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

Geschäftszeichen:

LVwG-413148/7/FP - 413149/2

Datum:

Linz, 27. Februar 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde der 1. P. GmbH, sowie von 2. K.W., beide vertreten durch Dr. F.M., Rechtsanwalt, X, W., gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 3. Oktober 2018, GZ: Pol96-604-2014, betreffend die Einziehung von Glücksspielgeräten nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde der P. GmbH wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die Beschwerde von K.W. 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 dem im Rubrum genannten Bescheid wurde von der belangten Behörde gemäß § 54 Abs. 1 GSpG die Einziehung der beschlagnahmten Glücksspielgeräte mit der Gehäusebezeichnung

- K., SerienNr. x, Versiegelungsplaketten-Nr. A 052321 bis A 052328
- K. SerienNr. x, Versiegelungsplaketten-Nr. A 052329 bis A 052335

angeordnet.

Der Bescheid wurde der P.-GmbH (ErstBf), K.W. (ZweitBf, 1 und 2 gemeinsam „die Bf“) und der P. GmbH zugestellt.

I.2. Gegen diesen Bescheid erhoben die Bf mit Schriftsatz vom 30. Oktober 2018 rechtzeitig Beschwerde, in der beantragt wird, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Einziehungsverfahren einzustellen.

Begründend wird auf das Wesentliche zusammengefasst vorgebracht, dass ihr Recht auf Parteiengehör verletzt worden sei, Begründungsmängel vorliegen würden und die Behörde ergänzende Ermittlungen durchführen hätte müssen. Zudem hätte die Behörde Verfahrensfehler begangen und wäre unzuständig gewesen. Auch hätte eine unrichtige rechtliche Beurteilung stattgefunden. Zudem sei der Verdacht auf eine Übertretung des Glücksspielgesetzes für eine Einziehung nicht ausreichend.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsakt mit Schreiben vom 30. November 2018 zur Entscheidung vor.

I.4. Mit E-Mail vom 26. Februar 2019 legte der Rechtsvertreter der Bf mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung eine ergänzende Stellungnahme hinsichtlich eines Anwendungsverbotes des österreichischen Glücksspielgesetzes aufgrund europarechtlicher Bedenken im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe, insbesondere den präventiven Spielerschutz, zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit mitsamt etlichen Beilagen und Beweisanträgen vor. Weiters wurde der Antrag gestellt, das Verfahren bis zur Entscheidung der beim EuGH anhängigen Verfahren zu den Rechtssachen C-589/16, C-685/15 und C-79/17 auszusetzen bzw. die im Vorbringen näher ausgeführten Fragen an den EuGH zu richten. Darüber hinaus wurde neben der Einvernahme von Zeugen zur Unrichtigkeit der Kalke-Studie die Einholung eines Sachverständigengutachtens

betreffend der Funktionsweise des beschlagnahmten Glücksspielautomaten beantragt. Vorgelegt wurde auch ein Urteil des Bezirksgerichts Wels vom 17. März 2015, GZ: 8 C 673/14g-17, ein Rechtsgutachten des Univ.-Prof. Dr. A.K. vom 24. Mai 2016 betreffend Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielwerbung und das Gutachten über die Glücksspielwerbung in Österreich von Ing. Mag. M.F., MBA, vom 31. Mai 2017.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde übermittelten Verfahrensakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation sowie in folgende gerichts- und parteienbekannte Dokumente (Beilage ./A): Stellungnahme des BMF zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregulierung vom 17. November 2017, den Glücksspielbericht des BMF 2010-2013, den Glücksspielbericht des BMF 2010-2014, den Glücksspielbericht des BMF 2014-2016, eine Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ und eine Studie der Gesundheit Österreich GmbH zu Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz und durch Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 31. Oktober 2018, zu der ein Vertreter des Finanzamts erschienen ist.

Die schriftliche Stellungnahme, die Beilage ./A, sowie die vom Gericht beigeschafften Vorakten LVwG-410530-532 und LVwG-411736 galten in der mündlichen Verhandlung als verlesen.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht am 28. November 2014 wurden im Lokal mit der Bezeichnung „G.P.“ in B., X, durchgeführten Kontrolle die Geräte K., Serien-Nr. x, Versiegelungsplaketten-Nr. A 052321 bis A 052328, K. SerienNr. x, Versiegelungsplaketten-Nr. A 052329 bis A 052335 beschlagnahmt.

Die Geräte waren von etwa 2009 bis zum Tag der Beschlagnahme aufgestellt um mit der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen und standen in diesem Zeitraum in einem öffentlich zugänglichen Bereich im oa. Lokal eingeschaltet und betriebsbereit für Spieler zur Verfügung. Es lag keine glücksspielrechtliche Konzession oder Bewilligung irgendeiner Art vor.

Das Lokal wurde von K.W. betrieben.

Die P. GmbH ist Eigentümerin der Eingabeterminals.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr	Spiel	mögliche Einsätze	in Aussicht gestellte Gewinne
1	Lucky Bar	0,20 – 4,50 Euro	20 Euro + bis zu 198 SG
2	Lucky Bar	0,20 – 4 Euro	20 Euro + bis zu 198 SG

Der Spielablauf dieser virtuellen Walzenspiele stellt sich wie folgt dar:

Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen wurden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung 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 das Walzenspiel 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 zu nehmen.

Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 5. Dezember 2016, GZ: Pol96-604-0-2016-Sch, und Straferkenntnis der belangten Behörde vom 5. Dezember 2016, GZ: Pol96-604-1-2016-Sch, wurden über die Bf wegen unternehmerischen Zugänglichmachens und unternehmerischer Beteiligung Verwaltungsstrafen nach § 9 VStG iVm § 52 Abs. 1 Z 1 drittes und viertes Tatbild GSpG verhängt. Die dagegen erhobenen Beschwerden wurde mit Erkenntnissen des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 17. Februar 2017, GZ: LVwG-411733/6/KLe und 411736/6/KLe, als unbegründet abgewiesen und die angefochtenen Straferkenntnisse bestätigt. Mit Beschlüssen des Verfassungsgerichtshofs vom 8. Juni 2017, E 1021/2017-5 und vom 1. Dezember 2017, GZ: E 3663/2017-5, wurde die Behandlung der gegen diese Entscheidung erhobenen Beschwerde abgelehnt. Revisionen wurden nicht erhoben.

Es kann nicht festgestellt werden, dass sich die für eine Gesamtwürdigung der Unionsrechtskonformität des GSpG relevanten Umstände seit der letzten veröffentlichten Entscheidung des VwGH (7. März 2018, Ra 2018/17/0006), insbesondere aber auch seit dem Erkenntnis des VwGH vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, geändert haben.

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem abgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie das dabei vorgefundene Gerät gründen vor allem auf der Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation, der GSp26-Dokumentation der Finanzpolizei. Daraus ergibt sich unter anderem, dass die Geräte probebespielt wurden. Der Spielablauf, die Einsätze sowie mögliche Gewinne hinsichtlich des gegenständlichen Geräts ergeben sich ebenfalls widerspruchsfrei aus der bei der Kontrolle angefertigten Dokumentation sowie der Aussage der in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugin. Die Beschreibung der Spielabläufe stimmt auch mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu elektronischen Glücksspielen überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den diesbezüglichen Feststellungen bestehen.
Die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Gebiet Glücksspiel, Geschicklichkeitsspiele zum Beweis dafür, dass es sich vorliegend um Geschicklichkeitsspiele handle, konnte unterbleiben, da bei den durchgeführten Bespielungen festgestellt wurde, dass das Spielergebnis nicht zu beeinflussen war. Im vorliegenden Fall liegt aufgrund der Zeugenaussage auf der Hand, dass das Spiel kein Geschick erforderte. Das Gericht konnte sich auf dieser Grundlage ein ausreichendes Bild über den Spielablauf machen. Der Beweisantrag, von dem sich die Bf offenbar erhofft, dass er anderweitige Ergebnisse erbringt, ist deshalb ein Erkundungsbeweis, dem nach der Judikatur des VwGH nicht nachzukommen ist.

Die Bf übersehen im Übrigen, dass vorliegend „normale“ Walzengeräte und keine Skill-Games vorlagen.

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

Im Übrigen handelt es sich bei der Frage, ob ein bestimmtes Spiel als Geschicklichkeitsspiel oder als Glücksspiel im Sinne des GSpG anzusehen ist, um eine rechtliche Beurteilung, die vom Verwaltungsgericht vorzunehmen ist. Ein Sachverständiger kann dabei bloß Spielabläufe und eine bestimmte Funktionsweise der Geräte aufnehmen. Dies geschieht jedoch auch bei einer Bespielung durch die Finanzpolizei.

Dass keine der genannten Personen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die gegenständlichen Geräte war 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 wurden und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde. Ebenso ist eine solche der diesbezüglich einschlägigen Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/steuern/gluecksspiel-spielerschutz/in-oesterreich/gspg-konzessionaere.html nicht entnehmbar.

Die (unbestrittenen) Feststellungen bezüglich der Bf ergaben sich aus dem Akt, insbesondere aus den im Akt einliegenden Firmenbuchauszug und dem bezughabenden Beschlagnahmeerkenntnis des LVwG Oö. vom 20. August 2015, LVwG-410530/10/FP/HUE – 410532/2.

Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass diese von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurden und die Funktionsweise der Geräte eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Auch sind im Verfahren keine Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre und dass die Geräte nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wären.
Bei wirklichkeitsnaher Betrachtung ist auch davon auszugehen, dass die Zurverfügungstellung dieser Geräte durch die Bf ausschließlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesen Geräten zu erzielen. Dass der ErstBf als Eigentümerin die Funktion der verfahrensgegenständlichen Geräte, mit anderen Worten, dass mit diesen Geräten Glücksspiele durchgeführt werden können, bekannt war, liegt bei lebensnaher Betrachtung auf der Hand. Das erkennende Gericht kann keine Gründe erkennen, die gegen diese Annahme sprechen.

Im Übrigen wurde mit den Erkenntnissen des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 17. Februar 2017, GZ: LVwG-411733/6/KLe und 411736/6/KLe, verbindlich festgestellt, dass mit den gegenständlichen Glücksspielgeräten gegen § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG verstoßen wurde.

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes entfalten rechtskräftige Strafurteile, aber auch verwaltungsstrafrechtliche „Verurteilungen“, bindende Wirkung hinsichtlich der tatsächlichen Feststellungen, auf denen ihr Schuldspruch beruht, wozu jene Tatumstände gehören, aus denen sich die jeweilige strafbare Handlung nach ihren gesetzlichen Tatbestandselementen zusammensetzt. Die Bindungswirkung erstreckt sich auf die vom Gericht festgestellten und durch den Spruch gedeckten Tatsachen (vgl. etwa die

Erkenntnisse vom 24. September 1996, 95/13/0214, VwSlg 7123 F/1996, vom 30. Jänner 2001, 95/14/0043, VwSlg 7578 F/2001, und vom 24. Jänner 2013, 2010/16/0169, je mwN; vgl. auch Ritz, BAO[5], § 116 Tz 14, mwN). Diese Bindung besteht hinsichtlich jener Personen, denen gegenüber das Strafurteil ergangen ist, (vgl. die Erkenntnisse vom 25. März 1999, 97/15/0059, VwSlg 7379 F/1999, und vom 21. März 2012, 2009/16/0272, vgl. in Zh mit Verwaltungsstrafverfahren bspw. auch VwGH 21. August 2014, Ra 2014/11/0027), sodass die Verstöße hinsichtlich K.W. jedenfalls in Bezug auf ihn verbindlich feststehen, woraus sich für das Gericht objektiv ergibt, dass mit den vorliegenden Geräten gegen § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wurde.

Sämtliche von den Bf vorgelegte Unterlagen stammen aus einer Zeit vor jenen Entscheidungen des VwGH, in welchen der VwGH seine Ansicht, das GSpG entspreche dem Unionsrecht unter Berufung auf seine Grundsatzentscheidung vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, bekräftigt hat. Zuletzt hat der VwGH in seiner Entscheidung vom 24. Jänner 2019, Ra 2018/09/0096, seine Ansicht, das GSpG sei mit dem EU-Recht in Einklang, wiederholt. Die Bf haben insofern keine Beweismittel vorgelegt, die geeignet wären, die mangelnde Unionsrechts-konformität des GSpG darzutun, vielmehr waren diese Beweismittel vielfach Gegenstand von Verfahren vor den Verwaltungsgerichten erster Instanz und des VwGH. Es ergibt sich angesichts der späteren Judikatur des VwGH, dass sich die Gesamtumstände zum Zeitpunkt der ggst. Entscheidung nicht geändert haben können bzw. ist im Verfahren nichts hervorgekommen, das eine solche Annahme zuließe.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Gemäß § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Gemäß § 2 Abs. 1 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 vermögens-werte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

Gemäß § 2 Abs. 2 ist Unternehmer, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit

vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs. 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmereigenschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

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

Gemäß § 54 Abs. 1 GSpG sind Gegenstände, mit denen gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird, zur Verhinderung weiterer Verwaltungsübertretungen gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs. 1 einzuziehen, es sei denn der Verstoß war geringfügig.

Gemäß § 54 Abs. 2 GSpG ist die Einziehung mit selbstständigem Bescheid zu verfügen. Dieser ist all jenen der Behörde bekannten Personen zuzustellen, die ein Recht auf die von der Einziehung bedrohten Gegenstände haben oder ein solches geltend machen und kann, soweit die Einziehung betroffen ist, von ihnen mit Beschwerde angefochten werden. Kann keine solche Person ermittelt werden, so hat die Zustellung solcher Bescheide durch öffentliche Bekanntmachung zu erfolgen.

Gemäß § 54 Abs. 3 GSpG sind eingezogene Gegenstände nach Rechtskraft des Einziehungsbescheides binnen Jahresfrist von der Behörde nachweislich zu vernichten.

III.2. Es hat sich ergeben, dass mit den gegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte. Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen iSd GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und die Bf von diesem auch nicht ausgenommen waren. Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B. VwGH 8.9.2005, 2000/17/0201; VwGH 27.1.2012, 2011/17/0246) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da dieser Umstand sohin feststeht, kann eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben.

Einzuziehen sind jene Gegenstände, mit denen gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wird. Der über die Einziehung

verfügende Bescheid ist an jene Person zuzustellen die ein Recht auf die von der Einziehung bedrohten Gegenstände hat.

Die gegenständlichen Eingriffsgegenstände befanden sich betriebsbereit in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals „G.P.“. Zusammenfassend wurde von den Bf mit den im Eigentum der P. GmbH stehenden Geräte (zumindest) der objektive Tatbestand des unternehmerischen Zugänglichmachens von verbotenen Ausspielungen und die unternehmerische Beteiligung gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 dritter bzw. vierter Fall GSpG verwirklicht, womit die Voraussetzung für eine Einziehung gegeben ist. Im Erkenntnis vom 14. November 2013 führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass die Verwirklichung des objektiven Tatbestands eines der Tatbilder der Verwaltungsübertretungen des § 52 Abs. 1 GSpG Tatbestandsvoraussetzung für das Einziehungsverfahren nach § 54 GSpG ist (vgl. VwGH 14.11.2013, 2013/17/0056).

Hinsichtlich einer möglichen, die Einziehungspflicht des § 54 GSpG ausschließenden Geringfügigkeit des Verstoßes gegen die Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG ist festzustellen, dass der vorliegende Verstoß schon angesichts der möglichen Höhe der möglichen Einsätze und dem Umstand, dass Spieler auch nicht daran gehindert werden, mehrere Spiele nacheinander durchzuführen, nicht als geringfügig anzusehen ist (vgl. VwGH 30.1.2013, 2012/17/0370, in dem das Höchstgericht bei einem Maximaleinsatz von 2 Euro die Begründung der belangten Behörde, dass nicht von einem geringfügigen Verstoß auszugehen wäre, nicht beanstandete). Die Geräte waren zudem in einem öffentlich zugänglichen Bereich aufgestellt. Der Verstoß war somit nicht als geringfügig einzustufen. Schon angesichts des Umstands, dass die Bf auch noch im Einziehungsverfahren vor dem Verwaltungsgericht weiterhin die Erfüllung des objektiven als auch des subjektiven Tatbestands eines Verstoßes gegen § 52 Abs. 1 GSpG bestreiten und darüber hinaus von der zumindest teilweisen Unanwendbarkeit des GSpG wegen Unionsrechtswidrigkeit ausgehen, ist auch unter Berücksichtigung der Funktionsweise des Eingriffsgegenstandes davon auszugehen, dass kein Einsehen betreffend die festgestellte Erfüllung des objektiven Tatbestands eines Verstoßes gegen § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG zu erkennen ist und die Einziehung zur Verhinderung weiterer derartiger Verwaltungsübertretungen erforderlich ist.

Auch das Vorbringen, dass es sich bei den verfahrensgegenständlichen Geräten weder um einen Glücksspielautomaten noch um elektronische Lotterie, sondern lediglich um eine Eingabe- und Auslesestation handeln würde, ändert nichts. Die Erteilung des Spielauftrags, die Leistung des Einsatzes, die Steuerung des Ablaufes des Spielvorganges sowie das Starten des Spiels durch Betätigung von Tasten am Gerät, das Beobachten des Spielablaufs und Spielergebnisses fand in Oberösterreich statt. Im Lichte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung würde auch 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 ändern, dass eine Ausspielung in Oberösterreich durchgeführt wurde, für deren Zulässigkeit nicht die Rechtslage in einem anderen Bundesland maßgeblich ist (so VwGH 23.10.2014, 2013/17/0535 mwN).

Angesichts des festgestellten Sachverhaltes, insbesondere der Umstände, dass der Einsatz in die verfahrensgegenständlichen Geräte einzugeben war, von Spielern Tasten auf den Geräten zu betätigen waren, um Spiele zu starten bzw. Spielaufträge zu erteilen, auf den Geräten das Spielergebnis visualisiert wurden und im Lokal allfällige Gewinne ausbezahlt wurden, 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 der Steiermark erfasst wären (vgl. VwGH 14.12.2011, 2011/17/0155).

Die Spieler im gegenständlichen Lokal haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Zuständigkeitsbereich der belangten Behörde geleistet, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt an dem gegenständlichen Gerät erzeugt wurde oder von einem anderen Ort 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 vom 29.4.2014, Ra 2014/17/0002 (mit zahlreichen weiteren Judikaturhinweisen), zu verweisen.

Zur Einwendung der Unzuständigkeit sei außerdem auf die Erkenntnisse des VwGH vom 15. Dezember 2014 zu 2014/17/0121 und des VfGH vom 10. März 2015, E 1139-1140/2014 sowie 10. März 2015, G 203/2014 u. a. verwiesen.

III.3. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG:

III.3.1. Nach ständiger Rechtsprechung der Höchstgerichte setzt die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten Sachverhalte mit Auslandsbezug voraus (vgl etwa VwGH 27.4.2012, 2011/17/0046). Nach der Judikatur des OGH (siehe etwa OGH 21.10.2014, 4 Ob 145/14y) ist 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. Die ErstBf ist eine österreichische GmbH, der ZweitBf Einzelunternehmer mit Wohnsitz in Österreich. 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. Dass diesbezüglich keine Verfassungswidrigkeit wegen Inländerdiskriminierung vorliegt, ergibt sich aus der Entscheidung des VfGH vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19.

III.3.2. In seinem Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, hat der Verwaltungsgerichtshof, nach der vom EuGH geforderten Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Bestimmungen des Glücksspielgesetzes erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht erkannt. Dieser Rechtsansicht hat sich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, angeschlossen. Seit dem, zuletzt am 7. März 2018, Ra 2018/17/0006, spricht der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung aus, dass das GSpG dem Unionsrecht entspricht. Der VwGH betont auch in ständiger Rechtsprechung, dass die Voraussetzungen für eine Vorlagepflicht an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) gemäß Art. 267 AEUV klar bzw. geklärt sind. Ebenso seien die Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor durch die nationalen Gerichte geklärt (vgl. EuGH vom 15.9.2011, Dickinger und Ömer, C-347/09, Rn. 83 f; vom 30.4.2014, Pfleger, C-390/12, Rn. 47 ff; vom 30.6.2016, Admiral Casinos & Entertainment, C-464/15, Rn. 31, 35 ff). Seine Ansicht hat der VwGH in seiner Entscheidung vom 24. Jänner 2019, Ra 2018/09/0096 wiederholt. Im Verfahren hat sich nichts ergeben, das darauf schließen ließe, dass sich die Umstände im letzten Monat derart geändert hätten, dass nunmehr das österreichische GSpG überlagert wäre.

Das Verwaltungsgericht folgt der Ansicht des VwGH und erachtet das österreichische GSpG als mit dem Unionsrecht in Einklang.

III.3.3. Zu den Anträgen auf Aussetzung des Verfahrens ist - abgesehen davon, dass sich die Bf nach dem Gesagten nicht auf einen Verstoß gegen EU-Recht berufen können - auszuführen, dass die Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor durch die nationalen Gerichte geklärt sind (so ausdrücklich etwa VwGH 15.5.2017, Ra 2017/17/0214 mwN), sodass nach Ansicht des erkennenden Gerichts ausgehend von den im Verfahren hervorgekommenen Umständen weder ein (weiteres) Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu stellen ist, noch es notwendig erscheint, das gegenständliche Verfahren auszusetzen.

Die Bf rügt zudem, dass die bisherige höchstgerichtliche Judikatur des VfGH, VwGH und OGH nichts zur Auslegung des Art. 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) beitragen könne, da diesen Entscheidungen keine – im Sinne einer dynamischen Betrachtungsweise gebotene – eigenständige Faktenermittlung zur Frage der Unionsrechtskompatibilität des GSpG-Monopols zugrunde liege. So lasse sich aufgrund

des Mangels an seitens staatlicher Stellen vorgelegter Beweise in tatsächlicher Hinsicht etwa nicht feststellen, dass in Österreich (nach wie vor) eine hohe Anzahl an Personen spielsüchtig sei und die Spielsucht ein erhebliches gesellschaftliches Problem darstelle usw.

Dazu ist zunächst auszuführen, dass der Verwaltungsgerichtshof den Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor im Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, bzw. dies jüngst bestätigend durch VwGH 11.7.2018, Ra 2018/17/0048 ua, durch die Durchführung der nach der von der Bf zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (insbesondere EuGH 15.9.2011, C-347/09 [Dickinger und Ömer] Rz 83 f; 30.4.2014, C-390/12 [Pfleger] Rz 47 ff; sowie 30.06.2016, C-464/15 [Admiral Casinos & Entertainment AG] Rz 31, 35 f) erforderlichen Gesamtwürdigung nachgekommen ist (vgl. dazu ebenfalls VwGH 14.2.2017, Ra 2017/17/0010 uvm; 29.5.2017, Ra 2017/17/0031). In diesem Erkenntnis ist der VwGH unter anderem auch auf die Staatseinnahmen durch Glücksspiel (Rz 122 bzw. 68) eingegangen. Insofern wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

Die Beweisanträge in Bezug auf Fragen der Unionsrechtskonformität sind angesichts fehlender Anwendbarkeit des Unionsrechts nicht von Relevanz für das Verfahren.

IV.1. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass mit den verfahrensgegenständlichen Geräten gegen § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wurde und diese Verstöße nicht geringfügig waren, wobei bereits aufgrund des Umstandes, dass sich die Bf vorliegend auf keinen Sachverhalt berufen, der im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten begründen würde, eine Unterlassung der Einziehung wegen eines allfälligen Widerspruchs der nationalen Regelungen zum Unionsrecht nicht in Betracht kommt.
Im Ergebnis war der Beschwerde der ErstBf daher nicht Folge zu geben und der angefochtene Bescheid zu bestätigen.

IV.2. Wie sich aus § 54 Abs. 2 GSpG ergibt, kann eine Einziehung von jenen Personen mittels Beschwerde angefochten werden, die ein Recht auf die von der Einziehung bedrohten Gegenstände haben oder ein solches geltend machen. Aus den Gesetzesmaterialien (RV 1067 BlgNR 17. GP 23) ergibt sich, dass bei den Rechten nach Abs. 2 an Eigentums-, Pfand-, Fruchtgenuss- und Zurückbehaltungsrechte gedacht wurde (ebenso Schwartz/Wohlfahrt, GSpG^2 [2006] § 54 Rz 11). Demnach kommt aber etwa dem bloßen Inhaber von Glücksspielgeräten

oder dem Veranstalter des Glücksspieles keine Parteistellung bzw. Rechtsmittellegitimation zu (vgl. bereits LVwG OÖ 4.9.2015, LVwG-410658/11/HW sowie 20.12.2016, LVwG-411426/20/Wim/BZ- 411428/2).
Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt ist der ZweitBf weder Eigentümer, noch kommt ihm sonst ein Recht an den im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte zu (oder wurde ein Recht geltend gemacht), welches eine Beschwerdelegitimation begründen würde. Der Umstand, dass der ZweitBf als Lokalbetreiber Inhaber der Geräte war, begründet für sich allein keine Parteistellung.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes macht auch die Zustellung eines Bescheides an eine Person sie nicht zur Partei dieses Verfahrens, wenn die Voraussetzungen für die Parteistellung objektiv nicht gegeben sind (vgl. etwa VwGH 5.12.2013, 2012/17/0475 zu § 53 GSpG). Überträgt man diese Judikatur auf das Einziehungsverfahren, so wird die Bf auch durch die Zustellung des angefochtenen Bescheides nicht Partei des Verfahrens (zumal die Voraussetzungen für die Parteistellung objektiv nicht gegeben sind).

Im Ergebnis war die Beschwerde des ZweitBf daher mangels Beschwerdelegitimation als unzulässig zurückzuweisen.

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 Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu den Einziehungsvoraussetzungen von Glücksspielgeräten ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes wurde entsprechend den von der Rechtsprechung des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen. 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, 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 diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichts für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl