

TE Lvwg Erkenntnis 2017/11/10 LVwG-2-20/2017-R8

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.11.2017

Entscheidungsdatum

10.11.2017

Norm

WettenG VlbG 2003 §10 Abs1

WettenG VlbG 2003 §10 Abs2

WettenG VlbG 2003 §10 Abs5

B-VG Art130 Abs1 Z2

Text

Im Namen der Republik!

Erkenntnis

Das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg hat durch sein Mitglied Dr. Dietmar Ellensohn über die Beschwerde der B GmbH, D, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Patrick Ruth, Innsbruck, wegen behaupteter Rechtswidrigkeit des Eindringens in das Geschäftslokal sowie die Durchsuchung von Müllkübeln jeweils am 22.05.2017 in der Dr. A-Straße in D zu Recht erkannt:

Gemäß § 28 Abs 6 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird der Beschwerde stattgegeben und das Eindringen in das Geschäftslokal sowie die Durchsuchung der Müllkübel jeweils am 22.05.2017 in der Dr. A-Straße in D für rechtswidrig erklärt.

Gemäß § 35 VwGVG wird der der Beschwerdeführerin gebührende Kostenersatz mit 3.319,20 Euro bestimmt. Die belangte Behörde (€ 829,80 der Bund bzw € 2.489,40 das Land) ist verpflichtet, den angeführten Betrag der Beschwerdeführerin binnen zwei Wochen bei sonstigem Zwang zu bezahlen. Der Kostenersatzantrag der belangten Behörde wird abgewiesen.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 (VwGG) eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

Begründung

1. In ihrer Beschwerde vom 30.06.2017 bringt die Beschwerdeführerin vor, sie sei eine im Firmenbuch zu FN XXX protokollierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit der Geschäftsanschrift Dr. A-S-Straße in D. Sie betreibe an der genannten Adresse das Lokal „J“. Am 22.05.2017 sei durch Beamte der Bezirkshauptmannschaft D (BH D), Exekutivbeamte der Bundespolizei (PI D), sowie Beamte des Einsatzkommandos Cobra (EKO-Cobra) im genannten Betrieb eine Kontrolle wegen des (vermeintlichen) Verdachtes einer Übertretung des GSpG durchgeführt worden.

Geleitet worden sei diese Amtshandlung von der BH D. Die Amtshandlung habe um circa 19.00 Uhr begonnen. Um circa 19.00 Uhr hätten Beamte des EKO-Cobra an der Eingangstür zum Lokal geklopft. Die Beamten des EKO-Cobra seien mit Schutzhelmen und Schutzwesten ausgerüstet gewesen. Noch bevor dem vor Ort anwesenden Angestellten der Beschwerdeführerin O G klar gewesen sei, dass es Amtsorgane wären, die an der Tür geklopft hätten und Einlass gefordert hätten, habe dieser auch schon gehört, dass von den Personen vor der Eingangstür eine Motorsäge bzw eine Flex gestartet worden wäre. Nach einem schnellen Blick auf die Videoüberwachung (Live-Betrachtung) habe er erkennen können, dass es Beamte der EKO-Cobra gewesen seien, die vor der Eingangstür gestanden seien und unmittelbar davor gewesen wären, die Eingangstür mit der Motorsäge/Flex aufzusägen. Dieser Sacherhalt habe sich in einem Zeitraum von circa zwei Minuten abgespielt. O G habe sodann in aller Eile die Eingangstür geöffnet und den Beamten des EKO-Cobra, den Beamten der Bundespolizei und den Beamten der BH D Eintritt gewährt, um eine Zerstörung der Tür zu verhindern. Die Beamten des EKO-Cobra seien in den Betrieb gestürmt und hätten die gesamte Betriebsstätte mit gezogenen und in Anschlag gehaltenen Pistolen und Stabtaschenlampen durchsucht. Betriebsbereit aufgestellte Glücksspielgeräte seien infolge in dem Betrieb nicht vorgefunden worden; einzig vorgefunden worden seien handelsübliche PCs ohne jegliche zusätzliche Hard- und Software. Von der BH D sei dennoch die teilweise Schließung des Betriebes der Beschwerdeführerin verfügt worden. Von Amtsorganen sei im Hauptraum des Lokals zumindest mindestens ein Mülleimer durchsucht worden. Ebenso sei – zumindest ein – hinter dem Lokal aufgestellter, zum Lokal gehöriger, Müllcontainer von Beamten der BH D durchwühlt worden. Dies alles evident ohne gesetzliche Grundlage; insbesondere ohne Vorliegen eines Hausdurchsuchungsbefehls.

Die Beschwerdelegitimation ergebe sich daraus, dass die Beschwerdeführerin durch Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt in verfassungsgesetzlich gewährleisteten und in einfachgesetzlichen Rechten verletzt worden wäre. Dabei spiele es keine Rolle, dass die Beamten des EKO-Cobra die Tür nicht zertrümmert hätten, um sich somit durch physische Zwangsgewalt Zutritt zum Vereinslokal zu verschaffen. Denn einerseits bilde bereits auch ohne Hinzutreten weiterer Umstände eine Aufforderung zur Einlassgewährung unter Berufung auf eine (vermeintliche) Verpflichtung einen Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt und andererseits stelle auch die Androhung des Aufsägens der Eingangstüre mit einer Motorsäge/Flex die Androhung einer Zwangsmaßnahme dar. Unter voller Berücksichtigung der Begleitumstände (schwerst bewaffnete und voll ausgerüstete Cobra-Beamte mit gezogener Waffe und in Betrieb genommener Motorsäge/Flex) sei evident, dass sich die Aufforderung der Beamten des ECO-Cobra nicht nur als eine „Einladung“ darstelle, die der Betroffene nach eigenem Gutdünken unerfüllt lassen könne, ohne dabei Gefahr zu laufen, dass tatsächlich Zwangsakte ausgeübt würden. Es könne nicht zu Lasten eines Betroffenen gehen, wenn sich dieser während einer Amtshandlung mit den einschreitenden Polizeibeamten verständige und sich jenen gegenüber kooperativ verhalten, um eine Eskalation der Situation – hier Zertrümmerung der Eingangstüre – zu verhindern oder gar das Risiko einer Strafverfolgung wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt nach § 269 StGB – hier eine Strafverfolgung wegen Verletzung der (vermeintlichen) Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs 4 Glücksspielgesetz zu vermeiden.

Beschwerdegründe einzeln:

- Unionsrechtswidrigkeit des im GSpG normierten Monopolsystems.

Dass das im GSpG verankerte Monopolsystem nicht mit dem Unionsrecht, im Besonderen nicht mit der Dienstleistungsfreiheit gemäß dem Art 56 ff AEUV vereinbar sei, sei längst evident und notorisch. So habe zB das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich – jeweils mit ausführlicher Begründung – bereits wiederholt, zuletzt insbesondere im Vorlageantrag an den EuGH vom 07.02.2017 in der RS Gmalieva ua, C 79/17, dargelegt, dass das österreichische Monopolsystem mit Unionsrecht nicht vereinbar sei. Auf die diesbezüglichen Ausführungen im Vorabentscheidungsersuchen werde verwiesen.

Widerspreche eine innerstaatliche Regelung dem Unionsrecht, so habe dies nach ständiger Rechtsprechung des EuGH insbesondere in Sachverhalten mit Auslandsbezug faktisch unangewendet zu bleiben. Dieser Grundsatz sei – zumal in Österreich auch nach mittlerweile mehr als 20-jähriger Mitgliedschaft zur Europäischen Union noch immer keine spezifischen prozessualen Regelungen hinsichtlich einer Exklusivkompetenz eines innerstaatlichen Organs zu national verbindlichen Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit, sowie einer damit im Zusammenhang stehenden allfälligen übergangsweisen Weitergeltung unionsrechtswidriger Normen bestehe – von jedem staatlichen Organ auf jeder Ebene des Verfahrens unmittelbar zu betrachten. Konkret bedeute dies insbesondere, „dass der Verstoß eines Wirtschaftsteilnehmers gegen eine Regelung im Glücksspielbereich nicht zu Sanktionen führen kann, wenn diese

Regelung mit Art 56 AEUV nicht vereinbar ist“ vgl. EuGH vom 30.04.2014, C 390/12 [Pfleger, EU: C:2014:281], RN64, m.w.N.). Daraus resultiere für den vorliegenden Fall, dass die Setzung von Eingriffsmaßnahmen gegen die Beschwerdeführerin im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens ausgeschlossen sei, weil sich diese Strafbestimmung bzw. damit im Zusammenhang stehenden Eingriffsbefugnisse (wie insbesondere eine gemäß § 50 Abs 4 Glücksspielgesetz) rechtssystematisch jeweils als auf der Glücksspielmonopolregelung des GSpG fußende und mit dieser in einem untrennbaren Zusammenhang stehende Rechtsvorschriften darstellen. Das gewaltsame Eindringen in den Betrieb der Beschwerdeführerin, sowie die Durchsuchung (insbesondere der Müllkübel), würden sich daher schon aus diesem Grund als rechtswidrig erweisen.

- Rechtswidrigkeiten im Hinblick auf verfassungsrechtliche und national-einfachgesetzliche Rechtsvorschriften

Doch selbst wenn man die Frage der Unionsrechtswidrigkeit der nationalen, das Glücksspielmonopolssystem sichernden Bestimmungen des GSpG außer Acht ließe, käme man aufgrund folgender Überlegungen ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis:

Zunächst sei davon auszugehen, dass der nach nationalem Verfassungsrecht garantierte Schutz des Hausrechts inhaltlich weiter reiche, als die entsprechenden Gewährleistungen des Art 7 EGRC bzw. des Art 8 EMRK; denn diese würden nicht nur die Wohnung, sondern auch Geschäfts- und Betriebsräumlichkeiten erfassen (vgl. zB W.Berka, Die Grundrechte, Wien 1999, RN 489; E.Wiederin, in: D.Merten-H.J.Papier-G.Kucsko-Stadlmayer, Handbuch der Grundrechte, Band VII/1, 2. Auflage, Heidelberg 2014, RN 76 zu § 10; und J.Hengstschläger-D.Leeb, Grundrechte, 2. Auflage, Wien 2013, RN14/3; jeweils mit entsprechenden Judikaturnachweisen). Der Betrieb der Beschwerdeführerin falle daher in den Anwendungsbereich des § 1 HausRG. Davon ausgehend habe eine zum Behufe der polizeilichen Aufsicht bzw. § 3 HausRG vorgenommene Hausdurchsuchung – worunter die Besichtigung eines Raumes, dessen Bestandteil deshalb, um festzustellen, ob und an welcher Stelle sich in diesem ein bestimmter Gegenstand befinde (vgl. die bei J.Hengstschläger, D.Leeb, aaO, RN14/4 angeführte Rechtsprechung) zu verstehen sei – einer spezifischen gesetzlichen Rechtfertigung bedürft. Mit Blick auf den gegenständlichen Fall scheine hier für § 50 Abs 4 GSpG eine entsprechende Ermächtigung zu bieten. Die Gesetzmaterialien (vgl. 684 BlgNR, 25. GP, S 33) würden zu dieser seit der Novelle BGBl I 118/2015 ermöglichen behördlichen Eingriffsbefugnis ausführen: „Die im Abs 4 statuierten Duldungs- und Mitwirkungspflichten stellen eine wesentliche Voraussetzung einer effizienten Kontrolle dar und sind aus diesem Grund als Verstöße gemäß § 52 Abs 1 Z 5 verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert. Im Vollzug habe sich diese Maßnahme als äußerst wirksam herausgestellt. Mit der Änderung werde klargestellt, dass die Durchsetzung der Befugnisse nach diesem Bundesgesetz auch zur Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ermächtige. Daher sollen beispielsweise verschlossene Haus- und Zimmertüren, sowie verschlossene Behältnisse, insbesondere auch Glücksspielautomaten, zum Zweck der Durchsetzung der Überwachungsaufgaben auch zwangsweise geöffnet werden können. Dabei sind die jeweils gelindesten noch zum Ziel führenden Maßnahmen anzudrohen und anzuwenden.“ Diesen Erläuterungen ließe sich allerdings nicht entnehmen, dass in diesem Zusammenhang neben der Bedachtnahme auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip doch speziell auf das HausRG bezughabende verfassungsrechtliche Überlegungen angestellt worden wären. Dies vermöge freilich nichts daran zu ändern, dass –wenn danach schon unter einem bloßen „Betreten“ iSd § 50 Abs 4 zugleich auch die Befugnis zur Vornahme einer Hausdurchsuchung nicht nur vor Behörden, sondern auch für bloße Exekutivorgane zu verstehen sein solle – die im HausRG verfassungsmäßig vorgesehenen Vorbehalte auch hier maßgeblich seien. Im Besonderen bedeute dies, dass Exekutivbeamte der Bundespolizei im Falle einer eigenmächtigen Vornahme einer Hausdurchsuchung selbst bei Gefahr in Verzug einer vorangehenden schriftlichen Ermächtigung der Behörde – dieser komme in der Praxis vornehmlich deshalb essentielle Bedeutung zu, weil dadurch schon ex ante der Gegenstand und der Umfang der Durchsuchung beweiskräftig eingegrenzt und damit willkürlichen Eingriffen entsprechend vorgebeugt werde – bedürfen und zudem über die Vornahme des selben eine Bescheinigung ausstellen müssten (vgl. die §§ 2 und 3 HausRG). Darüber hinaus seien die bei der Vornahme solcher Hausdurchsuchungen auch die Bestimmungen der StPO –zumindest sinngemäß –zu beachten (§ 5 HausRG).

Im gegenständlichen Fall sei die Hausdurchsuchung zum Zweck der Auffindung, Begutachtung und Bespielung von präsumtiv illegal in Betrieb der Beschwerdeführerin aufgestellten Glücksspielgeräten durchgeführt worden; sie sei daher von der belangten Behörde auf § 50 Abs 4 GSpG gestützt worden, sodass es sich um eine solche „zur Behufe der polizeilichen Aufsicht“ iSd § 3 erster Satz HausRG handle. Sohin sei zwar auszugehen, dass die belangte Behörde a priori weder einer richterlichen Bewilligung, noch einer Ermächtigung der Staatsanwaltschaft bedürft hätte. Allerdings

wäre sowohl eine vorangehende schriftliche Ermächtigung der Behörde erforderlich und der Beschwerdeführerin eine begründete Bescheinigung über die Tatsache der Vornahme einer Hausdurchsuchung auszustellen gewesen. Da im vorliegenden Fall aber beides nicht vorgelegen sei, stelle sich das zwangsweise Betreten des Lokales – sowie im Besonderen auch die Durchsuchung von Müllkübeln – somit schon im Hinblick auf § 2 zweiter Satz HausRG einerseits und auf § 2 letzter Satz HausRG als rechtswidrig dar.

Zudem habe sich die Art und Weise, in der in den Betrieb der Beschwerdeführerin eingedrungen und dieser durchsucht worden wäre, als unverhältnismäßig:

Davon ausgehend, dass die BH D bloß wegen einer vermeintlichen (wenn auch mit erheblicher Strafe bedrohten) Verwaltungsübertretung – nämlich des § 52 Abs 1 GSpG – eingeschritten sei, sei die Vermutung des Vorliegens einer „allgemeinen Gefahr“ bzw eines „gefährlichen Angriffs“ iSd § 16 Abs 1 bis 3 SPG ebenso schon von vornherein ausgeschlossen, wie die Annahme, dass die Voraussetzungen für eine erste allgemeine Hilfeleistungspflicht gemäß § 19 SPG gegeben gewesen wären. Damit sei aber für die Exekutivbeamten der Bundespolizei auch keine der jeweils an § 16 bzw § 19 SPG anknüpfenden, in § 39 Abs 1 bis SPG statuierten Berechtigungen zum Betreten bzw Durchsuchen von Räumen zum Tragen gekommen. In gleicher Weise seien schließlich auch die Voraussetzungen für eine Beiziehung des Einsatzkommandos Cobra nicht erfüllt gewesen, weil § 6 Abs 3 SPG und § 5 Z 1 SEV insbesondere ebenfalls jeweils auf das Kriterium des „gefährlichen Angriffes“ abstellen würden.

Dem gegenüber ermächtige § 50 Abs 4 GSpG die Behörde einerseits, andererseits auch die Exekutivorgane nach eigenem Dafürhalten dazu, zwecks Vornahme einer Hausdurchsuchung auch dann zwangsweise in verschlossene Räume einzudringen (s.o), wenn die Kriterien des § 16 SPG bzw des § 19 SPG nicht erfüllt seien. Diese Befugnis stehe jedoch – wie sich aus § 50 Abs 4 letzter Satz GSpG ergebe – unter dem Vorbehalt, dass die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt zu beenden sei, sobald

1. entweder der angestrebte Erfolg erreicht worden wäre oder
2. sich zeige, dass er auf diesem Wege nicht erreicht werden könne oder
3. der angestrebte Erfolg außer Verhältnis zu dem für die Durchsetzung erforderlichen Eingriff stehe.

In diesem Zusammenhang sei der BH D aufgrund der gesetzten Vorgehensweise von vornherein anzusprechen, den verfassungsmäßig festgelegten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet wissen zu wollen. Denn eine Eingangstüre eines Lokals zugleich mit einer Motorsäge/Flex aufsägen/auffräsen zu lassen, sei offenkundigst nicht die am wenigsten eingriffsintensivste Maßnahme. Dies im Besonderen auch, keine zwei Minuten nach Beginn der Amtshandlung. Im Übrigen hätte die Einsatzleiterin der BH D zu bedenken gehabt, dass die Mitglieder der Einsatzgruppe Cobra – abgesehen davon, dass deren Heranziehung hier schon von gesetz- und verordnungsmäßigen Voraussetzungen her rechtlich nicht gedeckt gewesen sei (vgl bereits oben) dann, wenn diese der Setzung von behördlichen Zwangsakten beigezogen würden, stets nach einem zuvor minutiös eingeübten Konzept vorgehen, das auf die raschest mögliche und effektive Beendigung eines gefährlichen Angriffes ausgerichtet sei (vgl § 5 Z 1 SEV: „Dem EKO-Cobra obliegt es, ... gefährlichen Angriffen ein Ende zu setzen, wenn wegen der hierfür gegen Menschen oder Sachen allenfalls erforderlichen Zwangsgewalt besonders geübte Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes mit besonderer Ausübung benötigt würden...“). Diese schemenhafte, in erster Linie dem Hauptziel der Beendigung eines gefährlichen Angriffes – der hier allseits unbestritten nicht vorgelegen habe – verpflichtete und gerade deshalb die in § 50 Abs 4 GSpG gemeinte (nämlich sich bloß auf den Aspekt einer effizienten und effektiven Glücksspielkontrolle beziehende) Verhältnismäßigkeit vermessen lassende Vorgangsweise habe sich im vorliegenden Fall insbesondere daran gezeigt, dass zwecks möglichst schneller Hindernisüberwindung keine zwei Minuten nach Beginn der Amtshandlung eine Tür mittels einer Motorsäge/Flex aufgesägt/aufgefräst werden hätte sollen und einzelne Räume mit im Anschlag gehaltenen Pistolen, mit Stabtaschenlampen, mit Schutzhelmen bzw Gesichtsmasken und mit kugelsicheren Westen betreten und durchsucht worden wären. Vor diesem Hintergrund habe daher der Einsatzleiterin der BH D klar sein müssen, dass die Heranziehung der Einsatzgruppe Cobra lediglich zu dem Zweck, eine Kontrolle nach § 50 Abs 4 GSpG durchzuführen, angesichts der ihr eigenen Vorgangsmethoden und Bewegungs- bzw Verhaltensabläufe ein schon von vornherein ungeeignetes, weil überschießendes Instrumentarium darstelle. Denn § 50 Abs 4 GSpG ermächtige die Behörde und die Exekutivorgane nach der insoweit unmissverständlichen Textierung der letzten beiden Sätze dieser Bestimmung nicht zu einem sonst der Allgemeinheit untersagten, zwangsweisen Betreten von Räumlichkeiten gleichsam „unter allen Umständen“, sondern eben nur dann und insoweit, als der angestrebte Erfolg nicht außer

Verhältnis zu dem für die Durchsetzung erforderlichen Eingriff stehe. Lasse sich ein Betreten hingegen nicht ohne unverhältnismäßigen Eingriff in die Rechte des Betroffenen realisieren, sei dieses nach aktuell gegebener Rechtslage zu unterlassen, stattdessen etwa zu einem späteren Zeitpunkt und/oder im Beisein eines Rechtsvertreters des Betroffenen und/oder über einen im Falle eines zwangsweisen Aufbrechens einen geringfügigeren Schaden verursachenden anderen Zugang zur Räumlichkeit etc neuerlich zu versuchen. Da im vorliegenden Fall nicht ein Einschreiten wegen gravierender strafgerichtlicher Delikte (wie zB Mord, erpresserische Entführung oder Terrordrohung), sondern bloß eine Suche nach vermeintlich illegalen Glücksspielgeräten vorgelegen sei, sei diese Verhältnismäßigkeit aber offensichtlich nicht mehr gewahrt, wenn ein Sachschaden von mehreren Tausend Euro in Kauf genommen werde, und dabei zudem ohne sachliche Notwendigkeit eine Vorgangsweise an den Tag gelegt werde, die objektiv gesehen weitgehend den Boden einer routinemäßigen Behördenkontrolle verlassen habe und somit nicht anders als eine zielgerichtete Demonstration von staatlicher Macht verstanden werden könne.

Schließlich sei in rechtssystematischer Hinsicht noch auf Folgendes hinzuweisen:

Wäre die BH D im gegenständlichen Fall auf Grund des Vorliegens des Verdachtes einer gerichtlich strafbaren Handlung eingeschritten, so hätte selbst in dieser gleichsam am obersten Ende der ultima-ratio-Skala angesiedelten Konstellation (Justizstrafrecht) die Durchsuchung des Betriebs der Beschwerdeführerin nach vermeintlich illegal betriebenen Glücksspielgeräten nur dann von den Exekutivbeamten vorläufig ohne gerichtliche Bewilligung und ohne Anordnung der Staatsanwaltschaft vorgenommen werden dürfen, wenn insoweit auch eine Gefahr in Verzug vorgelegen wäre; nach § 122 Abs 1 StPO wäre jedoch auch in diesem Fall von der Staatsanwaltschaft eine nachträgliche gerichtliche Bewilligung einzuholen und für den Fall von deren Nichterteilung der der gerichtlichen Entscheidung entsprechende Rechtszustand herzustellen gewesen. Habe hingegen – wie im gegenständlichen Fall – Gefahr in Verzug nicht vorgelegen, hätte demgegenüber die Durchsuchung des Lokals – also eines gemäß § 117 Z 2 lit b StPO durch das Hausrecht geschützten anderen Ortes als einer Wohnung – zwingend einer vorangehenden Ermächtigung der Staatsanwaltschaft, die sich auf eine entsprechende richterliche Bewilligung gründen hätte müssen, bedurft. Da sich die einschreitenden Organe weder auf eine ex ante noch auf eine ex post erteilte Ermächtigung der Staatsanwaltschaft und erst recht nicht auf eine richterliche Bewilligung stützen hätten können, wäre sohin sogar im Falle eines Einschreitens wegen des Verdachtes des Vorliegens einer gerichtlich strafbaren Handlung die Durchsuchung des Lokales gesetzlich nicht gedeckt gewesen, bzw anders gewendet; wäre die Beschwerdeführerin dadurch in ihrem Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Hausrechts gemäß Art 9 StGG iVm Hausrechtsgesetz verletzt worden.

Da die Exekutivorgane im gegenständlichen Fall aber nicht wegen des Verdachtes der Begehung einer justizgerichtlich strafbaren Handlung, sondern bloß wegen des Verdachtes des Vorliegens einer Verwaltungsübertretung eingeschritten seien, sei zwar zutreffend, dass der Schutz der Wohnung und dieser vergleichbaren Räumlichkeiten gemäß § 3 erster Satz HausRG lediglich unter Gesetzesvorbehalt gewährleistet sei. Dies bedeute, dass der einfache Gesetzgeber – soweit es die materiellen Gründe für die Befugnis zur Vornahme einer Hausdurchsuchung betreffe – von Verfassung wegen dazu ermächtigt sei, spezialgesetzliche Sonderbestimmungen (wie etwa in Gestalt der §§ 39 und 40 SPG und des § 50 Abs 4 GSpG) zu schaffen. Dies jedoch nur insoweit, als einerseits – wie aus § 3 zweiter Satz HausRG hervorgehe – die Vorgabe des § 2 HausRG beachtet werde, wonach die einschreitenden Sicherheitsorgane zumindest einer vorangehenden schriftlichen Ermächtigung durch ihre Behörde bedürfen würden; und andererseits sei darauf hinzuweisen, dass § 5 erster Satz HausRG vorsehe, dass auch solche „Hausdurchsuchungen zum Behufe der polizeilichen Aufsicht nach den Vorschriften der Strafprozessordnung vorzunehmen“ seien, dh, dass also auch insoweit die Bestimmungen der StPO zum Tragen kommen würden. Dass im HausRG für verwaltungsstrafrechtliche Angelegenheiten eine (vorangehende oder nachträgliche) justizrichterliche Bewilligung und/oder Ermächtigung der Staatsanwaltschaft nicht vorgesehen wäre, erkläre sich historisch gesehen aus dem Grundprinzip der Gewaltenteilung, das schon die Dezemberfassung 1867 geprägt habe (vgl Art 14 des StGG über die richterliche Gewalt, RGBI 144/1867) und auch im B-VG seit dessen Stammfassung verankert sei (vgl Art 94 Abs 1 B-VG idF BGBl 1/1920). Dies bedeute jedoch nicht, dass daraus für den Bürger ein vergleichsweise geringerer Rechtsschutz resultieren würde – vielmehr ergebe sich aus einem Größenschluss gerade das Gegenteil: Wenn nämlich schon im Bereich des die vergleichsweise wesentlich gravierenderen Delikte regelnden gerichtlichen Strafrechts den staatlichen Eingriffsbefugnissen ein relativ hoher Rechtsschutzstandard des Betroffenen gegenüberstehen würde – wie dieser beispielsweise in Bezug auf Haus- und Personendurchsuchungen durch eine vorangehende oder zumindest nachträgliche, auf eine entsprechende richterliche Bewilligung gegründete Ermächtigung der Staatsanwaltschaft gekennzeichnet sei –, so dürfe dieser

Grundrechtsgewährleistungslevel von Verfassung wegen, nämlich insbesondere deshalb, weil Art 6 Abs 1 EMRK undifferenziert von einem einheitlichen Strafrechtsbegriff ausgehe (vgl jüngst wiederum EGMR vom 20.09.2016, 926/08), im Bereich des Verwaltungsstrafrechts – wenn er dort nicht ohnehin schon a priori als signifikant höher angesetzt werden müsse – zumindest keinesfalls unterschritten werde. Konzediere man davon ausgehend dem Gesetzgeber, dass sich dieser zum Zeitpunkt der Schaffung der §§ 39 und 40 SPG bzw des § 50 Abs 4 GSpG der mit der Neuordnung der Verwaltungsgerichtsgerichtsbarkeit durch die B-VG-Novelle BGBl I 51/2012 verbundenen Konsequenzen noch nicht (bzw zumindest noch nicht in vollem Umfang) bewusst sein hätte müssen, sodass allein der Umstand der Nichtnormierung einer vorangehenden Ermächtigung zur Vornahme einer Haus- und/oder Personendurchsuchung (nunmehr:) durch das Verwaltungsgericht in diesen Bestimmungen noch nicht zu seinen Verfassungswidrigkeit führe, so müssten die in Rede stehenden Vorschriften vor dem aufgezeigten Hintergrund aber zumindest dahin verfassungskonform interpretiert werden, dass die nachprüfende Kontrolle derartiger exekutivorganlicher Eingriffe durch die Verwaltungsgerichte – und zwar völlig ungeachtet allfälliger Schwierigkeiten in der alltäglichen Vollzugspraxis – zumindest einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten müsse. An die Stelle des in einer vorangehenden Bindung an eine staatsanwaltschaftliche und zudem auf eine richterliche Bewilligung gegründete Ermächtigung liegenden prinzipiellen Misstrauens in Bezug auf ein gesetzeskonformes Vollzugshandeln trete somit im Bereich des Verwaltungsstrafrechtes gleichsam ein Vertrauensvorschuss, der unter einer solcherart ausgerichteten ex-post-Kontrolle stehe, dass jede Art der Gesetzeswidrigkeit eine entsprechende förmliche gerichtliche Feststellung nach sich ziehe (in der Folge allenfalls in einen Amtshaftungsanspruch münden könne).

Aus allen diesen angeführten Gründen würden sich daher das zwangsweise durchgesetzte Betreten des Betriebes in der konkreten Art und Weise, wie dies im gegenständlichen Fall erfolgt sei, selbst dann aus formellen (nämlich: fehlende schriftliche behördliche Ermächtigung und fehlende begründete Bescheinigung über die Durchführung der Hausdurchsuchung), sowie aus materiellen Gründen (nämlich: Unverhältnismäßigkeit der konkreten Vorgangsweise) als rechtswidrig erweisen, wenn man den Aspekt der Unionsrechtswidrigkeit der in § 50 Abs 4 GSpG normierten behördlichen Eingriffsbefugnisse außer Acht lasse. Gleiches gelte für die Durchsuchung der Müllkübel. Es werden sohin an das Landesverwaltungsgericht nachstehende

ANTRÄGE

gestellt:

Die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung und die Fällung nachstehenden

Erkenntnisses:

Die Beschwerdeführerin wurde durch das mit Androhung der Anwendung von Zwangsmitteln durchgesetzte Eindringen von Beamten des Einsatzkommandos Cobra, der Bundespolizei und der BH D in ihr Geschäftslokal in D, Dr. A-S-Straße, am 22.05.2017, um 19.00 Uhr, in ihrem Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Hausrechts gemäß Art 9 StGG iVm den §§ 2, 3 und 5 HausRG verletzt.

Die Beschwerdeführerin wurde durch die von Beamten der BH D in ihrem Geschäftslokal in D, Dr. A-S-Straße, am 22.05.2017, um 19.00 Uhr vorgenommenen Hausdurchsuchung, wie insbesondere der Durchsuchung von Müllkübeln, in ihrem Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Hausrechts gemäß Art 9 StGG iVm den §§ 2, 3 und 5 HausRG verletzt.

Der Bund als Rechtsträger der belangten Behörde ist gemäß § 35 Abs 1, Abs 2 und Abs 4 VwGVG iVm § 1 Z 1 und Z 2 VwG-AEV schuldig, der Beschwerdeführerin die Kosten für diese Maßnahmenbeschwerde (Schriftsatz- und Verhandlungsaufwand) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

2. Die Bezirkshauptmannschaft D als belangte Behörde erstattete eine Gegenschrift und beantragte die kostenpflichtige Zurück-, in eventu Abweisung der Beschwerde.

Bereits am 13.10.2015 seien anlässlich einer Kontrolle nach dem Vorarlberger Wettengesetz durch Beamte der Polizeiinspektion D in einem Nebenraum des Lokals „J“, Dr. A-S-Straße, in D (ehemalige Garage des Gebäudes) sieben Glücksspielgeräte vorgefunden worden, die zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht in Betrieb gewesen seien. Betreiber des Lokals sei zum damaligen Zeitpunkt die Firma R C GmbH, handelsrechtlicher Geschäftsführer sei Herr E C gewesen. Am 04.05.2017 habe ein Zeuge anlässlich einer Kontrolle in der Nähe des D Bahnhofes angegeben, dass sich im Lokal „J“ Dr. A-S-Straße in D sowohl Wett- als auch Glücksspielgeräte befinden würden. Zu den circa vier bis fünf Glücksspielgeräten gelange man nur, wenn man im Lokal noch durch eine weitere Türe gehe. Abends herrsche in

diesem Lokal immer viel Betrieb, die Leute würden an den Automaten spielen, wozu Geldscheine in die Automaten gesteckt werden müssten. Mit Schreiben vom 08.05.2017 habe die Bezirkshauptmannschaft D Herrn C R als Mieter und damit Verfügungsberechtigtem des Lokals gemäß § 56a Abs 1 GSpG die Betriebsschließung angedroht und dazu aufgefordert, den Glücksspielbetrieb unverzüglich einzustellen und keine weiteren verbotenen Glücksspiele durchzuführen oder durchführen zu lassen. Sollte er nicht Inhaber (Betreiber) des Lokals sein, so sei er aufgefordert worden, den Lokalbetreiber bekannt zu geben. Ebenfalls mit Schreiben vom 08.05.2017 sei auch der B GmbH als Betreiberin des gegenständlichen Lokals die Betriebsschließung gemäß § 56a Abs 1 GSpG angedroht und dazu aufgefordert worden, den Glücksspielbetrieb unverzüglich einzustellen und keine weiteren verbotenen Glücksspiele durchzuführen oder durchführen zu lassen. Weiteres sei dazu aufgefordert worden, binnen einer Woche ab Zustellung bekannt zu geben, falls nicht die B GmbH Inhaber (Betreiber) des gegenständlichen Lokals sein sollte. Dieses Schreiben sei am 09.05.2017 nachweislich zugestellt worden. Beide Schreiben seien nachrichtlich auch an die Eigentümerinnen des gegenständlichen Lokals versandt worden. Laut Auskunft des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel vom 12.05.2017 habe die B GmbH laufend seit Jänner 2016 bis zuletzt März 2017 Glücksspielabgaben entrichtet. Im Rahmen der Umsatzsteuerprüfung habe die B GmbH für den Standort in D acht Glücksspielgeräte gemeldet. Am 10.05.2017 habe die Bezirkshauptmannschaft D einen weiteren Hinweis erhalten, dass im gegenständlichen Lokal Glücksspiel angeboten werde. Mit Schreiben vom 16.05.2017 habe der Rechtsanwalt Dr. W mitgeteilt, dass die Firma B GmbH das Lokal betreibe, Mieter sei C R. Am 21.05.2017 um 02.13 Uhr habe eine Zeugin über den Notruf der Bezirksleitstelle D gemeldet, dass sie im Wettlokal „J“ in der Dr. A-S-Straße in D an Geräten in einem hinteren Nebenraum das Walzenspiel „Hot Seven“ gespielt habe. Sie habe über einen Geldeinzug € 20 in den Automaten gesteckt und damit mindestens zehn Spiele gemacht. Dabei habe sie auf einen Knopf gedrückt und irgendwann sei ein Gewinn von € 700 angezeigt worden. Als sie die Auszahlung verlangt habe, sei sie von mehreren Männern des Lokals verwiesen worden, ohne den Gewinn zu erhalten.

Am 22.05.2017 mit Beginn um circa 19.00 Uhr sei durch die Bezirkshauptmannschaft D in Zusammenarbeit mit der Polizeiinspektion D im Lokal „J“, Dr. A-S-Straße, D, eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz und dem Vorarlberger Wettengesetz durchgeführt worden. Unmittelbar vor Zutritt zum Lokal sei ein Zeuge beim Verlassen des Lokals beobachtet worden. Dieser habe angegeben, dass er im gegenständlichen Lokal Bildschirme gesehen habe, die eingeschaltet gewesen seien und auf denen Spiele wie zB „Hot Seven“ und „Neon“ zu sehen gewesen seien. Weiteres habe er ausgeführt, dass, wenn er spielen wolle, dem Mitarbeiter Geld geben müsse und dieser lade das Geld als Guthaben über das Handy auf den Bildschirm. Nachdem die Beamten der EKO Cobra in Uniform lautstark eine Glücksspielkontrolle angekündigt und an der Türe geklopft hätten, sei die Türe vom Angestellten geöffnet worden, bevor mit der zwangsweisen Öffnung begonnen worden wäre. Im Lokal seien ein Angestellter und zwei Gäste, davon ein Spieler, anwesend gewesen. Bei der Kontrolle habe festgestellt werden können, dass in einem vom Haupteingang geradeaus durch eine Schiebetür und einen Vorhang betretbaren Nebenraum Glücksspielgeräte betriebsbereit aufgestellt gewesen seien. Hinsichtlich der fünf im Lokal vorgefundenen Geräte habe der begründete Verdacht bestanden, dass mit diesen im Rahmen einer betrieblichen Tätigkeit Glücksspiele in Form von Walzenspielen entgegen den Vorschriften des Glücksspielgesetzes veranstaltet bzw durchgeführt würden. Dieser Verdacht gründe sich ua auf die Aussage des Zeugen, der kurz vor Kontrollbeginn angegeben habe, dass er im Lokal eingeschaltete Bildschirme gesehen habe und darauf Spiele wie zB „Hot Seven“ und „Neon“ zu sehen gewesen seien. Weiteres habe er ausgeführt, dass er, wenn er spielen wolle, dem Mitarbeiter Geld geben müsse und dieser lade das Geld als Guthaben über das Handy auf den Bildschirm.

Weitere Umstände in Bezug auf den begründeten Verdacht:

Im Zuge der Kontrolle sei festgestellt worden, dass der Spieler Z B an einem der Glücksspielgeräte gespielt habe. Dieser habe im Rahmen der durchgeführten Niederschrift angegeben, dass er das gegenständliche Lokal gegen 18.55 Uhr betreten habe, da er dort an den Automaten spielen haben wollen. Er habe dem Kellner 20 Euro gegeben und dieser habe ihm den Bildschirm dann per Handy mit diesem Guthaben aufgeladen. Er habe das Spiel „Neon“ gespielt. Als von den zweiten zehn Euro noch etwa drei bis vier Euro übrig gewesen seien, habe sich plötzlich der Bildschirm abgeschaltet und dann sei die Polizei gekommen. Pro Druck habe er um 50 Cent gespielt, er habe heute jedoch nur verloren. Die verbleibenden drei bis vier Euro habe er sich vom Lokalbetreiber auszahlen lassen, da aufgrund der Polizeikontrolle plötzlich der Bildschirm ausgeschaltet worden sei. Er habe das virtuelle Walzenspiel „Neon“ gespielt. Auch gegenüber der Behördenvertreterin habe Herr Z angegeben, dass an den Flachbildschirmen die klassischen

Glücksspiele angeboten würden. Es sei ein Einsatz zu leisten und eine Taste zu drücken. Im Anschluss gewinne man entweder oder man verliere. Man könne keinen Einfluss auf das Spielergebnis nehmen. Der Gast Z habe auch gegenüber der Behördenvertreterin angegeben, dass er kurz vor der Kontrolle gespielt habe. Es werde dem Angestellten das gewünschte Guthaben in bar gegeben, dieser habe über das Handy das Glücksspielgerät freigeschaltet und dann könne man die üblichen Glücksspiele (virtuelle Walzenspiele) spielen. Während er gespielt habe und noch ein Guthaben von circa drei bis vier Euro gehabt habe, habe sich plötzlich der Bildschirm abgeschaltet. Ein weiterer Gast sei im Hauptraum gesessen und habe sich ein Fußballspiel angeschaut. Er habe angegeben, dass er heute nur Fußball geschaut habe, er aber wisse, dass man im hinteren Raum spielen könne. Er habe ausgeführt, dass er wisse, dass dort Geräte stünden und viele Leute dort spielen würden. Im gegenständlichen Lokal spiele man nur hinten im extra Raum, man könne an der Bar das Geld wechseln, er wisse aber nicht genau, wie das funktioniere, da er sich nicht dafür interessiere. An der Bar könne man jedenfalls wetten, dafür gebe man dem Barkeeper Geld, aber auch hier wisse er nicht genau, wie das funktioniere. Laut Angaben des Angestellten G O halte das gegenständliche Lokal 24h geöffnet. Das Lokal sei nicht frei zugänglich und der Eingangsbereich sei durch zahlreiche Kameras überwacht. Kunden würden Zutritt erst nach Betätigen der Klingel an der Türe erhalten, woraufhin diese von einem Angestellten elektronisch geöffnet werden könne. Die Fenster des Nebenraums (ehemalige Garage), in dem sich die Glücksspielgeräte befinden würden, seien durch Rollos verschlossen und von außen nicht einsehbar. Der Raum sei klein und dunkel, er verfüge trotz zweier Fenster nach außen lediglich über künstliches Licht, wohingegen der Hauptraum des Lokals geräumig und hell sei. Auch der Raum mit den Glücksspielgeräten sei von mehreren Kameras überwacht worden. Ein Bildschirm im Inneren des Raumes übertrage die Bilder der Außenkameras. Laut den Angestellten des Lokals sei die Seitentüre des Glücksspielraumes durch ein so genanntes „Panikschloss“ gesichert, das es ermögliche, die Türe jederzeit von innen, nicht jedoch von außen zu öffnen. In diesem Zusammenhang stelle sich die Frage, inwieweit eine Türe jederzeit geöffnet werden könne, die zusätzlich mit einem Riegel gesichert sei, der mittels Vorhängeschloss gesichert sei. Am 22.05.2017 um 20.35 Uhr sei die Teilbetriebsschließung des Lokals „J“, Dr. A-S-Straße, D, hinsichtlich des vom Haupteingang geradeaus durch die Schiebetür und eine mit einem Vorhang verhängte Türöffnung betretbaren Raumes, durch die Behördenvertreterin mündlich verfügt worden und in weiterer Folge die Seitentür zu diesem Raum des Lokals versiegelt worden. Die durch einen Vorhang verhängte Türöffnung sei mittels einer Holzplatte verschlossen und ebenfalls versiegelt worden. Der Hauptraum des Lokals sei nach wie vor ungehindert betretbar. Ein weiterer Zeuge sei am 28.05.2017 selbständig auf der Polizeiinspektion D erschienen und habe niederschriftlich angegeben, dass er im gegenständlichen Lokal auch schon öfters gespielt habe. Er habe nur selten Geld dabei gewonnen. Gewinne seien in diesen Fällen von den Angestellten ausbezahlt worden. Es würde in diesem Lokal nur Glücksspiele angeboten, Sportwetten würde es keine geben. Er habe auch ausgeführt, dass die Automaten ausgeschaltet würden, wenn die Polizei komme, dies habe er selbst schon mitbekommen.

Mit Bescheid vom 19.06.2017 sei gemäß § 56a Abs 1 und 3 des Glücksspielgesetzes die Teilbetriebsschließung des Lokals „J“, Dr. A-S-Straße, D, verfügt worden. Dieser Bescheid sei an die Beschwerdeführerin am 21.06.2017 zugestellt worden. Mit Eingabe vom 30.06.2017 sei gegen diesen Bescheid Beschwerde von der B GmbH eingebracht worden.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sei mit Bescheiderlassung das Rechtsschutzinteresse der im Maßnahmenbeschwerdeverfahren eingeschrittenen Partei zur Frage der Rechtswidrigkeit der ausgeübten unmittelbaren Befehls- und Zwangsgewalt beendet worden. So habe etwa mit dem Zeitpunkt der Erlassung eines Bescheides über die Beschlagnahme die vorläufige Beschlagnahme aufgehört, ein selbstständig anfechtbarer verfahrensfreier Verwaltungsakt zu sein (VwGH vom 30.01.2013, 2012/17/0432). Die Regelungen über die sogenannte Maßnahmenbeschwerde würden nur der Schließung einer Lücke im Rechtsschutzsystem dienen, nicht aber der Eröffnung einer Zweigleisigkeit für die Verfolgung ein- und desselben Rechtes. Was in einem Verwaltungsverfahren ausgetragen werden könne, könne daher nicht Gegenstand einer Maßnahmenbeschwerde sein (vgl das Erkenntnis vom 27.08.2008, ZI 2008/15/0113, mwN). Die Subsidiarität beziehe sich im Falle einer Beschlagnahme jedoch nicht auf jene Akte, welche durch den später erlassenen Beschlagnahmebescheid keiner verwaltungsbehördlichen Kontrolle unterworfen würden (VwGH vom 27.02.2013, 2012/17/0430). Dieselben Grundsätze, die der Verwaltungsgerichtshof zu Beschlagnahmeverfahren nach dem Glücksspielgesetz entwickelt habe, hätten bei einer Betriebsschließung gemäß § 56a GSpG zu gelten. Mit Bescheiderlassung am 19.06.2017 sei daher das Rechtsschutzinteresse der B GmbH im Maßnahmenbeschwerdeverfahren hinsichtlich jener Akte beendet, welche im Rahmen des Betriebsschließungsbescheides im Bescheidbeschwerdeverfahren bekämpft werden könnten.

Die Amtshandlung werde ua aus folgenden Gründen für rechtmäßig und verhältnismäßig erachtet: Die einschreitenden Beamten hätten sich in rechtmäßiger Ausübung des Dienstes befunden. Grundlage für das Einschreiten der Beamten des EKO Cobra sei die Anordnung der Bezirkshauptmannschaft zur Durchführung der Kontrolle nach den § 50 ff GSpG. Die einschreitenden Beamten hätten sich eindeutig als Polizisten deklariert (verbal und mit der Aufschrift „Polizei“). Weiteres sei das Bild der Polizeibeamten, welche sich vor der Eingangstüre befunden hätten, über Kameras im Eingangsbereich ins Innere des Lokals übertragen und daher sei es für die Personen im Lokal unmissverständlich, dass sich Polizeibeamte vor der Türe befunden hätten. Zudem sei in der Beschwerde angeführt worden, dass der vor Ort anwesende Angestellte der Beschwerdeführerin, Herr O G, nach einem schnellen Blick auf die Videoüberwachung (Live-Betrachtung) genau erkennen habe können, dass es Beamte der EKO-Cobra gewesen seien, die vor der Eingangstür gestanden seien. Aus diesem Grund sei für den Angestellten das Handeln der Polizisten erkennbar und auch nachvollziehbar gewesen. Die Beamten hätten beim Betreten des Lokals den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedenfalls beachtet und eingehalten. Am 22.05.2017 gegen 19.00 Uhr sei durch Beamte der EKO Cobra unter lautem Klopfen und Rufen darauf hingewiesen worden, dass eine Glücksspielkontrolle der Bezirkshauptmannschaft D stattfinde und mehrfach aufgefordert worden, die Türe zu öffnen.

Es sei weder die Androhung der zwangsweisen Öffnung der Türe erfolgt, noch sei diese zwangsweise geöffnet worden. Auch sei zu keinem Zeitpunkt die zwangsweise Öffnung durch die Bezirkshauptmannschaft D angeordnet worden (Hervorhebung im Original).

Weiteres sei auch in dem Zeitpunkt, in dem die Kettensäge von einem der Cobra Beamten kurz angeworfen worden sei, keine Anordnung zur zwangsweisen Öffnung der Türe durch die Bezirkshauptmannschaft D erfolgt. Es könne daher keine Rede davon sein, dass die Beamten der EKO Cobra kurz davor gestanden seien, die Eingangstüre aufzusägen. Noch bevor überhaupt eine Zwangsmaßnahme angedroht werden hätte können, habe der Angestellte die Haupteingangstüre elektronisch oder persönlich geöffnet. Mit dem Anwerfen der Motorsäge hätte lediglich sichergestellt werden sollen, dass der Angestellte im Nachhinein nicht behaupten könne, dass er nicht realisiert habe, dass eine Glücksspielkontrolle stattfinden solle. In diversen anderen Verfahren sei von den Angestellten immer wieder behauptet worden, dass sie weder das Klopfen, noch das Rufen oder Läuten gehört hätten. Dem Angestellten sei daher ausreichend Zeit eingeräumt worden, auf die Aufforderung zur Türöffnung zu reagieren. Diese Vorgehensweise stelle das gelindeste Mittel dar, die Rechte des Betroffenen seien daher gewahrt worden. Die gegenständliche Vorgehensweise sei gemäß § 50 Abs 4 GSpG gerechtfertigt, da diese zum Eintritt in das Lokal bzw zur Durchführung der Kontrolle nach dem GSpG unerlässlich gewesen sei. Die genannten Maßnahmen seien zur Durchsetzung der Kontrolle zwingend notwendig gewesen. Ein Schaden – welcher Art auch immer – sei zu keinem Zeitpunkt entstanden.

- Beziehung des EKO Cobra

Die Kontrolle sei durch die Beamten der Polizei erfolgt. Die Beamten seien dazu angehalten, ihre Aufgaben (Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz) auf Grund ihres Ausbildungsstandes und ihrer beruflichen Erfahrung zu erfüllen (§ 1 RLV), wobei die Möglichkeit einer Türöffnung unter Einbeziehung der Eigensicherung, sowie der Umfeldsicherung, nicht direkt zum Ausbildungsstand eines Exekutivbeamten gehöre. Hierfür gebe es besonders geschulte Einsatzbeamte, welche dem Einsatzkommando Cobra beigegeben seien. Daher seien diese Einsatzbeamten bzw Exekutivbeamte des Einsatzkommandos Cobra für allfällige Unterstützungsleistungen und Absicherungsmaßnahmen in Bezug auf die Eigensicherung im Bereich des Zutrittes zu den Lokalen herangezogen worden. Diese Beamten seien im Rahmen des Exekutivdienstes (§ 6 Abs 2 SPG) verwendet worden und hätten daher für die Sicherheitsbehörde Exekutivdienst vollzogen. Die Beschwerdeführer würden behaupten, dass die Kriterien für die Beziehung des Einsatzkommandos Cobra nicht erfüllt gewesen seien, da das Sicherheitspolizeigesetz und die Sondereinheitenverordnung für den Einsatz der Cobra auf das Kriterium des gefährlichen Angriffs abstellen würden. Die Sondereinheitenverordnung (SEV, BGBl II 1998/207 idGF) sei nicht die Rechtsgrundlage für das Einschreiten von Cobra-Mitarbeitern, sondern eine gesetzlich vorgesehene Ermächtigung des BMI, die Cobra als speziell ausgebildete Sondereinheit zu bilden und zu führen. Im Übrigen führe sogar § 5 der SEV an, dass der Cobra „schwerpunktmäßig“ die Abwehr gefährlicher Angriffe obliege. Da die Auflistung in § 5 SEV nur demonstrativ sei, könne die Cobra selbstverständlich auch für andere polizeilich relevanten Sachverhalte herangezogen werden, die einer besonderen Gefahrenlage zuzuordnen seien oder besondere Fachkenntnisse erfordern würden, wie in diesem Fall das schnelle zwangsweise Öffnen von stark gesicherten Glücksspiellokalen. In diesem Zusammenhang werde auch darauf hingewiesen, dass Erfahrungen in der Vergangenheit bereits mehrfach gezeigt hätten, dass die Kriminalität im Glücksspielmilieu stark ansteige. Aufgrund der in der Regel

abgeriegelten und zur Gänze verklebten Lokale würde für die einschreitenden Behörden keine Möglichkeit bestehen, sich konkrete Informationen über das Innere des Lokals und die darin aufhältigen Personen zu verschaffen. Wie auch die Vergangenheit bereits gezeigt habe, würden Glücksspielbetreiber teilweise auch nicht davor zurückschrecken, regelrechte „Razzienfallen“ zu bauen. Darüber hinaus sei bekannt, dass zahlreiche Verbindungen zwischen Wett- bzw Glücksspiellokale und kriminellen Personen bestehen würden, weshalb die Beziehung des EKO Cobra insbesondere dem Schutz und der Sicherung der Behördenvertreter diene. Dabei seien die Beamten der Cobra in klarer Unterstellung für die Bezirkshauptmannschaft D eingeschritten und sei ihr Verhalten deshalb auch von der belangten Behörde zu vertreten. Auch eine Türöffnung mittels Befehls- und Zwangsgewalt nach dem GSpG sei ausschließlich auf Anordnung der Behörde erfolgt. Aus den Argumentationen der Beschwerdeführer, wonach die Cobra bei Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz gar nicht einschreiten dürfe, sei zusammenfassend nichts zu gewinnen.

- Betreten des Lokals

Die Kontrolle sei auf der Grundlage des § 50 GSpG und § 10 Abs 1 Vorarlberger Wettengesetz durchgeführt worden. Die Kontrolle sei zeitlich vorangehend laut und deutlich wahrnehmbar angekündigt worden. Da der deutlichen Aufforderung zur Türöffnung nachgekommen worden sei, sei die zwangsweise Türöffnung durch die Behördenvertreterin zu keinem Zeitpunkt angeordnet worden. Wie bereits ausgeführt, hätten die Beamten der EKO Cobra gegen 19.00 Uhr in Uniform lautstark eine Glücksspielkontrolle angekündigt und an der Tür geklopft. Kurze Zeit später sei die Tür vom Angestellten freiwillig geöffnet worden. Nach der ständigen Rechtsprechung des VfGH liege ein Akt verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt jedenfalls dann nicht vor, wenn dem behördlichen Vorgehen infolge freiwilliger Zustimmung bzw Folgeleistung der Zwangscharakter fehle. Es liege daher im konkreten Fall kein Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt vor, da die Türe – nach vorheriger Aufforderung zur Mitwirkung an der Amtshandlung – vom Angestellten freiwillig geöffnet worden sei.

- Hausdurchsuchung

Am 22.05.2017 habe keine Hausdurchsuchung des Lokals stattgefunden. Die Kontrolle sei auf der rechtlichen Grundlage des Glücksspielgesetzes durchgeführt worden. Die Bezirkshauptmannschaft D sei gemäß § 50 Abs 4 GSpG eingeschritten, weshalb die Ausführungen der Beschwerdeführerin, es sei das HausRG verletzt worden, ins Leere gehen würden. Als Hausdurchsuchung sei definiert, dass die staatlichen Organe nach einer Person oder einem Gegenstand suchen würden, von denen es unbekannt sei, wo sie sich befinden würden (VfSlg 12.054/1989). Das bloße Betreten von Räumlichkeiten, etwa um festzustellen, ob die Meldevorschriften eingehalten werden (VfSlg 6328/1970) gelte nicht als Hausdurchsuchung. Nichts anderes könne deshalb für die Vollziehung des GSpG gelten, wenn durch das Betreten der Räumlichkeiten kontrolliert werden solle, ob die Vorschriften des GSpG eingehalten würden. § 50 Abs 4 GSpG ziele gerade auf diese Kontrolle und nicht auf eine explizite Suche nach Gegenständen in den Räumlichkeiten ab, spreche die gesetzliche Bestimmung doch von der Befugnis zur Durchführung der Überwachungsaufgaben nach dem GSpG, soweit dies zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des GSpG erforderlich sei. Den einschreitenden Organen sei es unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gestattet, jene Maßnahmen zu setzen, die für den reibungslosen Ablauf einer glücksspielrechtlichen Kontrolle notwendig seien, weil dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden könne, er würde zwar die Durchführung einer Kontrolle vorsehen, den kontrollierenden Organen aber nicht gestatten, Maßnahmen zu setzen, die einen zweckdienlichen Ablauf ermöglichen (VwGH vom 27.02.2013, 2012/17/0430). Wenn aber das Gesetz zum Schutze des Hausrechtes entgegen dem Beschwerdevorbringen nicht zur Anwendung gelange, könnten die im Hausrechtsgesetz geregelten Formvorschriften – da nicht anwendbar – gar nicht verletzt werden. Zusammenfassend sei deshalb, was das Betreten des Glücksspiellokales betreffe, lediglich die Rechtsgrundlage für dasselbe unter Berücksichtigung des Legalitätsprinzips nach Art 18 Abs 2 B-VG zu prüfen, die zweifelsohne in § 50 Abs 4 GSpG zu finden sei. Im Zuge der Kontrolle seien sämtliche Räumlichkeiten des Objektes gesichtet worden, um festzustellen, ob sich Personen und Glücksspielgeräte im Lokal befinden würden. Eine Durchsuchung von Räumlichkeiten, Behältnissen oder Personen habe zu keinem Zeitpunkt stattgefunden. Die Sichtung sämtlicher Räume im Lokal zur Feststellung, ob gegen die Bestimmungen des Glücksspielgesetzes verstoßen werde und ob noch weitere Zeugen im Lokal anwesend seien, sei für einen reibungslosen Ablauf einer Glücksspielkontrolle unerlässlich und verletze nicht den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Da der Behörde auch Hinweise auf illegale Wetttätigkeiten in diesem Lokal vorgelegen haben, sei Grundlage der gegenständlichen Kontrolle nicht nur das Glücksspielgesetz, sondern auch das Vorarlberger Wettengesetz. In einem Mülleimer sei von Beamten ein Wettschein entdeckt worden, weshalb – auch aufgrund diesbezüglich vorangegangener

Hinweise – davon ausgegangen worden wäre, dass tatsächlich Wetten angeboten würden, dies ohne die dafür erforderliche Bewilligung des Landes. Da sämtliche Geräte vom Angestellten ausgeschaltet worden waren und dieser sich geweigert habe, sie wieder in Betrieb zu nehmen, hätten die Behördenvertreterinnen nach anderen Hinweisen für die illegale Wetttätigkeit gesucht. Im Papiermüllcontainer des Lokals seien zahlreiche Wettscheine vorgefunden worden, die durchwegs aus den Tagen unmittelbar vor der Kontrolle gestammt hätten. Da die Hinweise auf eine illegale Wetttätigkeit jedoch letztlich nicht ausgereicht hätten, um weiter nach dem Wettengesetz vorzugehen, sei die Überprüfung nach dem Wettengesetz vorzeitig abgebrochen worden. Selbst in jenen Fällen, in denen die erforderliche Bewilligung nach dem Wettengesetz vorliege, sei die Behörde berechtigt, entsprechende Kontrollen und Überprüfungen durchzuführen. Umso mehr gelte dies für den Fall, dass der Verdacht bestehe, dass die Tätigkeit eines Wettunternehmers ohne Bewilligung oder Berechtigung aufgrund einer Anzeige ausgeübt werde. Das Sichten von Papiermüllcontainern, die sich noch dazu außerhalb der Räumlichkeiten des betreffenden Lokals befinden würden, erfülle wohl kaum die Kriterien einer Hausdurchsuchung. Die Einsicht von Mülleimern und die Entnahme von Wettscheinen, die von den Kunden erworben und bereits weggeworfen worden wären, sei eine vom Vorarlberger Wettengesetz gedeckte Maßnahme, die den zweckdienlichen Ablauf einer solchen Kontrolle erst ermögliche. Es handle sich dabei um das gelindeste Mittel, das dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedenfalls entspreche.

Das wiederholte Vorbringen der Unionsrechtswidrigkeit des im Glücksspielgesetz normierten Monopolsystems gehe auf Grund der erst jüngst ergangenen Judikatur des VfGH ins Leere. Der VfGH habe in seinen im Oktober 2016 ergangenen Erkenntnissen (E945/2016 ua, sowie G130/2016 ua) unmissverständlich festgestellt, dass die Bestimmungen des Glücksspielgesetzes allen vom EuGH aufgezeigten Vorgaben des Unionsrechtes entsprechen würden. Insbesondere enthalte das Glücksspielgesetz Regelungen, die sicherstellen sollten, dass Werbemaßnahmen der Inhaber von Glücksspielkonzessionen nicht mit den Zielen dieses Gesetzes (die auch in der Vorbeugung der Spielsucht bestehen würden) in Konflikt geraten. Die österreichischen Bestimmungen würden auf Grund ihrer tatsächlichen Auswirkungen nicht dem Unionsrecht zuwider laufen. Über die Rechtmäßigkeit der Teil-Betriebsschließung würden für die Bezirkshauptmannschaft D keine Zweifel bestehen. Die belangte Behörde habe auch ihre Kontrollbefugnisse nach § 50 Abs 4 GSpG keinesfalls überschritten und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu jedem Zeitpunkt beachtet und eingehalten. Die Rechtmäßigkeit der Vorgehensweise bei der Kontrolle am 22.05.2017 sei somit im Bescheidbeschwerdeverfahren zu prüfen. Mit Bescheiderlassung sei daher auch das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin im Maßnahmenbeschwerdeverfahren beendet.

Die belangte Behörde stelle daher den

Antrag

das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg möge die Beschwerde der Beschwerdeführerin infolge des Wegfalles eines selbständigen Anfechtungsgegenstandes zurückweisen und den Vorlageaufwand, den Schriftsatzaufwand sowie einen allfälligen Verhandlungsaufwand gemäß Aufwandersatzverordnung dem Bund zuzusprechen.

In eventu stelle die belangte Behörde den

Antrag

das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg möge die Beschwerde als unbegründet abweisen und den Vorlageaufwand, den Schriftsatzaufwand sowie einen allfälligen Verhandlungsaufwand gemäß Aufwandersatzverordnung dem Bund zusprechen.

3. Das Landesverwaltungsgericht hat in dieser Angelegenheit eine mündliche Verhandlung durchgeführt.

Folgender Sachverhalt steht fest: Die Beschwerdeführerin ist Betreiberin eines Lokals mit dem Namen „J“ in der Dr. A-S-Straße in D. Aufgrund mehrerer Vorfälle bzw Mitteilungen war die Bezirkshauptmannschaft D darüber in Kenntnis gesetzt, dass im gegenständlichen Lokal Glücksspiele veranstaltet werden. Ebenso bestand der Verdacht, dass es sich bei den im Lokal an den Bildschirmen angebotenen Spielen um Wetten iSd Wettengesetzes handelt. Mit Schreiben der Bezirkshauptmannschaft D vom 08.05.2017 wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, den Glücksspielbetrieb im Lokal „J“ in der Dr. A-S-Straße, D, unverzüglich einzustellen und keine weiteren verbotenen Glücksspiele durchzuführen oder durchführen zu lassen, allenfalls die Schließung des Betriebes gemäß § 56a Abs 1 GSpG verfügt wird.

Am 22.05.2017 gegen 19.00 Uhr führte die Bezirkshauptmannschaft D in Zusammenarbeit mit der Polizeiinspektion D sowie den Einsatzkräften der Cobra im gegenständlichen Lokal eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz und dem Wettengesetz durch. Zuvor wurde eine Einsatzbesprechung abgehalten.

Bei der Kontrolle klopfte ein Polizeibeamter an der Haupteingangstüre zum Lokal „J“, begehrte verbal Einlass und kündigte ebenfalls verbal eine Polizeikontrolle an. Es wurde nicht angedroht, dass Befehls- oder Zwangsgewalt ausgeübt werden würde, wenn den Polizeibeamten die Türe nicht geöffnet werden sollte. In weiterer Folge wurde durch einen Cobra-Beamten im Bereich vor der Haupteingangstüre eine Motorflex gestartet. Das Geräusch dieser Motorflex war sehr laut. Nachdem die Motorflex ca zehn bis 20 Sekunden in Betrieb war, öffnete O G, ein Angestellter der Beschwerdeführerin, die Haupteingangstüre, weil er den Eindruck hatte, dass ansonsten mittels der laufenden Motorflex die Türe zwangsweise geöffnet werden würde. Daraufhin betraten die Beamten das Lokal. Es bestand keine Gefahr in Verzug, aufgrund der die Türe ohne Ankündigung der Ausübung von Befehls- und Zwangsgewalt, insbesondere zum Schutz von Leib und Leben, geöffnet werden hätte müssen. Im Lokal selber konnten betriebsbereite Glücksspieleinrichtungen, jedoch keine Wettterminals festgestellt werden. Im Anschluss daran wurde ein Mülleimer im Lokal sowie ein Papiercontainer hinter dem Lokal danach durchsucht, ob sich in diesen Wettscheine befinden.

4. Dieser Sachverhalt wird auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens, insbesondere auf Grund der im Gegenstand durchgeführten mündlichen Verhandlung als erwiesen angenommen.

Die Vorgehensweise haben die Zeugen, sowohl auf Seite der Beschwerdeführerin, als auch auf Seite der belangten Behörde im Wesentlichen übereinstimmend geschildert.

Die Zeugin Mag. A S gab an, es habe bereits im Vorfeld zur Kontrolle am 22.05.2016 (gemeint wohl: 2017) Hinweise gegeben, dass im Lokal Glücksspiele sowie illegale Wetten durchgeführt würden. Am 22.05.2016 (gemeint wohl: 2017) sei die behördliche Einsatzleiterin gewesen. Die polizeiliche Einsatzleitung habe BI S K gehabt. Es habe zu dieser Glücksspielkontrolle eine Einsatzbesprechung gegeben. Es sei nicht konkret über den Einsatz einer Motorflex oder Motorsäge gesprochen worden. Dieser habe auch an der Eingangstüre geklingelt und habe auch geklopft und lautstark gerufen und um Einlass gebeten. O G, ein Angestellter vom Lokal, habe wahrnehmen können, wie die Polizei um Einlass ersucht habe. Die Personen im Lokal seien ersucht worden, die Haupteingangstüre zu öffnen. Es sei keine Befehls- und Zwangsgewalt angedroht worden. Sie habe keinen Auftrag erteilt, dass die Tür zwangsweise geöffnet werde. Es sei ihr nicht erinnerlich, dass eine Androhung der Befehls- und Zwangsgewalt von Seiten der Cobrabeamten durchgeführt worden wäre. Von ihr selbst sei die Anwendung von Befehls- und Zwangsgewalt jedenfalls nicht angedroht worden. Zu welchem Zweck die Motorflex gestartet worden sei, könne sie nicht mitteilen. Hierbei handle es sich um eine kraftstoffbetriebene Motorflex. Den Betrieb der Motorflex habe sie jedenfalls gehört. Die Motorflex sei nach ihrem Empfinden circa zehn bis 20 Sekunden in Betrieb gewesen. Als die Motorflex gestartet worden sei, habe sie sich im Auto befunden. Diese sei sehr laut gewesen. Sie habe nicht den Eindruck gehabt, dass durch die Inbetriebnahme der Motorflex jemand in Furcht und Unruhe versetzt worden wäre. Sie könne nicht beurteilen, ob die Inbetriebnahme einer Flex vor einer verschlossenen Türe die Personen in einem Raum in Furcht und Unruhe versetze. Sie könne nicht mitteilen, ob durch die Inbetriebnahme die Personen im Lokal damit rechnen hätten müssen, dass eine zwangsweise Öffnung der Haupteingangstüre mit der Motorflex bevorstehe. Nachdem die Motorflex gestartet worden sei, sei die Haupteingangstüre von innen – sie glaube von O G – geöffnet worden. Insgesamt habe ein Befolgungsanspruch in der Art und Weise bestanden, dass die Eingangstüre mit Gewalt geöffnet worden wäre, sofern diese nicht geöffnet worden wäre. Es habe keine Gefahr in Verzug zum Öffnen der Türe bestanden, insbesondere nicht zum Schutz von Leib und Leben. Die Kontrolle am 22.05. sei ursprünglich auf Grundlage des Wettengesetzes und des Glücksspielgesetzes angesetzt worden. Nachdem es bereits im Vorfeld Hinweise darauf gegeben habe, dass auch illegale Wetten angeboten worden wären und während der Kontrolle Wettscheine vorgefunden werden hätten können, hätten sie versucht, weitere Wettscheine festzustellen. Aus diesem Grund hätten sie sowohl den Mülleimer im Lokal als auch den Müllcontainer hinter dem Lokal durchsucht. Im Lokal selbst hätten fünf betriebsbereite Glücksspieleinrichtungen festgestellt werden können. Im Lokal hätten keine Wettterminals festgestellt werden können. Im Lokal habe es zahlreiche große Bildschirme gegeben. Dies deute als Hin

Quelle: Landesverwaltungsgericht Vorarlberg LVwg Vorarlberg, <http://www.lvwg-vorarlberg.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at