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-413422/2/KH

Datum:
Linz, 9. Juli 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde der A G GmbH, vertreten durch S H Rechtsanwälte, gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 15. Mai 2019, GZ: VStV/917301883150/2017, betreffend eine Einziehung nach dem Glücksspielgesetz (GSpG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde 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. Verfahrensgang:

1. Mit Bescheid vom 15. Mai 2019, GZ: VStV/917301883150/2017, verfügte die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) gegenüber der A G GmbH (im Folgenden: Beschwerdeführerin – Bf) die Einziehung der im Bescheid genannten, mit FA1) bis FA8) versehenen Eingriffsgegenstände gemäß § 54 Glücksspielgesetz (GSpG).

2. In ihrer dagegen fristgerecht erhobenen Beschwerde brachte die Bf vor, dass kein Verstoß gegen § 52 GSpG vorliege und das Glücksspielgesetz unionsrechtswidrig sei.

3. Die belangte Behörde übermittelte die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Dieses entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts steht folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt fest:

1. Die belangte Behörde verfügte mit Bescheid vom 13. Dezember 2017, GZ: VStV/917301883150/2017, die Beschlagnahme der nachstehend aufgelisteten Geräte:

FA 1), Gehäusebezeichnung	Seriennr.:	keine
FA 2), Gehäusebezeichnung	Seriennr.:	keine
FA 3), Gehäusebezeichnung	Seriennr.:	keine
FA 4), Gehäusebezeichnung	Seriennr.:	keine
FA 5), Gehäusebezeichnung	Seriennr.:	keine
FA 6), Gehäusebezeichnung	Seriennr.:	keine
FA 7), Gehäusebezeichnung „ELITE“	Seriennr.:	keine
FA 8), Gehäusebezeichnung „ELITE“	Seriennr.:	keine

Dieser Beschlagnahmebescheid wurde vom Landesverwaltungsgericht mit Erkenntnis vom 14. März 2018, GZ: LVwG-412576/9, bestätigt. Eine dagegen von der Bf erhobene Revision an den VwGH wurde von diesem zurückgewiesen.

2. Alle acht oben angeführten, im Lokal „X“, L, aufgestellten Geräte waren bei der von der Finanzpolizei am 22. Oktober 2017 um 15:20 Uhr durchgeführten Kontrolle nach dem GSpG ausgeschaltet. Von den Organen der Finanzpolizei wurden keine Probespiele durchgeführt. Die Geräte waren noch betriebswarm, jedoch waren alle Bildschirme schwarz. Das Gerät FA1) konnte mit einer externen

Stromquelle in Betrieb genommen werden, jedoch konnte keine Internetverbindung hergestellt werden. Die Geräte FA2) bis FA8) konnten aufgrund eines nachfolgenden Stromausfalls nicht in Betrieb genommen werden. In den Geldladen der Geräte befand sich mit Ausnahme des Geräts FA2) Geld (30 Euro/50 Euro/20 Euro/245 Euro/305 Euro/40 Euro/20 Euro).

3. Die Bf war zum Zeitpunkt der Kontrolle Betreiberin des Lokals „X“ und ist eine GmbH nach österreichischem Recht.

4. Es kann nicht festgestellt werden, dass es sich bei den angeführten Geräten FA1) bis FA8) um Glücksspielgeräte handelt. Auch kann die Funktionsweise der Geräte und der sich darauf befindlichen Spiele nicht festgestellt werden. Insbesondere kann nicht festgestellt werden, dass verbotene Ausspielungen stattfanden und dass ein Verstoß gegen § 52 Abs. 1 GSpG vorlag.

III. Beweiswürdigung:

1. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Behördenakt. Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung entfiel gemäß § 44 Abs. 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwGVG), da bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass der angefochtene Bescheid aufzuheben ist. Der Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren.

2. Die Feststellungen zu den Geräten FA1) bis FA8) ergeben sich aus den dem Akt beiliegenden GSp26-Formularen bzw. den Zeugenaussagen im Verfahren LVwG-412576 (Beschlagnahmeverfahren). Hiezu ist festzuhalten, dass es im Rahmen der gegenständlichen Kontrolle nicht möglich war, eine Anzeige auf einem der Bildschirme der Geräte FA1) bis FA8) herzustellen.

3. Aufgrund des abgeführten Beweisverfahrens konnte ein Sachverhalt im Sinn einer Verwirklichung eines Verstoßes gegen § 52 Abs. 1 GSpG nicht mit der erforderlichen, an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit festgestellt werden. Zwar machen die Geräte FA1) bis FA8) den Eindruck, Glücksspielgeräte zu sein und lässt der Umstand, dass die Geräte warm waren und dass sich Geld in den Geldladen in sieben von acht Geräten befand, den Schluss zu, dass sie vor Kurzem noch in Betrieb waren, jedoch ist ungeklärt, ob die Geräte betriebsbereit waren, also in eingeschaltetem Zustand auch funktionierten und ob Glücksspiele damit gespielt werden konnten. Es besteht insofern ein Verdacht, der für die Beschlagnahme der Geräte ausgereicht hat, jedoch kann ein Verstoß gegen § 52 Abs. 1 GSpG nicht mit der erforderlichen Sicherheit festgestellt werden bzw. sind Beweismittel (z.B. Spieler, die als Zeugen vernommen werden könnten), die zu einem anderen Ergebnis führen könnten, nicht vorhanden.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

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.

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;
   [...]

[...]

(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 selbstständig 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.
[...]“

2. Voraussetzung für eine Einziehung nach § 54 GSpG ist ein Verstoß gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG, um weitere Verwaltungsübertretungen gemäß § 52 Abs. 1 leg. cit. zu verhindern.

2.1. Im gegenständlichen Fall liegt zwar eine rechtskräftige Beschlagnahme der gegenständlichen Geräte FA1) bis FA8) vor, jedoch wurde auf der Grundlage der Kontrolle am 22. Oktober 2018 im Lokal „S“ keine rechtskräftige Verwaltungsstrafe wegen eines Verstoßes gegen § 52 Abs. 1 GSpG verhängt. Aus diesem Grund hat

das Landesverwaltungsgericht im gegenständlichen Einziehungsverfahren selbst Ermittlungen hinsichtlich eines Verstoßes gegen § 52 Abs. 1 GSpG durchgeführt.

2.2. Zu den verfahrensgegenständlichen Geräten ist festzuhalten, dass keine Feststellungen dazu, ob Glücksspiele bzw. verbotene Ausspielungen vorlagen, möglich sind. Auf den Geräten wurden weder Probespiele vorgenommen, noch Spieler beobachtet, da alle Geräte bereits zu Beginn der Kontrolle ausgeschaltet waren. Alleine aus dem Umstand, dass die Geräte betriebswarm waren und sich in fast allen Geräten Geld befand, kann nicht mit der erforderlichen Sicherheit geschlossen werden, dass auch mit den verfahrensgegenständlichen Geräten verbotene Ausspielungen durchgeführt worden sind. Es sind dies Indizien, die eine Verdachtslage schaffen, jedoch reichen sie für einen Nachweis eines Verstoßes gegen § 52 Abs. 1 GSpG nicht hin, weil sie nur äußere Umstände beweisen, nicht jedoch die Funktionsweise der Geräte selbst.

2.3. Da im gegenständlichen Fall kein Verstoß gegen § 52 Abs. 1 GSpG festgestellt werden kann, liegen die in § 54 Abs. 1 leg.cit. geforderten Voraussetzungen für eine Einziehung nicht vor und ist der angefochtene Bescheid zu beheben.

Somit war 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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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. Hörzing