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-411234/9/SE/DC

Datum:
Linz, 10. Jänner 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.[a] Ellmer über die Beschwerde von A K, geb. X, X, X, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, X, X, vom 4. Jänner 2016 gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 4. Dezember 2015, GZ: VStV/915300363549/2015, wegen Übertretungen nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG wird der Beschwerde mit der Maßgabe, dass der Tatzeitraum auf „zumindest am 14. Jänner 2015" eingeschränkt wird teilweise Folge gegeben und die sechs verhängten Geldstrafen jeweils auf die Höhe von 3.000 Euro sowie im Falle der Uneinbringlichkeit die verhängten Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 28 Stunden herabgesetzt.

II. Gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) ermäßigt sich der Kostenbeitrag zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde auf 1.800 Euro. Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG kein Kostenbeitrag zu leisten.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 4. Dezember 2015, GZ: VStV/915300363549/2015, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe iHv. 6 x 5.000 Euro (somit insgesamt 30.000 Euro) und jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 x 55 Stunden (somit insgesamt 330 Stunden) verhängt, weil er sich an Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, zumindest seit dem 14. Jänner 2015 im Lokal „K", X, X, unter Verwendung von sechs Glücksspielgeräten unternehmerisch beteiligt hat.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben, wie am 14.01.2015, um 10.50 Uhr, in X, X, im Lokal ‚K`, von Organen des Finanzamtes Linz anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, sich als nach außen vertretungsbefugtes Organ der Fa. X GmbH, X, X etabl. und somit als Eigentümer der ua. Geräte an verbotenen Ausspielungen, an denen Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten, unternehmerisch beteiligt, indem Sie die Glücksspielgeräte mit den Gehäusebezeichnungen

FA1) K Auftragsterminal, Seriennummer X Versiegelungsplaketten A059448 bis A059451

FA2) K Auftragsterminal, Seriennummer X Versiegelungsplaketten A059452 bis A059455

FA3) K Auftragsterminal, Seriennummer X Versiegelungsplaketten A059456 bis A059459

FA4) K Auftragsterminal, Seriennummer X Versiegelungsplaketten A059460 bis A059463

FA5) K Auftragsterminal, Seriennummer X Versiegelungsplaketten A059464 bis A059467

FA6) X, Seriennummer X Versiegelungsplaketten A059468 bis A059474

zumindest seit dem 14.01.2015 zur Verfügung gestellt haben, bei welchen wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen und von Wetten auf den Ausgang von virtuellen Hunderennen 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:

§§ 9 Abs. 1 VStG iVm § 2 Abs. 1 und 4 GSpG und 52 Abs. 1 Zi. 1 Tatbild 4 GSpG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafen in EURO	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafen von	Freiheitsstrafe von	Gemäß §
1) Euro 5.000,--	1) 55 Stunden		1) – 6) § 52 Abs. 1 Zi. 1 4.

(für FA1) 2) Euro 5.000,-- (für FA2)	2) 55 Stunden	Tatbild GSpG in der Fassung BGBl. Nr. 105/2014
3) Euro 5.000,-- (für FA3)	3) 55 Stunden	
4) Euro 5.000,-- (für FA4)	4) 55 Stunden	
5) Euro 5.000,-- (für FA5)	5) 55 Stunden	
6) Euro 5.000,-- (für FA6)	6) 55 Stunden	

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
- 3.000,-- Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 100 Euro angerechnet);
- Euro als Ersatz der Barauslagen für

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 33.000,- Euro" [Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende rechtzeitige Beschwerde vom 4. Jänner 2016, mit welcher die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu den Ausspruch einer Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 VStG, in eventu eine Herabsetzung der verhängten Strafe, beantragt wurden. In der Beschwerde wird Folgendes ausgeführt:

„Der bezeichnete Bescheid wird seinem gesamten Inhalt und Umfang nach angefochten. Die Anfechtung stützt sich auf folgende Gründe, welche zur Rechtswidrigkeit führen bzw. wird der Bescheid aus folgenden Gründen angefochten:
- Rechtswidrigkeit des Inhaltes
- Verfahrensfehler
- Unzuständigkeit
- Aktenwidrigkeit
- Ergänzungsbedürftigkeit
- Unrichtige rechtliche Beurteilung
- Mangelnde Schuld
- Höhe der Strafe

C.1.) Rechtswidrigkeit des Inhaltes / Ergänzungsbedürftigkeit:
Ein wesentlicher nicht mehr korrigierbarer Spruchmangel ist in dem Umstand zu sehen, dass die belangte Behörde als Tatzeit exakt die Zeiten der Spielapparatekontrollen angibt dies wurde im Zuge einer Kontrolle festgestellt. Denn gerade für diese Zeit des behördlichen, teilweise mit Gendarmerieassistenz erfolgten Einschreitens kann schon nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht angenommen werden, dass der Spielapparat von potentiellen Interessenten in Betrieb genommen und hätte bespielt werden können. In

dieser Zeit wurde nämlich eine auf den gegenständlichen Spielapparat abgestellte offizielle Amtshandlung (Kontrolle und Bespielung) durchgeführt, die eine Betriebsbereitschaft für potentielle Spieler ausschließt. Der Begriff des ‚Betreibens´ im Sinne von Spielbereitschaft des Geräts für Interessenten kann während der Zeit dieser Amtshandlungen bei realistischer Betrachtung nicht erfüllt sein.
Da sich das VwG nach der Judikatur des VwGH nicht nur an die Ausführungen in der Beschwerde zu halten hat, sondern auch auf das Vorbringen der Parteien in erster Instanz Bedacht zu nehmen hat, werden das gesamte bisherige Vorbringen sowie die gestellten Anträge auch zum Inhalt dieser Beschwerde erhoben. Soweit in Stattgebung der bisher gestellten Anträge Ergebnisse eines ergänzten Ermittlungsverfahrens vorliegen, wird beantragt, diese Ergebnisse der Ermittlungen dem Beschwerdeführer vorzuhalten (VwGH 22.5.1984, Slg 11448 A uva.).
Der belangten Behörde sind eine Vielzahl von

BEGRÜNDUNGSMÄNGELN

vorzuwerfen.
Gemäß § 46 Abs. 2 VStG hat das Straferkenntnis eine Begründung aufzuweisen.
Für Form und Inhalt der Straferkenntnisse gelten grundsätzlich die Vorschriften des AVG über Bescheide. Die Behörde hat in der Begründung den festgestellten Sachverhalt und die Stellungnahme der Partei anzuführen; dabei sind auch die von der Behörde im Rahmen der Beweiswürdigung angestellten Erwägungen (etwa warum bei widersprechenden Zeugenaussagen einem der Zeugen geglaubt wird: VwSlgNF 2372 A) darzulegen. Auch Schlüsse aus Tatsachen, die nur bei der Behörde notorisch sind, sind in der Begründung anzuführen (VwGH 20.2. 1973 ZI 1256/72). Weiters hat die Begründung die ‚Beurteilung der Rechtsfrage´ zu beinhalten; dies bedeutet, dass die Behörde den Sachverhalt der anzuwendenden Norm zu ‚unterstellen´ hat (VwSlgNF 7909 A). Es ist der festgestellte Sachverhalt dem gesetzlichen Tatbestand zuzuordnen, was eine Interpretation der anzuwendenden Norm voraussetzt (Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechtes DDr. W, DDr. M, Seite 131).
Insbesondere hat die Behörde aufzudecken, welche Gedankenvorgänge und Eindrücke für sie maßgebend waren, dass sie das eine Beweismittel dem anderen vorgezogen und eine Tatsache für wahr oder unwahr gehalten hat (VwGH 15.1.1986, 85/03/0111, 25.2.1987, 86/03/0222 uva.).
Geht man von diesen von Judikatur und Lehre geforderten Voraussetzungen einer Begründung des Bescheides aus, so stellt sich das angefochtene Straferkenntnis mehrfach als mangelhaft dar.
Im Übrigen wird auf die Regeln der Beweisaufnahme und der Unmittelbarkeit des Verfahrens nach §§ 46 und 48 VwGVG verwiesen.
Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann. Gemäß § 45 Abs. 2 AVG hat die Behörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Weiters sind gemäß § 25 Abs. 2 VStG die der Entlastung des Beschuldigten dienlichen Umstände in gleicher Weise zu berücksichtigen wie die belastenden. Der in § 45 Abs. 2 AVG genannte Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist in Zusammenhalt mit den bereits erwähnten Grundsätzen der Unmittelbarkeit des Verfahrens und der materiellen Wahrheitsforschung zu sehen. Voraussetzung für eine gesetzmäßige Beweiswürdigung ist ein ausreichend durchgeführtes Ermittlungsverfahren, in welchem die Parteien ihre Rechte geltend machen können. Diese Verpflichtung der

Verwaltungsstrafbehörde, den Sachverhalt von sich aus festzustellen, begründet als Folgewirkung die Tatsache, dass ein verwaltungsstrafrechtlicher Schuldspruch nur dann erfolgen kann, wenn der in Frage stehende Sachverhalt als absolut sicher festzustellen ist. Voraussetzung dafür wiederum ist eine entsprechende Beweissicherung bzw. die Möglichkeit, eine solche durchzuführen.
Festgestellter Sachverhalt: Eine Sachverhaltsdarstellung ist der Begründung des angefochtenen Erkenntnis überhaupt nicht bzw. nicht in ausreichendem Ausmaß zu entnehmen. Unterbleibt jedoch die sachverhaltsmäßige Feststellung eines Tatbildmerkmales, dann leidet der angefochtene Bescheid an Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, weil der Sachverhalt ergänzungsbedürftig geblieben ist (VwGH 25.6.1963, Z 1319/62).
Jedenfalls findet die im Spruch genannte Tat in den Feststellungen keine hinreichende Deckung.
Das Vorliegen objektiver Tatbestandsmerkmale hat die Behörde zu beweisen (VwGH 12.2.1980, 3487/78).
Die belangte Behörde trifft so gut wie keine Feststellungen über den technischen Ablauf der angeblichen Glücksspiele. Warum die belangte Behörde der Meinung ist, es handele sich um Glücksspielautomaten ist in der Bescheidbegründung nicht einmal annähernd ersichtlich.
Die Behörde erster Instanz hätte daher nachstehende Fragen selbst oder durch einen Sachverständigen lösen und die entsprechenden Feststellungen treffen müssen.

1.) Werden Daten über das Internet ausgetauscht?
2.) Welche Daten werden ausgetauscht. Wie groß ist das Datenvolumen?
3.) Wird über das Internet von anderer Seite (einem Glücksspielautomaten) das dort erzielte Ergebnis übermittelt?
4.) Ist das von der Behörde als Glücksspielautomat bezeichnete Eingabeterminal in der Lage selbstständig eine Spielentscheidung herbeizuführen?
5.) Kann auf dem Eingabeterminal nach Lösung der Internetleitung noch gespielt werden?
6.) ungefähre Größe des Gerätes?
7.) Farbe, äußeres Erscheinungsbild?
8.) Anschlüsse, Stecker, Steckverbindungen, Kabel?
9.) Schilder, Aufschriften, Gerätenummer, etc.?
10.) Ist/war das Gerät fest mit dem Boden oder der Wand verbunden?
11.) Art der Stromversorgung: 12 V, 220 V?
12.) Anzahl der Bildschirme?
13.) Anzahl der Tasten?
14.) Bringen Tastenkombinationen ein Ergebnis? Z.B. Spielfreigabe?
15.) Gibt es eine Spielbeschreibung, wie viele Seiten umfasst diese?
16.) In welcher Sprache ist die Spielbeschreibung abgefasst?
17.) Gibt es Warnhinweise bezüglich der Gefahr spielsüchtig zu werden?
18.) Ist ein Demoprogramm installiert?
19.) Wie war der Erhaltungszustand zum Zeitpunkt der Befundaufnahme? (neu, neuwertig, Gebrauchsspuren, abgenützt, veraltert, etc.)

Technischer Aufbau

1.) Art und Größe des Bildschirmes (Röhre, LCD, Plasma); handelt es sich um einen Touch-Screen, wenn ja, welches Fabrikat bzw. wie wird der Touch-Screen angesteuert?
2.) Verfügt das Gerät über eine Internetleitung, war diese angeschlossen?

3.) Wurde die tatsächliche intakte Funktion dieser Internetleitung überprüft?
4.) Verfügt das Gerät über eine interne Stromversorgung (Batterie, Akku)?
5.) Verfügt das Gerät über einen Lautsprecher?
6.) Verfügt das Gerät über einen Banknotenscanner?
7.) Ist ein Münzeinwurf vorhanden?
8.) Mit welcher Stromspannung arbeiten die einzelnen Elemente/technischen Geräte?
9.) Ist eine Sprachsteuerung vorhanden?
10.) Kann ein starker Stromstoß, z.B. Blitzeinschlag Einfluss auf die Elektronik, das Programm oder auf die Funktionsweise des Gerätes nehmen?
11.) Wie lässt sich das Gerät öffnen?
12.) Kann das Gerät von außen gesperrt oder freigegeben werden?
13.) Kann das Gerät durch eine kabellose Fernbedienung beeinflusst werden?
14.) Was sind die technischen Voraussetzungen, um in das Buchhaltungssystem Einsicht zu nehmen?
15.) Deprogrammiert sich das Gerät unter bestimmten Voraussetzungen?
16.) Wie erfolgt die Ansteuerung des oberen DVD?
17.) Wie erfolgt die Ansteuerung des unteren DVD?
18.) Besitzt das Gerät eine integrierte Grafik?
19.) Wie viel Bite umfasst der Speicher?
20.) Besteht eine batteriegepufferte Datenerhaltung, wenn ja, über welchen Zeitraum ist der Datenerhalt gewährleistet?
21.) Gibt es für den Datenerhalt eine Absicherung?
22.) Welche Daten weißt der Festplattenspeicher auf?
23.) Welches Betriebssystem wird verwendet?

Allgemeines zum Betrieb

1.) Kann nur gegen Geldeinsatz gespielt werden?
2.) Welcher Geldeinsatz (Banknote, Münze) kann ab welcher Höhe und bis zu welcher Höhe in das Gerät eingegeben werden? In welcher Währung kann gespielt werden?
3.) Wie hoch ist der maximale bzw. minimale Einsatz pro Spiel?
4.) Gibt es Zusatzspiele?
5.) Kann das Gerät Gewinne ausfolgen?
6.) Welche Programmdaten werden über Internet übermittelt?
7.) Werden die Spielverläufe intern aufgezeichnet?
8.) Gehen Daten bei der Trennung des Gerätes vom Stromnetz verloren? Nachwelcher Zeit?
9.) Wo ist die Graphik gespeichert?
10.) Von wo aus wird das Buchhaltungsprogramm des einzelnen Spieles gesteuert? (extern, intern)
11.) Startet, abgesehen vom ersten Spiel, jedes Spiel automatisch?
12.) Kann das Spiel jederzeit abgebrochen bzw. beendet werden?
13.) Wie lange dauert durchschnittlich ein jedes Spiel?
14.) Geben Sie die kürzeste und längst mögliche Spieldauer des Einzelspieles an.

Spielprogramme

1.) Welche Spiele können auf dem Gerät gespielt werden?
2.) Welche Versionen der einzelnen Spielprogramme sind installiert?
3.) Sind alle Spielprogramme funktionsfähig?
4.) Beschreiben sie die einzelnen Spiele?
5.) Kann der Spieler im Spielverlauf irgendwie tätig werden? (Karten/Symbole halten, das Spiel abbrechen, etc.)

6.) In welchen Spielvarianten kann der Spieler gewinnen?
7.) Lassen sich die Gewinnchancen/Verlustgefahren in irgendeiner Form beeinflussen?
8.) Was ist für den Spieler das bestmögliche Einzelspielergebnis?
9.) Was ist für den Spieler das schlechtmöglichste Einzelspielergebnis?
10.) Gibt es Sonderspiele wie Gambeln, Supergames, etc.?
11.) Wie hoch ist bei Sonderspielen der Einsatz, wie hoch ist der Gewinn?
12.) Wer ist Urheber des jeweiligen Spielprogrammes?
13.) Kann der Betreiber das Spielprogramm verändern?
14.) Entspricht das Spielprogramm national und international gebräuchlichen Spielprogrammen?
15.) Wie schnell ist das einzelne Spiel erlernbar?
16.) Bedarf es einer besonderen Intelligenz?
17.) Welche Veränderungen sind während des Spieles am Bildschirm zu beobachten?
18.) Können alle Veränderungen vom Spieler zur Gänze gesehen bzw. erfasst werden?
19.) Ist das Spiel zur Gänze - in jedem Teilbereich - zufallsabhängig?
20.) Wiederholen sich Spielergebnisse in einer wiederkehrenden Reihenfolge?
21.) Kann der Spieler durch lange Beobachtung, Konzentration, Merkfähigkeit, Geschicklichkeit, Ausdauer oder besondere Beobachtungsgabe das Spielergebnis verbessern?
22.) Wie viele Versionen des jeweiligen Spielprogrammes gibt es?
23.) Gibt es Spielteilergebnisse? Führen diese zu Gewinn oder Verlust?
24.) Gibt es statistische Auswertungen über Gewinn- und Verlusthäufigkeit des jeweiligen Spielprogrammes?
25.) Kennt das jeweilige Programm ‚Freispiele´?
26.) Beinhaltet das jeweilige Spielprogramm - aus technischer Sicht gesehen Programmierungselemente, die den Charakter einer Wette haben?
27.) Kann die Behörde ausschließen oder bestätigen, dass es sich um einen/keinen Wettapparat/Wettautomaten handelt?

Obwohl die Behörde darauf hingewiesen wurde, dass der UVS Niederösterreich u.a. zur Geschäftszahl Senat - MI-10-1006 nach genauer Prüfung das angefochtene Ergebnis aufgehoben und das Verfahren eingestellt hat, da der Behauptung des Beschuldigten, es handle sich lediglich um ein Eingabeterminal und keinesfalls um einen Glücks-spielautomaten, nicht entgegen getreten werden konnte. Trotz dieses klaren Hinweises hat die Behörde jedwede Ermittlungstätigkeit in dieser Richtung unterlassen und konnten daher auch die entscheidungswesentlichen Feststellungen nicht getroffen werden.

Hätten Ermittlungstätigkeiten stattgefunden, wäre die Behörde zu dem Schluss gekommen, dass es sich nicht einmal mehr um Eingabeterminals handelt.

Diese Rechtsansicht wird weiters gestützt durch die nachfolgenden Entscheidungen in gleich bzw. ähnlich gelagerten Fällen, welche zur Gänze zu Gunsten der Berufungswerber gefällt wurden:

UVS Oberösterreich: VwSen-360037/17/AL/Ha/ER vom 7.1.2013;
UVS Oberösterreich: VwSen-360027/10/Gf/Rt vom 17.1.2013;
UVS Oberösterreich: VwSen-301087/14/MB/ER vom 17.12.2012;
UVS Oberösterreich: VwSen-301107/14/Gf/Rt vom 24.9.2012;
UVS Oberösterreich: VwSen-301133/12/Gf/Rt vom 24.9.2012;
UVS Oberösterreich: VwSen-360045/2/Gf/Rt vom 17.9.2012;
UVS Oberösterreich: VwSen-360038/2/Gf/Rt vom 21.8.2012;
UVS Oberösterreich: VwSen-301096/14/WIE/ER/Ba vom 18.10.2012;
UVS Oberösterreich: VwSen-301085/11/WIE/ER/Ba vom 18.10.2012;

UVS Vorarlberg: UVS-1-912/E2-2011 vom 27.9.2012;
UVS Salzburg: UVS-5/14344/7-2012 vom 10.9.2012;
UVS Oberösterreich: VwSen-740127/3/Gf/Rt vom 20.8.2012;
UVS Kärnten: KUVS-2582/5/2011 vom 27.6.2012;
UVS Kärnten: KUVS-2583/5/2011 vom 27.6.2012;
UVS Kärnten: KUVS-K7-1307/2/2012 vom 14.6.2012;
UVS Kärnten: KUVS-K7-1027/5/2011 vom 21.3.2012;
UVS Niederösterreich: Senat-ZT-11-0005 vom 12.3.2012;
UVS Niederösterreich: Senat-ZT-11-0006 vom 8.3.2012;
UVS Niederösterreich: Senat-ZT-11-0005 vom 12.3.2012;
UVS Niederösterreich: Senat-ZT-11-0004 vom 27.2.2012;
UVS Niederösterreich: Senat-TU-11-1003 vom 22.2.2012;
UVS Niederösterreich: Senat-TU-11-1002 vom 3.2.2012;
UVS Niederösterreich: Senat-WN-10-1029 vom 8.9.2011;
UVS Niederösterreich: Senat-WN-1032 vom 8.9.2011;
UVS Niederösterreich: Senat-PM-10-1005 vom 12.8.2011;
UVS Niederösterreich: Senat-PM-10-1006 vom 10.8.2011;
UVS Niederösterreich: Senat-GD-10-1004 vom 3.8.2011 ;
UVS Niederösterreich: Senat-GD-1002 vom 3.8.2011 ;
UVS Niederösterreich: Senat-WN-10-1029 vom 3.9.2011;
UVS Niederösterreich: Senat-WT-10-1001 vom 1.7.2010;
UVS Steiermark: UVS 30.5-67/2011-2 vom 8.3.2012;
UVS Niederösterreich: Senat-WN-10-1032 vom 8.9.2011;
UVS Oberösterreich: VwSen-300986/3/BMa/Th vom 27.6.2011;
UVS Steiermark: UVS 30.17-78/2010-6 vom 12.10.2010.

Es ist davon auszugehen, dass nicht jede Rechtsunkenntnis oder Rechtsirrtum als Sorgfaltsverletzungen oder gar als Fahrlässigkeit zu beurteilen ist. Wie der Verwaltungsgerichtshof in jüngster Zeit ausgesprochen hat, ist, ‚wenn es um die unrichtige Beurteilung einer Rechtsfrage geht, Verschulden daher nur dann grundsätzlich zu bejahen, wenn der Entscheidung eine nach den Umständen unvertretbare Rechtsauffassung zu Grunde liegt. Ob dies der Fall ist, ist stets nach den konkreten Besonderheiten des Einzelfalles zu beurteilen´ (vgl. Verwaltungsgerichtshof 15. Dezember 2011, 2 2008/09/0364). Die oben angeführten Entscheidungen stimmen mit der Rechtsauffassung des Beschwerdeführers überein und besagen, dass in diesem speziellen Fall gerade keinen Eingriff in das Glücksspielmonopol vorliegt. Somit steht fest, dass die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers rechtskräftig, also in einem wenn auch individuell bindenden, normativen Akt als rechtsrichtig anerkannt wurde (siehe weiter oben angeführten Entscheidungen).

Damit liegt sogar im Sinne der besonders strengen Rechtsprechung des Senates 17 (unter anderem 28. 3. 2011, 2 011/17/0039) - falls man nicht ohnedies die Tatbestandsmäßigkeit zwingend zu verneinen hat - jedenfalls ein Fall des Paragraphen fünf Abs. 2 VStG vor. Nach dieser Rechtsprechung genügt eine plausible Rechtsauffassung - dass sie jedenfalls plausibel ist, belegen schon die vorgenannten Entscheidungen - nicht, sondern es bedarf ‚bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht vielmehr einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen´. Rechtskräftige - im Instanzenzug ergangene - Entscheidungen sind wohl mehr als (nicht bindende) ‚geeignete Erkundigungen´!

Angesichts der Vielzahl die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers im Instanzenzug rechtskräftig bestätigenden Entscheidungen kann es für den Beschwerdeführer keinerlei

Zweifel an der Richtigkeit der Rechtsauffassung gegeben haben. Wenn dagegen vorgebracht werden könnte, dass es auch andere Entscheidungen gibt, die die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers nicht teilen, so hat der Beschwerdeführer diese Entscheidungen bekämpft. Wenn der Verwaltungsgerichtshof sich noch nicht mit der Begründung der Rechtsauffassung des Beschwerdeführers auseinandergesetzt hat, so kann das nicht zulasten des Beschwerdeführers ausschlagen - ein Verschulden, in welcher Form auch immer kann daraus niemals abgeleitet werden. Ja selbst dann, wenn der Verwaltungsgerichtshof die Meinung des Beschwerdeführers nicht geteilt hätte - zu betonen, was bis jetzt nicht der Fall ist - würde dies an der Richtigkeit der Berufung nach Paragraph fünf Absatz 2 VStG nichts ändern.
Es ist bekannt, dass der Verfassungsgerichtshof in Erkenntnis vom 13.6.2013 zur Zahl B 422/2013, Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (u.a. 22.8.2012, 2012/17/0156) als rechtswidrig, die vom Verwaltungsgerichtshof vertretene Rechtsansicht als dem Doppelbestrafungsverbot des Art. 4 Abs. 1 Z 7 ZPEMRK widersprechend angesehen hat. Wenn man dieser nunmehr als nicht haltbar qualifizierten Rechtsprechung gefolgt wäre, wäre es doch geradezu denkunmöglich, darin einen Fall des verschuldeten Rechtsirrtums zu sehen!
Es kann schlicht nicht sein, dass der Paragraph fünf Abs. 2 VStG wegzu- interpretieren sei weiter mit dem Gesetzgeber unterstellt würde, etwas sinnloses normiert zu haben, zudem würde dies in einem Spannungsverhältnis zum verfassungsrechtlich garantierten Prinzip des Schuldstrafrechtes stehen, dass so selbstverständlich ist, dass es in den einschlägigen verfassungsrechtlichen Garantien (Art. 90 ff B-VG, Art. 6 und Art. 7 EMRK) unausgesprochen vorausgesetzt wird. (VfSlg. 15.200/1998). Eine derart restriktive Interpretation des Schuldstrafrechtes müsste vom Verfassungsgerichtshof geklärt werden.
C.2.) Verfahrensfehler der belangten Behörde
Aufgrund der vorliegenden Rechtsprechung des VfGH zur Zahl B 422/2013 vom 13.6.2013 steht fest, dass festgestellt hätte werden müssen welche Einsätze auf welchem Terminal bei welchem Spiel geleistet werden konnten oder nicht. Dies betrifft jedes einzelne Spiel pro Terminal. Die Aktenlage lässt erkennen, dass die einschreitenden Behörden nicht der Rechtsprechung entsprechend gehandelt haben, da sich aus den Akten ergibt, dass lediglich 1 Spiel probegespielt wurde. Das Ermittlungsverfahren an sich ist somit derart mangelhaft geblieben, dass eine Erlassung des hier angefochtenen Straferkenntnisses nach den geltenden Verfahrensvorschriften rechtlich unzulässig ist.
Im Übrigen hätte das Straferkenntnis nicht ergehen dürfen, da das Verfahren zumindest bis zur rechtskräftigen Entscheidung des EuGH über das Vorabentscheidungsverfahren zum Thema der Unionsrechtskonformität des GspG auszusetzen gewesen wäre.
Hierzu wird auf die Entscheidung zu VwSen-360038/2/Gf/Rt vom 21.08.2012 verwiesen. Hierbei wurde der Berufung des Rechtsmittelwerbers stattgegeben und das Straferkenntnis ausgehoben. Begründet wurde dies unter anderem damit, dass der UVS OÖ starke Bedenken an der Verfassungskonformität des Glückspielgesetzes hegt. Aus diesem Grund wurde am 10.08.2012 auch ein Antrag auf Vorabentscheidung vom UVS OÖ an den EuGH zu den Zahlen: VwSen-740121/2/Gf/Rt, VwSen-740123/2/Gf/Rt, VwSen-740124/2/Gf/Rt, VwSen-740127/2/Gf/Rt, VwSen-360028/3/Gf/Rt gestellt.
C.3.) Unzuständigkeit
Nach der ständigen verwaltungsgerichtlichen Judikatur findet das Spiel dort statt, wo ein Spielautomat örtlich aufgestellt ist, wo dieser in Betrieb genommen werden kann, wo dieser mit Geld versorgt wird. Keines dieser Kriterien ist im Wirkungsbereich der hier tätigen Behörde gegeben. Den Spieleinsatz leistet aus zur Verfügung gestellten Mitteln

die Firma X in G. Das Spiel wird von der Firma X durchgeführt, d.h. auch der Start des Spieles erfolgt durch die Firma X in G. Das von der Firma X jeweils gespielte Spiel wird auf einem in G aufgestellten Glücksspielautomaten gespielt. Es ist daher nicht der geringste Anhaltspunkt dafür gegeben, dass eine andere Behörde als die für G zuständige Behörde örtlich zuständig ist. Die Möglichkeit, mittels eines Eingabeterminals einer Servicefirma einen Auftrag zu geben, stellt keinen Straftatbestand dar und begründet daher auch nicht die Zuständigkeit der Behörde.
Die belangte Behörde schreitet nach den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes ein.
§ 52 Abs. 2 bestimmt dazu: Werden im Zusammenhang mit der Teilnahme an Ausspielungen Vermögenswerte Leistungen für ein Spiel von über 10 EUR von Spielern oder anderen geleistet, so handelt es sich nicht mehr um geringe Beträge und es tritt insoweit eine allfällige Strafbarkeit nach diesem Bundesgesetz hinter eine allfällige Strafbarkeit nach § 168 StGB zurück.
Der Gesetzgeber hat daher erkannt, dass im genannten Fall das Glücksspielgesetz nur subsidiär anzuwenden ist. Die primäre Anwendung dieses Glücksspielgesetzes verstößt daher gegen § 52 Abs. 2. Die Vorfrage, ob die strafrechtlichen Normen anzuwenden sind, kann nicht von der Verwaltungsbehörde, sondern nur vom Gericht gelöst werden. Es wird daher die Ansicht vertreten, dass erst in dem Fall, der gerichtlichen Feststellung, dass eine strafbare Handlung nach § 168 StGB nicht vorliegt, die Verwaltungsbehörde tätig sein kann. Der angefochtene Bescheid wird allein schon deshalb zu beheben sein, da die Anwendung des Glücksspielgesetzes im vorliegenden Fall nicht erfolgen darf.
Die Feststellungen des VfGH im Erkenntnis vom 13.06.2013 zur Zahl B 244/2013 im Hinblick auf das Doppelbestrafungsverbot des Art. 4 Abs. 1 Z 7 ZPEMRK treffen auf den vorliegenden Beschwerdefall voll zu.
C.4.) Unrichtige rechtliche Beurteilung
Die verfahrensgegenständlichen Eingabeterminals sind weder Glücksspielautomaten noch elektronische Lotterie. Auf diesen Geräten kann kein wie immer geartetes Glücksspiel stattfinden, diese Geräte stehen auch mit keinem Spielanbieter im Zusammenhang, d.h. es kann über die vorhandene Internetleitung kein Kontakt mit einem Glücksspielanbieter aufgenommen werden. Die verfahrensgegenständlichen Eingabeterminals dienen lediglich dazu, Aufträge verschiedener Art an die Firma X GmbH weiter zu geben. Die Durchführung der Aufträge kann über das Eingabeterminal beobachtet werden. Die Firma X ist ein Dienstleistungsunternehmen, das neben anderen Serviceleistungen auch Glücksspiele durchführt - klargestellt wird, dass die Firma X kein Glücksspielanbieter ist, sondern vielmehr Spieler ist. Es scheidet schon aus diesem Grund jede Involvierung der Firma X GmbH in ein Verwaltungsstrafverfahren von vorneherein aus, weil die Firma X - wie bereits oben dargestellt wurde -keine Glücksspiele anbietet. Die Firma X führt auch nur dort Glücksspiel durch, wo eben dieses Glücksspiel gesetzlich erlaubt ist und die Glücksspielautomaten im Einzelnen behördlich genehmigt sind. Im gegenständlichen Fall sind die Glücksspielautomaten in G, unter der Adresse X, X, aufgestellt und behördlich genehmigt.
Beweis: Anfrage beim Amt der steiermärkischen Landesregierung.
Die angesprochenen Geräte sind reine Eingabe- und Auslesestationen, wobei eine selbsttätige Programmentscheidung nicht herbeigeführt wird. Die Entscheidung über Gewinn und Verlust wird nicht durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung durch den Apparat selbst zur Verfügung gestellt, sondern auf einem Geldspielapparat generiert und von der lokal verwendeten Software nur visualisiert. D.h. die unter Diskussion geratenen Terminals ermöglichen lediglich an einem Spiel an anderer Stelle teilzunehmen. An anderer Stelle bedeutet, dass das Terminal ein Mitspielen an einem

laufenden Spiel in der Steiermark ermöglicht. Das in der Steiermark ablaufende Spiel ist behördlich genehmigt. Wenn daher das Abhalten des Spieles in der Steiermark nicht strafbar ist, kann auch die Teilnahme an einem nicht strafbaren Spiel nicht strafwürdig sein.
Bei den Terminals handelt es sich nicht um Glücksspielautomaten. Eine Subsumtion unter § 2 GSpG ist somit rechtlich gesehen unmöglich. Die Terminals bieten weiters aufgrund des Fehlens eines über das elektronische Medium abgeschlossenen Spielvertrages keine elektronische Lotterie gemäß 12 a GSpG an. Darüber hinaus fehlt die für die elektronischen Lotterien typische Vernetzung von verschiedenen Glückspielapparaten.
Es wird verdeutlicht: Die in der Steiermark ansässige Firma X GmbH spielt auf Spielautomaten in der Steiermark, welche behördlich genehmigt sind. Es liegt jedenfalls kein wie immer gearteter verwaltungsstrafrechtlicher Tatbestand vor, sodass die Fortführung eines Verwaltungsstrafverfahrens rechtswidrig ist.
Da dem jeweiligen Spielauftraggeber lediglich die Möglichkeit geboten wird, über ein Eingabeterminal die Servicefirma X zu einem Spiel zu beauftragen und mit dem Terminal weder direkt noch in Verbindung mit Internetleitung und Modem gespielt werden kann, scheidet jeder verwaltungsstrafrechtlich relevante Tatbestand aus.
Aus all den oben genannten Gründen kann die Firma X keinesfalls als Veranstalter iSd Glücksspielgesetzes qualifiziert werden. Die Firma X organisiert auch keine verbotenen Ausspielungen im Sinne des Glücksspielgesetzes, da die in Niederösterreich aufgestellten Geräte wie oben beschrieben keine Glücksspielgeräte im Sinne des Glückspielgesetzes sind und die in der Steiermark aufgestellten Geräte landesrechtlich bewilligt sind und auch nicht unter das Glücksspielgesetz des Bundes fallen.
Beweis: Sachverständiger für das Glücksspielwesen, wobei angeregt wird, nur einen solchen Sachverständigen zu bestellen, der den Datenfluss messen und nachvollziehen kann.
Beischaffung des Aktes zu S-58713/11-s (Verfahren wurde mangels Veranstaltereigenschaft eingestellt).
C.6.) Mangelnde Schuld
Aufgrund der bereits dargelegten unterschiedlichsten Rechtsmeinungen zum gegenständlichen Thema steht fest, dass Beschwerdeführer jedenfalls kein Verschulden anzulasten ist (siehe weiters in Punkt C 1 sowie C 7).
C.7.) Höhe der Strafe
Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt es bei der Strafbemessung auf objektive Kriterien an. Als Rechtsfrage stellt sich für die belangte Behörde die Aufgabe, unter Bedachtnahme auf die Vermögens- und Familienverhältnisse der Beschuldigten im Rahmen des gesetzlichen Strafsatzes die dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat angemessene Strafe festzusetzen. Hat die Behörde nicht dargetan, aufgrund welcher Erwägungen eine verhängte Strafe als dem Unrechts- und Schuldgehalt angemessen angesehen wurde, welche Umstände als erschwerend und welche Umstände als mildernd beurteilt wurden und inwieweit auf die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse der Beschuldigten Rücksicht genommen wurde, dann hat sie durch eine dem § 60 AVG nicht entsprechende Begründung ihren Bescheid mit einer Rechtswidrigkeit belastet (Erkenntnis vom 5.10.1976, VwSlgNF 9142/A uv 14.9.1977, Z 2474/76).
Eine bloße Wiedergabe des Gesetzestextes genügt nicht den Anforderungen, die das AVG an die Begründung eines Bescheides stellt (Erkenntnis vom 15.6.1955 VwSlgNF 3787/A, v. 30.10.1956, Z 2938/ 52, uv 13.3.1978, Z 2790/76).

In diesem Zusammenhang wird auf das Erkenntnis des VwGH vom 24.2.1981, Z 1719/79 (10377A) verwiesen, wonach ein Satz in der Begründung des Straferkenntnisses `dass gemäß § 19 VStG 1950 bei der Strafbemessung die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse berücksichtigt worden seien´ eine Scheinbegründung´ ist.
Die Behörde erster Instanz hat die Frage nach dem Ausmaß der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung jener Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und den Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat, nicht beantwortet. (VWGH 16.4.1997, 96/03/0358).
Es ist auch der Schuldgehalt der Tat (§ 19 Abs. 2 VStG iVm § 32 StGB) nicht erörtert worden (VwGH verst. Senat 25.3.1980 Slg 10077 A, 19.5.1980 3461/78, 18.2.1981 3351,3352/80 uva.). Die Behörde hat auch im Sinne des § 19 Abs. 1 VStG die Frage nicht geprüft, ob die Tat einen besonderen Auffälligkeitswert in der Öffentlichkeit erreicht hat (VWGH 11.4.1984, 81/11/0001).
Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen (VwGH 16.4.1977, 96/03/0358).
Die Behörde erster Instanz hat nicht dargelegt, aus welchen Erwägungen sie unter Zugrundelegung dieser Strafzumessungskriterien die konkrete Tat innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens hinsichtlich Straftat und Strafausmaß gerade so wertet, wie dies im Spruch zum Ausdruck kommt. Nur so kann geprüft werden, ob die Strafbemessung noch innerhalb des der Behörde zustehenden Ermessensspielraumes liegt (VwGH 29.9.1981 3135/80). Wie der VwGH in ständiger Rechtsprechung dargetan hat (VwGH 25.3.1980, Slg. 10077/A), ist die Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens eine Ermessensentscheidung. Es obliegt der Behörde, in Befolgung der Anordnung des § 60 AVG in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgebenden Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes in Richtung auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist. Geht man jedoch von dieser Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes aus, dann erweist sich das angefochtene Straferkenntnis auch in diesen Punkten als nicht dem Gesetz entsprechend begründet.
Unterbleiben der Feststellung vorhandener Milderungsumstände, unzutreffende Wertung von Umständen als Erschwerungsumstände:
Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes belastet das Unterbleiben der Feststellung vorhandener Milderungsumstände bzw. die unzutreffende Wertung von Umständen als Erschwerungsumstände den Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, weshalb der vollständigen und richtigen Anführung der Strafzumessungsgründe von der Behörde ein besonderes Augenmerk zuzuwenden ist (VwGH 23.10.1986, 86/02/0063).
Gem. § 19 Abs. 2 VStG sind die Milderungsumstände des § 34 StGB sinngemäß anzuwenden. Die belangte Behörde hat jedoch folgende Milderungsumstände nicht festgestellt:

1.) Die Beschuldigte hat bisher einen ordentlichen Lebenswandel geführt, die Tat steht mit ihrem sonstigen Verhalten in auffallendem Widerspruch (§ 34 Z 2 StGB).
2.) Trotz Vollendung der Tat hat die Beschuldigte keinen Schaden herbeigeführt (§ 34 Z 13 StGB).
3.) Die Beschuldigte hat sich ernstlich bemüht, nachteilige Folgen zu verhindern (§ 34 Z 15 StGB)." [Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 18. Jänner 2016 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den bezughabenden Verwaltungsakt.

I.4. Mit Schreiben vom 9. Juni 2016 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 20 Beilagen vor.

Mit einem weiteren Schreiben vom 9. Juni 2016 legte der Bf den EU Pilot-Letter 7625/15/GROW vom 29. Juni 2015 der Kommission an Deutschland hinsichtlich Bedenken gegenüber dem deutschen Glücksspielwesen vor.

I.5. 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.

I.6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation der finanzpolizeilichen Kontrolle vom 14. Jänner 2015, das ergänzende Vorbringen des Bf samt Beilagen, eine den Parteien zur Kenntnis gebrachten Stellungnahme des BMF vom 26. Juni 2015 samt Glücksspielbericht 2010-2013 und Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014", die Studie der Stabstelle für Spielerschutz „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015" mit zugehörigem Anschreiben des BMF vom 30. Oktober 2015, sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. Juni 2016.

I.7. Folgender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Am 14. Jänner 2015 führten Organe der Finanzpolizei um 10:50 Uhr eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz im Lokal „K", X, X, durch. Der Betreiber des verfahrensgegenständlichen Lokals im vorgeworfenen Tatzeitraum war Herr N C.

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 und versiegelt.

Die verfahrensgegenständlichen sechs 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, es bestehen keine Sorgepflichten und er hat kein Vermögen.

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

FA-Nr.	*Spiel*	*Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
1	*Ring of Fire XL*	*0,20 Euro*	*max. 20 Euro + 34 Super Games*
1	*Ring of Fire XL*	*6,00 Euro*	*max. 20 Euro + 898 Super Games*
2	*Ring of Fire XL*	*0,20 Euro*	*max. 20 Euro + 34 Super Games*
2	*Ring of Fire XL*	*5,00 Euro*	*max. 20 Euro + 898 Super Games*
3	*Ring of Fire XL*	*0,20 Euro*	*max. 20 Euro + 34 Super Games*
4	*Ring of Fire XL*	*0,20 Euro*	*max. 20 Euro + 34 Super Games*
5	*Ring of Fire XL*	*0,20 Euro*	*max. 20 Euro + 34 Super Games*
6	*Hunderennen*	*0,50 Euro*	*höchste Quote: 53,2*

Der Spielablauf der fünf virtuellen Walzenspiele (Geräte mit FA-Nr. 1 bis 5) 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.

Bei dem Gerät FA-Nr. 6 handelte es sich um ein Hundewettenterminal. Der Spielablauf dieses Hunderennens stellt sich wie folgt dar: Beim gegenständlichen Gerät konnten „Wetten" auf den Ausgang von bereits in der Vergangenheit stattgefundenen aufgezeichneten Hunderennen abgeschlossen werden. Die Kunden konnten lediglich einen Einsatzbetrag und einen oder mehrere vermutete Rennergebnisse auswählen und nach Eingabe von Geld eine "Wette" darauf abschließen. Danach war der in kurzen Abständen regelmäßig erfolgende Rennstart und das etwa 30 Sekunden dauernde Rennereignis abzuwarten, wonach der Verlust des Einsatzes oder ein Gewinn feststand. Die auf diesen Geräten angebotenen Spiele waren „Wetten" auf den Ausgang der Wiedergabe aufgezeichneter (virtueller) Hunderennen. Diese Rennen waren Aufzeichnungen von bereits in der Vergangenheit stattgefundenen Rennveranstaltungen. Die Kunden hatten keinerlei Einfluss auf das Zustandekommen bestimmter Spielergebnisse. Sie konnten nur einen Einsatz wählen und eine Siegwette abschließen und anschließend den Rennausgang abwarten. Der Ausgang der „Wetten" konnte vom Spieler nicht beeinflusst werden. Die Entscheidung über das Spielergebnis hing somit jedenfalls vorwiegend 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 „6 aus 45" 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 Euro pro Monat für Glücksspiele ausgegeben im Vergleich zu 53 Euro 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 Euro eingesetzt, vor sechs Jahren lag der entsprechende Wert sogar bei etwa 317 Euro. Es folgen die klassischen Casinospiele mit einem Mittelwert von ca. 194 Euro. 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 Euro auf ca. 110 Euro mehr als verdoppelt.

Die Anteile problematischen und pathologischen Spielens unterscheiden sich je nach Glücksspielart erheblich. Die zahlenmäßig 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 „Casino Austria" 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 Finanzamtes 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 1.854, 2012 2.480, 2013 1.299 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 KSV 1870, 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. Dezember 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. 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.

Ferner ist durch die GSpG-Novellen 2008/2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden. 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.

II. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, ihrem Aktenvermerk zur gegenständlichen Kontrolle, der Dokumentation der Probespiele, der Niederschrift über die Einvernahme und den deutlichen, im Akt einliegenden Fotos. Sie gründen zudem auf der glaubwürdigen Aussage der zeugenschaftlich einvernommenen Kontrollorgane. Auf den Fotos lassen sich die Einsätze und die möglichen Gewinne erkennen.

Dass der Bf Geschäftsführer der X GmbH ist, blieb unbestritten und ergibt sich aus dem im Akt einliegenden Firmenbuchauszug. Dass dieses Unternehmen Eigentümerin der gegenständlichen Geräte ist, wurde von der X GmbH auch im parallel geführten Beschlagnahmeverfahren behauptet.

Die belangte Behörde ging bei der Strafbemessung von einem monatlichen Nettoeinkommen von 2.000 Euro bei fehlenden Sorgepflichten und keinem Vermögen aus. Dies blieb seitens des Bf im gesamten Verfahren 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 die verfahrensgegenständlichen Geräte zumindest am 14. Jänner 2015 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal aufgestellt waren, ergibt sich aus den Unterlagen zur finanzpolizeilichen Kontrolle. Die Geräte waren zu dem Zeitpunkt an dem die Kontrolle der Finanzpolizei begonnen hat, bereits betriebsbereit für das Spielen von Glücksspielen aufgestellt gewesen.

Dass der Lokalbesitzer oder das Unternehmen des Bf, als Eigentümerin des Geräts, im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit dem verfahrens-gegenständlichen Gerät gewesen wäre 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 einerseits aus den Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle und andererseits aus den glaubwürdigen und schlüssigen Aussagen des Zeugen, der die Probespiele durchführte.

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 Bundesrechenzentrum 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. 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.

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.

Gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52/1991, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl. I Nr. 33/2013, ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

IV.1. 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 8.9.2005, 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 virtuelle Hunderennen (VwGH 27.2.2013, 2012/17/0352).

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.

Die X GmbH als Eigentümerin der Geräte hat sich somit unternehmerisch an Ausspielungen beteiligt und den objektiven Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG erfüllt. Der Bf ist als handelsrechtlicher Geschäftsführer zur Vertretung nach außen berufen und somit gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

Die Geräte waren zum Zeitpunkt der Kontrolle am 14. 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 29.4.2014, Ra 2014/17/0002).
Die Geräte waren jedenfalls am Kontrolltag betriebsbereit im Lokal aufgestellt und konnten von den Finanzpolizisten bespielt werden. Der Tatzeitraum wurde deshalb von der erkennenden Richterin auf den Kontrolltag eingeschränkt.

IV.2. Zur Frage der Subsidiarität des § 168 StGB:
Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgehalten, dass bei Überprüfung der Frage der Zuständigkeit zur Entscheidung die Zuständigkeitsvorschrift heranzuziehen ist, die im Zeitpunkt der Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde in Geltung stand. Der bekämpfte Bescheid wurde nach Inkrafttreten des § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl. I Nr. 13/2014 erlassen. 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 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 u.a., ferner festgestellt, dass die Regelungen des GSpG zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind.

IV.3. Der Bf beruft sich in seiner Beschwerde jedoch im Wesentlichen auf die Unanwendbarkeit des GSpG infolge von Unionsrechtswidrigkeit.

Nach der Rechtsprechung des EuGH kann ein Glücksspielmonopol geeignet sein, einerseits die Niederlassungsfreiheit, andererseits die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken (EuGH Rechtssache *Gambelli,* C-243/01; Rechtssache *P* u.a., C-390/12).

IV.3.1. 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 handelsrechtlicher Geschäftsführer einer GmbH mit Sitz in Österreich. 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 Glücksspielmonopoles 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 24.4.2015, 2014/17/0126; OGH 20.1.2015, 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 (z.B. mangelnde Aufsicht) oder das sonstige Agieren des Staates (z.B. 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 17.2.2015, 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 Verfassungsgerichtshof 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 u.a.). Dass keine Inländerdiskriminierung vorliegt, hat der Verfassungsgerichtshof im Übrigen jüngst in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, 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 30.9.1991, B 1361/90).

IV.3.2. Im Übrigen ist zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit 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 *P* 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 *P*, C-390/12; VwGH 29.5.2015, 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 Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte siehe etwa VfGH 6.12.2012, B1337/11 u.a.; VfGH 12.3.2015, G 205/2014-15 u.a.; VwGH 7.3.2013, 2011/17/0304, VwGH 4.11.2009, 2009/17/0147; OGH 20.3.2013, 6 Ob 118/12i; 17.2.2015, 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 Rechtsprechung 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 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 *P*, 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 legale 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 Finanzamtes 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 1.854, 2012 2.480, 2013 1.299 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 GSpG-Novellen 2008/2010 die elektronische Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) 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 die Kontrollen, die Konzessionäre, die Maßnahmen zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels, die Festlegung der Anbindung der Glücksspielautomaten und VLT der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH, aber auch die Einrichtung der Spielerschutzstelle, zeigen nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, dass die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in kohärenter und systematischer Weise erfolgt.

IV.3.3. 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 24.4.2015, 2014/17/0126; OGH 20.1.2015, 4 Ob 231/14w; VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Nach der Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache X, 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 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 „Casino Austria" 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 unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit als gegeben.

Zum Vorbringen betreffend die Werbetätigkeit ist Folgendes auszuführen:

Aus der Rechtsprechung 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 Euro auf 57 Euro (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 Rechtsprechung 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 Oberösterreich im Ergebnis davon aus, dass die bisherige Werbetätigkeit der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber nicht zur Unionsrechtswidrigkeit der österreichischen Regelungen betreffend die Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten führt.

IV.3.4. 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.

IV.3.5. 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 Verwaltungsgerichtshofes 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.

IV.4. Der Bf hat die Einvernahme mehrerer Zeugen im Wesentlichen zum Beweis des Anstiegs der Anzahl an Spielsüchtigen und der Ineffektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz beantragt.

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. K und Prof. Dr. W 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 erstellten Studie möglich. Die Beweisanträge waren daher schon aus diesem Grund 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 Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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.

IV.5. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich – wie bereits oben erwähnt - unzweifelhaft, dass sich der Bf im vorgeworfenen Zeitpunkt an verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt hat. Der Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG ist somit in objektiver Hinsicht erfüllt.
Zu prüfen ist noch, ob dem Bf die Tat auch subjektiv vorgeworfen werden kann (Verschulden).

IV.6. 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.

IV.6.1. Der Bf beruft sich in seiner Beschwerde auch auf einen Verbotsirrtum aufgrund der zum Glücksspielgesetz ergangenen Rechtsprechung.

Entschuldigend wirken dabei nach ständiger Rechtsprechung nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rechtsprechung 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, z.B. 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 Rechtsprechung 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 lediglich auf die vereinzelt gebliebene Judikatur des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich sowie die divergente Judikatur der Höchstgerichte. Demgegenüber stehen eine ständige Praxis der zuständigen Verwaltungsbehörden und insbesondere die einhellige, weiter oben dargestellte Judikatur des Verwaltunsgerichtshofes. Die vereinzelt gebliebene Judikatur des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich (insb. LVwG-410286) wurde vom VwGH nicht bestätigt (vgl. VwGH 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.

IV.6.2. Der Bf hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch (subjektiv) zu verantworten.

IV.7. 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. u.a. 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 u.a. 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 die Tat in nicht unerheblichen Maße das durch die Strafdrohung geschützte Interesse am Schutz des staatlichen Glücksspielmonopols schädige, sondern auch das öffentliche Interesse an der kontrollierten Durchführung von Glücksspielen und damit zusammenhängenden ordnungs- und fiskalpolitischen Zielsetzungen im Interesse der Allgemeinheit beeinträchtige. Deshalb sei der Unrechtsgehalt der Tat an sich, selbst bei Fehlen sonstiger nachhaltiger Folgen, nicht gering. Auch das Verschulden könne nicht als geringfügig angesehen werden, weil nicht erkennbar sei, dass die Verwirklichung des Tatbestandes bei gehöriger Aufmerksamkeit nur schwer hätte vermieden werden können.

Die belangte Behörde führte keine mildernden Umstände ins Treffen. Den vom Bf vorgebrachten Milderungsgründen kann überdies nicht gefolgt werden. Insbesondere kann nicht davon die Rede sein, dass kein Schaden herbeigeführt worden ist, nachdem davon ausgegangen worden werden kann, dass illegale Glücksspiele mit dem gegenständlichen Gerät durchgeführt worden sind. Dass bei einem Ungehorsamsdelikt kein Schaden eingetreten ist, kommt im Übrigen nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht als Milderungsgrund in Betracht (vgl. etwa VwGH 20.7.2004, 2002/03/0223, mwN).

Es ist auch nicht zu erkennen, inwieweit sich der Bf ernstlich bemüht haben soll, nachteilige Folgen zu verhindern.

Erschwerend hat die belangte Behörde eine vorgemerkte einschlägige Verwaltungsstrafe, welche seit 27. Oktober 2015 rechtskräftig ist, gewertet. Dabei übersieht die belangte Behörde jedoch, dass diese erschwerend gewertete Verwaltungsstrafe erst nach der am 14. Jänner 2015 erfolgten Kontrolle durch die Finanzpolizei in Rechtskraft erwachsen ist. Der aktuellen höchstgerichtlichen Judikatur folgend, muss eine erschwerend berücksichtigte Bestrafung zum Zeitpunkt der durch sie erschwerten Tat bereits rechtskräftig vorgelegen sein (vgl. VwGH 25.6.2014, 2011/07/0004).

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, da die Verwaltungsübertretung mit mehr als 3 Geräten begangen worden ist, im Falle einer erstmaligen Begehung zwischen 3.000 Euro und 30.000 Euro pro Glücksspielgerät. Da die einschlägige verwaltungsstrafrechtliche Vormerkung nicht zu berücksichtigen ist sowie aufgrund der Einkommens- und Vermögensverhältnisse erachtet das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich jeweils eine Geldstrafe von 3.000 Euro, im Falle der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von je 28 Stunden, als tat- und schuldangemessen.

IV.8. Dem Antrag auf Aussetzung bzw. Unterbrechung des Verfahrens wegen eines anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH war nicht stattzugeben. Ansuchen anderer Gerichte um Vorabentscheidung des EuGH entfalten keine Bindungswirkung.

IV.9. Es war somit im Ergebnis die Beschwerde gemäß § 50 VwGVG als unbegründet abzuweisen, der angefochtene Bescheid zu bestätigen und spruchgemäß zu entscheiden.

V. Die Entscheidung über die Kosten stützt sich auf die im Spruch angeführten gesetzlichen Bestimmungen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung weicht nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen (vgl. insbesondere die in Punkt IV. zitierte Judikatur).

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 Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag.[a] Ellmer