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-414157/7/BMa/HUE – 414158/2

Datum:

Linz, 21. April 2022

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerden 1) des M K, x, und 2) der P GmbH, x, eingebracht von Rechtsanwalt Dr. F M, x, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 20. September 2022, Zl. BHKI-2018-522571/4-MEU, wegen der Einziehung von Glücksspielgeräten nach dem Glücksspielgesetz den

B E S C H L U S S

I. Die Beschwerden werden als unzulässig zurückgewiesen.

II. Gegen diesen Beschluss 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 Kirchdorf vom 20. September 2022, Zl. BHKI-2018-522571/4-MEU, der sowohl an den Erstbeschwerdeführer (im Folgenden: ErstBf), an die Zweitbeschwerdeführerin (im Folgenden: ZweitBf) als auch an das Amt für Betrugsbekämpfung - Bereich Finanzpolizei adressiert wurde, wurde wie folgt abgesprochen:

„Bescheid

Von der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung ergeht folgender

Spruch:

Die Einziehung der mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems, vom 16. Februar 2016, GZ. Pol01-16-2016, gemäß § 53 Abs. 1 Z. 1 lit. a Glücksspielgesetz beschlagnahmten Glücksspielgeräte mit den Bezeichnungen

FA-Geräte Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typenbezeichnung	Versiegelungs-plakettennummer
1	Auftragsterminals	x	Keine	A054232-A054236
2	Auftragsterminals	x	Keine	A054237-A054241
3	4 Kassenschlüssel			
4	1 Asus Laptop			
5	1 Birch Scanner			
6	1 Asus Netzgerät			

mit denen bis 25.01.2016 im ‚J C' in x, Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, veranstaltet bzw. durchgeführt wurden und mit denen gegen die Bestimmungen des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG verstoßen wurde, wird zur Verhinderung weiterer Verwaltungsübertretungen gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG angeordnet.

Rechtsgrundlage:
§ 54 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 105/2014“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Dieser Bescheid wurde damit begründet, dass es sich um Glücksspielgeräte handle und mit diesen fortgesetzt gegen die Bestimmungen des Glücksspielgesetzes verstoßen worden sei. Die Glücksspieleigenschaft der Geräte sei einwandfrei festgestellt und diese bereits beschlagnahmt worden. Die P sei Eigentümerin der Geräte. Der Verstoß sei nicht geringfügig gewesen, da im gegenständlichen Fall durch öffentliche Aufstellung der Geräte in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen worden sei.

I.2. Mit Schreiben vom 18. Oktober 2022 erhob der Rechtsvertreter namens der beiden Beschwerdeführer und dem Hinweis „Vollmacht erteilt“ fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde, mit welcher beantragt wurde, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Einziehungsverfahren einzustellen. Begründend wird im Rechtsmittel auf das Wesentliche zusammengefasst vorgebracht, dass Begründungsmängel

vorliegen würden und die belangte Behörde ergänzende Ermittlungen durchführen hätte müssen. Zudem hätte die Behörde Verfahrensfehler begangen und wäre unzuständig gewesen. Auch hätte eine unrichtige rechtliche Beurteilung stattgefunden.
Mit Verweis auf die Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte sowie auf jene des EuGH wird die Vereinbarkeit des Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht angezweifelt.

I.3. Mit Schreiben vom 2. November 2022 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerden den bezughabenden Verwaltungsakt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

II. Sachverhalt:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation.

Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte gem. § 44 Abs. 2 VwGVG abgesehen werden, da bereits aus der Aktenlage feststeht, dass die Beschwerden zurückzuweisen sind.

II.2. Mit Beschluss des Landesgerichts Wels vom 01.06.2022, Zl. 20 S 39/22v, wurde über die P GmbH ein Konkursverfahren eröffnet.

Der Masseverwalter der P GmbH teilte am 25.11.2022 dem Landesverwaltungsgericht auf Anfrage mit, dass eine Bevollmächtigung oder Beauftragung an Rechtsanwalt Dr. M zur Vertretung der P GmbH im gegenständlichen Verfahren nicht erfolgt ist. Dazu wurde seitens Rechtsanwalt Dr. M – trotz eingeräumter Möglichkeit – keine Stellungnahme abgegeben.

Zudem wurde in das Beschlagnahme- bzw. die Strafverfahren zu LVwG-411350-411352 bzw. 411649, 411650 und 411651 Einsicht genommen.

II.3. Folgender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 25. Jänner 2016 im Lokal „J C“ in x, durchgeführten Kontrolle wurden die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses genannten Geräte und sonstigen Eingriffsgegenstände betriebsbereit vorgefunden und beschlagnahmt. Die P GmbH ist Eigentümerin der Geräte und sonstigen Eingriffsgegenstände, welche vom 11. September 2015 bis zum Tag der Kontrolle aufgestellt waren, und war nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr	Spiel	mögliche Einsätze	in Aussicht gestellte Gewinne
1	Ring of the Fire XL	0,20 - 5,50 Euro	20 Euro + bis zu 898 SG
2	Ring of the Fire XL	0,20 – 4 Euro	20 Euro + bis zu 898 SG

Der Spielablauf dieser virtuellen Walzenspiele stellt sich wie folgt dar:
Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen wurden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wurde mit der Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.

Die verfahrensgegenständlichen Geräte und sonstigen Eingriffsgegenstände wurden dem Lokalbetreiber von der P GmbH zur Durchführung von Glücksspielen gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, um daraus selbständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen.

II.4. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei samt Aktenvermerk, der GSp26-Dokumentation sowie aus den bisher gewonnenen Erkenntnissen mit gleichartigen Geräten. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich weiters aus den beigezogenen weiter oben angeführten Beschlagnahme- und Strafakten samt den dabei durchgeführten mündlichen Verhandlungen samt Zeugeneinvernahmen zur gegenständlichen Kontrolle und aus dem Schriftverkehr mit dem Masseverwalter der P GmbH.

Dass die Geräte und sonstigen Eingriffsgegenstände zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass die Aufstellung von Geräten, an denen

gegen In-Aussicht-Stellen von Gewinnen Einsätze geleistet werden können, in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals letztlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesen Geräten zu erzielen. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung des Geräts aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich aus den schlüssigen und glaubwürdigen Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle durch die Finanzpolizei und aus den Aussagen der im Rahmen der mündlichen Verhandlungen einvernommenen Zeugen.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Rechtliche Grundlagen

Gemäß § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz (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 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 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. Wie sich aus § 54 Abs. 2 GSpG ergibt, kann eine Einziehung von jenen Personen mittels Beschwerde angefochten werden, die ein Recht auf die von der Einziehung bedrohten Gegenstände haben oder ein solches geltend machen. Aus den Gesetzesmaterialien (RV 1067 BlgNR 17. GP 23) ergibt sich, dass bei den Rechten nach Abs. 2 an Eigentums-, Pfand-, Fruchtgenuss- und Zurückbehaltungsrechte gedacht wurde [ebenso Schwartz/Wohlfahrt, GSpG (2006) § 54 Rz 11].

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass Herr M K als natürliche Person weder Eigentümer der Geräte und sonstigen Eingriffsgegenstände ist, noch ihm sonst ein Recht an den im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräten und sonstigen Eingriffsgegenständen zukommt (ebenso wurde kein Recht geltend gemacht), welches eine Beschwerdelegitimation begründen würde.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes macht auch die Zustellung eines Bescheides an eine Person sie nicht zur Partei dieses Verfahrens, wenn die Voraussetzungen für die Parteistellung objektiv nicht gegeben sind (vgl. etwa VwGH 5.12.2013, 2012/17/0475 zu § 53 GSpG). Überträgt man diese Judikatur auf das Einziehungsverfahren, so wird Herr M K auch durch die Zustellung des angefochtenen Einziehungsbescheides nicht Partei des Verfahrens (zumal die Voraussetzungen für die Parteistellung objektiv nicht gegeben sind).

Im Ergebnis war daher die Beschwerde des Erstbeschwerdeführers mangels Beschwerdelegitimation als unzulässig zurückzuweisen.

III.2.2. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat weiters ergeben, dass die P GmbH Eigentümerin der gegenständlichen Geräte und sonstigen Eingriffsgegenstände ist.

Mit Beschluss des Landesgerichts Wels vom 01.06.2022, Zl. 20 S 39/22v, wurde über die P GmbH das Konkursverfahren eröffnet.

Gem. § 1024 ABGB sind Vertretungshandlungen des Machthabers ab der Bekanntmachung der Insolvenzeröffnung nicht rechtswirksam, wenn über das Vermögen des Machtgebers das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Machthabers erlischt dessen Vollmacht.

Somit ist auch eine gegebenenfalls früher an Rechtsanwalt Dr. M erteilte Vollmacht zur Vertretung der P GmbH im gegenständlichen Verfahren erloschen. Der Masseverwalter der P GmbH teilte am 25.11.2022 dem Landesverwaltungsgericht zudem auf Anfrage mit, dass eine Bevollmächtigung oder Beauftragung an Rechtsanwalt Dr. M zur Vertretung der P GmbH nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht erfolgt ist.

Aus diesem Grund war somit auch die Beschwerde von Rechtsanwalt Dr. M namens der Zweitbeschwerdeführerin mangels Bevollmächtigung als unzulässig zurückzuweisen. Damit erübrigt sich ein Eingehen auf die weiteren Beschwerdevorbringen.

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 bisherigen Rsp des VwGH ab, noch fehlt es an einer solchen. 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. Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine 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. Bergmayr-Mann