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-411224/13/Bi/CG

Datum:
Linz, 14. Februar 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Mag. Bissenberger über die Beschwerde des Herrn I B, vertreten durch Herrn RA Dr. G S, vom 21. Dezember 2015 gegen das Straferkenntnis des Landespolizeidirektors von OÖ. vom 4. Dezember 2015, VStV/915300564455/2015, wegen Übertretungen des Glücksspielgesetzes nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 26. Jänner 2017

zu Recht e r k a n n t :

I.
Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis vollinhaltlich mit der Maßgabe bestätigt, dass der Tatzeitraum bei den Glücksspielgeräten FA1) und FA2) auf „seit 10. Februar 2015" abgeändert wird.

II.
Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer Beträge von 1), 2) und 3) je 200 Euro als Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren zu leisten.

III.
Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Mit dem oben bezeichneten Straferkenntnis wurden über den Beschuldigten wegen drei Verwaltungsübertretungen gemäß 1) bis 3) §§ 9 Abs. 1 VStG iVm 2 Abs. 1 und 4 und 52 Abs. 1 Z 1 1.Tatbild GSpG Geldstrafen von 1) bis 3) jeweils 1000 Euro und für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 33 Stunden verhängt sowie ihm gemäß § 64 Abs. 1 VStG Verfahrenskostenbeiträge von gesamt 300 Euro auferlegt.
Zugrundegelegt wurde laut Schuldspruch, er habe, wie am 11. Februar 2015 um 14.20 Uhr in Linz, F im Lokal „x" von Organen des Finanzamtes Linz anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden sei, als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der B Automaten GmbH, in P etabliert, und somit als Unternehmer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen veranstaltet, indem er mit den Glücksspielgeräten mit den Gehäusebezeichnungen
FA1) Panthers Multigames, ohne SerienNr., Versiegelungsplaketten A059560 bis A059564,
FA2) ACT Multiplayer, ohne SerienNr., Versiegelungsplaketten A059565 bis A059568, A059570, A059571,
FA3) Fun, ohne SerienNr., Versiegelungsplaketten A059553, A059555, A059557, A059559,
seit 1. Jänner 2015 auf eigene Rechnung Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen und elektronischen Glücksrädern durchgeführt habe und aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen, weil die dafür erforderliche Konzession des Bundesministeriums für Finanzen nicht vorgelegen habe.

2. Dagegen hat der Beschwerdeführer (in Folge: Bf) fristgerecht Beschwerde gemäß § 7 VwGVG iVm Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG eingebracht, die von der belangten Behörde ohne Beschwerdevorentscheidung dem Landesverwaltungsgericht OÖ zur Entscheidung vorgelegt wurde, das darüber gemäß Art. 131 B-VG zu entscheiden hat.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat aufgrund des Beschlusses des Verfassungsgerichtshofes vom 2. Juli 2016, kundgemacht im BGBl.I 57/2016, mit der Entscheidung im vorliegenden Beschwerdeverfahren auf die Beantwortung der dort gestellten Rechtsfrage zugewartet.

Mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23 und E 1054/2016-19, hat der Gerichtshof diese Rechtsfrage wie folgt beantwortet:
Die Rechtsgrundlagen

i) für die Bestrafung wegen Übertretung der Verwaltungsstraftatbestände gemäß § 52 Glücksspielgesetz, BGBl. Nr. 620/1989, idF BGBl. I Nr. 105/2014,
ii) für die Beschlagnahme von Glücksspielautomaten, von sonstigen Eingriffsgegenständen oder von technischen Hilfsmitteln gemäß § 53 Glücksspielgesetz, BGBl. Nr. 620/1989, idF BGBl. I Nr. 111/2010, und
iii) für die Einziehung von Gegenständen, mit denen gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 Glücksspielgesetz verstoßen wird, gemäß § 54 Glücksspielgesetz, BGBl. Nr. 620/1989, idF BGBl. I Nr. 70/2013,

verstoßen nicht gegen Unionsrecht (insbesondere Art. 56 bis 62 AEUV). Aus diesem Grund kann von vornherein keine Verletzung des Rechts auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz gemäß Art 7 Abs. 1 B-VG und Art. 2 StGG wegen Inländerdiskriminierung von vornherein vorliegen.
Damit ist diese Rechtsfrage durch beide Höchstgerichte in Richtung nicht gegebener Unionsrechtswidrigkeit abschließend geklärt, sind die in § 86a Abs. 3 VfGG genannten Wirkungen weggefallen und können die Verfahren fortgesetzt werden (siehe auch BGBl I Nr. 91/2016 vom 3. November 2016).

3. Der Bf beantragt die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Verfahrens und macht geltend, entgegen der Ansicht der belangten Behörde handle es sich bei der Entscheidung LVwG-410287/42/Gf/Mu vom 29.5.2015 nicht um eine Mindermeinung des LVwG OÖ. Vielmehr sei es so, dass sich das Landesverwaltungsgericht erstmalig in dieser Entscheidung mit der Stellungnahme des BMF vom 18.9.2014 auseinandergesetzt habe. Das Landesverwaltungsgericht OÖ habe mittlerweile auch in der Entscheidung LVVwG-410600/10/Gf/Mu vom 24.6.2014 ausgesprochen, dass das GSpG in der geltenden Fassung unionsrechtswidrig sei.

Die Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen vom 18. September 2014 bestehe in inhaltlicher Hinsicht im Wesentlichen aus einer Wiederholung der im Glücksspielbericht 2010-2013 enthaltenen Ausführungen. Zum „Glücksspiel-bericht 2010-2013" habe das Landesverwaltungsgericht ausgeführt, „dass dieser keine Bezugnahme auf eine allfällige Rechtsgrundlage enthalte. Objektiv lasse sich daher nicht beurteilen, ob es sich hierbei um den in § 60 Abs. 25 Z 5 GSpG gesetzlich geforderten ‚Evaluierungsbericht' handle. Jedenfalls weise dieser Bericht zweifelsfrei weder rechtliche Qualität eines Sachverständigengutachtens noch einer wissenschaftlichen Abhandlung auf.

Soweit er inhaltlich über eine bloße Darstellung der Rechtslage und der Zielsetzungen der in diesem Zeitraum ergangenen Novellierungen des GSpG hinausgehe, werde einerseits auf eine wissenschaftliche Studie der Universität Hamburg verwiesen; die in dieser Untersuchung erhobene Anzahl von 64.000 glücksspielsüchtigen Personen in Österreich sei allerdings nicht faktisch

verifiziert, sondern lediglich statistisch hochgerechnet worden, sodass diese Zahl – davon ausgehend, dass sich tatsächlich bloß 68 der telefonisch befragten Personen selbst als glücksspielsüchtig eingeschätzt hätten – einem gerichtlichen Verfahren nicht als Faktum zu Grunde legen lasse.

Dem gegenüber hätten sich andererseits keine Anhaltspunkte ergeben, dass die im Wege einer anderen Studie erhobene Zahl an Fällen von glücksspielmotivierter (Beschaffungs-)Kriminalität in der Steiermark (38 im Jahr 2006 und 36 im ersten Halbjahr 2007) nicht zutreffen würde. Gleiches gelte zum einen für die Intensivierung der staatlichen Aufsicht über legale Glücksspielanbieter, insbesondere hinsichtlich deren Anbindung an ein Datenrechenzentrum und der bescheidmäßigen Vorschreibung von Werbestandards, sowie zum anderen bezüglich der Zahl von 6.000 vorläufig beschlagnahmten Eingriffsgeräten.

All dies berücksichtigend erachte das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich daher in tatsächliche Hinsicht als
nicht erwiesen,

- dass in Österreich 64.000 Personen spielsüchtig seien und dass es in Österreich beispielsweise mehr spielsüchtige (substanzunabhängige Verhaltenssucht) als drogenabhängige Personen gebe,
- dass die Spielsucht in Österreich ein erhebliches, einen unverzüglichen staatlichen Handlungsbedarf hinsichtlich Spielerschutzmaßnahmen begründendes gesellschaftliches Problem darstell(t)e, und
- dass das Glücksspiel, insbesondere das Automatenglücksspiel, tatsächlich ein echtes Kriminalitätsproblem verkörper(t)e, weil Verstöße gegen glücksspielrechtliche Bestimmungen nur in relativ geringem Ausmaß schwere (strafgerichtlich zu ahndende) Delikte bilde(te); zum weitaus überwiegenden Teil habe es sich dagegen bloß um Ordnungswidrigkeiten gehandelt, nämlich um Verstöße gegen Vorschriften zur effektiven Sicherung und Aufrechterhaltung des bestehenden Monopolsystems

erwiesen,

- dass die Staatseinnahmen aus dem Glücksspiel jährlich ca 500 Mio Euro betragen (und die Monopolbetriebe damit zu den 5 größten Steuerleistern in Österreich zählten,
- dass der Spielerschutz seit dem Inkrafttreten der GSpG-Novelle 2010 – wenngleich nicht perfektioniert, so doch (im Wege entsprechender Auflagenvorschreibungen an die Konzessionäre) – erheblich verbessert worden sei,
- dass die Monopolinhaber eine aggressive Expansions- und Werbestrategie verfolgten, sowie
- dass der Staat, insbesondere die staatlichen Behörden die Notwendigkeit einer Monopolregelung nicht nachgewiesen hätten, sodass insbesondere nicht erkennbar sei, weshalb eine strenge Konzessionsprüfung

(Eigenkapitalausstattung, Spielerschutzauflagen, Vertrauenswürdigkeit, etc bis hin zu hohen Verfahrensabgaben) ohne zusätzliche (auf eine Bedarfsprüfung hinauslaufende) Beschränkung auf eine bestimmte Zahl von Anbietern zur Zielerreichung nicht in gleicher Weise ausreichend sein solle."

Im Ergebnis bedeute dies folgendes:
Um den Anforderungen des Art. 56 AEUV zu entsprechen, müsste insgesamt besehen mindestens einer der in der Judikatur des EuGH anerkannten, einen Eingriff in dies Dienstleistungsfreiheit rechtfertigenden zwingenden Gründe des Allgemeininteresses (Spielerschutz, Kriminalitätsbekämpfung oÄ) jene Ziele, die in ungerechtfertigter Weise mit den Eingriffsbefugnissen einhergingen, tatsächlich und eindeutig überwiegen.

Angesichts dieses Prüfungsmaßstabes ergebe sich allerdings, dass das in den §§ 3 ff GSpG normierte System des Glücksspielmonopols deshalb in Art. 56 AEUV keine Deckung finde und somit dem Unionsrecht widerspreche, weil dieses einerseits tatsächlich nicht auf einem durch die Rechtsprechung des EuGH anerkannten zwingenden Grund des Allgemeininteresses – wie etwa dem Verbraucherschutz (in Form des Spielerschutzes und der Suchtvorbeugung) oder der Kriminalitätsbekämpfung und der Kriminalitäts-, insbesondere Betrugsprävention – basiere, sondern de facto primär der Sicherung einer verlässlich kalkulierbaren Quote an Staatseinnahmen (in Höhe von 0,4 % der jährlichen Gesamteinnahmen des Bundes) diene sowie andererseits- und unabhängig davon – auch die konkrete Ausgestaltung des Monopolsystems (Privatisierung durch Übertragung der zwar sowohl strengen Antrittsvoraussetzungen als auch einer rigiden staatlichen Kontrolle unterliegenden Ausübungsbefugnisse nicht auf eine unbeschränkte, sondern – im Sinne einer Bedarfsprüfung – auf eine bloß limitierte Anzahl von Konzessionären) und die den staatlichen Behörden zur Abwehr von Beeinträchtigungen dieses Monopols gesetzlich übertragenen Eingriffsbefugnisse (Betretungs-, Einschau-, Informations- und Überprüfungsrechte; vorläufige und/oder endgültige Beschlagnahme; Verwaltungsstrafe; Einziehung; Betriebsschließung) insbesondere mangels generell fehlender Notwendigkeit einer vorhergehenden richterlichen Ermächtigung jeweils unverhältnismäßig seien.

Widerspreche eine innerstaatliche Regelung dem Unionsrecht, so habe diese nach ständiger Rechtsprechung des EuGH faktisch unangewendet zu bleiben. Konkret bedeute dies insbesondere, „dass der Verstoß eines Wirtschaftsteilnehmers gegen eine Regelung im Glücksspielbereich nicht zu Sanktionen führen kann, wenn diese Regelung mit Art. 56 AEUV nicht vereinbar ist" (vgl EuGH von 30. April 2014, C-390/12 [Pfleger, EU:C:2014:281], RN 64, m.w.N.).

Der Bf macht außerdem geltend, die belangte Behörde setze sich in keinster Weise damit auseinander, wer tatsächlich Veranstalter hinsichtlich der Geräte FA 1) und FA 2) sei. Es lägen auch keine Beweisergebnisse vor, dass er selbst Veranstalter auch hinsichtlich dieser Geräte gewesen wäre. Eigentümerin und Betreiberin beider Geräte sei die Fa. K-Union s.r.o., x.

In seiner Stellungnahme vom 13. Jänner 2017 macht der Bf geltend:
„1. Zur Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols
1.1. Gesetzeslage und Rechtsprechung
Das österreichische Glücksspielmonopol ist dem Grunde nach eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Es ist daher mit dem Unionsrecht nur dann vereinbar, wenn ein in den Verträgen normierter Rechtfertigungsgrund oder ein in der Judikatur des EuGH entwickelter Rechtfertigungsgrund (zwingender Grund des Allgemeininteresses) vorliegt (vgl Oreschnik, EuGH - Rs Pfleger - Glücksspielmonopol verstößt gegen die Dienstleistungsfreiheit, RdW 2014/695). Für die Beschränkung von Glücksspieltätigkeiten kommen als zwingende Gründe des Allgemeininteresses insbesondere der Verbraucherschutz, die Betrugsbekämpfung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen in Betracht (vgl EuGH vom 6. 11. 2003 C-243/01, Gambelli, RN 65 ff; EuGH 8. 9. 2010 C-46/08, Carmen Media, RN 55).

Der EuGH macht die unionsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopols nicht nur von der Zielsetzung des Gesetzgebers, sondern auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (vgl C-347/09, Dickinger/Ömer, RN 65).

Damit ergibt sich, dass - auch im Zusammenhang mit Werbemaßnahmen - die Prüfung der Unionsrechtskonformität sich nicht allein am Norminhalt zu orientieren hat, hier insbesondere an § 56 Abs. 1 GSpG, wonach die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber bei ihren Werbeauftritten einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren haben, sondern dass es auch auf die tatsächlichen Wirkungen dieser Bestimmung ankommt.

Eine nationale Regelung ist nach Ansicht des EuGH dann unionsrechtswidrig, wenn 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 (vgl EuGH C-390/12, Pfleger, Rz 56).

Das Landesverwaltungsgericht hat daher im Zuge eines amtswegigen Ermittlungsverfahrens zu prüfen, ob die Regelungen des GSpG hinsichtlich ihrer tatsächlichen Wirkung den unionsrechtlichen Vorgaben entsprechen. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen das GSpG erlassen worden ist und durchgeführt wird, sind auch Studien über Spielsucht, mit Glücksspiel verbundene Kriminalität, Geschäftspolitik und Werbemaßnahmen des Monopolinhabers und deren Auswirkungen einzuholen, wobei all diese Studien räumlich gesehen österreichweit und zeitlich gesehen für den entscheidungserheblichen Zeitraum zu erstellen wären. Ein allfälliger Verweis der belangten Behörde auf den ‚Glücksspiel-Bericht 2010 – 2013' sei angesichts des im gegenständlichen Fall zeitlich später liegenden relevanten Zeitraums nicht ausreichend.

Mit der Forderung nach Kohärenz sind auch Anforderungen an die vom Inhaber eines Monopols bzw einem Konzessionär durchgeführten Werbung verbunden, die der EuGH in mehreren Entscheidungen klargestellt hat (ua vgl EuGH C-258/08 Ladbrokes, EuGH C-316/07 Stoß, EuGH C-212/08 Zeturf, EuGH C-347/09 Dickinger/Ömer, EuGH C-186/11 Stanleybet).

Die vom EuGH entwickelte Rechtsprechung gibt jedenfalls vor, dass die vom Inhaber eines staatlichen Monopols durchgeführte Werbung maßvoll und eng auf das begrenzt werden muss, was die Verbraucher zu den kontrollierten Spielnetzwerken lenkt. Eine Werbung darf nicht darauf abzielen, den natürlichen Spielbetrieb der Verbraucher zu fördern (vgl EuGH C-347/09, Dickinger/Ömer, RN 103 mwN)
Beweis: vorzulegende Urkunden.

1.2. Werbemaßnahmen der Konzessionsnehmer
Die Österreichische Lotterien GmbH, Inhaberin aller in § 14 GSpG vorgesehenen Lotteriekonzessionen, investiert für Werbung jährlich 40 bis knapp 50 Millionen EUR und ist unter den Top-Acht Investoren bei den Werbeausgaben in Österreich. Die Österreichische Lotterien GmbH sprach dabei ein breites Publikum an, etwa indem sie in Zeitungen bei religiös und kulturell interessierten Menschen warb, in ihrer Werbung auf das Sponsoring großer Festivals (zB dem Donauinselfest) und wohltätiger Zwecke (Einsätze der Rettungshunde Niederösterreich) hinwies, Personen mit einer Spielquittung den Eintritt in den Tiergarten Schönbrunn spendiert und für Schüler von 10 bis 14 Jahren eine große Sportveranstaltung (mit-)finanzierte.

Die C A AG, Inhaberin aller in § 21 GSpG vorgesehenen Spielbankkonzessionen, warb oder wirbt unter anderem mit Slogans wie ‚Gewinnen macht schön', ‚Das Glück steht Ihnen gut', ‚Ein Abend so schön wie die Frauen. Mittwoch ist Damentag', ‚Frauen haben nicht nur Glück im Spiel', ‚Mittwoch packt alle das Diamantenfieber', ‚Der Damentag zieht alle an. Jetzt Don Gil Gutscheine und Mailand Trip gewinnen'. Es wurde auch eine U-Bahn-Garnitur in Wien im Stil der ‚Golden Roulette'-Kampagne mit dem Schriftzug der C A AG gebrandet. In Zeitungen wurden Gutscheine der C A beigegeben, mit welchem unter dem Titel ‚Tag des Glücks' ein Bonus von 10 EUR geboten wurde. Für eine Reihe von kulturellen Veranstaltungen im Casino wurde ua damit geworben, dass im Kartenpreis auch Begrüßungsjetons für das Casino enthalten seien. In mehreren Presseaussendungen wies die C A AG darauf hin, dass ihre ‚Glückstage' mit jede Menge Gewinnchancen für Besuchsrekorde von weit über 10.000 Gästen täglich sorgten. Die Besucher wurden dabei mit Unterhaltungsprogrammen und Verlosungen angelockt, wobei Kraftfahrzeuge und Lottogutscheine gewonnen werden konnten.
Beweis: beizuschaffender Akt OGH 4 Ob 31/16m,
vorzulegende Urkunden.

1.3. Konsequenzen durch die Werbemaßnahmen der Konzessionäre
Aufgrund der Ausführungen unter 1.2. und der darauf anzuwendenden EuGH-Judikatur ergibt sich, dass die Werbung im Ergebnis nicht ausschließlich dazu dient, Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken, sondern den Zweck verfolgt, insbesondere jene Personen zur aktiven Teilnahme am Spiel anzuregen, die bis dato nicht ohne weiteres zu spielen bereit sind. Den Spielen wird ein positives Image zugeschrieben. Die Werbung versucht die Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften zu erhöhen und stellt bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht.

Es werden damit insbesondere neue Zielgruppen zum Spielen angeregt und die Werbung wird laufend inhaltlich ausgedehnt.
Im Sinne der Judikatur des EuGH liegt damit keine maßvolle Werbung vor, die sich darauf beschränkt, Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken. Damit fehlt dem Glücksspielmonopol die unionsrechtlich erforderliche Rechtfertigung (vgl OGH vom 30.03.2016, ua 4 Ob 31/16m).
Beweis: vorzulegende Urkunden.

1.4. Unanwendbarkeit des Glücksspielgesetzes
Widerspricht eine innerstaatliche Regelung dem Unionsrecht, so hat diese nach ständiger Rechtsprechung des EuGH faktisch unangewendet zu bleiben. Konkret bedeutet dies insbesondere, dass der Verstoß eines Wirtschaftsteilnehmers gegen eine Regelung im Glücksspielbereich nicht zu Sanktionen führen kann, wenn diese Regelung mit Art 56 AEUV nicht vereinbar ist (vgl EuGH C-390/12, Pfleger, RN 64, mwN).
Beweis: vorzulegende Urkunden.

1.5. Umsetzung des Unionsrechtes durch nationale Gerichte
Nach ständiger Rechtsprechung ist das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat, gehalten, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewandt lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste (vgl ua EuGH C-396/09, EU:C:2011:671,Interedil, RN 38, EuGH C-581/14, Naderhirn, RN 31-33).

Das Landesverwaltungsgericht OÖ ist daher auch nicht an die Entscheidungen VfGH vom 15.10.2016, E 945/2016, VwGH vom 16.03.2016, Ro 2015/17/0022 oder den Rechtssatz BGBl I 91/2016 gebunden. Von dem abgesehen ist es mit dem Unionsrecht nicht vereinbar, dass ein nationales Gericht nach einer nationalen Vorschrift an die rechtliche Beurteilung eines übergeordneten nationalen Gerichts gebunden ist, wenn diese Beurteilung des übergeordneten Gerichts nicht dem Unionsrecht in seiner Auslegung durch den Gerichtshof entspricht (vgl EuGH, C-396/09, Interedil, RN39; EuGH C-581/14, Naderhirn, RN 34).

Vielmehr wird das Landesverwaltungsgericht OÖ eine eigenständige Kohärenzprüfung iSd Judikatur des EuGH vornehmen und die von der Beschwerdeführerin unter Punkt 1.2. wiedergegebenen Werbemaßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht überprüfen müssen.
Dies wird auch von der jüngsten Judikatur des VwGH gestärkt, zumal dieser in der Entscheidung Ro 2016/17/0002 vom 24.10.2016 wie folgt begründet (Hervorhebungen durch die Beschwerdeführerin):
‚Im fortzusetzenden Verfahren wird das Landesverwaltungsgericht daher die Gesamtwürdigung im obigen Sinne vorzunehmen haben. Da sich die mitbeteiligte Partei in ihrer Beschwerde gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft auf Rechtsunkenntnis und Rechtsirrtum berufen hat, wird sich das Landesverwaltungsgericht - im Falle der Bejahung der Unionsrechtskonformität der relevanten Bestimmungen des GSpG - auch mit der Frage der subjektiven Vorwerfbarkeit der objektiven Tatbestandserfüllung befassen müssen.‘

Beweis: vorzulegende Urkunden.

1.6. Beweisanträge
Im Zusammenhang mit der Kohärenzprüfung iSd Judikatur des EuGH stellt die Beschwerdeführerin nachstehende
Anträge:
Das Landesverwaltungsgericht OÖ möge
1.6.1. ein Sachverständigengutachten eines gerichtlich beeideten Sachverständigen aus den Bereichen ‚Soziologie' und ‚Statistik' zur Frage, ob die Spielersucht - seit Bestehen des Glücksspielmonopols überhaupt

- seit der Novelle des GSpG im Jahr 2010
- seit der Novelle des GSpG im Jahr 2014

signifikant gesunken ist; sowie
1.6.2. ein Sachverständigengutachtens eines gerichtlich beeideten Sachverständigen aus den Bereichen ‚Soziologie' sowie ‚Kriminalpsychologie' und ‚Statistik' zur Frage, ob mit dem Glücksspiel - insbesondere mit dem Automatenglücksspiel – in den letzten 10 Jahren ein Kriminalitätsproblem einhergegangen ist; sowie
1.6.3. ein Sachverständigengutachtens aus dem Bereich ‚Steuerwesen' zur Frage, ob aufgrund des im GSpG verankerten Monopolsystems die Staatseinnahmen erheblich gestiegen sind; sowie
1.6.4. ein Sachverständigengutachtens aus dem Bereich ‚Marketing', ‚Kommunikation' und ‚Werbung' zur Frage, welche Auswirkungen die Werbemaßnahmen der C A AG und der Ö L GmbH auf die Anziehungskraft des Spielens haben und ob dadurch bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellt;
einholen.

2. Keine Erfüllung des objektiven Tatbestands
Im gegenständlichen Tatzeitraum war die Judikatur der Verwaltungsgerichte hinsichtlich der Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes nicht eindeutig (vgl LVwG-410600/10/Gf/Mu vom 24.06.2015).

Sämtliche Staatsanwaltschaften Österreichs haben Verfahren wegen Verstöße gegen § 168 StGB wegen Unionsrechtswidrigkeit eingestellt bzw haben die Gerichte Angeklagte freigesprochen (vgl LG Feldkirch 25Bl 32/12p; LG Ried 22 Bl 13/12v, 22 bl 29/12x uva).

Der Beschwerdeführer konnte sich im Tatzeitraum daher auf die Judikatur des LVwG OÖ sowie sämtlicher Staatsanwaltschaften stützen.
Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist es im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip erforderlich, die Freiheit des Einzelnen von dem Gebiet des Unerlaubten durch eine deutliche Grenzziehung zu scheiden, indem der Gesetzgeber klar und unmissverständlich zum Ausdruck bringt, wo er strafen wolle, und indem die Rechtsordnung dem Einzelnen die Möglichkeit geben muss, sich dem Recht gemäß zu verhalten. Der Unrechtsgehalt eines Handelns oder Unterlassens müsse dem Einzelnen eindeutig vor Augen gestellt werden. Nur dann darf er wegen des Zuwiderhandelns bestraft werden. Auch Art 7 MRK schließe das Gebot ein, Strafvorschriften so klar zu gestalten, dass es dem Einzelnen möglich sei, sein Verhalten am Gesetz zu orientieren.

In seinem Erkenntnis vom 14. Dezember 2007, 2007/02/0273, hat der Verwaltungsgerichtshof darauf hingewiesen, dass ‚das Bestimmtheitsgebot des Art. 18

Abs. 1 B-VG für Strafbestimmungen - aus dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses - eine besonders genaue gesetzliche Determinierung des unter Strafe gestellten Verhaltens verlangt‘ und ‚ferner für Strafbestimmungen auf dem Boden des Art. 7 MRK im Zusammenhalt mit § 1 Abs. 1 VStG der Grundsatz zu beachten ist, dass eine Tat nur bestraft werden darf, wenn sie gesetzlich vor ihrer Begehung mit Strafe bedroht war, und strafgesetzliche Vorschriften das strafbare Verhalten unmissverständlich und klar erkennen lassen.‘ Da die Umschreibung des gesollten Verhaltens der Notwendigkeit einer besonders genauen Determinierung unterliege und das Gesollte klar und unmissverständlich erkennbar sein müsse (Hinweise auf VwGH vom 29. April 2002, 2000/03/0066, und vom 8. April 2014, 2011/05/0031), fehle es bereits an einem objektiven Tatbestand, wenn eine Norm aus welchen Gründen auch immer diesen Anforderungen nicht entspreche. Aufgrund von Art 18 Abs. 1 B-VG und Art 7 MRK müsse dem Rechtsunterworfenen klar sein, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht sei. Der Betroffene müsse notfalls mithilfe der Auslegung durch die Rechtsprechung erkennen können, welche Handlungen und Unterlassungen ihn strafrechtlich verantwortlich machten. Dies gelte nicht nur für vom nationalen Gesetzgeber erlassene Normen, sondern für ‚die Rechtsordnung‘, also die durch das Unionsrecht bereinigte Rechtslage.

Nun ist für den Normunterworfenen - auch nach Heranziehung sämtlicher Interpretationsmethoden - nicht beurteilbar, was bei der Veranstaltung von Ausspielungen im Einzelfall rechtens sein soll. Die zitierte Rechtsprechung verlangt nicht von ihm, aus eigenem die oben angeführten umfangreichen Studien erstellen zu lassen, um für den Einzelfall herauszufinden, ob im präjudiziellen Zeitraum die Regelungen des GSpG hinsichtlich ihrer tatsächlichen Wirkungen den unionsrechtlichen Vorgaben entsprechen und im Besonderen die Sanktionsnormen des GSpG anzuwenden sind. Da für die Beschwerdeführerin nicht klar und unmissverständlich erkennbar gewesen ist, ob die Veranstaltung der gegenständlichen Ausspielungen strafbar oder straffrei sei, mangle es ‚nicht bloß am subjektiven, sondern bereits am objektiven Tatbestand einer Verwaltungsübertretung‘ (Hinweis auf VwGH vom 20. November 1972, VwSlg 8.316 A/1972).

Der objektive Tatbestand ist also nicht erfüllt.
Beweis: Erkenntnis VwGH Ro 2016/17/0002 vom 24.10.2016.

3. Antrag auf Ersuchen um Vorabentscheidung gem Art 267 AUEUV
Gemäß Art 267 AEUV entscheidet der EuGH im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung der Verträge. Wird eine derartige Frage einem Gericht eines Mitgliedstaats gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen.

Letztinstanzliche Gerichte sind zur Vorlage verpflichtet. Die Vorlage zur Lösung einer gemeinschaftsrechtlichen Frage hat nur zu unterbleiben, wenn die aufgeworfene Frage nicht entscheidungswesentlich ist, die betroffene Bestimmung des Gemeinschaftsrechts bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder die richtige Auslegung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt. Nur dann, wenn eine Frage der Auslegung des AEUV bereits Gegenstand einer Vorabentscheidung des EuGH war oder die richtige Anwendung

des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass die Beantwortung der Frage gar nicht zweifelhaft sein kann, ist das nationale Gericht seiner Vorlagepflicht enthoben.

Nach Ansicht des Beschwerdeführers ist die richtige Auslegung des Gemeinschaftsrechts gegenständlich nicht zweifelhaft, sondern hat der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren Dickinger und Ömer (Rs C-347/09) den Konzessionsinhabern Werbung in gewissen Grenzen erlaubt, diese aber gleichzeitig von jedenfalls geltenden inhaltlichen Voraussetzungen abhängig gemacht. Die unter Punkt 1.2. angeführten Werbemaßnahmen der Konzessionsnehmer entsprechen diesen Werbestandards inhaltlich nicht, sondern zielen klar darauf ab, zum Glücksspiel zu verführen.

3.1. Sollte das Landesverwaltungsgericht OÖ angesichts der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes jedoch Zweifel an der Auslegung der Frage haben, ob die vom EuGH aufgestellten Werbestandards absolut und immer gelten oder ob sie in die vorzunehmende Gesamtwürdigung miteinzubeziehen sind, so hat dieses der diese Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Der Beschwerdeführer stellt den Antrag,
das Landesverwaltungsgericht OÖ möge gemäß Art 267 AEUV an den EuGH einen Antrag auf Vorabentscheidung folgender Fragen stellen:
3.1.1. Gelten die vom EuGH im Rahmen der Rechtfertigung eines Glücksspielmonopols vorgegebenen inhaltlichen Beschränkungen zur maßvollen Werbung der Konzessionsinhaber (vgl etwa Dickinger und Ömer, Rs. C-347/09), wonach die Werbung nicht darauf abzielen darf, 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, absolut und unabhängig vom Marktumfeld oder darf von diesen inhaltlichen Werbevorgaben unter bestimmten Voraussetzungen abgegangen werden, etwa wenn es am Glücksspielmarkt des jeweiligen Mitgliedstaates zu keinem Wachstum gekommen ist oder um vom illegalen Angebot zum legalen Angebot zu kanalisieren?
3.1.2. Für den Fall, dass der EuGH die erste Frage derart beantwortet, dass von seinen inhaltlichen Vorgaben zur maßvollen Werbung der Konzessionäre abgegangen werden darf, möge er angeben, unter welchen Umständen dies der Fall ist.

3.1.3. Kann ein Monopolsystem als kohärent angesehen werden, wenn
3.1.3.1. de facto kein Sucht- bzw Spielerschutzproblem besteht,
3.1.3.2. de facto kein Kriminalitätsproblem besteht,
3.1.3.3. das Monopolsystem primär der Maximierung der Staatseinnahmen dient und
3.1.3.4. in 5 von 9 Bundesländern kein Lenkungseffekt nötig ist?

3.2. Auslegung des Art 47 EGRC iVm Art 56ff AUEV
Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat mit Ersuchen um Vorabentscheidung vom 16.06.2016, LVwG-411593/3/Gf/Mu ua, dem EuGH nachstehende Vorlagefrage gestellt:
3.2.1. ‚Ist Art. 47 EGRC in Verbindung mit den Art. 56 ff AEUV dahin auszulegen, dass mit diesen unionsrechtlichen Vorschriften in jenen Fallkonstellationen, in denen die Vornahme einer Kohärenzprüfung geboten ist, nationale Regelungen (wie § 86a Abs. 4 VfGG, § 38a Abs. 4 VwGG, § 87 Abs. 2 VfGG oder § 63 Abs. 1 VwGG) nicht vereinbar

sind, die es – als Teil eines Gesamtsystems, das sich in der Praxis dahin auswirkt, dass Höchstgerichte keine autonome Sachverhaltsprüfung und Beweiswürdigung vornehmen sowie bei zahlreichen, in Bezug auf eine konkrete Rechtsfrage gleichartig gelagerten Fällen lediglich in einem von diesen eine singuläre Sachentscheidung treffen und davon ausgehend alle übrigen Beschwerden a limine zurückweisen – zulassen bzw. nicht zuverlässig ausschließen, dass gerichtliche (i.S.d. Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC) Entscheidungen – insbesondere, wenn diese in zentralen unionsrechtlichen Anliegen wie z.B. des Marktzuganges oder der Marktöffnung ergangen sind – in der Folge durch Entscheidungen von instanzenmäßig übergeordneten Institutionen, die ihrerseits nicht den Anforderungen des Art. 6 Abs. 1 EMRK bzw. Art. 47 EGRC gerecht werden, ohne ein vorangegangenes Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH eliminiert werden können?'
Der Beschwerdeführer stellt den Antrag, das Landesverwaltungsgericht OÖ möge sich in gegenständlicher Angelegenheit dem Vorlageantrag des Landesverwaltungsgerichts OÖ vom 16.06.2016, LVwG-411593/3/Gf/Mu ua anschließen.

3.3. Das Landesverwaltungsgericht OÖ möge sodann jedenfalls gem § 17 VwGVG iVm § 38 und § 38a AVG das Verfahren bis zum Einlangen der Vorabentscheidungen des EuGH aussetzen.

4. Anscheinsbefangenheit des Gerichts
Der EGMR hat jüngst in seinem Urteil vom 20.9.2016, 926/08 (Karelin/Russland), festgestellt, dass eine inquisitorische Vorgangsweise zur Anscheinsbefangenheit des Gerichts führt. Sollte das Gericht nunmehr den Beweisanträgen nicht stattgeben und lediglich für den Beschwerdeführer belastendes Material wie zB
- Ergebnis einer Repräsentativerhebung 2015 des Instituts für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung
- Schreiben des BMF vom 30.10.2015
- Stellungnahme des BMF vom 26.06.2015
- Evaluierungsbericht des BMF Auswirkungen des GSPG 2010-2014
- Glücksspielbericht 2010-2013 die Stellungnahmen des BMF sowie die Studie

beischaffen, so wird schon jetzt Anscheinsbefangenheit des Gerichts geltend gemacht, wobei die persönliche Integrität des Richters nicht in Zweifel gezogen wird.
[…]

Beilagen: 1. Beschluss des LG Korneuburg vom 23.11.2016
2. Erkenntnis LVwG-411653/5/Gf/Mu vom 22.12.2016
3. Liste unzulässiger Glücksspielwerbung der Konzessionsnehmer
4. Anmerkungen zur divergierenden Judikatur zweier Höchstgerichte Univ.-Prof. Dr. Franz Leidenmühler vom 29.04.2016
5. Erkenntnis LVwG-411653/5/Gf/Mu vom 22.12.2016
6. Kohärenz im österreichischen Glücksspielrecht? – Wertungswidersprüche und Judikaturdivergenzen, Dr. Franz Leidenmühler vom 15.12.2016"

[Hervorhebungen nicht übernommen]

4. Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt der belangten Behörde, insbesondere die Anzeige der Finanzpolizei Team 40 vom 23. Februar 2015, GZ: 046/70027/23/4015, samt

der mit der Lokalinhaberin S C D aufgenommenen Niederschrift, der dem Akt angeschlossenen Dokumentation über die Test-Bespielung der Geräte samt Fotodokumentation, außerdem Stellungnahme des BMF samt dem in der Stellungnahme des Bf angesprochenen Glücksspielbericht 2010-2013 und Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014", die Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015" samt Begleitschreiben des BMF sowie die vom Bf vorgelegten Unterlagen.

Am 26. Jänner 2017 wurde eine (beantragte) öffentliche mündliche Verhandlung in Anwesenheit des Rechtsvertreters des Bf Mag. R H und des Vertreters des Finanzamtes Linz C L durchgeführt. Der (zunächst angekündigte) Bf war ebenso wie der Vertreter der belangten Behörde entschuldigt. Auf die Zeugeneinvernahme der beiden Kontrollorgane der Finanzpolizei wurde ausdrücklich verzichtet, ebenso auf die mündliche Verkündung des Erkenntnisses.

Folgender **Sachverhalt** ist entscheidungswesentlich:
Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 11. Februar 2015 im Lokal „x", wurden die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführten Glücksspielgeräte betriebsbereit vorgefunden.

Die Lokalbetreiberin S C D gab gegenüber dem Kontrollorgan C L an, sie habe ein Einzelunternehmen; die Glücksspielgeräte FA1) Panthers Multigames und FA2) ACT Multiplayer stünden seit „gestern", dh seit 10. Februar 2015, im Lokal, das Glücksrad FA3) „x" seit 1. Jänner 2015. Veranstalter und Eigentümer der Geräte sei „x"; wenn jemand etwas gewinne, rufe sie „I" an, der das dann auszahle; im Fall einer Störung rufe sie „I" an; Wartungs-, Reinigungs- und Servicearbeiten führe „I" durch; er komme alle 2 bis 3 Tage ins Lokal; wenn sie ihn anrufe, komme er öfter, gestern sei er das letzte Mal hier gewesen.

Auf dieser Grundlage wurden dem Bf, der handelsrechtlicher Geschäftsführer der B Automaten GmbH, ist, als nach außen zur Vertretung berufenem Organ der genannten GmbH gemäß § 9 Abs. 1 VStG als Unternehmer die Veranstaltung verbotener Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 1. Tatbild GSpG iVm § 9 Abs. 1 VStG angelastet.

Im Übrigen wurde auf h Anfrage von der belangten Behörde am 2. August 2016 mitgeteilt, dass sich auf die Aufforderung der Finanzpolizei gemäß § 53 Abs. 3 GSpG niemand gemeldet hat, weshalb der Beschlagnahmebescheid an die Lokalinhaberin und die B Automaten GmbH ergangen sei.
Der Beschlagnahmebescheid war mit Erkenntnis LVwG-410754/9/KLe bestätigt und die von der GmbH dagegen eingebrachte ao Revision seitens des

Verwaltungsgerichtshofes mit Beschluss vom 4.5.2016, Ra 2015/17/0189, zurückgewiesen worden.

Unbestritten ist, dass die vom Bf als Eigentümerin und Betreiberin der Glückspielgeräte FA1) und FA2) geltend gemachte „K s.r.o.," in keinem Zusammenhang mit dem Bf steht; auch aus dem Firmenbuchauszug lässt sich nichts Gegenteiliges ersehen. Der Rechtsvertreter hat in der mündlichen Verhandlung jeglichen Zusammenhang des Bf mit der K-Union bestritten, ist aber ohne jedes Beweisanbot dabei geblieben, diese sei die Eigentümerin der beiden Walzengeräte FA1) und FA2).

Beweiswürdigend ist auszuführen, dass nach logischen Überlegungen nicht nachvollziehbar ist, weshalb die Lokalinhaberin den Bf – glaubhaft und auch vom Bf unbestritten – als ausschließliche „Ansprechperson" für die Geräte in technischer, finanzieller und organisatorischer Hinsicht nennen sollte, wenn dieser in keinem Zusammenhang mit dem angeblichen Eigentümer „K-U" steht und in sämtlichen Belangen (Gewinn-Auszahlung, Geräte-Service, technische Wartung etc) und auch sonst regelmäßig tätig geworden ist. Aus der Sicht des Landesverwaltungsgerichtes OÖ ist davon auszugehen, dass der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer der B Automaten GmbH tätig geworden ist und die „K-U" mit seinem Tätigwerden nichts zu tun hat. Im Übrigen ist das in der Verhandlung ergänzte diesbezügliche Beschwerdevorbringen angesichts des VwGH-Beschlusses vom 4.5.2015, Ra 2015/17/0189, geradezu mutwillig.

Fest steht außerdem, dass die beiden Walzenspielgeräte FA1) und FA2) seit 10. Februar 2015 im Lokal aufgestellt waren, das Glücksrad FA3) seit 1. Jänner 2015. Dass der Bf bzw die B Automaten GmbH nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für das gegenständliche Gerät war und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, ergibt sich daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle noch im behördlichen Verfahren bzw. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurden und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde.

Der Bf hat in der Verhandlung weiters geltend gemacht, beim Gerät FA2), Gehäusebezeichnung „ACT Multiplayer" handle es sich nicht um ein Glücksspielgerät; das sei vielmehr ein Geschicklichkeitsapparat, was er durch ein technisches Sachverständigen-Gutachten (Ing. H B, Graz) vom 29.6.2015 und ein Rechtsgutachten (RA Dr. F W, Wien) vom 22.6.2015 unterlegte. Angesichts der Tatsache, dass die beiden Gutachten ganz offensichtlich für ein Onlinegerät Type „Dreamline" mit dem Spiel „ACT Memory Skill", Hersteller Online Games, das dem Vertreter des Finanzamtes Linz bekannt war, gelten sollten, die Lokalinhaberin S C D bei der Einvernahme anlässlich der Kontrolle ausdrücklich

bestätigt hat, die im Lokal aufgestellten Geräte FA1) und FA2) seien nicht mit dem Internet verbunden, und der Bf auch außer der Buchstabenkombination „ACT" keinerlei Zusammenhang zwischen beiden Geräten darlegen konnte, zog er seinen ursprünglichen Antrag auf Durchführung eines Ortsaugenscheins samt Bespielung zurück.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden am 11. Februar 2015 folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr.	Spiel	mögliche Einsätze	in Aussicht gestellte Gewinne
FA1)	Submarine	0,20 – 5 Euro	160 Euro – 4.000 Euro
FA2)	Pharaoh´s Eye	0,10 – 5 Euro	50 Euro – 2.500 Euro
FA3)	Fun	1 – 4 Euro	80 Euro

(Mulitpl. Faktor: 1x, 2x, 4x)

Der Spielablauf dieser virtuellen Walzenspiele – FA1) und FA2) – stellt sich wie folgt dar:
Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen wurden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wurde mit der Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen – das wurde auch vom Vertreter des Finanzamtes Linz, der bei der ggst Kontrolle anwesend war, bestätigt.

Beim elektronischen Glücksrad „Fun" – FA3) – 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. Nach Eingabe des Geldbetrages startet sofort der Beleuchtungslauf und beginnen sich die Lichter des sich auf dem Gerät befindlichen Lichtkranzes zu drehen. Nach Beendigung des Laufens des Lichtkranzes bleibt schließlich eine Zahl beleuchtet. 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. 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, 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.

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, ihrem Aktenvermerk, der Dokumentation der Probespiele und den diese dokumentierenden deutlichen Fotos im Akt. Sie gründen zudem auf den glaubwürdigen Angaben der Inhaberin S C D in der Niederschrift vom 11.2.2015 vor der Finanzpolizei. Auf den Fotos lassen sich die Einsätze und die möglichen Gewinne erkennen.

Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass sie von einer Unternehmerin betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten aufgestellt und Spielinteressenten zugänglich gemacht wurden und dass die Funktionsweise der Geräte auf die Einnahmenerzielung ausgerichtet ist.

Die B Automaten GmbH ist eine nach österreichischem Recht errichtete GmbH mit Sitz in Österreich, der Bf handelsrechtlicher Geschäftsführer mit (demselben) Wohnsitz in Österreich.

Mangels entsprechender Angaben dazu hat die belangte Behörde die finanziellen Verhältnisse des Bf geschätzt und ist dabei von einem monatlichen Einkommen von 2000 Euro bei Fehlen von relevantem Vermögen und Sorgepflichten ausgegangen. Dieser Schätzung ist der Bf nicht entgegengetreten, sodass auch im Beschwerdeverfahren von diesen Annahmen auszugehen war. Er ist laut den

Ausführungen der belangten Behörde in der Begründung des in Beschwerde gezogenen Straferkenntnisses verwaltungsstrafrechtlich unbescholten, was – zutreffend – als mildernd gewertet wurde; erschwerend war nichts.

Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat **in rechtlicher Hinsicht** erwogen:
Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (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 GSpG veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt.

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

Gemäß § 52 Abs. 3 GSpG ist, sofern durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht ist, nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.
Ein Glücksspiel im Sinne des GSpG ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt (§ 1 Abs. 1 GSpG).

Gemäß § 2 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.

Hinsichtlich des Glücksspielcharakters der verfahrensgegenständlichen Walzenspielgeräte ist auszuführen, dass aufgrund der festgestellten

Funktionsweise der an den Geräten verfügbaren virtuellen Walzenspielen auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 8.9.2005, Zl. 2000/17/0201) davon auszugehen ist, dass das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhängt und die virtuellen Walzenspiele somit als Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind.

Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte. Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (zB VwGH 27.1.2012, 2011/17/0246) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da dieser Umstand sohin feststeht, kann eine weitere Erörterung dieser Frage unterbleiben. Dies gilt auch für den sogenannte „Fun-Wechsler" (VwGH 16.11.2011, 2011/17/0238).

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass mit den in Rede stehenden Geräten Glücksspiele veranstaltet wurden, um dadurch selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es handelt sich bei diesen Glücksspielen auch um Ausspielungen iSd § 2 GSpG. Da mit den genannten Glücksspielgeräten mit den darauf verfügbaren Spielen Spieleinsätze zu leisten und Gewinne in Aussicht gestellt sind, ist - in Ermangelung einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz - von einer verbotenen Ausspielung iSd § 2 Abs. 4 GSpG auszugehen. Weiters ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt wurde und diese Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

Schon aufgrund der festgestellten Einsatzhöhen und der Funktionsweise des Gerätes (kurze Spieldauer, da ein Walzenlauf nur etwa eine Sekunde dauert, wobei auch nicht ausgeschlossen ist, dass Spieler mehrere Einzelspiele hintereinander spielen) kann nicht von einer Geringfügigkeit ausgegangen werden (vgl. alleine hinsichtl. der Geringfügigkeit von Einsätzen VwGH 28.05.2013, 2012/17/0195).

Aus dem Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei, dass die Geräte FA1) und FA2) von 10.2.2015 bis 11.2.2015, das Gerät FA3) von 1.1.2015 bis 11.2.2015 betriebsbereit in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals aufgestellt waren. Die Lokalbetreiberin machte diese verbotenen Ausspielungen insofern zugänglich, als sie zunächst eine Fläche des von ihr betriebenen Lokals zum Zwecke des Aufstellens der gegenständlichen Geräte freigab und in der Folge die betriebsbereiten Geräte auf dieser Fläche im Lokal duldete und diesen Lokalbereich samt den aufgestellten Geräten für die Öffentlichkeit zugänglich machte. Die B Automaten GmbH – der Bf ist laut Firmenbuch einziger Gesellschafter der GmbH und deren handelsrechtlicher Geschäftsführer – veranstaltete als Eigentümerin der Geräte diese verbotenen Ausspielungen vom Inland aus, indem sie die Spiele auf ihre Rechnung und Gefahr ermöglichte, also

das Risiko des Gewinns und Verlusts in ihrer Vermögenssphäre getragen hat. Dies hat der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer zu verantworten. Somit ist der Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG in objektiver Hinsicht erfüllt.

Zur Zuständigkeit der belangten Behörde:
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. Das in Beschwerde gezogene Straferkenntnis wurde nach Inkrafttreten des § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl. I Nr. 13/2014 erlassen. Auch wurde die Tatbegehung zeitlich nach Inkrafttreten des § 52 Abs. 3 GSpG vorgeworfen. Die belangte Behörde war daher zur Erlassung des bekämpften Straferkenntnisses zuständig.

Darüber hinaus hat der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, E 1139-1140/2014, ausgeführt, „dass § 1 Abs. 2 VStG den Anforderungen des Art. 7 EMRK entsprechend einen umfassenden Günstigkeitsvergleich mehrerer in Betracht kommender Rechtslagen ermöglicht. (...) Für den Verfassungsgerichtshof besteht (...) kein Zweifel, dass die Anwendung der Verwaltungsstrafbestimmung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, welche im Gegensatz zur gerichtlichen Strafnorm des § 168 StGB keine Primärfreiheitsstrafe vorsieht, für den Beschwerdeführer in seiner Gesamtauswirkung günstiger ist." Ob aufgrund des Umfanges der möglichen Spiele, des möglichen Spieleinsatzes oder aus anderen Gründen eventuell auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht wurde, braucht daher nicht weiter beurteilt zu werden, weil auch in diesem Fall im Sinne der 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, u.a. ferner festgestellt, dass die Regelungen des GSpG zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind.

Zur geltend gemachten Gemeinschaftsrechtswidrigkeit:
Nach der Rsp des EuGH kann ein Glücksspielmonopol geeignet sein, einerseits die Niederlassungsfreiheit, andererseits die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken (EuGH Rechtssache *Gambelli*, C-243/01; Rechtssache *Pfleger* ua, C-390/12).

Hinsichtlich einer behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen GSpG ist zunächst festzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung der Höchstgerichte die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten

Sachverhalte mit Auslandsbezug voraussetzt (vgl etwa VwGH 27.4.2012, 2011/17/0046). Es ist auch nach der Judikatur des OGH (siehe etwa OGH 21.10.2014, 4 Ob 145/14y) ein Inländer nicht unmittelbar durch die Dienstleistungsfreiheit geschützt. Auch die Entscheidung OGH 4 Ob 244/14g geht davon aus, dass *„die Unvereinbarkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes mit der primärrechtlichen Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit in rein nationalen Fällen nicht zur Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen*" führt. Im gegenständlichen Fall ist der Bf österreichischer Staatsbürger und die B Automaten GmbH ist eine österreichische GmbH. Auch sonst ist im Verfahren kein Auslandsbezug hervorgekommen und es wurde diesbezüglich auch kein substantiiertes Vorbringen erstattet, sodass eine unmittelbare Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten nicht in Betracht kommt.

Hinzu kommt, dass der durch das österreichische GSpG geschaffene gesetzliche Rahmen nach Ansicht des erkennenden Landesverwaltungsgerichtes nicht unionsrechtswidrig ist, was auch im Einklang mit der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung steht (vgl jüngst VwGH 16.03.2016, Ro 2015/17/0022, VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Laut OGH ist aus den gesetzlichen Bestimmungen als solchen nicht abzuleiten, dass die Ausgestaltung des Glücksspielrechts nicht dem Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung diente (OGH 17.02.2015, 4 Ob 229/14a). Auch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts sahen in jüngeren Entscheidungen keine Veranlassung für eine unionsrechtsbedingte Nichtanwendung, amtswegige Gesetzesprüfung oder Anfechtung der Verbotsbestimmungen des GSpG (siehe etwa VfGH G 82/12, VfSlg 19.749; B 615/2013; VwGH Ro 2014/17/0120, 0121 und 0123; Ro 2014/02/0026). Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist zwar entsprechend den Vorgaben des EuGH nicht nur der normative Rahmen von Bedeutung, sondern es ist die unionsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopol auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig, sodass zu prüfen wäre, ob die Regelungen des Glücksspielgesetzes in ihrer Gesamtheit dazu führen, dass die vom GSpG bezweckten Wirkungen (etwa Verringerung der Gelegenheit zum Spiel und Bekämpfung der damit verbundenen Kriminalität) erzielt werden (so etwa VwGH Ro 24.04.2015, 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w). Wenn aber die gesetzlichen Bestimmungen als solche selbst grundsätzlich mit dem Unionsrecht vereinbar sind, so wären allfällige tatsächlich fehlende Wirkungen dieser Regelungen, die allenfalls zur Unionsrechtswidrigkeit führen könnten, auf die Vollziehung der gesetzlichen Bestimmungen (zB mangelnde Aufsicht) oder das sonstige Agieren des Staates (zB inkohärente Spielerschutzpolitik) zurückzuführen. Eine allfällige dem Anliegen des Spielerschutzes nicht gerecht werdende Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs wäre dann aber nicht Folge der gesetzlichen Bestimmungen als solchen (vgl OGH 17.02.2015, 4 Ob 229/14a), sondern es würde dies durch das sonstige Agieren des Staates, insbesondere bei Vollziehung der Regelungen des GSpG, verursacht. In einem solchen Fall wäre aber die

Konsequenz wohl nicht die Aufhebung des an sich unionsrechtskonformen Gesetzes durch den VfGH wegen Inländerdiskriminierung, vielmehr wäre es Aufgabe der Vollziehung, einen dem Gesetz (unter Beachtung der sich aus dem Unionsrecht ergebenden Vorgaben) entsprechenden Zustand herzustellen. In diesem Sinne wird auch sonst vertreten, dass Gesetze verfassungskonform auszulegen und zu vollziehen sind und es führt eine nicht verfassungskonforme Auslegung durch die Behörden nicht zur Aufhebung des Gesetzes (vgl etwa VfGH 11.12.2012, V8/12 ua).

Im Ergebnis führen aber die obigen Ausführungen dazu, dass weder die Anfechtung von Regelungen des GSpG (diese bewirken als solche keine Inländerdiskriminierung), noch die Nichtanwendbarkeit dieses Gesetzes bei reinen Inlandssachverhalten (keine Gleichheit bei einem allfälligen durch die Vollziehung bewirkten Unrecht) in Betracht kommt.

Abgesehen davon ist zur Frage der Unionrechtswidrigkeit im Einzelnen Folgendes festzuhalten:
Gemäß Art. 52 iVm 62 AEUV können mitgliedstaatliche Eingriffe in die Freiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Auch Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH (vgl. etwa Rechtssache Pfleger u.a., C-390/12 mwN) durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben der vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen Rechnung zu tragen. Sowohl Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit als auch Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinn zu gewährleisten, dass sie kohärent, systematisch und verhältnismäßig sind (vgl EuGH Rechtssache *Gambelli*, C-243/01; siehe weiters EuGH Rechtssache *Dickinger und Ömer*, C-347/09; EuGH Rechtssache *Pfleger*, C-390/12; VwGH 29.05.2015, Ro 2014/17/0049; VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121).

Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, und es sind (Stand 2015) zwischen ca. 27.600 bis ca. 46.000 Personen spielsüchtig. Die Spielsucht stellt daher in Österreich ein relevantes Problem dar. Durch das im GSpG geregelte Glücksspielmonopol sollen unter anderem die Gelegenheiten zum Spiel vermindert, die Ausnutzung der Spielleidenschaft begrenzt und der Spielerschutz gewährleistet werden (vgl. in diesem Zusammenhang etwa die §§ 5, 14, 16, 19, 21, 22, 25, 26, 31 und 56; so ausdrücklich auch die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Novelle BGBl I Nr. 73/2010; in diesem Sinne auch bereits die Rsp der österreichischen Höchstgerichte siehe etwa VfGH 06.12.2012, B1337/11 u.a.; VfGH 12.03.2015, G 205/2014-15 u.a.; VwGH 07.03.2013, 2011/17/0304, VwGH

04.11.2009, 2009/17/0147; OGH 20.03.2013, 6 Ob 118/12i; 17.02.2015, 4 Ob 229/14a: Aus den gesetzlichen Bestimmungen als solchen sei nicht abzuleiten, dass die Ausgestaltung des Glücksspielrechts nicht dem Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung diente). Diese Zielsetzungen vermögen daher eine Beschränkung der Glücksspieltätigkeiten im Sinne der Rsp des EuGH zu rechtfertigen.
Dem evidenten Spielsuchtproblem in Österreich soll gerade auch durch das im GSpG geregelte Monopol entgegengetreten werden, wobei es sich bei der Normierung eines Monopolsystems um eine geeignete Maßnahme handeln kann, um den negativen Erscheinungen unkontrollierten Glücksspieles entgegen zu wirken (vgl. EuGH Rechtssache *Pfleger*, C-390/12 RZ 41).

Es ist daher zu prüfen, ob die im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit in ihren Wirkungen tatsächlich geeignet sind, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Hinsichtlich der Eignung der im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit zur Erreichung der genannten Ziele in kohärenter und systematischer Weise ist nicht nur zu prüfen, welche gesetzlichen Vorgaben geregelt sind, sondern auch wie diese umgesetzt werden.

Das GSpG regelt einerseits die Anforderungen an die Erteilung einer Konzession oder Bewilligung zur Durchführung von Ausspielungen sowie deren Einhaltungsvoraussetzungen, andererseits stellt es Ausspielungen, die ohne Konzession oder Bewilligung durchgeführt werden, unter Strafe und ordnet dazu konkrete Verfolgungsmaßnahmen an. Somit geht aus dem GSpG klar hervor, dass nur jene Glücksspielbetreiber legal Glücksspiele in Form von Ausspielungen anbieten können, die einerseits Inhaber einer Konzession oder Bewilligung sind und andererseits die damit verbundenen Anforderungen fortlaufend erfüllen. Es liegt auf der Hand, dass eine beschränkte Zahl von Konzessionären effektiver zu überwachen ist als eine unbeschränkte Anzahl an Anbietern (vgl. auch VfGH 06.12.2012, B 1337/11) und somit das im GSpG normierte Konzessions- und Bewilligungssystem dem Spielerschutz dienlich ist.
Auch der OGH führte bereits aus, dass aus den gesetzlichen Bestimmungen als solchen nicht abzuleiten sei, dass die Ausgestaltung des Glücksspielrechts nicht dem Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung diente (OGH 17.02.2015, 4 Ob 229/14a). Auch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts sahen in jüngeren Entscheidungen keine Veranlassung für eine unionsrechtsbedingte Nichtanwendung, amtswegige Gesetzesprüfung oder Anfechtung der Verbotsbestimmungen des Glücksspielgesetzes (siehe etwa VfGH G 82/12, VfSlg 19.749; B 615/2013; VwGH Ro 2014/17/0120, 0121 und 0123; Ro 2014/02/0026; Z 2012/17/0440). Die österreichischen Höchstgerichte gehen demnach davon aus, dass die gesetzlichen Vorgaben des GSpG geeignet sind, die festgelegten Ziele zu verfolgen.

Durch die zur Vollziehung berufenen Behörden erfolgt auch einerseits die Kontrolle der Einhaltung der Anforderungen an die Konzessionäre und andererseits die tatsächliche Verfolgung und Ahndung von illegalem Glücksspiel.

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau"). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667 und 2014 (bis 3. Quartal) 310 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480, 2013 1299 und 2014 (bis 3. Quartal) 625 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden. Bereits aufgrund dieser vorläufigen Beschlagnahmen wurden aber grundsätzlich weitere Glücksspiele mit betroffenen Glücksspielgeräten (zumindest für die Dauer der Aufrechterhaltung der Beschlagnahme) verhindert und insoweit die Zugänglichkeit zu Ausspielungen beschränkt.

Beim BMF wurde mit 1. Dezember 2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich ferner, dass durch die GSpGNovellen 2008/2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden ist. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der

minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

Schon die oben angeführten Umstände, insbesondere der Kontrollen der Konzessionäre, der Maßnahmen zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels, der Festlegung der Anbindung der Glücksspielautomaten und VLT der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH, aber auch der Einrichtung der Spielerschutzstelle, zeigen nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes OÖ, dass die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in kohärenter und systematischer Weise erfolgt.

Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist die unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (vgl VwGH Ro 24.04.2015, 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w; VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).
Der EuGH hat (vgl Urteil 30.04.2014, Rs *Pfleger*, C-390/12) die unionsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopols nicht nur von der Zielsetzung des Gesetzgebers - Spielerschutz und Kriminalitätsbekämpfung - sondern auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig gemacht. Im Zuge eines amtswegigen Ermittlungsverfahrens hätte das Verwaltungsgericht daher insbesondere zu prüfen, ob die Regelungen des Glücksspielgesetzes in ihrer Gesamtheit dazu führen, dass die Gelegenheit zum Spiel verringert und die damit verbundene Kriminalität bekämpft wird. Dies wäre beispielsweise dann nicht erfüllt, wenn es trotz der restriktiven Ausgestaltung des Glücksspielrechts in den letzten Jahren zu einer Ausweitung der Spielsucht samt der damit verbundenen Probleme gekommen wäre (vgl OGH 20.1.2015, 4 Ob 231/14w).

Als Folge der gesetzlichen und behördlichen Vorgaben werden durch die konzessionierten Betreiber Maßnahmen zum Spielerschutz tatsächlich umgesetzt. So ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt etwa, dass im Bereich der Spielbanken gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2013 in Summe nahezu 7.000 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870 eingeholt wurden und ferner bei Auskunfteien online-„Sofort-Checks" erfolgten. Auch wurden im Jahr 2013 über 621.000 Spielbankbesucher den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Aus dem

festgestellten Sachverhalt ergibt sich zudem, dass zum 31.12.2013 in österreichischen Spielbanken bei 22.435 Spielbankbesuchern aufrechte, gültige Einschränkungen der Besuchsmöglichkeiten und 4.381 aktive Selbstsperren bestanden. In den VLT-Outlets wurde bei begründetem Anlass in über 11.000 Fällen zur Alterskontrolle anhand eines Lichtbildausweises aufgefordert, wovon in mehr als 1.300 Fällen der Zutritt verwehrt wurde.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich weiters, dass es zu keiner Ausbreitung der Glücksspielsucht seit 2009 in Österreich gekommen ist. Gerade beim im Hinblick auf spielbedingte Probleme besonders risikoreichen Automatenglücksspiel ist die Prävalenz des problematischen und pathologischen Spielens (von ca. 13,5% [2009] auf ca. 8,1% [2015] bei Automaten in Kasinos und von ca. 33,2% [2009] auf ca. 27,2% [2015] bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos) seit 2009 zurückgegangen. Auch ist der durchschnittliche Geldeinsatz im Automatenglücksspielbereich außerhalb von Spielbanken merklich gesunken. Es zeigt sich auch, dass die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der konzessionierten „C A" im Vergleich zu den (häufig auch nicht bewilligten) Ausspielungen in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen eher gering ausfallen.

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt, insbesondere der oben dargestellten tatsächlich durchgeführten Spielerschutzmaßnahmen durch die konzessionierten Betreiber und dem dargestellten Spielverhalten in Österreich (bezogen auf den Vergleichszeitraum 2009 bis 2015), erachtet das erkennende Landes-verwaltungsgericht OÖ auch hinsichtlich der tatsächlichen Wirkungen der Regelungen des GSpG eine unionsrechtlichen Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit als gegeben.
Als Folge der gesetzlichen und behördlichen Vorgaben werden durch die konzessionierten Betreiber Maßnahmen zum Spielerschutz tatsächlich umgesetzt. So ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt etwa, dass im Bereich der Spielbanken gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2013 in Summe nahezu 7.000 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870 eingeholt wurden und ferner bei Auskunfteien online-„Sofort-Checks" erfolgten. Auch wurden im Jahr 2013 über 621.000 Spielbankbesucher den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich zudem, dass zum 31. Dezember 2013 in österreichischen Spielbanken bei 22.435 Spielbankbesuchern aufrechte, gültige Einschränkungen der Besuchsmöglichkeiten und 4.381 aktive Selbstsperren bestanden. In den VLT-Outlets wurde bei begründetem Anlass in über 11.000 Fällen zur Alterskontrolle anhand eines Lichtbildausweises aufgefordert, wovon in mehr als 1.300 Fällen der Zutritt verwehrt wurde.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich weiters, dass es zu keiner Ausbreitung der Glücksspielsucht seit 2009 in Österreich gekommen ist. Gerade beim in Hinblick auf spielbedingte Probleme besonders risikoreichen

Automatenglücksspiel ist die Prävalenz des problematischen und pathologischen Spielens (von ca. 13,5% [2009] auf ca. 8,1% [2015] bei Automaten in Casinos und von ca. 33,2% [2009] auf ca. 27,2% [2015] bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos) seit 2009 zurückgegangen. Auch ist der durchschnittliche Geldeinsatz im Automatenglücksspielbereich außerhalb von Spielbanken merklich gesunken. Es zeigt sich auch, dass die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der konzessionierten „C A" im Vergleich zu den (häufig auch nicht bewilligten) Ausspielungen in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen eher gering ausfallen.

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt, insbesondere der oben dargestellten tatsächlich durchgeführten Spielerschutzmaßnahmen durch die konzessionierten Betreiber und dem dargestellten Spielverhalten in Österreich (bezogen auf den Vergleichszeitraum 2009 bis 2015), erachtet das Landesverwaltungsgericht OÖ auch hinsichtlich der tatsächlichen Wirkungen der Regelungen des GSpG eine unionsrechtlichen Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit als gegeben.

Zum Vorbingen betreffend die Werbetätigkeit ist auszuführen:
Aus der Rsp des EuGH ergibt sich, dass Werbung für Glücksspiel nicht generell dem Unionsrecht widerspricht, aber die Werbetätigkeit maßvoll und eng darauf begrenzt werden muss, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken (vgl. dazu etwa Rechtssachen *Dickinger/Ömer*, C-347/09; *Placanica*, C-338/04; *HIT hoteli* u.a., C-176/11).

Mit Recht führt der Bundesminister für Finanzen aus, dass in Bezug auf die Werbetätigkeit (für legales Glücksspiel) die Rechtsprechung des EuGH nicht so zu verstehen ist, dass mitgliedstaatliche Beschränkungen des Glücksspiels unzulässig wären, wenn die Konzessionäre für das legale Glücksspiel werben dürfen. Aus EuGH *Dickinger/Ömer*, C-347/09, geht hervor, dass – um das Ziel, die Spieltätigkeiten in kontrollierte Bahnen zu lenken zu erreichen – die zugelassenen Anbieter eine verlässliche und zugleich attraktive Alternative zu den nicht geregelten Tätigkeiten bereitstellen müssen, was an und für sich das Anbieten einer breiten Palette von Spielen, Werbung in einem gewissen Umfang und den Einsatz neuer Vertriebstechniken beinhalten kann. Laut EuGH (*Dickinger/Ömer*, C-347/09 vom 15.09.2011) muss eine vom Inhaber eines staatlichen Monopols durchgeführte Werbung maßvoll und eng darauf begrenzt werden, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken. Hingegen darf die Werbung nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, indem etwa das Spiel verharmlost, ihm ein positives Image verliehen oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die verführerische bedeutende Gewinne in Aussicht stellt. Die Beurteilung, ob eine Werbebotschaft zur Teilnahme am Glücksspiel anreizt bzw. ermuntert, ergibt sich grundsätzlich aus ihrem

Aussagegehalt, der wie bei anderen Erklärungen durch Auslegung zu ermitteln ist. Wie ein an das Publikum gerichteter Werbespot zu verstehen ist, kann vom Gericht dabei ohne Beiziehung eines Sachverständigen beurteilt werden (vgl dt BVerwG 20.06.2013, 8 C 10.12). Die Frage, welche Wirkung eine Werbeaussage auf die beteiligten Verkehrskreise hat, ist auch nach dem OGH eine Rechtsfrage, wenn zu ihrer Beurteilung die Erfahrungen des täglichen Lebens ausreichen (OGH 10.11.1998, 4Ob243/98h).

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

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

Gemäß § 56 Abs. 1 GSpG haben die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber bei ihren Werbeauftritten einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren, wobei die Einhaltung im Aufsichtswege überwacht wird. Bei Beurteilung der Werbetätigkeit kommt es nicht auf eine einzelne Werbung an, sondern es ist vielmehr die Gesamtheit der Werbemaßnahmen der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber heranzuziehen (vgl. auch OGH 27.11.2013, 2 Ob 243/12t).

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass sich der Anteil der Personen, die in den letzten 12 Monaten irgendein Glücksspiel um Geld gespielt haben, im Zeitraum 2009 bis 2015 kaum verändert hat. Insgesamt hat sich der Geldeinsatz (in absoluten Zahlen) zwar von 53 € auf 57 € (also nur in etwa um die Inflationsrate) erhöht, bei den besonders problematischen Automatenspielen außerhalb der Casinos ist er sogar deutlich zurückgegangen. Auch die Anzahl der Spielsüchtigen ist in diesem Zeitraum nicht gestiegen. Daraus ist abzuleiten, dass die Werbetätigkeit der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber in ihrer Gesamtheit im Ergebnis jedenfalls kein Wachstum des gesamten Markts für Glücksspiele bewirkt hat. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob jede einzelne Werbemaßnahme jedes Konzessionärs und Bewilligungsinhabers den Vorgaben des EuGH entspricht, da die Werbetätigkeit in ihrer Gesamtheit jedenfalls nicht dem Wachstum des gesamten Markts für Glücksspiele dient. Auch wenn einzelne Werbemaßnahmen für sich genommen geeignet sein sollten, die Spiellust zu wecken bzw zu verstärken, so hat jedenfalls die Gesamtheit der Werbetätigkeiten nicht zu einer Ausweitung des Glücksspieles geführt. Es haben daher die Gesamtwirkungen der Werbetätigkeit die kohärente und systematische Verfolgung der Ziele des GSpG nicht beeinträchtigt.

Nachdem es in Österreich (bezogen auf den Zeitraum 2009 bis 2015) zu keinem Wachstum des gesamten Glücksspielmarkts gekommen ist und (nach der Rsp des EuGH) eine Werbung der Konzessionäre für ihre Produkte zum Zweck, den vorhandenen Markt für sich zu gewinnen, jedenfalls zulässig ist (vgl EuGH Rechtssache *Dickinger/Ömer* C-347/09, RN 69), geht das Landesverwaltungsgericht OÖ im Ergebnis davon aus, dass die bisherige Werbetätigkeit der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber nicht zur Unionsrechtswidrigkeit der österreichischen Regelungen betreffend die Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten führt.

Zusammenfassend ergibt sich daher für das erkennende Landesverwaltungsgericht, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände eine Unionsrechtswidrigkeit durch die österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten nicht vorliegt (vgl VwGH 16.03.2016, 2015/17/0022). Die von der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom EuGH anerkannten Gründe des Allgemeininteresses und sind geeignet, diese in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Die Beschränkungen erscheinen auch nicht unverhältnismäßig. Diese Beurteilung entspricht auch der aktuellen Rechtsprechung des VwGH zu diesem Thema (Ro 2015/17/0022-7 vom 16. März 2016). Ebenso konnte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen erkennen.

Zu den offenen Beweisanträgen betreffend die Frage der Unionsrechtskonformität ist auszuführen:
Der Bf hat die Einholung mehrerer Sachverständigengutachten aus den Fachgebieten Soziologie, Statistik, Kriminalpsychologie, Steuerwesen, Marketing und Kommunikation und Werbung zu Fragestellungen beantragt, die im Wesentlichen allesamt unzulässige Erkundungsbeweise darstellen, sodass den Anträgen der Erfolg zu versagen war.
Soweit sich der Bf auf Aussagen von Fachleuten beruft, wonach die Zahl der spielsüchtigen Personen in den letzten Jahren gestiegen sei, sind diese nicht geeignet, die Untauglichkeit des GSpG und der behördlichen Maßnahmen zu beweisen. In der aktuellen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015" von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg sind gerade diese Parameter in wissenschaftlicher Weise erhoben und ausgewertet worden. Diese Studie ist schlüssig und nachvollziehbar. Wahrnehmungen und Einschätzungen (auch einer größeren Zahl) von mit der Materie befassten Einzelpersonen können die Studie nicht widerlegen. Dies wäre nur durch eine auf gleicher fachlicher Ebene erstellte Studie möglich. Die Beweisanträge waren daher abzuweisen.
Soweit Zeugeneinvernahmen zum Beweis dafür beantragt wurden, dass die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz ineffektiv seien, ist auszuführen, dass die Zeugen lediglich ihre persönliche Meinung (ob eine „Ineffektivität" vorliegt) darstellen könnten, die allenfalls auf Umständen gründet, die sich in ihrem unmittelbaren Umfeld abspielen. Hingegen sind der genannten Studie auch Auswirkungen der gesetzlichen Vorgaben und behördlichen Maßnahmen zu entnehmen. Persönliche Meinungen von Einzelpersonen sind daher für die vom OÖ Landesverwaltungsgericht vorzunehmende rechtliche Beurteilung, ob angesichts bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen als (im

rechtlichen Sinne ausreichend) effektiv angesehen werden können oder nicht, nicht von Relevanz. Auch die Beweisanträge zur Effektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz waren daher abzuweisen.

Zu den angesprochenen Problemkreisen ist auf die aktuelle Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015" von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg einzugehen, in der gerade diese Parameter in wissenschaftlicher Weise erhoben und ausgewertet worden sind. Diese Studie ist schlüssig und nachvollziehbar. Wahrnehmungen und Einschätzungen (auch einer größeren Zahl) von mit der Materie befassten Einzelpersonen können die Studie nicht widerlegen. Dies wäre nur durch eine auf gleicher fachlicher Ebene erstellten Studie möglich. Die Beweisanträge waren daher schon aus diesem Grund abzuweisen. Ob in einem bestimmten Zeitraum (und gegebenenfalls aus welchen Gründen) durch die Kontrollen der Finanzpolizei im Glücksspielbereich die Staatseinnahmen gestiegen sind, ist keine Frage, die durch einen Sachverständigen zu beantworten wäre.

Zum geltend gemachten Verbotsirrtum:
Wie oben dargestellt wird, besteht eine eindeutige Judikatur des VwGH dahingehend, dass die österreichischen Regeln des GSpG anwendbar und nicht vom Gemeinschaftsrecht überlagert sind. Die vereinzelt gebliebene Judikatur des LVwG OÖ (insb. LVwG-410286) wurde vom VwGH nicht bestätigt (Ro 2014/17/0121-5) bzw ist zu LVwG-410600 noch eine Revision anhängig.

Der Bf beruft sich auf einen Verbotsirrtum. Entschuldigend wirken dabei nach stRspr nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rspr zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.03.1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbst erteilte Auskünfte über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) bzw. eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung" (VwGH 22.03.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Entschuldigend wirkt hiebei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 04.10.2012, 2012/09/0134, 18.09.2008, 2008/09/0187), anderer fachkompetenter Institutionen, zB der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (z.B. VwGH 16.11.1993, 93/07/0022, 0023), der Gebietskrankenkasse (VwSlg 14.020 A/1994) oder auch des Kuratoriums für Verkehrssicherheit (VwSlg 13.257 A/1990) bzw. in sehr eingeschränktem Ausmaß die Rechtsauskunft berufsmäßiger Parteienvertreter (z.B. von Rechtsanwälten). Diese muss sich jedenfalls an der maßgeblichen Rsp der Höchstgerichte und gegebenenfalls an der Rechtsmeinung der zuständigen Behörde (VwSlg 11.744 A/1985) orientieren. Das Vertrauen auf die (falsche) Rechtsauskunft ist dem Auskunftssuchenden insbesondere dann vorwerfbar, wenn dem Beschuldigten das

Spannungsverhältnis zur gegenteiligen Behördenauffassung bekannt ist oder sich unmittelbar aus dem Inhalt der Auskunft auch für den Nicht-Fachmann ersichtliche Zweifel ergeben (VwGH 22.02.2006, 2005/17/0195); (vgl. *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 5 Rz 21 (Stand 01.07.2013, rdb.at).

Der Bf beruft sich lediglich auf die vereinzelt gebliebene Judikatur des LVwG OÖ. Demgegenüber steht eine ständige, den Bf aus etlichen anderen Verwaltungsstrafverfahren bekannte Praxis der zuständigen Verwaltungsbehörden und insbesondere die einhellige, weiter oben dargestellte Judikatur des VwGH. Sie konnten sich demnach nicht erfolgreich auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum berufen, sondern unterliegen bestenfalls einem Rechtsirrtum, der ihnen allerdings vorwerfbar ist.

Der Argumentation des Bf, es liege im Sinne der Rechtssache *Karelin* (EGMR vom 20.09.2016, 926/08) auf Grund der beigeschafften Unterlagen zu den Auswirkungen des Glücksspiels eine „Anscheinsbefangenheit" des erkennenden Gerichts vor, kann nicht gefolgt werden. So hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgestellt, dass im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 38 VwGVG iVm. § 25 VStG der Amtswegigkeitsgrundsatz und der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit gelten. Betreffend die Ermittlung des Sachverhalts bedeutet dies, dass die Verwaltungsgerichte verpflichtet sind, von Amts wegen die entscheidungserheblichen Tatsachen zu erforschen und deren Wahrheit festzustellen. In diesem Sinne sind alle sich bietenden Erkenntnisquellen sorgfältig auszuschöpfen und insbesondere diejenigen Beweise zu erheben, die sich nach den Umständen des jeweiligen Falles anbieten oder als sachdienlich erweisen können. Umso mehr muss dies für die Frage der Unanwendbarkeit eines Gesetzes wegen Unionsrechtswidrigkeit gelten, da – wie der Oberste Gerichtshof sogar zum Zivilverfahren vertritt (vgl 20.1.2015, 4Ob200/14m) – die Geltung oder Anwendbarkeit eines Gesetzes letztlich nicht von Behauptungen oder Beweisanboten einer Partei abhängen kann, sodass dann, wenn (wie im vorliegenden Fall aufgrund des Vorbringens der Beschwerde führenden Partei) konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Unionsrechtskonformität des Glücksspielrechts bestehen, auch Verwaltungsgerichte von Amts wegen entsprechende Beweise aufnehmen und Feststellungen treffen müssen (vgl. VwGH 6.9.2016, Ra 2015/09/0133).

Zusammenfassend besteht seitens des Landesverwaltungsgerichtes OÖ auf der Grundlage des durchgeführten Beweisverfahrens kein Zweifel, dass der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer der B Automaten GmbH und insofern als nach außen vertretungsbefugtes Organ der GmbH den Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 1. Tatbild GSpG in objektiver Hinsicht erfüllt hat, wobei hinsichtlich der Glücksspielgeräte FA1) und FA2) zumindest ein Tatzeitraum vom 10. Februar 2015 bis 11. Februar 2015, hinsichtlich des elektronischen Glücksrades FA3)

zumindest ein Tatzeitraum vom 1. Jänner 2015 bis 11. Februar 2015 zugrundezulegen ist. Da dem Bf die Glaubhaftmachung mangelnden Verschuldens im Sinne des § 5 Abs. 1 VStG nicht gelungen ist, hat er sein Verhalten jeweils als Verwaltungsübertretung zu verantworten.
Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt existierte zu § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG bereits höchstgerichtliche Judikatur zu den Gerätetypen dieser Geräte (vgl VwGH 16.11.2011, 2011/17/0238; 20.12.2013, 2013/17/0547, mit Vorjud; 27.1.2012, 2011/17/0247; 14.12.2011, 2011/17/0148).

Auf dieser Grundlage war der Schuldspruch des angefochtenen Straferkenntnisses nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens mit der Maßgabe des geänderten Tatzeitraumes zu den Glücksspielgeräten FA1) und FA2) zu bestätigen.

Zur Strafbemessung ist festzuhalten, dass gemäß § 52 Abs. 2 GSpG bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten für jeden Glücksspielautomaten eine Geldstrafe in der Höhe von 1000 Euro bis zu 10000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3000 Euro bis zu 30000 Euro ... zu verhängen ist.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG in der seit 1. Juli 2013 geltenden Fassung BGBl.I Nr.33/2013 sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Gemäß Abs. 2 dieser Bestimmung sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) 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 §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die belangte Behörde hat ihrer Entscheidung mangels Angaben des Bf ein geschätztes monatliches Nettoeinkommen von 2.000 Euro, kein relevantes Vermögen und keine ins Gewicht fallenden Sorgepflichten zugrunde gelegt. Diesen angenommenen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen ist nicht entgegengetreten worden, weshalb auch das Landesverwaltungsgericht von diesen Annahmen ausgeht.
Den Überlegungen zur Strafbemessung wurde seitens der belangten Behörde – zutreffend – zugrundegelegt, dass dem Bf der Milderungsgrund der verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit zugutekommt und nichts als erschwerend zu werten ist.

Der Unrechtsgehalt der gegenständlichen Übertretungen ist hoch, wobei diesem Umstand bereits der Gesetzgeber durch Festsetzung einer entsprechend strengen Mindeststrafe Rechnung getragen hat. Die belangte Behörde hat jeweils die Mindeststrafe verhängt. Ein beträchtliches Überwiegen von Milderungsgründen (vgl VwGH 6.11.2002, 2002/02/0125) lag damit nicht vor, weshalb auch die Anwendung der außerordentlichen Milderung der Strafe gemäß § 20 VStG ausgeschlossen ist.

Bei Abwägung all dieser Umstände erscheinen die verhängten Mindestgeldstrafen nach den Kriterien des § 19 VStG als angemessen, ebenso wurden die Ersatzfreiheitsstrafen jeweils im Verhältnis zur Geldstrafe festgesetzt.

Dem Antrag auf Aussetzung bzw. Unterbrechung des Verfahrens wegen eines anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH bzw die Beantragung der Durchführung eines Vorabentscheidungsverfahrens war nicht stattzugeben. Ansuchen anderer Gerichte um Vorabentscheidung des EuGH entfalten keine Bindungswirkung.
Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu II.:

Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten hat. Gemäß Abs. 2 ist dieser Betrag für das Beschwerdeverfahren mit 20% der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro zu bemessen.

Zu III.:

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

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

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

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bissenberger