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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-411676/10/Py/SM – 411678/2

Datum: Linz, 10. Oktober 2017

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde von 1. B.C., X, K., 2. G. s.r.o., X, G. [nunmehr: X, W.], 3. A. GmbH, X, G. [nunmehr: G. GmbH in L., X, W.] alle vertreten durch RA Dr. F.M., X, W., gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 17.11.2016, GZ: Pol01-70-2016, Pol01-71-2016, Pol01-72-2016, Pol01-73-2016, betreffend die Beschlagnahme von Glücksspielgeräten nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerden des B.C. (1. Bf) und der G. s.r.o. (2. Bf) werden als unbegründet abgewiesen.

II. Die Beschwerde der A.-GmbH (3. Bf) wird als unzulässig zurückgewiesen.

III. Gegen dieses Erkenntnis 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 (im Folgenden: belangte Behörde) vom 17.11.2016, GZ: Pol01-70-2016, Pol01-71-2016, Pol01-72-2016, Pol01-73-2016, wurde über die am 07.11.2016 bei einer finanzpolizeilichen Kontrolle im Lokal „J. C.“, X, K., vorläufig beschlagnahmten Gegenstände wie folgt abgesprochen:

*„Die anlässlich der Kontrolle am 07.11.2016 um 14:40 Uhr in dem von Herrn B.C., X, K. betriebenen Lokal „J. C.“, X, K., von Organen der Finanzpolizei des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr, vorläufig beschlagnahmten Glücksspielgeräte mit den Bezeichnungen*

| FA-Geräte-Nr. | Gehäusebezeichnung | Seriennummer | Typen-bezeichnung | Versiegelungsplaketten Nr. |
|---|---|---|---|---|
| FA 01 | Golden Skill Games | x | keine | A054358-A054362 |
| FA 02 | K. | x | keine | A054363-A054367 |
| FA 03 | Afric2go | x | keine | A054368-A054370 |

*mit denen Glücksspiel[e] in Form von verbotenen Ausspielungen durchgeführt wurden und insgesamt 1 Laptop Acer Aspire E 11, Seriennummer: x + Netzteil und 1 Scanner Modell Metapace S-61, Seriennummer: x werden zur Sicherung der Einziehung sowie zur Verhinderung der weiteren Begehung bzw. Fortsetzung einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 GSpG beschlagnahmt.“*

*Rechtsgrundlage:*
*§ 53 Abs. 1 Z. 1 lit. a, § 52 Abs. 3 des Glücksspielgesetzes (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 in der Fassung BGBl. I Nr. 105/2014“*
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass aufgrund des festgestellten Sachverhaltes und der durchgeführten Ermittlungen für die Behörde erwiesen sei, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Beschlagnahme vorliegen würden.

I.2. Gegen diesen Bescheid richten sich die vorliegenden rechtzeitigen Beschwerden der drei beschwerdeführenden Parteien (im Folgenden auch Bf genannt), in welchen die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Beschlagnahmeverfahrens beantragt werden. Die Beschwerden sind gleichlautend.
Begründend wird unter anderem ausgeführt, dass ein nicht mehr korrigierbarer Spruchmangel in dem Umstand zu sehen sei, dass die belangte Behörde als Tatzeit exakt die Zeiten der Kontrollen annehme. Der belangten Behörde seien auch eine Vielzahl von Begründungsmängeln vorzuwerfen. Eine Sachverhaltsdarstellung sei

der Begründung der angefochtenen Entscheidung überhaupt nicht bzw. nicht in ausreichendem Ausmaß zu entnehmen. Die belangte Behörde treffe so gut wie keine Feststellungen über den technischen Ablauf der angeblichen Glücksspiele. Die Behörde erster Instanz hätte mehrere in der Beschwerde konkret bezeichnete Fragen selbst oder durch einen Sachverständigen zu lösen gehabt und die entsprechenden Feststellungen treffen müssen. Weiters wird auf mehrere Entscheidungen der Unabhängigen Verwaltungssenate der Länder verwiesen, welche mit der Rechtsauffassung der Bf übereinstimmen und besagen würden, dass in diesem speziellen Fall gerade kein Eingriff in das Glücksspielmonopol vorliege. Damit liege jedenfalls ein Fall des § 5 Abs. 2 VStG vor. Unter Verweis auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 13. Juni 2013, B 422/2013, wird ausgeführt, dass die belangte Behörde Feststellungen zur Höhe des beim jeweiligen Spiel zu leistenden Einsatzes treffen hätte müssen und es wird vorgebracht, dass die letzte Änderung des § 52 GSpG verfassungswidrig sei. Weiters wird ein Vorbringen erstattet, wonach die Regelungen betreffend das Glücksspielmonopol unionsrechtswidrig seien. Die belangte Behörde sei auch unzuständig. Die verfahrensgegenständlichen Eingabeterminals seien weder Glücksspielautomaten noch elektronische Lotterie. Auf diesen Geräten könne kein wie immer geartetes Glücksspiel stattfinden, diese Geräte seien reine Eingabe- und Auslesestationen, wobei eine selbsttätige Programmentscheidung nicht herbeigeführt werde. Die Entscheidung über Gewinn und Verlust werde nicht durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung durch den Apparat selbst zur Verfügung gestellt, sondern auf einem Geldspielapparat generiert und von der lokal verwendeten Software nur visualisiert.
Weiters wird vorgebracht, dass gemäß § 53 GSpG die Beschlagnahme nur dann angeordnet werden könne, wenn die Einziehung vorgesehen sei. § 54 Abs. 1 GSpG setze voraus, dass mit einem Eingriffsgegenstand gegen § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen werde und der Verstoß nicht gering sei. Die Behörde habe sich aber mit der Frage der Geringfügigkeit nicht (ausreichend) auseinandergesetzt, das Verfahren sei durch eine gesetzeskonforme Schätzung im Sinne der BAO zu ergänzen.
Ein Verstoß gegen § 52 Abs. 1 GSpG liege auch schon allein deshalb nicht vor, weil es sich bei dem in Rede stehenden Gegenstand lediglich um einen Eingabeterminal handle, mit welchem Aufträge erteilt werden könnten. Dieses Terminal habe keine Software für Glücksspiele und sei auch mit keinem Glücksspielanbieter verbunden. Es werde bei den Terminals lediglich ermöglicht, an einem Spiel an anderer Stelle teilzunehmen. Darüber hinaus könne die Beschlagnahme nur ausgesprochen werden, wenn entweder ein fortgesetzter oder ein wiederholter Verstoß gegen eine Bestimmung des § 52 Abs. 1 GSpG vorliege, welcher aber nicht vorliege.

I.3. Mit Schreiben vom 15.12.2016 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Zu der für den 06.07.2017 anberaumten mündlichen Verhandlung legten die Bf ein ergänzendes schriftliches Vorbringen samt Beilagen vor.
Darin führten sie – auf das Wesentliche zusammengefasst – aus, dass die belangte Behörde Art. 267 AEUV nicht beachtet habe und eine willkürliche Nichtvorlage von entscheidungswesentlichen Vorlagefragen einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK darstelle. Dazu formulierten sie neun Vorfragen, die die Auslegung der unionsrechtlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit betrafen, insbesondere deren Vereinbarkeit mit den nationalen Regelungen im Glücksspielsektor. In Hinblick auf drei beim EuGH behängende Verfahren mit identem Sachverhalt beantragten die Bf weiters die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung in diesen Rechtssachen. Zudem brachten sie vor, dass es sich bei den hier gegenständlichen Geräten um reine Geschicklichkeitsapparate mit Touchscreen Funktion, jedoch keine Glücksspielautomaten handle und beantragten diesbezüglich die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Die Bf gehen trotz der jüngeren Rechtsprechung des VwGH und VfGH von der Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols aus, zumal in den zitierten Entscheidungen keine eigenständige Sachverhaltsermittlung erfolgt sei, die im Sinne der von der Judikatur des EuGH geforderten dynamischen Betrachtungsweise der Regelung auch Auswirkungen nach deren Erlass berücksichtigen würde. Ihrer Ansicht nach liegt kein Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vor. Dazu zitierten sie verschiedene Lehrmeinungen, die bisherige Rechtsprechung des EuGH, sowie die seines Erachtens widersprüchliche Rechtsprechung des OGH.

I.5. Am 06.07.2017 fand im Beisein eines Vertreters des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr die öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der die Zeugen Mag. J.S. und P.H. einvernommen wurden.
Darin brachte der Vertreter der Bf ergänzend vor, dass die sogenannte „Kalke-Studie“ nicht nur falsch sei, sondern sogar das Vorbringen der Beschwerdeführer stütze, zumal nach dieser Studie die neuen Regelungen für das gewerbliche Automatenspiel nicht dazu geeignet seien, den Spielerschutz in diesem Bereich zu verbessern. Der Rechtsvertreter der Bf sprach sich außerdem gegen die Verwertung der vom Gericht beigeschafften Urkunden aus, zumal es aufgrund der Rechtsprechung des EuGH absolut unzulässig sei, dass das erkennende Gericht Rechtfertigungsgründe für das Glücksspielmonopol vorlege.

I.6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere die im Akt einliegende Niederschrift und Dokumentation der Finanzpolizei, die GSp26-Formulare, die Stellungnahme des BMF betreffend Ziel und Zweck des Glücksspielmonopols vom 26.06.2015, den Glücksspiel Bericht 2010-2013, den Evaluierungsbericht des BMF vom November 2014 „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“ und das Informationsschreiben der Stabstelle für

Spielerschutz zu einer neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ samt dieser Studie (Kalke Studie), sowie das Beschwerdevorbringen und die öffentliche mündliche Verhandlung vom 06.07.2017 samt den darin protokollierten Aussagen der Zeugen.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus:

II.1. Bei einer finanzpolizeilichen Kontrolle am 07.11.2016 wurden in der vom Einzelunternehmer B.C. betriebenen Lokal „J. C.“ in der X, K., die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte in einem öffentlich zugänglichen Bereich betriebsbereit aufgestellt vorgefunden.

Es handelte sich dabei um zwei virtuelle Walzenspielgeräte und einen „Afric2go“-Automat, einen Laptop der Marke Acer Aspire samt Netzteil und einen Scanner.

Die Walzenspielgeräte waren seit 05.10.2016, das Afric2go-Gerät seit 31.10.2016 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal aufgestellt. Alle Geräte wurden betrieben, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen.

Gewinne wurden gegen Vorlage von Gewinntickets, welche direkt an den Glücksspielgeräten ausgedruckt werden konnten, im Lokal ausbezahlt. Dafür wurden das beschlagnahmte Laptop und der Scanner benutzt: Mit dem Scanner wurden die Gewinntickets eingelesen, woraufhin der Betrag auf dem Laptop erschien.

Die G. s.r.o. ist Eigentümerin sämtlicher beschlagnahmter Gegenstände. Es handelt sich dabei um eine Gesellschaft nach s. Recht mit Sitz in X, B. und Zweigniederlassung in Österreich. Der Sitz der Zweigniederlassung wurde am 29.07.2017 von der X, G. nach W., X, verlegt. Die G. s.r.o. verfügt über ein Stammkapital von 200.000,000 SKK und keinen Aufsichtsrat.

Die A.-GmbH wurde Anfang 2014 gegründet. Mit Kaufvertrag von 01.08.2016 wurde der Betrieb der A.-GmbH in die G. s.r.o. übertragen und dies mit 06.09.2016 ins Firmenbuch eingetragen. Die A.-GmbH wurde sodann am 21.01.2017 in „G. GmbH“ umbenannt; am 24.05.2017 wurde die neue Firma „G. GmbH in L.“ ins Firmenbuch eingetragen. Auch der noch im angefochtenen Beschlagnahmebescheid angeführte Sitz in der X, G., wurde mit 09.08.2016 nach W., X, verlegt. Die Gesellschaft ist mittlerweile aufgelöst (Generalversammlungsbeschluss vom 12.05.2017).

Keine der oben genannten (juristischen) Personen war im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die verfahrensgegenständlichen Geräte. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor und es waren solche Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen.

Das Walzenspielgerät mit der FA-Nr. 1 wurde bei Kontrollbeginn durch einen Gast bespielt und der Ablauf von den Beamten der Finanzpolizei dokumentiert. Dabei wurde festgestellt, dass auf dem Automat das Spiel “The Fabulous Vegas 27” angeboten wurde. Bei der versuchten Testbespielung durch die Finanzpolizei konnte nur mehr ein Guthaben in Höhe von 15 Euro aufgebucht werden, dann wurde das Gerät vom Internet getrennt (Net Error um 13:38).

Auch das Walzenspielgerät mit der FA-Nr. 2 wurde bei Kontrollbeginn durch einen Gast bespielt und der Ablauf von der Finanzpolizei dokumentiert. Dabei wurde festgestellt, dass auf dem Automat das Spiel “Demon Master” angeboten wurde. Testspiele durch die Finanzpolizei konnten nicht durchgeführt werden, da das Gerät ebenfalls von der Stromversorgung bzw. Internetverbindung getrennt wurde (Net Error um 13:38).

Der beobachtete Spielablauf der virtuellen Walzenspiele (FA-Nr. 1 bis 2) stellte sich wie folgt dar:
Die Testspiele konnten durch Betätigung virtueller Bildschirmtasten zur Durchführung aufgerufen bzw. ausgelöst werden. Nach Aufbuchung von Geld mittels Banknoteneinzug, Auswahl eines Einsatzbetrages mittels Tastenbetätigung und Auslösung des Spieles wurden bei den virtuellen Walzenspielen die am Bildschirm dargestellten Symbole auf den virtuellen Walzen ausgetauscht oder in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck rotierender, senkrecht ablaufender Walzen entstand. Nach etwa einer Sekunde kam der Walzenlauf automatisch zum Stillstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes. Bei den Walzenspielen hatte man keine Möglichkeit, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen. Es war nur möglich, nach Eingabe eines Geldbetrages als Spielguthaben ein Spiel auszuwählen und zur Durchführung aufzurufen, den Einsatz zu wählen, die Start-Taste zu betätigen, bis das aufgerufene Walzenspiel ausgelöst wurde, und die Entscheidung über das Spielergebnis abzuwarten. Nach etwa einer Sekunde, also nach Stillstand der Walzen, konnte der Verlust des Einsatzes oder ein Gewinn festgestellt werden.

Das Spielergebnis hing daher ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.

Am Afric2go Gerät mit der FA-Nr. 3 konnten von der Finanzpolizei folgende Testspiele durchgeführt werden:

| *FA-Nr.* | *Spiel* | *Vervielfachung* | *Einsatz* | *Gewinnaussicht* |
|---|---|---|---|---|
| 3 | Afric2go | 1, 2, 4 | 1 und 4 | 80,00 € |

Beim Eingriffsgegenstand mit der Finanzamtskontrollnummer FA-Nr. 5 handelt es sich um einen „Fun-Wechsler“ mit der Bezeichnung „afric2go“.

Zur Bedienung des Gerätes war eine gelbe Taste „Wechsel Münzen --> Scheine“, eine grüne Taste „Rückgabe Wählen 1/2“ und eine rote Taste „Musik kopieren/hören“ vorhanden. Durch Drücken der gelben Taste konnte man die Ausgabe des eingegebenen Guthabens (in Scheinen) erreichen, mit der grünen Taste konnte man den Vervielfachungsfaktor wählen und Gewinne aufbuchen und mit der roten Taste den Beleuchtungsumlauf starten oder stoppen.

Das Gerät war in der Version 1, 2 und 4 benützbar. Das heißt bei einem beleuchteten Zahlenfeld war der dort angezeigte Wert mit dem eingestellten Faktor von 1-4 zu multiplizieren, um den in Aussicht gestellten Gewinn festzustellen. Dieser Faktor 1, 2 und 4 entsprach gleichzeitig dem zu leistenden Einsatz in der jeweils gewählten Funktion. Während der Testspiele wurde mit einem Einsatz von 1,00 € ein Gewinn von 6,00 € und vom Gerät nach kurzem Drücken der gelben Taste „Wechseln Münzen --> Scheine“ als 10-Euro-Schein ausgefolgt. Die Beleuchtung der Zahlen- und Blindfelder erfolgte jeweils zufallsabhängig durch Drücken der roten Taste „Musik kopieren/hören“.

Auch hier hatten Spieler keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang des Spieles (Beleuchtungsumlauf) zu nehmen, das Spielergebnis hing daher ausschließlich vom Zufall ab.

II.2. Im Jahr 2015 weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, die Zahl der Problemspieler beträgt daher entsprechend zwischen ca. 19.900 und ca. 35.800 Personen. Zudem sind 2015 in Österreich zwischen ca. 27.600 bis etwa 46.000 Personen aktuell spielsüchtig. Diese Werte sind im Vergleich zum Jahr 2009 annähernd konstant. Männer weisen zu höheren Anteilen ein problematisches und pathologisches Spielverhalten auf als Frauen. Innerhalb der verschiedenen Altersgruppen stellt sich das Ausmaß vorhandener Spielprobleme sehr unterschiedlich dar, wobei die 14- bis 30-Jährigen sich diesbezüglich am stärksten betroffen zeigen.

Ausgehend vom Jahr 2015 haben 41% der Bevölkerung (14 bis 65 Jahre) in den letzten 12 Monaten irgendein Glücksspiel um Geld gespielt, dieser Wert ist seit 2009 kaum verändert (2009: 42%). Das klassische Lotto „6 aus 45“ ist das beliebteste Glücksspiel in Österreich. Jeder dritte Österreicher hat dieses Spiel im

Jahr 2015 mindestens einmal in den letzten 12 Monaten gespielt (ca. 33%), der prozentuale Anteil für die 30-Tages-Prävalenz beträgt ca. 20%. Seit 2009 haben sich diese Werte so gut wie nicht geändert (jeweils nur um ca. ± 1 Prozentpunkt). Dagegen ist für diesen Zeitraum eine deutliche Zunahme bei der europäischen Lotterie, den Euromillionen, zu konstatieren: Der Prozentwert für die monatliche Teilnahme hat sich von etwa 4% auf etwa 8% verdoppelt. Auch beim Joker gibt es seit 2009 einen prozentualen Anstieg. Inzwischen spielt jede siebte Person mindestens einmal im Jahr dieses Glücksspiel (ca. 14%). Damit ist es das zweitverbreitete Glücksspiel in Österreich. Bei den Rubbellosen – die auf dem vierten Platz liegen – sind nur geringe Veränderungen zwischen 2009 und 2015 vorhanden. Alle anderen Glücksspiele besitzen bezogen auf die Spielteilnahme in der Gesamtbevölkerung eine nachgeordnete Bedeutung: Das gilt für die Sportwetten genauso wie für die klassischen Kasinospiele, bei denen 2015 jeweils etwa 4% in den letzten 12 Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Kasinos und in Spielhallen werden von noch weniger Personen gespielt. In den letzten 12 Monaten haben am Automatenglücksspiel in Spielbanken ca. 0,5% teilgenommen, im Jahr 2009 waren dies ca. 0,6% bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz. Bezüglich der Teilnahme am Automatenglücksspiel außerhalb von Spielbanken (Spielhallen, Einzelaufstellungen, illegale Glücksspielautomaten) ist der Wert bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz von ca. 1,2% im Jahr 2009 auf ca. 1% im Jahr 2015 zurückgegangen.

Der monatliche Geldeinsatz für Glücksspiele hat im Zeitraum von 2009 auf 2015 leicht zugenommen und zwar wurden von den Glücksspielenden 2015 im Durchschnitt etwa 57 € pro Monat für Glücksspiele ausgegeben im Vergleich zu 53 € im Jahr 2009. Auf der Ebene der einzelnen Glücksspielarten bestehen hier jedoch sehr unterschiedliche Entwicklungen. Der Geldeinsatz ist 2015 am höchsten bei den Automatenspielen außerhalb der Kasinos. Im Durchschnitt werden hierfür von den Spielern pro Monat ca. 203 € eingesetzt, vor sechs Jahren lag der entsprechende Wert sogar bei etwa 317 €. Es folgen die klassischen Kasinospiele mit einem Mittelwert von ca. 194 €. Auch für diese Glücksspielform wird im Jahr 2015 durchschnittlich weniger Geld aufgewendet als in 2009. Stark angestiegen sind dagegen im betrachteten Zeitraum die Geldeinsätze für Sportwetten, diese haben sich von ca. 47 € auf ca. 110 € mehr als verdoppelt.

Die Anteile problematischen und pathologischen Spielens unterscheiden sich je nach Glücksspielart erheblich. Die zahlmäßig große Gruppe der Spieler von Lotterieprodukten beinhaltet anteilsbezogen nur wenige Personen, die ein problematisches oder pathologisches Spielverhalten zeigen (jeweils etwa ein Prozent). Während bei den Rubbellosen sich nur leicht höhere Werte zeigen, ist bei den klassischen Kasinospielen bereits mehr als jeder zwanzigste Spieler betroffen.

Auch Sportwetten beinhalten ein erhebliches Risiko, spielbedingte Probleme zu entwickeln. So erfüllen ca. 7,1% dieser Spielergruppe die Kriterien

problematischen Spielens und weitere ca. 9,8% zeigen ein pathologisches Spielverhalten. Etwa jeder sechste Sportwetter ist daher von einer Spielproblematik betroffen. Noch höher sind diese Anteile bei Spielautomaten, welche in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen stehen. Etwa 21,2% dieser Spieler sind spielsüchtig. Die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der „C.A." nehmen sich im Vergleich dazu eher gering aus. So liegen die Anteile für problematisches Spielen bei ca. 3,7% und für pathologisches Spielen bei ca. 4,4%. Dennoch weist etwa jede zwölfte Person, die in den klassischen Spielbanken am Automaten spielt, glücksspielbedingte Probleme auf. Bei der Prävalenz problematischen und pathologischen Spielens ging die Rate bei Automaten in Kasinos von ca. 13,5% im Jahr 2009 auf ca. 8,1% im Jahr 2015 und bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos von 33,2% im Jahr 2009 auf 27,2% im Jahr 2015 zurück.

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau"). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamts für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667 und 2014 (bis 3. Quartal) 310 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480, 2013 1299 und 2014 (bis 3. Quartal) 625 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden.

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2013 in Summe 6.920 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870, darunter 4.908 über österreichische Spielbankbesucher und 2.012 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 3.600 online-„Sofort-Checks". 621.195 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2013 den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Bei 48.284 davon bestand die begründete Annahme im Sinne des § 25 Abs. 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.359 Informationsgesprächen sowie 741 Beratungen bzw. Befragungen führte. Zum 31.12.2013 bestanden in österreichischen Spielbanken bei 22.435 Spielbankbesuchern aufrechte, gültige Einschränkungen der Besuchsmöglichkeiten und 4.381 aktive Selbstsperren. In den VLT-Outlets wurden im Jahr 2013 aus begründetem Anlass 11.330 zur Alterskontrolle anhand eines Lichtbildausweises aufgefordert, wovon in

1.350 Fällen der Zutritt verwehrt wurde. Insgesamt wurden 343 protokollierte Spielerschutz-Informationsgespräche geführt.

Beim BMF wurde mit 1.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.

Ferner ist durch die GSpG-Novellen 2008/2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

III. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte gründen vor allem auf der Dokumentation der Finanzpolizei, insbesondere den GSp 26-Formularen und dem Aktenvermerk vom 07.11.2016, sowie auf den Aussagen der Zeugen S. und H. in der mündlichen Verhandlung. Die vernommenen Zeugen waren bei der verfahrensgegenständlichen Kontrolle anwesend.

Bereits aus der Aussage des Zeugen S. folgt, dass die Geräte in einem öffentlich zugänglichen Bereich aufgestellt waren, zumal diese sich direkt im Lokal befanden und auch von Gästen bzw. das Gerät mit der FA-Nr. 1 und der Afric2go Automat von Beamten der Finanzpolizei bespielt wurden. Dass die Walzenspielgeräte seit 05.10.2016, das Afric2go-Gerät seit 31.10.2016 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal aufgestellt waren, ergibt sich aus der Dokumentation der Finanzpolizei, hinsichtlich der Walzenspielgeräte (FA-Nr. 1 und 2) insbesondere auch aus der niederschriftlichen Einvernahme des B.C. vom 07.11.2016 bzw. aus den von diesem vorgelegten Abholungs- und Aufstellungsbelege.

Die Feststellungen zu den Bf gründen auf den aktenkundigen finanzpolizeilichen Erhebungen sowie vom erkennenden Gericht eingeholten historischen Firmenbuchauszügen.

Für die zuständige Richterin ergaben sich im Zuge des Beweisverfahrens Zweifel am Eigentum der A. GmbH an dem beschlagnahmten Afric2go-Gerät. Zwar ist auf den Lichtbildern der Finanzpolizei erkennbar, dass das Gerät einen Aufkleber mit Logo (X) und Aufschrift der A. GmbH aufwies. Im vorgelegten Verwaltungsakt befand sich jedoch ein Schreiben des Rechtsvertreters der G. s.r.o. (2.-Bf) an die BH Kirchdorf vom 14.11.2016, wonach sämtliche beschlagnahmten Gegenstände, somit auch das afric2go-Terminal mit der Seriennummer x, Versiegelungsplaketten-Nr. A054368-A054370 im Eigentum seiner Mandantschaft, der G. s.r.o. stehe. Die daraufhin vom erkennenden Gericht eingeholten historischen Firmenbuchauszüge einerseits der A.-GmbH und andererseits der G. s.r.o. bestätigten das.

Die Feststellungen zur Funktionsweise der Geräte und zu den auf diesen Geräten möglichen Spielen samt Einsätzen, Vervielfachungsfaktoren sowie den dazu in Aussicht gestellten Höchstgewinnen gründen insbesondere auf dem Aktenvermerk der Finanzpolizei vom 07.11.2016 sowie der GSp26-Dokumentation. Der Aktenvermerk der Finanzpolizei enthält eine Beschreibung des Spielablaufs. Die auf den Geräten möglichen Spiele sind auf den GSp26-Formularen, auf die auch der Zeuge S. verwies, vermerkt. Der Zeuge S. führte aus, dass er im Rahmen jeder Bespielung versuche, ob es möglich sei, das Spiel zu beeinflussen. Wenn es beeinflussbar wäre, so würde es dokumentiert. Wenn aber in der finanzpolizeilichen Dokumentation nichts vermerkt sei, so sei eine Beeinflussung auch nicht möglich. Es ist für das erkennende Gericht auf Basis der im Verfahren hervorgekommenen Umstände kein ausreichender Grund ersichtlich, weswegen die Zeugen insofern falsche Angaben machen hätten sollen, zumal der Zeuge einerseits entsprechend geschult und erfahren was Glücksspielkontrollen betrifft ist und andererseits die in der konkreten Dokumentation beschriebenen Spiele samt möglichen Einsätzen, Vervielfachungsfaktoren und Gewinnen bzw. die genaue Funktionsweise der Geräte im Wesentlichen mit den festgestellten

Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu Walzenspielen bzw. Afric2go-Autmaten übereinstimmen.

Dass Gewinne ausbezahlt wurden, ergibt sich aus der Aussage des B.C., der bei seiner niederschriftlichen Einvernahme durch die Finanzpolizei beschrieb, wie das Prozedere bei der Auszahlung von Gewinnen gehandhabt wird (Ausdruck von Gewinntickets am Spielgerät, wodurch das Guthaben am Gerät wieder auf „null“ gestellt wird; Einlesen der Gewinntickets via Scanner; Erscheinen des Betrages am Laptop nach Einlesen mit dem Scanner). Aus dieser Aussage ergeben sich somit auch die Feststellungen zum beschlagnahmten Laptop samt Netzteil und zum Scanner.

Dass die Bf für die gegenständlichen Geräte nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG waren und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, folgt für das erkennende Gericht daraus, dass weder im behördlichen Verfahren noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurden und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde. Ebenso ist eine solche der Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/xxx nicht entnehmbar.

Dass die Geräte auch zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass diese Geräte betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten des Lokals aufgestellt waren und die Funktionsweise der Geräte eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Geräte aus reiner Freigiebigkeit betrieben worden wären.

Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt. Es sind aus Sicht des erkennenden Gerichts im Verfahren auch unter Berücksichtigung der von den Bf vorgelegten Unterlagen, keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Studie hervorgekommen. Die Feststellungen zu den Tätigkeiten des BMF, der Finanzpolizei und der Konzessionäre sowie die Feststellungen zur Anbindung an das Bundesrechenzentrum gründen vor allem auf den Angaben des BMF im Glücksspielbericht 2010-2013 und im Evaluierungsbericht des BMF zu den Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014. Aus Sicht des erkennenden Gerichts bestehen hinsichtlich der diesbezüglichen Ausführungen keine Bedenken

gegen die Richtigkeit, zumal auch davon auszugehen ist, dass das BMF über den Inhalt und Umfang der Tätigkeiten der Behörden Kenntnis hat und aufgrund der Funktion als Aufsichtsbehörde auch über bestimmte Tätigkeiten der Konzessionäre informiert ist. Gründe dafür, dass vom BMF diesbezüglich auf Tatsachenebene falsche Auskünfte gegeben worden wären, sind im Verfahren nicht hervorgekommen. Dass von Seiten der Konzessionäre eine Werbung für bestimmte Glücksspiele erfolgt, ist allgemein bekannt und es sprechen hierfür auch die von den Bf vorgelegten Unterlagen. Aus den von den Bf vorgelegten Unterlagen (z.B. Gutachten Ing. Mag. F.) ist jedoch keine umfassende und gezielte Werbetätigkeit der legalen Anbieter im Bundesgebiet für Spielautomaten ersichtlich und auch sonst im Verfahren dies nicht hervorgekommen.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat in rechtlicher Hinsicht erwogen:

IV.1. Rechtliche Grundlagen des Glücksspielgesetzes (GSpG, BGBl. Nr. 620/1989, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 107/2017):

Gemäß § 53 Abs. 1 Z 1 lit a GSpG kann die Behörde die Beschlagnahme von Glücksspielautomaten, sonstigen Eingriffsgegenständen und technischen Hilfsmitteln anordnen, und zwar sowohl wenn der Verfall als auch wenn die Einziehung vorgesehen ist, wenn der Verdacht besteht, dass mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wird.

Gemäß § 54 Abs. 1 GSpG sind Gegenstände, mit denen gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 leg. cit. verstoßen wird, zur Verhinderung weiterer Verwaltungsübertretungen nach den Bestimmungen des § 52 Abs. 1 leg.cit. einzuziehen, es sei denn, der Verstoß war geringfügig.

Gemäß § 52 Abs. 4 letzter Satz GSpG unterliegen Gegenstände, mit deren Hilfe eine verbotene Ausspielung iSd § 2 Abs. 4 GSpG durchgeführt oder auf andere Weise in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, sofern sie nicht gemäß § 54 leg.cit. einzuziehen sind, dem Verfall.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe zu bestrafen, "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".

§ 52 Abs. 3 GSpG lautet: 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.

Gemäß § 2 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 § 2 Abs. 4 GSpG 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, verboten.

IV.2. Zum Spruchpunkt I. – Abweisung der Beschwerde des B.C. (1. Bf) und der G. s.r.o. (2. Bf)

IV.2.1. Anders als in einem allfälligen Strafverfahren erschöpft sich die Ermittlungspflicht im Rahmen eines Beschlagnahmeverfahrens nach § 53 Abs. 1 GSpG im Nachweis eines *Verdachts* eines GSpG-Verstoßes.

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den gegenständlichen Geräten die Durchführung von Spielen bewirkt werden konnte, deren Ergebnis vom Zufall abhängt. Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang der virtuellen Walzenspiele bewusst beeinflussen könnte. Auch der VwGH hat bezüglich virtueller Walzenspiele in zahlreichen Entscheidungen (vgl. z.B. VwGH 27.04.2012, 2011/17/0074) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt.

Mit Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. April 2016, Ro 2015/17/0020 und 0021, zu einem „afric2go“ Gerät wurde klargestellt, dass für die Erfüllung des § 2 Abs. 1 Z 2 GSpG lediglich Voraussetzung ist, dass im Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel eine vermögenswerte Leistung erbracht wird. Der Einsatz stehe in unmittelbarem Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel, da gleichzeitig mit der Betätigung der „Musik kopieren/hören“-Taste der zufallsabhängige Beleuchtungsumlauf in Gang gesetzt werde, mit dem der Einsatz vervielfacht werden könne. Selbst ein zeitversetztes Starten der Gewinnspielfunktion könne den Zusammenhang zwischen Einsatzleistung und Gewinnspiel nicht durchbrechen, da selbst ein verzögert in Gang gesetztes Glücksspiel noch in einem engen Zusammenhang mit der Einsatzleistung stehe, weil die vermögenswerte Leistung des Anwenders nicht auf

den Erwerb eines Musiktitels beschränkt ist, sondern auch die (nachfolgende) Gewinnchance umfasse. Bei dem Afric2go Gerät handelt es sich daher ebenfalls um ein Glücksspielgerät.

Im Übrigen ist eine abschließende, einer juristischen „Feinprüfung“ standhaltende Qualifikation eines Spieles als Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel im Beschlagnahmebescheid ohnedies noch nicht erforderlich (vgl. etwa VwGH 23.02.2012, 2012/17/0033).

Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen im Sinne des GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und diese vom Glücksspielmonopol auch nicht ausgenommen waren. Angesichts des Umstandes, dass ein Geldeinsatz zu leisten war, besteht auch der Verdacht, dass diese Geräte betrieben bzw. zugänglich gemacht wurden, um damit selbständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es besteht daher bei den Geräten mit den FA-Nrn. 1 bis 3 der Verdacht eines Verstoßes gegen das GSpG.

Diese Geräte waren von 05.10.2016 (FA-Nr. 1 und 2) bzw. von 31.10.2016 (FA-Nr. 3) bis zur Kontrolle am 07.11.2016 betriebsbereit und voll funktionsfähig im Lokal aufgestellt, weshalb der Verdacht eines fortgesetzten Verstoßes gegen das GSpG besteht, wobei schon angesichts der Funktionsweise (insbesondere der kurzen Spieldauer, sodass mehrere Spiele in kurzer Zeit gespielt werden können, und der möglichen Einsätze) auch zumindest der Verdacht besteht, dass ein solcher Verstoß nicht als geringfügig anzusehen wäre. Für derartige Gegenstände ist auch in § 52 Abs. 4 GSpG der Verfall und in § 54 Abs. 1 GSpG die Einziehung vorgesehen, weshalb die Voraussetzungen für die Beschlagnahme dieser Geräte gegeben sind.

IV.2.2. Die Spieler im verfahrensgegenständlichen Lokal haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt und es wurden auch dort allfällige Gewinne ausbezahlt bzw. in Aussicht gestellt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt an den gegenständlichen Geräten erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an diese Geräte übermittelt und dort nur angezeigt wurde. Allfällige Gewinne wurden ebenfalls vor Ort ausgezahlt. Sämtlichen diesbezüglichen Beweisanträgen war daher nicht nachzukommen und auf das diesbezügliche rechtliche Vorbringen nicht weiter einzugehen. Es reicht, dazu auf die Entscheidung des VwGH vom 29.4.2014, Ra 2014/17/0002 (mit zahlreichen weiteren Judikaturhinweisen) zu verweisen.

Angesichts des festgestellten Sachverhaltes, insbesondere der Umstände, dass der Einsatz in die verfahrensgegenständlichen Geräte einzugeben war, von Spielern Tasten auf diesen Geräten zu betätigen waren, Gewinne im verfahrensgegenständlichen Lokal in Aussicht gestellt und ausbezahlt wurden und

auf den Geräten das Spielergebnis visualisiert wurde, ist davon auszugehen, dass Ausspielungen auch in Oberösterreich (am Standort der Geräte) erfolgten, wobei diese Ausspielungen auch nicht von einer allfällig erteilten Konzession bzw. Bewilligung für Ausspielungen in einem anderen Bundesland erfasst wären (vgl. VwGH vom 14.12.2011, 2011/17/0155).

IV.2.3. Zum Vorbringen betreffend die Unionsrechtswidrigkeit des GSpG:
Nach dem der Rsp des EuGH kann ein Glücksspielmonopol geeignet sein, einerseits die Niederlassungsfreiheit, andererseits die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken (EuGH Rechtssache *Gambelli,* C-243/01; Rechtssache *Pfleger* ua, C-390/12).

a) Hinsichtlich einer behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen GSpG ist zunächst festzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung der Höchstgerichte die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten Sachverhalte mit Auslandsbezug voraussetzt (vgl. etwa VwGH 27.4.2012, 2011/17/0046). Es ist auch nach der Judikatur des OGH (siehe etwa OGH 21.10.2014, 4 Ob 145/14y) ein Inländer nicht unmittelbar durch die Dienstleistungsfreiheit geschützt. Auch die Entscheidung OGH 4 Ob 244/14g geht davon aus, dass „*die Unvereinbarkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes mit der primärrechtlichen Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit in rein nationalen Fällen nicht zur Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen*“ führt. Im gegenständlichen Fall ist der Erstbeschwerdeführer (B.C.) eine natürliche Person mit Wohnsitz in Oberösterreich und die Drittbeschwerdeführerin (G. GmbH in L.) eine juristische Person mit Sitz in Österreich. In Hinblick auf diese beiden Beschwerdeführer kommt eine (unmittelbare) Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten von vornherein nicht in Betracht, da auch sonst im Verfahren kein Auslandsbezug hervorgekommen ist und diesbezüglich kein (substantiiertes) Vorbringen erstattet wurde. Dass auch keine allfällige, durch das faktische Agieren des Staates geschaffene Inländerdiskriminierung vorliegt, hat der Verfassungsgerichtshof im Übrigen jüngst festgehalten (15.10.2016, E945/2016, E 947/2016, E 1054/2016, festgehalten.

Lediglich bei der Zweitbeschwerdeführerin (G. s.r.o.) handelt es sich um eine juristische Person nach s. Recht mit Sitz im Ausland. Demzufolge ist ein grenzüberschreitender Sachverhalt gegeben, sodass der Schutzbereich der unionsrechtlichen Grundfreiheiten grundsätzlich eröffnet wäre.

b) Die behauptete Unionsrechtswidrigkeit liegt jedoch jedenfalls aus folgenden Gründen – für keine der bf Parteien – vor:

Gemäß Art. 49 AEUV (ex-Art 43 EGV) sind die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Das Gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen,

Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind. Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Art 54 Abs. 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen.

Gemäß Art. 52 iVm 62 AEUV können mitgliedstaatliche Eingriffe in die Freiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Auch Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH (vgl. etwa Rechtssache *Pfleger* ua, C-390/12 mwN) durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben der vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen Rechnung zu tragen. Sowohl Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit als auch Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinn zu gewährleisten, dass sie kohärent, systematisch und verhältnismäßig sind (vgl. EuGH Rechtssache *Gambelli*, C-243/01; siehe weiters EuGH Rechtssache *Dickinger und Ömer*, C-347/09; EuGH Rechtssache *Pfleger*, C-390/12; VwGH 29.05.2015, Ro 2014/17/0049; VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121).

Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, und es sind (Stand 2015) zwischen ca. 27.600 bis ca. 46.000 Personen spielsüchtig. Die Spielsucht stellt daher in Österreich ein relevantes Problem dar. Durch das im GSpG geregelte Glücksspielmonopol sollen unter anderem die Gelegenheiten zum Spiel vermindert, die Ausnutzung der Spielleidenschaft begrenzt und der Spielerschutz gewährleistet werden (vgl. in diesem Zusammenhang etwa die §§ 5, 14, 16, 19, 21, 22, 25, 26, 31 und 56; so ausdrücklich auch die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Novelle BGBl I Nr 73/2010; in diesem Sinne auch bereits die Rsp der österreichischen Höchstgerichte siehe etwa VfGH 06.12.2012, B1337/11 ua; VfGH 12.3.2015, G 205/2014-15 ua; VwGH 7.03.2013, 2011/17/0304, VwGH 4.11.2009, 2009/17/0147; OGH 20.3.2013, 6 Ob 118/12i; 17.02.2015, 4 Ob 229/14a: Aus den gesetzlichen Bestimmungen als solchen sei nicht abzuleiten, dass die Ausgestaltung des Glücksspielrechts nicht dem Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung diente). Diese Zielsetzungen vermögen daher eine Beschränkung der Glücksspieltätigkeiten im Sinne der Rsp des EuGH zu rechtfertigen. Auch der Verfassungsgerichtshof hielt jüngst fest, dass der österreichische Rechtsrahmen im Hinblick auf die Regulierung des Glücksspielsektors den in der Rechtsprechung des EuGH festgelegten Anforderungen entspricht (vgl. VfGH vom 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Dem evidenten Spielsuchtproblem in Österreich soll gerade auch

durch das im GSpG geregelte Monopol entgegengetreten werden, wobei es sich bei der Normierung eines Monopolsystems um eine geeignete Maßnahme handeln kann, um den negativen Erscheinungen unkontrollierten Glücksspieles entgegen zu wirken (vgl. EuGH Rechtssache *Pfleger*, C-390/12 RZ 41).

Es ist daher zu prüfen, ob die im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit in ihren Wirkungen tatsächlich geeignet sind, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Hinsichtlich der Eignung der im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit zur Erreichung der genannten Ziele in kohärenter und systematischer Weise ist nicht nur zu prüfen, welche gesetzlichen Vorgaben geregelt sind, sondern auch wie diese ungesetzt werden.

Das GSpG regelt einerseits die Anforderungen an die Erteilung einer Konzession oder Bewilligung zur Durchführung von Ausspielungen sowie deren Einhaltungsvoraussetzungen, andererseits stellt es Ausspielungen, die ohne Konzession oder Bewilligung durchgeführt werden, unter Strafe und ordnet dazu konkrete Verfolgungsmaßnahmen an. Somit geht aus dem GSpG klar hervor, dass nur jene Glücksspielbetreiber legal Glücksspiele in Form von Ausspielungen anbieten können, die einerseits Inhaber einer Konzession oder Bewilligung sind und andererseits die damit verbundenen Anforderungen fortlaufend erfüllen. Es liegt auf der Hand, dass eine beschränkte Zahl von Konzessionären effektiver zu überwachen ist als eine unbeschränkte Anzahl an Anbietern (vgl auch VfGH 6.12.2012, B 1337/11) und somit das im GSpG normierte Konzessions- und Bewilligungssystem dem Spielerschutz dienlich ist.

Durch die zur Vollziehung berufenen Behörden erfolgt auch einerseits die Kontrolle der Einhaltung der Anforderungen an die Konzessionäre und andererseits die tatsächliche Verfolgung und Ahndung von illegalem Glücksspiel.

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667 und 2014 (bis 3. Quartal) 310 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480, 2013 1299 und 2014 (bis 3. Quartal) 625 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden. Bereits aufgrund dieser vorläufigen Beschlagnahmen wurden aber grundsätzlich weitere Glücksspiele mit betroffenen

Glücksspielgeräten (zumindest für die Dauer der Aufrechterhaltung der Beschlagnahme) verhindert und insoweit die Zugänglichkeit zu Ausspielungen beschränkt.

Beim BMF wurde mit 1.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich ferner, dass durch die GSpG-Novellen 2008/2010 die elektronische Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) festgelegt worden ist. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

Schon die oben angeführten Umstände, insbesondere der Kontrollen der Konzessionäre, der Maßnahmen zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels, der Festlegung der Anbindung der Glücksspielautomaten und VLT der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH, aber auch der Einrichtung der Spielerschutzstelle, zeigen nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, dass die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in kohärenter und systematischer Weise erfolgt.

c) Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist die unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (so etwa VwGH Ro 24.04.2015, 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w; VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Nach der Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache A. AG, C-464/15) ist hierbei nicht nur auf die Zielsetzung im Moment des Erlasses der Regelung abzustellen, sondern auch auf die Auswirkungen der Regelung seit deren Erlass, wobei Gerichte damit nicht angeleitet werden, dies „empirisch mit Sicherheit“ feststellen zu müssen.

Als Folge der gesetzlichen und behördlichen Vorgaben werden durch die konzessionierten Betreiber Maßnahmen zum Spielerschutz tatsächlich umgesetzt. So ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt etwa, dass im Bereich der Spielbanken gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2013 in Summe nahezu 7.000 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870 eingeholt wurden und ferner bei Auskunfteien online-„Sofort-Checks“ erfolgten. Auch wurden im Jahr 2013 über 621.000 Spielbankbesucher den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich zudem, dass zum 31.12.2013 in österreichischen Spielbanken bei 22.435 Spielbankbesuchern aufrechte, gültige Einschränkungen der Besuchsmöglichkeiten und 4.381 aktive Selbstsperren bestanden. In den VLT-Outlets wurde bei begründetem Anlass in über 11.000 Fällen zur Alterskontrolle anhand eines Lichtbildausweises aufgefordert, wovon in mehr als 1.300 Fällen der Zutritt verwehrt wurde.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich weiters, dass es zu keiner Ausbreitung der Glücksspielsucht seit 2009 in Österreich gekommen ist. Gerade beim in Hinblick auf spielbedingte Probleme besonders risikoreichen Automatenglücksspiel ist die Prävalenz des problematischen und pathologischen Spielens (von ca. 13,5% [2009] auf ca. 8,1% [2015] bei Automaten in Kasinos und von ca. 33,2% [2009] auf ca. 27,2% [2015] bei Automatenaufstellungen außerhalb von Kasinos) seit 2009 zurückgegangen. Auch ist der durchschnittliche Geldeinsatz im Automatenglücksspielbereich außerhalb von Spielbanken merklich gesunken. Es zeigt sich auch, dass die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der konzessionierten „C.A.“ im Vergleich zu den (häufig auch nicht bewilligten) Ausspielungen in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen eher gering ausfallen.

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt, insbesondere der oben dargestellten tatsächlich durchgeführten Spielerschutzmaßnahmen durch die konzessionierten Betreiber und dem dargestellten Spielverhalten in Österreich (bezogen auf den Vergleichszeitraum 2009 bis 2015), erachtet das erkennende Landesverwaltungsgericht auch hinsichtlich der tatsächlichen Wirkungen der

Regelungen des GSpG eine unionsrechtlichen Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit als gegeben.

d) Zum Vorbringen betreffend die Werbetätigkeit ist Folgendes auszuführen: Aus der Rsp des EuGH ergibt sich, dass Werbung für Glücksspiel nicht generell dem Unionsrecht widerspricht, aber die Werbetätigkeit maßvoll und eng darauf begrenzt werden muss, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken (vgl dazu etwa Rechtssachen *Dickinger/Ömer*, C-347/09; *Placanica*, C-338/04*; HIT hoteli u.a.,* C-176/11). Gemäß § 56 Abs. 1 GSpG haben die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber bei ihren Werbeauftritten einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren, wobei die Einhaltung im Aufsichtswege überwacht wird. Bei Beurteilung der Werbetätigkeit kommt es nicht auf eine einzelne Werbung an, sondern es ist vielmehr die Gesamtheit der Werbemaßnahmen der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber heranzuziehen (vgl. auch OGH 27.11.2013, 2 Ob 243/12t).

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass sich der Anteil der Personen, die in den letzten 12 Monaten irgendein Glücksspiel um Geld gespielt haben, im Zeitraum 2009 bis 2015 kaum verändert hat. Insgesamt hat sich der Geldeinsatz (in absoluten Zahlen) zwar von 53 € auf 57 € (also nur in etwa um die Inflationsrate) erhöht, bei den besonders problematischen Automatenspielen außerhalb der Kasinos ist er sogar deutlich zurückgegangen. Auch die Anzahl der Spielsüchtigen ist in diesem Zeitraum nicht gestiegen. Daraus ist abzuleiten, dass die Werbetätigkeit der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber in ihrer Gesamtheit im Ergebnis jedenfalls kein Wachstum des gesamten Markts für Glücksspiele bewirkt hat. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob jede einzelne Werbemaßnahme jedes Konzessionärs und Bewilligungsinhabers den Vorgaben des EuGH entspricht, da die Werbetätigkeit in ihrer Gesamtheit jedenfalls nicht dem Wachstum des gesamten Markts für Glücksspiele dient. Auch wenn einzelne Werbemaßnahmen für sich genommen geeignet sein sollten, die Spiellust zu wecken bzw. zu verstärken, so hat jedenfalls die Gesamtheit der Werbetätigkeiten nicht zu einer Ausweitung des Glücksspieles geführt. Es haben daher die Gesamtwirkungen der Werbetätigkeit die kohärente und systematische Verfolgung der Ziele des GSpG nicht beeinträchtigt.

Nachdem es in Österreich (bezogen auf den Zeitraum 2009 bis 2015) zu keinem Wachstum des gesamten Glücksspielmarkts gekommen ist und (nach der Rsp des EuGH) eine Werbung der Konzessionäre für ihre Produkte zum Zweck, den vorhandenen Markt für sich zu gewinnen, jedenfalls zulässig ist (vgl. EuGH Rechtssache *Dickinger/Ömer* C-347/09, RN 69), geht das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich im Ergebnis davon aus, dass die bisherige Werbetätigkeit der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber nicht zur Unionsrechtswidrigkeit der österreichischen Regelungen betreffend die Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten führt.

e) Zusammenfassend ergibt sich daher für das erkennende Landesverwaltungsgericht, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände eine Unionsrechtswidrigkeit durch die österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten nicht vorliegt. Die von der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom EuGH anerkannten Gründe des Allgemeininteresses und sind geeignet, diese in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Die Beschränkungen erscheinen auch nicht unverhältnismäßig.

Diese Beurteilung entspricht auch der aktuellen Rechtsprechung des VwGH zu diesem Thema (Ro 2015/17/0022-7 vom 16. März 2016). Ebenso konnte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016 (E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016) keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen erkennen. Auch der Oberste Gerichtshof hat mit Beschluss vom 22. November 2016, 4 Ob 31/16m, die Konformität des österreichischen Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht festgestellt. Angesichts dieser Judikatur war dem Antrag auf Aussetzung des Verfahrens nicht stattzugeben, zumal auch die Ansuchen anderer Gerichte um Vorabentscheidung keine Bindungswirkung entfalten.

IV.2.4. Zu den offenen Beweisanträgen betreffend die Frage der Unionsrechtskonformität ist Folgendes auszuführen:
Die Bf haben die Einvernahme mehrerer Zeugen im Wesentlichen zum Beweis der „Unrichtigkeit der Kalke-Studie“ bzw. des Zustandekommens der dort erwähnten Daten und Fakten sowie der Ineffektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz beantragt. Soweit die Bf damit Zeugenaussagen von Fachleuten präsentieren möchte, wonach die Zahl der spielsüchtigen Personen in den letzten Jahren gestiegen sei, sind diese nicht geeignet, die Untauglichkeit des GSpG und der behördlichen Maßnahmen zu beweisen. In der aktuellen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg sind gerade diese Parameter in wissenschaftlicher Weise erhoben und ausgewertet worden. Diese Studie ist schlüssig und nachvollziehbar. Wahrnehmungen und Einschätzungen von (auch mit der Materie befassten) Einzelpersonen können die Studie nicht widerlegen. Dies wäre nur durch eine auf gleicher fachlicher Ebene erstellten Studie möglich. Die Beweisanträge waren daher abzuweisen.

Soweit Zeugeneinvernahmen zum Beweis dafür beantragt wurden, dass die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz ineffektiv seien, ist auszuführen, dass die Zeugen lediglich ihre persönliche Meinung (ob eine „Ineffektivität“ vorliegt) darstellen könnten, die allenfalls auf Umständen gründet, die sich in ihrem unmittelbaren Umfeld abspielen. Hingegen sind der genannten

Studie auch Auswirkungen der gesetzlichen Vorgaben und behördlichen Maßnahmen zu entnehmen. Persönliche Meinungen von Einzelpersonen sind daher für die vom Oö. Landesverwaltungsgericht vorzunehmende rechtliche Beurteilung, ob angesichts bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen als (im rechtlichen Sinne ausreichend) effektiv angesehen werden können oder nicht, nicht von Relevanz. Auch die Beweisanträge zur Effektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz waren daher abzuweisen. Auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens war nicht erforderlich, liegt doch mittlerweile bereits die Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ vor, die sich auch mit der Anzahl der Problemspieler beschäftigt.

Im Übrigen ist zu den Beweisanträgen der Bf noch auszuführen, dass ordnungsgemäße Beweisanträge unter anderem das Beweismittel und das Beweisthema anzugeben haben (vgl. etwa VwGH 25.11.2015, 2013/16/0034), wobei in der Unterlassung einer Beweisaufnahme kein Verfahrensmangel gelegen ist, wenn das von der Partei im Beweisantrag genannte Beweisthema unbestimmt ist (vgl. VwGH 17.11.2015, Ra 2015/02/0141). Soweit daher die von einem Rechtsanwalt vertretenen Bf Beweisanträge gestellt haben, ohne dass ein (ausreichend bestimmtes) Beweisthema genannt wurde, war eine Beweisaufnahme schon aus diesem Grund nicht erforderlich.

IV.2.5. Zum geltend gemachten Verbotsirrtum:
Vorab ist dazu anzumerken, dass im Beschlagnahmeverfahren – wie bereits oben dargelegt – der Verdacht ausreicht, dass mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen bzw. durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wird. Ein Verbotsirrtum kann sich aber nur auf die subjektive Tatseite auswirken, sodass das Vorbringen betreffend den Verbotsirrtum schon aus diesem Grund ins Leere geht (vgl. bereits LVwG OÖ. 26.01.2016, LVwG-410875/12/ER LVwG-410876/2/ER).

Im Übrigen wirken nach der Rsp des VwGH nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rsp zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbst erteilte Auskünfte über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) bzw. eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung“ (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen, entschuldigend. Auch wenn ein den verfahrensgegenständlichen Geräten vergleichbarer Gegenstand in Einzelfällen von Unabhängigen Verwaltungssenaten nicht als Eingriffsgegenstand qualifiziert worden wäre, würde dies nach der Rechtsprechung des VwGH gegenständlich ein bewilligungsloses Betreiben der verfahrensgegenständlichen Geräte nicht gemäß § 5 Abs. 2 VStG

entschulden. Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt war § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl I Nr. 13/2014 bereits in Geltung und es lag auch bereits eine Rsp des VwGH (vgl. etwa VwGH 14.12.2011, 2011/17/0155) zur „Auslagerung“ von Spielbestandteilen vor. Auch zur Unionsrechtsproblematik existierte bereits umfassende Judikatur. Auch aus diesem Grund geht das Vorbringen hinsichtlich des Verbotsirrtums ins Leere.

IV.2.6. Zum pauschalen Vorbringen der Bf, wonach die Bestimmungen des GSpG gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 18 B-VG bzw. Art. 7 EMRK verstoßen würden, ist auszuführen, dass ein solcher Verstoß für das erkennende Gericht im vorliegenden Verfahren nicht hervorgekommen ist. Betreffend die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich, welche der Vertreter der Bf in diesem Zusammenhang vorgelegt hat, sei auf die jüngste Entscheidung des VwGH vom 16.03.2016, Ro 2015/17/0022, verwiesen, in der der VwGH selbst in der Sache eine Strafe nach dem GSpG verhängte und daher auch der VwGH offensichtlich nicht von einer unzureichenden Determinierung des Glücksspielstrafrechtes ausgegangen ist.

IV.2.7. Das zuletzt in der mündlichen Verhandlung erstattete Vorbringen der Bf, wonach die Kalke Studie den Standpunkt der Bf sogar stütze, ist einerseits widersprüchlich, da die Studie zuvor in allen Schriftsätzen als falsch bezeichnet wird, sich die Bf aber nun in einzelnen, für sie günstig erscheinenden Punkten wieder darauf berufen. Andererseits ist der Einwand auch inhaltlich nicht berechtigt: Die Einführung einer maximalen Spieldauer und eines maximalen Einsatzes scheint zwar laut der Studie tatsächlich nicht geeignet, dem Spielerschutz zu dienen. Diese Maßnahmen waren aber bei Weiten nicht die einzigen zur Förderung des Spielerschutzes; eingeführt wurden – wie in den Feststellungen ersichtlich – z.B. auch eine Zutrittskontrolle, das Verbot von bestimmten Spielinhalten, Spielerschutzinstitutionen, das Verbot parallel laufender Spiele, Mindestabstände für Geräte, Spielersperren, Beratungsgespräche usw. Tatsächlich hat sich nach der Studie die Anzahl der Spielsüchtigen und der Geldeinsätze in den letzten Jahren kaum erhöht, sodass alle Maßnahmen insgesamt betrachtet erfolgreich gewesen sein dürften (vgl dazu auch VwGH, 16.03.2016 Ro 2015/17/0022).

IV.2.8. Zu der ebenfalls in der mündlichen Verhandlung geäußerten Rechtsansicht der Bf, es sei aufgrund der Entscheidung des EuGH vom 14.06.2017 in der Rs C-685/15 (O. GmbH) absolut unzulässig, dass das erkennende Gericht Rechtfertigungsgründe für das Glücksspielmonopol vorlege und daher die Verwertung der vom Gericht beigeschafften Urkunden unterbleiben müsse:

Richtig ist, dass es der EuGH nach dieser Entscheidung grundsätzlich als Pflicht der zuständigen staatlichen (Verwaltungs-)Behörden ansieht, Beweise für Rechtfertigungsgründe für die Beschränkung von Grundfreiheiten vorzubringen.

Gerichte können demnach zwar verpflichtet sein, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Vorlage der Beweise zu fördern. Sie können jedoch laut EuGH nicht verpflichtet sein, anstelle der genannten Behörden die Rechtfertigungsgründe vorzubringen, die eigentlich die Behörden vorzubringen haben (unter Berufung auf die Rs *Pfleger* vom 30.04.2014, C-390/12). Werden diese Rechtfertigungsgründe wegen der Abwesenheit oder Passivität der Behörden nicht vorgebracht, müssen die nationalen Gerichte alle Konsequenzen ziehen dürfen, die sich aus solchem Mangel ergeben.

Da sich diese Entscheidung bezieht auf ein Verwaltungsstrafverfahren bezieht, in dem das Gericht nicht in die Rolle des Anklägers gedrängt werden soll, indem es für den Beschuldigten belastendes Material erheben muss, ist sie für den vorliegenden Fall schon von vornherein nicht einschlägig. Das Beschlagnahmeverfahren ist gerade nicht mit dem Verwaltungsstrafverfahren vergleichbar, es reicht bereits der bloße Verdacht einer Übertretung des Glücksspielgesetzes aus, sodass viel geringere Anforderungen an Beweistatsachen gestellt werden. Das Beschlagnahmeverfahren ist auch keine zwingende Vorstufe für ein Strafverfahren.

Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes ist das Urteil des EuGH jedoch zudem auch nicht dahingehend zu verstehen, dass – sofern die mitgliedstaatlichen Behörden keine oder unzureichende Beweise vorlegen – automatisch „zulasten“ der Behörden von einer Unionsrechtswidrigkeit auszugehen wäre, wie die Bf offenbar vermeinen. Vielmehr muss es dem Gericht im Sinne des dem Verwaltungsstrafverfahren immanenten Prinzips der materiellen Wahrheit (§ 38 VwGVG iVm § 25 VStG) und der Amtswegigkeit (§ 17 VwGVG iVm § 39 Abs. 2 AVG) freistehen, dazu eigene geeignete, objektive Beweismittel einzuholen und auf deren Basis die nach der Rechtsprechung des EuGH geforderte „Gesamtwürdigung“ vorzunehmen. Anders als im Zivilprozess sieht weder das administrative Verwaltungsverfahren noch das Verwaltungsstrafverfahren eine Beweislastverteilung vor, die bei einer Negativfeststellung hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache zwingend zum Prozessverlust der für diese Tatsache beweispflichtigen Partei führt. Vielmehr muss – vor allem im Sinne des Beschuldigten und eines fairen Verfahrens gem. Art. 6 EMRK - eine umfassende Untersuchung des Sachverhaltes erfolgen und haben die Verwaltungsgerichte die Pflicht, alles in ihrer Macht stehende zu unternehmen, um der Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen. Dazu sind alle sich bietenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen und diejenigen Beweise zu erheben, die sich nach den Umständen des jeweiligen Falles anbieten oder als sachdienlich erweisen können. Es wäre absurd und den wesentlichen Grundsätzen des Verwaltungsstrafverfahrens zuwiderlaufend, würde ein unterlassenes Vorbringen zur Rechtfertigung eines allfälligen Eingriffes in eine Grundfreiheit von Seiten der Behörde dazu führen, dass das Landesverwaltungsgericht jegliche Ermittlungstätigkeit in diese Richtung zu unterlassen hätte.

Bei den hier eingeholten und verwerteten Studien und Statistiken handelt es sich zudem nicht nur um belastendes Material, deren Erhebung das Landesverwaltungsgericht in die Rolle des Anklägers drängen würde. Die verwendeten Studien und empirischen Daten (insbesondere die Kalke Studie sowie der Glücksspielbericht des Finanzministeriums) dienten vielmehr der Ermittlung von gleichermaßen belastenden und entlastenden Umständen und berücksichtigten auch die Entwicklungen nach Inkrafttreten der relevanten Bestimmungen des Glücksspielgesetzes, sodass eine dynamische Prüfung der Verhältnismäßigkeit erfolgen konnte. Dies zeigt sich schon daran, dass sich die Bf zum Beweis des eigenen Vorbringens hinsichtlich der Glücksspieleinnahmen des Bundes und der Expansions- und Werbestrategie der Glücksspielanbieter selbst auf das Material beruft. Weiters wurden alle verwendeten Beweismittel dem Parteiengehör unterzogen und den Bf in der mündlichen Verhandlung ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme und Widerlegung eingeräumt.

Der Vorwurf des „Drängens“ des Gerichtes in die Rolle des Anklägers bzw. eine Gefährdung der Unabhängigkeit ist somit nicht gerechtfertigt.

Zudem würde es den Rahmen des Verfahrens und die Kapazitäten des Landesverwaltungsgerichtes sprengen, in jedem einzelnen Verfahren neue Sachverständigen-Gutachten zu den aufgeworfenen Fragen wissenschaftlicher und statistischer Natur einzuholen (vgl. dazu auch den Schlussantrag der Generalanwältin S. zur Rs C-685/15 vom 09.03.2017, Rdnr. 58).

Der (indirekte) Vorwurf an das Landesverwaltungsgericht, gleichsam auch als Ankläger allein belastendes Material erhoben zu haben, ist vor dem Hintergrund Rechtsprechung des EuGH daher unbegründet.

IV.3. Zu Spruchpunkt II. – Zurückweisung der Beschwerde der A.-GmbH (3. Bf)

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, war die A. GmbH weder während des Zeitraumes, in dem die beschlagnahmten Geräte im Lokal „J. C.“ aufgestellt waren, noch im Beschlagnahmezeitpunkt Eigentümerin irgendeines der Gegenstände.

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat insbesondere ergeben, dass der beschlagnahmte Afric2go Automat – entgegen der Annahme der belangten Behörde – zum Tatzeitpunkt nicht mehr im Eigentum der A.-GmbH stand, da deren Betrieb bereits Monate zuvor mit Kaufvertrag auf die G. s.r.o. übertragen wurde.

Bei einem derartigen Vertrag über die Unternehmensübertragung erhält der Erwerber mit dem Grundgeschäft zunächst einen schuldrechtlichen Titel auf die Übertragung des Eigentums an den zum Unternehmen gehörenden Sachen, wie beispielsweise Glücksspielautomaten. Die Übertragung der einzelnen

Rechtspositionen erfolgt dann erst durch das jeweils notwendige Verfügungsgeschäft (Modus) (Übergabe beweglicher Sachen, Grundbuchseintragung bei Immobilien). Dass dieses Verfügungsgeschäft zwischen der A.-GmbH und der G. s.r.o. im Tatzeitpunkt bereits stattgefunden hatte, belegt das Schreiben des Rechtsanwaltes vom 14.11.2016, wonach das Afric2go Gerät bereits im Eigentum der G. s.r.o. stand.

Die A.-GmbH hatte daher auf die Aufstellung des Afric2go-Automaten vom 31.10.2016 bis zum Tag der Kontrolle am 07.11.2016 – wie im Spruch des angefochtenen Erkenntnis vorgeworfen – keine Einflussmöglichkeit, da sie gar nicht mehr verfügungsbefugt war.

Nach der ständigen Judikatur des VwGH (vgl. etwa 18.12.2013, 2012/17/0550) kommt die Parteistellung einer vom Eigentümer des nach § 53 GSpG beschlagnahmten Gerätes verschiedenen Person aber nur dann in Betracht, wenn sie als Veranstalter oder Inhaber im Sinne des GSpG anzusehen ist. Trifft dies nicht zu, ist die Beschwerde des von der Beschlagnahme Betroffenen mangels Parteistellung zurückzuweisen.

Da sich im Ermittlungsverfahren weder Anhaltspunkte für das Betreiben der Ausspielungen auf Kosten und Risiko der A. GmbH und somit deren Veranstaltereigenschaft ergeben haben, noch diese als Inhaber der beschlagnahmten Geräte in Frage kommt, 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. Die Entscheidung weicht nicht von der Rsp des VwGH zu den Voraussetzungen der Beschlagnahme sowie der Parteistellung im Beschlagnahmeverfahren ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend der Rsp des VwGH vorgenommen (vgl. insbesondere VwGH vom 16.03.2016, Ro 2015/17/0022). 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 im Sinne des Art 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis 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.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny