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-780115/9/ER

Datum:
Linz, 6. Februar 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des Ing. C S, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F K, R, L, wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt, durch der Landespolizeidirektion Oberösterreich zurechenbare Organe in Form des Ausspruchs eines Betretungsverbots am 3. September 2019, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29. Jänner 2020

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als das am 3. September 2019 von der Landespolizeidirektion Oberösterreich zurechenbaren Organen gegenüber dem Beschwerdeführer ausgesprochene Betretungsverbot für rechtswidrig erklärt wird.

II. Der Bund (für den die belangte Behörde eingeschritten ist) hat dem Beschwerdeführer Aufwandersatz in Höhe von insgesamt 1.659,60 Euro (Schriftsatzaufwand und Verhandlungsaufwand für den Beschwerdeführer als obsiegende Partei) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

III. Gegen diese Entscheidung 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. Oktober 2019 erhob der nunmehrige Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) rechtzeitig rechtsfreundlich vertreten Beschwerde wegen Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in Form des Ausspruchs eines Betretungsverbots für die Wohnung H, L.

Begründend führte der Bf im Wesentlichen aus, mit seiner Frau und seiner Tochter in dieser Wohnung gewohnt zu haben, die Ehe mit seiner Frau sei aber in einer Krise gewesen und eine Scheidung sei im Raum gestanden. Am Abend des 3. September 2019 sei es zu einem Streit zwischen dem Bf und seiner Frau gekommen, als der Bf im Badezimmer Nachschau gehalten habe, wo sich seine Frau und seine Tochter befunden hätten, da die Tochter zu schreien und weinen begonnen habe. Grund dafür sei vermutlich zu heißes Badewasser gewesen. Der Bf, der seine Tochter zu trösten versucht habe, sei von seiner Frau mit Wasser bespritzt worden, was zu einem Streit geführt habe, im Zuge dessen der Bf seiner Frau den „Vogel“ gezeigt habe, indem er sich mit seinem Finger auf die Schläfe getippt und das Badezimmer verlassen habe. Kurze Zeit später habe die Frau des Bf angekündigt, nun die Polizei zu holen und dieser mitzuteilen, dass ihr der Bf mit dem Finger ins Gesicht gefahren sei. Die Polizei, die die Information erhalten habe, dass in der og Wohnung eine Frau von ihrem Mann gefährlich bedroht worden sei, sei dann gekommen. Der Bf habe seine Frau jedoch weder bedroht noch sei es zu körperlichen Übergriffen gekommen. Es habe lediglich ein von der Frau des Bf provozierter Streit stattgefunden. Gegenüber der Polizei habe die Frau des Bf behauptet, dass sie und der Bf sich laut angeschrien hätten und dass ihr der Bf plötzlich mit der flachen Hand ins Gesicht gegriffen und leicht dagegen gedrückt habe. Ferner habe sie bekannt gegeben, dass es aufgrund ihrer beabsichtigten Scheidung ständig zu Spannungen und Streit komme, sie sei jedoch nicht verletzt worden. Der Bf habe jedoch gegenüber den Polzisten angegeben, seiner Frau bloß den „Vogel“ gezeigt zu haben, wobei es zu keinen körperlichen Übergriffen gekommen sei.

Schließlich sei gegenüber dem Bf ein Betretungsverbot ausgesprochen worden, das nicht aufgehoben worden sei.

Es sei nicht nachvollziehbar, auf welche gesetzlich geforderten „bestimmten Tatsachen“ das Betretungsverbot gestützt worden sei. Es sei keine Verletzung, keine Beschädigung und keine aktuelle gefährliche Drohung, Nötigung oder andere strafbare Handlung festgestellt worden. Auch hätte es keine Hinweise auf Waffen udgl gegeben. Als Merkmale für einen bevorstehenden gefährlichen Angriff seien lediglich die beabsichtigte Scheidung und ein Griff ins Gesicht genannt worden, jedoch keine Merkmale für eine erhöhte Gefährlichkeit des Bf. Ferner sei den amtshandelnden Beamten bekannt gewesen, dass die Frau des Bf die Scheidung angestrebt habe und dass es deshalb immer wieder zu Spannungen und Streit gekommen sei. Bei Gesamtbetrachtung dieser Umstände könne nicht erkannt

werden, aufgrund welcher Tatsachen das Bevorstehen eines gefährlichen Angriffs auf das Leben, die Gesundheit oder Freiheit der Frau des Bf erwartet worden sei.
Der Bf beantragte daher, die gegenständliche Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für rechtswidrig zu erklären und dem Rechtsträger der belangten Behörde den Ersatz der dem Bf entstandenen Kosten im gesetzlichen Ausmaß binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution aufzutragen.

I.2. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2019 forderte das Landesverwaltungsgericht OÖ die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) auf, den entsprechenden Verwaltungsakt vorzulegen und gab Gelegenheit dazu, eine Gegenschrift zu erstatten.

I.3. Mit Schriftsatz vom 13. November 2019 erstattete die belangte Behörde eine Gegenschrift und legte den Bericht über den Ausspruch des Betretungsverbots vom 3. September 2019, den Aktenvermerk über die Aufrechterhaltung vom 4. September 2019, weitere Aktenvermerke, einen Schriftverkehr mit dem BG Linz betreffend einen Antrag der Frau des Bf auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Beschluss des BG Linz über die Abweisung dieses Antrags vor.

In der Gegenschrift führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass am 3. September 2019 die Stadtleitzentrale eine Streifenbesetzung über eine gefährliche Drohung an der Adresse des Bf informiert habe. Die Frau des Bf habe auf Befragung angegeben, dass es zwischen ihr und dem Bf zu einem Streit gekommen sei, da die gemeinsame Tochter im Badezimmer zu weinen begonnen habe. Im Zuge dieses Streits hätten sich der Bf und seine Frau gegenseitig angeschrien und der Bf habe ihr mit der flachen Hand ins Gesicht gegriffen und leicht dagegen gedrückt, sie sei aber nicht verletzt worden. Die Frau des Bf habe angegeben, sich schon seit längerem scheiden lassen zu wollen, seither komme es ständig zu Spannungen. Der Bf habe auf Befragung angegeben, seiner Frau den „Vogel“ gezeigt zu haben, zu körperlichen Übergriffen sei es keinesfalls gekommen.
Aufgrund dieses Vorfalls sei dem Bf am 3. September 2019 um 21:00 Uhr das Betreten seiner Wohnung sowie deren Umkreis von 50 Metern gemäß § 38a SPG untersagt worden. Dieses Betretungsverbot sei am 4. September 2019 behördlich überprüft und bestätigt worden.
Zur rechtlichen Würdigung führte die belangte Behörde aus, dass der von der Frau des Bf geschilderte Sachverhalt kein strafrechtliches Delikt und auch keinen gefährlichen Angriff darstelle. Da eine Tatsache, die auf einen gefährlichen Angriff schließen lässt, auch durch andere Umstände – wie etwa Aggressionshandlungen unter der Schwelle des gefährlichen Angriffs – begründet sein könne, hätten die einschreitenden Polizisten den Griff ins Gesicht in Zusammenschau mit dem vorausgegangenen Streit als Merkmal für einen bevorstehenden gefährlichen Angriff plausibel und nachvollziehbar annehmen können. Aufgrund des sich den

Polizisten gebotenen Gesamtbildes sei daher ex-ante betrachtet die Annahme gerechtfertigt gewesen, dass ein gefährlicher Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit der Frau des Bf nicht ausgeschlossen werden habe können. Es habe daher für die einschreitenden Beamten aufgrund der beschriebenen bestimmten Tatsachen Grund zur Annahme bestanden, dass der Bf einen gefährlichen Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit seiner Frau begehen könnte.
Die belangte Behörde beantragte daher die Abweisung der Beschwerde und den Ersatz der Kosten.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in die Beschwerde, die Gegenschrift und den vorgelegten Verwaltungsakt und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29. Jänner 2020, zu der der Bf persönlich erschien und bei der jene Polizisten, die die angefochtene Amtshandlung durchführten, zeugenschaftlich einvernommen wurden.

I.5. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

Am 3. September 2019 entbrannte zwischen dem Bf und seiner Frau, die bereits seit längerem die Scheidung anstrebte, ein lautstarker Streit. Die Frau des Bf rief daraufhin die Polizei. Nachdem eine Streife, die von der Stadtleitstelle darüber informiert worden war, dass an der Adresse des Bf ein Mann eine Frau gefährlich bedroht habe, dort eintraf, trafen um 20:30 Uhr an der Andresse des Bf auch jene Beamten ein, die in der Folge die ggst angefochtene Amtshandlung durchführten. Beim Eintreffen dieser Beamten machte der Bf einen vorerst ruhigen, gefassten, anschließend einen weinerlichen Eindruck. Er verhielt sich gegenüber den Beamten ruhig und höflich. Hinweise auf eine aktuelle gefährliche Drohung, Nötigung oder andere strafbare Handlung wurden nicht festgestellt. Ebenso gab es keine Hinweise auf Waffen oder sonstige besondere Auffälligkeiten wie Alkohol-, Drogen- oder Medikamentenmissbrauch oder Selbstmorddrohungen. Bei seiner Befragung gab der Bf entsprechend dem Bericht über das Betretungsverbot an, sich gegen 20:30 Uhr mit seiner Tochter im Bad befunden zu haben. Seine Frau sei in weiterer Folge ins Bad gekommen und habe begonnen zu schimpfen, da angeblich das Badewasser für die Tochter zu heiß gewesen sei. Im Zuge dieses Streits, bei dem auch der Bf lauter geworden sei, habe er seiner Frau den „Vogel“ gezeigt. Sie habe ihn anschließend mit Wasser bespritzt, es sei zu keinen körperlichen Übergriffen gekommen.

Die Frau des Bf befand sich beim Eintreffen der Beamten in einem ruhigen Zustand, war jedoch fassungslos und entsetzt über das Verhalten des Bf. Die Frau des Bf wies keine Verletzungen auf, und es wurden keine Beschädigungen festgestellt. Bei ihrer Befragung gab sie entsprechend dem Bericht über das Betretungsverbot an, dass es zwischen ihr und dem Bf zu einem Streit gekommen sei, da sich die Tochter wegen zu heißen Badewassers geschreckt und zu weinen begonnen habe.

Im Zuge dieses Streits hätten sich der Bf und seine Frau angeschrien, plötzlich habe der Bf seiner Frau mit der flachen Hand ins Gesicht gegriffen und leicht dagegen gedrückt. Die Frau gab ferner an, dass sie sich bereits seit längerem scheiden lassen wolle und dass es daher ständig Spannungen und Streit gebe. Seit der Bf wisse, dass sich seine Frau trennen wolle, sei er noch gemeiner zu ihr. Sie sei durch den Übergriff nicht verletzt worden.

Als Merkmale für einen bevorstehenden gefährlichen Angriff wurde im Bericht Folgendes vermerkt: „Vorausgegangener Streit über beabsichtigte Scheidung und Griff in das Gesicht der Gattin."
Unter der Rubrik „Merkmale für eine erhöhte Gefährlichkeit des Gefährders" wurde „keine" vermerkt.
Um 21:00 Uhr wurde gegenüber dem Bf ein Betretungsverbot der Wohnung samt Schutzbereich im Umkreis von 50 Metern ausgesprochen. Dem Bf wurden die Schlüssel abgenommen, es wurde kein Zwang angewendet.

Als Grund für den Ausspruch des Betretungsverbots gaben die als Zeugen vernommenen amtshandelnden Polizisten in der öffentlichen mündlichen Verhandlung zusammengefasst die Gesamtheit der Situation an, nämlich dass es auch zurückliegend schon Auseinandersetzungen gab, die Situation in der Wohnung angespannt war und der Griff ins Gesicht behauptet wurde und dass die Polizei gerufen wurde. Das ruhige Verhalten des Bf wurde nicht als „hundertprozentiger" Anhaltspunkt dafür gewertet, dass „nichts passieren" wird. Während der Amtshandlung gab es keinen Hinweis darauf, dass ein tätlicher Angriff zwischen den Streitparteien bevorstand.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus der Beschwerde und dem vorgelegten Bericht über den Ausspruch des Betretungsverbots und aus den Aussagen jener beiden Polizisten in der öffentlichen mündlichen Verhandlung, die die Amtshandlung durchführten.

Die Polizistin, die die Frau des Bf befragte, gab an, dass der Griff ins Gesicht nach Auskunft der Frau des Bf mit Druck erfolgt sei, der Bf aber zu so etwas normalerweise nicht fähig sei und die Frau des Bf deshalb erschüttert gewesen sei. Der Ausspruch des Betretungsverbots sei für die einschreitende Beamtin die beste Lösung gewesen, da der Bf auf Dienstreise gefahren sei und deshalb nicht so viele Nächte woanders schlafen habe müssen. Die Situation zuhause hätte so nicht bleiben können, „beide in der Wohnung wäre nicht gut gegangen" – insbesondere da auch die Tochter anwesend gewesen sei.
Der Bf habe auf die Zeugin einen ruhigen, gefassten, sehr höflichen, aber aufgrund der Situation betrübten Eindruck gemacht. Die einschreitenden Beamten hätten sich beraten, nachdem der Bf und seine Frau getrennt befragt worden seien. Die Situation habe sich im Zuge dieser Beratung als angespannt dargestellt, beide

Streitparteien seien relativ ruhig gewesen. Die Zeugin schätzte den Bf so ein, dass er nicht der Typ sei, der schnell und viel herumschreit. Dass die Aussagen des Bf und seiner Frau betreffend die vom Bf vorgenommene Bewegung mit der Hand divergierten, sei der Zeugin bekannt gewesen, da ihr der Kollege die Version des Bf erzählt habe.

Jener Polizist, der das Betretungsverbot aussprach, gab in der öffentlichen mündlichen Verhandlung an, dass die Lage beim Eintreffen ruhig und überschaubar gewesen sei. Die Türe sei schon offen gewesen, da die Kollegen schon vor Ort gewesen seien. Die Streitparteien seien getrennt befragt worden, der Zeuge habe den Bf befragt. Der Bf habe auf den Zeugen einen ruhigen, verständnisvollen und von der Situation überraschten Eindruck gemacht. Er sei auch traurig gewesen aufgrund der Reaktion seiner Frau, jedoch keinesfalls aufbrausend. Die Frau des Bf habe auf ihn einen entsetzten Eindruck über das Verhalten des Bf gemacht, dies sei eine neue Situation gewesen.
Der Zeuge habe den Bf mit dem behaupteten Griff ins Gesicht konfrontiert, dieser habe gesagt, er hätte seiner Frau nur den „Vogel“ gedeutet, nachdem sich ein Streit entsponnen habe.
Der Zeuge habe das Betretungsverbot ausgesprochen, da die Summe der Komponenten (im Raum stehende Scheidung, von der der Bf bereits länger wusste, behaupteter Griff ins Gesicht, Rufen der Polizei) dafür gesprochen habe. Ein Verbleiben beider Streitparteien in der Wohnung wäre möglicherweise riskant gewesen, die Schwelle zu einer normalen Meinungsverschiedenheit sei überschritten gewesen. Er und seine Kollegin hätten sich sehr viel Zeit genommen, die Situation sei sehr sensibel gewesen und er sei sich nicht ganz sicher gewesen, ob er das Betretungsverbot aussprechen solle. Das ruhige Verhalten des Bf habe den Ausspruch schwieriger gemacht, es sei aber kein hundertprozentiger Anhaltspunkt dafür gewesen, dass nichts passieren würde. Es habe während der Amtshandlung keinen Hinweis darauf gegeben, dass es einen tätlichen Angriff zwischen den Streitparteien geben könnte. Es sei aber eine gewisse Spannung in Form eines „kleinen Knisterns“ in der Luft gelegen, der Zeuge habe kein gutes Gefühl gehabt und sich auf seine Berufserfahrung verlassen.

Dass es während der Amtshandlung keinen Hinweis darauf gab, dass ein tätlicher Angriff zwischen den Streitparteien bevorstand, ergibt sich einerseits aus der diesbezüglichen Aussage des Zeugen, andererseits aus der von den beiden vernommenen Zeugen beschriebenen vorgefundenen Situation, die durchwegs als ruhig, wenn auch angespannt dargestellt wurde und aus den von beiden Zeugen getroffenen Einschätzungen des Bf, dass dieser nicht zu aufbrausendem Verhalten bzw zu vermehrtem, schnell auftretendem Schreien neige.

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.

Gemäß § 28 Abs 6 VwGVG 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.

Die im Beschwerdefall maßgebenden Bestimmungen des Sicherheitspolizeigesetzes in der zum maßgeblichen Zeitpunkt (vgl VwGH 26.6.2018, Ra 2016/05/0081) geltenden Fassung BGBl I Nr 61/2016 lauten auszugsweise:

"Allgemeine Gefahr; gefährlicher Angriff; Gefahrenerforschung

§ 16. (1) ...

(2) Ein gefährlicher Angriff ist die Bedrohung eines Rechtsgutes durch die rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes einer gerichtlich strafbaren Handlung, die vorsätzlich begangen und nicht bloß auf Verlangen eines Verletzten verfolgt wird, sofern es sich um einen Straftatbestand

1. nach dem Strafgesetzbuch (StGB), BGBl. Nr. 60/1974, ausgenommen die Tatbestände nach den §§ 278, 278a und 278b StGB,

(...)

handelt.

(3) Ein gefährlicher Angriff ist auch ein Verhalten, das darauf abzielt und geeignet ist, eine solche Bedrohung (Abs. 2) vorzubereiten, sofern dieses Verhalten in engem zeitlichen Zusammenhang mit der angestrebten Tatbestandsverwirklichung gesetzt wird.

(4) ...

Betretungsverbot und Wegweisung zum Schutz vor Gewalt

§ 38a (1) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind ermächtigt, einem Menschen, von dem auf Grund bestimmter Tatsachen, insbesondere wegen eines vorangegangenen gefährlichen Angriffs, anzunehmen ist, dass er einen gefährlichen Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit begehen werde (Gefährder),

1. das Betreten einer Wohnung, in der ein Gefährdeter wohnt, und deren unmittelbarer Umgebung oder
2. sofern es sich bei dem Gefährdeten um einen unmündigen Minderjährigen handelt, das Betreten
a) einer vom gefährdeten Unmündigen zur Erfüllung der allgemeinen Schulpflicht im Sinne des Schulpflichtgesetzes 1985, BGBl. Nr. 76/1985, besuchten Schule oder
b) einer von ihm besuchten institutionellen Kinderbetreuungseinrichtung oder
c) eines von ihm besuchten Horts
samt eines Bereichs im Umkreis von fünfzig Metern,
zu untersagen.

(2) Bei Anordnung eines Betretungsverbotes haben die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes
1. dem Gefährder den räumlichen Bereich, auf den sich das Betretungsverbot bezieht, zur Kenntnis zu bringen, wobei der Geltungsbereich des Betretungsverbotes nach Abs. 1 Z 1 nach Maßgabe der Erfordernisse eines wirkungsvollen vorbeugenden Schutzes zu bestimmen ist,
2. ihn, im Falle einer Weigerung, den vom Betretungsverbot nach Abs. 1 umfassten Bereich zu verlassen, wegzuweisen,
3. dem Gefährder alle in seiner Gewahrsame befindlichen Schlüssel zur Wohnung gemäß Abs. 1 Z 1 abzunehmen,
4. ihm Gelegenheit zu geben, dringend benötigte Gegenstände des persönlichen Bedarfs mitzunehmen und sich darüber zu informieren, welche Möglichkeiten er hat, unterzukommen.
Bei einem Verbot, in die eigene Wohnung zurückzukehren, ist besonders darauf Bedacht zu nehmen, dass dieser Eingriff in das Privatleben des Betroffenen die Verhältnismäßigkeit (§ 29) wahrt. Sofern sich die Notwendigkeit ergibt, dass der Betroffene die Wohnung oder eine Einrichtung nach Abs. 1 Z 2, deren Betreten ihm untersagt ist, aufsucht, darf er dies nur in Gegenwart eines Organs des öffentlichen Sicherheitsdienstes tun.

(...)

(6) Die Anordnung eines Betretungsverbotes ist der Sicherheitsbehörde unverzüglich bekanntzugeben und von dieser binnen 48 Stunden zu überprüfen. Stellt die Sicherheitsbehörde fest, dass das Betretungsverbot nicht hätte angeordnet werden dürfen, so hat sie dieses dem Gefährder gegenüber unverzüglich aufzuheben; der Gefährdete ist unverzüglich darüber zu informieren, dass das Betretungsverbot aufgehoben werde; die Aufhebung des Betretungsverbotes sowie die Information des Gefährdeten haben nach Möglichkeit mündlich oder schriftlich durch persönliche Übergabe zu erfolgen. Die nach Abs. 2 abgenommenen Schlüssel sind mit Aufhebung des Betretungsverbotes dem Gefährder auszufolgen, im Falle eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach §§ 382b und 382e EO beim ordentlichen Gericht zu erlegen."

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1. Eine Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt liegt nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs dann vor,

wenn einseitig in subjektive Rechte des Betroffenen eingegriffen und hierbei physischer Zwang ausgeübt wird oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwangs bei Nichtbefolgung eines Befehls droht (vgl VwGH 29.6.2000, 96/01/0596 mwN). Entscheidend ist dabei, dass es sich um einen Hoheitsakt einer Verwaltungsbehörde handelt, mit dem in die Rechte von natürlichen oder juristischen Personen eingegriffen wird, ohne dass es zu einer Bescheiderlassung kommt (vgl Köhler in Korinek/Holoubek [Hrsg], Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Art 129a f B-VG Rz 45). Nach der Judikatur des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofs muss es sich bei einer mit Beschwerde bekämpfbaren Maßnahme um die Anwendung physischen Zwangs oder die Erteilung eines Befehls mit unverzüglichem Befolgungsanspruch handeln (vgl VfSlg 11.935/1988; VwGH 28.5.1997, 96/13/0032; 16.4.1999, 96/02/0590). 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). 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 28.10.2003, 2001/11/0162M; 29.9.2009, 2008/18/0687).

Im vorliegenden Fall steht außer Frage, dass es sich bei dem am 3. September 2019 gegenüber dem Bf ausgesprochenen Betretungsverbot gemäß § 38a SPG um die Erteilung eines hoheitlichen Befehls mit unverzüglichem, sanktionsbewehrtem Befolgungsanspruch an eine natürliche Person, und damit um die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt handelt, zumal § 38a Abs 2 Z 2 SPG ex lege die Wegweisung des Gefährders bei Weigerung, den vom Betretungsverbot umfassten Bereich zu verlassen, anordnet (vgl Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde, S 168). Die Beschwerde ist daher zulässig.

IV.2. § 38a Abs 1 SPG ermächtigt Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes zum Ausspruch eines Betretungsverbots gegenüber gefährlichen Menschen betreffend eine Wohnung, in der eine gefährdete Person wohnt, und deren unmittelbarer Umgebung. § 38a SPG regelt die Voraussetzungen für Betretungsverbote. Ein Betretungsverbot ist an die Voraussetzung geknüpft, dass auf Grund bestimmter Tatsachen (Vorfälle) anzunehmen ist, ein gefährlicher Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit einer gefährdeten Person stehe bevor.
Beispielhaft für „bestimmte Tatsachen“ nennt das Gesetz einen vorangegangenen gefährlichen Angriff – jedoch ohne Einschränkung auf Leben, Gesundheit oder Freiheit. Ein gefährlicher Angriff ist nach § 16 Abs 2 SPG die Bedrohung eines Rechtsgutes durch die rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes einer

gerichtlich strafbaren Handlung, die vorsätzlich begangen und nicht bloß auf Begehren eines Beteiligten verfolgt wird, sofern es sich um einen Straftatbestand ua nach dem Strafgesetzbuch handelt.
Die Folge, dass wegen eines vorangegangenen gefährlichen Angriffs gemäß § 16 Abs 2 SPG ein gefährlicher Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit bevorsteht, wird vom Gesetz aber nicht vermutet, sondern ist vom einschreitenden Organ zu beurteilen.
Welche Tatsachen – abgesehen von vorangegangenen gefährlichen Angriffen – als solche im Sinne des § 38a SPG in Frage kommen, bestimmt das Gesetz nicht (ausdrücklich). Diese Tatsachen müssen (auf Grund bekannter Vorfälle) die Annahme rechtfertigen, dass plausibel und nachvollziehbar bestimmte künftige Verhaltensweisen zu erwarten sein werden. Auf Grund des sich den einschreitenden Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes bietenden Gesamtbildes muss mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein, dass ein gefährlicher Angriff im genannten Sinn durch den Gefährder bevorstehe. Dabei (bei dieser Prognose) ist vom Wissensstand des Beamten im Zeitpunkt des Einschreitens auszugehen (vgl VwGH 24.4.2016, Ra 2015/03/0079, VwGH 8.9.2009, 2008/17/0061; VwGH 24.2.2004, 2002/01/0280; VwGH 21.12.2000, 2000/01/0003; sowie Hauer/Keplinger, Sicherheitspolizeigesetz[4], S 383f, Anm. 5).

Ein Betretungsverbot wird mit dem Zeitpunkt verhängt, in dem es dem Betroffenen gegenüber ausgesprochen wird (vgl VwGH 24.5.2005, 2004/01/0579). Für die Prognose, ob bestimmte Tatsachen die Annahme begründen, ein gefährlicher Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit stehe bevor, ist der Zeitpunkt der Erlassung des Betretungsverbots maßgeblich (vgl VwGH 24.5.2005, 2004/01/0579).

Im vorliegenden Fall ist nun zu analysieren, ob und inwieweit im Rahmen der am 3. September 2019 um 21:00 Uhr zu treffenden Prognoseentscheidung davon auszugehen war, dass – aufgrund bestimmter Tatsachen – ein gefährlicher Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit durch den Bf bevorstehen würde.

IV.3. Wie unter I.5. festgestellt, wurden die Polizisten durch einen Anruf der Frau des Bf zur gemeinsamen Wohnadresse gerufen, wobei sie davon ausgingen, es liege eine gefährliche Drohung vor. Hinweise auf eine gefährliche Drohung wurden jedoch nicht festgestellt. Die Frau des Bf machte auf die Beamten einen ruhigen, jedoch fassungslosen und entsetzten Eindruck ob des Verhaltens des Bf.
Der Bf selbst machte auf die Beamten während der gesamten Amtshandlung einen ruhigen und gefassten Eindruck, der anschließend weinerlich wurde. Es wurden weder Anzeichen physischer Gewalt festgestellt, noch hat sich ein Hinweis auf bevorstehende Gewaltausübung durch den Bf ergeben. Die einschreitenden Beamten wiesen jedoch darauf hin, dass die Gesamtheit der Komponenten zum Ausspruch des Betretungsverbots geführt habe.

Der Verwaltungsgerichtshof hielt in seinem Erkenntnis vom 24. Februar 2004, 2002/01/0280, fest, dass „das Gesetz als [bestimmte Tatsachen] insbesondere einen vorangegangenen gefährlichen Angriff nennt, der seinerseits jedoch nicht gegen Leben, Gesundheit oder Freiheit der gefährdeten Person gerichtet sein muss. Was außer einem gefährlichen Angriff als ‘bestimmte Tatsache’ für die anzustellende ‘Gefährlichkeitsprognose’ gelten kann, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Angesichts des sicherheitspolizeilichen Maßnahmen inhärenten Präventivcharakters kann allerdings kein Zweifel bestehen, dass nach den jeweiligen Umständen etwa auch Aggressionshandlungen unter der Schwelle eines gefährlichen Angriffs oder in der Vergangenheit liegende Gewaltakte als derartige ‘Tatsachen’ in Frage kommen können (in diesem Sinn Dearing in Dearing/Haller, Das österreichische Gewaltschutzgesetz, 109 f.), zumal dann, wenn mehrere dieser Faktoren zusammenkommen. Entscheidend ist stets, dass daraus gesamthaft betrachtet die Prognose ableitbar ist, dass ein gefährlicher Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit einer gefährdeten Person bevorstehe; auf Grund des sich den einschreitenden Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes bietenden Gesamtbildes muss mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein, dass ein gefährlicher Angriff im genannten Sinn durch den Wegzuweisenden bevorstehe. Dass ‘bloße’ Belästigungen drohen, reicht hingegen nicht aus (Hinweis: E 21.12.2000, Zl. 2000/01/0003).“

Auch wenn in § 38a Abs 1 SPG als „bestimmte Tatsache“ ein vorangegangener gefährlicher Angriff nur beispielhaft angeführt ist und für die Erfüllung des Tatbestandselements der „bestimmten Tatsache“ auch kein gefährlicher Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit in der Vergangenheit stattgefunden haben muss, so ist doch zwingende Voraussetzung für den Ausspruch eines Betretungsverbots die Annahme, ein gefährlicher Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit der gefährdeten Person stehe bevor. Es ist diesbezüglich eine Prognose zu erstellen – und zwar im Lichte des Eindrucks, den der potenzielle Gefährder im Zeitpunkt des Ausspruchs des Betretungsverbots erweckt.

Die Beamten, die an der verfahrensgegenständlichen Amtshandlung beteiligt waren, gaben in der Verhandlung einhellig an, der Bf sei die ganze Zeit über ruhig geblieben bzw im Laufe der Amtshandlung weinerlich und traurig, nicht jedoch aufbrausend geworden. Dem stehen jedoch die genannten, von den Beamten wahrgenommenen Aspekte gegenüber, die für den Ausspruch des Betretungsverbots ursächlich waren. Von der bevorstehenden Scheidung wusste der Bf bereits vor dem 3. September 2019, dass es diesbezüglich früher bereits zu Aggressionshandlungen unter der Schwelle eines gefährlichen Angriffs gekommen wäre, wurde gegenüber den Beamten nicht behauptet. Drohungen, Nötigungen oder andere strafbare Handlungen wurden von den Beamten nicht festgestellt und auch auf andere allfällig vorangegangene Aggressionshandlungen fand sich kein Hinweis. Beim ggst Streit wurde lediglich behauptet, der Bf hätte seiner Frau mit der flachen Hand ins Gesicht gegriffen und leicht dagegen gedrückt. Ein derartiger

Griff verbunden mit leichtem Druck ist nicht als gefährlicher Angriff zu werten, wie sich auch aus der Gegenschrift der belangten Behörde ergibt. Beim behaupteten Griff ins Gesicht kann in dieser konkreten Situation jedoch auch kein ausreichendes Aggressionspotenzial erkannt werden. Auch allein am Umstand, dass die Frau des Bf die Polizei gerufen hat, kann noch keine Aggressionshandlung unter der Schwelle eines gefährlichen Angriffs erkannt werden.
Da die angeführten Komponenten, die zum Ausspruch des Betretungsverbots geführt haben, für sich alleine keine Aggressionshandlungen unter der Schwelle eines gefährlichen Angriffs darstellten, konnte auch ihre Summe nicht zu dieser Qualifikation führen. Nach Ansicht des erkennenden Gerichts lag aufgrund dieser Umstände noch keine „bestimmte Tatsache“ iSd § 38a Abs 1 SPG vor.

Selbst wenn die Gesamtheit der vorgefundenen Komponenten – obgleich sie einzeln als unter der Schwelle eines gefährlichen Angriffs zu werten sind – dazu geeignet gewesen sein sollte, darin eine „bestimmte Tatsache“ iSd § 38a Abs 1 SPG zu erblicken, hätte jedenfalls die Prognoseentscheidung nicht den Schluss zugelassen, dass mit einiger Wahrscheinlichkeit ein gefährlicher Angriff des Bf auf Leben, Gesundheit oder Freiheit seiner Frau bevorstand. Vielmehr verneinte dies der Zeuge einerseits, andererseits ergibt sich auch aus den Aussagen beider Zeugen (wie auch der Gegenschrift der belangten Behörde), dass das Betretungsverbot deshalb ausgesprochen wurde, da sie einen bevorstehenden gefährlichen Angriff nicht gänzlich ausschließen konnten, bzw da eine „gewisse Spannung, ein kleines Knistern“ in der Luft gelegen sei und der Beamte „kein gutes Gefühl“ gehabt und sich auf seine Berufserfahrung verlassen habe. Dies reicht aber nach Ansicht des erkennenden Gerichts nicht aus, die gemäß § 38 Abs 1 SPG erforderliche Prognose zu treffen, dass iSd Judikatur „mit einiger Wahrscheinlichkeit“ ein gefährlicher Angriff auf Leben, Gesundheit oder Freiheit der Frau des Bf zu erwarten war. Aus den Aussagen und dem Bericht ergibt sich vielmehr, dass das Betretungsverbot ohne konkrete Hinweise auf einen mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartenden gefährlichen Angriff aufgrund wahrgenommener atmosphärischer Spannungen ausgesprochen wurde. Da aber gemäß § 38a Abs 1 SPG die Begehung eines gefährlichen Angriffs durch den Gefährder für den Ausspruch eines Betretungsverbots anzunehmen sein muss, reicht die bloße Befürchtung, dass ein solcher nicht ausgeschlossen werden kann, nicht aus.

V. Der Ausspruch des Betretungsverbots erweist sich sohin im Ergebnis als rechtswidrig.

Gemäß § 35 Abs 1 VwGVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen durch die unterliegende Partei. Aufwandersatz ist auf Antrag der Partei zu leisten. Gemäß Abs 7 par.cit. kann der Antrag bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt werden.

Gemäß § 1 der VwG-Aufwandersatzverordnung – VwG-AufwErsV 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 hat der Bund als Rechtsträger, für den die belangte Behörde eingeschritten ist, nach den §§ 35 VwGVG iVm der VwG-Aufwandersatzverordnung, BGBl II 2013/517, dem Bf aufgrund seines diesbezüglichen Antrags Aufwandersatz in Höhe von insgesamt 1.659,60 Euro (Schriftsatzaufwand und Verhandlungsaufwand für den Beschwerdeführer als obsiegende Partei) zu leisten.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da zur zu lösenden Rechtsfrage eine einheitliche höchstgerichtliche Rechtsprechung existiert, von der in der ggst Entscheidung nicht abgewichen wurde. Es liegt daher 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

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reitter