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-411532/7/Sr/HG

Datum:
Linz, 27. 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. Stierschneider über die Beschwerde von R W, geb. x, x, vertreten durch RA Dr. F M, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 13. Juni 2016, GZ: Pol96-180-2016, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23. Jänner 2017,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde mit der Maßgabe stattgegeben, als die Geldstrafe wegen der Verwaltungsübertretung gemäß § 52 Abs. 1 Z. 1 und Abs. 2 GSpG iVm. § 9 Abs. 1 VStG auf 2 x 3.000 Euro (somit insgesamt 6.000 Euro) und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 2 x 33 Stunden (somit insgesamt 66 Stunden) herabgesetzt wird.

II. Die behördlichen Verfahrenskosten reduzieren sich auf 600,00 Euro, für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Beschwerdeführerin gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keinen Kostenbeitrag zu leisten.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 13. Juni 2016, GZ: Pol96-180-2016, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe iHv. 2 x 6.000 Euro (somit insgesamt 12.000 Euro) und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 x 67 Stunden (somit insgesamt 134 Stunden) verhängt, weil sie es als handelsrechtliche Geschäftsführerin der G s.r.o., Z 30, B/Slowakei, zu verantworten hat, dass sich dieses Unternehmen an Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen iSd. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, im Zeitraum vom 12. März 2016 bis 17. März 2016 im C B, L. Straße 8, T, unter Verwendung von 2 Glückspielgeräten unternehmerisch beteiligt hat.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

"Die Finanzpolizei, Team 40 (Finanzamt Linz) hat am 01.04.2016 zu GZ. 046/70015/28/4016 einen Strafantrag gegen Frau R W, geb. x, als vertretungsbefugtes Organ der Fa. „G s.r.o." mit Sitz in B, Z 30, wegen des Verdachts mehrerer Verwaltungsübertretungen gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG gestellt.

Während einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz am 17.03.2016 durch die Organe der Abgabenbehörde, Finanzamt Linz, als Organ der öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2 GSpG, im Lokal mit der Bezeichnung „C B" in T, L. Straße 8, wurden zwei Glücksspielgeräte betriebsbereit und eingeschaltet dienstlich wahrgenommen und ein fortgesetzter Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes durch Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen festgestellt. Es konnten Glücksspiele, etwa in Form des virtuellen Walzenspiels mit der Bezeichnung „Ring of Fire XL" festgestellt werden, mit welchen selbständig nachhaltig Einnahmen erzielt wurden, welche also von einem Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG veranstaltet wurden, für welche zur Teilnahme am Spiel eine Vermögenswerte Leistung in Form des Einsatzes zu entrichten war, für welche vom Unternehmer Vermögenswerte Leistungen in Verbindung mit dem Erreichen bestimmter Symbolkombinationen in Aussicht gestellt wurden und welche weder von einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG umfasst, noch nach § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

Die Geräte wurden von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen.

Sie haben als handelsrechtliche Geschäftsführerin, somit als das zur Vertretung nach Außen berufene Organ der Firma G s.r.o. mit Siz in B, Z 30, zu verantworten, dass sich die genannten Firma als Unternehmer iSd § 2 Abs 2 GSpG an den im Lokal mit der Bezeichnung „C B" in T, L. Straße 8, mit folgenden Glücksspielgeräten

FA-Geräte-Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typen-bezeichnung	Versiegelungsplaketten Nr.
1		x		A057488-A057492 und A057598-A057600
2		x	A-T3	A057493-A057500

welche von den Kontrollorganen mit der Nummerierung von 1 bis 2 versehen wurden, veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, im Zeitraum von 12.03.2016 bis 17.03.2016, unternehmerisch beteiligt hat.

Sie haben dadurch jeweils folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 52 Abs. 1 Z 1, viertes Tatbild, iVm § 2 Abs. 2 und 4 Glücksspielgesetz - GSpG, BGBl. Nr. 620/1982, idgF

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) werden über Sie folgende Strafen verhängt:

Geldstrafen von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafen von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
Zu 1.) 6.000	67 Stunden	-	§ 52 GSpG
Zu 2.) 6.000	67 Stunden	-	§ 52 GSpG

[...]
[Hervorhebungen nicht übernommen]"

Begründend führte die belangte Behörde wie folgt aus:

"Die Bezirkshauptmannschaft Linz-Land hat, als die nach § 50 Abs 1 GSpG zuständige Behörde, auf Grund der ausführlich dokumentierten Anzeige der Finanzpolizei Team 40 (Finanzamt Linz), vom 01.04.2016, GZ. 046/70015/28/4016, ein Verwaltungsstrafverfahren wegen des Verdachts der unternehmerischen Beteiligung an verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, gegen Sie eingeleitet.

Es wurde folgender, verfahrenswesentlicher Sachverhalt zur Anzeige gebracht:
„Bei einer von der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde, Finanzamt Linz gem. § 9 Abs. 3 und 4 AVOG 2010 iVm § WbAVOG 2010 - DVdurchgeführten Kontrolle am 17.03.2016, um 10:40, im Lokal mit der Bezeichnung C B, in T, L. Straße 8, Betreiber B M, wurden folgende elektronische Glücksspielgeräte betriebsbereit vorgefunden, mit welchen in der Zeit vom 12.03.2016 bis 17.03.2016 verbotene Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet wurden. Die Geräte wurden zur Identifikation von den Organen der Finanzpolizei im Zuge der Kontrolle am 17.03.2016 mit fortlaufender Nummerierung versehen.

Nr.:	1
Gehäusebezeichnung:	
Seriennummer:	x
aufgestellt seit:	12.03.2016

Nr.:	2
Gehäusebezeichnung:	
Seriennummer:	x
aufgestellt seit:	12.03.2016

Mit diesen Eingriffsgegenständen, mit welchen zumindest seit dem Aufstellungsdatum wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen veranstaltet wurden und mit denen aufgrund der zufallsabhängigen Entscheidung über das Spielergebnis, der zu leistenden Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne deshalb in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil wedereine Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die mit diesen Geräten veranstalteten Ausspielungen vom Glücksspielmonopol des Bundes gem. § 4 ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren.

Dieser Sachverhalt wurde im Zuge der Kontrolle von den Organen der Finanzpolizei dienstlich

wahrgenommen und durch folgende Beweise bestätigt:
niederschriftlich festgehaltene Aussagen,
Protokoll über die vorläufige Beschlagnahme,
Bildanhang,
Gerätedokumentation;

Die Funktionstauglichkeit der Geräte wurde festgestellt durch:

Beobachtungen und niederschriftlich festgehaltene Aussage des B M

Gerät Nr.:	1
Art des Testspiels	
Testspiel nicht möglich, weil:	Es konnten keine Testspiele durchgeführt werden, da das Gerät kurz nach Kontrollbeginn "Net (Error)" anzeigte und nicht mehr reagierte.
Dabei festgestellter Mindesteinsatz:	
Dazu in Aussicht gestellter Höchstgewinn:	
Dabei festgestellter Maximaleinsatz:	
Dazu in Aussicht gestellter Höchstgewinn:	

Gerät Nr.:	2
Art des Testspiels	
Testspiel nicht möglich, weil:	Es konnten keine Testspiele durchgeführt werden, da das Gerät kurz nach Kontrollbeginn "Net (Error)" anzeigte und nicht mehr reagierte.
Dabei festgestellter Mindesteinsatz:	
Dazu in Aussicht gestellter Höchstgewinn:	
Dabei festgestellter Maximaleinsatz:	
Dazu in Aussicht gestellter Höchstgewinn:	

Folgende Spielabläufe waren bereits amtsbekannt, bzw. konnten bei den durchgeführten Testspielen folgende Spielabläufe generalisierend festgestellt werden:

Tathandlung und rechtliche Folgerungen
Die Firma G s.r.o. hat in der Zeit vom 12.03.2016 bis 17.03.2016 die vorgefundenen Glücksspielgeräte gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt, um fortgesetzt Einnahmen aus den mit den Eingriffsgegenständen veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen gem. §2Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, zu erzielen. Die Firma G s.r.o. hat damit selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und ist daher als Unternehmerin iSd. § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten. Die Firma G s.r.o. hat sich somit an der Veranstaltung von Glücksspielen in Form verbotener Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, als Unternehmer iSd. § 2 Abs. 2 GSpG beteiligt und deshalb eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1, viertes Tatbild, GSpG begangen, was Frau R W als das zur Vertretung nach außen berufene Organ, also als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Firma zu verantworten hat.

Elektronische Geräte:

Die in Form von verbotenen Ausspielungen veranstalteten Spiele waren deshalb Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 des GSpG, weil den Spielern keine Möglichkeiten geboten wurden, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen, sondern die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing. Die Spieler konnten nur einen Einsatz und den dazugehörenden Gewinnplan auswählen, das Spiel mittels Tastenbetätigung auslösen und die Entscheidung über das Spielergebnis abwarten.
Beweis:
Aussagen von B M,
vorgefundene Unterlagen in Form von Quittungen,
dienstliche Wahrnehmung,

Bildanhang,
Gerätedokumentation;

Um eine Ausspielung handelt es sich bei den mit den betreffenden Eingriffsgegenständen durchführbaren Glücksspielen deshalb, weil alle gesetzlichen Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GSpG erfüllt sind: Veranstalten durch einen Unternehmer (siehe dazu oben), Erbringen eines Einsatzes durch Spieler, Inaussichtstellen von Gewinnen.

Um Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens und Verhängung der nachstehend beantragten Strafe wird ersucht.

Hinsichtlich der Bemessung der Strafhöhe wird darauf hingewiesen, dass mit den durchgeführten Glücksspielen hohe Bruttoerlöse ermöglicht wurden und die Strafhöhe sich daher an einem Vielfachen des Monatsertrages orientieren sollte, um auch tatsächlich eine pönalisierende Wirkung zu entfalten.

Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe

Als erschwerend ist auf die bereits mehrfach erfolgten Anzeigen nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG zu verweisen, siehe Anhang.

Milderungsgründe konnten nicht ermittelt werden.
Die Beschuldigte hat die unternehmerische Beteiligung an der Veranstaltung verbotener Ausspielungen mit nicht mehr als drei Eingriffsgegenständen zu verantworten. Aufgrund der Bestimmungen des § 52 Abs. 2 GSpG und der angeführten Erschwerungsgründe wird die Verhängung einer Geldstrafe pro Gerät, nämlich für

Gerät Nr. 1 in der Höhe von € 3.000,00 Gerät Nr. 2 in der Höhe von €3.000,00

beantragt.

Somit wird insgesamt eine Geldstrafe in der Höhe von € 6.000,00 beantragt."

Da Sie somit verdächtigt wurden, die im Spruch angeführten Verwaltungsübertretungen begangen zu haben, wurden Sie mit Schreiben der BH Linz-Land vom 05.04.2016, GZ. Pol96-180-2016, dazu aufgefordert, sich zu den Tatvorwürfen zu äußern. Mit Eingabe vom 11.01.2016 beantragten Sie unter Hinweis auf die Entscheidung des OGH vom 30.03.2016, Gz. 4 Ob 31/16m die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens.

Beweiswürdigung:
Der festgestellte Sachverhalt stützt sich auf die im Strafantrag der Finanzpolizei Linz übermittelten Erhebungsergebnisse der Kontrolle am 17.03.2016, an deren inhaltlicher Richtigkeit und Vollständigkeit seitens der Behörde kein Zweifel besteht.

Rechtliche Beurteilung:
§ 1 Abs. 1 GSpG normiert, dass ein Glücksspiel ein Spiel Ist, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Die angebotenen Spiele, sohin auch die angezeigten virtuellen Walzenspiele, waren deshalb Glücksspiele iSd § 1 Abs 1 GSpG, weil die Spielerin keiner Weise gezielt Einfluss auf das Zustandekommen einer gewinnbringenden Symbolkombination nehmen konnten, die Entscheidung über den Spielerfolg also jeweils ausschließlich vom Zufall abhing. Die Spieler konnten lediglich ein Spiel auswählen, einen Einsatz, bzw. Gewinnplan wählen und das Spiel durch Tastenbetätigung auslösen und das Ergebnis abwarten.

Die Spiele waren somit Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG.

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

Im Fall der virtuellen Walzenspiele konnten die Spiele nur nach Eingabe von Geld ausgewählt und zur Durchführung aufgerufen werden. Für jede Spiele wurde ein bestimmter Mindesteinsatz bedungen, der durch entsprechende Tastenbetätigung gesteigert werden konnte. In den zum jeweiligen Spiel gehörenden Gewinnplan wurden in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen unterschiedlich hohe Gewinne in Aussicht gestellt. Sämtliche Gewinne wurden mit jeder Einsatzsteigerung erhöht. Mit dem Betätigen der Start-Taste wurde, nach Abzug des vorgewählten Einsatzbetrages, das Spiel ausgelöst. Nach kurzem Walzenumlauf, bei dem die dargestellten Symbole in ihrer Lage so verändert wurden, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand, stand die zufallsbedingt erfolgte Entscheidung über den Spielerfolg fest. War eine Symbolkombination eingetreten, welche einer der Angaben im Gewinnplan entsprach, dann war ein Gewinn erzielt worden, der am Bildschirm auch optisch und akustisch besonders hervorgehoben wurde, andernfalls warder Einsatz verloren.

Die Glücksspiele wurden also in Form von Ausspielungen iSd § 2 Abs. 1 GSpG durchgeführt.

Gemäß § 2 Abs. 2 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.

Da sämtliche verfahrensgegenständlichen Geräte im Eigentum der Fa. G s.r.o. stehen, geht die Behörde davon aus, dass die Zurverfügungstellung dieser Geräte entgeltlich erfolgt und zwar mit dem Ziel, fortgesetzt Einnahmen zu erzielen. Die Firma hat somit selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt. Die Firma „G s.r.o." ist deshalb als Unternehmer im Sinn des § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.

[Nach Wiedergabe weiterer Rechtsvorschriften setzt die belangte Behörde fort:]

Die Firma „G s.r.o." hat sich somit als Unternehmer iSd. § 2 Abs 2 GSpG an der Durchführung von Glücksspielen in Form von Ausspielungen iSd § 2 Abs 1 GSpG beteiligt.

Für diese Ausspielungen waren nachweislich weder eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG erteilt worden, noch waren diese Ausspielungen nach § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen. An diesen Ausspielungen konnte vom Inland aus teilgenommen werden.

Die Ausspielungen wurden also in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG durchgeführt, was Sie als das zur Vertretung nach Außen berufene Organ der Firma „G s.r.o." zu verantworten haben.

Die gegenständlichen Glücksspiele, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, bei denen die Spieler eine Vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der

Teilnahme am Glücksspiel erbringen mussten und bei denen vom Unternehmer eine Vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wurde, wurden also ohne Rechtsgrundlage von einem Unternehmer iSd. § 2 Abs. 2 GSpG veranstaltet.

[Nach Wiedergabe der Strafnormen setzt die belangte Behörde fort:]

Aufgrund der für die Spielteilnahme bedungenen Spieleinsätze und der vom Veranstalter in Aussicht gestellten Gewinne wäre fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG verstoßen worden und deshalb In das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen worden, weil diese Ausspielungen weder von der erforderliche Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz umfasst waren, noch nach § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

Auf Grund der ausführlichen und umfassenden Dokumentation der gegenständlichen Glücksspiele in Form verbotener Ausspielungen durch die Organe des Finanzamtes als Organe der öffentlichen Aufsicht iSd § 50 Abs 2 GSpG waren für die Behörde zweifelsfrei als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizierende Spiele gegeben, welche von einem Unternehmer iSd § 2 Abs 2 GSpG veranstaltet wurden.

Ferner stand für die Behörde zweifelsfrei fest, dass für die Durchführung dieser Glücksspiele bestimmte Spieleinsätze bedungen wurden und dafür unterschiedlich hohe Vermögenswerte Gewinne in Aussicht gestellt wurden.

Ein Nachweis dafür, dass Spieleinsätze von mehr als € 10.- tatsächlich von einem Spieler geleistet wurden, konnte nicht erbracht werden. Da gemäß § 52 Abs. 3 GSpG nur nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu strafen ist, wenn eine Tat sowohl den Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch den Tatbestand des § 168 verwirklicht, ist es unerheblich ob tatsächlich Spieleinsätze von mehr als € 10.- geleistet wurden.

Die angezeigten Glücksspiele unterfallen somit jedenfalls den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes.

Eine Rechtsgrundlage für die vorliegenden Ausspielungen wurde der Behörde nicht nachgewiesen.

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

Im Ermittlungsverfahren wurden Sie als Verantwortliche für die unternehmerische Beteiligung an Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen festgestellt.

Gemäß § 5 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift nichts anderes bestimmt. Da das GSpG keine diesbezügliche Spezialnorm kennt, genügt für die Sanktionsmöglichkeit bereits die fahrlässige Begehung. Als Maßstab für die anzuwendende Sorgfalt des Täters ist dabei jene Sorgfalt zu berücksichtigen, zu der der Täter nach den Umständen des einzelnen Falles verpflichtet wäre.

Auf Grund der Tätigkeit als Unternehmerin der Unterhaltungsbranche gehört es zu ihren grundlegenden Aufgaben, sich über die Zulässigkeit der Ausübung von Glücksspielaktivitäten zu informieren. Diese Überwachungsaufgabe oblag ihnen als vertretungsbefugtes Organ und war ihnen auf Grund der öffentlich zugänglichen Informationen (z.B. www.bmf.gv.at, RIS etc.) auch zumutbar.

Die Beteiligung an der verbotenen Ausspielung erfolgte daher zumindest fahrlässig.

Zur Strafbemessung ist auszuführen:

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafbemessung war zuerst zu berücksichtigen, dass Sie bereits rechtskräftig wegen Übertretungen des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG bestraft wurden (s. Strafbescheid der BH Linz-Land vom 04.11.2015, GZ. Pol96-268-2015), weswegen im gegenständlichen Fall eine Wiederholungstat iSd § 52 Abs. 2 letzter Satz GSpG vorliegt. Das Ausmaß des Verschuldens kann im Hinblick auf die mehrfach wegen dergleichen Verwaltungsübertretung eingeleiteten Verfahren und in Anbetracht der offensichtlichen Außerachtlassung der im gegenständlichen Fall objektiv gebotenen und dem Beschuldigten zuzumutenden Sorgfalt nicht als geringfügig bezeichnet werden. Angesichts der bisherigen Darlegungen warsohin die Geldstrafen auf die im Spruch ersichtliche Höhen (doppelte Mindeststrafe im Wiederholungsfall) zu bemessen.

Gemäß § 16 Abs 2 letzter Satz VStG ist die Ersatzfreiheitsstrafe ohne Bedachtnahme auf § 12 VStG nach den Regeln der Strafbemessung festzusetzen. Gemäß diesen sich aus § 19 VStG ergebenden Regeln sind die Erschwerungs- und Milderungsgründe gegeneinander abzuwägen. Die Strafhöhe erscheint unter Zugrundelegung der im konkreten Fall zu berücksichtigen gewesenen Spezial- und Generalprävention und im Hinblick auf den im Tatzeitraum erzielten wirtschaftlichen Erfolg als geboten. Aus den angeführten Gründen erscheint unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen monatlichen Einkommens das verfügte Strafausmaß durchaus als angemessen und nicht als überhöht.

Eine weitere Strafherabsetzung kam unter Bedachtnahme auf die vorangeführten Strafbemessungsgründe, die generalpräventive Funktion einer Verwaltungsstrafe und den Strafrahmen bzw. Strafsatz nicht in Betracht.

Die Kostenvorschreibung ist gesetzlich zwingend und stützt sich auf § 64 Abs. 2 VStG.

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

2. Mit Schreiben vom 11. Juli 2016 erhob die 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, in eventu den Ausspruch einer Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 VStG, in eventu eine Herabsetzung der verhängten Strafe, beantragt wurden.

Begründend führte die Bf zusammengefasst aus, dass Begründungsmängel, Verfahrensfehler und eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorliegen, dass die belangte Behörde überdies unzuständig war, dass im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsmeinungen kein Verschulden anzulasten sei, dass keine Milderungsgründe festgestellt sowie Erschwerungsgründe unzutreffend gewertet wurden und daher die Strafe zu hoch bemessen worden sei.

3. Die belangte Behörde legte den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 21. Juli 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 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, kundgemacht im BGBl. I Nr. 91/2016 am 3. November 2016, hat der Verfassungsgerichtshof seine Rechtsanschauung zusammengefasst, womit die oben genannten Wirkungen gemäß § 86a Abs. 3 VfGG geendet haben und das Verfahren fortzuführen war.

5. 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“, den Auszug aus dem Unternehmensregister, das Beschwerdevorbringen sowie im Wege der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung am 23. Jänner 2017. Zu dieser Verhandlung sind der rechtsfreundliche Vertreter der Bf und ein Vertreter des Finanzamtes erschienen. Auf die Befragung des Zeugen Christian Eder wurde von den Parteien verzichtet.

6. In der mündlichen Verhandlung brachte der Rechtsvertreter ergänzend unter Hinweis auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, Zl. E 945/16-25, und

die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 16.3.2016, Zl. Ro 2015/17/002 vor, dass die Rechtslage nach wie vor nicht geklärt ist. In der Folge wurde auf den jüngsten Beschluss des Obersten Gerichtshofes vom 12.12.2016 Zl. 10 Ob 52/16v verwiesen. Der Oberste Gerichtshof sehe nach wie vor begründete Zweifel an der Unionsrechtskonformität und nehme auf die erwähnten verwaltungsrechtlichen Entscheidungen Bezug. Abschließend verwies der Rechtsvertreter auf die derzeit beim EuGH anhängigen – das Glückspielgesetz betreffende – Verfahren (C-589/16, C-593/16 sowie C-685/15). Der Rechtsmeinung des LG Korneuburg, welche zum Verfahren C-593/16 geführt habe, habe sich das BG W, Neustadt im Verfahren zu 14c 511/16p, (Beschluss vom 13. Jänner 2017) angeschlossen.

Betreffend der vom erkennenden Gericht beigeschafften Unterlagen, wie dem Glücksspielbericht und der Studie zum Glücksspielverhalten, sei anzumerken, dass es sich hierbei um Unterlagen handle, welche teilweise auch vom am Verfahren beteiligten Parteien erstattet bzw. verfasst wurden.

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

Am 17. März 2016 führten Organe der Finanzpolizei um 10:40 Uhr eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz im C B, L. Straße 8, T, durch. Dabei wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten 2 Geräte betriebsbereit vorgefunden. Vom betriebsbereiten Zustand dieser Geräte haben die Organe der Finanzpolizei zu Kontrollbeginn Fotos angefertigt. Auf beiden Bildschirmen sind Gewinnpläne und das virtuelle Walzenspiel „Ring of Fire“ zu sehen. Weitere Fotos zeigen Ausschnitte eines Animationslaufes (geforderter Einsatz und in Aussicht gestellter Gewinn). Drei Minuten nach dem Eintreffen im Lokal wurden die Geräte vom Netz genommen und es erschien unterhalb des Bildschirmes in einem rechteckigen Fenster, in dem zuvor Symbole abgebildet waren, „Net (Error)“. Anstelle der Gewinnpläne und der virtuellen Walzenspiele schienen nur mehr die Bezeichnung „Skill Games“ und 9 Symbole für diverse Spiele (u.a. Ring of Fire) auf. Eine Probebespielung war nicht mehr möglich.

Der Spielablauf dieser virtuellen Walzenspiele stellt sich nach den Erfahrungen aus den Probespielen durch Organe der Finanzpolizei auf baugleichen Geräten im Wesentlichen wie folgt dar:

Bei den elektronischen Glücksspielgeräten mit der Bezeichnung „Skill Games“ handelt es sich grundsätzlich um herkömmliche virtuelle Walzenspiele. Dem Walzenspiel vorgelagert ist aber ein Miniaturwalzenspiel mit 3 virtuellen Walzen, welche die Zahlen 0 – 9 sowie das Buchstabensymbol „A“ in einem Umkreis aufweisen. Die Zusammensetzung dieser Walzen wird mit jeder Starttastenbetätigung vom Programm neu festgelegt, ohne dass der Spieler

darauf einen Einfluss hat. Dieses „kleine Walzenspiel“ kann durch Halten und Loslassen der Start-Taste gesteuert werden.

Erscheint nach dem Drücken der Starttaste beim „kleinen Walzenspiel“ ein „A“, so wird automatisch der große Walzenlauf ausgelöst, auf welchen der Spieler keinen Einfluss hat. Das Herbeiführen eines „A“ im „kleinen Walzenlauf“ – und damit das Auslösen des großen Walzenlaufes - ist in 90 % der Fälle bereits beim ersten Versuch möglich.

Erscheint im „kleinen Walzenlauf“ kein „A“ sondern eine „0“, bedeutet dies „ungeschicktes Verhalten“ und es findet eine Umbuchung des Einsatzes als Punkteguthaben (1 Euro = 10 Punkte) in den „Buffer“ bzw Zwischenspeicher statt. Man hat aber noch nichts verloren, weil durch ein gesondertes Spiel mit den kleinen Walzen das Guthaben im Buffer wieder in Credit umgewandelt werden kann. Ein solches Spiel mit den Miniaturwalzen wird durch Drücken und Halten der Starttaste ausgelöst und läuft bis zum Loslassen der Starttaste, wobei man versuchen kann, drei Zahlen ohne „0“ und „A“ zu erzielen, um das Guthaben aus dem Buffer in den Credit zu bekommen. Erscheinen nach dem „kleinen Walzenlauf“ ausschließlich Zahlen (ohne „A“ und „0“), kann theoretisch nach der Spielbeschreibung durch Multiplikation dieser Zahlen mit dem gewählten Einsatz (aus dem Credit) ein „Produkt“ erzielt und als Gewinn gut gebucht werden. Praktisch zeigte sich aber während der ca. zwei Stunden lang durchgeführten Probebespielung auf baugleichen Geräten, dass ein solcher Gewinn offenbar wegen einer programmbedingten Begrenzung nicht möglich war, weil immer nur eine Zahlenkombination erreicht werden konnte, die dem Stand des Bufferguthabens entsprechend die einfache Umbuchung des Geldwertes dieses Guthabens in den „Credit“ ermöglichte.

Das kleine Walzenspiel war daher im Ergebnis als ein „Nullsummenspiel“ anzusehen und hatte somit keine relevante Bedeutung für das Spielergebnis. Da für das große Walzenspiel auch nur herkömmliche Glücksspiele mit einem nicht beeinflussbaren virtuellen Walzenlauf in Betracht kamen, konnte insgesamt von einem Geschicklichkeitsspiel keine Rede sein. Ein im Walzenspiel erzielter Gewinn wurde zwar zunächst nur in den Zwischenspeicher (Buffer) gestellt. Man musste dann nur noch einmal einen Einsatz leisten, um den Gewinn im kleinen Walzenspiel auf den auszahlbaren Credit umbuchen zu können. Dabei kam immer eine Zahlenkombination, durch die das Guthaben des Buffers in Credit umgebucht wurde. Somit war die Realisierung des Gewinnes im Miniaturwalzenspiel programmgesteuert ohne Einfluss des Spielers durch Geschicklichkeit möglich.

Bei dem an das kleine Walzenspiel anschließenden virtuellen „großen Walzenspiel“ wurden für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe

von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wurde mit der Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach zuerst das „kleine Walzenspiel“ ausgelöst. Nach dem Loslassen der Starttaste wurde – je nach Ergebnis des „kleinen Walzenlaufes“ (vgl dazu oben) entweder sofort oder nach neuerlichem Betätigen der Starttaste der „große Walzenlauf“ ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele im großen Walzenlauf zu nehmen.

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

Die G s.r.o., Z 30, SVK-B, ist Eigentümerin der in Rede stehenden Geräte. Die G s.r.o. ist eine slowakische s.r.o., sohin eine mit der österreichischen GmbH vergleichbare Gesellschaft. Sie verfügt über ein Stammkapital von umgerechnet etwa 7.200,- Euro (200.000,-- SKK) und hat keinen Aufsichtsrat. Die Gesellschaft verfügt über eine Zweigniederlassung in Österreich (x). Die Bf ist handelsrechtliche Geschäftsführerin dieses Unternehmens. Der Rechtsvertreter hat zum monatlichen Nettoeinkommen der Bf, einem allfälligen Vermögen und Sorgepflichten keine Angaben gemacht. Das monatliche Nettoeinkommen wird mit 2.000 Euro angenommen und davon ausgegangen, dass keine Sorgepflichten bestehen.

8. 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 K, darunter 4.908 über österreichische Spielbankbesucher und 2.012 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 3.600 online-„Sofort-Checks“. 621.195

Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2013 den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Bei 48.284 davon bestand die begründete Annahme im Sinne des § 25 Abs. 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.359 Informationsgesprächen sowie 741 Beratungen bzw. Befragungen führte. Zum 31.12.2013 bestanden in österreichischen Spielbanken bei 22.435 Spielbankbesuchern aufrechte, gültige Einschränkungen der Besuchsmöglichkeiten und 4.381 aktive Selbstsperren. In den VLT-Outlets wurden im Jahr 2013 aus begründetem Anlass 11.330 zur Alterskontrolle anhand eines Lichtbildausweises aufgefordert, wovon in 1.350 Fällen der Zutritt verwehrt wurde. Insgesamt wurden 343 protokollierte Spielerschutz-Informations-gespräche geführt.

Beim BMF wurde mit 1.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der 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 elektronische Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die B GmbH (B) festgelegt worden. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der B können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der B am Bildschirm.

II.

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, ihrem Aktenvermerk zur gegenständlichen Kontrolle, den Erfahrungswerten bei baugleichen Geräten, der Niederschrift über die Einvernahme und den aussagekräftigen, im Akt einliegenden Fotos. Auf den vorliegenden Fotos lassen sich die dem Gericht bereits bekannten Glücksspiele, die Einsätze und die möglichen Gewinne erkennen.

Für das Gericht bestanden daher keine Zweifel, dass es sich bei den gegenständlichen Geräten um Glücksspielgeräte gehandelt hat, auch wenn es den Kontrollorganen nicht möglich war, Testspiele durchzuführen. Dass auf den beiden Geräten genau im dem Zeitpunkt Fehler aufgetreten sind, als die Kontrollorgane Testspiele durchführen wollten, ist für das erkennende Gericht ein deutliches Zeichen, dass der Fehler bewusst herbeigeführt wurde, um die Kontrollen zu verhindern und die Glücksspieleigenschaft zu verbergen.

Dass die Bf Geschäftsführerin der G s.r.o. ist, ergibt sich aus dem im Akt einliegenden Firmenbuchauszug. Dass die G s.r.o. Eigentümerin der gegenständlichen Geräte ist, ergibt sich aus den auf den Geräten befindlichen Etiketten sowie den bei der Kontrolle vorgelegten Verträgen und Quittungen der G s.r.o.

Die Annahme der belangten Behörde eines monatlichen Nettoeinkommens von 2.000 Euro bei fehlenden Sorgepflichten wurde der Bf bereits im Rahmen der Aufforderung zur Rechtfertigung mitgeteilt und blieb im Verfahren unwidersprochen.

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

Dass die verfahrensgegenständlichen Geräte vom 12. März 2016 bis 17. März 2016 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal aufgestellt waren, ergibt sich aus

den Unterlagen zur finanzpolizeilichen Kontrolle, bei der das Aufstellungsdatum von einem Zeugen genannt worden ist.

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

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinn-bringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich aus Aufzeichnungen von Kontroll-organen in anderen Verfahren und der vom Gericht als unzweifelhaft angenommenen Vermutung, dass es sich bei den gegenständlichen Geräten um solche gleicher Bauart handelt.

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

III.

1. Gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 und Art. 131 Abs. 1 B-VG iVm. § 3 VwGVG ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung über die vorliegende Beschwerde zuständig. Dieses hatte gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

2. Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl I Nr 118/2015, 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.

3. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den verfahrensgegenständlichen 2 Geräten Spiele durchgeführt werden konnten, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Aufgrund des festgestellten Spielablaufes der an diesen Geräten verfügbaren virtuellen Walzenspiele ist es auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201) als erwiesen anzusehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die festgestellten Spiele somit als Glücksspiele iSd. § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind.

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

Die G s.r.o. als Eigentümerin der Geräte hat sich somit unternehmerisch an Ausspielungen beteiligt und den objektiven Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG erfüllt. Die Bf ist als handelsrechtliche Geschäftsführerin zur Vertretung nach außen berufen und somit gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

4. Die Geräte waren zum Zeitpunkt der Kontrolle am 17. März 2016 im gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Die Benützer der Glücksspielgeräte haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt an den gegenständlichen Geräten erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an diese Geräte übermittelt und dort nur angezeigt wurde (vgl. VwGH v. 29.4.2014, Ra 2014/17/0002).

5. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgehalten, dass bei Überprüfung der Frage der Zuständigkeit zur Entscheidung die Zuständigkeitsvorschrift heranzuziehen ist, die im Zeitpunkt der Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde in Geltung stand. Der bekämpfte Bescheid wurde nach Inkrafttreten des § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl I Nr 13/2014 erlassen. Auch wurde die Tatbegehung zeitlich nach Inkrafttreten des § 52 Abs. 3 GSpG vorgeworfen.

Die belangte Behörde war daher zur Erlassung des bekämpften Straferkenntnisses zuständig.

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

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

Nach 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).

Gemäß Art 49 AEUV (ex-Art 43 EGV) sind die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Das Gleiche gilt für Beschränkungen der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften durch Angehörige eines Mitgliedstaats, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind. Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr umfasst die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbstständiger

Erwerbstätigkeiten sowie die Gründung und Leitung von Unternehmen, insbesondere von Gesellschaften im Sinne des Art 54 Abs 2, nach den Bestimmungen des Aufnahmestaats für seine eigenen Angehörigen.

Gemäß Art 56 AEUV (ex-Art 49 EGV) sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Gemäß Art 57 AEUV (ex-Art 50) sind Dienstleistungen im Sinne der Verträge Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.

Unbeschadet des Kapitels über die Niederlassungsfreiheit kann der Leistende zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Mitgliedstaat ausüben, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Mitgliedstaat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt.

Die G s.r.o. ist eine juristische Person mit Sitz in B, Slowakische Republik, und verfügt über eine Zweigniederlassung in G, weshalb die Niederlassungsfreiheit maßgeblich ist. Im gegenständlichen Verfahren ist nicht hervorgekommen, dass die erwähnte Gesellschaft über jenes Stamm- oder Grundkapital verfügen würde, welches gemäß § 21 Abs. 2 Z 3 GSpG als zwingendes Erfordernis für die Erteilung einer Konzession nach dem GSpG Voraussetzung ist. Die G s.r.o. verfügt auch über keinen Aufsichtsrat, sodass entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes davon auszugehen, dass sie schon deswegen keine Konzession nach § 21 GSpG erlangen konnte, weil sie grundsätzlich zulässige Rechtsform- und Kapitalerfordernisse nicht erfüllt (vlg. VwGH vom 21.12.2012, 2012/17/0417). Es wurde im Verfahren auch nicht behauptet, dass sich die G s.r.o. um eine Konzession in Österreich bemüht hätte. Eine Konzession könnte ihr mangels ausreichendem Kapital (Stamm- oder Grundkapital von mindestens 109 Millionen Euro iSd § 14 Abs 2 Z 3 GSpG bzw 22 Millionen Euro iSd § 16 Abs 2 Z 3 GSpG) auch nicht erteilt werden. Die nicht diskriminierenden Bestimmungen des GSpG stehen im Einklang mit der Niederlassungsfreiheit.

Für den Fall, dass die G s.r.o. über keine Zweigniederlassung verfügen würde, wäre eine Prüfung bezüglich der Dienstleistungsfreiheit möglich. Bei der Prüfung der Dienstleistungsfreiheit ist zu berücksichtigen, dass sich entsprechend der ständigen Rechtsprechung des EuGH nur jemand auf die Dienstleistungsfreiheit berufen kann, der im Staat seiner Niederlassung rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt (C-42/07, Liga Portuguesa, Rz 51; vgl auch 4 Ob 251/14m). Die Bf könnte sich somit nur dann auf die Dienstleistungsfreiheit berufen, wenn sie in einem Mitgliedstaat der EU, in dem sie als

Glücksspielbetreiberin niedergelassen ist, rechtmäßig Glücksspiel betreiben und ihre Tätigkeit in Österreich zudem nur vorübergehend und gelegentlich ausüben würde (vgl. hiezu RL 2005/36/EG vom 7. September 2005 insb. Art 5 Abs 2). Dies wurde jedoch von der Bf weder behauptet noch kam dies im durchgeführten Ermittlungsverfahren hervor. Zusätzlich ist evident, dass gerade keine bloß gelegentliche oder vorübergehende Ausübung der Tätigkeit vorlag, sondern diese durchgehend und dauerhaft ausgeübt wurde. Die Bf kann sich auch deshalb nicht auf die Dienstleistungsfreiheit berufen.

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

Schon die oben angeführten Umstände, insbesondere der Kontrollen der Konzessionäre, der Maßnahmen zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels, der Festlegung der Anbindung der Glücksspielautomaten und VLT der konzessionierten Unternehmen an die B GmbH, aber auch der Einrichtung der Spielerschutzstelle, zeigen nach Ansicht des Oö. Landesverwaltungsgerichtes,

dass die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in kohärenter und systematischer Weise erfolgt.

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

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

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich weiters, dass es zu keiner Ausbreitung der Glücksspielsucht seit 2009 in Österreich gekommen ist. Gerade beim in Hinblick auf spielbedingte Probleme besonders risikoreichen Automatenglücksspiel ist die Prävalenz des problematischen und pathologischen Spielens (von ca. 13,5% [2009] auf ca. 8,1% [2015] bei Automaten in 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.

9. 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 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19) keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen erkennen.

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

Soweit sich 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. K und Prof. Dr. W vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg sind gerade diese Parameter in wissenschaftlicher Weise erhoben und ausgewertet worden. Diese Studie ist schlüssig und nachvollziehbar. Wahrnehmungen und Einschätzungen (auch einer größeren Zahl) von mit der Materie befassten Einzelpersonen können die Studie nicht widerlegen. Dies wäre nur durch eine auf gleicher fachlicher Ebene erstellten Studie möglich. Die Beweisanträge waren daher schon aus diesem Grund abzuweisen.

Soweit Zeugeneinvernahmen zum Beweis dafür beantragt wurden, dass die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz ineffektiv seien, ist auszuführen, dass die Zeugen lediglich ihre persönliche Meinung (ob eine „Ineffektivität“ vorliegt) darstellen könnten, die allenfalls auf Umständen gründet, die sich in ihrem unmittelbaren Umfeld abspielen. Hingegen sind der genannten Studie auch Auswirkungen der gesetzlichen Vorgaben und behördlichen Maßnahmen zu entnehmen. Persönliche Meinungen von Einzelpersonen sind daher für die vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

vorzunehmende rechtliche Beurteilung, ob angesichts bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen als (im rechtlichen Sinne ausreichend) effektiv angesehen werden können oder nicht, nicht von Relevanz. Auch die Beweisanträge zur Effektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz waren daher abzuweisen.

Zum Beweisantrag betreffend die Einholung eines Gutachtens aus dem Bereich Glücksspielautomaten:
Ordnungsgemäße Beweisanträge haben unter anderem das Beweismittel und das Beweisthema anzugeben (vgl. etwa VwGH 25.11.2015, 2013/16/0034), wobei in der Unterlassung einer Beweisaufnahme kein Verfahrensmangel gelegen ist, wenn das von der Partei im Beweisantrag genannte Beweisthema unbestimmt ist (vgl. VwGH 17.11.2015, Ra 2015/02/0141). Von der Bf wurde auch kein konkretes Vorbringen erstattet, wie die Geräte bzw. Spiele funktionieren würden (insbesondere wurde auch nicht vorgebracht, inwiefern Geschicklichkeit, Reaktionsfähigkeit bzw. die Fähigkeit zur optischen Erfassung von Bildern auf das Spielergebnis im Sekundentakt einen Einfluss haben sollten bzw. könnten), und es wurde auch den Feststellungen im angefochtenen Bescheid zur Funktionsweise der Geräte nicht konkret entgegengetreten. Die Einholung des beantragten Gutachtens liefe daher letztlich nicht auf den Nachweis des Zutreffens von konkreten Tatsachenbehauptungen hinaus. Von der Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens konnte daher abgesehen werden (vgl. etwa VwGH 27.02.2007, 2007/02/0018; 20.02.2014, 2012/17/0109). Im Übrigen betrifft die Frage, ob ein bestimmtes Spiel im Ergebnis letztlich als ein Geschicklichkeitsspiel oder als ein Glückspiel im Sinne des GSpG anzusehen ist, eine vom Verwaltungsgericht vorzunehmende rechtliche Beurteilung. Ein Sachverständiger könnte allenfalls eine bestimmte Funktionsweise der Geräte begutachten, wobei die Schlussfolgerungen daraus, ob letztlich ausgehend von der konkreten Funktionsweise von einem Geschicklichkeits- oder einem Glücksspiel im Sinne des GSpG auszugehen ist, von der Behörde bzw. vom Gericht vorzunehmen sind. Eine konkrete zu begutachtende Funktionsweise wurde von der Bf aber nicht vorgebracht, sodass letztlich unklar ist, welche konkrete Funktionsweise (jeweils bei den unterschiedlichen Geräten) durch das Gutachten bewiesen hätte werden sollen.

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

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

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

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

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

Die Bf beruft sich lediglich auf die vereinzelt gebliebene Judikatur des LVwG Oö. sowie die divergente Judikatur der Höchstgerichte. Demgegenüber stehen eine ständige Praxis der zuständigen Verwaltungsbehörden und insbesondere die

einhellige, weiter oben dargestellte Judikatur des VwGH. Die vereinzelt gebliebene Judikatur des LVwG Oö. (insb. LVwG-410286) wurde vom VwGH nicht bestätigt (vgl. VwGH vom 15.12.2014, Ro2014/17/0121-5). Die Bf konnte sich demnach nicht erfolgreich auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum berufen, sondern unterliegt bestenfalls einem Rechtsirrtum, der ihm allerdings vorwerfbar ist.

Die Bf hat somit ihr objektiv rechtswidriges Verhalten auch (subjektiv) zu verantworten.

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

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

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

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

Die belangte Behörde führte zur Strafbemessung aus, dass keine besonderen Milderungsgründe vorliegen würden. Das Ausmaß des Verschuldens konnte jedoch im Hinblick auf die zahlreichen wegen der gleichen Verwaltungsübertretung eingeleiteten Verfahren und der in mehrere Fällen rechtskräftig gewordenen Verwaltungsstrafen nach dem Glücksspielgesetz sowie in Anbetracht der offensichtlichen Außerachtlassung der im gegenständlichen Fall objektiv gebotenen und dem Beschuldigten zuzumutenden Sorgfalt nicht als geringfügig erachtet werden.

Den von der Bf vorgebrachten Milderungsgründen kann hingegen nicht gefolgt werden. Insbesondere kann nicht davon die Rede sein, dass kein Schaden herbeigeführt worden ist, nachdem davon ausgegangen worden werden kann, dass illegale Glückspiele mit dem gegenständlichen Gerät durchgeführt worden sind. Dass bei einem Ungehorsamsdelikt kein Schaden eingetreten ist, kommt im Übrigen nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshof nicht als Milderungsgrund in Betracht (vgl. etwa VwGH vom 20. Juli 2004, 2002/03/0223, mwN). Es ist auch nicht zu erkennen, inwieweit sich die Bf ernstlich bemüht haben soll, nachteilige Folgen zu verhindern.

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

Der Strafrahmen der vorgeworfenen Tat liegt im Falle einer erstmaligen oder weiteren Wiederholung zwischen 3.000,- Euro und 30.000,- Euro pro Glücksspielgerät.

Die belangte Behörde ist bei der Feststellung des Strafrahmens im Zuge der Strafbemessung davon ausgegangen, dass die Verwaltungsübertretung mit mehr als 3 Geräte begangen worden ist, da bei der Kontrolle durch die Finanzpolizei

insgesamt sechs Glücksspielgeräte kontrolliert bzw. beschlagnahmt worden sind (arg. „Wiederholungstat iSd § 52 Abs. 2 letzter Satz GSpG“ und „doppelte Mindeststrafe im Wiederholungsfall“, womit die Wiederholung einer Übertretung mit mehr als 3 Geräte gemeint sein muss, weil bei einer Wiederholung mit 3 Geräten oder weniger die dreifache Mindeststrafe vorgesehen ist). In diesem Fall würde der Strafrahmen zwischen 6.000,- Euro und 60.000,- Euro liegen. Da im gegenständlichen Straferkenntnis der Bf jedoch nur die Verwaltungsübertretung bezüglich zweier Glücksspielgeräte vorgeworfen wurde, kann für die Beurteilung der Strafbemessung nur der wie oben angeführte geringere Strafrahmen zur Anwendung kommen.

Die belangte Behörde hat eine Geldstrafe in der Höhe von 6.000,- Euro pro Gerät, also der Mindeststrafe des von ihr angenommenen Strafrahmens, festgelegt. Da hierbei von einem falschen Strafrahmen ausgegangen wurde, war es für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geboten, die Geldstrafe ebenso pro Gerät auf die Mindeststrafe des zutreffenden Strafrahmens herabzusetzen, nachdem keine weiteren Erschwerungsgründe bekannt geworden sind.

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 25.01.1988, 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 um etwa die Hälfte auf je 33 Stunden (somit insgesamt 66 Stunden) herabzusetzen.

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

Bezüglich eines möglichen Verstoßes gegen Artikel 6 EMRK wegen dem Fernbleiben der belangten Behörde von der mündlichen Verhandlung ist festzuhalten, dass in dem Urteil des EGMR zur Rechtssache Karelin vom 20.09.2016, 926/08, unter anderem auch auf das früher ergangene Urteil des EGMR vom 4. Juli 2002, 38544/97, Weh und Weh gegen Österreich, verwiesen wird. Demnach erfüllt das österreichische System die Garantien des Artikel 6 EMRK, weil der Beschuldigte vor einem Strafausspruch über sämtliche erhobenen Beweise zu informieren ist und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden muss. Auf Grund des vorliegenden Verfahrensaktes der belangten Behörde war dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Rechtsposition

der Behörde sowie deren Erwägungsgründe für die Erlassung des angefochtenen Bescheides auch ohne deren Teilnahme bei der mündlichen Verhandlung bekannt. Das Fehlen der belangten Behörde bei der öffentlichen mündlichen Verhandlung stellte somit keinesfalls eine Verletzung des Artikel 6 EMRK dar.

15. Es war somit im Ergebnis der Beschwerde gemäß § 50 VwGVG mit der Maßgabe stattzugeben, als die Geldstrafe auf 2 x 3.000,00 Euro (somit insgesamt 6.000,- Euro) sowie die Ersatzfreiheitsstrafe auf 2 x 33 Stunden (somit insgesamt 66 Stunden) herabzusetzen und spruchgemäß zu entscheiden war.

Der Kostenbeitrag zum behördlichen Verwaltungsstrafverfahren wird gemäß § 64 Abs. 2 VStG mit 600,00 Euro (10 % der nunmehr festgesetzten Geldstrafe) bestimmt. Nachdem der Beschwerde teilweise stattgegeben wurde, waren gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG keine Kosten für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht 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. Die Entscheidung weicht nicht von der Rsp des VwGH zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen (vgl. insbesondere die in Punkt III. zitierte Judikatur).

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

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

H i n w e i s

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

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Stierschneider