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-411547/8/FP

Datum:
Linz, 25. 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. Pohl über die Beschwerde von R W, geb., T, vertreten durch Dr. F M, Rechtsanwalt, W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels Land vom 14. Juni 2016, GZ Pol96-198-2015, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt, dass die Wendung im Spruch „das zur Vertretung nach außen berufene Organ“ durch das Wort „Geschäftsführerin“ ersetzt wird.

II. Gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG hat die Beschwerdeführerin einen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht in der Höhe von 200 Euro (das sind 20 % der Strafe) 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 dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land (im Folgenden: belangte Behörde) wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) eine Geldstrafe von 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 34 Stunden) wegen einer Übertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG, in der Fassung BGBl I Nr. 118/2015 verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 100 Euro vorgeschrieben.

Das Straferkenntnis lautete wie folgt:

„[…]

Straferkenntnis

Sie haben es als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der Firma G s.r.o., Z, B, zu verantworten, dass diese Firma im Lokal „Sch" in L, mit unten angeführtem Glücksspielgerät vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 Glücksspielgesetz veranstaltet hat.
Tatort:
Lokal „Sch" in L
Tatzeit:
Von 28.02.2015 bis 14.05.2015

Glücksspielgerät

FA-Geräte Nr.	Gerätebezeichnung	Seriennummer
1	Auftragsterminal Skill Games	X

Am Gerät wurden Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen angeboten, bei denen für einen Einsatz ein Gewinn in Höhe des Vielfachen des Einsatzes in Aussicht gestellt wurde. Das Spielergebnis hing überwiegend vom Zufall ab.
Die Spiele wurden auf Rechnung der G s.r.o., Z, B, durchgeführt, Gewinn und Verlustrisiko lagen bei ihr.
Damit hat diese Firma vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet und folgende Rechtsvorschrift verletzt:

§ 52 Abs 1 Z 1 erstes Tatbild iVm § 2 Abs 4 Glücksspielgesetz (GSpG)

Als handelsrechtliche Geschäftsführerin dieser Firma sind Sie dafür gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe gemäß § 16 VStG von	Gemäß
1.000,00 Euro	24 Stunden	§ 52 Abs 2 GSpG

Ferner haben Sie gemäß § 64 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG) zu zahlen:

als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, 100,00 Euro das sind 10 Prozent der Strafe

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher:

1.100,00 Euro
[...]

Begründung

Sachverhalt

Am Abend des 14.05.2015 hat ein privater Spieler das Lokal Sch in L, aufgesucht und an dem im öffentlich zugänglichen Bereich situierten elektronischen Walzenspielgerät gespielt. Der Spieler war seit Februar 2005 etwa zwei Mal im Monat (insgesamt etwa sieben Mal) im Lokal gewesen und hat dabei an dem Gerät gespielt und gelegentlich auch Gewinne erzielt. An diesem Abend führte der Spieler dem Gerät mehr als 1.200 Euro zu als Einsatz für virtuelle Walzenspiele. Nachdem er den gesamten Einsatz verloren hatte, ohne ein einziges Mal einen Gewinn erzielt zu haben, stellte er den Lokalbetreiber zur Rede, da seiner Meinung nach das Gerät schlecht eingestellt bzw. manipuliert sei. Daraufhin hat dieser zugegeben, dass das Gerät „nur nimmt", hat aber keine Veranlassungen getroffen. Der Spieler zeigte den Vorfall um 14.05.2015 um 23.10 Uhr telefonisch bei der Polizei-Bezirksleitstelle M an.

Um 23.20 Uhr trafen Beamte der PI L im Lokal ein und stellten fest, dass das elektronische Walzenspielgerät mit der Aufschrift „Skill Games" betriebsbereit eingeschaltet und öffentlich zugänglich im Lokal aufgestellt war. Sie stellten weiters fest, dass das Gerät für einen Mindesteinsatz von 0,50 Euro und einen Maximaleinsatz von 10 Euro virtuelle Walzenspiele (zB Macau, Joker27, Lucky Bars...) anbot. Für einen Einsatz von 2 Euro wurde ein Gewinn in Höhe von 1000 Euro in Aussicht gestellt. Nach Auswahl des Einsatzes und Drücken des Startknopfes begannen sich am Bildschirm Symbole virtuell zu drehen und kamen nach kurzer Zeit selbstständig zum Stillstand. Je nachdem, ob die zuletzt angezeigte Kombination einer im Gewinnplan festgelegten Kombination entsprach, war entweder ein Gewinn oder der Verlust des Einsatzes eingetreten. Der Spieler konnte den Ablauf nicht beeinflussen, sondern nur erneut den Startknopf für ein weiteres Spiel drücken. Dabei wurde vom Guthaben erneut der Spieleinsatz abgebucht.

Von den erhebenden Polizeibeamten befragt gab der Lokalbetreiber an, dass er mit der Firma G s.r.o. einen Vertrag über die Aufstellung des Glücksspielgerätes in seinem Lokal geschlossen haben und den Gästen demnach Zugang zum Glücksspiel ermögliche. Im Gegenzug würde er eine Provision je nach Umsatz des Gerätes von der Firma G s.r.o. erhalten.

Die Firma G s.r.o. hat somit zumindest in der Zeit von 28.02.2015 bis zum 14.05.2015 mit dem Lokalbetreiber eine Vereinbarung geschlossen, wonach dieser die Aufstellung des Glücksspielgerätes in seinem Lokal duldet und im Gegenzug von der Firma G s.r.o. eine Platzmiete erhält. Die Firma G s.r.o. trug das (geringe) wirtschaftliche Risiko, dass

das in ihrem Eigentum befindliche Gerät nicht von den Kunden angenommen wird und trotzdem Platzmiete zu bezahlen ist. Die Firma G s.r.o. rechnete regelmäßig die vom Gerät einbehaltenen Spielerverluste mit dem Lokalbetreiber ab, und erzielte dadurch fortgesetzt Einnahmen aus den mit dem Walzenspiel-Gerät veranstalteten verbotenen Ausspielungen. Sie hat diese Tätigkeit im genannten Zeitraum auf eigene Rechnung und Gefahr und damit selbständig ausgeübt. Als handelsrechtliche Geschäftsführerin sind Sie für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften verantwortlich.

Bei den genannten Spielen hatten die Spieler keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang des Spieles zu nehmen. Die Entscheidung über das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab. Die Spieler konnten nur einen Einsatz und den dazugehörigen Spielplan auswählen, den Spielablauf durch Tastenbetätigung auslösen und das Spielergebnis nach Stillstand der Walzen abwarten.

Die erforderliche Konzession des Bundesministers für Finanzen lag nicht vor. Die Geräte waren auch nicht nach den Bestimmungen des § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen.

Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 11.08.2015 wurde Ihnen der Tatvorwurf zur Kenntnis gebracht und Ihnen die Möglichkeit zur Rechtfertigung gegeben.

Mit Eingabe Ihres Rechtsanwaltes vom 18.08.2015 bestritten Sie, dass Sie eine Verwaltungsübertretung begangen hätten, weil die angeführte Norm unionsrechtswidrig und deshalb nicht anwendbar sei. Zudem stellten Sie den Antrag, den Meldungsleger zu vernehmen und 11 vorgegebene Fragen zur Kontrolle zu stellen. Sie gaben an, dass die Geräte weder Glücksspielautomaten noch elektronische Lotterie seien, sondern lediglich zur Weitergabe verschiedener Aufträge dienen würden. Durch die Geräte werde nur die Teilnahme an einem laufenden Spiel an einem anderen Ort - an dem dies erlaubt sei - ermöglicht. Abschließend stellten Sie die Anträge, das Verfahren aufgrund eines Missverhältnisses zwischen Verfahrensaufwand und Bedeutung der gegenständlichen Verwaltungsübertretung einzustellen.

Am 08.03.2016 wurde der anzeigende Spieler von der Behörde niederschriftlich vernommen. Er gab dabei an, am 14.05.2015 versucht zu haben, den am Vortag ebenfalls an diesem Gerät verlorenen Einsatz in Höhe von 700 Euro zurückzugewinnen. Er habe alle am Gerät angebotenen Walzenspiele durchprobiert, mit Einsätzen zwischen 0,50 Euro und 4 Euro. In keinem Fall konnte er einen Gewinn erzielen. Er habe während des Spiels lediglich immer wieder die Starttaste gedrückt. Dann begannen die Walzen zu laufen und blieben von selbst wieder stehen. Er gab an, dass sich die kleinen Walzen nach Drücken der Start-Taste ebenfalls drehen. Die kleinen Walzen hätten jedoch keine für ihn erkennbare Auswirkung auf das Walzenspiel. Somit sei auch kein Geschick zum Spielen des Walzenspieles notwendig.

Die Aussage des Spielers wurde Ihrem Rechtsvertreter mit E-Mail vom 06.04.2016 zur Kenntnis gebracht. In Ihrer Stellungnahme vom 20.04.2016 beantragen Sie, die Aussage des Zeugen nicht zu verwerten, da er das Spiel nicht verstanden habe. Zudem sei die Unbedenklichkeit des Spiels gerichtlich vom BG Wels festgestellt und habe der OGH am 30.03.2016 einen Antrag auf Aufhebung des Glücksspielgesetzes beim VfGH gestellt.

Verwertete Beweise: Anzeigen der PI L, Fotodokumentation, Niederschriftliche Aussage des Spielers, Registerauszüge, Gutachten des SV E F vom 15.06.2015, Eingaben von RA Dr. M vom 20.08.2015 und vom 21.04.2016.

Rechtliche Beurteilung

Ein Glücksspiel ist gemäß § 1 Abs 1 GSpG ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Nach § 2 Abs 2 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.

§ 2 Abs 1 GSpG definiert Ausspielungen als 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).

Wenn die Ausspielungen nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 GSpG ausgenommen sind und auch keine Konzession oder Bewilligung dafür erteilt wurde, handelt es sich gemäß § 2 Abs 4 GSpG um verbotene Ausspielungen.

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 60.000 Euro zu bestrafen, wer verbotene Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus, unternehmerisch zugänglich macht.

Gemäß § 52 Abs 2 GSpG ist bei erstmaliger Übertretung mit bis zu drei Geräten eine Geldstrafe von mindestens 1.000 Euro pro Gerät, und im Falle der Wiederholung von mindestens 3.000 Euro pro Gerät zu verhängen.

In Ihren Rechtfertigungen führen Sie unter Hinweis auf die Rechtssache C-390/12 vom 30.04.2014 bzw. auf den Normaufhebungsantrag des OGH vom 30.03.2016 aus, dass das Glücksspielgesetz unionsrechtswidrig und damit nicht anwendbar sei.

Demgegenüber hat jedoch der VwGH mit Erkenntnis vom 16.03.2016, Ro 2015/17/0022, ausgesprochen, dass eine Unionsrechtswidrigkeit von Bestimmungen des GSpG nicht erkannt werden kann, da durch die im GSpG vorgesehenen Maßnahmen die angestrebten Ziele des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung, der Verringerung der Beschaffungskriminalität sowie der Verhinderung von kriminellen Handlungen gegenüber Spielern in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden und diese Maßnahmen somit erforderliche und verhältnismäßige Eingriffe in die Dienstleistungsfreiheit nach AEUV sind.

Auf dem verfahrensgegenständlichen „Walzenspiel"-Gerät FA-Nr. 1 wurden im Tatzeitraum Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen angeboten. Diese Spiele konnten nur nach Leistung eines monetären Einsatzes aufgerufen werden. Dabei wurde laut Gewinnplan für das Erreichen bestimmter Symbolkombinationen ein Gewinn in Höhe

des Vielfachen des Einsatzes in Aussicht gestellt. Der Spieler konnte nur einen Einsatz und den dazugehörigen Gewinnplan auswählen und die Start-Taste betätigen. Bei dem dadurch ausgelösten virtuellen Walzenspiel wurden für die Dauer von etwa einer Sekunde die am Bildschirm dargestellten Symbole zufällig ausgetauscht oder ihre Lage verändert. Wenn die neue Symbolkombination einer im Gewinnplan dargestellten Kombination entsprach, war ein Gewinn eingetreten, andernfalls ist der Einsatz verloren gewesen.
Es wurde somit dem Spieler keinerlei Möglichkeit geboten, bewusst Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen oder Zahlen zu nehmen, sondern die Entscheidung über das Spielergebnis hing jedenfalls vorwiegend vom Zufall ab.

Nach dem schlüssigen Gutachten des gerichtlich beeideten Sachverständigen E F zum Gerätetyp Skill Games ist auch das dem eigentlichen Walzenlauf vor- bzw. im Gewinnfall nachgeschaltete Miniaturwalzenspiel kein Geschicklichkeitsspiel, sondern ebenfalls überwiegend vom Zufall abhängig. Das übliche virtuelle Walzenspiel kann entgegen dem vom Glücksspielanbieter beauftragten Gutachten ohne Anwendung von nennenswertem Geschick durch zweimaliges Drücken der Start-Taste ausgelöst werden. Die vorsätzliche Herbeiführung eines bestimmten Spielerfolges durch die Anwendung von menschlichen Fähigkeiten (Geschicklichkeit, Merkfähigkeit, Reaktionsschnelligkeit) ist aus technischer Sicht auch beim Miniaturwalzenspiel, bei dem ebenfalls die Walzen nur gemeinsam gestoppt werden können, nicht möglich.

Darüber hinaus könnte selbst ein tatsächliches Geschicklichkeitsspiel, dass einem virtuellen Walzenspiel vor- oder auch nachgeschaltet ist, die Qualifikation als Glücksspiel nicht verhindern, da ein Spieler zwar durch Ungeschick seinen Einsatz verlieren könnte, jedoch trotz größtem Geschick zur Erzielung eines Gewinnes auf den Zufall des Walzenstillstandes angewiesen ist (vgl auch VwGH vom 03.07.2009 2005/17/0178).

Der von der Beschuldigten vorgelegten Entscheidung des BG Wels vom 17.03.2015, C 673/14g, indem in einem zivilrechtlichen Verfahren dem vom Glücksspielanbieter beauftragten Gutachten gefolgt wurde und die Glücksspieleigenschaft der Geräte verneint wurde, kommt keine Präjudizwirkung auf die verwaltungsbehördlichen Verfahren zu. Stattdessen verweist die Behörde auf das im Erkenntnis des VwGH vom 26.3.2015, Ra 2014/17/0033, zu einem „Skill Bob"-Gerät. Ebenso wie bei dem „Skill Bob"-Gerät handelt es sich bei Geräten mit „Skill Games" um einen vergleichbaren Umgehungsversuch, da auch hier die vermeintliche Geschicklichkeitskomponente die Glücksspieleigenschaft verdrängen soll.

Der VwGH sprach zudem in seinem Erkenntnis vom 03.07.2009, 2005/17/0178, wörtlich aus: „Auch dann, wenn ein mit einem Spielautomaten in einer ersten Phase des Spiels allenfalls erzielter Gewinn in einer weiteren (an die erste Spielphase anschließenden, "Gamble-Phase", "Risiko-Spiel" oder wie immer genannten) Phase vervielfacht werden kann und in dieser Phase die Geschicklichkeit des Spielers das Spielergebnis maßgeblich beeinflussen kann, ist das Spiel insgesamt nicht ein solches, bei dem das Spielergebnis nicht ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt".
Somit handelte es sich bei jedem dieser Spiele um ein Glücksspiel im Sinne des § 1 Abs 1 GSpG.

Nach dem festgestellten Sachverhalt wurden im Lokal bis zur behördlichen Kontrolle mit den spruchgegenständlichen Glücksspielgeräten elektronische Glücksspiele angeboten, die nur nach Leistung eines Einsatzes aufrufbar waren und im Gegenzug einen Gewinn laut Gewinnplan in Aussicht stellten.

Somit steht für die Behörde fest, dass mit sämtlichen angebotenen Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen erzielt werden sollten und es sich um (von einem Unternehmer veranstaltete) Ausspielungen gemäß § 2 Abs 1 GSpG handelte, bei denen für einen geleisteten Einsatz ein Gewinn in Aussicht gestellt wurde.

Gemäß § 3 GSpG ist das Recht zur Durchführung von Glücksspielen, soweit in diesem Bundesgesetz nichts anderes bestimmt wird, dem Bund vorbehalten (Glücksspielmonopol). Die auf den Geräten durchgeführten Ausspielungen waren weder durch eine Konzession nach dem GSpG gedeckt, noch gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen. Somit lagen verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG vor.

In Ihrer Eingabe vom 20.08.2015 behaupten Sie, dass die vorliegenden Geräte keine Glücksspielautomaten sind und auch keine elektronische Lotterie angeboten werde.

Nach Auffassung der Behörde ist es unerheblich, ob die festgestellten Ausspielungen mit Glücksspielautomaten, in Form von elektronischen Lotterien oder in sonstiger Ausprägung erfolgten. In jedem Fall liegt bei Fehlen einer entsprechenden Konzession bzw. Ausnahme vom Glücksspielmonopol des Bundes eine verbotene Ausspielung vor, die den Straftatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG verwirklicht.

Die verbotenen Ausspielungen hat die Firma G s.r.o. veranstaltet. Sie hat für die Aufstellung des Glücksspielgerätes und dessen Betrieb in einem Lokal eine Platzmiete bezahlt und im Gegenzug die in der Gerätekassa zurückgebliebenen Spielereinsätze eingenommen, um durch fortgesetzt Einnahmen zu erzielen.

Die Teilnahme wurde über die obgenannten Glücksspielgeräte im angeführten Lokal im Bezirk Wels-Land, somit vom Inland aus ermöglicht.

Durch das Veranstalten von verbotenen Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus durch die Firma G s.r.o. haben Sie als das zur Vertretung nach außen berufene Organ dieser Firma eine Verwaltungsübertretung begangen, die gemäß § 52 Abs 1 Z 1 und Abs 2 GSpG von der Behörde mit bis zu 60.000 Euro und bei Übertretung mit bis zu 3 Geräten mit mindestens 1.000 Euro, im Wiederholungsfall mit mindestens 3.000 Euro pro Gerät zu bestrafen ist.

Verschulden:
Gemäß § 5 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Das Glücksspielgesetz verbietet und sanktioniert das Veranstalten, Organisieren, Anbieten und das Zugänglichmachen von verbotenen Ausspielungen sowie die unternehmerische Beteiligung daran ohne weitere Voraussetzungen („Ungehorsamsdelikt"). Fahrlässigkeit ist beim Zuwiderhandeln gegen ein solches Verbot stets anzunehmen, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein

Verschulden trifft bzw. ihm die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften ohne sein Verschulden unmöglich war.

Aufgrund Ihrer Tätigkeit als Geschäftsführerin einer Glücksspielfirma, gehört es zu Ihren grundlegenden Aufgaben, sich über die Zulässigkeit der Ausübung von Glücksspielaktivitäten zu informieren. Dies ist beispielsweise über die öffentlich zugänglichen Informationen des Finanzministeriums (www.bmf.gv.at) einfach möglich. Auch die zuständige Behörde hätte Ihnen über Nachfrage entsprechend Auskunft erteilt. Somit wäre Ihnen sowohl geboten als auch zumutbar gewesen, sich mit den maßgeblichen Gesetzesvorschriften vertraut zu machen und Kenntnis von der Verbotsnorm zu erlangen. Hinzu kommt, dass Sie bereits vielfach wegen des Veranstaltens und der unternehmerischen Beteiligung von verbotenen Ausspielungen angezeigt wurden. Auch aus diesem Umstand hätten Sie schließen können, dass die von ihnen gesetzten Glücksspielaktivitäten problematisch sind.

Das Vorbringen Ihres Rechtsvertreters, die Gesetzeslage sei nicht eindeutig und damit das Verschulden gering, vermag in diesem Zusammenhang nicht zu überzeugen, zumal nicht erblickt werden kann, worin die vorgebrachte Uneindeutigkeit bestehen soll. Vielmehr sind die gegenständlichen Bestimmungen des GSpG nach Auffassung der Behörde unmissverständlich.

Die Übertretung einer geltenden Bestimmung und die anschließende Rechtfertigung, man halte die Rechtslage für nicht eindeutig, lässt in diesem Zusammenhang auf einen gefestigten Täterwillen und damit eine zumindest bedingt vorsätzliche Tatbegehung schließen. Wer nämlich eine Tat setzt, obwohl ihm die Rechtslage nicht eindeutig erscheint, nimmt damit die Übertretung der gegenständlichen Bestimmungen geradezu billigend in Kauf. Im konkreten Fall geht die Behörde daher von einer zumindest bedingt vorsätzlichen Tatbegehung aus.

Die vorliegende Art der Begehung in Form des Veranstaltens verbotener Ausspielungen in einem Gastlokal ist eine geradezu typische Handlungsweise, die das Glücksspielgesetz hintan halten möchte, zumal gerade dadurch das illegale Glücksspiel ermöglicht und befördert wird. Somit ist darin kein Hinweis für ein geringgradiges Verschulden zu erkennen.

Gemäß § 50 Abs 1 GSpG ist für das Strafverfahren in erster Instanz die Bezirksverwaltungsbehörde des Tatortes örtlich zuständig. Für die Zugänglichmachung von Ausspielungen über in L aufgestellte Geräte ist somit die Bezirkshauptmannschaft Wels-Land zuständig.

Gemäß § 19 VStG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung bewirken soll und der Umstand, in wie weit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat.

Das GSpG dient im Wesentlichen dem Spielerschutz, der Spielsuchtvorbeugung, der Überwachung von Altersgrenzen und Spielersperren, dem Schutz vor zunehmender Kriminalität und dem Zweck, das Glücksspielangebot überschaubar zu halten. Durch die inkriminierte Vorgehensweise wird der Gesetzeszweck geradezu konterkariert, da die

Veranstaltung verbotener Ausspielungen der Gesetzesintention diametral zuwiderläuft. Die Tat ist daher mit einem erheblichen Unrechtsgehalt behaftet.

Nach § 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 Bestimmungen der §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Das Verwaltungsstrafverfahren hat weder Erschwerungs- noch Milderungsgründe hervorgebracht, da gegen Sie zum Tatzeitpunkt noch keine rechtskräftige Bestrafung nach dem Glücksspielgesetz vorlag.

Aufgrund der diesbezüglich unwidersprochenen Aufforderung zur Rechtfertigung war von einem Nettoeinkommen in der Höhe von 3.000 Euro sowie vom NichtVorliegen von Vermögen und Sorgepflichten auszugehen.

Bei der Strafbemessung im Sinne des § 19 VStG wurde die Mindeststrafe verhängt.

Bei der Übertretung am 14.05.2015 wurde 1 Glücksspielgerät festgestellt. Der Strafrahmen beträgt gemäß § 52 Abs 2 GSpG bei der ersten Übertretung mit bis zu 3 Geräten 1.000 Euro bis 10.000 Euro pro Gerät. Somit beträgt die Strafe EUR 1.000.

Ferner haben Sie gemäß § 64 VStG als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens 10 Prozent der Strafe zu zahlen, das sind 100 Euro. Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe und Kosten) beträgt daher 1.100 Euro.

Gemäß § 16 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) ist bei Verhängung einer Geldstrafe zugleich eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Diese darf nicht länger als 2 Wochen (336 Stunden) betragen. Angesichts der Bemessung der Geldstrafe wird eine Ersatzfreiheitsstrafe im Ausmaß von 24 Stunden verhängt.

Die verhängte Strafe erscheint unter Berücksichtigung der genannten Umstände schuld- und unrechtsangemessen. Somit war spruchgemäß zu entscheiden.“

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 12. Juli 2016, mit der die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens beantragt werden.

In der Beschwerde brachte die Bf ausführlich vor, machte Verfahrens- und Begründungsmängel geltend. Sie wandte zudem die Unzuständigkeit der belangten Behörde ein und behauptete, dass es sich beim verfahrensgegenständlichen Gerät nicht um ein Glücksspielgerät handle. Weiters brachte sie vor, dass aufgrund der näher dargelegten Rechtsmeinungen feststehe, dass ihm jedenfalls kein Verschulden anzulasten sei. Überdies seien vorhandene

Milderungsgründe nicht festgestellt worden und Erschwerungsumstände unzutreffend gewertet worden.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht die Beschwerde und den Verfahrensakt mit Schreiben vom 28. Juli 2016 zur Entscheidung vor.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde übermittelten Verfahrensakt, insbesondere die im Akt erliegende Anzeige der LPD Oberösterreich, in eine Stellungnahme des BMF vom September 2014 samt Glücksspielbericht 2010-2013, den Bericht des BMF Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014, Einsichtnahme in eine Vielzahl von Unterlagen, die der Bf gemeinsam mit einem Schriftsatz am 18. Jänner 2017 beigebracht hat, insbesondere die enthaltene Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspiel-probleme in Österreich, Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“, sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung. Zu dieser Verhandlung erschien der Rechtsfreund der Bf und ein Vertreter der belangten Behörde. Das Gericht schaffte im Vorfeld die Akten LVwG-410943 und 411005 bei, der die Bezug habende Beschlagnahme betrifft. Das Gericht hörte zudem die Zeugen S und GrInsp. G M.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oö. geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Der Zeuge S besuchte am 13. und am 14. Mai 2015 das Lokal „Sch“ in L, welches vom Bf als Einzelunternehmen betrieben wird.
Im Lokal befand sich ein Glücksspielgerät (Eingabeterminal) der Type Kajot AT2 „Skill Games“ mit der Seriennummer x.
Der Zeuge S spielte an beiden Tagen auf dem Gerät und verlor am 13. Mai 2015 ca. 700 Euro, am 14. Mai 2015 ca. 1240 Euro.
(Zeuge S).

Das verfahrensgegenständliche Gerät wurde zumindest von Februar 2015 bis zum 14. Mai 2015 betrieben, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen und es stand in diesem Zeitraum in einem öffentlich zugänglichen Bereich im oa. Lokal eingeschaltet und betriebsbereit für Spieler zur Verfügung. Es steht im Eigentum der G s.r.o. (Anzeige LPD)

Der Bf hat mit der G s.r.o., G, einen Vertrag abgeschlossen. Er lässt diese das Glücksspielgerät in seinem Lokal aufstellen und macht es für Gäste zugänglich. Der Bf erhält von der genannten Gesellschaft dafür eine Provision. Die G s.r.o. veranstaltet mit dem Gerät Glücksspiele. (Anzeige, Straferkenntnisse)

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 SSK) und hat keinen Aufsichtsrat. Die Gesellschaft verfügt über eine Niederlassung in Österreich. Die Bf ist Geschäftsführerin dieser Gesellschaft.

Das Lokal „Sch“ wird als Einzelunternehmen betrieben.

Das ggst. Gerät war im Zeitpunkt des Erscheinens der Polizei am 14. Mai 2015 gg. 23.10 Uhr eingeschaltet und für jedermann zugänglich.

Keine der genannten Personen war oder ist im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für das verfahrensgegenständliche Gerät. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Von den Organen der Polizei wurde festgestellt, dass am Gerät ein Mindesteinsatz von 0,5 Euro und ein Höchsteinsatz von 10 Euro gespielt werden kann. Bei einem Einsatz von 2 Euro war ein Gewinn von 1.000 Euro erzielbar. (Anzeige)

Es waren unter anderem folgende Walzenspiele verfügbar:
Macao, Joker 27, Joker 81.

Der Spielablauf stellt sich bei dem verfahrensgegenständlichen Gerät wie folgt dar:

Nach Einwurf des Spielguthabens wurde die Spielgeldhöhe festgesetzt. Diese ist ausschlaggebend für die Gewinnhöhe. Nach Drücken des Startknopfes begannen sich die Symbole auf virtuellen Walzen optisch zu drehen und kamen selbständig zum Stillstand. Der Spielablauf konnte nicht beeinflusst werden. Bei Drücken des Startknopfes wurde außerdem der ausgewählte Geldbetrag vom Guthaben abgezogen. Für einen bestimmten Einsatzbetrag wurden sohin Gewinne in Aussicht gestellt.
Walzenspiele dieser Art funktionieren dergestalt, dass die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert werden, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergibt einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg steht daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest.

Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen. Das Gerät

verfügte überdies über eine nicht besonders gekennzeichnete Taste, die einen automatischen Spielstart zuließ (Automatik-Starttaste), die bewirkte, dass die Spiele solange nacheinander abliefen, bis das gesamte Spielguthaben verbraucht war. So konnte der Zeuge neben seinem Spiel Essen und ging dann wieder zum noch laufenden Automaten zurück.

Es kann nicht festgestellt werden, dass mit dem Gerät Geschicklichkeitsspiele gespielt werden können.

(Anzeige, Zeuge S)

Im Jahr 2015 wiesen 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 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 „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 Kasinos von ca. 13,5% im Jahr 2009 auf ca. 8,1% im Jahr 2015 und bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos von 33,2% im Jahr 2009 auf 27,2% im Jahr 2015 zurück.

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und

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

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2013 in Summe 6.920 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870, darunter 4.908 über österreichische Spielbankbesucher und 2.012 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 3.600 online-„Sofort-Checks“. 621.195 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2013 den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Bei 48.284 davon bestand die begründete Annahme im Sinne des § 25 Abs. 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.359 Informationsgesprächen sowie 741 Beratungen bzw. Befragungen führte. Zum 31.12.2013 bestanden in österreichischen Spielbanken bei 22.435 Spielbankbesuchern aufrechte, gültige Einschränkungen der Besuchsmöglichkeiten und 4.381 aktive Selbstsperren. In den VLT-Outlets wurden im Jahr 2013 aus begründetem Anlass 11.330 zur Alterskontrolle anhand eines Lichtbildausweises aufgefordert, wovon in 1.350 Fällen der Zutritt verwehrt wurde. Insgesamt wurden 343 protokollierte Spielerschutz-Informationsgespräche 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 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.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen zum vorgefundenen Gerät, insbesondere auch dessen Betriebsbereitschaft in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf der Anzeige der Polizei, den im Akt befindlichen Fotos, sowie auf der Aussagen des Zeugen S. Der Zeuge machte auf das Gericht einen sehr besonnen und glaubwürdigen Eindruck. Seine Erzählungen waren nachvollziehbar und detailliert und war augenscheinlich, dass der Zeuge Erfahrung mit Glücksspielgeräten hat und sich mit diesen auskennt. Insofern waren seine Angaben, dass das Spielergebnis nicht beeinflusst werden konnte, sondern das Gerät durch einfachen Tastendruck (Starttaste, bzw. 10 sekündiger Druck auf eine weiße Taste) zum (automatischen Weiter)laufen gebracht werden kann, nachvollziehbar und glaubhaft. Die übrigen Feststellungen Gründen auf der Anzeige der Polizei, die gut nachvollziehbar ist und zu den unzähligen Erfahrungen des Gerichts mit Glücksspielgeräten der gleichen Type passt. Auch die Funktionsweise des Geräts und die Feststellungen zu den möglichen Spielen samt Mindesteinsätzen sowie den dazu in Aussicht gestellten Höchstgewinnen gründen insbesondere auf der Anzeige der Polizei und den Fotos im Akt.
Die beschriebene Funktionsweise stimmt auch im Wesentlichen mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu Walzenspielgeräten überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben der Polizei und des Zeugen S bestehen.
Dass keine der genannten Personen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für das gegenständliche Gerät war und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, folgt

für das erkennende Gericht daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle, noch im behördlichen bzw. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurde und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde.

Die Feststellungen zur G s.r.o. und zum Bf gründen auf den in den Akten befindlichen Firmenbuchauszügen.
Aus dem Umstand, dass die G s.r.o. das gegenständliche Gerät dem Lokalbetreiber überlassen hat und er von dieser Gesellschaft eine Provision zahlt, die einen Prozentsatz aus Einnahmen darstellt, schließt das Gericht, dass sie Veranstalterin des Glücksspieles ist und deckt sich diese Annahme mit den Beweisergebnissen in vielen anderen gerichtsbekannten Verfahren (siehe dazu auch die rechtliche Beurteilung). Die Bf hat diese Eigenschaft, trotz entsprechender Vorwürfe schon im behördlichen Verfahren nie konkretisiert bestritten. Letztlich ergibt sich dieser Umstand auch bereits aus dem vom Gericht beigeschafften Akt LVwG-411005 (Beschlagnahme), insbesondere dem dort erliegenden Beschlagnahmebescheid.

Dass das Gerät auch 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, ergibt sich aber auch aus der Aussage des Lokalbetreibers vor der Polizei nach welcher er eine Provision erhält. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung des Geräts aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre. Bei wirklichkeitsnaher Betrachtung ist auch davon auszugehen, dass die Zurverfügungstellung dieses Geräts in einem öffentlich zugänglichen Bereich letztlich ausschließlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesem Gerät zu erzielen.
Weiters sind im Verfahren auch keine Umstände hervorgekommen, wonach das Gerät nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wäre. Der Umstand, dass der Bf bekannt war, dass mit dem ggst. Gerät Glücksspiele durchgeführt wurden, ergibt sich für das erkennende Gericht schon daraus, dass es absolut lebensfremd wäre, wenn einem Eigentümer einer Sache nicht die Funktion dieser bekannt wäre. Auch spricht allein schon das Aussehen des Geräts für ein Glücksspielgerät. Das erkennende Gericht kann keine Gründe erkennen, die gegen diese Annahme sprechen. Es steht somit fest, dass dem Bf das gegenständliche Gerät zum Zwecke der gewinnbringenden Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt wurde und er selbst – im Rahmen seines Unternehmens – Einnahmen damit erzielt hat.

Soweit die Bf durch Vorlage von Gutachten zu bescheinigen versucht, dass es sich bei ggst. Gerät um kein Glücksspielgerät handelt, weil es besonderer Geschicklichkeit bedürfe, um Gewinne zu erzielen, ist festzustellen, dass dieses Vorbringen mit den Wahrnehmungen des glaubwürdigen Zeugen nicht in Einklang zu bringen ist. Der Zeuge gab an, dass die angeblich geschicklichkeitsrelevanten kleinen Walzen nur mitliefen und zu Abbuchungen führten, sonst aber keine Funktion hatten.
Gerade der Umstand, dass das Drücken einer bestimmten Taste (untere Tastenreihe, rechte von zwei links liegenden weißen Tasten) ein automatisches Ablaufen (Auto-Start) mehrerer Spiele hintereinander bewirkt hat, zeigt, dass das ggst. Gerät, zumindest was seine Programmierung betrifft, den in den Gutachten begutachteten nicht ähneln kann. Ein schlüssiges Vorbringen dahingehend, dass das ggst. Gerät jenen, die in den Gutachten beschrieben sind, gleicht, hat die Bf nicht erbracht. Es steht aufgrund der Seriennummer auch fest, dass es sich um ein anderes Gerät handelt und beschreiben beide Gutachten die Funktion der vorliegend besonders relevanten „Autostart-Taste“ nicht bzw. negiert das Gutachten T diese, obwohl sie auf den Fotos im Gutachten erkennbar sind. Es kann insofern ein weiteres Eingehen auf die Gutachten, insbesondere auf deren Schlüssigkeit unterbleiben und ergibt sich, dass das gegenständliche Gerät jedenfalls eine Eignung zur ausschließlichen Verwendung als Glücksspielgerät aufweist weil das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhängig ist. Es eröffnet dem Benützer nach Einsatzleistung also eine Gewinnchance.

Dem Beweisantrag der Bf, eine Bespielung des ggst. Gerätes durchzuführen und ein Gutachten darüber einzuholen, ob es sich bei ggst. Gerät um ein Geschicklichkeitsgerät handelt war mangels Eignung, den ggst. Beweis zu erbringen, nicht nachzukommen, zumal es sich bei ggst. Gerät bekanntermaßen um ein Eingabeterminal handelt, dessen wesentliche Funktionen über eine zentral installierte Software gesteuert werden und bei einer aktuellen Bespielung nicht darauf geschlossen werden kann, ob die ggst. Software auch zum Tatzeitpunkt installiert war, oder das Gerät alle heute möglicherweise vorhandenen Funktionen auch im Tatzeitpunkt aufwies. Im Hinblick auf den Tatzeitpunkt ist aufgrund der Aussage des Zeugen S in ausreichendem Maß erwiesen, dass das ggst. Gerät keine Geschicklichkeitskomponente aufwies. Es handelt sich zudem um einen Erkundungsbeweis, zumal im Verfahren nicht einmal konkret vorgebracht wurde, inwieweit Geschicklichkeit erforderlich sein soll, um Gewinne zu erzielen.

Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, auch 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, die der Bf selbst vorgelegt hat. 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 der 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.

Soweit die Bf in diesem Zusammenhang vorbringt, dass das Gericht nur die Bf belastende Beweismittel beigeschafft habe ist darauf hinzuweisen, dass die Beischaffung der vorliegenden Unterlagen, die im Wesentlichen die Vorgehensweise österreichischer Behörden in Zusammenhang mit Glücksspielkontrollen zum Inhalt haben, auf einem Auftrag des EuGH, welcher in seinem Urteil vom 15. September 2011, C-347/09 (Dickinger u. Ömer; EU:C:2011:582) wie folgt dargelegt hat, gründen: *„In diesem Zusammenhang obliegt es dem Mitgliedstaat, der sich auf ein Ziel berufen möchte, mit dem sich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen lässt, dem Gericht, das über diese Frage zu entscheiden hat, alle Umstände darzulegen, anhand deren dieses Gericht sich vergewissern kann, dass die Maßnahme tatsächlich den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt (Urteil Stoß u. a., Randnr. 71).“*
Es ergibt sich, dass das Verwaltungsgericht entsprechende Informationen, die ihm der Mitgliedsstaat zur Verfügung zu stellen hat, in seine Beurteilung einfließen lassen muss. Es liegt dies auch auf der Hand, weil nur der Staat selbst profunde Informationen zu seinem Handeln liefern kann. Diese Informationen sind dabei auch solche zum Handeln des Staates an sich und keine, die die Bf persönlich betreffen und (im strafrechtlichen Sinne) belasten können, weil sie eine zu ermittelnde Gesamtsituation darstellen (Feststellungen der tatsächlichen Wirkungen des GSpG). Das Vorbringen der Bf geht insofern ins Leere.
Soweit die Bf die Methoden bei der Erstellung der von ihr selbst vorgelegten Glücksspielstudie 2015 kritisiert, vermag das Gericht den fachlich unbelegten, vagen Behauptungen („ohne tatsächliche empirische Grundlage“, Telefonumfrage weniger Personen) des Bf nicht zu folgen und stehen diese insbesondere nicht im Einklang mit den in der Studie selbst dargestellten methodischen Grundlagen (zB: 10.000 Befragte).

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG) in der zum Tatzeitpunkt maßgeblichen Fassung begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür 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 GSpG veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmen im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG daran beteiligt.

Nach § 52 Abs. 2 leg. cit. 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.

Gemäß § 52 Abs. 3 leg. cit, ist, sofern durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklich ist, nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.

Ein Glücksspiel im Sinne des GSpG ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt (§ 1 Abs. 1 GSpG).

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

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

III.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.2.1. Hinsichtlich des Glücksspielcharakters des verfahrensgegenständlichen Geräts ist Folgendes auszuführen:

Aufgrund der festgestellten Funktionsweise der an dem Gerät mit der FA-Nr. 1 verfügbaren virtuellen Walzenspielen ist auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201) davon auszugehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die virtuellen Walzenspiele somit als Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind. Es erübrigt sich insofern die Einholung eines diesbezüglichen Sachverständigengutachtens. Insbesondere angesichts des Umstandes, dass es sich ggst. um ein Auftragsterminal handelt, dessen Software zu jeder Zeit, nach belieben, verändert werden kann, und es auf die Funktionsweise im Zeitpunkt der Kontrolle ankommt, kann eine spätere Bespielung und Begutachten kein für das Verfahren relevantes Ergebnis erbringen.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass mit diesem Gerät Glücksspiele veranstaltet wurden, um dadurch selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es handelt sich bei diesen Glücksspielen auch um Ausspielungen iSd § 2 GSpG. Aufgrund des verfahrensgegenständlichen Glücksspielgerätes mit den darauf verfügbaren Spielen, bei denen Spieleinsätze zu leisten und Gewinne in Aussicht gestellt sind, ist – in Ermangelung einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz – von einer verbotenen Ausspielung iSd § 2 Abs. 4 GSpG auszugehen. Weiters ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt wurde und diese Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich unzweifelhaft, dass sich das Gerät zum Tatzeitpunkt betriebsbereit in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals befand. Die Gesellschaft, deren Geschäftsführerin die Bf ist, war Veranstalterin der Glücksspiele, hat sie dem Lokalbetreiber doch das ggst. Gerät zur Verfügung gestellt und ihm eine Provison bezahlt, ihm also einen Betrag bezahlt, der sich als Prozentsatz der Einnahmen errechnet. Eine Provision „hängt“ insofern an der Höhe der Einnahmen (des Ertrags oder des Umsatzes) woraus sich zwingend ergibt, dass die G s.r.o. das Gewinn- und Verlustrisiko trägt und damit Veranstalter des Glücksspieles ist.

Die Gesellschaft, deren Geschäftsführerin die Bf ist mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät also verbotene Ausspielungen veranstaltet und ist somit der Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG in objektiver Hinsicht erfüllt.

III.2.2. Daran ändert auch das Vorbringen, dass es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Gerät weder um einen Glücksspielautomaten noch um

elektronische Lotterie, sondern lediglich um eine Eingabe- und Auslesestation handeln würde, nichts. Die Erteilung des Spielauftrags, die Leistung des Einsatzes, die Steuerung des Ablaufes des Spielvorganges sowie das Starten des Spiels durch Betätigung von Tasten am Gerät, das Beobachten des Spielablaufs und Spielergebnisses fand in Oberösterreich statt. Im Lichte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ändert das Aufstellen von Terminals, die die Durchführung von Spielen über einen in einem anderen Bundesland aufgestellten Server – in welcher technischen Form auch immer – ermöglichen, nichts an der Tatsache, dass eine Ausspielung in Oberösterreich durchgeführt wurde, für deren Zulässigkeit nicht das Steiermärkische Landesrecht maßgeblich ist (so auch VwGH 23.10.2014, 2013/17/0535 mwN).

Mit anderen Worten: Angesichts des festgestellten Sachverhaltes, insbesondere, dass der Einsatz in das verfahrensgegenständliche Gerät einzugeben war, von Spielern Tasten auf diesem Gerät zu betätigen waren, um Spiele zu starten bzw. Spielaufträge zu erteilen, und auf dem Gerät das Spielergebnis visualisiert wurde, ist davon auszugehen, dass Ausspielungen auch in Oberösterreich (am Standort des Geräts) erfolgten, wobei diese Ausspielungen auch nicht von einer allfällig erteilten Konzession bzw. Bewilligung für Ausspielungen in der Steiermark erfasst wären (vgl. VwGH 14.12.2011, 2011/17/0155).

Die Spieler im Lokal „Sch“ in L haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Zuständigkeitsbereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt auf dem gegenständlichen Gerät erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an dieses Gerät übermittelt und dort nur angezeigt wurde. Sämtlichen diesbezüglichen Beweisanträgen war daher nicht nachzukommen und auf das diesbezügliche rechtliche Vorbringen nicht weiter einzugehen. Es reicht, dazu auf die Entscheidung des VwGH vom 29. April 2014, Ra 2014/17/0002 (mit zahlreichen weiteren Judikaturhinweisen) zu verweisen.

III.2.3. Zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Subsidiarität des § 168 StGB:

Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, G 203/2014-16 ua festgestellt hat, dass die Regelungen des GSpG zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind, sodass die diesbezüglichen Einwände des Bf nicht stichhaltig sind, diese Rechtsfrage abschließend geklärt ist.

III.2.4. Der Verwaltungsgerichtshof hat ferner 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. Der Verfassungsgerichtshof hat darüber hinaus 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.

Was die Bestimmtheit der österreichischen Regelungen betrifft, vermag das Verwaltungsgericht der auf eine Entscheidung des LVwG Nö. gestützten Argumentation des Bf nicht zu folgen.
Der Bf behauptet nicht, dass die österreichischen Regelungen, was ihre Formulierung betrifft, für sich unklar wären, sondern stützt sich auch in diesem Zusammenhang auf eine behauptete Unionsrechtswidrigkeit, die, nach Ansicht des Bf die Regelungen mit Unklarheit belasten.
Dies ist nach Ansicht des Gerichtes nicht der Fall, zumal, wie weiter unten auszuführen sein wird, der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrfach ausgesprochen hat, dass die österreichischen Regelungen unionsrechtskonform sind (vgl. V.1.). Judikatur des VwGH, der das Gegenteil zu entnehmen ist, fehlt. Auch der Verfassungsgerichtshof hat mittlerweile festgestellt, dass das GSpG verfassungskonform ist und dem EU-Recht entspricht.
Auch der Judikatur des EuGH kann, wie darzustellen sein wird, nicht entnommen werden, dass die österreichischen Regeln nicht unionsrechtskonform sind, lediglich steckt dieser einen Beurteilungsrahmen ab, bei dessen Anwendung das Gericht zum unten dargestellten Ergebnis kommt. Das Gericht hat insofern keine Bedenken im Hinblick auf die Klarheit der rechtlichen Situation, jedoch macht es das Vorbringen des Bf erforderlich, sich im Detail auch mit den faktischen Wirkungen des österreichischen GSpG auseinanderzusetzen. Im Übrigen haben sowohl der VwGH als auch der VfGH das GSpG in unzähligen Entscheidungen behandelt und nie Bedenken im Hinblick auf Art 18 B-VG geäußert.

III.2.5. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG:

III.2.5.1. 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).

III.2.5.2. Das Lokal Sch wird als Einzelunternehmen in Österreich betrieben. Die G s.r.o. firmiert zwar im EU-Ausland, hat aber ebenso einen Sitz in Österreich.

Aber auch dieser Umstand ändert nichts an der Anwendbarkeit des GSpG im vorliegenden Fall:

III.2.5.3. Der durch das österreichische GSpG geschaffene gesetzliche Rahmen ist nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes nicht unionsrechtswidrig ist, was auch im Einklang mit der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung steht (vgl jüngst VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist zwar entsprechend den Vorgaben des EuGH nicht nur der normative Rahmen von Bedeutung, sondern es ist die unionsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopol auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig, sodass zu prüfen wäre, ob die Regelungen des Glücksspielgesetzes in ihrer Gesamtheit dazu führen, dass die vom GSpG bezweckten Wirkungen (etwa Verringerung der Gelegenheit zum Spiel und Bekämpfung der damit verbundenen Kriminalität) erzielt werden (so etwa VwGH Ro 24.04.2015, 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w). Wenn aber die gesetzlichen Bestimmungen als solche selbst grundsätzlich mit dem Unionsrecht vereinbar sind, so wären allfällige tatsächlich fehlende Wirkungen dieser Regelungen, die allenfalls zur Unionsrechtswidrigkeit führen könnten, auf die Vollziehung der gesetzlichen Bestimmungen (zB mangelnde Aufsicht) oder das sonstige Agieren des Staates (zB inkohärente Spielerschutzpolitik) zurückzuführen. Eine allfällige dem Anliegen des Spielerschutzes nicht gerecht werdende Beschränkung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten wäre dann aber nicht Folge der gesetzlichen Bestimmungen als solchen (vgl OGH 17.02.2015, 4 Ob 229/14a), sondern es würde dies durch das sonstige Agieren des Staates, insbesondere bei Vollziehung der Regelungen des GSpG, verursacht. In einem solchen Fall wäre aber die Konsequenz wohl nicht die Aufhebung des an sich unionsrechtskonformen Gesetzes durch den VfGH wegen Inländer-diskriminierung, vielmehr wäre es Aufgabe der Vollziehung einen dem Gesetz (unter Beachtung der sich aus dem Unionsrecht ergebenden Vorgaben) entsprechenden Zustand herzustellen. In diesem Sinne wird auch sonst vertreten, dass Gesetze verfassungskonform auszulegen und zu vollziehen sind und es führt eine nicht verfassungskonforme Auslegung durch die Behörden nicht zur Aufhebung des Gesetzes (vgl etwa VfGH 11.12.2012, V8/12 ua). Eine allfällige durch das faktische Agieren des Staates geschaffene Inländer-diskriminierung verhilft der Bf im Übrigen auch sonst nicht zum Erfolg: Es kann grundsätzlich die Rechtmäßigkeit des Verhaltens einer Behörde (im gegenständlichen Fall etwa nach dem GSpG) nicht dadurch in Frage gestellt

werden, dass staatliche Stellen in anderen Fällen (andere Personen betreffend) sich rechtswidrig verhalten. Der Bf erwächst durch eine allfällige zur Unionsrechtswidrigkeit führende Verwaltungspraxis bzw staatliches Agieren kein Rechtsanspruch darauf, dass sein dem GSpG widersprechendes Verhalten nicht geahndet wird, denn dieses Ergebnis wäre ein Anspruch auf die Nichtanwendung des Gesetzes trotz gegebener Tatbestandsmäßigkeit (vgl etwa VfGH 30.09.1991, B 1361/90). Dass keine Inländerdiskriminierung vorliegt, hat der Verfassungsgerichtshof im Übrigen jüngst festgehalten (vgl VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

Im Ergebnis führen aber die obigen Ausführungen dazu, dass weder die Anfechtung von Regelungen des GSpG (diese bewirken als solche keine Inländerdiskriminierung), noch die Nichtanwendbarkeit dieses Gesetzes bei reinen Inlandssachverhalten (keine Gleichheit bei einem allfälligen durch die Vollziehung bewirkten Unrecht) in Betracht kommen.

III.2.5.4. Im Übrigen ist zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit noch Folgendes festzuhalten:

Gemäß Art. 52 iVm 62 AEUV können mitgliedstaatliche Eingriffe in die Freiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Auch Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH (vgl. etwa Rechtssache *Pfleger* ua, C-390/12 mwN) durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben den 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 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 6.12.2012, 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 Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden ist. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

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

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

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

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

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt, insbesondere der oben dargestellten tatsächlich durchgeführten Spielerschutzmaßnahmen durch die konzessionierten Betreiber und dem dargestellten Spielverhalten in Österreich (bezogen auf den

Vergleichszeitraum 2009 bis 2015), erachtet das erkennende Landesverwaltungsgericht auch hinsichtlich der tatsächlichen Wirkungen der Regelungen des GspG eine unionsrechtlichen Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit als gegeben.

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

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

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

österreichischen Regelungen betreffend die Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten führt.

III.2.5.5. Zusammenfassend ergibt sich daher für das Gericht, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände eine Unionsrechtswidrigkeit durch die österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten nicht vorliegt (vgl. jüngst VwGH 16.03.2016, 2015/17/0022). Die von der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom EuGH anerkannte Gründe des Allgemeininteresses und sind geeignet, diese in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Die Beschränkungen erscheinen auch nicht unverhältnismäßig.

Diese Ansicht steht in Einklang mit der aktuellen Judikatur sämtlicher österreichischen Höchstgerichte:

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022 ausgesprochen, dass das österreichische Glücksspielgesetz unionsrechtskonform ist.

Mit Beschlüssen vom 15. Oktober 2016, G 103/2016 ua hat der Verfassungsgerichtshof Anträge des OGH und weiterer Gerichte auf Aufhebung des Glücksspielgesetzes wegen verfassungswidriger „Inländerdiskriminierung“, zurückgewiesen.

Mit Erkenntnissen vom VfGH 15. Oktober 2016, E 945/2016 ua hat der Verfassungsgerichtshof festgestellt, dass die Bestimmungen des Glücksspielgesetzes allen vom EuGH aufgezeigten Vorgaben des Unionsrechts entsprechen. Insbesondere enthalte das Glücksspielgesetz Regelungen, die sicherstellen sollten, dass Werbemaßnahmen der Inhaber von Glücksspielkonzessionen nicht mit den Zielen dieses Gesetzes (die auch in der Vorbeugung der Spielsucht bestehen) in Konflikt geraten. Die österreichischen Bestimmungen würden auch auf Grund ihrer tatsächlichen Auswirkungen nicht dem Unionsrecht zuwider laufen.
Das österreichische System der Glücksspielkonzessionen verstoße daher nicht gegen Unionsrecht. Für eine „Inländerdiskriminierung“, die dieses System als verfassungswidrig erscheinen ließe, bestehe somit kein Anhaltspunkt.

Der OGH hat sich unterdessen der Ansicht der anderen beiden Höchstgerichte angeschlossen (vgl. OGH, 22. November 2016, 4 Ob 31/16m).

III.2.5.6. Zu den offenen Beweisanträgen betreffend die Frage der Unionsrechtskonformität ist Folgendes auszuführen:

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

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

Zum Beweisantrag eine Bespielung durchzuführen bzw. ein Sachverständigen-gutachten zum Gerät einzuholen, wird auf die Beweiswürdigung verwiesen.

III.3. Subjektive Tatseite

III.3.1. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da § 52 GSpG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten.

Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht

gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog „Ungehorsamsdelikt“).

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

III.3.2. Die Bf wendet ein, dass jedenfalls der Schuldausschließungsgrund nach § 5 Abs. 2 VStG vorliege, da es angesichts der Vielzahl der rechtskräftigen Entscheidungen, welche die Rechtsauffassung der Bf im Instanzenzug bestätigt hätten, keinerlei Zweifel an der Richtigkeit ihrer Rechtsauffassung geben könne. Rechtskräftige – im Instanzenzug ergangene – Entscheidungen würden wohl mehr sein als (nicht bindende) ‚geeignete Erkundigungen‘.

Ein Verbotsirrtum nach § 5 Abs. 2 VStG liegt nur dann vor, wenn dem Betroffenen die übertretene Verwaltungsvorschrift trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist (vgl. VwGH 24.04.2006, 2005/09/0021). Sofern den Betroffenen auch nur ein geringes Verschulden (Fahrlässigkeit) an dem Rechtsirrtum trifft, scheidet dieser als Schuldausschließungsgrund aus (vgl. auch VwGH 10.02.1999, 98/09/0298).

Dieser Einwand, welcher offensichtlich darauf abzielt, dass sich die Bf in einem Verbotsirrtum gemäß § 5 Abs. 2 VStG durch das Vertrauen auf bereits ergangene Entscheidungen von Unabhängigen Verwaltungssenaten befunden habe, greift nicht, da die Bf zum einen nur einseitige, für seine Rechtsauffassung günstige Entscheidungen herangezogen, die für ihn ungünstigen Entscheidungen aber nicht erwähnt hat. Zudem handelt es sich um keine höchstgerichtlichen Entscheidungen. Zum anderen hat die Bf es unterlassen, sich bei der zuständigen Behörde zu erkundigen.

Selbst wenn die Bf dem behaupteten Rechtsirrtum unterlegen wäre, so hätte sie diesen nach Auffassung des Oö. Landesverwaltungsgerichts aufgrund der oa. Überlegungen jedenfalls selbst zu verantworten, weshalb er sie nicht entschuldigen kann. Auch im Übrigen machte die Bf keinerlei Umstände geltend, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen.

Der belangten Behörde folgend ist somit auch von der Erfüllung der subjektiven Tatseite auszugehen.

III.4. Strafbemessung:

III.4.1. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

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

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

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

achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

III.4.2. Von der belangten Behörde wurde bei der Strafbemessung festgestellt, dass die Bf unbescholten ist. Unter Bezugnahme auf das geschätzte Einkommen der Bf verhängte die belangte Behörde die gesetzliche Mindeststrafe von 1.000 Euro.
Die belangte Behörde hat ihrer Entscheidung mangels Angaben der Bf ein geschätztes monatliches Nettoeinkommen von 3.000 Euro, kein Vermögen und keine Sorgepflichten zugrunde gelegt. Diesen angenommenen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen ist nicht entgegengetreten worden, sodass auch das Landesverwaltungsgericht von diesen Annahmen ausgeht.

III.4.3. Zur Bemessung der Strafhöhe ist anzumerken, dass § 52 Abs. 2 GSpG bei Übertretung mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe 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, normiert.

Hinsichtlich der Bf scheint keine rechtskräftige einschlägige Verwaltungsübertretung auf, was bereits von der belangten Behörde berücksichtigt wurde. Sonstige Strafmilderungs- oder Straferschwerungsgründe liegen nicht vor.

Zumal die belangte Behörde ohnehin die gesetzliche Mindeststrafe verhängt hat, erübrigt sich ein weiteres Eingehen auf die Strafhöhe.

Eine Anwendung der Bestimmung des § 20 VStG (außerordentliche Strafmilderung) kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht, da die dafür erforderliche Voraussetzung (beträchtliches Überwiegen der Milderungsgründe gegenüber den Erschwerungsgründen) nicht gegeben ist.
Ebenso wenig kommt angesichts des doch nicht unerheblichen Schuldgehalts eine Ermahnung in Betracht.

IV. Im Ergebnis ist daher die vorgeworfene Tat als Verwaltungsübertretung strafbar. Die Beschwerde war somit als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Straferkenntnis zu bestätigen.

Bei diesem Ergebnis war der Bf gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG ein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht in der Höhe von 200 Euro (das sind 20 % der Strafe) vorzuschreiben.

V. 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 zur Strafbarkeit von Übertretungen des 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 auch VwGH 16.03.2016, Ro 2015/17/0022-7) und besteht zu den unter III.2.5.5. dargestellten Geschäftszahlen eine nunmehr vollkommen einheitliche Judikatur sämtlicher österreichischen Höchstgerichte. Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts obliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 08.01.2015, Ra 2014/08/0064).

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. P o h l