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-411412/24/Wg

Datum:
Linz, 4. 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 seinen Richter Mag. Weigl über die Beschwerde der T Vertriebs s.r.o., vertreten durch Dr. P R, I, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 10. März 2016, GZ Pol96-47-2016, betreffend Beschlagnahme eines Glücksspielgerätes,

zu Recht e r k a n n t :

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

II. 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

1.1. Mit Bescheid vom 10. März 2016, Pol96-47-2016, wurde von der Bezirkshauptmannschaft Gmunden (im Folgenden: belangte Behörde) gemäß § 53 Abs 1 Z 1 lit a GSpG zur Sicherung der Einziehung die Beschlagnahme des Glücksspielgerätes „afric2go, Seriennummer 0“ sowie eines USB-Sticks angeordnet. In der dagegen erhobenen Beschwerde wird der Antrag gestellt, die Beschlagnahme des afric2go Gerätes aufzuheben.

1.2. Das LVwG führte am 14. Dezember 2016 eine mündliche Verhandlung (mV) durch. Der rechtsanwaltliche Vertreter der Bf entfernte sich bereits kurz nach Beginn der mV und erklärte, auf eine weitere Teilnahme zu verzichten. Anwesend waren Vertreter der belangten Behörde und des Finanzamtes Gmunden Vöcklabruck.

1.3. Das LVwG verwertete folgende Beweismittel: Urkunden Beilage 1 und 2 der Niederschrift (Vorbringen der Bf und Beschluss LG Korneuburg 1 CG 91/14x-52), Akteninhalt der Behörde und des LVwG (darunter insb die Eingabe der Bf vom 9. Dezember 2016 samt Beilagen), Informationsschreiben der Stabstelle Spielerschutz vom 30. Oktober 2015, Beilage 4 der Niederschrift, Anschreiben BMF vom 30. Oktober 2015, Beilage 5 der Niederschrift, Kalkestudie, Beilage 6 der Niederschrift, Glücksspiel Bericht 2010-2013, Beilage 7 der Niederschrift, Bericht Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014, Beilage 8 der Niederschrift, Stellungnahme BMF vom 26. Juni 2015, Beilage 9 der Niederschrift, Aktenvermerk Beilage 10 der Niederschrift, Aussage des Zeugen P.

2. Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

2.1. Bei einer finanzpolizeilichen Kontrolle am 8. Februar 2016 um 13.07 Uhr, in der Tankstelle in V, x, wurden am Gerät mit der FA-Nr. 1 – ein afric2go-Automat – Testspiele durchgeführt. Das Gerät war betriebsbereit aufgestellt und voll funktionsfähig. Die Finanzbeamten verfügten daraufhin die vorläufige Beschlagnahme nach dem GSpG (einschließlich eines USB-Sticks). Mit Eingabe vom 16. Februar 2016 erklärte die T Vertriebs s.r.o., Eigentümer am beschlagnahmten Gerät FA-Nr. 1 zu sein. Die T Vertriebs s.r.o ist Eigentümerin des Gerätes FA Nr 1. Der Beschlagnahmebescheid vom 10. März 2016 wurde daraufhin der T Vertriebs s.r.o. zugestellt, die dagegen Beschwerde erhob. Seitens B R als Lokalinhaber wurde gegen den Beschlagnahmebescheid keine Beschwerde erhoben. (Strafantrag vom 11. März 2016, GSp26 Formular, Erörterung Verfahrensablauf Tonbandprotokoll).

2.2. Das optische Bild der Gerätevorderseite stellte sich bei der Bespielung durch die Finanzbeamten so dar, dass in der Gerätemitte Zahlenfelder (Werte 2, 4, 6 und 8) in einem nach unten offenen Halbkreisbogen und einem weiteren

unter diesem Bogen befindlichen Zahlenfeld mit dem Wert „20“ angeordnet sind. Links über diesen Zahlenfeldern befinden sich Trommelsymbole mit Zahlenwerten ‚1‘, ‚2‘ und ‚4‘, welche den wählbaren Einsatz (€ 1, € 2 oder € 4) bzw. ein Multiplikator (Vervielfachungsfaktoren des eingesetzten Geldbetrages) grafisch darstellen. Rechts daneben befindet sich das Kreditdisplay, neben diesem der Münzeinwurf, sowie unter jenem eine grüne Geldrückgabe- bzw. Wechseltaste und Stufenwahl 1 und 2- und eine rote ‚Liederauswahl Musik kopieren/hören-‘Taste. In der linken oberen Ecke des Geräts (neben den Trommelsymbolen) befindet sich das Anzeigedisplay der Musiktitel, darunter ein Steckplatz für USB-Sticks und unter diesem eine gelbe Taste (Geldwechseltaste – ‚Wechseln Münzen + Scheine‘) sowie der Banknoteneinzug. Nach Herstellen eines Guthabens mittels Banknoteneinzuges wurde dieses auf dem Kreditdisplay ausgewiesen. Mittels der grünen Taste war es möglich den gewünschten Multiplikator auszuwählen, welcher durch den Wert bei den beleuchteten Trommelsymbolen (1, 2 oder 4) dargestellt wurde. Hierdurch konnte sohin die Einsatzleistung in Form von € 1, € 2 oder € 4 durch den Spielteilnehmer ausgewählt werden. Durch Drücken und längeres Halten der grünen Taste konnte die Auszahlung des im Kreditdisplay angezeigten Wertes erreicht werden. Eine Einsatzleistung erfolgte durch Drücken der roten Taste. Nach Betätigen dieser roten Taste wurde vom Automaten ein Lein – während der Testspiele der Song Nummer ‚040 KAFEERO NU‘ und hernach ‚041 KAKAANA Gnl Ft Blu 3‘ – abgespielt. Dieser wurde im links oben befindlichen Anzeigendisplay des Automaten angezeigt. Es war nicht möglich, diesen durch Betätigen einer Taste abzubrechen, sodass der Song bis zum Ende – ca. drei Minuten – abgespielt wurde. Weitere Songs waren nicht durch eine der Gerätetasten wählbar. Eine gezielte Songauswahl war ebenfalls unmöglich. Mit der grünen Taste konnte lediglich der Vervielfachungsfaktor gewählt werden, nicht aber (auch) Songs im Anzeigedisplay. Mehrfaches Betätigen der gelben Taste vor und während des Abspielens der Songs blieb ergebnislos. Auch mit dieser Taste war es nicht möglich, Songs gezielt auszuwählen oder auf andere Funktionen des Automaten einzuwirken. Es konnte daher nicht festgestellt werden, ob mit dieser Taste neben einer allfälligen Geldwechselfunktion noch weitere Funktionen ausgeführt werden konnten. Die Songs waren durch den Spieler nicht wählbar. Eine Übersicht der auf dem Gerät installierten Songs bzw. eine Songliste wurde in Papierform unter dem Gerät angebracht. Nach und nach wurden vom Automaten weitere Songs (jeweils für die Dauer von ca. drei Minuten) entsprechend der Nummerierung auf der Songliste aufsteigend abgespielt (z.B. während der Amtshandlung der Song 040 und danach 041). Hierbei wurden der Songtitel und der Interpret im Anzeigedisplay angezeigt. Die Songs waren sowohl bei angestecktem als auch bei entferntem USB-Stick hörbar. Sofern der USB-Stick angesteckt wurde, wurde im Anzeigedisplay angezeigt, dass ein anderer – zuvor nicht angezeigter und abgespielter – Song auf den USB-Stick kopiert werde. Eine Überprüfung, ob jener Song tatsächlich auf den USB-Stick kopiert wurde, unterblieb in Hinblick auf die Gefahr der Infektion der behördlichen IT-Infrastruktur mit Schadsoftware. Während des Abspielens des Songs wurde seitens des Gerätes ein Beleuchtungsumlauf in den Zahlenfeldern in der

Gerätemitte (2, 4, 6, 8 und 20) initiiert und sofern eines jener Zahlenfelder beleuchtet blieb ein Guthaben in Form eines ‚Rabattes' im Anzeigedisplay der Musiktitel ausgewiesen, worüber durch eine elektronische Vorrichtung im Gerät selbst entschieden wurde. Dieser Rabatt wurde hernach durch eine geräteeigene Funktion in das Kreditdisplay übertragen und dem dort ausgewiesenen Betrag hinzuaddiert. Der Spielteilnehmer konnte auf den Beleuchtungsumlauf keinerlei Einfluss nehmen, sondern wurde dies zufallsgeneriert vom Gerät selbst bzw. einer Gerätefunktion durchgeführt. Durch Betätigen (langes Drücken) der grünen Taste war es möglich, den im Kreditdisplay aufscheinenden Betrag in Münzform zur Auszahlung zu bringen, wodurch auch allfällig erzielte Rabatte ausbezahlt wurden. Das Betätigen der roten Taste löste jene Beleuchtungsvorgänge in den Zahlenfeldern in der Gerätemitte aus respektive setzte dies jene in Gang. Bei exakt jenem Vorgang war die Zufallsabhängigkeit gegeben und entschied sich hierbei auch, ob ein Gewinn entstand oder nicht. Hierdurch erfolgte die Gewinnrealisierung durch ein vom Gerät selbständig herbeigeführtes Spielergebnis. Eine Gewinnchance war jedenfalls vorhanden. Der Gewinn berechnete sich aus den Werten der Zahlenfelder (2, 4, 6, 8 und 20) multipliziert mit dem Vervielfachungsfaktor, den Zahlenwerten bei den Trommelfeldern (1x, 2x oder 4x). Die im Anzeigendisplay ausgewiesenen Songs waren nicht wählbar, sondern wurden entsprechend der Nummerierung aufsteigend in voller Länge abgespielt. Es war nicht möglich, diese vor dem Kauf probezuhören, wie dies auf Downloadportalen im Internet (z.B. iTunes) der Fall ist. Informationen über den Interpreten oder die Musikrichtung waren nicht vorhanden. Der Download von Songs auf den USB-Stick konnte nicht beeinflusst werden – sofern dieser angesteckt war, erfolgte ein Download eines vom Automaten zufällig gewählten Songs. Sofern von einem Vermarkten afrikanischer Musik ausgegangen werde und in der Annahme, diese Songs und Interpreten seien inländischen Kunden unbekannt, müsste ein Käufer (wenn diese Songs wählbar wären) jeweils € 2 pro Song aufwenden, um gezielt einen Song zu erwerben, der seinem Musikgeschmack entspricht, es sei denn, der Kunde nehme in Kauf, Songs zu erwerben, ohne zu wissen, ob sie ihm tatsächlich gefallen (z.B. Musikrichtung, Rhythmus). Ein Erwerb eines bestimmten Songs war insofern unmöglich, als vom Automaten zufallsbestimmt Songs nacheinander abgespielt wurden (Münzeinwurf und Tastenbetätigung vorausgesetzt) und bei vorhandenem USB-Stick wiederum andere auf diesen kopiert wurden. Bei einer entgeltlichen Vermarktung derartiger Musik ist auch davon auszugehen, dass der Käufer über Rechte und Pflichten aus diesem Erwerb ausreichend und nicht nur vage belehrt wird (z.B. über Nutzungsrechte und –beschränkungen). Das Gerät war betriebsgereit aufgestellt und voll funktionsfähig, was durch Testspiele von den Organen der Abgabenbehörde an diesem Gerät verifiziert wurde. Bei einem beobachteten Höchsteinsatz von 2 Euro wurde ein Höchstgewinn von 40 Euro in Aussicht gestellt. Das Gerät wurde zumindest seit 1. Oktober 2015 in der T betrieben. (Aktenvermerk Beilage 10 der Niederschrift, Aussage P Tonbandprotokoll).

2.3. Für die mittels des Geräte erfolgenden Ausspielungen lag weder eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vor und es waren diese auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen (Akteninhalt).

2.4. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit wird festgestellt:

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

Ausgehend vom Jahr 2015 haben 41% der Bevölkerung (14 bis 65 Jahre) in den letzten 12 Monaten irgendein Glücksspiel um Geld gespielt, dieser Wert ist seit 2009 kaum verändert (2009: 42%). Das klassische Lotto „x“ ist das beliebteste Glücksspiel in Österreich. Jeder dritte Österreicher hat dieses Spiel im Jahr 2015 mindestens einmal in den letzten 12 Monaten gespielt (ca. 33%), der prozentuale Anteil für die 30-Tages-Prävalenz beträgt ca. 20%. Seit 2009 haben sich diese Werte so gut wie nicht geändert (jeweils nur um ca. ± 1 Prozentpunkt). Dagegen ist für diesen Zeitraum eine deutliche Zunahme bei der europäischen Lotterie, den Euromillionen, zu konstatieren: Der Prozentwert für die monatliche Teilnahme hat sich von etwa 4% auf etwa 8% verdoppelt. Auch beim Joker gibt es seit 2009 einen prozentualen Anstieg. Inzwischen spielt jede siebte Person mindestens einmal im Jahr dieses Glücksspiel (ca. 14%). Damit ist es das zweitverbreitete Glücksspiel in Österreich. Bei den Rubbellosen – die auf dem vierten Platz liegen – sind nur geringe Veränderungen zwischen 2009 und 2015 vorhanden. Alle anderen Glücksspiele besitzen bezogen auf die Spielteilnahme in der Gesamtbevölkerung eine nachgeordnete Bedeutung: Das gilt für die Sportwetten genauso wie für die klassischen 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 ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamts für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667 und 2014 (bis 3. Quartal) 310 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480,

2013 1299 und 2014 (bis 3. Quartal) 625 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden.

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2013 in Summe 6.920 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870, darunter 4.908 über österreichische Spielbankbesucher und 2.012 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 3.600 online-„Sofort-Checks“. 621.195 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2013 den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Bei 48.284 davon bestand die begründete Annahme im Sinne des § 25 Abs. 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.359 Informationsgesprächen sowie 741 Beratungen bzw. Befragungen führte. Zum 31.12.2013 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 Bundes-konzessionäre, 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 Glücksspiel-automaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase

und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

3. Beweiswürdigung:

3.1. In der Sache selbst (2.) stützen sich die Feststellungen auf die in Klammer angegebenen Beweismittel. Die Beschwerde rügt fehlende Feststellungen im bekämpften Bescheid und führt aus, *„das/die Gerät/e“* würde Ausspielungen iSd GSPG ermöglichen. Nun sind der Ablauf der Kontrolle und die Ergebnisse der Bespielung sind im Akt (GSP 26 Formular, Aktenvermerk Beilage 10 der Niederschrift) hinreichend dokumentiert. Der Zeuge P berichtete schlüssig und glaubwürdig über seine dienstlichen Wahrnehmungen über Kontrolle und Bespielung. Es konnten daher eindeutige Feststellungen (2.2.) zur Funktionsweise, den Einsatzmöglichkeiten und zur in Aussicht gestellten Gegenleistung getroffen werden. Es liegt keine Konzession nach dem GSPG vor. Auch ist nicht ersichtlich, dass eine Ausnahme vom Glücksspielmonopol vorliegen würde.

3.2. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG fand eine umfassende Beweisaufnahme statt.

3.2.1. Die vom Bf vorgelegten Urkunden wurden berücksichtigt. Der Eingabe vom 9. Dezember 2016 sind folgende Urkunden als Beilage angeschlossen:

- *„Presseaussendung o vom 23. März 2015, Beilage ./1*
- *Presseaussendung o vom 8. April 2015, Beilage ./2*
- *Auflistung unzulässiger Glückspielwerbung unter Zugrundelegung der vom EuGH aufgestellten Kriterien, Beilage./3*
- *Konvolut an Werbeeinschaltungen der Monopolistin, Beilage ./4*
- *Lichtbild Straßenbahn Innsbruck, Beilage ./5*
- *Gutachten vom 24. Mai 2016 Dr. A K, Beilage ./6*
- *G U M, Top 10 Firmen 2013, Beilage ./7*
- *Facebook-S J C Konvolut, Beilage ./8*
- *Sachverständigengutachten MMag. M Z, Beilage ./9*
- *E-Mail Dr. H vom 14. März 2015 samt Aufstellung Dr. H betreffend Behandlungen zwischen 2008 und 2014, Beilage ./10*
- *Artikel auf x vom 3. April 2015, Beilage ./11*
- *Spielsuchthilfe Wien Zuwachsraten Spielsucht 2008 – 2013, Beilage ./12*
- *Zeitungsartikel Die Kronenzeitung vom 17. März 2015, Beilage ./13*
- *Zeitungsartikel Kleine Zeitung vom 28. März 2015, Kürzung bei Suchttherapie, Beilage ./14*

- *Anfrage des Abgeordneten E S vom 24. September 2014 samt Antwort D B, Beilage ./15*
- *Tabelle stetig steigender Abgabenerfolge nach dem GSpG, Beilage ./16*
- *EU-Pilot, Beilage ./17*
- *Vorblatt Branchenradar Glücksspiel und Sportwetten in Österreich 2015, Beilage ./18*
- *Branchenradar Glücksspiel und Sportwetten in Österreich 2015, zwei Grafiken, Beilage ./19*
- *Screenshots x, Beilage ./20“*

3.2.2. In der mV legte der Rechtsanwalt eine Urkunde vor, die als Vorbringen der Bf gedacht war. Zitat: *„Auf Grund der phänomenalen Werbung durch C A konnte nunmehr das vom Gesetzgeber vorgegebene Ziel der Einnahmenmaximierung erreicht werden und hat im Vergleich zum Jahr 2015 nun im Jahr 2016 die Republik an Glücksspielabgaben um 50 Millionen Euro mehr erwirtschaftet. Die in der Kalke-Studie und Stellungnahmen des Finanzamtes zugrunde gelegenen Parameter sind daher mittlerweile überholt. Beweis: K P, per Adresse Finanzministerium. Durch die Rechtssache Karelin gegen Russland hat der EGMR ausgesprochen, dass die inquisitorische Vorgangsweise zur Anscheinsbefangenheit des Gerichts führt und ist die amtswegige Einholung von ausschließlich den Beschuldigten belastenden Materials unzulässig. Anscheinsbefangenheit wird auch in diesem Verfahren geltend gemacht, wobei die persönliche Integrität des Richters nicht in Zweifel gezogen wird. Mittlerweile hat das Landesgericht Korneuburg als Handelsgericht ebenso erhebliche Zweifel an der Unionsrechtskonformität des Glücksspielgesetzes und hat insgesamt 8 Fragen dem EuGH zur Überprüfung vorgelegt.“*

3.2.3. Im Ergebnis sind das Vorbringen des Bf sowie die erwähnten Beilagen der Stellungnahme vom 9. Dezember 2016 nicht geeignet, die Aussagekraft der Studie Kalke 2015 zu relativieren. Dies gilt insb für die Ausführungen der MMag. Zanki, die ihre Stellungnahme ohnedies lediglich als „Überblick“ bezeichnet. Die Studie Kalke 2015 wird den Feststellungen zu Grunde gelegt. Soweit in den erwähnten Beilagen auf einzelne Werbemaßnahmen Bezug genommen wird, ist festzuhalten: Die aufgezeigte Werbetätigkeit erscheint maßvoll und eng darauf begrenzt, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken. Anderes lässt sich daraus nicht erschließen.

3.2.4. 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. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt, es sind aus

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

4. Rechtliche Beurteilung:

4.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes (GSpG) lauten:

Gemäß § 53 Abs 1 Z 1 lit a) Glücksspielgesetz (GSpG, BGBl 620/1989, zuletzt geändert durch BGBl I 13/2014) kann die Behörde die Beschlagnahme von Glücksspielautomaten, sonstigen Eingriffsgegenständen und technischen Hilfsmitteln anordnen, und zwar sowohl wenn der Verfall als auch wenn die Einziehung vorgesehen ist, wenn der Verdacht besteht, dass mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wird.

Gemäß § 54 Abs. 1 GSpG sind Gegenstände, mit denen gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 leg.cit. verstoßen wird, zur Verhinderung weiterer Verwaltungsübertretungen nach den Bestimmungen des § 52 Abs. 1 leg.cit. einzuziehen, es sei denn, der Verstoß war geringfügig.

Gemäß § 52 Abs. 4 letzter Satz GSpG unterliegen Gegenstände, mit deren Hilfe eine verbotene Ausspielung iSd § 2 Abs. 4 GSpG durchgeführt oder auf andere Weise in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, sofern sie nicht gemäß § 54 leg.cit. einzuziehen sind, dem Verfall.

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

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

Gemäß § 2 Abs. 4 GSpG sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind, verboten.

4.2. Zum Einwand das GSpG sei unionsrechtswidrig:

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

Hinsichtlich einer behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen GSpG ist zunächst festzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung der Höchstgerichte die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten Sachverhalte mit Auslandsbezug voraussetzt (vgl. etwa VwGH 27.4.2012, 2011/17/0046). Es ist auch nach der Judikatur des OGH (siehe etwa OGH 21.10.2014, 4 Ob 145/14y) ein Inländer nicht unmittelbar durch die Dienstleistungsfreiheit geschützt. Auch die Entscheidung OGH 4 Ob 244/14g geht davon aus, dass „*die Unvereinbarkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes mit der primärrechtlichen Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit in rein nationalen Fällen nicht zur Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen*“ führt.

Hinzu kommt, dass der durch das österreichische GSpG geschaffene gesetzliche Rahmen nach Ansicht des erkennenden Landesverwaltungsgerichtes nicht unionsrechtswidrig ist, was auch im Einklang mit der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung steht (siehe dazu ausführlich unten). Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist zwar entsprechend den Vorgaben des EuGH nicht nur der normative Rahmen von Bedeutung, sondern es ist die unionsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopol auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig, sodass zu prüfen wäre, ob die Regelungen des Glücksspielgesetzes in ihrer Gesamtheit dazu führen, dass die vom GSpG

bezweckten Wirkungen (etwa Verringerung der Gelegenheit zum Spiel und Bekämpfung der damit verbundenen Kriminalität) erzielt werden (so etwa jüngst VwGH Ro 24.04.2015, 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w). Wenn aber die gesetzlichen Bestimmungen als solche selbst grundsätzlich mit dem Unionsrecht vereinbar sind, so wären allfällige tatsächlich fehlende Wirkungen dieser Regelungen, die allenfalls zur Unionsrechtswidrigkeit führen könnten, auf die Vollziehung der gesetzlichen Bestimmungen (zB mangelnde Aufsicht) oder das sonstige Agieren des Staates (zB inkohärente Spielerschutzpolitik) zurückzuführen. Eine allfällige dem Anliegen des Spielerschutzes nicht gerecht werdende Beschränkung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten wäre dann aber nicht Folge der gesetzlichen Bestimmungen als solchen (vgl OGH 17.02.2015, 4 Ob 229/14a), sondern es würde dies durch das sonstige Agieren des Staates, insbesondere bei Vollziehung der Regelungen des GSpG, verursacht. In einem solchen Fall wäre aber die Konsequenz wohl nicht die Aufhebung des an sich unionsrechtskonformen Gesetzes durch den VfGH wegen Inländer-diskriminierung, vielmehr wäre es Aufgabe der Vollziehung einen dem Gesetz (unter Beachtung der sich aus dem Unionsrecht ergebenden Vorgaben) entsprechenden Zustand herzustellen. In diesem Sinne wird auch sonst vertreten, dass Gesetze verfassungskonform auszulegen und zu vollziehen sind und es führt eine nicht verfassungskonforme Auslegung durch die Behörden nicht zur Aufhebung des Gesetzes (vgl etwa VfGH 11.12.2012, V8/12 ua). Dass keine Inländerdiskriminierung vorliegt, hat der Verfassungsgerichtshof im Übrigen jüngst in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E945/2016, E 947/2016, E 1054/2016, festgehalten.

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

Im Übrigen ist zur behaupteten Unionsrechtwidrigkeit noch Folgendes festzuhalten:

Gemäß Art 52 iVm 62 AEUV können mitgliedstaatliche Eingriffe in die Freiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Auch Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH (vgl. etwa Rechtssache *Pfleger* ua, C-390/12 mwN) durch zwingende Gründe des

Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben der vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen Rechnung zu tragen. Sowohl Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit als auch Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinn zu gewährleisten, dass sie kohärent, systematisch und verhältnismäßig sind (vgl. EuGH Rechtssache *Gambelli*, C-243/01; siehe weiters EuGH Rechtssache *Dickinger und Ömer*, C-347/09; EuGH Rechtssache *Pfleger*, C-390/12; VwGH 29.05.2015, Ro 2014/17/0049; VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121).

Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, und es sind (Stand 2015) zwischen ca. 27.600 bis ca. 46.000 Personen spielsüchtig. Die Spielsucht stellt daher in Österreich ein relevantes Problem dar. Durch das im GSpG geregelte Glücksspielmonopol sollen unter anderem die Gelegenheiten zum Spiel vermindert, die Ausnutzung der Spielleidenschaft begrenzt und der Spielerschutz gewährleistet werden (vgl. in diesem Zusammenhang etwa die §§ 5, 14, 16, 19, 21, 22, 25, 26, 31 und 56; so ausdrücklich auch die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Novelle BGBl I Nr 73/2010; in diesem Sinne auch bereits die Rsp der österreichischen Höchstgerichte siehe etwa VfGH 06.12.2012, B1337/11 ua; VfGH 12.3.2015, G 205/2014-15 ua; VwGH 7.03.2013, 2011/17/0304, VwGH 4.11.2009, 2009/17/0147; OGH 20.3.2013, 6 Ob 118/12i; 17.02.2015, 4 Ob 229/14a: Aus den gesetzlichen Bestimmungen als solchen sei nicht abzuleiten, dass die Ausgestaltung des Glücksspielrechts nicht dem Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung diente). Diese Zielsetzungen vermögen daher eine Beschränkung der Glücksspieltätigkeiten im Sinne der Rsp des EuGH zu rechtfertigen. Auch der Verfassungsgerichtshof hielt jüngst fest, dass der österreichische Rechtsrahmen im Hinblick auf die Regulierung des Glücksspielsektors den in der Rechtsprechung des EuGH festgelegten Anforderungen entspricht (vgl. VfGH vom 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Dem evidenten Spielsuchtproblem in Österreich soll gerade auch durch das im GSpG geregelte Monopol entgegengetreten werden, wobei es sich bei der Normierung eines Monopolsystems um eine geeignete Maßnahme handeln kann, um den negativen Erscheinungen unkontrollierten Glücksspieles entgegen zu wirken (vgl. EuGH Rechtssache *Pfleger*, C-390/12 RZ 41).

Es ist daher zu prüfen, ob die im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit in ihren Wirkungen tatsächlich geeignet sind, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Hinsichtlich der Eignung der im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit zur Erreichung der genannten Ziele in kohärenter und systematischer Weise ist nicht nur zu prüfen,

welche gesetzlichen Vorgaben geregelt sind, sondern auch wie diese ungesetzt werden.

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

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

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

Beim BMF wurde mit 1.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich,

Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.

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

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

Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist die unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (so etwa VwGH Ro 24.04.2015, 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w; VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Nach der Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache Admiral Casinos & Entertainment AG, C-464/15) ist hierbei nicht nur auf die Zielsetzung im Moment des Erlasses der Regelung abzustellen, sondern auch auf die Auswirkungen der Regelung seit deren Erlass, wobei Gerichte damit nicht angeleitet werden, dies „empirisch mit Sicherheit“ feststellen zu müssen.

Als Folge der gesetzlichen und behördlichen Vorgaben werden durch die konzessionierten Betreiber Maßnahmen zum Spielerschutz tatsächlich umgesetzt. So ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt etwa, dass im Bereich der Spielbanken gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2013 in Summe nahezu 7.000 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870 eingeholt wurden und ferner bei Auskunfteien online-„Sofort-Checks“ erfolgten. Auch wurden im Jahr 2013 über 621.000 Spielbankbesucher den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich zudem, dass zum 31.12.2013 in österreichischen Spielbanken bei 22.435 Spielbankbesuchern aufrechte, gültige Einschränkungen der Besuchsmöglichkeiten und 4.381 aktive Selbstsperren bestanden. In den VLT-Outlets wurde bei begründetem Anlass in über 11.000 Fällen zur Alterskontrolle anhand eines Lichtbildausweises aufgefordert, wovon in mehr als 1.300 Fällen der Zutritt verwehrt wurde.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich weiters, dass es zu keiner Ausbreitung der Glücksspielsucht seit 2009 in Österreich gekommen ist. Gerade beim 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) seit 2009 zurückgegangen. Auch ist der durchschnittliche Geldeinsatz im Automatenglücksspielbereich außerhalb von Spielbanken merklich gesunken. Es zeigt sich auch, dass die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der konzessionierten „C A“ im Vergleich zu den (häufig auch nicht bewilligten) Ausspielungen in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen eher gering ausfallen.

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

Zum Vorbringen betreffend die Werbetätigkeit ist folgendes auszuführen: Aus der Rsp des EuGH ergibt sich, dass Werbung für Glücksspiel nicht generell dem Unionsrecht widerspricht, aber die Werbetätigkeit maßvoll und eng darauf begrenzt werden muss, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken (vgl dazu etwa Rechtssachen *Dickinger/Ömer*, C-347/09; *Placanica*, C-338/04*; HIT hoteli u.a.,* C-176/11). Gemäß § 56 Abs. 1 GSpG haben die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber bei ihren Werbeauftritten einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren, wobei die

Einhaltung im Aufsichtswege überwacht wird. Bei Beurteilung der Werbetätigkeit kommt es nicht auf eine einzelne Werbung an, sondern es ist vielmehr die Gesamtheit der Werbemaßnahmen der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber heranzuziehen (vgl. auch OGH 27.11.2013, 2 Ob 243/12t).

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass sich der Anteil der Personen, die in den letzten 12 Monaten irgendein Glücksspiel um Geld gespielt haben, im Zeitraum 2009 bis 2015 kaum verändert hat. Insgesamt hat sich der Geldeinsatz (in absoluten Zahlen) zwar von 53 € auf 57 € (also nur in etwa um die Inflationsrate) erhöht, bei den besonders problematischen Automatenspielen außerhalb der 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.

Zusammenfassend ergibt sich daher für das erkennende Landesverwaltungsgericht, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände eine Unionsrechtswidrigkeit durch die österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten nicht vorliegt. Die von der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom EuGH anerkannten Gründe des Allgemeininteresses und sind geeignet, diese in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Die Beschränkungen erscheinen auch nicht unverhältnismäßig.

Diese Beurteilung entspricht auch der aktuellen Rechtsprechung des VwGH zu diesem Thema (Ro 2015/17/0022-7 vom 16. März 2016). Ebenso konnte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016 (E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016) keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen erkennen.

In der Eingabe vom 9. Dezember 2016 werden folgende Beweisanträge gestellt: *„Einholung eines Gutachtens aus dem Werbefach, Youtube, Zeugeneinvernahme H K, R N, J M sowie Beweisantrag auf Einholung einer Auskunft zur Geldwäsche vom BMI. Als Beweis wird weiters geführt: Homepage x, Hauswurfsendung J C mit Gutschein für April 2016 und Plakat J C“*.Soweit die Einvernahme des K P zum Beweis für die Einnahmen aus Glücksspielabgaben gestellt wird, ist festzuhalten, dass ein solcher Parameter keine tauglichen Rückschlüsse auf die vorgenommene Gesamtwertung zulässt. Es handelt sich um einen ungeeigneten Beweisantrag. Soweit damit bewiesen werden soll, dass die Spielsüchtigen zugenommen hätten, ist auszuführen, dass der Zeuge insoweit lediglich seine persönliche Meinung darstellen könnte, die allenfalls auf Umständen gründet, die sich in seinem unmittelbaren Umfeld abspielen. Die Gesamtbetrachtung wird in der vorliegenden Kalke Studie vorgenommen. Soweit sich der Bf auf Aussagen von Fachleuten beruft, wonach die Zahl der spielsüchtigen Personen in den letzten Jahren gestiegen sei, sind diese nicht geeignet, die Untauglichkeit des GSpG und der behördlichen Maßnahmen zu beweisen. In der aktuellen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg sind gerade diese Parameter in wissenschaftlicher Weise erhoben und ausgewertet worden. Diese Studie ist schlüssig und nachvollziehbar. Wahrnehmungen und Einschätzungen (auch einer größeren Zahl) von mit der Materie befassten Einzelpersonen können die Studie nicht widerlegen. Dies wäre nur durch eine auf gleicher fachlicher Ebene erstellten Studie möglich. Die Beweisanträge waren daher abzuweisen.

4.3. Zu den Voraussetzungen der Beschlagnahme:

Eine Beschlagnahme nach § 53 Abs. 1 GSpG setzt lediglich den Verdacht des Verstoßes mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG voraus (vgl. VwGH 26.1.2009, 2005/17/0223, mit Hinweis auf VwGH 24.4.2007, 2004/05/0268). Eine abschließende, einer juristischen "Feinprüfung" standhaltende Qualifikation eines Spieles als Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel ist im Beschlagnahmebescheid hingegen noch nicht erforderlich (vgl. VwGH 23. 2 2012, 2012/17/0033).(VwGH 15.1.2014, 2012/17/0587). Anders als in einem allfälligen Strafverfahren, bei dem naturgemäß ein umfassendes, verdichtetes Ermittlungsverfahren zu einem

abschließenden und unzweifelhaften Ermittlungsergebnis führen muss, erschöpft sich die Ermittlungspflicht im Rahmen eines Beschlagnahmeverfahrens nach § 53 Abs. 1 GSpG im Nachweis des Verdachts eines GSpG-Verstoßes. Schon begrifflich kommt es nicht darauf an, dass tatsächlich Ausspielungen vorgenommen wurde.

Das LVWG Oö. führte in E 410940 aus: *„Beim verfahrensgegenständlichen Gerät kommt es beim (Abspielen oder) Herunterladen der Musik ohne Zutun des Spielers zum Lauf eines zufallsabhängigen Bonussystems. Bei diesem Bonussystem handelt es sich um ein Glücksspiel im Sinne des § 1 GSpG. Ein Glücksspiel ist jedoch nur dann eine verbotene Ausspielung im Sinne des § 2 GSpG, wenn der Spieler oder ein anderer eine vermögenswerte Leistung zu erbringen hat, also ein Einsatz zu leisten ist. Auf Grund der Möglichkeit des Herunterladens der Musik mittels eines USB-Sticks erhält der Kunde in Summe gesehen jedoch für die Leistung von einem Euro ein Wertäquivalent, sodass eine Einsatzleistung im Sinne des Glücksspielgesetzes nicht vorliegt. Der Kunde konnte vergleichbar mit sonstigen Download-Portalen (z.B. iTunes) Musik zu nicht marktunüblichen Bedingungen erwerben und diese auch für nicht gewerbliche Zwecke weiterverwenden. Für den gleichzeitig erfolgten Bonus-Lichtkranzlauf war vom Kunden kein weiterer Einsatz mehr zu leisten. Da das Gerät auch grundsätzlich so betrieben wurde, dass immer ein USB-Stick eingesteckt war (und daher zum Download zur Verfügung stand), war auch eine Download- und Speichermöglichkeit für die Kunden bereits durch die im Lokal vorhandenen USB- gegeben. Es ist daher – in Anlehnung an die Rechtsmeinung der Stabstelle Finanzpolizei, die sich gerade auf Automaten, die dem Gutachten von F M entsprechen (so wie das verfahrensgegenständliche Gerät; aus dem Sachverhalt ergeben sich keine wesentlichen Abweichungen zur im Gutachten dargestellten Funktionsweise), bezieht – davon auszugehen, dass beim gegenständlichen Gerät keine Ausspielungen im Sinne des § 2 GSpG erfolgten (so auch zu vergleichbaren Geräten bereits UVS Niederösterreich vom 23.9.2013, Senat-PL-13-0128; UVS Oberösterreich vom 20.12.2013, VwSen-360397, VwSen-360398, VwSen-360399; LVwG OÖ vom 28.1.2014 LVwG-410095/3/WEI/Ba; LVwG OÖ vom 13.3.2014 LVwG-410005/3/ER/BZ/TK, LVwG-410550/10/HW, vgl. weiters das Schreiben des Amtes der Oö. Landesregierung und die geäußerte Rechtsansicht der Stabstelle Finanzpolizei). Mangels Verdacht hinsichtlich der Durchführung von verbotenen Ausspielungen kommt daher grundsätzlich keine Beschlagnahme in Betracht, sodass die belangte Behörde die vorläufige Beschlagnahme zu Recht aufgehoben hat.“*

Der VwGH hat die Rechtsansicht des LVwG Oö nicht geteilt. Das gegenständliche Gerät "afric2go" mit der festgestellten Funktionsweise eröffnet dem Benützer nach Einsatzleistung eine Gewinnchance, weshalb es geeignet war, den Verdacht des Eingriffs in das Glücksspielmonopol des Bundes zu begründen (vgl Ro 2016/17/0028).

Es besteht damit der Verdacht eines fortgesetzten Verstoßes gegen das GSpG. Das Gerät war bereits über eine längere Zeit (seit 1.10.2015) betriebsbereit aufgestellt, weshalb der Verdacht eines fortgesetzten Verstoßes gegen das GSpG besteht.

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 oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an diese Geräte übermittelt und dort nur angezeigt wurde. Allfällige Gewinne wären ebenfalls vor Ort ausgezahlt worden.

§ 52 Abs. 4 GSpG sieht für derartige Eingriffsgegenstände den Verfall, § 54 Abs. 1 GSpG die Einziehung vor, weshalb die Voraussetzungen für die Beschlagnahme gegeben sind. Schon aufgrund der festgestellten Einsatzhöhen und der Funktionsweise des Gerätes kann nicht von einer Geringfügigkeit ausgegangen werden (vgl. alleine hinsichtl. der Geringfügigkeit von Einsätzen VwGH vom 28.05.2013, 2012/17/0195).

Die Tat ist gemäß § 52 Abs 3 GSpG jedenfalls als Verwaltungsübertretung zu ahnden (VwGH 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, VfGH 10. März 2015, G 203/2014-16).

Die Bf beruft sich im Ergebnis auf einen Verbotsirrtum. Entschuldigend wirken 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 Gebietskranken-kasse (VwSlg 14.020 A/1994) oder auch des Kuratoriums für Verkehrssicherheit (VwSlg 13.257 A/1990) bzw in sehr eingeschränktem Ausmaß die Rechtsauskunft berufsmäßiger Parteienvertreter (zB von Rechtsanwälten). Diese muss sich jedenfalls an der maßgeblichen Rsp der Höchstgerichte und gegebenenfalls an der Rechtsmeinung der zuständigen Behörde (VwSlg 11.744 A/1985) orientieren. Das Vertrauen auf die (falsche) Rechtsauskunft ist dem Auskunftssuchenden insbesondere dann vorwerfbar, wenn dem Beschuldigten das Spannungsverhältnis zur gegenteiligen Behördenauffassung bekannt ist oder sich unmittelbar aus dem Inhalt der Auskunft auch für den Nicht-Fachmann ersichtliche Zweifel ergeben (VwGH 22.2.2006, 2005/17/0195); (vgl. Lewisch in

Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 21 (Stand 1.7.2013, rdb.at). Der Bf beruft sich im Zusammenhang mit der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit lediglich auf die vereinzelt gebliebene Judikatur des LVwG Oö.

Soweit der Betrieb im Vertrauen auf die Rechtsauskunft betr. Afric2go erfolgte und schützenswert war, wäre ein entschuldigender Verbotsirrtum anzunehmen (vgl E LVwG-410902/15/KH/AM). Verschulden ist aber keine Voraussetzung für die Beschlagnahme.

Der USB Stick ist zweifelsohne ein technisches Hilfsmittel iSd § 53 Abs 1 GSpG und liegen auch insoweit die Voraussetzungen für eine Beschlagnahme vor. Eine weitere Erörterung ist insoweit nicht erforderlich, da sich die ggst. Beschwerde nicht gegen die Beschlagnahme des USB-Sticks richtet.

Aus diesem Grund war spruchgemäß zu entscheiden.

5. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

5.1. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung weicht nicht von der Rsp des VwGH zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit des § 52 Abs. Z. 1 GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen. Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 08.01.2015, Ra 2014/08/0064).

5.2. Die Rechtslage ist durch die angeführte Rechtsprechung des VwGH geklärt.

Rechtsmittelbelehrung

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

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Weigl