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-411225/9/MB/HG/HUE

Datum:
Linz, 10. April 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde von G P, geb. x, x, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. P R, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 4. Dezember 2015, GZ: VStV/915300358833/2015, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 28. März 2017

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe bestätigt, dass bei der Verhängung der Strafe die Wendung
"*1)-2) § 52 Abs. 1 Zi. 1 1. Tatbild GSpG*" durch
"*1)-2) § 52 Abs. 1 Zi. 1 3. Tatbild GSpG*" ersetzt wird
und die Wendung "*(für FA4)*" sowie "*(für FA5)*" ersatzlos entfällt.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 400,00 Euro zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 4. Dezember 2015, GZ: VStV/915300358833/2015, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe iHv. 2 x 1.000 Euro (somit insgesamt 2.000 Euro) und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 x 33 Stunden (somit insgesamt 66 Stunden) verhängt, weil er Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen iSd. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, in der Zeit von 1. Dezember 2014 bis 15. Januar 2015 im Lokal "B G", G.straße 40, L, unter Verwendung von 2 Glücksspielgeräten unternehmerisch zugänglich gemacht hat.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

"Sie haben, wie am 15.01.2015, um 14.40 Uhr in Linz, G.straße 40, im Lokal „B G", von Organen des Finanzamtes Linz anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, als Lokalbetreiber zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht, indem Sie die Aufstellung und den Betrieb von Glücksspielgeräten mit der Gehäusebezeichnung

FA1) Internet, Seriennummer x Versiegelungsplaketten
A059500 bis A059504
FA2) Fun, Seriennummer x Versiegelungsplaketten
A059506 bis A05951

seit 01.12.2014 geduldet haben, bei welchen wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen und elektronischen Glücksrädern durchgeführt wurden und aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil die dafür erforderliche Konzession des Bundesministeriums für Finanzen nicht vorlag.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt: §§ 2 Abs. 1 und 4 GSpG und 52 Abs. 1 Zi. 1 Tatbild 3 GSpG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

| Geldstrafen von | falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafen von | Freiheitsstrafe von | Gemäß § |
|---|---|---|---|
| 1) € 1.000,- (für FA4) | 1) 33 Stunden | | 1)-2) § 52 Abs. 1 Zi 1 1. Tatbild GSpG in der Fassung BGBl. Nr. 105/2014 |
| 2) € 1.000,- (für FA5) | 2) 33 Stunden | | |

[...]"
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde wie folgt aus:

"Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch die eigene dienstliche Wahrnehmung der Organe des Finanzamtes Linz, der vorgelegten Anzeige vom 06.02.2015 sowie aufgrund des behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.

Es steht daher fest, dass Sie die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen haben.

Mit Schreiben der Landespolizeidirektion OÖ vom 24.06.2015 wurden Sie aufgefordert, binnen 2 Wochen ab Zustellung sich schriftlich zu rechtfertigen. Mit dieser Aufforderung zur Rechtfertigung wurde Ihnen eine Kopie der gesamten Anzeige übermittelt.

Mit Eingabe vom 17.07.2015 rechtfertigten Sie sich sinngemäß dergestalt, dass

1) keine verbotenen Ausspielungen veranstaltet wurden bzw. keine Glücksspiele angeboten worden seien. Insbesondere das Gerät mit der Nr. FA2 sei kein Glücksspielautomat, sondern ein Geldwechselautomat mit integrierter Musikabspielfunktion.
2) mit einem Straferkenntnis gegen das unionsrechtlich begründete Anwendungsverbot der §§ 52 bis 54 GSpG verstoßen werden würde.

Eine Einstellung des Verwaltungsstrafverfahren wurde beantragt.

Über Ersuchen der erkennenden Behörde nahm der meldungslegende Finanzpolizist des Finanzamtes Linz zu Ihren Rechtfertigungsangaben dahingehend Stellung, dass mit Ihrem Vorbringen dem hinreichend substantiiert festgestellten Verdacht eines Eingriffes in das Glücksspielmonopol des Bundes in keiner Weise entgegengetreten wird. In der Rechtfertigung würden weder Tatsachen noch schlüssig nachvollziehbare Argumente vorgebracht, welche die dokumentierten Feststellungen der Finanzpolizei widerlegen könnten. Bezüglich der Glücksspieleigenschaft von Walzenspielen wurde auf die einschlägige Judikatur des VwGH vom 21.12.2012/2012/17/0417) hingewiesen.
Bei der gegenständlichen Kontrolle sei zweifelsfrei festgestellt worden, dass mit dem Eingriffsgegenstand virtuelle Walzenspiele und damit Glücksspiele iSd GSpG angeboten wurden.
Hinsichtlich des Vorwurfes der Unzuständigkeit der Behörde wurde auf die seit 1.3.2014 normierte Subsidiarität der Gerichtszuständigkeit verwiesen.

Laut VwGH würde das Gemeinschaftsrecht keineswegs der Anwendung jeglicher nationaler Vorschriften auf dem Gebiet des Glücksspielwesens entgegen stehen, sobald nur eine Regelung auf diesem Gebiet nicht unionsrechtskonform sei (VwGH vom 28.06.2011, 2011/17/0068). Daher sei die Schlussfolgerung überschießend, dass die §§ 52 bis 54 GSpG jedenfalls und gegenüber jeglichem Wirtschaftsteilnehmer unangewendet bleiben müssten. Bei der gegenständlichen Kontrolle am 14.08.2014 würde ausschließlich das novellierte GSpG in der Fassung BGBl 13/2014 zur Anwendung kommen, welches vom VfGH im Erkenntnis G 203/2014-16 vom 10.03.2015 als verfassungskonform bestätigt worden sei.

Diese Stellungnahme der Finanzpolizei wurde Ihnen mit Schreiben vom 16.09.2015 mitgeteilt. In diesem Schreiben wurden Sie darauf hingewiesen, dass das Strafverfahren auf der Grundlage des Ergebnisses der Beweisaufnahme erlassen wird, soweit nicht Ihre Stellungnahme anderes erfordert. Das Schreiben wurde Ihnen am 21.09.2015

nachweislich zugestellt. Da bis dato ha. keine weitere Stellungnahme Ihrerseits eingelangt ist, wird das Verfahren ohne weitere Anhörung durchgeführt.

Folgende Rechtsvorschriften kommen zur Anwendung:

*[Nach Wiedergabe der einschlägigen Rechtsvorschriften setzt die belangte Behörde fort:]*

Die erkennende Behörde kommt zu folgenden Erwägungen:

Bei der am 15.01.2015 durchgeführten Kontrolle von der Finanzpolizei wurden die im Spruch angeführten Glücksspielgeräte (1 elektronisches Glücksrad und 1 Walzenspiel) betriebsbereit vorgefunden. Mit diesen wurden zumindest seit 01.12.2014 wiederholt Glücksspiele durchgeführt.

Die Organe der Finanzpolizei konnten bei der Kontrolle folgende Spielabläufe feststellen:

Virtuelles Walzenspiel:
Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl des Spieles und Aufrufen zur Durchführung kann ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet ist. Mit jeder Steigerung des Einsatzbetrages werden sämtliche Werte im zugehörigen Gewinnplan erhöht.
Das Spiel wird mit der Tastenbetätigung ausgelöst. Damit wird zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entsteht.
Der Spielerfolg steht nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest.

Elektronisches Glücksrad:
Nach Eingabe von Banknoten, beim Testspiel in der Höhe von € 20,- wurde entsprechend dem durch Tatenbetätigung gewählten Einsatz, nämlich 1 oder 2 Euro ein stets der den gewählten Einsatz übersteigende Betrag in Form von Euro-Münzen in die am Gehäuse unten angebrachte Geldlade ausgeworfen.
Eine erneute Tastenbetätigung bewirkte die Ausfolgung des zurückbehaltenen Betrages. Betätigte man hingegen die spielauslösende Taste, dann wurde in Abhängigkeit vom gewählten Einsatzbetrag, entsprechend der Darstellung im beleuchteten Feld an der Gerätefrontseite des Glücksrades, der entsprechende, im beleuchteten Feld dargestellt Geldbetrag in Münzen ausgefolgt, bzw. dem Spielguthaben zugebucht. Unmittelbar nach diesem Vorgang erfolgte automatisch ein Beleuchtungsumlauf am Glücksrad, welcher mit dem zufälligen Stillstand auf einem der Felder am Glücksrad endete, welches beleuchtet blieb. Jede Betätigung der spielauslösenden Taste hatte stets auch einen Beleuchtungsumlauf mit zufälligem Ausgang zur Folge. Blieb nach dem Beleuchtungsumlauf ein Betragsfeld markiert, wurde der Wert nach neuerlicher Geldeingabe in der Höhe des gewählten Faktors ausgefolgt.

Es handelt sich bei diesen Glücksspielen offensichtlich um Ausspielungen iSd § 2 GSpG, weil Spieleinsätze zu leisten und Gewinne in Aussicht gestellt sind. Mangels Vorliegen einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz ist von einer verbotenen Ausspielung iSd § 2 Abs. 1 IVm Abs. 4 GSpG auszugehen. Eine Ausnahme gemäß § 4 Glücksspielgesetz lag offensichtlich nicht vor.
Es liegt daher der Verdacht eines Eingriffs in das Glücksspielmonopol des Bundes vor.

Sie wurden von der Abgabenbehörde als Betreiber des B G, etabliert in G.straße 40, L, in dem sich die im Betreff angeführten Glücksspiele befunden haben. Damit haben Sie die Glücksspielgeräte unternehmerisch zugänglich gemacht, zumal Sie diese gegen Entgelt in Ihrem Lokal geduldet und an der Auszahlung erzielter Spielgewinne dadurch mitgewirkt haben, dass Sie das Personal zur Auszahlung von Gewinnen und zur Zurückstellung der Zahlenfelder am Gerätebildschirm auf Null angehalten haben.

Es Ist daher als erwiesen anzunehmen, dass Sie vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG unternehmerisch zugänglich gemacht haben.

In der Sache selbst bestand für die erkennende Behörde keinerlei Anlass, an der Richtigkeit des angezeigten Sachverhaltes zu zweifeln, zumal dieser von sach- und fachkundigen Organen der Abgabenbehörde aufgrund eigener dienstlicher Wahrnehmung einwandfrei festgestellt werden konnte und letztlich Ihrerseits Äußerungen dagegen unterblieben sind. Somit war für die Behörde erwiesen, dass Sie tatsächlich gegen die angeführten Bestimmungen des Glücksspielgesetzes verstoßen haben, weshalb nun spruchgemäß zu entscheiden war.

Die verhängte Geldstrafe, die sich im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens befindet, entspricht dem Unrechts- und dem Schuldgehalt der Tat und erscheint der Behörde notwendig, Sie in Hinkunft von der Begehung derartiger Übertretungen abzuhalten. Es handelt sich dabei um die § 52 Abs. 2 GSpG vorgesehene Mindeststrafe bei einer Anzahl von bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen.

Die Tat schädigte in nicht unerheblichem Maße das durch die Strafdrohung geschützte Interesse am Schutz des staatlichen Glücksspielmonopols, das öffentliche Interesse an der kontrollierten Durchführung von Glücksspielen und damit zusammenhängenden ordnungs- und fiskalpolitischen Zielsetzungen im Interesse der Allgemeinheit. Deshalb war der Unrechtsgehalt der Tat an sich, selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, nicht gering. Auch das Verschulden konnte nicht als geringfügig angesehen werden, weil nicht erkennbar ist, dass die Verwirklichung des Tatbestandes bei gehöriger Aufmerksamkeit nur schwer hätte vermieden werden können.

Als mildernd bei der Strafbemessung war das Fehlen ha. verwaltungsstrafrechtlicher Vormerkungen zu werten; erschwerende Umstände lagen keine vor.

Da der Behörde Ihre Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse nicht bekannt waren, wurde bei der Strafbemessung davon ausgegangen, dass Sie kein hierfür relevantes Vermögen besitzen, keine ins Gewicht fallenden Sorgepflichten haben und ein Einkommen von mindestens ca. € 2.000,- netto monatlich beziehen.

Die Kostenentscheidung ist gesetzlich begründet."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Mit Schreiben vom 30. Dezember 2015 erhob der Bf in rechtsfreundlicher Vertretung fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde, mit welcher die Aufhebung des angefochtenen Bescheides sowie die Einstellung des Strafverfahrens beantragt wurden.

Begründend führt der Bf im Wesentlichen aus, dass mit den gegenständlichen Geräten nicht in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen worden sei, weil auf den konkreten Geräten keine Glücksspiele iSd GSpG spielbar wären. Es liege noch nicht einmal der Verdacht eines Verstoßes gegen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes vor, nachdem der bezughabende Beschlagnahmebescheid der belangten Behörde vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Erkenntnis vom 10.07.2015, Zl. LVwG-410701/Gf/Mu, aufgehoben wurde. Weiters wurden ausführlich unionsrechtliche Bedenken dargelegt, dass die Anwendung des Glücksspielgesetzes mit Hinweis auf die Rechtssache *Pfleger* (C-390/12) und weitere Urteile des EuGH gegen die unionsrechtliche Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit verstoßen würde, dass auch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Erkenntnis vom 09.05.2014, LVwG-410287/4/Gf/Rt, das im GspG verankerte Monopolsystem als unionsrechtswidrig klassifiziert und das anhängige Verwaltungsverfahren eingestellt hat und dass der Oberste Gerichtshof in seinem Beschluss vom 27.11.2013, 2 Ob 243/12t, dargelegt hat, dass das Glücksspielmonopol des GSpG und das darauf basierende Konzessionssystem prinzipiell der europarechtlichen Dienstleistungsfreiheit widerstreite. Selbst ein rein innerstaatlicher Sachverhalt würde aufgrund des Verbots der Inländerdiskriminierung zu keinem anderen Ergebnis führen. Insbesondere bezüglich dem Gerät mit der Nr. 2 liege ein Schuldausschließungsgrund vor, da der Bf keinen Grund zur Annahme hatte, dass es sich bei diesem Gerät um kein Geldwechselgerät mit Musikabspielfunktion handeln würde. Dass auf diesem Gerät überhaupt irgendwelche Spiele durchführbar sind, war dem Bf weder bekannt noch gab es Grund zur Annahme, dass dies der Fall sei. Schließlich sei auch die Strafe drastisch überhöht.

3. Die belangte Behörde legte den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 14. Februar 2016 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

4. Der Verfassungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 2. Juli 2016, kundgemacht im BGBl. I Nr. 57/2016 am 12. Juli 2016, ausgesprochen, dass bei ihm eine erhebliche Anzahl von Verfahren über Beschwerden im Sinne des § 86a Abs. 1 VfGG anhängig ist, in denen gleichartige Rechtsfragen zu lösen sind. Gemäß § 86a Abs. 3 VfGG durften daher vom Verwaltungsgericht in Rechtssachen, welche die im Beschluss genannten Rechtsvorschriften - im Wesentlichen §§ 52 bis 54 GSpG - anzuwenden und eine darin genannte Rechtsfrage zu beurteilen hatten, nur solche Handlungen vorgenommen oder Anordnungen und Entscheidungen getroffen werden, die durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes nicht beeinflusst werden konnten oder die die Frage nicht abschließend regelten und keinen Aufschub gestatteten. Im Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016, kundgemacht im BGBl. I Nr. 91/2016 am 3. November 2016, hat der Verfassungsgerichtshof seine Rechtsanschauung

zusammengefasst, womit die oben genannten Wirkungen gemäß § 86a Abs. 3 VfGG geendet haben und das Verfahren fortzuführen war.

5. Mit E-Mail vom 24. März 2017 legte der Bf mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung eine ergänzende Stellungnahme hinsichtlich dem Anwendungsverbot des österreichischen Glücksspielgesetzes aufgrund der europarechtlichen Bedenken des österreichischen Glücksspielmonopols und dem im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe, insbesondere den präventiven Spielerschutz, zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit mitsamt Beilagen und den EU Pilot-Letter 7625/15/GROW vom 29. Juni 2015 der Kommission an Deutschland hinsichtlich Bedenken gegenüber dem deutschen Glücksspielwesen vor.

6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Anzeige samt Niederschrift der Finanzpolizei, eine den Parteien zur Kenntnis gebrachte Stellungnahme des BMF vom 26. Juni 2015 samt Glücksspielbericht 2010–2013, den Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“ und das Informationsschreiben der Stabstelle für Spielerschutz zu einer neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“, das Beschwerdevorbringen und der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 28. März 2017.

7. In der mündlichen Verhandlung informierte der Verhandlungsleiter über das vom Rechtsvertreter per Mail vom 24. März 2017 vorgelegte Konvolut und nahm es zum Akt.

In seiner zeugenschaftlichen Einvernahme brachte M M vor, dass er sich an die gegenständliche Kontrolle nur mehr schemenhaft und an nichts erinnern könne, dass irgendwie außerhalb der Norm bewegt hätte. Er wisse auch nicht, wer Veranstalter der Glücksspiele sei, dies müsste in der Niederschrift vermerkt sein. Auch könne er hinsichtlich des unternehmerischen Zugänglichmachens nichts sagen oder was und wie erhoben wurde.

Der Vertreter des Bf verwies darauf, dass der bei der Kontrolle anwesende Mitarbeiter des Bf, J T, zwischenzeitlich verstorben sei; siehe LVwG Oö. 2.5.2016, Zl. 411226/2/MB. Zudem beantragte der Rechtsvertreter die zeugenschaftliche Einvernahme des Leiters der Amtshandlung, Herrn L, zum Thema des unternehmerischen Zugänglichmachens.

8. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus:

Am 15. Januar 2015 führten Organe der Finanzpolizei um 14:40 Uhr eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz im Lokal "B G", G.straße 40, L, durch. Der Bf ist Betreiber des Lokals.

Zum Zeitpunkt der Kontrolle wurden im Lokal die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte betriebsbereit vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierungen gekennzeichnet und nach Durchführung von Testspielen zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen.

Die in Rede stehenden 2 Geräte waren zwecks nachhaltiger Einnahmenerzielung in dem gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Es konnten Einsätze an den Geräten geleistet werden, für welche - abhängig vom Einsatz - Gewinne in Aussicht gestellt wurden.

Das monatliche Nettoeinkommen des Bf wird mit 2.000 Euro angenommen, Sorgepflichten bestehen keine.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele auf den Geräten durchgeführt:

| *FA-Nr.* | *Spiel* | *Einsätze* | *in Aussicht gestellte Gewinne* |
|---|---|---|---|
| *1* | *Hot Fruits* | *0,10 Euro* | *max. 16 Euro* |
| *1* | *Hot Fruits* | *2,00 Euro* | *max. 20 Euro + 15 Super Games* |
| *2* | *Fun* | *1,00 Euro* | *max. 20 Euro* |
| *2* | *Fun* | *4,00 Euro* | *max. 80 Euro* |

Der Spielablauf des virtuellen Walzenspiels (Gerät mit FA-Nr. 1) 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.

Beim „Fun-Wechsler“ (FA-Nr. 2) stellt sich der Spielablauf wie folgt dar: Mit diesen Geräten können Banknoten in Ein- oder Zwei-Euro-Münzen gewechselt werden. Je nach ausgewähltem Vervielfachungsfaktor – nämlich 1, 2 oder 4 – verbleibt jedoch nach der Eingabe von Geld ein Betrag in Höhe des gewählten Vervielfachungsfaktors 1, 2 oder 4 (Euro) am Kreditdisplay, ein darüber hinaus gehender Rest wird in Münzen ausgefolgt. Durch Drücken einer an dem Gerät befindlichen Taste kann auch die Ausgabe des zurückbehaltenen Betrages bewirkt werden. Durch Betätigen der an dem Gerät befindlichen roten Taste kommt es zum Abspielen von Musik und beginnen sich die Lichter des sich auf dem Gerät befindlichen Lichtkranzes zu drehen. Nach Beendigung des Laufens des Lichtkranzes bleibt schließlich eine Zahl oder ein Notensymbol beleuchtet. Das Notensymbol bedeutet Verlust bzw. Abspielen eines Liedes, wobei bei der Kontrolle der Finanzpolizei keine Musik zu vernehmen war. 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, 4, 6, 8 und 20. Der Höchstgewinn wird aus dem höchsten Betrag der Zahlenfelder multipliziert mit dem höchsten Vervielfachungsfaktor errechnet, sodass beim Vervielfachungsfaktor vier ein Gewinn von bis zu 80 Euro möglich ist, beim Vervielfachungsfaktor eins von bis zu 20 Euro. Durch den automatisch ausgelösten Lichtblinklauf wird die Chance auf einen Geldgewinn durch Aufleuchten eines Betrages im Lichtkranz eröffnet. Das Ergebnis des automatisch ausgelösten Lichtblinklaufes kann vom Kunden nicht beeinflusst werden und hängt vom Zufall ab.

Im Jahr 2015 weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, die Zahl der Problemspieler beträgt daher entsprechend zwischen ca. 19.900 und ca. 35.800 Personen. Zudem sind 2015 in Österreich zwischen ca. 27.600 bis etwa 46.000 Personen aktuell spielsüchtig. Diese Werte sind im Vergleich zum Jahr 2009 annähernd konstant. Männer weisen zu höheren Anteilen ein problematisches und pathologisches Spielverhalten auf als Frauen. Innerhalb der verschiedenen Altersgruppen stellt sich das Ausmaß vorhandener Spielprobleme sehr unterschiedlich dar, wobei die 14- bis 30-Jährigen sich diesbezüglich am stärksten betroffen zeigen.

Ausgehend vom Jahr 2015 haben 41% der Bevölkerung (14 bis 65 Jahre) in den letzten 12 Monaten irgendein Glücksspiel um Geld gespielt, dieser Wert ist seit 2009 kaum verändert (2009: 42%). Das klassische Lotto „x“ ist das beliebteste

Glücksspiel in Österreich. Jeder dritte Österreicher hat dieses Spiel im Jahr 2015 mindestens einmal in den letzten 12 Monaten gespielt (ca. 33%), der prozentuale Anteil für die 30-Tages-Prävalenz beträgt ca. 20%. Seit 2009 haben sich diese Werte so gut wie nicht geändert (jeweils nur um ca. ± 1 Prozentpunkt). Dagegen ist für diesen Zeitraum eine deutliche Zunahme bei der europäischen Lotterie, den Euromillionen, zu konstatieren: Der Prozentwert für die monatliche Teilnahme hat sich von etwa 4% auf etwa 8% verdoppelt. Auch beim Joker gibt es seit 2009 einen prozentualen Anstieg. Inzwischen spielt jede siebte Person mindestens einmal im Jahr dieses Glücksspiel (ca. 14%). Damit ist es das zweitverbreitete Glücksspiel in Österreich. Bei den Rubbellosen – die auf dem vierten Platz liegen – sind nur geringe Veränderungen zwischen 2009 und 2015 vorhanden. Alle anderen Glücksspiele besitzen bezogen auf die Spielteilnahme in der Gesamtbevölkerung eine nachgeordnete Bedeutung: Das gilt für die Sportwetten genauso wie für die klassischen Casinospiele, bei denen 2015 jeweils etwa 4% in den letzten 12 Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Casinos und in Spielhallen werden von noch weniger Personen gespielt. In den letzten 12 Monaten haben am Automatenglücksspiel in Spielbanken ca. 0,5% teilgenommen, im Jahr 2009 waren dies ca. 0,6% bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz. Bezüglich der Teilnahme am Automatenglücksspiel außerhalb von Spielbanken (Spielhallen, Einzelaufstellungen, illegale Glücksspielautomaten) ist der Wert bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz von ca. 1,2% im Jahr 2009 auf ca. 1% im Jahr 2015 zurückgegangen.

Der monatliche Geldeinsatz für Glücksspiele hat im Zeitraum von 2009 auf 2015 leicht zugenommen und zwar wurden von den Glücksspielenden 2015 im Durchschnitt etwa 57 € pro Monat für Glücksspiele ausgegeben im Vergleich zu 53 € im Jahr 2009. Auf der Ebene der einzelnen Glücksspielarten bestehen hier jedoch sehr unterschiedliche Entwicklungen. Der Geldeinsatz ist 2015 am höchsten bei den Automatenspielen außerhalb der Casinos. Im Durchschnitt werden hierfür von den Spielern pro Monat ca. 203 € eingesetzt, vor sechs Jahren lag der entsprechende Wert sogar bei etwa 317 €. Es folgen die klassischen Casinospiele mit einem Mittelwert von ca. 194 €. Auch für diese Glücksspielform wird im Jahr 2015 durchschnittlich weniger Geld aufgewendet als in 2009. Stark angestiegen sind dagegen im betrachteten Zeitraum die Geldeinsätze für Sportwetten, diese haben sich von ca. 47 € auf ca. 110 € mehr als verdoppelt.

Die Anteile problematischen und pathologischen Spielens unterscheiden sich je nach Glücksspielart erheblich. Die zahlmäßig große Gruppe der Spieler von Lotterieprodukten beinhaltet anteilsbezogen nur wenige Personen, die ein problematisches oder pathologisches Spielverhalten zeigen (jeweils etwa ein Prozent). Während bei den Rubbellosen sich nur leicht höhere Werte zeigen, ist bei den klassischen Casinospielen bereits mehr als jeder zwanzigste Spieler betroffen.

Auch Sportwetten beinhalten ein erhebliches Risiko, spielbedingte Probleme zu entwickeln. So erfüllen ca. 7,1% dieser Spielergruppe die Kriterien problematischen Spielens und weitere ca. 9,8% zeigen ein pathologisches Spielverhalten. Etwa jeder sechste Sportwetter ist daher von einer Spielproblematik betroffen. Noch höher sind diese Anteile bei Spielautomaten, welche in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen stehen. Etwa 21,2% dieser Spieler sind spielsüchtig. Die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der „C A“ nehmen sich im Vergleich dazu eher gering aus. So liegen die Anteile für problematisches Spielen bei ca. 3,7% und für pathologisches Spielen bei ca. 4,4%. Dennoch weist etwa jede zwölfte Person, die in den klassischen Spielbanken am Automaten spielt, glücksspielbedingte Probleme auf. Bei der Prävalenz problematischen und pathologischen Spielens ging die Rate bei Automaten in Casinos von ca. 13,5% im Jahr 2009 auf ca. 8,1% im Jahr 2015 und bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos von 33,2% im Jahr 2009 auf 27,2% im Jahr 2015 zurück.

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 Finanzamts 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.

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2013 in Summe 6.920 Wirtschaftsauskünfte beim K, darunter 4.908 über österreichische Spielbankbesucher und 2.012 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 3.600 online-„Sofort-Checks“. 621.195 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2013 den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Bei 48.284 davon bestand die begründete Annahme im Sinne des § 25 Abs. 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.359 Informationsgesprächen sowie 741 Beratungen bzw. Befragungen führte. Zum 31.12.2013 bestanden in österreichischen Spielbanken bei 22.435 Spielbankbesuchern aufrechte, gültige Einschränkungen der

Besuchsmöglichkeiten und 4.381 aktive Selbstsperren. In den VLT-Outlets wurden im Jahr 2013 aus begründetem Anlass 11.330 zur Alterskontrolle anhand eines Lichtbildausweises aufgefordert, wovon in 1.350 Fällen der Zutritt verwehrt wurde. Insgesamt wurden 343 protokollierte Spielerschutz-Informationsgespräche geführt.

Beim BMF wurde mit 1.12.2010 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.

Ferner ist durch die GSpG-Novellen 2008/2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die B GmbH (B) elektronisch festgelegt worden. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der B 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 B am Bildschirm.

II.

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, der Dokumentation der Probespiele, der Niederschrift mit Herrn J T und den deutlichen im Akt

einliegenden Fotos. Auf den Fotos lassen sich die Einsätze und die möglichen Gewinne erkennen.

Dass der Bf Betreiber des gegenständlichen Lokals ist, war der belangten Behörde als zuständige Gewerbebehörde bekannt und wurde vom Bf auch nicht abgestritten.

Die Annahme der belangten Behörde eines monatlichen Nettoeinkommens von 2.000 Euro entspricht in etwa einem durchschnittlichen Monatseinkommen und dieser Betrag blieb vom Bf in seiner Beschwerde auch unwidersprochen.

Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass diese von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurden und die Funktionsweise der Geräte eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären und dass die Geräte nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wären.

Dass der Bf als Lokalbesitzer oder der Eigentümer der Geräte im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit den verfahrensgegenständlichen Geräten gewesen wären oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet. Ebenso ist eine solche der diesbezüglich einschlägigen Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/ steuern/gluecksspiel-spielerschutz/in-oesterreich/gspg-konzessionaere.html nicht entnehmbar.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich eindeutig aus den Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle.

Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. K und Prof. Dr. W vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt, es sind aus Sicht des erkennenden Gerichts im Verfahren keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Studie hervorgekommen. Die Feststellungen zu den Tätigkeiten des BMF, der Finanzpolizei und der Konzessionäre sowie die Feststellungen zur Anbindung

an das B gründen vor allem auf den Angaben des BMF im Glücksspielbericht 2010-2013 und im Evaluierungsbericht des BMF zu den Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014. Aus Sicht des erkennenden Gerichts bestehen hinsichtlich der diesbezüglichen Ausführungen in den Berichten keine Bedenken gegen die Richtigkeit, zumal auch davon auszugehen ist, dass das BMF über den Inhalt und Umfang der Tätigkeiten der Behörden Kenntnis hat und aufgrund der Funktion als Aufsichtsbehörde auch über bestimmte Tätigkeiten der Konzessionäre informiert ist. Gründe dafür, dass vom BMF diesbezüglich auf Tatsachenebene falsche Auskünfte gegeben worden wären, sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

III.

1. Gemäß § 50 Abs. 1 Glücksspielgesetz iVm. § 3 Abs. 2 VwGVG ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung über die vorliegende Beschwerde zuständig. Dieses hatte gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

2. Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl I Nr 105/2014, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs 2 daran beteiligt.

Gemäß § 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.

§ 52 Abs 3 GSpG lautet: Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.

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

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 2 Satz 1 GSpG ist Unternehmer, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

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.

3. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den verfahrensgegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden konnten, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Aufgrund des festgestellten Spielablaufes der an diesen Geräten verfügbaren virtuellen Walzenspiele ist es auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201) als erwiesen anzusehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die festgestellten Spiele somit als Glücksspiele iSd. § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind. Dies gilt auch für sogenannte „Fun-Wechsler“ (VwGH v. 16.11.2011, 2011/17/0238).

Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen iSd. § 2 Abs. 1 GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und der Bf von diesem auch nicht ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

Der Bf als Betreiber des gegenständlichen Lokals hat durch Aufstellen der Geräte Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht und den objektiven Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG erfüllt.

Dieser Sachverhalt ist als erwiesen anzunehmen. Die vom Rechtsvertreter des Bf beantragte weitere Zeugeneinvernahme des Leiters der damaligen Kontrolle war somit entbehrlich.

4. Die Geräte waren zum Zeitpunkt der Kontrolle am 15. Jänner 2015 im gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Die Benützer der Glücksspielgeräte haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt an den gegenständlichen Geräten erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an diese Geräte übermittelt und dort nur angezeigt wurde (vgl. VwGH v. 29.4.2014, Ra 2014/17/0002).

5. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgehalten, dass bei Überprüfung der Frage der Zuständigkeit zur Entscheidung die Zuständigkeitsvorschrift heranzuziehen ist, die im Zeitpunkt der Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde in Geltung stand. Der bekämpfte Bescheid wurde nach Inkrafttreten des § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl I Nr 13/2014 erlassen. 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 Gesamt-auswirkung 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 iSd zitierten Judikatur gemäß § 52 Abs. 3 GSpG jedenfalls die verwaltungsbehördliche Strafbarkeit vorgeht. Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, G 203/2014-16 ua, ferner festgestellt, dass die Regelungen des GSpG zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind.

Auch die Frage, ob auf Grund der Beschaffenheit für die Geräte eine Konzession nach dem Bundes- oder nach dem Landesrecht notwendig gewesen wäre, ist unbeachtlich, da zwar das Betreiben von Ausspielungen abhängig vom Gerätetyp einer Bundes- oder einer Landeskonzession bedarf, das unternehmerische Zugänglichmachen bzw. eine unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspielungen jedoch ausschließlich nach dem Bundesgesetz zu strafen sind.

6. Der Bf beruft sich in seiner Beschwerde jedoch im Wesentlichen auf die Unanwendbarkeit des GSpG infolge von Unionsrechtswidrigkeit.

Nach dem 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 jedoch österreichischer Staatsbürger. 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 (siehe dazu ausführlich unten). 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 jüngst 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 der unionsrechtlichen Grundfreiheiten 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 Inländer-diskriminierung, 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). Dass keine Inländerdiskriminierung vorliegt, hat der Verfassungsgerichtshof im Übrigen jüngst in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E945/2016, E 947/2016, E 1054/2016, festgehalten.

Eine allfällige durch das faktische Agieren des Staates geschaffene Inländerdiskriminierung verhilft dem Bf im Übrigen auch sonst nicht zum Erfolg: Es kann grundsätzlich die Rechtmäßigkeit des Verhaltens einer Behörde (im gegenständlichen Fall etwa nach dem GSpG) nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass staatliche Stellen in anderen Fällen (andere Personen betreffend) sich rechtswidrig verhalten. Dem Bf erwächst durch eine allfällige zur Unionsrechtswidrigkeit führende Verwaltungspraxis bzw staatliches Agieren kein Rechtsanspruch darauf, dass sein dem GSpG widersprechendes Verhalten nicht geahndet wird, denn dieses Ergebnis wäre ein Anspruch auf die Nichtanwendung des Gesetzes trotz gegebener Tatbestandsmäßigkeit (vgl etwa VfGH 30.09.1991, B 1361/90).

7. Im Übrigen ist zur behaupteten Unionsrechtwidrigkeit noch 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* ua, 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 ua; VfGH 12.3.2015, G 205/2014-15 ua; VwGH 7.03.2013, 2011/17/0304, VwGH 4.11.2009, 2009/17/0147; OGH 20.3.2013, 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. Auch der Verfassungsgerichtshof hielt jüngst fest, dass der österreichische Rechtsrahmen im Hinblick auf die Regulierung des Glücksspielsektors den in der Rechtsprechung des EuGH festgelegten Anforderungen entspricht (vgl. VfGH vom 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). 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 ungesetzt 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 6.12.2012, B 1337/11) und somit das im GSpG normierte Konzessions- und Bewilligungssystem dem Spielerschutz dienlich ist.

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 1.12.2010 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 GSpG-Novellen 2008/2010 die elektronische Anbindung von Glücksspielautomaten und

Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die B GmbH (B) festgelegt worden ist. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der B 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 B 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 B GmbH, aber auch der Einrichtung der Spielerschutzstelle, zeigen nach Ansicht des Oö. Landesverwaltungsgerichtes, dass die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in kohärenter und systematischer Weise erfolgt.

8. Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist die unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (so etwa 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). Nach der Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache Admiral Casinos & Entertainment AG, C-464/15) ist hierbei nicht nur auf die Zielsetzung im Moment des Erlasses der Regelung abzustellen, sondern auch auf die Auswirkungen der Regelung seit deren Erlass, wobei Gerichte damit nicht angeleitet werden, dies „empirisch mit Sicherheit“ feststellen zu müssen.

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 K 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 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 erkennende Landesverwaltungsgericht auch hinsichtlich der tatsächlichen Wirkungen der Regelungen des GSpG eine unionsrechtlichen Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit als gegeben.

Zum Vorbringen betreffend die Werbetätigkeit ist folgendes 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). 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 Oö. Landesverwaltungsgericht im Ergebnis davon aus, dass die bisherige Werbetätigkeit der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber nicht zur Unionsrechtswidrigkeit der österreichischen Regelungen betreffend die Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten führt.

9. Was den vorgelegten Pilot-Letter der Kommission an Deutschland betrifft, vermag das Gericht aus diesem keine für das gegenständliche Verfahren relevanten Erkenntnisse ableiten. Im Ergebnis geht das Gericht aufgrund der getroffenen Feststellungen davon aus, dass 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 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.

10. 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. 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, E 947/2016, E 1054/2016) keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen erkennen.

11. Wenn der Bf vorbringt, dass der Beschwerde gegen die Beschlagnahme mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vom 20. Mai 2015, LVwG-410701, stattgegeben wurde und somit nicht einmal der Verdacht einer Verletzung nach dem Glücksspielgesetz vorliegen würde, so ist dazu festzustellen, dass dies nur auf Grund einer Beurteilung der Frage, ob das GSpG unionsrechtskonform ist oder nicht, so entschieden wurde. Am Sachverhalt selbst ergeben sich durch die Aufhebung des Beschlagnahmebescheides keine Änderungen und die Strafbarkeit ist im Verwaltungsstrafverfahren selbständig zu prüfen. Dass das GSpG und auch seine Strafbestimmungen nicht gegen Unionsrecht verstoßen wurde hingegen bereits oben dargelegt.

12. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich – wie bereits oben erwähnt - unzweifelhaft, dass der Bf im vorgeworfenen Zeitpunkt verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht hat. Der Tatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG ist somit in objektiver Hinsicht erfüllt. Zu prüfen ist noch, ob dem Bf die Tat auch subjektiv vorgeworfen werden kann (Verschulden).

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da § 52 GSpG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog. "Ungehorsamsdelikt").

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN). Der Bf hat keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen.

Die bloße Behauptung, bei dem Gerät mit der FA-Nr. 2 gar nicht gewusst zu haben, dass es sich um ein Glücksspiel handle, konnte ihn somit auch nicht entlasten. Insbesondere, da der Eigentümer der Geräte unter anderem ausgesagt hat, dass er vom Bf angerufen werde, wenn ein Gewinn auszuzahlen ist, jedoch nicht genügend Geld im Gerät vorhanden ist.

13. Der Bf beruft sich in seiner Beschwerde auch auf einen Verbotsirrtum auf Grund der zum Glücksspielgesetz ergangen Rechtsprechung und Lehrmeinung.

Entschuldigend wirken dabei nach stRspr nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rsp zum Tatzeitpunkt (VwGH 22. 3. 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. 3. 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 4. 10. 2012, 2012/09/0134, 18. 9. 2008, 2008/09/0187), einer anderer fachkompetenter Institutionen, zB. der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (zB 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 (zB 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. 2. 2006, 2005/17/0195); (vgl. Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 21 (Stand 1.7.2013, rdb.at).

Der Bf beruft sich primär auf wissenschaftliche Fachmeinungen sowie die divergente Judikatur der Höchstgerichte. Demgegenüber stehen eine ständige Praxis der zuständigen Verwaltungsbehörden und insbesondere die einhellige, weiter oben dargestellte Judikatur des VwGH. Die vereinzelt gebliebene Judikatur des LVwG Oö. (insb. LVwG-410286) wurde vom VwGH nicht bestätigt (vgl. VwGH vom 15.12.2014, Ro2014/17/0121-5). Der Bf konnte sich demnach nicht erfolgreich auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum berufen, sondern unterliegt bestenfalls einem Rechtsirrtum, der ihm allerdings vorwerfbar ist.

Der Bf hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch (subjektiv) zu verantworten.

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

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

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. ua. VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert Abs 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbes. Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Gemäß § 32 Abs 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach § 32 Abs. 3 StGB ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen ua im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

Die belangte Behörde führte zur Strafbemessung aus, dass als Milderungsgrund die strafrechtliche Unbescholtenheit des Bf vorliegen würde. Der Unrechtsgehalt der Tat an sich war jedoch, selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, als nicht gering zu bewerten. Auch das Verschulden konnte nicht als geringfügig angesehen werden, weil nicht erkennbar war, dass die Verwirklichung des Tatbestandes bei gehöriger Aufmerksamkeit nur schwer hätte vermieden werden können.

Bei der Berechnung der Strafhöhe ging die Behörde von einem Nettoeinkommen von 2.000,- Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Der Bf hat bezüglich dieser Strafbemessungsgrundlagen keine Einwände geltend gemacht.

Der Strafrahmen der vorgeworfenen Tat liegt im Falle der erstmaligen Begehung der Tat zwischen 1.000,- Euro und 10.000,- pro Glücksspielgerät.

Bei der von der belangten Behörde festgesetzten Strafhöhe handelte es sich somit um die Mindeststrafe. Dem Vorbringen des Bf, dass die Strafe drastisch überhöht sei, kann daher nicht gefolgt werden. Die belangte Behörde hat von dem ihr eingeräumten Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht, eine Rechtswidrigkeit bei der Strafbemessung liegt aus Sicht des erkennenden Gerichts nicht vor.

15. Im Spruch des gegenständlichen Bescheides sind der belangten Behörde kleine Schreibfehler unterlaufen. Da diese Schreibfehler keinerlei Auswirkungen auf den Tatvorwurf haben, konnte diese vom Landesverwaltungsgericht korrigiert werden.

16. Es war somit im Ergebnis die Beschwerde gemäß § 50 VwGVG als unbegründet abzuweisen, der angefochtene Bescheid zu bestätigen und spruchgemäß zu entscheiden.

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

Es war dem Bf daher ein Verfahrenskostenbeitrag iHv. 400,00 Euro vorzuschreiben.

IV. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die

Entscheidung weicht nicht von der Rsp des VwGH zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen (vgl. insbesondere die in Punkt III. zitierte Judikatur).

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

Gegen diese Entscheidung 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. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Brandstetter