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-412558/2/ER/SB

Datum:
Linz, 23. März 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde der A G GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte S H, Straße, L, gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr, vom 06.12.2017, GZ: VStV/917301884349/2017, betreffend Einziehung nach dem Glücksspielgesetz (GSpG)

zu Recht:

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

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich, PK Steyr (im Folgenden: belangte Behörde), vom 06.12.2017, GZ: VStV/917301884349/2017, wurde wie folgt abgesprochen:

„Die Einziehung der Bescheid der LPDOÖ, PK Steyr, GZ: VStV/917301110497/2017 vom 03-08.2017 gem. § 53 Abs. 1 Z 1 lit a Glücksspielgesetz beschlagnahmten Eingriffsgegenstände

FA-1: Gehäusebez.Touch Down, Snr. X, keine Typenbez., Siegel-Nr.A084341
Fa-2: Gehäusebez.Game Master Edition 2000, SNr. X, keine Typenbez Siegel-Nr. A084342
Fa-3: Gehäusebez.Kajot Multi Game, SNr. keine, keine Typenbez., Siegel-Nr.A084343
Fa-4: Gehäusebez.Kajot Multi Game, SNr. keine, keine Typenbez., Siegel-Nr.A084344
Fa-5: Gehäusebez. keine, SNr. keine, keine Typenbez., Siegel-Nr. A084346
Fa-6: Gehäusebez. Silver Shark, SNr. keine, keine Typenbez., Siegel-Nr. A084347

Wird gemäß § 54 Abs. 1 GSpG angeordnet. “

Begründend wurde zusammengefasst 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 richtete sich die rechtzeitige Beschwerde (Eingangsstempel 05.01.2018), in der die Beschwerdeführerin (Bf) beantragte, den angefochtenen Bescheid aufzuheben und das Verfahren einzustellen. Begründend führte die Bf im Wesentlichen aus, dass unrichtige und fehlende Tatsachenfeststellung sowie Begründungsmängel vorliegen würden. Es sei keine Tatbildmäßigkeit gegeben, da die Einziehung nicht vom Verdacht eines Verstoßes sondern dessen Verwirklichung abhänge. Weiters sei das Glücksspielgesetz unionsrechtswidrig.

I.3. Mit Schreiben vom 10.01.2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

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-412254) enthaltenen GSp26-Formulare. Eine mündliche Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG entfallen, da bereits aufgrund der Aktenlage feststand, dass der angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

II.2. Daraus ergibt sich folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt:

Bei einer finanzpolizeilichen Kontrolle am 12.07.2017 im Lokal mit der Bezeichnung C W S in S, X-Straße, betrieben von der A G GmbH, wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheids genannten sechs Geräte vorgefunden, die nicht betriebsbereit aufgestellt und vom Stromnetz getrennt waren. Auch durch Zuleitung mit einem eigenen Stromkabel konnten die Geräte nicht mit Strom versorgt werden. Auf den vorgefundenen Geräten konnten keine Testspiele vorgenommen werden und es konnte auch nicht festgestellt werden, welche Spiele allfällig angeboten wurden bzw wie deren Spielabläufe gestaltet waren.

II.3. Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere den GSp26-Dokumentationen, in denen ausdrücklich vermerkt ist, dass die Geräte nicht betriebsbereit waren und keine Testspiele durchgeführt werden konnten. Im Aktenvermerk der Finanzpolizei wurde zwar festgehalten, dass die Geräte betriebsbereit waren, die GSp26-Formulare wurden jedoch unmittelbar während der Kontrolle von den die Geräte kontrollierenden Organen der Finanzpolizei ausgefüllt, der Aktenvermerk aber von einem anderen Organ. Da in den GSp26-Formularen die unmittelbare Wahrnehmung der Kontrollorgane wiedergegeben wurde, besteht für das erkennende Gericht kein Grund, an diesen Angaben zu zweifeln. Dass die Geräte auch nicht mit einem eigenen Stromkabel mit Strom versorgt werden konnten, ergibt sich aus dem Aktenvermerk über die ggst. Kontrolle.

Der bei der Kontrolle anwesende Zeuge schilderte zwar, dass auf den Geräten „lauter ähnliche Spiele drauf“ seien, wobei nur die Symbole anders seien und wenn mehrere gleiche Symbole kämen, könne ein Gewinn erzielt werden, jedoch konnte der Zeuge zu den jeweiligen Spielen, Spielabläufen, Höhen der Spieleinsätze und Gewinne keine Angaben machen. Feststellungen zu allfällig an den Geräten angebotenen Spielen und deren Spielabläufen konnten somit nicht getroffen werden.

III.1. 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.2.1. 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 mit den Geräten keine Probespiele durchgeführt werden konnten. Die Geräte waren zu Beginn der Kontrolle ausgeschaltet und konnten von der Finanzpolizei auch nicht in Betrieb genommen werden. 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, ob das Spielergebnis beeinflussbar oder zufallsabhängig war.

III.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.

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.

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

Gegen dieses Erkenntnis 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. Reitter