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-411689/8/Sch/SW

Datum:
Linz, 12. September 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Schön über die Beschwerde der P GmbH, vertreten durch Dr. F M, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich (Polizeikommissariat Wels) vom 22. November 2016, GZ: VStV/916301691531/2016, betreffend eine Beschlagnahmung nach dem Glücksspielgesetz, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11. Juli 2017,

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und der angefochtene Bescheid bestätigt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Mit Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich, PK Wels (im Folgenden: belangte Behörde), vom 22. November 2016, GZ: VStV/916301691531/2016, der sowohl der P GmbH (im Folgenden: Bf) als auch dem Verein „D“, A, W, als auch dem Finanzamt Grieskirchen Wels zugestellt wurde, wurde die Beschlagnahme des bei der Kontrolle am 5. November 2016 im Lokal „C D“, W, A, vorgefundenen Gerätes „Afric2go“, Serien-Nr. 1021, angeordnet.

Im Spruch des Beschlagnahmebescheides heißt es:

„BESCHEID

Über die am 05.11.2016 durch Organe des Finanzamtes Grieskirchen-Wels im Lokal „C D", W, A etabliert, gemäß § 53 Abs. 2 GSpG durchgeführte vorläufige Beschlagnahme eines Glücksspielgerätes ergeht von der Landespolizeidirektion Oberösterreich - Polizeikommissariat Wels gegen die Eigentümer, Inhaber und Veranstalter dieses Glücksspielgerätes folgender

SPRUCH

Gemäß § 53 Abs. 1 Zi. 1 lit. a Glücksspielgesetz BGBl.Nr. I 73/2010 wird von der Landespolizeidirektion Oberösterreich - Polizeikommissariat Wels zur Sicherung der Einziehung die Beschlagnahme des vorläufig beschlagnahmten Glücksspielgerätes samt darin befindlichem Geld mit der Gehäusebezeichnung

- Kajot, Serien-Nr.: x

Versiegelungsplaketten-Nr.: A084001 - A084004
angeordnet.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Gegen diesen Bescheid hat die rechtsfreundlich vertretene Bf rechtzeitig Beschwerde erhoben. Diese ist von der belangten Behörde samt Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt worden.

Diese war gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Richter zu treffen.

Am 11. Juli 2017 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der ein rechtsfreundlicher Rechtsvertreter der Bf und ein Vertreter des Finanzamtes Wels und die Zeugin M H teilgenommen haben. Die belangte Behörde hat sich im Vorfeld der Verhandlung für ihr Nichterscheinen entschuldigt.

3. Nach Wiedergabe des Inhaltes der zugrundeliegenden Anzeige der Finanzpolizei, Finanzamt Wels Grieskirchen, und der Rechtfertigung der Bf finden sich in der Begründung des Beschlagnahmebescheides folgende Ausführungen:

„Es waren keine weiteren Verfahrensschritte notwendig, zumal die Aktenlage als ausreichend für die Entscheidung der Behörde anzusehen war.

Die Landespolizeidirektion Oberösterreich - Polizeikommissariat Wels hat folgende rechtliche Beurteilung vorgenommen:

Gemäß § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegenden vom Zufall abhängt.

Bei den auf dem vorläufig beschlagnahmten Glücksspielgerät angebotenen Spielen handelt es sich um virtuelle Walzenspiele. Die Spiele waren deshalb als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz anzusehen, weil den Spielern keinerlei Möglichkeiten geboten wurde, bewusst auf das Zustandekommen eines bestimmten Spielergebnisses Einfluss zu nehmen. Die Spieler konnten nur einen Einsatz und den dazugehörigen Gewinnplan auswählen und die Start-Taste betätigen. Anschließend wurden für die Dauer von wenigen Sekunde die am Bildschirm dargestellten Symbole ausgetauscht oder in ihrer Lage verändert. Die neue Symbolkombination konnte einer im Gewinnplan dargestellten Kombination entsprechen oder nicht. Nur wenn die neue Symbolkombination einer im Gewinnplan dargestellten Kombination entsprach, dann ist ein Gewinn eingetreten. Die Entscheidung über den Spielausgang hing daher ausschließlich vom Zufall ab.

Gemäß § 2 Abs. 1 Glücksspielgesetz sind Ausspielungen Glücksspiele,
1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert 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 Spieler oder von anderen eine Vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

Gemäß § 2 Abs. 2 Glücksspielgesetz ist Unternehmer, wer selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

Gemäß § 2 Abs. 4 Glücksspielgesetz sind Ausspielungen verboten, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind.

Gemäß § 3 Glücksspielgesetz ist das Recht zur Durchführung von Glücksspielen, soweit in diesem Bundesgesetz nichts anderes bestimmt ist, dem Bund vorbehalten (Glücksspielmonopol).
Gemäß § 4 Abs. 1 Glücksspielgesetz unterliegen Glücksspiele nicht dem Glücksspielmonopol des Bundes, wenn sie
nicht in Form einer Ausspielung im Sinne des § 2 Abs. 1 und
a) bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge oder

b) nur einmal zur Veräußerung eines körperlichen Vermögensgegenstandes durchgeführt werden.

Daneben unterliegen noch Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten nach Maßgabe des § 5 Glücksspielgesetz sowie Warenausspielungen mit Glücksspielautomaten und Lebensversicherungsverträge, weiters Glückshäfen, Juxausspielungen und Tombolaspiele und Kartenspiele in Turnierform zum bloßen Zweitvertreib nicht dem Glücksspielmonopol. Im Sinne des Glücksspielgesetzes veranstaltet derjenige verbotene Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus, der auf seinen Namen und auf sein Risiko Glücksspiele in Form von Ausspielungen durch Spieler an einem Gerät (Glücksspielgerät) durchführen lässt, bei denen die Wertgrenzen des § 4 Abs. 2 GSpG (Einsatz € 0,50, Gewinn € 20,- pro Spiel) überstiegen werden. Der Veranstaltungsbegriff trifft jedenfalls auf den so genannten Aufsteller (jener Unternehmer, der Glücksspielgeräte aufstellen lässt und diese auf eigene Rechnung betreibt) zu, sofern dieser auch über das eingenommene Geld verfügen kann. Als Veranstalter kommen somit jene Beteiligte in Betracht, die das Glücksspiel auf ihre Rechnung ermöglichen.

Der Begriff „Inhaber" im Sinne des Glücksspielgesetzes definiert eine Person, die das Glücksspielgerät in ihrer Gewahrsame hat und dieses Glücksspielgerät den Spielern zugänglich macht, wie etwa der Wirt, der sich von der Aufstellung des Glücksspielgerätes durch den Betreiber lediglich eine Belebung seiner Getränkeumsätze erhofft oder vom Automatenbetreiber eine vom Ertrag unabhängige Miete erhält.

In der österreichischen Rechtsordnung bezeichnet Eigentum das dingliche, das heißt gegenüber jedermann durchsetzbare, Herrschaftsrecht einer Person über eine Sache. Der Eigentümer hat das alleinige Recht mit der Sache nach Belieben zu schalten und zu walten und jeden Dritten davon auszuschließen. Die gegenständlichen Glücksspielgeräte sind entsprechend dieser Definition Ihnen rechtlich zuzuordnen und Sie sind somit zweifelsfrei Eigentümer dieser Glücksspielgeräte, da Sie die beliebige Verfügungsgewalt über diese Glücksspielgeräte haben.

Die Eigentümer, Inhaber und Veranstalter des gegenständlichen Glücksspielgerätes haben seit 01.07.2016 das im Spruch angeführte Glücksspielgerät im angeführten Lokal „C D" selbständig zur Erzielung von Einnahmen betrieben. Die angeführten Beteiligten haben daher Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 Glücksspielgesetz veranstaltet, da sie als Unternehmer Glücksspiele veranstaltet haben, bei denen die Spieler eine Vermögenswerte Leistung mit der Teilnahme am Glücksspiel erbracht haben und eine Vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt worden ist. Da für diese Ausspielungen keine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz erteilt worden ist und eine Ausnahme gemäß § 4 Glücksspielgesetz nicht vorlag, waren diese Ausspielungen verboten.
Von den Organen der Finanzpolizei wurden am Glücksspielgerät Testspiele durchgeführt und auf Grund der bei den Testspielen getätigten Einsätze und der dazu in Aussicht gestellten Gewinne war in Verbindung mit der festgestellten Betriebsdauer der Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes erwiesen sowie der hinreichend begründete Verdacht eines fortgesetzten Verstoßes gegen § 52 Abs. 1 Zi. 1 GSpG gerechtfertigt.

Es besteht daher der Verdacht, dass mit dem angeführten Glücksspielgerät in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde und Verwaltungsübertretungen gemäß § 52 Abs. 1 Zi. 1 Glücksspielgesetz begangen wurden.

Gemäß § 52 Abs. 1 GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60 000 Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22 000 Euro zu bestrafen,

1. 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;
2. wer gewerbsmäßig ohne Berechtigung Spielanteile eines von diesem Bundesgesetz erfassten Glücksspieles oder Urkunden, durch welche solche Spielanteile zum Eigentum oder zum Gewinnbezug übertragen werden, veräußert oder an andere überlässt;
3. wer die Bewilligungsbedingungen eines genehmigten Glücksspieles nicht einhält;
4. wer die Auflagen des § 5 nicht einhält oder ein Glücksspiel trotz Untersagung oder nach Zurücknahme der Spielbewilligung durchführt;
5. wer gegen eine Bestimmung der in § 2 Abs. 3, § 12a Abs. 4 und § 21 Abs. 10 vorgesehenen Verordnung, gegen die Auflageverpflichtung von Spielbeschreibungen, die Anzeigeverpflichtung gemäß § 4 Abs. 6 oder eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 verstößt;
6. wer die Teilnahme an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 - insbesondere durch die Vermittlung der Spielteilnahme, das Bereithalten von anderen Eingriffsgegenständen als Glücksspielautomaten oder die unternehmerische Schaltung von Internet-Links - fördert oder ermöglicht;
7. wer technische Hilfsmittel (z. B. eine entsprechend geeignete Fernbedienung) bereit hält, mit sich führt oder einsetzt, die geeignet sind, sich selbst oder anderen einen unlauteren Spielvorteil zu verschaffen oder den Spielablauf zu beeinflussen;
8. wer die Pflichten der Geldwäschevorbeugung gemäß § 25 Abs. 6 und 7 oder § 25a verletzt;
9. wer verbotene Ausspielungen (§ 2 Abs. 4) im Inland bewirbt oder deren Bewerbung ermöglicht, es sei denn es liegt eine Bewilligung des Bundesministers für Finanzen gemäß § 56 Abs. 2 vor;
10. wer als Kreditinstitut wissentlich die Vermögenswerte Leistung eines Spielers an den Veranstalter oder Anbieter verbotener Ausspielungen weiterleitet, wenn dies im vorsätzlichen unmittelbaren Zusammenwirken mit dem Veranstalter oder Anbieter geschieht;
11. wer bei der Durchführung von Ausspielungen Trinkgelder direkt annimmt.

Gemäß § 52 Abs. 2 ist bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1 000 Euro bis zu 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3 000 Euro bis zu 30 000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3 000 Euro bis zu 30 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6 000 Euro bis zu 60 000 Euro zu verhängen.

Gemäß § 53 Abs. 1 Glücksspielgesetz kann die Behörde die Beschlagnahme von Glücksspielautomaten, der sonstigen Eingriffsgegenstände und der technische Hilfsmittel anordnen und zwar sowohl wenn der Verfall als auch wenn die Einziehung vorgesehen ist, wenn

1. der Verdacht besteht, dass

a. mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 Glücksspielgesetz verstoßen wird oder
b. durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen § 52 Abs. 1 Zi. 7 verstoßen wird oder
2. fortgesetzt oder wiederholt mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen gemäß Zi. 1 lit. a gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird oder
3. fortgesetzt oder wiederholt durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen § 52 Abs. 1 Zi. 7 verstoßen wird.

Gemäß § 53 Abs. 2 Glücksspielgesetz können die Organe der öffentlichen Aufsicht die in Abs. 1 genannten Gegenstände auch aus eigener Macht vorläufig in Beschlag nehmen, um unverzüglich sicherzustellen, dass die Verwaltungsübertretungen gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs. 1 Glücksspielgesetz nicht fortgesetzt begangen oder wiederholt werden.

Wie bereits angeführt wurde, bestand der Verdacht, dass mit dem vorläufig beschlagnahmten Glücksspielgerät in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde und gegen die Bestimmung des § 52 Abs. 1 Zi. Glücksspielgesetz verstoßen wurde. Die Organe der Abgabenbehörde waren daher befugt, das Glücksspielgerät aus eigener Macht vorläufig in Beschlag zu nehmen.

Gemäß § 50 Abs. 1 Glücksspielgesetz sind für Strafverfahren und Betriebsschließungen nach diesem Bundesgesetz in erster Instanz die Bezirksverwaltungsbehörde, im örtlichen Wirkungsbereich einer Landespolizeidirektion diese zuständig.

Da von den Organen der Abgabenbehörde die vorläufige Beschlagnahme im örtlichen Wirkungsbereich der Landespolizeidirektion Oberösterreich - Polizeikommissariat Wels erfolgte, ist die Landespolizeidirektion Oberösterreich - Polizeikommissariat Wels gemäß § 50 Abs. 1 Glücksspielgesetz zuständige Behörde zur Anordnung der Beschlagnahme gemäß § 53 Abs. 1 Glücksspielgesetz.

Gemäß § 54 Abs. 1 Glücksspielgesetz 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.

Für die Beschlagnahme von Glücksspielgeräten gemäß § 53 Abs. 1 Glücksspielgesetz genügt der Verdacht einer Übertretung nach § 52 Abs. 1 Glücksspielgesetz. Zum Zeitpunkt der Bescheiderlassung muss für die Behörde somit feststehen, dass der Verdacht des Eingriffes in das Glücksspielmonopol des Bundes sowie zum Zeitpunkt der Kontrolle und vorläufigen Beschlagnahme gemäß § 53 Abs. 2 Glücksspielgesetz immer noch gegeben ist. Eine Detailprüfung aller Sachverhaltselemente sowie ein formelles Parteiengehör über die beabsichtigte Beschlagnahme hatte daher zu diesem Stadium des Verfahrens zu unterbleiben. Es ist vom Beteiligten auch keine Stellungnahme einzuholen.

Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 Glücksspielgesetz als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist gemäß § 52

Abs. 3 Glücksspielgesetz nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 Glücksspielgesetz zu bestrafen. Auf Grund dieser Bestimmung besteht somit auf jeden Fall der Verdacht, 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 verstoßen wird.

Es ist somit unerheblich, ob durch die Tat auch gleichzeitig der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht wird.
Von der Landespolizeidirektion Oberösterreich - Polizeikommissariat Wels wurde daher die Beschlagnahme des vorläufig beschlagnahmten Glücksspielgerätes gemäß § 53 Abs. 1 Zi. 1 lit. a Glücksspielgesetz zur Sicherung der Einziehung angeordnet, weil für dieses Glücksspielgerät die Einziehung gemäß § 54 Abs. 1 Glücksspielgesetz vorgesehen ist und der begründete Verdacht besteht, dass mit diesem Glücksspielgerät, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, fortgesetzt gegen eine Bestimmung des § 52 Abs. 1 Glücksspielgesetz verstoßen wird.
Der konkrete Verdacht des Eingriffes in das Glücksspielmonopol des Bundes, ergab sich dadurch, weil bei dem betreffenden Glücksspielgerät virtuelle Walzenspiele angeboten wurden. Die Spiele waren deshalb als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz anzusehen, weil den Spielern keinerlei Möglichkeiten geboten wurde, bewusst auf das Zustandekommen eines bestimmten Spielergebnisses Einfluss zu nehmen. Die Spieler konnten nur einen Einsatz und den dazugehörigen Gewinnplan auswählen und die Start-Taste betätigen. Anschließend wurden für die Dauer von wenigen Sekunden die am Bildschirm dargestellten Symbole ausgetauscht oder in ihrer Lage verändert. Die neue Symbolkombination konnte einer im Gewinnplan dargestellten Kombination entsprechen oder nicht. Nur wenn die neue Symbolkombination einer im Gewinnplan dargestellten Kombination entsprach, dann ist ein Gewinn eingetreten. Diese Glücksspiele wurden in Form einer Ausspielung von einem Unternehmer veranstaltet, der nicht über die dafür erforderliche Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz verfügte. Somit wurde fortgesetzt gegen die Bestimmung des § 52 Abs. 1 Zi. 1 Glücksspielgesetz verstoßen.

Es sind somit die gesetzlichen Voraussetzungen sowohl für die vorläufige Beschlagnahme des gegenständlichen Glücksspielgerätes nach § 53 Abs. 2 Glücksspielgesetz als auch die Beschlagnahme der Glücksspielapparate durch die Landespolizeidirektion Oberösterreich - Polizeikommissariat Wels gemäß § 53 Abs. 1 Glücksspielgesetz vorgelegen. Der Eingriff in das Eigentumsrecht erfolgte daher in einem Fall und in der Art wie durch das Glücksspielgesetz bestimmt und steht daher im Einklang mit Artikel 5 des Staatsgrundgesetzes vom 21.12.1867, RGBl. Nr. 142 i.d.F. BGB. Nr. 684/1988 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger.

Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes und der durchgeführten Ermittlungen war für die erkennende Behörde erwiesen, dass die gesetzlichen Vorausaussetzungen für eine Beschlagnahme vorliegen, sodass spruchgemäß zu entscheiden war.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt und die Beweisaufnahme im Rahmen der oben angeführten Beschwerdeverhandlung.

Das Nichterscheinen der belangten Behörde steht der Abführung der Verhandlung nicht entgegen. Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gilt für die Verwaltungsgerichte der Amtswegigkeitsgrundsatz, welchem Art. 47 GRC bzw. Art. 6 EMRK nicht entgegenstehen (vgl. VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121).

Daraus ergeben sich folgende Feststellungen:

Bei der finanzpolizeilichen Kontrolle am 5. November 2016, 18:30 Uhr, im Lokal „C D“, wurde der im Spruch angeführte Glücksspielautomat betriebsbereit in einem öffentlichen Bereich des Lokals aufgefunden, mit der Nummer FA-Nr. 1 beklebt, probegespielt und im Rahmen der vorläufigen Beschlagnahme mit Versiegelungsplaketten versehen

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr.	Spiel	Einsätze	in Aussicht gestellter Gewinn
1	Ring of Fire XL	0,1 - 15 Euro	180 – 27.000 Euro

Der konkrete Spielablauf dieses virtuellen Walzenspieles, der – anders als vom Vertreter der Beschwerdeführerin völlig unsubstantiiert behauptet – alleine dem Verwaltungsakt zufolge hinreichend genau erhoben ist, stellt sich wie folgt dar:
Beim gegenständlichen Gerät war ein „kleines“ virtuelles Walzenspiel, ein sogenanntes „Skill Game“, dem eigentlichen Walzenspiel vorgelagert. Es handelt sich dabei um ein Miniaturwalzenspiel mit 3 virtuellen Walzen, welche Zahlen sowie den Buchstaben „A“ aufweisen. Die Zusammensetzung dieser Walzen wird mit jeder Starttastenbetätigung vom Programm neu festgelegt, ohne dass der Spieler darauf einen Einfluss hat. Dieses „kleine Walzenspiel“ wird durch Loslassen der spielauslösenden Taste gestoppt. Erscheint beim „kleinen Walzenspiel“ ein „A“, so wird automatisch der große Walzenlauf ausgelöst. Beim „kleinen Walzenspiel“ konnten keine Gewinne erzielt werden, vielmehr dient es lediglich dazu, um zum „großen Walzenspiel“ zu kommen.

Beim an das kleine Walzenspiel anschließenden virtuellen „großen Walzenspiel“ wurden für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wurde mit der Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach zuerst das „kleine Walzenspiel“ ausgelöst. Nach dem Loslassen der Starttaste wurde – je nach Ergebnis des „kleinen Walzenlaufes“ (vgl. dazu oben) entweder sofort oder nach neuerlichem Betätigen der Starttaste der „große Walzenlauf“ ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage

verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele im großen Walzenlauf zu nehmen. Ein allfälliges Guthaben kann mittels eines ausdruckbaren Gewinnbons im Lokal gegen Bargeld getauscht werden.

Auf dem Gerät FA-Nr. 1 konnten somit Einsätze geleistet werden, für welche Gewinne in Aussicht gestellt wurden. Das Spielergebnis konnte nicht beeinflusst werden und hängt vom Zufall ab. Das Gerät ist im Eigentum der Bf und wurde von dieser dem Verein „D“ zur Verfügung gestellt, um damit nachhaltig Einnahmen zu erzielen.

Das Lokal „C D“ wird vom Verein „D“ betrieben. Das verfahrensgegenständliche Gerät war zumindest vom 01.07.2016 bis zum Tag der Kontrolle am 05.11.2016 im Lokal aufgestellt um mit der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es lag keine glücksspielrechtliche Konzession oder Bewilligung irgendeiner Art vor. Die Bf ist eine österreichischen GmbH mit Sitz in der G.

5. Zur Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie das dabei vorgefundene Gerät, insbesondere auch dessen Betriebsbereitschaft und Betriebsdauer in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei der GSp26-Dokumentation samt Skizze des Lokals, der Aussage der in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugin M H sowie der niederschriftlichen Aussage des bei der Kontrolle anwesenden A C. Letzterer konnte insbesondere angeben, dass das Gerät FA-Nr. 1 zumindest ab 01.07.2016 bis zum Tag der Kontrolle betriebsbereit und öffentlich zugänglich in gegenständlichem Lokal aufgestellt war. Für das erkennende Landesverwaltungsgericht ergaben sich weder aus dem Akt noch im Beweisverfahren Hinweise, die gegen diese Feststellungen sprechen.

Der Spielablauf, die Einsätze sowie mögliche Gewinne hinsichtlich des Gerätes FA-Nr. 1 ergeben sich ebenfalls widerspruchsfrei aus der bei der Kontrolle angefertigten Dokumentation sowie der niedergeschriebenen Aussage des Lokalbetreibers. Diese Angaben deckten sich auch mit den Aussagen der in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugin M H. Die Beschreibung der Spielabläufe stimmt auch mit den festgestellten Abläufen in anderen

(veröffentlichten) Entscheidungen zu virtuellen Walzenspielen überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den diesbezüglichen Feststellungen bestehen.

Die (unbestrittenen) Feststellungen bezüglich der Bf bzw. zu den Eigentumsverhältnissen des Gerätes ergaben sich aus dem Akt, insbesondere aus dem von der Bf selbst vorgelegtem Eigentumsnachweis, sowie dem einliegenden Firmenbuchauszug.

Dass das Gerät zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass dieses von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurde und die Funktionsweise des Geräts eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung des Geräts aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre und dass das Gerät nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wäre.

Dass weder der Lokalbetreiber noch die Bf als Eigentümerin des Gerätes im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für das gegenständliche Gerät waren und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, folgt für das erkennende Gericht daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle, noch im behördlichen Verfahren bzw im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurde und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde.

6. Rechtliche Beurteilung:

Vorweg wird auf die Ausführungen in der Begründung des in Beschwerde gezogenen Beschlagnahmebescheides verwiesen, womit die belangte Behörde die relevanten Erwägungen hinreichend ausführlich darlegt.

Der vorliegende Fall deckt sich mit den entsprechenden Feststellungen in höchst zahlreichen Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Es wird daher davon Abstand genommen, die entsprechenden weitwendigen Ausführungen hier zum wiederholten Male auszubreiten.

a) Eine Beschlagnahme nach § 53 Abs. 1 GSpG setzt lediglich den Verdacht des Verstoßes mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG voraus (vgl. VwGH 26.1.2009, 2005/17/0223, mit Hinweis auf VwGH 24.4.2007, 2004/05/0268). Eine

abschließende, einer juristischen "Feinprüfung" standhaltende Qualifikation eines Spieles als Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel ist im Beschlagnahmebescheid hingegen noch nicht erforderlich (vgl. VwGH 23. 2 2012, 2012/17/0033; VwGH 15.1.2014, 2012/17/0587).

Betreffend des Gerätes FA-Nr. 1 hat das durchgeführte Ermittlungsverfahren ergeben, dass mit diesem Gerät Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis jedenfalls vorwiegend vom Zufall abhängt. Dass die vom Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung als Glücksspiele beurteilten Spiele an solchen Geräten mit einem vorgelagerten Miniaturwalzenspiel kombiniert wurden, mit dem kein Einfluss auf das Ergebnis der virtuellen Walzenspiels, welches weiterhin das zu erreichende eigentliche Ziel des Spiels darstellt, genommen werden kann, ändert nichts an dieser Beurteilung. Zu Beginn eines Spiels an derartigen Geräten muss ein virtuelles Walzenspiel gewählt werden, welches das „Spielziel“ darstellt. Dieses virtuelle Walzenspiel ermöglicht geldwerte Gewinne und Verluste und sein Ausgang hängt ausschließlich vom Zufall ab. Auch wenn am „kleinen“ Walzenspiel geldwerte Gewinne erzielt werden können, muss immer zuerst ein virtuelles Walzenspiel gewählt werden. Da sohin zweifelsfrei feststeht, dass am Gerät FA-Nr. 1 Glücksspiele angeboten wurden, kann eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben.

Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B. VwGH 27.4.2012, Zl. 2011/17/0074) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da dieser Umstand sohin feststeht, kann eine weitere Erörterung dieser Frage unterbleiben.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich weiters, dass mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät Glücksspiele veranstaltet wurden, um dadurch selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es handelt sich bei diesen Glücksspielen um Ausspielungen iSd § 2 GSpG. Aufgrund der verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräte mit den darauf verfügbaren Spielen, bei denen Spieleinsätze zu leisten und Gewinne in Aussicht gestellt sind, ist – in Ermangelung einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz – von einer verbotenen Ausspielung iSd § 2 Abs. 4 GSpG auszugehen. Weiters ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt wurde und diese Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich weiter, dass die Bf Eigentümerin des verfahrensgegenständlichen Gerätes war und sich das Gerät FA-Nr. 1 zumindest vom 01.07.2016 bis zum Tag der Kontrolle am 05.11.2016 betriebsbereit in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals „D“ befand, weshalb der begründete Verdacht besteht, dass mit gegenständlichem Gerät fortgesetzt gegen das GSpG

verstoßen wurde. Die Spieler im Lokal „D“ haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt am gegenständlichen Gerät erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an dieses Gerät übermittelt und dort nur angezeigt wurde. Allfällige Gewinne wären ebenfalls vor Ort ausgezahlt worden. Sämtlichen diesbezüglichen Beweisanträgen war daher nicht nachzukommen und auf das diesbezügliche rechtliche Vorbringen nicht weiter einzugehen. Es reicht, dazu auf die Entscheidung des VwGH 29.4.2014, Ra 2014/17/0002 (mit zahlreichen weiteren Judikaturhinweisen) zu verweisen.

Aufgrund der festgestellten Einsatzhöhen und der Funktionsweise des Gerätes (kurze Spieldauer, da ein Spiel nur kurz dauert, wobei auch nicht ausgeschlossen ist, dass Spieler mehrere Einzelspiele hintereinander spielen) kann auch nicht von einer Geringfügigkeit ausgegangen werden (vgl. alleine hinsichtl. der Geringfügigkeit von Einsätzen VwGH, 28.05.2013, 2012/17/0195).

b) Die Benützer des Glücksspielgeräts haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt am gegenständlichen Gerät erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an dieses Gerät übermittelt und dort nur angezeigt wurde (vgl. VwGH 29.4.2014, Ra 2014/17/0002). Auch im Lichte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ändert das Aufstellen von Terminals, die die Durchführung von Spielen über einen in einem anderen Bundesland aufgestellten Server – in welcher technischen Form auch immer – ermöglichen, nichts an der Tatsache, dass eine Ausspielung in Oberösterreich durchgeführt wurde, für deren Zulässigkeit jedenfalls nicht das steiermärkische Landesrecht maßgeblich ist (so auch VwGH 23.10.2014, 2013/17/0535 mwN).

c) Wenn die Bf die Anwendung des Glücksspielgesetzes aufgrund vermeintlich konkurrierender Gesetze bestreitet, ist ihr zum einen zu entgegnen, dass sich diese Problematik auf die Strafbestimmungen des GSpG und 168 StGB bezieht und somit hier nicht einschlägig ist, zum anderen der Verwaltungsgerichtshof diesbezüglich in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgehalten hat, dass bei Überprüfung der Frage der Zuständigkeit zur Entscheidung die Zuständigkeitsvorschrift heranzuziehen ist, die im Zeitpunkt der Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde in Geltung stand. Der bekämpfte Bescheid wurde nach Inkrafttreten des § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl I Nr 13/2014 erlassen, sodass die diesbezüglichen Einwände der Bf nicht stichhaltig sind.

d) 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 die Bf eine österreichische GmbH mit Sitz in G und auch das Lokal „D“ befindet sich in W. Auch sonst ist im Verfahren kein Auslandsbezug hervorgekommen und es wurde diesbezüglich auch kein (substantiiertes) Vorbringen erstattet, sodass eine (unmittelbare) Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten nicht in Betracht kommt.

Hinzu kommt, dass der durch das österreichische GSpG geschaffene gesetzliche Rahmen nach Ansicht des erkennenden Landesverwaltungsgerichtes nicht unionsrechtswidrig ist, was auch im Einklang mit der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung steht (vgl jüngst VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist zwar entsprechend den Vorgaben des EuGH nicht nur der normative Rahmen von Bedeutung, sondern es ist die unionsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopol auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig, sodass zu prüfen wäre, ob die Regelungen des Glücksspielgesetzes in ihrer Gesamtheit dazu führen, dass die vom GSpG bezweckten Wirkungen (etwa Verringerung der Gelegenheit zum Spiel und Bekämpfung der damit verbundenen Kriminalität) erzielt werden (so etwa VwGH Ro 24.04.2015, 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w). Wenn aber die gesetzlichen Bestimmungen als solche selbst grundsätzlich mit dem Unionsrecht vereinbar sind, so wären allfällige tatsächlich fehlende Wirkungen dieser Regelungen, die allenfalls zur Unionsrechtswidrigkeit führen könnten, auf die Vollziehung der gesetzlichen Bestimmungen (zB mangelnde Aufsicht) oder das sonstige Agieren des Staates (zB inkohärente Spielerschutzpolitik) zurückzuführen. Eine allfällige dem Anliegen des Spielerschutzes nicht gerecht werdende Beschränkung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten wäre dann aber nicht Folge der gesetzlichen Bestimmungen als solchen (vgl OGH 17.02.2015, 4 Ob 229/14a), sondern es würde dies durch das sonstige Agieren des Staates, insbesondere bei Vollziehung der Regelungen des GSpG, verursacht. In einem solchen Fall wäre aber die Konsequenz wohl nicht die Aufhebung des an sich unionsrechtskonformen Gesetzes durch den VfGH wegen Inländerdiskriminierung, vielmehr wäre es Aufgabe der Vollziehung einen dem Gesetz (unter Beachtung der sich aus dem Unionsrecht ergebenden Vorgaben) entsprechenden Zustand herzustellen. In diesem Sinne wird auch sonst vertreten, dass Gesetze verfassungskonform auszulegen und zu vollziehen sind und es führt eine nicht verfassungskonforme Auslegung durch die Behörden nicht zur

Aufhebung des Gesetzes (vgl etwa VfGH 11.12.2012, V8/12 ua). Eine allfällige durch das faktische Agieren des Staates geschaffene Inländerdiskriminierung verhilft der Bf im Übrigen auch sonst nicht zum Erfolg: Es kann grundsätzlich die Rechtmäßigkeit des Verhaltens einer Behörde (im gegenständlichen Fall etwa nach dem GSpG) nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass staatliche Stellen in anderen Fällen (andere Personen betreffend) sich rechtswidrig verhalten. Der Bf erwächst durch eine allfällige zur Unionsrechtswidrigkeit führende Verwaltungspraxis bzw staatliches Agieren kein Rechtsanspruch darauf, dass sein dem GSpG widersprechendes Verhalten nicht geahndet wird, denn dieses Ergebnis wäre ein Anspruch auf die Nichtanwendung des Gesetzes trotz gegebener Tatbestandsmäßigkeit (vgl etwa VfGH 30.09.1991, B 1361/90). Dass keine Inländerdiskriminierung vorliegt, hat der Verfassungsgerichtshof im Übrigen jüngst festgehalten (vgl VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

Im Ergebnis führen aber die obigen Ausführungen dazu, dass weder die Anfechtung von Regelungen des GSpG (diese bewirken als solche keine Inländerdiskriminierung), noch die Nichtanwendbarkeit dieses Gesetzes bei reinen Inlandssachverhalten (keine Gleichheit bei einem allfälligen durch die Vollziehung bewirkten Unrecht) in Betracht kommen.

e) Dem Antrag auf Aussetzung des Verfahrens wegen beim EuGH anhängiger Vorabentscheidungsverfahren (C-589/16, C-685/15 und C-79/17) war nicht stattzugeben, denn Ansuchen anderer Gerichte um Vorabentscheidung des EuGH entfalten keine Bindungswirkung.

f) Der entscheidungsrelevante Sachverhalt ist hinreichend geklärt, sodass auf die als Erkundungsbeweisanträge zu wertenden Ausführungen des Beschwerdeführers in der Beschwerdeschrift und weiteren Eingaben nicht einzugehen war.

g) Der Bf kann auch nicht zugutegehalten werden, dass ihr die Unionsrechtskonformität der einschlägigen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht vorwerfbar nicht bekannt gewesen wäre. Diesbezüglich lagen auch vorangegangen mehrere Entscheidungen vor, die der Bf bei ihrer Argumentation in diese Richtung entgegengehalten werden müssen. Zur Vermeidung entsprechender Wiederholungen wird auf die Judikatur des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich verwiesen, etwa auf das Erkenntnis vom 12. April 2016, LVwG-411293/9/Kof, und die dort zitierten höchstgerichtlichen Entscheidungen.

h) Es war somit im Ergebnis die Beschwerde gemäß § 50 VwGVG als unbegründet abzuweisen, der angefochtene Beschlagnahmebescheid zu bestätigen und somit spruchgemäß zu entscheiden.

zu II.
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 zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen (vgl. insbesondere auch VwGH 16.3.2016, Zl. Ro 2015/17/0022-7 sowie jüngst VfGH 15.10.2016, E 945/2016 u.a. Zlen.). Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 8.1.2015, Zl. Ra 2014/08/0064).

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

Gegen 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. Schön