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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-412009/5/Kl/SSt

Datum:
Linz, 17. Mai 2018

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde der P GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F. M., x, W, gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr, vom 23. März 2017, GZ.: VStV/917300458273/2017, betreffend Einziehung nach dem Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. Dezember 2017

A. zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der angefochtene Einziehungsbescheid aufgehoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

und

B. fasst den B e s c h l u s s :

I. Der Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung wird als unzulässig 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. Verfahrensgang:

I.1. Mit Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich, PK Steyr (im Folgenden: belangte Behörde), vom 23. März 2017, GZ.: VStV/917300458273/2017, wurde wie folgt abgesprochen:

„Die Einziehung der mit Bescheid der LPDOÖ, PK Steyr, GZ: VStV/917300277485/2017 vom 10.03.2017 gem. 53 Abs. 1 Z 1 lit a Glücksspielgesetz beschlagnahmten Eingriffsgegenstände nämlich:

FA-1 Gehäusebezeichnung, SNr.x, SiegelNr.A076664-A076667
FA-2 Gehäusebezeichnung. SNr.x, SiegelNr.A076668-A076671
Sowie der Banknoteneinzüge für die Geräte FA-3 und FA-4

wird gemäß § 54 Abs. 1 GSpG angeordnet.“

[Hervorhebungen nicht übernommen.]

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass es sich um Glücksspielgeräte handle und der Verdacht bestehe, dass mit diesen fortgesetzt gegen die Bestimmungen des GSpG verstoßen werde. Die Bf sei Eigentümerin der genannten Geräte.

I.2. Gegen diesen Bescheid erhob die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) mit Schriftsatz vom 19. April 2017 (Eingangsstempel: 24. April 2017) rechtzeitig Beschwerde und beantragte, den angefochtenen Bescheid aufzuheben und das Verfahren einzustellen, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen und der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

Begründend wurde im Rechtsmittel auf das Wesentliche zusammengefasst vorgebracht, dass ihr Recht auf Parteiengehör verletzt worden sei, Begründungsmängel vorliegen würden und die Behörde ergänzende Ermittlungen durchführen hätte müssen. Zudem hätte die Behörde Verfahrensfehler begangen und wäre unzuständig gewesen, da das Spiel in G stattgefunden hätte. Auch hätte eine unrichtige rechtliche Beurteilung stattgefunden und würde sich der bekämpfte Bescheid in keinster Weise ausreichend mit der Geringfügigkeit auseinandersetzen. Letztlich wäre der Verdacht der Übertretung nicht ausreichend.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt mit Schreiben vom 25. April 2017 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Ergänzend erstattete die Bf mit Schriftsatz vom 7. Dezember 2017 ein umfassendes Vorbringen zum Unionsrecht und legte diesem Unterlagen bei.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation und die im bezughabenden Beschlagnahmeakt (GZ: LVwG-411931 und LVwG-411932) enthaltenen GSp26-Formulare zu der am 20. Februar 2017 durchgeführten Kontrolle, und durch Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. Dezember 2017, in der der Zeuge P. H., Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr, einvernommen wurde. Die belangte Behörde hat sich entschuldigt, die Bf und ihr Rechtsvertreter sind trotz ausgewiesener Ladung nicht erschienen. Der Zeuge legte die Lichtbilddokumentation zur gegenständlichen Kontrolle im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor, welche zum Akt genommen wurde.

II.2. Daraus ergibt sich folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt:

Bei einer finanzpolizeilichen Kontrolle am 20. Februar 2017 im Lokal mit der Bezeichnung „K“ S in S, x, betrieben von der A GmbH, wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides genannten Geräte vorgefunden, die gemäß nachstehender Erklärung der rechtsfreundlich vertretenen Bf vom 29. März 2017 in deren Eigentum stehen:

„Sehr geehrte Damen und Herren!

Ich vertrete rechtsfreundlich das Unternehmen P GmbH. Meine Mandantschaft ist Eigentümer des beschlagnahmten Terminals:

FA-Gerätenummer	Gehäusebezeichnung		SN Nr:	Typenbezeichnung	Versiegelungsplaketten- Nr.
1.	keine	x		keine	A076664-A076667
2.	keine	x		keine	A076668-A076671
3.	keine	x		A-T2	A076672- A076675
4.	keine	x		A-T2	A076676-A076679
5.	www.racinadogs.eu		SN x	keine	A076680-A076682

[...]“

[Hervorhebungen durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgenommen.]

Die verfahrensgegenständlichen Geräte waren zu Beginn der Kontrolle zwar ausgeschaltet, aber noch betriebswarm und konnten sodann von den Kontrollorganen wieder in Betrieb gesetzt werden. Testspiele konnten auf den Geräten aber nicht vorgenommen werden, da sie vom Internet getrennt wurden. Es konnte nicht festgestellt werden, wie sich die Spielabläufe allenfalls darauf durchführbarer Spiele gestalteten.

II.3. Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere aus dem Aktenvermerk und den GSp26-Dokumentationen und dem im verwaltungsbehördlichen Beschlagnahmeverfahren vorgelegten Eigentumsnachweis der Bf vom 29. März 2017, sowie der Zeugeneinvernahme des Finanzbeamten P. H.

Dass die gegenständlichen Geräte zwar betriebsbereit aber nicht bespielbar waren, ergibt sich aus den Dokumentationen mit dem GSp-26-Formular, welche vom Zeugen P. H. in der mündlichen Verhandlung bestätigt wurden: Beim Betreten des Lokals waren die gegenständlichen Geräte bereits abgeschaltet und vom Netz genommen. Sie waren betriebswarm, sodass sie vor der Kontrolle in Betrieb standen. Es war auch möglich, diese wieder zu starten. Eine Probebespielung war aber mangels Internetverbindung nicht möglich.

Der Zeuge schilderte zwar, dass die Kajot-Geräte baugleich mit jenen Geräten sind, die sonst üblicherweise bei Kontrollen vorgefunden werden, jedoch konnte er konkret zu den jeweiligen Spielen auf diesen Geräten, Spielabläufen, Höhen der Spieleinsätze und Gewinne keine Angaben machen, sodass letztlich keine Feststellungen zu den Spielabläufen, insbesondere zur allfälligen Beeinflussbarkeit des Spielergebnisses, getroffen werden können.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Rechtliche Grundlagen:

Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Gemäß § 2 Abs. 1 sind Ausspielungen Glücksspiele,

1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und
2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und
3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

Gemäß Abs. 2 par.cit. ist Unternehmer, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.
Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs. 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann

Unternehmereigenschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

Gemäß Abs. 4 par.cit. sind verbotene Ausspielungen jene, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind.

Gemäß § 54 Abs. 1 GSpG sind Gegenstände, mit denen gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird, zur Verhinderung weiterer Verwaltungsübertretungen gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs. 1 einzuziehen, es sei denn der Verstoß war geringfügig.

Gemäß § 54 Abs. 2 GSpG ist die Einziehung mit selbstständigem Bescheid zu verfügen. Dieser ist all jenen der Behörde bekannten Personen zuzustellen, die ein Recht auf die von der Einziehung bedrohten Gegenstände haben oder ein solches geltend machen und kann, soweit die Einziehung betroffen ist, von ihnen mit Beschwerde angefochten werden. Kann keine solche Person ermittelt werden, so hat die Zustellung solcher Bescheide durch öffentliche Bekanntmachung zu erfolgen.

Gemäß § 54 Abs 3 GSpG sind eingezogene Gegenstände nach Rechtskraft des Einziehungsbescheides binnen Jahresfrist von der Behörde nachweislich zu vernichten.

III.2. Zu Spruchpunkt A.I:

III.2.1. Voraussetzung für eine Einziehung nach § 54 Abs. 1 GSpG ist, dass es sich hiebei um Gegenstände handelt, mit denen gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wurde. „*Auch wenn die Einziehung nach § 54 GSpG unabhängig von einer Bestrafung eines Beschuldigten vorgesehen ist und nach den Erläuterungen zu § 54 GSpG in der Fassung BGBl. I Nr. 73/2010 eine Sicherungsmaßnahme und keine Strafe darstellen soll (657 BlgNR 24. GP, zu Z 20 und 24 (§ 54 und § 60 Abs. 25 GSpG)), hängt sie doch gemäß § 54 Abs. 1 GSpG von der Verwirklichung eines objektiven Tatbilds nach § 52 Abs. 1 GSpG ab, da sie voraussetzt, dass mit dem von der Einziehung betroffenen Gegenstand ‚gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird' und der Verstoß überdies nicht geringfügig sein durfte. Auch wenn in den erwähnten Erläuterungen zur Regierungsvorlage der Novelle zum GSpG mit BGBl. I Nr. 73/2010 hervorgehoben wird, dass kein Zusammenhang zu 'dem' Strafverfahren bestehe und die Einziehung 'auch neben etwaigen Strafverfahren vor den Strafgerichten nach § 168 StGB von den Bezirksverwaltungsbehörden' zu verfügen sei, setzt sie somit nach dem Wortlaut des Gesetzes doch die Verwirklichung eines*

der Tatbestände des § 52 Abs. 1 GSpG voraus.“ (sh VwGH 14.11.2013, 2013/17/0056 unter Hinweis auf 22.08.2012, 2011/17/0323).

III.2.2. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die Geräte zu Beginn der Kontrolle zwar ausgeschaltet waren, aber noch betriebswarm von den Kontrollorganen zwar in Betrieb gesetzt werden konnten, Probespiele aber nicht mehr durchgeführt werden konnten. Es konnte weder ein Spiel aufgerufen werden, noch war ein Gewinnplan ersichtlich. Mangels Bespielbarkeit der Geräte konnte auch nicht festgestellt werden, ob auf den Geräten gegen Leistung von Einsätzen Spiele angeboten wurden, mit denen ein geldwerter Gewinn in Aussicht gestellt wurde und deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhing.

Dennoch wurde die Einziehung der Geräte gemäß § 54 Abs. 1 GSpG angeordnet. Für eine Einziehung muss aber – wie oben zitiert – die Verwirklichung eines objektiven Tatbilds nach § 52 Abs. 1 GSpG vorliegen. Die für die Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit erforderlichen Feststellungen, insbesondere, ob an den Geräten verbotene Ausspielungen iSd § 2 Abs. 1 GSpG ermöglicht wurden, konnten jedoch nicht getroffen werden. Weder aufgrund der im Verwaltungsakt einliegenden Beweismittel noch aufgrund der Aussage des Zeugen bei der Kontrolle konnte mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren notwendigen Gewissheit festgestellt werden, welche Einsatz- und Gewinnhöhen möglich waren und ob das Spielergebnis beeinflussbar oder zufallsabhängig war.

III.2.3. Da sich daraus nicht ableiten lässt, ob auf den Geräten Glücksspiele angeboten wurden, konnte die Erfüllung des objektiven Tatbestands eines der Tatbilder der Verwaltungsübertretungen des § 52 Abs. 1 GSpG nicht erkannt werden. Es war im Ergebnis der Beschwerde stattzugeben und der angefochtene Bescheid aufzuheben.

III.3. Zu Spruchpunkt B.I.:

Gemäß § 13 Abs. 1 VwGVG hat eine rechtzeitig eingebrachte und zulässige Beschwerde gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG aufschiebende Wirkung. Für das Verwaltungsstrafverfahren regelt § 41 VwGVG überdies, dass die aufschiebende Wirkung der Beschwerde nicht ausgeschlossen werden kann. Es kommt daher einer Beschwerde gegen einen Einziehungsbescheid schon von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu. Ein Ausschluss der aufschiebenden Wirkung ist nicht vorgesehen. Das bedeutet, dass die von der Behörde gegen die Bf angeordnete Einziehung bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens vor dem Verwaltungsgericht nicht vollstreckt werden darf. Eine etwaige Vollstreckung ist erst nach Erlassung der Beschwerdeentscheidung durch das Verwaltungsgericht möglich.

Der gleichzeitig mit der Beschwerde gestellte Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung war daher zurückzuweisen.

IV. Zu Spruchpunkte A.II. und B.II. - 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. Die Entscheidung weicht nicht von der (zitierten) Rsp des VwGH zur Einziehung nach dem GSpG ab. Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 08.01.2015, Ra 2014/08/0064).

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

Gegen dieses Erkenntnis und gegen diesen Beschluss 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.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt