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-780283/11/KHa

Datum:
Linz, 9. Oktober 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Haas über die Beschwerde des M A wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in Form der Sicherstellung des Handy I-Phone 12, Nr. X durch Beamte der Landespolizeidirektion Oberösterreich am 15. Mai 2023 nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18. September 2023

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und die Sicherstellung des Mobiltelefons der Marke I-Phone 12, Nr. X, durch Beamte der Landespolizeidirektion Oberösterreich am 15. Mai 2023 für rechtswidrig erklärt.

II. Der Bund (für den die belangte Behörde eingeschritten ist) hat dem Beschwerdeführer Aufwandsersatz in Höhe von insgesamt 1.673,90 Euro (Schriftsatzaufwand, Verhandlungsaufwand und beantragte Gebühren) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu erstatten.

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. Verfahrensgang:

I.1. Mit Schriftsatz vom 24. Mai 2023, eingelangt beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 25. Mai 2023, erhob der Beschwerdeführer durch seinen rechtsfreundlichen Vertreter Beschwerde wegen Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in Form der Sicherstellung des Mobiltelefons der Marke I-Phone 12 mit der Nummer: X durch Beamte der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) am 15. Mai 2023.

Begründend führte der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, dass dem Beschwerdeführer am 15. Mai 2023 um 14:20 Uhr in X, durch Organe der Landespolizeidirektion Oberösterreich gegen seinen Willen das im Eigentum des Beschwerdeführers stehende Handy I-Phone 12 (Nr. X) im Wert von mehreren hundert Euro abgenommen und dieses sichergestellt worden sei. Eine Anordnung der Staatsanwaltschaft habe dafür nicht vorgelegen.

Der Beschwerdeführer sei unbescholten bzw. gerichtlich nicht vorbestraft. Dieser habe immer einen tadellosen Lebenswandel geführt. Obwohl weder ein Anfangsverdacht einer strafbaren Handlung noch ein konkreter Tatverdacht vorgelegen habe und somit auch kein Grund gegeben sei, das Handy des Beschwerdeführers als Beweismittel oder Sicherungsgegenstand iSd § 100 Abs. 1 Z 1 bis 3 StPO sicherzustellen, sei dieses dem Beschwerdeführer konsenslos abgenommen worden und dessen Sicherstellung erfolgt. Dieses Vorgehen stelle einen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt dar, welcher der Landespolizeidirektion Oberösterreich zuzurechnen sei. Der Beschwerdeführer erachte sich durch die beschriebene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in dem diesem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Eigentum sowie in dem einfachgesetzlichen Recht auf Einhaltung der Bestimmung des § 110 Abs. 3 StPO verletzt.

Die Bestimmung des § 110 Abs. 3 StPO nenne mehrere alternative Gründe, aus denen die Kriminalpolizei eine Sicherstellung aus eigener Macht, also ohne vorausgehende Anordnung durch die Staatsanwaltschaft, durchführen dürfe. Weder sei jedoch einer dieser Gründe vorgelegen, noch habe verfahrensgegenständlich Gefahr im Verzug vorgelegen, sodass die dennoch unter Gewaltandrohung gesetzte Amtshandlung den Beschwerdeführer in den genannten Rechten verletzt habe. Es werde daher beantragt, die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für rechtswidrig zu erklären.

I.2. Mit Schreiben vom 31. Mai 2023 wurde die Landespolizeidirektion Oberösterreich als belangte Behörde um Erstattung einer Gegenschrift und um Vorlage des Verwaltungsaktes ersucht.

Mit E-Mail vom 14. Juni 2023 erstattete die belangte Behörde eine Gegenschrift und legte den bezughabenden Verwaltungsakt, bestehend aus einem Amtsvermerk vom 12. Mai 2023, dem Anlass-Bericht vom 15. Mai 2023, dem Abschluss-Bericht vom 29. Mai 2023, dem Durchsuchung – Sicherstellungsprotokoll vom 15. Mai 2023, der Benachrichtigung der Staatsanwaltschaft Linz vom 1. Juni 2023, GZ: 11 St 77/23s, betreffend die Einstellung des Verfahrens hinsichtlich des Beschwerdeführers als Beschuldigten sowie einer Stellungnahme von Bezirksinspektor W vom 5. Juni 2023, dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor.

In der Gegenschrift führt die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass aufgrund einer Anzeige durch Lehrer der Berufsschule X, wonach in einer Klasse in der Whats-App-Gruppe der Berufsschüler kinderpornographisches Material und Bilder nach dem Verbotsgesetz versandt worden seien. Es seien diesbezüglich am 12. Mai 2023 in der Schule Ermittlungen durchgeführt und vor Ort sämtliche Mobiltelefone der anwesenden Schüler sichergestellt worden, da davon auszugehen gewesen sei, dass alle Schüler besagte strafbare Bilder erhalten hätten. Da der Beschwerdeführer am 12. Mai 2023 krankheitsbedingt nicht am Unterricht teilgenommen habe, sei der Beschwerdeführer am 15. Mai 2023 von zwei Polizeibeamten der belangten Behörde an seiner Wohnadresse in X aufgesucht worden und sei nach einer Befragung des Beschwerdeführers zum Sachverhalt das Mobiltelefon des Beschwerdeführers aufgrund des Verdachtes des Besitzes pornographischer Darstellungen Minderjähriger und des Verstoßes nach § 3h Verbotsgesetz sichergestellt worden. Die Auswertung von Mobiltelefonen dauere aufgrund des hohen Aufwandes bei Auswertung von Datenträgern nach pornographischem Material oft mehrere Monate – aus Verhältnismäßigkeitsgründen sei verfahrensgegenständlich eine rasche Auswertung angestrebt worden und habe das Mobiltelefon des Beschwerdeführers bereits am 29. Mai 2023 nach Rücksprache mit der Staatsanwaltschaft wieder an diesen ausgehändigt werden können. Am Mobiltelefon des Beschwerdeführers seien keine strafbaren Inhalte vorgefunden worden, sodass nach einem entsprechenden Abschlussbericht gemäß § 100 Abs. 2 StPO am 29. Mai 2023 die Einstellung des Verfahrens gegen den Beschwerdeführer von der Staatsanwaltschaft verfügt worden sei.

Die belangte Behörde führte weiters aus, dass der Beschwerdeführer am 15. Mai 2023 mit dem oben angeführten Sachverhalt konfrontiert worden sei und dass dieser – nach Mitteilung der Polizeibeamten, dass diese die Sicherstellung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers beabsichtigen würden – dieses bereitwillig herausgegeben habe. Die Sicherstellung selbst sei nach § 100 Abs. 3 Z 2 StPO

erfolgt; dieser Bestimmung zufolge dürfe die Kriminalpolizei Gegenstände von sich aus sicherstellen, wenn deren Besitz allgemein verboten sei. Darunter würden nach der Lehre auch Bilder mit pornographischen Darstellungen Minderjähriger fallen. Die Zeitspanne der Sicherstellung im Ausmaß von 14 Tagen, sei zudem jedenfalls verhältnismäßig, in Anbetracht der Schwierigkeiten, pornographische Bilder in versteckten bzw. verschlüsselten Dateien aufzuspüren.

Auch wenn sich der anfängliche Tatverdacht gegen den Beschwerdeführer nicht bestätigt habe, sei aufgrund des berechtigten Anfangsverdachtes die polizeiliche Sicherstellung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers gerechtfertigt gewesen und sei auch die Zeitspanne von 14 Tagen als verhältnismäßig zu erachten. Die belangte Behörde stellte daher den Antrag, die gegenständliche Beschwerde kostenpflichtig als unberechtigt abzuweisen.

I.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in die Beschwerdeschrift, in die Gegenschrift sowie in die von der belangten Behörde übermittelten Unterlagen. Zudem fand eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich statt, im Zuge derer sowohl der Beschwerdeführer als auch einer der Polizeibeamten, welcher bei der Sicherstellung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers anwesend war, zum Sachverhalt befragt wurden.

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

II.1. Am 12. Mai 2023 erfolgte durch den stellvertretenden Direktor der Berufsschule X, die Information an die Landesleitzentrale der Polizei, dass im Kreise der Schüler des Lehrgangs X nationalsozialistische Bilder sowie kinderpornographisches Material in einer klasseninternen Whats-App-Gruppe versandt worden seien. Bei allen am 12. Mai 2023 vor Ort in der Berufsschule anwesenden Teilnehmern dieser Whats-App-Gruppe erfolgte eine Sicherstellung aller vorhandenen Mobiltelefone durch Polizeibeamte der belangten Behörde. Eine Einsichtnahme in die Inhalte der Mobiltelefone erfolgte vorerst nicht. Insgesamt vier Schüler, darunter auch der Beschwerdeführer, waren am 12. Mai 2023 krankheitsbedingt nicht im Unterricht an der Berufsschule, sodass eine Sicherstellung der Mobiltelefone dieser Schüler, die ebenfalls Teilnehmer der Whats-App-Gruppe waren, nicht erfolgen konnte.

II.2. Am 15. Mai 2023 um 14:15 Uhr fand an der Wohnadresse des Beschwerdeführers in der X eine Amtshandlung von Polizeibeamten der belangten Behörde statt. Nach kurzer Information des Beschwerdeführers über die Verdachtsgründe, wonach in der Whats-App-Gruppe der Berufsschulklasse, deren Teilnehmer auch der Beschwerdeführer ist bzw. war, Bilder mit nationalsozialistischem Inhalt sowie kinderpornographisches Material verschickt

worden seien, stellten die Polizeibeamten das Mobiltelefon des Beschwerdeführers sicher. Bei diesem Mobiltelefon handelt es sich um ein solches der Marke I-Phone 12, Nummer: X. Im Zuge der Sicherstellung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers wurde diesem von den anwesenden Polizeibeamten der Eindruck vermittelt, dass die Sicherstellung des Mobiltelefons jedenfalls stattfinden wird, auch bei entsprechender Weigerung des Beschwerdeführers, dieses herauszugeben. Aus diesem Grund übergab der Beschwerdeführer den anwesenden Polizeibeamten sein Mobiltelefon. Beim sichergestellten Mobiltelefon handelte es sich um das einzige Kommunikationsmittel des Beschwerdeführers; das Mobiltelefon wurde vom Beschwerdeführer als maßgebliches Kommunikationsmittel sowie zum Abrufen von E-Mails, sonstigen (Text)Nachrichten sowie zum Surfen im Internet verwendet.

Nach Übergabe des Mobiltelefons an die Polizeibeamten wurde der Beschwerdeführer von den anwesenden Polizeibeamten darüber informiert, dass dieser mit dem an den Beschwerdeführer ausgehändigten Sicherstellungsprotokoll vom Netzanbieter eine Kopie der SIM-Karte erhalten könne. Innerhalb weniger Tage nach der Sicherstellung seines Mobiltelefons konnte der Beschwerdeführer eine entsprechende Kopie seiner SIM-Karte erhalten und diese in ein im Familienverband vorhandenes Handy einlegen.

II.3. Die Sicherstellung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers erfolgte ohne Anordnung durch die Staatsanwaltschaft. Eine Auswertung der am 12. Mai 2023 bei den Klassenkameraden des Beschwerdeführers sichergestellten Mobiltelefone lag am 15. Mai 2023 im Zeitpunkt der Sicherstellung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers nicht vor. Die Polizeibeamten vor Ort nahmen keine Einsicht in die Inhalte des Mobiltelefons des Beschwerdeführers vor der Sicherstellung. Im Zeitpunkt der Sicherstellung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers befand sich die relevante Whats-App-Gruppe nicht mehr am Mobiltelefon des Beschwerdeführers. Der Beschwerdeführer hat die Whats-App-Gruppe nach einer Information seiner Mitschüler über die Vorfälle am 12. Mai 2023 als Teilnehmer verlassen und die Whats-App-Gruppe auf seinem Mobiltelefon gelöscht.

II.4. Am 29. Mai 2023 wurde das sichergestellte Mobiltelefon dem Beschwerdeführer nach Rücksprache mit der Staatsanwaltschaft wieder ausgehändigt. Inkriminierende Daten betreffend pornographischer Darstellungen Minderjähriger bzw. Inhalte, die gegen das Verbotsgesetz verstoßen, wurden am Mobiltelefon des Beschwerdeführers nicht gefunden.

Im Rahmen dieser Rückstellung des sichergestellten Mobiltelefons erfolgte auch eine Einvernahme des Beschwerdeführers als Beschuldigter. Mit Benachrichtigung der Staatsanwaltschaft Linz vom 1. Juni 2023, GZ: 11 St 77/23s, wurde der Beschwerdeführer über die Einstellung des Verfahrens gegen ihn wegen § 207a

StGB informiert. Die Einstellung erfolgte gemäß § 190 Z 2 StPO, da kein tatsächlicher Grund zur weiteren Verfolgung bestand.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers in der Beschwerdeschrift sowie aus dem Vorbringen der belangten Behörde in der Gegenschrift vom 14. Juni 2023. Zudem wurde seitens des erkennenden Gerichtes in den von der belangten Behörde übermittelten verfahrensgegenständlichen Behördenakt Einsicht genommen. Am 18. September 2023 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gericht statt. In dieser wurden sowohl der Beschwerdeführer als auch der zeugenschaftlich einvernommene Polizeibeamte BezInsp. S zum Ablauf der Sicherstellung des Mobiltelefons befragt und konnten diesbezüglich beide konkrete Angaben zur durchgeführten Sicherstellung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers machen.

III.2. Die Aussagen sowohl des Beschwerdeführers als auch des einvernommenen Zeugen decken sich weitestgehend. So haben beide die Vorgehensweise bei Sicherstellung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers deckungsgleich und nachvollziehbar geschildert.

Dass im Falle einer Weigerung des Beschwerdeführers, sein Mobiltelefon herauszugeben, dieses jedenfalls unter Einsatz von Befehlen bzw. Zwang sichergestellt worden wäre, hat auch der einvernommene Zeuge bestätigt, welcher ausgeführt hat, dass in jedem Fall eine Sicherstellung des Mobiltelefons (auch bei einer Verweigerung der Herausgabe) durchgeführt worden wäre, da dies der Grund für die Amtshandlung gewesen ist. Auch der Beschwerdeführer hat glaubhaft geschildert, dass er subjektiv den Eindruck gehabt hat, keine andere Wahl zu haben, als sein Mobiltelefon herauszugeben.

III.3. Die Feststellung, wonach sich auf dem sichergestellten Mobiltelefon des Beschwerdeführers keine inkriminierenden Daten betreffend pornographischer Darstellungen Minderjähriger bzw. Inhalte, die gegen das Verbotsgesetz verstoßen, gefunden wurden und auf diese vom Beschwerdeführer auch nicht zugegriffen werden konnte, ergibt sich aus den vorliegenden Unterlagen, insbesondere aus dem Abschlussbericht der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 29. Mai 2023 sowie aus der Benachrichtigung der Staatsanwaltschaft Linz vom 1. Juni 2023 betreffend die Einstellung des Verfahrens gegen den Beschwerdeführer.

IV. Rechtsgrundlagen:

IV.1. 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.

Gemäß § 106 Abs. 1 Strafprozessordnung – StPO steht ein Einspruch an das Gericht jeder Person zu, die behauptet, im Ermittlungsverfahren durch Staatsanwaltschaft in einem subjektiven Recht verletzt zu sein, weil
1. ihr die Ausübung eines Rechtes nach diesem Gesetz verweigert oder
2. eine Ermittlungs- oder Zwangsmaßnahme unter Verletzung von Bestimmungen dieses Gesetzes angeordnet oder durchgeführt wurde.
[...]

Gemäß § 110 Abs. 1 StPO ist die Sicherstellung zulässig, wenn sie
1. aus Beweisgründen
2. zur Sicherstellung privatrechtlicher Ansprüche oder
3. zur Sicherung der Konfiskation (§ 19a StGB), des Verfalls (§ 20 StGB), des erweiterten Verfalls (§ 20b StGB), der Einziehung (§ 26 StGB) oder einer anderen gesetzlich vorgesehenen vermögensrechtlichen Anordnung erforderlich erscheint.

Gemäß § 110 Abs. 2 StPO ist die Sicherstellung von der Staatsanwaltschaft anzuordnen und von der Kriminalpolizei durchzuführen.

Die Kriminalpolizei ist gemäß § 110 Abs. 3 StPO berechtigt, Gegenstände (§ 109 Z 1 lit. a) von sich aus sicherzustellen,
1. wenn sie
a) in niemandes Verfügungsmacht stehen,
b) dem Opfer durch die Straftat entzogen wurden,
c) am Tatort aufgefunden wurden und zur Begehung der strafbaren Handlung verwendet oder dazu bestimmt worden sein könnten, oder
d) geringwertig oder vorübergehend leicht ersetzbar sind,
2. wenn ihr Besitz allgemein verboten ist (§ 445a Abs. 1)

3. die im Rahmen einer Durchsuchung nach § 120 Abs. 2 aufgefunden werden oder mit denen eine Person, die aus dem Grunde des § 170 Abs. 1 Z 1 festgenommen wird, betreten wurde oder die im Rahmen ihrer Durchsuchung gemäß § 120 Abs. 1 zweiter Satz aufgefunden werden, oder
4. in den Fällen des Artikels 18 der Verordnung (EU) Nr. 608/2013 zur Durchsetzung der Rechte geistigen Eigentums durch die Zollbehörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1383/2003 des Rates, ABl. Nr. L 181 vom 29.06.2013 S.15.
[...]

Gemäß § 207a Abs. 1 StGB ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen, wer eine pornographische Darstellung einer minderjährigen Person (Abs. 4)
1. herstellt oder
2. einem anderen anbietet, verschafft, überlässt, vorführt oder sonst zugänglich macht.
[...]

Gemäß § 3h Verbotsgesetz wird auch bestraft, wer in einem Druckwerk, im Rundfunk oder in einem anderen Medium oder wer sonst öffentlich auf eine Weise, dass es vielen Menschen zugänglich wird, den nationalsozialistischen Völkermord oder andere nationalsozialistische Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost, gutheißt oder zu rechtfertigen versucht.

V. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

V.1. Voraussetzung für die Zulässigkeit der gegenständlichen Beschwerde ist unter anderem die Zuständigkeit des erkennenden Gerichts zur Entscheidung über diese Beschwerde. Gemäß § 106 Abs. 1 StPO steht der Einspruch an das Gericht jeder Person zu, die behauptet, im Ermittlungsverfahren durch Staatsanwaltschaft in einem subjektiven Recht verletzt zu sein. Gemäß § 110 Abs. 2 StPO ist eine Sicherstellung von der Staatsanwaltschaft anzuordnen und von der Kriminalpolizei durchzuführen. In diesen Fällen liegt die Zuständigkeit zur Entscheidung über Beschwerden gegen die Sicherstellung gemäß § 106 Abs. 1 StPO bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit. § 110 Abs. 3 StPO sieht demgegenüber die Sicherstellung der Kriminalpolizei von sich aus vor. Zumal lediglich jene Fälle, in denen eine Sicherstellung durch die Staatsanwaltschaft angeordnet wurde, in den Anwendungsbereich des § 106 Abs. 1 StPO fallen, ist für die Entscheidung über Maßnahmenbeschwerden gegen Sicherstellungen ohne Anordnung durch die Staatsanwaltschaft die Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig.

Verfahrensgegenständlich lag keine Anordnung der Sicherstellung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers am 15. Mai 2023 durch die Staatsanwaltschaft vor. Die Sicherstellung des Mobiltelefons stützte sich daher auf

die Regelung des § 110 Abs. 3 StPO, sodass für die Entscheidung über die Maßnahmenbeschwerde das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zuständig ist.

V.2. Voraussetzung für die Maßnahmenbeschwerde ist zudem, dass die Sicherstellung des Mobiltelefons durch die Beamte der Landespolizeidirektion Oberösterreich als belangte Behörde in Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt erfolgte. Eine Person, die sich durch eine derartige Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in ihren Rechten verletzt erachtet, kann dagegen Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG an das Verwaltungsgericht erheben.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt ein Akt der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt dann vor, wenn Verwaltungsorgane im Rahmen der Hoheitsverhaltung einseitig gegen individuell bestimmte Adressaten einen Befehl erteilen oder Zwang ausüben und damit unmittelbar – das heißt ohne vorangegangenen Bescheid – in subjektive Rechte des Betroffenen eingreifen. Dies ist im Allgemeinen dann der Fall, wenn physischer Zwang ausgeübt wird oder die unmittelbare Ausübung physischen Zwanges bei Nichtbefolgung eines Befehls droht. Es muss ein Verhalten vorliegen, dass „als Zwangsgewalt“ zumindest aber als „spezifisch verstandene“ Ausübung von „Befehlsgewalt“ gedeutet werden kann.

Weil das Gesetz auf Befehle, somit auf normative Anordnungen, abstellt, sind behördliche Einladungen zu einem bestimmten Verhalten auch dann nicht tatbildlich, wenn der Einladung Folge geleistet wird. Die subjektive Annahme einer Gehorsamspflicht ändert noch nichts am Charakter einer Aufforderung zum freiwilligen Mitwirken. Als unverzichtbares Merkmal eines Verwaltungsaktes in der Form eines Befehls gilt, dass dem Befehlsadressaten eine bei Nichtbefolgung unverzüglich einsetzende physische Sanktion angedroht wird. Liegt ein ausdrücklicher Befolgungsanspruch 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 (VwGH 10.11.2021, Ra 2021/01/0211 mit Verweis auf VwGH 07.09.2020, Ro 2020/01/0010, mwN). Ob es sich um eine Ausübung unmittelbarer sicherheitsbehördlicher Befehls- oder Zwangsgewalt gehandelt hat, unterliegt einer einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichtes (dazu etwa VwGH 27.09.2021, Ro 2021/01/0019, mwN).

Verfahrensgegenständlich musste der Beschwerdeführer aus den Gesamtumständen bei Sicherstellung seines Mobiltelefons den Eindruck gewinnen, dass er sein Mobiltelefon jedenfalls an die einschreitenden Polizeibeamten herauszugeben habe und eine Verweigerung nicht möglich sei. Auch der

einvernommene Zeuge hat diesbezüglich darauf hingewiesen, dass eine Sicherstellung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers in jedem Fall – auch bei Verweigerung der Herausgabe – erfolgt wäre. Dies wurde dem Beschwerdeführer auch von den einschreitenden Polizeibeamten suggeriert, sodass die Sicherstellung des Mobiltelefons und die Herausgabe desselben durch den Beschwerdeführer an die Polizeibeamten als Maßnahme unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt zu qualifizieren ist.

V.3. Durch die Regelung des § 110 Abs. 3 StPO sollte „einem dringenden Bedürfnis der Praxis“ entgegengekommen und in Anerkennung der eigenen Ermittlungskompetenz der Kriminalpolizei Ermittlungsmaßnahmen, die mit unwesentlichen Eingriffen in die Rechte Dritter verbunden sind und einer raschen und unkomplizierten Durchführung bedürfen, um die Ausforschung des Beschuldigten nicht wesentlich zu erschweren, in deren Eigenkompetenz übertragen werden (dazu EBRV 25 BlgNR 22. GP 118, 154).

Diesbezüglich ist jedoch darauf hinzuweisen, dass eine Sicherstellung von Gegenständen durch die Kriminalpolizei ohne entsprechende Anordnung der Staatsanwaltschaft lediglich bei Vorliegen der in § 110 Abs 3 StPO taxativ genannten Voraussetzungen rechtskonform ist. Insoweit wird die Berechtigung der Kriminalpolizei, eine Sicherstellung von sich aus vorzunehmen, auf bestimmte gesetzlich festgelegte Fallkonstellationen eingeschränkt.

V.4. Gemäß den Ausführungen der belangten Behörde in der Gegenschrift vom 14. Juni 2023, erfolgte die verfahrensgegenständliche Sicherstellung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers gestützt auf die Regelung des § 110 Abs. 3 Z 2 StPO. Dieser Bestimmung zufolge ist die Kriminalpolizei berechtigt, Gegenstände von sich aus sicherzustellen, wenn ihr Besitz allgemein verboten ist (§ 445a Abs. 1 StPO).

Als Begründung verwies die belangte Behörde auf das Bestehen eines (letzten Endes nicht bestätigten) begründeten Anfangsverdachtes, wonach sich am sichergestellten Mobiltelefon des Beschwerdeführers kinderpornographische oder nationalsozialistische Inhalte befinden könnten.

Voraussetzung für die Subsumierung der verfahrensgegenständlichen Sicherstellung des Mobiltelefons unter den Tatbestand des § 110 Abs. 3 Z 2 StPO ist somit, dass es sich bei dem sichergestellten Gegenstand um einen solchen handelt, dessen Besitz allgemein verboten ist.

Gegenstände gelten dann als allgemein verboten iSd § 110 Abs. 3 Z 2 StPO, wenn sie (grundsätzlich) niemand besitzen darf. Erfasst sind hierbei insbesondere Suchtmittel und Neue-Psychoaktive-Substanzen, verbotene Waffen, Kriegsmaterial, gefälschte Arzneimittel, Wirkstoffe, Hilfsstoffe und Dokumente,

Falschgeld oder kinderpornographische Darstellungen. Nicht allgemein verboten sind etwa Faustfeuerwaffen (§ 19 WaffG), da deren Besitz nicht generell verboten ist, sondern aufgrund einer behördlichen Genehmigung erlaubt sein kann (dazu: Keplinger/Prunner/Pühringer in LiK-StPO § 110 Rz30 ff).

Die genannten Beispiele zeigen, dass es sich bei den sichergestellten Gegenständen an sich bereits um solche Gegenstände handeln muss, deren Besitz gemäß den gesetzlichen Bestimmungen bereits per se verboten ist. Das Besitzverbot des § 110 Abs. 1 Z 2 StPO bezieht sich somit nach dem Wortlaut des Gesetzes auf den sichergestellten Gegenstand. Gegenstand der verfahrensgegenständlichen Sicherstellung war jedoch das Mobiltelefon des Beschwerdeführers, dessen Besitz an sich jedoch nicht als „verboten“ iSd § 110 Abs. 3 Z 2 StPO qualifiziert werden kann. Der reine Tatverdacht, auf dem Mobiltelefon könnten sich kinderpornographische oder nationalsozialistische Inhalte befinden, reicht im Sinne der Konzeption des § 110 Abs. 3 StPO sowie dem Regelungsinhalt des § 110 Abs. 3 Z 2 StPO jedoch nicht dazu aus, um den Besitz eines Mobiltelefons bereits grundsätzlich als „verboten“ qualifizieren zu können.

Die Bestimmungen des § 110 Abs. 3 Z 2 StPO, auf die die belangte Behörde die verfahrensgegenständliche Sicherstellung des Mobiltelefons stützt, bezieht sich somit gemäß dem eindeutigen Wortlaut auf Gegenstände, die von niemanden besessen werden dürfen. Darunter sind somit jedenfalls Gegenstände kinderpornographischer Darstellungen (zB. Bilddarstellungen) als solche sowie Gegenstände nationalsozialistischer Art zu verstehen. Mobiltelefone, auf denen sich derartige Inhalte befinden könnten, zählen jedoch nicht zum Regelungszweck und Regelungsbereich des § 110 Abs. 3 Z 2 StPO.

Da es sich somit im verfahrensgegenständlichen Sachverhalt bei dem sichergestellten Mobiltelefon um keinen Gegenstand handelt, dessen Besitz gemäß § 110 Abs. 3 Z 2 StPO generell verboten ist und der reine Verdacht, auf dem Mobiltelefon könnten sich (ohne weitere konkretere Anhaltspunkte) allenfalls verbotene Daten befinden, dieses nicht zu einem Gegenstand macht, dessen Besitz bereits per se als Gegenstand verboten ist, erweist sich die Regelung des § 110 Abs. 3 Z 2 StPO, auf welche die belangte Behörde die Sicherstellung gestützt hat, nicht als geeignete Grundlage für die verfahrensgegenständliche Sicherstellung.

Seitens der belangten Behörde hätte vielmehr vor Sicherstellung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers eine entsprechende Anordnung durch die Staatsanwaltschaft erfolgen müssen, die auch aufgrund des zeitlichen Ablaufs (Anfangsverdacht seit 12. Mai 2023, erfolgte Sicherstellung am 15. Mai 2023) ohne weiters hätte eingeholt werden können. Für eine Sicherstellung durch die Kriminalpolizei, die von dieser von sich aus vorgenommen wurde, gibt es somit keine gesetzliche Grundlage, zumal die in § 110 Abs. 3 StPO normierten

Berechtigungen aufgrund des damit verbundenen Eingriffs in Rechte der Betroffenen restriktiv zu behandeln sind.

Dass sich die verfahrensgegenständliche Sicherstellung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers auf einen sonstigen Ermächtigungstatbestand des § 110 Abs. 3 StPO gestützt hätte, lässt sich dem Beweisergebnis nicht entnehmen und wurde von der belangten Behörde auch nicht behauptet. Dass es sich bei einem Mobiltelefon grundsätzlich weder um einen geringwertigen noch um einen vorübergehend leicht ersetzbaren Gegenstand handelt (§ 110 Abs. 3 Z 1 lit. d StPO), wurde bereits vom Verwaltungsgerichtshof bestätigt (VwGH 10.11.2021, Ra 2021/01/0211).

V.5. Der Sachverhaltsdarstellung in der Gegenschrift ist zudem zu entnehmen, dass die Sicherstellung des Mobiltelefons des Beschwerdeführers aufgrund eines bestehenden Anfangsverdachtes aus Beweisgründen (§ 110 Abs. 1 Z 1 StPO) erfolgte. Eine Sicherstellung aus Beweisgründen ist jedoch gemäß § 110 Abs. 2 StPO von der Staatsanwaltschaft anzuordnen. Eine Ermächtigung für eine Sicherstellung aus Beweisgründen aus eigenem bzw. auf Anordnung eines anderen Organs als der Staatsanwaltschaft findet sich hingegen nicht. Zumal keine Anordnung der Staatsanwaltschaft zur gegenständlichen Sicherstellung bestanden hat und eine Sicherstellung aus Beweisgründen aus eigenem einer Rechtsgrundlage entbehrt, erweist sich eine derartige Sicherstellung als rechtswidrig. Daran vermag auch der von der belangten Behörde geäußerte Anfangsverdacht gegen den Beschwerdeführer nichts zu ändern.

Zusammengefasst erweist sich somit die vorgenommene Sicherstellung als rechtswidrig.

VI. Zur Kostenentscheidung:

Gemäß § 35 Abs. 1 VwGVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen durch die unterliegende Partei. Nach Abs. 2 par cit ist der Beschwerdeführer die obsiegende Partei und die belangte Behörde die unterlegene Partei, wenn die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für rechtswidrig erklärt wird. Gemäß § 35 Abs. 6 VwGVG sind des Weiteren die §§ 52 bis 54 VwGG auf den Anspruch auf Aufwandsersatz gemäß § 35 Abs. 1 VwGVG anzuwenden.

Gemäß § 1 der VwG-Aufwandsersatzverordnung – 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 Aufwandsersatz 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

Gemäß § 2 Abs 1 BuLVwG-Eingabengebührverordnung – BuLVwG-EGebV, BGBl II Nr 387/2014 idF BGBl II Nr 579/2020 beträgt die Höhe der Pauschalgebühr für Beschwerden, Wiedereinsetzungsanträge und Wiederaufnahmeanträge (samt Beilagen) 30 Euro, für Vorlageanträge 15 Euro.

Beim erlangten Verfahrensergebnis hat der Bund als Rechtsträger, für den die belangte Behörde eingeschritten ist, nach den §§ 35 VwGVG iVm der VwG-Aufwandersatzverordnung, dem Beschwerdeführer aufgrund seines diesbezüglichen Antrags Aufwandersatz für den Schriftsatzaufwand und den Verhandlungsaufwand zu leisten. Entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl VwGH 28.5.2020, Ra 2019/21/0336) ist der obsiegenden Partei zusätzlich die Eingabengebühr zu ersetzen. Der Beschwerdeführer hat diesbezüglich einen Betrag in Höhe von 14,30 Euro geltend gemacht, welcher zugesprochen wird.

Der Bund hat daher dem Beschwerdeführer somit Aufwandersatz und Ersatz der Eingabengebühr in Höhe von insgesamt 1.673,90 Euro (737,60 Euro + 922,00 Euro + 14,30 Euro) binnen vierzehn Tagen bei sonstiger Exekution zu leisten.

VII. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Aufgrund des klaren und eindeutigen Wortlauts der anzuwendenden Normen liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG vor, auch wenn zur Bestimmung des § 110 Abs. 3 Z 2 StPO (soweit ersichtlich) noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergangen ist (vgl VwGH 27.08.2014, Ra 2014/05/0007, mwN; VwGH 10.05.2023, Ro 2022/08/0010). Die Voraussetzungen für die Erhebung einer Revision fehlen, da sich das Landesverwaltungsgericht OÖ auf einen klaren Gesetzeswortlaut stützen konnte (vgl VwGH 21.01.2015, Ra 2015/12/0003).

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

Mag. Haas