

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

28.06.2011

Geschäftszahl

2011/17/0068

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Pallitsch, die Hofräte Dr. Holeschofsky und Dr. Köhler sowie die Hofrätinnen Dr. Zehetner und Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein der Schriftführerin MMag. Gold, über die Beschwerde 1. der FG in W, und 2. der FGG in W, beide vertreten durch Dr. Erich Jungwirth, Rechtsanwalt in 1080 Wien, Trautsongasse 6, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenats des Landes Vorarlberg vom 17. September 2010, Zl. UVS-1-682/E1-2010, betreffend Beschlagnahme eines Glücksspielautomaten nach dem Glücksspielgesetz (weitere Partei: Bundesministerin für Finanzen), zu Recht erkannt:

Spruch**Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.**

Die beschwerdeführenden Parteien haben dem Bund Aufwendungen in der Höhe von insgesamt EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1.1. Am 7. Juni 2010 wurde durch Organe der Polizeiinspektion Hohenems in einer Tankstelle des MB in Hohenems ein Automat der Marke "Fun-Wechsler" als Glücksspielautomat gemäß § 53 Abs. 2 GSpG vorläufig in Beschlag genommen.

Der Automat stand im Eigentum der Erstbeschwerdeführerin; die Zweitbeschwerdeführerin hatte den Automaten im Einvernehmen mit dem Tankstellenpächter MB in dessen Geschäftslokal montiert und betrieben.

1.2. Mit Bescheid vom 22. Juni 2010 sprach die Bezirkshauptmannschaft Dornbirn die Beschlagnahme des Automaten gemäß § 53 Abs. 3 in Verbindung mit § 53 Abs. 2 und 1 des Glücksspielgesetzes, BGBl. Nr. 620/1989 in der Fassung BGBl. I Nr. 141/2008, zur Sicherung der Einziehung aus.

1.3. Die Beschwerdeführerinnen erhoben Berufung gegen den Bescheid vom 22. Juni 2010.

Sie vertraten in der Berufung die Auffassung, dass es sich bei dem Automaten um keinen Glücksspielautomaten, sondern um eine Kombination von Geldwechsellautomat und Musikautomat handle. Neben der reinen Geldwechselfunktion bestünde die Möglichkeit, um den Betrag von EUR 1,- das Abspielen von einem Musiktitel und um den Betrag von EUR 2,- das Abspielen von drei Musiktiteln zu erwerben, so wie dies bei Musikautomaten ohne zusätzlicher Geldwechselfunktion der Fall sei. Gleichzeitig mit dem Abspielen der Musik werde eine Rotation im Lichtenkranz des Automaten in Gang gesetzt, die mit Ende der Musik stehen bleibe. Falle das Licht auf ein Musiknotensymbol, könne der Kunde, wenn er weiter Musik hören wolle, wiederum um den Betrag von EUR 1,- oder EUR 2,-

- das Abspielen von Musik erwerben. Falle das Licht auf ein Zahlensymbol, könne der Kunde, wenn er wolle, wahlweise entweder wieder um den Betrag von EUR 1,- oder EUR 2,- das Abspielen von Musik erwerben, oder gegen den der Zahl auf dem Zahlensymbol entsprechenden Eurobetrag einwechseln. Der Kunde benötige weder Geschick noch Glück, um das Abspielen von Musik zum Preis von EUR 1,- oder EUR 2,- zu erwerben oder um zu wechseln.

1.4. Mit dem angefochtenen Bescheid wies die belangte Behörde die Berufung als unbegründet ab.

Begründend stellte die belangte Behörde nach Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens zunächst die Funktionsweise des beschlagnahmten Automaten "Fun-Wechsler" dar. Das optische Bild der Frontseite gleiche einer Scheibe mit Segmenten, wobei am Ende der Segmente entweder Zahlen (zwischen zwei und 20) oder Symbole einer Musiknote aufschienen. Auf dem als "Wechsler" beschrifteten Apparat sei auf der Vorderseite ein

Aufkleber mit der Gerätefunktion bzw. mit der Bedienungsanleitung angebracht. Das Gerät könne auch als Geldwechselautomat verwendet werden. Es sei die Umwechslung von Geldscheinen bis zu EUR 100,- in Münzgeld möglich. Bei der Ausgabe des Wechselgelds verbleibe jeweils EUR 1,-

- im Gerät. Der Kunde könne sich dann entscheiden, ob er sich auch diesen einzelnen Euro durch Drücken einer Rückgabetaste ausbezahlen lasse oder ob er durch Betätigung der Kaufen-Taste die weitere Funktion des Apparats aktiviere. Eine Aktivierung der Funktion könne aber auch ohne vorausgegangenes Geldwechseln durch den Einwurf einer 1 Euro-Münze erfolgen.

Vor Inbetriebnahme des Apparats leuchte auf dem oben erwähnten Symbolkreis des Automaten jenes Zeichen auf, welches zuletzt beim vorangegangenen Inbetriebnehmen zum Zeitpunkt von dessen Beendigung aufgeleuchtet hatte. Dies gelte auch für den Fall, dass der Apparat nach Beendigung der vorangegangenen Inbetriebnahme abgeschaltet worden sei. Entsprechend diesem aufleuchtenden Symbol werde nach dem Einwurf der 1 Euro-Münze und nach der Betätigung der Kaufen-Taste entweder ein ca. fünf Sekunden dauerndes Musikstück abgespielt (beim Symbol Notenzeichen) oder es werde, wenn ein Zahlenzeichen aufleuchte, ein der Zahl entsprechender Eurobetrag über das Münzausgabefach ausbezahlt.

Auf Grund des Einwurfes der 1 Euro-Münze komme es auch dazu, dass der Vorgang zur Beleuchtung eines Symbols mit einer Zahl oder mit einer Musiknote neu durchgeführt werde. In weiterer Folge könne der Spieler immer dann, wenn das Notenzeichen oder das Zahlensymbol aufscheine, die "Umsetzung" dieses Symbols in das erwähnte kurze Musikstück (beim Notenzeichen) oder in die Ausfolgung eines bestimmten Eurobetrages (entsprechend der angezeigten Zahl) durch den Einwurf einer 1 Euro-Münze in den Apparat realisieren. Durch das weitere Einwerfen immer neuer 1 Euro-Münzen in den Apparat könne der Bediener somit in weiterer Folge immer wieder bewirken, dass einerseits die "Umsetzung" des gerade aufscheinenden Symbols in der vorgeschriebenen Form erfolge und andererseits der Vorgang, der zum beleuchteten Aufscheinen eines neuen Symbols auf dem Lichterkranz führe, neu durchgeführt werde.

Das Gerät könne vom Benutzer auch auf einen 2 Euro-Betrieb umgestellt werden. Wenn am Lichterkranz das Symbol der Musiknote erscheine und eine 2 Euro-Münze eingeworfen werde, dann müsse die entsprechende Taste zwei Mal gedrückt werden, damit zwei Musikstücke in der Dauer von jeweils ca. 30 Sekunden abgespielt würden. Nach dem Abspielen der Musikstücke erscheine entweder ein beleuchtetes Musiknotensymbol oder eine beleuchtete Zahl. Wenn das Symbol 2 aufleuchte, könne EUR 1,- eingeworfen werden und es werde sodann der Betrag von EUR 2,- ausgeworfen.

Der Benutzer habe keine Einflussmöglichkeit darauf, welches Musikstück abgespielt werde. Er müsse das Abspielen der Musikstücke nicht abwarten, er könne das Abspielen abbrechen und den Lichterkranz wieder in Bewegung setzen.

Nach Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides seien die Glücksspielgesetznovellen 2008 und 2010, BGBl. I Nr. 54/2010 bzw. BGBl. I Nr. 73/2010, in Kraft getreten. Der angefochtene Bescheid ergehe somit nach Inkrafttreten der genannten Novellen. Im Falle von Gesetzesänderungen zwischen der erstinstanzlichen Entscheidung und einer Berufungsentscheidung habe die Berufungsbehörde grundsätzlich die neue Rechtslage anzuwenden (Hinweis auf das hg. Erkenntnis vom 3. Juli 2009, Zl. 2009/17/0065, und die dort zitierte Vorjudikatur). Die Berufungsbehörde habe zu prüfen, ob einerseits die Beschlagnahme zum Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides rechtmäßig war und ob andererseits die Beschlagnahme auch im Zeitpunkt der Erlassung des Berufungsbescheides noch gesetzlich gedeckt sei.

Nach einer näheren Darstellung, inwieweit die Beschlagnahme im Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides rechtmäßig gewesen sei, in deren Rahmen sich die belangte Behörde insbesondere mit dem Charakter des beschlagnahmten Gerätes als Glücksspielautomat auseinandersetzt und zum Ergebnis kommt, dass die Voraussetzungen gemäß § 53 Abs. 1 GSpG für eine Beschlagnahme im Zeitpunkt der Erlassung des erstinstanzlichen Bescheides erfüllt gewesen seien, untersucht die belangte Behörde, inwieweit die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme im Zeitpunkt der Berufungsentscheidung zulässig war. Die belangte Behörde beziehe sich hiebei auf das Glücksspielgesetz in der Fassung der Glücksspielgesetznovellen 2008 und 2010, durch welche insbesondere § 1 Abs. 1 und § 2 GSpG neu gefasst worden seien. Die Überlegungen zur Rechtslage vor den Novellen zum Begriff des Glücksspiels gälten auch hier.

Die Strafbestimmung des § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG gebe es zwar in dieser Fassung nicht mehr; es sei aber weiterhin der Verdacht berechtigt, dass mit dem Betrieb des Glücksspielautomaten im Hinblick auf § 3 GSpG in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen werde und dass mit dem Automat fortgesetzt gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen werde. Insbesondere sei der Verdacht berechtigt, dass fortgesetzte Verstöße gegen den § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG in der Fassung der GSpG-Novelle 2008 vorlägen.

Es handle sich beim Betrieb des gegenständlichen Automaten nämlich um verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG in der Fassung der GSpG-Novelle 2008, weil eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt worden sei und die Ausspielungen nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 GSpG ausgenommen seien. Es liege insbesondere keine der in § 5 GSpG aufgezählten Ausnahmen vor. Weiters sei auf Grund des Ermittlungsverfahrens der Verdacht berechtigt, dass die gegenständlichen Ausspielungen vom Inland aus veranstaltet, angeboten und unternehmerisch zugänglich gemacht würden.

Schließlich sei auch die Voraussetzung für eine Beschlagnahme, dass die Einziehung im Gesetz vorgesehen sei, weiterhin erfüllt. Nach § 54 Abs. 1 GSpG in der Fassung der GSpG-Novelle 2008 sei nämlich die Einziehung von Gegenständen vorgesehen, mit denen gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen werde. Die vorgenannte Bestimmung gelte nach § 54 Abs. 6 GSpG auch für vor dem Inkrafttreten der GSpG-Novelle 2008 beschlagnahmte Gegenstände. Die Annahme, dass die Einziehung der gegenständlichen Automaten erforderlich sein werde, um weitere Verwaltungsübertretungen nach § 52 Abs. 1 GSpG zu verhindern, sei schon in Anbetracht des Umstandes gerechtfertigt, dass die Beschwerdeführer nach wie vor der Auffassung seien, der Betrieb des Glücksspielautomaten sei rechtmäßig.

Die gegenständliche Beschlagnahme sei somit sowohl im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung als auch im Zeitpunkt der Berufungsentscheidung rechtmäßig gewesen.

Zu dem Hinweis der Beschwerdeführerinnen in der mündlichen Verhandlung auf das Urteil des EuGH vom 9. September 2010 in der Rechtssache C-64/08, *Engelmann*, und vom 6. März 2007 in der Rechtssache C-338/04 u.a., *Placanica*, wird ausgeführt, dass es im gegenständlichen Verfahren im Gegensatz zu den erwähnten Urteilen des EuGH nicht um den Betrieb einer Spielbank, sondern um den Betrieb eines einzelnen Automaten außerhalb einer Spielbank gehe. Die Beschwerdeführer hätten nie behauptet, eine Spielbank betreiben zu wollen.

Bei diesem Ergebnis sei nicht mehr näher zu prüfen, ob nicht auch unter Einbeziehung des Aspektes der Anwendbarkeit der hier gegenständlichen Bestimmungen der Verdacht einer Übertretung genüge, zumal es sich bei der Beschlagnahme um ein vorläufiges Verfahren handle, dass der Wegnahme einer Sache zum Zweck der Verwahrung diene und in dem Entscheidungen im Verdachtsbereich und keine abschließenden Lösungen zu treffen seien (Hinweis auf den hg. Beschluss vom 26. April 2001, Zl. 2000/16/0028).

1.5. Gegen diesen Bescheid erhoben die beschwerdeführenden Parteien zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof. Mit Beschluss vom 1. März 2011, B 1531/10-6, lehnte der Verfassungsgerichtshof die Behandlung der Beschwerde ab und trat sie antragsgemäß gemäß Art. 144 Abs. 3 B-VG dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung ab. Spezifisch verfassungsrechtliche Überlegungen seien zur Beurteilung der aufgeworfenen Fragen sowie insbesondere der Frage, ob von der belangten Behörde innerstaatliche einfachgesetzliche Normen oder unionsrechtliche Normen anzuwenden gewesen seien, nicht anzustellen (Hinweis auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes Slg. 14.886/1997). Soweit die Beschwerde insofern verfassungsrechtliche Fragen berühre, als die Rechtswidrigkeit der den angefochtenen Bescheid tragenden Vorschriften behauptet werde, lasse ihr Vorbringen vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur Präjudizialität von Rechtsvorschriften die behauptete Rechtsverletzung, die Verletzung eines anderen verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes oder die Verletzung in einem sonstigen Recht wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes als so wenig wahrscheinlich erkennen, dass sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg habe.

1.6. In der über Verfügung des Verwaltungsgerichtshofes ergänzten Beschwerde wird Rechtswidrigkeit des Inhaltes und Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften geltend gemacht. Die Beschwerdeführerinnen bestreiten das Vorliegen eines Glücksspielautomaten und machen gemeinschaftsrechtliche (unionsrechtliche) Bedenken im Hinblick auf die Unmöglichkeit, über eine Konzession für den Betrieb einer Spielbank in Österreich zu verfügen, geltend, "zumal sämtliche Konzessionen für den Betrieb einer Spielbank in Österreich vom Bundesministerium für Finanzen unter Verstoß gegen das im Gemeinschaftsrecht verankerte Transparenzgebot ohne Ausschreibung und unter Vermeidung einer transparenten Interessentensuche an die Casinos Austria AG vergeben" worden seien.

1.7. Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2.1. Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes, BGBl. Nr. 620/1989, lauteten in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 54/2010 bzw. BGBl. I Nr. 73/2010, wie folgt:

"Glücksspiele

§ 1. (1) Glücksspiele im Sinne dieses Bundesgesetzes sind Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen.

(2) Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, durch Verordnung bestimmte Spiele als Glücksspiele im Sinne des Abs. 1 zu bezeichnen. Eine solche Verordnung ist nur zu erlassen, wenn sie aus Gründen der Rechtssicherheit entsprechend den ordnungs- und fiskalpolitischen Zielsetzungen dieses Bundesgesetzes erforderlich ist.

§ 2. (1) Ausspielungen sind Glücksspiele, bei denen der Unternehmer (Veranstalter) den Spielern für eine vermögensrechtliche Leistung eine vermögensrechtliche Gegenleistung in Aussicht stellt.

(2) Eine Ausspielung mittels eines Glücksspielapparates liegt vor, wenn die Entscheidung über Gewinn und Verlust durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung durch den Apparat selbst, also nicht zentralseitig, herbeigeführt oder zur Verfügung gestellt wird.

(3) Ein Glücksspielautomat ist ein Glücksspielapparat, der die Entscheidung über Gewinn und Verlust selbsttätig herbeiführt oder den Gewinn selbsttätig ausfolgt.

(4) Eine Ausspielung liegt auch dann vor, wenn die Möglichkeit zur Erlangung der Gegenleistung (Abs. 1) zwar nicht vom Unternehmer (Veranstalter) erbracht wird, aber von diesem oder einem Dritten entsprechend organisiert, veranstaltet oder angeboten wird.

Glücksspielmonopol

§ 3. Das Recht zur Durchführung von Glücksspielen ist, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt wird, dem Bund vorbehalten (Glücksspielmonopol).

Ausnahmen aus dem Glücksspielmonopol

§ 4. (1) Glücksspiele, die nicht in Form einer Ausspielung durchgeführt werden, unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol, wenn kein Bankhalter mitwirkt oder der Einsatz 0,50 Euro nicht übersteigt.

(2) Ausspielungen mittels eines Glücksspielautomaten unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol, wenn

1. die vermögensrechtliche Leistung des Spielers den Betrag oder den Gegenwert von 0,50 Euro nicht übersteigt und

2. der Gewinn den Betrag oder den Gegenwert von 20 Euro nicht übersteigt.

..."

"Straf- und Verfahrensbestimmungen

§ 52. (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 22.000 Euro zu bestrafen,

1. wer Glücksspiele entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes zur Teilnahme vom Inland aus veranstaltet, organisiert, anbietet oder unternehmerisch zugänglich macht;

...

5. wer Glücksspielapparate oder Glücksspielautomaten, die dem Glücksspielmonopol unterliegen, außerhalb einer Spielbank betreibt (Veranstalter) oder zugänglich macht (Inhaber);

...

§ 53. (1) Die Behörde kann die Beschlagnahme der Glücksspielapparate, Glücksspielautomaten, der sonstigen Eingriffsgegenstände und der technischen Hilfsmittel anordnen, und zwar sowohl wenn der Verfall als auch wenn die Einziehung vorgesehen ist, wenn

1. der Verdacht besteht, dass

a) mit Glücksspielapparaten, 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, oder

b) durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen § 52 Abs. 1 Z 7 verstoßen wird oder

2. fortgesetzt oder wiederholt mit Glücksspielapparaten, Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen gemäß

Z 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 Z 7 verstoßen wird.

(2) Die Organe der öffentlichen Aufsicht können 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 nicht fortgesetzt begangen oder wiederholt werden. Sie haben darüber außer im Falle des § 52 Abs. 1 Z 7 dem Betroffenen sofort eine Bescheinigung auszustellen oder, wenn ein solcher am Aufstellungsort nicht anwesend ist, dort zu hinterlassen und der Behörde die Anzeige zu erstatten. In der Bescheinigung sind der Eigentümer der Gegenstände, der Veranstalter und der Inhaber aufzufordern, sich binnen vier Wochen bei der Behörde zu melden; außerdem ist auf die Möglichkeit einer selbständigen Beschlagnahme (Abs. 3) hinzuweisen. Tritt bei dieser Amtshandlung der Eigentümer der Gegenstände, der Veranstalter oder der Inhaber auf, so sind ihm die Gründe der Beschlagnahme bekanntzugeben.

(3) Die Behörde hat in den Fällen des Abs. 2 unverzüglich das Verfahren zur Erlassung des Beschlagnahmebescheides einzuleiten und Ermittlungen zur Feststellung von Identität und Aufenthalt des Eigentümers der Gegenstände, des Veranstalters und des Inhabers zu führen. Soweit nach der vorläufigen Beschlagnahme keine dieser Personen binnen vier Wochen ermittelt werden kann oder sich keine von diesen binnen vier Wochen meldet oder die genannten Personen zwar bekannt, aber unbekanntes Aufenthalts sind, so kann auf die Beschlagnahme selbständig erkannt werden, wenn im Übrigen die Voraussetzungen dafür vorliegen. Die Zustellung des Bescheides kann in einem solchen Fall durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen."

Die im Beschwerdefall maßgeblichen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes, BGBl. Nr. 620/1989, lauten in der Fassung der Novellen BGBl. I Nr. 54/2010 und BGBl. I Nr. 73/2010 wie folgt:

"Glücksspiele

§ 1. (1) Ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

(2) Glücksspiele im Sinne dieses Bundesgesetzes sind insbesondere die Spiele Roulette, Beobachtungsroulette, Poker, Black Jack, Two Aces, Bingo, Keno, Baccarat und Baccarat chemin de fer und deren Spielvarianten. Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, aus Gründen der Rechtssicherheit durch Verordnung weitere Spiele als Glücksspiele im Sinne des Abs. 1 zu bezeichnen.

...

Ausspielungen

§ 2. (1) Ausspielungen sind Glücksspiele,

1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und
2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung im 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).

(2) Unternehmer ist, 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.

(3) Eine Ausspielung mit Glücksspielautomaten liegt vor, wenn die Entscheidung über das Spielergebnis nicht zentralseitig, sondern durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung im Glücksspielautomaten selbst erfolgt. Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, durch Verordnung bau- und spieltechnische Merkmale von Glücksspielautomaten näher zu regeln sowie Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten festzulegen. Glücksspielautomaten gemäß § 5 sind verpflichtend an die Bundesrechenzentrum GmbH elektronisch anzubinden. Der Bundesminister für Finanzen kann im Wege einer Verordnung den Zeitpunkt dieser Anbindung festlegen. Darüber hinaus kann der Bundesminister für Finanzen zu den Details der elektronischen Anbindung und den zu übermittelnden Datensätzen in dieser Verordnung Mindeststandards festsetzen, wobei auch der Zugriff der Behörden auf einzelne Glücksspielautomaten (§ 5) zu regeln ist. Die auf 10 Jahre verteilten Kosten für die Errichtung eines Datenrechenzentrums bei der Bundesrechenzentrum GmbH sowie die Kosten für dessen laufenden Betrieb sind durch die konzessions- und bewilligungserteilenden Behörden den Konzessionären und Bewilligungsinhabern auf Grundlage einer von der Bundesrechenzentrum GmbH durchzuführenden Abrechnung über die durch die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber verursachten Kosten jährlich bescheidmäßig vorzuschreiben und für die Bewilligungsinhaber von Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten (§ 5) dem Bund zu erstatten. Im Rahmen des laufenden Betriebs des Datenrechenzentrums kann der Bundesminister für Finanzen ferner jederzeit eine technische Überprüfung von Glücksspielautomaten, der auf diesen befindlichen Software sowie einer allfälligen zentralen Vernetzung vornehmen oder die Vorlage eines unabhängigen technischen Gutachtens über die Einhaltung der glücksspielrechtlichen Bestimmungen verlangen. Mit der Errichtung des Datenrechenzentrums und der elektronischen Anbindung sind dem Bundesminister für Finanzen Quellcodes oder Referenzprogramme der Spielprogramme der daran anzubindenden Glücksspielautomaten gesondert vorab zu hinterlegen.

(4) Verbotene Ausspielungen sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind.

Glücksspielmonopol

§ 3. Das Recht zur Durchführung von Glücksspielen ist, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt wird, dem Bund vorbehalten (Glücksspielmonopol).

Ausnahmen aus dem Glücksspielmonopol

§ 4. (1) Glücksspiele unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol des Bundes, wenn sie

1. nicht in Form einer Ausspielung im Sinne des § 2 Abs. 1 und
2. a) bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge oder
 - b) nur einmalig zur Veräußerung eines körperlichen Vermögensgegenstandes durchgeführt werden.

(2) Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten nach Maßgabe des § 5 unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol des Bundes.

...

Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten

§ 5. (1) Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten sind Ausspielungen nach § 2 Abs. 3 an ortsfesten, öffentlich zugänglichen Betriebsstätten unter Einhaltung ordnungspolitischer Mindestanforderungen an Bewilligungswerber (Abs. 2) sowie besonderer Begleitmaßnahmen der Spielsuchtvorbeugung (Abs. 3 bis 5), der Geldwäschevorbeugung (Abs. 6) und der Aufsicht (Abs. 7)

1. in Automatenalons mit mindestens 10 und höchstens 50 Glücksspielautomaten oder
2. in Einzelaufstellung mit höchstens drei Glücksspielautomaten.

Dabei darf ein höchstzulässiges Verhältnis von einem Glücksspielautomat pro 1 200 Einwohner insgesamt im Bundesland nicht überschritten werden und die Anzahl der aufrechten Bewilligungen zum Betrieb von Glücksspielautomaten ist mit höchstens drei pro Bundesland beschränkt. Im Bundesland Wien beträgt das höchstzulässige Verhältnis ein Glücksspielautomat pro 600 Einwohner. Die Einwohnerzahl eines Bundeslandes bestimmt sich nach dem für den jeweiligen Finanzausgleich von der Bundesanstalt Statistik Österreich zuletzt festgestellten und kundgemachten Ergebnis der Statistik des Bevölkerungsstandes oder der Volkszählung zum Stichtag 31. Oktober, wobei das zuletzt kundgemachte Ergebnis im Zeitpunkt der Erteilung von Bewilligungen maßgeblich ist.

(2) Ordnungspolitische Anforderungen an Bewilligungswerber bzw. -inhaber sind zumindest:

1. ...

Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 52. (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 22 000 Euro zu bestrafen,

1. wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert, anbietet oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt;

...

5. wer gegen eine Bestimmung der in § 2 Abs. 3 vorgesehenen Verordnung, gegen die Auflageverpflichtung von Spielbeschreibungen, die Anzeigeverpflichtung gemäß § 4 Abs. 6 oder eine Duldungs- oder Mitwirkungsverpflichtung nach § 50 Abs. 4 verstößt;

...

Beschlagnahmen

§ 53. (1) Die Behörde kann die Beschlagnahme der Glücksspielautomaten, der sonstigen Eingriffsgegenstände und der technischen 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 verstoßen wird, oder
 - b) durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen § 52 Abs. 1 Z 7 verstoßen wird oder
2. fortgesetzt oder wiederholt mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen gemäß Z 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 Z 7 verstoßen wird.

(2) Die Organe der öffentlichen Aufsicht können 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 nicht fortgesetzt begangen oder wiederholt werden. Sie haben darüber außer im Falle des § 52 Abs. 1 Z 7 dem Betroffenen sofort eine Bescheinigung auszustellen oder, wenn ein solcher am Aufstellungsort nicht anwesend ist, dort zu hinterlassen und der Behörde die Anzeige zu erstatten. In der Bescheinigung sind der Eigentümer der Gegenstände, der Veranstalter und der Inhaber aufzufordern, sich binnen vier Wochen bei der Behörde zu melden; außerdem ist auf die Möglichkeit einer selbständigen Beschlagnahme (Abs. 3) hinzuweisen. Tritt bei dieser Amtshandlung der Eigentümer der Gegenstände, der Veranstalter oder der Inhaber auf, so sind ihm die Gründe der Beschlagnahme bekanntzugeben.

(3) Die Behörde hat in den Fällen des Abs. 2 unverzüglich das Verfahren zur Erlassung des Beschlagnahmebescheides einzuleiten und Ermittlungen zur Feststellung von Identität und Aufenthalt des

Eigentümers der Gegenstände, des Veranstalters und des Inhabers zu führen. Soweit nach der vorläufigen Beschlagnahme keine dieser Personen binnen vier Wochen ermittelt werden kann oder sich keine von diesen binnen vier Wochen meldet oder die genannten Personen zwar bekannt, aber unbekanntes Aufenthalts sind, so kann auf die Beschlagnahme selbständig erkannt werden, wenn im Übrigen die Voraussetzungen dafür vorliegen. Die Zustellung des Bescheides kann in einem solchen Fall durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen."

2.2. Zunächst ist festzuhalten, dass die belangte Behörde zutreffend davon ausgegangen ist, dass sie in ihrer Berufungsentscheidung die im Zeitpunkt ihrer Entscheidung geltende Rechtslage anzuwenden hatte und die Abweisung der Berufung (also die Aufrechterhaltung der Beschlagnahme) voraussetzte, dass die Beschlagnahme auch im Hinblick auf diese Rechtslage gedeckt ist.

Zu dieser spezifischen übergangsrechtlichen Problematik wird in der Beschwerde nichts vorgebracht und es ist auch dem Verwaltungsgerichtshof nicht ersichtlich, dass insoweit eine Rechtswidrigkeit der rechtlichen Beurteilung der belangten Behörde vorläge.

2.3. In der Beschwerde wird zunächst die Auffassung der belangten Behörde bekämpft, der Automat der Marke "Fun-Wechsler" sei ein Glücksspielautomat im Sinne des § 2 Abs. 3 GSpG in der Fassung vor den Novellen 2008 und 2010 bzw. es liege eine Ausspielung mit Glücksspielautomaten im Sinne des § 2 Abs. 3 GSpG in der Fassung BGBl. I Nr. 73/2010 vor. Zu diesem Vorbringen genügt es darauf hinzuweisen, dass die belangte Behörde die Funktionsweise des beschlagnahmten Apparats eingehend dargestellt hat und auch in der Beschwerde nicht aufgezeigt wird, inwiefern diesbezüglich etwa ein Verfahrensmangel vorliegen sollte.

Es ist daher davon auszugehen, dass der beschlagnahmte Apparat eine Gewinnchance bot. Durch den Einwurf einer 1 Euro-Münze erwarb man die Chance, bei Aufleuchten einer entsprechenden Zahl durch Einwurf eines weiteren Euro den angezeigten Gewinn zu realisieren. Ob in dem Fall, in dem diese Chance nicht eröffnet wird, ein (fünfsekündiges) Musikstück abgespielt wird oder nicht, ist für die Beurteilung, dass der Apparat eine vom Zufall abhängige Gewinnchance bietet, ohne Belang. Da bei Aufleuchten einer Zahl nach Einwurf einer weiteren 1 Euro-Münze der Gewinn in der Höhe zwischen EUR 2,- und EUR 20,- zu realisieren ist, liegt ein aus zwei Teilen bestehendes Spiel vor, dessen Ausgang vom Spieler nicht beeinflusst werden kann: das über einen Gewinn entscheidende Aufleuchten eines Symbols (Note oder Zahl) wird vom Apparat selbsttätig herbeigeführt. Dass im zweiten Teil des Spiels für den Spieler kein Risiko mehr vorhanden ist, sondern das Einwerfen eines weiteren Euro jedenfalls zur Auszahlung des angezeigten Betrags führt, ändert nichts daran, dass der Spieler zu Beginn des Spiels, das ihm die Gewinnchance bietet, den Ausgang nicht vorhersehen und ihn auch nicht beeinflussen kann. Welches Musikstück vor dem Weiterspielen eines Benützers des Apparates zur allfälligen Realisierung eines Gewinns abgespielt wird (und ob es diesbezüglich eine Auswahlmöglichkeit des Spielers gibt oder nicht bzw. ob überhaupt ein Musikstück gespielt wird), vermag an dem Umstand, dass dem Spieler die Möglichkeit geboten wird, allenfalls für seinen Einsatz etwas zu gewinnen, nichts zu ändern. Auch der insoweit zutreffende Hinweis der Beschwerdeführer darauf, dass daher ein anderer Apparat vorliege, als er in dem hg. Erkenntnis vom 12. März 2010, Zl. 2010/17/0017, zu beurteilen war, vermag an dieser rechtlichen Beurteilung nichts zu ändern. Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits entschieden hat, ist es für das Vorliegen eines Glücksspiels im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG nicht maßgeblich, ob und wie viele Einzelhandlungen oder Spieletappen erforderlich sind, um das Glücksspiel durchführen zu können (vgl. das hg. Erkenntnis vom 26. Februar 2001, Zl. 99/17/0214).

Die Unterschiede zwischen jenem Apparat, der in dem zitierten Erkenntnis vom 26. Februar 2001 zu beurteilen war, und dem vorliegenden Automaten ändern nichts daran, dass der Automat dem Benützer eine Gewinnchance eröffnet. Gerade die Tatsache, dass die Gewinnchance nicht in jedem Fall der Benützung eröffnet wird, spricht nicht gegen das Vorliegen eines Glücksspielautomaten, sondern vielmehr gerade für den Charakter des Automaten als Glücksspielautomat. Auch der Hinweis in der Beschwerde, dass für das Abspielen eines Musikstückes kein Glück erforderlich ist, vermag daher nichts daran zu ändern, dass der beschlagnahmte Automat ein Glücksspielautomat im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG ist. Das Abspielen des Musikstückes setzt nach den unbestrittenen Feststellungen der belangten Behörde den "Vorgang zur Beleuchtung des Symbols" in Gang. Das Ergebnis dieses Vorgangs ist vom Zufall abhängig und führt zu einem Gewinn oder nicht. Dass für die Realisierung dieses Gewinns der neuerliche Einwurf eines Euros erforderlich ist, ändert nichts daran, dass diese Realisierung des Gewinns erst nach einem vom Apparat selbsttätig herbeigeführten Spielergebnis möglich ist.

2.4. Zu den unionsrechtlichen Bedenken:

Unter Berufung auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (in der Folge: EuGH) vom 9. September 2010, Rs C-64/08, *Engelmann*, und das Urteil des EuGH vom 8. September 2010, Rs C-316/07 u.a., *Markus Stoß* u.a., wird in der Beschwerde die Auffassung vertreten, dass nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (nunmehr: Gerichtshof der Europäischen Union) "sowohl für die Vergangenheit als auch bis zur Herstellung einer unionsrechtskonformen Rechtslage der Grundsatz (gelte), dass Sanktionen jenen Anbietern, die bisher auf Grund unionsrechtswidriger Umstände von vornherein keine Konzession erhalten konnten, nicht entgegengehalten werden" dürften.

Aus der Rechtsprechung des EuGH, insbesondere dem Urteil vom 8. September 2010, Rs C-409/06, *Winner Wetten GmbH*, ergebe sich, dass die belangte Behörde verpflichtet gewesen wäre, die §§ 52 bis 54 des

Glücksspielgesetzes unangewendet zu lassen und die rechtswidrig erfolgte Beschlagnahme des Automaten ersatzlos aufzuheben gehabt hätte.

Dies gelte auch gegenüber der Zweitbeschwerdeführerin als Gesellschaft mit Sitz in Österreich, da es an einer sachlichen Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung von inländischen Gesellschaften gegenüber Gesellschaften mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union fehle. Dies insbesondere deshalb, weil in dem vergleichbaren Fall *Engelmann* Herr Engelmann eine Spielbankenkonzession nicht nur wegen seiner deutschen Staatsangehörigkeit, sondern auch deshalb nicht hätte erlangen können, weil er nicht das Erfordernis einer Aktiengesellschaft mit Sitz in Österreich erfüllt habe, "und sämtliche Konzessionen für den Betrieb einer Spielbank in Österreich vom Bundesministerium für Finanzen unter Verstoß gegen das im Gemeinschaftsrecht verankerte Transparenzgebot ohne Ausschreibung und unter Vermeidung einer transparenten Interessentensuche an die Casinos Austria AG vergeben" worden seien. Von den beiden "letzteren Ausschlussgründen sind Inländer in gleicher Weise betroffen wie andere Unionsbürger, sodass eine Ungleichbehandlung mangels sachlicher Rechtfertigung gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen würde".

Zu diesem Vorbringen ist auf Folgendes hinzuweisen:

Zutreffend ist, dass der EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache *Engelmann* vom 9. September 2010, Rs C-64/08, Bestimmungen eines Mitgliedstaats, die dem Betrieb von Glücksspielen in Spielbanken ausschließlich Wirtschaftsteilnehmern mit Sitz im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaates vorbehalten, als unionsrechtswidrig erkannt hat.

Weiters hat der EuGH in dem genannten Urteil klargestellt, dass das Transparenzgebot, das sich aus den Art. 43 EG und 49 EG (nunmehr Art. 49 AEUV bzw. Art. 56 AEUV) sowie dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ergebe, einer Vergabe sämtlicher Konzessionen für den Betrieb von Spielbanken im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates entgegenstehe, die ohne Ausschreibung erfolge. Der EuGH hat weiters in der jüngsten Rechtsprechung zur Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit auf dem Gebiet des Glücksspiels und der Wetten deutlich gemacht, dass die ordnungspolitischen Ziele, die die Mitgliedstaaten zur Rechtfertigung der Beschränkung der Grundfreiheiten verfolgen, in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden müssten.

Es ist weiters zutreffend, dass sich aus den genannten Urteilen des EuGH für die österreichische Rechtslage insofern eine in der Vergangenheit gegebene Nichtübereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht ergibt, soweit die Vergabe der Konzessionen nach dem Glücksspielgesetz nicht auf Grund einer vom EuGH geforderten öffentlichen Ausschreibung erfolgt ist (vgl. Randnr. 16 des Urteiles vom 8. September 2010, Rs C-64/08, *Engelmann*).

Aus der jüngeren Rechtsprechung des EuGH ist jedoch nicht abzuleiten, dass die Mitgliedstaaten bei Verfolgung der vom EuGH für die Rechtfertigung der Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit anerkannten Zielsetzungen nicht Vorschriften wie etwa das Erfordernis einer bestimmten Rechtsform und Kapitalausstattung vorsehen könnten.

Es trifft nicht zu, dass sich aus den Urteilen in den Rechtssachen *Placanica* und *Stoß* (EuGH 8. September 2010, verbundene Rechtssachen C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07) ableiten ließe, dass das Gemeinschaftsrecht (Unionsrecht) der Anwendung jeglicher nationaler Vorschrift auf dem Gebiet des Glücksspielwesens entgegen stünde, sobald nur eine Regelung auf diesem Gebiet nicht unionsrechtskonform ist (in diese Richtung *Koppensteiner*, Der EuGH und das Glücksspiel, RdW 2011, 134 ff).

Es ist daher die in der Beschwerde gezogene Schlussfolgerung überschießend, dass die §§ 52 bis 54 des Glücksspielgesetzes jedenfalls und gegenüber jeglichem Wirtschaftsteilnehmer unangewendet zu bleiben hätten.

Eine Verpflichtung zur Nichtanwendung nationaler Rechtsvorschriften besteht nach der Rechtsprechung des EuGH (nur) für solche Rechtsvorschriften, die im Widerspruch zu Unionsrecht stehen.

Der Umstand, dass bestimmte Konzessionsvoraussetzungen nicht von der vom EuGH konstatierten Unionsrechtswidrigkeit betroffen sind, führt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht etwa dazu, dass sich jedermann erfolgreich auf die Nichtanwendung der unionsrechtswidrigen Bestimmungen berufen könnte.

Die belangte Behörde hat vielmehr zutreffend ihre Rechtsauffassung, dass auch aus der jüngeren Judikatur des EuGH nicht folge, dass die angewendeten Bestimmungen des Glücksspielgesetzes den beschwerdeführenden Parteien gegenüber unangewendet zu bleiben hätten, darauf gestützt, dass sowohl die Erstbeschwerdeführerin als auch die Zweitbeschwerdeführerin nicht in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft organisiert sind. Die von den beschwerdeführenden Parteien behauptete unionsrechtswidrige Nichtzulassung im Verfahren zur Vergabe der Konzessionen beruhte jedenfalls nicht allein auf den als gemeinschaftsrechtswidrig erkannten Bestimmungen der österreichischen Rechtslage bzw. der Vorgangsweise der Behörden bei der Konzessionsvergabe. Die vom EuGH in dem von den beschwerdeführenden Parteien genannten Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, *Markus Stoß* u.a., Rn 115, genannte Rechtsfolge, dass ein Mitgliedstaat nach ständiger Rechtsprechung keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen dürfe, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Unionsrecht ablehnt oder vereitelt habe, greift im vorliegenden Fall somit nicht. Im Falle einer Gesellschaft

mit beschränkter Haftung liegt die Voraussetzung, dass die juristische Person "unter Verstoß gegen das Unionsrecht" davon abgehalten worden wäre, eine Konzession zu erlangen, nicht vor.

2.5. Es braucht daher im Beschwerdefall nicht näher auf die Überlegungen der Beschwerde eingegangen werden, aus welchen Gründen sich auch die Zweitbeschwerdeführerin als österreichische juristische Person auf die behauptete Unanwendbarkeit der angewendeten Gesetzesbestimmungen wegen Unionsrechtswidrigkeit berufen könne. Zu bemerken ist, dass überdies der in diesem Zusammenhang geltend gemachte Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz auf Grund einer Ungleichbehandlung ohne sachliche Rechtfertigung als Berufung auf die Verletzung in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht vom Verwaltungsgerichtshof schon im Hinblick auf Art. 133 Z 1 B-VG nicht geprüft werden könnte.

Auf Grund der unter Punkt 2.3. dargestellten Rechtslage liegen auch die geltend gemachten Verfahrensmängel nicht vor.

2.6. Aus den dargelegten Erwägungen ergibt sich, dass die beschwerdeführenden Parteien durch den angefochtenen Bescheid in ihren Rechten weder wegen der geltend gemachten noch wegen einer vom Verwaltungsgerichtshof aus eigenem aufzugreifenden Rechtswidrigkeit verletzt worden sind.

Die Beschwerde war infolgedessen gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

2.7. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 28. Juni 2011