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-413655/3/Kü/JoS

Datum:
Linz, 3. Juni 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde der G s.r.o., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, x, gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Wels, vom 21. Jänner 2020, GZ: VStV/919300530634/2019, wegen Einziehung eines Glücksspielgeräts nach dem Glücksspielgesetz (GSpG)

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich, PK Wels (in der Folge: belangte Behörde), vom 21. Jänner 2020, GZ: VStV/919300530634/2019, wurde gegenüber der Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) zur Verhinderung weiterer Verwaltungsübertretungen die Einziehung eines näher bezeichneten Glücksspielgeräts des Typs „afric2go“ angeordnet.

Dieser Bescheid wurde kurzum damit begründet, dass es sich gegenständlich um ein Glücksspielgerät handle und der Verdacht bestehe, dass mit diesem fortgesetzt gegen das GSpG verstoßen werde. Die Glücksspieleigenschaft des Geräts sei im Zuge der Kontrolle durch die Finanzpolizei festgestellt und das Gerät bereits beschlagnahmt worden. Die Bf sei Eigentümerin des Geräts. Der Verstoß sei nicht geringfügig, da im gegenständlichen Fall in geradezu typischer Art und Weise durch öffentliche Aufstellung des Geräts in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen worden sei.

I.2. In der dagegen rechtzeitig erhobenen Beschwerde vom 18. Februar 2020 wurde beantragt, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben, das Einziehungsverfahren einzustellen sowie jedenfalls eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses iSd § 29 VwGVG zuzustellen. Begründend brachte die Bf zusammengefasst vor, dass der gegenständliche Bescheid inhaltlich rechtswidrig sei, Verfahrensfehler vorlägen, die belangte Behörde unzuständig sei, Aktenwidrigkeit vorläge, der Sachverhalt ergänzungsbedürftig und unrichtig rechtlich beurteilt worden sei. Weiters wurde die Unionsrechtswidrigkeit des GSpG geltend gemacht.

I.3. Mit Schreiben vom 21. Februar 2020 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den bezughabenden Verwaltungsakt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Mit nachweislich (elektronisch) zugestellten Schreiben vom 14. April 2020 teilte das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich der Bf zu Handen ihres Rechtsvertreters mit, dass hinsichtlich der gegenständlichen Kontrolle bereits zu den Verfahren LVwG-413379, 413381, 413383, 413445, 413454, 413459 und 413467 eine öffentliche mündliche Verhandlung am 10. Oktober 2019 durchgeführt wurde und daher beabsichtigt ist, die Ergebnisse dieser Verhandlung in das Beschwerdeverfahren einzubeziehen und keine erneute Verhandlung durchzuführen. Das Verhandlungsprotokoll vom 10. Oktober 2019 war diesem Schreiben angeschlossen. Zur Wahrung des Parteiengehörs wurde der Bf eingeräumt, binnen 14 Tagen ab Zustellung des Schreibens eine Stellungnahme abzugeben. Zugleich wurde darauf hingewiesen, dass bei Unterbleiben einer Reaktion

das erkennende Gericht davon ausgeht, dass der Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung als zurückgezogen gilt und ohne weitere Anhörung zu entscheiden ist. Das Schreiben blieb von der Bf unbeantwortet.

II. Feststellungen und Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde übermittelten Verfahrensakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation, die Akten des Landesverwaltungsgerichtes zu LVwG-413379 (Beschlagnahmeverfahren), LVwG-413454 und 413445 (je Verwaltungsstrafverfahren) sowie in folgende den Parteien(-vertretern) aus einer Reihe von Verfahren bekannten Dokumente: Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregulierung vom 17.11.2017; Glücksspielbericht des BMF 2010-2013; Evaluierungsbericht über Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014 aus November 2014; Glücksspielbericht des BMF 2014-2016; Informationsschreiben der Stabstelle für Spielerschutz zur neuen Studie Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015; Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015 zum Thema Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich vom Institut für interdisziplinäre Sucht und Drogenforschung in Hamburg.

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 21. März 2019 im „W T G“ in x, x, wurden das im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführte Gerät betriebsbereit und zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung öffentlich zugänglich aufgestellt vorgefunden.

Von den Organen der Finanzpolizei konnten folgende Feststellungen getroffen bzw. eine Probebespielung wie folgt durchgeführt werden:

FA-Nr.	Spiel	Vervielfachung	gesetzter Betrag	Gewinnaussicht
6	afric2go	1, 2 und 4	4 Euro	80 Euro

Der Spielablauf stellt sich bei dem verfahrensgegenständlichen Gerät „afric2go“ mit der FA-Nr. 6 wie folgt dar: Bei diesem Gerät handelt es sich um ein sogenanntes elektronisches Glücksrad. Auf dem Gerät befinden sich zwei Tasten. Mittels einer Taste kann zunächst zwischen Stufe 1, 2 und 4 gewechselt werden. Durch Einwerfen von Münzen oder Einführen von Banknoten in den Banknoteneinzug kommt es zur Anzeige eines entsprechenden Guthabens auf dem Kreditdisplay. Durch Drücken der anderen Taste können – abhängig vom gewählten Multiplikator (der gewählten Stufe) – 1, 2 oder 4 (je nach Stufe)

Lieder am Automaten angehört oder auf einen USB-Stick, welcher am Automaten angeschlossen werden kann, kopiert werden. Wird die Spieltaste bei Stufe 1 gedrückt, so verringert sich der Kreditstand um einen Euro, bei gewählter Stufe 2 verringert sich der Kreditstand um 2 Euro, bei gewählter Stufe 4 um 4 Euro. Während des Anhörens oder Kopierens der Musik kommt es automatisch zur Aktivierung eines zufallsabhängigen Bonussystems am Gerät, bei dem der Beleuchtungsumlauf in den Zahlenfeldern und Notensymbolen in der Gerätemitte ausgelöst wird. Sofern am Ende des vom Kunden nicht beeinflussbaren Beleuchtungsumlaufs ein Zahlenfeld beleuchtet bleibt, bleibt ein Guthaben auf dem Anzeigedisplay stehen, welches dem Kredit zugezählt werden kann. Durch Drücken der ersten Taste kann der Kredit inklusive eines allfällig erzielten Bonus ausgeworfen werden. Auf dem Gerät „afric2go“ konnten somit Einsätze geleistet werden, für welche - abhängig vom gewählten Vervielfachungsfaktor - Gewinne in Aussicht gestellt wurden. Das Spielergebnis konnte nicht beeinflusst werden und hängt vom Zufall ab.

Die Bf ist Eigentümerin des „afric2go“-Gerätes mit der FA-Nr. 6 und hat dieses zur Verfügung gestellt, um daraus selbständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Sie ist eine Gesellschaft nach slowakischem Recht mit Sitz in x, x, und einer Zweigniederlassung in Österreich.

Betreiber des in Rede stehenden Lokals war zum Zeitpunkt der Kontrolle am 21. März 2019 T G.

Das in Rede stehende Gerät wurde mit Bescheid der belangten Behörde vom 9. April 2019, GZ: VStV/919300530634/2019, beschlagnahmt. Die gegen den Beschlagnahmebescheid erhobene Beschwerde wurden mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 26. November 2019, GZ: LVwG-413379/7/Zo/HUE - 413380/2, abgewiesen.

Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 4. Juni 2019, GZ: VStV/919300683008/2019, wurde über das zur Vertretung nach außen berufene Organ der Bf eine Verwaltungsstrafe nach § 9 VStG iVm § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG verhängt, weil es sich mit dem gegenständlichen Gerät an zur Teilnahme vom Inland aus verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt hat. Die dagegen erhobenen Beschwerden wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 19. Dezember 2019, GZ: LVwG-413454/7/Zo, abgewiesen.

Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 4. Juni 2019, GZ: VStV/919300622985/2019, wurden über den damaligen Lokalbetreiber Verwaltungsstrafen nach § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG verhängt, weil er u.a. mit dem gegenständlichen Gerät zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht hat. Die dagegen erhobene

Beschwerde wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 19. Dezember 2019, GZ: LVwG-413445/7/Zo, unter Herabsetzung der verhängten Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen im Ergebnis abgewiesen.

Weder die Bf noch Dritte (etwa der Lokalbetreiber) waren im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für dieses Gerät und diesen Standort. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

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 19.915 und 35.827 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 die 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 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 Casinospiele, bei denen 2015 jeweils etwa 4% in den letzten 12 Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Casinos 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 Euro pro Monat für Glücksspiele ausgegeben im Vergleich zu 53 Euro 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 Casinos. Im Durchschnitt werden hierfür von den Spielern pro Monat ca. 203 Euro eingesetzt, vor sechs Jahren lag der entsprechende Wert sogar bei etwa 317 Euro. Es folgen die klassischen Casinospiele mit einem Mittelwert von ca. 194 Euro. 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 Euro auf ca. 110 Euro mehr als verdoppelt.

Die Anteile problematischen und pathologischen Spielens unterscheiden sich je nach Glücksspielart erheblich. Die zahlenmäßig 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 Casinospielen 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 „Casino Austria“ 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 Casinos 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 Finanzamtes 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, 2014 651, 2015 1.076, und 2016 748 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480, 2013 1299, 2014 1.102, 2015 2.319 und 2016 1.207 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden.

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2016 in Summe 7.923 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870, darunter 5.555 über österreichische Spielbankbesucher und 1.944 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 7.159 online-„Sofort-Checks“. 634.657 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR-Raum (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2016 den Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen, die seit Oktober 2013 auf zweimal im Monat gesteigert wurden. Bei 221.296 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 1.631 Informationsgesprächen sowie 1.050 Beratungen bzw. Befragungen führte. Per 31. Dezember 2016 waren beim Konzessionär österreichweit insgesamt 33.737 Personen gesperrt.

In den VLT-Outlets ist seit 2015 die Registrierung aller Teilnehmer verpflichtend. 23.845 VLT-Outletbesucher aus dem EU/EWR-Raum (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2016 dem Screening des Konzessionärs unterzogen und 14.836 Datensätze nach den spielerschutzrelevanten Kriterien des § 25 Abs. 3 GSpG bearbeitet (darin enthalten 2.216 Datensätze junger Erwachsener im Alter von 18-25 Jahren). Im Jahr 2016 wurden 639 Informationsgespräche sowie 543 Beratungen bzw. Befragungen geführt; ferner wurden 776 Besuchsbeschränkungen vorgemerkt sowie 899 Selbstsperren beantragt und aktiviert. Außerdem wurden 2.882 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870 – darunter 2.352 über österreichische VLT-Outletbesucher und 407 über Besucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum – eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 1.434 online-„Sofort-Checks“.

Beim BMF wurde mit 1. Dezember 2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Vernetzung, Koordination und Zusammenarbeit in Spieler-schutzangelegenheiten mit Behörden und fachlichen Einrichtungen auf Bundes-, Landes- sowie Regionalebene sowie international; Spielerschutz einschließlich Spielsuchtprävention im österreichischen sowie internationalen Glücksspielrecht; die fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre;

Unterstützung der Glücksspielaufsicht in fachlicher Hinsicht; Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels; Unterstützung des Spielerschutzes in Beratung, Forschung und Entwicklung; des Weiteren die Weiterentwicklung von Standards und Strategien zur Eindämmung der Spielsucht und damit verbundenen anderen negativen Effekten.

Ferner ist durch die GSpG-Novelle 2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden (diese Anbindungen sind seit 2013 bzw. 2015 in Betrieb); durch das Abgabenrechtsänderungsgesetz 2011 wurden die Voraussetzungen zur Erweiterung auf den Bereich der Glücksspielautomaten in Spielbanken geschaffen – diese Anbindung ist seit 1. Juli 2017 in Betrieb. 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.

II.3. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie das dabei vorgefundene Gerät, insbesondere auch dessen Betriebsbereitschaft in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf den schlüssigen und nachvollziehbaren Erhebungen und Dokumentationen der Finanzpolizei, dem Aktenvermerk, der GSp26- und Fotodokumentation, den Aussagen der Organe der Finanzpolizei sowie aus den bisher gewonnenen Erkenntnissen mit gleichartigen Geräten und Spielen.

Die Feststellungen, dass die Bf Eigentümerin des gegenständlichen Geräts ist sowie betreffend den damaligen Lokalbetreiber, ergeben sich insbesondere aus den unbestritten gebliebenen Erhebungen der Finanzpolizei und der belangten Behörde sowie aus einer Einschau in das hg. Beschlagnahmeverfahren LVwG-413379-413380 sowie in die Bezug habenden Verwaltungsstrafverfahren LVwG-413454 und 413445.
Die Feststellungen zum Beschlagnahme- wie auch den Verwaltungsstrafverfahren ergeben sich aus den zitierten behördlichen wie verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen.

Dass die Bf (wie auch Dritte) nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für das gegenständliche Gerät 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 Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/themen/gluecksspiel-spielerschutz/gluecksspiel-in-oesterreich/konzessionaere-ausspielbewilligte.html nicht entnehmbar.

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. K und Prof. Dr. W 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 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 in den Glücksspielberichten 2010-2013 und 2014-2016 sowie im Evaluierungs-bericht des BMF zu den Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014. Aus Sicht des erkennenden Gerichts bestehen hinsichtlich der diesbezüglichen Ausführungen in den Berichten 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.

Sämtliche von der Bf vorgelegten Beweisunterlagen stammen aus den Jahren 2013 bis 2017, zu einem großen Teil aus dem Jahr 2015, jedenfalls aber aus einer Zeit vor der zuletzt veröffentlichten Entscheidung des VwGH vom 24. Jänner 2019, Ra 2018/09/0096, in welcher der VwGH seine Ansicht, das GSpG entspreche dem Unionsrecht unter Berufung auf seine Grundsatz-entscheidung vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, bekräftigt. Die Bf hat insofern keine Beweismittel vorgelegt, die geeignet wären, die mangelnde Unionsrechtskonformität 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. Die von der Bf beantragten Beweise, mit denen sich das Verwaltungsgericht bereits in etlichen Entscheidungen (vgl. bspw. LVwG Oö. 8. Juni 2017, GZ: LVwG-411740) auseinandergesetzt hat, erweisen sich schon angesichts der zeitlichen Überholung als für das Verfahren nicht mehr relevant.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Gemäß § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz (GSpG) 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 vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

Gemäß Abs. 2 par. cit. 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 Abs. 4 par. cit. 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 Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit dem gegenständlichen Gerät 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 war.

Hinsichtlich der mit dem Gerätetyp „afric2go“ angebotenen Spiele hat bereits der Verwaltungsgerichtshof in zahlreichen Entscheidungen (z.B. 16.11.2011, 2011/17/0238; 20.4.2016, Ro 2015/17/0020-5) ausdrücklich 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.

Der gegenständliche Eingriffsgegenstand befand sich betriebsbereit in einem öffentlich zugänglichen Bereich des gegenständlichen Lokals. Zusammenfassend wurde mit dem im Eigentum der Bf stehenden Gerät (zumindest) der objektive Tatbestand der unternehmerischen Beteiligung an verbotenen Ausspielungen gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 vierter Fall GSpG erfüllt. Vom damaligen Lokalbetreiber Thorsten Gruber wurde mit dem in Rede stehenden Gerät (zumindest) der objektive Tatbestand des unternehmerisch Zugänglichmachens von verbotenen Ausspielungen gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 dritter Fall GSpG erfüllt, womit die Voraussetzung für eine Einziehung gegeben ist. Dies steht im Einklang mit den zitierten Entscheidungen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, mit denen rechtskräftig die Verwirklichung des objektiven (wie auch subjektiven) Tatbestandes gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG (dritter bzw. vierter Fall) mit dem gegenständlichen Gerät festgestellt wurde.

Im Erkenntnis vom 14. November 2013 führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes 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). Diese Voraussetzung ist somit gegeben und der behauptete Verbotsirrtum ist im Einziehungsverfahren daher nicht beachtlich, weil sich dieser (nur) auf die subjektive Tatseite auswirken könnte.

III.3. 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 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). Das Gerät war 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 bestreitet und darüber hinaus von der zumindest teilweisen Unanwendbarkeit des GSpG wegen Unionsrechtswidrigkeit ausgeht, 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.

III.4. Auch das Vorbringen, dass es sich beim verfahrensgegenständlichen Gerät 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 Spielablaufes 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 das verfahrensgegenständliche Gerät einzugeben war, von Spielern Tasten auf dem Gerät zu betätigen waren, um Spiele zu starten bzw. Spielaufträge zu erteilen, auf dem Gerät das Spielergebnis visualisiert wurde und im Lokal allfällige Gewinne ausbezahlt wurden, ist davon auszugehen, dass Ausspielungen auch in Oberösterreich (am Standort des Geräts) erfolgten (vgl. VwGH 14.12.2011, 2011/17/0155).

Die Spieler haben im gegenständlichen Lokal ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Zuständigkeitsbereich der belangten Behörde geleistet, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt am 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 ausbezahlt worden. Sämtlichen diesbezüglichen Beweisanträgen war daher nicht nachzukommen und auf das diesbezügliche rechtliche Vorbringen nicht weiter einzugehen. Es reicht, dazu auf die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 29. April 2014, Ra 2014/17/0002 (mit zahlreichen weiteren Judikaturhinweisen), zu verweisen.

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

III.5. Zur geltend gemachten Unionsrechtswidrigkeit:

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 1054/201619, angeschlossen. Seitdem 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, Rs Dickinger und Ömer, C-347/09, Rz 83 f.; vom 30.4.2014, Pfleger, C-390/12, Rz 47 ff.; vom 30.6.2016, Admiral Casinos & Entertainment, C-464/15, Rz 31, 35 ff.).

Seine Ansicht hat der Verwaltungsgerichtshof in seinen diesbezüglich jüngeren Entscheidungen vom 15. Februar 2019, Ra 2018/17/0003, und 24. Jänner 2019, Ra 2018/09/0096, wiederholt. Im Verfahren hat sich nichts ergeben, das darauf schließen ließe, dass sich die Umstände seit dieser Entscheidung derart geändert hätten, dass nunmehr das österreichische GSpG nicht mehr anwendbar wäre. Insbesondere eignen sich die von der Bf vorgelegten Unterlagen nicht, eine Änderung der Gesamtumstände zu indizieren. Auch sonst ist nichts hervorgekommen, das auf eine diesbezügliche Änderung hinweisen könnte.

Soweit in diesem Zusammenhang Überlegungen in Bezug auf die Entscheidung des EuGH vom 12. September 2019, C-64/18 u.a., angestellt werden, gilt es vom erkennenden Gericht festzuhalten, dass auch diese Entscheidung zur Geltendmachung einer Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen GSpG nicht zum Durchbruch verhilft: Die jüngere Rechtsprechung hält nämlich unmissverständlich klar fest, dass die in der EuGH-Rs Maksimovic, C-64/18 u.a., ausgesprochenen Grundsätze keine so weitreichende und allgemeine Wirkung entfalten, sondern dass vom Gerichtshof der Europäischen Union in dem bezeichneten Vorabentscheidungsverfahren auf spezielle Fragestellungen zum AVRAG eingegangen wurde (vgl. VwGH 12.2.2020, Ra 2020/02/0008, insb. Rz 11 und 12, bezogen auf eine Bestrafung nach dem Wr. Wettengesetz). Auch aus Sicht des Verfassungsgerichtshofs kann die Entscheidung des EuGH, C-64/18 u.a., nicht ohne weiteres auf die Strafbestimmung des § 52 GSpG übertragen werden (vgl. VfGH 26.2.2020, E 189/2020-5).

Im Übrigen wird im hier gegenständlichen Fall kein Verwaltungsstraf-, sondern ein Einziehungsverfahren abgeführt.

Vor diesem Hintergrund geht das Landesverwaltungsgericht in Einklang mit der Judikatur der Höchstgerichte davon aus, dass das österreichische GSpG mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

III.6. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass mit dem gegenständlichen Gerät gegen § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wurde und dieser Verstoß nicht geringfügig war. Im Ergebnis war der Beschwerde daher nicht Folge zu geben und der angefochtene Einziehungsbescheid zu bestätigen.

IV. 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 erörterten Rechtsprechung des VwGH zu den Einziehungsvoraussetzungen von Glücksspielgeräten ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG 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 BVG aufgeworfen wird (vgl. 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 Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kühberger