

TE Vwgh Erkenntnis 2009/1/26 2005/17/0223

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.01.2009

Index

34 Monopole;
40/01 Verwaltungsverfahren;

Norm

- AVG §45 Abs3;
AVG §56;
AVG §66 Abs4;
GSpG 1989 §53 Abs1 idF 1996/747;
GSpG 1989 §53 Abs3 idF 1996/747;
GSpG 1989 §53 idF 1996/747;
VStG §24;
VStG §51 Abs1;
1. AVG § 45 heute
 2. AVG § 45 gültig ab 01.02.1991
-
1. AVG § 56 heute
 2. AVG § 56 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
 3. AVG § 56 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
-
1. AVG § 66 heute
 2. AVG § 66 gültig ab 01.01.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
 3. AVG § 66 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.1998
-
1. VStG § 24 heute
 2. VStG § 24 gültig ab 15.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
 3. VStG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 14.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 4. VStG § 24 gültig von 26.03.2009 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 20/2009
 5. VStG § 24 gültig von 20.04.2002 bis 25.03.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 65/2002
 6. VStG § 24 gültig von 01.01.1999 bis 19.04.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
 7. VStG § 24 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 620/1995
 8. VStG § 24 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995
-
1. VStG § 51 gültig von 01.03.2013 bis 31.12.2013 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 33/2013
 2. VStG § 51 gültig von 01.11.2009 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2008
 3. VStG § 51 gültig von 01.01.2002 bis 31.10.2009 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001

4. VStG § 51 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. VStG § 51 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 620/1995
6. VStG § 51 gültig von 01.10.1993 bis 30.06.1995 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 666/1993
7. VStG § 51 gültig von 01.10.1993 bis 30.09.1993 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 755/1992
8. VStG § 51 gültig von 01.02.1991 bis 30.09.1993

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Köhler und Dr. Zens als Richter, im Beisein der Schriftführerin MMag. Gold, über die Beschwerde des D L in G, vertreten durch Mag. Dr. Angelika Tupy, Rechtsanwältin in 1090 Wien, Währinger Straße 18, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 22. Juli 2005, Zl. VwSen-300677/2/BMa/Be, betreffend Beschlagnahme eines Glücksspielautomaten, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat dem Beschwerdeführer Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.286,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

Mit Schreiben vom 4. April 2005 stellte der Beschwerdeführer einen Antrag auf Erteilung einer Spielapparatebewilligung für den Standort A in Oberösterreich. Der Antrag betraf einen Spielapparat "Kajot Winnerboy" mit der Seriennummer 4254 und dem Spielprogramm Magic Fun in der Version 3.0. Der Beschwerdeführer wies in dem Antrag darauf hin, dass es sich bei diesem Spielapparat mit dem Spielprogramm Magic Fun in der Version 3.0 um kein Glücksspiel handle, da es sich dabei um einen Apparat handle, der jenen Spielapparaten mit dem Spielprogramm Version 3.0, die dem Bescheid der belangten Behörde vom 27. Mai 2004 zu Grunde lagen, entsprachen. Diese Apparate seien vom Sachverständigen Ing. M als Geschicklichkeitsspielapparate eingestuft worden.

Anlässlich einer Kontrolle am 11. April 2005 durch ein Organ der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen wurde dieser Spielapparat sowie ein weiterer Spielapparat der Marke "Kajot Present Winnerboy", Seriennummer 4150, mit dem Spielprogramm Magic Fun 4.0 vorläufig beschlagnahmt.

Mit Bescheid vom 20. April 2005 der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen wurde die bescheidmäßige Beschlagnahme gemäß § Abs. 1 Z lit. a Glücksspielgesetz - GSpG, BGBl. Nr. 620/1989, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2004, gegenüber dem Beschwerdeführer ausgesprochen. Mit Bescheid vom 20. April 2005 der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen wurde die bescheidmäßige Beschlagnahme gemäß Paragraph Absatz eins, Z Litera a, Glücksspielgesetz - GSpG, Bundesgesetzblatt Nr. 620 aus 1989,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 136 aus 2004,, gegenüber dem Beschwerdeführer ausgesprochen.

Der Beschwerdeführer erhob als Beschuldigter des Strafverfahrens Berufung gegen diesen Beschlagnahmebescheid, in der er darauf verwies, dass die belangte Behörde zum Spielprogramm Magic Fun in der Version 3.0 bereits ausgesprochen habe, dass es sich bei diesem Programm um ein Geschicklichkeitsspiel handle. Die Behörde erster Instanz sei in Kenntnis der Entscheidung der belangten Behörde vom 27. Mai 2004 gewesen und habe überdies gewusst, dass die belangte Behörde sich in dem zitierten Bescheid auf das Gutachten eines gerichtlich beeedeten Sachverständigen stütze und im damaligen Verfahren den Beschlagnahmebescheid als nicht gerechtfertigt aufgehoben habe. Zum Spielprogramm Magic Fun in der Version 4.0 wurde in der Berufung ausgeführt, dass nach dem Gutachten eines renommierten Wissenschaftlers, Herrn Prof. Dr. Sch, von der Universität Marburg (Deutschland) dieses Spiel ebenfalls ein 100 prozentiges Geschicklichkeitsspiel sei. Es werde weder in den Teilergebnissen noch im Endergebnis von irgendeinem Zufallselement beeinflusst. Dieses Gutachten wurde vorgelegt.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Nach Wiedergabe des erstinstanzlichen Bescheides führt die belangte Behörde begründend aus, es gehe aus zwei Aktenvermerken hervor, dass am 11. April 2005 von der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen eine Kontrolle am Standort A durchgeführt worden sei. In der Betriebsstätte seien zwei Pokerautomaten (mit den oben angegebenen

Marken und Seriennummern) mit dem Spielprogramm Magic Fun 3.0 bzw. Magic Fun 4.0 betriebsbereit aufgestellt und ans Stromnetz angeschlossen vorgefunden worden.

Hinsichtlich des Apparats mit der Seriennummer 4150 habe der Betreiber einen Antrag auf Erteilung einer Spielapparatebewilligung gestellt, welcher mit Bescheid vom 5. November 2004 abgewiesen worden sei. Mit Eingabe vom 4. April 2005 sei auch für den Spielapparat mit der Seriennummer 4254 ein Antrag auf Erteilung einer Spielapparatebewilligung unter Anschluss einer Spielbeschreibung gestellt worden.

Der Beschwerdeführer habe auch den Bescheid des unabhängigen Verwaltungssenates vom 27. Mai 2004 vorgelegt.

Nach Wiedergabe einer durchgeführten Zeugeneinvernahme und dem Hinweis auf die "Klärung der Besitzverhältnisse an den Geräten und der entsprechenden Verantwortlichkeitszusammenhänge" wird ausgeführt, dass die belangte Behörde nach Einsicht in den vorgelegten Verwaltungsakt unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens festgestellt habe, dass der im Beschlagnahmeverfahren entscheidungswesentliche Sachverhalt "nicht substantiell bestritten" werde. Umstritten sei lediglich die Frage, ob die genannten Geräte mit den installierten Spielversionen als Glücksspiele oder als Geschicklichkeitsspiele zu qualifizieren seien und ob diese tatsächlich betriebsbereit aufgestellt gewesen seien.

Nach Ausführungen zur Berufslegitimation des Beschuldigten in einem Strafverfahren gegen einen Beschlagnahmebescheid und Wiedergabe des wesentlichen Inhalts der §§ 52 Abs. 1 Z 5 GSpG und § 52 Abs. 2 sowie § 53 Abs. 3 GSpG bzw. des § 39 Abs. 1 und 2 VStG wird die Legaldefinition des § 1 Abs. 1 GSpG dargestellt. Die belangte Behörde habe die Beschlagnahme auf der Rechtsgrundlage des § 53 Abs. 1 Z 1 lit. a GSpG ausgesprochen. Im Zuge der Kontrolle am 11. April 2005 sei vom Kontrollorgan als sachkundigem Organ der belangten Behörde auf Grund der von ihm durchgeführten Probespiele an den Pokerautomaten festgestellt worden, dass sowohl das Spielergebnis als auch Spielteilergebnisse (Gamble- bzw. Risikospiele) vorwiegend vom Zufall abhingen und die Entscheidung über Gewinn und Verlust selbsttätig vom Spielapparat bzw. Spielprogramm herbeigeführt werde. Da die Spieleinsatzmöglichkeit über EUR 0,50 gelegen sei und auch eine Gewinnaussicht von mehr als EUR 20,-- bestanden habe, habe das Kontrollorgan die Spielapparate als Glücksspielautomaten im Sinne des Glücksspielgesetzes eingestuft. Aus den Bildschirmanzeigen (dazu wird auch auf Fotos im Akt verwiesen) ergebe sich, dass es sich bei den gegenständlichen Spielapparaten um Pokerautomaten handle. Ein Bespielen der Geräte sei nur gegen Entgelt möglich gewesen. Somit stehe "vorläufig fest, dass die verfahrensgegenständlichen Pokerautomaten dem Glücksspielmonopol unterliegende Glücksspielautomaten" seien und zumindest während der am 11. April 2005 durchgeführten Spielapparatekontrolle in der Betriebsstätte A betriebsbereit aufgestellt und somit außerhalb einer Spielbank betrieben und zugänglich gemacht worden seien.

Nach Ausführungen zur Berufslegitimation des Beschuldigten in einem Strafverfahren gegen einen Beschlagnahmebescheid und Wiedergabe des wesentlichen Inhalts der Paragraphen 52, Absatz eins, Ziffer 5, GSpG und Paragraph 52, Absatz 2, sowie Paragraph 53, Absatz 3, GSpG bzw. des Paragraph 39, Absatz eins, und 2 VStG wird die Legaldefinition des Paragraph eins, Absatz eins, GSpG dargestellt. Die belangte Behörde habe die Beschlagnahme auf der Rechtsgrundlage des Paragraph 53, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, GSpG ausgesprochen. Im Zuge der Kontrolle am 11. April 2005 sei vom Kontrollorgan als sachkundigem Organ der belangten Behörde auf Grund der von ihm durchgeführten Probespiele an den Pokerautomaten festgestellt worden, dass sowohl das Spielergebnis als auch Spielteilergebnisse (Gamble- bzw. Risikospiele) vorwiegend vom Zufall abhingen und die Entscheidung über Gewinn und Verlust selbsttätig vom Spielapparat bzw. Spielprogramm herbeigeführt werde. Da die Spieleinsatzmöglichkeit über EUR 0,50 gelegen sei und auch eine Gewinnaussicht von mehr als EUR 20,-- bestanden habe, habe das Kontrollorgan die Spielapparate als Glücksspielautomaten im Sinne des Glücksspielgesetzes eingestuft. Aus den Bildschirmanzeigen (dazu wird auch auf Fotos im Akt verwiesen) ergebe sich, dass es sich bei den gegenständlichen Spielapparaten um Pokerautomaten handle. Ein Bespielen der Geräte sei nur gegen Entgelt möglich gewesen. Somit stehe "vorläufig fest, dass die verfahrensgegenständlichen Pokerautomaten dem Glücksspielmonopol unterliegende Glücksspielautomaten" seien und zumindest während der am 11. April 2005 durchgeführten Spielapparatekontrolle in der Betriebsstätte A betriebsbereit aufgestellt und somit außerhalb einer Spielbank betrieben und zugänglich gemacht worden seien.

Nach weiteren rechtlichen und tatsächlichen Ausführungen im Zusammenhang mit der Frage, ob und inwieweit die Apparate spielbereit aufgestellt waren, bzw. zur Abgrenzung des sogenannten kleinen Glücksspiels vom Glücksspiel, welches unter das Glücksspielmonopol fällt, wird resümiert, dass nach dem aktenkundigen Sachverhalt die Behörde erster Instanz vom begründeten Verdacht eines fortgesetzten Verstoßes gegen § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG ausgehen habe

können. Die Erfahrungen der belangten Behörde mit gleichen oder ähnlichen Geräten, die Einschätzung des einschlägig erfahrenen sachkundigen Organs nach Durchführung von Probespielen sowie der Umstand, dass der erkennbare Spielablauf des Programms offensichtlich am Pokerspiel orientiert sei, das von seinem Charakter "bekanntlich als Glücksspiel anzusehen sei" (Hinweis auf Leukauf/Steininger, Kommentar zum StGB3, Rz 5 zu § 168 StGB), hätten den Verdacht der Behörde erster Instanz gerechtfertigt. Nach weiteren rechtlichen und tatsächlichen Ausführungen im Zusammenhang mit der Frage, ob und inwieweit die Apparate spielbereit aufgestellt waren, bzw. zur Abgrenzung des sogenannten kleinen Glücksspiels vom Glücksspiel, welches unter das Glücksspielmonopol fällt, wird resümiert, dass nach dem aktenkundigen Sachverhalt die Behörde erster Instanz vom begründeten Verdacht eines fortgesetzten Verstoßes gegen Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 5, GSpG ausgehen habe können. Die Erfahrungen der belangten Behörde mit gleichen oder ähnlichen Geräten, die Einschätzung des einschlägig erfahrenen sachkundigen Organs nach Durchführung von Probespielen sowie der Umstand, dass der erkennbare Spielablauf des Programms offensichtlich am Pokerspiel orientiert sei, das von seinem Charakter "bekanntlich als Glücksspiel anzusehen sei" (Hinweis auf Leukauf/Steininger, Kommentar zum StGB3, Rz 5 zu Paragraph 168, StGB), hätten den Verdacht der Behörde erster Instanz gerechtfertigt.

Es sei nach der Aktenlage nicht ersichtlich, welchen maßgeblichen Einfluss der Spieler auf das Spielergebnis nehmen könne. Nach den Erfahrungen der belangten Behörde handle es sich bei den Spielapparaten wie den gegenständlichen Geräten um Glücksspielautomaten, weil das Spielergebnis im Wesentlichen unbeeinflussbar und damit zufallsabhängig gewesen sei. Dem Berufungsvorbringen, dass es sich bei dem Spielprogramm Magic Fun in der Version 3.0 um ein Geschicklichkeitsspiel handle und dies auch in der Entscheidung der belangten Behörde vom 27. Mai 2004 zum Ausdruck komme, wird entgegengehalten, dass in dem in dieser Entscheidung zitierten Gutachten von Ing. M ausgeführt werde, dass die Geräte "jeweils mit verschiedenen Spielplatinen bestückt werden" könnten. Es sei möglich, Platinen mit Geschicklichkeitsspielen, aber auch solche mit Glücksspielen in die Apparate einzusetzen. Eine Übertragung der Ergebnisse aus dem genannten Gutachten auf das gegenständliche Verfahren sei daher "auch für die Version 3.0" nicht möglich.

Soweit sich die Berufung hinsichtlich des Spielprogramms Magic Fun in der Version 4.0 auf das Expertengutachten von Prof. Sch berufe, stelle das Prüfergebnis "auf die Kriterien des Oö. Spielapparategesetzes 1999 ab". Im vorliegenden Fall komme es jedoch nicht auf das oberösterreichische Spielapparategesetz 1969, sondern das Glücksspielgesetz an. Es differierten bereits die Begriffsbestimmungen dieser beiden Gesetze. Außerdem besitze das Gutachten keine Aussagekraft für die Einstellungen des konkret beschlagnahmten Spielautomaten, sondern dokumentiere die Prüfung der Standardversion des Softwareprogramms Magic Fun 4.0.

Für die Beschlagnahme genüge allein schon die Verdachtslage. Die bei der Spielapparatekontrolle festgestellten Umstände begründeten den Verdacht, es handle sich bei den gegenständlichen Geräten um Glücksspielautomaten, mit denen fortgesetzt in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen werde. Die wesentlichen Umstände für den bestehenden Tatverdacht wären von der Behörde erster Instanz im ordentlichen Ermittlungsverfahren zu klären. Es sei in diesem Verfahren ein Gutachten eines Amtssachverständigen einzuholen.

Nach Wiedergabe der Rechtslage hinsichtlich des § 53 GSpG, der im Gegensatz zu § 39 VStG nicht die Voraussetzung der Notwendigkeit zur Sicherung des Verfalls enthält, wird geschlossen, dass die Berufung somit als unbegründet abzuweisen gewesen sei. Nach Wiedergabe der Rechtslage hinsichtlich des Paragraph 53, GSpG, der im Gegensatz zu Paragraph 39, VStG nicht die Voraussetzung der Notwendigkeit zur Sicherung des Verfalls enthält, wird geschlossen, dass die Berufung somit als unbegründet abzuweisen gewesen sei.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften.

Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 53 Abs. 1 Glücksspielgesetz - GSpG, BGBl. Nr. 620/1989, in der Fassung BGBl. Nr. 747/1996, lautet: Paragraph 53, Absatz eins, Glücksspielgesetz - GSpG, Bundesgesetzblatt Nr. 620 aus 1989,, in der Fassung Bundesgesetzblatt Nr. 747 aus 1996,, lautet:

"§ 53. (1) Die Behörde kann die Beschlagnahme der Glücksspielapparate, 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 Glücksspielapparaten, 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 a) mit Glücksspielapparaten, Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des Paragraph 52, Absatz eins, verstoßen wird, oder

b) durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen § 52 Abs. 1 Z 7 verstoßen wird oder b) durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 7, verstoßen wird oder

2. fortgesetzt oder wiederholt mit Glücksspielapparaten, Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen gemäß

Z 1 lit. a gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird oder Ziffer eins, Litera a, gegen eine oder mehrere Bestimmungen des Paragraph 52, Absatz eins, verstoßen wird oder

3. fortgesetzt oder wiederholt durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen § 52 Abs. 1 Z 7 verstoßen wird." 3. fortgesetzt oder wiederholt durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 7, verstoßen wird."

Gemäß § 53 Abs. 2 Glücksspielgesetz - GSpG, BGBl. Nr. 620/1989, im Beschwerdefall zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 136/2004, können die Organe der öffentlichen Aufsicht Glücksspielapparate oder Glücksspielautomaten auch aus eigener Macht vorläufig in Beschlag nehmen, um sicher zu stellen, dass die Verwaltungsübertretungen gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 und 7 nicht fortgesetzt begangen oder wiederholt werden. Gemäß Paragraph 53, Absatz 2, Glücksspielgesetz - GSpG, Bundesgesetzblatt Nr. 620 aus 1989,, im Beschwerdefall zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 136 aus 2004,, können die Organe der öffentlichen Aufsicht Glücksspielapparate oder Glücksspielautomaten auch aus eigener Macht vorläufig in Beschlag nehmen, um sicher zu stellen, dass die Verwaltungsübertretungen gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 5, und 7 nicht fortgesetzt begangen oder wiederholt werden.

§ 53 Abs. 3 GSpG lautet: Paragraph 53, Absatz 3, GSpG lautet:

1. "(3) Absatz 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." Die Behörde hat in den Fällen des Absatz 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."

§ 2 GSpG in der Fassung BGBl. Nr. 69/1997 lautet: Paragraph 2, GSpG in der Fassung Bundesgesetzblatt Nr. 69 aus 1997, lautet:

"§ 2. (1) Ausspielungen sind Glücksspiele, bei denen der Unternehmer (Veranstalter) den Spielern für eine vermögensrechtliche Leistung eine vermögensrechtliche Gegenleistung in Aussicht stellt.

1. (2) Absatz 2, Eine Ausspielung mittels eines Glücksspielapparates liegt vor, wenn die Entscheidung über Gewinn

und Verlust durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung durch den Apparat selbst, also nicht zentralseitig, herbeigeführt oder zur Verfügung gestellt wird.

2. (3) Absatz 3, Ein Glücksspielautomat ist ein Glücksspielapparat, der die Entscheidung über Gewinn und Verlust selbsttätig herbeiführt oder den Gewinn selbsttätig ausfolgt.
3. (4) Absatz 4, Eine Ausspielung liegt auch dann vor, wenn die Möglichkeit zur Erlangung der Gegenleistung (Abs. 1) zwar nicht vom Unternehmer (Veranstalter) erbracht wird, aber von diesem oder einem Dritten entsprechend organisiert, veranstaltet oder angeboten wird. "Eine Ausspielung liegt auch dann vor, wenn die Möglichkeit zur Erlangung der Gegenleistung (Absatz eins,) zwar nicht vom Unternehmer (Veranstalter) erbracht wird, aber von diesem oder einem Dritten entsprechend organisiert, veranstaltet oder angeboten wird."

Der angefochtene Bescheid beruht wesentlich auf der Auffassung, dass der begründete Verdacht des fortdauernden Verstoßes gegen § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG vorgelegen sei und daher die Beschlagnahme bescheidmäßig auszusprechen gewesen sei. Der angefochtene Bescheid beruht wesentlich auf der Auffassung, dass der begründete Verdacht des fortdauernden Verstoßes gegen Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer 5, GSpG vorgelegen sei und daher die Beschlagnahme bescheidmäßig auszusprechen gewesen sei.

Der Beschwerdeführer beruft sich hingegen auf die oben genannte Entscheidung der belangten Behörde zum Spielprogramm Magic Fun 3.0 vom 27. Mai 2004 und hinsichtlich des Apparats mit dem Spielprogramm der Version 4.0 auf das Gutachten von Prof. Sch zum Beweis dafür, dass es sich bei beiden Apparaten nicht um Glücksspielapparate handle, sondern die Spielergebnisse (wesentlich) von der Geschicklichkeit des Spielers abhängen.

Dieses Vorbringen führt die Beschwerde im Ergebnis zum Erfolg.

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits mehrfach festgestellt, dass die Zulässigkeit einer Beschlagnahme nach § 53 VStG das Vorliegen eines Verdachts im Sinne des § 53 Abs. 1 GSpG voraussetzt (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 24. April 2007, Zl. 2004/05/0268). Auch dieser Verdacht muss jedoch ausreichend substantiiert sein. Wenngleich nach der hg. Rechtsprechung im Zeitpunkt der Beschlagnahme das Vorliegen eines Glücksspiels noch nicht im Einzelnen nachgewiesen sein muss, ob das durchgeführte Spiel tatsächlich ein Glücksspiel im Sinn des GSpG ist, erfordert die Überprüfung eines Beschlagnahmebescheids jedenfalls Feststellungen über die Art des Spiels, weil ansonst eine Überprüfung der rechtlichen Beurteilung der belangten Behörde (eine Beurteilung, ob zu Recht vom Verdacht der Durchführung von Glücksspielen ausgegangen wurde) nicht möglich ist. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits mehrfach festgestellt, dass die Zulässigkeit einer Beschlagnahme nach Paragraph 53, VStG das Vorliegen eines Verdachts im Sinne des Paragraph 53, Absatz eins, GSpG voraussetzt vergleiche , etwa das hg. Erkenntnis vom 24. April 2007, Zl. 2004/05/0268). Auch dieser Verdacht muss jedoch ausreichend substantiiert sein. Wenngleich nach der hg. Rechtsprechung im Zeitpunkt der Beschlagnahme das Vorliegen eines Glücksspiels noch nicht im Einzelnen nachgewiesen sein muss, ob das durchgeführte Spiel tatsächlich ein Glücksspiel im Sinn des GSpG ist, erfordert die Überprüfung eines Beschlagnahmebescheids jedenfalls Feststellungen über die Art des Spiels, weil ansonst eine Überprüfung der rechtlichen Beurteilung der belangten Behörde (eine Beurteilung, ob zu Recht vom Verdacht der Durchführung von Glücksspielen ausgegangen wurde) nicht möglich ist.

Wenn die belangte Behörde in diesem Zusammenhang darauf hinweist, dass "nach der Aktenlage" nicht ersichtlich sei, welchen maßgeblichen Einfluss der Spieler auf das Spielergebnis nehmen könnte, so ist dazu darauf zu verweisen, dass weder dem angefochtenen Bescheid noch dem vorgelegten Akt zu entnehmen ist, wie die Spiele ablaufen. Es findet sich daher auch kein Anhaltspunkt, dass bzw. inwieweit das Spielergebnis vom Zufall abhängig ist.

Dies ist im Beschwerdefall im Zusammenhang damit von Bedeutung, dass der Beschwerdeführer sowohl anlässlich der Beschlagnahme als auch im Verfahren zur Erlassung des Beschlagnahmebescheids nach § 53 Abs. 3 GSpG Einwände gegen die Qualifikation der Spiele als Glücksspiel vorgebracht hatte und sich hierfür einerseits auf einen Bescheid der belangten Behörde, andererseits auf ein Privatgutachten berufen hatte. Dies ist im Beschwerdefall im Zusammenhang damit von Bedeutung, dass der Beschwerdeführer sowohl anlässlich der Beschlagnahme als auch im Verfahren zur Erlassung des Beschlagnahmebescheids nach Paragraph 53, Absatz 3, GSpG Einwände gegen die Qualifikation der Spiele als Glücksspiel vorgebracht hatte und sich hierfür einerseits auf einen Bescheid der belangten Behörde, andererseits auf ein Privatgutachten berufen hatte.

Die belangte Behörde hätte zumindest dartun müssen, von welchem Sachverhalt hinsichtlich des Ablaufs der Spiele

und des daraus folgenden, vermutlichen Charakters der Spiele sie ausging. Auch wenn im Sinne der vorstehend zitierten Rechtsprechung im Rahmen des Beschlagnahmeverfahrens noch keine endgültige und gesicherte rechtliche Beurteilung der Spiele erforderlich ist, wäre jedenfalls eine Beschreibung des Spielablaufs erforderlich gewesen, um die Einschätzung, es liege der Verdacht eines Glücksspiels vor, überprüfbar zu machen. Die Feststellung, dass "der erkennbare Spielablauf am Pokerspiel orientiert ist" (Seite 8 des angefochtenen Bescheides) reicht unter Umständen wie im Beschwerdefall, in dem die belangte Behörde selbst ein offenbar mit dem auf einem der Apparate installierten Spiel vergleichbares Spiel nicht als Glücksspiel eingestuft hat und hinsichtlich des anderen Spiels Unterschiede zum Pokerspiel behauptet werden, nicht aus, einen (andauernden) Verdacht im Sinn des § 53 Abs. 1 GSpG zu begründen. Die belangte Behörde hätte zumindest dartun müssen, von welchem Sachverhalt hinsichtlich des Ablaufs der Spiele und des daraus folgenden, vermutlichen Charakters der Spiele sie ausging. Auch wenn im Sinne der vorstehend zitierten Rechtsprechung im Rahmen des Beschlagnahmeverfahrens noch keine endgültige und gesicherte rechtliche Beurteilung der Spiele erforderlich ist, wäre jedenfalls eine Beschreibung des Spielablaufs erforderlich gewesen, um die Einschätzung, es liege der Verdacht eines Glücksspiels vor, überprüfbar zu machen. Die Feststellung, dass "der erkennbare Spielablauf am Pokerspiel orientiert ist" (Seite 8 des angefochtenen Bescheides) reicht unter Umständen wie im Beschwerdefall, in dem die belangte Behörde selbst ein offenbar mit dem auf einem der Apparate installierten Spiel vergleichbares Spiel nicht als Glücksspiel eingestuft hat und hinsichtlich des anderen Spiels Unterschiede zum Pokerspiel behauptet werden, nicht aus, einen (andauernden) Verdacht im Sinn des Paragraph 53, Absatz eins, GSpG zu begründen.

Die belangte Behörde hat sich ausschließlich auf die Einschätzung des Kontrollorgans anlässlich der Kontrolle vom 11. April 2005 bezogen, ohne auch nur ansatzweise den Spielablauf der von diesem Organ durchgeführten Probespiele darzustellen. Sie gibt lediglich das Ergebnis der Beurteilung des Kontrollorgans wieder. Es ist aus dem angefochtenen Bescheid nicht ersichtlich, ob sich die Annahme des Verdachts der Durchführung von Glücksspielen darauf gründet, dass die belangte Behörde die Einschätzung des Sachverständigen M und ihres ein Jahr zuvor (behaupteter Maßen zum selben Spiel) ergangenen Bescheides nicht teile und gegebenenfalls, warum sie diese Auffassung nicht teile, oder ob sich die auf dem gegenständlichen Apparat zu spielenden Spiele etwa von jenem Spiel unterscheiden, welches im Bescheid vom 27. Mai 2004 zu beurteilen war. Der bloße Hinweis darauf, dass der Sachverständige M in dem seinerzeitigen Verfahren (in dem das Vorliegen eines Glücksspiels verneint wurde) ausgeführt habe, dass die Geräte mit verschiedenen Spielplatinen bestückt werden könnten, ersetzt nicht die Feststellung, mit welchem Programm der hier gegenständliche Automat bestückt war.

Die belangte Behörde hat auch hinsichtlich des Geräts, auf dem Pokerspiele durchgeführt wurden, nicht festgestellt, welches Spiel konkret darauf installiert war (nach welchen Regeln das Spiel ablief). In dem vom Beschwerdeführer vorgelegten Gutachten ist von der Möglichkeit des "Fischens" von Karten die Rede, wodurch ein für die rechtliche Beurteilung relevanter Unterschied zu anderen Arten des Poker, die verschiedentlich bereits vom Verwaltungsgerichtshof zu beurteilen waren, gegeben sein könnte (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 8. September 2005, Zl. 2000/17/0201, in dem der Glücksspielcharakter der dort zu Grunde liegenden Varianten bejaht wurde). Die belangte Behörde hat auch hinsichtlich des Geräts, auf dem Pokerspiele durchgeführt wurden, nicht festgestellt, welches Spiel konkret darauf installiert war (nach welchen Regeln das Spiel ablief). In dem vom Beschwerdeführer vorgelegten Gutachten ist von der Möglichkeit des "Fischens" von Karten die Rede, wodurch ein für die rechtliche Beurteilung relevanter Unterschied zu anderen Arten des Poker, die verschiedentlich bereits vom Verwaltungsgerichtshof zu beurteilen waren, gegeben sein könnte vergleiche , etwa das hg. Erkenntnis vom 8. September 2005, Zl. 2000/17/0201, in dem der Glücksspielcharakter der dort zu Grunde liegenden Varianten bejaht wurde).

Gerade weil die Apparate der hier in Rede stehenden Art mit verschiedenen Spielprogrammen "bestückt" werden können, ist es nicht ausreichend, auf bestimmte "Erfahrungen der belangten Behörde" bzw. auf die allgemeine Einstufung von Pokerspielen abzustellen.

Es wäre vielmehr festzustellen gewesen, welche Spiele konkret installiert waren, um eine Beurteilung der Annahme, dass ein Verdacht im Sinne des § 53 Abs. 1 GSpG vorgelegen sei, überprüfbar zu machen. Es wäre vielmehr festzustellen gewesen, welche Spiele konkret installiert waren, um eine Beurteilung der Annahme, dass ein Verdacht im Sinne des Paragraph 53, Absatz eins, GSpG vorgelegen sei, überprüfbar zu machen.

Der Beschwerdeführer hat sich von Anfang an darauf berufen, dass eine Identität der Spiele mit jenen, die im

Gutachten aus dem Jahr 2003 des Ing. M bzw. die im Gutachten von Prof. Sch beurteilt wurden, vorliege. Bei Zutreffen dieser Behauptung wäre nicht ohne weiteres vom Vorliegen des Verdachts im Sinne des § 53 Abs. 1 GSpG auszugehen gewesen, sondern hätte es einer entsprechenden Begründung bedurft, inwiefern ungeachtet dessen der Verdacht auf Durchführung unzulässiger Glücksspiele bestand. Der Beschwerdeführer hat sich von Anfang an darauf berufen, dass eine Identität der Spiele mit jenen, die im Gutachten aus dem Jahr 2003 des Ing. M bzw. die im Gutachten von Prof. Sch beurteilt wurden, vorliege. Bei Zutreffen dieser Behauptung wäre nicht ohne weiteres vom Vorliegen des Verdachts im Sinne des Paragraph 53, Absatz eins, GSpG auszugehen gewesen, sondern hätte es einer entsprechenden Begründung bedurft, inwiefern ungeachtet dessen der Verdacht auf Durchführung unzulässiger Glücksspiele bestand.

Weder die Behörde erster Instanz noch die belangte Behörde haben Feststellungen dahingehend getroffen, dass die Behauptung des Beschwerdeführers unzutreffend sei.

Die Berufung auf die Beurteilung des Kontrollorgans war unter den gegebenen Umständen insoweit ungenügend, als die belangte Behörde nicht näher festgestellt hat, worauf sich dessen Einschätzung gründete. Angesichts des Vorbringens des Beschwerdeführers im Verfahren konnte die Beurteilung des Kontrollorgans entweder bedeuten, dass das Kontrollorgan die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde in ihrer Entscheidung vom 27. Mai 2004 bzw. die Einschätzung im Gutachten von Prof. Sch nicht teilte, oder aber, dass ein anderes Spiel auf den Apparaten installiert war (in diese Richtung könnte die Annahme der belangten Behörde gehen, weist sie doch wie bereits ausgeführt u. a. darauf hin, dass Geräte wie die hier gegenständlichen mit verschiedenen Platinen bestückt werden könnten).

Es kann dahin gestellt bleiben, ob für das Kontrollorgan vor Ort ein ausreichender Verdacht gegeben war. Bei der Erlassung des Bescheids gemäß § 51 Abs. 3 GSpG ist nicht zu beurteilen, ob das Kontrollorgan zu Recht die Beschlagnahme vorgenommen hat, sondern hat die Behörde zu entscheiden, ob die vom Organ der öffentlichen Aufsicht vorgenommene Beschlagnahme aufrecht erhalten wird. Dies gilt gleichermaßen auch für die gemäß § 51 Abs. VStG im Berufungsweg angerufene belangte Behörde. Diese hat nicht die Rechtmäßigkeit des bei ihr bekämpften Bescheids zum Zeitpunkt seiner Erlassung zu prüfen, sondern als Berufungsbehörde gemäß § 51 Abs. 1 VStG in Verbindung mit § 24 VStG gemäß § 66 Abs. 4 AVG in der Sache selbst zu entscheiden. Es kann dahin gestellt bleiben, ob für das Kontrollorgan vor Ort ein ausreichender Verdacht gegeben war. Bei der Erlassung des Bescheids gemäß Paragraph 51, Absatz 3, GSpG ist nicht zu beurteilen, ob das Kontrollorgan zu Recht die Beschlagnahme vorgenommen hat, sondern hat die Behörde zu entscheiden, ob die vom Organ der öffentlichen Aufsicht vorgenommene Beschlagnahme aufrecht erhalten wird. Dies gilt gleichermaßen auch für die gemäß Paragraph 51, Abs. VStG im Berufungsweg angerufene belangte Behörde. Diese hat nicht die Rechtmäßigkeit des bei ihr bekämpften Bescheids zum Zeitpunkt seiner Erlassung zu prüfen, sondern als Berufungsbehörde gemäß Paragraph 51, Absatz eins, VStG in Verbindung mit Paragraph 24, VStG gemäß Paragraph 66, Absatz 4, AVG in der Sache selbst zu entscheiden.

Der nach § 53 Abs. 1 GSpG erforderliche Verdacht muss im Zeitpunkt der Entscheidung der Behörde, im Falle der Erhebung einer Berufung im Zeitpunkt der Entscheidung der Berufungsbehörde, noch gegeben sein. Die Behörde hat bei dieser Entscheidung von dem ihr vorliegenden Sachverhalt auszugehen und insoweit bei der Beurteilung der Verdachtslage auch auf das Vorbringen des Beschuldigten einzugehen. Die hg. Rechtsprechung betreffend das Ausreichen eines Verdachts als Voraussetzung für die Beschlagnahme bedeutet nicht, dass sich die belangte Behörde über ein Gegenvorbringen jedenfalls hinwegsetzen könnte. Der nach Paragraph 53, Absatz eins, GSpG erforderliche Verdacht muss im Zeitpunkt der Entscheidung der Behörde, im Falle der Erhebung einer Berufung im Zeitpunkt der Entscheidung der Berufungsbehörde, noch gegeben sein. Die Behörde hat bei dieser Entscheidung von dem ihr vorliegenden Sachverhalt auszugehen und insoweit bei der Beurteilung der Verdachtslage auch auf das Vorbringen des Beschuldigten einzugehen. Die hg. Rechtsprechung betreffend das Ausreichen eines Verdachts als Voraussetzung für die Beschlagnahme bedeutet nicht, dass sich die belangte Behörde über ein Gegenvorbringen jedenfalls hinwegsetzen könnte.

Es wäre daher schon die Behörde erster Instanz auf Grund des ihr vorliegenden Vorbringens des Beschwerdeführers verpflichtet gewesen, zum Vorliegen eines Verdachtes im Sinne des § 53 Abs. 1 GSpG konkretisierte Stellung zu nehmen. Es wäre daher schon die Behörde erster Instanz auf Grund des ihr vorliegenden Vorbringens des Beschwerdeführers verpflichtet gewesen, zum Vorliegen eines Verdachtes im Sinne des Paragraph 53, Absatz eins, GSpG konkretisierte Stellung zu nehmen.

Die Feststellungen der belangten Behörde reichen nicht aus, das Vorliegen eines (andauernden) Verdacht im Sinn des § 53 Abs. 1 GSpG zu begründen. Die Feststellungen der belangten Behörde reichen nicht aus, das Vorliegen eines (andauernden) Verdacht im Sinn des Paragraph 53, Absatz eins, GSpG zu begründen.

Der angefochtene Bescheid leidet insoweit an einem wesentlichen Feststellungs- und Begründungsmangel.

Der Bescheid war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. Der Bescheid war daher gemäß Paragraph 42, Absatz 2, Ziffer 3, Litera b und c VwGG wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , II Nr. 455.

Wien, am 26. Jänner 2009

Schlagworte

Berufungsverfahren Maßgebende Rechtslage maßgebender Sachverhalt Maßgebende Rechtslage maßgebender Sachverhalt Beachtung einer Änderung der Rechtslage sowie neuer Tatsachen und Beweise Inhalt der Berufungsentscheidung Anspruch auf meritorische Erledigung (siehe auch Beschränkungen der Abänderungsbefugnis Beschränkung durch die Sache Besondere Rechtsprobleme Verfahrensrechtliche Entscheidung der Vorinstanz) Verwaltungsstrafverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2009:2005170223.X00

Im RIS seit

27.02.2009

Zuletzt aktualisiert am

05.03.2012

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at