

Linz, 17. Aug. 2015

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Mag. Gottfried Zöbl über die Beschwerden des 1) J.S., geb. x (hs. Zl. LVwG-410524) sowie der 2) S. & K. „S. E.“ GmbH, x, x (hs. Zl. LVwG-410525), beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. P.R., x, x, gegen das Straferkenntnis des Bezirkshauptmannes des Bezirkes Schärding vom 7.1.2015, GZ: Sich96-68-2014, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz

zu Recht **e r k a n n t** :

- I. Gemäß § 50 (VwGVG) werden die Beschwerden im Schuldspruch mit der Maßgabe abgewiesen; dass für jeden Automaten eine Geldstrafe von jeweils 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe jeweils 6 Stunden) festgesetzt wird.
Bei den verletzten Rechtsvorschriften wird § 9 VStG ergänzt.
- II. Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist gemäß § 52 VwGVG ein Kostenbeitrag in Höhe von 400 Euro zu leisten.
- III. Der Haftungsauspruch gegenüber der S. & K. „S. E.“ GmbH, x, x wird bestätigt. Zusätzlich wird die Haftung für die Kosten des Beschwerdeverfahrens (400 Euro) ausgesprochen.
Als Rechtsgrundlage wird § 9 Abs. 7 VStG ergänzt.
- IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine **ordentliche Revision** an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG **unzulässig**.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis des Bezirkshauptmannes von Schärding (im Folgenden: belangte Behörde) vom 7.1.2015, GZ: Sich96-62-2014, wurde über den Erstbeschwerdeführer (im Folgenden: ErstBf) eine Geldstrafe iHv 2.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 12 Stunden) wegen einer Übertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG in der Fassung BGBl I Nr. 13/2014 verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag iHv von 200 Euro vorgeschrieben.

Die Zweitbeschwerdeführerin (im Folgenden: ZweitBf) wurde gemeinsam mit dem ErstBf zur Haftung zur ungeteilten Hand für diesen Gesamtbetrag iHv 2.200 Euro verpflichtet.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

Sie haben als Geschäftsführer und außenvertretungsbefugte Person der S. & K. „S. E.“ GmbH, x, x, zu verantworten, dass im Lokal der dortigen x-Tankstelle zur Teilnahme vom Inland aus eine verbotene Ausspielung unternehmerisch von der S. & K. „S. E.“ GmbH zugänglich gemacht wurde, da sie am 7.4.2014 um 20:00 Uhr über die dort im allgemein zugänglichen Bereich des Lokals aufgestellten beiden Glücksspielautomaten der Marke R. SpielerInnen die Durchführung von Glücksspielen wie Fireball – Walzenspiel bei einem Maximalspieleinsatz von 12 Euro mit einer Gewinnaussicht von maximal 8.000 Euro – sohin die Teilnahme an Spielen, bei denen die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing – ermöglichte, ohne dass für die S. & K. „S. E.“ GmbH eine Bewilligung, Konzession oder Ausnahme vom Glücksspielmonopol des Bundes vorlag, weshalb Sie so der Bestimmung des § 52 Abs. 1 Z 1 dritter Fall und Abs. 2 erster Fall zuwiderhandelten.

Weiters wurde von der Bezirkshauptmannschaft Schärding angeordnet, dass die S. & K. „S. E.“ GmbH, x, x, gemeinsam mit dem ErstBf zur ungeteilten Hand für diesen Gesamtbetrag iHv 2.200 Euro haftet.“

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richten sich die rechtzeitigen Beschwerden vom 2.2.2015, mit denen die Aufhebung der angefochtenen Bescheide und die Einstellung des Strafverfahrens beantragt wurden.

Die Beschwerde ist wie folgt begründet:

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

II. Sachverhalt

Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Schärding vom 7.1.2015, Zl. Sich96-62-2014, wurde gegenüber dem ErstBf eine Geldstrafe in der Höhe von 2.000,-- Euro, im Uneinbringlichkeitsfall 12 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe, gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG

ausgesprochen. Der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens wurde gemäß § 64 VStG mit EUR 200,-- festgesetzt. Weiters wurde die Haftung der ZweitBf ausgesprochen.

Dem Beschuldigten wurde vorgeworfen, er habe als Geschäftsführer und außenvertretungsbefugte Person der S. & K. „S. E.“ GmbH, x, x, zu verantworten, dass im Lokal der dortigen x-Tankstelle zur Teilnahme vom Inland aus eine verbotene Ausspielung unternehmerisch von dem genannten Unternehmen zugänglich gemacht worden sei.

III. Rechtzeitigkeit der Beschwerde

Der Bescheid der belangten Behörde wurde am 12.1.2015 zugestellt, die Beschwerdeerhebung mit 2.2.2015 ist daher rechtzeitig.

IV. Beschwerdegründe

1.)

Der Beschuldigte hat die ihm angelastete Tat nicht zu verantworten.

Die S. & K. „S. E.“ GmbH hat keine verbotenen Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht. Dies insbesondere nicht am 7.4.2014 um 20:00 Uhr; zu diesem Zeitpunkt fand eine Amtshandlung statt und ist den Erhebungsorganen nicht zu unterstellen, dass sie an verbotenen Ausspielungen teilgenommen haben. Allfällige Ausspielungen waren zu diesem Zeitpunkt denk unmöglich öffentlich zugänglich.

2.)

Der Tatanlastung ist unschlüssig und genügt nicht den Konkretisierungserfordernissen nach § 44a VStG.

So wäre etwa in den Tatvorwurf zur Überprüfung ein Spielablauf der angeblichen Glücksspiele mitaufzunehmen gewesen. Der lapidare Verweis auf Glücksspiele genügt ebenfalls nicht. Auch ist nicht ersichtlich aus welchen Gründen die S. & K. „S. E.“ GmbH eine Bewilligung oder Konzession für das zugänglich machen von Ausspielungen benötigte; eine derartige Bewilligung/Konzession existiert noch nicht einmal.

3.)

Die belangte Behörde war zur Entscheidung in der Sache unzuständig. Eine verwaltungsbehördliche Zuständigkeit liegt – bereits der Aufforderung zur Rechtsfertigung folgend (Einsätze bis zu 12 Euro erhoben) – offenkundig nicht vor.

Inwieweit die (höchst)möglichen Einsätze erhoben wurden, ergibt sich aus dem angefochtenen Bescheid in unerklärlicher Weise nicht, sondern wurden ausschließlich die bei den jeweiligen Testspielen erhobenen Einsätze angeführt. Tatsächlich bestand aber bei jedem Gerät bei einzelnen Spielprogrammen die Möglichkeit um höhere Beträge zu spielen. Soweit nicht nur um bloß geringe Beträge gespielt werden kann (bzw. Serienspiele veranlasst werden können) ist 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. Stellungnahme 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.

Wollte man die Neuregelung des § 52 GSpG anders verstehen, wäre die neugeregelte Bestimmung des § 52 GSpG insb im Hinblick auf die Strafdrohungen wegen Verstößen gegen Art. 91 und 92 B-VG sowie gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK verfassungswidrig.

4.)

Die Kriterien zum Schuldausschließungsgrund nach § 9 Abs. 2 StGB sind auf den Schuldausschließungsgrund nach § 5 Abs. 2 VStG in gleicher Weise anzuwenden. Selbst wenn die Tatbestände der dem Beschuldigten zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen – in objektiver Hinsicht – verwirklicht worden wären, lege bei richtiger rechtlicher Beurteilung der Schuldfrage – in subjektiver Hinsicht – jedenfalls der Schuldausschließungsgrund nach § 5 Abs. 2 VStG vor, da der Beschuldigte aufgrund der einhelligen Lehrmeinung und Gutachten zum unionsrechtlichen Anwendungsverbot der das Glücksspielmonopol durchsetzenden Strafbestimmungen darauf vertraut hat, und infolge der wohl nicht anzuzweifelnden Kompetenz der wissenschaftlich höchst renommierten Autoren auch berechtigterweise darauf vertrauen durfte, dass ihm das hier nunmehr als Verwaltungsübertretung zur Last gelegte Verhalten weder einen Verstoß gegen das Glücksspielgesetz darstellt, noch sonst rechtswidrig ist.

5.)

Selbst für den Fall, dass der Beschuldigte die ihm angelastete Verwaltungsübertretung zu verantworten hätte, ist das Straferkenntnis aufzuheben und das gegen ihn eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, da mit einem Straferkenntnis – in unvertretbarer Rechtsansicht – gegen das unionsrechtlich begründete Anwendungsverbot der §§ 52 bis 54 GSpG verstoßen werden würde:

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-390712 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 *Ömer*, 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. 56ff. AEUV) ist damit (spätestens) seit dem Urteil des EuGH vom 30.04.2014 in der Rs C-390/12, Pflieger, 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.

Prüfprogramm:

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 Monopol- 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 M. 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 Spielnetzwerken 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 Engelman hat der EuGH die Kriterien für die Vergabe der Konzessionen im Zusammenhang mit dem österreichischen GSpG klargelegt. 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, Engelman, 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 Wirtschaftsteilnehmern 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, Engelman, Rz. 43, 51 u. 58. Zum Transparenzgebot vgl. Stadler/Aquilina. Der unionsrechtliche Transparenzgrundsatz im Glücksspiel, ecolx 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 Engelman festgestellten Unionsrechtswidrigkeiten wurden immer noch nicht beseitigt.

Zwar wurde das Sitzfordernis 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 Staatskommissars 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, ELLF 2010, 11-1 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)."

I.3. Die belangte Behörde legte mit Schreiben vom 3.2.2015 die Beschwerde dem Oö. Landesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde übermittelten Verfahrensakt, in eine Stellungnahme des BMF vom September 2014 samt Glücksspielbericht 2010 - 2013 und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 30.6.2015. Zu dieser Verhandlung ist der rechtsfreundliche Vertreter der Beschwerdeführer erschienen, die belangte Behörde war entschuldigt. Vom Vertreter der Beschwerdeführer wurde in der mündlichen Verhandlung ein ausführliches ergänzendes Vorbringen dahingehend erstattet, dass das österreichische Glücksspielmonopol dem Unionsrecht widerspreche. Der Zeuge S.M. wurde zum Sachverhalt befragt.

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

Bei einer vom Zeugen M. am 7.4.2014 um 20:00 Uhr im Lokal der x- Tankstelle in S., x, durchgeführten Überprüfung wurden zwei Geräte mit einem Spielprogramm der Marke „R.“ betriebsbereit vorgefunden. An einem dieser Geräte hat der Zeuge das Spiel mit der Bezeichnung „Fireball“ mit einem Einsatz von 10 Euro gespielt. Den Höchsteinsatz iHv 12 Euro hat der Zeuge am Display festgestellt, bei diesem Höchsteinsatz war ein maximaler Gewinn von 8.000 Euro

in Aussicht gestellt. Das Gerät verfügte über eine Start-Taste bzw. eine Auto-Start-Taste. Der Spielablauf stellt sich nach den Schilderungen des Zeugen wie folgt dar:

Nach dem Auswählen des Einsatzes wird die Start-Taste gedrückt und es laufen dann die Symbole auf dem Bildschirm durch. Diese Symbole blieben selbständig stehen, der Zeuge M. hat keinen Einfluss darauf genommen, wann sie stehen geblieben sind. Je nach der dann sichtbaren Symbolkombination hat der Spieler gewonnen oder nicht. Der Zeuge hat ein Spiel mit einem Einsatz von 10 Euro durchgeführt, bei diesem aber nichts gewonnen, weshalb ihm auch kein Gewinn ausbezahlt wurde. Nach seinen Erfahrungen wird bei derartigen Geräten der Gewinn von einem anwesenden Mitarbeiter ausbezahlt. Ein selbständiges Auszahlen durch das Gerät ist nach seiner Erfahrung nicht möglich. Der Zeuge hat nur eines der beiden Geräte bespielt, das zweite war aus seiner Sicht optisch gleich. Dazu ist anzuführen, dass nach dem Vorbringen des Beschwerdeführers bei jedem Gerät bei einzelnen Spielprogrammen die Möglichkeit bestand, um höhere Beträge zu spielen. Daraus muss geschlossen werden, dass auch beim zweiten Gerät die Möglichkeit bestand, das Gleiche oder ähnliche Spiele zu spielen.

Beide Geräte befanden sich im Lokal der x-Tankstelle, welche von der S. & K. „S. E.“ GmbH, x, x, betrieben wird, in einem öffentlich zugänglichen Bereich. Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer dieses Unternehmens. Das Unternehmen bzw. der Beschwerdeführer waren nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für diese Geräte. Es lag auch sonst keine Konzession oder Bewilligung für Ausspielungen mit diesen Geräten vor.

Eine Glücksspielsuchtstudie aus dem Jahr 2011 kommt zum Ergebnis, dass in Österreich rund 64.000 Personen in der Altersgruppe zwischen 14 und 65 von Glücksspielsucht betroffen sind, ca. 0,43 % dieses Bevölkerungssegments ein problematisches Spielverhalten aufweisen und ca. 0,66 % pathologisch glücksspielsüchtig sind. Die höchste Problemprävalenz tritt im Bereich des Glücksspiels mit Automaten außerhalb einer Spielbank auf. 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“). Den Konzessionären (gemäß GSpG) wurden mit Bescheiden Standards für sämtliche Werbeauftritte und andere Marketingmaßnahmen vorgeschrieben. Zwecks Bekämpfung des illegalen Glücksspiels gab es in Österreich in den letzten Jahren zahlreiche Kontrollen, bei denen eine erhebliche Zahl von Glücksspielgeräten von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurde.

Beim BMF wurde eine Spielerschutzstelle eingerichtet und die Glücksspielautomaten der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch angebunden. Für Landesauspielungen mit Glücksspielautomaten sieht § 5 GSpG zahlreiche spielsuchtvorbeugende Maßnahmen vor, Spielbanken haben gemäß § 25 GSpG Maßnahmen zum Schutz ihrer Besucher u.a. gegen Spielsucht zu treffen. Die Konzessionäre müssen ferner ein Jugendschutzkonzept samt Überwachungsmaßnahmen vorlegen. Das BMF hat auf Basis einer Studie „Werbestandards und Leitlinien“ erarbeitet, die den Konzessionären mittels Bescheid vorgeschrieben wurden.

Der ErstBf verfügt über ein monatliches Einkommen von etwa 1.800 Euro netto, mangels Angaben ist von durchschnittlichen Vermögensverhältnissen und keinen Sorgepflichten auszugehen. Er weist mehrere Verwaltungsvorstrafen auf, jedoch keine einschlägigen.

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem von der belangten Behörde vorgelegten Akt sowie aus den Aussagen in der mündlichen Verhandlung am 30.6.2015. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte, insbesondere auch deren betriebsbereitschaft in einem öffentlich zugänglichen Bereich, ergeben sich aus der Anzeige, den Aussagen des Zeugen M. sowie den eigenen Angaben des Beschwerdeführers (siehe S. 4 der Beschwerde). Die Funktionsweise der Geräte und die Feststellungen zum möglichen Maximaleinsatz und dem dazu in Aussicht gestellten Höchstgewinn ergeben sich aus den glaubwürdigen Angaben des Zeugen M. Die beschriebene Funktionsweise stimmt im Wesentlichen mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu Walzenspielen überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben bestehen.

Ob beim gegenständlichen Gerät der Spieler die Möglichkeit hat, durch Betätigen des Touchscreens den Walzenlauf gezielt zu stoppen und so auf das Spielergebnis Einfluss zu nehmen, ist aus folgenden Gründen nicht relevant:

Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt. Der Zeuge M. hat glaubwürdig geschildert, dass bei dem von ihm durchgeführten Spiel nach dem Betätigen der Start-Taste die Walzen selbständig zum Stillstand gekommen sind, dh er überhaupt keinen Einfluss auf das Spielergebnis genommen hat. Es konnte bei diesem Gerät daher jedenfalls ein Spiel durchgeführt werden, bei welchem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich von der vom Gerät verwendeten Software und damit aus Sicht des Spielers vom Zufall abhängt. Das Gerät kann daher jedenfalls als reines Glücksspielgerät verwendet werden. Sollte es tatsächlich möglich sein, den Walzenlauf durch Betätigen des Touchscreens zu beeinflussen, ändert dies dennoch nichts an der Tatsache, dass das Gerät auch dann ein Spielergebnis

liefert, wenn der Spieler den Walzenlauf in keiner Weise beeinflusst. Unabhängig davon, ob der Spieler die Möglichkeit hat, den Stillstand des Walzenlaufes zu beeinflussen, hat er jedenfalls die Möglichkeit, Spiele durchzuführen, ohne auf den Walzenlauf Einfluss zu nehmen. Bereits aus diesem Grund war die beantragte Einvernahme des Herrn R. nicht erforderlich, wobei zusätzlich zu berücksichtigen ist, dass dieser zu dem zur Tatzeit verwendeten Programm wohl keine sicheren Angaben machen könnte, weil sein Unternehmen die Software seit dem Jahr 2010 nicht mehr wartet bzw. weiterentwickelt.

Die Beschwerdeführer haben im gesamten Verfahren in Kenntnis des Tatvorwurfes nicht behauptet, im Besitz einer Bewilligung oder Konzession nach dem Glücksspielgesetz zu sein und eine solche ist der Homepage des BMF, in welcher die Konzessionäre nach dem GSpG angeführt sind, auch nicht zu entnehmen.

Die beiden Geräte waren in einem öffentlich zugänglichen Bereich eines Lokales aufgestellt, weshalb bei lebensnaher Betrachtung davon auszugehen ist, dass die S. & K. „S. E.“ GmbH die Geräte gegen Entgelt, also zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen, selbständig und nachhaltig aufgestellt bzw. deren Aufstellung geduldet hat. Etwas anderes wurde auch nie behauptet.

III. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG) in der zum Tatzeitpunkt maßgeblichen Fassung begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmen im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG daran beteiligt.

Nach § 52 Abs. 2 leg.cit. ist bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro zu verhängen.

Gemäß § 52 Abs. 3 leg.cit. ist, sofern durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB

verwirklicht ist, nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.

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

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).

Nach § 2 Abs. 2 leg.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 Einnahmierzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

Gemäß § 2 Abs. 4 leg.cit. 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, verboten.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

IV.1. Aufgrund des Spielablaufes des an diesen Geräten verfügbaren Walzenspiels (Fireball) ist es auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. VwGH 8.9.2005, 2000/17/0201) als erwiesen anzusehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die Spiele somit als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind. Selbst wenn es möglich sein sollte, den Walzenlauf durch Antippen des Touchscreens zu beeinflussen, so ist es jedenfalls auch möglich, mit diesem Gerät zu spielen, ohne auf den Walzenlauf Einfluss zu nehmen. Derartige Spiele sind aber jedenfalls Glücksspiele.

Bei den gegenständlichen Spielen ist ein Einsatz zu leisten und es sind Gewinne in Aussicht gestellt, weshalb es sich um Ausspielungen handelt welche – in Ermangelung einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz – als verbotene Ausspielungen anzusehen sind. Wenn auch die genauen Vertragsverhältnisse mangels Angaben der Beschwerdeführer nicht bekannt sind, muss bei realistischer Betrachtung jedenfalls davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführer die Geräte zugänglich gemacht haben, um selbständig und nachhaltig Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen. Die ZweitBf hat mit den gegenständlichen Geräten verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht und der ErstBf ist außenvertretungsbefugtes Organ dieses Unternehmens. Er hat damit den Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG in objektiver Hinsicht erfüllt.

IV.2. Zum Vorbringen, dass der Tatvorwurf nicht den Konkretisierungserfordernissen des § 44a VStG genüge, da der Spielablauf nicht im Spruch enthalten sei ist auszuführen:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat die Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat gemäß § 44a Z 1 VStG so präzise zu sein, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wahren kann und er nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist (vgl. VwGH 12.03.2010, 2010/17/0017). Im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses ist die dem Beschuldigten vorgeworfene Tat ausreichend konkretisiert. Für die Wahrung der Rechte des Beschuldigten ist es keineswegs erforderlich, dass der Spielablauf im Spruch wiedergegeben wird, zumal dieser ohnehin der Begründung des Straferkenntnisses zu entnehmen ist.

IV.3. Zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Subsidiarität des § 168 StGB:

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgehalten, dass bei Überprüfung der Frage der Zuständigkeit zur Entscheidung die Zuständigkeitsvorschrift heranzuziehen ist, die im Zeitpunkt der Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde in Geltung stand. Der bekämpfte Bescheid wurde nach Inkrafttreten des § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl I Nr. 13/2014 erlassen. Der Verfassungsgerichtshof hat darüber hinaus in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, E 1139-1140/2014, ausgeführt, *„dass § 1 Abs. 2 VStG den Anforderungen des Art. 7 EMRK entsprechend einen umfassenden Günstigkeitsvergleich mehrerer in Betracht kommender Rechtslagen ermöglicht. (...) Für den Verfassungsgerichtshof besteht (...) kein Zweifel, dass die Anwendung der Verwaltungsstrafbestimmung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, welche im Gegensatz zur gerichtlichen Strafnorm des § 168 StGB keine Primärfreiheitsstrafe vorsieht, für den Beschwerdeführer in seiner Gesamtauswirkung günstiger ist.“* Ob aufgrund des Umfanges der möglichen Spiele, des möglichen Spieleinsatzes oder aus anderen Gründen eventuell auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht wurde, braucht nicht weiter beurteilt zu werden, weil auch in diesem Fall iSd zitierten Judikatur gemäß § 52 Abs. 3 GSpG

jedenfalls die verwaltungsbehördliche Strafbarkeit vorgeht. Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, G 203/2014-16 ua, ferner festgestellt, dass die Regelungen des GSpG zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind, sodass die diesbezüglichen Einwände des Bf nicht stichhaltig sind.

IV.4. Schließlich brachte der Bf vor, dass das österreichische Glücksspielgesetz unangewendet bleiben müsse, zumal es dem Unionsrecht widerspreche. Dazu ist Folgendes festzuhalten:

Nach der Rechtsprechung des EuGH (C-390/12 - *Pfleger* ua mwN) stellt ein Gesetz eines Mitgliedstaats, das den Betrieb von Glücksspieleinrichtungen ohne vorab erteilte behördliche Erlaubnis verbietet (wie etwa das GSpG), eine Beschränkung des durch Art. 56 AEUV garantierten freien Dienstleistungsverkehrs dar. Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben der vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit und der Nichtdiskriminierung Rechnung zu tragen.

Nach dem Urteil *Pfleger* ua, C-390/12, ist Art. 56 AEUV 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*“.

Dies entspricht im Wesentlichen den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen *Dickinger/Ömer*, C-347/09, vom 15. September 2011 (vgl. RN 56) und *Stoß* ua, C-316/07 ua, vom 8. September 2010 (vgl. RN 88, 97, 98).

Ein Verstoß eines Wirtschaftsteilnehmers gegen eine Regelung im Glücksspielbereich kann nicht zu Sanktionen führen, wenn diese Regelung mit Art. 56 AEUV nicht vereinbar ist (vgl. EuGH C-390/12 - *Pfleger* ua).

Demnach ist im Folgenden zu prüfen, ob das österreichische Glücksspielgesetz das Ziel des Spielerschutzes *oder* der Kriminalitätsbekämpfung verfolgt und tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheit zum Spiel zu verringern *oder* die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen.

IV.4.1. Zur Zielsetzung des österreichischen Glücksspielmonopols:

Beim österreichischen Glücksspielmonopol handelt es sich um ein Finanzmonopol mit besonderen ordnungspolitischen Zielsetzungen (vgl. VwGH 04.08.2005, 2004/17/0035). Der Bundesminister für Finanzen teilte in diesem Zusammenhang in seiner über Aufforderung durch das erkennende Gericht abgegebenen,

den Parteien des Verfahrens zur Kenntnis gebrachten, Stellungnahme vom 18. September 2014 unter anderem mit, dass das österreichische Glücksspielmonopol den Verbraucherschutz, den Schutz der Sozialordnung (Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen), die Kriminalitätsbekämpfung (Betrugsvorbeugung, Kampf gegen Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung bzw. allgemein Vorbeugung von Straftaten), die Verminderung der Gelegenheiten zum Spiel bzw. Begrenzung der Ausnutzung der Spielleidenschaft, Spielerschutzmaßnahmen (Vermeidung von Sucht- und wirtschaftlicher Existenzgefährdung), Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen sowie Gewinne aus dem Glücksspiel gemeinnützigen Zwecken zuzuführen, zum Ziel habe. Exemplarisch verweist die angesprochene Stellungnahme zur Untermauerung der Darstellung auf folgende Normen des GSpG: § 5 (Spielsuchtvorbeugung, Geldwäschevorbeugung und wirksame Aufsicht für Landesauspielungen mit Glücksspielautomaten), § 14 (Mindest- und Auswahlkriterien für die Erteilung der Lotterienkonzession), § 16 (Genehmigungspflicht für Spielbedingungen), § 19 GSpG (Aufsicht über Lotterien), § 21 (Mindest- und Auswahlkriterien für die Erteilung von Spielbankenkonzessionen), § 22 (Mindest- und Auswahlkriterien für die Erteilung eines Pokersalons), §§ 25 und 25a (Spielbankenbesucher; Schutz vor negativen wirtschaftlichen Folgen durch Spielen; Sorgfaltspflichten Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung), § 26 (Genehmigungspflicht der Besuchs- und Spielordnung), § 31 (Aufsicht über Spielbanken), § 31b (allgemeine Vorschriften für Konzessionäre und Bewilligungsinhaber) und § 56 (Werbebeschränkungen).

Für das erkennende Gericht sind diese Ausführungen in der Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen nachvollziehbar, dienen doch die zitierten Normen tatsächlich den genannten Zielen, insbesondere auch der Verminderung der Gelegenheiten zum Spiel und Begrenzung der Ausnutzung der Spielleidenschaft bzw. dem Spielerschutz und der Hintanhaltung der Kriminalität. Hierfür sprechen auch die erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage zur Novelle BGBl I Nr. 73/2010, welche unter anderem festhalten, dass *„Spielsuchtprävention und Kriminalitätsabwehr, Jugendschutz, Spielerschutz und soziale Sicherheit der sowie die effiziente Kontrolle“* zentrale Anliegen des GSpG bzw. der Novelle sind. Auch der Verwaltungsgerichtshof (04.11.2009, 2009/17/0147) ging bereits davon aus, dass der österreichische Gesetzgeber mit der Aufrechterhaltung des Glücksspielmonopols und der Kontrolle der Erteilung allfälliger Konzessionen gerade jene ordnungspolitischen Ziele verfolge, die nach der Rechtsprechung des EuGH die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen. In diesem Sinne nahm auch der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung vom 20.03.2013, 6 Ob 118/12i, an, dass nach der Absicht des Gesetzgebers oberste Zielsetzung des Glücksspielgesetzes der Schutz des einzelnen Spielers sei.

In seiner Entscheidung vom 7. März 2013, 2011/17/0304 hat der Verwaltungsgerichtshof zudem das in Österreich errichtete Konzessionssystem als mit dem EU-Recht vereinbar angesehen.

Der Verfassungsgerichtshof (06.12.2012, B1337/11 ua; 12.03.2015, G 205/2014-15 ua) führt zu den Zielen der Beschränkung von Glücksspielkonzessionen Folgendes aus: *„Die Ziele der Beschränkung von Glücksspielkonzessionen, nämlich Straftaten zu verhindern, eine übermäßige Anregung zur Teilnahme am Glücksspiel durch unreglementierte Konkurrenz zu vermeiden und zu verhindern, dass Glücksspiel ausschließlich zu gewerblichen Gewinnzwecken veranstaltet wird, liegen angesichts der nachgewiesenen Sozialschädlichkeit des Glücksspiels im öffentlichen Interesse“*.

Da es sich bei den genannten Zielsetzungen zweifellos um solche handelt, die nach der dargestellten Rechtsprechung des EuGH Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten rechtfertigen (vgl. hier insbesondere auch Rechtssache C-176/11 Hit u.a.), vermag das erkennende Gericht im vorliegenden Fall insoweit keine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit zu erkennen (ebenso VwG Wien 12.08.2014, VGW-001/023/5739/2014; aA LVwG Oö. 11.07.2014, LVwG-410353/2/Gf/Rt ua.). In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, dass das etwa in der Entscheidung des LVwG Oö. 11.07.2014, LVwG-410353/2/Gf/Rt, angesprochene Ziel, die Einnahmen der Staatskasse zu maximieren, für sich allein eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs zwar nicht rechtfertigen kann. Dass jedoch ein anderer Normzweck primär für die Regelung ausschlaggebend sein müsste, geht aus der Judikatur des EuGH nicht hervor und es genügt daher zur Rechtfertigung der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten, dass der Spielerschutz oder die Hintanhaltung der Kriminalität auch ein ausschlaggebendes Ziel des verfahrensgegenständlichen Konzessionssystems sind.

Zumal – wie oben dargestellt – bereits von sämtlichen österreichischen Höchstgerichten festgehalten wurde, dass der Spielerschutz ein wesentliches Ziel des durch das GSpG geregelten Glücksspielmonopols darstellt, ist diese Rechtsfrage für das Oö. Verwaltungsgericht hinreichend geklärt.

IV.4.2. Zur Umsetzung dieser Zielsetzungen:

Spielerschutz:

Der Bundesminister für Finanzen verweist in der Stellungnahme vom 18.09.2014 weiters auf die im Jahr 2011 veröffentlichte österreichweite Glücksspiel-suchtstudie von *Kalke/Buth/Rosenkranz/Schütze/Oechsler/Verthein*, Glücksspiel und Spielerschutz in Österreich, 2011, nach der rund 64.000 Personen in der Altersgruppe zwischen dem 14. und dem 65. Lebensjahr von Glücksspielsucht betroffen sind. Nach dieser Studie weisen 0,43 % dieses Bevölkerungssegments ein problematisches Spielverhalten auf und sind 0,66 % pathologisch glücksspielsüchtig. Schon diese Angaben zeigen nach Ansicht des erkennenden Gerichts, dass Spielsucht ein tatsächliches Problem darstellt.

Die ergänzend eingeholten Einvernahmeprotokolle des Landesgerichts Steyr zu 2 Cg 48/14y beinhalten ua das Protokoll über die Einvernahme des Prokuristen der Novomatic AG, aus der ebenfalls Kontrollmechanismen und Zutrittsbeschränkungen hervorgehen. Der einvernommene Zeuge sagte aus, dass ihm der Fall einer Umgehung dieses Kontrollsystems bekannt sei, da das Überwachungssystem diesen konkreten Kartenmissbrauch angezeigt habe und dieser auch der Behörde angezeigt worden sei. Die entsprechende, mit Fotos dokumentierte und ausführlich beschriebene Anzeige legte der Zeuge dem LG Steyr vor und informierte darüber, dass die am Missbrauch beteiligten Personen gesperrt worden seien.

Ferner beschrieb der Zeuge, dass es durch die individuell ausgestellten Spielerkarten möglich sei, das Spielverhalten des jeweiligen Gastes zu beobachten. Durch die Anbindung sämtlicher Automaten an das Bundesrechenzentrum werde jeder einzelne Spielvorgang überwacht. Bei Steigerung der Intensität oder Häufigkeit des Spielverhaltens würde das Spielerschutzsystem greifen. Außerdem seien die Mitarbeiter speziell geschult, um auffälliges Verhalten zu erkennen. Dieses Verhalten werde evaluiert und das Gespräch mit dem Kunden gesucht. Sollte tatsächlich ein problematisches Spielverhalten vorliegen oder keine ausreichende Bonität vorhanden sei, komme es zu freiwilligen bzw. betriebsseitigen Sperrungen. Auch wenn die Bonität vorhanden sei, das Spielverhalten aber dennoch auffällig werde, werde dieser Kunde gesperrt.

Der Geschäftsführer des Instituts für Glücksspiel und Abhängigkeit sagte aus, dass Spielsucht in Österreich ein Problem sei. Er verwies auf die eben genannten Umgehungen der Kontrollmechanismen, legte aber dar, dass hinsichtlich des Spielerschutzes „schon vieles sehr gut“ laufe, aber vieles verbesserungswürdig sei. Er habe in Oberösterreich eine legale Spielhalle gesehen, bei der er hinsichtlich des Spielerschutzes „begeistert“ gewesen sei. Wenn es überhaupt keine gesetzlichen Regelungen oder Beschränkungen betreffend Glücksspiel gäbe, würde das im Spielerschutz zum Problem. Aus dieser Aussage geht zweifelsfrei hervor, dass die bestehenden Regelungen die Zielsetzung des Spielerschutzes wirksam verfolgen und keinesfalls über das hierfür erforderliche hinausgehen.

Ferner berichtete der Geschäftsführer des Instituts für Glücksspiel und Abhängigkeit, dass 40 % der Spielsüchtigen vor dem 18. Lebensjahr mit dem Glücksspiel begonnen hätten. Zumal das GSpG das Glücksspiel nur volljährigen Personen vorbehält ist auch im Bereich des Jugendschutzes durch diese Regelungen dem Ziel in geeigneter Weise entsprochen.

Auch der vor dem LG Steyr einvernommene Präsident des Automatenverbands sagte aus, dass der Spielerschutz im Bereich des Automatenglücksspiels vordergründig sehr gut sei, das Problem sei aber, dass die aktivsten Spieler an illegalen Automaten spielen würden, bei denen kein Spielerschutz bestehe. Mit dieser Aussage bestätigte der Präsident des Automatenverbands, dass im Bereich der

konzessionierten Glücksspielanbieter der Spielerschutz funktioniert. Dass illegale Anbieter keine Spielerschutzmaßnahmen anbieten, kann nicht dazu führen, dass dadurch der Spielerschutz im Gesamten nicht funktionsfähig wäre. Vielmehr dient die Lenkung der Spieler weg vom illegalen Glücksspiel dem Spielerschutz.

Soweit der Bf die Einvernahme mehrerer Zeugen zum Beweis des Anstiegs der Anzahl an Spielsüchtigen und der Ineffektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz insbesondere innerhalb der Jahre 2010 bis 2015 beantragt hat, ist dies nicht geeignet, die Untauglichkeit des GSpG und der behördlichen Maßnahmen zu beweisen. Es ist nämlich einerseits naheliegend, dass sich die Zahl der Spielsüchtigen ohne diese Maßnahmen noch stärker erhöht hätte, und es darf andererseits auch nicht übersehen werden, dass auch die zahlreichen nicht konzessionierten Glücksspielgeräte (und damit auch der Bf selbst) zur Verschärfung der Spielsuchtproblematik beitragen. Beweisanträge zu diesem Thema waren daher abzuweisen. Soweit Zeugeneinvernahmen zum Beweis dafür beantragt werden, dass die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz ineffektiv seien, ist auszuführen, dass die Zeugen lediglich ihre persönliche Meinung (ob eine „Ineffektivität“ vorliegt) darstellen könnten, die allenfalls auf Umständen gründet, die sich in ihrem unmittelbaren Umfeld abspielen. Im Übrigen ist es wohl den Gerichten vorbehalten, im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zu beurteilen, ob angesichts bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen als (im rechtlichen Sinne ausreichend) effektiv angesehen werden können oder nicht. Auch die Beweisanträge zur Effektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz waren daher abzuweisen.

Wie sich aus der zitierten Studie aus dem Jahr 2011 ergibt, ist auch der durch das Monopol ausgeübte Lenkungseffekt insofern von Bedeutung, als es die höchste Problemprävalenz im Bereich des Glücksspiels mit Automaten außerhalb einer Spielbank gibt. Durch das Monopol kann auch das Glücksspielangebot und die Akzeptanz weg von den Problembereichen hin zu anderen Bereichen gelenkt werden, innerhalb derer die Problemprävalenz weniger hoch ist. Dieser Lenkungseffekt scheint sich durch die jüngsten Entwicklungen im Zusammenhang mit dem seit 1. Jänner 2014 in Wien geltenden Verbot von Glücksspielautomaten zu bestätigen: Dieses Verbot führte anscheinend dazu, dass Spieler vermehrt das Innenstadtcasino in der x in W. aufsuchen (vgl. wien.orf.at/news/stories/2690841).

Ferner weist der Bundesminister für Finanzen in der Stellungnahme vom September 2014 unter anderem auch auf mehrere zur Erreichung der durch das GSpG intendierten Zwecke umgesetzte Maßnahmen hin. So ist unter anderem eine Spielerschutzstelle errichtet worden, wird durch die Anbindung von Glücksspielautomaten der konzessionierten Unternehmer an die Bundesrechenzentrum GmbH die Überwachung der Einhaltung von Spielpausen im

Automatenbereich ermöglicht und werden nähere Regelungen betreffend die einzelnen Spiele und den Zutritt zu Glücksspielen getroffen. Durch die Aufsichts- und Auskunftspflichten der Konzessionäre besteht eine umfassende Aufsicht über das konzessionierte Glücksspiel. Derartige Eingriffsmittel können nur innerhalb eines Konzessionierungssystems effizient wirken.

Aus dem Glücksspielbericht ergibt sich auch, dass Spielbankbetriebe stichprobenartig und unangekündigt nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen werden. Der Spielbetrieb wird einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sog. „Einschau“), wobei diese Einschaueen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG) erfolgen. Weiters wird in der Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen unter anderem ausgeführt, dass ein Teil der staatlichen Aufsicht über Spielbanken auch die Werbung betrifft, wobei diesbezüglich die Einhaltung eines verantwortungsvollen Maßstabs in § 56 GSpG geregelt ist. Dieser wird laut dem Bundesminister für Finanzen durch Nebenbestimmungen im Konzessionsbescheid und durch Berichtspflichten insbesondere zu Werbekonzepten präzisiert.

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 und 2013 667 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480 und 2013 1299 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden (vgl. Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen und Glücksspiel Bericht 2010-2013). Bereits aufgrund dieser vorläufigen Beschlagnahmen wurden aber grundsätzlich weitere Glücksspiele mit betroffenen Glücksspielgeräten (zumindest für die Dauer der Aufrechterhaltung der Beschlagnahme) verhindert und insoweit die Zugänglichkeit zu Ausspielungen beschränkt.

Ferner ist auf die jüngste Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 12.3.2015, G 205/2014-15, hinzuweisen, in der das Höchstgericht unter RN 68 ausführt, dass es ein taugliches Mittel (zur Erhöhung) des öffentlichen Interesses des Spielerschutzes darstelle, wenn der (ursprünglich bewilligte) Betrieb von Glücksspielautomaten (nach Ablauf der Bewilligungsfristen) das Tatbild des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG erfüllt. Der Verfassungsgerichtshof geht somit davon aus, dass die Strafandrohung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG für bestimmte Verhaltensweisen an sich schon der Umsetzung des öffentlichen Interesses des Spielerschutzes dient.

Bei diesem Ergebnis besteht für das Oö. Landesverwaltungsgericht kein Zweifel, dass das Ziel des öffentlichen Interesses des Spielerschutzes durch das Glücks-

spielgesetz sowohl verfolgt wird als auch, dass das Glücksspielgesetz den geeigneten rechtlichen Rahmen bildet, dieses Ziel umzusetzen. Durch die jüngste Judikatur des Verfassungsgerichtshofs ist diese Rechtsfrage für das Oö. Landesverwaltungsgericht hinreichend geklärt.

Kriminalitätsbekämpfung:

Es bestehen nachweislich Fälle von Beschaffungskriminalität (vgl. Glücksspiel-Bericht 2010-2013, S. 24, unter Berufung auf die Auswertung von Köberl), sodass insofern ein Kriminalitätsproblem besteht. Ob zusätzlich das Problem der Geldwäsche besteht ist nicht von Relevanz, da bereits die Beschaffungskriminalität erwiesenermaßen ein Kriminalitätsproblem darstellt.

Ferner hat der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen, dass angesichts des Umstands, dass im Einzelfall sehr hohe Summen ausgespielt werden, die Gefahr der Begehung von Straftaten besonders hoch ist (vgl. VfGH 6.12.2012, B1337/11).

Der Bf bringt vor, dass vom Nationalrat die Aufhebung des § 168 StGB geplant sei. Durch diese geplante Aufhebung sei evident, dass in Österreich kein Kriminalitätsproblem im Zusammenhang mit dem illegalen Glücksspiel bestehe. Diesem Vorbringen ist entgegen zu halten, dass § 168 StGB im Zeitpunkt der gegenständlichen Entscheidung in Geltung steht, weshalb dieses Vorbringen schon deshalb ins Leere geht. Darüber hinaus ist aufgrund des dargelegten Glücksspiel-Berichts evident, dass nicht Vergehen nach § 168 StGB, sondern vielmehr Beschaffungskriminalität im Zusammenhang mit Glücksspiel – nämlich vor allem gewerbsmäßiger Diebstahl, gefolgt von (schwerem) Raub und gewerbsmäßigem Betrug – das mit Glücksspiel in Zusammenhang stehende Kriminalitätsproblem bilden. Selbst durch die allfällige Aufhebung des § 168 StGB würde diese Beschaffungskriminalität weiterhin bestehen. Auch diesbezüglich geht das Vorbringen des Bf ins Leere. Durch § 168 StGB wird nämlich das illegale Glücksspiel an sich strafrechtlich erfasst. § 168 StGB regelt demnach keinen Fall der iSd Judikatur des EuGH erforderlichen Kriminalität *in Zusammenhang mit Glücksspiel* (vgl. EuGH *Dickinger/Ömer*, C-347/09, RN 66), sondern kriminalisiert das Veranstellen von konzessions- bzw bewilligungslosem Glücksspiel, das nicht bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder zum Zeitvertreib und um geringe Beträge gespielt wird. Würde man dieser Argumentation des Bf folgen, wäre dem zu entgegen, dass das Veranstellen, Organisieren, unternehmerische Zugänglichmachen und die unternehmerische Beteiligung an konzessions- bzw. bewilligungslosem Glücksspiel ohnehin durch § 52 GSpG unter Strafe gestellt ist – wobei aus Sicht des EuGH kein Unterschied zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht besteht – und schon deshalb keine Entkriminalisierung stattfindet.

Im Ergebnis steht fest, dass die Ziele des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung durch geeignete und angemessene Maßnahmen

verwirklicht werden. Die mögliche Umgehung des Spielerschutzes durch einzelne Spieler ist für die Beurteilung der generellen Eignung des Kontrollsystems zur Erreichung des Spielerschutzes nicht von Relevanz – nicht zuletzt im Hinblick darauf, dass das Kontrollsystem diesen Missbrauch erfasst und in weiterer Folge zur Sperre der beteiligten Kunden geführt hat. Die Kriminalitätsbekämpfung – insbesondere die Bekämpfung der Beschaffungskriminalität im Zusammenhang mit Glücksspiel – kann durch eine beschränkte Zahl von Konzessionären effektiver umgesetzt werden als in einem System mit einer unbeschränkten Anzahl an Anbietern (vgl. auch VfGH 06.12.2012, B 1337/11), da durch die Kontrolle und Überwachung der einzelnen registrierten Spieler und die Anknüpfung an des Bundesrechenzentrum im Verdachtsfall gezielte Maßnahmen ergriffen werden können.

IV.4.3. Verhältnismäßigkeit

Zur Verhältnismäßigkeit der österreichischen Monopolregelung hat der Verfassungsgerichtshof in seiner jüngsten Entscheidung vom 12.03.2015, G 205/2014-15 ua, ausgeführt, dass die Tatsache, dass staatlich konzessionierte Spielbanken nach wie vor erlaubt sind und im Internet illegales Glücksspiel verfügbar ist, nicht zur Unverhältnismäßigkeit führt: *„Die Erteilung einer Konzession für den Betrieb einer Spielbank gemäß § 21 GSpG bzw. für den Betrieb elektronischer Lotterien gemäß § 14 GSpG sowie diese Ausspielungen selbst sind mit zahlreichen weiteren Voraussetzungen und Auflagen verknüpft, die unter anderem dem Spielerschutz dienen, sodass solche Ausspielungen mit den auf der Grundlage von § 4 Abs. 2 GSpG vor der GSpG-Novelle 2010 landesrechtlich bewilligten Ausspielungen nicht vergleichbar sind.“* Im Größenschluss bedeutet dies, dass – wie im vorliegenden Fall – Ausspielungen, die niemals aufgrund einer Bewilligung oder Konzession durchgeführt wurden, erst recht nicht mit jenen vergleichbar sein können, die über eine Konzession verfügen. Wenn – wie im Fall der zitierten Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs – das vorzeitige Auslaufen von Bewilligungsfristen, das einen Eingriff in bestehende Rechte bedeutet, verhältnismäßig ist, ist das generelle Verbot von nicht konzessionierten oder bewilligten Ausspielungen erst recht verhältnismäßig.

Im Sinne der zitierten Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs besteht für das Oö. Landesverwaltungsgericht an der Verhältnismäßigkeit der Monopolregelung somit kein Zweifel.

IV.4.4. Zur Kohärenz der Regelung:

Der EuGH hat in der RS *Stoß* ua, C-316/07 ua, in RN 83 hinsichtlich der Beurteilung der Kohärenz eines Monopols Folgendes festgehalten: *„Allerdings muss eine so restriktive Maßnahme wie die Schaffung eines Monopols, die sich nur im Hinblick auf die Gewährleistung eines besonders hohen Verbraucherschutzniveaus rechtfertigen lässt, mit der Errichtung eines normativen Rahmens einhergehen, mit dem sich gewährleistet lässt, dass der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage sein wird, das festgelegte Ziel mit einem Angebot, das*

nach Maßgabe dieses Ziels quantitativ angemessen und qualitativ ausgestaltet ist und einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegt, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen.“

Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Kohärenz eines Monopols ist somit der normative Rahmen und die behördliche Kontrolle, die die Grundlage für das jeweilige Verhalten des Konzessionärs bilden.

Dafür, dass die Einführung von Beschränkungen in Form etwa eines Konzessionsystems zur Durchführung von Ausspielungen mittels Glücksspielautomaten jedenfalls den intendierten Zwecken dient, spricht bereits, dass die Zugänglichkeit zu derartigen Ausspielungen beschränkt und die Durchführung derselben einer besseren Kontrolle unterworfen werden kann. Durch den normativen Rahmen – das Glücksspielgesetz – wurden, wie oben dargelegt, umfassende Maßnahmen zum Spielerschutz und zur Kriminalitätsbekämpfung gesetzt, die umfassenden behördlichen Kontrollen unterliegen. Dass in Einzelfällen eine Umgehung möglich ist, führt nicht dazu, dass Spielerschutz tatsächlich nicht vorhanden sei, da iSd oben zitierten Entscheidung das (gezielte) Fehlverhalten einzelner Personen nicht zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit eines gesamten an sich – aufgrund der Ausgestaltung seines rechtlichen Rahmens und der korrespondierenden behördlichen Kontrollen – gemeinschaftsrechtskonformen Systems führen kann. Bei diesem Ergebnis wäre nämlich die Gemeinschaftsrechtskonformität vom individuellen Verhalten einzelner Spieler abhängig, was nicht der Judikatur des EuGH entspricht. Es liegt vielmehr auf der Hand, dass eine beschränkte Zahl von Konzessionären effektiver zu überwachen ist als eine unbeschränkte Anzahl an Anbietern (vgl. auch VfGH 6.12.2012, B 1337/11).

Ferner weist der Bundesminister für Finanzen in der Stellungnahme vom September 2014 unter anderem auch auf mehrere zur Erreichung der durch das GSpG intendierten Zwecke umgesetzte Maßnahmen hin. So ist unter anderem eine Spielerschutzstelle errichtet worden, wird durch die Anbindung von Glücksspielautomaten an die Bundesrechenzentrum GmbH die Überwachung der Einhaltung von Spielpausen im Automatenbereich ermöglicht und werden nähere Regelungen betreffend die einzelnen Spiele und den Zutritt zu Glücksspielen getroffen. Durch die Aufsichts- und Auskunftspflichten der Konzessionäre besteht eine umfassende Aufsicht über das konzessionierte Glücksspiel. Derartige Eingriffsmittel können nur innerhalb eines Konzessionssystem effizient wirken.

Nach Ansicht des erkennenden Gerichts handelt es sich bei einem derartigen System aus normativem Rahmen und korrespondierenden behördlichen Kontrollen um eine geeignete Maßnahme, um den negativen Erscheinungen unkontrollierten Glücksspieles entgegen zu wirken.

Zur Werbung:

Mit Recht führt der Bundesminister für Finanzen aus, dass in Bezug auf die Werbetätigkeit (für legales Glücksspiel) die Rechtsprechung des EuGH nicht so zu verstehen ist, dass mitgliedstaatliche Beschränkungen des Glücksspiels unzulässig wären, wenn die Konzessionäre für das legale Glücksspiel werben dürfen. Aus EuGH *Dickinger/Ömer*, C-347/09, geht hervor, dass – um das Ziel, die Spieltätigkeiten in kontrollierte Bahnen zu lenken zu erreichen – die zugelassenen Anbieter eine verlässliche und zugleich attraktive Alternative zu den nicht geregelten Tätigkeiten bereitstellen müssen, was an und für sich das Anbieten einer breiten Palette von Spielen, Werbung in einem gewissen Umfang und den Einsatz neuer Vertriebstechniken beinhalten kann. Nach dem EuGH (15.09.2011, C-347/09) muss eine vom Inhaber eines staatlichen Monopols durchgeführte Werbung maßvoll und eng darauf begrenzt werden, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken. Hingegen darf die Werbung nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, indem etwa das Spiel verharmlost, ihm ein positives Image verliehen oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die verführerische bedeutende Gewinne in Aussicht stellt. Die Beurteilung, ob eine Werbebotschaft zur Teilnahme am Glücksspiel anreizt bzw. ermuntert, ergibt sich grundsätzlich aus ihrem Aussagegehalt, der wie bei anderen Erklärungen durch Auslegung zu ermitteln ist. Wie ein an das Publikum gerichteter Werbespot zu verstehen ist, kann vom Gericht dabei ohne Beiziehung eines Sachverständigen beurteilt werden (vgl. dt BVerwG 20.06.2013, 8 C 10.12). Die Frage, welche Wirkung eine Werbeaussage auf die beteiligten Verkehrskreise hat, ist auch nach dem OGH eine Rechtsfrage, wenn zu ihrer Beurteilung die Erfahrungen des täglichen Lebens ausreichen (OGH 10.11.1998, 4Ob243/98h).

In seinem Urteil C-338/04 vom 6. März 2007, *Placanica*, hat der Gerichtshof ausgesprochen, dass ein Konzessionssystem ein Hemmnis darstellt, das geeignet sein könne, Gelegenheiten zum Spielen tatsächlich vermindern und diese Tätigkeiten daher kohärent und systematisch zu begrenzen. *Eine **expansive Politik** könne ebenfalls dazu geeignet sein, Glücksspieltätigkeiten in kontrollierbare Bahnen zu lenken, um ihre Ausnützung zu kriminellen und betrügerischen Zwecken vorzubeugen. Sie könne dazu führen, dass Spieler, die geheimen Spielen und Wetten nachgingen, dazu veranlasst würden, zu erlaubten und geregelten Tätigkeiten überzugehen. Zur Erreichung dieses Zieles könne es erforderlich sein, dass zugelassene Betreiber eine attraktive Alternative zur verbotenen Tätigkeit bereitstellen, was als solches das Anbot einer breiten Palette von Spielen und einen gewissen **Werbeumfang** und den Einsatz neuer Vertriebstechniken mit sich bringen könne.*

Kohl (Das österreichische Glücksspielmonopol [2013]), führt unter Berufung auf den EuGH aus, dass Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Kohärenz eines Monopols der normative Rahmen und die behördliche Kontrolle, welche die

Grundlagen für das Verhalten des Konzessionärs bilden, sind, wobei eine allfällige Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols nicht unmittelbar auf die Werbepolitik der Konzessionäre, sondern auf den diese Werbepolitik ermöglichenden normativen Rahmen und auf die behördliche Handhabung desselben zurückzuführen wäre. Es liegt diese Beurteilung auf der Hand, zumal schon aufgrund verfassungsrechtlicher Erwägungen nicht davon ausgegangen werden kann, dass das Verhalten eines Normunterworfenen (Konzessionär) zur Unanwendbarkeit einer Norm führen kann.

§ 56 GSpG verlangt bei der Werbung einen „verantwortungsvollen Maßstab“ und folgt dabei, dem Sinngehalt nach, annähernd der Diktion des EuGH, welcher von „maßvoller Werbung“ spricht.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass bescheidmäßig Standards für die Glücksspielwerbung vorgeschrieben wurden. Laut Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen bzw. dem Glücksspiel-Bericht 2010-2013 gelten die Standards für sämtliche Werbeauftritte und wurden Standards für Glücksspielwerbung hinsichtlich Spielerschutz (als Rahmenbedingung für die Beurteilung von Glücksspielwerbung ist das Suchtgefährdungspotential des beworbenen Spiels und der angesprochenen Zielgruppe zu berücksichtigen), verpflichtender Verbraucherinformation (Glücksspielwerbung muss korrekt über Chancen und Risiken des angebotenen Spiels informieren und auf mögliche Gefahren sowie auf mögliche Hilfsangebote aufmerksam machen), Schutz besonders vulnerabler Gruppen (Glücksspielwerbung darf nicht auf Personengruppen mit einem erhöhten Suchtgefährdungspotential abzielen), Botschaft und Inhalt von Glücksspielwerbung (Glücksspielwerbung darf nur moderates, jedoch nicht exzessives oder problembehaftetes Spielen bewerben) sowie Verbreitung und Platzierung von Glücksspielwerbung (die Verbreitung und Platzierung von Glücksspielwerbung hat derart zu erfolgen, dass Personengruppen mit erhöhtem Suchtgefährdungspotential ein erhöhter Schutz zukommt) vorgeschrieben.

Aufgrund dieser umfassend festgelegten Standards würde selbst die Annahme, dass einzelne Werbungen der Konzessionäre einen besonderen Anreiz zum Spiel bieten allenfalls dazu führen, dass die jeweiligen Konzessionäre in diesen Einzelfällen gegen § 56 GSpG bzw. die bescheidmäßig vorgeschriebenen Standards verstoßen würden, jedenfalls aber nicht dazu, dass es aufgrund dieser Einzelfälle zu einer unionsrechtlichen Überlagerung des Gesamtsystems des GSpG kommen könnte.

Nicht übersehen werden darf zudem, dass der EuGH die Grenze hinsichtlich einer Beschränkung der Werbung der Glücksspielanbieter (die für sich wiederum eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bedeuten könnte) in die andere Richtung, nämlich dahingehend welche Beschränkungen hinsichtlich der Werbung unionskonform sind ohne eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs zu bewirken, mit seiner Entscheidung C-176/11 vom 12. Juli 2012, *HIT hoteli* u.a. gesetzt hat. Aus dieser Entscheidung folgt, dass der EuGH Beschränkungen

der Werbefreiheit nur insofern zulassen will, als diese nicht über den Verbraucherschutz hinausgehen. Der Konzessionär muss demnach nach Ansicht des Gerichtes zumindest in jener Form werben dürfen, die den Praktiken außerhalb des Konzessionssystem agierender Betreiber entspricht, als ansonsten die vom EuGH dargestellte Funktionsfähigkeit der Werbemaßnahmen, Spieler zu den legalen Angeboten zu bewegen, nicht gegeben wäre.

Im Ergebnis geht das Gericht aufgrund der dargestellten Umstände davon aus, dass unter Berücksichtigung bescheidmäßig vorgeschriebener Standards hinsichtlich der Werbepolitik, und insbesondere im Hinblick auf die dargestellten Handlungen der Behörden und der durch das Gesetz gebotenen vielfältigen Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Konzessionäre, der Judikatur des EuGH voll Rechnung getragen wird und die österreichische Regelung im Einklang mit Art. 56 AEUV steht.

Ein allfälliges Fehlverhalten einzelner Marktteilnehmer führt nicht zur Inkohärenz der gesetzlichen Regelungen und deren behördlicher Handhabung.

IV.4.5. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit durch die Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten nicht vorliegt. Die von der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom EuGH anerkannten Gründe des Allgemeininteresses, sind geeignet diese zu erreichen, und es ist im Verfahren darüber hinaus keine Unverhältnismäßigkeit oder Inkohärenz hervorgekommen.

IV.5.1. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da § 52 GSpG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten.

Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Bf initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN).

IV.5.2. Der Beschwerdeführer wendet ein, dass jedenfalls der Schuldausschließungsgrund nach § 5 Abs. 2 VStG vorliege, da er aufgrund der einhelligen

Lehrmeinung und Gutachten zum unionsrechtlichen Anwendungsverbot der das Glücksspielmonopol durchsetzenden Strafbestimmungen darauf vertraut hätte, und infolge der wohl nicht anzuzweifelnden Kompetenz der wissenschaftlich höchst renommierten Autoren auch berechtigterweise darauf vertrauen hätte dürfen, dass ihm das hier nunmehr als Verwaltungsübertretung zur Last gelegte Verhalten weder einen Verstoß gegen das Glücksspielgesetz darstelle, noch sonst rechtswidrig sei.

Ein Verbotsirrtum nach § 5 Abs. 2 VStG liegt nur dann vor, wenn dem Betroffenen die übertretene Verwaltungsvorschrift trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist (vgl. VwGH 24.04.2006, 2005/09/0021). Sofern den Betroffenen auch nur ein geringes Verschulden (Fahrlässigkeit) an dem Rechtsirrtum trifft, scheidet dieser als Schuldausschließungsgrund aus (vgl. auch VwGH 10.02.1999, 98/09/0298).

Dieser Einwand, welcher offensichtlich darauf abzielt, dass sich der Bf in einem Verbotsirrtum gemäß § 5 Abs. 2 VStG durch das Vertrauen auf Lehrmeinungen und Gutachten befunden habe, greift nicht. Nach der Rechtsprechung des VwGH ist gerade in Fällen, in denen die Möglichkeiten der Rechtsordnung im Wirtschaftsleben bis aufs Äußerste ausgenützt werden sollen, eine besondere Sorgfalt bei der Einholung von Auskünftigen über die Zulässigkeit einer beabsichtigten Tätigkeit an den Tag zu legen (vgl. bereits VwGH 22.02.2006, 2005/17/0195). Zudem hat es der Beschwerdeführer unterlassen, sich bei der zuständigen Behörde zu erkundigen. Er hat die Übertretung daher auch in subjektiver Hinsicht zu verantworten.

IV.6.1. Zur Strafbemessung ist Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 leg.cit. sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den

Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. ua. VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt.

Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbes. Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

IV.6.3. Zur Bemessung der Strafhöhe ist anzumerken, dass § 52 Abs. 2 GSpG bei Übertretung bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro normiert.

Dem Bf kommt der Strafmilderungsgrund der absoluten Unbescholtenheit nicht zugute, allerdings weist er auch keine einschlägigen Vormerkungen auf. Als strafmildernd ist der kurze Tatzeitraum (vorgeworfen wird nur der Zeitpunkt der Kontrolle) zu berücksichtigen. Sonstige Strafmilderungs- bzw. Straferschwerungsgründe liegen nicht vor. Der Unrechtsgehalt der gegenständlichen Übertretungen ist hoch, wobei diesem Umstand bereits der Gesetzgeber durch Festsetzung einer entsprechend strengen Mindeststrafe Rechnung getragen hat.

Die Behörde hat sich mit der Verhängung dieser Mindeststrafe begnügt, wobei diese aus spezialpräventiven Überlegungen ausreichen dürfte, um den Beschwerdeführer von weiteren einschlägigen Übertretungen abzuhalten. Sie entspricht auch den oben näher dargestellten finanziellen Verhältnissen des Beschwerdeführers. Die Beschwerde war daher auch hinsichtlich der Strafhöhe abzuweisen.

V. Die Haftung der ZweitBf für die Geldstrafe und die Verfahrenskosten ergibt sich aus § 9 Abs. 7 VStG.

VI. Die Entscheidung über die Verfahrenskosten ergibt sich aus § 64 VStG und § 52 VwGVG, es war daher auch die Haftung der Zweitbf für diese Kosten festzusetzen.

VII. 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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Beurteilung derartiger Walzenspielgeräte bzw zur Anwendbarkeit des GSpG ab, noch fehlt es an einer solchen. 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.

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

H i n w e i s e

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zöbl