OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

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

Geschäftszeichen:
LVwG-411554/14/MS/Hue

Datum:
Linz, 4. Jänner 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Mag. Dr. Süß über die Beschwerde des M.D., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. P.R., X, I., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 16. Juni 2016, Zl. Pol96-406-2015, wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 20. Dezember 2016

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben, das bekämpfte Straferkenntnis behoben und das Strafverfahren eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG und § 66 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) hat der Beschwerdeführer weder einen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, noch einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde 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. Mit Straferkenntnis vom 16. Juni 2016, Zl. Pol96-406-2015, verhängte der Bezirkshauptmann des Bezirks Gmunden (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer Geldstrafen in Gesamthöhe von 2.000 Euro wegen des Veranstaltens von verbotenen Ausspielungen in Form von virtuellen Walzenspielen mit zwei Geräten nach dem Glücksspielgesetz.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde [Hervorhebungen nicht übernommen]:
„Sie haben es, als gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Firma U. G. s.r.o. (vormals: U. s.r.o.) mit Sitz in B. zu verantworten, dass zumindest von Anfang April 2015 bis zur Kontrolle nach dem Glückspielgesetz am 04.11.2015 durch die Abgabebehörde Finanzamt Gmunden Vöcklabruck, als Organe öffentlicher Aufsicht, im Lokal ‚R. I. U.' in B., X, als Veranstalter zur Teilnahme vom Inland aus, verbotene Ausspielungen in Form von virtuellen Walzenspielen veranstaltet wurden, ohne eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG zu besitzen und die Ausspielung auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen war. Es lagen an zwei, laut den Ermittlungsergebnissen im Eigentum der Firma U. s.r.o. stehenden, Automaten (Gehäusebezeichnung jeweils ACT, Seriennrn. 1.) X und 2.) X) Glücksspiele vor, 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 und für welche vom Unternehmer vermögenswerte Leistungen (Gewinn) 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 dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 52 Abs. 1 Zif. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F."

In der Begründung wurde von der belangten Behörde Folgendes dargelegt:
„Der Anzeige des Finanzamts Gmunden Vöcklabruck (GZ: 053/70063/23/4515) vom 17.11.2015 ist zu entnehmen, dass Sie es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Firma U. G. s.r.o. (vormals: U. s.r.o.) mit Sitz in B., zu verantworten haben, dass zumindest von Anfang April 2015 bis zur Kontrolle nach dem Glückspielgesetz am 04.11.2015 durch die o.a. Abgabebehörde, als Organe öffentlicher Aufsicht, im Lokal ‚R. I. U.' in B., X, als Veranstalter zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen in Form von virtuellen Walzenspielen veranstaltet wurden, ohne eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG zu besitzen und die Ausspielung auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen war. Es lagen an zwei, laut den Ermittlungsergebnissen im Eigentum der Firma U. s.r.o. stehenden, Automaten Glücksspiele vor, 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 und für welche vom Unternehmer vermögenswerte Leistungen (Gewinn) 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 Automaten mit folgenden Gehäusebezeichnungen und Seriennummern

1) ACT, X
2) ACT, X

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

Die aufgelisteten Geräte wurden eingeschaltet und betriebsbereit vorgefunden. Im Rahmen der Kontrolle wurden von den Organen der Finanzpolizei Testspiele (virtuelle Walzenspiele) durchgeführt; am Automaten 1) ‚Good Luck' und am Automaten 2) ‚Joker Plays' (Mindesteinsatz je 0,30 Euro, Maximaleinsatz je 10,00 Euro; bei einem der aufrufbaren Spiele war der Maximaleinsatz 15,00 Euro). Diese Spiele verlaufen laut Anzeige nach folgender generalisierender Beschreibung:
Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl des Spiels und Aufrufen zur Durchführung kann ein Spieleinsatz gewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet ist. Mit jeder Steigerung des Einsatzbetrags werden sämtlich Werte im zugehörigen Gewinnplan erhöht. Das Spiel wird durch Tastenbetätigung ausgelöst. Damit wird zunächst der gewählte Einzelbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in Ihrer Lage verändert, dass der Eindruck von rotierenden Walzen entsteht (virtuelles Walzenspiel). Der Spielerfolg steht nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Dem Spieler wurde dabei keine Möglichkeit geboten auf den Ausgang des Spieles bewusst Einfluss zu nehmen, sodass die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing. Somit liegen Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG vor, da der Spieler nur den Einsatz und den dazugehörigen Gewinnplan auswählen, das Spiel mittels Tastendruck starten und die Entscheidung über das Spielergebnis abwarten konnte.

Die angeführten Punkte der Anzeige decken sich im Wesentlichen mit den, von der Betreiberin des Lokals, Fr. U., im Rahmen der Kontrolle gemachten, Angaben. Sie gab zudem an, dass die Fa. U. Miete für die Standplätze der beiden Automaten bezahlen würde, sie aber nicht gewinnbeteiligt sei. Die Automaten würden von Mitarbeitern der Fa. U. alle zwei bis drei Tage entleert werden. Fr. U. und Ihre Mitarbeiter würden erzielte Gewinne so weit als möglich mit von der Fa. U. hinterlassenem Geld (1.000,00 Euro) ausbezahlen. Wenn Gewinne den hinterlassenen Betrag übersteigen, würden diese im Rahmen des nächsten Besuchs zur Entleerung abgerechnet.
Im Rahmen des Beschlagnahmebescheides vom 10.11.2015 hat die Bezirkshauptmannschaft Gmunden, als gemäß § 50 Abs. 1 GSpG zuständige Behörde, ein Verwaltungsstrafverfahren wegen der Ihnen im Spruch angelasteten Tat mit der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 24.11.2015 gegen Sie eingeleitet.

In Ihrer am 10.12.2015 im Wege Ihrer rechtsfreundlichen Vertretung eingelangten Rechtfertigung geben Sie sinngemäß Folgendes an: Es wären keine verbotenen Ausspielungen veranstaltet worden, insbesondere nicht von der U. s.r.o., da es sich bei den angebotenen Spielen nicht um Glücksspiele sondern um sogenannte ‚Skill Games' gehandelt hätte. Diesbezüglich verwiesen Sie auf Gutachten von Prof. Dr. F.W. sowie Ing. H.B. Im Weiteren behaupteten Sie, dass die Strafbarkeit im Rahmen des GSpG gegen Unionsrecht verstoßen würde und verwiesen dabei auf einen angeblichen Widerspruch mit der Dienstleistungsfreiheit als Grundfreiheit der Europäischen Union.

Von der Behörde wurde Folgendes erwogen:

[...]

Die Behörde stellt fest, dass die Dokumentation der durchgeführten Kontrolle durch die Finanzpolizei auf Grund der vorliegenden Unterlagen insgesamt nachvollziehbar, schlüssig und glaubhaft ist. Insbesondere wird dazu auf das Testspielprotokoll GSp 26-PDF sowie die Aussagen der Lokalbetreiberin U. (jeweils vom 04.11.2015) verwiesen. Letztere ergeben ein schlüssiges Gesamtbild des Tatbestandes und untermauern, dass, auf Grund des mit ihr geschlossenen Mietverhältnisses und der Schilderung der betreffenden Geschäftsvorgänge, samt Gewinnausschüttungen durch die Mitarbeiter des Lokals, betriebsbereite Glücksspielgeräte vorhanden waren und diese auch bespielt wurden. Auf den vorgefundenen Automaten wurden laut Testspielprotokoll den Spielern mittels aufrufbarer Gewinnpläne Gewinne in Aussicht gestellt. Es wurden also Glücksspiele in Form von Ausspielungen laut GSpG durchgeführt, ohne dass eine dafür notwendige Konzession oder Bewilligung gemäß GSpG vorlag. Die Teilnahme am Glücksspiel erfolgte vom im Spruch genannten Tatort, also vom Inland aus.

Auf Grund der Dokumentation durch die Organe der Finanzpolizei sowie der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens sind zweifelsfrei Glücksspiele im Sinne des §1 Abs. 1 GSpG gegeben, welche von einem Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG durchgeführt wurden, während die Ausnahmen nach § 4 GSpG nicht zutrafen, weshalb ‚verbotene Ausspielungen' nach § 2 Abs. 4 GSpG vorlagen. Die U. Int s.r.o. hat dazu einen Mietvertrag zur Aufstellung der Automaten abgeschlossen, die Ausschüttung allfälliger Gewinne an Spieler organisiert und die Automaten regelmäßig betreut (entleert), was die Unternehmereigenschaft als Veranstalter der Glücksspiele der U. s.r.o. in diesem Fall beweist.

In Ihrer Rechtfertigung vom 10.12.2015 geben Sie an, dass kein Glücksspiel vorliegen würde und Sie verweisen dazu auf die Gutachten des technischen Sachverständigen Ing. B. sowie auf ein Rechtsgutachten des Prof. F.W. Diese Gutachten befassen sich jedoch mit einem, in der Dokumentation der Kontrollorgane beschriebenen, vorgeschalteten ‚kleinen' Walzenspiel, durch welches jedoch keine Gewinn- oder Verlustsituation eintreten kann. Das darauffolgende ‚große' Walzenspiel wird als ‚Animationsvideo' umschrieben, verläuft jedoch wie andere ‚normale' Walzenspiele. Im Lauf dieses ‚großen' Walzenspiels tritt erst eine Gewinn- oder Verlustsituation ein und es gibt weder an Hand der beigebrachten Gutachten noch auf Grund der Dokumentation der Kontrollorgane Hinweise darauf, dass der Spieler den Ausgang dieses ‚großen' Walzenspiels durch besondere Kenntnisse, Geschicklichkeit oder Erfahrung beeinflussen könnte. Dazu

sei exemplarisch auf Urteile des LVwG Linz (10.02.2016: LVwG-410927/8/FP/AM-410928/2 und 31.03.2016: LVwG-411173/6/KH) sowie des LVWG Wien (20.05.2016: VGW-002/032/2704/2016, VGW-002/032/5609/2016 und weitere) verwiesen, die sich mit der Thematik des ‚vorgeschalteten Walzenspiels eingehend auseinandersetzen und die zum Schluss kommen, dass es sich bei derartigen sogenannten ‚Skill Games' um Glücksspiele gemäß §1 GSpG handelt.
Zu der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG sei auf zahlreiche Entscheidungen des VwGH (15.12.2014: Ro 2014/17/0121 und 16.03.2016: Ro 2015/17/0022) sowie des LVwG OÖ (09.02.2015: LVwG-410401/5/Zo/PP und 11.12.2014: LVwG-410345/10/HW/BD) verwiesen, welche Ihre diesbezüglichen Bedenken entkräften.

Aufgrund dessen kommt die Behörde zu dem Schluss, dass Sie die gegenständliche Verwaltungsübertretung in objektiver Weise zu verantworten haben.

Laut dem vorliegenden Handelsregisterauszug der U. s.r.o. sowie dem Protokoll über die Generalversammlung derselben vom 24.03.2016 sind Sie als Geschäftsführer der nunmehrigen U. G. s.r.o. gemäß § 9 AVG als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der U. G. s.r.o. im gegenständlichen Fall strafrechtlich verantwortlich. Da seitens der (damaligen) U. s.r.o. ein Mietvertrag mit der Lokalbetreiberin U. geschlossen wurde, und auch eine regelmäßige Betreuung und Entleerung der mittlerweile beschlagnahmten Automaten stattfand ist jedenfalls von einem vorsätzlichen, auf Gewinn ausgelegten, unternehmerischen Handeln auszugehen. Weiter bekräftigt wird dieser Umstand durch die Tatsache, dass Sie zur Gewinnausschüttung an Spieler 1.000,00 Euro im gegenständlichen Lokal hinterließen und, sollte der Gewinn während eines Entleerungsintervalls diesen Betrag übersteigen, die Auszahlung desselben im Rahmen der Automatenbetreuung organisierten.

Auf Grund des geschilderten Sachverhalts (Mietvertrag, regelmäßige Betreuung der Automaten) muss die Behörde von vorsätzlichem Handeln, welches Sie als Geschäftsführer zu verantworten haben ausgehen.
Für die Behörde bestehen damit keine Zweifel, dass Sie die im Spruch genannte Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Weise zu verantworten haben.

Der strafbare Tatbestand ist somit erfüllt.

[...]

Es waren keine Strafmilderungsgründe aus dem Akt ersichtlich. Straferschwerend muss das offenbar vorsätzliche Handeln gewertet werden.

Ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten konnten mangels Bekanntgabe nicht erhoben werden und wurden deshalb - wie im Schreiben vom 24.11.2015 angekündigt - geschätzt.

Die gegen Sie verhängten Strafen erscheinen daher als tat- und schuldangemessen und geeignet, Sie in Zukunft von gleichartigen Verwaltungsübertretungen abzuhalten. Dabei waren spezial- wie auch generalpräventive Überlegungen gleichermaßen zu berücksichtigen, wobei sich die Strafe angesichts der möglichen Höchststraße von 10.000,00 Euro

pro Gerät im untersten Strafrahmen bewegt, sodass eine weitere Reduktion nicht in Frage kam."

Mit Schriftsatz vom 18. Juli 2016 erhob der Beschwerdeführer rechtsfreundlich vertreten rechtzeitig dagegen Beschwerde und beantragte, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung einzustellen.

Begründend brachte der Beschwerdeführer Folgendes vor [Hervorhebungen nicht übernommen]:

„[…]
IV. Beschwerdegründe

1.
Der Beschuldigte hat die ihm vorgeworfene Tat nicht begangen.

Ein Verstoß gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG liegt nicht vor.

2.
Selbst für den Fall, dass der Beschuldigte die ihm angelastete Verwaltungsübertretung zu verantworten hätte, ist das Straferkenntnis aufzuheben und das gegen sie eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, da mit einem Straferkenntnis - in unvertretbarer Rechtsansicht - gegen das unionsrechtlich begründete Anwendungsverbot der §§ 52 bis 54 GSpG verstoßen werden würde;

Die U. G. s.r.o., ist begünstigte der unionsrechtlich gewährleistete Niederlassungsfreiheit (und auch der Dienstleistungsfreiheit).
Die U. G. s.r.o. verfügt zusätzlich über eine Bewilligung zur Durchführung von Glücksspielen mittels Spielautomaten in der S. R., ausgestellt mit Beschluss der Hauptstadt der S. R. B. zur Erfassungsnummer MAG OMDP 43122/2016-216070.

Es ist ständige Rsp. des EuGH, dass jede Monopol- oder Konzessionsregelung eine Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit darstellt und daher grundsätzlich den unmittelbar anwendbaren Grundfreiheiten widerspricht und nicht anwendbar ist, sofern diese Beschränkung nicht vom Mitgliedstaat ausnahmsweise gerechtfertigt werden kann.

Der EuGH hat in seiner ab dem Jahr 2010 ergangenen Judikatur im Bereich des Glücksspiels ein sehr präzises Prüfprogramm entwickelt, unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise eine Monopol- oder Alleinkonzessionsregelung als solche - die ja als solche schon eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstellt - zulässig ist.

Wie der EuGH im Zusammenhang mit dem Glücksspiel in Auslegung des Art. 56 AEUV bereits mehrfach entschieden hat (verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409 07 und C-410/07, Stoß, Rz. 83; Rs. C-347/09, Dickinger und Ömer, Rz. 54; Rs. C-212/08, Zeturf, Rz. 58), ist eine so restriktive Maßnahme wie die Errichtung eines Monopols zur

Beurteilung ihrer Vereinbarkeit mit dem freien Dienstleistungsverkehr hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit im Zuge der Prüfung der Geeignetheit von den nationalen Gerichten und Behörden zwingend auf folgende drei (kumulativ zu bejahende) Fragen zu prüfen:

- Kann vom Mitgliedstaat der Nachweis geführt werden, dass die kriminellen und betrügerischen Aktivitäten im Zusammenhang mit den Spielen und die Spielsucht im betreffenden Mitgliedstaat ein Problem waren und nur eine Ausweitung der zugelassenen und geregelten Tätigkeiten diesem Problem hätte abhelfen können?
- Kann vom Mitgliedstaat weiters der Nachweis geführt werden, dass die Geschäftspolitik des Konzessionärs - und insbesondere seine Werbeaktivitäten - maßvoll und begrenzt sind? Dies, so der EuGH, ist z.B. dann nicht der Fall, wenn ‚verführerisch bedeutende Gewinne in Aussicht' gestellt werden.
- Genügt das Gesamtsystem der innerstaatlichen Glücksspielregelungen vor dem Hintergrund der konkreten Anwendungspraxis den Vorgaben des EuGH hinsichtlich seiner (rechtlichen und praktischen) Kohärenz?

Der grundsätzliche Widerspruch des Glücksspielmonopols des Bundes zur Dienstleistungsfreiheit (aber auch zur Niederlassungsfreiheit) des Unionsrechts (Art. 56ff. AEUV) ist damit (spätestens) seit dem Urteil des EuGH vom 30.04.2014 in der Rs C-390/12, Pfleger, und dem Beschluss des OGH v. 27.11.2013 evident. Der österreichische rechtliche Rahmen für die Regulierung des Glücksspiels wird darüber hinaus auch vom rechtswissenschaftlichen Schrifttum mit unterschiedlichen Begründungen, im Ergebnis aber einhellig, als unionsrechtswidrig qualifiziert.
Eine Prüfung des Charakters der Geschäfts- und Werbepolitik des Alleinkonzessionärs führt zum Ergebnis, dass das faktische Verhalten der Konzessionsinhaber Ö. L. GmbH und C. A. AG den klaren Vorgaben des EuGH eindeutig und offenkundig widerspricht.

Eine Kohärenzprüfung hinsichtlich des gesamten rechtlichen Rahmens für das Glücksspiel führt zum Ergebnis fehlender Kohärenz des innerstaatlichen rechtlichen Rahmens für das Glücksspiel sowie seiner konkreten praktischen Anwendungsmodalitäten.

Die Unionsrechtwidrigkeit des Glücksspielmonopol wurde erst jüngst vom OGH im Beschluss vom 30.03.2016, ZI.4 Ob 31/16m, explizit festgehalten.
Die Amtshandlung erfolgte bereits unter diesem Aspekt in krass gesetzwidriger Weise

3.
Unvereinbarkeit mit Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC):
Ganz unabhängig von der Unvereinbarkeit der Monopolregelung des GSpG mit dem Unionsrecht erweisen sich auch die in §§ 50 ff. GSpG normierten konkreten Eingriffsbefugnisse als unionsrechtswidrig und daher unanwendbar, und zwar aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit den Vorgaben aus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC).

Das entgeltliche Anbieten der Teilnahme an einem Glücksspiel fällt unstreitig unter die unionsrechtlich gewährleistete Dienstleistungs- bzw. die Niederlassungsfreiheit des ABUV (vgl. Schwartz/Wohlfahrt, GSpG^2 (2006) § 3 Rz. 2).

Damit ist auch der Anwendungsbereich der EU-Grundrechte-Charta gem. Art. 51 Abs. 1 GRC eröffnet.
Im Verhältnis zwischen Unionsrecht und staatlichem Verfassungsrecht nimmt die GRC eine bedeutende Rolle ein. Grundrechte der Charta gelten nach der Rechtsprechung des VfGH als ‚verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte' (Grundlegend VfSlg. 19.632/2012).

Als solche treten sie sowohl bei Normenkontrollverfahren gemäß Art. 139 und 140 B-VG als auch in Bescheidbeschwerdeverfahren gemäß Art. 144 B-VG zum verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab hinzu.

Die Garantien aus der GRC wirken damit sowohl als unmittelbar anwendbares Primärrecht der EU (Art. 6 Abs. 1 EUV - und führen im Falle widersprechendem nationalen Recht zu dessen von jeder Behörde wahrzunehmenden Unanwendbarkeit), als auch als vom VfGH geschütztes verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht.

Die §§ 50 ff. GSpG sehen umfassende Eingriffsbefugnisse der Finanzbehörden (Finanzämter), aber auch der ihnen zugeordneten Exekutivorgane (Finanzpolizei) vor; hierzu zählen neben den weitläufigen Verwaltungsstrafdrohungen (vgl. § 52 Abs. 1 Z. 1 bis Z. 11 GSpG) auch detaillierte Betretungs-, Einschau-, Informations- und Überprüfungsbefugnisse (§ 50 Abs. 4 GSpG), die Berechtigung zur Vornahme einer vorläufigen und/oder endgültigen Beschlagnahme (§ 53 GSpG) oder Einziehung (§ 54 GSpG) sowie die Anordnung einer Betriebsschließung (§ 56a GSpG).

Im Urteil im Fall ‚Pfleger' wurde vom EuGH betont, dass die §§ 50 ff. GSpG durchaus eine Einschränkung der Berufsfreiheit, der unternehmerischen Freiheit sowie des Eigentumsrechts (Art, 15-17 GRC) darstellen können (vgl. EuGH, Rs. C-390/12. Pfleger, Rz. 57).

Zudem sind diese umfassenden Eingriffsbefugnisse im Hinblick auf die Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 7 GRC) und den Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRC) bedenklich (vgl. LVWG OÖ 29.5.2015, LVwG-410287/42/Gf/Mu, 3.2.5.1).
Nach Art. 52 Abs. 1 GRC muss eine solche Einschränkung, damit sie zulässig ist, gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Freiheiten und Rechte achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit darf sie außerdem nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich ist und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entspricht (vgl. EuGH, Rs. C-390/12, Pfleger, Rz. 58).
Bei der Prüfung der Frage, wann solch weittragende Eingriffe wie in den §§ 50 ff. GSpG vorgesehen, auf das absolut Notwendige beschränkt sind, ist nach st.Rsp. des EuGH die vorherige Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle, deren Entscheidung den Eingriff auf das zur Erreichung des verfolgten Ziels absolut Notwendige beschränken soll, unumgänglich (vgl. (zu Art. 7 GRC) zuletzt EuGH, verb. Rs. C-293/12 und C-594/12, Digital Rights Ireland Ltd, Rz. 62).

Im Ergebnis erweisen sich daher die in §§ 50 ff. GSpG normierten Eingriffsbefugnisse als unverhältnismäßig, weil diese zum Zwecke der Abwehr von Monopolbeeinträchtigungen eingerichteten weit reichenden Eingriffsermächtigungen vor allem im Hinblick auf die fehlende Notwendigkeit vorangehender richterlicher Ermächtigungen in ihrer Gesamtheit

betrachtet jedenfalls überschießend sind (vgl. bspw LVwG OÖ 29.5.2015, LVwG-410287/42/Gf/Mu, 3.2.5.1).

4.
Die Tatanlastung ist unschlüssig.

So erschließt sich etwa nicht, weshalb die vermeintlichen Ausspielungen trotz Unanwendbarkeit des GSpG infolge von Verstößen gegen Unionsrecht verboten gewesen und wer die Ausspielungen veranstaltet haben soll.
Und ohnehin ist bereits unklar, was dem Beschwerdeführer konkret vorgeworfen wird.

§ 52 Abs 1 Z 1 GSpG erstes Tatbild stellt das Veranstalten von zur Teilnahme vom Inland aus verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 GSpG unter Strafe.
Als Täter, der im Sinne des ersten Tatbildes des § 52 Abs 121 GSpG zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 veranstaltet, kommt in Betracht, wer das Spiel auf seine Rechnung und Gefahr ermöglicht, also das Risiko des Gewinns und Verlusts in seiner Vermögenssphäre trägt (vgl VwGH v 26.03.1015, Ra 2014/17/0033 mwN).
Aus dem Straferkenntnis ergibt sich jedoch noch nicht einmal, ob und wenn ja von wem, Spiele auf eigene Rechnung und Gefahr ermöglicht wurden."

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

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

Nachdem der Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 15. Oktober 2016, G 103-104/2016, den Gesetzesprüfungsantrag des Obersten Gerichtshofes zurückgewiesen hat und mit Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016 u.a. Zlen. die gemäß § 86a VfGG kundgemachte Rechtsfrage beantwortet hat, und zwar im Ergebnis in der Weise, dass die Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht gegen das Unionsrecht (insb. Art. 56 bis 62 AEUV) verstoßen und aus diesem Grund keine Verletzung des Rechts auf Gleichheit aller Staatsbürger

gemäß Art. 7 Abs. 1 B-VG und Art. 2 StGG wegen Inländerdiskriminierung vorliegen kann, sind die in § 86a Abs. 3 VfGG genannten Wirkungen weggefallen und können die Verfahren fortgesetzt werden (siehe auch BGBl I Nr. 91/2016 vom 3. November 2016).

II. Das Landesverwaltungsgericht Oö. hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation, eine den Parteien zur Kenntnis gebrachten Stellungnahme des BMF samt Glücksspielbericht 2010-2013 und Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014", die Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015" samt Begleitschreiben des BMF und durch Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 20. Dezember 2016, zu der der Vertreter des Beschwerdeführers, Vertreter der belangten Behörde und ein Vertreter des Finanzamtes erschienen sind, sowie durch die Einsichtnahme in das Firmenbuch (Online-Auskunft).

Vom Vertreter des Beschwerdeführers wurde ein umfangreiches ergänzendes Vorbringen dahingehend erstattet, dass das österreichische Glücksspielmonopol dem Unionsrecht widerspreche. Ergänzend brachte der Beschwerdevertreter in der mündlichen Verhandlung vor, dass aufgrund der famosen Werbung im heurigen Jahr durch die C. A. es den Monopolisten tatsächlich gelungen sei, den Gesetzeszweck, nämlich der Einnahmenmaximierung zu erfüllen und wären die Einnahmen aus Glücksspielabgaben heuer im Vergleich zum vorigen Jahr um 50 Millionen Euro oder um 12 % erhöht. Die Parameter, für die von amtswegen eingeholten Studien, seien daher bereits überholt, da die Werbung der C. A. AG Wirkung zeigen würde. Beweis: K.P., pA Finanzministerium (als informierten Vertreter des Finanzministeriums). Die Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015" sei daher überholt.

Der Beschwerdevertreter legte auch einen Beschluss des Landesgerichtes Korneuburg vom 23. November 2016, Zl. 1 Cg 91/14x-52 betreffend acht Vorlagefragen gemäß Art. 267 AEUV an den Gerichtshof der Europäischen Union, vor.

Weiters legt der Beschwerdevertreter einen Beschluss (in deutscher Übersetzung) der Hauptstadt der S. R. B., vertreten durch den Oberbürgermeister, vom 15. April 2016 vor, mit dem die individuelle Lizenz für den Betrieb von Hasardspielen mittels Spielautomaten der Gesellschaft U. G. s.r.o. in S., B., erteilt wurde, vor. Mit diesem Beschluss wurde die Lizenz für den Zeitraum ab dem Tag des Inkrafttretens des Beschlusses bis zum 31. Dezember 2016 erteilt.

Weiters hat der Beschwerdevertreter vorgebracht, dass im Hinblick auf die Rechtssache K. gegen R., aufgrund der amtswegig eingeholten Urkunden, die ausschließlich für den Beschuldigten belastend sind, Befangenheit des Gerichtes geltend gemacht werde, wobei die persönliche Integrität des Richters nicht in Zweifel gezogen werde.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von folgendem entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus:
Anlässlich einer von den Organen des Finanzamts am 4. November 2015 im Lokal „R. I. U." in B., X, durchgeführten Kontrolle wurden die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses genannten Geräte betriebsbereit vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und nach Durchführung von zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen.

Die Geräte waren von etwa Anfang April 2015 bis zum Tag der Beschlagnahme im verfahrensgegenständlichen Lokal in einem öffentlich zugänglichen Bereich im Lokal „R. I. U." eingeschaltet aufgestellt und wurden zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben.

Eigentümerin der Geräte ist die Fa. U. s.r.o. (nunmehr: U. G. s.r.o.) mit Sitz in S., B. Diese Gesellschaft ist eine nach s. Recht errichtete s.r.o. mit Sitz in der S. R., also eine einer österreichischen GmbH entsprechenden Gesellschaft. Der Beschwerdeführer ist handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Gesellschaft.

Dieses Unternehmen war nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für diese Geräte und diesen Standort. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.
Betreiberin des Lokals „R. I. U." ist Frau E.S.U.

Im Lokal wurden Einsätze an den Geräten geleistet und Gewinne ausbezahlt.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr	*Spiel*	*mögliche Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
1	Good Luck	0,30 – 10 Euro	
2	Joker Playes	0,30 – 10 Euro	

Der Spielablauf dieser virtuellen Walzenspiele stellt sich aufgrund der Erhebungen der Finanzpolizei und der bisher gewonnenen Erfahrungen mit gleichartigen Geräten und Spielen wie folgt dar: Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen wurden Gewinne in Aussicht

gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wurde mit der Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest.

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

Hinsichtlich der Funktionalität dieser Geräte als „Skill Game" ist festzuhalten, dass sich ein Spieler dabei im Ergebnis lediglich einer leicht zu überwindenden Hürde außerhalb des eigentlichen Glücksspiels stellen muss, welche eine geringfügige zeitliche Verzögerung herbeiführen kann, zumal der Spieler im „kleinen Walzenlauf" (des Skill Game) ohne besonderes Geschick ein bestimmtes Symbol erzielen und damit zum zuvor geschilderten „großen Walzenlauf" gelangen kann. Der Spieler kann daher das Gerät jedenfalls als reines Glücksspielgerät verwenden. Selbst wenn es möglich wäre, beim „kleinen Walzenspiel" Gewinne zu erzielen, welche nicht nur im Zwischenspeicher als Zahlenwerte gutgebucht sondern tatsächlich auch ausbezahlt werden, ist es trotzdem möglich, jederzeit ein bestimmtes Symbol zu erzielen und damit zum „großen" und vom Spieler nicht beeinflussbaren Walzenlauf zu gelangen. Das „kleine Walzenspiel" hat dabei keinerlei Einfluss auf das Ergebnis des „großen Walzenspiels". Es beeinflusst lediglich den Weg dorthin geringfügig.

Der Beschwerdeführer verfügt über ein monatliches Einkommen von 2.000 Euro, hat keine Sorgepflichten und kein relevantes Vermögen.
Es scheinen keine rechtskräftigen einschlägigen Verwaltungsvorstrafen auf.

Im Jahr 2015 weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, die Zahl der Problemspieler beträgt daher entsprechend zwischen 19.915 und 35.827 Personen. Zudem sind 2015 in Österreich zwischen ca. 27.600 bis etwa 46.000 Personen aktuell spielsüchtig. Diese Werte sind im Vergleich zum Jahr 2009 annähernd konstant. Männer weisen zu höheren Anteilen ein problematisches und pathologisches Spielver-

halten auf als die Frauen. Innerhalb der verschiedenen Altersgruppen stellt sich das Ausmaß vorhandener Spielprobleme sehr unterschiedlich dar, wobei die 14- bis 30-Jährigen sich diesbezüglich am stärksten betroffen zeigen.
Ausgehend vom Jahr 2015 haben 41% der Bevölkerung (14 bis 65 Jahre) in den letzten 12 Monaten irgendein Glücksspiel um Geld gespielt, dieser Wert ist seit kaum verändert (2009: 42%). Das klassische Lotto „6 aus 45" ist das beliebteste Glücksspiel in Österreich. Jeder dritte Österreicher hat dieses Spiel im Jahr 2015 mindestens einmal in den letzten 12 Monaten gespielt (ca. 33%), der prozentuale Anteil für die 30-Tages-Prävalenz beträgt ca. 20%. Seit 2009 haben sich diese Werte so gut wie nicht geändert (jeweils nur um ca. ± 1 Prozentpunkt). Dagegen ist für diesen Zeitraum eine deutliche Zunahme bei der europäischen Lotterie, den Euromillionen, zu konstatieren: Der Prozentwert für die monatliche Teilnahme hat sich von etwa 4% auf etwa 8% verdoppelt. Auch beim Joker gibt es seit 2009 einen prozentualen Anstieg. Inzwischen spielt jede siebte Person mindestens einmal im Jahr dieses Glücksspiel (ca. 14%). Damit ist es das zweitverbreitete Glücksspiel in Österreich. Bei den Rubbellosen – die auf dem vierten Platz liegen – sind nur geringe Veränderungen zwischen 2009 und 2015 vorhanden. Alle anderen Glücksspiele besitzen bezogen auf die Spielteilnahme in der Gesamtbevölkerung eine nachgeordnete Bedeutung: Das gilt für die Sportwetten genauso wie für die klassischen Casinospiele, bei denen 2015 jeweils etwa 4% in den letzten 12 Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Casinos und in Spielhallen werden von noch weniger Personen gespielt. In den letzten 12 Monaten haben am Automatenglücksspiel in Spielbanken ca. 0,5% teilgenommen, im Jahr 2009 waren dies ca. 0,6% bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz. Bezüglich der Teilnahme am Automatenglücksspiel außerhalb von Spielbanken (Spielhallen, Einzelaufstellungen, illegale Glücksspielautomaten) ist der Wert bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz von ca. 1,2% im Jahr 2009 auf ca. 1% im Jahr 2015 zurückgegangen.
Der monatliche Geldeinsatz für Glücksspiele hat im Zeitraum von 2009 auf 2015 leicht zugenommen und zwar wurden von den Glücksspielenden 2015 im Durchschnitt etwa 57 Euro pro Monat für Glücksspiele ausgegeben im Vergleich zu 53 Euro im Jahr 2009. Auf der Ebene der einzelnen Glücksspielarten bestehen hier jedoch sehr unterschiedliche Entwicklungen. Der Geldeinsatz ist 2015 am höchsten bei den Automatenspielen außerhalb der Casinos. Im Durchschnitt werden hierfür von den Spielern pro Monat ca. 203 Euro eingesetzt, vor sechs Jahren lag der entsprechende Wert sogar bei etwa 317 Euro. Es folgen die klassischen Casinospiele mit einem Mittelwert von ca. 194 Euro. Auch für diese Glücksspielform wird im Jahr 2015 durchschnittlich weniger Geld aufgewendet als in 2009. Stark angestiegen sind dagegen im betrachteten Zeitraum die Geldeinsätze für Sportwetten, diese haben sich von ca. 47 Euro auf ca. 110 Euro mehr als verdoppelt.

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

Auch Sportwetten beinhalten ein erhebliches Risiko, spielbedingte Probleme zu entwickeln. So erfüllen ca. 7,1% dieser Spielergruppe die Kriterien problematischen Spielens und weitere ca. 9,8% zeigen ein pathologisches Spielverhalten. Etwa jeder sechste Sportwetter ist daher von einer Spielproblematik betroffen. Noch höher sind diese Anteile bei Spielautomaten, welche in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen stehen. Etwa 21,2% dieser Spieler sind spielsüchtig. Die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der „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 Casinos von ca. 13,5% im Jahr 2009 auf ca. 8,1% im Jahr 2015 und bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos von 33,2% im Jahr 2009 auf 27,2% im Jahr 2015 zurück.

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

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2013 in Summe 6.920 Wirtschaftsauskünfte beim 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 Spielbank-

besucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2013 den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Bei 48.284 davon bestand die begründete Annahme im Sinne des § 25 Abs. 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.359 Informationsgesprächen sowie 741 Beratungen bzw. Befragungen führte. Zum 31. Dezember 2013 bestanden in österreichischen Spielbanken bei 22.435 Spielbankbesuchern aufrechte, gültige Einschränkungen der Besuchsmöglichkeiten und 4.381 aktive Selbstsperren. In den VLT-Outlets wurden im Jahr 2013 aus begründetem Anlass 11.330 zur Alterskontrolle anhand eines Lichtbildausweises aufgefordert, wovon in 1.350 Fällen der Zutritt verwehrt wurde. Insgesamt wurden 343 protokollierte Spielerschutz-Informationsgespräche geführt.

Beim BMF wurde mit 1. Dezember 2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.
Ferner ist durch die GSpG-Novellen 2008/2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte, insbesondere auch dessen Betriebsbereitschaft in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf der Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation und der GSp26-Dokumentation der Finanzpolizei. Der Fotodokumentation sind auch die durchgeführten Probespiele zu entnehmen. Die Anzeige der Finanzpolizei enthält auch eine Beschreibung des Spielablaufes und lässt sich diese Beschreibung auch mit den Lichtbildern, die der Anzeige angeschlossen waren, in Einklang bringen. Die beschriebene Funktionsweise stimmt auch im Wesentlichen mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu Walzenspielgeräten (Skill Games) überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben der Finanzpolizei bestehen. Dass die Geräte seit Anfang April 2015 betrieben wurde, folgt aus den Angaben von Frau U. (Lokalbetreiberin) in ihrer Befragung durch die Finanzpolizei im Zuge der Kontrolle und wurde auch nicht bestritten.

Der vom Beschwerdevertreter in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Beschluss vom 15. April 2016, mit dem der U. G. s.r.o. die individuelle Lizenz für den Betrieb von Hasardspielen mittels Spielautomaten erteilt wurde, ist schon aus dem Grund unbeachtlich, weil die Lizenz für den Zeitraum vom 16. April 2016 bis zum 31. Dezember 2016 und somit jedenfalls für einen Zeitraum nach dem vorgeworfenen Tatzeitpunkt erteilt wurde.

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 Verfahren bzw. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurden und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde.

Die Feststellungen zum Beschwerdeführer bzw. zur U. s.r.o. (nunmehr: U. G. s.r.o.) sowie den Eigentumsverhältnissen gründen auf den aktenkundigen finanzpolizeilichen Erhebungen samt Firmenbuchauszügen.

Dass das Gerät zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass es von einer Unternehmerin betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten aufgestellt und Spielinteressenten zugänglich gemacht wurde und dass die Funktionsweise des Geräts auf die Einnahmenerzielung ausgerichtet ist. Dass für

das Aufstellen der Geräte eine monatliche Miete an die Lokalbetreiberin entrichtet wird, ergibt sich aus den Angaben der Lokalbetreiberin in der Befragung durch die Finanzpolizei.

Die Feststellungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen bzw. Sorgepflichten gründen auf den Annahmen der belangten Behörde, denen nicht entgegengetreten wurde. Es sind auch keine Umstände im Verfahren hervorgekommen, die gegen die Richtigkeit dieser Angaben sprechen.

Die Feststellung, dass keine rechtskräftigen einschlägigen Verwaltungsvorstrafen hinsichtlich des Beschwerdeführers aufscheinen, ergibt sich aus dem vorliegenden Verfahrensakt.

Es konnte weder dem vorgelegten Verfahrensakt entnommen noch im Beweisverfahren festgestellt werden, wer das Gewinn- und Verlustrisiko trägt.
Aus dem Aktenvermerk oder der Niederschrift über die Einvernahme der Lokalbetreiberin konnten keine Angaben hinsichtlich Veranstaltereigenschaft entnommen werden. Die Lokalbetreiberin gab in ihrer Befragung lediglich an, sie erhalte eine monatliche Miete für das Aufstellen der beiden Geräte.
In der Anzeige selbst führt das anzeigende Finanzamt aus:
„Es wird darauf hingewiesen, dass die Beschuldigte bloß aufgrund der während der Kontrolle möglichen Nachforschungen als unternehmerisch an der Veranstaltung verbotener Ausspielungen Beteiligter ermittelt wurde. Diese Eigenschaft wäre zu verifizieren."
Da sich aus den im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung getätigten Aussagen und aus dem Verfahrensakt kein Hinweis darauf ergibt, wer das Gewinn- und Verlustrisiko tatsächlich trug, gelangt das Landesverwaltungsgericht Oö. unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zur Überzeugung, dass nicht festgestellt werden kann, auf wessen Rechnung die Glückspiele angeboten wurden.

Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich - Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015" von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt, es sind aus Sicht des erkennenden Gerichts im Verfahren keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Studie hervorgekommen. Die Feststellungen zu den Tätigkeiten des BMF, der Finanzpolizei und der Konzessionäre sowie die Feststellungen zur Anbindung an das Bundesrechenzentrum gründen vor allem auf den Angaben des BMF im Glücksspielbericht 2010-2013 und im Evaluierungsbericht des BMF zu den Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014. Aus Sicht des erkennenden Gerichts bestehen hinsichtlich der diesbezüglichen Ausführungen in den Berichten keine Bedenken gegen die Richtigkeit, zumal auch davon auszugehen ist, dass das BMF

über den Inhalt und Umfang der Tätigkeiten der Behörden Kenntnis hat und aufgrund der Funktion als Aufsichtsbehörde auch über bestimmte Tätigkeiten der Konzessionäre informiert ist. Gründe dafür, dass vom BMF diesbezüglich auf Tatsachenebene falsche Auskünfte gegeben worden wären, sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

III. 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 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.

Gemäß § 52 Abs. 3 GSpG ist, sofern durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht 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.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

Gemäß § 50 Abs. 1 GSpG ist das Landesverwaltungsgericht zuständig.

Hinsichtlich des Glücksspielcharakters des verfahrensgegenständlichen Walzenspielgerätes ist Folgendes auszuführen:
Aufgrund der festgestellten Funktionsweise der an dem Gerät verfügbaren virtuellen Walzenspiele ist auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 08.09.2005, Zl. 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.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass mit dem verfahrensgegenständlichen 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 weiters, dass die U. s.r.o. (nunmehr: U. G. s.r.o.) Eigentümerin des verfahrensgegenständlichen Geräts war und sich dieses Gerät zum Tatzeitpunkt betriebsbereit in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals „R. I. U." befand.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass es sich bei diesen Glücksspielen auch um Ausspielungen iSd § 2 GSpG handelt. Aufgrund der verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräte 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.

Es gibt jedoch keine ausreichenden Beweisergebnisse dafür, dass der Beschwerdeführer verbotene Ausspielungen auf eigene Rechnung durchgeführt hätte, also das Gewinn- und Verlustrisiko getragen hätte. Als Veranstalter kommt aber nur jene Person in Betracht, welche das Spiel auf eigene Rechnung ermöglicht (Schwartz/Wohlfahrt, GSpG^2, § 52 Rz 6 unter Hinweis auf VwGH 20.12.1996, 93/17/0058; 16.02.2004, 2003/17/0260). Das ergibt sich auch aus der Entscheidung des VwGH vom 26. Jänner 2010, 2008/02/0111.

Dem Beschwerdeführer konnte daher nicht nachgewiesen werden, dass er bzw. die U. s.r.o., deren Geschäftsführer der Beschwerdeführer ist, mit den verfahrensgegenständlichen Geräten verbotene Ausspielungen auf eigene Rechnung durchgeführt - diese also veranstaltet hat.

Eine Bestrafung kann iSd § 45 Abs. 1 Z 1 VStG aber nur dann erfolgen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat erwiesen ist. Im Verwaltungsstrafverfahren gilt der Grundsatz „in dubio pro reo" (Fister in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 25 Rz 10).

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertritt, darf der Grundsatz „in dubio pro reo" nur angewendet werden, wenn nach Durchführung des Beweisverfahrens Zweifel an der Verwirklichung des Tatbildes durch den Beschuldigten bleiben (statt vieler: VwGH 15.11.2000, 2000/03/0237). Wie oben ausführlich dargestellt, war im vorliegenden Fall die Klärung der Frage, auf wessen Rechnung die gegenständlichen Glücksspiele angeboten wurden, nicht möglich. Weder aufgrund der im Verwaltungsakt einliegenden Beweismittel noch aufgrund der Aussagen im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte die im bekämpften Straferkenntnis vorgeworfene Tat erwiesen werden. Es kann daher nicht zweifellos davon ausgegangen werden, dass die Fa. U. s.r.o. (nunmehr: U. G. s.r.o.) auch tatsächlich Veranstalter dieser verbotenen Ausspielungen ist dh. das Gewinn- und Verlustrisiko trägt.

V. Im Ergebnis war der Beschwerde daher Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen. Bei diesem Ergebnis war auf das weitere Beschwerdevorbringen nicht mehr einzugehen.

Bei diesem Ergebnis war dem Beschwerdeführer gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG und § 66 Abs. 1 VStG weder ein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht, noch ein Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde vorzuschreiben.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

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

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Dr. Süß