LVwG
OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-411502/29/Wg/HG

Datum:
Linz, 20. Februar 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Mag. Weigl über die Beschwerde von M D, StA Tschechische Republik, CZ, U H, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. P R, I, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 19. Mai 2016, GZ: Pol96-83-2015, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde teilweise stattgegeben. Die im Spruch des Straferkenntnisses als erwiesen angenommene Tat wird eingeschränkt und lautet wie folgt: *„D M hat als Geschäftsführer und damit nach außen zur Vertretung berufenes Organ der U Int. s.r.o. mit Sitz in S, B (Slowakische Republik), gemäß § 9 Abs 1 VStG folgende Verwaltungsübertretung zu verantworten: Die U Int. s.r.o. hat in der Zeit von 5. Juli 2015 bis zum Kontrolltag 7. Juli 2015 als Unternehmer iSd § 2 Abs. 2 GSpG im Lokal mit der Bezeichnung „Wirtshaus“ im Standort B, K, unter Verwendung des betriebsbereiten und funktionsfähigen Glücksspielgerätes FA Nr 1 Glücksspiele (Walzenspiele) in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte und mit denen den Spielern für einen geldwerten Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden und deren Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing, veranstaltet, um damit selbstständig und nachhaltig Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen. Für diese Ausspielungen lag weder eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vor und es waren diese auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen.“* Dadurch wurden

folgende Verwaltungsvorschriften verletzt: *„§ 9 Abs 1 VStG, § 2 und § 52 Abs 1 Z 1 1. Tatbild GSpG“* Die Geldstrafe wird gemäß § 52 Abs. 2 GSpG auf 2.000 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe wird auf 33 Stunden herabgesetzt. Der Verfahrenskostenbeitrag für das Verfahren der Bezirkshauptmannschaft reduziert sich auf 200 Euro. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs. 8 und 9 VwGVG keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg (in der Folge: belangte Behörde) vom 19. Mai 2016, GZ: Pol96-83-2015, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe iHv 3.000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 36 Stunden verhängt, weil er es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der U Int s.r.o. mit Sitz in S, SK B (nunmehr U G s.r.o., B, SK B), zu verantworten hat, dass sich dieses Unternehmen an Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, in der Zeit von 5. bis 7. Juli 2015 im Lokal "Wirtshaus" in K, Straße, unter Verwendung von einem Glücksspielgerät (Gehäusebezeichnung „apollo light“, Serien-Nr. O) unternehmerisch beteiligt hat, indem dieses Gerät gegen Entgelt zur Verfügung gestellt wurde, um fortgesetzt Einnahmen *„aus den mit dem Eingriffsgegenstand veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen gemäß § 2 Abs 4 GSPG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form von Walzenspielen, zu erzielen.“*

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei. Eine Rechtsgrundlage für die gegenständlichen Ausspielungen konnte nicht nachgewiesen werden, insbesondere lag keine entsprechende Konzession nach dem Glücksspielgesetz oder eine Ausnahme von dessen Anwendung vor. Die U Int s.r.o. sei Eigentümerin des gegenständlichen Gerätes, der Bf sei das nach außen zur Vertretung berufene Organ und somit für die vorgeworfene Verwaltungsübertretung verantwortlich. Die Bf sei bereits am 27. Mai 2015 von der Finanzpolizei erstmals wegen der Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG zur Anzeige gebracht worden. Dieses Strafverfahren endete zwischenzeitlich mit einem Straferkenntnis der belangten Behörde vom 18. April 2016, GZ: Pol96-62-2015. Es sei somit der Fall einer Wiederholung einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG vor, bei welcher eine Mindeststrafe von 3.000 Euro vorgesehen sei.

2. Mit Schreiben vom 20. Juni 2016 erhob der Bf in rechtsfreundlicher Vertretung fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde, mit welcher die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens beantragt wurden.

Begründend führt die Bf im Wesentlichen aus, dass mit den gegenständlichen Geräten nicht in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen worden sei, weil auf den konkreten Geräten keine Glücksspiele iSd GSpG spielbar wären. Weiters wurden ausführlich unionsrechtliche Bedenken dargelegt, dass die

Anwendung des Glücksspielgesetzes mit Hinweis auf die Rechtssache *Pfleger* (C-390/12) und weitere Urteile des EuGH gegen die unionsrechtliche Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit verstoßen würde, dass auch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Erkenntnis vom 29. Mai 2015, GZ: LVwG-410287/42/Gf/Mu, das im GSpG verankerte Monopolsystem als unionsrechtswidrig klassifiziert und das anhängige Verwaltungsverfahren eingestellt hat und dass der Oberste Gerichtshof in seinem Beschluss vom 30. März 2016, Zl. 4 Ob 31/16m, dargelegt hat, dass das Glücksspielmonopol des GSpG und das darauf basierende Konzessionssystem prinzipiell der europarechtlichen Dienstleistungsfreiheit widerstreite. Selbst ein rein innerstaatlicher Sachverhalt würde aufgrund des Verbots der Inländerdiskriminierung zu keinem anderen Ergebnis führen. Schließlich sei auch die verhängte Strafe bei weitem überhöht.

3. Die belangte Behörde legte den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 28. Juni 2016 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

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

5. Mit Schreiben vom 1. Dezember 2016 legte die Bf mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung eine ergänzende Stellungnahme hinsichtlich dem Anwendungsverbot des österreichischen Glücksspielgesetzes aufgrund der europarechtlichen Bedenken des österreichischen Glücksspielmonopols und dem im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe, insbesondere den präventiven Spielerschutz, zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit samt einem Konvolut an Beilagen vor.

6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Niederschrift der Finanzpolizei, eine den Parteien zur Kenntnis gebrachte Stellungnahme des BMF vom 26. Juni 2015 samt Glücksspielbericht 2010–2013, den Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“ und das Informationsschreiben der Stabstelle für Spielerschutz zu einer neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ samt dieser Studie das Beschwerdevorbringen und der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 6. Dezember 2016.

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

Am 7. Juli 2015 führten Organe der Finanzpolizei um 18:05 Uhr eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz im Lokal "Wirtshaus" in K, Straße, durch (Auszug Gewerberegister vom 25. März 2015, Strafantrag vom 13. Juli 2015, unstrittig).

Das monatliche Nettoeinkommen des Bf wird mit 2.000 Euro angenommen, Sorgepflichten bestehen keine (unbestrittene Schätzung lt. Begründung des bekämpften Straferkenntnisses).

Zum Zeitpunkt der Kontrolle wurde im Lokal das im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführte Gerät betriebsbereit vorgefunden, das von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierungen gekennzeichnet (FA-Nr. 1) und nach Durchführung von Testspielen zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt wurde (Strafantrag, GSp26-Formular, Erörterung Tonbandprotokoll).

Auf diesem Gerät stand unter anderem das Spiel „Magic Of Nile“ zur Verfügung, das von den Finanzpolizisten auch bespielt wurde. Das Gerät verfügte über einen Banknoteneinzug und über zwei Bildschirme. Wenn man den kleinen Walzenlauf bei einem Kamerasymbol zu stehen bringt, wird in das Spiel „Magic Of Nile“ gewechselt. Man kann jederzeit mit Geschick hier das Kamerasymbol erreichen und kann dann in das Spiel „Magic Of Nile“ wechseln. Das Spiel „Magic Of Nile“ ist ein Walzenspiel. Beim großen Walzenlauf (Walzenspiel „Magic Of Nile“) hatte man keinerlei Möglichkeit, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen. Erreicht man eine Zahlenkombination, wie beispielsweise 1-3-5 beim kleinen Walzenlauf, führt dies zu einer Gewinnmultiplikation im anschließenden Walzenspiel „Magic Of Nile“. Wenn das Kamerasymbol ausgewählt wird, dann läuft das zuvor ausgewählte Spiel, wie beispielsweise „Magic Of Nile“. Bei einem Mindesteinsatz von 0,30 Euro wurde ein Höchstgewinn von 300 Euro in Aussicht gestellt (Erörterung Tonbandprotokoll, Aktenvermerk vom 7. Juli 2015, GSp26-Formulare, unstrittig).

Das in Rede stehende Gerät war zwecks nachhaltiger Einnahmenerzielung in dem gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Es konnten Einsätze an dem Gerät geleistet werden, für welche - abhängig vom Einsatz - Gewinne in Aussicht gestellt wurden. A L ist Inhaberin und Betreiberin des Lokals Wirtshaus. Sie ist unbestritten im rechtlichen Sinne Zugänglichmacherin im Sinne des GSpG. Die U INT s.r.o., nunmehr U G s.r.o., ist Eigentümerin des Gerätes mit der FA-Nummer 1. Die U INT s.r.o. hat im Zeitraum 5. Juli 2015 bis 7. Juli 2015 die Spiele auf eigene Rechnung und Gefahr durchgeführt und damit veranstaltet. Die U INT s.r.o. ist damit Veranstalterin im Sinne des GSpG (Angaben Dr. R Tonbandprotokoll, Ergebnisse der Vorkontrolle vom Mai 2015).

Die U Int s.r.o., B, ist Eigentümerin des in Rede stehenden Geräts. Diese Gesellschaft ist eine slowakische s.r.o., sohin eine mit der österreichischen GmbH vergleichbare Gesellschaft. Sie verfügt über ein Stammkapital von umgerechnet 5.000 Euro (einbezahlt) und hat keinen Aufsichtsrat. D M war im Zeitraum 5. Juli 2015 bis 7. Juli 2015 handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit nach außen zur Vertretung berufenes Organ dieser s.r.o. (Auszug Business Register vom 26. Mai 2015, Angaben Dr. R Tonbandprotokoll).

Eine Konzession nach dem GSpG für die Aufstellung bzw. den Betrieb des Geräts war nicht vorhanden. Die Eigentümerin des Geräts verfügt über eine mit Beschluss vom 15. April 2016 erteilte Glücksspiellizenz zum Betrieb eines Glücksspielapparates in der Slowakischen Republik. Im Tatzeitraum 5. Juli 2015 bis 7. Juli 2015 war dieser Beschluss noch nicht gültig (Beschluss Beilage 3 der Niederschrift, Erörterung Tonbandprotokoll, unstrittig).

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 „6 aus 45“ ist das beliebteste Glücksspiel in Österreich. Jeder dritte Österreicher hat dieses Spiel im Jahr 2015 mindestens einmal in den letzten 12 Monaten gespielt (ca. 33 %), der

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

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

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

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

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des 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. Dezember 2013 bestanden in österreichischen Spielbanken bei 22.435 Spielbankbesuchern aufrechte, gültige Einschränkungen der Besuchsmöglichkeiten und 4.381 aktive Selbstsperren. In den VLT-Outlets

wurden im Jahr 2013 aus begründetem Anlass 11.330 zur Alterskontrolle anhand eines Lichtbildausweises aufgefordert, wovon in 1.350 Fällen der Zutritt verwehrt wurde. Insgesamt wurden 343 protokollierte Spielerschutz-Informationsgespräche geführt.

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

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

II. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen (I.7.) ergeben sich aus den in Klammer angegebenen Beweismitteln (Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, ihrem Aktenvermerk zur gegenständlichen Kontrolle, der Dokumentation der Probespiele, der Niederschrift über die

Einvernahme und den deutlichen, im Akt einliegenden Fotos). Auf den Fotos lassen sich die Einsätze und die möglichen Gewinne erkennen.

Die Annahme der belangten Behörde eines monatlichen Nettoeinkommens von 1.500 Euro bei fehlenden Sorgepflichten wurde der Bf mit Schreiben der belangten Behörde vom 6. Juli 2016 vorgehalten und blieb im Verfahren unwidersprochen.

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

Dass das verfahrensgegenständliche Gerät von 5. bis 7. Juli 2015 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal aufgestellt war, ergibt sich aus den Unterlagen zur finanzpolizeilichen Kontrolle und wurde auch nicht bestritten. Das Gerät war zu dem Zeitpunkt an dem die Kontrolle der Finanzpolizei begonnen hat, bereits betriebsbereit für das Spielen von Glücksspielen aufgestellt gewesen.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich einerseits aus den Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle. Der Spielablauf wurde in der mV eingehend erörtert. Zitat: *„Der Verhandlungsleiter setzt fort und fasst vorläufig zusammen: „Auf diesem Gerät stand unter anderem das Spiel „Magic Of Nile“ zur Verfügung, dass von den Finanzpolizisten auch bespielt wurde. Das Gerät verfügte über einen Banknoteneinzug und über zwei Bildschirme. Über Befragen des Verhandlungsleiters hält Dr. R fest: „Richtig ist, wenn man den kleinen Walzenlauf bei einem Kamerasymbol zu stehen bringt, in das Spiel „Magic Of Nile“ gewechselt wird. Unbestritten ist, dass man jederzeit mit Geschick hier das Kamerasymbol erreichen kann und dann in das Spiel „Magic Of Nile“ wechseln kann. Das Spiel „Magic Of Nile“ ist ein Walzenspiel. Erreicht man eine Zahlenkombination, wie beispielsweise 1-3-5 beim kleinen Walzenlauf, führt dies zu einer Gewinnmultiplikation im anschließenden Walzenspiel „Magic Of Nile“. Wenn das Kamersymbol ausgewählt wird, dann läuft das zuvor ausgewählte Spiel, wie beispielsweise „Magic Of Nile“.“ Herr H hält fest: „Es handelt sich dabei immer um Walzenspiele.“ Dr. R hält fest: „Dies wird auch nicht bestritten.“ Dr. R hält fest: „Vom Verhandlungsleiter zum im Akt befindlichen Sachverständigengutachten vom 29.6.2015 befragt, gebe ich an, dass sich*

dieses Sachverständigengutachten auf den vorgeschalteten kleinen Walzenlauf bezieht, über den man dann zum Walzenspiel „Magic Of Nile“ oder ähnliches gelangt. Vom Verhandlungsleiter zum GSP 26-Formular befragt, gibt Herr H an: „Wenn im GSP 26-Formular als geforderter Mindesteintrag 0,30 Euro aufscheint und der dabei in Aussicht gestellte Höchstgewinn mit 300,- Euro angegeben wird, heißt das, dass bei einem Mindesteinsatz von 0,30 Euro ein Höchstgewinn von 300,- Euro in Aussicht gestellt wird.“ Dr. R hält fest, dass dies so zutreffend ist. Wie schon erwähnt, werden die Angaben laut GSP 26 nicht bestritten.“ Über den kleinen Walzenlauf gelangt man also unbestritten ohne weiteres in das große Walzenspiel („Magic Of Nile“). Bei diesem großen Walzenspiel hat man, wie sich aus dem über die Kontrolle angefertigten Unterlagen ergibt (AV, Wiedergabe des Strafantrages in der Begründung des Straferkenntnisses), keinen Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen.

Die U Int s.r.o. ist unbestritten Eigentümerin des gegenständlichen Geräts. Dass das Unternehmen die Ausspielungen veranstaltet und somit das Gerät auf eigene Kosten und eigenes Risiko betriebt, wurde vom Rechtsvertreter des Bf in der mündlichen Verhandlung explizit festgestellt. Für das erkennende Gericht besteht kein Anlass, an der Veranstaltereigenschaft des Unternehmens des Bf zu zweifeln. Für die Veranstaltereigenschaft spricht auch, dass belangte Behörde und Finanzamt derselben Gesellschaft in einem vorangeganenen Verwaltungsverfahren anlasteten, am 6. Mai 2015 auf einem anderen Gerät im gleichen Lokal Glücksspiele veranstaltet zu haben. Entgegen der Annahme des Finanzamtes (s. Schlussvorbringen) steht für das LVwG daher fest, dass die U Int s.r.o. auch von 5. Juli 2015 bis 7. Juli 2015 Glücksspiele auf eigene Rechnung und Gefahr durchführte. Es haben sich keine Hinweise darauf ergeben, dass ein unbekannter Dritter Veranstalter gewesen wäre (vgl. dagegen die in Pkt. 2.7. und 3.5. des E LVwG-411056 beschriebene Fallkonstellation).

Dem LVwG liegen folgende mit Eingabe vom 1. Dezember 2016 übermittelte Urkunden vor:

- Presseaussendung OTS vom 23. März 2015, Beilage 1
- Presseaussendung OTS vom 8. April 2015, Beilage 2
- Auflistung unzulässiger Glücksspielwerbung unter Zugrundelegung der vom EuGH abgestellten Kriterienbeilage 3
- Konvolut und Werbeeinschaltungen der Monopolistin, Beilage 4
- Lichtbild Straßenbahn Innsbruck, Beilage 5
- Gutachten vom 24. Mai 2016, Univ.-Prof. Dr. A K, Beilage 6
- Gewiss der Urban Media Top 10 Firmen 2013, Beilage 7
- Facebook-Screenshots, J Kaffee Konvolut, Beilage 8
- Sachverständigengutachten Mag. M Z, Beilage 9
- E-Mail Dr. H vom 24. März 2015 samt Aufstellung, Beilage 10
- Artikel vom 3. April 2015, Beilage 11
- Spielsuchthilfe von Wien „Zuwachsratenspielsucht 2008-2013“, Beilage 12

- Zeitungsartikel „Die Kronenzeitung“ vom 17. März 2015, Beilage 13
- Zeitungsartikel „Kleine Zeitung“ vom 28. März 2015 „Kürzung der Suchttherapie“, Beilage 14
- Anfrage des Abgeordneten Erwin Spindelberger vom 24. September 2014 samt Antwort Doris Bures, Beilage 15
- Tabelle stetig steigender Abgabenerfolge nach dem GSpG, Beilage 16
- EU-Pilot 7625/15/GROW, Beilage 17
- Vorblatt „Branchenradar Glücksspiel und Sporte in Österreich 2015“, Beilage 18
- Branchenradar Glücksspiel und Sportwetten 2015, zwei Grafiken, Beilage 19
- Screenshot wintoday.at, Beilage 20

Das LVwG brachte in der mV den Verfahrensparteien das Informationsschreiben der Staabsstelle Spielerschutz vom 30. Oktober 2015 (Beilage 4 der Niederschrift), Anschreiben Informationsschreiben vom 30. Oktober 2015 (Beilage 5 der Niederschrift), Kalke-Studie 2015 (Beilage 6 der Niederschrift), Glücksspielbericht 2010-2013 (Beilage 7 der Niederschrift), Auswirkungen Glücksspielgesetz 2010-2014 (Beilage 8 der Niederschrift), Stellungnahme BMF betreffend Ziel und Zweck des Glücksspielmonopols vom 26. Juni 2015 (Beilage 9 der Niederschrift), zur Kenntnis.

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.

III. Rechtliche Beurteilung:

1. zur Zuständigkeit des LVwG und den anzuwendenden Rechtsvorschriften des GSpG:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit:

Der Bf beruft sich 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* u.a., 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. April 2012, 2011/17/0046). Es ist auch nach der Judikatur des OGH (siehe etwa OGH 21. Oktober 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 24. April 2015, Ro 2014/17/0126; OGH 20. Jänner 2015, 4 Ob 231/14w). Wenn aber die gesetzlichen Bestimmungen als solche selbst grundsätzlich mit dem Unionsrecht vereinbar sind, so wären allfällige tatsächlich fehlende Wirkungen dieser Regelungen, die allenfalls zur Unionsrechtswidrigkeit führen könnten, auf die Vollziehung der gesetzlichen Bestimmungen (z.B. mangelnde Aufsicht) oder das sonstige Agieren des Staates (z.B. inkohärente Spielerschutzpolitik) zurückzuführen. Eine allfällige dem Anliegen des Spielerschutzes nicht gerecht werdende Beschränkung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten wäre dann aber nicht Folge der gesetzlichen Bestimmungen als solchen (vgl. OGH 17. Februar 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. Dezember 2012, V8/12 u.a.). 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.

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* u.a., C-390/12 mwN) durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben der vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen Rechnung zu tragen. Sowohl Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit als auch Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinn zu gewährleisten, dass sie kohärent, systematisch und verhältnismäßig sind (vgl. EuGH Rechtssache *Gambelli*, C-243/01; siehe weiters EuGH Rechtssache *Dickinger und Ömer*, C-347/09; EuGH Rechtssache *Pfleger*, C-390/12; VwGH 29. Mai 2015, Ro 2014/17/0049; VwGH 15. Dezember 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 6. Dezember 2012, B1337/11 u.a.; VfGH 12. März 2015, G 205/2014-15 u.a.; VwGH 7. März 2013, 2011/17/0304, VwGH 4. November 2009, 2009/17/0147; OGH 20. März 2013, 6 Ob 118/12i; 17. Februar 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 Kriminalitäts-bekämpfung 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 Recht-sprechung des EuGH festgelegten Anforderungen entspricht (vgl. VfGH vom 15. Oktober 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 umgesetzt werden.

Das GSpG regelt einerseits die Anforderungen an die Erteilung einer Konzession oder Bewilligung zur Durchführung von Ausspielungen sowie deren Einhaltungsvoraussetzungen, andererseits stellt es Ausspielungen, die ohne Konzession oder Bewilligung durchgeführt werden, unter Strafe und ordnet dazu konkrete Verfolgungsmaßnahmen an. Somit geht aus dem GSpG klar hervor, dass nur jene Glücksspielbetreiber legal Glücksspiele in Form von Ausspielungen anbieten können, die einerseits Inhaber einer Konzession oder Bewilligung sind und andererseits die damit verbundenen Anforderungen fortlaufend erfüllen. Es

liegt auf der Hand, dass eine beschränkte Zahl von Konzessionären effektiver zu überwachen ist als eine unbeschränkte Anzahl an Anbietern (vgl. auch VfGH 6. Dezember 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. Dezember 2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.

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

Schon die oben angeführten Umstände, insbesondere der Kontrollen der Konzessionäre, der Maßnahmen zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels, der Festlegung der Anbindung der Glücksspielautomaten und VLT der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH, aber auch der Einrichtung der Spielerschutzstelle, zeigen nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, 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 24. April 2015, Ro 2014/17/0126; OGH 20. Jänner 2015, 4 Ob 231/14w; VfGH 15. Oktober 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. Dezember 2013 in

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

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

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt, insbesondere der oben dargestellten tatsächlich durchgeführten Spielerschutzmaßnahmen durch die konzessionierten Betreiber und dem dargestellten Spielverhalten in Österreich (bezogen auf den Vergleichszeitraum 2009 bis 2015), erachtet das erkennende Landesverwaltungsgericht auch hinsichtlich der tatsächlichen Wirkungen der Regelungen des GSpG eine 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 Euro auf 57 Euro (also nur in etwa um die

Inflationsrate) erhöht, bei den besonders problematischen Automatenspielen außerhalb der Casinos ist er sogar deutlich zurückgegangen. Auch die Anzahl der Spielsüchtigen ist in diesem Zeitraum nicht gestiegen. Daraus ist abzuleiten, dass die Werbetätigkeit der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber in ihrer Gesamtheit im Ergebnis jedenfalls kein Wachstum des gesamten Markts für Glücksspiele bewirkt hat. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob jede einzelne Werbemaßnahme jedes Konzessionärs und Bewilligungsinhabers den Vorgaben des EuGH entspricht, da die Werbetätigkeit in ihrer Gesamtheit jedenfalls nicht dem Wachstum des gesamten Markts für Glücksspiele dient. Auch wenn einzelne Werbemaßnahmen für sich genommen geeignet sein sollten, die Spiellust zu wecken bzw. zu verstärken, so hat jedenfalls die Gesamtheit der Werbetätigkeiten nicht zu einer Ausweitung des Glücksspieles geführt. Es haben daher die Gesamtwirkungen der Werbetätigkeit die kohärente und systematische Verfolgung der Ziele des GSpG nicht beeinträchtigt.

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

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. Auch der Oberste Gerichtshof hat mit Beschluss vom 22. November 2016, 4 Ob 31/16m, die Konformität des österreichischen Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht festgestellt.

In der mV wurde erörtert, ob noch Beweisanträge offen sind. Zitat: *„Der Verhandlungsleiter richtet an die Verfahrensparteien die Frage, ob noch Beweisanträge gestellt bzw. aufrechterhalten werden. Dr. R führt dazu aus: „Auf Grund der grandiosen Werbung der Casinos Austria ist es gelungen, dem Ziel des Gesetzgebers, den Einnahmenertrag aus Glücksspielen zu maximieren, zu entsprechen und konnte im Vergleich zum Jahr 2015 nun im Jahr 2016 der Glücksspieleinnahmenertrag um 50 Millionen Euro erhöht werden. Die Parameter der Kalke-Studie sind daher überholt und ist daher von einem enormen Zuwachs des Glücksspiels, aber auch der Spielsüchtigen auszugehen. Beweis: K P (p.A. Finanzministerium). Dazu ist auszuführen, dass die eben ausgeführten Daten auf der Homepage des Finanzministeriums abrufbar sind und dazu die Einvernahme des Zeugen K P beantragt wird. Des Weiteren wird die Einvernahme des R N, des J M und des H K zum Beweis eben dieses Beweisthemas angeführt und beantragt. Ansonsten werden keine weiteren Beweisanträge gestellt oder aufrechterhalten. Dr. R legt dem Verhandlungsleiter weiters einen Beschluss des LG Korneuburg 1CG91/14X-52, der vom Verhandlungsleiter der Niederschrift als Beilage 10 angeschlossen wird. Dr. R führt dazu aus: „Das LG Korneuburg hegt erhebliche Bedenken gegen die Unionsrechtskonformität des Glücksspielmonopoles und hat insgesamt acht Fragen dem EuGH vorgelegt. Es wird angeregt, dass das LVwG Oö. sich diesem Vorabentscheidungsverfahren anschließt bzw. ist jedenfalls mit der Entscheidung über die Beschwerden bis zum Abschluss dieses Vorabentscheidungsverfahrens zu warten. Auf Grund der Rechtssache Karelin gegen Russland steht fest, dass eine inquisitorische Vorgangsweise in Verfahren unzulässig ist. Insbesondere ist es unzulässig, dass das VwG Beweismittel beischafft, die ausschließlich zu Lasten des Beschuldigten gehen. Die persönliche Integrität des Richters wird nicht in Frage gestellt.“ Die Vertreter der belangten Behörde und des Finanzamtes beantragen die Abweisung der Beweisanträge, weiters beantragen sie, dass dem Antrag auf Aussetzung des Verfahrens keine Folge gegeben wird. Die Vertreter des Finanzamtes und der Behörde verzichten auf eine weitere Beweisaufnahme durch das Verwaltungsgericht.“*

Soweit sich die 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 schon aus diesem Grund abzuweisen.

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

Das GSpG ist unionsrechtskonform. Der Argumentation der Bf, es liege im Sinne der Rechtssache *Karelin* (EGMR vom 20. September 2016, 926/08) auf Grund der beigeschafften Unterlagen zu den Auswirkungen des Glücksspiels eine „Anscheinsbefangenheit“ des erkennenden Gerichts vor, kann nicht gefolgt werden. So hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgestellt, dass im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 38 VwGVG iVm § 25 VStG der Amtswegigkeitsgrundsatz und der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit gelten.

3. <u>zum objektiven Tatbestand des 1. und 4. Tatbildes iSd § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG:</u>

Dr. R legte in der mV einen Beschluss vor, mit dem eine im maßgeblichen Zeitraum noch nicht gültige Konzession in der Slowakei erteilt wurde. Die von der Bf bei der mündlichen Verhandlung vorgelegte Konzession für Glücksspielgeräte ist für den Betrieb eines Gerätes in der Slowakischen Republik ausgestellt und kann die notwendige Konzession nach dem österreichischen Glücksspielgesetz nicht ersetzen. Die Konzession war überdies für eine Zeit außerhalb des gegenständlichen Tatzeitraums ausgestellt. Des Weiteren bezog er sich auf einen Kooperationsvertrag zwischen U Int s.r.o. und M s ltd. Zitat: *„Vom Verhandlungsleiter befragt, ob im Zeitraum 5.7.2015 bis 7.7.2015 eine Konzession vorgelegen hat, gebe ich an, dass die M S ltd. in diesem Zeitraum über eine Konzession zur Durchführung von Glücksspielen in M verfügt hat. Die M Ss ltd. hat einen Kooperationsvertrag mit der U INT s.r.o. abgeschlossen, auf dessen Grundlage die U INT s.r.o. unter anderem das Walzenspiel „Magic Of Nile“ veranstaltet hat. Die M S ltd. ist auch berechtigt, die Konzession in dieser Weise weiterzugeben. Ich halte fest, dass das Verwaltungsgericht Wien hier von m Behörden eine Stellungnahme eingeholt hat. Diese Stellungnahme liegt mir nur in englischer Sprache vor, deshalb kann ich sie dem Verwaltungsgericht Oö. jetzt*

nicht als Beilage zur Niederschrift geben. Vom Verhandlungsleiter ergänzend befragt gebe ich an, dass nicht die M S ltd. Veranstalterin war, sondern die U INT s.r.o. Bei diesem Kooperationsvertrag handelt es sich um ein sogenanntes „White Label“. Dies ändert also nichts daran, dass (nur) die U Int s.r.o. Veranstalterin war und ihr keine Konzession erteilt worden war.

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät Spiele durchgeführt werden konnten, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Aufgrund des festgestellten Spielablaufes der an diesem Gerät verfügbaren virtuellen Walzenspiele ist es auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 8. September 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.

Es handelte sich um Ausspielungen iSd § 2 Abs. 1 GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und der Bf von diesem auch nicht ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

§ 52 Abs. 1 Z 1 GSpG stellt sowohl das Veranstalten (1. Tatbild) als auch die (sonstige) unternehmerische Beteiligung (4. Tatbild) unter Strafe. Als Täter, der im Sinne des ersten Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet, kommt in Betracht, wer das Spiel auf eigene Rechnung und Gefahr ermöglicht, also das Risiko des Gewinns und Verlusts in seiner Vermögenssphäre trägt. Dagegen ist mit dem vierten Tatbild des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG eine Person gemeint, die sich als Unternehmer (sonst) daran beteiligt (VwGH vom 12. März 2010, 2010/17/0017). Die Bestrafung wegen des Veranstaltens verbotener Ausspielungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 erste Variante GSpG konsumiert das gleichzeitig von ihr verwirklichte Tatbild der unternehmerischen Beteiligung gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 vierte Variante GSpG (vgl. VwGH vom 26. März 2015, GZ: Ra 2014/17/0033).

Die genannte s.r.o. ist Eigentümerin der Geräte und hat sich unbestritten unternehmerisch an den Ausspielungen beteiligt. Gleichzeitig ist sie aber unbestritten Veranstalterin der Spiele, weshalb das 1. Tatbild (Veranstalten) die von der belangten Behörde angelastete Verwaltungsübertretung (4. Tatbild) konsumiert.

Die rechtlichen Konsequenzen wurden in der Verhandlung eingehend erörtert. Vom Verhandlungsleiter auf den Tatvorwurf unternehmerische Beteiligung und Veranstaltereigenschaft angesprochen bzw. eine allenfalls im Beschwerdeverfahren vorzunehmende Abänderung des Tatvorwurfes angesprochen, gab der

Vertreter des Finanzamtes im Schlussvorbringen an, dass eine Abänderung des Tatvorwurfes ausdrücklich nicht beantragt wird. Des Weiteren: *„Vom Verhandlungsleiter befragt, ob die Finanz davon ausgeht, dass die U INT s.r.o. Veranstalter oder unternehmerisch Beteiligter war, gebe ich an, dass das Finanzamt davon ausgeht, dass die U INT s.r.o. lediglich unternehmerisch Beteiligter ist infolge der Eigentümereigenschaft. Vom Verhandlungsleiter befragt, wie aus Sicht der Finanz das Verwaltungsgericht vorzugehen hätte, wenn sich im Beschwerdeverfahren die Veranstaltereigenschaft anstelle der unternehmerischen Beteiligung ergeben sollte, gebe ich an, dass hier das erstinstanzliche Strafverfahren dann mit einem falschen Tatvorwurf unternehmerische Beteiligung geführt worden wäre, was die Behebung des Straferkenntnisses und die Stellung eines neuen Strafantrages mit der Anführung der Veranstaltereigenschaft zur Folge hätte. Dies nur dann, wenn noch keine Verfolgungsverjährung eingetreten ist. Wie schon erwähnt, eine Abänderung des Tatvorwurfes durch das Verwaltungsgericht wird ausdrücklich nicht beantragt.“* Die Vertreterin der belangten Behörde schloss sich diesen Ausführungen ausdrücklich an. Dr. R erstattete folgendes Schlussvorbringen: „*Ausdrücklich festzuhalten ist, dass bezüglich dem Lokal Wirtshaus am 6.5.2015 eine Kontrolle stattgefunden hat, wie dies vom Vertreter des Finanzamtes auch im Schlussvorbringen so dargestellt wurde. Anzumerken ist, dass bezüglich 6.5.2015 die BH Perg und das Finanzamt von einer Veranstaltereigenschaft der U INT s.r.o. ausgehen, wobei hier nicht ersichtlich ist, weshalb dies bezüglich den Zeitraum 5.7.2015 bis 7.7.2015 im gegenständlichen Fall anders sein sollte. Wir haben die Veranstaltereigenschaft ausdrücklich eingeräumt. Es werden hierfür auch die entsprechenden Abgaben in Österreich entrichtet. Die Abänderung des Tatvorwurfes von unternehmerischer Beteiligung auf Veranstalter kommt keinesfalls in Betracht, dies würde den Tatvorwurf und damit den Gegenstand des erstinstanzlichen Verwaltungsstrafverfahrens überschreiten. Es wird die Stattgabe der Beschwerden beantragt.“*

Nun wurde im bekämpften Straferkenntnis innerhalb der einjährigen Verfolgungsverjährungsfrist vorgeworfen, fortgesetzt Einnahmen *„aus den mit dem Eingriffsgegenstand veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen gemäß § 2 Abs 4 GSPG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form von Walzenspielen, zu erzielen.“*

Die U Int s.r.o. als Eigentümerin des Geräts hat zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen veranstaltet und den objektiven Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG erfüllt. Der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer zur Vertretung nach außen berufen und somit gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Das LVwG ändert den Tatvorwurf daher nicht ab, sondern schränkt ihn ein, wenn im Spruch eine Richtigstellung auf das „Veranstalten“ erfolgt (vgl. VwGH 2016/09/0049). Auch wenn unter der verletzten Strafnorm (nur) das vierte Tatbild angeführt wird, erfasst der im

Spruch vorgeworfene Lebenssachverhalt – entgegen der Auffassung des Bf (ON 28) - damit in der konkreten Situation auch das erste Tatbild. Die Einschränkung des Tatvorwurfes ist vertretbar, weil in der ggst. Fallkonstellation (unstrittiger Sachverhalt) Verteidigungsrechte des Bf nicht beeinträchtigt wurden. Der Bf war ohne weiteres in die Lage versetzt, sich zur den Vorgängen im Zusammenhang mit dem Glücksspielgerät FA-Nr. 1 zu äußern und seine Verteidigungsrechte warhzunehmen. Gleichzeitig würde es zu einem Wertungswiderspruch führen, wenn die Rechtfertigung die genannte s.r.o. sei sogar „Veranstalter“ (vgl. auch Aktenvermerk Beilage 1 der Niederschrift), zur Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens führen würde. Finanzamt und belangte Behörde beantragten grundsätzlich (auch) die Abweisung der Beschwerden. Ein ausdrücklicher Antrag auf Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens wurde weder von belangter Behörde noch vom Vertreter des Finanzamtes gestellt. Die Strafdrohungen sind identisch. Der Bf ist für die Verwaltungsübertretungen gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich. Zum Vorbringen des Finanzamtes, dass „unternehmerische Beteiligung“ und „Veranstalten“ in zwei unterschiedlichen Verwaltungsstrafverfahren zu verfolgen wären, ist auf das Erkenntnis des VwGH vom 18. Oktober 2016, Zl. Ra 2016/03/0029, zu verweisen (ne bis in idem). Das Finanzamt schloss sich der den Parteien vorläufig mitgeteilten Rechtsansicht des LVwG (ON 25) schließlich an (ON 26).

4. zum Verschulden:

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

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 23. Dezember 1991, 88/17/0010 mwN). Die Bf hat keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen.
Der Bf beruft sich in seiner Beschwerde auch auf einen Verbotsirrtum auf Grund der zum Glücksspielgesetz ergangen Rechtsprechung. Entschuldigend wirken dabei nach stRspr nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rsp zum Tatzeitpunkt (VwGH 22. März 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. März 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. Oktober 2012, 2012/09/0134, 18. September 2008, 2008/09/0187), einer anderer fachkompetenter Institutionen, z.B. der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (z.B. VwGH 16. November 1993, 93/07/0022, 0023), der Gebietskrankenkasse (VwSlg 14.020 A/1994) oder auch des Kuratoriums für Verkehrssicherheit (VwSlg 13.257 A/1990) bzw. in sehr eingeschränktem Ausmaß die Rechtsauskunft berufsmäßiger Parteienvertreter (z.B. von Rechtsanwälten). Diese muss sich jedenfalls an der maßgeblichen Rsp der Höchstgerichte und gegebenenfalls an der Rechtsmeinung der zuständigen Behörde (VwSlg 11.744 A/1985) orientieren. Das Vertrauen auf die (falsche) Rechtsauskunft ist dem Auskunftssuchenden insbesondere dann vorwerfbar, wenn dem Beschuldigten das Spannungsverhältnis zur gegenteiligen Behördenauffassung bekannt ist oder sich unmittelbar aus dem Inhalt der Auskunft auch für den Nicht-Fachmann ersichtliche Zweifel ergeben (vgl. VwGH 22. Februar 2006, 2005/17/0195, und *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 5 Rz 21).

Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt war einerseits § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl I Nr. 13/2014 in Geltung, andererseits existierte dazu bereits höchstgerichtliche Judikatur. Die vereinzelt gebliebene Judikatur des LVwG Oö., welche Bedenken bezüglich der Unionskonformität hegte, wurde vom Verwaltungsgerichtshof nicht bestätigt (vgl. VwGH 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121-5). Auch betreffend der zwingenden Voraussetzung des Auslandsbezugs zur Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten existierte bereits umfassende höchstgerichtliche Judikatur, die im Übrigen keineswegs divergierend ist, sondern jüngst vom Verfassungsgerichtshof bestätigt wurde. Die Bf konnte sich demnach nicht erfolgreich auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum berufen, sondern unterliegt bestenfalls einem Rechtsirrtum, der ihr allerdings vorwerfbar ist (vgl. auch VwGH 24. Oktober 2016, Ro 2016/17/0002).

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

5. <u>zur Strafbemessung:</u>

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

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

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28. November 1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. u.a. VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbes. Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

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

einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

Die belangte Behörde führte zur Strafbemessung aus, dass bereits ein Straferkenntis vom 18. April 2016, GZ: Pol96-62-2015, vorliegt. Dazu ist vom erkennenden Gericht festzustellen, dass dieses Straferkenntnis aufgrund der dagegen erhobenen Beschwerde nicht rechtskräftig ist und außerdem dieses Straferkenntnis erst nach dem gegenständlichen Tatvorwurf ergangen ist. Es kann daher nicht wie von der belangten Behörde angenommen der Strafrahmen für den Fall der wiederholten Übertretung nach dem Glücksspielgesetz herangezogen werden. Der Strafrahmen der vorgeworfenen Tat liegt im Falle der erstmaligen Begehung der Tat zwischen 1.000 Euro und 10.000 Euro pro Glücksspielgerät. Mildernd war somit die Unbescholtenheit. Erschwerend war kein Umstand. Nachdem die belangte Behörde die Mindeststrafe für den von ihr angenommenen Strafrahmen ausgesprochen hat, ist – nachdem keine sonstigen Erschwernisgründe vorliegen - die Strafhöhe auf die 2.000 Euro herabzusetzen.

Um das Verschlechterungsverbot zu wahren, ist auch die Ersatzfreiheitsstrafe herabzusetzen. Die Höhe der Ersatzfreiheitsstrafe ergibt sich auf Grund der jeweils festgesetzten Geldstrafe sowie dem in der jeweiligen Strafsanktionsnorm angedrohten Strafrahmen, wobei diese nicht nach einem festen Umrechnungsschlüssel zu bemessen ist (vgl. dazu VwGH vom 25. Jänner 1988, 87/10/0055). Mit Bedacht auf den Strafrahmen und dem möglichen Rahmen für eine Ersatzfreiheitsstrafe, war es für das erkennende Gericht daher geboten, auch die Ersatzfreiheitsstrafe in adäquater Form auf 33 Stunden herabzusetzen.

Es war somit im Ergebnis der Beschwerde gemäß § 50 VwGVG mit der Maßgabe stattzugeben, als die Geldstrafe auf 2.000 Euro sowie die Ersatzfreiheitsstrafe auf 33 Stunden herabzusetzen und spruchgemäß zu entscheiden war. Damit reduziert sich der Verfahrenskostenbeitrag für das behördliche Verfahren. Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich waren keine Kosten aufzuerlegen.

IV. 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. Die Rechtslage ist durch die angeführte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geklärt.

Das GSpG ist nach der Rsp des VwGH, VfGH und OGH unionsrechtskonform.

Im vorliegenden Fall bezieht sich die im Spruch des Straferkenntnisses angelastete Tat iSd § 44a Z 1 VStG bei grammatikalischer Interpretation sowohl auf die unternehmerische Beteiligung als auch auf den Vorwurf, fortgesetzt Einnahmen aus den mit dem Eingriffsgegenstand veranstalteten Glücksspielen zu erzielen. Das Verwaltungsgericht war daher verpflichtet, auch ohne ausdrücklichen Antrag von belangter Behörde und Finanzamt den Tatvorwurf im Sinne einer Präzisierung einzuschränken (vgl. Ra 2016/09/0049). Ob ein Tatvorwurf den Vorgaben des § 44a VStG entspricht, ist eine einfachgesetzliche Einzelfallbeurteilung (vgl. VwGH Ra 2016/09/0093, Ra 2016/05/0075, Ra 2016/09/0049). Der Frage, ob die besonderen Umstände des Einzelfalles auch eine andere Entscheidung gerechtfertigt hätten, kommt in der Regel keine grundsätzliche Bedeutung zu (Ra 2016/04/0053).

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

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

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Weigl