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-413386/9/Bm/TKi

Datum:
Linz, 24. September 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde des Finanzamtes X gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 11. April 2019, GZ: BHKI-2019-106547/2-Fe, betreffend eine Beschlagnahme nach dem Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 4. September 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der Spruch des angefochtenen Bescheides dahingehend abgeändert, dass dieser nunmehr wie folgt zu lauten hat:

„Gemäß § 53 Abs. 1 Z 1 lit. a Glücksspielgesetz (GSpG) wird zur Sicherung der Einziehung über das durch Organe des Finanzamtes X am 23. Februar 2019 im Lokal ‚X' X, Xln, vorläufig beschlagnahmte Glücksspielgerät mit der Bezeichnung

- Bier Automat, Serien-Nr. X, Typenbezeichnung Bier Automat, Versiegelungsplaketten-Nr.: X,

die Beschlagnahme angeordnet."

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision zulässig.

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 Kirchdorf (in der Folge: belangte Behörde) vom 11. April 2019, GZ: BHKI-2019-106547/2-Fe, wurde die Beschlagnahme des am 23. Februar 2019 in X, X, von der Finanzpolizei X vorläufig beschlagnahmten, im Spruch näher bezeichneten Gerätes gemäß § 4 Abs. 3 GSpG aufgehoben.

I.2. Der Bescheid wurde zusammengefasst damit begründet, dass es sich bei dem gegenständlichen Gerät um ein Glücksrad mit einem Höchsteinsatz von 1 Euro handle. Es könne kein Geld, sondern lediglich Token gewonnen werden, welche in einen Warengutschein umtauschbar seien. Damit handle es sich um eine Warenausspielung mit Glücksspielautomaten, welche nicht dem Glücksspielmonopol des Bundes unterliegen.

I.3. Gegen diesen Bescheid erhob das Finanzamt X (in der Folge: Bf) Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich.

Begründend brachte die Bf zusammengefasst vor, dass das gegenständliche Gerät zweifelsfrei mit jenem des elektronischen Glücksrades mit der Bezeichnung „Fun Wechsler“ vergleichbar sei, welches vom Verwaltungsgerichtshof in zahlreichen Entscheidungen als elektronisches Glücksspielgerät qualifiziert worden sei.

Die am Ende der Spieltätigkeit vorhandenen Token, also die erzielten Spielgewinne, seien vom Lokalbetreiber gegen Ausfolgung eines Gutscheines über den entsprechenden Euro-Betrag entgegengenommen und ausbezahlt worden.
Mit dem Gerät seien also keinesfalls Waren, sondern bloß Geldgewinne in Form von geldwerten Spielmünzen ausgefolgt worden. Selbst wenn der Lokalbetreiber bloß Gutscheine und in weiterer Folge Getränke ausgefolgt hätte, handle es sich jedenfalls um vermögenswerte Gegenleistungen.

Die Einnahmen aus den vorliegenden Glücksspielveranstaltungen seien dem Glücksspielveranstalter zugeflossen, welcher selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt habe. Der Glücksspielveranstalter sei also als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.

Einem Einsatz von 1 Euro seien Gewinne in Form der in bestimmten Feldern auf der Glücksradscheibe dargestellten Geldbeträge in Aussicht gestellt worden. Die gegenständlichen Glücksspiele seien also in Form von Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 GSpG veranstaltet worden.

Eine Konzession oder Bewilligung sei weder nach dem GSpG noch nach landesrechtlichen Bestimmungen vorgesehen und sei somit auch nicht erteilt worden, weshalb die verfahrensgegenständlichen Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet worden seien, an denen vom Inland aus teilgenommen werde haben können.

Zur wirksamen Unterbindung weiterer Eingriffe in das Glücksspielmonopol des Bundes durch fortgesetzten Verstoß gegen § 52 Abs. 1 Z 1 erstes und drittes Tatbild GSpG sowie zur Sicherung der gemäß § 54 Abs. 1 GSpG zwingend vorgesehenen Einziehung, sei unverzüglich die Beschlagnahme anzuordnen gewesen.

Die belangte Behörde habe die Aufhebung der Beschlagnahme fälschlicherweise damit begründet, dass es sich im vorliegenden Fall um Warenausspielungen handle. Mit dem gegenständlichen Gerät seien nämlich keinesfalls Waren, sondern geldwerte Spielmünzen ausgefolgt worden.

Der verfahrensgegenständliche Eingriffsgegenstand sei auch nicht als Schaustellergeschäft - also im Umherziehen - betrieben worden, sondern an einem festen Standort.

Abgesehen davon, dass das verfahrensgegenständliche Gerät keines der namentlich genannten Schaustellergeschäfte darstelle, weise es auch sonst keine mit diesen vergleichbaren, beurteilungsrelevanten Merkmale auf. Das als „Glücksrad“ bezeichnete Schaustellergeschäft stelle einen mechanischen Apparat, nicht jedoch ein elektronisches Glücksrad mit Glücksspielprogramm dar.

Die Frage, ob es sich bei dem gegenständlichen Gerät um einen Glücksspielautomaten im Sinne des § 2 Abs. 3 GSpG handle, könne aus den im Akt einliegenden Feststellungen und Dokumentationen gerade nicht schlüssig und nachvollziehbar beantwortet werden.

Somit würden die Ausnahmebestimmungen des § 4 Abs. 3 GSpG auf das verfahrensgegenständliche Gerät nicht zutreffen.

Darüber hinaus habe die belangte Behörde den angefochtenen Bescheid mit einem Verfahrensfehler belastet, zumal sie entgegen der in § 50 Abs. 6 GSpG normierten Verpflichtung die beabsichtigte Aufhebung der Beschlagnahme der Bf nicht zur Stellungnahme übermittelt habe.

I.4. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt Verwaltungsakt mit Schreiben vom 16. Mai 2019, eingelangt am 20. Mai 2019, zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat das gegenständliche Verfahren sowie das Verfahren mit der GZ: LVwG-413387, die beide die finanzpolizeiliche Kontrolle am 23. Februar 2019 in X, X, im Lokal mit der Bezeichnung „X“ betreffen, zu einer gemeinsamen öffentlichen mündlichen Verhandlung am 4. September 2019 verbunden. Zu dieser sind der Vertreter der Bf, Vertreter der beteiligten Parteien X KG und S sowie der geladene Zeuge S J, der die Bespielung im Rahmen der Kontrolle durchgeführt hatte, erschienen. Die belangte Behörde sowie der geladene Zeuge M H hatten die Teilnahme im Vorfeld entschuldigt.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt (insbesondere in die im Akt einliegende Niederschrift vom 23. Februar 2019 und die GSp26-Dokumentation) und Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 4. September 2019.

II.2. Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 23. Februar 2019 im Lokal mit der Bezeichnung „X“ wurde folgendes Gerät in einem öffentlich zugänglichen Bereich betriebsbereit aufgestellt und voll funktionsfähig vorgefunden:

Nr.	Gehäusebezeichnung	Serien-Nr.	Typenbezeichnung	Versiegelungs-plaketten-Nr.
FA-01	Bier Automat	X	Bier Automat	X

Das verfahrensgegenständliche Gerät war seit etwa zwei Monaten bis zum Tag der Kontrolle am 23. Februar 2019 im Lokal aufgestellt, um mit der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen und stand in diesem Zeitraum in einem öffentlich zugänglichen Bereich im oa. Lokal eingeschaltet und betriebsbereit für Spieler zur Verfügung. Es lag keine glücksspielrechtliche Konzession oder Bewilligung irgendeiner Art vor.

Das Lokal „X“ wird von der X KG betrieben. Es ist in zwei Räume gegliedert und verfügt über ca. 70 Verabreichungsplätze.
Das gegenständliche Gerät ist im Eigentum der S und wurde von dieser dem Lokalbetreiber zur Verfügung gestellt, um damit nachhaltig Einnahmen zu erzielen.

Die einschreitenden Organe der Finanzpolizei konnten auf dem verfahrensgegenständlichen Gerät Probespiele durchführen. Einem Höchsteinsatz von 1 Euro stand ein in Aussicht gestellter Höchstgewinn von 20 Euro gegenüber.

Der Spielablauf stellte sich wie folgt dar:

Nach dem Einwurf von 10 Euro begann das Gerät, ohne eine Taste zu betätigen, zu laufen. Es wurde für jeden Umlauf der Betrag von 1 Euro heruntergezählt bis zum Stand „0“. Bei Betätigung der nicht beschrifteten Tasten (rot und grün) wurde keine Veränderung beobachtet bzw. konnte der Lauf des Gerätes nicht gestoppt werden.
Auf dem Gerät befinden sich die Zahlen 2, 4, 6, 8 und 20 sowie Leerfelder, die beim Lauf des Gerätes beleuchtet werden.
Bei einem Umlauf werden die einzelnen Felder beleuchtet. Auf einem Leerfeld erfolgt kein Auswurf von Token.
Als der Umlauf beim Feld mit der Zahl 20 stehen blieb, wurden 20 Token ausgeworfen, beim Feld mit der Zahl 8 8 Token.
Beim Drücken der roten und grünen Taste während des Umlaufes wurde keine Funktion beobachtet. Das Spielergebnis hängt ausschließlich vom Zufall ab, Spieler haben keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele im großen Walzenlauf zu nehmen.

Die am Ende der Spieltätigkeit insgesamt vorhandenen Token, also die erzielten Spielgewinne, wurden vom Lokalbetreiber gegen Ausfolgung eines Gutscheines über den entsprechenden Euro-Betrag entgegengenommen. Dieser Gutschein konnte im Lokal mit der Bezeichnung „X“ für Speisen und Getränke eingelöst werden.

II.3.1. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie das dabei vorgefundene Gerät, insbesondere auch dessen Betriebsbereitschaft und Betriebsdauer, in einem öffentlich zugänglichen Bereich und dass Gewinne in Form von in Gutscheine umtauschbare Token erspielt werden konnten, gründen vor allem auf der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, der GSpG26-Dokumentation sowie der niederschriftlichen Aussage des bei der Kontrolle anwesenden B B und der Aussage des bei der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 4. September 2019 gehörten Zeugen S J. Für das erkennende Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ergaben sich daher weder aus dem Akt noch dem Beweisverfahren Hinweise, die gegen diese Feststellungen sprechen.

Die Anzeige enthält auch eine Beschreibung der Spielabläufe. Die Funktionsweise des gegenständlichen Gerätes, dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich neben den Aufzeichnungen zur gegenständlichen Kontrolle aus den Aussagen des Zeugen S J bei der mündlichen Verhandlung und blieb darüber hinaus während der gesamten Dauer des Verfahrens unbestritten.

Dass das Gerät zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass

dieses Gerät betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten des Lokals aufgestellt war und die Funktionsweise des Gerätes eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass das Gerät aus reiner Freigiebigkeit betrieben worden wäre.

II.3.2. Die Feststellungen bezüglich der Eigentumsverhältnisse an dem Gerät ergaben sich ebenfalls aus dem Akt und sind unwidersprochen geblieben.

Dass keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für das gegenständliche Gerät und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, folgt für das erkennende Gericht daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle noch im behördlichen Verfahren bzw. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurde und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde. Ebenso ist eine solche der Homepage des BMF <https://www.bmf.gv.at/steuern/gluecksspiel-spielerschutz/inoesterreich/gspg-konzessionaere.html> nicht entnehmbar.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Maßgebliche Rechtslage:

Die im gegenständlichen Verfahren maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens, über die Änderung des Bundeshaushaltsgesetzes und über die Aufhebung des Bundesgesetzes betreffend Lebensversicherungen mit Auslosung (in weiterer Folge kurz: Glücksspielgesetz - GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 107/2017, lauten auszugsweise wie folgt:

„Glücksspiele

§ 1. (1) Ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt. [...]

Ausspielungen

§ 2. (1) Ausspielungen sind 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).

(2) Unternehmer ist, 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.
(3) Eine Ausspielung mit Glücksspielautomaten liegt vor, wenn die Entscheidung über das Spielergebnis nicht zentralseitig, sondern durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung im Glücksspielautomaten selbst erfolgt. [...]
(4) Verbotene Ausspielungen 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.

Ausnahmen aus dem Glücksspielmonopol

§ 4. [...]
(3) Warenausspielungen mit Glücksspielautomaten unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol des Bundes, wenn die vermögenswerte Leistung nach § 2 Abs. 1 Z 2 den Betrag oder den Gegenwert von 1 Euro nicht übersteigt und es sich um die Schaustellergeschäfte des ‚Fadenziehens', ‚Stoppelziehens', ‚Glücksrades', ‚Blinkers', ‚Fische- oder Entenangelns', ‚Plattenangelns', ‚Fische- oder Entenangelns mit Magneten', ‚Plattenangelns mit Magneten', ‚Zahlenkesselspiels', ‚Zetteltopfspiels' sowie um diesen ähnliche Spiele handelt. Eine Warenausspielung liegt nicht vor, wenn die Einlösung des Gewinns in Geld möglich ist.
[...]

Behörden und Verfahren

§ 50. (1) Für Strafverfahren und Betriebsschließungen nach diesem Bundesgesetz sind die Bezirksverwaltungsbehörden, im Gebiet einer Gemeinde, für das die Landespolizeidirektion zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, die Landespolizeidirektion zuständig. Gegen diese Entscheidungen kann Beschwerde an ein Verwaltungsgericht des Landes erhoben werden. [...]
(5) Die Abgabenbehörde hat in Verwaltungsverfahren nach §§ 52, 53 und 54 dann, wenn zu der Verwaltungsübertretung eine von ihr stammende Anzeige vorliegt, Parteistellung und kann Beschwerde gegen Bescheide sowie Einspruch gegen Strafverfügungen erheben.
[...]
(7) Der Bundesminister für Finanzen ist berechtigt, gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte der Länder sowie des Bundesverwaltungsgerichtes und des Bundesfinanzgerichtes Revision an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben. Die Verwaltungsgerichte der Länder [...] haben Ausfertigungen glücksspielrechtlicher Entscheidungen unverzüglich dem Bundesminister für Finanzen zu übermitteln. [...]
(10) Erwachsen einer Behörde bei einer Amtshandlung im Zusammenhang mit dem Beschlagnahme- oder Einziehungsverfahren Barauslagen, so sind diese den Bestraften zur ungeteilten Hand im Strafbescheid, allenfalls mittels gesonderten Bescheids, aufzuerlegen.
[...]

Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 52. (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22.000 Euro zu bestrafen, 1. 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; [...] [...]
(2) Bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen ist für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro zu verhängen.
(3) Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.
(4) [...] Gegenstände, mit deren Hilfe eine verbotene Ausspielung im Sinne des § 2 Abs. 4 durchgeführt oder auf andere Weise in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, unterliegen, sofern sie nicht gemäß § 54 einzuziehen sind, dem Verfall. [...]

Beschlagnahmen

§ 53. (1) Die Behörde kann 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 [...]

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

   [...]

(2) Die Organe der öffentlichen Aufsicht können die in Abs. 1 genannten Gegenstände auch aus eigener Macht vorläufig in Beschlag nehmen, um unverzüglich sicherzustellen, daß die Verwaltungsübertretungen gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs. 1 nicht fortgesetzt begangen oder wiederholt werden. [...]
(3) Die Behörde hat in den Fällen des Abs. 2 unverzüglich das Verfahren zur Erlassung des Beschlagnahmebescheides einzuleiten und Ermittlungen zur Feststellung von Identität und Aufenthalt des Eigentümers der Gegenstände, des Veranstalters und des Inhabers zu führen. Soweit nach der vorläufigen Beschlagnahme keine dieser Personen binnen vier Wochen ermittelt werden kann oder sich keine von diesen binnen vier Wochen meldet oder die genannten Personen zwar bekannt, aber unbekannten Aufenthaltes sind, so kann auf die Beschlagnahme selbständig erkannt werden, wenn im übrigen die Voraussetzungen

dafür vorliegen. Die Zustellung des Bescheides kann in einem solchen Fall durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen.
[...]

Einziehung

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

III.2. Zu den Voraussetzungen für eine Beschlagnahme:

Eine Beschlagnahme nach § 53 Abs. 1 GSpG setzt lediglich den Verdacht des Verstoßes mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG voraus (vgl. etwa VwGH 26.01.2009, 2005/17/0223, mit Hinweis auf VwGH 24.04.2007, 2004/05/0268). Das Vorliegen eines Glücksspiels im Einzelnen muss für die Begründung eines substantiierten Verdachtes im Beschlagnahmeverfahren noch nicht nachgewiesen werden (vgl. etwa VwGH 13.12.2016, Ra 2016/09/0054), insofern ist eine abschließende, einer juristischen „Feinprüfung“ standhaltende Qualifikation eines Spiels als Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel im Beschlagnahmebescheid noch nicht erforderlich (vgl. VwGH 23.02.2012, 2012/17/0033; 15.01.2014, 2012/17/0587). Überdies bedarf es keiner abschließenden Klärung, ob ein Glücksspielautomat im Sinne des § 2 Abs. 3 GSpG vorlag, oder aber ein Gerät, bei dem das Spielergebnis zentralseitig herbeigeführt wird (vgl. etwa VwGH 27.04.2012, 2011/17/0074).

Anders als in einem allfälligen Strafverfahren, bei dem naturgemäß ein umfassendes, verdichtetes Ermittlungsverfahren zu einem abschließenden und unzweifelhaften Ermittlungsergebnis führen muss, erschöpft sich die Ermittlungspflicht im Rahmen eines Beschlagnahmeverfahrens nach § 53 Abs. 1 GSpG somit im Nachweis des Verdachts eines GSpG-Verstoßes.

III.2.1. Mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät können Spiele durchgeführt werden, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Die Spieler können weder durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen.

Angesichts des Umstandes, dass ein Geldeinsatz zu leisten war, besteht auch der Verdacht, dass dieses Gerät betrieben bzw. zugänglich gemacht wurde, um damit selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Da die Spieler auch Einsätze leisten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt wird, handelt es sich um

Ausspielungen im Sinne des GSpG. An dieser Stelle ist lediglich ergänzend anzumerken, dass der Gewinn nicht zwingend in Form von Geld ausbezahlt werden muss, sondern auch Sachwerte ausgefolgt werden können (vgl. VwGH 20.05.2003, 2002/05/1514). Da für die Ausspielungen im vorliegenden Fall aber keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und die Beteiligten von diesem auch nicht ausgenommen sind, handelt es sich bei diesen Ausspielungen auch um verbotene gemäß § 2 Abs. 4 GSpG.

III.2.2. Das Gerät war jedenfalls zum Zeitpunkt der Kontrolle seit ca. zwei Monaten betriebsbereit aufgestellt, weshalb der Verdacht eines fortgesetzten Verstoßes gegen das GSpG besteht.

Schon aufgrund der Funktionsweise des Gerätes (kurze Spieldauer, wobei auch nicht ausgeschlossen ist, dass Spieler mehrere Einzelspiele hintereinander spielen) kann nicht von einer Geringfügigkeit ausgegangen werden (vgl. VwGH 30.01.2013, 2012/17/0370, in dem das Höchstgericht bei einem Maximaleinsatz von 2 Euro die Begründung der belangten Behörde, dass nicht von einem geringfügigen Verstoß auszugehen wäre, nicht beanstandete).

III.2.3. § 52 Abs. 4 GSpG sieht für derartige Eingriffsgegenstände den Verfall, § 54 Abs. 1 leg. cit. die Einziehung vor, weshalb die Voraussetzungen für die Beschlagnahme - als eine (schuldunabhängige) vorbeugende Maßnahme - dieses Gerätes gegeben sind.

III.3. Zur Ausnahme aus dem Glücksspielmonopol gemäß § 4 Abs. 3 GSpG:

Gemäß § 4 Abs. 3 GSpG fallen Warenausspielungen nicht unter das Glücksspielmonopol des Bundes, wenn sie kumulativ zwei Voraussetzungen erfüllen.

Zum einen - und das ist im vorliegenden Fall unbestrittenermaßen zutreffend - darf die vermögenswerte Leistung nach § 2 Abs. 1 Z 2 den Betrag oder den Gegenwert von 1 Euro nicht übersteigen.

Zum anderen muss es sich um ein in § 4 Abs. 3 GSpG beschriebenes oder diesem ähnliches Schaustellergeschäft handeln.

Schausteller sind Personen, die gewerbsmäßig Jahrmärkte und Volksfeste mit ihrem der Unterhaltung und Belustigung dienenden Unternehmen beschicken. Für die Tätigkeit als Schausteller ist maßgebend, ob die Leistungen entweder auf gelegentlich stattfindenden Jahrmärkten, Volksfesten, Messen oder aber im Rahmen von ortsgebundenen festen Rummelplätzen erbracht werden (vgl. VwGH 27.07.1994, 93/13/0263, in Bezug auf § 10 Abs. 3 Z 8 UStG).

Der gegenständliche Eingriffsgegenstand befand sich bereits seit etwa zwei Monaten als ständige Einrichtung im Lokal mit der Bezeichnung „X“. Dessen (geplante) Verwendung auf einem Jahrmarkt oder einer ähnlichen Veranstaltung wurde nicht behauptet und scheint bei realitätsnaher Betrachtung auch nicht denkbar. Ebenso ausgeschlossen erscheint die Qualifikation des Lokals mit der Bezeichnung „X“ (bestehend aus zwei Räumlichkeiten und ca. 70 Verabreichungsplätzen) als „Rummelplatz“ im Sinne der oben zitierten Rechtsprechung.

Alleine aus diesen Tatsachen ist zweifelsfrei ableitbar, dass es sich gegenständlich nicht um ein Schaustellergeschäft im Sinne des § 4 Abs. 3 GSpG handelt.

In Anbetracht der Gesamtheit der Umstände kann dem Gesetzgeber aus Sicht des erkennenden Gerichtes auch nicht die Absicht unterstellt werden, Sachverhalte wie die hier zu beurteilenden unter die Ausnahme des § 4 Abs. 3 GSpG zu subsumieren. Handelt es sich auch um eine Warenausspielung im Sinne des § 4 Abs. 3 GSpG (vgl. VwGH 14.05.1976, 2242/75, in dieser Entscheidung qualifiziert das Höchstgericht auch Jetons als Waren im Sinne des § 4 Abs. 3 GSpG), so lassen sich darüber hinaus keinerlei Gemeinsamkeiten mit typischerweise auf § 4 Abs. 3 GSpG anwendbare Sachverhalte finden. Zweck der Norm ist die Verhinderung der Pönalisierung von nur gelegentlich stattfindenden Spielen auf Jahrmärkten oder ähnlichen Veranstaltungen, die primär der Unterhaltung dienen, nicht jedoch die Legitimation eines permanent in einem Lokal befindlichen Gerätes mit einer Funktionsweise, die für Geräte, mit denen in das Glücksspielmonopol eingegriffen wird, geradezu typisch ist.

III.4. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass der begründete Verdacht besteht, dass mit dem verfahrensgegenständlichen Gegenstand gegen das GSpG verstoßen wird und dieser Verstoß nicht geringfügig war. Es war somit im Ergebnis der Beschwerde Folge zu geben und spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, da eine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Diesbezüglich ist zu bemerken, dass insbesondere in Bezug auf das in § 4 Abs. 3 GSpG normierte Tatbestandsmerkmal des „Schaustellergeschäftes“ ein expliziter Ausspruch des Verwaltungsgerichtshofes - soweit dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bekannt - nicht vorhanden ist.

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 ordentlichen 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 für das Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof 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.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Verfahrenshilfe für das Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof 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.
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; 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.
Ein Antrag auf Verfahrenshilfe ist innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier