vorliegt – darauf ankomme, ob bei objektiver Betrachtungsweise das behördliche Vorgehen so zu werten ist, dass bei

Nichtbefolgung einer Anordnung mit unmittelbarer zwangsweiser Durchsetzung zu rechnen ist.

Wie bereits ausgeführt, ergibt sich aus der schriftlichen Anordnung der belangten Behörde lediglich, dass bei Nichtbefolgung die Entziehung der waffenrechtlichen Urkunden (durch Bescheid) erfolgen würde. Auch aus der Beschwerde ergibt sich, dass (bloß) die Entziehung der Urkunde im Fall der Nichterfüllung der Anordnung erwartet wurde. Dass die Aufforderung zur Vorlage des psychologischen Gutachtens zwangsweise durchgesetzt würde, kann jedoch dem Schreiben objektiv keinesfalls entnommen werden. Dem Schreiben wohnt sohin kein unmittelbarer Befolgungsanspruch inne, vielmehr wurde der Bf dadurch bloß zur Mitwirkung an der Feststellung seiner waffenrechtlichen Verlässlichkeit aufgefordert, deren Nichtbefolgung die Erlassung eines Bescheids zum Entzug der waffenrechtlichen Urkunde zur Folge gehabt hätte.

Aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl VwGH 27.6.2013, 2011/07/0191) ergibt sich, dass dann, wenn der Adressat einer behördlichen Aufforderung – bei objektiver Betrachtungsweise – im Fall deren Nichtbefolgung zu gewärtigen hat, dass die Behörde die zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustands jeweils notwendigen Maßnahmen mit Bescheid verfügt oder der Entzug der Berechtigung droht, keine Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vorliegt und eine Maßnahmenbeschwerde zurückzuweisen ist.

V. Im Ergebnis stellt die ggst Aufforderung zur Vorlage eines Gutachtens – unabhängig davon, ob sie berechtigt war oder nicht – deren Nichteinhaltung zur Erlassung eines Bescheids führt, mit dem eine Berechtigung entzogen wird, keine Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt dar, weshalb die Beschwerde als unzulässig zurückzuweisen war.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da zur zu lösenden Rechtsfrage einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs existiert, von der in der ggst Entscheidung nicht abgewichen wurde. Es liegt somit keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor.

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

Gegen diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

## H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.
Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reitter