OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

sd4021 L / 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-412048/7/MZ/BBa

Datum:
L, 23. Jänner 2018

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Zeinhofer über die Beschwerde der F GmbH, vertreten durch RA Dr. F M, gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Oö. vom 23. März 2017, GZ: VStV 121393/2017, betreffend Betriebsschließung des Lokales „S“, gemäß § 56a Glückspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 21. November 2017

zu Recht:

I. Aus Anlass der Beschwerde wird der angefochtene Bescheid der Landespolizeidirektion Oö. vom 23. März 2017, GZ: VStV 121393/2017, aufgehoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang

I.1. Mit Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in weiterer Folge: belangte Behörde) vom 23. März 2017 wurde gegenüber der Fa. F GmbH (in der Folge: Beschwerdeführerin, Bf) die Schließung des Betriebes mit der Bezeichnung „S“ in L, gemäß § 56a Glücksspielgesetz (GSpG) mit Wirkung ab 17.03.2017 angeordnet. Die Betriebsschließung bezog sich auf das gesamte Lokal (gänzliche Schließung des Betriebs).

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt (insb. der zwei am 17.03.2017 bzw 25.11.2016 durchgeführten Kontrollen mit jeweiliger Beschlagnahme bzw. eingeleiteter Strafverfahren) sah die belangte Behörde den begründeten Verdacht der wiederholten Durchführung von Glücksspielen entgegen den Vorschriften des GSpG im Lokal der Bf im Rahmen ihrer betrieblichen Tätigkeit gegeben. Da die Bf trotz rechtskräftiger Beschlagnahme von Glücksspielgeräten und Androhung der Betriebsschließung für den Fall der Fortsetzung weiterhin Glücksspiele angeboten und (neue) Geräte spielbereit gehalten habe, sei davon auszugehen, dass sie nach wie vor aus der Durchführung illegaler Glücksspiele regelmäßig Einnahmen zu erzielen suche und die bloße Beschlagnahme der Glücksspieleinrichtungen nicht geeignet und ausreichend sei, die Fortsetzung von Verstößen gegen das GSpG hintanzuhalten. Aufgrund der mangelnden räumlichen Trennbarkeit sei das gesamte Lokal zu schließen gewesen.

I.2. Dagegen richtet sich die verfahrensgegenständliche Beschwerde vom 19. April 2017. Es wird darin die ersatzlose Bescheidbehebung und Einstellung des Betriebsschließungsverfahrens sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung begehrt. Überdies werden zahlreiche Beweisanträge gestellt.

In der Beschwerde wird zusammengefasst vorgebracht, dass der angefochtene Bescheid an einer Vielzahl von Begründungs- und Verfahrensmängeln leide, wie zB dass weder feststehe, ob die verfahrensgegenständliche Geräte überhaupt als Glücksspielautomaten 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. Weiters wird die Unzuständigkeit der Behörde sowie unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht, zumal die Schließung des Betriebes ab 23.03.2017 verfügt wurde, was jedoch nicht dem Tag der Ausstellung des Bescheides entspräche – somit könne der Beginn der angeblich gerechtfertigten Betriebsschließung nicht auf diesem Tag fallen. Es sei vielmehr nach § 56a Abs 2 GSpG vorzugehen. Zudem liege kein begründeter Verdacht vor, insb. da dieser nur

durch das Abführen eines Strafverfahrens erhärtet werden könne, welches jedoch noch nicht abgeschlossen sei.

I.3. Die belangte Behörde legte den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 23. Mai 2017, eingelangt am 29. Mai 2017, zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Zu der für den 21. November 2017 anberaumten mündlichen Verhandlung legte die Bf per Mail vom gleichen Tag vorab ein ergänzendes schriftliches Vorbringen samt Beilage vor.
Darin führte sie – 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 sie 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 die 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. Sie geht 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. Ihrer Ansicht nach liege kein Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vor. Dazu zitierte sie verschiedene Lehrmeinungen, die bisherige Rechtsprechung des EuGH, sowie die ihres Erachtens widersprüchliche Rechtsprechung des OGH.

Abschließend wurde im Mail die Einholung eines Gutachtens und die Vernehmung diverser Zeugen beantragt sowie dem Mail ein Konvolut an Beilagen (Urteil des BG W vom 17.03.2015, GZ: 8 C 673/14g-17; Rechtsgutachten von Univ.-Prof. Dr. A K vom 24.05.2016 betreffend Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielwerbung; Gutachten über die Glücksspielwerbung in Österreich von Ing. Mag. M F, MBA vom 31.05.2017) angehängt.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 21. November 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der ein Vertreter der Bf und der belangten Behörde erschienen sind. Die Parteienvertreter konnten in der mündlichen Verhandlung ihre rechtlichen Standpunkte präzisieren und dartun, sowie bei der Ermittlung des relevanten Sachverhalts mitwirken.

In der Verhandlung wurden die Stellungnahme des BMF betreffend Ziel und Zweck des Glückspielmonopols, den Glücksspielbericht 2010 – 2013 sowie 2014 – 2016, den Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen über die Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010 – 2014, das Schreiben des Bundesministeriums für Finanzen betreffend Information der Stabstelle für Spielerschutz zu einer neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ sowie die Ergebnisse der Repräsentativerhebung des Instituts für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung mit dem Titel „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich“ sowie die Tonbandprotokolle zu LVwG-411812 sowie LVwG-412154 zum Akt genommen.

## II. Sachverhalt, Beweise, Beweiswürdigung

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verwaltungsakt und die weiteren unter Punkt I. dargestellten Ermittlungsschritte.

Zur öffentlichen mündlichen Verhandlung sind der rechtsfreundliche Vertreter der Bf sowie ein Vertreter der belangten Behörde erschienen.

II.2. Folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt steht fest:
Die Bf, die F GmbH mit Sitz in W (Geschäftsanschrift: W) betreibt am Standort B, L, ein Lokal „S“. Mit Wirkung vom 23. November 2016 wurde S L, geb. 1989, als Geschäftsführer bestellt und ist seitdem das zur Vertretung nach außen berufene Organ der Firma F GmbH.

M M, geb. 1979, wohnhaft M, war seit 5. August 2014 Geschäftsführer, wurde aber mit Wirkung vom 23. November 2016 seiner Funktion enthoben. Er war – soweit ersichtlich – auch seitdem zu keinem Zeitpunkt zustellbevollmächtigt.

Im genannten Lokal wurden am 25. November 2016 sowie 17. März 2017 Kontrollen im Hinblick auf das Glücksspielgesetz durchgeführt. Die zwei daraufhin eingeleiteten Beschlagnahmeverfahren sind bereits rechtskräftig abgeschlossen: Mit Erkenntnis des LVwG vom 20. Juli 2017, LVwG-411812/8/Sr-411814/2/Sr, sowie vom 11. Dezember 2017, LVwG-412154/8/KLe/Hue-412156/2, wurden die vorläufigen Beschlagnahmen von 13 bzw. 11 Glücksspielgeräten als rechtmäßig bestätigt.

Mit Schreiben der belangten Behörde vom 6. März 2017, GZ: VStV 121393/2017, mit folgenden Adressblock:
„Firma
F GmbH

zu Hdn. M R M
und dem Betreff: „*Verdacht des illegalen Betriebes von Glücksspielgeräten; Androhung der Betriebsschließung gemäß § 56 a GSpG*“, wurde Herr M M über den auf Grund der Kontrolle am 25. November 2016 bestehenden Verdachts des illegalen Betriebes von Glücksspielgeräten informiert und unter Bezugnahme auf § 56a GSpG aufgefordert, die entgegen den Bestimmungen des GspG veranstalteten oder durchgeführten Glücksspiele einzustellen, da ansonsten der Betrieb unverzüglich geschlossen werde.

Bei der Kontrolle am 23. März 2017 wurde gegenüber dem im Lokal anwesenden Arbeitnehmer, Herrn M H, die Schließung des Lokals mündlich verkündet.

II.3. Der festgestellte entscheidungswesentliche Sachverhalt ergibt sich unstrittig und vollständig aus dem durchgeführten Beweisverfahren.

Die Feststellungen zu den vorangegangenen glücksspielrechtlichen Kontrollen und Verfahren betreffend das gegenständliche Lokal bzw. die Bf als Betreiberin ergeben sich aus den vorgelegten Akten bzw den Entscheidungen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zu den abgeschlossenen Verfahren LVwG-412154 sowie LVwG-411812. Dass die Bf Betreiberin des gegenständlichen Lokales ist, ergibt sich ebenfalls daraus und wurde von der Bf nicht abgestritten und ist im Übrigen aktuell aus dem Firmenbuch erkennbar.

Dass nicht mehr M M sondern S L Geschäftsführer der F GmbH ist, ergibt sich bereits aus dem vorgelegten Akt. So geht etwa aus der Niederschrift vom 17. März 2017 bzw dem Mail vom 18. März 2017 klar hervor, dass der bei der Kontrolle am 17. März 2017 anwesende M H auf Befragung den anwesenden Organen mitgeteilt hat, dass sein „Chef“ ein Herr L sei bzw. er (zwar) nur den Familiennamen des Verantwortlichen kenne, dieser aber ein Herr L sei. Eine Einsicht in das Firmenbuch bestätigt zweifelsfrei den Wechsel der Geschäftsführer per 23. November 2016.

Dass die Androhung der Betriebsschließung mit Schreiben vom 6. März 2017 an die private Adresse des Herrn M erfolgte, ergibt sich zweifelsfrei aus dem vorgelegten Behördenakt, in dem auch der entsprechende Rückschein (Hinterlegung per 08.03.2017) enthalten ist. Hinweise dafür, dass eine (weitere) Verständigung der Bf (insb. ein Schreiben an ihre Adresse) erfolgt wäre, sind im abgeführten Beweisverfahren nicht hervorgekommen. Dies erscheint dem erkennenden Gericht auch bei Berücksichtigung des zeitlichen Verfahrensablaufs als nicht wahrscheinlich.

Die in der Beschwerde bzw. dem ergänzenden Vorbringen erstatteten Beweisanträge der Bf bezogen sich auf nicht im Rahmen des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes festzustellende Punkte; mithin zu Sachfragen hinsichtlich denen eine Beweisaufnahme mangels

Entscheidungsrelevanz nicht erforderlich war. Ihnen war folglich bereits aus diesem Grunde nicht nachzukommen.

## III. Rechtliche Beurteilung

### III.1. Maßgebliche Rechtslage:

Die im gegenständlichen Verfahren maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens, über die Änderung des Bundeshaushaltsgesetzes und über die Aufhebung des Bundesgesetzes betreffend Lebensversicherungen mit Auslosung (in weiterer Folge kurz: Glücksspielgesetz – GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 107/2017 lauten auszugsweise wie folgt:

„Behörden und Verfahren

§ 50. (1) Für Strafverfahren und Betriebsschließungen nach diesem Bundesgesetz sind die Bezirksverwaltungsbehörden, im Gebiet einer Gemeinde, für das die Landespolizeidirektion zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, die Landespolizeidirektion zuständig. Gegen diese Entscheidungen kann Beschwerde an ein Verwaltungsgericht des Landes erhoben werden.

[...]

(7) Der Bundesminister für Finanzen ist berechtigt, gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte der Länder [...] Revision an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben. Die Verwaltungsgerichte der Länder [...] haben Ausfertigungen glücksspielrechtlicher Entscheidungen unverzüglich dem Bundesminister für Finanzen zu übermitteln.

[...]

Betriebsschließung

§ 56a. (1) Besteht der begründete Verdacht, 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, so kann 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 Stillegung von Einrichtungen, Beschlagnahmen oder sonstige Maßnahmen, mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann.

[...]

(3) Über eine Verfügung nach Abs. 1 ist 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.

[...].“

### III.2. Zu den Voraussetzungen für eine Betriebsschließung:

Aus § 56a Abs. 1 GSpG ergibt sich, dass die Behörde, bevor sie vor Ort eine gänzliche oder teilweise Schließung des Betriebes verfügt, den Verfügungsberechtigten zur Einstellung der entgegen den Bestimmungen des GSpG veranstalteten oder durchgeführten Glücksspiele aufzufordern hat. Diese Aufforderung zur Einstellung der Glücksspiele ist nicht in Bescheidform auszusprechen. Sie hat aber jedenfalls der eigentlichen Betriebsschließung voranzugehen und bildet eine Tatbestandsvoraussetzung für deren Verfügung (vgl. idS etwa VwGH 24.02.2014, 2013/17/0516; 30.03.2016, Ra 2016/09/0023).
Mit der Androhung der Betriebsschließung wird daher das Verwaltungsverfahren „Betriebsschließung" im Sinn des § 56a Abs. 1 GSpG eingeleitet.

Im Gesetz ist zwar nicht ausdrücklich festgelegt, an welche Person diese Aufforderung zu richten ist. Der Zweck dieser Aufforderung besteht offenkundig aber darin, dass jene Personen, in deren Betrieb Glücksspiele entgegen den Bestimmungen des GSpG veranstaltet oder durchgeführt werden, die Möglichkeit haben, eine Betriebsschließung abzuwenden, indem sie diese verbotenen Glücksspiele beenden. Daraus ergibt sich, dass diese Aufforderung an jene Person zu richten ist, in deren Betrieb die Spieler ihre Einsätze tätigen und die Gewinne ausbezahlt werden, weil ja dieser Betrieb von der angedrohten Schließung betroffen ist.

Die Bf betreibt am Standort B,  L, das verfahrensgegenständliche Lokal „S“ und müsste folglich Adressatin eines ihr Lokal betreffendes Aufforderungsschreibens gemäß § 56a Abs. 1 GSpG sein. Im vorliegenden Fall erging im März 2017 eine entsprechende Aufforderung zur Einstellung mit Androhung der ansonsten drohenden Betriebsschließung zwar an die F GmbH, aber laut Adressblock zu Handen von M M an dessen private Adresse. Dieser ist jedoch seit 23. November 2016 – und somit im Übrigen bereits seit einem Zeitpunkt vor der Kontrolle am 25. November 2016 – nicht mehr Geschäftsführer (und auch nicht Zustellbevollmächtigter) der Bf. Eine an die Zustelladresse der Bf adressierte Aufforderung erging nicht. Es gibt im Übrigen auch keinen Hinweis darauf, dass diese bzw. deren Geschäftsführer von dem an seinen Vorgänger gerichteten Schreiben gewusst hat, weshalb der Bf nicht vorgehalten werden kann, dieses nicht beachtet zu haben.

Folglich wurde gegenüber der Bf, als Verfügungsberechtigte des gegenständlichen Lokals, keine Aufforderung zur Einstellung der entgegen den Bestimmungen des GSpG veranstalteten oder durchgeführten Glücksspiele ausgesprochen. Eine derartige Aufforderung hätte aber der eigentlichen, mündlich am 23. März 2017 gegenüber einem anwesenden Mitarbeiter und mit dem angefochtenen Bescheid sodann verfügten Betriebsschließung zeitlich voranzugehen. Die gegenständliche Betriebsschließung (mündlich ausgesprochen am 23. März 2017) erfolgte

zweifelsfrei vor vorheriger Aufforderung der verfügungsberechtigten Bf zur Einstellung.

Es fehlt somit an einer erforderlichen Tatbestandsvoraussetzung für eine Betriebsschließung gemäß § 56a Abs 1 iVm Abs 3 GSpG. Die belangte Behörde durfte den Betrieb nicht ohne weiteres schließen.

III.3. Aufgrund des Fehlens jedenfalls einer der kumulativ verknüpften Voraussetzungen für die Anordnung einer Betriebsschließung iSd § 56a GSpG war der angefochtene Bescheid zu beheben.

Angesichts dieses Ergebnisses war auf das Vorliegen der weiteren Voraussetzungen für eine Betriebsschließung bzw. den diesbezüglichen Vorbringen und Anregungen der Bf (insb. jenen zur Unionsrechtskonformität) nicht mehr einzugehen.

IV. 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. Die Entscheidung weicht nicht von der zuvor zitierten einheitlichen Rechtsprechung des VwGH zur Notwendigkeit einer vorherigen Aufforderung des Verfügungsberechtigten zur Betriebsschließung nach dem GSpG ab. Im Übrigen liegen keine Hinweise auf eine grundsätzliche, über den hier zu beurteilenden Einzelfall hinausgehende Bedeutung der zu lösenden Rechtsfragen vor.

## Rechtsmittelbelehrung

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 Eingabengebühr 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

Dr. Zeinhofer