050/70028/5014-27 um Online aff / 11.6.15
SB: Mair z.Ku.w.B

LVwG

LANDESVERWALTUNGSGERICHT
SALZBURG

5020 Salzburg / Wasserfeldstraße 30
Telefon: +43 0662 8042-0* / Fax: +43 0662 8042-3893
E-Mail: post@lvwg-salzburg.gv.at
DVR 0078182

Richter:
Dr. Peter Brauhart
Telefon DW: 3845

Ort, Datum:
Salzburg, 08.06.2015

Zahl:
LVwG-10/236/9-2015
Betreff:
[redacted] Beschwerde gem. des GSpG

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat durch den Richter Dr. Peter Brauhart über die Beschwerde der [redacted] vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Patrick Ruth, Kapuzinergasse 8/4, 6020 Innsbruck, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft St. Johann i.Pg. vom 16.09.2014, Zahl 30406-369/57569-2014,

zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 28 Abs 1 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird der Beschwerde keine Folge gegeben und wird diese als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Verwaltungsgerichtshofgesetz (VwGG) die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

Entscheidungsgründe

Mit angefochtenem Bescheid vom 16.09.2014, Zahl 30406-369/57569-2014, hat die belangte Behörde gegen die [redacted] die Beschlagnahme zweier Spielapparate (ein Automat mit der FA-Nummer 1 - Gehäusebezeichnung "afric2go"; ein Automat mit der FA-Nummer 2 – Gehäusebezeichnung "Apollo") gemäß § 53 Abs 1 iVm § 52 Abs 4 und § 54 Abs 1 des Glücksspielgesetzes ausgesprochen.

Die Beschlagnahme erfolgte im Rahmen einer Amtshandlung, die von der Finanzpolizei des Finanzamtes St. Johann Tamsweg Zell am See am 10.09.2014 in [redacted] im Lokal [redacted] durchgeführt wurde.
Die beiden Glücksspielapparate wurden von einem Organ des Finanzamtes auch bespielt.

Beim Gerät mit der FA-Nummer 1 ("afric2go")
wurde ein elektronisches Glücksrad mit Vervielfachungsfaktor gespielt. Dieses elektronische Glücksrad wurde auch in der Anzeige vom 10. September 2014, Geschäftszahl 090/70030/15/5014, genau beschrieben. Der in der Beschwerdeverhandlung einvernommene Zeuge [redacted], der damals bei der Amtshandlung eben die Geräte bespielte, sagte bezüglich dieses Gerätes mit der FA-Nummer 1 auch aus, dass von Anfang an ein Stick angesteckt war, Lieder deshalb vom Apparat daher keine zu hören waren.
Es wurden Gewinne in Aussicht gestellt, die einzelnen Zahlen fingen durcheinander zu blinken an und auf der Zahl, wo das Licht stehen blieb, war dann der Gewinn. Die Geräte waren spielbereit und betriebsbereit aufgestellt, das afric2go-Gerät war frei sichtbar und frei zugänglich. Mit diesem Gerät konnten also sehrwohl Ausspielungen durchgeführt werden. Grundsätzlich ist bekannt, dass die afric2go-Geräte vom Spielablauf her mit den sogenannten "Fun-Wechslern" vergleichbar sind (zur Glücksspielgeräteeigenschaft dieser Spielautomaten kann auch auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes verwiesen werden, so etwa VwGH 28.06.2011, 2011/17/0068, oder 14.12.2011, 2011/17/0127). Der Stick war bereits angesteckt, es war jedenfalls ein Vervielfachungswert, eben 4, 8, 2, 6 (von links angefangen) bzw 20 (in der Mitte) angebracht und je nachdem, wo dann das Licht stehen blieb, konnte man den Einsatz verdoppeln. Man konnte entweder eine gelbe Taste drücken, dann wurden Scheine ausbezahlt, wenn der Gewinn so hoch war, oder – soweit er sich erinnern konnte – eine andere, glaublich grüne Taste gedrückt, dann wurde Münzgeld ausbezahlt. Es wurde durch den Apparat also definitiv gewonnenes Geld ausbezahlt.

Beim Gerät mit der FA-Nummer 2 ("Apollo")
handelte es sich um ein Walzenspiel und wurde das Spiel "Burning Wins" vom Organ gespielt. Auch diesbezüglich findet sich eine genaue Beschreibung des Spielablaufes in der vorhin zitierten Anzeige der Finanzpolizei.
In der Beschwerdeverhandlung gab das als Zeuge einvernommene Organ noch an, dass es hier sogar gelungen ist, einen Gewinn zu lukrieren. Bei dem Spiel "Burning Wins" wurde mit einem Höchsteinsatz von € 12 gespielt. Der Zeuge hat € 20 in den Apparat eingegeben, letztlich einen Gewinn von € 96 erzielt. Das Gerät hat selbständig ausgezahlt.
Auch dieses Gerät war betriebsbereit aufgestellt und frei zugänglich, wie dies der Zeuge in der Beschwerdeverhandlung auch bestätigte.

In der gegen diesen Beschlagnahmebescheid fristgerecht eingebrachten Beschwerde brachte die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin Folgendes vor:

*"**I. Beschwerdegegenstand und Beschwerdeantrag***

Gegen den Beschlagnahmebescheid der Bezirkshauptmannschaft St. Johann im Pongau vom 16.09.2014, Zl. 30406-369/57569-2014, wird in offener Frist

BESCHWERDE

erhoben.

Der Bescheid wird in seinem gesamten Inhalt angefochten und dessen Aufhebung beantragt.

II. Sachverhalt

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft St. Johann im Pongau vom 16.09.2014, Zl. 30406-369/57569-2014, wurde gegenüber der Beschwerdeführerin die Beschlagnahme zweier näher bezeichneter "Glücksspielautomaten" gemäß § 53 Abs. 1 Z 1 lit. a GSpG ausgesprochen.

Die erstinstanzliche Behörde führte im Wesentlichen aus, dass der begründete Verdacht eines Verstoßes gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 des Glücksspielgesetzes vorliege.

III. Rechtzeitigkeit der Beschwerde

Der Bescheid der belangten Behörde wurde am 22.09.2014 zugestellt, die Beschwerdeerhebung mit 20.10.2014 ist daher rechtzeitig.

IV. Beschwerdegründe

1.)
Mit gegenständlichen Geräten kann nicht in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen werden. Glücksspiele iSd GSpG wurden keine angeboten.

Ein Verstoß gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG fand auch nicht statt.

2.)
Eine nähere Spielbeschreibung der einzelnen - angeblich an den Geräten ausführbaren - Spielprogramme liegt nicht vor, weshalb dem Bescheid nicht zu entnehmen ist, warum die Behörde nun tatsächlich davon ausgeht, dass Glücksspiele angeboten wurden; der angeführte Spielablauf trifft in dieser Form nicht zu.

Die Beschlagnahme stellt ein Sicherungsmittel dar, das weitere Eingriffe in das Glücksspielmonopol des Bundes verhindern soll. Es liegt demnach an der Behörde ausreichende Feststellungen zu treffen, dass tatsächlich ein Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes vorliegt. Eine Beschlagnahme stellt einen massiven Eingriff in das Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums dar und kann

mit den vorliegenden rudimentären Feststellungen nicht als ausreichend gefunden werden. Es hat tatsächlich kein Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes stattgefunden.

Es wird beantragt, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen und sämtliche bei der Kontrolle anwesenden Beamten als Zeugen zu vernehmen, dies zum Beweis dafür, dass kein Verdacht eines fortgesetzten Verstoßes gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG vorliegt.

3.)
Zum Gerät mit der FA.-Nr. 1 "Afric2go":

Dieses Gerät ist - vom Bundesministerium für Finanzen bestätigt - als Musikbox einzustufen.

Hinsichtlich dieses Gerätetyps wurde vom Finanzministerium ausdrücklich klargestellt, dass es sich bei diesem Gerät um einen Musikautomaten und um keinen Glücksspielautomaten handelt.

Beweis:

1. *Schreiben der oberösterreichischen Landesregierung vom 07.03.2013 nach Rücksprache mit Herrn Wilfried Lehner (Leiter der Stabsstelle Finanzpolizei im BMF); Beilage ./1*
2. *Gutachten des gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Franz Maton; Beilage ./2*
3. *Rechtliche Beurteilung von Herrn Dr. Erich Jungwirth, Rechtsanwalt; Beilage ./3*

Auch das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich und das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich haben diese Einstufung als Musikbox mehrfach bestätigt. (Beilage ./4-6).

4.)
Die belangte Behörde war zur Entscheidung in der Sache unzuständig.

Bereits dem angefochtenen Bescheid ist zu entnehmen, dass eine Zuständigkeit der Bezirkshauptmannschaft St. Johann im Pongau nicht gegeben ist.

So wurden beim Gerät mit der FA.-Nr. 2 beim Spielprogramm "Burning Wings" mögliche Spieleinsätze bis zu EUR 12,-- erhoben.

Inwieweit tatsächlich die (höchst)möglichen Einsätze am Gerät erhoben wurden, ergibt sich aus dem angefochtenen Bescheid in unerklärlicher Weise nicht; auch ergibt sich aus dem Bescheid nicht, ob Serienspiele veranlasst werden konnten.

Soweit nicht nur um bloß geringe Beträge gespielt werden kann (bzw. Serienspiele veranlasst werden können) ist auch nach der nunmehrigen Regelung des § 53 Abs. 3 GSpG nach wie vor eine ausschließlich gerichtliche Zuständigkeit gegeben. Der Fall, dass durch eine Tat sowohl eine Verwaltungsübertretung als auch eine Verwirklichung des § 168 StGB vorliegt, ist aufgrund verfassungsrechtlicher Überlegungen überhaupt nicht denkbar (vgl. bspw Stellungnahmen des LVwG Tirol und des LVwG Vorarlberg zum Entwurf des Abgabenänderungsgesetzes 2014). Danach ist nach der

Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts gar nicht denkbar, dass gleichzeitig Tatbestände nach dem Glücksspielgesetz und dem § 168 StGB gegeben sein können. Im gegenteiligen Fall würde man dem Gesetz einen verfassungswidrigen Inhalt unterstellen.

Wollte man die Neuregelung des § 52 GSpG anders verstehen, wäre die neugeregelte Bestimmung des § 52 GSpG schlicht auf der Hand liegend - insb wegen Verstößen gegen a.) Art 18 iVm Art. 83 Abs. 2 B-VG, b.) Art. 91 B-VG und c.) gleichheitsrechtlichen Überlegungen - verfassungswidrig.

5.)
Die Beschlagnahme des verfahrensgegenständlichen Gerätes gemäß § 53 GSpG stellt eine gegen das unionrechtlich begründete Anwendungsverbot verstoßende Sanktion dar; diesbezügliche strafbewehrte Verbot sind nicht anwendbar:

Es ist ständige Rsp. des EuGH, dass jede Monopol- oder Konzessionsregelung eine Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit darstellt und daher grundsätzlich den unmittelbar anwendbaren Grundfreiheiten widerspricht und nicht anwendbar ist, sofern diese Beschränkung nicht vom Mitgliedstaat ausnahmsweise gerechtfertigt werden kann. So führte der EuGH im Urteil Pfleger in der Rs. C-390/12 betreffend eines Vorlageverfahrens des UVS Oberösterreich erst jüngst mit Urteil vom 30.04.2014 aus:

„39. Eine Regelung eines Mitgliedstaats wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende, die den Betrieb von Glücksspielautomaten ohne vorab erteilte behördliche Erlaubnis verbietet, stellt eine Beschränkung des durch Art. 56 AEUV garantierten freien Dienstleistungsverkehrs dar (vgl. in diesem Sinne u. a. Urteil Placanica u. a., C-338/04, C-359/04 und C-360/04, EU:C:2007:133, Rn. 42). [..]

54. Das Gericht scheint ferner anzunehmen, dass das wahre Ziel der fraglichen restriktiven Regelung nicht in der Kriminalitätsbekämpfung und dem Spielerschutz liegt, sondern in einer bloßen Maximierung der Staatseinnahmen, obwohl der Gerichtshof bereits entschieden hat, dass das Ziel, die Einnahmen der Staatskasse zu maximieren, für sich allein eine solche Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen kann (vgl. Urteil Dickinger und Omer, EU:C:2011:582, Rn. 55). Diese Regelung erscheine, so das Gericht, jedenfalls unverhältnismäßig, da sie nicht geeignet sei, die von der Rechtsprechung des Gerichtshofs geforderte Kohärenz zu garantieren, und über das hinausgehe, was zur Erreichung der angeführten Ziele erforderlich sei.

55. Sollte das vorlegende Gericht bei dieser Auffassung bleiben, müsste es zu dem Ergebnis kommen, dass die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist."

Im Ergebnis erkannte der erkannte der EuGH mit Urteil zu Recht:

"Art. 56 AEUV [Dienstleistungsfreiheit] ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, sofern diese Regelung nicht wirklich das Ziel des Spielerschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung verfolgt und nicht tatsächlich

dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen".

Im weiterführenden Verfahren hat das nunmehr zuständige Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in dieser Sache ausgehend von den obigen Vorgaben des EuGH mit Erkenntnis vom 09.05.2014, LVwG-410287/4/Gf/Rt, zusammenfassend das im GSpG verankerte Monopolsystem als unionsrechtswidrig klassifiziert und das anhängig gewesene Verwaltungsverfahren eingestellt. Begründet führte das LVwG OÖ aus, dass das im Glücksspielgesetz verankerte Monopolsystem nur vordergründig das Ziel des Spielerschutzes und nicht wirklich das Ziel der Kriminalitätsbekämpfung, sondern in erster Linie vielmehr das Ziel einer Maximierung der Staatseinnahmen verfolgt.

Auch vom Obersten Gerichtshof wurde schon dargelegt, dass das Glücksspielmonopol des GSpG und das darauf basierende Konzessionssystem prinzipiell der europarechtlichen Dienstleistungsfreiheit (und darüber hinaus auch der Niederlassungsfreiheit) widerstreiten. Ganz deutlich führt der OGH schließlich am 27.11.2013 (2 Ob 243/12t) aus:

"Die europarechtliche Zulässigkeit des Monopols unterliegt aber als besonders gravierender Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit [...] strengen Voraussetzungen, sowohl was die Modalitäten der Vergabe der das Monopol nutzenden Berechtigungen bzw. Konzessionen als auch das Verhalten der Berechtigten bzw. des Konzessionärs selbst und deren/dessen Überwachung durch die nationalen Behörden betrifft." (VI.2.).

[...] Werden diese Vorgaben nicht eingehalten, ist das Monopol gemeinschaftsrechtswidrig und sind die Monopol-Vorschriften aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts unanwendbar. Im Sinne einer effektiven Umsetzung des EU-Rechts ("effet utile") muss sich in einem solchen Fall die Unanwendbarkeit auf alle Bestimmungen des GSpG beziehen, die das Monopol normieren und seine Umsetzung regeln. Auch die Strafbestimmung des § 168 StGB ist in diesem Licht zu sehen.

[...] Da das ABGB selbst nicht Glücksspiele verbietet, sondern diesbezüglich auf die "politischen Gesetze" verweist und dieses konkrete Verbot sich aus dem GSpG und seiner Monopolregelung ergibt, bestünde im Fall der Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen wegen Verstoßes gegen das EU-Recht kein innerstaatliches Verbot von Glücksspielen in "politischen Gesetzen" mehr [...]".

Der grundsätzliche Widerspruch des Glücksspielmonopols des Bundes zur Dienstleistungsfreiheit (aber auch zur Niederlassungsfreiheit) des Unionsrechts (Art. 56 ff. AEUV) ist damit (spätestens) seit dem Urteil des EuGH vom 30.04.2014 in der Rs. C-390/12, Pfleger, und dem Beschluss des OGH v. 27.11.2013 evident. Der österreichische rechtliche Rahmen für die Regulierung des Glücksspiels wird darüber hinaus auch vom rechtswissenschaftlichen Schrifttum mit unterschiedlichen Begründungen, im Ergebnis aber einhellig, als unionsrechtswidrig qualifiziert.

<u>Prüfprogramm:</u>

Der EuGH hat in seiner ab dem Jahr 2010 ergangenen Judikatur im Bereich des Glücksspiels ein sehr präzises Prüfprogramm entwickelt, unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise eine Mo-

nopol- oder Alleinkonzessionsregelung als solche - die ja als solche schon eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt - zulässig ist.

Vgl. EuGH, verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, Stoß; Rs. C-46/08, Carmen Media Group; Rs. C-212/08, Zeturf; Rs. C-347/09, Dickinger und Ömer.

Wie der EuGH im Zusammenhang mit dem Glücksspiel in Auslegung des Art. 56 AEUV bereits mehrfach entschieden hat (verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, Stoß, Rz. 83; Rs. C-347/09. Dickinger und Ömer, Rz. 54; Rs. C-212/08, Zeturf, Rz. 58), ist eine so restriktive Maßnahme wie die Errichtung eines Monopols zur Beurteilung ihrer Vereinbarkeit mit dem freien Dienstleistungsverkehr hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit im Zuge der Prüfung der Geeignetheit von den nationalen Gerichten und Behörden zwingend auf folgende drei (kumulativ zu bejahende) Fragen zu prüfen:

- *Kann vom Mitgliedstaat der Nachweis geführt werden, dass die kriminellen und betrügerischen Aktivitäten im Zusammenhang mit den Spielen und die Spielsucht im betreffenden Mitgliedstaat ein Problem waren und nur eine Ausweitung der zugelassenen und geregelten Tätigkeiten diesem Problem hätte abhelfen können?*
- *Kann vom Mitgliedstaat weiters der Nachweis geführt werden, dass die Geschäftspolitik des Konzessionärs und insbesondere seine Werbeaktivitäten - maßvoll und begrenzt sind? Dies, so der EuGH, ist z.B. dann nicht der Fall, wenn "verführerisch bedeutende Gewinne in Aussicht" gestellt werden.*
- *Genügt das Gesamtsystem der innerstaatlichen Glücksspielregelungen vor dem Hintergrund der konkreten Anwendungspraxis den Vorgaben des EuGH hinsichtlich seiner (rechtlichen und praktischen) Kohärenz?*

In seinen Schlussanträgen vom 20.9.2012 in der verb. Rs. C-186/11 u. C-209/11, Stanleybet, fasst EuGH-Generalanwalt Mazak die Kernaussage der Rechtsprechung wie folgt zusammen:

"Die Art. 49 AEUV und 56 AEUV sind in dem Sinne auszulegen, dass eine nationale Regelung, die das ausschließliche Recht zur Durchführung, zur Verwaltung, zur Organisation und zum Betrieb von Glücksspielen einem einzigen Unternehmen überträgt, das in der Form einer börsennotierten Aktiengesellschaft errichtet worden ist, gerechtfertigt sein kann, soweit sie tatsächlich das Ziel der Verminderung des Angebots von Glücksspielen oder das Ziel der Bekämpfung der mit Glücksspielen zusammenhängenden Kriminalität durch Lenkung der Spieler in kontrollierte Bahnen verfolgt und soweit sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, diese Ziele kohärent und systematisch zu erreichen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu entscheiden, welches dieser Ziele mit der streitigen nationalen Regelung tatsächlich verfolgt wird und ob die Regelung tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, die Ziele in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Insbesondere kann das nationale Gericht, soweit es entscheidet, dass das Ziel der streitigen nationalen Regelung in der Beschränkung des Glücksspielangebots in Griechenland besteht, nicht zu dem Ergebnis gelangen, dass die Regelung tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen, wenn es feststellen sollte, dass der Monopolinhaber tatsächlich eine Expansionspolitik betreibt und dass das ihm übertragene ausschließliche Recht zu einer Ausweitung

statt einer Verminderung des Glücksspielangebots führt. Sollte das nationale Gericht hingegen feststellen, dass das alleinige Ziel der streitigen nationalen Regelung darin besteht, die mit Glücksspielen zusammenhängende Kriminalität zu bekämpfen, indem Spieler in erlaubte und geregelte Bahnen gelenkt werden, kann eine vom Monopolinhaber betriebene Expansionspolitik, die u. a. durch eine Ausweitung des Glücksspielangebots und Werbung für diese Glücksspiele gekennzeichnet ist, nur dann als kohärent angesehen werden, wenn die kriminellen und betrügerischen Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Glücksspiel in Griechenland tatsächlich ein Problem erheblichen Umfangs darstellen, dem eine Ausweitung der zugelassenen und regulierten Tätigkeiten abhelfen könnte. Im Übrigen müssen erstens die Ausweitung des Glücksspielangebots und die Werbung für diese Glücksspiele maßvoll und eng auf das begrenzt bleiben, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielenetzwerken zu lenken, und zweitens muss das Glücksspielangebot des Monopolinhabers einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegen."

Dass die Vornahme dieses Prüfprogramms (insb. auch die Würdigung der Werbeaktivitäten des Alleinkonzessionärs) für die Beurteilung der Unionsrechtskonformität - und damit der Anwendbarkeit - des österreichischen Glücksspielmonopols unerlässlich ist, wird auch vom OGH bestätigt (vgl. OGH 27.11.2013,2 Ob 243/12t, VI.2. und VII.1.).

Eine Prüfung des Charakters der Geschäfts- und Werbepolitik des Alleinkonzessionärs führt zum Ergebnis, dass das faktische Verhalten der Konzessionsinhaber Österreichische Lotterien GmbH und Casinos Austria AG den klaren Vorgaben des EuGH eindeutig und offenkundig widerspricht.

Nichtdiskriminierung und Transparenz:
Schließlich sind auch die verfahrensrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts für die Zulässigkeit einer Monopolregelung im Glücksspielbereich, nämlich Nichtdiskriminierung und Transparenz nicht gegeben.

In seinem Urteil im Fall Engelmann hat der EuGH die Kriterien für die Vergabe der Konzessionen im Zusammenhang mit dem österreichischen GSpG klargestellt. Der EuGH weist darauf hin, dass

"49. [...] die öffentlichen Stellen, die solche Konzessionen vergeben, [...] die Grundregeln der Verträge, insbesondere Art. [49] und [56 AEUV ...] zu beachten haben".

Aus den betreffenden Bestimmungen über die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit leitet der EuGH ein Diskriminierungsverbot sowie ein Transparenzgebot ab.

Aus diesem Grund hat er die damals gegebene Verpflichtung der Konzessionsinhaber, ihren Sitz im Inland zu haben, als unvereinbar mit der in Art. 49 AEUV gewährleisteten Niederlassungsfreiheit angesehen (Rs. C-64/08, Engelmann, Rz. 32).

Außerdem stellte nach Auffassung des EuGH die ohne angemessenen Grad an Öffentlichkeit durchgeführte Vergabe einer Konzession an einen Wirtschaftsteilnehmer, der in dem Mitgliedstaat niedergelassen ist, dem der öffentliche Auftraggeber angehört (die Österreichische Lotterien GmbH), eine Ungleichbehandlung zum Nachteil von in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Wirt-

schaftsteilnehmern dar, die keine reale Möglichkeit hatten, ihr Interesse an der fraglichen Konzession zu bekunden. Eine derartige Ungleichbehandlung verstößt laut EuGH daher gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und stellt eine (mittelbare) Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit dar, die nach den Art. 49 und 56 AEUV verboten ist.

Siehe EuGH, Rs. C-64/08, Engelmann, Rz. 43, 51 u, 58. Zum Transparenzgebot vgl. Stadler/Aquilina, Der unionsrechtliche Transparenzgrundsatz im Glücksspiel, ecolex 2010, 813 ff

Ob mit der im Jahr 2011 auf Basis der GSpG-Novelle 2011 (BGBl. I Nr. 111/2010) durchgeführten Neuvergabe der Konzession für Ausspielungen gem. § 14 GSpG den Anforderungen des EuGH an ein nicht-diskriminierendes und transparentes Verfahren tatsächlich Genüge getan wurde, ist zu bezweifeln. Die vom EuGH im Urteil Engelmann festgestellten Unionsrechtswidrigkeiten wurden immer noch nicht beseitigt.

Zwar wurde das Sitzerfordernis für die Ausspielungskonzession derart abgeändert, dass ein Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat ausreichend wäre, allerdings nur, wenn der potentielle Konzessionär auch im anderen Mitgliedsstaat, in dem er niedergelassen ist, über eine "vergleichbare Lizenz" verfügt. Andernfalls muss der Konzessionär, im Fall einer erfolgreichen Bewerbung, eine Niederlassung in Österreich gründen. Die Erläuternden Bemerkungen des Ministerialentwurfs (zu den §§ 14 und 21 GSpG) führen weiters aus, dass es die Pflicht der Bewerber (!), die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, ist, den Nachweis der Vergleichbarkeit der Konzessionen sowie eine Erklärung der ausländischen Glücksspielaufsichtsbehörde zur Bereitschaft zur Verwaltungszusammenarbeit mit den österreichischen Behörden beizubringen.

Diese Änderungen durch die GSpG-Novelle 2011, auf deren Grundlage das Vergabeverfahren für die Ausspielungskonzession durchgeführt wurde, diskriminieren Konzessionswerber aus anderen Mitgliedstaaten weiterhin, weil es für Konzessionswerber aus Österreich ausreicht, einen Sitz im Inland zu haben, während Interessenten aus anderen Mitgliedstaaten zahlreiche Hürden zu absolvieren haben: Selbst mit einem Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat muss eine vergleichbare Lizenz in diesem Mitgliedstaat nachgewiesen und die Erklärung der dortigen Behörde beigebracht werden, während ein österreichischer Bewerber keines von beidem vorweisen muss. Darüber hinaus lässt die Bestimmung "vergleichbare Aufsicht und Kontrolle im Ausland" der österreichischen Behörde einen allzu weiten Ermessensspielraum. Eine Erklärung seitens der ausländischen Glücksspielbehörde, die der Bewerber einholen muss, ist nicht rechtfertigbar. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist es die Pflicht der österreichischen Behörden (und nicht des Bewerbers), die Verwaltungszusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden aufrecht zu erhalten. Zudem war die Vergabe der Ausspielungslizenz an Kriterien geknüpft, die auf den bisherigen Konzessionsinhaber, die Österreichische Lotterien GmbH zugeschnitten waren (Mindestkapital, Namensaktien, Verbot von Filialbetrieben außerhalb Österreichs, Bestellung eines Staatskommissärs usw.) und über das zur Zielerreichung erforderliche hinausgehen und daher mit der Niederlassungsfreiheit nicht vereinbar sind.

Siehe Talos/Stadler, EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, ecolex 2010, 1006 ff. (1007); Leidenmühler, Internet-Glücksspiel und Dienstleistungsfreiheit nach "Liga Portuguesa" -

Weiterhin viele offene Fragen, EuLF 2010, II-1 ff. (4); Kattinger, Als ob Casinos Austria ausgeschrieben hätte, NZZ v.27.12.2011.

Dies führt zum Ergebnis, dass das GSpG selbst nach den Novellierungen 2011 weiterhin nicht unionsrechtskonform ausgestaltet ist und die Konzessionsvergabe an die Österreichische Lotterien GmbH nicht in einem den Anforderungen des Unionsrechts genügenden Verfahren erfolgt ist.

Eingehend Stadler/Aquilina, Das Engelmann-Urteil und seine Auswirkungen auf Österreich, TIME Law News 05/2010, 10 ff. (15 f.).

Diese Rechtslage dauert so lange an, bis in einem tatsächlich diskriminierungsfreien Verfahren eine unionsrechtskonforme Konzessionsvergabe erfolgt ist.

Eine Kohärenzprüfung hinsichtlich des gesamten rechtlichen Rahmens für das Glücksspiel führt zum Ergebnis fehlender Kohärenz des innerstaatlichen rechtlichen Rahmens für das Glücksspiel sowie seiner konkreten praktischen Anwendungsmodalitäten (vgl. etwa LVwG OÖ vom 08.05.2014, Zlen. LVwG-410269/6/Gf/Rt und LVwG-410285/4/Gf/Rt).

Es wird beantragt, eine mündliche Beschwerdeverhandlung anzuberaumen.

Sodann wird beantragt, der Beschwerde Folge zu geben, die angefochtene Entscheidung ersatzlos aufzuheben und die Geräte freizugeben."

In Ergänzung zu dieser Beschwerde hat der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin vor der Beschwerdeverhandlung einen umfangreichen Schriftsatz eingebracht, der im Beschwerdeakt des Landesverwaltungsgerichtes Salzburg als Subzahl 5 protokolliert wurde. Wegen der Umfänglichkeit dieses Schriftsatzes samt Beilagen wird nur auf diesen Schriftsatz verwiesen und werden nur die verfahrenswesentlichen Ausführungen aufgegriffen.

So wird in dieser Beschwerde vor allem vorgebracht, dass das Glücksspielmonopol des Glücksspielgesetzes und das darauf basierende Konzessionssystem prinzipiell der europarechtlichen Dienstleistungsfreiheit widerstreiten. Der grundsätzliche Widerspruch des Glücksspielmonopols des Bundes zur Dienstleistungsfreiheit (aber auch zur Niederlassungsfreiheit) des Unionsrechts (Art 56 ff AEUV) sei damit (spätestens) seit dem Urteil des EuGH vom 15.09.2011 in der Rechtssache C-347/09, Dickinger und Ömer, und dem Beschluss des OGH vom 27.11.2013 evident.

Weiters bestehe eine "klare Rechtsprechung" des EuGH zur Unanwendbarkeit der gesamten Monopolregelung als solche. Lägen die vom EuGH formulierten Voraussetzungen für eine mitgliedsstaatliche Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch eine Ausschließlichkeitsregelung nicht kumulativ vor, so sei nach der Rechtsprechung des EuGH die gesamte Monopolregelung nicht unionsrechtskonform und könne daher wegen des Vorrangs des Unionsrechts als Ganzes nicht mehr angewendet werden.

Es könne nicht zweifelhaft sein, dass die vom EuGH aufgestellten Anforderungen an die Zulässigkeit eines Glücksspielmonopols vor dem Hintergrund der österreichischen Rechtslage einerseits (Kohärenz) und der Geschäftspolitik des Alleinkonzessionärs für Ausspielungen (extensive Werbepraxis) andererseits, nicht erfüllt seien.
Es könne davon ausgegangen werden, dass die offensive Werbepolitik des Konzessionsinhabers die vom EuGH in den Urteilen "Carmen Media", "Stoß" sowie "Dickinger und Ömer" festgelegten Grenzen überschreite, sodass alleine schon aus diesem Grund das österreichische Glücksspielmonopol inklusive seiner Begleitregelungen gegenüber einem Begünstigten aus der Dienstleistungsfreiheit wie dem Beschwerdeführer nicht mehr anwendbar sei.
Dies werde auch durch die gesamte rechtswissenschaftliche Literatur gestützt (die in diesem Schriftsatz dann auch auszugsweise angeführt bzw wiedergegeben wird).

Es wird weiters ausführlich dargelegt, dass eine Anregung zur aktiven Teilnahme am Spiel in zahlreichen Werbekampagnen erfolge, so stünden etwa die Österreichische Lotterien GmbH/Casinos Austria AG bei den Werbeausgaben 2012 in Österreich an sechster Stelle, 2013 an siebter Stelle mit 41 Mio Euro. Regelmäßig erfolgten ganzseitige Einschaltungen in sämtlichen Tagesmedien.
Eine neue Video-Kampagne (ausgestrahlt im TV und im Internet) für die Internet-Plattform win2day ("Das Glück ist, wo sie sind") ziele darauf ab, Menschen aus tristen oder belastenden Alltagssituationen in eine bunte Welt der Online-Spiele abtauchen zu lassen.

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat zu diesem Sachverhalt in einer gemäß § 2 VwGVG durch einen Einzelrichter zu treffenden Entscheidung Folgendes erwogen:

Hinsichtlich des Beschwerdevorbringens ist auszuführen, dass es aufgrund des Beweisverfahrens erwiesen ist, dass hier zwei Glücksspielgeräte beschlagnahmt wurden, die spielbereit aufgestellt waren und auch bespielt werden konnten. Das als Zeuge in der Beschwerdeverhandlung einvernommene Organ der Finanzpolizei, das die Geräte auch bespielt hatte, konnte sehr genau schildern, wie er die Geräte bedient hatte, sich der Spielablauf zutrug und er eben auch Gewinne abrufen bzw sich hat vom Gerät auszahlen lassen können. Das Vorbringen in der Beschwerde, der angeführte Spielablauf treffe "in dieser Form nicht zu", wurde einerseits nicht spezifiziert und kann auch aufgrund des Beweisverfahrens nicht ergründet werden.

Einerseits handelte es sich bei den beschlagnahmten Geräten um ein "afric2go"-Gerät, also ein elektronisches Glücksrad, andererseits um ein Walzenspielgerät mit der Gehäusebezeichnung "Apollo".
Bezüglich der Einsätze und Spielweisen kann auf das oben Dargelegte, die Aussage des einvernommenen Zeugen und die ausführliche Beschreibung in der Anzeige der Finanzpolizei verwiesen werden.

Was die Eigenschaft des "afric2go"-Gerätes als Glücksspielautomaten anbelangt, ist es aus Sicht des Verwaltungsgerichtes nicht erheblich, ob die Geräte auch zu Geldwechselzwecken und/oder zur Unterhaltung mit Musikstücken betrieben werden können, sondern einzig und allein, dass sie jedenfalls auch zu Spielzwecken verwendet werden können. Es kann mit diesen Geräten zumindest ein Spiel durchgeführt werden, dessen Ausgang vom Spieler nicht beeinflusst werden kann, da das über einen Gewinn entscheidende Spielelement – "das Ruhen des Strahles (bzw Lichtes) auf einer Zahl" – vom Gerät selbsttätig herbeigeführt wird. Dem Spieler wird also mit diesen Geräten ein Spiel mit einer Gewinnchance geboten, dessen Ausgang nicht vorhersehbar und auch vom Spieler nicht beeinflussbar ist (vgl dazu VwGH 28.06.2011, 2011/17/0068, ua).

Aufgrund des vorliegenden Spielablaufs, wie er beschrieben wurde, geht das Verwaltungsgericht davon aus, dass das Spielergebnis bei diesem Gerät ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt und das dargebotene Spiel somit als Glücksspiel gemäß § 1 Glücksspielgesetz zu qualifizieren ist.

Zum Vorbringen, es sei vom Finanzministerium ausdrücklich klargestellt worden, dass es sich beim afri2go Gerätetyp um einen Musikautomaten und um keinen Glücksspielautomaten handle (Schreiben der oberösterreichischen Landesregierung vom 07.03.2013 nach Rücksprache mit Herrn Wilfried Lehner, Leiter der Stabsstelle Finanzpolizei im BMF) ist auszuführen, dass beim in Rede stehenden "afri2go" Gerät aufgrund eben des festgestellten Spielablaufs, der Möglichkeit, dass mit diesem Gerät ein Spiel durchgeführt werden konnte, dessen Ausgang vom Spieler nicht beeinflusst werden konnte, da das über einen Gewinn entscheidende Spielelement- "das Ruhen des Strahles auf einer Zahl" – vom Gerät selbsttätig herbeigeführt und dem Spieler eine Gewinnchance geboten wurde, deren Ausgang nicht vorhersehbar und auch vom Spieler nicht beeinflussbar war, sehr wohl der Verdacht bestand, es handle sich um einen Glücksspielautomaten, mit dem in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen und fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs 1 verstoßen wird, sodass zu Recht eine Beschlagnahme iS des § 53 Abs 1 GspG verfügt wurde.

Dasselbe gilt auch für das Walzenspielgerät, auch hier hing das Spielergebnis vorwiegend oder ausschließlich vom Zufall ab und wurde ja auch ein Gewinn in Aussicht gestellt und sogar – bei diesem Gerät mit der FA-Nummer 2 – auch lukriert, sodass auch hier der Verdacht iS der obigen Ausführungen bestand und auch bezüglich dieses Gerätes die Beschlagnahme zu Recht erfolgte.

Dem Vorbringen in der Beschwerde selbst, die belangte Behörde sei zur Entscheidung in der Sache unzuständig gewesen, da beim Gerät mit der FA-Nummer 2 beim Spielprogramm "Burning Wins" mögliche Spieleinsätze bis zu € 12 erhoben wurden und somit eine ausschließliche gerichtliche Zuständigkeit gegeben sei, ist entgegenzuhalten, dass die Beschlagnahme am 16.09.2014 erfolgte, sohin zu einem Zeitpunkt, zu welchem das Glücksspielgesetz bereits in seiner novellierten Fassung BGBl I Nr 13/2014 in Geltung stand und nach dessen § 52 Abs 3 normiert wird, dass dann, wenn durch eine Tat sowohl

der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht wird, nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen ist, was bedeutet, dass grundsätzlich den Bezirksverwaltungsbehörden die Zuständigkeit hinsichtlich Beschlagnahmehandlungen und Durchführung der Verwaltungsstrafverfahren im Glücksspielwesen zukommt.

Dem Vorbringen, das Glücksspielrecht verstoße gegen Unionsrecht, sei entgegengehalten, dass Beschwerdeführerin und Betroffene der Beschlagnahme die Huttegger & Toferer OG in 5612 Hüttschlag ist. Diese OG ist im Firmenbuch unter der Nummer 412610f eingetragen, als Sitz die politische Gemeinde 5612 Hüttschlag ausgewiesen. Somit steht fest, dass ein Auslandsbezug hier nicht gegeben ist. Wie der Verwaltungsgerichtshof mit seiner Entscheidung vom 24. April 2015, Ro 2014/17/0126-4, judiziert, ist als Voraussetzung zur Überprüfung, ob die in der österreichischen Rechtsordnung vorgesehenen Regelungen gegen das Unionsrecht verstoßen und deswegen unangewendet zu bleiben hätten, die Frage, ob das Unionsrecht im konkreten Fall überhaupt anzuwenden ist, was aber auf Sachverhalte ohne Auslandsbezug nicht zutrifft.

Somit muss auch dem diesbezüglichen Vorbringen der dargestellten Unionsrechtswidrigkeit, auch hinsichtlich der offensiven Werbepolitik, nicht nähergetreten werden.

Die Beschwerdeführerin ist Eigentümerin der Geräte, hat diese Geräte vermittelt und auch im Lokal aufgestellt, wie dies anläßlich der Amtshandlung von Herrn [redacted] angegeben und in der Niederschrift der Finanzpolizei vom 26.08.2014 festgehalten wurde. Dies wurde auch in der Beschwerde nicht bestritten.

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass die von der Behörde vorgenommene Beschlagnahme gegen die Beschwerdeführerin als jene, welche die beiden Apparate unternehmerisch zugänglich gemacht hat, zu Recht erfolgte und war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, die oben wiedergegeben wurde, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Hingewiesen wird, dass gemäß § 14 TP 6 Abs 1 Gebührengesetz die Beschwerde einer festen Eingabegebühr von € 14,30 unterliegt. Gemäß § 11 Abs 1 Gebührengesetz entsteht die Gebührenschuld im Zeitpunkt der Zustellung dieses Erkenntnisses.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Salzburg. 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 Eingabegebühr von je € 240 zu entrichten.

Ergeht an:

1. Herrn Rechtsanwalt Dr. Patrick Ruth, Kapuzinergasse 8/4, 6020 Innsbruck (als bevollmächtigter Vertreter der [redacted] - **RSb**
   Sie werden ersucht, die feste Gebühr für die Beschwerde in Höhe von € 14,30 binnen zwei Wochen mittels beiliegendem Erlagschein zu begleichen, widrigenfalls eine Mitteilung an das zuständige Finanzamt erfolgen müsste;
2. Finanzamt St. Johann Tamsweg Zell am See, Finanzpolizei, Hans-Kappacher-Straße 14, 5600 St. Johann i.Pg., zu Zahl 090/70030/15/5014 - **RSb**
3. Bezirkshauptmannschaft 5600 St. Johann im Pg., zu Zahl 30406-369/57569-2014 samt erstinstanzlichem Akt zur Kenntnis;
4. Bundesministerium für Finanzen, Fachabteilung VI/5 – gemäß § 50 Abs 7 GSpG, per **e-mail: post.glueckksspielmonopol@bmf.gv.at.**

Landesverwaltungsgericht Salzburg

Dr. Peter Brauhart