OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-412043/8/Wei

Datum: Linz, 16. November 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde der M. GmbH, X, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F.M., X, W., gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich (Polizeikommissariat Wels) vom 7. April 2017, GZ: GSpG-09-2017-BSchl, betreffend eine Teilbetriebsschließung nach dem § 56a Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 28. September 2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben und der angefochtene Bescheid ersatzlos aufgehoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Bescheid vom 7. April 2017, GZ: GSpG-09-2017-BSchl, sprach die Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Wels (im Folgenden: belangte Behörde), über die M. GmbH (im Folgenden: Bfin) wie folgt ab:

„Über die am 31.03.2017 mündlich verfügte teilweise Schließung des Betriebes/Lokal K. in W., X ergeht von der Landespolizeidirektion OÖ als gemäß § 50 Abs. 1 Glücksspielgesetz zuständige Sicherheitsbehörde erster Instanz ergeht folgender

S p r u c h :

Es wird die am 31.03.2017 um 16:00 Uhr, mündlich verfügte teilweise Schließung des Betriebes mit der Bezeichnung

„K.“ in W., X

mit Wirkung ab 31.01.2017 verfügt

Rechtsgrundlage:
§ 56a des Glücksspielgesetzes (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 in der Fassung BGBl I Nr. 105/2014“

I.2. Der Bescheid wurde zusammengefasst damit begründet, dass im Rahmen einer glücksspielrechtlichen Kontrolle am 9. März 2017 durch Organe der Finanzpolizei drei Glücksspielgeräte wegen Verdachts des illegalen Glücksspiels beschlagnahmt wurden.

Mit Schreiben vom 9. März 2017, nachweislich zugestellt am 13. März 2017, sei an die Lokalbetreiberin eine Aufforderung gemäß § 56a GSpG ergangen, den weiteren Betrieb von Glücksspielen entgegen den Vorschriften des GSpG einzustellen, andernfalls die teilweise oder gänzliche Schließung des Betriebes verfügt werde. Am 31. März 2017 bei einer weiteren Kontrolle des Lokals „K.“ durch Organe der Finanzpolizei sei wieder ein Glücksspielgerät „Afric2go“ mit Seriennummer x vorgefunden und vorläufig beschlagnahmt worden.

Zu dem aus 2 Gasträumen bestehenden Lokal für Raucher und Nichtraucher hat die belangte Behörde eine Skizze der Finanzpolizei vom 31. März 2017 in die Begründung des Bescheids integriert. Die Skizze zeigt für den größeren Gastraum 1, der mit einer Theke ausgestattet und als Raucherbereich deklariert ist, ein Gerät FA 2 unmittelbar rechts nach dem Eingang. Aus der Begründung des Bescheides geht auf Seite 6 hervor, dass die Prüfung der Teilschließung vor Ort durch einen Behördenvertreter in Bezug auf den räumlich getrennten

Nichtraucherraum für möglich angesehen und demensprechend über den Gastraum 2 laut Skizze die teilweise Betriebsschließung verfügt wurde.

Aufgrund des festgestellten Sachverhalts bestehe der begründete Verdacht, dass im angeführten Lokal im Rahmen der betrieblichen Tätigkeit seit längerer Zeit, jedenfalls am 9. März 2017 und am 31. März 2017, somit wiederholt Glücksspiele entgegen den Vorschriften des Glücksspielgesetzes durchgeführt wurden.

II.1. Gegen den Betriebsschließungsbescheid vom 7. April 2017 richtet sich die binnen offener Frist eingebrachte Beschwerde vom 4. Mai 2017, in der zusammengefasst im Wesentlichen vorgebracht wird, dass der angefochtene Bescheid an einer Vielzahl von Begründungs- und Verfahrensmängeln leide, wie zB, dass nicht feststehe, ob das verfahrensgegenständliche Gerät überhaupt als Glücksspielautomat anzusehen sei, dass der Entscheidung keine ausreichende Sachverhaltsfeststellung zu entnehmen sei und dass der im Spruch enthaltene Vorwurf in den Sachverhaltsfeststellungen keine hinreichende Deckung fände. Außerdem würden sich jene das Monopolsystem des GSpG tragenden einfachgesetzlichen Regelungen als verfassungs- bzw. unionsrechtswidrig erweisen. Die Bfin beantragte darin die ersatzlose Aufhebung des Bescheides und Einstellung des Betriebsschließungsverfahrens sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

II.2. Mit dem Schreiben vom 18. Mai 2017, einlangt am 23. Mai 2017, übermittelte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde mit ihrem Verwaltungsakt, und beantragte die Abweisung. In ihrer Stellungnahme zur eingebrachten Beschwerde kritisierte die belangte Behörde, dass die Beschwerde lediglich ein allgemein bekannter Musterschriftsatz sei, dessen Inhalt in weiten Teilen frei erfunden sei. Die Beschwerde widerspreche sich teilweise selbst, sei mit groben Mängeln behaftet und enthalte ausschließlich allgemeine Behauptungen.

II.3. Mit E-Mailschreiben brachte der Beschwerdevertreter am Tag der Verhandlung, dem 28. September 2017, ein ergänzendes schriftliches Vorbringen samt Beweisanträgen und Beilagen betreffend die Frage der Unionswidrigkeit des Glücksspielgesetzes sowie der Funktionsfähigkeit der Geräte ein. Beantragt wird die Einholung von Sachverständigengutachten zur Funktionsweise der beschlagnahmten Terminals und diverse Zeugen zum Thema Unrichtigkeit der Kalkestudie, Lockerung der Spielerschutzvorschriften durch Behörden sowie Ineffektivität der Konzessionärskontrollen und der Spielerschutzregelungen im GSpG.

III.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde übermittelten Verfahrensakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation der finanzpolizeilichen Kontrollen vom 9. und 31. März 2017, in die niederschriftliche Aussage der im Lokal anwesenden Auskunftsperson M.I., den Firmenbuchauszug und den Gewerberegisterauszug, ferner in eine Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen (BMF) samt Glücksspielbericht 2010-2013, den Evaluierungsbericht des BMF „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“, die Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ samt Begleitschreiben des BMF und ein Informationsschreiben des BMF samt Glücksspielbericht 2014-2016 sowie im Wege der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 28. September 2017. Der rechtsfreundliche Vertreter der Bfin ist zur Verhandlung nicht erschienen. Von der belangten Behörde ist ein Vertreter erschienen und wurde der Zeuge Hofrat Mag. M.M., der die teilweise Schließung des Betriebes vor Ort am 31. März 2017 verfügt hatte, einvernommen.

III.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung vom folgenden relevanten S a c h v e r h a l t aus:

III.2.1. Die Bfin betreibt am Standort in W., X, das Gastlokal „K.“, das im Wesentlichen aus zwei getrennt zugänglichen Gasträumen für Raucher- und Nichtraucher, in denen jeweils Plätze für ca 80 Personen vorhanden sind, besteht. In dem für Raucher gewidmeten Gastraum Nr.1 befindet sich eine Bar mit Theke (vgl Skizze der Finanzpolizei, integriert im angefochtenen Bescheid auf Seite 3: im Folgenden nur Skizze) und wurden bei den aktenkundigen Kontrollen der Finanzpolizei am 9. und 31. März 2017 Glücksspielgeräte vorgefunden. Im kleineren Gastraum 2 für Nichtraucher befanden sich keine Geräte.

Am 9. März 2017 führte die Finanzpolizei in diesem Lokal eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz (GSpG) durch, bei der drei Glücksspielgeräte mit den FA-Nrn. 1-3 im Gastraum mit der Theke (Gastraum 1) betriebsbereit und frei zugänglich vorgefunden (vgl Skizze) und vorläufig beschlagnahmt und mit Versiegelungsplaketten versehen wurden. Bei den Geräten mit den FA-Nrn. 1 (ohne Typenangabe mit SN x) und 3 (Typ K. mit SN x) und Bildschirmangabe „Skill Games“ handelte es sich um Walzenspielgeräte, die von den Organen der Finanzpolizei durch Anstecken des Stromkabels eingeschaltet und „hochgefahren“ wurden. Nach wenigen Minuten der Testspielzeit wurden die Terminals aber vom Netz genommen. Die Organe der Finanzpolizei hatten jeweils das amtsbekannte Walzenspiel „Ring of Fire XL“ als Testspiel gewählt und begonnen zu spielen. Sie konnten feststellen, dass ein aktiver Internetanschluss vorhanden und der Walzenlauf nicht beeinflussbar war. Ein Gutscheinausdruck war nicht mehr möglich. Mit Ausnahme der Gerätebezeichnung „Skill Games“ war kein Hinweis auf

ein Geschicklichkeitsspiel zu erkennen (vgl Aktenvermerk über die Kontrolle vom 9.03.2017).

Das laut Skizze gleich rechts nach der Eingangstür eingezeichnete Gerät mit der FA-Nr. 2 war ein „Afric2go“ ohne Seriennummer, auf dem auch Testspiele möglich waren. Es handelt sich dabei um ein Glücksspielgerät in der Art eines elektronischen Glücksrades mit Vervielfachungsfaktoren 1, 2 und 4 (=Einsatzsteigerung auf Basis von 1 Euro). Bei 4 Euro Einsatz war ein Maximalgewinn von 80 Euro in Aussicht gestellt.

Nach den Angaben der im Lokal anwesenden Auskunftsperson M.I. wurden die Geräte am 6. März 2017 von der Firma „K.“ geliefert und aufgestellt.

Mit Schreiben vom 9. März 2017 forderte die belangte Behörde die Bfin aus Anlass der Kontrolle auf, den weiteren Betrieb von Glücksspielen entgegen den Vorschriften des Glücksspielgesetzes einzustellen, andernfalls eine Betriebsschließung nach § 56a GSpG drohe. Dieses Schreiben wurde der Bfin nachweislich am 13. März 2017 an der Adresse des Lokals „K.“ zugestellt.

Am 31. März 2017 führte die Finanzpolizei im gegenständlichen Lokal eine weitere Kontrolle durch, bei der im Gastraum an der gleichen Position wie zuletzt am 9. März 2017 ein Glücksspielgerät „Afric2go“ mit Seriennummer x betriebsbereit vorgefunden und mit FA-Kontrollnummer 2 (lt Skizze und GSp26b-Dokumentation betr. Testspiele und Aktenvermerk über die Kontrolle) bzw Finanzamt Gerätenummer 1 (lt. Bescheinigung über die vorläufige Beschlagnahme) versehen wurde. Nach Aussage der anwesenden M.I. wurde das Gerät von der Firma „K.“ am Vortag geliefert und in Betrieb genommen.

III.2.2. Der Spielablauf beim Gerätetyp „Afric2go“ stellt sich im Allgemeinen wie folgt dar:

Beim Gerät mit der Gehäusebezeichnung "Afric2go" handelt es sich um ein Gerät, das unter anderem für Geldwechselzwecke, aber auch als eine Art elektronisches Glücksrad mit Beleuchtungsumlauf und wählbaren Vervielfältigungsfaktoren 1, 2 und 4 (entsprechende Einsatzhöhe) verwendet werden kann. Es wurden beim gegenständlichen Gerät mit SNr. x Gewinne bis zum 50-fachen des Einsatzes in Aussicht gestellt. Auf dem Gerät befinden sich eine rote und eine grüne Taste. Mittels Drücken der grünen Taste kann zunächst zwischen Stufe 1, 2 und 4 gewechselt werden. Durch erneutes Drücken der grünen Taste kann das Guthaben am Kreditdisplay in 1 Euro oder 2 Euro Münzen gewechselt werden. Durch Drücken der roten Taste können jedoch – abhängig vom gewählten Multiplikator (der gewählten Stufe) – 1, 2 oder 4 (je nach Stufe) Lieder am Automaten angehört oder auf einen angeschlossen USB-Stick kopiert werden. Wird die rote Taste bei Stufe 1 gedrückt, so verringert sich der Kreditstand um einen Euro, bei gewählter

Stufe 2 verringert sich der Kreditstand um 2 Euro, bei gewählter Stufe 4 um 4 Euro. Während des Anhörens oder Kopierens der Musik, also bereits aufgrund des Drückens der roten Taste, kommt es automatisch zur Aktivierung eines zufallsabhängigen Bonussystems am Gerät, bei dem der Beleuchtungsumlauf in den Zahlenfeldern und Notensymbolen in der Gerätemitte ausgelöst wird. Sofern am Ende des vom Kunden nicht beeinflussbaren Beleuchtungsumlaufs ein Zahlenfeld beleuchtet bleibt, bleibt ein Guthaben auf dem Anzeigedisplay stehen, welches dem Kredit zugezählt werden kann. Das aktivierte zufallsabhängige Bonussystem ermöglicht in der Stufe 1 einen Bonus (ein weiteres Guthaben) von 2/4/6/8 oder 20, in Stufe 2 einen Bonus (ein weiteres Guthaben) in doppelter Höhe und in der Stufe 4 in vierfacher Höhe. Durch Drücken der grünen Taste kann der Kredit inklusive eines allfällig erzielten Bonus ausgeworfen werden.

Das Spielergebnis nach Ende des Beleuchtungsumlaufs hängt auch beim Gerätetyp „Afric2go“ vom Zufall ab, Spieler haben keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang des Spiels zu nehmen.

III.2.3. Der Spielablauf der Walzenspielgeräte „Skill Games“ stellt sich nach den bisherigen Erfahrungen (vgl etwa das Erk. v 27.06.2017 zu LVwG-411941 u 411942) aus Probespielen durch Organe der Finanzpolizei im Wesentlichen wie folgt dar:

Bei den elektronischen Glücksspielen mit der Bezeichnung „Skill Games“ handelt es sich grundsätzlich um herkömmliche virtuelle Walzenspiele. Dem Walzenspiel vorgelagert ist aber ein Miniaturwalzenspiel mit drei virtuellen Walzen, welche die Zahlen 0 – 9 sowie das Buchstabensymbol „A“ in einem Kreis aufweisen. Die Zusammensetzung dieser Walzen wird mit jeder Starttastenbetätigung vom Programm neu festgelegt, ohne dass der Spieler darauf einen Einfluss hat. Dieses „kleine Walzenspiel“ kann durch Halten und Loslassen der Start-Taste gesteuert werden.

Erscheint nach dem Drücken der Start-Taste beim „kleinen Walzenspiel“ ein „A“, so wird automatisch der große Walzenlauf ausgelöst, auf welchen der Spieler keinen Einfluss hat. Es wird entweder dadurch erreicht, dass die Start-Taste gedrückt gehalten wird bis das A kommt. Bei A wird die Start-Taste los gelassen und der große Walzenlauf startet. Ebenso leicht kann der erwünschte große Walzenlauf aber dadurch gestartet werden, dass die Starttaste mehrfach hintereinander schnell gedrückt wird. So wird schnell und einfach das Herbeiführen des A erreicht. Das Herbeiführen eines „A“ im „kleinen Walzenlauf“ – und damit das Auslösen des großen Walzenlaufes - ist auf einfache Weise und ohne besonderes Geschick möglich, weil das A regelmäßig von selbst kommt. Es ist zudem leicht möglich, den Taster so loszulassen, dass das A-Symbol (A im Umkreis) in einer Miniaturwalze erscheint. Glücksspielgeräte dieser Type (wie auch die vorliegenden) verfügen auch über eine (unbeschriftete) Automatik-Modus-

Taste, um den Weg über das kleine Walzenspiel umgehen zu können. Wird dieser Modus aktiviert, läuft das kleine Walzenspiel automatisiert in der Weise mit, dass das „A“ bei jedem Start des Walzenspiels erscheint.

Ein im großen Walzenspiel erzielter Gewinn wird im Normalmodus (mit kleinem Walzenspiel) zunächst im Zwischenspeicher (Buffer) gespeichert. Durch Leisten eines weiteren Einsatzes, kann der Gewinn im kleinen Walzenspiel auf den auszahlbaren Credit umgebucht werden. Durch Drücken der Automatik-Modus-Taste ist dieser Vorgang vereinfacht (direkt) möglich. Durch Aussteigen aus dem Spiel (in das Spielauswahlmenü) und Drücken der Start-Taste wird ebenso leicht der Bonausdruck aktiviert.

Bei dem an das kleine Walzenspiel anschließende virtuelle „großen Walzenspiel“ werden für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung kann ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet ist. Das Spiel wird mit der Start-Taste ausgelöst. Damit wird zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und dann das „kleine Walzenspiel“ ausgelöst. Nach dem Loslassen der Start-Taste wird – je nach Ergebnis des „kleinen Walzenlaufes“ (vgl. dazu oben) entweder sofort oder nach weiterem Betätigen der Start-Taste der „große Walzenlauf“ ausgelöst. Dabei werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entsteht. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergibt nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg steht daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Die Bewegungsdauer der Walzen beträgt ca. 1 Sekunde. Das Spielergebnis hängt ausschließlich vom Zufall ab, Spieler haben keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele im großen Walzenlauf zu nehmen. Bei Geräten ohne den vorgeschalteten „kleinen Walzenlauf“ (dh ohne „Skill Games“) wird der „große Walzenlauf“ ohne zeitliche Verzögerung ausgelöst (vgl LVwG- 411941.

III.2.4. Die Geräte wurden in ein Lager der Finanzpolizei verbracht. Nach der Kontrolle durch die Finanzpolizei am 31. März 2017 verfügte die belangte Behörde durch ihren zuständigen Beamten Mag. M. um etwa 16:00 Uhr mündlich im Lokal „K.“ die teilweise Schließung des Betriebes in Bezug auf den Gastraum 2 (Nichtraucherbereich). Die mündliche Verfügung wurde von Mag. M. gegenüber der anwesenden Auskunftsperson und Kellnerin der Bfin, Frau M.I., ausgesprochen. Die Betriebsschließung wurde dann mit dem angefochtenen Bescheid vom 7. April 2017, zugestellt am 13. April 2017, bestätigt (offenbar

irrtümlich mit Wirkung „ab 31.01.2017“ anstatt richtig „ab 31.03.2017“;vgl Zeugenaussage Mag. M.).

Die Bfin ist Gewerbeinhaberin und Betreiberin des gegenständlichen Lokals „K.“. Die Bfin ist eine österreichische GmbH mit Sitz in W., X. Handelsrechtliche und gewerberechtliche Geschäftsführerin ist Frau M.I., geb. x (vgl aktenkundige Auszüge: FB-Auszug mit historischen Daten zu FN x und GISA-Auszug je zum 9.03.2017).

Die Bfin war nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die verfahrensgegenständlichen Geräte. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

III.2.5. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen zu den durchgeführten Kontrollen sowie die dabei vorgefundenen Geräte, insbesondere auch deren Betriebsbereitschaft und Betriebsdauer in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf der schlüssigen und nachvollziehbaren Dokumentation der Finanzpolizei sowie der niederschriftlichen Aussage der bei den Kontrollen anwesenden Auskunftsperson und Kellnerin M.I., die auch Gesellschafterin der Bfin ist.

Der GSpG-26 Dokumentation sind die durchgeführten Probespiele zu entnehmen. Auch wenn bei der Kontrolle am 9. März 2017 die Probespiele an den Geräten mit FA-Nrn. 1 und 3 nicht beendet werden konnten, weil diese Walzenspielgeräte vom Internet getrennt wurden und somit einen „net error“ anzeigten, konnten die Organe der Finanzpolizei noch dokumentieren, dass auf den Geräten das amtsbekannte Walzenspiel „Ring of Fire XL“ mit unbeeinflussbarem Walzenlauf gespielt werden konnte.

Die Feststellungen betreffend die mündlich ausgesprochene Betriebsschließung ergaben sich aus den glaubwürdigen Angaben des Zeugen Mag. M. Auch wurde im Verfahren von der Bfin nichts Gegenteiliges vorgebracht.

Die Feststellungen zur Bfin ergeben sich aus den im Akt einliegenden Auszügen aus dem Gewerberegister und aus dem Firmenbuch. Dass die Bfin als Betreiberin des gegenständlichen Lokals nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die gegenständlichen Geräte war und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, folgt für das erkennende Gericht daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle, noch im behördlichen Verfahren bzw im verwaltungsgerichtlichen

Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurde und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

IV.1. Rechtsvorschriften

Das Glücksspielgesetz - GSpG (StF BGBl Nr. 620/1989) wurde zuletzt mit Art 15 des BGBl I Nr. 118/2016 geändert.

Gemäß § 50 Abs 1 GSpG iVm § 3 Abs 2 VwGVG ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung über die vorliegende Beschwerde zuständig. Dieses hatte gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

§ 52 Abs 3 GSpG lautet:

Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.

Gemäß § 1 Abs 1 Glücksspielgesetz (GSpG), ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Gemäß § 2 Abs 2 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele,

1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und
2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und
3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

Gemäß § 2 Abs 4 GSpG sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind, verboten.

Gemäß § 56a Abs 1 GSpG kann, sofern der begründete Verdacht besteht, dass im Rahmen einer betrieblichen Tätigkeit Glücksspiele entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes veranstaltet oder durchgeführt werden, und ist mit Grund anzunehmen, dass eine Gefahr der Fortsetzung besteht, die Behörde ohne

vorausgegangenes Verfahren, aber nicht ohne vorher zur Einstellung der entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes veranstalteten oder durchgeführten Glücksspiele aufgefordert zu haben, an Ort und Stelle die gänzliche oder teilweise Schließung des Betriebes verfügen. Von einer Betriebsschließung ist Abstand zu nehmen, wenn eine weitere Gefährdung der Interessen des Glücksspielmonopols durch andere geeignete Vorkehrungen, wie die Stilllegung von Einrichtungen, Beschlagnahmen oder sonstige Maßnahmen, mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann.

Nach § 56a Abs 2 GSpG sind bei der Erlassung einer Verfügung nach Abs 1 bestehende Rechte soweit zu schonen, als dies ohne Gefährdung der Ziele dieses Bundesgesetzes möglich ist. Eine Verfügung nach Abs 1 ist unverzüglich aufzuheben, wenn feststeht, dass der Grund für ihre Erlassung nicht mehr besteht.

Nach § 56a Abs 3 GSpG (idFd Art 15 Z 23 des BGBl I Nr. 118/2016: Inkraftreten am 31.12.2016 nach dem Tag der Kdm) ist über eine Verfügung nach Abs 1 binnen eines Monats ein schriftlicher Bescheid zu erlassen, widrigenfalls die Verfügung als aufgehoben gilt. Ein Bescheid gilt auch dann als erlassen, wenn eine Zustellung an den Verfügungsberechtigten an dessen Unternehmenssitz oder an der Betriebsstätte nicht möglich ist. Die Zustellung des Bescheides kann in einem solchen Fall durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen.

Nach § 56a Abs 4 GSpG können in einem Bescheid nach Abs 3 auch andere nach Abs 1 zulässige Maßnahmen angeordnet werden.

Nach § 56a Abs 5 GSpG kommt ordentlichen Rechtsmitteln gegen Bescheide über Verfügungen nach Abs 1 keine aufschiebende Wirkung zu.

Nach § 56 Abs 6 GSpG treten Bescheide gemäß Abs 3, wenn sie nicht kürzer befristet sind, mit Ablauf eines Jahres außer Wirksamkeit. Durch einen Wechsel in der Person des Inhabers der von den einstweiligen Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen betroffenen Anlagen, Anlagenteile oder Gegenstände wird die Wirksamkeit dieser Bescheide nicht berührt.

IV.2. Zu den wesentlichen Motiven des Gesetzgebers

Die Betriebsschließung nach der Bestimmung des § 56a GSpG wurde mit der GSpG-Novelle BGBl Nr. 747/1996 eingeführt. Mit der Novelle nach Art 10 des BGBl I Nr. 112/2012 ist die Betriebsschließung noch weiter nach dem Vorbild des § 360 GewO zu einer einstweiligen Zwangs- und Sicherungsmaßnahme ausgestaltet worden. Ihre vorzeitige Beendigung bedarf nunmehr eines Antrages (Abs 7). Sie soll auch bei einem Wechsel in der Person des Betriebsinhabers (Lokalbetreibers) aufrecht bleiben und den Weiterbetrieb durch einen anderen Betreiber unter Fortführung des illegalen Glücksspiels erfassen (Abs 6). Damit wird vermieden,

dass eine für einen Standort verfügte Betriebsschließung durch bloße Betriebsaufgabe und Veräußerung an einen anderen Betreiber wirkungslos werden kann (vgl dazu Erl RV, 1960 BlgNR 24. GP, Seite 52)

Nach den Materialien zur Erstfassung des § 56a GSpG im BGBl Nr. 747/1996 orientierte sich der Gesetzgeber am § 360 Abs 2 GewO 1994 (heute § 360 Abs 3 GewO 1994: Schließung einer nicht genehmigten Betriebsanlage) und wollte eine ähnliche Regelung im Glücksspielrecht schaffen. In der Regierungsvorlage wird zu den Motiven für die Einführung des § 56a GSpG u.a. ausgeführt, dass die bundesweite Ausbreitung illegaler Glücksspielbetriebe weder den ordnungspolitischen Interessen (wie zB Spielerschutz, Hintanhaltung der Geldwäscherei, Vermeidung von Beschaffungskriminalität) noch den fiskalischen Interessen des Bundes auch nur näherungsweise diene. Solche Betriebe würden sich in kürzester Zeit amortisieren und dann hohe Gewinne abwerfen. Es sei aber erkennbar, dass die regelmäßig von kapitalschwachen juristischen Personen betriebenen Glücksspielbetriebe nach mehrjähriger Verfahrensdauer Insolvenz anmelden und dann weder Verwaltungsstrafen, noch Abgabenrückstände einbringlich sein werden. Deshalb sei es Zielsetzung des Gesetzgebers durch eine rasch greifende Betriebsschließungsbestimmung das Erzielen von Gewinnen aus dem illegalen Betrieb von Glücksspielen zu verhindern. Dabei sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und das jeweils gelindeste, noch zum Ziel führende Mittel anzuwenden. Die Schließung eines Betriebes finde nur dann Anwendung, wenn durch andere geeignete Maßnahmen die Einhaltung des Glücksspielgesetzes nicht sichergestellt ist.

Eine Betriebsschließung dürfe daher nur als letztes Mittel angewandt werden. Das bedeute, dass gastronomische Betriebe, die nicht überwiegend zur Durchführung von dem Bund vorbehaltenen Glücksspielen verwendet werden, davon nicht betroffen seien. Wird in einem Gastbetrieb etwa ein eigener Raum ausschließlich oder überwiegend zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gehalten, dann sei die Bestimmung auf diesen Raum anwendbar. In Abgrenzungsfragen werde entscheidend sein, ob durch die tatsächliche Durchführung von Glücksspielen der eindeutig überwiegende Charakter des Gastgewerbebetriebes erhalten bleibt. Ist dies der Fall, dann sei § 56a GSpG nicht anwendbar (vgl zum Ganzen Erl RV BGBl Nr.747/1996, 368 BlgNR 20. GP, Seiten 6f).

IV.3. Betriebsschließung des § 56a GSpG als Sicherungsmaßnahme

IV.3.1. Im Erkenntnis vom 4. November 2009, Zl 2009/17/0002, hat der Verwaltungsgerichtshof festgehalten, dass sich aus dem Wortlaut des § 56a Abs 1 GSpG in Zusammenhang mit den parlamentarischen Materialien zu dieser Bestimmung (Hinweis auf RV 368 BlgNR 20. GP, 6) ergebe, dass der Gesetzgeber die Betriebsschließung als eigenständige Maßnahme konzipiert habe, für die – unter den weiteren im Gesetz angeführten Voraussetzungen – der begründete

Verdacht genüge, dass im Rahmen einer betrieblichen Tätigkeit Glücksspiele entgegen der Vorschriften des Glücksspielgesetzes veranstaltet oder durchgeführt werden und die Gefahr der Fortsetzung bestehe; ein Zusammenhang mit einem (verwaltungsbehördlichen) Strafverfahren werde vom Gesetz in § 56a GSpG nicht verlangt.

Die Betriebsschließung soll demnach eine rasch greifende einstweilige Sicherungsmaßnahme sein, die vom Wechsel des Betriebsinhabers unabhängig ist. Sie ist gesetzlich auf ein Jahr befristet, zumal nach Ablauf eines Jahres solche Bescheide gemäß § 56a Abs 6 Satz 1 GSpG außer Wirksamkeit treten.

IV.3.2. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat den begründeten Verdacht ergeben, dass mit den gegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte. Da im Gastraum für potentielle Spieler betriebsbereite und funktionsfähige Glücksspielgeräte frei zugänglich waren, bei denen Einsätze für in Aussicht gestellte Gewinne zu leisten waren, handelte es sich um Ausspielungen im Sinn des Glücksspielgesetzes. Der konkrete Nachweis des tatsächlichen Bespielens ist nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs für den Tatbestand der Ausspielung nicht erforderlich (vgl etwa VwGH 30.06.2017, Ra 2016/17/0271 mit Hinweis auf Vorjudikatur). Für diese Ausspielungen lag auch keine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz vor.

Es besteht der begründete Verdacht eines Verstoßes gegen das GSpG. Schon durch das Aufstellen und Bereithalten von Glücksspielgeräten im Lokal der Bfin zur allgemeinen Verwendung wurden illegale Glücksspiele veranstaltet (vgl dazu VwGH 26.5.2014, Ro 2014/17/0031). Dieser Umstand muss (wie oben bereits ausgeführt) nicht durch ein rechtskräftiges Strafverfahren bewiesen sein, sondern es reicht diesbezüglich der vorliegende begründete Verdacht. Es liegt in der Natur der Betriebsschließung als rasch greifende Sicherungsmaßnahme, dass die Dauer des Verwaltungsstrafverfahrens nicht abgewartet wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sowohl hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (zB VwGH 27.01.2012, Zl. 2011/17/0246), als auch hinsichtlich des elektronischen Glückrades „Afric2go“ (zB VwGH 20.04.2016, Ro 2015/17/0020) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da im vorliegenden Fall vergleichbare Geräte aktenkundig geworden sind und der begründete Verdacht ausreicht, kann eine weitere Erörterung der Frage der Glücksspieleigenschaft und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben. Es waren für das Betriebsschließungsverfahren bezüglich dieser Geräte keine weiteren Erhebungen notwendig.

IV.4. Zur Verhältnismäßigkeit der getroffenen Maßnahme

IV.4.1. Der Standpunkt der belangten Behörde

Im gegenständlichen Verfahren fällt auf, dass die ausgesprochene Teilbetriebsschließung nur den Nichtraucherbereich bzw Gastraum 2 (vgl Skizze) des Gastbetriebs „K." betrifft, obwohl in diesem Raum bei den beiden Kontrollen der Finanzpolizei im März 2017 gar keine Glücksspielgeräte oder sonstige Eingriffsgegenstände vorgefunden wurden. In den rechtlichen Ausführungen des Schließungsbescheides verweist die belangte Behörde nur ganz allgemein auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Betriebsschließung dürfe nur als letztes Mittel angewendet werden, um illegales Glücksspiel wirksam zu beenden. Eine nähere Begründung, warum dies gerade durch die getroffene Maßnahme erreichbar sein werde, fehlt.

In der vom Landesverwaltungsgericht durchgeführten Verhandlung hat der mit der Betriebsschließung befasste Referent der belangten Behörde als Zeuge ausgesagt (vgl Niederschrift vom 28.09.2017, Seite 4) und die vorgenommene Teilschließung des Gastraums 2 damit erklärt, dass diese Möglichkeit die schonendere Variante dargestellt hätte. Eine Schließung des für den Gastbetrieb unverzichtbaren Gastraums 1 mit Theke und Bar hätte praktisch bedeutet, dass man auch das gesamte Lokal hätte schließen können, weil eine Bewirtschaftung des Gastlokals nur vom Gastraum 1 ausgehend möglich sei. Dies erschien dem Zeugen aber unverhältnismäßig, zumal bei der zweiten Kontrolle auch nur ein Glücksspielgerät vom Typ „Afric2go" vorgefunden wurde, das vom Umsatz her mit Walzengeräten nicht vergleichbar sei.

IV.4.2. Mangelnde Eignung der getroffenen Maßnahme

Zum § 360 Abs 1 GewO 1994 judiziert der Verwaltungsgerichtshof, dass die auf Grundlage dieser Bestimmung nach vorheriger vergeblicher Verfahrensanordnung - verfügten Maßnahmen (die bis zur (Teil)Betriebsschließung reichen können) zur Herstellung des der Rechtsordnung entsprechenden Zustandes notwendig und geeignet sein müssen, den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Für eine Interessenabwägung zur Vermeidung von Härtefällen bleibe dabei kein Raum (vgl Nw zur VwGH-Judikatur bei *Gruber/Paliege-Barfuß*, GewO[7] § 360 Anm 6 [Stand: 1.3.2015, rdb.at]). Insofern ist diese Judikatur auch auf die Vorschrift des § 56a GSpG, der nach dem Vorbild des § 360 GewO 1994 geschaffen wurde, übertragbar. Die Voraussetzung der Eignung einer Maßnahme folgt aber auch schon aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Der in den Erläuterungen der Regierungsvorlage betonte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert stets die Anwendung des jeweils gelindesten, zum

Ziel führenden Mittels, das noch ausreicht, um eine weitere Gefährdung der Interessen des Glücksspielmonopols auszuschließen. Deshalb sind im § 56a Abs 1 GSpG zur Vermeidung einer Betriebsschließung abgestufte Möglichkeiten des Eingriffs in Rechte der Betroffenen vorgesehen worden (vgl Erl RV BGBl Nr.747/1996, 368 BlgNR 20. GP, Seiten 6f). Es handelt sich nach dem § 56a Abs 1 Satz 2 GSpG um *„andere geeignete Vorkehrungen“* wie die Stilllegung von Einrichtungen, Beschlagnahmen oder sonstige zielführende Maßnahmen. Daraus ist jedenfalls abzuleiten, dass eine zielführende Maßnahme nur vorliegen kann, wenn sie auch geeignet ist, Abhilfe zu schaffen und eine weitere Gefährdung der geschützten Interessen des Glücksspielmonopols auszuschließen.

Eine derartige Wirksamkeit kann bei der gegenständlichen Teilbetriebsschließung nicht einmal ansatzweise in Betracht kommen. Es ist nicht schlüssig anzunehmen, dass die Schließung des kleineren Gastraumes 2, in dem kein Geräte vorgefunden wurden und der schon mangels Einrichtung einer Schank und/oder Bar für die Gastwirtschaft nicht so bedeutend war, zuverlässig verhindern könnte, dass im größeren Gastraum 1 weiterhin Glücksspiele durch Bereithalten von Glücksspieleinrichtungen veranstaltet werden. Der Gefahr der Fortsetzung von Verstößen durch weitere illegale Ausspielungen im Gastraum 1 kann damit nicht wirksam begegnet werden. Die von der belangten Behörde vermutlich als ausreichend empfundene Möglichkeit einer spezialpräventiven Wirkung der Teilbetriebsschließung, in welcher gelinderen Maßnahme auch die Androhung der künftigen Schließung des Gastraums 1 für den Fall weiteren Zuwiderhandelns gesehen werden könnte, vermag nichts an der mangelnden Eignung zu ändern.
Auf Billigkeitserwägungen kommt es dabei nicht an.

IV.4.3. Zur Notwendigkeit als Teil der Verhältnismäßigkeit

Auch die Frage, ob eine Maßnahme iSd § 56a Abs 1 GSpG bei Abwägung der Umstände des Einzelfalls überhaupt notwendig ist, erscheint von Interesse. Die Notwendigkeit als beachtliches Kriterium im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist auch sinngemäß angesprochen, wenn in den Erläuterungen der Regierungsvorlage zur Einführung des § 56a GSpG betont wird, dass die Betriebsschließung nur als letztes Mittel angewandt werden darf. Entsprechend der gebotenen verfassungskonformen Betrachtung bei Grundrechtseingriffen wird in der Regierungsvorlage der sog. „ultima ratio–Gedanke“ besonders ausgeführt. Seine Bedeutung wird ausdrücklich darin gesehen, dass gastronomische Betriebe, die nicht überwiegend zur Durchführung von dem Bund vorbehaltenen Glücksspielen verwendet werden, von einer Betriebsschließung nicht betroffen seien. Auf einen eigenen Raum, der überwiegend zur Durchführung von Glücksspielen benutzt wird, könne § 56a GSpG angewendet werden. Als entscheidendes Kriterium wird dabei angesehen, ob angesichts der tatsächlichen Durchführung von Glücksspielen durch Gäste der

eindeutig überwiegende Charakter des Gastgewerbebetriebes erhalten bleibt. In diesem Fall soll § 56a GSpG nicht mehr anwendbar sein.

Damit wird wohl gemeint sein, dass keine Notwendigkeit für eine Betriebsschließung nach dem § 56a GSpG besteht, wenn der Charakter eines Gastgewerbebetriebs eindeutig erhalten bleibt, weil die Veranstaltung von Glücksspielen nur untergeordnete Bedeutung hat. In solchen Fällen sollte es genügen, die Glückspielgeräte zu beschlagnahmen und behördlich zu verwahren. Das Abgrenzungskriterium der Regierungsvorlage träfe wohl auch auf den gegenständlichen Fall zu, zumal die festgestellten Umstände nicht erkennen lassen, dass der Charakter eines Gastgewerbebetriebs nicht eindeutig überwiegen würde. Nach der Beschlagnahme und Entfernung von zwei Walzengeräten und einem „Afric2go“ wurde bei der zweiten Kontrolle nur noch ein umsatzschwächerer „Afric2go“ in einem großen Gastraum mit 80 Verabreichungsplätzen vorgefunden, der am Gastgewerbecharakter wohl nichts ändert.

Eine *„andere geeignete Vorkehrung“*, durch die - wie es Satz 2 des § 56a Abs 1 GSpG formuliert - *„eine weitere Gefährdung der Interessen des Glücksspielmonopols ... mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann“*, könnte in der Beschlagnahme der vorgefundenen Geräte freilich noch nicht gesehen werden. Unter dem (eingeschränkten) Blickwinkel der Eignung einer Vorkehrung nach dem Wortlaut des § 56a Abs 1 Satz 2 GSpG erscheinen die dargestellten Ausführungen in der Regierungsvorlage nicht zutreffend. Allerdings ist es nach Ansicht des erkennenden Richters auch fraglich, ob eine dem Wortlaut des Gesetzes entsprechende Vorkehrung, die mit Sicherheit eine weitere Gefährdung der Interessen des Glücksspielmonopols ausschließen muss (also ein Art Sicherheitsgarantie?), überhaupt realistisch ist. Es erübrigt sich aber eine intensivere Behandlung des Themas, insbesondere auch der verfassungsrechtlichen Problematik des stringenten Wortlauts, weil die gegenständliche Maßnahme der Teilbetriebsschließung ungeachtet dieser Problematik jedenfalls als ungeeignet anzusehen ist.

V. Ergebnis

Da feststeht, dass die von der belangten Behörde vorgenommene bloße Teilbetriebsschließung eines Raumes, der nach den Ergebnissen der aktenkundigen Kontrollen der Finanzpolizei für Ausspielungen mit Glücksspielgeräten gar nicht verwendet wurde, jedenfalls eine ungeeignete Maßnahme war, ist der angefochtene Bescheid inhaltlich rechtswidrig. Das Motiv des Behördenvertreters, den Gastgewerbebetrieb nicht durch Schließung des für eine Bewirtschaftung unverzichtbaren Gastraumes 1 unmöglich zu machen, erscheint dem erkennenden Richter zwar unter dem dargelegten Aspekt der Notwendigkeit verständlich. Es handelt sich dabei aber sicher um keine geeignete

Maßnahme zur Vermeidung weiterer Eingriffe in das Glücksspielmonopol, zumal diese in einem anderen Gastraum erfolgt sind, der weiterhin zur Verfügung steht.

Der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens war entsprechend dem Spruch des angefochtenen Bescheides nur die Teilbetriebsschließung. Diese war als eine ungeeignet Maßnahme anzusehen und damit rechtswidrig. Der Beschwerde war daher stattzugeben und der angefochtene Bescheid ersatzlos aufzuheben.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Soweit im Punkt IV.4.3 besondere Probleme angesprochen werden, die - soweit ersichtlich - noch nicht ausjudiziert sind, handelt es sich um einen Exkurs und nicht um präjudizielle Rechtsfragen für die Lösung des vorliegenden Falles.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

D r. W e i ß