OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-410552/11/Zo

Datum:
Linz, 22. Juni 2015

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Mag. Gottfried Zöbl über die Beschwerde des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr vom 11.2.2015 gegen den Bescheid des Bezirkshauptmannes des Bezirks Perg vom 6.2.2015, GZ: Pol96-194-2012, wegen einer Verwaltungsübertretung nach dem Glücksspielgesetz (mitbeteiligte Partei: Mag. C.B.)

zu Recht erkannt:

I. Gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird der Beschwerde teilweise stattgegeben, der angefochtene Bescheid aufgehoben und wie folgt entschieden:

Herr Mag. C.B., geb. am x, hat als handelsrechtlicher Geschäftsführer der b.e. gmbh mit Sitz in x, x, zumindest in der Zeit vom 1.10.2012 bis 22.11.2012 im Lokal mit der Bezeichnung „T. T." in x, x, mit dem Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung „Sweet Beat" (ohne Seriennummer), FANr. 02, Versiegelungsnr. x verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 Glücksspielgesetz zur Teilnahme vom Inland aus unternehmerisch zugänglich gemacht, indem er mit diesem Gerät Ausspielungen anbot, obwohl für die keine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz erteilt wurde und die auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen waren.

Dadurch hat Mag. C.B. eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 1 dritter Fall GSpG, BGBl Nr. 620/1989 in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl I Nr. 111/2010, i.V.m. § 9 Abs. 1 VStG, begangen, weshalb über ihn eine Geldstrafe von 1.200 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe von 16 Stunden, verhängt wird.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Bescheid des Bezirkshauptmannes des Bezirks Perg (im Folgenden: belangte Behörde) vom 6.2.2015, GZ: Pol96-194-2012, wurde das gegen den Beschuldigten eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren wegen der im Spruch angeführten Verwaltungsübertretung eingestellt.

Diesen Bescheid hat die belangte Behörde zusammengefasst damit begründet, dass der Vorwurf bereits in einem gerichtlichen Verfahren geprüft worden und dieses eingestellt worden sei, weil die Staatsanwaltschaft die Anklage zurückgezogen hatte. Eine neuerliche Verfolgung wegen desselben Sachverhaltes sei daher nicht zulässig.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende rechtzeitige Beschwerde des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr vom 11.2.2015, mit der die Aufhebung des Bescheides und die Verhängung einer Verwaltungsstrafe beantragt werden.

Die Beschwerde wurde vom Finanzamt zusammengefasst damit begründet, dass bei einer Verfahrenseinstellung durch das Gericht die Behörde selbständig zu beurteilen habe, ob ein vom Gericht zu ahndender Tatbestand vorgelegen habe. Dies sei im gegenständlichen Fall nicht so gewesen, weil es sich um einen „Fun-Wechsler“ gehandelt habe, bei welchem der höchste Einsatz 5 Euro betragen habe. Der „Fun-Wechsler“ stelle nach der Rechtsprechung des VwGH einen Glücksspielautomat dar; die Möglichkeit, ein Musikstück abzuspielen oder das bestehende Guthaben auszahlen zu lassen, ändere daran nichts.
Das Finanzamt beantragte daher, eine Bestrafung entsprechend dem Strafantrag vom 24.1.2013 auszusprechen.

II. Sachverhalt:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt erliegende Dokumentation, eine den Parteien zur Kenntnis gebrachten Stellungnahme des BMF vom September 2014 samt Glücksspielbericht 2010 – 2013 und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5.5.2015. An dieser haben ein/e Vertreter/in der belangten Behörde, des beschwerdeführenden Finanzamtes sowie des Beschuldigten teilgenommen, es wurden die Zeugen C.F. und S.H. befragt und zahlreiche Schriftstücke verlesen.

Am Vortag der Verhandlung übermittelte der Vertreter des Beschuldigten folgende Stellungnahme samt zahlreichen Beilagen:

1. Vorrangige Anwendbarkeit der unionsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten

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 führt der EuGH im *Dickinger und* Omer-Urteil in der Rs.. C-347/09 aus:

> „41. *Eine Regelung eines Mitgliedstaats wie die des Ausgangsverfahrens, die die Veranstaltung und die Förderung von Glücksspielen einer* ***Ausschließlichkeitsregelung*** *zugunsten eines einzigen Anbieters unterwirft und es allen anderen - auch den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Anbietern untersagt, im Hoheitsgebiet des erstgenannten Mitgliedstaats von dieser Regelung erfasste Dienstleistungen [...] anzubieten, stellt* ***eine Beschränkung des in Art.*** [56 AEUV] ***verbürgten freien Dienstleistungsverkehrs*** *dar [...]."*

Und im Urteil des EuGH in der Rs. *Pfleger ua* C-390/12:

> *„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 P. u. a., C-338/04, C-359/04 undC-360/04, EU:C:2007;133, Rn. 42)."*

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 (2 Ob 252/09m; RS0125825). In der Entscheidung vom 25.3.2010 wurde schon zu diesem Zeitpunkt zutreffend ausgeführt, dass nationale Restriktionen vom EuGH nur unter sehr engen

Voraussetzungen und sofern sie als *„taugliches und verhältnismäßiges Instrument',* die Gefahren des Glücksspiels einzudämmen, gestaltet sind (2 Ob 252/09m, 4.2.), als gerechtfertigt angesehen werden. 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.).

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 15.9.2011 in der Rs. C-347/09, *Dickinger und Omer* 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 nahezu einhellig, als unionsrechtswidrig qualifiziert:

Siehe nur *Grillet/Reindl,* Die Unvereinbarkeit des österreichischen Glücksspielgesetzes mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht, ZfV 1998, 234ff.; *Schwartz,* Glücksspielmonopol mit Ablaufdatum, ecolex 1999, 582ff. (584); *Streit,* Glücksspiel ohne Grenzen im Binnenmarkt?, MR 1999, 360ff.; *Wohlfahrt,* Der Zweck heiligt nicht immer die Mittel, ecolex 2000, 166ff. (167f.); *Schwartz/Wohlfahrt,* GSpG² (2006) § 3 Rz. IIf.; *Leidenmühler/Plöckinger,* Grenzüberschreitende Internet-Glücksspiele, ÖJZ 2006, 842ff. (848); *Faffelberger,* Österreichisches Glücksspielgesetz europarechtskonform?, ÖJZ 2008, 847ff. (849); *Lewisch,* Bet and Lose? Grenzüberschreitendes Glücksspiel zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Strafrecht, in FS Raschauer (2008) 123ff. (140); *Leidenmühler,* Internet-Glücksspiel und Dienstleistungsfreiheit nach *„Liga Portuguesa"* - Weiterhin viele offene Fragen, EuLF 2010, II-Iff. (7f.); *ders.,* Das „E."-Urteil des EuGH - *Rien ne va plus* für das österreichische Glücksspielgesetz, MR 2010, 247ff.; *ders.,* EuGH-Urteil Dickinger und Omer: Neues zum Online-Glücksspiel, MR 2011, 243ff.; *ders.,* Unmittelbare Wirkung und Vorrang des Unionsrechts, in *Eilmansberger-/Herzig* (Hrsg.), Jahrbuch Europarecht 2012 (2012) 19ff. (27f.); *Barbist/Pinggera,* Zur Zulässigkeit des österreichischen Gücksspielmonopols, EuZW 2010, 285f.; *Talos/Stadler,* EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, ecolex 2010, 1006ff.; *Aquilina/Arzt,* Der Kampf um den Glücksspielmarkt geht in die nächste Runde, ecolex 2011,1070ff. (1072); *Karollus/Leidenmühler,* Unmittelbare Wirkung und Vorrang des Unionsrechts, in *Eilmansberger/Herzig* (Hrsg.), Jahrbuch Europarecht 2011 (2011) 21ff. (28); *Kohl,* Straflosigkeit von konzessionslosem Glücksspiel, ZfV 2011, 756ff. (765); *Koppensteiner,* Der EuGH und das Glücksspiel, RdW 2011,134ff.; *Kind,* (K)ein Glück(spielangebot) im Internet, ZfWG 2012, 17ff. (20); *Wilhelm,* Zur Werbung für Wetten, Lotterien und andere Glücksspiele, ecolex 2012, 1; *Kletecka,* Glücksspielmonopol und Rückforderungsansprüche, ecolex 2013, 17ff.; *Kohl,* Das österreichische Glücksspielmonopol (2013), 200; *Stadler/Aquilina,* Unionsrechtskonforme Regulierung: ein Glücksspiel? Ecolex 2013, 389ff. (390f.); *Talos/Strass,* Das Kohärenzgebot im Glücksspielsektor, wbl 2013, 481ff. (490f.) *Leidenmühler,* Das Glücksspielmonopol auf dem Prüfstand des Kohärenzgebots, MR 2014, 42ff. (44).

Nun können zwar Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs von einem Mitgliedstaat **ausnahmsweise gerechtfertigt** werden, aber nur, wenn sie einem vom EuGH in st.Rsp. entwickelten **Beurteilungsprogramm** entsprechen. In *Dickinger und* Ömer-Urteil sowie in weiteren Entscheidungen hat der **EuGH** diese **Anforderungen an die ausnahmsweise Zulässigkeit staatlicher Beschränkungen der unmittelbar anwendbaren Dienstleistungsfreiheit im Glücksspielbereich weiter präzisiert,** insbesondere im Hinblick auf Notwendigkeit und Umfang der von den nationalen Gerichten vorzunehmenden Verhältnismäßigkeits- und Kohärenzprüfung; mithin der Prüfung, wann eine Beschränkung ein *„taugliches und verhältnismäßiges Instrument zur Eindämmung der Gefahren des Glücksspiels"* darstellt.

Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-409/06, *Winner Wetten;* verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 u. C-410/07, *Stoß;* Rs. C-46/08, *Carmen Media Group;* Rs. C-212/08, *Zeturf;* Rs. C-347/09, *Dickinger und Omer.*

In seinem Beschluss v. 27.11.2013 hat auch der **OGH** die Bedeutung dieses Prüfprogramms für einen zulässigen Eingriff in die unionsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten hervorgehoben.

Vgl. OGH 27.11.2013, 2 Ob 243/12t, VI.2., VII.I.

Prüfprogramm für einen zulässigen Eingriff in die unionsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten des Beschwerdeführers

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 Omer.*

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 Omer,* 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 *Mazäk* 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.I.

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.**

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.

3. Reichweite der Unanwendbarkeit einer unionsrechtswidrigen Monopolregelung

3.1 Klare Rechtsprechung des EuGH zur Unanwendbarkeit der gesamten Monopolregelung als solche

Liegen die vom EuGH formulierten Voraussetzungen für eine mitgliedstaatliche Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit (v.a. restriktive Werbepolitik des Konzessionärs und Kohärenz) durch eine Ausschließlichkeitsregelung nicht **kumulativ** vor, so ist nach der Rechtsprechung des EuGH die **gesamte Monopolregelung** nicht unionsrechtskonform und kann daher wegen des Vorrangs des Unionsrechts **als Ganzes** nicht mehr angewendet werden (EuGH, Rs. C-347/09, *Dickinger und* Omer):

> *„Im Kontext des Ausgangsverfahrens ist zunächst festzustellen, dass der Verstoß eines Wirtschaftsteilnehmers gegen eine in einem Mitgliedstaat erlassene Monopolregelung im Glücksspielbereich nicht zu strafrechtlichen Sanktionen führen kann, wenn diese Regelung mit* [dem Unionsrecht] *nicht vereinbar ist"* (Rz. 43)

> *„Daher ist auf die zweite Frage zu antworten, dass das Unionsrecht und insbesondere Art* [56 AEUV] *einer Regelung, die den Verstoß gegen ein Betriebsmonopol für Glücksspiele wie das in der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung vorgesehene Betriebsmonopol für Internet-Kasinospiele unter Strafe stellt, entgegenstehen, wenn eine solche Regelung nicht mit den Bestimmungen dieses Rechts vereinbar ist."* (Rz. 32)

Vgl dahingehend auch jüngst die Schlussanträge von GA *Mazäk* in der verb. Rs C-186/11 u. C-209/11, *Stanleybet,* v. 20.9.2012.

Da die **gesamte Monopolregelung über die Ausspielungskonzession ALS SOLCHE nicht mit EU-Recht vereinbar** ist, **kann sie auch als Gesamtes (gegenüber Begünstigten aus der Dienstleistungsfreiheit wie dem Beschwerdeführer) nicht mehr angewendet werden.** Die
Frage, ob die Veranstalterin theoretisch eine Konzession hätte erhalten können (Frage nach Erfüllung der einzelnen Konzessions- bzw. Bewilligungskriterien usw.) bzw. Detailregelungen der Ausübung der Konzession/ Bewilligung (z.B. § 12a Abs. 2 und 3 GSpG bzw § 5 GSpG), ist damit **ohne jede Bedeutung.** Ebenso hängt die Frage der Anerkennung von Konzessionen anderer Mitgliedstaaten damit nicht zusammen.

Vgl. *Leidenmühler,* EuGH-Urteil Dickinger und Omer: Neues zum Online-Glücksspiel, Medien und Recht 2011, 243ff. (246); *Koppensteiner,* Der EuGH und das Glücksspiel, RdW 2011,134ff. (137).

Geradezu mustergültig hat jüngst auch das **deutsche Bundesverwaltungsgericht** eine Prüfung der deutschen **Monopolregelung als solche** an den vom EuGH entwickelten Vorgaben vorgenommen.
Vgl. BVerwG 20.06.2013, 8 C 10.12.

Im Anschluss an eine eingehende Auseinandersetzung mit der Werbung für das Monopolangebot (Rz. 34-39) und Fragen der Kohärenz der Ausgestaltung der deutschen Glücksspielregelungen (Rz. 51-54) gelangt das BVerwG zum Ergebnis, dass das OVG Nordrhein-Westfalen als belangte Behörde zu Recht

> *„die **Monopolregelung** [...] wegen ihres Verstoßes gegen Unionsrecht für **unanwendbar** gehalten* [habe]. *Als primärrechtliche Gewährleistungen binden die Grundfreiheiten die Mitgliedstaaten der Union im jeweiligen Anwendungsbereich unmittelbar, und zwar auch außerhalb der bereits durch sekundäres Unionsrecht harmonisierten Regelungsbereiche. Ihr Anwendungsvorrang schließt eine Anwendung grundfreiheitswidriger Regelungen prinzipiell aus [...]"* (Rz. 58).

Eine Monopol- oder Alleinkonzessionsregelung verstößt nicht *per se* gegen das Unionsrecht. Sie hat aber bestimmten Kriterien, insb. dem **Kohärenzgebot** zu genügen. Verstößt es gegen diese vom EuGH entwickelten präzisen Vorgaben - die wie das BVerwG weiter ausführt, von jedem Gericht überprüft werden können und müssen (Rz. 47) - so wird es **als gesamtes** unanwendbar.

Sehr klar wird dies von einer Äußerung im Schrifttum für die deutsche Rechtslage ausgedrückt:

> *„Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die derzeitige Regelung des Glücksspielwesens in Deutschland nicht den unionsrechtlichen Vorgaben entspricht. Dies muss nach den oben dargestellten Grundsätzen*

zu einer Unanwendbarkeit sowohl der derzeitigen Monopolregelung als auch des Erlaubnisvorbehaltes führen. Folge hieraus ist eine faktische zeitweise Duldungspflicht privater Vermittler. Auch wenn dies aus ordnungspolitischen Gesichtspunkten nicht wünschenswert sein mag, bleibt den Gerichten aus Gründen des Gewaltenteilungsgrundsatzes eine Lückenfüllung verwehrt." (Mellein, Das Spannungsfeld zwischen Europarecht und nationalem Recht im Bereich des Glücksspiels, in *Schwarze* [Hrsg], Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit, Bd. I [2012] lOOff. [114]).

Dementsprechend tritt auch die **Verbotsnorm** hinter die vorrangige Dienstleistungsfreiheit zurück, die als unmittelbar anwendbare Norm des Unionsrechts die **Regel** darstellt und die es Begünstigten aus der Dienstleistungsfreiheit wie dem Beschwerdeführer grundsätzlich ermöglicht, ihre Leistungen anzubieten, sofern nicht eine staatliche Einschränkung gerechtfertigt werden kann, was im gegebenen Fall eben gerade **nicht** zutrifft (vgl. dazu eingehend *Kohl,* Das österreichische Glücksspielmonopol [2013] 214ff.).

3.2 Klare Rechtsprechung des OGH zur Unanwendbarkeit der gesamten Monopolregelung als solche

Die Rechtsansicht des EuGH von der Unanwendbarkeit des Glücksspielmonopols als solches wurde vom OGH in seinem Beschluss v. 27.11.2013 (2 Ob 243/12t) eindeutig bestätigt:

„Werden diese [vom EuGH aufgestellten] *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 [...]" (VI.2., VI.3.).

4. Werbepolitik des Konzessionsinhabers

Es kann 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 sind.

4.1 Zum einen kann davon ausgegangen werden, dass die **offensive Werbepolitik** des Konzessionsinhabers die vom EuGH in den Urteilen *Carmen Media, Stoß,* sowie *Dickinger und Omer* festgelegten Grenzen überschreitet, sodass alleine schon aus diesem Grund das österreichische Glücksspielmonopol inklusive seiner Begleitregelungen gegenüber einem Begünstigten aus der Dienstleistungsfreiheit wie dem Beschwerdeführer nicht mehr anwendbar ist.

Diese Beurteilung wird durch die gesamte **rechtswissenschaftliche Literatur** gestützt:

So führt *Kohl* (Das österreichische Glücksspielmonopol [2013] 198) aus:

„Angesichts der zahlreichen Werbeauftritte der Casinos Austria AG und der Österreichischen Lotterien GmBH in diversen Medien, die sich ihrem Inhalt nach an die unterschiedlichsten Bevölkerungsgruppen richten (Studenten, Pensionisten, Hausfrauen etc) und dabei durch schillernde Werbebotschaften das Glücksspiel als lukrative, unterhaltsame und glamouröse Aktivität darstellen, ist fraglich, ob dies allein der sachlichen Information über das bestehende legale Glücksspielangebot dienen soll, oder ob die Werbebotschaften nicht viel eher darauf abzielen, den bestehenden Glücksspielmarkt zu erweitern, um größere Gewinne zu erzielen."

Auch ***Kletecka*** (Glücksspielmonopol und Rückforderungsansprüche, ecolex 2013, 17ff. [20]) kommt zum Ergebnis:

*„Dass die **vom EuGH vorgegebenen** Werbebeschränkungen **in der Praxis** tatsächlich **nicht** eingehalten werden, erkennt jeder, der die flächendeckenden Werbeeinschaltungen aufmerksam beobachtet: Hier werden „bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht gestellt" (zB „Mega Millionen Jackpot: € 1.167.000", „10 Millionen Euro an einem Tag"), durch Hinweis auf die „Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen" (zB „Ein Gewinn für die Kultur", „Gut für Österreich") und die „Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht" („Lotto sichert Ihre Pension", „Geniale Preise und Ruhm für die Ewigkeit", „Gewinne die Familienbeihilfe für ein Semester"). Dies ließe sich fast beliebig verlängern. So werden zB Fotos mit eindeutig erotischer Konnotation in der Bewerbung der Casinos verwendet („Sex sells"). Manche Werbeeinschaltungen dienen eindeutig einer expansionistischen Geschäftspolitik, indem die weniger dem Glücksspiel zuneigenden Frauen umworben werden und gleichzeitig eine Frequenzsteigerung an umsatzschwachen Tagen angestrebt wird (Casino: „Mittwoch ist Damentag", Casino: „Die Überraschung zum Muttertag")."*

Wilhelm (Zur Werbung für Wetten, Lotterien und andere Glücksspiele, ecolex 2012, 1) wiederum zieht als ein Paradebeispiel für die nach den Vorgaben des EuGH unzulässige Werbepraxis die Werbung für das von der Cos/nos/Lotrer/en-Tochter „win2day" (eigentlich ein Online-Anbieter) angebotene „Hörsaal-Poker" heran, das

*„den Spieltrieb in gleisnerischer Weise, dh durch Verharmlosung **des Spiels,** Vorspiegelung bedeutender **Gewinne,** durch Appell an Gruppengeist, Kampfeslust und Ruhmsucht zu stimulieren* [versucht], *wo es doch nur darum geht, dem Veranstalter einnahmen zu verschaffen".*

Ebenso erscheint es für *Leidenmühler* (Das Glücksspielmonopol auf dem Prüfstand des Kohärenzgebots, MuR 2014, 42ff.) „überaus zweifelhaft",

*„[...] ob die vom sechstgrößten österreichischen Werbeetat getragenen Einschaltungen der österreichischen Ausspielungs-Alleinkonzessionärin diesen **strengen** Anforderungen, die das Luxemburger Höchstgericht an zulässige Werbung stellt, **zu genügen** vermögen"* (44).

Das faktische Verhalten des Konzessionsinhabers widerspricht damit nach den in den juristischen Fachzeitschriften publizierten Meinungen den klaren Vorgaben des EuGH eindeutig und offenkundig, weil der vom EuGH geforderte Schutz der Verbraucher vor einem Anreiz zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen damit geradezu konterkariert wird.

Zu diesem Ergebnis gelangen neben den oben schon zitierten auch alle anderen bislang publizierten Beiträge zu diesem Thema aus der Wissenschaft.

Siehe *Aquilina/Arzt,* Der Kampf um den Glücksspielmarkt geht in die nächste Runde, ecolex 2011, 1070ff.: „Bei der Erfüllung der Kohärenzkriterien scheitert Österreich nach wie vor" (1072); ebenso *Leidenmühler,* EuGH-Urteil Dickinger und Omer: Neues zum Online-Glücksspiel, MuR 2011, 243ff.; *ders.,* Unmittelbare Wirkung und Vorrang des Unionsrechts, in: *Herzig* (Hrsg.), Jahrbuch Europarecht 2014.

Und auch in den Schlussanträgen der **Generalanwältin** *Sharpston* vom 14.11.2013 zur - ua in dieser konkreten Rechtssache ergangenen - Vorlage des UVS OÖ, Rs. C-390/12, *Pfleger ua,* heißt es dazu, dass dann, wenn wie im gegebenen Fall in Österreich ein Konzessionsinhaber

> *„mit einem als enorm zu bezeichnenden Kostenaufwand aggressive Werbung betreibe, die ein positives Image von Glücksspielen fördere und zu aktiver Spielteilnahme anrege",* diese *„Geschäftspolitik [...] mit dem Ziel eines hohen Verbraucherschutzniveaus offenkundig unvereinbar"* sei (Rn. 60).

Und tatsächlich liegt es **klar** auf der Hand, dass die von intensivem Werbeaufwand begleitete **expansionistische Politik des Monopolisten** (Österreichische Lotterien GmbH und Casinos Austria AG können aufgrund der wechselseitigen Beteiligungsverflechtungen hier durchaus als Einheit betrachtet werden) den vom EuGH geforderten **Schutz der Verbraucher vor einem Anreiz zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen geradezu konterkariert.**

Nach den **eindeutigen Vorgaben des EuGH** in der Rs. *Dickinger und Omer* darf die Werbung des Konzessionsinhabers nämlich **keinesfalls**

> „[68] *darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, etwa indem das Spiel verharmlost, ihm wegen der Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen wird oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen".*

Der EuGH erlaubt damit nur Strategien des Monopolinhabers, die die am Markt vorhandenen Kunden über die Existenz der Produkte informieren sollen. Jene Strategien dagegen, die zu **aktiver Teilnahme an Glücksspielen auffordern** und anregen, die also auf das Wachstum des gesamten Marktes für Spieltätigkeiten abzielen, sind **strikt untersagt,** wenn das Monopol unionsrechtskonform sein will (EuGH, Rs. *Dickinger und Omer,* Rz. 69). Erfüllt der Konzessionsinhaber diese Voraussetzungen nicht, ist die gesamte Monopolregelung **nicht unionsrechtskonform** und kann **wegen des Vorrangs des Unionsrechts nicht mehr angewendet** werden (EuGH, Rs. *Dickinger und Omer,* Rz. 43).

.2 Die Marktpolitik der Konzessionsinhaber *Österreichische Lotterien GmbH* und *Casinos Austria AG* erfüllt geradezu mustergültig alle vom EuGH aufgestellten Kriterien, wie das Marktverhalten des Monopolisten gerade **NICHT** sein darf:

Die Werbung der Monopolisten

a. regt zur aktiven Teilnahme am Spiel an

b. schreibt dem Spielen als solchem ein positives Image zu

c. stellt bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht

d. animiert neue Zielgruppen zum Spielen

e. wird laufend inhaltlich ausgedehnt.

a. Anregung zur aktiven Teilnahme am Spiel

In zahlreichen Werbekampagnen erfolgt eine Anregung zur aktiven Teilnahme am Spiel. So stehen die *Österreichische Lotterien GmbH/Casinos Austria AG* bei den Werbeausgaben **2012** in Österreich an **6.** Stelle, **2013** an **7.** Stelle mit **41** Mio. Euro. Regelmäßig erfolgen 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") zielt darauf ab, Menschen aus tristen oder belastenden Alltagssituationen in eine bunte Welt der Online-Spiele abtauchen zu lassen.

Durch die Kooperation mit dem **ORF,** z.B. durch Ausstrahlung der Lottoziehungen oder der Sendung „Money Maker" (öffentliche Lottoziehungen im Vorabendprogramm wurden übrigens von deutschen Gerichten aus Kohärenzgründen schon als EU-widrig angesehen - vgl. OVG Münster, 29.9.2011, Az. 4 A 17/08) wird eine große Reichweite erzielt.

Weiters dienen Werbekampagnen wie z.B. für die Produkte „Magic Money", „Lucky Joker" oder „Cherry Star" eindeutig der Anregung zur aktiven Teilnahme am Spiel.

Ein weiterer Beleg für die Strategie, das Glücksspiel „massentauglich" zu machen, ist der über die Post abgewickelte Verkauf von Briefmarken zu € 1,45 mit dem Motiv „25 Jahre Lotto". Oberhalb der Marke befindet sich ein Barcode, den man in der Trafik für einen Lotto-Gratistipp einlösen kann.

b. **Dem Spielen als solchem wird ein positives Image** zugeschrieben

Werbebotschaften wie z.B. **„Gewinnen macht schön"** oder **„Das Glück steht Ihnen gut"** schreiben dem Spielen als solchem definitiv ein **positives Image** zu. Auch Slogans wie **„Gewinne Ruhm für die Ewigkeit!"** beim Hörsaal-Poker oder „Lotto sichert Ihre Pension" belegen das Spielen um „Ruhm" oder um die Altersversorgung positiv. Bildliche Verknüpfungen mit erfreulichen Ereignissen (z.B. Hochzeit) konnotieren das Spielen ebenfalls positiv.

Zudem wird durch das Suggerieren der vermeintlichen gemeinnützigen **Verwendung der Erlöse** der *Österreichischen Lotterien GmbH/Casinos Austria AG* (z.B. Unterstützung des Wiener Burgtheaters) dem **Spielen ein positives Image** zugeschrieben **(„Ein Gewinn für die Kultur"** und **„Gut für** Österreich")

c. Bedeutende Gewinne werden verführerisch in Aussicht gestellt

Im Rahmen der „Euro-Millionen" werden **Gewinne bis zu 190 Millionen Euro** (!!!!) in Aussicht gestellt; **Zeitungswerbung „10 Millionen Euro an einem Tag";** Einschaltung mit Sujets wie **„Automatisch Millionär werden: Millionär auf Knopfdruck mit MegaMillion";** permanent werden millionenschwere „Lotto-Jackpots" beworben. Im Jahr 2010 ließ die

Konzessionärin eine komplette U-Bahn (104 Meter lang) für ihre Kampagne „Golden Roulette" umgestalten und stellte den Gewinn von Gold-Barren in Aussicht.

d. Neue Zielgruppen werden zum Spielen animiert

Durch das Ansprechen neuer Zielgruppen (insbesondere Frauen und junge Menschen der „Generation Facebook") wird versucht, den Markt für Spiele insgesamt zu erweitern.

aa) Frauen

Die Werbelinie „Diamantenfieber" im Jahr 2009 **sollte Frauen zum „Damentag" in die Casinos locken; im Jahr** 2010 **war eine Muttertagswerbeaktion** für **einen Casino-Besuch gezielt** auf **Frauen als neue Zielgruppe ausgerichtet.**

Erklärungen in den Annoncen („Wie funktioniert Roulette?"; „Wie funktioniert Poker?") belegen explizit, dass von diesen Werbungen neue Zielgruppen angesprochen werden sollen und damit der Markt für Glücksspiel insgesamt erweitert werden soll, da dem bestehenden Publikum die Regeln dieser populärsten Spiele sicherlich bekannt sind. Kommt hinzu, dass solche Einschaltungen, mit denen etwa das Funktionieren von Roulette erklärt wird, durchaus geeignet sind, die Adressaten dieser Einschaltung (im Fall der gegebenen Annonce: Frauen) herabzuwürdigen, da ihnen derlei fundamentale Kenntnisse nicht zugetraut werden.

bb) „Generation Facebook"

Jugendliche Internet-Benutzer wiederum sollen beispielsweise durch die an das populäre Facebook-Spiel „Farmville" angelehnte Internet-Slotmaschine „Farmwin" angesprochen werden. Mit dem Unterschied, dass im Gegensatz zum ohne Einsatz zu spielenden Facebook-Spiel „Farmville" bei der Variante auf win2day.at pro Spiel ein Einsatz von bis zu € 15 möglich ist.

Viele andere Spiele (z.B. „Pinguin Splash - die coole Slot"! oder „Panda") sprechen in Stil und Bewerbung jugendliches Zielpublikum an.

Eines der jüngsten Produkte, das ebenfalls durch graphischen Auftritt und Bedienweise vorrangig auf die „Generation Facebook" ausgerichtet ist, ist die Multiline-Slotmaschine „Robbie Rieh", die in jugendlichem Design speziell zum Spielen unterwegs mit iPhone oder Android ausgelegt ist: Im Werbetext auf der Homepage win2day.at heißt es dazu: „Damit Sie Robbie Rieh immer griffbereit haben, können Sie das Spiel direkt auf Ihr Handy laden". Das Spiel wird weiters mit dem Slogan „Unterwegs abtauchen mit Robbie Rieh" beworben. Pro Spiel ist ein Einsatz von bis zu 15 € möglich.

In Richtung junges Zielpublikum geht schließlich auch die Einrichtung einer eigenen win2day-Facebook-Seite.

cc) Stvlisches und selbstbewusstes Zielpublikum

Nach Eigenangaben soll schließlich durch eine neue „stylische" Werbelinie im Internetauftritt auch der moderne, selbstbewusste Gast angesprochen werden So heißt es im Subtext eines Werbevideos auf „Youtube.com":

„Start der neuen Werbelinie Stylish, modern und zeitgemäß - die neue Kampagne von Casinos Austria inszeniert das "Erlebnis Casino" aus einem neuen Blickwinkel. Der neue Auftritt - kreiert und umgesetzt von der Agentur "Lowe GGK" - stellt dabei den modernen, selbstbewussten Gast ins Zentrum der Kommunikation, setzt das Erlebnis gekonnt in Szene und verleiht den Casinos Austria einen neuen, stilsicheren Auftritt. Gespielt wird bei den Sujets mit Headlines in

Dialogform wie etwa "Sie sind ein Glückskind? Beweisen Sie es!", die mit Augenzwinkern und einer stylischen Bildsprache das Flair der Casinos wiederspiegelt".

e. Ausdehnung des inhaltlichen Angebots der Österreichischen Lotterien GmbH

Die klassischen "physischen" Lotterieprodukte werden zum Großteil über "Annahmestellen" vertrieben - traditionellerweise verstand man darunter in Österreich bis vor kurzem nur Tabakgeschäfte. In den letzten Jahren hat die Österreichische Lotterien GmbH jedoch begonnen, die Zahl der Annahmestellen beispielsweise auch auf Tankstellen und Postämter, aber auch auf Gastronomiebetriebe auszuweiten und so von etwa 3.500 auf über 5.000 drastisch zu erhöhen. Durch die Ausweitung der Annahmestellen erwartet sich die Österreichische Lotterien GmbH ein Ertragsplus von 15 bis 30%.

Wie dadurch illegalen Glücksspieltätigkeiten wirksam entgegen gewirkt werden könnte, ist gänzlich unverständlich, da es notorisch in Österreich keine illegalen Lotterien gibt und nur schwer vorstellbar ist, dass die Ausweitung des Verkaufs von Rubbel- und Lotterielosen irgendjemanden von der Teilnahme an Glücksspielen in jedweder anderen Form abhält. Darüber hinaus sind die Lotterieprodukte der Österreichischen Lotterien GmbH ja die einzigen Glücksspiele in Österreich, die Minderjährigen zugänglich sind - sie sind also auch in dieser Hinsicht ein konkurrenzloses Angebot. Viel näher liegt daher, dass die erwartete Ertragssteigerung "von 15 bis 30%", die auch auf Kosten der Minderjährigen erwirtschaftet wird, der einzige Gesichtspunkt dieser Angebotsausweitung ist.

In gleicher Weise ist auch die aktuell erfolgende Ausweitung des inhaltlichen Angebots der Monopolkonzessionärin nur unter monetären Gesichtspunkten erklärbar.

Wurden bereits im Jahr 2010 durch das Beifügen von drei zusätzlichen Gewinnrängen erhöhte Gewinnchancen und eine garantierte Gewinnsumme von einer Million Euro im Sechser-Rang den Spielern in Aussicht gestellt, wurden mit der Ziehung vom 16.07.2014 die Gewinnsummen abermals drastisch erhöht und das Angebot durch einen sogenannten "Teamtipp" erweitert. Für einen Jackpot erhält der Spieler nun zwei Millionen Euro. Mit noch mehr Gewinnrängen und einem höheren Jackpot sollen noch mehr Jugendliche ab 16 Jahren (bzw. bereits ab 14 Jahren) mit Hilfe kindlicher Werbung, verharmlosenden Comicfiguren, zum Kauf von Lotterieprodukten verleitet werden. Dass das Entgelt für einen Lotto-Tipp um knapp 10% erhöht wird, muss wohl kaum gesondert hervorgehoben werden.

Die Österreichische Lotterien GmbH haben ihr Glücksspielangebot seit 2007 nunmehr das dritte Mal verteuert und schon unmittelbar nach Inkrafttreten der Novellen des Glücksspielgesetzes im Sommer 2010 das Angebot im Sept. 2010 mit mehr Gewinnrängen und einem Mindestjackpot von EUR 1 Million ausgeweitet. Das hat mit moderater Kanalisierung nichts zu tun, denn gerade die Lottoglücksspiele werden von der Glücksspielaufsicht im BMF und der Politik ausdrücklich ohne jegliche spielerschützende Altersregulierung gelassen! Nur der private Anbieter österr. Lotterien selbst, an dem verschiedene Medien beteiligt sind, legt sich eine Altersbeschränkung von 16 Jahren auf. Wie unabhängige Tests zeigten können sogar schon 12 Jährige problemlos ihr Taschengeld für Glücksspielprodukte der österr. Lotterien bei immer mehr Glücksspielverkaufsstellen ausgeben. Der größte finanzielle Profiteur dieser Angebotsausweitung der Glücksspiele und der Preiserhöhungen ist das Aufsichtsorgan der Österreichische Lotterien GmbH, das Finanzministerium.

> Die Vermengung der Interessenslagen im Finanzministerium als direkter finanzieller Profiteur von Angebotsausweitungen und Preiserhöhungen von Glücksspielen liegt auf der Hand. Einerseits ist der Finanzminister selbst indirekter Interessensvertreter der zu schützenden Anteile der Republik Österreich durch die 33,6% Beteiligung der Münze Österreich an der Casinos Austria AG und dadurch an den Österreichischen

Lotterien GmbH, andererseits soll der Finanzminister eine umfassende Aufsichtsfunktion über die Konzessionäre wahrnehmen und Konzessionen im Konflikt mit anderen Wettbewerbern auf dem österr. Glücksspielmarkt transparent und nachprüfbar erteilen.

Dieses Spannungsverhältnis wirkt sich unweigerlich umfassend auf die Glücksspielgesetzgebung aus und ist auch in der Praxis in der unzureichenden Wahrnehmung der Aufsichtspflichten über die Konzessionäre wahrzunehmen.

4.3 Auch die aktuellsten Werbemaßnahmen der Konzessionärin regen zur aktiven Teilnahme am Spiel an, sie verharmlosen das Spiel, sie verleihen dem Spiel durch das Verwendung von Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten und durch die Verbindung mit Kulturaufführungen ein positives Image und sie erhöhen die Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften, indem bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht gestellt werden.

So bspw aktuell, wenn die Konzessionärin zum "internationalen Tag des Glücks" am 20.03.2015 im gesamten Bundesland Werbeeinschaltungen veranlasst sowie Geschenks-Gutscheine und Glückskekse verteilen lässt. So etwa durch Beigabe eines 10 €-Gutscheins an jeden Innsbrucker Haushalt durch Beigabe an das Stadtblatt Innsbruck in der Ausgabe vom 18.03.2015.

Die Werbemaßnahmen der Konzessionärin dienen **in erster Linie zur** Akquisition **neuer Kunden,** wie augenscheinlich bereits aus der notorischen Bewerbung von Spieleerklärungen und Casinoführungen hervorgeht.

Durch diese massive Werbeeinschaltung hat die Casinos Austria AG - ihrer eigenen Presseaussendung vom 23.03.2015 folgend - ***alle Rekorde gebrochen*** und mit 16.000 Gästen am Tag des Glücks den ***besucherstärksten Tag in der Geschichte der Casinos Austria*** erzielt.

Beweis:

Presseaussendung ots vom 23.03.2015, Beilage ./I

4.4 Die Casinos Austria und Österreichische Lotterien verzeichneten im Geschäftsjahr 2014 einen Rekordumsatz **von 3.62 Milliarden Euro**. Dieser Erfolg ist - ihrer eigenen Presseaussendung vom 08.04.2015 folgend - insbesondere auf eine **inhaltliche** Ausweitung **des Angebots** zurückzuführen:

Die Casinos Austria und Österreichische Lotterien weitete ihr Angebot etwa auf die neue Roulett-Variante „Double Roulett" aus. Und ***Dank innovativer neuer Formen der Spielteilnahme*** konnten auch die Österreichischen Lotterien ***ordentlich zulegen***. Schließlich wurden auch ***einige neue Spiele auf den Markt gebracht*** sowie auch zwei ***speziell für Handy bzw. Tablet***.

Zudem erwies sich die Unternehmensgruppe auch einmal mehr als einer der größten Sponsoren in den Bereichen Soziales, Kultur, Sport und Tourismus.

Beweis:

Presseaussendung ots vom 08.04.2015, Beilage ./2

4.5 Dass die von den Österreichischen Lotterien GmbH und den Casinos Austria AG betriebene Geschäftspolitik sowohl hinsichtlich des Umfangs der Werbung als auch hinsichtlich der Schaffung neuer Spiele nicht als Teil einer Politik der kontrollierten Expansion im Glücksspielsektor zur wirksamen Lenkung der Spiellust in rechtmäßige Bahnen angesehen werden kann und die gesetzten Maßnahmen auch nicht darauf abzielen, die Spiellust der Verbraucher in rechtmäßige Bahnen zu lenken - wie vom EuGH für die Zulässigkeit der Beschränkungen der unionsrechtlichen Grundfreiheiten im Bereich des Glücksspielwesens gefordert (vgl. insb. RS Dickinger und Omer, Rz 65 und 67) -, wurde erst jüngst auch wiederum vom LG Linz im Verfahren GZ. 1 CG 190/lly festgestellt.

Demnach können aufgrund der aggressiven Bewerbung der von den Monopolisten angebotenen Glücksspiele die mit dem Glücksspielmonopol einhergehenden Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit mit Verbraucher- oder Spielerschutzerwägungen nicht gerechtfertigt werden.

Auszugsweise stellte das LG Linz in seinem Urteil vom 28.11.2014, GZ 1 Cg 190/lly-40 fest:

> *"In Österreich verfügen lediglich die Österreichischen Lotterien GmbH für den Lottobereich (Ausspielungen) und die Casinos Austrian AG für den Spielbankbereich über die notwendigen Lizenzen zur Durchführung von Wetten und Glücksspielen. Auch sie bieten über die Internetadresse www.win2day.at Roulette und andere Glücksspiele im Internet an. Sie bewerben die Glücksspiele, wie Roulette, in allen dafür in Frage kommenden Medien wie TV- Printmedien, Online usw. Die Österreichische Lotterien*

GmbH hatte in den Jahren 2009-2011 einen jährlichen Gesamtbruttowerbewert von rund 40 Millionen Euro. Die Ausgaben für Werbung lagen bei € 37.121.055, €38.698.475 und €42.438.813. Damit war sie immer unter den Top 5 der in Österreich webenden Unternehmen. Die Werbeausgaben der Casinos Austria AG betrugen 2009 €6.770.680,00 und 2011 €6.121.542,00 (Blg./41). Zwischen 2009 und 2011 schalteten die Österreichischen Lotterien GmbH und die Casinos Austria AG insgesamt 2352 Anzeigen in den österreichischen Printmedien, im Radio und im Fernsehen (vgl die Auflistung in Blg./40).

Die von der Österreichischen Lotterien GmbH und der Casinos Austrian AG betriebene Werbung war nicht maßvoll. Sie diente auch nicht ausschließlich dazu, Verbraucher zu den kontrollierten Spielenetzwerken zu lenken. Im Gegenteil, sie zielte darauf ab, den natürlichen Spielbetrieb der Menschen zu fördern, um sie damit zur aktiven Teilnahme am Spiel anzuregen.

Die Werbung war vorwiegend dadurch geprägt, dass sie nicht nur jene Menschen ansprechen wollte, die ohnedies bereits bereit waren, zu spielen. Vielmehr sprach sie ihre Empfänger nicht nur aktiv zur Teilnahme am Spiel an, sondern richtet sich explizit auch an neue Kunden für das Glücksspiel. Entweder sollte die Werbung dabei alle Empfänger ansprechen und mit neuen Spielen werben (zB „Im Casino auf win2day gibt's immer etwas Neues" [Blg./54] oder Gratis-

Tipp-Aktionen [B\g./12j] oder speziell bestimmte Gruppen ansprechen. Beispielsweise wurden gesondert Frauen zum Gang ins Casino animiert: „Der Damentag zieht alle an", „Ein Abend so schön wie die Frauen - Mittwoch ist Damentag" (Blg./13); „Diamonds Are a Girl's Best Friend - Der Mittwoch ist in den Casinos fest in weiblicher Hand. Nun beginnt er aber ordentlich zu funkeln" (Blg./24); „Vorrang für Damen - Am Damentag" (Blg./27); „Wünsch dir was! Jetzt beim Damentag" (Blg./141). Diese Form der Werbung ging auch mit teils sexistischer Darstellung von Frauen einher. So zeigt eine Printwerbung unter dem Titel „Frauen haben nicht nur Glück im Spiel" eine Frau beim Kartenspiel, umringt von mehreren Männern. Damit soll eindeutig vermittelt werden, dass Karten spielende Frauen für Männer besonders attraktiv und begehrenswert seien (Blg./22).

Die sexistische Darstellung von Frauen findet sich in der Werbung der Casinos Austria AG und der Österreichischen Lotterien GmbH an vielen Stellen: Sei es durch tiefe Ausschnitte und der Hervorhebung der weiblichen Brust (zB Blg./13 [Bild unten] = Blg./72; Blg./142; Blg./lSl); Frauen in lasziven Posen oder aufreizenden Blicken (zB Blg./13 [Bild links oben]; Blg./23; Blg./140) oder durch leicht bekleidete Bauchtänzerinnen (Blg./lOO).

Auch spezielles junges Publikum, wie Studenten, wurden gezielt mit Aktionen wie „ Hörsaal Poker Series" umworben (Blg./17). Mit der Werbeaktion „Poker für Rookies" wurden dezidiert sogenannte „Rookies" (das sind „Neulinge", „Anfänger", „Frischlinge") angesprochen, damit also systematisch Unerfahrene im Pokerspiel und folglich neue Kunden (Blg./140).

Durch die Ausgestaltung der Werbung wurde das beworbene Glücksspiel einerseits verharmlost und andererseits ihm ein positives Image verliehen. Dies vielfach auch damit verbunden, dass die Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegender Aktivitäten beworben wird.

Ein positives Image wird dem Glücksspiel beispielweise verliehen, wenn mit Slogans geworben wird, wie „Ein Gewinn für die Kultur!... Wir von Casino Austria unterstützen wichtige Institutionen wie die Bregenzer Festspiele", „Ein Gewinn für Österreich! ... Casinos Austria kauft im eigenen Land und sorgt damit für eine jährliche Wertschöpfung von fast 700 Millionen Euro". Aus Überzeugung und zum Nutzen der heimischen Wirtschaft", „Ein Gewinn für den Sport! ... und zugleich auch dem Nachwuchs eine Chance bietet", „Ein Gewinn für die Zukunft!... Von Spielerschutz über den schonenden Umgang mit Ressourcen bis hin zur Unterstützung zahlreicher Organisationen und Projekte im Interesse der Allgemeinheit: Casinos Austria lebt Corporate Social Responsibility seit seiner Gründung vor mehr als 40 Jahren. Für Mensch und Umwelt. Aus Überzeugung", „Ein Gewinn für die Gesellschaft! Casinos Austria unterstützt diese wichtige Einrichtung durch Spenden...", „Ein Gewinn für die Menschen!... Gewinnen und genießen Sie mit Casinos Austria Classic & Jazz vom Feinsten", „Ein Gewinn für die Integration! ... Deshalb ist Casinos Austria stolzer Partner dieses Völker verbindenden Events", „Ein Gewinn für die Umwelt!... Wir als Österreichische Lotterien unterstützen das Programm ‚Lebendige Flüsse' des WWF Österreich, das sich mit den Renaturierungsmaßnahmen von Inn, Traun und der March-Thaya Auen auseinandersetzt", „Ein Gewinn für die Natur! ... Wir als Österreichische Lotterien unterstützen das Panda Projekt, weil es nicht nur Kinderaugen zum Leuchten bringt, sondern auch einen wertvollen Beitrag zur Arterhaltung leistet", „Gut für die Natur!... Daher unterstützen die Österreichischen Lotterien das Schutzprogramm des WWF für

Störche" (Blg./75-84; vgl auch Blg./19). Auch unter dem Werbeslogan, „manches möglich machen..." wurden die Österreichischen Lotterien GmbH mit Tier-, Kultur-, Sport-, Sozial-, Naturschutz- und selbst Forschungsprojekte in Verbindung gebracht und als deren Partner beworben (Blg./85-92). Daneben wurden in Zeitungen Beiträge geschalten, die einem Zeitungsbericht bewusst ähnlich sehen, damit sie auf den ersten Blick nicht als Werbung zur erkennen sind - obgleich die Artikel am Rande als „Werbung" oder „Anzeige" gekennzeichnet sind -, und inhaltliche über die Unterstützung von sozialen Projekten durch die Österreichischen Lotterien GmbH „berichten". Diese Artikel stehen unter den Überschriften wie „Gipfelsturm für guten Zweck", Casinos Austria unterstützt die Volkshilfegala am 4. Juli", „Ein Festtag für den Sport", „Österreichische Lotterien halfen mit: Haus 9A im Karl Ryker Dorf präsentiert", „Lotterien: Viele Freude und Begeisterung über ein Sozialprojekt", „Österreichische Lotterien unterstützen die ‚Schmetterlingskinder'", usw... (Blg./93-100; vgl dazu auch Blg./158 S 4f).

In der Werbung finden sich weiters vielfach zugkräftige Werbebotschaften, die die Anziehungskraft erhöhen sollen meist auch bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen. Der Gewinn wir dabei teilweise gar als „automatisch" oder zumindest als „leicht" dargestellt: „Automatisch Millionär werden mit dem neuen Automatenspiel von Casinos Austria", „Automatisch Millionär werden", „Ein leicht zu knackender Tresor", „Grandiose Gewinner Bilanz", „Jetzt warten bei Joker garantiert mindestens 500.000,--Euro 1. Rang", „ 'Joker Fix'- Vier mal 500.000,- Euro garantiert" (Blg./63, 64 und 66-69). Auch diese Werbestrategie wurde nicht nur leicht als Werbung erkennbar verfolgt, sondern ebenso auch teilweise als bezahlte „Berichte" in Zeitungen (zB Blg./70: „Garantiertes Glück"; Blg./21 und ./63: „Millionär auf Knopfdruck mit MEGA Million").

Die Anziehungskraft der Werbebotschaft wird auch durch besonders eindringliche Slogans und Aussagen - ebenso teilweise in Form bezahlter Werbeschaltungen - erhöht. Um nur einige Beispiel zu nennen: „Lotto sichert Ihre Pension" (Blg./6; ./105), „Geld scheffeln, bis die Taschen überquellen" (Blg./8 und Blg./44), „Millionenregen hat begonnen" bzw „Jetzt, reich werden mit Klasse" (Blg./53); „Mit Kreuzerl ins Paradies" (Blg./109); „Weihnachtskasse wird aufgefettet" (Blg./llO); „Auf zum Inselschlussverkauf" (Blg./113); „One-way-ticket ins Paradies" (Blg./119). Es wird damit der potentielle Reichtum durch Gewinne im Glücksspiel als besonders erstrebenswert dargestellt und sogar mit positiven Charaktereigenschaften („mit Klasse"; vgl. Blg./53) verknüpft. Auch Slogan wie „Gewinnen macht schön", „Das Glück steht Ihnen gut", „...Ruhm für die Ewigkeit" bringt das Spielen mit Eigenschaften in Verbindung (Schönheit, Glück, Ruhm) und soll bewusst Sehnsüchte wecken (Blg./15-17).

Es kann nicht festgestellt werden, dass von 2009 bis 2012 kriminelle und betrügerische Aktivitäten im Zusammenhang mit Glücksspielen und Spielsucht in Österreich ein erhebliches Problem darstellten (Beilage./157).

Im Zusammenschau all dieser Sachverhaltsdetails ist zusammenfassend festzustellen, dass die gesamte Werbung nicht maßvoll und auf das beschränkt war, um den Verbraucher zu kontrollierten Spielnetzwerken (des Monopolisten) zu lenken, um der Spielsucht und den kriminellen Aktivitäten im Zusammenhang damit entgegenzuwirken, sondern es sich vielmehr um expansionistischen auf Wachstum abzielende Werbung handelt, die den Spielbetrieb fördern wollte, zur aktiven Teilnahme anregte, dies durch Verharmiosuna, Verleihung eines positiven Images, Erhöhung der Anziehungskraft und durch In-Aussichtstellen verführerischer Gewinne."

4.6 Nicht nur sind die Werbeaktivitäten der Casinos Austria AG und der Österreichischen Lotterien GmbH weder maßvoll noch begrenzt und unterliegen sie auch keiner wirksamen Aufsicht, sondern gilt dies auch notorisch für eine Vielzahl von dritten Unternehmen, die in Österreich Glücksspiele anbieten; dies insbesondere im Online-Bereich.

So gibt es notorisch kaum einen Werbeblock im TV (auch im ORF), im welchen nicht zumindest eine Werbeeinschaltung eines Online-Glücksspielanbieters läuft, wobei es sich bei der Mehrzahl der Einschaltungen um Werbung von Unternehmen handelt, die in Österreich über keine Konzession für die Durchführung von Ausspielungen verfügen. Bekanntermaßen hat einzig die Casinos Austria AG eine Konzession für Online-Glücksspiele (www.win2day.at).

Wie erst jüngst die Wiener Zeitung berichtete und jedenfalls für jeden TV-Konsumenten und Kronen-Zeitung-Leser allgemein notorisch bekannt ist, drängt derzeit etwa massivst der Internet-Glücksspielanbieter "Mr. Green" in den österreichischen Markt. So ist dessen Werbung etwa im TV-Programm der Kronen-Zeitung, auf Facebook, Twitter, im TV, sowie auf elektronischen Billboards omnipräsent.

Aus welchen Gründen das im GSpG verankerte Werbeverbot für nicht konzessioniertes Glücksspiel seitens des BMF in keinster Weise exekutiert wird, bleibt unklar. Mit einer kohärenten Glücksspielpolitik hat dies jedenfalls offenkundig nichts zu tun; dies auch nicht mit Spielerschutz, was bspw bei einem möglichen Verlust bei Mr. Green von bis zu EUR 9.999.999.-klar ersichtlich ist.

Unverständlich ist auch aus welchen Gründen etwa Anbieter von Sportwetten überhaupt keinen gesonderten Werbebeschränkungen unterliegen.

Beweis:

Presseaussendung ots vom 23.03.2015, Beilage ./1

Presseaussendung ots vom 08.04.2015, Beilage ./2

Auflistung unzulässiger Glückspielwerbung unter Zugrundelegung der vom EuGH aufgestellten Kriterien, Beilage ./3

Konvolut an Werbeeinschaltungen der Monopolistin, Beilage ./4

- Urteil LG Linz zu 1 Cg 190/lly, GZ1 Cg 190/lly-40, Beilage ./5
- Gewista Urban Media", Top 10 Firmen 2013, Beilage ./6

Kohärenz des rechtlichen Rahmens für das Glücksspiel in Österreich

Auch was das weitere vom EuGH kumulativ geforderte Kriterium für ein zulässiges Glücksspielmonopol angeht, die Kohärenz des rechtlichen Rahmens für das Glücksspiel, gibt es klare Beurteilungen in der einschlägigen juristischen Literatur:

Kohl (Das österreichische Glücksspielmonopol [2013] 199f.) führt zur fehlenden Gesamtkohärenz aus:

„Der ***Nachweis der kohärenten und systematischen Begrenzung*** *des Glücksspiels wird für das österreichische Glücksspielregime nicht nur in Bezug auf das Verhältnis zwischen Lotterien, die -trotz ihrer unterschiedlichen Erscheinungsformen - undifferenziert bei nur einem Konzessionär zentriert sind, und dem Spielbankenbereich, der auf fünfzehn Anbieter aufgeteilt ist, sondern vor allem auch hinsichtlich der unterschiedlichen Behandlung des kleinen Automatenglücksspiels auf*

Länderebene ***schwer fallen.*** *Aus dem Umstand, dass diese Uneinheitlichkeit zum Teil auf die bundesstaatliche Struktur Österreichs zurückzuführen ist, kann für die unionsrechtliche Beurteilung jedenfalls nichts gewonnen werden; eine darauf abzielende mitgliedstaatliche Argumentation wurde vom EuGH bereits in einer Entscheidung zum deutschen Glücksspielmonopol ausdrücklich als unmaßgeblich erachtet.* [...Daher] ist mE angesichts der zuvor dargelegten zahlreichen problematischen Aspekte insgesamt von einer Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols auszugehen."

Auch ***Leidenmühler*** (Das Glücksspielmonopol auf dem Prüfstand des Kohärenzgebots, MuR 2014,42ff.) führt aus,

„dass die ***inhomogenen Regelungen*** *für Spielbanken, Ausspielungen, Pokersalons, Landesausspielungen für Glücksspielautomaten und Sportwetten - wobei die Einnahmen allesamt privaten Anbietern zukommen -* ***dem Kohärenzgebot in hohem Maße widerstreiten"*** (45).

So gibt es bspw keinerlei einheitliche Regelungen betreffend Sportwetten.

Zum gleichen Resultat gelangen alle weiteren Beiträge, die sich bislang im österreichischen rechtswissenschaftlichen Schrifttum mit der Frage der rechtlichen Kohärenz befasst haben.

Vgl. *Talos/Strass,* Das Kohärenzgebot im Glücksspielsektor, wbl 2013, 481ff. [490f.]; *Stadler/Aquilina,* Unionsrechtskonforme Regulierung: ein Glücksspiel?, ecolex 2013, 389ff. [390f.]; *dies.,* Monopolisierung im Internet-Österreichs Internet-Glücksspiel-Monopol im Lichte des unionsrechtlichen Kohärenzgebots, in *Jaksch-Ratajczak/Stadler* [Hrsg.], Aktuelle Rechtsfragen der Internet-Nutzung, Bd. 2 [2011] 451ff. [483]; *Leidenmühler,* Das „Engelmann"-Urteil des EuGH - *Rien ne va plus* für das österreichische Glücksspielgesetz, MuR 2010, 247ff. [250f.]).

Von der CASAG selbst wird öffentlich bekundet (zB Prokurist Herbert Beck im Club 2 11/09), dass die einzig verbliebene Rechtfertigung für die Aufrechterhaltung des Monopols in Österreich der Spielerschutz ist. Mit anderen Worten rechtfertigt die Republik Österreich die Einschränkung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit damit, dass der Schutz des einzelnen Spielers gewährleistet sein muss. Wie ernst es der Gesetzgeber damit meint, sieht man bspw anhand der folgenden Bestimmungen:

§ 25 Abs. 3 GSpG idF vor der jüngsten Novelle BGBl. I Nr. 13/2014

"Die Haftung der Spielbankleitung ist der Höhe nach mit der Differenz zwischen dem nach Verlusten das Existenzminimum unterschreitenden Nettoeinkommen des Spielers unter Berücksichtigung seines liquidierbaren Vermögens einerseits und dem Existenzminimum andererseits abschließend beschränkt; höchstens beträgt der Ersatz das konkrete Existenzminimum".

Mit dieser Bestimmung schützte der Gesetzgeber nur die Monopolisten, nicht jedoch den einzelnen Spieler. Ein Beispiel: Verspielte ein Spielsüchtiger in einem Zeitraum von 2 Jahren EUR 100.000,-, kann er aufgrund des § 25 Abs. 3 GSpG (alt) maximal einen Betrag von EUR 4.500,-zurückfordern. Aber dies auch nur dann, wenn er seine Existenz vernichtet hat und die Casinos Austria ihre Pflichten grob schuldhaft verletzt hat. Als der Verfassungsgerichtshof im Jahr 2008 einen Teil der Bestimmung des § 25 Abs. 3 GSpG als verfassungswidrig aufhob, sah sich der Glücksspielgesetzgeber veranlasst, diese Bestimmung wortgleich (so quasi als Beharrungsbeschluss) wieder in Kraft zu setzen (Wilhelm in ecolex 2008, Hilf).

Es behängte sodann ein Verfahren beim Verfassungsgerichtshof, diesfalls ging es um die Beschränkung der Ersatzpflicht auf das Existenzminimum (OGH vom 25.03.2010, 2 Ob 252/09m). Der Verfassungsgerichtshof stellte sodann auch die Verfassungswidrigkeit der Wortfolge ",wobei die Haftung der Spielbankleitung der Höhe nach mit der Differenz zwischen dem nach Verlusten das Existenzminimum unterschreitenden Nettoeinkommen des Spielers unter Berücksichtigung seines liquidierbaren Vermögens einerseits und dem Existenzminimum ■ andererseits abschließend beschränkt ist; höchstens beträgt der Ersatz das konkrete Existenzminimum" im 6. Satz des § 25 Abs 3 GSpG idF BGBl 1105/2005 fest und führte dazu aus, dass diese Regelung „in europarechtlicher Perspektive auch Ausfluss der Verpflichtung des Staates zum Schutz der Spieler ist, der wiederum Teil der ordnungspolitischen Verantwortung des Staates ist, die nach dem Recht der Europäischen Union zur Rechtfertigung eines Systems zahlenmäßig beschränkter Konzessionen verbunden mit einem staatlichen Monopol beiträgt," und dass das in dieser Bestimmung liegende Interesse mit Blick auf das von diesen Unternehmen generierte Steueraufkommen aus der Spielbankenabgabe und der Glücksspielabgabe letztlich ein fiskalpolitisches ist (VfGH 27.09.2011, G 34/10).

Erstmals im Sommer 2010 hat der im Finanzministerium zuständige Staatssekretär Dr. Reinhold Lopatka anlässlich eines gemeinsamen Interviews mit dem Oberösterreichischen Landeshauptmann Dr. Pühringer im Zusammenhang mit den Novellen zum Glücksspielgesetz (Novellen 2008 und 2010) auf die Kritik im Zusammenhang mit § 25 Abs. 3 GSpG reagiert und auf die Frage eines Journalisten, warum man einen pathologisch Spielsüchtigen nur maximal EUR 4.500,- zurückgeben will, auch wenn der sein ganzes Hab und Gut verspielt hat, erklärt: "Das ist ganz einfach zu beantworten, der würde es ja wieder verspielen".

Mit Recht hat Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinsky die zivilrechtliche Untragbarkeit der Bestimmung des § 25 Abs. 3 GSpG kritisiert: "Jedenfalls aber weicht die hier erörterte Vorschrift in einer Vielzahl von Teilaspekten zum Teil sehr krass von anerkannten Grundsätzen des Zivilrechtes ab." "... Damit die Vorschrift nicht völlig zahnlos bleibt und den

ausdrücklich intendierten Schutz der Spieler und ihrer Familien tatsächlich erreichen kann, muss aber auch bei gültigen

Spielverträgen die Verletzung der Betreiberpflichten bereits im Regelfall schadenersatzrechtlich sanktioniert sein. Oder steht der Gesetzgeber auf dem Standpunkt, den Familien sei schon dann geholfen, wenn etwa der alleinverdienende Ehemann (wieder) über das Existenzminimum verfügen kann?...

Schließlich ist in keinster Weise nachvollziehbar, aus welchen Gründen erst mit der jüngsten Novelle des GSpG BGBl. I Nr. 13/2014 dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshof Rechnung getragen wurde und die verfassungswidrige Haftungsbeschränkung auf das Existenzminimum aufgehoben wurde. Soweit in den Materialien von einer "Überschneidung" von Novellen des Glücksspielgesetzes die Rede ist, wodurch die Regelung inhaltsgleich wieder in den Rechtsbestand gelangt sei, kann diese Begründung bereits schon aus der Tatsache heraus dahingestellt bleiben, dass das Erkenntnis bereits vom 27.09.2011 datiert und zwischenzeitig mehrfach das Glücksspielgesetz novelliert wurde.

§ 56 GSpG

Wie sehr Österreich um den Schutz der Konzessionäre auf Kosten der Konsumenten setzt, zeigt ferner die Bestimmung des § 56 GSpG.

Mit dieser Bestimmung wurde zwar festgelegt, dass die Konzessionäre bei der Werbung einen verantwortungsvollen Maßstab einzuhalten haben, hat aber nicht vergessen, in das Gesetz mitaufzunehmen, dass Klagen von Mitbewerbern, Konsumenten und Konsumentenschutzverbänden wegen unzulässiger Werbung für den Bereich des Glücksspiels ausgeschlossen (!) sind. Anlass für die Gesetzesänderung war eine Klage des Online-Glücksspielkonzerns "bwin" gegen die "OLG", wobei bereits im Provisorialverfahren die OLG unterlegen war (Beschluss des Handelsgerichtes Wien vom 07.04.2008,10 Cg 9/08s).

Glücksspielgesetznovellen 2008 und 2010

Dass sich der Gesetzgeber um den Spielerschutz in Wahrheit gar nicht schert, hat er auch eindrucksvoll durch die beiden Glücksspielgesetznovellen 2008 und 2010 unter Beweis gestellt.

Wie auch das LVwG OÖ im ersten Verfahrensgang zutreffend erkannt wurde, lag die Motivation des Gesetzgebers objektiv besehen zweifelsfrei darin, die Staatseinnahmen zu erhöhen, was auch durch die Anhebung der für das "kleine Glücksspiel" (Landesausspielungen) in einzelnen Erlaubnisländern vorgesehenen Grenzen von EUR 0,50 Höchsteinsatz und EUR 20,-Maximalgewinn auf EUR 10,- (!!) Einsatz und EUR 10.000,-- (!!) Gewinn augenscheinlich ist (§ 5 Abs. 5 GSpG). War es also in den Erlaubnisländern bis dahin möglich, pro Spiel EUR 0,50 zu setzen, ist es nunmehr in den Automatensalons der Erlaubnisländer möglich, mit einem Einsatz von bis zu EUR 10,-- pro Spiel zu spielen, der Einsatz wurde also verzwanzigfacht. Damit die Attraktivität des Spiels gesteigert wird, wurde (ganz und gar nicht im Interesse des Spielerschutzes) die mögliche Gewinnchance auf das 500-fache erhöht. Dies wird vom Gesetzgeber ausdrücklich als ein Spielerschutz orientierter Spielverlauf bezeichnet (?!).

Nicht täuschen lassen darf man sich durch die weiteren Bestimmungen, dass jedes Spiel zumindest eine Sekunde dauern muss (war bisher auch nicht kürzer), dass keine parallel laufenden Spiele spielbar sind (hat es noch nie gegeben) und keine Jackpots ausgespielt werden (war in den Erlaubnisländern auch bisher verboten).

Dass der Gesetzgeber vorgesehen hat, dass nach 2 Stunden ununterbrochener Spieldauer eines Spielteilnehmers der Glücksspielautomat abschaltet (Abkühlphase) ist eine unnotwendige Kosmetik des Gesetzes, da nach dem neuen Gesetz jeder Spieler ohnehin nach 2 Stunden sein "Vermögen" los ist (bei EUR 36.000,- möglichem Spieleinsatz pro Stunde!!!).

Im Besonderen zum Spielerschutz:

Die nicht unionsrechtskonforme Werbung in Österreich häuft sich seit dem Jahr 2009 und die gesamte Situation wird eher schlechter als besser wird. Ein unabhängiges Gutachten aus dem Jahr 2015, beleuchtet die Spielsuchtprävention in Österreich vier Jahre nach Inkrafttreten der Glücksspielgesetzesnovellierung 2010. Dieses Gutachten wurde erstattet von Frau MMag. M.Z., eine ausgesprochene Expertin im Bereich Glücksspielverhalten, klinische Psychologie und Gesundheitspsychologie. Frau MMag. Z. hat sich unter anderem in den Jahren 2009 bis laufend mit pathologischen Glücksspielverhalten, Suchterkrankungen insbesondere Glücksspielsucht sowie Behandlungsmöglichkeiten von pathologischen Spielern auseinandergesetzt. Ihre Qualifikation beweist sich durch zahlreiche Publikationen sowie zahlreiche orale Präsentationen. Ihren genauen CV kann man auf www.praxis-strudlhof.at einsehen. Der hier vorgelegte Bericht, welcher die Suchtspielprävention und die gesetzten bzw. nicht gesetzten Maßnahmen durch den Gesetzgeber aber auch die nicht vorhandene Umsetzung der Spielsuchtprävention in Österreich innerhalb der letzten Jahre (2010 - 2015) beleuchtet, kommt zu einem vernichtenden Ergebnis. So kristallisiert sich nach 15 Seiten stark kritischen Aussagen folgende Tatsache heraus:

Es geht mittlerweile nicht mehr um eine Vorreiterrolle Österreichs mit Vorbildfunktion in der Spielsuchtprävention, von der damals der zuständige Staatssekretär Reinhold Lopatka 2010 gesprochen hat. Es geht nunmehr vielmehr um Sicherung der Maßnahmen zur Prävention zum

Spielerschutz und schließlich um eine gut organisierte Hilfeleistung für die Spielsüchtigen und ihre Familien. Das dringende Anliegen der Politik soll bei heutigem Tag heißen, kein europaweites Schlusslicht in der Spielsuchtprävention zu bilden. Schon alleine durch diesen letzten zusammenfassenden Satz steht fest, dass sowohl der Gesetzgeber wie auch die tatsächliche Umsetzung betreffend Spielerschutz nicht nur nicht vorhanden ist, sondern die Gesamtkonzeption des Gesetzes vollkommen versagt hat. So hat man z.B. am 10.12.2010 auf der unter http:\\vwww.spieler-info.at/article/lopatka-spielerschutzstelle-im-finanzministerium-eingerichtet lesen können:

„Finanzstaatssekretär betont europaweite Vorbildfunktion Österreichs bei Suchtprävention im Bereich des Glücksspiels. Mehr Spielerschutz ist eines der Hauptziele des neuen Glücksspielgesetzes, das seit Sommer 2010 in Kraft ist. Erstmalig wird dadurch auch Suchtprävention und Spielerberatung gefördert..."

Wie der OGH in in seiner jüngsten Entscheidung zu 4 Ob 200/14m anführt, geht es nicht nur um die Grundintention des Gesetzgebers, sondern auch die darauffolgende tatsächliche Umsetzung und auch die Weiterentwicklung des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung, welche sowohl in der Praxis als auch durch den Gesetzgeber zu erfolgen haben. Sind diese Faktoren nicht gegeben - was spätestens nach Vorliegen des Gutachtens von MMag. Z. festgestellt wurde - so ist das Gesetz nicht mit den zwingenden Vorgaben des Unionsrechtes vereinbar und hat daher auf Grund bestehender Unionsrechtswidrigkeit unangewendet zu bleiben. Wie bereits eben ausgeführt, wurde im Jahr 2010 unter anderem durch den damals zuständigen Finanzstaatssekretär Lopatka verlautbart, dass Österreich durch die erfolgte Novellierung eine Vorbildfunktion innerhalb Europas betreffend Spielerschutz und Suchtprävention einnimmt. Der eben erwähnte Finanzstaatssekretär veröffentlichte diese Meinung ebenso in seinem Webblog unter www.lopatka.at. Auszugsweise führt dies folgendes an:

> *„Seit 1. Dezember haben wir im Finanzministerium eine neue Spielerschutzstelle im Glücksspielbereich eingerichtet. Dr. Doris Kohl leitet die neu ins Leben gerufene Spielerschutzstelle. Sie ist eine ausgewiesene Fachexpertin und hat bisher im Finanzministerium ihre Expertise als ehemalige Anwältin einfließen lassen. Dr. Doris Kohl wird in ihrer neuen Funktion eine Schnittstelle zu Glücksspielaufsicht bilden und wird sich auch bei der Konzessionsbewertung hinsichtlich ausreichender Spielerschutzkonzepte einbringen. Eine der ersten Aufgaben dieser Stelle wird neben der Einrichtung eines Spielsuchtbeirates als Beratungsorgan sein, den Spielerschutz bei den für 2011 zu vergebenen Konzessionen umfassend einer fachlichen und wissenschaftlich fundierten Beurteilung zu unterziehen..."*

Am 24.02.2011 konnte man online unter www.ots.at lesen, dass der Finanzierungsbeitrag aus Glücksspielumsätzen gesichert ist. Begründet wurde dies unter anderem damit, dass der Spielerschutz auch schon präventiv gestärkt wird durch den im Glücksspielgesetz verankerten Finanzierungsbeitrag in Höhe von ein Promille aller Glücksspielumsätze.

Mittlerweile steht fest, dass im Rückblick alle diese hoffnungsvollen Kommentare und Statements zum vorbildlich geregelten Spielerschutz nichts als reine Unwahrheiten sind. Die Hoffnungen der Spielerschutzeinrichtungen auf eine geregelte Finanzierung ihrer Arbeit wurde bis jetzt nicht erfüllt. Nach wie vor ist die Finanzierung der Spielerschutzeinrichtungen angewiesen auf freiwillige Spenden der Glücksspielanbieter. Die im Gesetz verankerten Bestimmungen wurden bis heute nicht erfüllt. Auf jeder Fachtagung im BMF seit 2010 wird die Regelung der Finanzierung durch teilnehmende Vertreter der Spielerschutzeinrichtungen gefordert. In den Jahren 2011 bis 2013 wurde seitens des Gesetzgebers Versprechungen gemacht, dass erst mit der Anbindung der Glücksspielautomaten an das Bundesrechnungszentrum eine finanzielle Unterstützung erfolgen kann. Nach der Übernahme der Leitung der Stabstelle durch Mag. Alice Schogger (diese ersetzte Dr. Doris Kohl) bei der Fachtagung 2014 kam die nunmehrige Leiterin der Stabstelle für Spielerschutz zu folgendem Ergebnis: ..Steuerannahmen in Österreich sind nicht zweckgebunden, daher werden sie auch nicht an Spielsuchteinrichtungen weitergeleitet."

Alleine diese Aussage aus dem Mund der Hauptverantwortlichen der Stabstelle für den Spielerschutz beweist, dass Suchtprävention und Spielerschutz in Österreich keine Rolle spielen. Auf der ersten Fachtagung Glücksspielsucht im

BMF am 20.06.2011 wurden notwendige Rahmenbedingungen betreffend effektiven Spielerschutz wie folgt dargestellt: „Im Rahmen des Responsible Gaming muss ein Umfeld geschaffen werden, in dem es für den Konsumenten möglich ist, eine informierte Wahl zu treffen. Damit richtet sich das verantwortungsvolle Glücksspiel gleichermaßen an die Politik, an die Industrie und an den Konsumenten. Weiters wurde vom Vortragenden Prof. Jörg Häfeli angeführt, dass glücksspielbezogene Probleme sich aus der Wechselwirkung zwischen spezifischen Eigenschaften eines Glücksspiels, des Spielers und der Verfügung von Glücksspielen ohne ausreichende Maßnahmen des Spielerschutzes ergeben. Der Vortragende Prof. Häfeli führte zum Schluss seines Vortrages an, dass das Schweizer Modell aus dem Grund erfolgreich ist, da die staatliche Regulierung und die gesetzlichen Auflagen klar und widerspruchsfrei sind. Für den angeblich bereits umgesetzten oder zumindest angestrebten Erfolg im Responsible Gaming Bereich in Österreich würde dies Folgendes heißen: Um eine wirksame Spielsuchtprävention zu betreiben, müssen alle beteiligten Parteien mitwirken und ihren Teil der Verantwortung übernehmen. Jugendschutz und Spielerschutz kann nur in einem gesetzlich regulierten Rahmen gesichert werden. Die ordnungsbildnerische Verantwortung übernimmt der Staat, in dem er den Glücksspielmarkt klar und widerspruchsfrei reguliert. Die Umsetzung von im Gesetz ausformulierten Auflagen muss kontrolliert und bei Nichterfüllung oder mangelhafter Umsetzung mit entsprechenden Konsequenzen sanktioniert sein. Ein Glücksspielgesetz ohne gut funktionierende Kontrolle und Sanktionen kann keine sichere Grundlage für eine wirksame Prävention gegen Spielsucht und illegale Aktivität bilden. Im Rahmen der Informationsvermittlung muss Risiko bewusst sein, für Glücksspiel in der Allgemeinbevölkerung geweckt und Spielsucht als eine behandelbare Krankheit entstigmatisiert werden. Das sind Voraussetzungen, die in den Jahren 2011 bis 2014 seitens des BMF nicht umgesetzt wurden. Dies lässt sich unter anderem durch folgende Tatsachen beweisen: Im Rahmen der ersten Fachtagung im BMF (20.6.2011) unter dem Titel „Glücksspielsucht - aktuelle Entwicklung: Epidemilogie, Prävention und Spielerschutz in Österreich, Deutschland und der Schweiz" stellte die Leiterin der neu eingerichteten Stabstelle für Suchtprävention und Suchtberatung im BMF Frau Dr. Doris Kohl Kernpunkte des Glücksspielgesetzes 2010, das Tätigkeitsprofil und die im Gesetz verankerten Aufgaben der neuen Einheit vor. Mit neuer Einheit ist die Suchtpräventionsstelle im BMF gemeint. Folgende Aufgaben der Stabstelle wurden genannt: 1. Unterstützung der Suchtforschung im Bereich Glücksspiel, 2. Erarbeitung und Vorstellung von besten Praxismodellen (Zusammenarbeit von Spielerschutzeinrichtungen und Glücksspielkonzessionären), 3. Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen, 4. Erarbeiten einer Verordnung zu Errichtung des Spielerschutzbeirates und Errichtung des Beirates, 5. für 2012 die Ausrichtungen der österreichweiten Antistigmakampagne, 6. bis Ende 2013 Folgestudien Epidemilogie, 7. Im Jahr 2013 österreichweite Aufklärungs- und Informationskampagne zu Glücksspielsucht, 8. 2014 Evaluierung .der Wirksamkeit der Spielerschutzmaßnahmen im Glücksspielgesetz 2010 gemäß § 60 Abs. 2 Ziff. 5 GSpG.

Fest steht, dass die Umsetzung dieser Punkte bis heute gänzlich ausständig ist. Dies beweist sich auch dadurch, dass 2012 das BMF eine Umfrage zum Wissenstand der Allgemeinbevölkerung zum Glücksspiel, Glücksspielsucht und Änderungen im Glücksspielgesetz in Auftrag gegeben wurde. Hierbei stellte sich heraus, dass etwas über die Hälfte der

Österreicher denkt, dass die Jugend in unserem Land nicht bzw. wenig vor den negativen Folgen des Spielens geschützt ist.

Obwohl 80 % der befragten Österreicher und Österreicherinnen Spielsucht als eine Krankheit erkennen, können sechs von zehn Personen spontan keine Stelle nennen, an die sich Spielsüchtige wenden können. Fazit aus dieser Umfrage, die von Dr. Doris Kohl auf der zweiten Fachtagung im BMF 2012 präsentiert wurde, war: *„Das tatsächliche Wissen zur Veränderung ist gering; subjektiver Wissenstand zum Glücksspiel und zu Änderungen, Verschärfungen unzureichend. Aufklärungs- und Informationskampagne gerichtet an Bevölkerung und Spie/er ist notwendig!"*

Es lässt sich erkennen, dass die Stabstelle für Spielerschutz eine Umfrage/Studie finanzieren musste, um einen Beweis dafür zu haben, dass eine Aufklärungs- und Informationskampagne zum Glücksspiel, Glücksspielsucht und Änderungen des Glücksspielgesetzes notwendig ist. Diese Notwendigkeit wurde im Mai 2012 kostenaufwendig nachgewiesen, eine Aufklärungskampagne wurde bis heute nicht umgesetzt. Weitere große gravierende Mängel insbesondere auch im Bereich Jugendschutz, welcher als Priorität im Glücksspielgesetz durch den Gesetzgeber ausgewiesen wurde, ergeben sich unter anderem aus einer Studie aus dem Jahr 2013 zum Thema Nutzung von Glücksspielen von Jugendlichen und jungen Erwachsenen in Österreich. Ergebnisse aus dieser Studie belegen, dass der Jugendschutz bei Lotterieprodukten äußerst mangelhaft ist. Diese Fakten, welche sich ebenfalls aus dem Gutachten MMag. Z. ergeben, decken sich auch mit den Aussagen von Roman Neßhold, Institut für Glücksspiel und Abhängigkeit in Salzburg. Zum Schluss geht Frau MMag. Z. darauf ein, dass die Frage der Finanzierung und Betreuung bzw. Behandlung von Spielsüchtigen in Österreich nach wie vor ungeklärt ist. Als Vergleichsbeispiel dazu gibt es staatliche Unterstützung für Spielerschutzeinrichtungen in Deutschland durch den Staat selbst, in Österreich ist dies nach wie vor nicht umgesetzt. Zusammenfassen lässt sich Folgendes festhalten: Die Werbung der österreichischen Lotterien sowie der Casinos Austria AG entsprechen nicht dem Kohärenzgebot der Unionsrechtssprechung. Die einzige Rechtfertigung für die Bildung eines Glücksspielmonopols, auf welchem das Glücksspielgesetz fußt, ist, dass der Spielerschutzgedanke und die Kriminalitätsbekämpfung einzig und allein durch dieses Monopol umgesetzt werden können. Diesbezüglich wurde (bzw wird soweit die Beweise noch aufzunehmen sind) nunmehr zweifelsfrei unter anderem durch das noch vorzulegende Konvolut an Werbeeinschaltungen der Konzessionäre, durch die Auflistung unzulässiger Glücksspielwerbung und der Zugrundelegung der vom OGH aufgestellten Kriterien, durch die durch die zeugenschaftliche Einvernahme von R.R., H.K. und J.M. sowie durch die Vorlage des Gutachtens der klinischen Psychologin der MMag. M.Z. eindeutig nachgewiesen, dass das Monopol nicht im Geringsten die gebotenen Zielsetzungen, nämlich jene des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung verfolgen. Der Gesetzgeber geht noch weiter und hüllt den einzigen Paragraphen, der eine strafrechtliche Verfolgung des illegalen Glücksspiels möglich macht, so aus, dass dieser nicht mehr angewendet werden kann. Spielerschutzeinrichtungen werden einzig und allein durch Glücksspielanbieter finanziert Die Stabstelle für Spielerschutz kommt ihren geforderten Aufgaben in keinster Weise nach. Die Umsetzung der angekündigten Themen und Tätigkeitsgebiete betreffend Spielerschutz ist seit dem Jahr 2010 vollkommen ausgeblieben. Auch die tatsächliche Kontrolle der Konzessionsinhaber von Landesausspielungen funktioniert nicht. Der Privatdetektiv R.R. konnte stichprobenartig problemlos mit Minderjährigen in Lokale aller Konzessionsinhaber

Glücksspielprodukte konsumieren. Eine darüber hinaus gehende betreiberübergreifende Spielerkarte wurde bis heute trotz vehementen Forderungen nicht umgesetzt. Das heißt in der Praxis kann man bspw in Oberösterreich neun Stunden am Stück bei den Inhabern von Landesbewilligungen (drei Stunden pro Konzessionsinhaber in Oberösterreich) spielen. Fällt das Ende dieser neun Stunden genau auf den Tagessprung, um Mitternacht kann dann bis zu einer durchschnittlichen Öffnungszeit von vier Uhr morgens erneut bei den ersten beiden Konzessionsinhabern weiter spielen. Dies führt zu einer maximalen Spieldauer ununterbrochen am Stück von 13 Stunden. Auch hier sieht man, dass einer der Spielerschutzgedanken in Österreich nicht im Geringsten ein wichtiges Anliegen des Gesetzgebers ist.

Schließlich spricht auch - wie vom LVwG OÖ im ersten Verfahrensgang zutreffend festgestellt wurde - die jüngst erfolgte Novellierung des GSpG durch BGBl.Nr. I 13/2014 deutlich gegen die Annahme, dass das illegale Glücksspiel ein maßgebliches Kriminalitätsproblem darstellt. Angesichts dessen, dass § 52 Abs. 2 GSpG in seiner zuvor maßgeblichen Fassung festlegte, dass bei einem Einsatz von mehr als 10 Euro pro Spiel ex lege von einer nicht bloß behördlich, sondern vielmehr von einer gerichtlich strafbaren Handlung nach § 168 StGB auszugehen war, ordnet nämlich § 52 Abs. 3 GSpG in seiner nunmehr geltenden Fassung an, dass ein Beschuldigter dann, wenn er durch seine Tat sowohl den Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 GSpG als auch den Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht hat, nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 GSpG zu bestrafen ist. Im Ergebnis wird damit aber objektiv besehen eine vergleichsweise ganz essentielle Einschränkung des rechtspolitischen Unwerturteils zum Ausdruck gebracht, knüpfen sich doch an eine bloß behördliche Bestrafung wesentlich geringfügigere Folgen als an eine strafgerichtliche Verurteilung. Eine derartige gesetzgeberische Maßnahme wäre schon unter dem Aspekt des Sachlichkeitsgebotes des Gleichheitsgrundsatzes freilich nicht vertretbar, wenn die Kriminalität und/oder die Spielsucht im präjudiziellen Zeitraum tatsächlich ein erhebliches Problem darstellt bzw. dargestellt hätte. Dass dies objektiv nicht zutraf, wird im Übrigen auch aus den Gesetzesmaterialien, in denen die geringe Zahl strafgerichtlicher Verurteilungen (insgesamt nur 13 in zwei Jahren) sogar ausdrücklich hervorgehoben wird, deutlich, wenngleich mit den dort- in zumindest fahrlässig irreführender Weise - verwendeten Begriffen „Kriminalität" und „Verurteilungen" die gerichtliche einerseits und die behördliche Strafbarkeit andererseits in unzulässiger Weise gleichgesetzt werden. Vielmehr resultiert insgesamt und objektiv besehen zweifelsfrei, dass die Novelle BGBl.Nr. I 14/2013 ausschließlich den Zweck einer verfahrensrechtlichen Effizienzsteigerung zur Sicherung des bestehenden Monopolsystems verfolgte. Dies erhärtet sich durch den Bericht 111-104 der Beilagen XXV. GP - Bericht-Hauptdokument mit folgendem Inhalt: StGB 2015 - Bericht der Arbeitsgruppe zum Thema § 168 Glücksspiel:

§ 168. (1) Wer ein Spiel, bei dem Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen oder das ausdrücklich verboten ist, veranstaltet oder eine zur Abhaltung eines solchen Spieles veranstaltete Zusammenkunft fördert, um aus dieser Veranstaltung oder Zusammenkunft sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zuzuwenden, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, es sei denn, dass bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge gespielt wird.

(2) Wer sich gewerbsmäßig an einem solchen Spiel beteiligt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

Empfehlung der Arbeitsgruppe: Die Arbeitsgruppe spricht sich einhellig für die Streichung des § 168 StGB aus.
Ausgangssituation: In der Praxis traten bei der Frage der Anwendbarkeit des § 168 StGB zum einen Abgrenzungsschwierigkeiten zu § 52 Glücksspielgesetz, und zum anderen Probleme im Zusammenhang mit der Diskussion um die Europarechtskonformität der Monopolregeln im Glücksspielgesetz auf.

Mit dem Abgabenänderungsgesetz 2014 (BGBl. I Nr. 13/2014) wurde § 52 Abs. 3 Glücksspielgesetz wie folgt geändert: „Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen." Diese Änderung trat mit 1.3.2014 in Kraft.
In der Arbeitsgruppe diskutierte Vorschläge: Streichung des § 168 StGB

Erwägungen: Durch die Änderung im Glücksspielgesetz fällt der Hauptanwendungsbereich des § 168 StGB aufgrund des Vorranges des Verwaltungsstrafrechtes weg. Für die wenigen Fälle, die nur unter § 168 StGB zu subsumieren wären, ist die strengere gerichtliche Ahndung im Gegensatz zu den anderen Fällen, in denen nunmehr lediglich eine verwaltungsrechtliche Ahndung vorgesehen ist, nicht zu rechtfertigen. Schon alleine aus dem Wortlaut des Berichtes geht eindeutig hervor, dass die strafrechtliche Konsequenz stärker zu bewerten ist als die verwaltungsstrafrechtliche. Wird somit § 168 StGB gestrichen, so steht fest, dass es dem Gesetzgeber nicht notwendig erscheint, illegales Glückspiel strafrechtlich zu sanktionieren.

Es lässt sich daher im Sinne des LVwG OÖ im ersten Verfahrensgang festhalten, dass ein verifizierbarer Nachweis dafür, dass die Kriminalität (in jener vom EuGH verstandenen Bedeutung) und/oder die Spielsucht im präjudiziellen Zeitraum tatsächlich ein erhebliches Problem darstell(t)e(n). objektiv besehen - und entgegen den vom EuGH in seinen Urteilen vom 9. September 2010, C-64/Q8, und vom 15. September 2011, C-347/09, aufgestellten Kriterien -nicht vorliegt. Fehlt es aber schon an dieser Voraussetzung, so entfällt damit auch die Möglichkeit der nach dieser höchstgerichtlichen Judikatur erforderlichen Klärung der Frage, ob diesem Problem insbesondere nur durch ein Monopolsystem mit kontrollierter Expansion von zugelassenen Spieltätigkeiten hätte abgeholfen werden können.

Zudem ergibt sich aus den einschlägigen Gesetzesmaterialien, dass eine Einnahmenmaximierung zugunsten der öffentlichen Haushalte - wenn nicht das ausschließliche, so doch - ein Hauptziel (und nicht, wie die Österreichische Bundesregierung in ihrer Stellungnahme vom 11. Dezember 2012 ausführte, „bloß eine erfreuliche Nebenwirkung") der GSpG-Novelle BGBl.Nr. I 73/2010 war. Denn die Motivation des Gesetzgebers lag objektiv besehen zweifelsfrei - jedenfalls auch -darin, im Wege der gleichzeitigen Novellierung des Finanzausgleichsgesetzes 2008 die Staatseinnahmen zu erhöhen (vgl. 657 BlgNR, 24. GP, insbes. S. 1, 3 ff u. 11 f, sowie 981 BlgNR, 24. GP, insbes. S. 148).

Auf Grund der gegenwärtigen Faktenlage resultiert sohin als Ergebnis, dass das im GSpG 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, sodass sich vor diesem Hintergrund die derzeit bestehende Monopolregelung in Verbindung mit dem unter einem zu dessen Effektuierung institutionalisierten strikten Sanktionensystem insgesamt besehen unverhältnismäßig ist. Entsprechend den vom EuGH in seinem Urteil vom 30. April 2014, C 390/12, getroffenen Feststellungen (vgl. RN 54 bis 56) widerspricht daher eine solche nationale Regelung dem Art. 56 AEUV (sowie den Art. 15 bis 17 EGRC), wobei sich vor dem Hintergrund der Unvereinbarkeit des Monopolsystems des GSpG als solchem auch das darauf fußende Sanktionensystem als unionsrechtswidrig erweist.

Beweis:

ZV H.K., pA österreichischer Automatenverband, Guglgasse 5,1030 Wien; ZV Roman Neßhold, p.A. Institut für Glücksspiel und Abhängigkeit, Emil-Koflergasse 2, 5020 Salzburg

- Sachverständigengutachten MMag. M.Z., Beilage ./7

E-Mail Dr. Horodecki vom 24. März 2015 samt Aufstellung Dr. Horodecki betreffend Behandlungen zwischen 2008 und 2014, Beilage ./8

Artikel auf www.spieler-info.at vom 03.04.2015 "Spielsucht: Verbot bewirkt Umstieg -Anzahl der Spielsüchtigen wird nicht geringer", Beilage ./9

- Spielsuchthilfe Wien Zuwachsraten Spielsucht 2008-2013, Beilage ./10
- Zeitungsartikel Die Kronenzeitung vom 17. März 2015, Beilage ./II Zeitungsartikel Kleine Zeitung vom 28.03.2015, Kürzung bei Suchttherapie, Beilage ./12 Anfrage des Abgeordneten Erwin Spindelberger vom 24. September 2014 samt Antwort Doris Bures vom 21. November 2014 zu 2449/J XXV. GP, Beilage ./13
- Tabelle stetig steigender Abgaben erfolge nach dem GSpG, Beilage ./14

Wie auch bereits das Landesgericht Linz in seinem Urteil vom 28.11.2014, ZI. 1 Cg 190/lly-40, zutreffend erkannt hat, fehlte selbst dann, wenn man von einer Rechtfertigung des Glücksspielmonopols ausgehen würde, jede nachvollziehbare Begründung dafür, dass die die angestrebten Zielsetzungen nur aHein im Weg einer Monopolisierung erreicht werden konnten.

Diese (angeblichen) Zielsetzungen lassen sich mithin auch durch gelindere Mittel als die Monopolisierung eines ganzen Wirtschaftszweiges erreichen. So wäre es etwa sinnvoller, anstelle einer Monopolisierung Spielsuchtambulanzen finanziell zu unterstützen, damit den tatsächlich Betroffenen wirksam geholfen werden kann. Eine auch nur annähernd ausreichende Spielsuchtprävention durch öffentliche Mittel gibt es in Österreich nicht, sondern ist Österreich vielmehr das europaweite Schlusslicht in der Spielsuchtprävention. Das Glücksspielgesetzes 2010 hat zur Verwirklichung von Spielerschutzstandards nichts beigetragen, sondern ist vielmehr seit diesem Zeitpunkt die Spielsuchtproblematik und die Anzahl der Spielsüchtigen in Österreich gestiegen, womit aber bereits dadurch nach

der Judikatur des OGH von der Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols auszugehen ist (OGH 4 Ob 200/14m).

Derzeit werden die Spielsuchtambulanzen von der öffentlichen Hand nicht bzw. so gut wie überhaupt nicht finanziell unterstützt und haben die Therapiewilligen die Therapiekosten -anders als etwa in Deutschland - selbst zu tragen. Erst jetzt wurden etwa in der Steiermark die ohnehin geringen öffentlichen Mittel für die Suchttherapie weiter reduziert.

Beweis: wie bisher

Dazu kommt, dass auch die Monopolinhaberin www.win2day.at **Online-Glücksspiel** anbietet, sohin in einem Bereich, wo das **Monopol keinerlei Rechtfertigung mehr** aufweisen kann, auch wenn zwar gewisse Einsatzgrenzen eingeführt sind, der monatliche Betrag, der verspielt werden kann, jedoch weit über dem Durchschnittseinkommen eines Österreichers liegt. Eine durch ein Monopol gegebene Kontrolle der Spielsucht ist daher schon durch das Angebot der Monopolinhaberin von Online-Glücksspiel gänzlich nicht mehr gewährleistet, sodass die staatlichen Kontrollen über die Tätigkeit des Inhabers des Monopols nicht mehr dazu dienen können, dass dieser tatsächlich in der Lage sein wird, die geltend gemachten Ziele mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieser Ziele quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen.

Der Oberste Gerichtshof hat in der jüngsten Entscheidung zu 4 Ob 244/14g erst unlängst zum wiederholten Male festgestellt, dass die Bedingungen für die Zulässigkeit eines Monopols im Glücksspiel etwa dann nicht erfüllt sind (im Sinne der Rechtsprechung des EuGH und des Verwaltungsgerichtshofes), wenn etwa die Spielsucht in den letzten Jahren gestiegen wäre. Genau das ist der Fall: Der Anteil an Spielsüchtigen steigt kontinuierlich seit dem Jahr 2003. Die Bundesregierung, insbesondere das Bundesministerium für Inneres, kann jüngst erstattete Anfragen von Abgeordneten betreffend Kriminalität und Spielsucht nicht nur nicht beantworten, sondern verweist auf veraltete Studien aus dem Jahr 2011. Die Medien berichteten auch erst unlängst über einen dramatischen Anstieg der Spielsüchtigen im Online-Bereich. Den medialen Berichten, welche sich auf die Zahlen der Spielsuchthilfe berufen stieg die Betreuung der Anzahl von insbesondere Online-Spielsüchtigen sukzessive seit dem Jahr 2011 von 19 auf 41 %. Nach einer telefonischen Anfrage durch den RA Dr. Fabian Maschke hat die Leiterin der Spielsuchthilfe Wien, Frau Dr. Horodecki auch per E-Mail bestätigt, dass die Dunkelziffer der Spielsüchtigen derart massiv ist und sich die eben erwähnten Zahlen betreffend Anstieg der Spielsucht natürlich nur auf die offiziellen Zahlen beziehen können. Demnach ist der wahre Anteil der Spielsüchtigen ein Vielfaches höher wie offiziell angegeben wird. Studien aus Deutschland etwa belegen, dass sich nur 1,5 bis 2 % der tatsächlich Spielsüchtigen wirklich in Behandlung begeben.

Frau Dr. Horodecki hat angegeben, dass bis zum heutigen Tag trotz massivsten Forderungen seitens der Spielsuchthilfestellen keine geregelte Finanzierung dieser Hilfseinrichtungen besteht. In Deutschland etwa werden

Einrichtungen für Spielsüchtige auch staatlich gefördert. In Österreich ist dies rein von den Spenden der Konzessionsinhaber abhängig. So wurde unter anderem die einzige bisher verfasste Studie zum Thema Spielsucht aus dem Jahr 2011 die allseits bekannte Studie Kalke auch nur deshalb durchgeführt, weil die Österreichischen Lotterien die diesbezüglichen Finanzierungen zur Verfügung stellte. Gerade im Bereich der Bekämpfung von Spielsucht ist es unumgänglich, laufend Evaluierungen durchzuführen und Studien zu veranlassen.

Der Anteil an Spielsüchtigen steht in Zahlen wie folgt: zwischen 2008 und 2014 gab es beginnend 2008 55 Erstkontakte, 2014 60 Erstkontakte; 2008 wurden 16 Beratungen durchgeführt, 2014 41. Beratungen.

Jene Personen, die unter anderem Online-Gambling als ihr Problem angaben, wurden 2008 mit 11 % bewertet, 2014 mit 40,7 %.

Frau Dr. Horodecki bestätigte ebenfalls, dass trotz massiver Anfragen der Gesetzgeber nicht nur den Anforderungen des Glücksspielgesetzes in der Fassung 2010 (nach der letzten großen Novellierung) hinterherhinkt, sondern auch betreffend betreiberübergreifende Spielerkarten keine Veranlassungen trifft. So ist es zB im Bundesland Oberösterreich bei 3 bestehenden Konzessionsinhabern bei jedem dieser Inhaber möglich, die gesetzliche höchstzulässigen Dauer von 3 Stunden zu spielen (welche sich auch nur auf die Netto-Spieldauer bezieht). Addiert man die 3 möglichen Stunden pro Anbieter und wählt den Beginn dieser 9 Stunden so, dass das Ende auf Mittemacht und somit auf einen Tagessprung fällt, ist es danach wieder möglich, bei einem der Konzessionsinhaber zu spielen beginnen. Teilweise haben die gegenständlichen Lokale bis 4.00 Uhr Früh geöffnet.

Beweis: wie
bisher

9. Ergänzend zur angeblich vorhandenen Geldwäscheproblematik:

Wie der Betrugsbekämpfungskoordinator anlässlich mehrerer Vorträge berichtet hat, besteht im Glücksspielbereich keine Geldwäscheproblematik

Beweis: - ZV J.M., p.A. BM für Inneres, Herrengasse 7,1014 Wien

10. Doch selbst wenn ein rein innerstaatlicher Sachverhalt zu beurteilen wäre, lege aufgrund des Verbots der Inländerdiskriminierung als auch der Anwendbarkeit der GRC (insb Art 51) kein anderes Ergebnis vor, kann es nämlich nicht sein, dass ein EU-ausländischer Dritter Ausspielungen ohne Konzession veranstalten bzw. am Ausspielungsangebot Dritter mitwirken kann, wohingegen dies einem österreichischen Unternehmer nicht erlaubt sein sollte (vgl. *Maschke:* Glücksspielmonopol und EuGH C-390/12, Pfleger ua in ZGV 2014/5, 416ff)). Die

Beschwerdegegner berufen sich aus advokatorischer Vorsicht auch auf das Verbot der Inländerdiskriminierung gemäß Art. 7 B-VG. Im Verwaltungsstrafverfahren bildet die Verfassung zudem einen unmittelbaren Beurteilungsmaßstab.

Zur Inländerdiskriminierung der OGH in seinem Beschluss v. 21.10.2014, GZ 4 Ob 145/14y:

> 5.2. *Eine verfassungswidrige Inländerdiskriminierung setzte voraus, dass das Glücksspielmonopol in Fällen mit Unionsrechtsbezug aufgrund der dargestellten Entscheidung des EuGH tatsächlich unanwendbar wäre. Denn dann wären österreichische Unternehmer, die vergleichbare Dienstleistungen im Inland erbringen wollen, gegenüber Unternehmern aus anderen Mitgliedstaaten der Union ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt. Anders als in den bisher vom Verfassungsgerichtshof entschiedenen Fällen ergäbe sich die Unionsrechtswidrigkeit allerdings nicht unmittelbar aus einem Urteil des EuGH, sondern aus der Anwendung der von diesem vorgegebenen Grundsätze auf das nationale Recht. Das rechtfertigt aber keine andere Behandlung einer möglichen Inländerdiskriminierung. Denn zum einen sind es immer nationale Behörden, die unionsrechtswidriges nationales Recht unangewendet lassen; eine Vorabentscheidung des EuGH dient in diesem Zusammenhang immer nur der Klarstellung der unionsrechtlichen Rechtslage. Nicht die Entscheidung des EuGH „bewirkt" daher die Unanwendbarkeit nationalen Rechts, maßgebend ist vielmehr dessen objektive Unvereinbarkeit mit unmittelbar anwendbarem Unionsrecht, die von nationalen Behörden - ob ohne oder nach Befassung des EuGH - wahrzunehmen ist. Zum anderen ist es für inländische Unternehmer aus dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes unerheblich, ob sich ihre Schlechterstellung gegenüber EU-Ausländern unmittelbar aus einer Entscheidung des EuGH oder aus der Wahrnehmung der Unanwendbarkeit durch nationale Behörden ergibt.*

11. Aus all dem kann insofern nicht zweifelhaft sein, dass die vom EuGH aufgestellten und **kumulativ erforderlichen Anforderungen** an die Zulässigkeit eines Glücksspielmonopols **allesamt nicht erfüllt** sind.

Das österreichische Glücksspielmonopol ist in seiner Ausgestaltung somit unionsrechtswidrig.

In der mündlichen Verhandlung wurden diese Unterlagen samt Beilagen sowie die Verhandlungsprotokolle zum Verfahren 2 Cg 48/14y vor dem LG Steyr, an welchem der Beschuldigtenvertreter ebenfalls teilgenommen hatte, verlesen.

Daraus ergeben sich auch die in den Beilagen der Stellungnahme angeführten umfangreichen Werbemaßnahmen der konzessionierten Glücksspielunternehmer.

Die Zeugin F. gab zusammengefasst an, dass der „Wechsler“ seit mehreren Monaten im Lokal gestanden sei. Es sei möglich gewesen, mit diesem Gerät zu spielen. Wenn die drehenden Lichter bei einer Zahl stehen geblieben seien, habe man diesen Betrag gewonnen. Dieses Gerät habe die Gewinne selbst ausgezahlt. Sie selbst habe das Gerät zum Wechseln von Geldscheinen in Euro-Münzen verwendet.

Die Zeugin H. gab zusammengefasst an, dass ihr Kollege H. und sie auf dem „Fun-Wechsler“ Probespiele gespielt und das Ergebnis auf dem Formular „GSp26b“ festgehalten sowie mit Fotos dokumentiert hätten. Sie habe keine Musik gehört bzw. könne sich nicht erinnern, Musik gehört zu haben. Der Lautsprecher sei abgeklebt gewesen.

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

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 22.11.2012 in der x in x, x wurde (u.a.) das im Spruch angeführte Gerät betriebsbereit vorgefunden. Der Beschuldigte ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der b.e. gmbh, welche die gegenständliche Tankstelle betreibt und Inhaberin des Gerätes war. Das Gerät war zumindest vom 1.10.2012 bis 22.11.2012 aufgestellt. Weder der Beschuldigte noch eine sonst mit diesem Gerät in einer rechtlichen Verbindung stehende Person war im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für dieses Gerät.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr	*Spiel*	*mögliche Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
02	elektronisches Glücksrad	1,2,4 €	max. 80 €

Bei dem Gerät mit der Bezeichnung „Sweet Beat“ (Fa-Nr. 02) stellt sich der Spielablauf wie folgt dar:
Mit diesen Geräten können Banknoten in Ein- oder Zwei-Euro-Münzen gewechselt werden. Je nach ausgewähltem Vervielfachungsfaktor – nämlich 1, 2 oder 4 – verbleibt jedoch nach der Eingabe von Geld ein Betrag in Höhe des gewählten Vervielfachungsfaktors 1, 2 oder 4 (Euro) am Kreditdisplay, ein darüber hinaus gehender Rest wird in Münzen ausgefolgt. Durch Drücken einer an dem Gerät befindlichen Taste kann auch die Ausgabe des zurückbehaltenen Betrages bewirkt werden. Durch Betätigen der an dem Gerät befindlichen roten Taste kommt es zum Abspielen von 1, 2 oder 4 Musikstücken und beginnen sich die Lichter des sich auf dem Gerät befindlichen Lichtkranzes zu drehen. Nach Beendigung des Laufens

des Lichtkranzes bleibt schließlich eine Zahl oder ein Bienensymbol beleuchtet. Das Bienensymbol bedeutet Verlust bzw. Abspielen eines Liedes. Bleibt eine Zahl beleuchtet, so besteht die Möglichkeit durch neuerlichen Einwurf einer Geldmünze die Auszahlung des angezeigten Zahlenbetrages multipliziert mit dem gewählten Vervielfachungsfaktor zu bewirken. Das Abspielen der Musiktitel konnte durch erneute Betätigung der roten Taste sofort abgebrochen werden, wodurch der Beleuchtungsumlauf sofort aktiviert wurde. Durch Auswahl des jeweiligen Vervielfachungsfaktors werden nicht nur die Einsatzleistung festgelegt, sondern auch der Multiplikationsfaktor der in Aussicht gestellten Gewinne. Im Lichtkranz befinden sich die Zahlen 2, 4, 6, 8 und 20. Der Höchstgewinn wird aus dem höchsten Betrag der Zahlenfelder multipliziert mit dem höchsten Vervielfachungsfaktor errechnet, sodass beim Vervielfachungsfaktor vier ein Gewinn von bis zu 80 Euro möglich ist, beim Vervielfachungsfaktor eins von bis zu 20 Euro. Durch den automatisch ausgelösten Lichtblinklauf wird die Chance auf einen Geldgewinn durch Aufleuchten eines Betrages im Lichtkranz eröffnet. Das Ergebnis des automatisch ausgelösten Lichtblinklaufes kann vom Kunden nicht beeinflusst werden und hängt vom Zufall ab. Beim konkreten Gerät war nach den glaubwürdigen Aussagen der Zeugin H. keine Musik hörbar und sie konnte keine Lieder gezielt auswählen. Ob durch den Einsatz von 12 Euro 12 Lieder auf einmal abgespielt werden konnten oder nicht, wie vom Vertreter des Beschuldigten behauptet, ist nicht relevant. Gewinne werden vom Gerät direkt ausbezahlt.

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 Landesausspielungen 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.

Die gesetzliche Höchststrafe in der zum Tatzeitpunkt anwendbaren Fassung betrug 22.000 Euro. Der Beschuldigte ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der b. e. Gmbh, er verfügt über ein monatliches Einkommen von 3.500 Euro bei Sorgepflichten für zwei Kinder, besitzt eine halbe Doppelhaushälfte und hat keine Schulden. Er ist aktenkundig unbescholten.

II.3. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, ihrem Aktenvermerk, der Dokumentation der Probespiele und den Fotos im Akt. Sie gründen zudem auf den glaubwürdigen Aussagen der Zeuginnen F. und H. in der mündlichen Verhandlung. Die zusätzliche Einvernahme des Zeugen H. war nicht erforderlich, weil sich die Funktionsweise des Gerätes aus der Fotodokumentation und dem Fomular „GSp26b“ ergibt. Sie ist dem zuständigen Richter auch aus zahlreichen anderen Verfahren bekannt und es wurde nicht behauptet, dass das gegenständliche Gerät anders funktionierte als die sonstigen Geräte mit der Bezeichnung „Sweet Beat Musicbox“.

Die Feststellungen hinsichtlich der Maßnahmen des BMF gründen sich auf die schlüssige Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen vom September 2014 und den Glücksspiel-Bericht 2010-2013. Wie weiter unten dargestellt wird, lässt sich die Frage, ob das österreichische Glücksspielgesetz oder Teile davon unionsrechtswidrig ist, nicht durch die Vorlage einzelner Werbebeispiele beweisen. Eben so wenig ist die (beantragte) Einvernahme eines (Branchenvertreters oder anderer) Zeugen geeignet, Nachweise für eine allfällige Unanwendbarkeit der österreichischen gesetzlichen Regeln zu erbringen, zumal der beantragte Zeuge lediglich seine persönliche Meinung oder Umstände darstellen könnte, die sich in seinem unmittelbaren Umfeld abspielen. Die Beweisanträge werden daher abgewiesen.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oö. hat erwogen:

III.1. Rechtliche Grundlagen

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe zu bestrafen, "wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder

unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt" 22.000 Euro.

§ 52 Abs. 3 GSpG in der seit 1.3.2014 geltenden Fassung BGBl I Nr. 13/2014 lautet: „Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen."

Gemäß § 2 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele,

1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und
2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und
3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

Gemäß § 2 Abs. 4 GSpG 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.

III.2. Objektiver und subjektiver Tatbestand

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit dem gegenständlichen Gerät Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte. Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen i.S.d. GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und der Beschuldigte von diesem auch nicht ausgenommen war.

Der VwGH hat hinsichtlich der mit „Fun-Wechslern" angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (s etwa VwGH 16.11.2011, 2011/17/0238) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da dieser Umstand sohin feststeht, kann eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben. Dass diese Rechtsprechung zur Gänze auch auf Geräte mit der Bezeichnung „Sweet Beat Musicbox" anzuwenden ist, ergibt sich u.a. aus den Entscheidungen des VwGH v. 22.1.2015, Ra 2014/17/0047 sowie v. 15.3.2013, 2012/17/0256. Es kommt daher nicht darauf an, ob Musikstücke hörbar waren bzw gezielt ausgewählt werden konnten oder nicht.

Das Gerät war nach der unwidersprochenen Aussage der Zeugin F. mindestens mehrere Monate, also jedenfalls von 1.10.2012 bis 22.11.2012 betriebsbereit aufgestellt, weshalb der Tatvorwurf auf diesen Zeitraum eingeschränkt wurde. Für den in der Aufforderung zur Rechtfertigung angeführten Zeitraum ab 30.1.2012 gibt es kein ausreichendes Beweisergebnis.

Das Gerät war in der im Spruch genannten Tankstelle, welche vom dort angeführten Unternehmen betrieben wird, aufgestellt. Es wurde daher zur Teilnahme vom Inland aus unternehmerisch zugänglich gemacht, weshalb der Beschuldigte als zur Vertretung nach Außen berufenes Organ dieses Unternehmens die gegenständliche Übertretung gemäß § 9 VStG zu verantworten hat. Keiner der Beteiligten war im Besitz einer Konzession oder sonstigen Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz.

Richtig ist, dass dem Beschuldigten in der Aufforderung zur Rechtfertigung, welche die einzige Verfolgungshandlung innerhalb der Verjährungsfrist bildete, vorgeworfen wurde, „verbotene Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus unternehmerisch zugänglich gemacht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt zu haben“.

Mit diesem Tatvorwurf sind zwei verschiedene Tatbestände umfasst, nämlich einerseits das „unternehmerisch zugänglich machen“ i.S.d. 3. Alternative des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG, andererseits die „Beteiligung als Unternehmer“ i.S.d. 4. Alternative dieser Bestimmung. Nach Ansicht des zuständigen Richters des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich ergibt sich bereits aus dem Fettdruck einer der beiden Alternativen hinreichend klar, welche Verwaltungsübertretung – nämlich das „unternehmerisch zugänglich machen“ - die Behörde dem Beschuldigten vorgeworfen hat. Selbst wenn man hier noch eine Unklarheit im Tatvorwurf erkennen möchte, würde dies nur bewirken, dass dem Beschuldigten zwei verschiedene Verwaltungsübertretungen (wenn auch in einem Satz zusammengefasst) vorgeworfen worden wären. Der Beschuldigte hatte die Möglichkeit, sich gegen jeden der beiden Vorwürfe in jeder Hinsicht zu verteidigen und war daher in seinen Verteidigungsrechten nicht eingeschränkt. Dadurch, dass dem Beschuldigten im Spruch nunmehr ausdrücklich (nur) eine Verwaltungsübertretung konkret vorgeworfen wird (sowohl durch den Wortlaut als auch durch Anführung der konkreten Alternative des § 52 Abs. 1 Z. 1GSpG), besteht für ihn auch keine Gefahr der Doppelbestrafung. Aus dem Spruch ergibt sich eindeutig, dass der Beschuldigte nicht wegen des Vorwurfes der „unternehmerischen Beteiligung“ i.S.d. 4. Alternative des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG bestraft wird.

Dem Beschuldigten musste die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens bei ordnungsgemäßer Aufmerksamkeit bewusst sein. Bei allfälligen Zweifeln hätte er sich bei

den zuständigen Behörden informieren müssen, was nicht behauptet wurde. Er hat daher jedenfalls fahrlässiges Verhalten zu verantworten.

III.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 10.3.2015, 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 behaupteten möglichen Spieleinsatzes von 12 Euro 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.

Die Einstellung des gerichtlichen Strafverfahrens durch das BG Perg erfolgte ausschließlich aus einem verfahrensrechtlichen Grund. Die Staatsanwaltschaft Linz hat nämlich auf Grund der Neuregelung des § 52 Abs. 3 GSpG durch BGBl I Nr. 13/2014 den Strafantrag zurückgezogen. Diese Einstellung ist inhaltlich keineswegs als „Freispruch“ anzusehen sondern erfolgte lediglich aus dem Grund, weil auch die Staatsanwaltschaft Linz offenbar davon ausgeht, dass aufgrund § 52 Abs. 3 GSpG (neu) keine gerichtliche Strafbarkeit (mehr) besteht. Entsprechend der oben angeführten Rechtsprechung beider Höchstgerichte des öffentlichen Rechtes hat daher die Verwaltungsbehörde und in weiterer Folge das Verwaltungsgericht zu beurteilen, ob eine Übertretung des § 52 GSpG vorliegt.

III.4. Zur geltend gemachten Gemeinschaftsrechtswidrigkeit:

Vorab ist festzuhalten, dass der Beschuldigte österreichischer Staatsbürger mit Wohnsitz in Österreich ist. Die von ihm vertretene GmbH hat ihren Sitz ebenfalls in Österreich. Somit liegt nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH (vgl hierzu etwa VwGH 27.4.2012, 2011/17/0046 und jüngst VwGH 15.12.2014, Ro

2014/17/0121) kein Sachverhalt vor, der die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten begründen würde. Eine Unanwendbarkeit des GSpG scheidet daher schon deswegen aus.

Zusätzlich ist Nachstehendes auszuführen:

III.4.1. 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 Glücksspiel-bereich 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.

III.4.2. Zur Zielsetzung des österreichischen Glücksspielmonopols:

Beim österreichischen Glücksspielmonopol handelt es sich um ein Finanzmonopol mit besonderen ordnungspolitischen Zielsetzungen (vgl VwGH 4.8.2005, 2004/17/0035). Der Bundesminister für Finanzen teilte in diesem Zusammen-hang in seiner über Aufforderung durch das erkennende Gericht abgegebenen, den Parteien des Verfahrens zur Kenntnis gebrachten, Stellungnahme vom 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 Landesausspielungen 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 (4.11.2009, 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 20.3.2013, 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; 12.3.2015, 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 11.7.2014, LVwG-410353/2/Gf/Rt ua.). In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, dass das etwa in der Entscheidung des LVwG Oö 11.7.2014, 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 Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hinreichend geklärt. Die diesbezüglichen Beweisanträge waren aus diesem Grund abzuweisen.

III.4.3. Zur Umsetzung dieser Zielsetzungen:

Spielerschutz:
Der Bundesminister für Finanzen verweist in der Stellungnahme vom September 2014 weiters auf die im Jahr 2011 veröffentlichte österreichweite Glücksspielsuchtstudie 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. Dies wird im Übrigen vom Beschuldigten keinesfalls bestritten, sondern durch die vorgelegte Aussage des Geschäftsführers des Instituts für Glücksspiel und

Abhängigkeit in Salzburg vor dem Landesgericht Steyr vom 21. Jänner 2015, 2Cg 45/14d, und weitere von ihm vorgelegte Unterlagen belegt.

Der Beschuldigte brachte vor, dass es in mehreren Fällen für Minderjährige möglich gewesen sei, an bewilligten Automaten der Konzessionsinhaber zu spielen und die gesetzliche Höchstspieldauer zu überschreiten. Zum Beweis dafür legte der Beschuldigte als Beilage zu den genannten Einvernahmeprotokollen, einen Bericht eines beauftragten Detektivs vor, aus dem hervorgeht, dass bei den von diesem Detektiv durchgeführten Kontrollen ein Einchecken in den nur für registrierte Spieler zugänglichen Automatenbereich nur durch Vorlage eines Mitglieds- und eines Lichtbildausweises bzw durch Gesichtsscan an einem Automaten möglich war. Die Minderjährigen konnten sich weder eine Mitgliedskarte ausstellen lassen noch in den gesperrten Automatenbereich einchecken, ihnen wurde lediglich der Zutritt zu den nicht gesperrten Casinoräumlichkeiten gestattet. Der Zutritt zum gesperrten Automatenbereich war nur durch erneute Vorlage des Mitgliedsausweises möglich. Der Detektiv berichtete, dass nach dem Einchecken und dem Betreten des frei zugänglichen Bereich der kontrollierten Lokale die registrierten Personen ihre Mitgliedskarten an die Jugendlichen weitergegeben haben, wodurch sich diese illegal Zutritt zum gesperrten Automatenbereich verschafft haben.

Durch dieses Vorbringen versucht der Beschuldigte die Untauglichkeit des Monopols in Hinblick auf den Spielerschutz zu beweisen. Dabei ist festzuhalten, dass durch diesen Bericht des Detektivs detailliert dargelegt wurde, dass bei sämtlichen besuchten Lokalen ein doppeltes Sicherheitssystem bestand und der Spielerschutz gezielt durch das Zusammenwirken mehrerer Personen, nämlich einer Person, die unberechtigt Einlass begeht und einem registrierten Mitglied, umgangen werden konnte. Dies bezeugt, dass die Umgehung des Spielerschutzes nur absichtlich unter erheblichem Aufwand und ausschließlich unter Zusammenwirken mehrerer Personen möglich war. Dazu kommt, dass die Testpersonen gezielt beabsichtigten, in einer Gruppe von sieben Personen den Spielerschutz zu umgehen und nicht davon ausgegangen werden kann, dass dies eine alltägliche Situation darstellt.

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.

Soweit sich der Beschuldigte auf Aussagen von Fachleuten beruft, wonach die Zahl der spielsüchtigen Personen in den letzten Jahren gestiegen ist, 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 zur Verschärfung der Spielsuchtproblematik beitragen. Beweisanträge zu diesem Thema 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 Kärntnerstraße in Wien 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 Glückspielen getroffen. Durch die Aufsichts- und Auskunftsverpflichtungen der Konzessionäre besteht eine umfassende Aufsicht über das konzessionierte Glücksspiel. Derartige Eingriffsmittel können nur innerhalb eines Konzessionssystems effizient wirken.

Aus dem Glücksspielbericht ergibt sich auch, dass Spielbankbetriebe stichprobenartig und unangekündigt nach abgabenrechtlichen und ordnungs-politischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen werden. Der Spielbetrieb wird einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“), wobei diese

Einschauen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG) erfolgen. Aus der Einvernahme der Leiterin der Abteilung IKD des Amtes der OÖ Landesregierung im Verfahren zu Zl 2 Cg 48/14y vom 21.1.2015 vor dem LG Steyr ergibt sich, dass die konzessionierten Glücksspielbetriebe vom Amt der OÖ Landesregierung überwacht werden. 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). In dem im Akt befindlichen Konvolut an Einvernahmeprotokollen vor dem Landesgericht Steyr vom 21. Jänner 2015 zu Zahl 2 Cg 48/14y ist ebenfalls die Aussage des Leiters der Stabstelle der Finanzpolizei enthalten. Aus dieser Aussage geht hervor, dass die Finanzpolizei über 450 operativ tätige Mitarbeiter verfügt und jährlich zwischen 500 und 700 Kontrollen an 700 Standorten durchführe. Dabei würden zwischen 500 und 2.500 illegale Eingriffsgegenstände jährlich beschlagnahmt. In Wien und Niederösterreich sei das illegale Glücksspiel bereits fast vollständig beseitigt, in den Ländern, in denen erfahrungsgemäß viel illegales Glücksspiel betrieben werde, würden Kontrollschwerpunkte durchgeführt, um auf diese Häufungen zu reagieren. Bis zum Tag der Aussage – dem 21. Jänner 2015 – seien bereits etwa 200 illegale Geräte im laufenden Jahr beschlagnahmt worden. Beschlagnahmte Geräte würden versiegelt und oftmals vor Ort belassen, um es den Betreibern zu erschweren, neue Geräte aufzustellen. Diese Maßnahmen würden wirken, da die illegalen Geräte insgesamt weniger würden.

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 Glücksspielgesetz 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. Die diesbezüglichen Beweisanträge waren daher abzuweisen.

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 – dessen Nichtvorliegen die Bf durch die Einvernahme eines weiteren Zeugen zu bestätigen suchten – 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).

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. 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 6.12.2012, 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.

III.4.4. Verhältnismäßigkeit
Zur Verhältnismäßigkeit der österreichischen Monopolregelung hat der Verfassungsgerichtshof in seiner jüngsten Entscheidung vom 12.3.2015, 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.

III.4.5. 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 gewährleisten 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 Konzessionssystems 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 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 ist, 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 Glückspielen getroffen. Durch die Aufsichts- und Auskunftsverpflichtungen der Konzessionäre besteht eine umfassende Aufsicht über das konzessionierte Glücksspiel. Derartige Eingriffsmittel können nur innerhalb eines Konzessionssystems 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.

III.4.6. Zur Werbung:
Der Beschuldigte legte im Verfahren Kopien von umfangreichen Werbemaßnahmen der konzessionierten Glücksspielunternehmen vor. Dazu ist folgendes festzuhalten:
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 Paletten 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 beurteilet 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). Die diesbezüglichen Beweisanträge der Bf waren aus diesem Grund abzuweisen.

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 zu 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 bereitstellten, 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 Glückspielwerbung vorgeschrieben wurden. Laut Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen bzw dem Glücksspiel Bericht 2010-2013 gelten die Standards für sämtliche Werbeauftritte und wurden Standards für Glücksspiel-werbung 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 Konzessionssystems 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 getroffenen Feststellungen davon aus, dass unter Berücksichtigung bescheidmäßig vorgeschriebener Standards hinsichtlich der Werbepolitik, und insbesondere in Zusammenschau aller in den Feststellungen 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.

III.4.7. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände eine Gemeinschaftsrechts-widrigkeit durch die Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten nicht vorliegt. Die von der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom EuGH anerkannte Gründe des Allgemeininteresses, sind geeignet diese zu

erreichen, und es ist im Verfahren darüber hinaus keine Unverhältnismäßigkeit oder Inkohärenz hervorgekommen.
Eine Inländerdiskriminierung liegt nicht vor, da das Glücksspielgesetz – wie dargestellt – nicht gegen EU-Recht verstößt.

III.5. Zur Strafbemessung

Aus der Entscheidung des VfGH vom 10.3.2015, E1139/2014 ua. ist auch abzuleiten, dass – unabhängig davon, dass § 52 Abs. 3 GSpG in der zum Entscheidungszeitpunkt geltenden Fassung anzuwenden ist – der Strafbemessung jener Strafrahmen zu Grunde zu legen ist, der in § 52 Abs. 1 GSpG in der zur Tatzeit geltenden Fassung angeordnet war (sofern dieser, wie im konkreten Fall, für den Beschuldigten günstiger ist).

§ 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG in der zur Tatzeit geltenden Fassung BGBl I Nr. 111/2010 lautet wie folgt:
„Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 22.000 Euro zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert, oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer in Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt.“

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 VStG 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 Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Der Beschuldigte war zum Tatzeitpunkt aktenkundig unbescholten. Dies stellt einen erheblichen Strafmilderungsgrund dar. Strafmildernd ist weiter zu berücksichtigen, dass das Verfahren insgesamt ca. 2,5 Jahre gedauert hat. Der festgestellte Tatzeitraum ist nicht so kurz, dass er strafmildernd berücksichtigt werden könnte, aber auch nicht so lang, dass er einen Straferschwerungsgrund bildet. Sonstige Strafmilderungs- oder Straferschwerungsgründe liegen nicht vor.

Es ist auch bekannt, dass im Allgemeinen mit Geräten des Typs „Sweet Beat Musicbox“ keine so hohen Umsätze erzielt werden wie mit anderen Glücksspielautomaten, weshalb der Unrechtsgehalt der Übertretung zwar nicht als gering

aber auch nicht als besonders hoch einzustufen ist. Unter Berücksichtigung dieser Umstände erscheint die vom Finanzamt in ihrem Strafantrag geforderte Strafe von 2.500 Euro überhöht.

Die vom Landesverwaltungsgericht festgesetzte Strafe in Höhe von 1.200 Euro schöpft den gesetzlichen Strafrahmen zu ca. 5,5 % aus. Diese Strafe erscheint ausreichend, in dieser Höhe aber auch erforderlich, um den Beschwerdeführer in Zukunft von ähnlichen Übertretungen abzuhalten. Sie entspricht auch seinen finanziellen Verhältnisse (monatliches Nettoeinkommen von 3.500 Euro bei Sorgepflichten für 2 Kinder und Vermögen in Form einer halben Doppelhaushälfte). Auch aus generalpräventiven Überlegungen kommt eine niedrigere Strafe nicht in Betracht.

Da die Verwaltungsbehörde keine Strafe verhängt hat und auch kein Straferkenntnis bestätigt wurde, waren gem. § 52 Abs. 1 VwGVG keine Verfahrenskosten vorzuschreiben.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen, zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Geräten mit der Bezeichnung „Sweet Beat Musicbox“ 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Gottfried Zöbl