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-780346/5/MB/FS

Datum:
Linz, 21. Jänner 2025

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde des A__, vertreten durch B__, gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch der Landespolizeidirektion Oberösterreich zurechenbare Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes in Form der Sicherstellung eines Mobiltelefons am 29. September 2024

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch der Landespolizeidirektion Oberösterreich zurechenbare Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes in Form der Sicherstellung eines Mobiltelefons am 29. September 2024 für rechtswidrig erklärt.

II. Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwandersatz in Höhe von 737,60 Euro binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu leisten.

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 9. Oktober 2024 erhob der Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) fristgerecht Maßnahmenbeschwerde, in der er sich gegen die Sicherstellung seines Mobiltelefons durch der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) zurechenbare Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes wendet. Der Bf beantragt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt gemäß § 28 Abs. 6 VwGVG für rechtswidrig erklären, die belangte Behörde zum Ersatz der Verfahrenskosten im gesetzlichen Ausmaß verpflichten und eine mündliche Verhandlung gemäß § 24 VwGVG durchführen.

Begründend wird im Wesentlichen ausgeführt, dass die minderjährige C__ (in der Folge: Opfer) am 28. September 2024 eine Anzeige gegen den Bf gemäß § 207a StGB erstattet habe, in der sie behaupte, dass der Bf ein Bild von ihr beim Oralverkehr mit ihrem ehemaligen Freund mehrmals weitergeschickt habe. Erfahren habe sie dies von einer Freundin, die als Zeugin einvernommen worden sei, die die Information wiederum von ihrem Bruder habe. Am 29. September 2024 hätten sich die zwei Polizeibeamte zur Wohnadresse des Bf begeben, um das Mobiltelefon des Bf sicherzustellen. Dieser sei zur Herausgabe des Handys aufgefordert und zur Bekanntgabe der PIN gedrängt worden, da ihm angedroht worden sei, dass er sonst sein Handy ein Jahr lang nicht mehr sehen werde. Der Bf habe die Herausgabe der PIN verweigert. Die Sicherstellung des Mobiltelefons ohne richterliche Bewilligung oder staatsanwaltliche Anordnung sei unzulässig und verfassungswidrig (VfGH 14.12.2023, G 352/2021). Die Voraussetzungen für eine Sicherstellung ohne staatsanwaltliche Anordnung lägen nicht vor, da nicht Gefahr im Verzug bestanden habe, zumal der Bf von den Ermittlungen gegen ihn nichts gewusst habe. Auch sei die eigenmächtige Sicherstellung nur am Tatort zulässig, wobei es im gegenständlichen Fall reine Spekulation sei, dass der Bf die Tat zu Hause begangen habe. Die versuchte Erzwingung der PIN, bei der die Beamten dem Bf gedroht hätten, dass er sein Handy ein Jahr lang nicht mehr sähe, wenn er die PIN nicht bekannt gebe, sei rechtswidrig, da sie den Paradefall einer Einschüchterung durch die Polizei darstelle. Zudem sei die Ermittlungsarbeit der Polizei unzureichend und liege nicht einmal ein Anfangsverdacht gegen den Bf vor, da der Urheber des Bildes und der Bruder der Zeugin nicht befragt worden seien und der gesamte Sachverhalt bzw. Tatverdacht sohin auf vagen Aussagen und „Hörensagen“ basiere.

Zusätzlich wurde ein Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 22 Abs. 1 VwGVG gestellt. Die Sicherstellung des Mobiltelefons habe erhebliche

Einschränkungen im Alltag des Bf zur Folge, da ein Mobiltelefon heutzutage fast unerlässlich für die Kommunikation und den Schulunterricht sei. Zwingende öffentliche Interessen stünden der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung nicht entgegen.

I.2. Mit Schreiben vom 14. Oktober 2024 forderte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die belangte Behörde auf, die bezughabenden Verwaltungsakten vorzulegen und gab dieser die Möglichkeit, eine Gegenschrift zu erstatten.

I.3. Mit Schreiben vom 7. November 2024 kam die belangte Behörde der Aufforderung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich nach, legte die Akten vor und erstattete eine Gegenschrift. Die belangte Behörde beantragte die kostenpflichtige Abweisung der Maßnahmenbeschwerde.

Begründend führt die belangte Behörde auf das Wesentliche zusammengefasst aus, dass das 15-jährige Opfer am 19. September 2024 um 19:00 Uhr persönlich bei der Polizeiinspektion Leonding eine Anzeige erstattet habe, wonach ein sogenannter „Sticker“ in den sozialen Medien verbreitet werde, der ohne ihr Einverständnis angefertigt worden sei und auf dem ersichtlich sei, wie sie ihren Ex-Freund oral befriedige. Dazu wurde sie am 20. September 2024 niederschriftlich einvernommen. Im Zuge der Einvernahme habe sie vier männliche Personen genannt, die das besagte Foto vermutlich auf ihren Handys hätten und möglichweise weiterverbreiten würden. Dahingehend nahm die aktführende Beamtin Kontakt zur Journalstaatsanwältin auf, die eine Sicherstellung der Handys anordnete. Am 28. September 2024 wurde eine Zeugin zu dem Sachverhalt niederschriftlich einvernommen. Diese gab an, dass sie von ihrem Bruder erfahren habe, dass der Bf das verfahrensgegenständliche Foto, zeigend das Opfer beim Oralverkehr, über dessen Mobiltelefon an eine bislang unbekannte Anzahl von Personen in sozialen Medien verbreitet habe. Am 29. September 2024 begaben sich daher zwei Beamte zur Wohnadresse des Bf. Der Bf sei aufgrund seines Alters von den Beamten ersucht worden, seine Mutter der Amtshandlung beizuziehen. Erst nachdem die Mutter des Bf ebenfalls anwesend gewesen sei, sei dieser mit dem Tatvorwurf konfrontiert worden. Der Bf sei aufgefordert worden, das Handy herauszugeben und über die Sicherstellung gemäß StPO in Kenntnis gesetzt worden. Der Bf sei dieser Aufforderung nachgekommen. Die Herausgabe der PIN wurde vom Bf jedoch verweigert, woraufhin er in Kenntnis gesetzt worden sei, dass ohne PIN die Auswertung des Mobiltelefons länger dauere. Ihm sei jedoch niemals damit gedroht worden, dass das Mobiltelefon für ein Jahr entzogen werde, sollte er den PIN-Code nicht bekannt geben. Da die Voraussetzungen für eine Sicherstellung aus eigenem gemäß § 110 Abs. 3 Z 1 lit. c StPO vorgelegen seien, sei auf eine staatsanwaltliche Anordnung verzichtet worden. Da es sich bei Snapchat um eine primär für Mobiltelefone entwickelte App handle, müsse davon ausgegangen werden, dass der Bf die zuvor angeführte bildliche Darstellung einerseits mit seinem Mobiltelefon verbreitet habe

und diese darüber hinaus auf seinem Mobiltelefon abgespeichert sei. Der Bf sei verdächtig im Sinne der §§ 207a Abs. 1 und Abs. 3 StGB tatbildlich gehandelt haben. Gemäß § 110 Abs. 1 Z 1 StPO sei eine Sicherstellung zulässig, wenn sie aus Beweisgründen erforderlich erscheine. Gemäß § 110 Abs. 3 Z 1 lit. c StPO sei die Kriminalpolizei berechtigt, Gegenstände von sich aus sicherzustellen, wenn sie am Tatort aufgefunden worden seien und zur Begehung der strafbaren Handlung verwendet oder dazu bestimmt worden sein könnten. Hinsichtlich des Besitzens von pornographischen Darstellungen sei § 207a Abs. 3 StGB als Dauerdelikt konzipiert. Tatort bei Dauerdelikten sei jener Ort, an dem das Delikt noch fortbestehe. Da der dringende Verdacht bestünde, dass sich auf dem Mobiltelefon des Bf die kompromittierende bildliche Darstellung des Opfers befinde, sei eine Sicherstellung gemäß § 110 Abs. 1 Z 1 StPO aus Beweisgründen jedenfalls erforderlich gewesen. Zudem sei eine Sicherstellung gemäß § 110 Abs. 3 Z 1 lit. c StPO durch die Kriminalpolizei, ohne Anordnung der Staatsanwaltschaft, zulässig gewesen, da es sich einerseits bei § 207a Abs. 3 StGB um ein Dauerdelikt handle und demnach der Tatort an den Aufenthaltsort des Mobiltelefons gebunden sei und andererseits das Mobiltelefon zur Begehung der strafbaren Handlung verwendet worden sei. Abschließend sei anzumerken, dass zwar hinsichtlich der Sicherstellung von Mobiltelefonen eine höchstgerichtliche Entscheidung ergangen sei, die diese an eine richterliche Anordnung binde, eine Änderung der entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen erst mit 31.12.2024 erfolge.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in die Beschwerde, die Gegenschrift und den vorgelegten Verwaltungsakt.

Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 24 Abs. 2 Z 2 VwGVG entfallen, da bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass die angefochtene Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für rechtswidrig zu erklären ist.

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt steht fest:

Am 19. September 2024 um 19:00 Uhr erstattete die 15-jährige C__ zusammen mit ihrer Schwester persönlich bei der Polizeiinspektion Leonding Anzeige. Sie berichtete, dass ein sogenannter „Sticker“ in sozialen Medien verbreitet werde, der ohne ihr Einverständnis angefertigt worden und auf dem zu sehen sei, wie sie ihren Ex-Freund oral befriedige. Ihr sei von einer Freundin mitgeteilt worden, dass das Foto durch den Bf verbreitet werde.

Am 20. September 2024 um 10:00 Uhr wurde sie im Beisein ihres Stiefvaters und ihrer Schwester bei der Polizeiinspektion Leonding befragt. Während der Befragung nannte sie die Namen von vier weiteren männlichen Schülern, von denen sie wisse, dass sie das besagte Foto auf ihren Handys hätten und möglicherweise weiterverbreiten würden. Es wurde die Staatsanwaltschaft Linz telefonisch über den Sachverhalt informiert. Daraufhin wurde angeordnet, die Handys der vier genannten Beschuldigten sicherzustellen.

Am 28. September 2024 erschien das Opfer im Beisein ihrer Mutter bei der Polizeiinspektion Leonding, um eine ergänzende Aussage zu ihrer Opfereinvernahme vom 20. September 2024 zu machen.

Am 28. September 2024 wurde jene Freundin, die dem Opfer von der Verbreitung durch den Bf berichtet hat, als Zeugin schriftlich befragt. Sie berichtete, dass sie erfahren hätte, dass der Bf ein Foto des Opfers, das dieses beim Oralverkehr zeige, über sein Mobiltelefon an eine unbekannte Anzahl von Personen in sozialen Medien verbreitet habe.

Am 29. September 2024 begaben sich RevInsp D__ und Insp E__ zur Wohnadresse des Bf in F-Strasse. Nachdem der Bf die Tür geöffnet hatte, baten die Beamten ihn, seine Mutter zur Amtshandlung hinzuzuziehen. Der Bf wurde aufgefordert, sein Handy herauszugeben und über die Sicherstellung gemäß StPO informiert. Er kam dieser Aufforderung nach.

Das Mobiltelefon des Bf wurde zur Polizeiinspektion Leonding gebracht, wo ein Sicherstellungsprotokoll angefertigt wurde. Dieses wurde anschließend dem Bf an seiner Wohnanschrift ausgehändigt.

II.3. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus den aufgenommenen Beweismitteln und wurde im Wesentlichen sowohl vom Bf als auch von der belangten Behörde in gleicher Weise geschildert. Im vorliegenden Fall geht es ausschließlich um die rechtliche Würdigung dieses Sachverhalts.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Rechtsgrundlagen:

Die maßgeblichen, im Zeitpunkt der gegenständlich bekämpften Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in Geltung stehenden Bestimmungen der Strafprozessordnung 1975 (StPO), BGBl. 631/1975 (WV), idF BGBl. I 96/2014, lauteten wie folgt:

„Ermittlungen

§ 99.

(1) Die Kriminalpolizei ermittelt von Amts wegen oder auf Grund einer Anzeige; Anordnungen der Staatsanwaltschaft und des Gerichts (§ 105 Abs. 2) hat sie zu befolgen.

(2) Ist für eine Ermittlungsmaßnahme eine Anordnung der Staatsanwaltschaft erforderlich, so kann die Kriminalpolizei diese Befugnis bei Gefahr im Verzug ohne diese Anordnung ausüben. In diesem Fall hat die Kriminalpolizei unverzüglich um Genehmigung anzufragen (§ 100 Abs. 2 Z 2); wird diese nicht erteilt, so hat die Kriminalpolizei die Ermittlungshandlung sogleich zu beenden und den ursprünglichen Zustand soweit wie möglich wieder herzustellen.

(3) Erfordert die Anordnung jedoch eine gerichtliche Bewilligung, so ist die Ermittlungsmaßnahme bei Gefahr im Verzug ohne diese Bewilligung nur dann zulässig, wenn das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht.

(4) Ein Aufschub kriminalpolizeilicher Ermittlungen ist zulässig, wenn

1. dadurch die Aufklärung einer wesentlich schwerer wiegenden Straftat oder die Ausforschung eines an der Begehung der strafbaren Handlung führend Beteiligten gefördert wird und mit dem Aufschub keine ernste Gefahr für Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit oder Freiheit Dritter verbunden ist, oder
2. andernfalls eine ernste Gefahr für Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit oder Freiheit einer Person entstehen würde, die auf andere Weise nicht abgewendet werden kann.

(5) Die Kriminalpolizei hat die Staatsanwaltschaft von einem Aufschub nach Abs. 4 unverzüglich zu verständigen. Im Fall einer kontrollierten Lieferung, das ist der Transport von Gegenständen aus dem, in das oder durch das Bundesgebiet, ohne dass die Staatsanwaltschaft verpflichtet wäre, nach § 2 Abs. 1 vorzugehen, gelten die Bestimmungen der §§ 71 und 72 des Bundesgesetzes über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-JZG) sinngemäß.

Sicherstellung

§ 110.

(1) Sicherstellung ist zulässig, wenn sie

1. aus Beweisgründen,
2. zur Sicherung 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 scheint.

(2) Sicherstellung ist von der Staatsanwaltschaft anzuordnen und von der Kriminalpolizei durchzuführen.

(3) Die Kriminalpolizei ist 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.

(4) Die Sicherstellung von Gegenständen aus Beweisgründen (Abs. 1 Z 1) ist nicht zulässig und jedenfalls auf Verlangen der betroffenen Person aufzuheben, soweit und sobald der Beweiszweck durch Bild-, Ton- oder sonstige Aufnahmen oder durch Kopien schriftlicher Aufzeichnungen oder automationsunterstützt verarbeiteter Daten erfüllt werden kann und nicht anzunehmen ist, dass die sichergestellten Gegenstände selbst oder die Originale der sichergestellten Informationen in der Hauptverhandlung in Augenschein zu nehmen sein werden."

§ 207a des Strafgesetzbuches (StGB), BGBl. 60/1974, idF BGBl. I 135/2023, lautet wie folgt:

„Bildliches sexualbezogenes Kindesmissbrauchsmaterial und bildliche sexualbezogene Darstellungen minderjähriger Personen

§ 207a.

(1) Wer eine Abbildung oder Darstellung nach Abs. 4
1. herstellt oder
2. einem anderen anbietet, verschafft, überlässt, vorführt oder sonst zugänglich macht,

ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(1a) Mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren ist zu bestrafen, wer die Tat nach Abs. 1 in Bezug auf viele Abbildungen oder Darstellungen nach Abs. 4 begeht.

(2) Mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren ist zu bestrafen, wer eine Abbildung oder Darstellung nach Abs. 4 zum Zweck der Verbreitung herstellt, einführt, befördert oder ausführt oder eine Tat nach Abs. 1 gewerbsmäßig begeht. Mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren ist zu bestrafen, wer die Tat als Mitglied einer kriminellen Vereinigung oder so begeht, dass sie einen besonders schweren Nachteil der minderjährigen Person zur Folge hat; ebenso ist zu bestrafen, wer eine Abbildung oder Darstellung nach Abs. 4 unter Anwendung schwerer Gewalt herstellt oder bei der Herstellung das Leben der dargestellten minderjährigen Person vorsätzlich oder grob fahrlässig (§ 6 Abs. 3) gefährdet.

(2a) Mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren ist zu bestrafen, wer die Tat nach Abs. 2 erster Satz in Bezug auf viele Abbildungen oder Darstellungen nach Abs. 4 begeht.

(3) Wer sich eine Abbildung oder Darstellung einer mündigen minderjährigen Person nach Abs. 4 Z 3 und 4 verschafft oder eine solche besitzt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen. Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren ist zu bestrafen, wer sich eine Abbildung oder Darstellung einer unmündigen Person nach Abs. 4 verschafft oder eine solche besitzt.

(3a) Nach Abs. 3 wird auch bestraft, wer im Internet wissentlich auf eine Abbildung oder Darstellung nach Abs. 4 zugreift.

(3b) Wer die Tat nach Abs. 3 oder Abs. 3a in Bezug auf viele Abbildungen oder Darstellungen einer mündigen minderjährigen Person nach Abs. 4 begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu drei Jahren zu bestrafen, jedoch mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, wenn es sich dabei auch oder

ausschließlich um viele Abbildungen oder Darstellungen einer unmündigen Person nach Abs. 4 handelt.

(4) Bildliches sexualbezogenes Kindesmissbrauchsmaterial und bildliche sexualbezogene Darstellungen minderjähriger Personen sind eine oder mehrere

1. wirklichkeitsnahe Abbildungen einer geschlechtlichen Handlung an einer unmündigen Person oder einer unmündigen Person an sich selbst, an einer anderen Person oder mit einem Tier,
2. wirklichkeitsnahe Abbildungen eines Geschehens mit einer unmündigen Person, dessen Betrachtung nach den Umständen den Eindruck vermittelt, dass es sich dabei um eine geschlechtliche Handlung an der unmündigen Person oder der unmündigen Person an sich selbst, an einer anderen Person oder mit einem Tier handelt,
3. wirklichkeitsnahe Abbildungen
   a) einer geschlechtlichen Handlung im Sinne der Z 1 oder eines Geschehens im Sinne der Z 2, jedoch mit mündigen Minderjährigen, oder
   b) der Genitalien oder der Schamgegend Minderjähriger,
   soweit es sich um reißerisch verzerrte, auf sich selbst reduzierte und von anderen Lebensäußerungen losgelöste Abbildungen handelt, die der sexuellen Erregung des Betrachters dienen;
4. bildliche Darstellungen, deren Betrachtung – zufolge Veränderung einer Abbildung oder ohne Verwendung einer solchen – nach den Umständen den Eindruck vermittelt, es handle sich um eine Abbildung nach den Z 1 bis 3.

(5) Nach Abs. 1, Abs. 1a, Abs. 3, Abs. 3a und Abs. 3b ist nicht zu bestrafen, wer

1. eine Abbildung einer mündigen minderjährigen Person nach Abs. 4 Z 3 mit deren Einwilligung und zu deren oder seinem eigenen Gebrauch herstellt oder besitzt oder
2. eine Darstellung einer mündigen minderjährigen Person nach Abs. 4 Z 4 zu seinem eigenen Gebrauch herstellt oder besitzt, sofern mit der Tat keine Gefahr der Verbreitung der Darstellung verbunden ist.

(6) Nicht zu bestrafen ist ferner, wer

1. in den Fällen des Abs. 1, Abs. 1a, Abs. 2 erster Fall, Abs. 2a in Verbindung mit Abs. 2 erster Fall, Abs. 3 und Abs. 3b eine Abbildung oder Darstellung einer mündigen minderjährigen Person nach Abs. 4 Z 3 oder 4 von sich selbst herstellt, besitzt, oder anderen zu deren eigenem Gebrauch anbietet, verschafft, überlässt, vorführt oder sonst zugänglich macht oder
2. eine Abbildung oder Darstellung einer unmündigen minderjährigen Person nach Abs. 4 von sich selbst besitzt.“

III.2. Rechtliche Beurteilung:

III.2.1. Zulässigkeit:

Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 2 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit. Gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt kann wegen Rechtswidrigkeit nach Art. 132 Abs. 2 B-VG Beschwerde erheben, wer durch sie in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet.

Eine Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt liegt nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs dann vor, wenn einseitig in subjektive Rechte des Betroffenen eingegriffen und hiebei 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).

Feststeht, dass im vorliegenden Fall die Sicherstellung des Mobiltelefons des Bf durch die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes gemäß § 110 Abs. 3 StPO ohne vorangegangene staatsanwaltliche Anordnung erfolgte, sodass der Akt nicht der Gerichtsbarkeit zuzuordnen ist.

Zweifellos stellt die Sicherstellung des Mobiltelefons einen einseitigen Eingriff in subjektive Rechte des Betroffenen dar und wird hiebei die unmittelbare Ausübung physischen Zwangs bei Nichtbefolgung des Befehls angedroht (vgl. § 111 Abs. 1 StPO).

Da auch sonst keine Prozesshindernisse ersichtlich sind, ist die Maßnahmenbeschwerde daher zulässig.

III.2.2. In der Sache:

Zunächst ist festzuhalten, dass, da Prozessgegenstand des Verfahrens über eine Maßnahmenbeschwerde die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes ist, jene Sach- und Rechtslage maßgebend ist, die im Zeitpunkt der Setzung des Verwaltungsaktes bestand (vgl. VwGH 21.12.2017, Ra 2017/21/0234). Es ist daher für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme sowohl § 99 sowie § 110 StPO in der am 29. September 2024 geltenden Fassung maßgeblich. Gleichsam ist damit das Vorbringen des Bf, wonach der Verfassungsgerichtshof die Regelungen über die Sicherstellung von Mobiltelefonen als verfassungswidrig behoben hat, nicht maßgeblich, da gemäß der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes diese Regelungen erst mit 31. Dezember 2024 außer Kraft getreten sind.

Gemäß § 110 Abs. 1 Z 1 StPO idF BGBl. I 71/2014 ist die Sicherstellung zulässig, wenn sie aus Beweisgründen erforderlich erscheint.

Aus den am 29. September 2024 vorliegenden Ermittlungsergebnissen ergibt sich jedenfalls ein ausreichender Anfangsverdacht, aus dem die einschreitenden Polizeibeamten die Erforderlichkeit der Sicherstellung zu Beweiszwecken ableiten konnten. Insbesondere die belastenden Aussagen des Opfers sowie der Zeugin, wonach der Bf auf Snapchat ein Foto, dass das Opfer beim Oralverkehr zeige, verbreite, sprach dafür. Es wurde berichtet, dass der Bf mit dem Bruder der Zeugin befreundet gewesen sei und sie deshalb davon erfahren habe, dass der Bf das Foto als „Sticker“ auf Snapchat verbreite. Auch das Opfer gab an, dass ihr von der Zeugin berichtet worden sei, dass der Bf den „Sticker“ verbreite. Aufgrund dieser Aussagen kann nach der Lebenserfahrung auf die Begehung eines Vergehens nach § 207a Abs. 1 und Abs. 3 StGB geschlossen werden (vgl. OGH 2.12.2009, 11 Os 54/97). Auch die Annahme, dass der Bf das Versenden des „Stickers“ über „Snapchat“ mit seinem Mobiltelefon durchgeführt habe, ist lebensnah, plausibel und nicht zu beanstanden. In der Zusammenfassung aller damaligen Beweisergebnisse lag jedenfalls ein ausreichender Verdacht vor, dass der Bf das verfahrensgegenständliche Lichtbild (mit Hilfe seines Mobiltelefons) besessen und weitergeleitet hat.

Im konkreten Fall war es – trotz der dargelegten Verdachtsmomente – nicht abschließend geklärt (und wird auch in der Beschwerde bestritten), ob der Bf den belastenden „Sticker“ tatsächlich besaß. Um diese Beweisfragen zu klären, war die Auswertung des Mobiltelefons erforderlich, wobei keine Gründe erkennbar sind, die eine solche Auswertung als ungeeignet erachten lassen würden, um entsprechende (belastende oder entlastende) Beweise zu erbringen. Diese Beweisfragen sind für die weitere Beurteilung des Tatverdachts von großer Bedeutung. Zusammengefasst ist es rational nachvollziehbar, dass die Auswertung des Mobiltelefons für die Bestätigung oder Verwerfung des Tatverdachts von Beweisrelevanz ist und im weiteren Verfahren benötigt wird.

Die Sicherstellung ist gemäß § 110 Abs. 2 StPO von der Staatsanwaltschaft anzuordnen und von der Kriminalpolizei durchzuführen.

Wie dargestellt liegt für die gegenständliche Sicherstellung keine staatsanwaltschaftliche Anordnung vor. § 110 Abs. 3 StPO regelt sieben Fälle, in denen die Kriminalpolizei aus eigener Macht eine Sicherstellung vornehmen kann.

In ihrer Gegenschrift verweist die belangte Behörde darauf, dass eine Sicherstellung gemäß § 110 Abs. 3 Z 1 lit. c StPO durch die Kriminalpolizei ohne Anordnung der Staatsanwaltschaft zulässig war, da es sich einerseits bei § 207a Abs. 3 StGB um einer Dauerdelikt handelt, Tatort bei Dauerdelikten jener Ort sei, an dem das Delikt noch fortbestehe und demnach der Tatort an den Aufenthaltsort des Mobiltelefons gebunden war und andererseits das Mobiltelefon zur Begehung der strafbaren Handlung verwendet wurde.

Gemäß § 110 Abs. 3 Z 1 lit. c StPO ist die Kriminalpolizei berechtigt, Gegenstände (§ 109 Z 1 lit. a) von sich aus sicherzustellen, wenn sie am Tatort aufgefunden wurden und zur Begehung der strafbaren Handlung verwendet oder dazu bestimmt worden sein könnten.

Demnach darf die Kriminalpolizei „am Tatort aufgefundene“ Gegenstände sicherstellen, die wahrscheinlich „zur Begehung der strafbaren Handlung verwendet“ wurden oder – im Fall eines Versuchs – hätten verwendet werden sollen: die Tatwerkzeuge. Ihr Verwendungszweck kann sich aus ihrer Natur allein oder im Zusammenhang mit dem Fundort und den dort vorhandenen Spuren ergeben. Ihre Sicherstellung dient zum einen Beweiszwecken, zum anderen der Sicherung der Konfiskation oder Einziehung. (vgl. *Tipold/Zerbes* in Fuchs/Ratz, WK StPO § 110 [Stand 1.3.2021, rdb.at] Rz 63 f)

Vor diesem Hintergrund kann sich die Kriminalpolizei daher aus Sicht des erkennenden Gerichts nicht auf den Tatbestand des § 110 Abs. 3 Z 1 lit. c StPO berufen. Dieser regelt systematisch jene Fälle, in denen die Kriminalpolizei an einem Tatort gewissermaßen unvorbereitet auf Gegenstände trifft, die für die weiteren Ermittlungen als Beweismittel dienen könnten, und deren Vorfinden gerade nicht schon im Voraus festgestanden ist. Das ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut der Bestimmung, die davon spricht, dass die Gegenstände am Tatort „aufgefunden“ werden müssen. Die Bestimmung zielt daher auf Gegenstände ab, die kurzfristig ins Visier der ermittelnden Kriminalpolizei geraten und in der Folge sichergestellt werden. Im gegenständlichen Fall ist die Kriminalpolizei am 29. September 2024 jedoch bereits mit dem konkreten Vorhaben, das Mobiltelefon des Bf zu Beweiszwecken sicherzustellen, zu diesem gefahren und ist für diese schon im Vorhinein festgestanden, dass sie eine Sicherstellung des Mobiltelefons durchführen werden. Es kann daher nicht davon gesprochen werden, dass das Mobiltelefon am Tatort „aufgefunden“ wurde.

Eine andere Auslegung erscheint dem erkennenden Gericht schon vor dem Hintergrund der gebotenen restriktiven Interpretation der eigenmächtigen Sicherstellung, bei der es sich um eine eingriffsintensive Maßnahme in verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte handelt, jedenfalls zu weitgehend, da sonst in jedwedem Sachverhalt, in dem sich der Tatverdacht auf Daten bzw. Datenträger bezieht, unter Berufung auf § 110 Abs. 3 Z 1 lit. c StPO eine Sicherstellung erfolgen, selbst wenn der Verbleib des Datenträgers von Vornherein klar ist.

Über diesen Tatbestand hinaus normiert § 99 Abs. 2 StPO, dass, wenn für eine Ermittlungsmaßnahme eine Anordnung der Staatsanwaltschaft erforderlich ist, die Kriminalpolizei diese Befugnis bei Gefahr im Verzug ohne diese Anordnung ausüben darf.

Auch bei der Sicherstellung, für die wie dargestellt grundsätzlich eine staatsanwaltschaftliche Anordnung notwendig ist, handelt es sich um eine derartige Ermittlungsmaßnahme, welche bei Gefahr im Verzug – abseits der dargestellten Tatbestände in § 110 Abs. 3 StPO – auch ohne Anordnung eigenmächtig durch die Kriminalpolizei durchgeführt werden kann. Der Begriff Gefahr im Verzug ist eng auszulegen (vgl. etwa VfSlg 13.043/1992; 12.513/1990; 12.232/1989; 12.134/1989; 11.518/1987; 11.491/1987) und wird nur bei einer unabweislichen Notwendigkeit sofortigen Einschreitens vorliegen, etwa wenn der Zweck der Ermittlungsmaßnahme durch das Zuwarten bis zur Entscheidung durch die Staatsanwaltschaft vereitelt würde, keinesfalls jedoch wenn der zuständige (Journal)Staatsanwalt telefonisch erreicht werden kann (vgl. *Birklbauer/Dillinger/Keplinger*, Strafprozessordnung[12] § 99 Anm 5).

Im vorliegenden Fall ist erneut darauf hinzuweisen, dass die Beamten in der Absicht, das Mobiltelefon beim Bf sicherzustellen, zu diesem gefahren sind, wobei sich der zugrundeliegende Verdacht spätestens mit der ergänzenden Einvernahme des Opfers bzw. der Zeugin am 28. September 2024 konkretisiert hat. Wenn nicht bereits vorab, so wäre zumindest noch auf dem Weg zum Bf eine Kontaktaufnahme mit dem (Journal)Staatsanwalt sowie die Einholung einer Anordnung möglich gewesen. Dies umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass im gegenständlichen Kontext von Mobiltelefonen von vier weiteren Verdächtigen, die ebenfalls das verfahrensgegenständliche Lichtbild besitzen sollen, eine staatsanwaltliche Anordnung zur Sicherstellung kurzfristig erwirkt wurde. Zudem kann von Gefahr im Verzug schon deshalb nicht ausgegangen werden, da dem Bf gar nicht bewusst war, dass gegen ihn ermittelt wird, sodass eine Verdunkelungsgefahr schon grundsätzlich nicht bestanden hat bzw. es dafür jedenfalls keine Hinweise gegeben hat.

Zusammengefasst liegen daher die Voraussetzungen für eine eigenmächtige Sicherstellung des Mobiltelefons durch die Kriminalpolizei weder nach § 99 Abs. 2 noch nach § 110 Abs. 3 Z 1 lit. c StPO vor. Auch sonstige Gründe, die die eigenmächtige Sicherstellung durch die Kriminalpolizei rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

Im Ergebnis erfolgte die gegenständliche Sicherstellung des Mobiltelefons des Bf nicht rechtmäßig, weshalb der vorliegenden Maßnahmenbeschwerde stattzugeben war und die Sicherstellung des Mobiltelefons des Bf für rechtswidrig zu erklären war.

Eine separate Entscheidung über den Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung erübrigt sich durch die ergangene Entscheidung.

IV. Zur Kostenentscheidung:

Gemäß § 35 Abs. 1 VwGVG hat die obsiegende Partei Anspruch auf Ersatz ihrer Aufwendungen durch die unterlegene Partei. Nach Abs. 3 par cit ist die belangte Behörde die obsiegende Partei und der Bf die unterlegene Partei, wenn die Beschwerde zurückgewiesen oder abgewiesen wird oder vom Bf vor der Entscheidung des Verwaltungsgerichts zurückgezogen wird. Gemäß § 35 Abs. 4 VwGVG gelten als Aufwendungen die Kommissionsgebühren sowie Barauslagen, für die der Bf aufzukommen hat (Z 1), die Fahrtkosten, die mit der Wahrnehmung der Parteirechte in Verhandlungen vor dem Verwaltungsgericht verbunden waren (Z 2), sowie die durch Verordnung des Bundeskanzlers festzusetzenden Pauschalbeträge für den Schriftsatz-, den Verhandlungs- und den Vorlageaufwand (Z 3).

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 B-VG und Beschwerde 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 vorliegenden Verfahrensergebnis hat der Bund als Rechtsträger, für den die belangte Behörde in Vollziehung eingeschritten ist, nach § 35 VwGVG iVm § 1 VwG-AufwErsV aufgrund des Antrags des Bf Aufwandersatz für den Schriftsatzaufwand (737,60 Euro) binnen vierzehn Tagen bei sonstiger Exekution zu leisten.

V. 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, zumal sich die Lösung der Rechtslage bereits an dem Wortlaut klar ergibt.

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. Brandstetter