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-490224/7/Bm/JoS

Datum:
Linz, 7. November 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde des M G, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, D 17/11, W, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 15. Februar 2018, GZ: BHRIPol-2018-22006/8-SEI, betreffend die Verhängung einer Zwangsstrafe nach dem Verwaltungsvollstreckungsgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 2. Mai 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der bekämpfte Bescheid ersatzlos 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. Verfahrensgang:

I.1. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis (in der Folge: belangte Behörde) vom 15. Februar 2018, GZ: BHRIPol-2018-22006/8-SEI, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Zwangsstrafe gemäß § 5 Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 (VVG) in der Höhe von 15.000 Euro verhängt.

Begründend wird im Wesentlichen ausgeführt, dass mit mündlicher Verfügung der belangten Behörde vom 18. Jänner 2018, 10:00 Uhr, die teilweise Schließung des vom Bf betriebenen Lokals „S T“ in R, R 224, gemäß § 56a Glücksspielgesetz (GSpG) angeordnet, nach außen hin entsprechend sichtbar gemacht sowie dem Bf gegenüber von einem Behördenvertreter rechtswirksam kundgemacht worden sei. Die mündlich verfügte Betriebsschließung sei unmittelbar am 18. Jänner 2018 rechtsverbindlich und vollstreckbar geworden. Bei der geschuldeten Unterlassung (des weiteren Betriebes im betroffenen Lokalabschnitt) handle es sich um eine unvertretbare Handlung gemäß § 5 VVG. Am 19. Jänner 2018 sei laut Bericht der PI Obernberg am Inn der mit amtlichen Versiegelungsplaketten befestigte Informationszettel überklebt und zudem seien drei Lokalgäste aufhältig gewesen. Mit Schreiben vom 19. Jänner 2018 sei von der belangten Behörde die Verhängung einer Zwangsstrafe für den Fall angedroht worden, dass der betroffene Nebenraum nicht entsprechend der mündlichen Verfügung versperrt gehalten werde (samt Anbringung eines Hinweisblattes). Dieses Schreiben sei dem Lokalbetreiber nachweislich am 23. Jänner 2018 zugestellt worden. Durch die PI Obernberg am Inn sei sowohl am 22. Jänner 2018 als auch am 26. Jänner 2018 unter anderem die Anwesenheit von mehreren Gästen im Lokal bzw. gesperrten Nebenraum festgestellt worden. Aufgrund der Missachtung der verfügten Teilbetriebsschließung sei mit Bescheid vom 1. Februar 2018 eine Zwangsstrafe in der Höhe von 8.000 Euro verhängt und eine weitere Zwangsstrafe für den Fall angedroht worden, sofern der Bf die Teilbetriebsschließung weiterhin missachte und er den Nebenraum für die Ausspielung von Glücksspielen bereit halte. Dieser Bescheid sei nachweislich am 5. Februar 2018 zugestellt worden. Durch die PI Obernberg am Inn sei abermals sowohl am 5. Februar 2018 (10:45 Uhr) als auch am 9. Februar 2018 (14:25 Uhr) unter anderem die Anwesenheit von mehreren Gästen im geschlossenen Nebenraum festgestellt worden. Es sei somit wiederholt festgestellt worden, dass der behördlich gesperrte Nebenraum des Lokals „S T“ trotz Androhung der Zwangsstrafe (zuletzt mit Bescheid vom 1. Februar 2018, zugestellt am 5. Februar 2018) weiterhin für Gäste offen stehe, betrieben und dieser Nebenraum weiterhin für potenzielle unzulässige Ausspielungen zur Verfügung gestellt werde.
Demnach sei der behördlichen Anordnung nachhaltig und vorwerfbar zuwidergehandelt worden und spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

I.2. Mit Schreiben vom 15. März 2018 (eingelangt bei der belangten Behörde am 16. März 2018) erhob der Bf in rechtsfreundlicher Vertretung fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde, in der die Anträge gestellt wurden, den angefochtenen Bescheid ersatzlos zu beheben und das Verfahren einzustellen, jedenfalls eine mündliche Verhandlung anzuberaumen. Weiters wurde beantragt, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. In der Beschwerde führte der Bf aus, dass der ursprüngliche Betriebsschließungsbescheid mittels Beschwerde angefochten worden sei. Daher werde beantragt, das gegenständliche Verfahren bis zur rechtskräftigen Entscheidung betreffend die Betriebsschließung auszusetzen. Die Betriebsschließung sei rechtswidrig erfolgt, daher würden alle Argumente auch im Rahmen der Beschwerde gegen die ebenfalls rechtswidrig verhängte Zwangsstrafe gelten. Im Anschluss an diesen Hinweis brachte der Bf im Wesentlichen seine Beschwerdebegründung gegen den Titelbescheid vor.

I.3. Die belangte Behörde legte den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 19. März 2018 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Mit E-Mail vom 2. Mai 2018 legte der Rechtsvertreter des Bf mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung eine ergänzende Stellungnahme hinsichtlich des Anwendungsverbotes des österreichischen Glücksspielgesetzes aufgrund der europarechtlichen Bedenken des österreichischen Glücksspielmonopols und im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe, insbesondere den präventiven Spielerschutz zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit, mitsamt Beilagen vor. Weiters wurde der Antrag gestellt, das Verfahren bis zur Entscheidung der beim Europäischen Gerichtshof anhängigen Verfahren zu den Rechtssachen C-589/16, C-685/15 und C-79/17 auszusetzen bzw. die im Vorbringen näher ausgeführten Fragen an den Europäischen Gerichtshof zu richten. Darüber hinaus wurde neben der Einvernahme von Zeugen zur Unrichtigkeit der Kalke-Studie die Einholung eines Sachverständigengutachtens betreffend die Funktionsweise der beschlagnahmten Glücksspielautomaten beantragt.

I.5. Am 2. Mai 2018 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, zu der der rechtsfreundliche Vertreter des Bf erschienen ist. Weiters anwesend war ein Vertreter der belangten Behörde.

II. Feststellungen (Sachverhalt):

II.1. Mit mündlicher Verfügung vom 18. Jänner 2018 ordnete die belangte Behörde die teilweise Schließung des verfahrensgegenständlichen Betriebes „S T“ (vom T abgetrennter Nebenraum; in der Folge: Lokal) in R, R 224, an.

II.2. Mit Schreiben vom 19. Jänner 2018 (Zustellung am 23. Jänner 2018) drohte die belangte Behörde für den Fall der Wiederaufnahme des Betriebes im verfahrensgegenständlichen Lokal entgegen der mündlich verfügten teilweisen Betriebsschließung gemäß § 5 Abs. 2 VVG die Verhängung einer Zwangsstrafe von 8.000 Euro an. Für die Erbringung dieser Leistung wird eine Nachfrist von 48 Stunden nach Zustellung dieser Androhung gesetzt.

II.3. Anlässlich einer Überprüfung durch Beamte der PI Obernberg am Inn am 26. Jänner 2018, 18:15 Uhr, wurde festgestellt, dass das Lokal in Betrieb war und unter anderem sechs Gäste aufhältig waren.

II.4. Mit Bescheid vom 1. Februar 2018 wurde eine Zwangsstrafe von 8.000 Euro über den Bf verhängt, da die Wiederaufnahme des Betriebes entgegen der (teilweisen) Schließungsverfügung festgestellt worden ist. Mit diesem Bescheid drohte die belangte Behörde eine Zwangsstrafe von 15.000 Euro für den Fall der rechtswidrigen Fortführung des Betriebes entgegen der verfügten (teilweisen) Betriebsschließung an. Dieser Bescheid wurde am 5. Februar 2018 zugestellt.

II.5. Anlässlich einer Überprüfung durch Beamte der PI Obernberg am Inn am 9. Februar 2018, 14:25 Uhr, wurde festgestellt, dass das Lokal in Betrieb war und unter anderem sechs Gäste aufhältig waren.

II.6. Über die mündliche Verfügung vom 18. Jänner 2018 (II.1.) wurde am 15. Februar 2018 der mit 14. Februar 2018 datierte Bescheid, GZ: BHRIPol-2018-22006/22-SEI, gemäß § 56a Abs. 3 Glücksspielgesetz zugestellt. Mit diesem Bescheid drohte die belangte Behörde für den Fall der Wiederaufnahme des Betriebes im verfahrensgegenständlichen Lokal entgegen der verfügten teilweisen Betriebsschließung gemäß § 5 VVG die Verhängung einer Zwangsstrafe von 30.000 Euro an.

II.7. Mit Bescheid vom 15. Februar 2018 wurde eine Zwangsstrafe von 15.000 Euro über den Bf verhängt, da am 9. Februar 2018 die Wiederaufnahme des Betriebes entgegen der (teilweisen) Schließungsverfügung festgestellt worden ist (II.5.). Mit diesem Bescheid drohte die belangte Behörde eine Zwangsstrafe von 30.000 Euro für den Fall der rechtswidrigen Fortführung des Betriebes entgegen der verfügten (teilweisen) Betriebsschließung an. Dieser Bescheid wurde am 16. Februar 2018 zugestellt.

III. Beweiswürdigung:

Der unter Punkt II. dargestellte entscheidungswesentliche Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Akt, insbesondere aus dem Bericht der

PI Obernberg am Inn vom 9. Februar 2018, GZ: PAD/18/00052470/001/VW, über die Kontrolle am 9. Februar 2018, 14:25 Uhr, samt Lichtbildbeilage, aufgrund der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 2. Mai 2018 sowie aufgrund der Einschau in die hg. Akten betreffend die Schließung des Lokals bzw. die teilweise Betriebsschließung „S T in R, R 224“ (GZ: LVwG-412722).

IV. Rechtliche Beurteilung:

IV.1. Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 und Art. 131 Abs. 1 B-VG iVm § 3 VwGVG ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung über die vorliegende Beschwerde zuständig. Dieses hatte gemäß Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

IV.2. Gemäß § 5 Abs. 1 VVG wird die Verpflichtung zu einer Duldung oder Unterlassung oder zu einer Handlung, die sich wegen ihrer eigentümlichen Beschaffenheit durch einen Dritten nicht 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 § 56a Abs. 3 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der Fassung BGBl. I Nr. 107/2017, ist über eine Verfügung nach Abs. 1 (Betriebsschließung) binnen eines Monats ein schriftlicher Bescheid zu erlassen, widrigenfalls die Verfügung als aufgehoben gilt. [...]

Voraussetzung für eine Vollstreckung nach den Bestimmungen des VVG ist, dass ein entsprechender Titelbescheid vorliegt, dass dieser gegenüber dem Verpflichteten wirksam geworden ist und dass der Verpflichtete seiner Verpflichtung innerhalb der festgesetzten Frist bis zur Einleitung des Vollstreckungsverfahrens nicht nachgekommen ist (VwGH 28.4.1992, 92/07/0027, mwN).

IV.3. Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 28. Juni 2016, Ra 2015/17/0114, ausgeführt hat, handelt es sich hinsichtlich der Rechtsnatur einer zunächst mündlich angeordneten Betriebsschließung bzw. Verfügung gemäß § 56a Abs. 1 GSpG um eine Maßnahme bzw. um einen Akt unmittelbarer

verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt (in der Folge: „AuvBZ“). Anders ausgedrückt ist die faktische Betriebsschließung als AuvBZ zu qualifizieren, der einer Maßnahmenbeschwerde zugänglich ist, solange darüber kein schriftlicher Bescheid vorliegt (VwGH 24.4.2018, Ra 2017/17/0924).

IV.4. Für den gegenständlichen Fall ist zunächst festzuhalten, dass mit Bescheid vom 1. Februar 2018 eine Zwangsstrafe von 8.000 Euro über den Bf verhängt wurde, da die Wiederaufnahme des Betriebes entgegen der (teilweisen) Schließungsverfügung festgestellt worden ist. Mit diesem Bescheid drohte die belangte Behörde eine Zwangsstrafe von 15.000 Euro für den Fall der rechtswidrigen Fortführung des Betriebes entgegen der verfügten (teilweisen) Betriebsschließung an. Dieser Bescheid wurde am 5. Februar 2018 zugestellt.
Mit mündlicher Verfügung (AuvBZ) vom 18. Jänner 2018 erfolgte die teilweise Schließung des verfahrensgegenständlichen Betriebes. Über die mündliche Verfügung vom 18. Jänner 2018 (II.1.) wurde am 15. Februar 2018 der mit 14. Februar 2018 datierte Bescheid, GZ: BHRIPol-2018-22006/22-SEI, gemäß § 56a Abs. 3 Glücksspielgesetz zugestellt.
Mit Erkenntnis vom 19. Mai 1993, 89/09/0005, hat der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass „*eine Vollstreckungsverfügung in jeder Lage des Verfahrens im Einklang mit dem Gesetz stehen muss. Ein später geschaffener Vollstreckungstitel kann daher ein schon vor diesem Zeitpunkt auf Grund eines untauglichen Vollstreckungstitels eingeleitetes Vollstreckungsverfahren nicht sanieren, mag auch das Vollstreckungsverfahren zu diesem Zeitpunkt noch nicht rechtskräftig abgeschlossen gewesen sein. In diesem Fall wird die erstinstanzliche Vollstreckungsverfügung auf Grund einer dagegen erhobenen Berufung aufzuheben sein*“.

Demnach setzt bereits die Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens einen tauglichen Vollstreckungstitel voraus; dieser ist gegenständlich jedoch zum Zeitpunkt der Einleitung des Vollstreckungsverfahrens (Androhung der Zwangsstrafe) noch nicht vorgelegen. Die Androhung der Verhängung einer weiteren Zwangsstrafe erfolgte mit Schreiben vom 1. Februar 2018 (Bestandteil des Bescheides über die Verhängung der Zwangsstrafe in Höhe von 8.000 Euro) und somit vor Erlassung des Titelbescheides, der am 15. Februar zugestellt wurde.

Die mündliche Anordnung der Schließung ist - wie oben ausgeführt - als Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt zu qualifizieren und unterliegt damit nicht dem VVG.

Demzufolge mangelt es vorliegend am entsprechend tauglichen Titelbescheid, der im gegenständlichen Verfahren als Grundlage für ein Vollstreckungsverfahren nach dem VVG und damit als Grundlage für eine Zwangsstrafe als Beugemittel dienen kann.

Der Umstand, dass der schriftliche (Titel-) Bescheid gemäß § 56a Abs. 3 Glücksspielgesetz mit 15. Februar 2018, der gegenständlich angefochtene Bescheid über die Verhängung einer Zwangsstrafe einen Tag später, am 16. Februar 2018, zugestellt wurde, ändert an der rechtlichen Beurteilung im Lichte der vorgenannten Judikatur nichts, als auch durch einen später (also noch vor Erlassung des Bescheides über die Zwangsstrafe) geschaffenen Vollstreckungstitel eine Sanierung nicht erfolgen kann.

In Entsprechung der oben zitierten Judikatur war sohin der angefochtene Bescheid zu beheben.

Weil dem Rechtsmittel Folge zu geben, der angefochtene Bescheid zu beheben und spruchgemäß zu entscheiden war, erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit den weiteren Beschwerdegründen.

Der Vollständigkeit halber wird aber zum Antrag, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, bemerkt, dass es sich beim verfahrensgegenständlichen Bescheid, mit dem eine Zwangsstrafe verhängt wurde, um eine Vollstreckungsverfügung im Sinne des § 10 VVG handelt (*Thienel/Zeleny,* Verwaltungsverfahren[19], § 5 VVG Anmerkung 5; *Kolonovits/Muzak/Stöger,* Verwaltungsverfahrensrecht[10], Rz 1323). Eine dagegen erhobene Beschwerde beim Verwaltungsgericht hat - abweichend von § 13 Abs. 1 VwGVG - keine aufschiebende Wirkung. Da gemäß § 10 Abs. 2 VVG eine Beschwerde gegen die Vollstreckungsverfügung keine aufschiebende Wirkung hat und eine gesetzliche Grundlage für die Zuerkennung einer aufschiebenden Wirkung fehlt (vgl. *Hengstschläger/Leeb,* Verwaltungsverfahrensrecht[5] Rz 1002; VwGH 19.5.1993, 89/09/0005), war der Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung ohnehin unzulässig.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da zu den zu beurteilenden Rechtsfragen die in der rechtlichen Beurteilung zitierte einheitliche Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes existiert (vgl. insbesondere hinsichtlich der Qualifikation einer mündlichen Betriebsschließung als AuvBZ VwGH 28.6.2016, Ra 2015/17/0114; 24.4.2018, Ra 2017/17/0924; zur Voraussetzung eines entsprechenden Titelbescheides siehe z.B. VwGH 28.4.1992, 92/07/0027, mwN), von der in der gegenständlichen Entscheidung nicht abgewichen wurde. Es liegen daher keine Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung vor.

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. Bismaier