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-414199/5/Kü

Datum:
Linz, 24. April 2023

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seinen Richter Mag. Kühberger über den Antrag der P Entertainment GmbH, W, vertreten durch H Rechtsanwälte OG, L, vom 13. März 2023 auf Erlassung einer einstweiligen Anordnung den

# B E S C H L U S S

I. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Anordnung wird zurückgewiesen.

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. Mit Eingabe vom 13. März 2023 beantragte die Palace Entertainment GmbH (in der Folge: Antragstellerin) beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Erlassung einer einstweiligen Anordnung mit folgendem Wortlaut:

„Die P Entertainment GmbH, FN z, W, ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Beschwerde betreffend den Beschlagnahmebescheid vom 26. Jänner 2023 zu GZ: BHSE/2022-81663/19, BH Schärding, berechtigt, im österreichischen Bundesgebiet das Pokerspiel durchzuführen. Sollte das zuständige Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde der Antragstellerin ab- oder zurückweisen, so gilt die einstweilige Anordnung – im Fall einer Erhebung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und/oder Revision an den Verwaltungsgerichtshof – jedenfalls bis zur Entscheidung dieses Rechtsmittelverfahrens; in eventu

Die §§ 53 und 54 GSpG mögen in Folge Vorrangs des Unionsrechts von der Bezirkshauptmannschaft Schärding bzw vom LVwG Oberösterreich in der gegenständlichen Angelegenheit nicht angewendet werden. Die BH Schärding bzw das Amt für Betrugsbekämpfung hat die gegenständliche beschlagnahmten Gegenstände an die Antragstellerin herauszugeben.“

Begründend wurde nach Darstellung von höchstgerichtlicher Judikatur ausgeführt, dass durch die Vergabe von Poker-Konzessionen an die Casinos Austria AG ohne Durchführung einer internationalen Ausschreibung die zwingend zu beachtenden Gebote der Transparenz und der Gleichbehandlung verletzt worden seien. Von den 15 gesetzlich vorgesehenen Casino-Lizenzen (Spielbanken-Konzessionen siehe § 21 Abs. 5 GSpG) seien derzeit lediglich 12 vergeben, sämtliche davon an die Casinos Austria AG (bis 31.12.2027 bzw. 31.12.2030). Drei Casino-Lizenzen seien demnach ungenützt.

Der Bund als Inhaber des Glücksspielmonopoles habe daher nie die Absicht gehabt, neben den schon im Jahr 2012 an die Casinos Austria AG vergebenen Spielbanken-Konzessionen, die im Gesetz vorgesehenen weiteren drei Spielbanken-Konzessionen und drei Pokersalon-Konzessionen zu vergeben und habe sich damit in unionsrechtswidriger Weise damit abgefunden, dass Poker auch ohne transparentes Vergabeverfahren und ohne Erteilung einer Pokersalon-Konzession mit Konzessionsbescheid an die Casinos Austria vergeben und in den dortigen Betrieben veranstaltet und durchgeführt würde.

Der hierfür zuständige Bundesminister für Finanzen habe es daher unterlassen, ein internationales Ausschreibungsverfahren, zur Erlangung der im Gesetz vorgesehenen Konzession zum Betrieb eines Pokersalons, trotz bestehender gesetzlicher Abgrenzung zu den Spielbanken nach § 21 GSpG und eigener Ausschreibungsgrundlage nach § 22 GSpG und der am 19. August 2011 vom Bundes-

ministerium für Finanzen auf deren Homepage veröffentlichten „Allgemeine Information: Strukturierung der Konzessionen für Spielbanken und Pokersalon“ durchzuführen.

Art. 56 AEUV stehe daher der Anwendung des GSpG auf Pokerbetriebe, die Poker auf Grundlage einer Gewerbeberechtigung anbieten, entgegen. Aufgrund des Anwendungsvorranges des Unionsrechts seien die Pokerbetriebe daher aufgrund ihrer bislang weder aufgehobenen noch zurückgelegten Gewerbeberechtigung befugt, Poker in allen Varianten anzubieten. Mangels Anwendbarkeit des GSpG würden diese Betriebe auch nicht unter den Begriff der Ausspielung und unter das Abgabenregime des GSpG fallen. Daher seien auch alle Maßnahmen wie z.B. Beschlagnahme gemäß § 53 GSpG, Einziehung gemäß § 54 GSpG und Bestrafung gemäß § 52 GSpG nicht anwendbar.

Es seien daher einstweilige Vorkehrungen zu treffen, um sicher zu stellen, dass diese Maßnahmen nicht gesetzt würden und dem Unionsrecht gegenüber dem nationalen Recht zum Durchbruch verholfen würde.

Aufgrund der gegenständlichen Beschlagnahmungen und dem Vorgehen des Amtes für Betrugsbekämpfung sei ein weiterer Betrieb der Lokale nicht möglich. Der Antragstellerin entstehe sehr wohl ein schwerer und nicht wieder gut zu machender Schaden, zumal ihre Existenz bedroht sei. Die Antragstellerin könne das Pokerspiel nicht mehr anbieten, weil durch die Fortführung des Betriebes die Beschlagnahme ihrer für das Pokerspiel notwendigen Betriebsmittel durch das Amt für Betrugsbekämpfung drohe bzw. diese die offenen Lokale kontrollieren und alle Pokerutensilien beschlagnahmen würde.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Zuständigkeit:

Am 18. November 2022 haben Organe des Amtes für Betrugsbekämpfung das am selben Tag eröffnete Lokal der Antragstellerin mit der Anschrift H, S, einer Kontrolle unterzogen. Bei dieser Kontrolle wurden drei Pokertische und zwei Kartons Pokerchips vorläufig beschlagnahmt.

Mit Bescheid vom 31. Jänner 2023, GZ: BHSD2022-813660/16, wurde von der Bezirkshauptmannschaft Schärding gemäß § 53 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 52 Abs. 3 GSpG angeordnet, dass die vorläufig beschlagnahmten Glücksspielgeräte zur Sicherung der Einziehung sowie zur Verhinderung der weiteren Begehung bzw. Fortsetzung einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 GSpG beschlagnahmt werden. Gegen diese Beschlagnahme hat die Antragstellerin mit der Eingabe vom 31. Jänner 2023 Beschwerde bei der Bezirkshauptmannschaft Schärding erhoben.

Bis dato erfolgte keine Vorlage der Beschwerde samt Verfahrensakt durch die Bezirkshauptmannschaft Schärding an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich.

Dem VwGVG lassen sich grundsätzlich keine Regelungen entnehmen, die eine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes zur Erlassung einstweiliger Anordnungen vorsehen. Der VwGH hat jedoch – der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) folgend – bereits mehrmals ausgesprochen, dass es nicht ausgeschlossen sei, auf Grundlage der unmittelbaren Anwendung von Unionsrecht einstweilige Anordnungen mit der Wirkung zu treffen, dem Antragsteller eine Rechtsposition vorläufig einzuräumen, deren Einräumung mit dem Verwaltungsakt auf der Grundlage einer (möglicherweise dem Unionsrecht widersprechen) nationalen Rechtsvorschrift verweigert würde (VwGH 29.1.2015, Ro 2014/04/0069).

Mangels entsprechender Zuständigkeitsregeln ist daher zur Bestimmung der Zuständigkeit zur Erlassung einstweiliger Anordnungen im Revisionsverfahren von der „sachnächsten“ Zuständigkeit auszugehen. „Sachnächstes Gericht“ für die Prüfung der Erlassung einstweiliger Anordnungen ist das Verwaltungsgericht (VwGH 29.10.2014, Ro 2014/04/0069).

Diese Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofes werden nicht nur auf Revisionsverfahren sondern auch auf Beschwerdeverfahren Anwendung zu finden haben. Die Beschwerde, hinsichtlich derer der Antrag auf einstweilige Anordnung gestellt wurde, zielt auf die Herausgabe der beschlagnahmten Pokertische sowie Pokerchips ab und führt die Antragstellerin aus, dass durch die Aufrechterhaltung der Wegnahme der Eingriffsgegenstände für sie ein unverhältnismäßiger Nachteil entstehe. Damit begründet die Antragstellerin ihren Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Anordnung.

Im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wird gegenständlich – wie von der Antragstellerin in ihrem Antrag ausgeführt – das Landesverwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren bzgl. der Beschlagnahme von Glücksspielgeräten als sachnächstes Gericht für die Prüfung der Erlassung einer einstweiligen Anordnung anzusehen seien. Insofern ist von einer Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts auszugehen.

II.2. Voraussetzungen für die Gewährung einer einstweiligen Anordnung:

II.2.1. Der Verwaltungsgerichtshof führt in seinem Erkenntnis vom 29.10.2014, Ro 2014/04/0069, wie folgt aus:

„Nach der Rechtsprechung des EuGH können die nationalen Gerichte einstweilige Anordnungen nur unter den Voraussetzungen treffen, die für die Gewährung vorläufigen

Rechtsschutzes durch den Gerichtshof gelten. Zu diesen Voraussetzungen gehören die Glaubhaftmachung der Notwendigkeit der Erlassung der einstweiligen Anordnung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (fumus boni iuris), das Feststehen der Dringlichkeit im Sinne der Verhinderung des Eintritts eines schweren und nicht wieder gutzumachenden Schadens beim Antragsteller und gegebenenfalls die Abwägung aller bestehenden Interessen. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Anordnung zurückzuweisen ist, wenn eine von ihnen fehlt. Im Rahmen der Gesamtprüfung, die im Verfahren der einstweiligen Anordnung vorzunehmen ist, verfügt der zuständige Richter über ein weites Ermessen, und er kann im Hinblick auf die Besonderheiten des Einzelfalls die Art und Weise, in der die verschiedenen Voraussetzungen für die Gewährung der genannten einstweiligen Anordnungen zu prüfen sind, sowie die Reihenfolge dieser Prüfung frei bestimmen, da keine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts ihm ein feststehendes Prüfungsschema für die Beurteilung der Erforderlichkeit einer vorläufigen Entscheidung vorschreibt (Hinweis B vom 13. Oktober 2010, 2010/12/0169, mwN, unter anderem auf Rechtsprechung des EuGH; vgl. zwischenzeitlich etwa den Beschluss des Vizepräsidenten des EuGH vom 8. April 2014 in der Rechtssache C-78/14 P-R, Kommission gegen ANKO AE, Randnr. 14, mwN auf die Rechtsprechung des EuGH).“

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, dass für die Erlassung einer einstweiligen Anordnung folgende Voraussetzungen (kumulativ) gegeben sein müssen, wobei die Prüfreihenfolge frei bestimmbar ist:

1. Die Glaubhaftmachung der Notwendigkeit der Erlassung der einstweiligen Anordnung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht
2. das Feststellen der Dringlichkeit im Sinne der Verhinderung des Eintritts eines schweren und nicht wieder gut zu machenden Schadens beim Antragsteller und
3. gegebenenfalls die Abwägung aller bestehenden Interessen.

II.2.2. Die Antragstellerin verweist in ihrem Antrag darauf, dass ihr ein schwerer und nicht wieder gut zu machender Schaden entstehe, weil ihre Existenz bedroht sei und sie das Pokerspiel nicht mehr durchführen könne, zumal an zwei von insgesamt sechs Standorten bereits sämtliche Pokerutensilien beschlagnahmt worden seien und der Ruf somit angeschlagen sei und es drohe, dass dieser völlig ruiniert würde.

II.2.3. Zweck der Erlassung unmittelbar auf Unionsrecht gegründeter einstweiliger Anordnungen ist die Sicherung der vollen Wirksamkeit der Entscheidung in der Hauptsache. Hauptsache ist jene, in der die Entscheidung ergeht, deren volle Wirksamkeit durch eine einstweilige Anordnung gesichert werden soll. Gemäß dem nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH bestehenden unionsrechtlichen Grundsatz muss ein mit einem nach Unionsrecht zu beurteilenden Rechtsstreit befasstes nationales Gericht in der Lage sein, vorläufige Maßnahmen zu erlassen, um die volle Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Unionsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen (VwGH 12.02.2021, Ra 2021/04/0008, mwN).

Hauptsache im gegenständlichen Fall ist das aufgrund der vorläufigen Beschlagnahme eingeleitete Beschlagnahmeverfahren, in welchem von der Bezirkshauptmannschaft Schärding mit Bescheid vom 26. Jänner 2023, GZ: BHSD-2022-813660/16, die Beschlagnahme von insgesamt drei Pokertischen und zwei Kartons Pokerchips gemäß § 53 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm § 52 Abs. 3 GSpG angeordnet wurde.

Entsprechend den gesetzlichen Vorgaben (§ 53 Abs. 4 GSpG) sind die beschlagnahmten Gegenstände amtlich zu verwahren. Eine Gefährdung des Bestandes dieser beschlagnahmten Gegenstände ist sohin nicht anzunehmen.

Die Antragstellerin begründet ihren Antrag zusammengefasst damit, dass Art. 56 AEUV der Anwendung des GSpG auf Pokerbetriebe, die Poker auf Grundlage einer Gewerbeberechtigung anbieten, entgegenstehe. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts seien die Pokerbetriebe daher aufgrund ihrer bislang weder aufgehobenen noch zurückgelegten Gewerbeberechtigung befugt, Poker in allen Varianten anzubieten.

Diesem Vorbringen sind die Ausführungen des VfGH (Beschluss vom 01.03.2022, G365/2021) über die Ablehnung eines Individualantrags auf Aufhebung der Bestimmungen § 1 Abs. 2, § 2 Abs. 4, § 3, § 57 Abs. 1 und § 60 Abs. 36 GSpG betreffend „Poker“ entgegenzuhalten. Der VfGH verweist darauf, dass er in seinem Erkenntnis VfSlg 19.767/2013 ausgesprochen hat, dass gegen die Zuordnung des Pokerspiels zum Glücksspiel und damit der Unterwerfung unter das Regime des GSpG keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen und der VfGH keinen Anlass sieht, davon abzugehen. Zudem führte der VfGH wie folgt aus:

„Der Verfassungsgerichtshof setzte sich zudem bereits wiederholt mit den in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (vgl u. a. EuGH 6.11.2003, C-243/01, Gambelli ua; 30.4.2014, C-390/12, Pfleger ua; 11.6.2015, C-98/14, Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft ua; 30.6.2016, C-464/15, Admiral Casinos & Entertainment AG ua) aufgestellten Anforderungen an die Regulierung des Glücksspielsektors auseinander und kam zu dem Ergebnis, dass die zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen (insbesondere im Hinblick auf Art56 ff. AEUV) mit dem Unionsrecht vereinbar sind. Bereits aus diesem Grund scheidet eine vom Verfassungsgerichtshof wahrzunehmende Inländerdiskriminierung aus (vgl VfSlg 20.149/2017, 20.101/2016).

Insgesamt bestehen für den VfGH aus Anlass des bezeichneten Individualantrages keine Zweifel an der Unionsrechtskonformität der angefochtenen glücksspielrechtlichen Bestimmungen, die eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union bedingen.“

Dem Vorbringen der Antragstellerin bezogen auf Art. 56 AEUV, wonach dieser der Anwendung des GSpG auf Pokerbetriebe entgegenstehe, fehlt es aufgrund der dargestellten Judikatur des VfGH an Relevanz. Aus Sicht des Landesverwaltungsgerichtes ist daher die Notwendigkeit der Erlassung der beantragten

einstweiligen Anordnung weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht erforderlich und ist auch nicht erkennbar, bzw. wurde dies von der Antragstellerin auch nicht entsprechend begründet, worin die Sicherung der vollen Wirksamkeit der Entscheidung in der Hauptsache durch die konkret beantragte einstweilige Anordnung gelegen sein soll.

Insofern geht das Landesverwaltungsgericht davon aus, dass eine der oben genannten Voraussetzungen jedenfalls nicht erfüllt ist, weshalb ohne auf die weiters genannten Voraussetzungen einzugehen, eine Entscheidung getroffen werden konnte.

Das Landesverwaltungsgericht stellt zusammenfassend fest, dass der Antragstellerin die Glaubhaftmachung der Notwendigkeit der Erlassung der einstweiligen Anordnung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht gelungen ist, weshalb im Sinne der Judikatur des VwGH der gegenständliche Antrag zurückzuweisen war, da zumindest eine wesentliche Voraussetzung nicht erfüllt ist.

In diesem Sinne war daher wie im Spruch zu entscheiden.

III. 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 Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen. Diese Rechtsprechung ist nicht als uneinheitlich zu beurteilen und es liegen keine Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Darüber hinaus ist der festgestellte Sachverhalt ein Ergebnis der Beweiswürdigung und wurde dieser nach Durchführung einer Verhandlung festgestellt und entsprechend begründet. Es handelt sich dabei um keine Rechtsfrage, jedenfalls nicht um eine solche von grundsätzlicher Bedeutung.

## 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. Kühberger