

Geschäftszeichen:

LVwG-2016/12/0307-14

RichterIn:

Dr. Ines Kroker

Rückfragen:

Durchwahl: 1725

Ort, Datum:

Innsbruck, 09.08.2016

**AA, Z;
Maßnahmenbeschwerde**

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch seine Richterin Dr. Ines Kroker über die Beschwerde des Herrn AA, Adresse1, Z, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. BB, Adresse2, betreffend die Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt durch das Betreten des im Eigentum des Beschwerdeführer stehenden Grundstückes in Adresse1 in Z durch einen Zivilingenieur für Vermessungswesen im Auftrag der Gemeinde Z und dem Anfertigen von Lichtbildern, folgenden

B E S C H L U S S

gefasst:

1. Gemäß § 28 VwGVG wird die Beschwerde als **unzulässig zurückgewiesen**.
2. Gemäß § 35 Abs 1 und 3 VwGVG iVm § 1 Z 3, 4 und 5 der VwG-Aufwandersatzverordnung BGBl II Nr 517/2013 hat der Beschwerdeführer der Gemeinde Z den Ersatz des Vorlageaufwands der belangten Behörde als obsiegende Partei in Höhe von Euro 57,40, den Ersatz des Schriftsatzaufwands in Höhe von Euro 368,80 sowie den Ersatz des Verhandlungsaufwands in Höhe von Euro 461,00, sohin gesamt Euro 887,20, binnen zwei Wochen nach Zustellung der schriftlichen Ausfertigung dieses Erkenntnisses zu ersetzen.
3. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine **ordentliche Revision** an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG **unzulässig**.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung kann binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, oder außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen, und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten.

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang, Vorverfahren, mündliche Verhandlung:

Mit Schriftsatz vom 11.02.2016 erhob der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer eine Maßnahmenbeschwerde gemäß Art 132 Abs 2 B-VG gegen das Betreten des Grundstückes des Beschwerdeführers und dem Anfertigen von Lichtbildern anlässlich einer vermessungstechnischen Erhebung.

Begründend wurde – zusammengefasst - ausgeführt, dass dem Beschwerdeführer mit Bescheid des Bürgermeisters der Gemeinde Z vom 27.01.2016 zu GZ V***1, die Entfernung des auf dem Gst ***/1, KG Z, errichteten Swimmingpools sowie einer Gartenlaube aufgetragen worden ist. Diesem Bescheid lägen zwei Lichtbilder (bezeichnet mit 8.10 und 8.11) bei, welche die im Spruch des Bescheides angeführte Gartenlaube sowie den angeführten Swimmingpool zeigten.

Zum Anfertigen dieser Lichtbilder müsse das Grundstück des Beschwerdeführers betreten worden sein, weder dazu noch zur Anfertigung der Lichtbilder habe der Beschwerdeführer seine Zustimmung erteilt. Das Betreten des Grundstückes sei nicht ohne weiteres möglich, da dieses abgezäunt sei. Entweder müsse man ein Einfahrtstor überklettern oder einen mit einer Kette abgesperrten Teil der Einfahrt des Grundstückes übersteigen und in weiterer Folge werde das Öffnen eines Zaunelementes erforderlich.

Aus dem Bescheid gehe hervor, dass die angeführten Sachverhalte (Errichtung des Swimmingpools und der Gartenlaube) anlässlich einer vermessungstechnischen Erhebung festgestellt worden seien. Solche seien dem Beschwerdeführer nicht bekannt und er habe weder der Behörde bzw den diesbezüglichen Organen zu keinem Zeitpunkt das Recht eingeräumt, das Grundstück zu betreten bzw Lichtbilder anzufertigen.

Seitens der belangten Behörde sei eine Anfrage, wer ua die Lichtbilder angefertigt habe, unbeantwortet geblieben.

Vor Errichtung des Pools im Jahr 2003 sei der Bürgermeister CC auf die Notwendigkeit einer baurechtlichen Bewilligung für den Pool angesprochen worden und dieser habe mitgeteilt, dass Genehmigungen seitens der Behörde dafür nicht erforderlich seien.

Die nunmehrige Vorgangsweise der belangten Behörde sei damit erklärlich, dass der Beschwerdeführer gegen die Änderung des örtlichen Raumordnungskonzeptes Einwendungen erhoben habe.

Zur Beschwerdelegitimation führt der Beschwerdeführer aus, dass der vom Betreten des Grundstückes und dem Anfertigen der Lichtbilder erst anlässlich der Zustellung des oben angeführten baupolizeilichen Bescheides am 29.01.2016 Kenntnis erlangt habe, sodass die Maßnahmenbeschwerde rechtzeitig erfolgt sei.

Beschwert erachtet sich der Beschwerdeführer durch die erfolgten Eingriffe in das Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums, in das Recht auf Achtung des Privat und Familienlebens sowie in das Besitzrecht des Beschwerdeführers.

Das Betreten des Grundstückes und das Anfertigen der Lichtbilder seien rechtsgrundlos erfolgt. § 41 Abs 2 TBO sei nur bei Wahrnehmung von Aufgaben nach §§ 38, 39 und 40 TBO anzuwenden. Vermessungstechnische Erhebungen einer Behörde seien nicht vom Anwendungsbereich des § 41 Abs 2 TBO umfasst.

Soweit den Organen der Behörde das Recht eingeräumt werde, bauliche Anlagen zu betreten, handle es sich um Maßnahmen der Notstandspolizei. Eine Notwendigkeit eines dringlichen Eingriffs sei im gegenständlichen Fall nicht zu erblicken, zumal der Behörde bekannt gewesen sei, dass die Umstände, welche nunmehr bescheidmäßig moniert würden, bereits über mehrere Jahre vorlägen. Bis dato habe es die belangte Behörde nicht für notwendig erachtet rechtliche Schritte einzuleiten. Zudem läge keinerlei Gefährdung oder Beeinträchtigung vor, weshalb kein dringliches Einschreiten notwendig gewesen sei.

Selbst wenn die Behörde zum Zweck der Wahrnehmung der Aufgaben nach §§ 38 bis 40 TBO grundsätzlich berechtigt sei, den Bauplatz und alle Teile von baulichen Anlagen zu betreten, so stelle die eigenmächtige Vorgehensweise der belangten Behörde ohne Kenntnis und Zustimmung des Beschwerdeführers, die monierten Maßnahmen zu setzen, jedenfalls eine Verletzung der durch § 41 Abs 2 TBO eingeräumten Ermächtigung dar.

Da eine Benachrichtigung der Behörde an den Beschwerdeführer, dass das Grundstück zum Zwecke von vermessungstechnischen Erhebungen betreten werden solle, nicht erfolgt sei, sei rechtswidrig in die Rechtssphäre des Beschwerdeführers eingegriffen worden. Bei – wie vom Gesetz vorgesehener Verständigung - hätte der Beschwerdeführer sodann einem Betreten und insbesondere auch dem Anfertigen von Lichtbildern nicht zugestimmt, zumal er für diese Zwecke ein Betreten im Sinne der TBO nicht zu gestatten habe.

Das Betreten eines Grundstückes ohne Wissen des Grundstückseigentümers lasse sich aus § 41 Abs 2 TBO jedenfalls nicht ableiten.

Neben der Abhaltung einer mündlichen Verhandlung wurde beantragt, das Landesverwaltungsgericht Tirol möge den angefochtenen Akt, nämlich das Betreten des Grundstückes und die Anfertigung der Lichtbilder durch Organe der belangten Behörde für rechtswidrig erklären und aufheben sowie die Gemeinde Z als Rechtsträger der belangten Behörde schuldig erkennen, die dem Beschwerdeführer entstandenen Kosten im gesetzlichen Ausmaß zu ersetzen. Als Kosten verzeichnet wurden für die Beschwerde Euro 737,60 sowie Barauslagen in Höhe von Euro 14,30.

Aufgrund dieses Beschwerdevorbringens wurde dem Bürgermeister der Gemeinde Z als belangter Behörde aufgetragen, die Bezug habenden Akten zu übermitteln und eine Gegenschrift zu erstatten.

In ihrer Gegenschrift hat die rechtsfreundlich vertretene belangte Behörde vorgebracht, dass es zwischen dem Beschwerdeführer und der belangten Behörde Auffassungsunterschiede hinsichtlich des Verlaufes der Grundstücksgrenze der Gst Nr. ***/1 KG Z zum öffentlichen Gut hin gäbe. Um die näheren Umstände abzuklären, sei man anlässlich einer Besprechung am 14.04.2015 übereingekommen, dass die Gemeinde auf eigene Kosten ein Vermessungsgutachten in Auftrag gebe, wobei mit dieser Gutachtenserstellung sowohl der Beschwerdeführer als auch dessen Rechtsvertreter ausdrücklich einverstanden gewesen sei. Die Gemeinde Z habe in weiterer Folge den Zivilingenieur für Vermessungswesen DI DD mit diesem Gutachten beauftragt.

Im Zuge der vermessungstechnischen Erhebungen durch DI DD wurden vom Gutachter Lichtbilder angefertigt. Die belangte Behörde habe daher weder selbst oder durch ihre eigenen Organe das Grundstück betreten noch Lichtbilder angefertigt, die belangte Behörde habe ebenso wenig dem Zivilgeometer besondere Aufträge erteilt.

Unabhängig davon, dass die Zustimmung zur Einholung des Vermessungsgutachtens durch den Beschwerdeführer vorgelegen habe, seien Zivilgeometer im Vermessungswesen berechtigt, Grundstücke zu betreten, dies nach der einschlägigen Bestimmung im Vermessungsgesetz. Des Weiteren würden auch die Bestimmungen der Tiroler Bauordnung insbesondere §§ 39 ff diese Betretungsrechte vorsehen.

Es wurde daher die kostenpflichtige Abweisung der Maßnahmenbeschwerde beantragt.

Dazu hat der Beschwerdeführer die schriftliche Stellungnahme vom 11.04.2016 abgegeben. Nach ausführlicher Darlegung der „Vorgeschichte“ wies der Beschwerdeführer daraufhin, dass er keinesfalls die Zustimmung zur Beauftragung des DI DDs gegeben habe. Es sei insofern keine einvernehmliche Vorgangsweise vereinbart worden. Dies zeige sich auch darin, dass laut Gutachten die Gemeinde Z den Gutachter beauftragt habe. Mangels Einvernehmlichkeit könne auch nicht von einer Zustimmung des Beschwerdeführers ausgegangen werden, dass DI DD ohne Kenntnis und Zustimmung des Beschwerdeführers dessen Grundstück betreten und Lichtbilder anfertigen dürfe.

DI DD sei einzig und allein aufgrund des behördlichen Auftrages vor Ort gewesen, um seine Vermessungen durchzuführen. Durch den behördlichen Auftrag sei er als Organ der belangten Behörde eingeschritten und liege daher jedenfalls eine Ausübung unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt vor.

Die Bestimmungen der TBO seien auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht anzuwenden, zumal das Betreten des Grundstückes im vorliegenden Fall in keinem Zusammenhang mit den Bestimmungen der §§ 38, 39 und 40 TBO stehe, sondern angeblich lediglich der Auftrag zur Vermessung des Grundstückes vorgelegen sei.

Der von der belangten Behörde erteilte Auftrag („Die Erstellung von Befund und Gutachten zur Frage, wo genau die Grundgrenze zwischen dem Grundstück ***/1 und der Wegparzelle Grundstück ***/2 verläuft, insbesondere ob Einbauten und aufgestellte Betontröge auf

öffentlichem Gut zu liegen kommen oder nicht“) stelle keine Maßnahme im Sinne des Vermessungsgesetzes dar, weshalb auch ein Betretungsrecht unter Zugrundelegung dieser Bestimmung nicht bestehe. Unabhängig, davon, dass ein Betretungsrecht im obigen Sinne nicht gegeben gewesen sei, umfasse ein solches keinesfalls das Anfertigen von Lichtbildern, welche im Übrigen mit dem behördlichen Auftrag im vorerwähnten Sinne in keinen Zusammenhang zu bringen seien.

Am 03.08.2016 fand vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, anlässlich derer der Beschwerdeführer, der Bürgermeister der Gemeinde Z sowie der Zeuge DI DD und der Zeuge Rechtsanwalt Mag. BB einvernommen wurden.

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung:

Der Beschwerdeführer hatte eine Stellungnahme vom 17.12.2014 zur Änderung des Örtlichen Raumordnungskonzeptes der Gemeinde Z abgegeben. Obwohl das in seinem Eigentum stehende Grundstück Gst ***/1, KG Z, vom Planungsbereich der Änderung des örtlichen Raumordnungskonzeptes der Gemeinde Z nicht unmittelbar betroffen ist, befürchtete der Beschwerdeführer durch eine geplante Erschließung von Bauland durch eine zwangsweise Grundabtretung für eine allfällige Straßenverbreiterung betroffen zu sein.

Daraufhin ist es zu einem (fern)mündlichen bzw schriftlichen Meinungs austausch zwischen dem Beschwerdeführer bzw dessen Rechtsvertreter und dem Bürgermeister der Gemeinde Z gekommen, anlässlich dessen der Bürgermeister dem Beschwerdeführer ua eine Zurückziehung der Stellungnahme nahelegte. Im Rahmen dieser Gespräche bzw Korrespondenz wurde auch der Grenzverlauf zwischen dem im Eigentum des Beschwerdeführers stehenden Gst ***/1, KG Z, und der Wegparzelle Gst ***/2 (öffentliches Gut) zum Thema.

Anlässlich einer Besprechung am 28.01.2015 mit dem Bürgermeister gab der Beschwerdeführer bereits bekannt, dass er die Beauftragung DI DD als Vermesser nicht wünscht und selbst Erkundigungen einholen wird, welche Kosten bei einer Vermessung des Grundstückes anfallen. Mit E-Mail vom 17.02.2015 teilte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit, dass der Beschwerdeführer die in Rede stehende Vermessung auf seine Kosten nicht durchführen lasse.

Die vom Zivilingenieur für Vermessungswesen DI DD einberufene Grenzverhandlung am 14.04.2015 vor Ort wurde nach einer 1½stündigen Debatte abgebrochen. Es konnte nicht festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer einer Vermessung des Grundstückes durch DI DD zugestimmt hat.

In weiterer Folge beauftragte die Gemeinde Z den Zivilingenieur für Vermessungswesen DI DD mit der gutachterlichen Klärung der Frage, wo genau die Grundgrenze zwischen dem Grundstück ***/1 und der Wegparzelle Grundstück ***/2 verläuft, insbesondere ob Einbauten und aufgestellte Betontröge auf öffentlichem Gut zu liegen kommen oder nicht. DI DD wurde dabei nicht als nichtamtlicher Sachverständiger in einem Verwaltungsverfahren bestellt (zB nach TBO, StVO oder TROG) sondern von der Gemeinde als Privatrechtsträger.

Die Abrechnung erfolgte durch Legung einer Honorarnote an die Gemeinde und nicht nach Geltendmachung eines Anspruchs nach dem GebAG.

Der beauftragte Ingenieurkonsulent für Vermessungswesen war in der Zeit zwischen 14.04.2015 und 02.10.2015 drei bis fünf Mal vor Ort, um zusammen mit seinen Mitarbeitern entsprechende vermessungstechnische Arbeiten durchzuführen. Den im gegenständlichen Verfahren maßgeblichen südlichen Bereich des Grundstückes, der durch eine hohe Tujenhecke begrenzt wird und auf dem sich der Swimmingpool und die Gartenlaube befinden, betrat der Vermesser in diesem Zeitraum nur einmal, wobei er das genaue Datum nicht mehr benennen konnte. Die Parteien wurden von den Terminen zur Durchführung der vermessungstechnischen Arbeiten nicht vorab informiert.

Üblicherweise wird das Grundstück Gst ***/1 durch ein geschlossenes, aber unversperrtes Gartentor betreten, um zur Haustüre zu gelangen, wo erstmals die Türglocke betätigt werden kann. Der Vermesser hat bestätigt, dass er zuerst an der Türe angeklopft oder geläutet hat. Der südliche Teil des Gartens kann nur betreten werden, indem ein mit einem Riegel abgesperrtes und mit dem Schild „privat“ gekennzeichnetes Holzgatter geöffnet wird. Der Vermesser hat ausgeschlossen, dass er durch Übersteigen eines Zaunes auf das Grundstück gelangt ist.

In diesem Gartenteil hat der Vermesser zur Feststellung des Grenzverlaufes nach Spuren für die Böschungsoberkante gesucht und dabei auch Lichtbilder erstellt, unter anderen das Lichtbild 8.11 (Swimmingpool) und das Lichtbild 8.10 (Gartenlaube).

Diese beiden Lichtbilder haben in weiterer Folge dazu geführt, dass der Bürgermeister der Gemeinde Z mit Bescheid vom 27.01.2016 zu GZ V***1, die Entfernung des auf dem Gst ***/1, KG Z, errichteten Swimmingpools sowie einer Gartenlaube nach baurechtlichen Bestimmungen aufgetragen hat. Es konnte nicht festgestellt werden, dass der Vermesser zur Anfertigung dieser Lichtbilder vom Bürgermeister der Gemeinde Z ausdrücklich beauftragt wurde. Auch konnte nicht festgestellt werden, dass die Lichtbilder ursprünglich im Zusammenhang mit dem genannten baupolizeilichen Verfahren gemacht wurden.

Dieser Bereich des Gartens ist von einer hohen Tujenhecke umgeben und wird nicht von den oben erwähnten Betontrögen begrenzt.

Dieser Sachverhalt ergibt sich aufgrund folgender Beweiswürdigung:

Im gegenständlichen landesverwaltungsgerichtlichen Verfahren hat der Beschwerdeführer seine Stellungnahme zur Änderung des Örtlichen Raumordnungskonzeptes der Gemeinde Z vom 18.12.2014 vorgelegt. Der betroffene Planungsbereich ergibt sich aus dem Änderungsentwurf zum örtlichen Raumordnungskonzept, wobei das Gst ***/1 nicht angeführt ist und außerhalb des strichliert umrandeten Planungsbereiches liegt.

Der schriftliche und mündliche Meinungs austausch folgt aus dem ebenfalls vom Beschwerdeführer vorgelegten Schriftverkehr und den Aktenvermerken des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers über Telefonate und Gespräche mit dem Bürgermeister der Gemeinde

Z. Auch hat der Bürgermeister der Gemeinde Z ausdrücklich bei seiner Befragung in der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol bestätigt, dass er den Beschwerdeführer zur Zurückziehung der Stellungnahme aufgefordert hat.

Dass der Grenzverlauf zwischen dem im Eigentum des Beschwerdeführers stehenden Gst ***/1, KG Z, und der Wegparzelle Gst ***/2 (öffentliches Gut) zum Thema wurde, ergibt sich aus dem Aktenvermerk des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers über die Besprechung am 28.01.2015 mit dem Bürgermeister, dem E-Mail des Bürgermeisters vom 16.02.2015, in dem sich dieser nach dem Stand der Grundvermessung erkundigt, dem E-Mail des Rechtsvertreters vom 17.02.2015 mit der Mitteilung, dass eine Vermessung auf Kosten des Beschwerdeführers nicht stattfindet, und insbesondere aus dem Umstand, dass am 25.03.2015 eine Einladung zur Grenzverhandlung durch DI DD an die Parteien erfolgte, die tatsächlich am 14.04.2015 stattfand.

Aus dem oben genannten Aktenvermerk vom 28.01.2015 ergibt sich auch, dass der Beschwerdeführer nicht mit der Bestellung des DI DD als Vermesser einverstanden war. Dies hat der Beschwerdeführer auch sehr glaubwürdig anlässlich seiner Einvernahme vor dem Landesverwaltungsgericht bestätigt, ebenso dass die Grenzverhandlung am 14.04.2015 nach einer 1 ½stündigen Debatte abgebrochen wurde.

Laut Bürgermeister der Gemeinde Z wurde der Vermesser unmittelbar nach der Grenzverhandlung am 14.04.2015 mit der Vermessung des Grundstückes durch die Gemeinde beauftragt, dem Zeugen DI DD waren am 14.04.2015 nur Gespräche über die Erforderlichkeit einer solchen Vermessung in Erinnerung und behauptete dieser erst ein paar Tage später mit der Vermessung mündlich vom Bürgermeister beauftragt worden zu sein. Die (grundsätzliche) Beauftragung und das genaue Gutachtensthema ergeben sich jedenfalls aus dem im Akt einliegenden Vermessungsgutachten vom 02.10.2015. Übereinstimmend und durchaus glaubwürdig haben der Bürgermeister und der Zeuge DI DD angegeben, dass dessen Bestellung nicht als nichtamtlicher Sachverständiger in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren nach TBO oder StVO odgl erfolgte, *„sondern privatrechtlich von der Gemeinde, um endlich einmal klar zu stellen, wo der Grenzverlauf liegt.“*

Der Vermesser konnte anlässlich seiner Zeugenbefragung nur ungefähre Angaben zur Anzahl der vermessungstechnischen Arbeiten vor Ort (3-5 Mal) machen, allerdings sagte er eindeutig aus, nur ein Mal den südlichen Bereich des Grundstückes, der durch eine hohe Tujenhecke begrenzt wird und auf dem sich der Swimmingpool und die Gartenlaube befinden, betreten zu haben, wobei er sich an das genaue Datum nicht mehr erinnern konnte.

Übereinstimmend gaben die Parteien und der Vermesser an, dass sie von den Terminen zur Durchführung der vermessungstechnischen Arbeiten nicht vorab informiert wurden.

Sehr ungenau waren die Angaben des Vermessers, wie er das Grundstück betreten hat. An das Öffnen von Gartentoren konnte er sich nicht erinnern und mussten ihm die örtlichen Gegebenheiten vorgehalten werden. Insofern wird den durchaus glaubwürdigen Ausführungen des Beschwerdeführers, wie dieser Teil des Grundstückes grundsätzlich betreten werden kann, gefolgt. Anlässlich der Beschwerdeerhebung wurden zudem

Lichtbilder vorgelegt, aus denen ersichtlich ist, dass der gegenständliche südliche Grundstücksbereich durch ein Holzgatter (mit einer Tafel „privat“) verschlossen ist.

Der Vermesser hat durchaus nachvollziehbar dargelegt, dass er im Rahmen von vermessungstechnischen Arbeiten in diesem Grundstücksabschnitt nach Spuren für die Böschungsoberkante gesucht hat und dabei auch die Lichtbilder angefertigt hat.

Dass die beiden Lichtbilder in weiterer Folge dazu geführt haben, dass der Bürgermeister der Gemeinde Z mit Bescheid vom 27.01.2016 zu GZ V***1 die Entfernung des auf dem Gst ***/1, KG Z, errichteten Swimmingpools sowie einer Gartenlaube nach baurechtlichen Bestimmungen aufgetragen hat, ergibt sich daraus, dass diese Lichtbilder integrierender Bestandteil des genannten Bescheides sind.

Sowohl der als Partei einvernommene Bürgermeister der Gemeinde Z als auch der Zeuge DI DD haben klar und übereinstimmend in Abrede gestellt, dass die Anfertigung dieser Lichtbilder vom Bürgermeister der Gemeinde Z ausdrücklich beauftragt wurde bzw dass sie im Zeitpunkt der Anfertigung im Zusammenhang mit dem späteren baupolizeilichen Auftrag zur Entfernung des Swimmingpools und der Gartenlaube gemacht wurden. Es haben sich in ihren Aussagen keine Widersprüchlichkeiten ergeben, sodass die diesbezüglichen Aussagen den Sachverhaltsfeststellungen zugrunde gelegt werden konnten. Angemerkt wird, dass auch aus dem Baurechtsakt zum gegenständlichen Grundstück nicht hervorgeht, dass in dieser Sache (Beseitigungsauftrag) vor dem 02.10.2015 bereits ein diesbezügliches baupolizeiliches Ermittlungsverfahren anhängig gewesen ist.

Der Bürgermeister hat in seiner Aussage nachvollziehbar bestätigt, dass der Gutachtensauftrag an DI DD lautete, dass er erstens feststellen sollte, ob sich die Betontröge auf öffentlichem Gut befinden oder nicht und er im Zuge dessen auch den Grenzverlauf zum öffentlichen Gut hin genau feststellen sollte. Das ergibt sich auch aus dem im vorgelegten Vermessungsgutachten vom 02.10.2015 auf Seite 1 angeführten Gutachtensauftrag.

Dass dieser Bereich des Gartens von einer hohen Tujenhecke umgeben ist und nicht von den oben erwähnten Betontrögen begrenzt wird, ergibt sich aus den im Akt befindlichen Lichtbildern, den vorgelegten Tiris-Ausdrucken und Vermessungsplänen.

I. Rechtslage:

Zur Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes sind folgende Rechtsvorschriften maßgeblich:

§ 43 Vermessungsgesetz, BGBl Nr 306/1968 idF BGBl I Nr 31/2012

(1) Die Organe und Beauftragten der in § 1 Abs 1 Z 1, 3 und 4 sowie Abs 2 des Liegenschaftsteilungsgesetzes, BGBl Nr 3/1930, bezeichneten Personen oder Dienststellen sind unbeschadet der Vorschriften des Eisenbahngesetzes 1957, BGBl Nr 60, des Luftfahrtgesetzes, BGBl Nr 253/1957, des Sperrgebietsgesetzes 2002, BGBl I Nr 38/2002, sowie des Munitionslagergesetzes 2003, BGBl I Nr 9/2003, befugt, zur Durchführung ihrer vermessungstechnischen Arbeiten

1. jedes Grundstück mit Ausnahme der darauf errichteten Gebäude zu betreten und, soweit es die Bewirtschaftungsverhältnisse erlauben, zu befahren,

2. einzelne, die Vermessungsarbeiten hindernde Bäume, Sträucher und sonstige Pflanzen im notwendigen Umfang zu beseitigen und

3. alle erforderlichen Vermessungszeichen vorübergehend und Grenzzeichen anzubringen.

(2) Bei Ausübung der Befugnisse nach Abs 1 sind Beeinträchtigungen der Ausübung von Rechten an den Grundstücken soweit wie möglich zu vermeiden.

(3) Für die Schadloshaltung gemäß § 1323 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Schäden, die durch Arbeiten nach Abs 1 entstehen, haben die Bestimmungen des § 5 Anwendung zu finden.

(4) Vermessungen für die in den §§ 34, 35 und 52 Z 5 angeführten Zwecke sind gemäß § 36 durchzuführen.

(5) Die Pläne über Vermessungen nach Abs 4 haben neben den in § 37 angeführten Angaben einen Hinweis auf die Berechtigung des Planverfassers zu enthalten. Werden von einer Teilung sowohl im Grenzkataster als auch im Grundsteuerkataster enthaltene Grundstücke betroffen, so ist der Plan derart anzulegen, dass sämtliche Grenzen der ersteren festgelegt sind.

(6) Sind von Plänen über Vermessungen nach Abs 4 Grundstücke betroffen, die noch nicht im Grenzkataster enthalten sind, so ist ein beurkundetes Protokoll über die Festlegung des Grenzverlaufes anzuschließen. Wenn die Unterschriften der Eigentümer der angrenzenden Grundstücke zum Verlauf der Grenze dieser Grundstücke (Zustimmungserklärungen) nicht zu erlangen waren, hat das Protokoll eine Erklärung des Planverfassers hierüber unter Angabe der Namen und Adressen der betreffenden Eigentümer zu enthalten. Bei Mappenberichtigungen hat das Protokoll überdies die Erklärung der Eigentümer zu enthalten, dass der Grenzverlauf seit der letzten Vermessung unverändert geblieben ist.

§ 1 Liegenschaftsteilungsgesetz, BGBl Nr 3/1930 idF BGBl Nr 238/1975

(1) Die grundbücherliche Teilung eines Grundstückes kann nur auf Grund eines Planes durchgeführt werden, der

1. von einem Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen,

2. von einer Vermessungsbehörde,

3. innerhalb ihres Wirkungsbereiches von einer Dienststelle des Bundes oder eines Landes, die über einen Bediensteten verfügt, der das Studium für Vermessungswesen an einer wissenschaftlichen Hochschule vollendet hat und eine praktische Betätigung durch mindestens zwei Jahre auf dem Gebiet der Grenzvermessungen für alle Zwecke der grundbücherlichen Teilungen, Ab- und Zuschreibungen nachweist, oder

4. innerhalb ihres Wirkungsbereiches von einer Agrarbehörde verfasst worden ist.

IV. Erwägungen:

Die gegenständliche Maßnahmenbeschwerde richtet sich gegen das Betreten des Grundstückes Gst ***/1, KG Z, durch den Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen DI DD im Auftrag der Gemeinde Z und dem Anfertigen von Lichtbildern des Swimmingpools und der dort befindlichen Gartenlaube.

Das Betreten des Grundstücks und das Anfertigen der Lichtbilder fanden im Zeitraum zwischen 14.04.2015 und 02.10.2015 statt. Der Beschwerdeführer hat davon allerdings erst im Rahmen der Erlassung des Bescheides des Bürgermeisters der Gemeinde Z zu ZI V***1 am 29.01.2016 (Zustellung des Bescheides) Kenntnis erlangt. Die sechswöchige Beschwerdefrist gemäß § 7 Abs 4 VwGVG beginnt in den Fällen des Art 132 Abs 2 B-VG mit dem Zeitpunkt, in dem der Betroffene Kenntnis von der Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt erlangt hat (Z 3 leg cit). Die am 17.02.2016 eingebrachte Maßnahmenbeschwerde ist daher rechtzeitig.

Gemäß Art 130 Abs 1 Z2 B-VG erkennen die Verwaltungsgerichte über Beschwerden gegen die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt wegen Rechtswidrigkeit.

Das Handeln eines Organs ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes dann als "Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt" zu qualifizieren, wenn dieses als Verwaltungsorgan im Rahmen der Hoheitsverwaltung einseitig einen Befehl erteilt oder Zwang ausübt und dieser Akt gegen individuell bestimmte Adressaten gerichtet ist. Die Annahme des Vorliegens "unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt" setzt also zunächst ein Handeln "im Rahmen der Hoheitsverwaltung" voraus (vgl VwGH 26.04.2010, 2009/10/0240, VfSlg 11.924/1988 ua). Für die Zulässigkeit der Maßnahmenbeschwerde genügt die funktionelle Zuordnung zur Hoheitsverwaltung (vgl *Hengstschläger/Leeb*, AVG², Anm 39 zu § 67a) und kann auch das Handeln einer Privatperson, wenn es im Auftrag der Behörde im Rahmen einer hoheitlichen Tätigkeit erfolgt, der Behörde zurechenbar sein (vgl VfSlg 10.051/1984, VwGH 26.07. 2005, 2004/11/0070 ua).

Es ist daher im vorliegenden Fall vorab zu klären, ob das Betreten jenes Grundstückbereiches auf Gst ***/1, wo sich Schwimmbad und Gartenlaube befinden, und dem Anfertigen von Lichtbildern durch den Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen DI DD ein Handeln im Rahmen der Hoheitsverwaltung darstellt.

Grund für das Betreten des Grundstückes war ein Auftrag der Gemeinde Z an den Zivilingenieur für Vermessungswesen DI DD zu klären, *„wo genau die Grundgrenze zwischen dem Grundstück ***/1 und der Wegparzelle Grundstück ***/2 verläuft, insbesondere ob Einbauten und aufgestellte Betontröge auf öffentlichem Gut zu liegen kommen oder nicht.“*

Im umfangreichen Beweisverfahren ist nicht hervorgekommen, dass das Betreten des Grundstückes und das Anfertigen der Lichtbilder im Rahmen eines baupolizeilichen Verfahrens erfolgten. Zwar wurden die Lichtbilder 8.10 und 8.11 zu einem späteren Zeitpunkt als Beweismittel für den Beseitigungsauftrag betreffend Schwimmbad und Gartenlaube herangezogen, es haben sich aber keinerlei Anhaltspunkte dafür ergeben, dass

der Vermesser bereits beim Betreten des Grundstückes und der Anfertigung der Lichtbilder im Rahmen eines – der belangten Behörde zurechenbaren - baupolizeilichen Erhebungsauftrages gehandelt hat.

Ebenso kann das Betreten des hier maßgeblichen südlichen Bereiches des Grundstückes, wo sich Schwimmbad und Gartenlaube befinden, nicht in Zusammenhang mit einem Verfahren zur Beseitigung von Verkehrshindernissen nach § 89a StVO gebracht werden. Es kann in diesem Verfahren dahingestellt bleiben, ob die Frage der Situierung der Betontröge auf privaten oder öffentlichen Gut allenfalls bereits als Vorfrage in einem Verfahren nach § 89a StVO zu beurteilen ist. Die Maßnahmenbeschwerde hat sich unzweifelhaft gegen das Anfertigen der Lichtbilder 8.10 und 8.11 und das damit zusammenhängende Betreten des Grundstückes in jenem südlichen- als Freiland gewidmeten Bereich - des Grundstückes gerichtet, wo sich Schwimmbad und Gartenlaube befinden. Dieser Bereich ist von einer hohen Tujenhecke umgeben, die genannten Betontröge befinden sich hingegen vor dem Wohnhaus. Das Betreten dieses Grundstücksteils zur Klärung des Grenzverlaufes in diesem Bereich steht daher in keinem Zusammenhang mit einem allfälligen Verfahren nach § 89a StVO.

Schließlich kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Feststellung des Grenzverlaufes unmittelbar dem Verfahren zur Erlassung der Änderung des Örtlichen Raumordnungskonzeptes zuzuordnen ist. Zwar sind die Auffassungsunterschiede betreffend des Grenzverlaufes im Zusammenhang mit der Beschlussfassung über die Änderung des örtlichen Raumordnungskonzeptes und der hiezu ergangenen Stellungnahme des Beschwerdeführers aufgetreten, doch erfolgte die Beschlussfassung im Gemeinderat der Gemeinde Z über die genannte Änderung bereits am 04.12.2014 und damit jedenfalls vor dem Betreten des Grundstückes durch den Vermesser. Auch war das Grundstück des Beschwerdeführers vom Planungsbereich nicht umfasst. Die Vermessungsarbeiten sind daher insbesondere auch nicht im Rahmen von allfälligen raumordnungsrechtlich erforderlichen Planungstätigkeiten zur Erlassung der Änderung des örtlichen Raumordnungskonzeptes erfolgt.

Insgesamt haben sich keine Hinweise ergeben, dass der Vermesser das Grundstück im verwaltungsbehördlichen Auftrag betreten hat. Dafür spricht schließlich auch, dass er nicht als nichtamtlicher Sachverständiger bestellt worden ist und seine Ansprüche nicht nach Gebührenanspruchsgesetz geltend gemacht hat, sondern ein Privathonorar an die Gemeinde Z gelegt hat.

Sohin hat der Zivilingenieur für Vermessungswesen diesen Bereich offensichtlich ausschließlich zur (zivilrechtlichen) Feststellung des Grenzverlaufes zwischen dem Gst ***/1 und der Wegparzelle Gst ***/2 betreten. Rechtsgrundlage für das Betreten des Grundstückes durch den beauftragten Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen ist daher ausschließlich § 43 Abs 1 VermG.

Zur Durchführung von vermessungstechnischen Arbeiten räumt § 43 Abs 1 VermG den in § 1 Abs 1 Z 1 LiegenschaftsteilungsG genannten Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen ein Betretungsrecht von Grundstücken ein. Die genannte Bestimmung des VermG stellt nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (vgl OGH 13.04.2011, 3 Ob 23/11w) eine sogenannte Legalservitut iSd § 364 Abs ABGB dar (vgl *Twaroch*, Kataster- und

Vermessungsrecht § 43 VermG Anm 5 und § 4 VermG Anm 4, *Kaluza/Burtscher*, Das österr Vermessungsrecht³ § 4 VermG Anm 1), also eine Eigentumsbeschränkung privatrechtlicher Natur.

Bei der Ausübung dieser Legalservitut durch einen Ingenieurkonsulenten für Vermessungswesen handelt es sich daher nicht um eine einseitige Zwangsausübung durch ein Verwaltungsorgan im Rahmen der Hoheitsverwaltung.

Nichts anderes kann aber für das Anfertigen der Lichtbilder gelten. Im umfangreichen Beweisverfahren hat sich nicht ergeben, dass das Anfertigen der Lichtbilder vom Swimmingpool und der Gartenlaube – außerhalb der vermessungstechnischen Arbeiten – erfolgt ist. Daher liegt auch hier kein verwaltungsbehördliches Handeln vor. Im Übrigen wurde vom Verfassungsgerichtshof das "schlichte" Fotografieren im Zuge einer Amtshandlung nicht als Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt beurteilt (vgl VfSlg 9783/1983, 11935/1988, anders hingegen das mit der Auferlegung einer impliziten Duldungspflicht verbundene Filmen einer Person durch ein Polizeiorgan VfGH 30.11.2011, VfSlg 19.563/2011).

V. Ergebnis:

Mangels Vorliegen eines Handelns "im Rahmen der Hoheitsverwaltung", ist die Maßnahmenbeschwerde als unzulässig zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den angeführten Bestimmungen. In diesem Zusammenhang wird noch darauf hingewiesen, dass gemäß § 35 Abs 3 VwGVG im Falle der Zurückweisung oder Abweisung einer Maßnahmenbeschwerde (oder deren Zurückziehung vor der Entscheidung durch das Verwaltungsgericht) die vor dem Verwaltungsgericht belangte Behörde (§ 9 Abs 2 Z 2, § 18 leg cit.) die obsiegende Partei ist und ein Aufwandsersatz stets dem Rechtsträger dieser Behörde zuzuerkennen ist (vgl VwGH 25.05.2016, Ra 2016/11/0042 mwH). Da im vorliegenden Fall der Bürgermeister als belangte Behörde nicht in Vollziehung eines Landes- oder Bundesgesetzes eingeschritten ist, sondern als Vertreter der Gemeinde im Rahmen ihrer Privatrechtsfähigkeit, sind der Gemeinde Z als Rechtsträgerin die Kosten zuzusprechen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Die in der gegenständlichen Beschwerdesache zu lösenden Rechtsfragen konnten anhand der in der Entscheidung zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes einwandfrei einer

Beantwortung zugeführt werden. Eine außerhalb dieser Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes liegende Rechtsfrage ist für das erkennende Gericht im Gegenstandsfall nicht hervorgekommen.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Dr. Ines Kroker
(Richterin)