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-413069/10/BZ – 413071/2

Datum:
Linz, 1. Februar 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Zauner über die Beschwerden 1. der P. GmbH, 2. der G. s.r.o. und 3. der T.M. KG, alle vertreten durch Dr. F.M., Rechtsanwalt in W., X, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 4. September 2018, GZ: Pol96-761-2015, betreffend die Einziehung von Glücksspielgeräten nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 16. Jänner 2019

zu Recht:

I. Den Beschwerden wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben.

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.1. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn (im Folgenden: belangte Behörde) vom 4. September 2018, GZ: Pol96-761-2015, wurde gemäß § 54 Abs. 1 GSpG die Einziehung folgender beschlagnahmter Glücksspielgeräte angeordnet:

1. K. Auftragsterminal, SNr. x,
   (Versiegelungsplaketten Nr. A049132-A049136);
2. K. Auftragsterminal, SNr. x,
   (Versiegelungsplaketten Nr. A049137-A049142);
3. K. Auftragsterminal, SNr. x,
   (Versiegelungsplaketten Nr. A049143-A049148);

I.2. Gegen diesen Bescheid haben die Beschwerdeführerinnen (im Folgenden: Bf) rechtzeitig Beschwerde, datiert mit 1. Oktober 2018, erhoben, mit denen beantragt wird, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren einzustellen.

Begründend wird 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. Auch hätte eine unrichtige rechtliche Beurteilung stattgefunden. Zudem sei der Verdacht auf eine Übertretung des Glücksspielgesetzes für eine Einziehung nicht ausreichend.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerden samt dem bezughabenden Verwaltungsakt mit Schreiben vom 17. Oktober 2018 zur Entscheidung vor.
Gemäß § 2 VwGVG entscheidet das Verwaltungsgericht durch Einzelrichter, soweit die Bundes- oder Landesgesetze nicht die Entscheidung durch einen Senat vorsehen, was im Glücksspielgesetz nicht der Fall ist.

I.4. Mit E-Mail vom 16. Jänner 2019 legte der Rechtsvertreter der Bf mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung eine ergänzende Stellungnahme hinsichtlich eines Anwendungsverbotes des österreichischen Glücksspielgesetzes aufgrund europarechtlicher Bedenken im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe, insbesondere den präventiven Spielerschutz, zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit mitsamt etlichen Beilagen und Beweisanträgen vor. Weiters wurde der Antrag gestellt, das Verfahren bis zur Entscheidung der beim EuGH anhängigen Verfahren zu den Rechtssachen C-589/16, C-685/15 und C-79/17 auszusetzen bzw. die im Vorbringen näher ausgeführten Fragen an den EuGH zu

richten. Darüber hinaus wurde neben der Einvernahme von Zeugen zur Unrichtigkeit der Kalke-Studie die Einholung eines Sachverständigengutachtens betreffend der Funktionsweise des beschlagnahmten Glücksspielautomaten beantragt. Vorgelegt wurde auch ein Urteil des Bezirksgerichtes Wels vom 17.3.2015, GZ: 8 C 673/14g-17, ein Rechtsgutachten des Univ.-Prof. Dr. A.K. vom 24.5.2016 betreffend Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielwerbung und das Gutachten über die Glücksspielwerbung in Österreich von Ing. Mag. M.F., MBA, vom 31.5.2017.

II.1. Mit E-Mail vom 6. November 2018 teilte die belangte Behörde mit, dass keine Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet wurden, da keine Strafanzeigen bei ihr eingelangt sind. Betreffend die Kontrolle am 27. August 2015 ist somit nur ein Beschlagnahmeverfahren durchgeführt worden.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde übermittelten Verfahrensakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation sowie in folgende gerichtsbekannte Dokumente, die den Parteien zur Kenntnis gebracht wurden: Stellungnahme des BMF zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregulierung vom 17.11.2017, den Glücksspielbericht des BMF 2010-2013, den Glücksspielbericht des BMF 2010-2014, den Glücksspielbericht des BMF 2014-2016, eine Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ und eine Studie der Gesundheit Österreich GmbH zu Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz und durch Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 16. Jänner 2019, zu der eine Vertreterin des Finanzamtes erschienen ist. Zeugenschaftlich einvernommen wurde C.Z. von der Finanzpolizei.

II.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 27. August 2015 im Lokal „Cafe R. B.“ in S., X, wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte vorgefunden, mit Versiegelungsplaketten versehen und vorläufig beschlagnahmt. Diese Geräte waren zunächst nicht an den Stromkreis angeschlossen, konnten jedoch nach Herstellung der Verbindung mit dem Stromkreis eingeschaltet werden. Die Verbindung dieser Geräte zum Internet wurde jedoch unterbrochen, sodass ein Hochfahren der drei Geräte und die Durchführung von Testspielen nicht möglich war.

Es konnte nicht festgestellt werden, ob mit den gegenständlichen Glücksspielgeräten verbotene Ausspielungen angeboten bzw. durchgeführt wurden. Es konnte

auch nicht festgestellt werden, ob mit diesen Geräten gegen die Bestimmungen des GSpG verstoßen wurde.

Die Erst-Bf ist Eigentümerin der sich in den drei Geräten befindlichen Banknotenlesegeräte. Die Zweit-Bf ist Eigentümerin der gegenständlichen Geräte und die Dritt-Bf ist Lokalbetreiberin.

Die gegenständlichen Geräte wurden mit Bescheid der belangten Behörde vom 22. September 2015, GZ: Pol96-761-2015, beschlagnahmt. Die dagegen erhobenen Beschwerden wurden – soweit diese die gegenständlichen Geräte betrafen – mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 7. April 2016, GZ: LVwG-411117/7/KLe/HUE – 411120/2, als unbegründet abgewiesen und der Beschlagnahmebescheid bestätigt. Mit Beschluss des Verfassungsgerichtshofes vom 15. Oktober 2016, GZ: E 970/2016 ua., wurde die Behandlung der gegen diese Entscheidung erhobenen Beschwerde abgelehnt.

II.4. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte gründen vor allem auf dem Aktenvermerk der Finanzpolizei, der Fotodokumentation, der GSp26-Dokumentation sowie auf den Aussagen des Zeugen in der mündlichen Verhandlung. Dieser gab unter anderem an, dass die Geräte nicht probebespielt werden konnten und auch nicht festgestellt werden konnte, ob bzw. welche Glücksspiele auf diesen Geräten angeboten wurden. Es konnten auch keine Spieler beobachtet werden.
Die (unbestrittenen) Feststellungen bezüglich der Bf ergeben sich aus dem Akteninhalt.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hierzu erwogen:

III.1. Gemäß § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 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 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 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 § 2 Abs. 4 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. Einzuziehen sind jene Gegenstände, mit denen gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wird.

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass nicht festgestellt werden konnte, ob mit den gegenständlichen Glücksspielgeräten verbotene Ausspielungen angeboten wurden. Es kann daher nicht festgestellt werden, ob mit diesen Geräten gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wurde und liegen somit die Voraussetzungen für eine Einziehung nicht vor.

Im Ergebnis war daher den Beschwerden stattzugeben und der angefochtene Bescheid aufzuheben. Auf das weitere Vorbringen war daher nicht näher einzugehen.

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 Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu den Einziehungsvoraussetzungen von Glücksspielgeräten ab.

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. Zauner