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-412949/11/DM/EP

Datum:
Linz, 9. April 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Manzenreiter über die Beschwerde von M D, vertreten durch S R G, H, L, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 5. Dezember 2017, GZ: BHVBPol-2017-433807/4-BC, betreffend die Beschlagnahme von Geräten nach dem Glückspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid ersatzlos behoben.

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 Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck (im Folgenden: belangte Behörde) vom 05.12.2017, GZ: BHVBPol-2017-433807/4-BC, wurden die Geräte mit den Bezeichnungen

FA-Nummer	Gehäusebezeichnung	Versiegelungsplakettennummer
1	WEB@CRUISER	A075733
2	WEB@CRUISER	A075734
3	WEB@CRUISER	A075735

gemäß § 53 Abs. 1 Z 1 lit. a und § 52 Abs. 3 Glücksspielgesetz (GSpG) beschlagnahmt.

Begründend wurde ausgeführt, dass die angeführten Geräte bei einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz in dem vom Bf betriebenen Lokal „V“, A, S G, vorgefunden worden seien. Mit diesen seien zumindest am 31.10.2017 Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen durchgeführt und dabei Gewinne an die Spieler zur Auszahlung in Aussicht gestellt worden. Es liege der hinreichend begründete Verdacht vor, dass mit den Geräten fortgesetzt gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen werde.

I.2. Dagegen erhob der Bf fristgerecht Beschwerde und beantragte im Wesentlichen die Aufhebung des angefochtenen Bescheides, die Einstellung des Verfahrens und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

Begründend brachte er kurz zusammengefasst vor, er könne nicht Bescheidadressat sein, weil er weder Veranstalter noch Eigentümer oder Inhaber der gegenständlichen Geräte sei. Mit diesen seien außerdem keine verbotenen Ausspielungen veranstaltet worden; es liege diesbezüglich auch kein begründeter Verdacht vor. Weiters sei das österreichische Glücksspielgesetz aus in der Beschwerde näher bezeichneten Gründen unionsrechtswidrig.

I.3. Mit Schreiben vom 19.07.2018, eingelangt am 23.07.2018, legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt Verwaltungsakt zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Mit E-Mail vom 11.12.2018, eingelangt am 12.12.2018, legte der Bf in Vorbereitung auf die für 08.01.2019 anberaumte Verhandlung einen ergänzenden Schriftsatz betreffend die behauptete Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols samt einem Konvolut an Unterlagen vor. Unter anderem

beantragte er, das gegenständliche Verfahren bis zum Einlangen der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union betreffend bei ihm anhängiger Vorabentscheidungsersuchen auszusetzen.

I.5. Am 08.01.2019 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an welcher der Rechtsvertreter des Bf, ein Vertreter der Finanzpolizei Gmunden Vöcklabruck und ein Zeuge teilnahmen. Die belangte Behörde war entschuldigt nicht vertreten.

Im Rahmen der mündlichen Verhandlung wurden folgende Unterlagen zum Akt genommen, welche als verlesen gelten:
Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregulierung vom 17.11.2017, Glücksspielbericht des BMF 2010-2013, Evaluierungsbericht über Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014 aus November 2014, Glücksspielbericht des BMF 2014-2016, Informationsschreiben der Stabstelle für Spielerschutz zur neuen Studie Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015, Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015 zum Thema Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg, Forschungsbericht des ÖBIG und der Gesundheit Österreich GmbH zu: Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz.

I.6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, das Vorbringen des Bf, die mündliche Verhandlung vom 08.01.2019 und die bereits erwähnte Stellungnahme des BMF samt den dort angeführten Beilagen.

II. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt

II.1. Am 31.10.2017 fand ab 13:30 Uhr im Lokal „V“ in S A, A, eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz statt. Dabei wurden folgende drei Geräte in einem versperrten Hinterzimmer des Lokals vorgefunden:

FA-Nummer	Gehäusebezeichnung	Versiegelungsplakettennummer
1	WEB@CRUISER	A075733
2	WEB@CRUISER	A075734
3	WEB@CRUISER	A075735

Sämtliche Geräte waren ausgeschaltet. Sie wurden von den Kontrollorganen eingeschaltet, konnten aber nicht hochgefahren und somit auch nicht bespielt werden. Feststellungen zur Funktionsweise der gegenständlichen Geräte bzw. der auf den Geräten verfügbaren Spiele sind daher nicht möglich; insbesondere kann

nicht festgestellt werden, ob die Spiele rein zufallsabhängig ablaufen oder durch Geschicklichkeit beeinflussbar sind. Die Geräte wurden vorläufig beschlagnahmt.

Zum Kontrollzeitpunkt wurde das gegenständliche Lokal vom Bf betrieben.

III. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt. Die Feststellungen zur Kontrolle am 31.10.2017 und den dabei vorgefundenen Geräten stützen sich insbesondere auf den Aktenvermerk der Finanzpolizei vom 31.10.2017 und den Aktenvermerk der belangten Behörde vom 06.11.2017. Dass der Bf zum Kontrollzeitpunkt Betreiber des gegenständlichen Lokals war, ergibt sich aus einem Auszug aus dem Gewerbeinformationssystem GISA vom 10.01.2019.

Obwohl Geräte mit der Bezeichnung „WEB@CRUISER“ in anderen Entscheidungen des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich (vgl. etwa LVwG-412678/7/Wei; LVwG-410834/6/KLE) als Glücksspielgeräte eingestuft wurden, waren im vorliegenden Fall keine Feststellungen zur Glücksspieleigenschaft der Geräte möglich. Außer der Gerätebezeichnung und den Versiegelungsplakettennummern liegen dem erkennenden Gericht nämlich keine Informationen zu den beschlagnahmten Geräten vor. Es konnte nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sie dieselbe Bauart und Funktionsweise aufweisen wie die vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in anderen Fällen bereits beurteilten Geräte mit der Bezeichnung „WEB@CRUISER“.

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. Gemäß § 53 Abs. 1 GSpG kann die Behörde die Beschlagnahme der Glücksspielautomaten, der sonstigen Eingriffsgegenstände und der technischen Hilfsmittel anordnen, und zwar sowohl wenn der Verfall als auch wenn die Einziehung vorgesehen ist, wenn

1. der Verdacht besteht, dass
   a) mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird, oder
   b) durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen § 52 Abs. 1 Z 7 verstoßen wird oder
2. fortgesetzt oder wiederholt mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen gemäß Z 1 lit. a gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird oder
3. fortgesetzt oder wiederholt durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen § 52 Abs. 1 Z 7 verstoßen wird.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt.

Gemäß § 2 Abs. 1 GSpG 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 § 2 Abs. 2 GSpG 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. [...]

Gemäß § 2 Abs. 4 GSpG sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind, verboten.

IV.2. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs genügt für die Beschlagnahme gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG in Verbindung mit § 53 Abs. 1 Z 1 lit. a GSpG der ausreichend substantiierte Verdacht, dass mit den Glücksspielgeräten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, fortgesetzt oder wiederholt gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wird (vgl. etwa VwGH 21.09.2018, 2018/17/0132).

Wenngleich im Zeitpunkt der Beschlagnahme noch nicht im Einzelnen nachgewiesen sein muss, ob das durchgeführte Spiel tatsächlich ein Glücksspiel im Sinn des Glücksspielgesetzes ist, erfordert die Überprüfung eines Beschlagnahmebescheids jedenfalls Feststellungen über die Art des Spiels, weil ansonsten eine Überprüfung der rechtlichen Beurteilung nicht möglich ist. Hiezu ist zumindest die ansatzweise Darstellung des Spielablaufs erforderlich (vgl. VwGH 14.11.2018, 2017/17/0894; VwGH 11.07.2018, 2017/17/0052 mwN.).

Im gegenständlichen Fall konnten dazu allerdings keine Feststellungen getroffen werden. Wie schon in der Beweiswürdigung dargelegt, war weder eine Beschreibung der angebotenen Spielarten noch die vom Verwaltungsgerichtshof geforderte – zumindest ansatzweise – Schilderung des Ablaufs der auf den Geräten verfügbaren Spiele möglich. Der bloße Hinweis des Zeugen, seiner Erfahrung nach

handle es sich bei Geräten der gegenständlichen Art um Glücksspielgeräte, begründet noch keinen hinreichenden Verdacht im Sinne des § 53 Abs. 1 GSpG. Auch die Tatsache, dass es sich bei dem kontrollierten Lokal um ein bekanntes Spiellokal handelt, ändert daran nichts. Ein Verdacht nach § 53 Abs. 1 GSpG hat sich stets auf den Verstoß gegen glücksspielrechtliche Bestimmungen mit den beschlagnahmten Geräten zu beziehen; ob das entsprechende Lokal zur bekannten Glücksspielszene zählt oder nicht, ist nicht relevant.

Auch existiert zu der Frage, ob der Gerätetyp mit der Bezeichnung „WEB@CRUISER“ generell als Glücksspielgerät zu qualifizieren ist, keine höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. im Gegensatz etwa die Ausführungen des VwGH zum Gerätetyp „afric2go“ in VwGH 30.06.2017, 2016/17/0271).

Selbst wenn die Glücksspieleigenschaft der Geräte feststünde, könnte der Beschlagnahmebescheid im vorliegenden Fall allerdings nicht bestätigt werden, weil die – für die Annahme eines Verstoßes gegen das Glücksspielgesetz erforderliche – Betriebsbereitschaft der Geräte nicht gegeben war.

Die Spielbereitschaft eines Geräts ist nach höchstgerichtlicher Judikatur auch bei ausgeschalteten bzw. nicht offensichtlich betriebsbereiten Gerät anzunehmen, wenn aus den Umständen hervorgeht, dass jedem potentiellen Interessenten die Inbetriebnahme des Geräts möglich ist (vgl. VwGH 13.04.2018, 2018/17/0051 mwN.) bzw. wenn die Spielbereitschaft durch jederzeit unmittelbar reversible Maßnahmen – etwa durch einen Anschluss des Geräts an die Stromversorgung – wieder hergestellt werden kann (vgl. VwGH 13.04.2018, 2018/17/0051 mwN.).

Im vorliegenden Fall gelang es jedoch selbst den in Glücksspielbelangen erfahrenen Kontrollorganen nicht, die Geräte hochzufahren und zu bespielen. Es kann daher nicht schlüssig angenommen werden, dass jedem potentiellen Interessenten die Inbetriebnahme der Geräte möglich gewesen sei bzw. dass die Spielbereitschaft durch jederzeit unmittelbar reversible Maßnahmen wieder hergestellt habe werden können.

Aus diesen Gründen war entgegen der Ansicht der belangten Behörde nicht von der Betriebsbereitschaft der Geräte auszugehen.

Nach den obigen Ausführungen liegt schon kein substantiierter Verdacht eines fortgesetzten oder wiederholten Verstoßes gegen § 52 Abs. 1 GSpG vor, weswegen sich eine nähere Auseinandersetzung mit der vom Bf monierten Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols erübrigt und die diesbezüglichen Beweisanträge des Bf abgewiesen werden. Der Vollständigkeit halber sei aber erwähnt, dass sich inzwischen sämtliche Höchstgerichte mit der

Unionsrechtskonformität des österreichischen Glücksspielrechts auseinandergesetzt und diese bejaht haben (vgl. etwa VwGH 16.03.2016, 2015/17/0022; VfGH 15.10.2016, E 945/2016-24, E 947-2016-23 und E 1054/2015-19).

Weiters wird festgehalten, dass der Verwaltungsgerichtshof die Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit der Monopolregelung im Glücksspielsektor in seinem Erkenntnis vom 16.03.2016, 2015/17/0022, bzw. jüngst bestätigend VwGH 11.07.2018, 2018/17/0048 u. a., durch die Vornahme der nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (C-464/15) erforderlichen Gesamtwürdigung sehr wohl erfüllt hat (vgl. dazu ebenfalls VwGH 14.02.2017, 2017/17/0010; VwGH 29.05.2017, 2017/17/0031). Er ist dabei unter anderem auf die Staatseinnahmen durch Glücksspiel (Rz. 68 bzw. 122) eingegangen. Insofern wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

Die Anforderungen, die an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor zu stellen sind, sind durch die nationalen Gerichte geklärt (ausdrücklich etwa VwGH 15.05.2017, Ra 2017/17/0214 mwN.). Nach Ansicht des erkennenden Gerichts ist ausgehend von den im Verfahren hervorgekommenen Umständen weder ein (weiteres) Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu stellen noch erscheint es notwendig, das gegenständliche Verfahren auszusetzen. Das erkennende Gericht kommt daher unbeschadet der Kenntnis von vereinzelten anders lautenden Rechtsmeinungen zum Abschluss des Verfahrens ohne Stattgebung der Aussetzungsanträge.

Wenn der Bf moniert, der Beschlagnahmebescheid sei ihm gegenüber mangels Parteistellung zu Unrecht erlassen worden, ist festzuhalten, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs auch dem Inhaber von gemäß § 53 GSpG beschlagnahmten Gegenständen Parteistellung zukommt (vgl. VwGH 01.09.2016, 2013/17/0502; VwGH 25.09.2018, 2017/17/0701). Wie sich aus den Feststellungen ergibt, war der Bf zum Kontrollzeitpunkt Betreiber des gegenständlichen Lokals, hatte die im Lokal befindlichen Gegenstände somit in seiner Gewahrsame und wurde von der belangten Behörde damit zurecht als deren Inhaber angesehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

V. 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 als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu den Voraussetzungen für die

Beschlagnahme von Glücksspielgeräten ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes wurde entsprechend den in der unter Punkt IV. dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs bzw. Europäischen Gerichtshofs vorgegebenen Kriterien vorgenommen. Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts obliegt, zu entscheiden, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage 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 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. Manzenreiter