jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE Vwgh Erkenntnis 2017/12/5 Ra 2017/01/0373

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 05.12.2017

**Index**

001 Verwaltungsrecht allgemein
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)
19/05 Menschenrechte
24/01 Strafgesetzbuch
40/01 Verwaltungsverfahren
41/01 Sicherheitsrecht

**Norm**

AVG §58 Abs2
AVG §60
AVG §67c Abs3
B-VG Art129a Abs1 Z2
B-VG Art130 Abs1 Z2
B-VG Art133 Abs6 Z2
MRK Art3
SPG 1991 §16 Abs2
SPG 1991 §29 Abs1
SPG 1991 §40
SPG 1991 §40 Abs1
SPG 1991 §40 Abs2
SPG 1991 §40 Abs4
StGB §83
StGB §84
VwGVG 2014 §28 Abs6
VwRallg

**Betreff**

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Blaschek und die Hofräte Dr. Kleiser, Dr. Fasching, Mag. Brandl sowie die Hofrätin Mag. Liebhart-Mutzl als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Strasser, über die Revision der Landespolizeidirektion Oberösterreich gegen Spruchpunkt II. des Erkenntnisses des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 24. September 2016, Zl. LVwG-480003/14/Gf/MSch/DC/Mu, LVwG-480004/14/Gf/MSch/DC/Mu, betreffend Personendurchsuchung nach § 40 Abs. 2 SPG (mitbeteiligte Partei: N S in L, vertreten durch Dr. Günter Schmid, Rechtsanwalt in 4020 Linz, Hafferlstraße 7/2. Stock), zu Recht erkannt:

**Spruch**

Spruchpunkt II. des angefochtenen Erkenntnisses wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

**Begründung**

Angefochtenes Erkenntnis

1 Mit Spruchpunkt II. des angefochtenen Erkenntnisses wurde über Maßnahmenbeschwerde der Mitbeteiligten festgestellt, dass die Mitbeteiligte (aus Anlass einer nach dem Glücksspielgesetz [GSpG] durchgeführten Lokalkontrolle am 22. Juni 2016) durch die von Organen der belangten Behörde vorgenommene Durchsuchung ihrer Kleidung und Handtasche sowie ihrer Person in unbekleidetem Zustand, „wobei sie sich nackt nach vorne beugen musste", in ihrem Grundrecht auf Menschenwürde (Art. 1 GRC) und auf Nichtvornahme einer erniedrigenden Behandlung (Art. 4 GRC und Art. 3 EMRK) verletzt worden sei.

2 Begründend stellte das Verwaltungsgericht fest, dass Beamte der belangten Behörde (LPD OÖ - Polizeikommissariat W) und der Finanzpolizei am 22. Juni 2016 in einem näher bezeichneten Lokal eine Kontrolle wegen des Verdachtes einer Übertretung des GSpG durchgeführt hätten.

3 Ausgehend davon, dass damit gerechnet worden sei, dass die Einsatzkräfte nicht freiwillig ins Lokal eingelassen würden und im Gebäude mehrere mit Riegeln und Querbalken versperrbare Türen vorhanden seien, habe der Einsatzleiter entschieden, das Einsatzkommando „Cobra" beizuziehen.

4 Im Zuge der Einsatzbesprechung habe sich ergeben, dass in Betracht gezogen werden müsse, dass von den im Lokal aufgestellten Geräten möglicherweise Reizgas versprüht und ein solcher Effekt mittels Funkfernbedienung ausgelöst werden könne.

5 Nachdem der Eingang durch die (zu diesem Zeitpunkt) für das Lokal verantwortliche Mitbeteiligte nicht freiwillig geöffnet worden sei und die Eingangstüre (mit einer Ramme und einem Winkelschleifer) gewaltsam aufgebrochen habe werden müssen, sei im Keller die Mitbeteiligte betreten und von mehreren Polizeibeamtinnen nach einem Funkfernauslöser durchsucht worden.

6 Zu diesem Zweck sei sie zunächst am Körper abgetastet worden. Sodann sei sie aufgefordert worden, ihre Kleidung vollständig abzulegen und sich unbekleidet nach vorne zu bücken. Ein Eingriff in Körperöffnungen sei nicht erfolgt. In der Folge sei auch ihre Handtasche durchsucht und ihr das Mobiltelefon abgenommen worden. Eine Fernbedienung sei dabei und im weiteren Verlauf der Lokalkontrolle nicht aufgefunden worden.

7 Die Mitbeteiligte habe sich zwar unkooperativ, aber nicht aggressiv verhalten. Sie habe sich fast eine Stunde in der Gewahrsame der Polizeibeamtinnen befunden, wobei ihr längere Zeit untersagt worden sei, Wasser zu sich zu nehmen, obwohl die Mitbeteiligte einen Schwächeanfall erlitten und sich insgesamt sechs Zahnkronen ausgebissen habe.

8 Beweiswürdigend führte das Verwaltungsgericht (lapidar) aus, die Feststellungen gründeten sich auf den Akteninhalt und auf die vom Vertreter der Mitbeteiligten vorgelegten schriftlichen Unterlagen.

9 In rechtlicher Hinsicht führte das Verwaltungsgericht zu Spruchpunkt II. aus, in der Einsatzbesprechung sei in Betracht gezogen worden, dass im Lokal ein Spielautomat aufgestellt sein könnte, von dem mittels Fernbedienung Reizgas versprüht werden könne. Daher solle bei diesem Einsatz darauf geachtet werden, dass sich die Lokalverantwortlichen während der Kontrolle jeweils im selben Raum wie die Inspektionsorgane aufhielten, da Erstere in diesem Fall wohl kaum einen Reisgasaustritt auslösen würden.

10 Keiner der einschreitenden Beamten, auch nicht jene des Einsatzkommandos Cobra, hätten vorbeugend eine Gasmaske o.ä. getragen. Daran zeige sich, dass seitens der Einsatzleitung nicht mit einer diesbezüglich akuten Gefährdung gerechnet, sondern dieser Aspekt lediglich als eine „vielleicht doch nicht gänzlich auszuschließende Gefährdung" in Erwägung gezogen worden sei.

11 Der dementsprechende Verdacht habe vor dem Beginn des behördlichen Einschreitens auf einem Zeitungsbericht beruht. Nach diesem sei bei einer GSpG-Kontrolle in Wien mit einem Gerät per Funk ein Reizgasaustritt veranlasst worden. Ein Gerät mit derselben Typenbezeichnung sei im vorliegenden Lokal (bei einer vorangegangenen

Kontrolle) wahrgenommen worden. Nach dem gewaltsamen Eindringen in das Lokal sei im Zuge der anschließend durchgeführten Begutachtung der Spielapparate folgender Aufkleber auf dem Gerät wahrgenommen worden:

„Achtung! – Unbefugtes Öffnen bewirkt folgende Reaktion: 1.) Stiller Alarm wird ausgelöst; 2.) Sie werden mit künstlicher DNA markiert; 3.) Paralysierendes Gas wird zur sofortigen Abwehr in großen Mengen freigesetzt; 4.) Nebelgranate wird gezündet“

12 Davon ausgehend habe sich die Durchsuchung der Mitbeteiligten sowie ihrer Kleidung und Behältnisse nicht auf § 40 Sicherheitspolizeigesetz (SPG) stützen können:

13 § 40 Abs. 1 SPG sei nicht in Betracht gekommen, da keine Festnahme der Mitbeteiligten erfolgt sei.

14 Von der Mitbeteiligten sei - was von den Vertretern der belangten Behörde (in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht) „gar nicht“ in Abrede gestellt worden sei - zu keinem Zeitpunkt ein gefährlicher Angriff iSd § 40 Abs. 2 SPG ausgegangen. Diese habe sich lediglich unkooperativ, aber nicht aggressiv verhalten.

15 Schließlich habe auch - seitens der Vertreter der belangten Behörde unbestritten - keinerlei Grund für die Annahme bestanden, dass die Mitbeteiligte den vermeintlich gesuchten Gegenstand, eine Fernbedienung, in einer Körperöffnung verborgen gehabt hätte, weshalb sich die einschreitenden Polizeibeamtinnen auch auf eine Besichtigung des unbekleideten Körpers der Mitbeteiligten beschränkt und keine Durchsuchung gemäß § 40 Abs. 4 SPG vorgenommen hätten.

16 Eine andere Rechtsgrundlage für die Vornahme einer „mit Blick auf die konkreten Umstände des vorliegenden Falles“ zulässigen Personendurchsuchung sei nicht erkennbar. Schon deshalb erweise sich die Durchsuchung der Mitbeteiligten als rechtswidrig.

17 Dazu komme im Hinblick auf die Art. 1 und 4 GRC bzw. Art. 3 EMRK, dass es „mehr als seltsam anmuten“ müsse, dass die Mitbeteiligte nach den Umständen des vorliegenden Falles aufgefordert worden sei, ihre Kleidung vollständig abzulegen, um eine Besichtigung ihres unbekleideten Körpers vornehmen zu können. „Völlig unverständlich“ sei der von den Polizeibeamtinnen zusätzlich ergangene Befehl, sich in nacktem Zustand nach vorne bücken zu müssen.

18 So sei die Mitbeteiligte in einem abgesonderten Raum, den sie nicht verlassen habe dürfen, zunächst durch Abtasten des bekleideten Körpers zu dem Zweck, einen vermuteten Funkfernauslöser zu finden, durchsucht worden. Soweit nicht bereits auf Grund ihrer enganliegenden Kleidung klar gewesen sei, dass die Mitbeteiligte keine Funkfernbedienung bei sich getragen habe, hätten jedenfalls nach dem Abtasten ihres Körpers jegliche Zweifel beseitigt sein müssen, es sei denn, die Polizeibeamtinnen hätten vermutet, die Mitbeteiligte verberge ein solches Gerät in einer ihrer Körperöffnungen. Dies habe jedoch selbst nach dem Vorbringen des Vertreters der belangten Behörde (in der Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht) nicht zugetroffen.

19 Schon der Umstand, sich in einem abgesonderten Raum allein einer Mehrheit von uniformierten und bewaffneten Exekutivbeamten gegenüberzusehen, sei geeignet, „bei jedem durchschnittlichen Bürger den nachhaltigen Eindruck der Minderwertigkeit und des schutzlosen Ausgeliefertseins gegenüber den Vertretern der öffentlichen Gewalt zu erzeugen“.

20 Es bedeute „fraglos eine zusätzliche Degradierung“, wenn befohlen werde, sich als einzige der anwesenden Personen seiner gesamten Kleidung zu entledigen, „weil eine gesteigerte Form der Schutzlosigkeit nur noch im Falle einer zusätzlichen Fesselung oder psychischen Ohnmacht vorstellbar“ sei. Deshalb sei die Besichtigung des unbekleideten Körpers für den Bereich des Verwaltungsstrafverfahrens überhaupt nicht und selbst im gerichtlichen Strafverfahren nur auf Basis einer richterlichen Bewilligung zulässig (§ 117 Z 3 lit. b iVm § 102 Abs. 1 und § 122 Abs. 1 StPO).

21 Die an eine Person weiblichen Geschlechts ergehende Aufforderung, sich in gänzlich unbekleidetem Zustand auch noch bücken zu müssen, verkörpere nicht bloß eine erniedrigende Behandlung iSd Art. 4 GRC und Art. 3 EMRK, sondern enthalte zudem auch noch einen spezifischen Aspekt der Demütigung (Verweis auf EGMR 28.9.2015, 23380/09).

22 „Dazu passt ins Bild“, dass der Mitbeteiligten trotz erkennbarer Übelkeit und mehrfachen Ersuchens die Einnahme von Wasser über einen langen Zeitraum hinweg verweigert worden sei und sie sich auf Grund psychischer Belastung mehrere Zahnkronen ausgebissen habe.

23 Insoweit sei die Mitbeteiligte, eine rumänische Staatsangehörige und damit Bürgerin eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union, in ihrem gewährleisteten Recht auf Menschenwürde nach Art. 1 GRC sowie im Recht auf „Nichtunterziehung" einer erniedrigenden Behandlung nach Art. 4 GRC und Art. 3 EMRK verletzt worden.

24 Gegen diesen Spruchpunkt des Erkenntnisses richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision der belangten Behörde, die vom Verwaltungsgericht gemäß § 30a Abs. 7 VwGG unter Anschluss der Akten des Verfahrens vorgelegt wurde. Im Hinblick auf Spruchpunkt II. wurde die Amtsrevision zur Zl. Ra 2017/01/0373 und im Hinblick auf die übrigen Spruchpunkte zur Zl. Ra 2016/17/0302 protokolliert.

25 Die Mitbeteiligte erstattete nach Einleitung des Vorverfahrens durch den Verwaltungsgerichtshof (Ra 2016/17/0302-2) eine Revisionsbeantwortung.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zulässigkeit

26 Die Amtsrevision wirft eine grundsätzliche Rechtsfrage im Hinblick auf § 40 Abs. 2 SPG auf. Es stelle sich die Frage, ob eine Fernbedienung, deren Zweck es ist, bei einer behördlichen Kontrolle eines Glücksspielapparates eine Reizgasladung auszulösen, einen Gegenstand im Sinne des § 40 Abs. 2 SPG darstelle, von dem Gefahr ausgehe. Weiters sei vom Verwaltungsgericht begründeten Beweisanträgen der belangten Behörde nicht entsprochen und damit das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK missachtet worden.

27 Die Revision ist zulässig.

Rechtslage

28 Die maßgeblichen Bestimmungen des SPG, BGBl. Nr. 566/1991 in der Fassung BGBl. I Nr. 5/2016, lauten auszugsweise wie folgt:

„Allgemeine Gefahr; gefährlicher Angriff; Gefahrenerforschung

§ 16. (1) Eine allgemeine Gefahr besteht

1. bei einem gefährlichen Angriff (Abs. 2 und 3)

...

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

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

handelt.

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

...

Verhältnismäßigkeit

§ 29. (1) Erweist sich ein Eingriff in Rechte von Menschen als erforderlich (§ 28a Abs. 3), so darf er dennoch nur geschehen, soweit er die Verhältnismäßigkeit zum Anlaß und zum angestrebten Erfolg wahrt.

(2) Insbesondere haben die Sicherheitsbehörden und die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes

1. von mehreren zielführenden Befugnissen jene auszuwählen, die voraussichtlich die Betroffenen am wenigsten beeinträchtigt;

2. darauf Bedacht zu nehmen, ob sich die Maßnahme gegen einen Unbeteiligten oder gegen denjenigen richtet, von dem die Gefahr ausgeht oder dem sie zuzurechnen ist;

3. darauf Bedacht zu nehmen, daß der angestrebte Erfolg in einem vertretbaren Verhältnis zu den voraussichtlich bewirkten Schäden und Gefährdungen steht;

4. auch während der Ausübung von Befehls- und Zwangsgewalt auf die Schonung der Rechte und schutzwürdigen Interessen der Betroffenen Bedacht zu nehmen;

5. die Ausübung der Befehls- und Zwangsgewalt zu beenden, sobald der angestrebte Erfolg erreicht wurde oder sich zeigt, daß er auf diesem Wege nicht erreicht werden kann.

...

Durchsuchung von Menschen

§ 40. (1) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind ermächtigt, Menschen, die festgenommen worden sind, zu durchsuchen, um sicherzustellen, daß diese während ihrer Anhaltung weder ihre eigene körperliche Sicherheit noch die anderer gefährden und nicht flüchten.

(2) Die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes sind außerdem ermächtigt, Menschen zu durchsuchen, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, diese stünden mit einem gegen Leben, Gesundheit, Freiheit oder Eigentum gerichteten gefährlichen Angriff in Zusammenhang und hätten einen Gegenstand bei sich, von dem Gefahr ausgeht.

(3) Die den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes in den Abs. 1 und 2 eingeräumten Befugnisse gelten auch für das Öffnen und das Durchsuchen von Behältnissen (zB Koffer oder Taschen), die der Betroffene bei sich hat.

(4) Bei Durchsuchungen gemäß Abs. 1 und 2 haben sich die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes auf eine Durchsuchung der Kleidung und eine Besichtigung des Körpers zu beschränken, es sei denn, es wäre auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen, der Betroffene habe einen Gegenstand in seinem Körper versteckt; in solchen Fällen ist mit der Durchsuchung ein Arzt zu betrauen." (BGBl. Nr. 566/1991)

Zur Personenuntersuchung nach § 40 Abs. 2 SPG

Grundsätzlich

29 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes setzt die Durchsuchungsbefugnis nach § 40 Abs. 1 SPG - anders als die nicht auf festgenommene Personen beschränkte Regelung nach Abs. 2 - nicht das Vorliegen bestimmter Tatsachen voraus, aufgrund derer zu vermuten sei, der in einem Zusammenhang mit einem gefährlichen Angriff stehende Betreffende, hätte „einen Gegenstand bei sich, von dem Gefahr ausgeht". Sie ist vielmehr in jedem Fall einer Festnahme zulässig, allerdings ausschließlich zu dem Zweck sicherzustellen, dass die festgenommene Person während ihrer Anhaltung weder ihre eigene körperliche Sicherheit, noch die von anderen gefährdet und dass sie nicht flüchten kann. An diesem Zweck ist die Intensität der Durchsuchung zu messen, was unter Umständen - wenn etwa zu vermuten wäre, die zu durchsuchende Person habe unmittelbar an ihrem Körper sicherheitsgefährdende oder fluchtbegünstigende Gegenstände befestigt - auch ein völliges Entkleiden der festgenommenen Person rechtfertigen kann. Grundsätzlich haben sich gemäß § 40 Abs. 4 erster Halbsatz SPG - außer bei Vorliegen der in Abs. 4 zweiter Halbsatz genannten Voraussetzungen - Durchsuchungen nach § 40 SPG auf die Durchsuchung der Kleidung und eine Besichtigung des Körpers zu beschränken (VwGH 30.3.2017, Ra 2015/03/0076, mwN).

30 Auch die Inaugenscheinnahme des bloßen, entkleideten Körpers eines Menschen kann eine Personendurchsuchung sein. § 40 Abs. 4 SPG unterscheidet für die Personendurchsuchung zwischen der Durchsuchung der Kleidung und der Besichtigung des Körpers des Menschen und darüber hinaus der Durchsuchung des Inneren dieses Körpers (vgl. VwGH 7.10.2003, 2001/01/0311).

31 Die Durchsuchung auf Basis des § 40 SPG ist nur dann rechtmäßig, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass die Person mit einem gegen Leben, Gesundheit, Freiheit oder Eigentum gerichteten gefährlichen Angriff in Zusammenhang steht und einen Gegenstand bei sich hat, von dem Gefahr ausgeht (VwGH 30.1.2001, 2000/01/0018, zur Durchsuchung eines Plastiksacks).

32 Prüft man die notwendige Intensität der Personendurchsuchung, so ist eineex ante Betrachtung aus dem Blickwinkel der einschreitenden Exekutivbeamten geboten (VwGH 29.7.1998, 97/01/0102; vgl. zu diesem Maßstab bei der Beendigung eines gefährlichen Angriffs nach § 21 Abs. 2 SPG VwGH 8.3.1999, 98/01/0096, mwN; beim

Waffengebrauch nach WaffGG VwGH 18.11.2010, 2006/01/0083, 2.3.1., mwN; bei der Wegweisung nach § 38a SPG VwGH 15.12.2015, Ra 2015/01/0241, mwN, und bei der Festnahme nach der StPO VwGH 15.3.2012, 2012/01/0004).

33 Aus dieser Rechtsprechung des VwGH lassen sich folgende Grundsätze für die - in der vorliegenden Rechtssache maßgebliche - Personendurchsuchung nach § 40 Abs. 2 SPG ableiten:

Die Durchsuchungsbefugnis nach § 40 Abs. 2 SPG setzt das Vorliegen bestimmter Tatsachen voraus, aufgrund derer zu vermuten ist, dass die Person mit einem gefährlichen Angriff in Zusammenhang steht und einen Gegenstand bei sich hat, von dem Gefahr ausgeht.

Unter Umständen - wenn etwa zu vermuten wäre, die zu durchsuchende Person habe unmittelbar an ihrem Körper sicherheitsgefährdende Gegenstände befestigt - kann auch ein völliges Entkleiden der zu durchsuchenden Person gerechtfertigt sein. Die Inaugenscheinnahme des bloßen, entkleideten Körpers eines Menschen kann somit eine Personendurchsuchung sein.

Die Rechtmäßigkeit einer Personendurchsuchung ist im Wege einer ex ante Betrachtung aus dem Blickwinkel der einschreitenden Exekutivbeamten zu überprüfen.

Gegenstand, von dem Gefahr ausgeht

34 Eine der Tatbestandsvoraussetzungen des § 40 Abs. 2 SPG ist, dass die Person einen Gegenstand bei sich hat, von dem Gefahr ausgeht.

35 Nach dem SPG (§ 16) besteht eine allgemeine Gefahr (unter anderem) bei einem gefährlichen Angriff (§ 16 Abs. 1 Z 1). Ein gefährlicher Angriff ist die Bedrohung eines Rechtsgutes durch die rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes einer gerichtlich strafbaren Handlung, die vorsätzlich begangen und nicht bloß auf Verlangen eines Verletzten verfolgt wird, sofern es sich um einen Straftatbestand (unter anderem) nach dem Strafgesetzbuch (StGB), BGBl. Nr. 60/1974 (ausgenommen die Tatbestände nach den §§ 278, 278a und 278b StGB), handelt (§ 16 Abs. 2 Z 1). Ein gefährlicher Angriff ist auch ein Verhalten, das darauf abzielt und geeignet ist, eine solche Bedrohung (Abs. 2) vorzubereiten, sofern dieses Verhalten in engem zeitlichen Zusammenhang mit der angestrebten Tatbestandsverwirklichung gesetzt wird (§ 16 Abs. 3).

36 Eine Fernbedienung, deren Zweck es ist, bei einer behördlichen Kontrolle eines Glücksspielapparates eine Reizgasladung auszulösen, ist nach diesem Maßstab ohne Zweifel ein Gegenstand im Sinne des § 40 Abs. 2 SPG, von dem Gefahr ausgeht.

37 So weist die Amtsrevision zutreffend darauf hin, dass die Auslösung einer Reizgasladung insbesondere im Hinblick auf die gerichtlich strafbaren Tatbestände des § 83 und § 84 StGB einen gefährlichen Angriff nach § 16 Abs. 2 SPG darstellen kann. Dies umso mehr, als in der vorliegenden Rechtssache aus dem Blickwinkel der einschreitenden Exekutivbeamten konkrete Anhaltspunkte bestanden, dass seitens des Gerätes paralysierendes (d.h. lähmendes bzw. handlungsunfähig machendes) Gas sofort in großen Mengen freigesetzt werden könnte.

Fallbezogene Anwendung

38 Übertragen auf den Revisionsfall bedeutet dies Folgendes:

39 Das Verwaltungsgericht hat bei seiner Prüfung nach § 40 Abs. 2 SPG nicht verneint, dass eine Fernbedienung, deren Zweck es ist, bei einer behördlichen Kontrolle eines Glücksspielapparates eine Reizgasladung auszulösen, ein Gegenstand im Sinne des § 40 Abs. 2 SPG sei.

40 Es hat bei seiner rechtlichen Beurteilung dagegen entscheidend darauf abgestellt, dass von der Mitbeteiligten kein gefährlicher Angriff iSd § 40 Abs. 2 SPG ausgegangen sei, sondern sich diese lediglich unkooperativ verhalten habe.

41 Mit dieser Auffassung verkennt das Verwaltungsgericht, dass es gemäß § 40 Abs. 2 SPG bereits ausreicht, dass die Person „in einem Zusammenhang“ mit einem gefährlichen Angriff steht. Ein solcher Zusammenhang durfte nach der gebotenen ex ante Betrachtungsweise aus dem Blickwinkel der einschreitenden Beamten angenommen werden:

42 Das Verwaltungsgericht hat festgestellt, dass von den Einsatzkräften zu Beginn in Betracht gezogen werden musste, dass sich in dem Lokal ein Gerät befand, mit dem bei einer Kontrolle ein Reizgasaustritt veranlasst werden kann. Im Zuge des Einsatzes wurde den Einsatzkräften ein Hinweis auf dem Gerät bekannt, wonach paralysierendes

Gas „zur sofortigen Abwehr in großen Mengen freigesetzt“ werde. Die Mitbeteiligte war nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichtes (zum Zeitpunkt der Kontrolle) die für das Lokal Verantwortliche und beginnend mit ihrer Weigerung, das Lokal zu öffnen, unkooperativ.

43 Diese konkreten Anhaltspunkte sind nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes ausreichend, eine Personendurchsuchung der Mitbeteiligten nach § 40 Abs. 2 SPG zu rechtfertigen.

44 Die dagegen sprechenden Argumente des Verwaltungsgerichtes sind nicht überzeugend: So ist der Umstand, dass bei der Personendurchsuchung eine Fernbedienung nicht aufgefunden worden sei, nach der gebotenen ex ante Betrachtungsweise rechtlich ohne Bedeutung. Das Argument des Verwaltungsgerichts, die Bedrohung durch Reizgas sei durch die einschreitenden Beamten nicht ernstlich in Erwägung gezogen worden, weil diese keine Gasmasken getragen hätten, wird durch die Amtsrevision widerlegt. Diese weist darauf hin, dass nicht damit gerechnet worden sei, dass der gesamte Raum beim Betreten bereits mit Reizgas gefüllt gewesen sei, sondern das Reizgas nach den bestehenden Anhaltspunkten erst dann ausgelöst werde, wenn das Gerät näher untersucht werde. Diese Annahme wurde durch die im Zuge des Einsatzes wahrgenommene Aufschrift bestätigt.

Zur Verhältnismäßigkeit der Personenuntersuchung nach § 29 Abs. 1 SPG

45 Das Verwaltungsgericht wertete die vorgenommene Personendurchsuchung auch deshalb als rechtswidrig, weil sie Art. 3 EMRK und Art. 4 GRC verletzt habe. Diese Auffassung stützte das Verwaltungsgericht tragend auf die - auch im Spruchpunkt II. festgehaltene - Feststellung, die Mitbeteiligte sei in (völlig) unbekleidetem Zustand untersucht worden, „wobei sie sich nackt nach vorne beugen musste“.

46 Zu dieser Auffassung ist zunächst darauf hinzuweisen, dass unter Umständen - wenn etwa zu vermuten wäre, die zu durchsuchende Person habe unmittelbar an ihrem Körper sicherheitsgefährdende Gegenstände befestigt - auch ein völliges Entkleiden der zu durchsuchenden Person gerechtfertigt sein kann (vgl. oben Rn. 32).

47 Prüft man die notwendige Intensität der Personendurchsuchung, so ist eineex ante Betrachtung aus dem Blickwinkel der einschreitenden Exekutivbeamten geboten (VwGH 29.7.1998, 97/01/0102). In welcher Intensität eine Personendurchsuchung nach § 40 SPG notwendig ist, ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen. So sind Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes gemäß § 29 SPG gehalten, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten (vgl. VwGH 15.3.2012, 2012/01/0004, mwN). Gemäß § 29 Abs. 1 SPG darf ein erforderlicher Eingriff in Rechte von Menschen nur geschehen, soweit er die Verhältnismäßigkeit zum Anlass und zum angestrebten Erfolg wahrt (vgl. zur Verhältnismäßigkeit nach dem SPG VfGH 12.3.2013, VfSlg. 19738, Rn. 26, und VfGH 5.12.2007, VfSlg. 18302).

48 In diesem Zusammenhang bringt die Amtsrevision vor, es sei bei der Personendurchsuchung der Mitbeteiligten entgegen den Feststellungen des Verwaltungsgerichtes weder ein vollständiges Entkleiden noch ein „Nach-vorne-Bücken“ erfolgt. Auch bestünden erhebliche Zweifel an den Angaben der Mitbeteiligten in ihrer Maßnahmenbeschwerde, es sei ihr längere Zeit untersagt worden, Wasser zu sich zu nehmen, obwohl sie einen Schwächeanfall erlitten und sich insgesamt sechs Zahnkronen ausgebissen habe. Das Verwaltungsgericht habe diese Angaben ungeprüft übernommen und die Beweisanträge des Vertreters der belangten Behörde übergangen. Dieser habe während der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht darauf hingewiesen, dass zur Klärung des Sachverhalts jedenfalls Zeugen notwendig seien, insbesondere die Mitbeteiligte und die beteiligten Polizeibeamtinnen. Seitens des Richters sei die Ansicht vertreten worden, dass mit der eidesstaatlichen Erklärung der Mitbeteiligten das Auslangen zu finden sei. Dies sei eine unzulässige antizipierende Beweiswürdigung.

49 Die Mitbeteiligte bringt in ihrer Gegenschrift hiezu vor, die belangte Behörde bringe einen „eigenen Sachverhalt“ vor, den sie vor dem Verwaltungsgericht nicht vorgebracht habe. Vielmehr seien die entscheidenden Sachverhaltselemente außer Streit gestellt worden.

50 Das Vorbringen der Amtsrevision wird durch die dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegte Aktenlage nicht bestätigt:

51 In der Gegenschrift der belangten Behörde an das Verwaltungsgericht finden sich keine Ausführungen zur Personenuntersuchung der Mitbeteiligten. In dem von der belangten Behörde dem Verwaltungsgericht nachträglich übermittelten Aktenvermerk (über den Ablauf der Amtshandlung) wird die Untersuchung der Mitbeteiligten „im Hinblick auf einen möglichen Fernauslöser“ sowie § 40 Abs. 2 SPG als Rechtsgrundlage erwähnt, die näheren

Umstände der Untersuchung aber nicht dargestellt. In der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht wurde vom Vertreter der belangten Behörde nicht bestritten, dass sich die Mitbeteiligte entkleiden musste. Weiters wurde vorgebracht, dass sich dem Vertreter der belangten Behörde, der Sinn, warum sich die Mitbeteiligte nach vorne bücken musste, nicht erschließbar sei. Außer Streit gestellt wurde, dass die Mitbeteiligte aufgefordert worden sei, sich vollständig zu entkleiden und sich nackt nach vorne zu bücken.

52 Dagegen wurde nach der Aktenlage das nunmehrige Sachverhaltsvorbringen der Amtsrevision im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht nicht erstattet. Auch die von der Amtsrevision behaupteten Beweisanträge wurden nach Ausweis der Verhandlungsschrift nicht gestellt.

53 Ausgehend von diesem Sachverhalt ist die Auffassung des Verwaltungsgerichtes, die vorliegende Untersuchung der Mitbeteiligten sei rechtswidrig gewesen, im Ergebnis unbedenklich, da die Personenuntersuchung aufgrund ihrer Intensität durch § 40 Abs. 2 SPG nicht gedeckt war.

Zur festgestellten Rechtsverletzung

54 Das Verwaltungsgericht hat jedoch in Spruchpunkt II. des angefochtenen Erkenntnisses festgestellt, dass die Mitbeteiligte in ihrem Grundrecht auf Menschenwürde (Art. 1 GRC) und auf Nichtvornahme einer erniedrigenden Behandlung (Art. 4 GRC und Art. 3 EMRK) verletzt wurde.

55 In diesem Zusammenhang soll zunächst auf Folgendes hingewiesen werden: Gemäß Art. 3 EMRK darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden (vgl. etwa VwGH 25.3.2015, Ra 2014/20/0085). Zwischen den Begriffen der „erniedrigenden" Behandlung und der Achtung der „Würde" besteht ein enger Zusammenhang (vgl. EGMR (Große Kammer) 28.9.2015, Bouyid/Belgien, 23380/09, Z 90). Eine Aufforderung, sich im entkleideten Zustand zu bücken und solcherart besichtigen zu lassen, wird daher streng (auf ihre Verhältnismäßigkeit) zu prüfen sein (vgl. idS Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbeschwerde2, 134 und 150).

56 Der Ausspruch des Verwaltungsgerichtes leidet jedoch aus folgenden Gründen an inhaltlicher Rechtswidrigkeit:

57 Der Verwaltungsgerichtshof hat zur Maßnahmenbeschwerde nach § 67c Abs. 3 AVG festgehalten, dass einer Person, die behauptet, durch Ausübung verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt verletzt zu sein, kein subjektivöffentliches Recht dergestalt eingeräumt worden ist, dass sie Anspruch auf Feststellung erhalte, in welchen einzelnen Rechten sie verletzt wurde. Das subjektiv-öffentliche Recht besteht nur darin, dass der angefochtene Verwaltungsakt für rechtswidrig erklärt wird. Stellt die belangte Behörde die Rechtswidrigkeit - gleichgültig aus welchem Grund auch immer - fest, so braucht sie sich nicht mehr damit auseinander zu setzen, ob die Beschwerdeführerin allenfalls in weiteren Rechten verletzt wäre und der angefochtene Verwaltungsakt auch aus diesen Rechtsverletzungen rechtswidrig wäre (vgl. VwGH 22.10.2002, 2000/01/0389, mwN). Die Frage, aus welcher Rechtsverletzung sich der angefochtene Verwaltungsakt als rechtswidrig darstellt, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung (vgl. VwGH 15.5.2008, 2008/09/0063, mwN).

58 Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über eine Maßnahmenbeschwerde entspricht der (bis zur Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl. I Nr. 51/2012) bestandenen Zuständigkeit der unabhängigen Verwaltungssenate, nach Art. 129a Abs. 1 Z 2 B-VG über Maßnahmenbeschwerden zu entscheiden (vgl. VwGH 22.4. 2015, Ra 2014/04/0046 bis 0051, mit Verweis auf die Erläuterungen in RV 1618 BlgNR 24. GP, 13, und Faber, Verwaltungsgerichtsbarkeit (2013), Rz. 15 zu Art. 130 B-VG). In diesem Sinne entspricht § 28 Abs. 6 VwGVG im Wesentlichen der Vorgängerregelung des § 67c Abs. 3 AVG (arg.: „so hat das Verwaltungsgericht die Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt für rechtswidrig zu erklären"), sodass die bisherige Rechtsprechung zu § 67c Abs. 3 AVG auf § 28 Abs. 6 VwGVG übertragen werden kann (vgl. idS zur Kostenregelung im Maßnahmenbeschwerdeverfahren VwGH 16.3.2016, Ra 2015/05/0090). So ist auch der Prozessgegenstand des Verfahrens über eine Maßnahmenbeschwerde die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes (vgl. VwGH 24.11.2015, Ra 2015/05/0063, mwN).

59 Das subjektiv-öffentliche Recht eines Maßnahmenbeschwerdeführers besteht somit alleine darin, dass der angefochtene Verwaltungsakt für rechtswidrig erklärt wird. Die Gründe der Rechtswidrigkeit haben sich dagegen aus der Begründung der Entscheidung des Verwaltungsgerichtes zu ergeben (vgl. auch Eisenberger/Ennöckl/Helm, Die Maßnahmenbechwerde² [2016], 59.

60 Der Amtsrevisionswerberin kommt hingegen ein Anspruch auf rechtsrichtige Entscheidung durch das Verwaltungsgericht zu (vgl. VwGH 6.4.2016, Fr 2015/03/0011, mwN).

61 Aus diesem Grund ist die mit Spruchpunkt II. getroffene Feststellung überschießend und mit Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes belastet.

62 Für das fortgesetzte Verfahren ist darauf hinzuweisen, dass das Verwaltungsgericht die von ihm angenommene Verletzung von Art. 3 EMRK und Art. 1 und 4 GRC tragend auch auf die Feststellung gestützt hat, dass der Mitbeteiligten die Einnahme von Wasser über einen langen Zeitraum hinweg verweigert worden sei und sie sich auf Grund psychischer Belastung mehrere Zahnkronen ausgebissen habe. Zu dieser Feststellung ist jedoch der Verhandlungsschrift ein Beweisantrag des Vertreters der belangten Behörde zu entnehmen, der sich auf die zeugenschaftliche Befragung eines Polizeibeamten richtete (der nach dem Vorbringen der Mitbeteiligten die Verweigerung der Wassereinnahme angeordnet habe). Diesem Beweisantrag wurde ohne nachvollziehbare Begründung nicht gefolgt. Dieser Fehler wird im fortgesetzten Verfahren zu bereinigen sein.

Ergebnis

63 Spruchpunkt II. des angefochtenen Erkenntnisses war daher wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

64 Von der (durch die Mitbeteiligte) beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen werden, weil das Verwaltungsgericht - ein Tribunal im Sinne des Art. 6 MRK und ein Gericht im Sinne des Art. 47 GRC - eine mündliche Verhandlung durchgeführt hat.

Wien, am 5. Dezember 2017

**Schlagworte**

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2017:RA2017010373.L00

**Im RIS seit**

12.02.2021

**Zuletzt aktualisiert am**

15.02.2021

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, http://www.vwgh.gv.at

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at