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-413377/6/BZ/JoS

Datum:
Linz, 8. Juli 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Zauner über die Beschwerde der C K, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, x, gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Wels, vom 29.4.2019, GZ: PAD/19/00705589/004/VW, betreffend eine teilweise Schließung des Betriebes nach § 56a Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18.6.2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid behoben.

II. Gegen diese Entscheidung 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, Polizeikommissariat (PK) Wels (in der Folge: belangte Behörde) vom 29.4.2019, GZ: PAD/19/00705589/004/VW, wurde gegenüber der Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) die am 23.4.2019 um 16:45 Uhr mündlich verfügte teilweise Schließung des Betriebes mit der Bezeichnung „C P“ in x, x, mit Wirkung ab 23.4.2019 angeordnet.

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt (insbesondere den Kontrollen vom 4.4.2019 und 23.4.2019) bestand für die belangte Behörde der ausreichend substantiierte Verdacht der wiederholten Durchführung von Glücksspielen entgegen den Vorschriften des GSpG im Lokal der Bf im Rahmen ihrer betrieblichen Tätigkeit. Da die Bf trotz vorläufiger 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 versuche und die bloße Beschlagnahme der Glücksspieleinrichtungen nicht geeignet und ausreichend sei, die Fortsetzung von Verstößen gegen das GSpG hintanzuhalten. Ohne nähere Begründung wurde von der belangten Behörde dargetan, dass mit einer teilweisen Betriebsschließung hinsichtlich des kenntlich gemachten Bereiches das Auslangen gefunden worden sei und demnach der übrige Betriebsbereich (Ausschankbereich von Getränken und Speisen, Toiletten, Büro- und Lagerräume) nicht von der Betriebsschließung erfasst sei. Deshalb sei auch der Notausgang weiterhin benutzbar.

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 9.5.2019. Es werden die ersatzlose Bescheidbehebung und die Einstellung des Betriebsschließungsverfahrens sowie die Durchführung einer mündlichen Verhandlung begehrt. Überdies werden noch zahlreiche Beweisanträge gestellt.

In der Beschwerde wird zusammengefasst vorgebracht, dass der angefochtene Bescheid an einer Vielzahl von Begründungs- und Verfahrensmängeln leide, wie z.B. dass weder feststehe, ob die verfahrensgegenständlichen Geräte überhaupt als Glücksspielautomaten anzusehen seien, 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 werden die Unzuständigkeit der Behörde sowie unrichtige rechtliche Beurteilung geltend gemacht. Es sei nach § 56a Abs. 2 GSpG vorzugehen. Zudem

liege kein begründeter Verdacht vor, insbesondere 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 10.5.2019 (ohne Erlassung einer Beschwerdevorentscheidung) zur Entscheidung vor. Dieses hat durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

I.4. Zu der für 18.6.2019 anberaumten mündlichen Verhandlung legte die Bf per E-Mail 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 betreffen, insbesondere deren Vereinbarkeit mit den nationalen Regelungen im Glücksspielsektor. Im Hinblick auf drei beim Europäischen Gerichtshof behängende Verfahren mit identem Sachverhalt beantragte die Bf weiters die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung in diesen Rechtssachen. Zudem brachte sie 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 Verwaltungsgerichtshofes und Verfassungsgerichtshofes 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 Europäischen Gerichtshofes 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 Europäischen Gerichtshofes sowie die ihres Erachtens widersprüchliche Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes.

Abschließend wurde im E-Mail die Einholung eines Gutachtens und die Vernehmung diverser Zeugen beantragt sowie dem E-Mail ein Konvolut an Beilagen (Urteil des BG Wels vom 17.3.2015, GZ: 8 C 673/14g-17; Rechtsgutachten von Univ.-Prof. Dr. A K vom 24.5.2016 betreffend Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielwerbung; Gutachten über die Glücksspielwerbung in Österreich von Ing. Mag. M F, MBA, vom 31.5.2017) angehängt.

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung:

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18.6.2019.

II.1. Ergänzend zu I.1. bis I.5. steht folgender entscheidungswesentlicher S a c h v e r h a l t fest:

Die Bf betreibt in x, x, das Lokal „C P“.

Am 4.4.2019 erfolgte eine Kontrolle nach den Bestimmungen des GSpG in dem hier gegenständlichen Lokal „C P“. Im Zuge dieser Kontrolle wurden fünf Glücksspielgeräte (vier Walzenspielgeräte und ein afric2go-Gerät) betriebsbereit vorgefunden und vorläufig beschlagnahmt (Seite 4-16, Behördenakt).

Die Bf verfügt über keine Konzession zum Aufstellen und Betreiben von Glücksspielgeräten.

Mit Schreiben vom 8.4.2019 hat die belangte Behörde die Bf aufgefordert, die entgegen den Bestimmungen des GSpG veranstalteten bzw. durchgeführten Glücksspiele unverzüglich einzustellen. Widrigenfalls drohe die Schließung des Betriebes (Seite 19-19a, Behördenakt).

Am 23.4.2019 fand eine weitere Kontrolle im gegenständlichen Lokal durch Organe der Finanzpolizei statt. Bei dieser wurden wiederum vier Geräte (drei Walzenspielgeräte und ein afric2go-Gerät) betriebsbereit vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierungen gekennzeichnet und zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt (Seite 26-36, Behördenakt).

Nach der vorläufigen Beschlagnahme der Geräte wurde von der Behörde am 23.4.2019 um 16:45 Uhr mündlich eine teilweise Schließung des Betriebes verfügt. Die mündliche Verfügung wurde gegenüber dem unbeschränkt haftenden Gesellschafter der C KG ausgesprochen (Seite 21, Behördenakt). Der mündlich verfügten teilweisen Schließung des Betriebes folgte der gegenständlich angefochtene schriftliche Bescheid vom 29.4.2019. Dieser Bescheid wurde am 3.5.2019 zugestellt (Seite 37 ff., Behördenakt).

Die verfahrensgegenständliche Teilbetriebsschließung bezieht sich auf den in der Begründung des Bescheides (Seite 7) näher beschriebenen und fotografisch dargestellten, jedoch baulich bzw. räumlich nicht abgetrennten Bereich, an dem im Zuge der Kontrolle am 23.4.2019 vier Geräte vorgefunden wurden und welcher

am Boden mittels polizeilichem Absperrband und amtlichen Siegeln gekennzeichnet wurde; in der Folge kurz „Automatenbereich“ (Seite 7 im angefochtenen Bescheid; Seite 21, Fotodokumentation Seite 22 ff. und Skizze Seite 36, Behördenakt).

II.2. Die Feststellungen ergeben sich zweifelsfrei aus dem angefochtenen Bescheid bzw. dem Bezug habenden Verfahrensakt der belangten Behörde, im näheren aus den in Klammern angegebenen Beweismitteln. Die einzelnen Sachverhaltselemente sind unbestritten und erscheinen dem Gericht ausreichend, um die gegenständliche Sache im Sinne der getroffenen Entscheidung rechtlich zu beurteilen.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Folgende Bestimmung des GSpG, BGBl. Nr. 620/1989, in der hier anzuwendenden Fassung ist maßgeblich:

„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.

(2) Bei der Erlassung einer Verfügung nach Abs. 1 sind 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.

(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.

(4) - (7) [...]“

III.2. Verfahrensgegenständlich wurde die teilweise Schließung des Betriebes verfügt. Es ist daher (unter anderem) zu prüfen, ob die bloß teilweise Schließung – entsprechend der gegenständlichen Anordnung – rechtmäßig ist.

Der Gesetzgeber wollte mit § 56a GSpG die Möglichkeit einräumen, mit einer „rasch durchgreifende(n) Maßnahme“ Betriebe und betriebsähnliche Einrichtungen

„außer Betrieb zu setzen“ (vgl. unter Verweis auf die Gesetzesmaterialien, RV 368 BlgNR 20. GP, VwGH 14.3.2018, Ra 2017/17/0937 [Hervorhebungen nicht im Original]).

Weiters können nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes lediglich bauliche Vorkehrungen eine gänzliche Schließung nach § 56a GSpG gegebenenfalls verhindern und damit zur bloß teilweisen Schließung des Betriebes führen (vgl. VwGH 24.6.2014, 2013/17/0915).

Daraus ist zunächst abzuleiten, dass sich Schließungen gemäß § 56a GSpG einerseits auf ganze Betriebe bzw. Betriebsstätten und andererseits im Falle einer entsprechenden baulichen bzw. räumlichen Trennbarkeit auf einzelne Teile eines Betriebes (etwa Betriebsräume und betriebsähnliche Einrichtungen) beziehen. Über Durchgangsöffnungen zugängliche kojenähnliche Abgrenzungen eignen sich jedoch mangels verschließbarer Abgrenzungen nicht für eine bloß teilweise Schließung des Betriebes (vgl. dazu auch LVwG Oö. 17.12.2015, LVwG-410933/28/MS).

Eine teilweise Schließung des Betriebes verfolgt nämlich vor dem Hintergrund der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs unmissverständlich den Zweck, dass bei entsprechenden baulichen Gegebenheiten eine verlässliche Schließung bloß jenes abgetrennten Bereiches anzuordnen ist, in dem Glücksspielgeräte aufgestellt waren. Sofern jedoch die baulichen Gegebenheiten eine Trennung des Lokals gegenüber dem Aufstellungsort der Glücksspielgeräte nicht ermöglichen, findet eine teilweise Schließung des Betriebes im Gesetz keine Deckung.

Die verfahrensgegenständliche teilweise Schließung des Lokals mit der Bezeichnung „C P“ bezieht sich - wie festgestellt - ausschließlich auf jenen Automatenbereich, welcher lediglich am Boden mittels polizeilichem Absperrband und amtlichen Siegeln gekennzeichnet wurde und dem es an einer entsprechenden baulich bzw. räumlich verschließbaren Abtrennung zur Gänze mangelt (zum Erfordernis baulicher Vorkehrungen in Bezug auf eine teilweise Schließung des Betriebes siehe VwGH 24.6.2014, 2013/17/0915). Das bedeutet, dass mangels baulich bzw. räumlich abgrenzbarem Betriebsraum im gegenständlichen Verfahren ein zu schließender (Teil-) Betrieb nicht vorliegt (zur Maßnahme gegenüber einem Betrieb bzw. einer betriebsähnlichen Einrichtung vgl. VwGH 14.3.2018, Ra 2017/17/0937). Auch kann durch die von der belangten Behörde vorgesehenen Absperrmaßnahmen bzw. Markierungen am Boden mittels polizeilichem Absperrband keinesfalls sichergestellt werden, dass es sich dabei um eine der Vollstreckung zugänglichen Teilbetriebsschließung handelt, zumal von einer wirksamen und verlässlichen Schließung samt Anbringen von Amtssiegeln oder Plomben (dazu z.B. VwGH 24.4.2018, Ra 2017/17/0924) im gegebenen Fall offenkundig nicht auszugehen ist.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die von der belangten Behörde getätigten Absperr- bzw. Schließungsmaßnahmen keinen baulich bzw. räumlich abgrenzbaren (Teil-) Betrieb bzw. Betriebsraum erfassen, der einer verlässlichen Schließung bloß jenes abgetrennten Bereiches zugänglich ist, in dem die Geräte aufgestellt waren. Die Voraussetzungen für eine teilweise Schließung des gegenständlichen Betriebes liegen somit nicht vor.

Bei diesem Ergebnis erübrigt sich ein Eingehen auf die weiteren Beschwerdegründe.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen und oben beispielhaft zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den Voraussetzungen der (teilweisen) Schließung eines Betriebes nach § 56a GSpG ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. 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 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

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.
Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.
Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zauner