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-411621/6/Sr/HG

Datum:
Linz, 23. Februar 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Mag. Stierschneider über die Beschwerde von H G, geb. x, L.straße 9, E, vertreten durch RA Dr. F M, x, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 11. August 2016, GZ: BHWLSich-2016-320707, wegen der Schließung eines Betriebes nach dem Glücksspielgesetz, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23. Jänner 2017,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und der angefochtene Bescheid bestätigt.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land (in der Folge: belangte Behörde) vom 11. August 2016, GZ: BHWLSich-2016-320707, wurde gemäß § 56a GSpG die teilweise Schließung des Gastlokales bei der Tankstelle G in E, L.straße 9, welches vom Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) betrieben wird, wie folgt angeordnet:

"Die am 11.08.2016 um 11:20 Uhr mündlich verfügte teilweise Schließung des Betriebes

Gastlokal bei der Tankstelle G in E, L.straße 9

wird mit Wirkung ab 11.08.2016 angeordnet.

Die Schließung umfasst jenen Teil des Gastraumes („Nische"), in dem die Glücksspielgeräte wiederholt aufgestellt wurden und der im hinteren Teil des Lokals durch eine halbhohe Glaswand in Erhöhung der Sitzbanklehne vom Gastraum abgegrenzt ist und durch eine etwa 1 Meter breite Öffnung zu betreten ist. Er umfasst eine Größe von etwa 2 mal 4 Meter.

Rechtsgrundlage:
§ 56a Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl Nr 620/1989 in der Fassung BGBl I Nr 105/2014"

Begründend führte die belangte Behörde Folgendes aus:

„Herr H G, geb. x, ist Betreiber des Gastlokals bei der Tankstelle G in E, L.straße 9.

1) Erster Verdacht der Veranstaltung illegaler Glücksspiele im Betrieb:

Bei einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz durch Organe des Finanzamtes Grieskirchen Wels am 05.11.2014 ab 7:52 Uhr im Gastlokal bei der Tankstelle G in E, L.straße 9, wurde festgestellt, dass Im öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals folgende elektronische Glücksspielgeräte betriebsbereit aufgestellt waren:

| FA-Nr | Gerätebezeichnung | Seriennummer | Versiegelungs-plaketten | aufgestellt seit |
|---|---|---|---|---|
| 1 | Auftragsterminal A-T2 | x | A011451-A011456 | 05.09.2014 |
| 2 | Auftragsterminal A-T2 | x | A011457-A011462 | 05.09.2014 |
| 4 | afric2go | x | A011463-A011468 | 01.10.2014 |

Die konzessions- und bewilligungslosen Ausspielungen wurden seit dem Tag der Aufstellung bis zur Beschlagnahme am 05.11.2014 durchgeführt, in Form von virtuellen Walzenspielen (FA-Nr 1-2) sowie virtuellen Glücksradspielen (FA-Nr 4). Das Ergebnis all dieser Spiele war vorwiegend vom Zufall abhängig. Bei den Spielen wurde für einen Einsatz (FA-Nr 1-2: mindestens 0,20 Euro; FA-Nr 4: mindestens 1 Euro) ein Gewinn (FA-Nr 1-2: bis zu 20 Euro + 898 Supergames; FA-Nr 4: bis zum 20fachen Einsatz) in Aussicht gestellt.

Die Glücksspielgeräte wurden von den Kontrollorganen vorläufig beschlagnahmt wegen des Verdachts der Veranstaltung von verbotenen Ausspielungen.
Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 12.12.2014 (Pol96-142-2014) wurde für sämtliche Geräte gemäß § 53 GSpG die behördliche Beschlagnahme angeordnet. Die Beschwerden gegen die Beschlagnahme wurden vom LVwG OÖ am 15.06.2016, Zahl LVwG-410505/36, abgewiesen.
Mit Straferkenntnis vom 19.03.2015 wurde über den Lokalbetreiber Herrn H G wegen unternehmerisch Zugänglichmachens von zur Teilnahme vom Inland aus verbotenen Ausspielungen eine Verwaltungsstrafe verhängt. Die Beschwerde gegen die Bestrafung wurde vom LVwG Oö mit Erkenntnis vom 15.10.2015, Zahl LVwG-410667, im Umfang der Walzenspielgeräte abgewiesen.

2) Zweiter Verdacht der Veranstaltung illegaler Glücksspiele im Betrieb:
Bei einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz durch Organe des Finanzamtes Grieskirchen Wels am 16.03.2015 ab 9:55 Uhr im Gastlokal bei der Tankstelle G in E, L.straße 9, wurde festgestellt, dass im öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals folgende elektronische Glücksspielgeräte betriebsbereit aufgestellt waren:

| FA-Nr | Gerätebezeichnung | Seriennummer | Versiegelungsplaketten |
|---|---|---|---|
| 1 | Auftragsterminal | x | A058542-A058547 |
| 2 | Kajot | x | A058548, A057852-A057857 |

Die Glücksspielgeräte wurden von den Kontrollorganen vorläufig beschlagnahmt wegen des Verdachts der Veranstaltung von verbotenen Ausspielungen.
Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Weis-Land vom 20.04.2015 (Pol96-87-2015) wurde für sämtliche Geräte gemäß § 53 GSpG die behördliche Beschlagnahme angeordnet. Die Beschwerden gegen die Beschlagnahme wurden mit Erkenntnis des LVwG OÖ vom 05.01.2016, Zahl LVwG-410783, abgewiesen.
Mit Straferkenntnis vom 10.08.2015 wurde über den Lokalbetreiber Herrn H G wegen unternehmerisch Zugänglichmachens von zur Teilnahme vom Inland aus verbotenen Ausspielungen eine Verwaltungsstrafe verhängt. Die Beschwerde gegen die Bestrafung wurde vom LVwG Oö mit Erkenntnis vom 10.11.2015, Zahl LVwG-410946, abgewiesen.

3) Dritter Verdacht der Veranstaltung illegaler Glücksspiele im Betrieb:
Bei einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz durch Organe des Finanzamtes Grieskirchen Wels am 30.04.2015 ab 11.58 Uhr im Gastlokal bei der Tankstelle G in E, L.straße 9, wurde festgestellt, dass im öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals folgende elektronische Glücksspielgeräte betriebsbereit aufgestellt waren:

| FA-Nr | Gerätebezeichnung | Seriennummer | Versiegelungs-Plaketten seit | aufgestellt |
|---|---|---|---|---|
| 1 | Auftragsterminal | x | A055601 -A055605 | 30.04.2015 |
| 2 | Auftragsterminal A-T2 | x | A055606 - A055610 | 30.04.2015 |

Die konzessions- und bewilligungslosen Ausspielungen wurden zumindest sei Beginn der Öffnungszeiten um 6.30 Uhr am Kontrolltag bis zur Kontrolle am 30.04.2015 um 11.58 Uhr durchgeführt, in Form von virtuellen Walzenspielen, deren Ergebnis vorwiegend vom Zufall abhängig war.

Beim Eintreffen der Kontrollorgane waren die Geräte vom Stromnetz getrennt, auch das neben den beiden Glücksspielgeräten befindliche Wett-Terminal. Die Kontrollorgane stellten fest, dass die Geräte warm waren, neben dem Gerät FA-Nr befand sich ein Aschenbecher mit mehreren Zigarettenstummeln. Das Gelände der Tankstelle ist videoüberwacht. Es muss davon ausgegangen werden, dass die Geräte beim Eintreffen der Kontrollorgane deaktiviert wurden. Sowohl die anwesende Gattin des Lokalbetreibers als auch die lokalverantwortliche Kellnerin waren mittels Dienstanweisung instruiert, den Kontrollorganen jegliche Auskunft zu den Glücksspielgeräten zu verweigern. Insgesamt entsprach die Auffindesituation im Lokal jener der beiden Kontrollen vom 05.11.2014 und 16.03.2015, bei denen jeweils verbotenen Ausspielungen festgestellt wurden.
Nach Herstellung der Stromverbindung durch die Kontrollorgane konnten die Geräte eingeschaltet werden. Mangels Netzwerkverbindung zeigten die Geräte jedoch die Fehlermeldung „Net error", eine Bespielung war nicht möglich. Am Bildschirm waren abwechselnd die Meldung „Hier können Spielaufträge bis 10,50 Euro abgegeben werden" und eine zweite Seite, bei der 9 verschiedene Walzenspiele zum Aufruf standen, zu sehen. Das Gerät führte jedoch durch den Netzwerkfehler keine Spielfunktion aus. Aufgrund der Vorkontrollen und der umfangreichen Erfahrung der Kontrollorgane konnte eindeutig festgestellt werden, dass die Geräte baugleich mit den üblichen elektronischen illegalen Walzenspielgeräten sind.

Die Glücksspielgeräte wurden von den Kontrollorganen vorläufig beschlagnahmt wegen des Verdachts der Veranstaltung von verbotenen Ausspielungen. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vorn 02.06.2015 (Pol96-123-2015) wurde für sämtliche Geräte gemäß § 53 GSpG die behördliche Beschlagnahme angeordnet. Die Beschwerden gegen die Beschlagnahme wurden mit Erkenntnis des LVwG Oö vom 03.06.2016, Zahl LVwG-410809, abgewiesen.

4) Betriebsschließung durch die Behörde am 30.04.2015:
Nachdem die Voraussetzungen des § 56a Glücksspielgesetz vorlagen, hat die Behörde am 30.04.2015 die Betriebsschließung verfügt.
Die Betriebsschließung wurde vom LVwG OÖ wegen vermeintlicher Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes mit Erkenntnis vom 19.08.2015 (LVwG-410787) aufgehoben. Die dagegen eingebrachte Amtsrevision beabsichtigt der VwGH zwar aufgrund des Wegfalls des Rechtsschutz-bedürfnisses nach Ablauf der gesetzlichen einjährigen Schließungsfrist einzustellen (Ro 2015/17/0035), der Verwaltungsgerichtshof hat jedoch bereits zuvor im Erkenntnis vom 16.03.2016, Ro 2015/17/0022, die Unionsrechtskonformität des Glücksspielgesetzes festgestellt.

5) Vierter Verdacht der Veranstaltung illegaler Glücksspiele im Betrieb:
Bei einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz durch Organe des Finanzamtes Grieskirchen Wels am 06.07.2016 ab 9:50 Uhr im Gastlokal bei der Tankstelle G in E, L.straße 9, wurde festgestellt, dass im öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals folgende elektronische Glücksspielgeräte betriebsbereit aufgestellt waren:

| Versiegelungs-plaketten | aufgestellt seit |
|---|---|
| A083391-A083395 | 01.03.2016 |
| A083396-A083400 | 01.03.2016 |

Die konzessions- und bewilligungslosen Ausspielungen wurden seit dem Tag der Aufstellung bis zur Beschlagnahme am 06.07.2016 durchgeführt, in Form von virtuellen Walzenspielen. Das Ergebnis all dieser Spiele war vorwiegend vom Zufall abhängig. Bei den Spielen wurde für einen Einsatz von mindestens 0,10 Euro und höchstens 20,00 Euro ein Gewinn von bis zu 36.000,00 Euro in Aussicht gestellt.

Die Glücksspielgeräte wurden von den Kontrollorganen vorläufig beschlagnahmt wegen des Verdachts der Veranstaltung von verbotenen Ausspielungen. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 02.08.2016 (BHWLSich-2016-292063) wurde für sämtliche Geräte gemäß § 53 GSpG die behördliche Beschlagnahme angeordnet.

6) Aufforderung zur Einstellung der Glücksspiele:
Mit Schreiben der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 15.07.2016 (Aufforderung zur Rechtfertigung), zugestellt am 19.07.2016, wurden Sie gemäß § 56a GSpG aufgefordert, die Veranstaltung von rechtswidrigen Glücksspielen einzustellen.

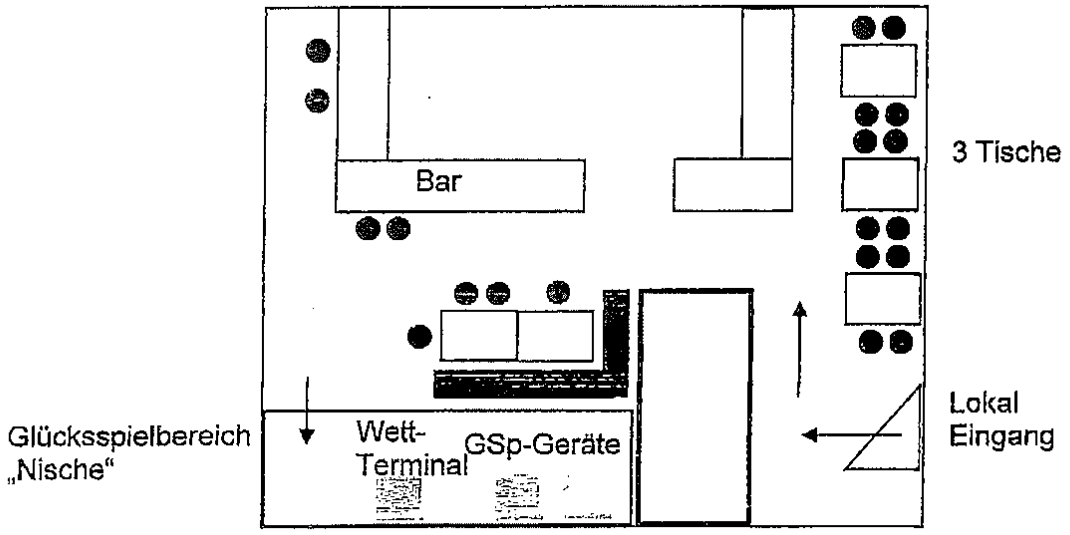
7) Fünfter Verdacht der Veranstaltung illegaler Glücksspiele im Betrieb:
Bei einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz durch Organe des Finanzamtes Grieskirchen Wels am 11.08.2016 ab 09:29 Uhr im Gastlokal bei der Tankstelle G in E, L.straße 9, wurde festgestellt, dass im öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals folgende elektronische Glücksspielgeräte betriebsbereit aufgestellt waren:

| FA-Nr | Gerätebezeichnung | Seriennummer | Versiegelungs-plaketten | aufgestellt seit |
|---|---|---|---|---|
| 1 | Kajot | x | A077829-A077833 | 10.08.2016 |
| 2 | Keine | x | A077834 - A077838 | 10.08.2016 |

Die konzessions- und bewilligungslosen Ausspielungen wurden zumindest seit 10.08.2016 bis zur Beschlagnahme am 11.08,2016 um 10:49 Uhr durchgeführt, in Form von virtuellen Walzenspielen. Das Ergebnis all dieser Spiele war vorwiegend vom Zufall abhängig. Bei den Spielen an den Walzenspielgeräten wurde für einen Einsatz (mindestens 0,10 Euro und höchstens 15,00 Euro) ein Gewinn bis zu 27.000,00 Euro in Aussicht gestellt.

Die Glücksspielgeräte wurden von den Kontrollorganen vorläufig beschlagnahmt wegen des Verdachts der Veranstaltung von verbotenen Ausspielungen.

8) Beschreibung des Betriebs:
Der Betrieb Gastlokal bei der Tankstelle G in E, L.straße 9, ist räumlich und funktional wie folgt gestaltet:




Das Lokal grenzt an den Tankstellenbereich der Tankstelle G an und besteht im Wesentlichen aus einem Gastraum mit einer Bar, 5 Tischen zur Bewirtung von Gästen, und einer Nische, in der ein Wettterminal und die Glücksspielgeräte betrieben werden. Die Nische ist durch eine Öffnung zwischen der Lokalwand und einer halbhohen Glaswand hinter der Rücklehne einer Sitzbank zu betreten.
Diese Öffnung stellt die Grenze des von der Betriebsschließung betroffenen Bereiches dar und dies wurde durch einen Aushang der Behörde ersichtlich gemacht.

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 eine Konzession oder Bewilligung dafür erteilt wurde, handelt es sich gemäß § 2 Abs. 4 GSpG um verbotene Ausspielungen.

Nach § 56a Abs 1 GSpG kann die Behörde ohne vorausgegangenes Verfahren, aber nicht ohne vorher zur Einstellung der entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes veranstalteten oder durchgeführten Glücksspiele aufgefordert zu haben, an Ort und Stelle die gänzliche oder teilweise Schließung des Betriebes verfügen, wenn der begründete Verdacht besteht, dass im Rahmen einer betrieblichen Tätigkeit Glücksspiele entgegen

den Vorschriften dieses Bundesgesetzes veranstaltet oder durchgeführt werden und mit Grund anzunehmen ist, dass eine Gefahr der Fortsetzung besteht.
Über eine solche Verfügung ist binnen drei Tagen ein schriftlicher Bescheid zu erlassen. Ordentlichen Rechtsmitteln gegen den Schließungsbescheid kommt keine aufschiebende Wirkung zu.

Die Behörde hat erwogen:
Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes besteht der begründete Verdacht, dass im angeführten Lokal im Rahmen der betrieblichen Tätigkeit des Herrn H G seit längerer Zeit, jedenfalls festgestellt am 05.11.2014, am 16.03.2015, am 30.04.2015, am 06.07.2016 und am 11.08.2016, wiederholt Glücksspiele entgegen den Vorschriften des GSpG durchgeführt werden.
Obwohl Sie mit Schreiben vom 15.07.2016 zur Einstellung der illegalen Glücksspiele bei sonstiger Betriebsschließung aufgefordert wurden, bestätigte sich bei der Kontrolle am 11.08.2016 erneut der Verdacht, dass Sie fortgesetzt im Rahmen Ihres Betriebes konzessionslose Glücksspiele bereithalten.
Der Verwaltungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 16.03.2016, Ro 2015/17/0022, festgestellt, dass in den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes keine Unionsrechtswidrigkeit erkannt werden kann.
Nach Ansicht der Behörde entsteht eine wesentliche Haupteinnahmequelle des Betriebes aus den wiederholt betriebs- und spielbereit gehaltenen Glücksspielgeräten. Dies wird daraus ersichtlich, dass trotz wiederholter Beschlagnahme von Glücksspielgeräten im Betrieb jeweils bereits wenige Tage später schon neue Geräte betriebsbereit aufgestellt waren. Im Lokal wurde ein eigener Bereich exklusiv zum Anbieten von Glücksspielen über elektronische Geräte verwendet.
Wenn ein Unternehmer im Rahmen seines Betriebes illegale Glücksspielgeräte bereithält, so ist nach der Judikatur des VwGH (Ro 2014/17/0031) eine Betriebsschließung nach § 56a GSpG anwendbar. Auf ein Überwiegen der Glücksspieltätigkeit im Verhältnis zur sonstigen betrieblichen Tätigkeit kommt es dabei nicht an.

Da die mit den Geräten möglichen Glücksspiele nur gegen Vermögenswerte Einsatzleistung durchgeführt werden konnten, für welche eine Vermögenswerte Leistung vom Veranstalter in Aussicht gestellt wurde, ergibt sich aus der Art der Durchführung der Spielveranstaltung mittels Glücksspielgeräten in Gewinnerzielungsabsicht, dass selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt wurde und die Ausspielung daher durch einen Unternehmer gemäß § 2 Abs 2 GSpG erfolgte.

Der Betreiber besitzt für die Veranstaltung dieser Glücksspiele keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG und die Spiele unterliegen auch nicht einem Ausnahmetatbestand des § 4 GSpG. Die gegenständlichen Glücksspiele sind somit verbotene Ausspielungen.

Die Behörde ist verpflichtet, das gelindeste, noch wirksam zum Ziel führende Mittel anzuwenden. Dies bedeutet im Besonderen, dass es sich bei einer Betriebsschließung um eine Maßnahme handelt, die nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit nur als letztes Mittel angewendet werden darf, um wirksam illegales Glücksspiel im betroffenen Betrieb zu beenden.

Die Glücksspiele werden über elektronische Geräte in einer Nische des Lokals angeboten, die mit über eine Öffnung von etwa 1 Meter Breite zu betreten ist. Als geringster Eingriff war somit eine nur teilweise Schließung dieses Bereichs vorzunehmen, der durch einen behördlichen Aushang
gekennzeichnet wurde.

Der Gefahr der Fortsetzung der verbotenen Glücksspiele konnte mit keinem gelinderen Mittel als der Betriebsschließung begegnet werden, weil trotz vorhergegangener viermaliger Beschlagnahme von insgesamt 9 Glücksspielgeräten und trotz Androhung der Betriebsschließung für den Fall der Fortsetzung der illegalen Ausspielungen weiterhin Glücksspiele angeboten und (neue) Geräte spielbereit gehalten wurden.

Demnach sucht der Betreiber nach wie vor in der Durchführung illegaler Glücksspiele regelmäßige Einnahmen zu erzielen, weshalb dringender Grund zur Annahme besteht, dass die Durchführung von Glücksspielen entgegen den Vorschriften des GSpG fortgesetzt wird und die bloße Beschlagnahme der Glücksspieleinrichtungen nicht geeignet und ausreichend ist, das den Verdacht wiederholten illegalen Glücksspiels begründende Verhalten zu beenden.

Eine weitere Gefährdung der Interessen des Glücksspielmonopols kann durch andere geeignete Vorkehrungen, wie die Stilllegung von Einrichtungen, Beschlagnahmen oder sonstige Maßnahmen
nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden (ausdrücklich von § 56a Abs 1 zweiter Satz GSpG gefordert).

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

2. Mit Schreiben vom 8. September 2016 erhob der Bf in rechtsfreundlicher Vertretung fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde, mit welcher beantragt wurde, eine mündliche Beschwerdeverhandlung anzuberaumen, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Betriebsschließungs-verfahren einzustellen.

Begründend führte der Bf zusammengefasst aus, dass Begründungsmängel, Verfahrensfehler und eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorliegen, dass die belangte Behörde überdies unzuständig war, und dass näher benannte Bestimmungen des Glücksspielgesetzes verfassungswidrig seien. Zudem dürfe die Betriebsschließung nur ultima ratio sein und sei in diesem Fall daher überschießend. Es liegen auch keine abgeschlossenen Verfahren betreffend Verwaltungsübertretungen oder Beschlagnahmen nach dem Glücksspielgesetz vor.

3. Die belangte Behörde legte den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 19. September 2016 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

4. Der Verfassungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 2. Juli 2016, kundgemacht im BGBl. I Nr. 57/2016 am 12. Juli 2016, ausgesprochen, dass bei ihm eine erhebliche Anzahl von Verfahren über Beschwerden im Sinne des § 86a Abs. 1 VfGG anhängig ist, in denen gleichartige Rechtsfragen zu lösen sind. Gemäß § 86a Abs. 3 VfGG durften daher vom Verwaltungsgericht in Rechtssachen, welche die im Beschluss genannten Rechtsvorschriften - im Wesentlichen §§ 52 bis 54 GSpG - anzuwenden und eine darin genannte Rechtsfrage zu beurteilen hatten, nur solche Handlungen vorgenommen oder Anordnungen und Entscheidungen getroffen werden, die durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes nicht beeinflusst werden konnten oder die die Frage nicht abschließend regelten und keinen Aufschub gestatteten. Im Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, kundgemacht im BGBl. I Nr. 91/2016 am 3. November 2016, hat der Verfassungsgerichtshof seine Rechtsanschauung zusammengefasst, womit die oben genannten Wirkungen gemäß § 86a Abs. 3 VfGG geendet haben und das Verfahren fortzuführen war.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat für den 23. Jänner 2017 eine öffentliche Verhandlung anberaumt und hiezu die Verfahrensparteien und den Bf geladen.

6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Niederschrift der Finanzpolizei, eine den Parteien zur Kenntnis gebrachte Stellungnahme des BMF vom 26. Juni 2015 samt Glücksspielbericht 2010–2013, den Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“ und das Informationsschreiben der Stabstelle für Spielerschutz zu einer neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“, das Beschwerdevorbringen und der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 23. Jänner 2017.

7.1. Bei der mündlichen Verhandlung brachte der Rechtsvertreter des Bf ergänzend zum Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 15. Oktober 2016 vor, dass die Thematik der Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes noch nicht abschließend geklärt sei und verwies auf die beim EuGH anhängigen Verfahren unter den Zahlen C589/2016, C593/2016 und C685/2016. Weiter erachtete er die österreichische Rechtslage für nicht geklärt Dies ergebe sich aus OGH 10 Ob 52/16v vom 12. Dezember 2016.

In der Folge brachte der Rechtsvertreter vor, dass keine rechtskonforme Zustellung vorliege, da der Betriebsschließungsbescheid nicht an den Bf sondern an die Kellnerin im Lokal zugestellt worden sei. Die Kellnerin habe über keine

Postvollmacht verfügt und die Anschrift des Bf sei der belangten Behörde bekannt gewesen. Überdies sei der Bf bereits einen Tag vor der Kontrolle ortsabwesend gewesen. Die Abwesenheit von der Abgabestelle habe eine Woche angedauert. Eine entsprechende Bestätigung werde vorgelegt.

7.2. Im Anhang zum Schreiben vom 20. Februar 2017 übermittelte der Rechtsvertreter eine Bestätigung aus der hervorgeht, dass der Bf in der Zeit vom 11. August bis 15. August 2016 ortsabwesend war.

Auf Grund seiner Abwesenheit habe der Bf somit frühestens am 16. August 2016 von der Betriebsschließung Kenntnis erlangen können. Da eine Ersatzzustellung infolge der Abwesenheit des Bf nicht möglich gewesen sei, würde die Zustellung des Betriebsschließungsbescheides erst ab 16.August 2016 wirksam und mangels Einhaltung der 3 Tagesfrist sei der Bescheid ex-lege außer Kraft getreten.

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

Nach einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 5. November 2014 wurde mit Bescheid der belangten Behörde vom 12. Dezember 2014, Pol96-142-2014, die Beschlagnahme von 3 Glücksspielgeräten angeordnet. Dieser Bescheid wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 21. April 2015, LVwG-410505/3, bestätigt. Dieses Erkenntnis wurde hinsichtlich eines der drei Glückspielgeräte vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben (vgl. VwGH vom 20.04.2016, Ro 2015/17/0020-5).

Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 19. März 2015 wurde über den Bf wegen unternehmerischen Zugänglichmachens von zur Teilnahme vom Inland aus verbotenen Ausspielungen eine Verwaltungsstrafe verhängt. Die Beschwerde gegen das Straferkenntnis wurde vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Erkenntnis vom 15. Oktober 2015, LVwG-410667, betreffend 2 Walzengeräte abgewiesen. Die Revisionen gegen dieses Erkenntnis wurde vom Verwaltungsgerichtshof zurückgewiesen (vgl. VwGH vom 25.04.2016, Ra 2016/17/0003 und Ra 2016/17/0004).

Nach einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 16. März 2015 wurde mit Bescheid der belangten Behörde vom 20. April 2015, Pol96-87-2015, die Beschlagnahme von 2 Glücksspielgeräten angeordnet. Dieser Bescheid wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 5. Jänner 2016, LVwG-410783, bestätigt.

Mit Straferkenntnis der belangten Behörde vom 10. August 2015 wurde über den Bf wegen unternehmerischen Zugänglichmachens von zur Teilnahme vom Inland aus verbotenen Ausspielungen eine Verwaltungsstrafe verhängt. Dieses Straf-

erkenntnis wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 10. November 2015, LVwG-410946, bestätigt. Die Revision gegen dieses Erkenntnis wurde vom Verwaltungsgerichtshof zurückgewiesen (vgl. VwGH vom 23.03.2016, Ra 2016/17/0029).

Nach einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 30. April 2015 wurde mit Bescheid der belangten Behörde vom 2. Juni 2015, Pol96-123-2015, die Beschlagnahme von 2 Glücksspielgeräten angeordnet. Dieser Bescheid wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 3. Juni 2016, LVwG-410809, bestätigt.

Am 30. April 2015 hat die belangte Behörde eine Betriebsschließung gemäß § 56a GSpG verfügt. Diese Betriebsschließung wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 19. August 2015, LVwG-410787, wegen Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes aufgehoben. Die Amtsrevisionen wurden wegen Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses nach Ablauf der einjährigen Schließungsfrist als gegenstandslos erklärt und das Verfahren eingestellt (vgl. VwGH vom 23.08.2016, Ro 2015/17/0034 und 0035).

Nach einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei am 6. Juli 2016 wurde mit Bescheid der belangten Behörde vom 2. August 2016, BHWLSich-2016-292063, die Beschlagnahme von 2 Glücksspielgeräten angeordnet. Die dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 9. Februar 2017, LVwG-411619, abgewiesen.

Mit Schreiben vom 15. Juli 2016 wurde der Bf gemäß § 56a GSpG nachweislich aufgefordert, den weiteren Betrieb von Glücksspielen entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes einzustellen, andernfalls die Schließung des Betriebes verfügt wird.

Am 11. August 2016 führten Organe der Finanzpolizei neuerlich eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz im Gastlokal bei der Tankstelle G in E, L.straße 9, durch. Dabei wurden 2 Geräte betriebsbereit vorgefunden. Der Bf ist Betreiber des Lokals. Die P GmbH, W. Straße 253, G, ist Eigentümerin der Geräte. Weder der Bf noch die Eigentümerin der Geräte waren im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für diese Geräte.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele auf den Geräten durchgeführt:

| *FA-Nr.* | *Spiel* | *Einsätze* | *in Aussicht gestellte Gewinne* |
|---|---|---|---|
| *1* | *Ring of Fire XL* | *0,10 Euro* | *max. 180 Euro* |
| *1* | *Ring of Fire XL* | *15,00 Euro* | *max. 27.000 Euro* |

| | | | |
|---|---|---|---|
| *2* | *Ring of Fire XL* | *0,10 Euro* | *max. 180 Euro* |
| *2* | *Ring of Fire XL* | *15,00 Euro* | *max. 27.000 Euro* |

Der Spielablauf der 2 virtuellen Walzenspiele (Geräte mit FA-Nr. 1 und 2) stellt sich 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. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.

Das verfahrensgegenständliche Lokal besteht im Wesentlichen aus einem Gastraum mit einer Bar, 5 Tischen zur Bewirtung und einer Nische, in der ein Wettterminal und die gegenständlichen Glücksspielgeräte betrieben werden. Im Detail wird bezüglich der räumlichen Verhältnisse auf die in den behördlichen Bescheid integrierte Skizze verwiesen. Da die Glücksspielgeräte in der abgetrennten Nische aufgestellt sind, war eine Teilschließung nur betreffend dieser Nische möglich.

Im Rahmen der Kontrolle am 11. August 2016 wurde die Teilschließung des Betriebs verfügt und diese mit Bescheid vom 11. August 2016 angeordnet.

Dieser Bescheid vom 11. August 2016 wurde, adressiert an H G, geb. x, L.straße 9, E, am 11. August 2016 von Frau E S als Arbeitnehmerin im gegenständlichen Lokal persönlich übernommen. Von der Ortsabwesenheit des Bf hatten zum Zeitpunkt der Ersatzzustellung weder der Behördenvertreter noch die Arbeitnehmerin des Bf Kenntnis. Die urlaubsbedingte Abwesenheit des Bf von der Abgabestelle zum Zeitpunkt der Ersatzzustellung ist erst im Beschwerde-verfahren (mündliche Verhandlung) hervorgekommen.

Im Jahr 2015 weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, die Zahl der Problemspieler beträgt daher entsprechend zwischen ca. 19.900 und ca. 35.800 Personen. Zudem sind

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

Ausgehend vom Jahr 2015 haben 41% der Bevölkerung (14 bis 65 Jahre) in den letzten 12 Monaten irgendein Glücksspiel um Geld gespielt, dieser Wert ist seit 2009 kaum verändert (2009: 42%). Das klassische Lotto „x“ ist das beliebteste Glücksspiel in Österreich. Jeder dritte Österreicher hat dieses Spiel im Jahr 2015 mindestens einmal in den letzten 12 Monaten gespielt (ca. 33%), der prozentuale Anteil für die 30-Tages-Prävalenz beträgt ca. 20%. Seit 2009 haben sich diese Werte so gut wie nicht geändert (jeweils nur um ca. ± 1 Prozentpunkt). Dagegen ist für diesen Zeitraum eine deutliche Zunahme bei der europäischen Lotterie, den Euromillionen, zu konstatieren: Der Prozentwert für die monatliche Teilnahme hat sich von etwa 4% auf etwa 8% verdoppelt. Auch beim Joker gibt es seit 2009 einen prozentualen Anstieg. Inzwischen spielt jede siebte Person mindestens einmal im Jahr dieses Glücksspiel (ca. 14%). Damit ist es das zweitverbreitete Glücksspiel in Österreich. Bei den Rubbellosen – die auf dem vierten Platz liegen – sind nur geringe Veränderungen zwischen 2009 und 2015 vorhanden. Alle anderen Glücksspiele besitzen bezogen auf die Spielteilnahme in der Gesamtbevölkerung eine nachgeordnete Bedeutung: Das gilt für die Sportwetten genauso wie für die klassischen Kasinospiele, bei denen 2015 jeweils etwa 4% in den letzten 12 Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Kasinos und in Spielhallen werden von noch weniger Personen gespielt. In den letzten 12 Monaten haben am Automatenglücksspiel in Spielbanken ca. 0,5% teilgenommen, im Jahr 2009 waren dies ca. 0,6% bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz. Bezüglich der Teilnahme am Automatenglücksspiel außerhalb von Spielbanken (Spielhallen, Einzelaufstellungen, illegale Glücksspielautomaten) ist der Wert bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz von ca. 1,2% im Jahr 2009 auf ca. 1% im Jahr 2015 zurückgegangen.

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

Geldeinsätze für Sportwetten, diese haben sich von ca. 47 € auf ca. 110 € mehr als verdoppelt.

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

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

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

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2013 in Summe 6.920 Wirtschaftsauskünfte beim K, darunter 4.908 über österreichische

Spielbankbesucher und 2.012 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 3.600 online-„Sofort-Checks“. 621.195 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2013 den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Bei 48.284 davon bestand die begründete Annahme im Sinne des § 25 Abs. 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.359 Informationsgesprächen sowie 741 Beratungen bzw. Befragungen führte. Zum 31.12.2013 bestanden in österreichischen Spielbanken bei 22.435 Spielbankbesuchern aufrechte, gültige Einschränkungen der Besuchsmöglichkeiten und 4.381 aktive Selbstsperren. In den VLT-Outlets wurden im Jahr 2013 aus begründetem Anlass 11.330 zur Alterskontrolle anhand eines Lichtbildausweises aufgefordert, wovon in 1.350 Fällen der Zutritt verwehrt wurde. Insgesamt wurden 343 protokollierte Spielerschutz-Informations-gespräche geführt.

Beim BMF wurde mit 1.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.

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

unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der B am Bildschirm.

II.

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, den Aktenvermerken zu den gegenständlichen Kontrollen, der Dokumentation der Probespiele, der Niederschriften über die Einvernahmen und den deutlichen, im Akt einliegenden Fotos. Auf den Fotos lassen sich die Einsätze und die möglichen Gewinne erkennen.

Dass der Bf Betreiber des gegenständlichen Lokals ist, war der belangten Behörde als zuständige Gewerbebehörde bekannt und wurde vom Bf auch nicht abgestritten.

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

Dass Gewinne im verfahrensgegenständlichen Lokal ausgezahlt und Einsätze dort geleistet wurden, gab der Bf beispielsweise bei der niederschriftlichen Befragung am 6. Juli 2016 gegenüber der Finanzpolizei an. Die Feststellungen zu den polizeilichen Kontrollen ergeben sich aus dem gegenständlichen Verwaltungsakt und den Akten mit den GZ LVwG-410505, LVwG-410667, LVwG-410783, LVwG-410946 und LVwG-410809.

Dass die verfahrensgegenständlichen Geräte zumindest vom 10. August 2016 bis 11. August 2016 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal aufgestellt waren, ergibt sich aus den Unterlagen zur finanzpolizeilichen Kontrolle, insbesondere der im Lokal angestellten Zeugin. Die Geräte waren zu dem Zeitpunkt, an dem die Kontrolle der Finanzpolizei begonnen hat, bereits betriebsbereit für das Spielen von Glücksspielen aufgestellt gewesen. Das Argument des Bf, es wäre im Zeitraum der finanzpolizeilichen Kontrolle kein Spielen möglich gewesen, geht daher ins Leere.

Dass dieser Kontrolle bereits Kontrollen am 05.11.2014, am 16.03.2015, am 30.04.2015 und am 06.07.2016 vorangegangen sind, bei denen Glücksspielgeräte betriebsbereit und funktionsfähig vorgefunden und (mittlerweile rechtskräftig) beschlagnahmt wurden, ergibt sich unbestritten aus dem Verwaltungsakt.

Ebenso ergibt sich unbestritten aus dem Verwaltungsakt, dass der Bf mit Schreiben vom 19. Juli 2016 nachweislich zur Einstellung des konzessionslosen Betriebs von Glücksspielen an der verfahrensgegenständlichen Adresse unter Androhung der Schließung des verfahrensgegenständlichen Betriebs aufgefordert wurde.

Ferner ergibt sich unbestritten aus dem Verwaltungsakt, dass am 11. August 2016 um 11:20 Uhr die teilweise Schließung des verfahrensgegenständlichen Betriebs mündlich verfügt wurde.

Dass die Kellnerin E S, der gegenüber die Betriebsschließung mündlich verfügt wurde und die den verfahrensgegenständlichen Bescheid nachweislich persönlich am 11. August 2016 um 11:34 Uhr übernommen hat, Arbeitnehmerin des Bf ist, blieb in der mündlichen Verhandlung unbestritten.

Dass die Kellnerin E S während der verfahrensgegenständlichen Kontrolle die einzig anwesende betriebszugehörige Person war, ergibt sich aus der mündlichen Verhandlung. Gegenteiliges wurde vom Bf auch nicht behauptet.

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

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich aus den Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle, die glaubhaft darlegten, dass sie versucht hätten, Einfluss auf das Spielergebnis zu nehmen.

Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. K und Prof. Dr. W vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und

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

III.

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

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

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

Gemäß § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl I Nr. 118/2015, ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Gemäß § 2 Abs. 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.

Bezüglich Betriebsschließungen lautet § 56a GSpG wie folgt:

(1) Besteht der begründete Verdacht, dass im Rahmen einer betrieblichen Tätigkeit Glücksspiele entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes veranstaltet oder durchgeführt werden, und ist mit Grund anzunehmen, dass eine Gefahr der Fortsetzung besteht, so kann die Behörde ohne vorausgegangenes Verfahren, aber nicht ohne vorher zur Einstellung der entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes veranstalteten oder durchgeführten Glücksspiele aufgefordert zu haben, an Ort und Stelle die gänzliche oder teilweise Schließung des Betriebes verfügen. Von einer Betriebsschließung ist Abstand zu nehmen, wenn eine weitere Gefährdung der Interessen des Glücksspielmonopols durch andere geeignete Vorkehrungen, wie die Stilllegung von Einrichtungen, Beschlagnahmen oder sonstige Maßnahmen, mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann.

(2) Bei der Erlassung einer Verfügung nach Abs. 1 sind bestehende Rechte soweit zu schonen, als dies ohne Gefährdung der Ziele dieses Bundesgesetzes möglich ist. Eine Verfügung nach Abs. 1 ist unverzüglich aufzuheben, wenn feststeht, dass der Grund für ihre Erlassung nicht mehr besteht.

(3) Über eine Verfügung nach Abs. 1 ist binnen drei Tagen ein schriftlicher Bescheid zu erlassen, widrigenfalls die Verfügung als aufgehoben gilt. Ein Bescheid gilt auch dann als erlassen, wenn eine Zustellung an den Verfügungsberechtigten an dessen Unternehmenssitz oder an der Betriebsstätte nicht möglich ist. Die Zustellung des Bescheides kann in einem solchen Fall durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen.

(4) In einem Bescheid nach Abs. 3 können auch andere nach Abs. 1 zulässige Maßnahmen angeordnet werden.

(5) Ordentlichen Rechtsmitteln gegen Bescheide über Verfügungen nach Abs. 1 kommt keine aufschiebende Wirkung zu.

(6) Die Bescheide gemäß Abs. 3 treten, wenn sie nicht kürzer befristet sind, mit Ablauf eines Jahres außer Wirksamkeit. Durch einen Wechsel in der Person des Inhabers der von den einstweiligen Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen

betroffenen Anlagen, Anlagenteile oder Gegenstände wird die Wirksamkeit dieser Bescheide nicht berührt.

(7) Liegen die Voraussetzungen für die Erlassung eines Bescheides gemäß Abs. 3 nicht mehr vor und ist zu erwarten, dass in Hinkunft jene glücksspielrechtlichen Vorschriften, deren Nichteinhaltung für die Maßnahmen nach Abs. 3 bestimmend war, von der Person eingehalten werden, die die betriebliche Tätigkeit ausüben oder die Betriebsanlage betreiben will, so hat die Behörde auf Antrag dieser Person die mit Bescheid gemäß Abs. 3 getroffenen Maßnahmen ehestens zu widerrufen.

Gemäß § 16 Abs. 1 Zustellgesetz (ZustG), BGBl. Nr. 200/1982, in der Fassung BGBl. I Nr. 33/2013, darf, wenn das Dokument nicht dem Empfänger zugestellt werden kann und an der Abgabestelle ein Ersatzempfänger anwesend ist, an diesen zugestellt werden (Ersatzzustellung), sofern der Zusteller Grund zur Annahme hat, dass sich der Empfänger oder ein Vertreter im Sinne des § 13 Abs. 3 regelmäßig an der Abgabestelle aufhält.

Nach § 16 Abs. 2 ZustG kann jede erwachsene Person Ersatzempfänger sein, die an derselben Abgabestelle wie der Empfänger wohnt oder Arbeitnehmer oder Arbeitgeber des Empfängers ist und die – außer wenn sie mit dem Empfänger im gemeinsamen Haushalt lebt – zur Annahme bereit ist.

Gemäß § 16 Abs. 5 ZustG gilt eine Ersatzzustellung als nicht bewirkt, wenn sich ergibt, dass der Empfänger oder dessen Vertreter im Sinne des § 13 Abs. 3 wegen Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte, doch wird die Zustellung mit dem der Rückkehr an die Abgabestelle folgenden Tag wirksam.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. In seinem Erkenntnis vom 4. November 2009, 2009/17/0002, hat der Verwaltungsgerichtshof ausdrücklich festgehalten, dass sich aus dem Wortlaut des § 56a Abs. 1 GSpG in Zusammenhang mit den parlamentarischen Materialien zu dieser Bestimmung (RV 368 BlgNR 20. GP, 6) ergebe, dass der Gesetzgeber die Betriebsschließung als eigenständige Maßnahme konzipiert habe, für die – unter den weiteren im Gesetz angeführten Voraussetzungen – der begründete Verdacht genüge, dass im Rahmen einer betrieblichen Tätigkeit Glücksspiele entgegen der Vorschriften des Glücksspielgesetzes veranstaltet oder durchgeführt werden und die Gefahr der Fortsetzung bestehe; ein Zusammenhang mit einem (verwaltungsbehördlichen) Strafverfahren werde vom Gesetz in § 56a GSpG nicht verlangt.

Die vorliegende teilweise Betriebsschließung erfolgte auf Grund des Verdachts, dass im Rahmen betrieblicher Tätigkeiten gegen die Bestimmungen des Glücksspielgesetzes fortgesetzt verstoßen wird.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 26. Mai 2014, Ro 2014/17/0031, festgehalten hat, ergibt sich *„[]aus dem Wortlaut des § 56a Abs. 1 GSpG [...], dass der begründete Verdacht vorliegen muss, dass im Rahmen einer betrieblichen Tätigkeit Glücksspiele entgegen den Vorschriften des GSpG veranstaltet oder durchgeführt werden. Die Erläuterungen (Hinweis RV 368 BlgNR 20. GP, 6f) führen dazu aus, dass § 56a GSpG stets dann Anwendung findet, wenn Glücksspiele ‚veranstaltet' werden. Unter ‚Veranstalten' ist das Bereithalten spezifischer Einrichtungen und Gegenstände, die für die Durchführung von Glücksspielen tatsächlich verwendet werden, durch den Unternehmer zu verstehen. Auf ein Überwiegen der Veranstaltung von illegalen Glücksspielen im Rahmen einer (sonstigen) betrieblichen Tätigkeit kommt es in diesem Zusammenhang sohin nicht an*."

3.1.1. Aus den vorliegenden Dokumentationen der zahlreichen Kontrollen ergibt sich zweifelsfrei, dass es sich bei den vorgefundenen Geräten um betriebsbereite Glücksspielapparate handelte. Das Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den vorgefundenen Geräten Spiele durchgeführt werden konnten, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhing. Es gibt keine Hinweise, dass Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen konnten. Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen iSd GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und der Bf von diesem auch nicht ausgenommen war. Es besteht daher der begründete Verdacht eines fortgesetzten Verstoßes gegen das GSpG. Der Bf hat durch das Aufstellen der Glücksspielgeräte in seinem Lokal im Rahmen ihrer betrieblichen Tätigkeit Glücksspiele veranstaltet (vgl. dazu VwGH 26.05.2014, Ro 2014/17/0031). Entgegen dem Beschwerdevorbringen muss dieser Umstand nicht durch ein rechtskräftiges Strafverfahren bewiesen sein, sondern es reicht diesbezüglich der hier vorliegende begründete Verdacht. Im Übrigen wurden mehrere Verwaltungsstrafverfahren und Beschlagnahmeverfahren mit Erkenntnissen des Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bestätigt (vgl. Punkt I.8.).

Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B VwGH v. 27.1.2012, 2011/17/0246) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da dieser Umstand sohin feststeht, kann eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben.

Diese Spiele wurden in den Räumlichkeiten des vom Bf betriebenen Lokals und somit im Rahmen der betrieblichen Tätigkeit des Bf bereitgehalten und durchgeführt.

3.1.2. Im Gegensatz zu den Voraussetzungen für die Beschlagnahme ist in § 56a GSpG die (begründete) Verdachtslage extensiver formuliert („…dass Glücksspiele entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes veranstaltet oder durchgeführt werden und ist mit Grund anzunehmen, dass eine Gefahr der Fortsetzung besteht….“), hat aber denselben Sicherungshintergrund.

Bereits bei den finanzpolizeilichen Kontrollen am 5. November 2014, am 16. März 2015, am 30. April 2014 sowie am 6. Juli 2016 waren ähnliche Geräte betriebsbereit aufgestellt, weshalb eine Fortsetzungsgefahr mit Grund anzunehmen ist. Dies auch deshalb, weil die Bf trotz entsprechender Aufforderung zur Einstellung dieser Glücksspiele und Androhung der Betriebsschließung durch die Behörde die Glücksspielgeräte nicht stillgelegt hat. Eine weitere Gefährdung des Glücksspielmonopoles kann daher durch weniger weitgehende Maßnahmen nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden. Insbesondere haben auch die bereits in der Vergangenheit erfolgten Beschlagnahmen von Glücksspielgeräten und die in der Folge ergangenen Straferkenntnisse nicht ausgereicht.

Dass eine zuvor ausgesprochene Betriebsschließung am 30. April 2015 vom LVwG Oö. wegen Unionsrechtswidrigkeit aufgehoben wurde, ist für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der im angefochtenen Bescheid ausgesprochenen Betriebsschließung ohne Bedeutung. Zu beachten ist nämlich jedenfalls, dass im Zeitraum von November 2014 bis April 2015 bei vier Kontrollen Geräte nach dem GSpG rechtskräftig beschlagnahmt wurden. Für die Gesamtbeurteilung ist dies – trotz der Aufhebung der damals ausgesprochenen Betriebsschließung durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich – für das gegenständliche Verfahren von Bedeutung.

Die nunmehrige Betriebsschließung wurde jedoch nicht bloß aus Anlass der genannten rechtskräftigen Beschlagnahmen ausgesprochen, sondern wurden bei einer weiteren Kontrolle am 6. Juli 2016 erneut zwei Glücksspielgeräte und bei einer am 11. August 2016 durchgeführten finanzpolizeilichen Kontrolle im verfahrensgegenständlichen Lokal abermals zwei betriebsbereit aufgestellte Glücksspielgeräte vorgefunden und beschlagnahmt. Ferner forderte die belangte Behörde die Bf mit Schreiben vom 15. Juli 2016 nachweislich auf, den Betrieb von Glücksspielen entgegen den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes einzustellen und drohte im Fall des Zuwiderhandelns die Schließung des verfahrensgegenständlichen Lokals an.

Unbestritten steht fest, dass es dem Bf gelungen ist, zwischen der Kontrolle vom 6. Juli 2016 und jener vom 11. August 2016 neue Geräte zu beschaffen, zumal die bei der ersten Kontrolle im Juli 2016 vorgefundenen Geräte zwar vorläufig beschlagnahmt, aber dennoch – offensichtlich äußerst rasch – vom Bf durch neue ersetzt wurden, die dann am 11. August 2016 beschlagnahmt wurden. Auch wenn der Bf die Entfernung der Geräte veranlasst hat, hat er dadurch nicht das Veranstalten von Glücksspielen iSd Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH 26.5.2014, RO 2014/17/0031) eingestellt, sondern – im Gegenteil – nach der vorläufigen Beschlagnahme vom 6. Juli 2016 binnen kurzer Zeit neue Geräte beschafft und bereitgestellt, die für die Durchführung von Glücksspielen verwendet wurden. Auch haben Organe der PI L anlässlich einer Kontrolle der Einhaltung der Schließung am 28. Dezember 2016 festgestellt, dass im geschlossenen Betriebsbereich nach wie vor Automaten betriebsbereit zur Nutzung aufgestellt waren. Selbst wenn der Bf tatsächlich die Entfernung der Geräte veranlasst hat, hat er völlig unbestritten neue Geräte bereitgehalten und dadurch eine erneute – nach wie vor aufrechte – Verdachtslage geschaffen.

Da im verfahrensgegenständlichen Lokal innerhalb von etwas mehr als eineinhalb Jahren bereits anlässlich von fünf glücksspielrechtlichen Kontrollen betriebsbereit aufgestellte Glücksspielgeräte vorgefunden wurden, ist hinsichtlich des festgestellten Spielablaufs jedenfalls davon auszugehen, dass bereits fortgesetzt gegen Bestimmungen des GSpG verstoßen wurde. Angesichts der Tatsache, dass im verfahrensgegenständlichen Lokal trotz mehrfach ausgesprochener rechtskräftiger Beschlagnahmen erneut betriebsbereit aufgestellte Glücksspielgeräte vorgefunden wurden, besteht der begründete Verdacht, dass im Rahmen der betrieblichen Tätigkeit des Bf weiterhin entgegen den Vorschriften des GSpG Glücksspiele durchgeführt werden. Es ist daher – nicht zuletzt angesichts der Ergebnisse der polizeilichen Kontrollen der Einhaltung der Schließung – davon auszugehen, dass weiterhin die Gefahr der Fortsetzung besteht.

3.1.3. Vor Ergreifung dieser Maßnahme (Betriebsschließung) wurde nachweislich mehrfach versucht, mit dem gelinderen Mittel der Beschlagnahme vorzugehen, was jedoch nicht zum gewünschten Erfolg führte. Da die baulichen Gegebenheiten eine Trennung des Lokals gegenüber dem Aufstellungsort der Glücksspielgeräte ermöglichten, konnte eine teilweise Schließung des Betriebes verfügt werden. Die Behörde hat somit das gelindeste Mittel angewendet, um eine weitere Gefährdung des Glücksspielmonopols auszuschließen.

Die Geräte waren zum Zeitpunkt der Kontrolle am 11. August 2016 im gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Die Benützer der Glücksspiel-geräte haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt an den gegenständlichen Geräten erzeugt wurde oder von einem anderen Ort

aus auf technischem Weg an diese Geräte übermittelt und dort nur angezeigt wurde (vgl. VwGH v. 29.4.2014, Ra 2014/17/0002).

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

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

Der Bf bringt in seiner Beschwerde vor, dass die Betriebsschließung rechtswidrig sei, zumal der überwiegende Zweck des Lokals nicht der des Anbietens von Glücksspielen sei. Dieser Einwand geht angesichts der oben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs in Leere (VwGH 26.5.2014, Ro 2014/17/0031).

4. In der mündlichen Verhandlung führte der rechtsfreundliche Vertreter erstmals aus, dass keine „korrekte“ Zustellung des angefochtenen Bescheids erfolgt sei, da der angefochtene Bescheid der Kellnerin übergeben worden sei. Diese sei kein zur Vertretung nach außen befugtes Organ und verfüge auch über keine Postvollmacht zur Entgegennahme von behördlichen Schriftstücken. Die Zustellung hätte an den Bf erfolgen müssen. Im Laufe der Verhandlung brachte der Rechtsvertreter ergänzend vor, dass der Bf bereits am Vortag der Kontrolle urlaubsbedingt ortsabwesend gewesen sei. Eine Ersatzzustellung hätte somit nicht vorgenommen werden dürfen. Die Rückkehr an die Abgabestelle sei mit 15. August 2016 erfolgt. Somit gelte der Bescheid erst mit 16. August 2016 als zugestellt.

4.1. Gemäß § 3 ZustG hat die Zustellung, soweit die für das Verfahren geltenden Vorschriften nicht eine andere Form der Zustellung vorsehen, durch einen Zustelldienst, durch Bedienstete der Behörde oder (...) durch Organe der Gemeinde zu erfolgen.

Ist der Empfänger keine natürliche Person, so ist das Dokument gemäß § 13 Abs. 3 ZustG einem zur Empfangnahme befugten Vertreter zuzustellen.

Der angefochtene Bescheid war an den Bf adressiert. Das verfahrensgegenständliche Lokal stellt unbestritten eine Abgabestelle iSd § 2 ZustG dar.

Das Glücksspielgesetz sieht in § 56a Abs. 3 eine Sondervorschrift für den Fall vor, dass eine Zustellung an den Verfügungsberechtigten an dessen Unternehmenssitz oder an der Betriebsstätte nicht möglich ist.

Dass eine Zustellung im Lokal des Bf nicht möglich war, ist im Beschwerdeverfahren nicht hervorgekommen. Die Sondervorschrift des § 56a Abs. 3 GSpG kommt hinsichtlich der Zustellung des angefochtenen Bescheids sohin nicht zum Tragen.

Ist § 3 ZustG – wie im vorliegenden Fall – anwendbar, soll grundsätzlich die Zustellung durch Organe der Behörde selbst oder die Post durchgeführt werden, wobei durch die Post nur dann zugestellt werden soll, sofern die Behörde die Zustellung nicht durch eigene Organe vornimmt (*Raschauer* in *Frauenberger-Pfeiler, Raschauer, Sander, Wessely*, Österreichisches Zustellrecht[2], § 3 Anm 3a und 4).

4.2. Im Hinblick auf das Vorbringen des Bf ist zu prüfen, ob eine Ersatzzustellung an die Kellnerin zulässig war.

4.2.1. Voraussetzung der wirksamen Ersatzzustellung gemäß § 16 Abs. 1 iVm § 13 Abs. 3 ZustG ist, dass der Empfänger bzw. seine vertretungsbefugte Person nicht anwesend ist und der Zusteller Grund zur Annahme hatte, dass sich die vertretungsbefugte Person regelmäßig an der Abgabestelle aufhält.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 26. Mai 1998, 98/07/0032, unter Hinweis auf den Beschluss des OGH vom 1. Oktober 1986, 1 Ob 638/86, festgehalten, dass die Annahme einer Sendung durch einen Ersatzempfänger für die Annahmeberechtigung spricht und es in diesem Fall Sache des Empfängers ist, darzutun, weshalb die Zustellung unwirksam ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl VwGH 16.10.1991, 91/03/0178, uHa VwGH 6.9.1989, 89/02/0034, und die dort angeführte Vorjudikatur) ist es Sache desjenigen, der Zustellmängel behauptet, diese Behauptung entsprechend zu begründen und Beweise dafür anzuführen, die die vom Gesetz im Zusammenhang mit einem vorhandenen Rückschein aufgestellte Vermutung der vorschriftsmäßigen Zustellung zu widerlegen geeignet erscheinen lassen.

4.2.2.1. Der rechtsfreundliche Vertreter des Bf hat vorerst keinen Zustellmangel oder eine Unzulässigkeit der Ersatzzustellung an die Kellnerin behauptet, sondern bloß vorgebracht, dass eine Zustellung direkt an den Bf vorgenommen hätte werden müssen.

Unwidersprochen steht fest, dass bei der verfahrensgegenständlichen Kontrolle am 11. August 2016 im Lokal des Bf als einzige betriebszugehörige Person die beim Bf beschäftigte Kellnerin anwesend war, die die Räumlichkeiten an diesem Tag auch aufgesperrt und die Automaten eingeschaltet hat.

Der Vertreter der belangten Behörde verfügte gegenüber der Kellnerin um 11:20 Uhr mündlich die Betriebsschließung.

Von der Regelmäßigkeit der Anwesenheit des Bf an der Abgabestelle ausgehend stellte der Behördenvertreter der annahmebereiten Kellnerin, einer Ersatzempfängerin, um 11:34 Uhr den verfahrensgegenständlichen Bescheid zu. Die Übernahme wurde von ihr schriftlich bestätigt.

Zum Zeitpunkt der Ersatzzustellung war der Bf nicht im Lokal anwesend. Der Behördenvertreter hatte keine Kenntnis von der urlaubsbedingten Ortsabwesenheit des Bf. Erwiesenermaßen wurde auch eine solche von der Ersatzempfängerin auch nicht behauptet. Die Ortsabwesenheit kam erst im Beschwerdeverfahren in der mündlichen Verhandlung hervor und wurde mittels Eingabe vom 20. Februar 2017 nachgewiesen.

Der angefochtene Bescheid wurde im Lokal – und somit an einer Abgabestelle – von der Ersatzempfängerin persönlich übernommen.

Die Ersatzzustellung des angefochtenen Bescheids war zulässig, weshalb auch der diesbezügliche Einwand des Bf ins Leere geht.

4.2.2.2. Eine Ersatzzustellung gilt nach § 16 Abs. 5 ZustG dann als nicht bewirkt, wenn der Empfänger oder sein Vertreter wegen Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte.

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (u.a.v. 25. April 2014, 2012/10/0060), welche noch zur alten Rechtslage, die eine Rechtsmittelfrist von nur 14 Tagen vorsah, erging, wird die durch § 16 Abs. 5 ZustG normierte Zustellwirkung nicht durch Abwesenheit von der Abgabestelle schlechthin, sondern nur durch eine solche Abwesenheit von der Abgabestelle ausgeschlossen, die bewirkt, dass der Empfänger wegen seiner Abwesenheit von der Abgabestelle nicht rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangen konnte.

Ausschlaggebend ist insoweit der Inhalt des Dokuments. Rechtzeitig vom Zustellvorgang Kenntnis erlangt der Empfänger dann, wenn ihm für die Prüfung und Setzung allenfalls erforderlicher Prozesshandlungen (insbesondere Erhebung von Einwendungen oder Rechtsmitteln) bzw. zu sonstigen Reaktionen jener Zeitraum zur Verfügung steht, der ihm auch im Falle einer vom Gesetz

tolerierten Ersatzzustellung üblicherweise zur Verfügung gestanden wäre, sodass sich seine Position wertungsmäßig nicht von jener eines Großteils der berufstätigen Bevölkerung unterscheidet (siehe *Wolfgang Wessely* [Hrsg], Österreichisches Zustellrecht[2], § 16, Rnr. 6, Seite 161f).

Weiters hat der Verwaltungsgerichtshof darauf abgestellt, ob der Partei nach den Verhältnissen des Einzelfalles noch ein angemessener Zeitraum für die Einbringung des Rechtsmittels verblieb (vgl. etwa VwGH 24. Februar 2000, 2000/02/0027, 18. März 2004, 2001/03/0284). In der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wurde (wiederum jeweils zur seinerzeitigen 14-tägigen Rechtsmittelfrist) beispielsweise noch keine unzulässige Verkürzung der Rechtsmittelfrist bei einer Rückkehr einen Tag nach dem Beginn der Abholfrist (VwGH 15. Juli 1998, 97/13/0104, 0168, mwN, VwGH 19. April 2001, 99/06/0049) und bei einer Behebung 3 Tage nach der Hinterlegung (VwGH 27. September 1999, 99/17/0303) sowie bei einer verbleibenden Dauer zur Ausführung des Rechtsmittels von 10 Tagen angenommen (vgl. VwGH 24. Februar 2000, 2000/02/0027, 18. März 2004, 2001/03/0284).

Angesichts des Umstandes, dass der Bf bereits am 15. August 2016, also vier Tage nach der Ersatzzustellung an die Abgabestelle zurückgekehrt ist und er, seiner Eingabe folgend, am 16. August 2016 von der Betriebsschließung Kenntnis erlangen konnte, verblieben ihm mehr als 3 Wochen der nunmehr 4-wöchigen Rechtsmittelfrist zur Einbringung einer Beschwerde. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist zweifellos von der Rechtzeitigkeit der Kenntniserlangung auszugehen. Bestätigung findet diese Ansicht einerseits in der rechtzeitigen Beschwerdeeinbringung und anderseits darin, dass der Bf in der Beschwerdeschrift keinen Zustellmangel behauptet hat.

4.2.3. Zusammenfassend ist von einer rechtskonformen Zustellung mit 11. August 2016 auszugehen.

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

seiner Entscheidung vom 10. März 2015, G 203/2014-16 ua, ferner festgestellt, dass die Regelungen des GSpG zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind.

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

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

Hinsichtlich einer behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen GSpG ist zunächst festzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung der Höchstgerichte die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten Sachverhalte mit Auslandsbezug voraussetzt (vgl. etwa VwGH 27.4.2012, 2011/17/0046). Es ist auch nach der Judikatur des OGH (siehe etwa OGH 21.10.2014, 4 Ob 145/14y) ein Inländer nicht unmittelbar durch die Dienstleistungsfreiheit geschützt. Auch die Entscheidung OGH 4 Ob 244/14g geht davon aus, dass „*die Unvereinbarkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes mit der primärrechtlichen Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit in rein nationalen Fällen nicht zur Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen*“ führt. Im gegenständlichen Fall ist der Bf jedoch österreichischer Staatsbürger. Auch sonst ist im Verfahren kein Auslandsbezug hervorgekommen und es wurde diesbezüglich auch kein (substantiiertes) Vorbringen erstattet, sodass eine (unmittelbare) Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten nicht in Betracht kommt.

Hinzu kommt, dass der durch das österreichische GSpG geschaffene gesetzliche Rahmen nach Ansicht des erkennenden Landesverwaltungsgerichtes nicht unionsrechtswidrig ist, was auch im Einklang mit der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung steht (siehe dazu ausführlich unten). Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist zwar entsprechend den Vorgaben des EuGH nicht nur der normative Rahmen von Bedeutung, sondern es ist die unionsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopol auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig, sodass zu prüfen wäre, ob die Regelungen des Glücksspielgesetzes in ihrer Gesamtheit dazu führen, dass die vom GSpG bezweckten Wirkungen (etwa Verringerung der Gelegenheit zum Spiel und Bekämpfung der damit verbundenen Kriminalität) erzielt werden (so etwa jüngst VwGH Ro 24.04.2015, 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w). Wenn aber die gesetzlichen Bestimmungen als solche selbst grundsätzlich mit dem Unionsrecht vereinbar sind, so wären allfällige tatsächlich fehlende Wirkungen dieser Regelungen, die allenfalls zur Unionsrechtswidrigkeit führen könnten, auf die Vollziehung der gesetzlichen Bestimmungen (zB mangelnde Aufsicht) oder

das sonstige Agieren des Staates (zB inkohärente Spielerschutzpolitik) zurückzuführen. Eine allfällige dem Anliegen des Spielerschutzes nicht gerecht werdende Beschränkung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten wäre dann aber nicht Folge der gesetzlichen Bestimmungen als solchen (vgl OGH 17.02.2015, 4 Ob 229/14a), sondern es würde dies durch das sonstige Agieren des Staates, insbesondere bei Vollziehung der Regelungen des GSpG, verursacht. In einem solchen Fall wäre aber die Konsequenz wohl nicht die Aufhebung des an sich unionsrechtskonformen Gesetzes durch den VfGH wegen Inländer-diskriminierung, vielmehr wäre es Aufgabe der Vollziehung einen dem Gesetz (unter Beachtung der sich aus dem Unionsrecht ergebenden Vorgaben) entsprechenden Zustand herzustellen. In diesem Sinne wird auch sonst vertreten, dass Gesetze verfassungskonform auszulegen und zu vollziehen sind und es führt eine nicht verfassungskonforme Auslegung durch die Behörden nicht zur Aufhebung des Gesetzes (vgl etwa VfGH 11.12.2012, V8/12 ua). Im Ergebnis kann daher auch aus diesem Grund eine Anfechtung beim Verfassungs-gerichtshof durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich unterbleiben. Diese Ansicht des erkennenden Gerichts wurde auch durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, bestätigt.

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

Im 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 kommt.

7. Im Übrigen ist zur behaupteten Unionsrechtwidrigkeit noch Folgendes festzuhalten:

Gemäß Art 52 iVm 62 AEUV können mitgliedstaatliche Eingriffe in die Freiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Auch Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH

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

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

Es ist daher zu prüfen, ob die im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit in ihren Wirkungen tatsächlich geeignet sind, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Hinsichtlich der Eignung der im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit zur Erreichung der genannten Ziele in kohärenter und systematischer Weise ist nicht nur zu prüfen, welche gesetzlichen Vorgaben geregelt sind, sondern auch wie diese ungesetzt werden.

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

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

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

Beim BMF wurde mit 1.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im

Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.

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

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

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

Als Folge der gesetzlichen und behördlichen Vorgaben werden durch die konzessionierten Betreiber Maßnahmen zum Spielerschutz tatsächlich umgesetzt.

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

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

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

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

Gesamtheit der Werbemaßnahmen der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber heranzuziehen (vgl. auch OGH 27.11.2013, 2 Ob 243/12t).

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

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

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

Diese Beurteilung entspricht auch der aktuellen Rechtsprechung des VwGH zu diesem Thema (Ro 2015/17/0022-7 vom 16. März 2016). Ebenso konnte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016 (E

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

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

Soweit sich der Bf auf Aussagen von Fachleuten beruft, wonach die Zahl der spielsüchtigen Personen in den letzten Jahren gestiegen sei, sind diese nicht geeignet, die Untauglichkeit des GSpG und der behördlichen Maßnahmen zu beweisen. In der aktuellen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. K und Prof. Dr. W vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg sind gerade diese Parameter in wissenschaftlicher Weise erhoben und ausgewertet worden. Diese Studie ist schlüssig und nachvollziehbar. Wahrnehmungen und Einschätzungen (auch einer größeren Zahl) von mit der Materie befassten Einzelpersonen können die Studie nicht widerlegen. Dies wäre nur durch eine auf gleicher fachlicher Ebene erstellten Studie möglich. Die Beweisanträge waren daher schon aus diesem Grund abzuweisen.

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

11. Zumal der begründete Verdacht besteht, dass im Rahmen der betrieblichen Tätigkeit des Bf entgegen Vorschriften des GSpG – konkret gegen § 52 Abs. 1 – Glücksspiele durchgeführt wurden und mit Grund anzunehmen ist, dass eine Gefahr der Fortsetzung besteht, war die Beschwerde abzuweisen und der angefochtene Bescheid zu bestätigen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen (vgl. insbesondere die in Punkt III. zitierte Judikatur). Auch sonst weicht die gegenständliche Entscheidung nicht von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu Betriebsschließungen nach dem Glücksspielgesetz ab, noch fehlt es an einer solchen. 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. Stierschneider