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

Geschäftszeichen:
LVwG-413027/9/Wg

Datum:
Linz, 2. Oktober 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Weigl über die Beschwerde des N C, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, D 17/11, W, gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 11. Juli 2018, GZ: VStV 852113/2017, betreffend Betriebsschließung gemäß § 56a Glücksspielgesetz (GSpG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der Bescheid vom 11. Juli 2018 wird behoben.

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. Sachverhalt:

1. Finanzpolizisten verfügten bei einer Kontrolle am 29. Mai 2017 im Lokal R 10, L, mit der Bezeichnung D P („B“) wegen des Verdachts eines fortgesetzten Verstoßes gegen das Glücksspielgesetz die vorläufige Beschlagnahme von 4 Auftragsterminals, auf denen den Spielern virtuelle Walzenspiele zur Verfügung gestellt wurden. Gegen den daraufhin erlassenen Beschlagnahmebescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich (LPD) erhob unter anderem der Beschwerdeführer (Bf) als damaliger Lokalbetreiber Beschwerde. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bestätigte mit Erkenntnis vom 19. Jänner 2018 den Beschlagnahmebescheid (Strafantrag vom 2. Juni 2017 AS 1, Beschlagnahmebescheid vom 30. Juni 2017 AS 11, Erkenntnis LVwG-412270/10/HW - 412271/2 AS 14, Behördenakt).

2. Mit Schreiben vom 21. Juni 2018, nachweislich am 27. Juni 2018 zugestellt, forderte die LPD den Bf auf, den weiteren Betrieb von Glücksspielen entgegen den Vorschriften des Glücksspielgesetzes einzustellen, andernfalls die teilweise oder gänzliche Schließung des Betriebes verfügt werde. Ob zu diesem Zeitpunkt das Lokal noch vom Bf oder bereits von der P E GmbH betrieben wurde, konnte nicht festgestellt werden. Fest steht, dass bei der verfahrensgegenständlichen Kontrolle am 11. Juli 2018 bereits die P E GmbH Lokalbetreiberin und Inhaberin war. Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser GmbH (Schreiben vom 21. Juni 2018 AS 18, Strafantrag vom 20. Juli 2018 AS 26, Niederschrift vom 11. Juli 2018 über die Aussage der Angestellten M M AS 32, Behördenakt).

3. Finanzpolizisten fanden bei dieser Kontrolle erneut 4 Auftragsterminals vor, auf denen das Walzenspiel „Ring of Fire XL“ gespielt werden konnte. Es lag keine Konzession oder sonstige glücksspielrechtliche Bewilligung vor. Entsprechend der vorangegangenen Androhung verfügte ein Mitarbeiter der LPD mündlich die gänzliche Schließung des Betriebes. Mit Bescheid vom 11. Juli 2018 wurde die mündlich verfügte gänzliche Schließung des Betriebes mit der Bezeichnung „X“ in L, R 10, mit Wirkung ab 11. Juli 2018, gemäß § 56a GSpG angeordnet. Der Bescheid wurde nicht an die P E GmbH, sondern an den Bf adressiert (Strafantrag vom 20. Juli 2018 AS 26, Behördenakt und ON 4 des Gerichtsaktes, Betriebsschließungsbescheid AS 20, Behördenakt).

4. Nach einem erfolglosen Zustellversuch am 16. Juli 2018 wurde der Bescheid hinterlegt. Beginn der Abholfrist war der 16. Juli 2018. Ob der Bf den Bescheid tatsächlich erhalten hat, konnte nicht festgestellt werden (Rückschein Betriebsschließungsbescheid AS 24).

5. In der Beschwerde vom 8. August 2018 wird kein Zustellmangel gerügt. Der Bf beantragt, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Betriebsschließungsverfahren einzustellen, jedenfalls eine mündliche Verhandlung anzuberaumen (Beschwerde AS 40 Behördenakt).

6. Die LPD legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 5. September 2018 die Beschwerde samt Verfahrensakt zur Entscheidung vor. Das Finanzamt L legte über Aufforderung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich am 24. September 2018 den Strafantrag vom 20. Juli 2018 samt Beilagen vor. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich setzte die LPD daraufhin über den vorläufig angenommenen und nunmehr unter Punkt I.1., 2., 3., 4. und 5. festgestellten Sachverhalt sowie die für die Beweiswürdigung (Punkt II.) und die rechtliche Beurteilung (Punkt III.2.) maßgeblichen Überlegungen in Kenntnis. Die LPD verzichtete daraufhin mit Eingabe vom 25. September 2018 auf die Durchführung einer Verhandlung und eine weitere Beweisaufnahme durch das Verwaltungsgericht. Der rechtsanwaltliche Vertreter des Bf verzichtete mit Eingabe vom 28. September 2018 ebenfalls auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und teilte mit, dass der Bescheid jedenfalls nach Auskunft des Bf nicht vom Bf behoben worden war (Vorlageschreiben ON 1, Anforderung Strafantrag ON 3, Strafantrag ON 4, Mitteilungen LVwG ON 5 und 7, Stellungnahmen LPD und Bf ON 6 und ON 8, Gerichtsakt).

II. Beweiswürdigung:

Der dargestellte Verfahrensablauf ergibt sich unstrittig aus dem vorgelegten Verfahrensakt. Bei der ersten Kontrolle am 29. Mai 2017 war der Bf unbestritten noch Lokalbetreiber. In der Folge trat zu einem nicht näher bestimmbaren Zeitpunkt die P E GmbH an die Stelle des Bf als Lokalbetreiber. Das Finanzamt geht auf Grund der Ergebnisse der Kontrolle vom 11. Juli 2018 davon aus, dass die P E GmbH bereits seit 1. Jänner 2018 Lokalbetreiberin ist. Zum genauen Zeitpunkt konnte aber mangels ausreichender Beweismittel keine Feststellung getroffen werden. Im Gewerberegister ist für das Lokal R 10 kein Gewerbestandort eingetragen. Abgesehen von einem nach dem Akteninhalt keiner bestimmten Person zurechenbaren Getränkeautomaten (siehe dazu die im Akt befindliche Privatanzeige vom 30. Oktober 2017, Beilage zum Strafantrag vom 20. Juli 2018 ON 4 des Gerichtsaktes) wird offenbar keine der GewO unterliegende Tätigkeit ausgeübt. In einer E-Mail der Polizeiinspektion Bürgerstraße vom 11. Juli 2018 (AS 23 Behördenakt) wird N C als Inhaber bezeichnet. Dass am 11. Juli 2018 die P E GmbH und nicht etwa der Bf Lokalbetreiber war, ergibt sich aber aus dem vorliegenden Strafantrag vom 20. Juli 2018. Die Fotodokumentation zeigt von den Geräten ausgegebene Gutscheine, die bei „P L, R 10, L“ einzulösen sind, was die Annahme des Finanzamtes bestätigt. Die von den Finanzpolizisten im Lokal angetroffene Angestellte M M gab bei ihrer Einvernahme an: „Frage: Wer ist

Lokalbetreiber? Für wen arbeiten Sie? Antwort: Ich arbeite für die Firma P E GmbH, mein Chef heißt Herr C N.“ Als handelsrechtlicher Geschäftsführer war der Bf zweifelsohne Vorgesetzter der M M, was aber nichts daran ändert, dass nicht er, sondern die P E GmbH Lokalbetreiberin und Inhaberin war. Der Betriebsschließungsbescheid wurde an den Bf persönlich adressiert. Der Bescheid wurde hinterlegt. Ob der Bf ihn tatsächlich erhalten hat, konnte nicht festgestellt werden. Bei einer Hinterlegung (RSb) kann es durchaus sein, dass der Bescheid von einer anderen Person abgeholt wurde. In der Beschwerde wird jedenfalls kein Zustellmangel gerügt. Es wurde aber auch kein tatsächliches Zukommen bestätigt. In der Eingabe vom 28. September 2018 bringt der Bf vor, er habe den Bescheid nicht behoben.

III. Rechtliche Beurteilung:

1. Zum Absehen von der Durchführung einer Verhandlung:

§ 56a GSpG regelt administrative Maßnahmen. Das Absehen von der Durchführung einer Verhandlung ist daher nach § 24 VwGVG zu beurteilen. Das Verwaltungsgericht hat auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 24 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht auch ohne Antrag von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen, wenn es dies für erforderlich hält, wobei die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ohne Parteiantrag nicht im Belieben, sondern im pflichtgemäßen Ermessen des Verwaltungsgerichtes steht. Dies ist nach der Rechtsprechung etwa dann anzunehmen, wenn die Beweiswürdigung der Verwaltungsbehörde substantiiert bekämpft oder ein konkretes sachverhaltsbezogenes Vorbringen erstattet wird (vgl. VwGH Ro 2015/03/0029). Im gegenständlichen Fall stellte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich Sachverhalt, Beweiswürdigung und rechtliche Beurteilung vorläufig zur Diskussion. Sowohl Bf als auch LPD verzichteten daraufhin auf eine mündliche Verhandlung. Die LPD verzichtete ausdrücklich auf eine weitere Beweisaufnahme durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Es ist nicht ersichtlich, welche neuen Erkenntnisse in einer Verhandlung gewonnen werden könnten. Aus diesem Grund sah das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in pflichtgemäßem Ermessen gemäß § 24 Abs. 1 und 5 VwGVG von der Durchführung einer Verhandlung ab.

2. Der einen (der Sache nach) unrichtigen Adressaten belastende Bescheid ist auf Grund eines von diesem erhobenen Rechtsmittels schon aus Gründen der Rechtssicherheit aufzuheben:

§ 56a Abs. 1 GSpG lautet:

„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."

§ 56a Abs. 3 GSpG lautet:
„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."

Jede Anordnung in diesem Sinne, sohin auch ein Bescheid gemäß § 56a Abs. 3 GSpG 1989, ist an den (Inhaber des) zu schließenden „Betrieb(es)" zu richten. Im vorliegenden Fall wurde der Bescheid vom 11. Juli 2018 an den Bf persönlich adressiert. Er wird im Bescheid (Begründung Seite 2 erster Absatz) als Geschäftsführer bezeichnet (Zitat: „Bezeichnung des Betreibers/der Betreiberin: N C, Geschäftsführer"). Die P E GmbH wird im Bescheid aber nicht genannt. Nach den unbestrittenen Annahmen des Finanzamtes - die LPD verzichtete ausdrücklich auf eine weitere Beweisaufnahme - wurde das Lokal am 11. Juli 2018 von dieser GmbH betrieben. Sie war Inhaberin des Lokals. Der Bescheid über die Schließung wäre daher an die P E GmbH zu richten gewesen, die Zustellverfügung hätte entweder einen individuell bestimmten zur Empfangnahme befugten Vertreter der P E GmbH ausdrücklich in dieser Funktion oder diese juristische Person selbst ohne Nennung einer vertretungsbefugten Person anführen müssen. Der Bescheid vom 11. Juli 2018 wurde sohin gegenüber der P E GmbH nicht rechtswirksam erlassen. Aus dem Akt ergibt sich nicht, dass der Bescheid vom handelsrechtlichen Geschäftsführer persönlich übernommen wurde, ein (rechtzeitiges) Zukommen an den handelsrechtlichen Geschäftsführer aus dem Akteninhalt ist nicht zu ersehen. Deshalb ist nicht weiter zu prüfen, ob eine Heilung des Zustellmangels durch Zukommen an den zur Vertretung nach außen berufenen handelsrechtlichen Geschäftsführer hätte erfolgen können. Der einen (der Sache nach) unrichtigen Adressaten belastende Bescheid ist auf Grund eines von diesem erhobenen Rechtsmittels schon aus Gründen der Rechtssicherheit aufzuheben (vgl. VwGH Ro 2016/09/0002).

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da die Rechtslage durch die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes Ro 2016/09/0002 und Ro 2015/03/0029 geklärt ist.

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

Gegen diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.
Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Weigl