



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Enzenhofer und die Hofrätin Mag. Dr. Zehetner sowie den Hofrat Dr. Terlitza als Richterin und Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Kovacs, über die Revision des Bundesministers für Finanzen gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 28. Jänner 2019, LVwG-412968/4/Kü/JoS, betreffend die Herausgabe beschlagnahmter Gegenstände nach dem Glücksspielgesetz (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Landespolizeidirektion Oberösterreich; mitbeteiligte Partei: A Kft., vertreten durch Dr. Patrick Ruth, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Kapuzinergasse 8/4), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

- 1 Mit Bescheid vom 9. März 2017 ordnete die belangte Behörde gegenüber der mitbeteiligten Partei die Beschlagnahme gemäß § 53 Abs. 1 Z 1 lit. a Glücksspielgesetz - GSpG von fünf näher bezeichneten, anlässlich einer glücksspielrechtlichen Kontrolle am 13. Februar 2017 in einem Lokal in W vorgefundenen Glücksspielgeräten an.
- 2 Mit Bescheid vom 1. Juni 2018 sprach die belangte Behörde gegenüber der mitbeteiligten Partei aus, dass eines dieser mit Bescheid vom 9. März 2017 beschlagnahmten Glücksspielgeräte (FA-Nr. 1) gemäß § 55 Abs. 1 GSpG an die Eigentümerin, die mitbeteiligte Partei, herausgegeben werde. Hinsichtlich der übrigen beschlagnahmten Geräte verfügte die belangte Behörde die Einziehung gemäß § 54 Abs. 1 GSpG.
- 3 Das Finanzamt Grieskirchen Wels erhob gegen den Bescheid vom 1. Juni 2018 Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG), soweit damit das Gerät FA-Nr. 1 nicht eingezogen und dessen Herausgabe verfügt worden war, und beantragte die Abänderung dieses Bescheides dahingehend,





dass das Gerät FA-Nr. 1 ebenfalls eingezogen und von der Herausgabe abgesehen werde.

- 4 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das LVwG diese Beschwerde nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung als unbegründet ab und sprach aus, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig sei.
- 5 Begründend stellte das LVwG fest, das Gerät FA-Nr. 1 sei am Kontrolltag betriebsbereit und allgemein zugänglich vorgefunden worden. Es habe zwar eine „eine Verdachtslage begründende Wahrnehmung in Bezug auf die Durchführung von Glücksspielen“ gemacht werden können, das Gerät habe jedoch „aufgrund eines defekten Banknoteneinzuges [...] nicht bespielt“ und es habe „demnach keine hinreichende Feststellung, z.B. in Bezug auf das Spielangebot, den Spielablauf und Gewinnplan, mit der für eine Einziehung erforderlichen Sicherheit getroffen werden“ können. Das ergebe sich „aus dem unwidersprochen gebliebenen GSp26-Formular, insbesondere mit den Vermerken ‚Banknoteneinzug defekt‘ und ‚keine Bespielung möglich‘ sowie den sinngemäßen gleichlautenden Ausführungen im Aktenvermerk vom 13. Februar 2017“ und „den hg. Akten bzw. hg. Erkenntnissen jeweils vom 22. Mai 2018“. Der entscheidungswesentliche Sachverhalt habe daher nicht mit der für eine Einziehung erforderlichen Sicherheit festgestellt werden können. Es hätten auch nicht „auf andere Weise so konkrete Angaben zum Gerät bzw. Spielangebot und allenfalls in Aussicht gestellten Gewinne“ gemacht werden können, damit die Verdachtslage „soweit erhärtet wurde, dass damit Spiele durchgeführt“ worden seien. Es sei daher spruchgemäß zu entscheiden gewesen.
- 6 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende Amtsrevision des Bundesministers für Finanzen. Die mitbeteiligte Partei erstattete eine Revisionsbeantwortung.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

- 7 Die Amtsrevision erweist sich mit ihrem Vorbringen zur mangelhaften Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen für die Herausgabe



beschlagnehmter Gegenstände nach § 55 Abs. 1 GSpG als zulässig. Sie ist auch begründet.

8 Gegenstand des Beschwerdeverfahrens war die Entscheidung der belangten Behörde über die Herausgabe des Gerätes FA-Nr. 1 gemäß § 55 Abs. 1 GSpG.

9 § 55 Abs. 1 Glücksspielgesetz - GSpG, BGBl. Nr. 620/1989, lautet samt Überschrift (in der hier maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 54/2010):

„Herausgabe beschlagnahmter Gegenstände

§ 55. (1) Beschlagnahmte Gegenstände, die nicht eingezogen werden und die auch nicht gemäß § 17 Abs. 1 oder 2 VStG für verfallen erklärt werden können, sind demjenigen, der ihren rechtmäßigen Erwerb nachweist, dann herauszugeben, wenn keiner der an der Verwaltungsübertretung gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs. 1 Beteiligten (Veranstalter, Inhaber) innerhalb der letzten fünf Jahre (§ 55 VStG) schon einmal wegen einer solchen Verwaltungsübertretung bestraft worden ist. Die Herausgabe hat mit dem Hinweis zu erfolgen, daß im Falle einer weiteren Verwaltungsübertretung gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs. 1 die Gegenstände, mit denen gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird, eingezogen werden. Davon ist auch der Eigentümer der herausgegebenen Gegenstände zu verständigen, soweit er ermittelbar ist und ihm die Gegenstände nicht herausgegeben wurden.

...“

10 Nach dem Wortlaut des § 55 Abs. 1 GSpG ist eine der Voraussetzungen für die Herausgabe von nach § 53 GSpG beschlagnahmten Gegenständen, dass diese Gegenstände weder nach § 54 Abs. 1 GSpG eingezogen noch nach § 17 Abs. 1 oder 2 VStG für verfallen erklärt werden können.

11 Das LVwG hat die Abweisung der Amtsbeschwerde gegen die Herausgabe des Gerätes FA-Nr. 1 im Wesentlichen damit begründet, dass das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Einziehung nach § 54 Abs. 1 GSpG infolge der Unmöglichkeit der Durchführung von Probespielen nicht festgestellt werden könne. Dass das LVwG allenfalls auch andere Beweise erhoben hätte, wird in der Begründung lediglich angedeutet, aber nicht näher konkretisiert.

12 Nach § 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.

- 13 Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits wiederholt ausgesprochen hat, hängt die Einziehung gemäß § 54 Abs. 1 GSpG von der Verwirklichung eines objektiven Tatbildes nach § 52 Abs. 1 GSpG ab; das Verwaltungsgericht trifft daher zur Beurteilung dieser Voraussetzung die Verpflichtung, nach Durchführung eines amtswegigen Ermittlungsverfahrens nähere Feststellungen zur Verwirklichung des objektiven Tatbildes zu treffen. Dazu können auch Dokumentationen von Probespielen, aber auch - insbesondere wenn solche fehlen - Zeugenaussagen oder andere Beweismittel, die sich allenfalls bereits aus dem behördlichen Verwaltungsakt ergeben können, herangezogen werden. Der Umstand allein, dass die Bespielung eines Apparates und damit die Durchführung von Probespielen zum Zeitpunkt der glücksspielrechtlichen Kontrolle nicht (mehr) möglich war, führt für sich genommen noch nicht dazu, dass schon deshalb angenommen werden könnte, dass die Verwirklichung eines objektiven Tatbildes nach § 52 Abs. 1 GSpG und somit eines Eingriffs in das Glücksspielmonopol des Bundes mit Glücksspielgeräten nicht vorgelegen sei (vgl. VwGH 21.4.2020, Ra 2019/17/0071, mwN).
- 14 Im Revisionsfall wäre daher das LVwG nach § 38 VwGVG iVm § 25 Abs. 1 VStG verpflichtet gewesen, nach Durchführung eines amtswegigen Ermittlungsverfahrens Feststellungen zum Vorliegen der Verwirklichung des objektiven Tatbildes zu treffen (vgl. VwGH 27.11.2018, Ra 2018/17/0157). Solche Feststellungen sind aber im Revisionsfall unterblieben. Auch der im angefochtenen Erkenntnis enthaltene Hinweis auf diverse - lediglich nach Aktenzahlen konkretisierte - Strafverfahren vermag solche Feststellungen nicht zu ersetzen, zumal sich daraus mangels näherer Feststellungen nicht ergibt, in welcher Hinsicht diesen Verfahren Bedeutung in Bezug auf das hier gegenständliche Gerät FA-Nr. 1 zukommen sollte.
- 15 Da das LVwG aufgrund seiner unrichtigen Rechtsansicht ausreichende Feststellungen in Bezug auf eine Verwirklichung eines objektiven Tatbildes nach § 52 Abs. 1 GSpG unterlassen hat und auch das Vorliegen der übrigen





Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 GSpG nicht geprüft hat, liegt insoweit ein sekundärer Verfahrensmangel vor.

- 16 Das angefochtene Erkenntnis war somit bereits aus den aufgezeigten Gründen gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben, ohne dass auf das weitere Revisionsvorbringen einzugehen war.

W i e n , am 24. September 2020

