

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/6/23 2006/05/0067

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 23.06.2008

## Index

L70714 Spielapparate Oberösterreich;  
40/01 Verwaltungsverfahren;

## Norm

AVG §13 Abs3;  
SpielapparateG OÖ 1999 §4 Abs2 Z1;  
SpielapparateG OÖ 1999 §4 Abs3 Z6;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Giendl sowie den Senatspräsidenten Dr. Kail und den Hofrat Dr. Pallitsch als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Zykan, über die Beschwerde des W in Enns, vertreten durch Dr. Arnulf Summer, Dr. Nikolaus Schertler und Mag. Nicolas Stieger, Rechtsanwälte in 6900 Bregenz, Kirchstraße 4, gegen den Bescheid der Oberösterreichischen Landesregierung vom 30. Jänner 2006, Zi. Pol-070.248/1-2005-St/Wö, betreffend Bewilligung nach dem Oö Spielapparategesetz, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Land Oberösterreich Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Schreiben vom 22. November 2004 beantragte der Beschwerdeführer bei der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (BH) die Erteilung einer Spielapparatebewilligung zur Aufstellung in seinem Tankstellenbetrieb. Der Antrag bezog sich auf zwei Apparate. Dazu legte der Beschwerdeführer eine "Unbedenklichkeitserklärung gemäß § 4 Abs. 2 Z. 1 Oö. Spielapparategesetz 1999" vom 4. November 2003 vor, welche sich auf einen Spielapparat mit dem Programm "Magic Fun" (im Folgenden: Apparat 1) bezog. Darin wurde von einem Unternehmen bestätigt, dass "die vorstehend angeführten Spielapparate" keine Geldspielapparate im Sinne des § 2 Abs. 2 Oö. Spielapparategesetz 1999, die verwendeten Spielprogramme keine Geldspielprogramme im Sinne des § 2 Abs. 3 Oö. Spielapparategesetz 1999 seien und dass es sich bei den vorstehenden Spielapparaten und Spielprogrammen nicht um verbotene im Sinne des § 3 Abs. 2 Oö. Spielapparategesetz 1999 handle. Zum Apparat 1 wurde auch ein Sachverständigengutachten vorgelegt. Weiters vorgelegt wurde eine Spielbeschreibung für einen Apparat "Multi Play Game Wien" (Apparat 2).

Mit Schreiben vom 11. Februar 2005 hielt die BH dem Beschwerdeführer vor, dass die Unbedenklichkeitserklärung für den Apparat 2 fehle. Zur Behebung dieses Mangels wurde dem Beschwerdeführer eine Frist von drei Wochen ab

Zustellung dieses Bescheides gesetzt; es wurde ihm angedroht, dass im Fall der Nichtvorlage der ausständigen Belege der Antrag zurückgewiesen werde. Bezüglich des Apparates 1 wurde ausgeführt, es sei bei der Behörde offenkundig, dass es sich um einen Geldspielapparat handle, weshalb ersucht wurde, der Behörde mitzuteilen, ob der Antrag aufrecht erhalten werde. Auch dafür wurde eine Frist gesetzt.

Eine Reaktion des Beschwerdeführers erfolgte nicht. Mit Bescheid vom 23. August 2005 wies die BH den Antrag des Beschwerdeführers für das Aufstellen und den Betrieb der zwei genannten Apparate zurück. Als Rechtsgrundlage wurde § 13 Abs. 3 AVG in Verbindung mit § 4 Abs. 2 Oö. Spielapparategesetz 1999 angegeben. In der Begründung führte die BH aus, es sei die Unbedenklichkeitserklärung für den Apparat 2 und die "Verbesserung" der Eingabe bezüglich des Apparates 1 nicht nachgebracht worden. Zur Verbesserung der Eingabe bzw. Klärung des Sachverhaltes sei eine Frist gesetzt worden, die nicht genutzt worden sei, weshalb der Antrag zurückzuweisen gewesen sei.

In seiner dagegen erstatteten Berufung erklärte der Beschwerdeführer, den Bescheid in seinem gesamten Inhalte und Umfange nach anzufechten. Es hätte richtigerweise die Bewilligung für das Aufstellen von zwei Automaten im beantragten Ausmaß erfolgen müssen. Auf Grund der klaren Sach- und Rechtslage blieben weitere Ausführungen vorbehalten.

Mit dem angefochtenen Bescheid, Spruchpunkt I Z. 1, bestätigte die belangte Behörde die Zurückweisung des Antrages betreffend den Apparat 2 und verwies (Spruchpunkt I Z. 2) hinsichtlich der Zurückverweisung des Antrages betreffend den Spielapparat 1 die Sache an die Erstbehörde zur Sachentscheidung zurück. Der verfahrensgegenständliche Antrag habe zwei Begehren, nämlich für den Apparat 1 und für den Apparat 2, enthalten. Während der Antrag für den Apparat 2 unvollständig gewesen sei, war der Antrag für den Apparat 1 vollständig und habe keiner Verbesserung im Sinne der Nachrechnung fehlender Antragsunterlagen bedurft. Nach fruchtlosem Ablauf der eingeräumten Verbesserungsfrist sei der unvollständig gebliebene Antrag aus formellen Gründen zurückzuweisen gewesen, zumal der Bewilligungsgeber im Verbesserungsauftrag auch auf die Rechtsfolgen hingewiesen worden sei. Bezüglich des Apparates 1 hätte die BH aber eine Sachentscheidung treffen müssen, die Zurückweisung sei zu Unrecht erfolgt. Daran vermochte der Umstand nichts zu ändern, dass der Antragsteller auf die Rückfrage hinsichtlich der Aufrechterhaltung des Antrages nicht reagiert habe.

In der dagegen erhobenen Beschwerde stellt der Beschwerdeführer im Sachverhalt dar, dass er die Genehmigung für den Apparat 1 und den Apparat 2 begeht hätte. Gegen die Zurückweisung durch die BH hätte er fristgerecht Berufung erhoben. Jedenfalls sei dem Beschwerdeführer nicht gestattet, einen Spielautomaten aufzustellen. "Beide" Bescheide seien mangelhaft und daher aufzuheben.

Der Beschwerdeführer erachtet sich in seinem subjektiven Recht auf freie Ermessensausübung der belangten Behörde, auf freies Aufstellen eines Spielapparates sowie der fehlerfreien Anwendung von bestimmten Bestimmungen des Spielapparategesetzes und der §§ 13 und 66 AVG verletzt, wobei der Bescheid sowohl an Rechtswidrigkeit des Inhaltes als auch an Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften leide.

Unter dem Beschwerdepunkt der Rechtswidrigkeit des Inhaltes verweist der Beschwerdeführer auf die §§ 3 bis 5 Oö. Spielapparategesetz 1999 und bringt vor, die belangte Behörde ginge irrtümlich davon aus, dass der beantragte Spielapparat bzw. dessen Aufstellung unter die Bestimmung des § 4 leg. cit. falle. Zudem seien alle notwendigen Unterlagen (Unbedenklichkeitsbescheinigung = Spielanleitung) beigebracht worden. Die Behörde habe ihr Ermessen bei der Feststellung, ob es sich um einen genehmigungspflichtigen Spielapparat handle, nicht im Sinne des Gesetzes geübt. Dem bekämpften Bescheid fehle dabei jegliche Begründung. Ein Ermittlungsverfahren habe nicht stattgefunden. Die belangte Behörde habe sogar ihr Ermessen missbraucht. Sie benachteilige den Beschwerdeführer bewusst aus unsachlichen Motiven.

Schließlich stellt der Beschwerdeführer Automaten, die dem Glücksspielmonopol unterliegen, jenen Automaten, die nicht dem Glücksspielmonopol unterliegen, gegenüber und führt aus, diese Regelung sei untragbar und eine Rechtsunsicherheit, die zu Lasten des Beschwerdeführers gehe. Während in anderen Bundesländern eine Anmeldung problemlos zu sein scheine, werde seitens der zuständigen Behörde "im Raum Innsbruck" immer wieder versucht, dem Beschwerdeführer einen "Prügel zwischen die Beine zu werfen". Außerdem hätte die belangte Behörde die Sache rechtlich unrichtig beurteilt. Eine Subsumtion des Sachverhaltes unter § 3 Oö. Spielapparategesetz hätte nicht erfolgen dürfen. Nach der ständigen Judikatur des EuGH sei davon auszugehen, dass die österreichische Gesetzeslage nicht die notwendige EG-Konformität aufweise.

Als Verletzung von Verfahrensvorschriften rügt der Beschwerdeführer, dass die belangte Behörde ihre Entscheidung nicht so begründet habe, dass eine Überprüfung, ob sie von einer Beurteilung im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht habe, möglich sei. Sie habe unberücksichtigt gelassen, dass mit dem gegenständlichen Spielapparat lediglich der Betrieb des "kleinen Glücksspiels" möglich sei. Durch die Verletzung der strikten Begründungspflicht leide der angefochtene Bescheid an Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften. Die Behörde habe den Sachverhalt ungenügend erhoben, wodurch die bei der Beweiswürdigung vorgenommenen Erwägungen unschlüssig seien. Dies stelle einen wesentlichen Verfahrensmangel dar.

Schließlich regt der Beschwerdeführer an, dem Akt zur Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens zur EG-Konformität der §§ 3 bis 5 Oö. SpielapparateG im Sinne des Art. 234 EG vorzulegen. Bei der Entscheidung über den vorliegenden Beschwerdefall stelle sich die Frage der Auslegung von Gemeinschaftsrecht.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstattete eine Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer geht in der Sachverhaltsdarstellung auf die zwei verfahrensgegenständlichen Apparate ein. Auf Grund des geltend gemachten Beschwerdepunktes, der sich auf einen Spielapparat bezieht, geht der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass sich der Beschwerdeführer nur durch den abweisenden Spruchteil des angefochtenen Bescheides, betreffend den Apparat 2, verletzt erachtet.

Mit diesem Spruchpunkt hat die belangte Behörde die Zurückweisung des Antrages des Beschwerdeführers, die auf die Bestimmung des § 13 Abs. 3 AVG gestützt worden war, bestätigt. Diese Bestimmung (idF BGBl. I Nr. 10/2004) lautet:

"(3) Mängel schriftlicher Anbringen ermächtigen die Behörde nicht zur Zurückweisung. Die Behörde hat vielmehr von Amts wegen unverzüglich deren Behebung zu veranlassen und kann dem Einschreiter die Behebung des Mangels mit der Wirkung auftragen, dass das Anbringen nach fruchtlosem Ablauf einer gleichzeitig zu bestimmenden, angemessenen Frist zurückgewiesen wird. Wird der Mangel rechtzeitig behoben, so gilt das Anbringen als ursprünglich richtig eingebbracht."

Im Beschwerdefall ist somit zu überprüfen, ob dem schriftlichen Ansuchen bezüglich des Apparates 2 Mängel anhafteten, die den erteilten behördlichen Auftrag rechtfertigten.

Die Spielapparatebewilligung ist in § 4 des im Beschwerdefall anzuwendenden Oö. Spielapparategesetzes 1999, LGBl. Nr. 53, geregelt. Diese Bestimmung lautet auszugsweise:

"§ 4

#### Spielapparatebewilligung

(1) An öffentlichen Orten bedarf das Aufstellen von Spielapparaten oder die Verwendung von Spielprogrammen einer Bewilligung der Behörde (Spielapparatebewilligung). Ausgenommen von der Bewilligungspflicht sind

...

(2) Die Spielapparatebewilligung ist auf Antrag des

Betreibers zu erteilen, wenn

1. es auf Grund des in der Unbedenklichkeitserklärung

(Abs. 3 Z. 6) dargestellten Spielverlaufs glaubhaft ist, dass es

sich bei dem beantragten Spielapparat und dem beantragten

Spielprogramm in der ausgewiesenen Programmversion nicht um einen

Geldspielapparat oder ein Geldspielprogramm oder einen verbotenen

Spielapparat oder ein verbotenes Spielprogramm im Sinn des § 3

Abs. 2 handelt,

2. ...

(3) Der Antrag auf Erteilung einer Spielapparatebewilligung

hat zu enthalten:

1. den Namen und die Adresse des Antragstellers; wird

der Antrag von einer juristischen Person, einer Personengesellschaft des Handelsrechts oder einer verwandten Gesellschaftsform gestellt, sind im Antrag auch der Name und die Adresse des Geschäftsführers anzugeben;

2. die Geräte-, Erzeuger- oder Seriennummern der beantragten Spielapparate;

3. alle Spielprogramme in einer bestimmten Programmversion, die auf dem zur Verwendung bestimmten Datenträger gespeichert sind;

4. den beabsichtigten Aufstellort;

5. den Nachweis, dass der Antragsteller über den Aufstellort verfügberechtigt ist;

6. eine Unbedenklichkeitserklärung für alle

beantragten Spielapparate und Spielprogramme des Gerät- und Software-Erzeugers, des Generalimporteurs oder eines gerichtlich beeideten Sachverständigen für Spielapparate, in der der Spielverlauf zur Herbeiführung des Spielergusses und allfälliger Spielteilergesnisse dargestellt ist;

7. eine Strafregisterbescheinigung des Antragstellers oder Geschäftsführers gemäß dem Strafregistergesetz 1968.

(4) Die Spielapparatebewilligung darf - bei sonstiger Nichtigkeit - nur mit schriftlichem Bescheid für längstens drei Jahre erteilt werden.

(5) ...."

Eine Voraussetzung der Bewilligung ist somit, dass (§ 4 Abs. 2 Z. 1 SpielapparateG) auf Grund einer Unbedenklichkeitserklärung die dort aufgezählten Eigenschaften glaubhaft gemacht werden. Dementsprechend sieht Abs. 3 Z. 6 leg. cit. vor, dass der Antrag auf Erteilung einer Spielapparatebewilligung eine Unbedenklichkeitserklärung zu enthalten hat. Diese Unbedenklichkeitserklärung muss vom Gerät- und Softwareerzeuger, vom Generalimporteur oder von einem gerichtlich beeideten Sachverständigen stammen und darin muss der Spielverlauf zur Herbeiführung des Spielergusses und allfälliger Spielteilergesnisse dargestellt sein.

Im Beschwerdefall wurde wohl zum Apparat 1 eine mit "Unbedenklichkeitserklärung gemäß § 4 Abs. 2 Z. 1 Oö. Spielapparategesetz 1999" überschriebene Erklärung vorgelegt. Diese enthält eine Kurzbeschreibung des Spielverlaufes und die Bestätigung, dass der Spielapparat kein Geldspielapparat ist, die verwendeten Spielprogramme keine Geldspielprogramme seien und dass es sich beim Spielapparat und bei den Spielprogrammen nicht um verbotene Apparate bzw. Programme im Sinne des § 3 Abs. 2 Oö. Spielapparategesetz handle.

Eine derartige Erklärung wurde zum Apparat 2 nicht vorgelegt. Vorgelegt wurde allein eine Spielbeschreibung der mit diesem Apparat möglichen Spiele "Magic Life" und "Reel Star".

Der Beschwerdeführer setzt sich nur an einer Stelle der Beschwerde mit der Frage auseinander, ob das Ansuchen mangelhaft war, indem er in einem Klammerausdruck ausführt "Unbedenklichkeitsbescheinigung = Spieleanleitung". Damit verkennt er allerdings - obwohl beim Apparat 1 genau die geforderte Erklärung vorgelegt worden war -, dass im Rahmen einer von einer bestimmten Person geforderten Erklärung eine Glaubhaftmachung bestimmter Umstände erfolgen muss; dies kann weder durch eine bloße Spieleanleitung geschehen, noch durch eine tatsächlich vorgelegte Spieleanleitung, weil der bloßen Beschreibung jeglicher Erklärungscharakter fehlt. Der Mangel des schriftlichen Anbringens, von dem die Behörden ausgegangen sind, lag somit vor. Eine Behebung dieses Mangels ist trotz Fristsetzung und entsprechender Belehrung nicht erfolgt.

Dem übrigen Beschwerdevorbringen ist zu entgegnen, dass im Falle einer Berufung gegen einen Bescheid, mit dem ein Antrag gemäß § 13 Abs. 3 AVG zurückgewiesen worden ist, Gegenstand der Berufungsentscheidung allein die Frage ist, ob der angefochtene Bescheid dem § 13 Abs. 3 AVG entspricht, also ob die sachliche Behandlung des Antrages mittels Befolgung des Verbesserungsauftrages zu Recht verweigert worden ist (siehe die Nachweise aus der hg. Rechtsprechung bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetze I2, 359). Von einer Verletzung der Begründungspflicht der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid kann daher keine Rede sein.

Zur Anregung gemäß Art. 234 (EG) lässt der Beschwerdeführer jegliche Begründung vermissen; insbesondere zeigt er nicht auf, welche Bestimmung des Gemeinschaftsrechts einer Auslegung durch den EuGH bedarf. Auch der Verwaltungsgerichtshof vermag nicht zu erkennen, inwieweit durch die hier gegenüber einem oberösterreichischen Betreiber ausgesprochene Zurückweisung nach § 13 Abs. 3 AVG Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts verletzt werden.

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, sodass sie gemäß § 42 Abs 1 VwGG abzuweisen war. Auf Basis der zitierten Rechtsprechung zu § 13 Abs. 3 AVG konnte die Entscheidung in einem gem. § 12 Abs. 1 Z. 2 VwGG gebildeten Senat getroffen werden.

Der Ausspruch über den Kostenersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. II Nr. 333/2003.

Gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG kann der Verwaltungsgerichtshof ungeachtet eines Parteiantrages von einer Verhandlung absehen, wenn die Schriftsätze der Parteien des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens und die dem Verwaltungsgerichtshof vorgelegten Akten des Verwaltungsverfahrens erkennen lassen, dass die mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und wenn nicht Art. 6 Abs. 1 EMRK dem entgegensteht. Letzteres kann nicht angenommen werden, wenn die Behörde nicht materiell über einen Anspruch entschieden hat; ein gehörig belegtes Ansuchen kann jederzeit neu eingebracht werden.

Wien, am 23. Juni 2008

#### **Schlagworte**

Verbesserungsauftrag Bejahung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2006050067.X00

**Im RIS seit**

21.07.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

11.08.2008

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)