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-490141/8/Kü/CHö

Datum:
Linz, 22. Dezember 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde des T D, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, W, gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 6.7.2017, GZ: VStV-852094/2017, wegen Verhängung einer Zwangsstrafe nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und der angefochtene Bescheid bestätigt.

II. Der Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung wird als unzulässig zurückgewiesen.

III. Der Antrag auf Aussetzung des Verfahrens wird als unzulässig zurückgewiesen.

IV. Gegen diese Entscheidung 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 Bescheid vom 6.7.2017, VStV-852094/2017, verhängte die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) gemäß § 5 Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 (VVG) eine Zwangsstrafe in Höhe von 8.000 Euro.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass sie durch mündliche Verfügung vom 23.2.2017 und den dem Bf nachweislich am 3.3.2017 zugestellten Bescheid (GZ: VStV-637491/2015) die Schließung des Betriebes mit der Bezeichnung „S“ am Standort Straße, L, mit Wirkung ab 23.2.2017, auf Grundlage des § 56a Glücksspielgesetz (GSpG) verfügt habe. Im Betriebsschließungsbescheid sei dem Bf für den Fall der Wiederaufnahme des Betriebs die Verhängung einer Zwangsstrafe in Höhe von 8.000 Euro angedroht worden. Im Zuge einer Kontrolle am 30.5.2017 durch Beamte der Finanzpolizei sei festgestellt worden, dass sich im Lokal, trotz angeordneter Betriebsschließung, Personen aufgehalten und Glückspielautomaten in Betrieb befunden hätten. Somit stehe fest, dass entgegen der Anordnung der Betriebsschließung eine Wiederaufnahme erfolgt und fortgesetzt gegen diesen Bescheid verstoßen worden sei.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die rechtzeitige Beschwerde des Bf, in der er inhaltliche Rechtswidrigkeit, Verfahrensfehler, die Unzuständigkeit der belangten Behörde, Aktenwidrigkeit, unvollständige Sachverhaltsfeststellung und unrichtige rechtliche Beurteilung behauptete. Darüber hinaus sei das Glücksspielgesetz verfassungs- und unionsrechtswidrig. Der Bf stellte daher die Anträge, den angefochtenen Bescheid ersatzlos zu beheben und das Verfahren einzustellen und eine mündliche Verhandlung anzuberaumen. Weiters wurde ohne nähere Begründung beantragt, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

I.3. Mit Schreiben vom 18.9.2017 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt den Bezug habenden Verwaltungsakt vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Der Rechtsvertreter des Bf übermittelte am Tag der öffentlichen mündlichen Verhandlung ein umfangreiches schriftliches Vorbringen samt Beilagen (ein Urteil des BG Wels, ein Rechtsgutachten Prof. K sowie ein „Gutachten“ über die Glücksspielwerbung in Österreich) primär betreffend die behauptete Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes. In seinem schriftlichen Vorbringen führte der Rechtsvertreter des Bf – auf das Wesentliche zusammengefasst – aus, dass die belangte Behörde Art. 267 AEUV nicht beachtet habe und eine willkürliche Nichtvorlage von entscheidungswesentlichen Vorlagefragen einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK darstelle. Dazu formulierte er zahlreiche Vorfragen, die die Auslegung

der unionsrechtlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit betrafen, insbesondere deren Vereinbarkeit mit den nationalen Regelungen im Glücksspielsektor. In Hinblick auf drei beim EuGH anhängige Verfahren mit identem Sachverhalt beantragte der Bf weiters die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung in diesen Rechtssachen. Zudem brachte er vor, dass es sich bei den hier gegenständlichen Geräten um reine Geschicklichkeitsapparate mit Touchscreen Funktion, jedoch keine Glücksspielautomaten handle und beantragte diesbezüglich die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Der Bf gehe trotz der jüngeren Rechtsprechung des VwGH und VfGH von der Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols aus, zumal in den zitierten Entscheidungen keine eigenständige Sachverhaltsermittlung erfolgt sei, die im Sinne der von der Judikatur des EuGH geforderten dynamischen Betrachtungsweise der Regelung auch Auswirkungen nach deren Erlass berücksichtigen würde. Seiner Ansicht nach liege kein Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vor. Dazu zitierte er verschiedene Lehrmeinungen, die bisherige Rechtsprechung des EuGH, sowie die seines Erachtens widersprüchliche Rechtsprechung des OGH.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Niederschrift der Finanzpolizei vom 30.5.2017 betreffend der Durchführung einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz im Lokal „S“, L, den Verfahrensakt und das Erkenntnis zu LVwG-411935, mit welchem der Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 28.2.2017 betreffend die Schließung des Betriebes „S“ in L, durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bestätigt wurde sowie das Beschwerdevorbringen. Weiters wurden die Erkenntnisse des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich zu den Rechtssachen LVwG-410897/14/Wg und LVwG-410898/14/Wg, LVwG-410821/6/Gf/Mu – 410822/2 und LVwG-412093/6/ER – 412094/2, zur Einsichtnahme beigeschafft. Am 6.11.2017 fand im Beisein des Rechtsvertreters des Bf die öffentliche mündliche Verhandlung statt. Dieser beantragte unter Verweis auf das schriftliche Beschwerdevorbringen die Stattgabe der Beschwerde und die Behebung des angefochtenen Bescheids. Der Vertreter der belangten Behörde ließ sein Fernbleiben entschuldigen.

II. Folgender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T wird als erwiesen angenommen:

II.1. Der Bf betreibt am Standort Straße, L, das Lokal „S“.

II.2. Bereits im Jahr 2014 erfolgte eine Kontrolle nach den Bestimmungen des GSpG in dem hier gegenständlichen Lokal „S“, Straße, L, das vom Bf betrieben wird. Bei dieser Kontrolle am 16.5.2014 wurden zwölf Glücksspielgeräte betriebsbereit vorgefunden. In Folge dieser Kontrolle wurden die Unternehmen,

die die in die Geräte eingebauten Banknotenlesegeräte sowie deren Gehäuse zur Verfügung gestellt hatten, rechtskräftig nach § 52 Abs. 1 Z 1 4. Tatbild GSpG bestraft (LVwG-410897/14/Wg und LVwG-410898/14/Wg). [genannte Erkenntnisse]

II.3. Nach einer weiteren Kontrolle des vom Bf als Einzelunternehmer betriebenen Lokals „S“, Straße, L, durch Organe der Finanzpolizei am 8.4.2015 wurde mit Bescheid vom 2.5.2015 die Beschlagnahme der elf bei dieser Kontrolle vorgefundenen und vorläufig beschlagnahmten Glücksspielgeräte angeordnet. Dieser Bescheid wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 3.6.2016 zu LVwG-410821/6/Gf/Mu – 410822/2 bestätigt. [genanntes Erkenntnis]

II.4. Mit Schreiben der belangten Behörde vom 26.11.2015 wurde der Bf – bezugnehmend auf die am 8.4.2015 stattgefundene Kontrolle – aufgefordert, die in seinem Lokal „S“ entgegen den Bestimmungen des GSpG veranstalteten oder durchgeführten Glücksspiele einzustellen. Für den Fall, dass dieser Aufforderung nicht nachgekommen werde, wurde die unverzügliche Schließung des Betriebes angedroht.

II.5. Am 23.2.2017 fand eine weitere Kontrolle des gegenständlichen Lokals durch Organe der Finanzpolizei statt, bei welcher zwölf Glückspielgeräte betriebsbereit vorgefunden. Mit Bescheid der belangten Behörde vom 21.4.2017 wurden diese Geräte beschlagnahmt. Der Beschlagnahmebescheid vom 21.4.2017 wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 17.11.2017 zu LVwG-412093/6/ER – 412094/2 bestätigt. [genanntes Erkenntnis]

II.6. Die belangte Behörde sprach noch am Kontrolltag (23.2.2017) die Schließung des Betriebes aus. Über die verfügte Betriebsschließung erging am 3.3.2017 (Datum der Zustellung) der Betriebsschließungsbescheid vom 28.2.2017, welcher die gänzliche Schließung des Betriebes mit Wirkung ab 23.2.2017 anordnete und wurde dem Bf für den Fall der Wiederaufnahme des Betriebs die Verhängung einer Zwangsstrafe in Höhe von 8.000 Euro angedroht. Die gegen den Betriebsschließungsbescheid vom Bf erhobene Beschwerde wurde vom Landesverwaltungsgericht mit Erkenntnis vom 23.8.2017 zu LVwG-411935/7/Kü/SM abgewiesen. [Betriebsschließungsbescheid, Verfahrensakt und Erkenntnis zu LVwG-411935]

II.7. Am 30.5.2017 erfolgte durch Beamte der Finanzpolizei des Finanzamtes Braunau-Ried-Schärding eine Kontrolle des Lokals „S“, Straße, L. Bei der genannten Kontrolle befanden sich trotz Betriebsschließung mehrere Personen im Lokal und fanden sich dort zudem in Betrieb befindliche Glückspielgeräte. [Niederschrift der Finanzpolizei]

III. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem abgeführten Beweisverfahren, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln und dem vorgelegten und den mit diesem in Zusammenhang stehenden Verwaltungsakten (Strafverfahren, Beschlagnahmen, Betriebsschließung). Die Feststellungen zu den polizeilichen Kontrollen ergeben sich aus den diesbezüglichen Polizeiberichten und Niederschriften in den jeweiligen Akten. Diesbezügliche Feststellungen wurden im Verfahren vom Bf auch nicht bestritten, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichtes keine Zweifel an den Angaben der Polizei bzw. der belangten Behörde bestehen.

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 5 Abs. 1 Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 – VVG (BGBl Nr. 53/1991, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 33/2013) wird die Verpflichtung zu einer Duldung oder Unterlassung oder zu einer Handlung, die sich wegen ihrer eigentümlichen Beschaffenheit nicht durch einen Dritten bewerkstelligen lässt, dadurch vollstreckt, dass der Verpflichtete von der Vollstreckungsbehörde durch Geldstrafen oder durch Haft zur Erfüllung seiner Pflicht angehalten wird.

Gemäß § 5 Abs. 2 VVG hat die Vollstreckung mit der Androhung des für den Fall des Zuwiderhandelns oder der Säumnis zur Anwendung kommenden Nachteiles zu beginnen. Das angedrohte Zwangsmittel ist beim ersten Zuwiderhandeln oder nach fruchtlosem Ablauf der für die Vornahme der Handlung gesetzten Frist sofort zu vollziehen. Gleichzeitig ist für den Fall der Wiederholung oder des weiteren Verzuges ein stets schärferes Zwangsmittel anzudrohen. Ein angedrohtes Zwangsmittel ist nicht mehr zu vollziehen, sobald der Verpflichtung entsprochen ist.

Gemäß § 52a GSpG (BGBl. Nr. 620/1989, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2017) tritt für die Vollstreckung eines Bescheides nach diesem Bundesgesetz an die Stelle des im § 5 Abs. 3 VVG vorgesehenen Betrages der Betrag von 60.000 Euro.

IV.2. Das Landesverwaltungsgericht hat erwogen:

Normzweck des § 5 VVG ist die Bewirkung einer unvertretbaren Leistung, im gegenständlichen Verfahren also die gänzliche Schließung des Betriebs des verfahrensgegenständlichen Lokals. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 4.11.2009, 2009/17/0006, ausgeführt hat, ist die Schließung eines Betriebs gemäß § 56a GSpG eine unvertretbare Leistung: „Die (...) Vollstreckungsverfügung bezeichnet als Titelbescheid den Bescheid (...), mit dem gemäß § 56a Glücksspielgesetz die Schließung des Betriebes (der Beschwerdeführerin) in den näher umschriebenen Räumlichkeiten angeordnet worden war. Die angeordnete Schließung des Betriebes bedeutet, dass die Beschwerdeführerin den Betrieb einzustellen und die weitere Führung dieses Betriebes zu unterlassen habe; es handelt sich daher um eine unvertretbare Verhaltensweise und um eine Unterlassung."

Der Titelbescheid vom 28.2.2017 verfügt die gänzliche Schließung des Lokals „S", mit Wirkung vom 23.2.2017. Dieser Bescheid wurde dem Bf nachweislich am 3.3.2017 zugestellt.

Gemäß § 5 Abs. 2 VVG hat die Vollstreckung mit der Androhung des Zwangsmittels zu beginnen und ist beim ersten Zuwiderhandeln oder nach fruchtlosem Ablauf der für die Vornahme der Handlung gesetzten Frist sofort zu vollziehen. Die belangte Behörde hat im Titelbescheid die gänzliche Schließung des verfahrensgegenständlichen Betriebs mit Wirkung ab 23.2.2017 angeordnet und im Bescheid, zugestellt am 3.3.2017, auch die Zwangsstrafe angedroht. Ab dem 23.2.2017 war der Bf verpflichtet, die Fortführung des Betriebs zu unterlassen. Trotzdem hat der Bf das verfahrensgegenständliche Lokal wieder geöffnet und wurde am 30.5.2017 festgestellt, dass der Bf dieses, entgegen der verhängten Betriebsschließung betrieben hat, sodass der Bf der Verpflichtung, die Fortführung des Betriebes zu unterlassen, nicht nachgekommen ist.

Sache des gegenständlichen Beschwerdeverfahrens ist die Rechtmäßigkeit der Verhängung einer Zwangsstrafe nach dem VVG, nicht die Rechtmäßigkeit des Titelbescheids, zumal in einem Vollstreckungsverfahren nach dem VVG die Rechtmäßigkeit des vollstreckbaren Titelbescheides nicht zu prüfen ist (VwGH 22.8.2016, Ra 2015/17/0196; 26.3.2009, 2008/07/0124; 13.10.2011, 2010/07/0022). Diese Frage wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 23.08.2017, LVwG-411935/7/Kü/SM, durch Abweisung der Beschwerde des Bf, rechtskräftig entschieden.

Eine nach Erlassung des Titelbescheides eingetretene wesentliche Änderung des Sachverhaltes kann eine Vollstreckung unzulässig machen, wenn bei Vorliegen des neuen Sachverhaltes nicht mehr ein im Spruch gleichlautender Bescheid erlassen werden könnte (VwGH 23.11.2016, 2013/05/0175). Bestätigung findet dies auch durch § 56a Abs. 7 GSpG. Eine derartige Änderung vermag das Landesverwaltungsgericht jedoch nicht zu erkennen und hat der Bf diesbezüglich auch kein

Vorbringen erstattet. Es ist daher auf die Beschwerdegründe des Bf, die sich auf die Rechtmäßigkeit des Titelbescheids (insbesondere auch das Vorbringen zum Unionsrecht) beziehen, nicht näher einzugehen. Vielmehr hätte der Bf der Verpflichtung zur Schließung des Betriebs unverzüglich nachkommen müssen. Zumal der Bf der Anordnung der Betriebsschließung, wie sich aus der polizeilichen Kontrollen ergeben hat, zuwidergehandelt hat und dies vom Bf auch nicht bestritten wurde, war das angedrohte Zwangsmittel gemäß § 5 Abs. 2 VVG sofort zu vollziehen.

Der Bf hat sich offenkundig durch die von der belangten Behörde gesetzten behördlichen Maßnahmen, Beschlagnahmen, Geldstrafen und letztlich der gänzlichen Schließung seines Betriebs, nicht davon abhalten lassen, dem Titelbescheid widersprechend zu handeln. Somit blieb der belangten Behörde keine andere Möglichkeit, als mit einer Zwangsstrafe vorzugehen, um den der behördlichen Anordnung entgegenstehenden Parteiwillen zu verändern (VwGH 9.5.1990, 89/03/0269).

Zur Höhe der verhängten Zwangsstrafe ist festzuhalten, dass diese im untersten Bereich des möglichen Ausmaßes gemäß § 52a GSpG iVm § 5 Abs. 3 VVG festgesetzt wurde. Der Bf hat zur Höhe der verhängten Zwangsstrafe nichts Konkretes vorgebracht. Die in dieser Höhe festgesetzte Zwangsstrafe erscheint angesichts der wiederholten Verstöße und des Umstandes, dass der Bf durch die seit 23.2.2017 wirksame Betriebsschließung auch nicht beeindruckt werden konnte, keineswegs unangemessen.

Im Ergebnis war die Beschwerde daher abzuweisen und der angefochtene Bescheid zu bestätigen.

Zu den Anträgen auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung und auf Aussetzung:

Der Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung ist absolut unzulässig zumal ihm der Wortlaut des § 10 Abs. 2 VVG entgegensteht. Die genannte Bestimmung ist eine lex specialis zu § 13 Abs. 1 VwGVG, wonach rechtzeitig eingebrachte und zulässige Beschwerden grundsätzlich aufschiebende Wirkung haben. Insofern haben Beschwerden gegen Vollstreckungsverfügungen keine aufschiebende Wirkung und es fehlt eine gesetzliche Grundlage für die Zuerkennung einer solchen (vgl. *Hengstschläger/Leeb*, Verwaltungsverfahrensrecht, RZ 1002). Der Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung war daher als unzulässig zurückzuweisen.

In seiner Entscheidung vom 30.4.2014, 2013/12/0220, hielt der Verwaltungsgerichtshof fest, dass *„... § 38 AVG es der Behörde schon von vornherein freistellt, Vorfragen auch eigenständig zu beurteilen und der Partei*

somit aus § 38 AVG kein Anspruch auf Aussetzung erwächst, weshalb ein darauf gerichteter Antrag der Partei zurückzuweisen wäre (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 11.2.1992, Zl. 92/11/0006, mit weiteren Hinweisen)...“ (vgl. auch VwGH 15.5.2012, 2009/05/0056).
Ein Recht auf Aussetzung kann sich daher gegebenenfalls nur aus der jeweils in Betracht kommenden Rechtsvorschrift ergeben (VwGH 21.2.1989, 89/05/0014; 28.2.2006, 2005/06/0061).
Dem VVG kann kein Rechtsanspruch auf Aussetzung des Verfahrens entnommen werden.

Im Übrigen kann die Frage der Unionsrechtswidrigkeit, wie bereits oben dargestellt, im Vollstreckungsverfahren angesichts der Rechtskraft des Titelbescheids nicht aufgeworfen werden.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weichen das Erkenntnis bzw. der Beschluss von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Die vorliegende Entscheidung steht im Einklang mit der zur gegenständlichen Fallkonstellationen ergangenen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl vor allem die im Erkenntnis zitierten Entscheidungen). Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Mag. Kühberger