OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-411405/7/ER/HUE

Datum:
Linz, 12. 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 Dr. Reitter über die Beschwerde des A K, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 22. März 2016, Zl. Sich96-135-2015, wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. Dezember 2016

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Gemäß § 52 Abs 1 und 2 VwGVG hat der Beschwerdeführer zusätzlich zu den im angefochtenen Straferkenntnis bestimmten Verfahrenskosten von € 600,-- einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von € 1.200,-- zu leisten.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis vom 22. März 2016, Zl. Sich96-135-2015, verhängte die Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) Geldstrafen in Gesamthöhe von € 6.000,-- wegen unternehmerischer Beteiligung an verbotenen Ausspielungen nach dem Glücksspielgesetz mit drei Geräten wie folgt:

„Die P GmbH, mit Sitz in W, S.straße 127, hat sich als Unternehmerin im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG, wie im Zuge einer Kontrolle durch das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr, Team 43 Finanzpolizei, am 12.08.2015 in dem von Herrn B C betriebenen Lokal ‚J' in K, H.straße 14, festgestellt wurde, vom 04.06.2015 bis zum Tag der Kontrolle am 12.08.2015 an den im besagten Lokal vorgefundenen, betriebsbereiten und funktionsfähigen Glücksspielgeräten mit den Bezeichnungen

1. Kajot, Seriennummer x, aufgestellt seit 04.06.2015, FA-Gerätenr. 1,
2. Kajot, Seriennummer x, aufgestellt seit 04.06.2015, FA-Gerätenr. 2,
3. Kajot, Seriennummer x, aufgestellt seit 04.06.2015, FA-Gerätenr. 3

mit denen den Spielern für einen geldwerten Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden und deren Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing, und womit zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet wurden, unternehmerisch beteiligt, indem die P GmbH dem Glücksspielveranstalter die vorgefundenen Glückspielgeräte gegen Entgelt zur Verfügung gestellt und damit selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt hat. Die P GmbH hat sich somit an der Veranstaltung von Glücksspielen in Form verbotener Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, als Unternehmer beteiligt.

Diese Verwaltungsübertretung haben Sie als ‚handelsrechtlicher Geschäftsführer' der P GmbH mit Sitz in W, S.straße 127, gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. § 52 Abs. 1 Zif. 1 viertes Tatbild i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 GSpG (Glücksspielgesetz)
2. § 52 Abs. 1 Zif. 1 viertes Tatbild i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 GSpG (Glücksspielgesetz)
3. § 52 Abs. 1 Zif. 1 viertes Tatbild i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 GSpG (Glücksspielgesetz)

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
1.) 2.000,-	67 Stunden		§ 52 GSpG
2.) 2.000,-	67 Stunden		§ 52 GSpG
3.) 2.000,-	67 Stunden		§ 52 GSpG

In der Begründung wurde von der belangten Behörde Folgendes dargelegt:

„Die Behörde geht von folgendem Sachverhalt aus:
Die Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf hat, als die nach § 50 Abs 1 GSpG zuständige Behörde, auf Grund der ausführlich dokumentierten Anzeige der Finanzpolizei Team 43 (Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr), vom 17.08.2015, GZ. 051/70225/16/4315, ein Verwaltungsstrafverfahren wegen des Verdachts der unternehmerischen Beteiligung an verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, gegen Sie eingeleitet.
Es wurde folgender, verfahrenswesentlicher Sachverhalt zur Anzeige gebracht:
‚Bei einer von der Finanzpolizei der Abgabenbehörde, Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr gem. § 9 Abs. 3 und 4 AVOG 2010 Nrn. § 10b AVOG 2010 - DV durchgeführten Kontrolle am 12.08.2015, um 10:30 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung J, in K, H.straße 14, Betreiber B C wurde folgende elektronische Geräte betriebsbereit vorgefunden, mit welchem in der Zeit von 04.06.2015 bis 12.08.2015 verbotene Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet wurden.
Die Geräte wurden zur Identifikation von den Organen der Finanzpolizei im Zuge der Kontrolle am 12.08.2015 mit fortlaufender Nummerierung versehen.

Nr.:	1
Gehäusebezeichnung:	Kajot
Seriennummer:	x
Aufgestellt seit:	04.06.2015

Nr.:	2
Gehäusebezeichnung:	Kajot
Seriennummer:	x
Aufgestellt seit:	04.06.2015

Nr.:	3
Gehäusebezeichnung:	Kajot
Seriennummer:	x
Aufgestellt seit:	04.06.2015

Mit diesen Eingriffsgegenständen, mit welchen zumindest seit dem Aufstellungsdatum wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen veranstaltet wurden und mit denen aufgrund der zufallsabhängigen Entscheidung über das Spielergebnis, der zu leistenden Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne deshalb in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil weder eine Konzession des Bundesministeriums für Finanzen vorlag, noch die mit diesen Geräten veranstalteten Ausspielungen vom Glücksspielmonopol des Bundes gem. § 4 ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren.
Dieser Sachverhalt wurde im Zuge der Kontrolle von den Organen der Finanzpolizei dienstlich wahrgenommen und durch folgende Beweise bestätigt:
Durchgeführte Testspiele,
niederschriftlich festgehaltene Aussagen,
Protokoll über die vorläufige Beschlagnahme,
Bildanhang
Gerätedokumentation
Die Funktionstauglichkeit der Geräte wurde festgestellt durch:

Durchgeführte Testspiele und niederschriftlich festgehaltener Aussage der Frau C O:

Gerät Nr.:	1
Art des Testspiels:	Walzenspiel
Bezeichnung des beobachteten/durchgeführten Testspiels:	Ring of Fire XL
Dabei festgestellter Mindesteinsatz:	0,20 €
Dazu in Aussicht gestellter Höchstgewinn:	20,00 € + 34 SG
Dabei festgestellter Maximaleinsatz:	4,50 €
Dazu in Aussicht gestellter Höchstgewinn:	20,00 € + 898 SG

Gerät Nr.:	2
Art des Testspiels:	Walzenspiel
Bezeichnung des beobachteten/durchgeführten Testspiels:	Ring of Fire XL
Dabei festgestellter Mindesteinsatz:	0,20 €
Dazu in Aussicht gestellter Höchstgewinn:	20,00 € + 34 SG
Dabei festgestellter Maximaleinsatz:	5,00 €
Dazu in Aussicht gestellter Höchstgewinn:	20,00 € + 898 SG

Gerät Nr.:	3
Art des Testspiels:	Walzenspiel
Bezeichnung des beobachteten/durchgeführten Testspiels:	Ring of Fire XL
Dabei festgestellter Mindesteinsatz:	0,20 €
Dazu in Aussicht gestellter Höchstgewinn:	20,00 € + 34 SG
Dabei festgestellter Maximaleinsatz:	5,00 €
Dazu in Aussicht gestellter Höchstgewinn:	20,00 € + 898 SG

Folgende Spielabläufe waren bereits amtsbekannt, bzw. konnten bei den durchgeführten Testspielen folgende Spielabläufe generalisierend festgestellt werden:
Virtuelle Walzenspiele:
Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl des Spieles und Aufrufen zur Durchführung kann ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet ist. Mit jeder Steigerung des Einsatzbetrages werden sämtliche Werte im zugehörigen Gewinnplan erhöht.
Das Spiel wird durch Tastenbetätigung ausgelöst. Damit wird zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entsteht.
Der Spielerfolg steht nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest.
Tathandlung und rechtliche Folgerungen
Die Firma P GmbH hat in der Zeit vom 04.06.2015 bis 12.08.2015 die Glücksspielgeräte gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt, um fortgesetzt Einnahmen aus den mit dem Eingriffsgegenstand veranstalteten Glücksspielen in Form

von verbotenen Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form von Walzenspielen, zu erzielen.
Die Firma P GmbH hat damit selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und ist daher als Unternehmerin iSd. § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.
Die Firma P GmbH hat sich somit an der Veranstaltung von Glücksspielen in Form verbotener Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, als Unternehmer iSd. § 2 Abs. 2 GSpG beteiligt und deshalb eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1, viertes Tatbild, GSpG begangen, was Herr A K als das zur Vertretung nach außen berufene Organ, also als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Firma zu verantworten hat.
Die mit dem Eingriffsgegenstand ermöglichten Spiele waren deshalb Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 des GSpG, weil den Spielern keinerlei Möglichkeiten geboten wurden, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen, sondern die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing. Die Spieler konnten nur einen Einsatz und den dazugehörigen Gewinnplan auswählen, den Spielablauf durch Tastenbetätigung auslösen und die Entscheidung über das Spielergebnis abwarten.
Elektronische Geräte:
Die in Form von verbotenen Ausspielungen veranstalteten Spiele waren deshalb Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 des GSpG, weil den Spielern keine Möglichkeiten geboten wurden, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen, sondern die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing. Die Spieler konnten nur einen Einsatz und den dazugehörenden Gewinnplan auswählen, das Spiel mittels Tastenbetätigung auslösen und die Entscheidung über das Spielergebnis abwarten.
Beweis: Aussagen von C O
vorgefundene Unterlagen in Form einer Visitenkarte,
dienstliche Wahrnehmung
Bildanhang,
Gerätedokumentation
usw.
Um eine Ausspielung handelt es sich bei den mit den betreffenden Eingriffsgegenständen durchführbaren Glücksspielen deshalb, weil alle gesetzlichen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GSpG erfüllt sind: Veranstalten durch einen Unternehmer (siehe dazu oben), Erbringen eines Einsatzes durch Spieler, Inaussichtstellen von Gewinnen.
Um Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens und Verhängung der nachstehend beantragten Strafe wird ersucht.
Hinsichtlich der Bemessung der Strafhöhe wird darauf hingewiesen, dass mit den durchgeführten Glücksspielen hohe Bruttoerlöse ermöglicht wurden und die Strafhöhe sich daher an einem Vielfachen des Monatsertrages orientieren sollte, um auch tatsächlich eine pönalisierende Wirkung zu entfalten.
Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe
Als erschwerend ist auf die bereits mehrfach erfolgten Anzeigen nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG zu verweisen, siehe Anhang.
Milderungsgründe konnten nicht ermittelt werden.
Der Beschuldigte hat die unternehmerische Beteiligung an der Veranstaltung verbotener Ausspielungen mit nicht mehr als drei Eingriffsgegenständen zu verantworten. Aufgrund

der Bestimmungen des § 52 Abs. 2 GSpG und der angeführten Erschwerungsgründe wird die Verhängung einer Geldstrafe pro Gerät, nämlich für
Gerät Nr. 1 in der Höhe von € 30.000,00
Gerät Nr. 2 in der Höhe von € 30.000,00
Gerät Nr. 3 in der Höhe von € 30.000,00
beantragt.
Somit wird insgesamt eine Geldstrafe in der Höhe von € 90.000,00 beantragt.‘
Mit Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 27.10.2015 wurden Sie dazu aufgefordert, sich zu der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung zu rechtfertigen. Sie haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und sendeten, vertreten durch Ihren Rechtsanwalt Dr. F A. M am 27.11.2015 folgende schriftliche Rechtfertigung:
‚In umseits bezeichneter Verwaltungsstrafsache wird in offener Frist nachstehende Rechtfertigung erstattet:
Ich bestreite, dass ich die mir zu Last gelegte Verwaltungsübertretung begangen habe bzw. dass ich durch mein Verhalten einen Straftatbestand gesetzt habe und stelle den Antrag auf Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens.
Die angeführte Norm ist unionsrechtswidrig und daher nicht anwendbar. Hierbei wird auf die Entscheidung des EuGH zur Zahl C-390/12 vom 30.04.2014 verwiesen. Rein aus advokatorischer Vorsicht wird nachstehend ausgeführt:
Die Behörde schreitet gegen mich nach den Bestimmungen des für Spielgeräte geltenden Bundesgesetzes ein.
Im Hinblick auf die Vielzahl konkurrierender Gesetze im Verwaltungsbereich - Glücksspielgesetz, Veranstaltungsgesetz, Spielapparategesetz, etc. -, deren Anwendbarkeit je nach Beschaffenheit der Spielgeräte bzw. des installierten Programmes gegeben ist oder nicht, müsste die Behörde vorerst ein Ermittlungsverfahren durchführen und Feststellungen darüber treffen, auf welcher Grundlage das von ihr der Strafverfolgung zugrunde gelegte Gesetz tatsächlich anwendbar ist oder ob insbesondere unter Berücksichtigung der ‚lex specialis‘ oder allenfalls der ‚salvatorischen Klausel‘ andere Gesetze anzuwenden sind. Da aber bist heute nicht feststeht, nach welchen Kriterien die Gesetzesanwendungen der Behörde erfolgt, kann hierzu vorerst nicht weiter Stellung genommen werden.
Jedenfalls wird - aus Gründen der besonderen advokatorischen Vorsicht - bis zum Vorliegen entsprechender Ermittlungsergebnisse, die Anwendbarkeit des von der Behörde herangezogenen Gesetzes bestritten.
Mir ist die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes durchaus bekannt, wonach der Verfahrensgrundsatz, dass die Verwaltungsbehörde von Amts wegen vorzugehen hat (§ 39 Abs. 2 AVG), die Partei nicht von der Verpflichtung befreit, zur Ermittlung des maßgebenden Sachverhaltes beizutragen und Verzögerungen des Verfahrens hintanzuhalten (VwGH 2.6.1976 Z 664 ff/74, 686/75 ua.).
Bevor ich zu der mir vorgeworfenen Verwaltungsübertretung detailliert Stellung nehmen kann, wäre vorerst die Sachverhaltsdarstellung durch den Meldungsleger zu ergänzen, da in der Anzeige wesentliche Angaben und Tatbestandsmerkmale fehlen.
Insbesondere kann nicht beurteilt werden, ob der Meldungsleger überhaupt solche Wahrnehmungen gemacht hat, welche eine durch mich angeblich begangene Verwaltungsübertretung objektivieren.
Entsprechend dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 26.6.1978, ZI. 695/77 (verstärkter Senat), stelle ich den Antrag den Meldungsleger zu seiner Anzeige und zu den im Schriftsatz aufgeworfenen Fragen und Vorhalten als Zeuge unter Hinweis auf die

Bestimmungen des § 289 StGB und gegebenenfalls unter Erinnerung an seinen Diensteid oder seine Angelobung (§ 50/2 AVG) und unter Beachtung des § 44 Abs. 3 AVG zu vernehmen. Weiters beantrage ich, mir Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 43 Abs. 3 AVG) zu den Antworten des Meldungslegers auf die tieferstehenden Fragen zu geben und mir Akteneinsicht zu gwähren (§ 17 AVG).

Der Meldungsleger wolle zum Sachverhalt eingehend vernommen und ihm insbesondere die nachfolgenden Fragen zur Beantwortung vorgehalten werden. Die Wichtigkeit der Vernehmung des Meldungslegers zum Fragenkomplex wird im Hinblick auf ein größere Aufklärung vom VwGH ausdrücklich in seinem Erkenntnis vom 07.09.1979, 2159/77, ausgesprochen. Mir wird zur Last gelegt, die in der Aufforderung zur Rechtfertigung genannten und bezeichneten Spielgeräte an den dort ebenfalls bezeichneten Orten aufgestellt und betrieben zu haben.

Ich bestreite ausdrücklich,

1. dass ich zum inkriminierten Zeitpunkt eine Tathandlung gesetzt habe,
2. dass die von mir zu verantwortenden Handlungen oder Unterlassungen tatbeständig sind,
3. dass die von der Behörde angezogene Gesetzesnorm anzuwenden ist,
4. dass Entgeltlichkeit vorliegt,
5. dass der Spielverlauf überwiegend oder ganz zufallsabhängig ist,
6. das Spielgerät überhaupt bzw. in einer gegen gesetzliche Normen verstoßende Art und Weise betrieben wurde.

Es sind daher an den Meldungsleger nachfolgende Fragen zu stellen:

1. Wann wurde/n das/die Spielgeräte aufgestellt, allenfalls durch wen, waren sie durchlaufend im Betrieb oder nicht?
2. Wurden die Geräte ganztägig betrieben oder nur während der Öffnungszeiten des Unternehmens; wann sind die Öffnungszeiten, ist Sonn- und Feiertags auch geöffnet?
3. Welche Beobachtung hat der Meldungsleger über die Art des Gerätes gemacht?

   Insbesondere hat der Meldungsleger Feststellungen gemacht aus denen erschlossen werden kann, ob es sich um einen Spielapparat, einen Spielautomaten oder um elektronische Lotterie handelt?
4. Welches bzw. welche Spielprogramme waren zum Tatzeitpunkt installiert?
5. Hat der Meldungsleger Wahrnehmungen gemacht, dass das Spielgerät betriebsbereit war. Bejahendenfalls: Hat der Meldungsleger selbst Wahrnehmungen gemacht, dass das installierte Programm eingeschaltet/aktiviert/funktionstüchtig, etc. war?
6. Hat der Meldungsleger den Programmablauf beobachten können? Wenn ja, möge der Meldungsleger aufgefordert werden den genauen Programmablauf schriftlich dazulegen.
7. Hat der Meldungsleger wahrgenommen, dass jemand am Spielgerät gespielt hat? Bejahendenfalls: Wer, wie lange, wurde die Identität dieser als Zeigen in Frage kommenden Person festgestellt?
8. Hat der Meldungsleger selbst auf einem oder mehreren Spielgeräten gespielt? Wenn ja: Wie lange, mit welchem Programm, mit welchem Geldeinwurf, etc.?
9. Für den Fall, dass das Spielgerät betrieben wurde: Hat der Meldungsleger festgestellt, dass die Beschuldigte selbst die Betriebsbereitschaft des Spielgerätes hergestellt hat?

10. Kann der Meldungsleger ausschließen, dass das nur aufgestellte aber nicht ans Stromnetz angeschlossene Spielgerät durch andere Personen als den Beschuldigten betriebsbereit gemacht wurde?
11. Kann der Meldungsleger angeben, ob das Spielgerät die Entscheidung über Gewinn oder Verlust selbst oder selbsttätig herbeiführt?

Verkennung der Sach- und Rechtslage

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 weiterzugeben. Die Durchführung der Aufträge kann über das Eingabeterminal beobachtet werden.

Am Gerät selbst findet kein Spiel statt, es kann auch kein Einsatz geleistet werden. Ebenso kann auf dem Gerät nicht gespielt werden.

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. Auch der Einsatz wird am bewilligten Gerät gesetzt. D.h. die in Diskussion geratenen Terminals ermöglichen lediglich an einem Spiel an anderer Stelle teilzunehmen. Wenn daher das Abhalten des Spieles im Bewilligungsland nicht strafbar ist, kann auch die Teilnahme an einem nicht strafbaren Spiel nicht strafwürdig sein.

Bei den Terminals handelt es sich nicht um Glücksspielautomaten. Daher ist eine Subsumation unter § 2 GSpG ausgeschlossen. Die Terminals bieten weiters aufgrund des Fehlens eines über das elektronische Medium abgeschlossenen Spielvertrages keine elektronische Lotterie gemäß 12a GSpG an. Darüber hinaus fehlt die für die elektronische Lotterie typische Vernetzung von verschiedenen Glücksspielapparaten.

Bei den Terminals handelt es sich nicht um Glücksspielautomaten. Daher ist eine Subsumation unter § 2 GSpG ausgeschlossen. Die Terminals bieten aufgrund des Fehlens eines über das elektronische Medium abgeschlossenen Spielvertrages auch keine elektronische Lotterie gemäß § 12a GSpG an. Darüber hinaus fehlt die für die elektronischen Lotterien typische Vernetzung von verschiedenen Glücksspielapparaten.

Aus all den oben genannten Gründen kann definitiv keinesfalls die Veranstaltereigenschaft iSd Glücksspielgesetzes vorliegen. Die Kriterien der Ausspielung sind ebenfalls nicht gegeben, hierfür müsste ein Unternehmer die Möglichkeit zur Erlangung des Gegenleistung bzw. die konkrete Spielmöglichkeit entsprechend organisieren, veranstalten, anbieten oder zugänglich machen. All dies wird hier ausdrücklich bestritten und von der einschreitenden Behörde nicht einmal vorgeworfen.

Beweis: Sachverständiger für das Glücksspielwesen, wobei angeregt wird, nur einen solchen Sachverständigen zu bestellen, der den Datenfluss messen und nachvollziehen kann.

Es wird daher - bei Ablehnung des SV - Beweises - der Antrag gestellt, die Behörde wolle dartun, worin sie ein verwaltungsstrafrechtlich relevantes Verhalten sieht.

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 (siehe oben). Der von der Behörde zu erbringende Nachweis, dass die eben angeführten Kriterien vorliegen, fehlt zur Gänze

Antrag auf Beiziehung eines Sachverständigen

Es wird ausgeführt, dass die gegenständlichen Spielgeräte nicht den Strafbestimmungen des von der Behörde zugezogenen Gesetzes unterliegen, da die Ausspielung von Gewinn und Verlust überwiegend ja nahezu ausschließlich von der Geschicklichkeit des Spielers abhängig ist. Beweis: Sachverständiger aus dem Fachgebiet für Automatengruppen: 60,8701 - Automaten aller Art.
Beantragt wird ferner, dass ich bzw. mein Rechtsvertreter zur Befundaufnahme beigezogen wird. Antrag auf Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens gemäß § 21 Abs. 1a VStG § 21 Abs. 1a VStG hat folgenden Wortlaut:
‚Die Behörde kann von der Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens absehen, wenn die Verfolgung aussichtslos erscheint oder der hierfür erforderliche Aufwand in einem Missverhältnis zum Grad und zur Bedeutung der in der Verwaltungsübertretung liegenden Verletzung öffentlicher Interessen steht.‘
Damit kann die Behörde dann von der (weiteren) Durchführung des Strafverfahrens absehen, wenn ein ‚Missverständnis‘ im Sinne dieser Bestimmung vorliegt. Von einem solchen kann allerdings nach Ansicht des VwGH jedenfalls nur dann gesprochen werden, wenn der Unrechtsgehalt gering ist (vgl. dazu zutreffend Thienel, Die Verwaltungsverfahrensnovellen 2001, S. 62) und der im Interesse einer rechtsstaatlichen Verfahrens erforderliche Aufwand für die Einleitung und Durchführung des gegenständlichen Strafverfahrens jenen Aufwand, der üblicherweise mit einem Strafverfahren betreffend Delikte solcher Art verbunden ist, erheblich übersteigt. VwGH 5.9.2002, 2002/02/01/1063
Im Sinne dieser Gesetzesstelle und der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes wird im vorliegenden Fall das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen sein und zwar aus folgenden Gründen:

1.) Verfahrensaufwand:

Im Sinne der Ausführungen dieses Schriftsatzes wird nicht nur in einem aufwendigen Verwaltungsstrafverfahrens der Ermittlungspflicht in genügendem Ausmaß nachzukommen sein, es werden infolge der Bestreitung umfangreiche Feststellungen zu treffen und eine Bescheidbegründung inklusive einer intensiven Begründung der Beweiswürdigung vorzunehmen sein.
Aufgrund der gestellten Beweisanträge und dem Umfang des Verfahrens ist jedenfalls ein augenscheinliches Missverhältnis des Verfahrensaufwandes zum Grad und zur Bedeutung der gegenständlichen Verwaltungsübertretung gegeben.
Vorerst stellt sich die Frage, ob öffentliche Interessen überhaupt verletzt werden konnten. Diesbezüglich ist auszuführen, dass die allfällige Verwaltungsübertretung der Öffentlichkeit so gut wie gar nicht zur Kenntnis gelangt ist und jedenfalls Maßnahmen in generalpräventiver Hinsicht nicht notwendig sind.

2.) Zum Grad des Verschuldens:

Angeführt wird, dass der Grad des Verschuldens gering ist. Dies wird damit begründet, dass die Gesetzeslage nicht eindeutig ist und die Art der Begegnung der Verwaltungsübertretung auf keine gefestigten Täterwillen schließen lässt.
Aus all diesen Gründen wird der Antrag gestellt, gemäß § 21 Abs. 1a VStG von der Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens abzusehen,
Weiters wird der Antrag gestellt, Akteneinsicht zu gewähren und den Akt hierzu an das Polizeikommissariat Innere Stadt Wien, Deutschmeisterplatz 3, 1010 Wien, zu übersenden. Für den Fall, dass die Behörde den Akteninhalt per Fax übermittelt oder Kopien zur Verfügung stellt wird erklärt, dass die entsprechenden Kosten ersetzt werden.‘

Betreffend der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse machten Sie keine Angaben.

Am 03.12.2015 wurde die Finanzpolizei um Abgabe einer Stellungnahme ersucht.

Die Finanzpolizei gab am 14.12.2015 folgende schriftliche Stellungnahme ab:
‚Zur Rechtfertigung von Herrn K A, K, Z 18, wird von der Finanzpolizei, FPT43, als Organ der Abgabenbehörde, Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr gem. § 9a Abs. 3 und 4 AVOG 2010 iVm. § 10b AVOG 2010 - DV, nachfolgende Stellungnahme abgegeben:
Zum Antrag auf Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens gem. § 21 Abs. 1a VStG‘:
Ein ‚21 Abs. 1a VStG‘ gehört nicht (mehr) zum Rechtsbestand. Die diesbezüglichen Ausführungen gehen also ins Leere.
Zu den vom Beschuldigten befürchteten, mit der Verfahrensführung verbundenen Folgen, nämlich
‚1.) Verfahrensaufwand‘: Nachdem die vorliegenden Ausführungen in keinem Punkt das verfahrensgegenständlich angelastete unternehmerisch Zugänglichmachen von verbotenen Ausspielungen berühren, wird weder ‚...in einem aufwendigen Verwaltungsstrafverfahren der Ermittlungspflicht in genügendem Ausmaß nachzukommen sein...‘, noch werden ‚...umfangreiche Feststellungen zu treffen und eine Bescheidbegründung inklusive einer intensiven Begründung der Beweiswürdigung vorzunehmen sein...‘; sondern vielmehr bloß die Verfehlung des Themas zu konstatieren sein.
‚2.) Zum Grad des Verschuldens‘: Der Beschuldigte hat offenkundig übersehen, dass zur Begehung einer Verwaltungsübertretung bloß Fahrlässigkeit genügt. Die desbezüglichen Ausführungen müssen also unbeachtlich bleiben. Zu den beiden abschließend gestellten Anträgen.
Der Antrag auf Verfahrenseinstellung gem. § 21 Abs. 1 a VStG wird mangels Rechtsgrundlage zurückzuweisen sein.
Dem Antrag auf Akteneinsicht wird schon in der Hoffnung stattzugeben sein, dass der Rechtsvertreter den Beschuldigten auf die Aussichtslosigkeit weiteren Einschreitens hinweisen wird.
Aufgrund der vorstehenden Ausführungen wird beantragt, dass Verwaltungsstrafverfahren gemäß dem eingebrachten Strafantrag durchzuführen.‘

Beweiswürdigung:
Der festgestellte Sachverhalt stützt sich auf die im Strafantrag der Finanzpolizei Team 43 übermittelten Erhebungsergebnisse der Kontrolle am 12.08.2015, an deren inhaltlicher Richtigkeit und Vollständigkeit seitens der Behörde kein Zweifel besteht.
[...]
Die angebotenen Spiele, sohin auch die angezeigten virtuellen Walzenspiele, waren deshalb Glücksspiele iSd § 1 Abs 1 GSpG, weil die Spieler in keiner Weise gezielt Einfluss auf das Zustandekommen einer gewinnbringenden Symbolkombination nehmen konnten, die Entscheidung über den Spielerfolg also jeweils ausschließlich vom Zufall abhing. Die Spieler konnten lediglich ein Spiel auswählen, einen Einsatz, bzw. Gewinnplan wählen und das Spiel durch Tastenbetätigung auslösen und das Ergebnis abwarten.
Die Spiele waren somit Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG.
[...]
Im Fall der virtuellen Walzenspiele konnten die Spiele nur nach Eingabe von Geld ausgewählt und zur Durchführung aufgerufen werden. Für jedes Spiel wurde ein

bestimmter Mindesteinsatz bedungen, der durch entsprechende Tastenbetätigung gesteigert werden konnten. In den zum jeweiligen Spiel gehörenden Gewinnplan wurden in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen unterschiedlich hohe Gewinne in Aussicht gestellt. Sämtliche Gewinne wurden mit jeder Einsatzsteigerung erhöht. Mit dem Betätigen der Start-Taste wurde, nach Abzug des vorgewählten Einsatzbetrages, das Spiel ausgelöst. Nach kurzem Walzenumlauf, bei dem die dargestellten Symbole in ihrer Lage so verändert wurden, dass der optische Eindruck von dargestellten Symbole in ihrer Lage so verändert wurden, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand, stand die zufallsbedingt erfolgte Entscheidung über den Spielerfolg fest. War eine Symbolkombination eingetreten, welche einer der Angaben im Gewinnplan entsprach, dann war ein Gewinn erzielt worden, der am Bildschirm auch optisch und akustisch besonders hervorgehoben wurde, andernfalls war der Einsatz verloren.
Die Glücksspiele wurden also in Form von Ausspielungen iSd § 2 Abs. 1 GSpG durchgeführt.
[...]
Da sämtliche verfahrensgegenständlichen Geräte im Eigentum der Fa. P GmbH stehen, geht die Behörde davon aus, dass die Zurverfügungstellung dieser Geräte entgeltlich erfolgt und zwar mit dem Ziel, fortgesetzt Einnahmen zu erzielen. Die Firma hat somit selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt. Die Firma ‚P GmbH' ist deshalb als Unternehmer im Sinn des § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.
[...]
Die Firma ‚P GmbH' hat sich somit als Unternehmer iSd. § 2 Abs 2 GSpG an der Durchführung von Glücksspielen in Form von Ausspielungen iSd § 2 Abs 1 GSpG beteiligt. Für diese Ausspielungen waren nachweislich weder eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG erteilt worden, noch waren diese Ausspielungen nach § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen. An diesen Ausspielungen konnte vom Inland aus teilgenommen werden.
Die Ausspielungen wurden also in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG durchgeführt, was Sie als das zur Vertretung nach Außen berufene Organ der Firma ‚P GmbH' zu verantworten haben.
[...]
Auf Grund der ausführlichen und umfassenden Dokumentation der gegenständlichen Glücksspiele in Form verbotener Ausspielungen durch die Organe des Finanzamtes als Organe der öffentlichen Aufsicht iSd § 50 Abs. 2 GSpG waren für die Behörde zweifelsfrei als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizierende Spiele gegeben, welche von einem Unternehmer iSd § 2 Abs. 2 GSpG veranstaltet wurden.

Ferner stand für die Behörde zweifelsfrei fest, dass für die Durchführung dieser Glücksspiele bestimmte Spieleinsätze bedungen wurden und dafür unterschiedlich hohe vermögenswerte Gewinne in Aussicht gestellt wurden.
Ein Nachweis dafür, dass Spieleinsätze von mehr als € 10.- tatsächlich von einem Spieler geleistet wurden, konnte nicht erbracht werden. Da gemäß § 52 Abs. 3 GSpG nur nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu strafen ist, wenn eine Tat sowohl den Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch den Tatbestand des § 168 verwirklicht, ist es unerheblich ob tatsächlich Spieleinsätze von mehr als € 10.- geleistet wurden.
Die angezeigten Glücksspiele unterfallen somit jedenfalls den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes.

Eine Rechtsgrundlage für die vorliegenden Ausspielungen wurde der Behörde nicht nachgewiesen.
Für die Behörde stand somit zweifelsfrei fest, dass die angezeigten Ausspielungen in Form verbotener Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, veranstaltet wurden. Aufgrund der festgestellten Betriebsdauer der festgestellten Glücksspielgeräte, welche die Durchführung der Ausspielungen ermöglichten, wurde mit diesen verbotenen Ausspielungen fortgesetzt gegen § 52 Abs 1 Z 1 GSpG, viertes Tatbild, verstoßen. Es lag sohin ein unzulässiger Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes vor.

Im Ermittlungsverfahren wurden Sie als Verantwortliche für die unternehmerische Beteiligung an Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen festgestellt.
[...]
Auf Grund der Tätigkeit als Unternehmerin der Unterhaltungsbranche gehört es zu ihren grundlegenden Aufgaben, sich über die Zulässigkeit der Ausübung von Glücksspielaktivitäten zu informieren. Diese Überwachungsaufgabe oblag ihnen als vertretungsbefugtes Organ und zwar ihnen auf Grund der öffentlich zugänglichen Informationen (z.B. www.bmf.gv.at, RIS etc.) auch zumutbar.
Die Beteiligung an der verbotenen Ausspielung erfolgte daher zumindest fahrlässig.

Zur Strafbemessung ist auszuführen:
[...]
Das Ausmaß des Verschuldens kann im Hinblick auf die mehrfach wegen der gleichen Verwaltungsübertretung eingeleiteten Verfahren und in Anbetracht der offensichtlichen Außerachtlassung der im gegenständlichen Fall objektiv gebotenen und dem Beschuldigten zuzumutenden Sorgfalt nicht als geringfügig bezeichnet werden. Einschlägige Verwaltungsvorstrafen scheinen nicht auf. Angesichts der bisherigen Darlegungen war sohin die Geldstrafe auf die im Spruch ersichtliche Höhe zu bemessen.
[...]
Die Strafhöhe erscheint unter Zugrundelegung der im konkreten Fall zu berücksichtigen gewesenen Spezial- und Generalprävention und im Hinblick auf den im Tatzeitraum erzielten wirtschaftlichen Erfolg als geboten. Aus den angeführten Gründen erscheint unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen monatlichen Einkommens in Höhe von Euro 2.000 das verfügte Strafausmaß durchaus als angemessen und nicht als überhöht.
Eine weitere Strafherabsetzung kam unter Bedachtnahme auf die vorangeführten Strafbemessungsgründe, die generalpräventive Funktion einer Verwaltungsstrafe und den Strafrahmen bzw. Strafsatz nicht in Betracht.
Die Kostenvorschreibung ist gesetzlich zwingend und stützt sich auf § 64 Abs. 2 VStG.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden. [Hervorhebungen nicht übernommen]“

I.2. Mit Schriftsatz vom 15. April 2016 erhob der Bf rechtsfreundlich vertreten rechtzeitig dagegen Beschwerde und beantragte, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, in eventu eine Ermahnung auszusprechen, in eventu die verhängte Strafe herabzusetzen, jedenfalls eine mündliche Verhandlung anzuberaumen. Begründend wird im Rechtsmittel auf das Wesentliche zusammengefasst vorgebracht, dass

Begründungsmängel vorlägen und die belangte Behörde ergänzende Ermittlungen durchführen hätte müssen. Zudem hätte die Behörde Verfahrensfehler begangen und wäre unzuständig gewesen. Auch hätte eine unrichtige rechtliche Beurteilung stattgefunden, ferner lägen mangelnde Schuld und eine zu hohe Strafbemessung vor.

I.3. Mit Schreiben vom 21. April 2016 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

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 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, 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.

Ergänzend erstattete der Bf mit Schriftsatz vom 5. Dezember 2016 ein umfassendes Vorbringen zum Unionsrecht und legte diesem eine Vielzahl von Unterlagen bei.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation, eine den Parteien zur Kenntnis gebrachten Stellungnahme des BMF samt Glücksspielbericht 2010-2013 und Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“, die Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ samt Begleitschreiben des BMF und durch Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. Dezember 2016 sowie Einsichtnahme in das Firmenbuch (Online-Auskunft). Ferner hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aus Anlass des Vorbringens des rechtsfreundlichen Vertreters des Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung in den auf der Homepage des Bundesministeriums für Finanzen veröffentlichten

Bericht „Budgetvollzug Monatserfolg 2016“ unter dem Link www.bmf.gv.at/budget/das-budget/Monatserfolg_Oktober_2016.pdf?5ozyhh Einsicht genommen.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von folgendem entscheidungsrelevanten S a c h v e r h a l t aus:

Anlässlich einer von den Organen des Finanzamts am 12. August 2015 im Lokal „J“ in K, H.str. 14, durchgeführten Kontrolle wurden die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses genannten Geräte betriebsbereit vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und nach Durchführung zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen.

Die Geräte waren jedenfalls vom 4. Juni 2015 bis zum Tag der Beschlagnahme im verfahrensgegenständlichen Lokal in einem öffentlich zugänglichen Bereich eingeschaltet aufgestellt und wurden zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben.
Im Lokal wurden Einsätze an den Geräten geleistet und Gewinne ausbezahlt. Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der P GmbH, einer österreichischen GmbH mit Sitz in W, die Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Geräte ist und diese dem Lokalbetreiber überlassen hat.
Weder der Bf noch die Eigentümerin der Geräte noch der Lokalbetreiber waren im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für diese Geräte und diesen Standort. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt bzw. folgende Spiele beobachtet:

FA-Nr	*Spiel*	*mögliche Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
1	Ring of Fire XL	0,20 – 4,50 Euro	20 Euro + bis zu 898 SG
2 + 3	Ring of Fire XL	0,20 – 5 Euro	20 Euro + bis zu 898 SG

Der Spielablauf dieser virtuellen Walzenspiele stellt sich aufgrund der Erhebungen der Finanzpolizei und der bisher gewonnenen Erfahrungen mit gleichartigen Geräten und Spielen 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.

Ein Walzenumlauf dauerte etwa eine Sekunde. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Walzenspiele zu nehmen.

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 19.915 und 35.827 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 die 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 kaum verändert (2009: 42%). Das klassische Lotto „x“ ist das beliebteste Glücksspiel in Österreich. Jeder dritte Österreicher hat dieses Spiel im Jahr 2015 mindestens einmal in den letzten 12 Monaten gespielt (ca. 33%), der prozentuale Anteil für die 30-Tages-Prävalenz beträgt ca. 20%. Seit 2009 haben sich diese Werte so gut wie nicht geändert (jeweils nur um ca. ± 1 Prozentpunkt). Dagegen ist für diesen Zeitraum eine deutliche Zunahme bei der europäischen Lotterie, den Euromillionen, zu konstatieren: Der Prozentwert für die monatliche Teilnahme hat sich von etwa 4% auf etwa 8% verdoppelt. Auch beim Joker gibt es seit 2009 einen prozentualen Anstieg. Inzwischen spielt jede siebte Person mindestens einmal im Jahr dieses Glücksspiel (ca. 14%). Damit ist es das zweitverbreitete Glücksspiel in Österreich. Bei den Rubbellosen – die auf dem vierten Platz liegen – sind nur geringe Veränderungen zwischen 2009 und 2015 vorhanden. Alle anderen Glücksspiele besitzen bezogen auf die Spielteilnahme in der Gesamtbevölkerung eine nachgeordnete Bedeutung: Das gilt für die Sportwetten genauso wie für die klassischen Kasinospiele, bei denen 2015 jeweils etwa 4% in den letzten 12 Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Kasinos und in Spielhallen werden von noch weniger Personen gespielt. In den letzten 12 Monaten haben am Automatenglücksspiel in Spielbanken ca. 0,5% teilgenommen, im Jahr 2009 waren dies ca. 0,6% bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz. Bezüglich der Teilnahme am Automatenglücksspiel außerhalb von Spielbanken (Spielhallen, Einzelaufstellungen, illegale

Glücksspielautomaten) ist der Wert bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz von ca. 1,2% im Jahr 2009 auf ca. 1% im Jahr 2015 zurückgegangen.

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

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

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

politischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667 und 2014 (bis 3. Quartal) 310 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480, 2013 1299 und 2014 (bis 3. Quartal) 625 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden.

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2013 in Summe 6.920 Wirtschaftsauskünfte beim K, darunter 4.908 über österreichische Spielbankbesucher und 2.012 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 3.600 online-„Sofort-Checks“. 621.195 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2013 den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Bei 48.284 davon bestand die begründete Annahme im Sinne des § 25 Abs. 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.359 Informationsgesprächen sowie 741 Beratungen bzw. Befragungen führte. Zum 31.12.2013 bestanden in österreichischen Spielbanken bei 22.435 Spielbankbesuchern aufrechte, gültige Einschränkungen der Besuchsmöglichkeiten und 4.381 aktive Selbstsperren. In den VLT-Outlets wurden im Jahr 2013 aus begründetem Anlass 11.330 zur Alterskontrolle anhand eines Lichtbildausweises aufgefordert, wovon in 1.350 Fällen der Zutritt verwehrt wurde. Insgesamt wurden 343 protokollierte Spielerschutz-Informations-gespräche geführt.

Beim BMF wurde mit 1.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskon-zessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen

Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.

Ferner ist durch die GSpG-Novellen 2008/2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die B GmbH (B) elektronisch festgelegt worden. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der B können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der B am Bildschirm.

Der aus dem Glücksspielgesetz resultierende Abgabenerfolg des Bundes ist für den Zeitraum Jänner bis Oktober 2016 um 50 Millionen bzw 12,2% höher als für den Vergleichszeitraum Jänner bis Oktober 2016. Diese Steigerung beruht auf Zahlungen für Vorschreibungen für Vorjahre, da insbesondere das Online-Glücksspiel vermehrt in Prüfung genommen wurde.

II. Der festgestellte Sachverhalt gründet auf folgender Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere dem schlüssigen und nachvollziehbaren Aktenvermerk samt Anzeige der Finanzpolizei, der Dokumentation der Probespiele, den Aussagen von Frau O C, einer Mitarbeiterin des Lokalbetreibers, in der Niederschrift vom 12. August 2015. Sie gründen zudem auf den Ausführungen des rechtsfreundlichen Vertreters des Bf in der mündlichen Verhandlung, der den im bekämpften Straferkenntnis festgestellten Sachverhalt ausdrücklich nicht bestritt. Auf den Fotos lassen sich die Einsätze und möglichen Gewinne erkennen.

Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass die Aufstellung von Geräten, an denen gegen In-Aussicht-Stellen von Gewinnen Einsätze geleistet werden können, in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals letztlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesen Geräten zu erzielen. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die

Aufstellung und Betriebsbereithaltung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären. Weiters sind im Verfahren auch keine Umstände hervorgekommen, dass die Geräte von der Eigentümerin nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wären.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich aus den Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle und der Niederschrift mit dem Lokalangestellten, an denen kein Grund zum Zweifeln besteht.

Dass der Bf bzw die Eigentümerin der Geräte oder der Lokalbetreiber im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit den verfahrensgegenständlichen Geräten gewesen oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet. Ebenso ist eine solche der Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/ steuern/gluecksspiel-spielerschutz/in-oesterreich/gspg-konzessionaere.html nicht entnehmbar.
Dass die verfahrensgegenständlichen Geräte zumindest seit 4. Juni 2015 betriebsbereit im verfahrensgegenständlichen Lokal aufgestellt waren, ergibt sich aus der Niederschrift zur gegenständlichen Kontrolle.

Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. K und Prof. Dr. W vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt, es sind aus Sicht des erkennenden Gerichts im Verfahren keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Studie hervorgekommen. Die Feststellungen zu den Tätigkeiten des BMF, der Finanzpolizei und der Konzessionäre sowie die Feststellungen zur Anbindung an das B gründen vor allem auf den Angaben des BMF im Glücksspielbericht 2010-2013 und im Evaluierungsbericht des BMF zu den Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014. Aus Sicht des erkennenden Gerichts bestehen hinsichtlich der diesbezüglichen Ausführungen in den Berichten keine Bedenken gegen die Richtigkeit, zumal auch davon auszugehen ist, dass das BMF über den Inhalt und Umfang der Tätigkeiten der Behörden Kenntnis hat und aufgrund der Funktion als Aufsichtsbehörde auch über bestimmte Tätigkeiten der Konzessionäre informiert ist. Gründe dafür, dass vom BMF diesbezüglich auf Tatsachenebene falsche Auskünfte gegeben worden wären, sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

Dass der aus dem Glücksspielgesetz resultierende Abgabenerfolg des Bundes für den Zeitraum Jänner bis Oktober 2016 um 50 Millionen bzw 12,2% höher ist als für den Vergleichszeitraum Jänner bis Oktober 2016, ergibt sich aus dem Vorbringen des rechtsfreundlichen Vertreters des Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung und dem auf der Homepage des Bundesministeriums für Finanzen veröffentlichten Bericht „Budgetvollzug Monatserfolg 2016“. Aus diesem Bericht ergeben sich ferner die Feststellungen, dass diese Steigerung der aus dem Glücksspielgesetz resultierenden Abgabeneinnahmen des Bundes auf Zahlungen für Vorschreibungen für Vorjahre beruhen, da insbesondere das Online-Glücksspiel vermehrt in Prüfung genommen wurde.

III. Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz – GSpG 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. Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs. 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmereigenschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

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.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

IV.1. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit sämtlichen verfahrensgegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt.
Aufgrund des festgestellten Spielablaufes der an diesen Geräten verfügbaren virtuellen Walzenspiele ist es auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl etwa VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201) als erwiesen anzusehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die festgestellten Spiele somit als Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind.
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 weder der Bf noch die Eigentümerin der Geräte, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Bf ist, von diesem auch nicht ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs 4 GSpG verboten waren.

Die Geräte waren jedenfalls vom 4. Juni 2015 bis zum 12. August 2015 im Lokal „J“ in K, H.str. 14, des österreichischen Einzelunternehmers C B, eines österreichischen Staatsbürgers, betriebsbereit aufgestellt. Die Spieler haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt an den gegenständlichen Geräten erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf

technischem Weg an diese Geräte übermittelt und dort nur angezeigt wurde (vgl VwGH v. 29.4.2014, Ra 2014/17/0002).

Die P GmbH, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Bf ist, hat sich als Unternehmerin an diesen verbotenen Ausspielungen beteiligt, indem sie jene Geräte zur Verfügung gestellt hat, die im vorgeworfenen Tatzeitraum im verfahrensgegenständlichen Lokal zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung aus der Durchführung von Glücksspielen betrieben wurden. Der Bf ist somit als handelsrechtlicher Geschäftsführer dafür gemäß § 9 Abs 1 VStG verantwortlich, dass die P GmbH den objektiven Tatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG im vorgeworfenen Tatzeitraum erfüllt hat, indem sie sich an verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt hat.

IV.2.1. 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. Auch wurde die Tatbegehung zeitlich nach Inkrafttreten des § 52 Abs 3 GSpG vorgeworfen.
Die belangte Behörde war daher zur Erlassung des bekämpften Straferkenntnisses zuständig.

Darüber hinaus hat der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, E 1139-1140/2014, ausgeführt, „*dass § 1 Abs. 2 VStG den Anforderungen des Art. 7 EMRK entsprechend einen umfassenden Günstigkeitsvergleich mehrerer in Betracht kommender Rechtslagen ermöglicht. (...) Für den Verfassungsgerichtshof besteht (...) kein Zweifel, dass die Anwendung der Verwaltungsstrafbestimmung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, welche im Gegensatz zur gerichtlichen Strafnorm des § 168 StGB keine Primärfreiheitsstrafe vorsieht, für den Beschwerdeführer in seiner Gesamt-auswirkung günstiger ist.*“ Ob aufgrund des Umfanges der möglichen Spiele, des möglichen Spieleinsatzes oder aus anderen Gründen eventuell auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht wurde, braucht daher nicht weiter beurteilt zu werden, weil auch in diesem Fall iSd zitierten Judikatur gemäß § 52 Abs. 3 GSpG jedenfalls die verwaltungsbehördliche Strafbarkeit vorgeht. Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, G 203/2014-16 ua, ferner festgestellt, dass die Regelungen des GSpG zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind.

IV.2.2. Dem Vorbringen des rechtsfreundlichen Vertreters des Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung, es liege im Sinne der Rechtssache Karelin (EGMR vom 20.9.2016, 926/08) auf Grund der beigeschafften Unterlagen zu den

Auswirkungen des Glücksspiels eine Befangenheit des erkennenden Gerichts vor, kann nicht gefolgt werden. So hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgestellt, dass im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 38 VwGVG iVm § 25 VStG der Amtswegigkeitsgrundsatz und der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit gelten. Betreffend die Ermittlung des Sachverhalts bedeutet dies, dass die Verwaltungsgerichte verpflichtet sind, von Amts wegen die entscheidungserheblichen Tatsachen zu erforschen und deren Wahrheit festzustellen. Umso mehr muss dies für die Frage der Unanwendbarkeit eines Gesetzes wegen Unionsrechtswidrigkeit gelten, da – wie der Oberste Gerichtshof sogar zum Zivilverfahren vertritt (vgl OGH 20.1.2015, 4Ob200/14m) – die Geltung oder Anwendbarkeit eines Gesetzes letztlich nicht von Behauptungen oder Beweisanboten einer Partei abhängen kann, sodass dann, wenn (wie im vorliegenden Fall aufgrund des Vorbringens der Beschwerde führenden Partei) konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an der Unionsrechtskonformität des Glücksspielrechts bestehen, auch Verwaltungsgerichte von Amts wegen entsprechende Beweise aufnehmen und Feststellungen treffen müssen (vgl. VwGH 6.9.2016, Ra 2015/09/0133).

Bezüglich eines möglichen Verstoßes gegen Artikel 6 EMRK wegen des Fernbleibens der belangten Behörde von der mündlichen Verhandlung ist festzuhalten, dass in dem Urteil des EGMR zur Rechtssache Karelin vom 20.09.2016, 926/08, unter anderem auch auf das früher ergangene Urteil des EGMR vom 4. Juli 2002, 38544/97, Weh und Weh gegen Österreich, verwiesen wird. Demnach erfüllt das österreichische System die Garantien des Artikel 6 EMRK, weshalb für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich das Vorbringen der beschwerdeführenden Partei nicht nachvollzogen werden kann.

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

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

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 Glücksspiel-*

gesetzes 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.

IV.3.2. Hinzu kommt, dass der durch das österreichische GSpG geschaffene gesetzliche Rahmen nach Ansicht des erkennenden Landesverwaltungsgerichtes nicht unionsrechtswidrig ist, was auch im Einklang mit der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung steht (vgl jüngst VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist zwar entsprechend den Vorgaben des EuGH nicht nur der normative Rahmen von Bedeutung, sondern es ist die unionsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopol auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig, sodass zu prüfen wäre, ob die Regelungen des Glücksspielgesetzes in ihrer Gesamtheit dazu führen, dass die vom GSpG bezweckten Wirkungen (etwa Verringerung der Gelegenheit zum Spiel und Bekämpfung der damit verbundenen Kriminalität) erzielt werden (so etwa VwGH Ro 24.04.2015, 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w). Wenn aber die gesetzlichen Bestimmungen als solche selbst grundsätzlich mit dem Unionsrecht vereinbar sind, so wären allfällige tatsächlich fehlende Wirkungen dieser Regelungen, die allenfalls zur Unionsrechtswidrigkeit führen könnten, auf die Vollziehung der gesetzlichen Bestimmungen (zB mangelnde Aufsicht) oder das sonstige Agieren des Staates (zB inkohärente Spielerschutzpolitik) zurückzuführen. Eine allfällige dem Anliegen des Spielerschutzes nicht gerecht werdende Beschränkung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten wäre dann aber nicht Folge der gesetzlichen Bestimmungen als solchen (vgl OGH 17.02.2015, 4 Ob 229/14a), sondern es würde dies durch das sonstige Agieren des Staates, insbesondere bei Vollziehung der Regelungen des GSpG, verursacht. In einem solchen Fall wäre aber die Konsequenz wohl nicht die Aufhebung des an sich unionsrechtskonformen Gesetzes durch den VfGH wegen Inländerdiskriminierung, vielmehr wäre es Aufgabe der Vollziehung einen dem Gesetz (unter Beachtung der sich aus dem Unionsrecht ergebenden Vorgaben) entsprechenden Zustand herzustellen. In diesem Sinne wird auch sonst vertreten, dass Gesetze verfassungskonform auszulegen und zu vollziehen sind und es führt eine nicht verfassungskonforme Auslegung durch die Behörden nicht zur Aufhebung des Gesetzes (vgl etwa VfGH 11.12.2012, V8/12 ua). Eine allfällige durch das faktische Agieren des Staates geschaffene Inländerdiskriminierung verhilft der 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. Der Bf erwächst durch eine allfällige zur Unionsrechtswidrigkeit führende Verwaltungspraxis bzw staatliches Agieren kein Rechtsanspruch darauf, dass sein dem GSpG widersprechendes Verhalten nicht geahndet wird, denn dieses Ergebnis wäre ein Anspruch auf die Nichtanwendung des Gesetzes trotz gegebener Tatbestandsmäßigkeit (vgl etwa VfGH 30.09.1991, B 1361/90). Dass keine Inländerdiskriminierung vorliegt, hat der Verfassungsgerichtshof im Übrigen jüngst festgehalten (vgl VfGH 15.10.2016, E945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

IV.3.3. Im Übrigen ist zur behaupteten Unionsrechtwidrigkeit noch Folgendes festzuhalten:

IV.3.3.1. Gemäß Art 52 iVm 62 AEUV können mitgliedstaatliche Eingriffe in die Freiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Auch Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH (vgl. etwa Rechtssache *Pfleger* ua, C-390/12 mwN) durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben der vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen Rechnung zu tragen. Sowohl Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit als auch Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinn zu gewährleisten, dass sie kohärent, systematisch und verhältnismäßig sind (vgl. EuGH Rechtssache *Gambelli*, C-243/01; siehe weiters EuGH Rechtssache *Dickinger und Ömer*, C-347/09; EuGH Rechtssache *Pfleger*, C-390/12; VwGH 29.05.2015, Ro 2014/17/0049; VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121).

IV.3.3.2. Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, und es sind (Stand 2015) zwischen ca. 27.600 bis ca. 46.000 Personen spielsüchtig. Die Spielsucht stellt daher in Österreich ein relevantes Problem dar. Durch das im GSpG geregelte Glücksspielmonopol sollen unter anderem die Gelegenheiten zum Spiel vermindert, die Ausnutzung der Spielleidenschaft begrenzt und der Spielerschutz gewährleistet werden (vgl. in diesem Zusammenhang etwa die §§ 5, 14, 16, 19, 21, 22, 25, 26, 31 und 56; so ausdrücklich auch die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Novelle BGBl I Nr 73/2010; in diesem Sinne auch bereits die Rsp der österreichischen Höchstgerichte siehe etwa VfGH 06.12.2012, B1337/11 ua; VfGH 12.3.2015, G 205/2014-15 ua; VwGH 7.03.2013, 2011/17/0304, VwGH 4.11.2009, 2009/17/0147; OGH 20.3.2013, 6 Ob 118/12i; 17.02.2015, 4 Ob 229/14a: Aus den gesetzlichen Bestimmungen als solchen sei nicht abzuleiten, dass die Ausgestaltung des Glücksspielrechts nicht dem Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung diente). Diese Zielsetzungen vermögen daher eine Beschränkung der Glücksspieltätigkeiten im Sinne der Rsp des EuGH zu

rechtfertigen. Auch der Verfassungsgerichtshof hielt jüngst fest, dass der österreichische Rechtsrahmen im Hinblick auf die Regulierung des Glücksspielsektors den in der Rechtsprechung des EuGH festgelegten Anforderungen entspricht (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 Pfleger, C-390/12 RZ 41).

IV.3.3.3. Es ist daher zu prüfen, ob die im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit in ihren Wirkungen tatsächlich geeignet sind, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Hinsichtlich der Eignung der im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit zur Erreichung der genannten Ziele in kohärenter und systematischer Weise ist nicht nur zu prüfen, welche gesetzlichen Vorgaben geregelt sind, sondern auch wie diese umgesetzt werden.

IV.3.4.1. Das GSpG regelt einerseits die Anforderungen an die Erteilung einer Konzession oder Bewilligung zur Durchführung von Ausspielungen sowie deren Einhaltungsvoraussetzungen, andererseits stellt es Ausspielungen, die ohne Konzession oder Bewilligung durchgeführt werden, unter Strafe und ordnet dazu konkrete Verfolgungsmaßnahmen an. Somit geht aus dem GSpG klar hervor, dass nur jene Glücksspielbetreiber legal Glücksspiele in Form von Ausspielungen anbieten können, die einerseits Inhaber einer Konzession oder Bewilligung sind und andererseits die damit verbundenen Anforderungen fortlaufend erfüllen. Es liegt auf der Hand, dass eine beschränkte Zahl von Konzessionären effektiver zu überwachen ist als eine unbeschränkte Anzahl an Anbietern (vgl auch VfGH 6.12.2012, B 1337/11) und somit das im GSpG normierte Konzessions- und Bewilligungssystem dem Spielerschutz dienlich ist.

IV.3.4.2. Durch die zur Vollziehung berufenen Behörden erfolgt auch einerseits die Kontrolle der Einhaltung der Anforderungen an die Konzessionäre und andererseits die tatsächliche Verfolgung und Ahndung von illegalem Glücksspiel.

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des

legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667 und 2014 (bis 3. Quartal) 310 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480, 2013 1299 und 2014 (bis 3. Quartal) 625 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden. Bereits aufgrund dieser vorläufigen Beschlagnahmen wurden aber grundsätzlich weitere Glücksspiele mit betroffenen Glücksspielgeräten (zumindest für die Dauer der Aufrechterhaltung der Beschlagnahme) verhindert und insoweit die Zugänglichkeit zu Ausspielungen beschränkt.
Beim BMF wurde mit 1.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.
Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich ferner, dass durch die GSpG-Novellen 2008/2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die B GmbH (B) elektronisch festgelegt worden ist. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der B können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der B am Bildschirm.

Schon die oben angeführten Umstände, insbesondere der Kontrollen der Konzessionäre, der Maßnahmen zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels, der Festlegung der Anbindung der Glücksspielautomaten und VLT der

konzessionierten Unternehmen an die B GmbH, aber auch der Einrichtung der Spielerschutzstelle, zeigen nach Ansicht des Oö. Landesverwaltungsgerichtes, dass die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in kohärenter und systematischer Weise erfolgt.

IV.3.5. Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist die unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (so etwa jüngst VwGH Ro 24.04.2015, 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w, VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

IV.3.5.1. Als Folge der gesetzlichen und behördlichen Vorgaben werden durch die konzessionierten Betreiber Maßnahmen zum Spielerschutz tatsächlich umgesetzt. So ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt etwa, dass im Bereich der Spielbanken gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2013 in Summe nahezu 7.000 Wirtschaftsauskünfte beim K eingeholt wurden und ferner bei Auskunfteien online-„Sofort-Checks“ erfolgten. Auch wurden im Jahr 2013 über 621.000 Spielbankbesucher den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich zudem, dass zum 31.12.2013 in österreichischen Spielbanken bei 22.435 Spielbankbesuchern aufrechte, gültige Einschränkungen der Besuchsmöglichkeiten und 4.381 aktive Selbstsperren bestanden. In den VLT-Outlets wurde bei begründetem Anlass in über 11.000 Fällen zur Alterskontrolle anhand eines Lichtbildausweises aufgefordert, wovon in mehr als 1.300 Fällen der Zutritt verwehrt wurde.

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

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt, insbesondere der oben dargestellten tatsächlich durchgeführten Spielerschutzmaßnahmen durch die konzessionierten Betreiber und dem dargestellten Spielverhalten in Österreich (bezogen auf den Vergleichszeitraum 2009 bis 2015), erachtet das erkennende Landesverwaltungsgericht auch hinsichtlich der tatsächlichen Wirkungen der

Regelungen des GspG eine unionsrechtlichen Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit als gegeben.

IV.3.5.2. Zum Vorbingen betreffend die Werbetätigkeit ist folgendes auszuführen: Aus der Rsp des EuGH ergibt sich, dass Werbung für Glücksspiel nicht generell dem Unionsrecht widerspricht, aber die Werbetätigkeit maßvoll und eng darauf begrenzt werden muss, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken (vgl dazu etwa Rechtssachen *Dickinger/Ömer*, C-347/09; *Placanica*, C-338/04*; HIT hoteli u.a.,* C-176/11). Gemäß § 56 Abs. 1 GSpG haben die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber bei ihren Werbeauftritten einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren, wobei die Einhaltung im Aufsichtswege überwacht wird. Bei Beurteilung der Werbetätigkeit kommt es nicht auf eine einzelne Werbung an, sondern es ist vielmehr die Gesamtheit der Werbemaßnahmen der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber heranzuziehen (vgl. auch OGH 27.11.2013, 2 Ob 243/12t).

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

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

Das Vorbringen des rechtsfreundlichen Vertreters in der öffentlichen mündlichen Verhandlung, dass durch die „emsige Werbung“ der C A der vom Gesetzgeber beabsichtigte Hauptzweck der Steigerung des Glücksspielertrags nun eingetreten sei, da dieser im Vergleich zum Jahr 2015 um 12% bzw 50 Millionen Euro gestiegen sei, geht angesichts des auf der Homepage des Bundesministeriums für Finanzen veröffentlichten Berichts „Budgetvollzug Monatserfolg 2016“ ins Leere, zumal diesem unmissverständlich zu entnehmen ist, dass diese Abgabensteigerung auf Zahlungen für Vorschreibungen für Vorjahre beruht, da insbesondere das Online-Glücksspiel vermehrt in Prüfung genommen wurde. Damit steht fest, dass es gerade nicht seit 2015 zu einer Erhöhung gekommen ist, zumal die Abgabensteigerung auf Zahlungen für Vorschreibungen der Vorjahre beruht. Die eingeholten Studien, die sich auf den Zeitraum 2009 bis 2015 beziehen, sind somit nicht – wie vorgebracht – überholt, weshalb der diesbezügliche Beweisantrag, dazu einen Mitarbeiter des Finanzministeriums zu befragen, abzuweisen war.

IV.3.6. Zusammenfassend ergibt sich daher für das erkennende Landesverwaltungsgericht, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände eine Unionsrechtswidrigkeit durch die österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten nicht vorliegt (vgl jüngst VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022 sowie VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). 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.

IV.3.7. Zu den offenen Beweisanträgen betreffend die Frage der Unionsrechtskonformität ist Folgendes auszuführen:

Der Bf hat die Einvernahme mehrerer Zeugen zum Beweis des Anstiegs der Anzahl an Spielsüchtigen und der Ineffektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz insbesondere innerhalb der Jahre 2010 bis 2015 beantragt. 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 abzuweisen.

Soweit Zeugeneinvernahmen zum Beweis dafür beantragt wurden, dass die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz ineffektiv seien, ist auszuführen, dass die Zeugen lediglich ihre persönliche Meinung (ob eine „Ineffektivität“ vorliegt) darstellen könnten, die allenfalls auf Umständen gründet, die sich in ihrem unmittelbaren Umfeld abspielen. Hingegen sind der genannten Studie auch Auswirkungen der gesetzlichen Vorgaben und behördlichen Maßnahmen zu entnehmen. Persönliche Meinungen von Einzelpersonen sind daher für die vom Oö. Landesverwaltungsgericht vorzunehmende rechtliche Beurteilung, ob angesichts bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen als (im rechtlichen Sinne ausreichend) effektiv angesehen werden können oder nicht, nicht von Relevanz. Auch die Beweisanträge zur Effektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz waren daher abzuweisen.

IV.4. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer der P GmbH im vorgeworfenen Zeitraum dafür verantwortlich war, dass diese GmbH sich an verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt hat. Der Tatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG ist somit in objektiver Hinsicht erfüllt.

IV.4.1. Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da § 52 GSpG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten.

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

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

IV.4.2. Der Bf hat keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen.

Der Bf beruft sich jedoch auf einen Verbotsirrtum.

Entschuldigend wirken dabei nach stRspr nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rsp zum Tatzeitpunkt (VwGH 22. 3. 1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbst erteilte Auskünfte über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) bzw. eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung“ (VwGH 22. 3. 1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Entschuldigend wirkt hiebei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 4. 10. 2012, 2012/09/0134, 18. 9. 2008, 2008/09/0187), einer anderer fachkompetenter Institutionen, zB der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (zB VwGH 16. 11. 1993, 93/07/0022, 0023), der Gebietskrankenkasse (VwSlg 14.020 A/1994) oder auch des Kuratoriums für Verkehrssicherheit (VwSlg 13.257 A/1990) bzw in sehr eingeschränktem Ausmaß die Rechtsauskunft berufsmäßiger Parteienvertreter (zB von Rechtsanwälten). Diese muss sich jedenfalls an der maßgeblichen Rsp der Höchstgerichte und gegebenenfalls an der Rechtsmeinung der zuständigen Behörde (VwSlg 11.744 A/1985) orientieren. Das Vertrauen auf die (falsche) Rechtsauskunft ist dem Auskunftssuchenden insbesondere dann vorwerfbar, wenn dem Beschuldigten das Spannungsverhältnis zur gegenteiligen Behördenauffassung bekannt ist oder sich unmittelbar aus dem Inhalt der Auskunft auch für den Nicht-Fachmann ersichtliche Zweifel ergeben (VwGH 22. 2. 2006, 2005/17/0195); (vgl. *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni,* VStG § 5 Rz 21 (Stand 1.7.2013, rdb.at).

Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt war einerseits § 52 Abs 3 GSpG idF BGBl I Nr 13/2014 bereits in Geltung, andererseits existierte dazu bereits höchstgerichtliche Judikatur. Auch zur Voraussetzung des Auslandsbezugs zur Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten existierte bereits umfassende höchstgerichtliche Judikatur. Aus diesem Grund geht das Vorbringen hinsichtlich des Verbotsirrtums ins Leere.

Es ist somit auch von der Erfüllung der subjektiven Tatseite auszugehen.

IV.5.1. Zur Strafbemessung ist Folgendes festzuhalten:
Gemäß § 19 Abs 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

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

Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

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

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 Abs. 3 leg.cit. ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen ua im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

IV.5.2. Der Unrechtsgehalt der gegenständlichen Übertretungen ist hoch, wobei diesem Umstand bereits der Gesetzgeber durch Festsetzung einer entsprechend strengen Mindeststrafe Rechnung getragen hat.

Bei der Strafzumessung wurde durch die belangte Behörde erschwerend gewertet, dass gegen den Bf bereits mehrfach Anzeige wegen Übertretungen des

GSpG erstattet wurde. Dazu ist darauf hinzuweisen, dass nur rechtskräftig abgeschlossene Verwaltungsstrafverfahren zur Strafbemessung herangezogen werden können und aufliegende Anzeigen gegen den Bf dafür nicht ausreichen. Milderungsgründe wurden nicht festgestellt. Zumal die Strafe ohnehin im untersten Bereich des Strafrahmens angesiedelt sind und die Höchstzahl der für diesen Strafrahmen möglichen Geräte vorgefunden wurde, kommt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich jedoch zum Ergebnis, dass die verhängte Strafhöhe dennoch tat- und schuldangemessen und aus spezial- und generalpräventiven Gründen geboten ist.

V. Im Ergebnis war das angefochtene Straferkenntnis daher zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen.
Bei diesem Ergebnis waren dem Bf auch die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Strafverfahrens vorzuschreiben.

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

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

H i n w e i s

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

H i n w e i s

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reitter