

TE Vwgh Erkenntnis 2006/3/17 2004/05/0127

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 17.03.2006

Index

L70707 Theater Veranstaltung Tirol;

L70717 Spielapparate Tirol;

34 Monopole;

50/01 Gewerbeordnung;

Norm

GewO 1994 §1 Abs1;

GewO 1994 §2 Abs1 Z17;

GSpG 1989 §1 Abs1 idF 2001/I/059;

VeranstaltungsG Tir 1982 §1 Abs1 idF 2002/001;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident DDr. Jakusch und die Hofräte Dr. Kail und Dr. Hinterwirth, als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Fritz, über die Beschwerde des W in O, vertreten durch Dr. Patrick Ruth, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Kapuzinergasse 8/4, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol vom 17. September 2003, uvs- 2003/11/093-3, betreffend eine Beschlagnahme (weitere Partei: 1. Tiroler Landesregierung, 2. Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Land Tirol Aufwendungen in Höhe von EUR 381, 90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

In den Nächten vom 24. auf den 25. und vom 27. auf den 28. April 2003 wurden über Auftrag der Bezirkshauptmannschaft L (BH) von Beamten des Gendarmeriepostens M (GP) am Standort L, T-Straße 20, Überwachungen durchgeführt, um festzustellen, ob Verstöße gegen das Glücksspiel- und das Tiroler Veranstaltungsgesetz zu erkennen sind. Die Gendarmeriebeamten fanden zwei Rouletttetische mit einem so genannten Kugelkarussell und einen Kartenspieltisch vor. Beim Kugelkarussell werde eine Kugel von einem Spielführer eingeworfen, welche sich, bis sie in ein Zahlenfeld falle, im Kreis bewege. Der Mindesteinsatz betrage EUR 2,50. Werde auf rot oder schwarz gesetzt, so müsse der Einsatz mindestens EUR 10 betragen. Es gebe Jetons zu EUR 2,50, EUR 5, EUR 10, EUR 50 und EUR 100. Ein Spielleiter und ein Croupier seien ständig anwesend. Auf dem Kartenspieltisch sei das Kartenspiel "Two Aces" gespielt worden. Der Mindesteinsatz betrage hierbei EUR 10.

Mit Schreiben vom 13. Mai 2003 forderte die BH den Beschwerdeführer auf, diese von ihm im "Casino L" betriebenen und nach dem Glücksspielgesetz sowie dem Tiroler Veranstaltungsgesetz verbotenen Spiele unverzüglich einzustellen, widrigenfalls u. a. mit einem Verwaltungsstrafverfahren und mit der Beschlagnahme von Gegenständen zu rechnen sei.

Am 26. Mai 2003 stellten Gendarmeriebeamte bei einer neuerlichen Kontrolle fest, dass unveränderter Spielbetrieb im gegenständlichen Casino herrsche. Wegen des Verdachtes von Übertretungen nach dem Glücksspielgesetz und dem Tiroler Veranstaltungsgesetz wurden daraufhin diverse Jetons und Spielkarten vorläufig gemäß § 31 Tiroler Veranstaltungsgesetz iVm § 39 VStG und gemäß § 53 Glücksspielgesetz beschlagnahmt.

Mit Bescheid der BH L vom 17. Juni 2003 wurden folgende Gegenstände zur Sicherung des Verfalls gemäß § 39 VStG in Beschlag genommen:

"1 Stück Kugel für Roulettetisch

1 Stück "Dolly" für Roulettetisch

2.236 Spieljetons (387 Karten - Jetons und 1.849 Roulette - Jetons)

5 Packungen Spielkarten für das Spiel "Two Aces" mitsamt Ausgabevorrichtung."

Im Spruch dieses Bescheids wurde der Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass ihm in der von der BH ergangenen Aufforderung zur Rechtfertigung vom selben Tag Verwaltungsübertretungen nach § 25 Abs. 1 Z. 4 Tiroler Veranstaltungsgesetz 1982 idF LGBl. Nr. 1/2002 und § 3 Glücksspielgesetz 1989 idF BGBl. Nr. 156/2002 durch folgende Taten zur Last gelegt würden:

"Sie haben als Betreiber und Spielveranstalter am 28. April 2003 von ca. 22:30 Uhr bis 04:00 Uhr und am 26. Mai 2003 gegen 22:05 Uhr im so genannten 'Casino L' in L, T-Straße 20, entgegen den Bestimmungen des Tiroler Veranstaltungsgesetzes sowie des Glückspielgesetzes gewerbsmäßig

- a) ein Kugelkarussell, wobei der Einsatz auf einzelne Zahlenfelder mindestens EUR 2,50 bis EUR 50 betrug, betrieben
- b) an einem Kartentisch ein Kartenspiel mit Bankhalter in Form einer Ausspielung, nämlich das Spiel 'Two Aces' (Spiel 22), bei welchem der Mindesteinsatz EUR 10 betrug, durchgeführt, obwohl

1. die gewerbsmäßige Veranstaltung von Spielen, die nicht mittels eines Geldspielapparates betrieben werden, wenn vermögenswerte Gewinne ausgefolgt oder in Aussicht gestellt werden und Gewinn oder Verlust nicht ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängen, sofern nicht nur um geringe Beträge gespielt wird, verboten ist und

2. das Recht zur Durchführung von Glücksspielen, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt wird, dem Bund vorbehalten ist (Glücksspielmonopol) und die Spiele nicht unter die Ausnahmen des § 4 fielen."

Begründend führte die Behörde aus, im Zuge einer Kontrolle am 26. Mai 2003 durch Beamte des GP habe sich im gegenständlichen Casino der dringende Verdacht der Verwaltungsübertretung nach dem Tiroler Veranstaltungsgesetz und dem Glücksspielgesetz ergeben. Die beschlagnahmten Gegenstände seien zur Begehung der verdächtigen Handlungen verwendet worden. Um unverzüglich sicherzustellen, dass die in Verdacht stehenden Verwaltungsübertretungen nicht fortgesetzt werden, seien die oben genannten Gegenstände vorläufig in Beschlag genommen, darüber eine Bescheinigung ausgestellt und Anzeige an die BH erhoben worden. Sowohl das Tiroler Veranstaltungsgesetz als auch das Glücksspielgesetz sehen den Verfall der beschlagnahmten Gegenstände als Strafe vor.

In der dagegen erstatteten Berufung brachte der Beschwerdeführer vor, er verfüge für den Standort in S, über die gültige Gewerbeberechtigung "Betreiben erlaubter Geschicklichkeits- und Beobachtungsspiele ". Mit Eingabe vom 3. Juli 2002 habe er die Errichtung einer weiteren Betriebsstätte für die Ausübung dieses Gewerbes im verfahrensgegenständlichen Standort bei der BH angezeigt. Mit Bescheid vom 6. März 2003 habe die BH die Anzeige gemäß § 345 Abs. 9 iVm § 16 GewO 1994 nicht zur Kenntnis genommen und eine weitere Gewerbeausübung an diesem Standort versagt. Gegen diesen Bescheid habe der Beschwerdeführer Berufung erhoben, eine Entscheidung der Berufungsbehörde sei bis jetzt nicht erfolgt. Gemäß § 64 Abs. 1 GewO (gemeint wohl: AVG) hätten rechtzeitig erhobene Berufungen aufschiebende Wirkung. Gemäß § 46 GewO berechtige die Gewerbeberechtigung zur Ausübung des Gewerbes in weiteren Betriebsstätten entsprechend den Anzeigen. Der Beschwerdeführer betreibe daher das oben angeführte Gewerbe am verfahrensgegenständlichen Standort rechtmäßig. Die Behörde gehe insofern zu

Unrecht davon aus, dass das vom Beschwerdeführer rechtmäßig nach der Gewerbeordnung betriebene freie Gewerbe gemäß § 25 Abs. 1 Z. 4 Tiroler Veranstaltungsgesetz zu verbieten sei, weil ein Sachverhalt, welcher nach Bundesrecht gesetzeskonform sei, nach Landesgesetzen nicht gesetzwidrig sein könne. Weiters handle es sich bei den verfahrensgegenständlichen Spielen nicht um Glücksspiele iSd Glücksspielgesetz, weil Gewinn und Verlust nicht ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängen würden.

In der mündlichen Verhandlung vom 20. August 2003 führte der Beschwerdeführervertreter aus, das Kugelkarussell unterscheide sich von dem in Casinos angebotenen Roulette insofern, als dieses 24 Zahlen plus die Null aufweise, das Roulett hingegen 36 Zahlen plus die Null. Zudem sei der Innensatz im Gegensatz zu Roulette nicht beweglich. Laut den vom Beschwerdeführer vorgelegten Gutachten von Univ. - Prof. Dr. L. würde der Geschicklichkeitsanteil beim "Kugelkarussell" bei etwa 80 % liegen und beim Kartenspiel "Two Aces" bei über 50 %. Weiters führte der Beschwerdeführer aus, er verfüge über eine aufrechte Gewerbeberechtigung, weshalb er die weitere Betriebsstätte in L betreibe.

Den vom Beschwerdeführer vorgelegten Gutachten über die Spiele "Eurolet 24" und "Two Aces" ist zu entnehmen, dass das Spiel "Eurolet" bei einwandfreier Durchführung als Geschicklichkeitsspiel bzw. Beobachtungsspiel mit Glücksspielanteilen zu klassifizieren sei. Im Beobachtungszeitraum habe sich eine Gewinnwahrscheinlichkeit von 80 % ergeben. Die Beobachtungen seien unter realen Spielbedingungen, allerdings unter idealen Beobachtungsbedingungen (Videokamera) durchgeführt worden. Die Frage, inwieweit es einem realen Spieler möglich sei, sich die nötige Beobachtungsfähigkeit direkt anzueignen, könne der Gutachter nicht beantworten. Betreffend das Kartenspiel "Two Aces" führte der Gutachter aus, es handle sich um ein Kartenspiel mit sowohl Zufalls-, als auch Geschicklichkeitsanteilen. Die möglichen Gewinnwahrscheinlichkeiten gingen von 0 % bei extrem ungeschicktem Spiel, über ca. 29,3 % bei zufälligem Spiel und ca. 47,7 % bei durchschnittlichem, gutem Spiel bis zu beträchtlich über 50 % bei optimalem Spiel und bei geeigneten Kartenwertverteilungen. Es werde ein durchschnittlicher Geschicklichkeitsanteil von mindestens 36,8 % attestiert.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde die Berufung des Beschwerdeführers als unbegründet abgewiesen. Der Beschwerdeführer verfüge über keine Bewilligungen nach dem Tiroler Veranstaltungsgesetz und dem Glücksspielgesetz. Der Gewerbeberechtigung des Beschwerdeführers komme im Zusammenhang mit der Betriebsstätte L keine Rechtswirkung zu. Bei "Eurolet" betrage der Mindesteinsatz pro Spiel EUR 2,50, der Höchsteinsatz betrage EUR 1.000. Es handle sich dabei nicht um geringe Beträge, weshalb "Eurolet" unter das Verbot des § 25 Abs. 1 Z. 4 Tiroler Veranstaltungsgesetzes falle. Das Spiel "Two Aces" sei - gestützt auf das vom Beschwerdeführer vorgelegte Gutachten - ein Glücksspiel iSd § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz und unterliege dem Glücksspielmonopol des Bundes. Im Hinblick auf die bereits in der Nacht vom 24. April auf den 25. April und in der Nacht zum 28. April 2003 vorgenommenen Kontrollen und den dabei von den Gendarmeriebeamten gemachten Feststellungen seien diese anlässlich der Kontrolle am 26. Mai 2003 zu Recht davon ausgegangen, dass für den Fall der Nichtbeschlagnahme der fraglichen Gegenstände die Fortsetzung der strafbaren Handlung wahrscheinlich und somit "Gefahr im Verzug" iSd § 39 Abs. 1 VStG gegeben gewesen sei. Sowohl § 31 Abs. 3 Tiroler Veranstaltungsgesetz, als auch § 52 Abs. 2 Glücksspielgesetz ordne den Verfall von Gegenständen an, weshalb die bescheidmäßige Feststellung der Erstbehörde als rechtmäßig zu erkennen sei.

Der Verfassungsgerichtshof lehnte die Behandlung der zunächst an ihn gerichteten Beschwerde mit Beschluss vom 24. Februar 2004, B 1532/03-6, ab und trat sie dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung ab.

Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerdeergänzung die Rechtswidrigkeit des Inhaltes des angefochtenen Bescheides geltend.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstatte eine Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Der Beschwerdeführer bringt in seiner Beschwerde vor, er verfüge über eine rechtskräftige Stammgewerbeberechtigung "Betreiben erlaubter Geschicklichkeits- und Beobachtungsspiele" am Standort in S, welche mit 2. April 2001 rechtswirksam geworden und zu keiner Zeit aufgehoben worden sei. Das Anzeigeverfahren bezüglich der Errichtung einer weiteren Betriebsstätte am verfahrensgegenständlichen Standort sei zum Zeitpunkt der bekämpften Beschlagnahme anhängig gewesen. Der Kompetenzwechsel vom Bundesgesetz zum Landesgesetz sei

"gesetzlos" vorgenommen worden, weil der Kompetenzwechsel für den Rechtsunterworfenen unvorhersehbar und nicht erkennbar auf Grund eines Erlasses vom 18. Oktober 2002 erfolgt sei. Die Subsumierung der gegenständlichen Spiele unter das Glücksspielgesetz gehe ins Leere, weil es sich bei diesen entsprechend der Gewerbeberechtigung um Geschicklichkeits- und Beobachtungsspiele handle, bei denen Gewinn und Verlust nicht ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhänge.

Zu den geäußerten Normbedenken - gerügt wird ein "Kompetenzwechsel" vom Bundes- zum Landesgesetz - wird auf das im Ablehnungsbeschluss des Verfassungsgerichtshofes zitierte Erkenntnis dieses Gerichtshofes, VfSlg 7567/1975, hingewiesen. Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang auf seinen Gewerbeschein am Standort S mit dem Wortlaut: "Betreiben erlaubter Geschicklichkeits- und Beobachtungsspiele" verweist, lässt eine solche Umschreibung, wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 4. September 2002, ZI. 2002/04/0115, ausgeführt hat, eine Abgrenzung gegenüber der Gewerbeordnung nicht unterliegenden Tätigkeiten nicht deutlich erkennen.

Soweit sich der Beschwerdeführer gegen jenen Bescheid, mit welchem die Anzeige einer weiteren Betriebsstätte zurückgewiesen wurde, wendet, ist ihm entgegen zu halten, dass dessen Überprüfung nicht Verfahrensgegenstand ist; Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens ist ausschließlich die Rechtmäßigkeit der von der belangten Behörde mit dem angefochtenen Bescheid bestätigten Beschlagnahme.

Gemäß § 39 VStG kann die Behörde, wenn der Verdacht einer Verwaltungsübertretung vorliegt, für die der Verfall von Gegenständen als Strafe vorgesehen ist, zur Sicherung des Verfalls die Beschlagnahme dieser Gegenstände anordnen. Einen solchen Verdacht hat die belangte Behörde auf Grund des festgestellten und, soweit es nicht um die Frage der Zufallskomponente beim Spiel "Two Aces" geht, unstrittigen Sachverhaltes hinsichtlich beider vorgefundene Spiele angenommen.

Beim Spiel "Eurolet" wurde - für den Verwaltungsgerichtshof hier unüberprüfbar - davon ausgegangen, dass der Gewinn nicht ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhinge.

Gemäß § 1 Abs. 1 Tiroler Veranstaltungsgesetz 1982, LGBI. Nr. 59/1982 in der Fassung der Novelle LGBI. Nr. 1/2002 (VeranstaltungsG) unterliegen, von den im Beschwerdefall nicht in Betracht kommenden, im Abs. 2 dieses Paragraphen aufgezählten Ausnahmen abgesehen, öffentliche Veranstaltungen diesem Gesetz. Gemäß § 2 Abs. 1 leg. cit. sind Veranstaltungen im Sinne dieses Gesetzes u.a. der Unterhaltung der Besucher oder Teilnehmer dienende Schaustellungen, Darbietungen und Belustigungen. Nach Abs. 2 dieses Paragraphen gilt eine Veranstaltung dann als öffentlich, wenn sie a) auch Personen zugänglich ist, die vom Veranstalter nicht persönlich eingeladen wurden, oder b) gegen Entgelt zugänglich ist oder zur Erzielung eines sonstigen wirtschaftlichen Vorteils geführt wird, gleichgültig, für welche Zwecke dieser bestimmt ist. Gemäß § 2 Abs. 3 leg. cit. ist Veranstalter, a) wer gegenüber der Behörde als solcher auftritt oder b) wer sonst in der Öffentlichkeit als Veranstalter auftritt, im Zweifel der Inhaber der Betriebsanlage.

Gemäß § 25 Abs. 1 Z. 4 VeranstaltungsG ist die gewerbsmäßige Veranstaltung von Spielen, die nicht mittels eines Geldspielapparates betrieben werden, verboten, wenn vermögenswerte Gewinne ausgefolgt oder in Aussicht gestellt werden und Gewinn oder Verlust nicht ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängen, sofern nicht nur um geringe Beträge gespielt wird. Gemäß § 31 Abs. 1 lit. c leg. cit. begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde mit einer Geldstrafe bis zu EUR 3.634,-- zu bestrafen, wer eine Veranstaltung entgegen einem Verbot nach § 25 Abs. 1 Z. 4 durchführt. Gemäß § 31 Abs. 3

1. Satz VeranstaltungsG können im Wiederholungsfall oder bei Vorliegen sonstiger erschwerender Umstände Gegenstände, die zur Begehung einer Verwaltungsübertretung verwendet wurden, nach Maßgabe des § 17 VStG für verfallen erklärt werden.

Beim Kartenspiel "Two Aces" ging die belangte Behörde, anhand des vorgelegten Privatgutachtens, davon aus, dass Gewinn und Verlust überwiegend vom Zufall anhingen. Der Beschwerdeführer bestreitet dies alles mit dem Hinweis, es handle sich bei dem Spiel "entsprechend der Gewerbeberechtigung um ein Geschicklichkeits- und Beobachtungsspiel". Damit wird die Tatsachenfeststellung nicht bekämpft, weil eine Gewerbeberechtigung nichts über die Geschicklichkeits- oder Zufallskomponente dieses Spiels aussagt. Dieses Spiel wurde daher, entsprechend dem Ausschluss in § 25 Abs. 1 Z. 4 VeranstaltungsG, zu Recht dem Glücksspielgesetz zugeordnet.

Gemäß § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz zu der im Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. Nr. 59/2001 (GISpG) sind Glücksspiele im Sinne dieses Bundesgesetzes Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen. Gemäß § 3 leg. cit. ist das Recht zur Durchführung von Glücksspielen, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt wird, dem Bund vorbehalten (Glücksspielmonopol). Gemäß § 52 Abs. 1 Z. 1 leg. cit. begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu EUR 22.000,- zu bestrafen, wer Glücksspiele entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes veranstaltet. Gemäß § 52 Abs. 2 leg. cit. unterliegen Gegenstände, mit deren Hilfe in das Glücksspielmonopol eingegriffen wurde, sofern sie nicht gemäß § 54 einzuziehen sind, dem Verfall. Gemäß § 53 Abs. 1 Z. 1 leg. cit. kann die Behörde 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 der Verdacht besteht, dass 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.

Der Beschwerdeführer stellt nicht in Abrede, dass er am gegenständlichen Standort das Kartenspiel "Two Aces" und das Spiel "Eurolet" gewerbsmäßig angeboten hat. Im Beschwerdefall ist auf Grund des unstrittigen Sachverhalts bezüglich des Spieles "Eurolet" der Verdacht gerechtfertigt, der Beschwerdeführer habe § 25 Abs. 1 Z. 4 Tiroler Veranstaltungsgesetz übertreten, weil nicht nur um geringe Beträge gespielt wurde.

Da auch das im Materiengesetz für den Verfall erforderliche Tatbestandsmerkmal der Wiederholung festgestellt wurde, erfolgte die Beschlagnahme gemäß § 39 VStG zu Recht.

Ob bezüglich dieses Spieles nicht auch eine Übertretung des GISpG in Betracht kommt (der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 14. September 2005, 2004/04/0138, Bedenken bezüglich der Qualifikation des Spieles "Eurolet" als Geschicklichkeitsspiel geäußert) ist hier nicht zu beurteilen, weil Voraussetzung der Beschlagnahme die bloße Verdachtslage ist, die in Richtung des vorgeworfenen Tatbestandes jedenfalls zu bejahen ist.

Auf Grund des vorliegenden Sachverhalts kann auch bezüglich des Spieles "Two Aces" die Verdachtslage hinsichtlich § 52 Abs. 1 Z. 1 GISpG nicht in Zweifel gezogen werden; für dessen Übertretung ist die Strafe des Verfalls vorgesehen und ermöglicht

§ 53 Abs. 1 Z. 1 GISpG die Beschlagnahme der verfallsbedrohten Gegenstände.

Soweit sich der Beschwerdeführer auf einen Erlass vom 18. Oktober 2002, Zi. 30599/239-1/7/02 bezieht, kann dem angefochtenen Bescheid nicht entnommen werden, dass die belangte Behörde diesen Erlass als Rechtsgrundlage herangezogen hätte.

Die Beschwerde erweist sich daher insgesamt als unbegründet, weshalb sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen war.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl II Nr. 2003/333.

Wien, am 17. März 2006

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2006:2004050127.X00

Im RIS seit

19.04.2006

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