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-412010/5/Kl/SSt

Datum:
Linz, 17. Mai 2018

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde der P GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, D, W, gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr, vom 23. März 2017, GZ.: VStV/917300458298/2017, betreffend Einziehung nach dem Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. Dezember 2017 den

B E S C H L U S S

I. Die Beschwerde wird als unzulässig zurückgewiesen.

II. Der Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung wird als unzulässig zurückgewiesen.

III. Gegen diesen Beschluss 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/917300458298/2017, 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-3 Gehäusebezeichnung keine, SNr.x, SiegelNr.A076672-A076675
FA-4 Gehäusebezeichnung keine, SNr.x, SiegelNr.A076676-A076679

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 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 Graz 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“ S in S, B, betrieben von der A T GmbH, wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheids genannten Geräte vorgefunden. Diese Geräte stehen nicht im Eigentum der Bf sondern gemäß nachstehender Erklärung des rechtsfreundlichen Vertreters der P GmbH vom 29. März 2017 in deren Eigentum:

„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 vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgenommen.]

II.3. Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere den GSp26-Dokumentationen, der Zeugeneinvernahme des Finanzbeamten P H sowie der schriftlichen Eigentümererklärung der P GmbH samt Eigentumsnachweis.

Dass nicht die Bf – wie von der belangten Behörde angenommen - sondern die P GmbH Eigentümerin der gegenständlichen Geräte ist, ergibt sich aus dem im verwaltungsbehördlichen Beschlagnahmeverfahren vorgelegten Eigentumsnachweis der P GmbH vom 29. März 2017. Die belangte Behörde hat die Eigentümereigenschaft der Bf ausschließlich von den auf den Geräten

angebrachten Eigentumsplaketten abgeleitet, welche nach Angaben des Zeugen P H üblicherweise mit der Eigentümereigenschaft übereinstimmen. Die Eigentümereigenschaft wurde aber durch die ausdrückliche Eigentümererklärung der P GmbH vom 29. März 2017 widerlegt.

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 I.:

III.2.1. Gemäß § 54 Abs. 2 GSpG ist der die Einziehung verfügende Bescheid *„all jenen der Behörde bekannten Personen zuzustellen, die ein Recht auf die von der Einziehung bedrohten Gegenstände haben oder ein solches geltend machen“*.

Die Gesetzesmaterialien zur Stammfassung des § 54 GSpG, BGBl Nr 20/1989, 1067 BlgNr XVII. GP, 23, enthalten keine Definition des Rechts auf die von der Einziehung bedrohten Gegenstände. Sie führen lediglich beispielhaft dazu aus: "Es KANN sich dabei um "Eigentums-, Pfand-, Fruchtgenuss- und Zurückbehaltungsrechte handeln". Laut Judikatur des VwGH können jedoch nicht nur dingliche Rechte, sondern auch Rechte mit teilweiser dinglicher Wirkung wie Zurückbehaltungsrechte und sogar obligatorische Ansprüche an einer Sache Parteistellung im Einziehungsverfahren begründen. Auch der Inhaber des Glücksspielgerätes – in der Regel also der Lokalbetreiber – sowie der Veranstalter verbotener Ausspielungen kann laut VwGH nicht nur im Beschlagnahme-, sondern auch im Einziehungsverfahren Parteistellung besitzen (vgl. dazu VwGH 11.09.2015, Ro 2015/17/0001).

III.2.2. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die Bf weder Eigentümerin, Veranstalterin oder Inhaberin der verfahrensgegenständlichen Geräte ist, noch sonstige dingliche Rechte an den Geräten hat. Daher ist die Bf nicht als Partei des gegenständlichen Einziehungsverfahrens anzusehen, sodass entsprechend der ständigen Rechtsprechung des VwGH die Beschwerde zurückzuweisen war.

III.2.3. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass das durchgeführte Ermittlungsverfahren zu den mit der gegenständlichen Kontrolle im Zusammenhang stehenden und gemeinsam am 7. Dezember 2017 mündlich verhandelten Beschlagnahmeverfahren (LVwG-411931 bzw. LVwG-411932) ergeben hat, dass die gegenständlichen Geräte nicht betriebsbereit waren und keine Probespiele durchgeführt werden konnten. Im Falle einer Bescheidzustellung an und Beschwerdeerhebung durch die tatsächliche Geräteeigentümerin wären dieselben Feststellungen zu treffen gewesen, sodass die Erfüllung des objektiven

Tatbestands eines der Tatbilder der Verwaltungsübertretungen des § 52 Abs. 1 GSpG ohnehin nicht erkannt werden könnte und der Beschlagnahmebescheideaufzuheben wäre.

III.3. Zu Spruchpunkt II.:

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. 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 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