OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

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

Geschäftszeichen:
LVwG-411730/8/Kü/SM

Datum:
Linz, 21. August 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Kühberger über die Beschwerde der A.K., geb. x, X, L., vertreten durch RA Dr. G.S., X, L., gegen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 19. Oktober 2016, GZ: Pol96-28-2016, betreffend Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 dritter Fall GSpG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern Folge gegeben, als das angefochtene Straferkenntnis hinsichtlich der Geräte mit den FA-Nr. 5 und 7 aufgehoben und diesbezüglich das Strafverfahren eingestellt wird. Im Übrigen wird das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Die behördlichen Verfahrenskosten reduzieren sich auf 3.500 Euro. Für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Beschwerdeführerin keinen Kostenbeitrag zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen (in der Folge: belangte Behörde) vom 19. Oktober 2016, GZ: Pol96-28-2016, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe iHv 7.000 Euro pro Glücksspielgerät und eine Ersatzfreiheitsstrafe von je 100 Stunden verhängt, weil sie Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen iSd. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, zumindest am 08.02.2016 im Lokal „M.“, in der X, G., unter Verwendung von 7 Glücksspielgeräten unternehmerisch zugänglich gemacht hat.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde [Hervorhebungen nicht übernommen]:

„Sie haben als Betreiber des Lokales mit der Bezeichnung „M.“ (vorm. W. A.) in G., X, Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte und welche dem Glücksspielmonopol unterliegen und weder von einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG umfasst, noch nach § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen, noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren, zumindest am 8.2.2016 im o.a. Lokal unter Verwendung der nachstehenden dort aufgestellten betriebsbereiten und funktionsfähigen Glücksspielgeräte, mit denen den Spielern für einen geldwerten Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden und deren Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing, unternehmerisch iSd § 2 Abs. 2 GSpG zugänglich gemacht, um selbstständig und nachhaltig Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen.

FA-Geräte Nr. 1)
Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung „K. Multi Game“, ohne erkennbare Serien-Nr., mit den Versiegelungsplaketten-Nrn. A083500 – A083502 *[...]*

FA-Geräte Nr. 2)
Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung „K. Multi Game“, ohne erkennbare Serien-Nr., mit den Versiegelungsplaketten-Nrn. A083503 – A083508 *[...]*

FA-Geräte Nr. 3)
Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung „K. Multi Game“, ohne erkennbare Serien-Nr., mit den Versiegelungsplaketten-Nrn. A083509 – A083512 *[...]*

FA-Geräte Nr. 4)
Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung „K.-Auftragsterminal“, Serien-Nr. x, mit den Versiegelungsplaketten-Nrn. A083513 – A083516 *[...]*

FA-Geräte Nr. 5)
Glücksspielgerät ohne Gehäusebezeichnung, Type „Double Matic Skill“, Serien-Nr. x, mit den Versiegelungsplaketten-Nrn. A083517 – A083521 *[...]*

FA-Geräte Nr. 6)
Glücksspielgerät ohne Gehäusebezeichnung, Type „Double Matic Skill“, Serien-Nr. x, mit den Versiegelungsplaketten-Nrn. A083500 – A083502 *[...]*

FA-Geräte Nr. 7)
Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung „K.-Auftragsterminal“, Serien-Nr. x, Type „A-T2“, mit den Versiegelungsplaketten-Nrn. A083527 – A083531 [...]

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

Geldstrafen von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafen von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
7 x 7.000 Euro	7 x 100 Stunden insges. 700 Stunden		jeweils § 52 Abs. 1 Zi. 1 und Abs. 2 3. Strafrahmen GSpG

“

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei. Eine Rechtsgrundlage für die gegenständlichen Ausspielungen hätte nicht nachgewiesen werden können, insbesondere sei keine entsprechende Konzession nach dem Glücksspielgesetz oder eine Ausnahme von dessen Anwendung vorgelegen. Aufgrund des identen Spielablaufes der auf den Geräten mit den FA-Nr. 1 bis 7 verfügbaren virtuellen Walzenspiele sei es vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des VwGH als erwiesen anzusehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhänge und die Spiele somit als Glücksspiele zu qualifizieren seien. Die Bf habe daher verbotene Ausspielungen in ihrem Lokal zugänglich gemacht, um nachhaltig über einen längeren Zeitraum Einnahmen aus der Durchführung der Glücksspiele zu erzielen, weshalb sie als Unternehmerin zu betrachten sei und gegen § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG verstoßen habe.

I.2. Mit Schreiben vom 19. Oktober 2016 erhob die Bf in rechtsfreundlicher Vertretung fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde, mit welcher die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens beantragt wurden.

Begründend führte die Bf zusammengefasst aus, dass der Bescheid mit Rechtswidrigkeit belastet sei, zumal das Glücksspielmonopol unionsrechtswidrig sei. Die Werbepraxis der Konzessionäre und Bewilligungsinhaber sei nicht maßvoll und verfolge gerade das Ziel, Menschen zum Glücksspiel zu animieren, weshalb sie den in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Grundsätzen widerspreche. Aufgrund der nach Ansicht der Bf widersprüchlichen Judikatur der Höchstgerichte in Österreich zur Frage der Geltung der Werbevorgaben des EuGH wurde ein Vorabentscheidungsverfahren angeregt. Zudem handle es sich bei den

gegenständlichen Spielgeräten nicht um Glücksspiel-, sondern reine Geschicklichkeitsapparate. Beantragt wurde die Einholung zahlreicher Sachverständigengutachten sowie die Beischaffung eines Verfahrensaktes des OGH.

I.3. Die belangte Behörde legte den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 16. Januar 2017 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Mit Schreiben vom 12.06.2017 legte die Bf mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung ein ergänzendes schriftliches Vorbringen samt Beilage vor. Darin führte sie – auf das Wesentliche zusammengefasst – aus, dass die belangte Behörde Art. 267 AEUV nicht beachtet habe und eine willkürliche Nichtvorlage von entscheidungswesentlichen Vorlagefragen einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK darstelle. Dazu formulierte sie neun Vorfragen, die die Auslegung der unionsrechtlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit betrafen, insbesondere deren Vereinbarkeit mit den nationalen Regelungen im Glücksspielsektor. In Hinblick auf drei beim EuGH behängende Verfahren mit identem Sachverhalt beantragte die Bf weiters die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung in diesen Rechtssachen. Zudem brachte sie vor, dass es sich bei den hier gegenständlichen Geräten um reine Geschicklichkeitsapparate mit Touchscreen Funktion, jedoch keine Glücksspielautomaten handle und beantragte diesbezüglich die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Die Bf geht trotz der jüngeren Rechtsprechung des VwGH und VfGH von der Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols aus, zumal in den zitierten Entscheidungen keine eigenständige Sachverhaltsermittlung erfolgt sei, die im Sinne der von der Judikatur des EuGH geforderten dynamischen Betrachtungsweise der Regelung auch Auswirkungen nach deren Erlass berücksichtigen würde. Ihrer Ansicht nach liegt kein Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vor. Dazu zitiert sie verschiedene Lehrmeinungen, die bisherige Rechtsprechung des EuGH, sowie die ihres Erachtens widersprüchliche Rechtsprechung des OGH.

I.5. Am 12.06.2017 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der der Vertreter der Bf sowie ein Vertreter des Finanzamtes Wels Grieskirchen teilgenommen haben. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung wurden die Zeugen M.S. und C.W. einvernommen sowie folgende Dokumente, die in Zusammenhang mit der gegenständlichen Kontrolle stehen, verlesen und zum Akt genommen:

1. Elaborat des Bundesministeriums für Finanzen betreffend Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014
2. Evaluierungsbericht des BMF 2010-2014
3. Stellungnahme des BMF betreffend Ziel und Zweck des Glücksspielmonopols vom 26.06.2015
4. Glücksspielbericht 2010-2013

5. Informationsschreiben der Stabsstelle für Spielerschutz zu einer neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich“ – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015
6. Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015 betreffend Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, verfasst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg.

I.6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, die in der mündlichen Verhandlung verlesenen Dokumente, das Beschwerdevorbringen sowie das ergänzende Vorbringen der Bf und die öffentliche mündliche Verhandlung vom 12.06.2017.

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

II.1. Am 08.02.2016 führten Organe der Finanzpolizei um 13:50 Uhr eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz im Lokal „M.“ in der X, G., durch. Die Bf ist seit 22.05.2015 Inhaberin einer Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe in der Betriebsart Kaffeehaus an diesem Standort und Betreiberin dieses Lokals.

Zum Zeitpunkt der Kontrolle wurden im Lokal die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierungen gekennzeichnet und nach Durchführung von Testspielen zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen.

Von den vorgefundenen Geräten waren die Geräte mit den FA-Nrn. 1 bis 3 bei Kontrollbeginn betriebsbereit. Die Geräte mit den FA-Nrn. 4, 5 und 6 waren zu Kontrollbeginn ausgesteckt und der Bildschirm dunkel, konnten aber von den Organen der Finanzpolizei eingesteckt und in Betrieb genommen werden. Das Gerät mit der FA-Nr. 7 war ebenfalls zu Kontrollbeginn ausgesteckt, konnte jedoch nach dem Einstecken durch die Organe der Finanzpolizei nicht in Betrieb genommen werden.

Auf den Geräten mit den FA-Nrn. 1 bis 3 konnten von den Organen der Finanzpolizei folgende Probespiele durchgeführt werden (volle Bespielung):

FA-Nr.	*Spiel*	*mögl. Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
1	*Ring of Fire XL*	*0,20 – 5 Euro*	*kein Gewinnplan ersichtlich*
2	*Ring of Fire XL*	*0,20 – 5 Euro*	*360 – 9.000 Euro*
3	*Ring of Fire XL*	*0,20 – 5 Euro*	*360 – 9.000 Euro*

Nach Einstecken und Einschalten des Geräts mit der FA-Nr. 4 durch die Organe der Finanzpolizei, fuhr dieses Gerät hoch und am Bildschirm erschien die Spieleauswahl. Es konnten verschiedene bekannte Spiele, wie z.B. Ring of Fire, Simply the Best, High Five II ausgewählt werden. Nach Einschub einer 10 Euro Banknote erschien am Display die Anzeige „CREDIT 10.0“. Beim Versuch eine weitere 10 Euro-Banknote einzuführen, erschien die Anzeige „NET ERROR“. Ein Probespiel konnte somit nicht mehr gestartet werden.

Das Gerät FA-Nr. 5 konnte von den Organen der Finanzpolizei nicht probebespielt werden, da bereits beim Betreten des Lokals durch die Organe der Finanzpolizei das Gerät ausgesteckt und der Bildschirm dunkel war und keine Spieler an diesem Gerät beobachtet werden konnten. Nach Einstecken und Einschalten des Gerätes durch die Organe der Finanzpolizei, fuhr dieses Gerät zwar hoch, allerdings erschien unmittelbar anschließend „NET ERROR“ auf dem Bildschirm. Nach kurzer Zeit wurde der Bildschirm grau mit einem weißen Balken. In diesem weißen Balken bewegte sich ein kleiner schwarzer Balken hin und her und darunter stand: „ERROR # 03001: Could not establish network connection“. Es konnte somit nicht festgestellt werden, ob es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Gerät (FA-Nr. 5) um ein Glücksspielgerät handelt. Auch konnte die Funktionsweise des Geräts und der sich darauf befindlichen Spiele nicht festgestellt und dokumentiert werden.

Das Gerät mit der FA-Nr. 6 fuhr nach Einstecken und Einschalten durch die Organe der Finanzpolizei hoch und am Bildschirm erschien die Spieleauswahl. Es konnten verschiedene bekannte Spiele, wie z.B. Ring of Fire, Simply Gold, Moko Mania ausgewählt werden. Im blauen Feld erschien jedoch „NET ERROR“, sodass auch auf diesem Gerät keine Probespiele durchgeführt werden konnten. Nach kurzer Zeit wurde der Bildschirm grau mit einem weißen Balken. In diesem weißen Balken bewegte sich ein kleiner schwarzer Balken hin und her und darunter stand: „ERROR # 03001: Could not establish network connection“.

Das Gerät mit der FA-Nr. 7 konnte von den Organen der Finanzpolizei nicht probebespielt werden, da nach Einstecken und Einschalten des Gerätes durch die Organe der Finanzpolizei, dieses Gerät zwar hochfuhr, allerdings unmittelbar anschließend „ERROR“ auf dem Bildschirm erschien. Es konnte somit nicht festgestellt werden, ob es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Gerät (FA-Nr. 7) um ein Glücksspielgerät handelt. Auch konnte die Funktionsweise des Geräts und der sich darauf befindlichen Spiele nicht festgestellt und dokumentiert werden.

Die in Rede stehenden Geräte mit den FA-Nrn. 1, 2, 3, 4 und 6 waren somit zwecks nachhaltiger Einnahmenerzielung in dem gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Es konnten Einsätze an den Geräten geleistet werden, für welche - abhängig vom Einsatz - Gewinne in Aussicht gestellt wurden. Eine Konzession für die Aufstellung bzw. den Betrieb der Geräte war nicht vorhanden.

Der Spielablauf der virtuellen Walzenspiele auf diesen Geräten 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.

II.2. Im Jahr 2015 weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, die Zahl der Problemspieler beträgt daher entsprechend zwischen ca. 19.900 und ca. 35.800 Personen. Zudem sind 2015 in Österreich zwischen ca. 27.600 bis etwa 46.000 Personen aktuell spielsüchtig. Diese Werte sind im Vergleich zum Jahr 2009 annähernd konstant. Männer weisen zu höheren Anteilen ein problematisches und pathologisches Spielverhalten auf als Frauen. Innerhalb der verschiedenen Altersgruppen stellt sich das Ausmaß vorhandener Spielprobleme sehr unterschiedlich dar, wobei die 14- bis 30-Jährigen sich diesbezüglich am stärksten betroffen zeigen.

Ausgehend vom Jahr 2015 haben 41% der Bevölkerung (14 bis 65 Jahre) in den letzten 12 Monaten irgendein Glücksspiel um Geld gespielt, dieser Wert ist seit 2009 kaum verändert (2009: 42%). Das klassische Lotto „6 aus 45“ ist das beliebteste Glücksspiel in Österreich. Jeder dritte Österreicher hat dieses Spiel im Jahr 2015 mindestens einmal in den letzten 12 Monaten gespielt (ca. 33%), der prozentuale Anteil für die 30-Tages-Prävalenz beträgt ca. 20%. Seit 2009 haben sich diese Werte so gut wie nicht geändert (jeweils nur um ca. ± 1 Prozentpunkt). Dagegen ist für diesen Zeitraum eine deutliche Zunahme bei der europäischen Lotterie, den Euromillionen, zu konstatieren: Der Prozentwert für die monatliche Teilnahme hat sich von etwa 4% auf etwa 8% verdoppelt. Auch beim Joker gibt es seit 2009 einen prozentualen Anstieg. Inzwischen spielt jede siebte Person mindestens einmal im Jahr dieses Glücksspiel (ca. 14%). Damit ist es das zweitverbreitete Glücksspiel in Österreich. Bei den Rubbellosen – die auf dem vierten Platz liegen – sind nur geringe Veränderungen zwischen 2009 und 2015 vorhanden. Alle anderen Glücksspiele besitzen bezogen auf die Spielteilnahme in

der Gesamtbevölkerung eine nachgeordnete Bedeutung: Das gilt für die Sportwetten genauso wie für die klassischen Kasinospiele, bei denen 2015 jeweils etwa 4% in den letzten 12 Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Casinos und in Spielhallen werden von noch weniger Personen gespielt. In den letzten 12 Monaten haben am Automatenglücksspiel in Spielbanken ca. 0,5% teilgenommen, im Jahr 2009 waren dies ca. 0,6% bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz. Bezüglich der Teilnahme am Automatenglücksspiel außerhalb von Spielbanken (Spielhallen, Einzelaufstellungen, illegale Glücksspielautomaten) ist der Wert bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz von ca. 1,2% im Jahr 2009 auf ca. 1% im Jahr 2015 zurückgegangen.

Der monatliche Geldeinsatz für Glücksspiele hat im Zeitraum von 2009 auf 2015 leicht zugenommen und zwar wurden von den Glücksspielenden 2015 im Durchschnitt etwa 57 € 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 Casinos. 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 Casinospiele 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 Casinospielen bereits mehr als jeder zwanzigste Spieler betroffen.

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

Jahr 2009 auf ca. 8,1% im Jahr 2015 und bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos von 33,2% im Jahr 2009 auf 27,2% im Jahr 2015 zurück.

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

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2013 in Summe 6.920 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870, darunter 4.908 über österreichische Spielbankbesucher und 2.012 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 3.600 online-„Sofort-Checks“. 621.195 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2013 den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Bei 48.284 davon bestand die begründete Annahme im Sinne des § 25 Abs. 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.359 Informationsgesprächen sowie 741 Beratungen bzw. Befragungen führte. Zum 31.12.2013 bestanden in österreichischen Spielbanken bei 22.435 Spielbankbesuchern aufrechte, gültige Einschränkungen der Besuchsmöglichkeiten und 4.381 aktive Selbstsperren. In den VLT-Outlets wurden im Jahr 2013 aus begründetem Anlass 11.330 zur Alterskontrolle anhand eines Lichtbildausweises aufgefordert, wovon in 1.350 Fällen der Zutritt verwehrt wurde. Insgesamt wurden 343 protokollierte Spielerschutz-Informationsgespräche geführt.

Beim BMF wurde mit 01.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von

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

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

III. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aufgrund folgender Beweiswürdigung:

III.1. Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, ihrem Aktenvermerk zur gegenständlichen Kontrolle, der Dokumentation der Probespiele, der Niederschrift über die Einvernahme und den deutlichen, im Akt einliegenden Fotos. Auf den Fotos lassen sich die Einsätze und die möglichen Gewinne erkennen. Weiters gründen die Feststellungen auf den bisher gewonnen Erkenntnissen mit gleichartigen Geräten und den Aussagen der Zeugen in der mündlichen Verhandlung.

Dass die Bf Betreiberin des gegenständlichen Lokals ist, war der belangten Behörde als zuständige Gewerbebehörde bekannt und wurde von der Bf auch nicht abgestritten. Die Annahme der belangten Behörde eines monatlichen Nettoeinkommens von 1.000 Euro bei fehlenden Sorgepflichten wurde der Bf bereits im Rahmen der Aufforderung zur Rechtfertigung mitgeteilt und blieb im Verfahren unwidersprochen.

Dass die Bf als Lokalbesitzerin im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit den verfahrensgegenständlichen Geräten gewesen wäre 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 verfahrensgegenständlichen Geräte mit den FA-Nrn. 1 bis 4 und 6 zumindest am 8. Februar 2016 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal aufgestellt waren, ergibt sich aus den Unterlagen zur finanzpolizeilichen Kontrolle (Fotos, GSp26 Formulare) sowie den Zeugenaussagen. Die Geräte waren zu dem Zeitpunkt, an dem die Kontrolle der Finanzpolizei begonnen hat, bereits betriebsbereit für das Spielen von Glücksspielen aufgestellt gewesen bzw. konnten durch Einstecken an die Stromversorgung ohne größeren Aufwand in Betrieb genommen werden.

Die Feststellungen zu den Probespielen an den Geräten FA-Nr. 1 bis 3 samt den möglichen Mindest- und Höchsteinsätzen ergaben sich schlüssig aus den Zeugenaussagen sowie den GSp26 Formularen samt Fotodokumentation: Der Zeuge S. gab in der mündlichen Verhandlung an, dass er bei der Kontrolle das Walzenspielgerät mit der FA-Nr. 3 „voll“ bespielt und dies auch dokumentiert habe. Beim Spielen habe er jedenfalls keine Einflussmöglichkeiten auf den Ausgang des Spieles gehabt. Der Zeuge W. führte aus, dass er bei der Kontrolle das Gerät mit der FA-Nr. 1 „voll“ bespielt habe. Es habe sich um ein Walzenspielgerät gehandelt. Eine Einflussnahme auf den Spielausgang bei ausgewählten Testspiel „Ring of Fire“ sei nicht möglich gewesen. Beide Zeugen konnten sich – verständlicherweise – nach Verstreichen von fast eineinhalb Jahren seit der gegenständlichen Kontrolle und angesichts der Vielzahl der von der Finanzpolizei zwischenzeitig durchgeführten gleichartigen Überprüfungen nicht mehr im Detail erinnern, welche Geräte sonst noch bespielt wurden, verwiesen aber übereinstimmend darauf, dass bei jedem Gerät, welches von der Finanzverwaltung bespielt wird oder versucht wird zu bespielen, ein Formblatt GSp26 ausgefüllt, eine Nummer vergeben und auch eine Fotodokumentation angefertigt werde. Aus dem Formblatt sowie den Fotos zum Gerät mit FA-Nr. 2 ist ersichtlich, dass auch dieses im Rahmen der Kontrolle voll bespielt wurde. Vermerkt wurde hier, dass der Walzenlauf – trotz Drücken aller Tasten – mit keiner Taste beeinflusst werden konnte.

Die Feststellungen zum Gerät mit der FA-Nr. 4 ergeben sich aus der Aussage des Zeugen S., der angab, es sei ihm noch gelungen, bei diesem Gerät ein Spielguthaben herzustellen, danach sei das Gerät jedoch vom Internet getrennt worden. Es sei jedoch noch ersichtlich gewesen, welche Auswahlmöglichkeiten für

Spiele das Gerät geboten habe. Er kam daher zu dem Schluss, dass es sich ebenfalls um ein Walzengerät handelte.

Aus der Fotodokumentation ergibt sich auch unzweifelhaft, dass auf den verfahrensgegenständlichen Geräten mit den FA-Nrn. 4 und 6 Walzenspiele, wie z.B. das Spiel „Ring of Fire“ und viele andere bekannte Spiele verfügbar waren. Aus unzähligen Verfahren ist gerichtsbekannt, dass es sich bei den genannten Spielen um Walzenspiele im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes handelt.

Dass diese Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass diese von der Bf als Unternehmern in ihrem Gastgewerbebetrieb 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. Für die Einnahmenerzielungsabsicht spricht auch der wiederholte Verstoß gegen das Glücksspielgesetz durch das Aufstellen von Automaten trotz vorheriger Betriebsschließung und Beschlagnahmen.

Dass keine Feststellungen zu den Geräten mit der FA-Nr. 5 und 7 getroffen werden konnten, ergibt sich aus dem vorgelegten Akt sowie aus der Aussage des Zeugen W. in der mündlichen Verhandlung: Dieser gab an, dass das Gerät FA-Nr. 7 zunächst ausgesteckt gewesen sei, aber dann durch seinen Kollegen S. eingesteckt worden sei. Das Gerät sei aber nicht mehr hochgefahren und es sei nur „Net-Error“ am Bildschirm angezeigt worden. Eine Bespielung sei nicht möglich gewesen, man habe auch nicht gesehen, welche Auswahlmöglichkeiten für Spiele vorhanden waren. Die Fotodokumentation der Finanzpolizei bestätigt diese Angaben: Auf den Lichtbildern zum Gerät FA-Nr. 5 und 7 sind keine Spiele ersichtlich, lediglich ein grauer Bildschirm mit der beschriebenen Fehlermeldung.

Mangels Beweisergebnissen zu den auf diesen Geräten angebotenen Spielen und deren Funktionsweise mussten daher die Negativfeststellungen erfolgen.

III.2. Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücks-spielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt, es sind aus Sicht des erkennenden Gerichts im Verfahren keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Studie hervorgekommen. Die Feststellungen zu den Tätigkeiten

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

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

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

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl I Nr. 117/2016, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt.

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

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

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

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

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

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

IV.2. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den gegenständlichen Gerätschaften mit den FA-Nrn. 1 bis 4 und 6 Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis jedenfalls vorwiegend vom Zufall abhängt. Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte. Aufgrund des festgestellten Spielablaufes der an diesen Geräten verfügbaren virtuellen Walzenspiele ist es auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201; VwGH 27.04.2012, 2011/17/0074) als erwiesen anzusehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die festgestellten Spiele somit als Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind. Die Einholung des in der Beschwerde beantragten Sachverständigengutachtens aus dem Bereich Glücksspielautomaten/Unterhaltungsautomaten konnte daher unterbleiben.

Da Spieler Einsätze leisten konnten 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 die Bf von diesem auch nicht ausgenommen war.

Die Bf als Betreiberin des gegenständlichen Lokals hat durch Aufstellen der Geräte mit den FA-Nrn. 1 bis 4 und 6 Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht und somit den objektiven Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG erfüllt.

Demgegenüber hat das durchgeführte Ermittlungsverfahren hinsichtlich der Geräte mit den FA-Nrn. 5 und 7 ergeben, dass keine Feststellungen dazu, ob es sich um Glücksspiele bzw. um Ausspielungen handelte, möglich sind. Auf diesen Geräten wurden weder Probespiele noch eine Spielerbeobachtung durchgeführt, noch konnte eine andere Person, die die Geräte vor Beginn der Kontrolle bespielt hatte, zum Spielablauf befragt werden. Alleine aus dem Umstand, dass die Geräte eine ähnliche Bauart und eine ähnliche äußere Erscheinungsform wie die anderen im Lokal befindlichen Geräte hatten, kann nicht geschlossen werden, dass es sich auch bei diesen um Glücksspielgeräte handelt. Da die Geräte beim Betreten des Lokals durch die Organe der Finanzpolizei nicht einmal an den Stromkreis angesteckt waren und keinerlei Beweisergebnisse zur Funktionsweise vorliegen und auch nicht verfügbar sind, kann somit nicht festgestellt werden, ob bei diesen Geräten eine Ausspielung iSd GSpG möglich war.

Eine Subsumtion unter den Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 dritter Fall GSpG konnte daher hinsichtlich dieser beiden Geräte nicht erfolgen, weshalb der Beschwerde in diesem Umfang stattzugeben war.

IV.3. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG:
Nach der Rechtsprechung des EuGH kann ein Glücksspielmonopol geeignet sein, einerseits die Niederlassungsfreiheit, andererseits die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken (EuGH Rechtssache *Gambelli,* C-243/01; Rechtssache *Pfleger* u.a., C-390/12).

a) 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 27.04.2012, 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 die Bf eine natürliche Person mit österreichischer Staatsbürgerschaft und Wohnsitz in L. 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.

Dass auch keine allfällige, durch das faktische Agieren des Staates geschaffene Inländerdiskriminierung vorliegt, hat der Verfassungsgerichtshof jüngst festgehalten (vgl. VfGH, 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

b) Selbst wenn sich die Bf auf die Grundfreiheiten berufen könnte, wäre folgendes festzuhalten:

Gemäß Art 52 iVm Art. 62 AEUV können mitgliedstaatliche Eingriffe in die Freiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit 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). Auch Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH (vgl. etwa Rechtssache *Pfleger* ua, C-390/12 mwN) durch solche zwingenden Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben aber jedenfalls den vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen Rechnung zu tragen.

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, stellt die Spielsucht 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 Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte siehe etwa VfGH 06.12.2012, B1337/11 u.a.; VfGH 12.03.2015, G 205/2014-15 u.a.; VwGH 07.03.2013, 2011/17/0304, VwGH 04.11.2009, 2009/17/0147; OGH 20.03.2013, 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 des im Glücksspielgesetz geregelten Glücksspielmonopols vermögen eine Beschränkung der Glücksspieltätigkeiten im Sinne der Rechtsprechung des EuGH zu rechtfertigen. Auch der Verfassungsgerichtshof hielt fest, dass der österreichische Rechtsrahmen im Hinblick auf die Regulierung des Glücksspielsektors den in der Rechtsprechung des EuGH festgelegten Anforderungen entspricht (vgl. VfGH vom 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Dem evidenten Spielsuchtproblem in Österreich soll gerade auch durch das im Glücksspielgesetz 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 Glücksspielgesetz normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit in ihren Wirkungen tatsächlich geeignet sind, dieses Ziel

in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Hinsichtlich der Eignung der im Glücksspielgesetz normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit zur Erreichung der genannten Ziele in kohärenter und systematischer Weise ist nicht nur zu prüfen, welche gesetzlichen Vorgaben geregelt sind, sondern auch wie diese umgesetzt werden.

Das Glücksspielgesetz 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 Glücksspielgesetz 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 06.12.2012, B 1337/11) und somit das im Glücksspielgesetz normierte Konzessions- und Bewilligungssystem dem Spielerschutz dienlich ist.

Die festgestellten Maßnahmen, nämlich insbesondere die Kontrollen der Konzessionäre, die Maßnahmen zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels, die Festlegung der Anbindung der Glücksspielautomaten und VLT der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH, aber auch die Einrichtung der Spielerschutzstelle, zeigen nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich, dass die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in kohärenter und systematischer Weise erfolgt.

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

Nach der Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache A. AG, C-464/15) ist eben 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.

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt, insbesondere der 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 Glücksspielgesetzes eine

unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit als gegeben.

d) Zum Vorbringen betreffend die Werbetätigkeit ist Folgendes auszuführen:
Aus der Rechtsprechung 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 ist abzuleiten, dass die Werbetätigkeit der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber in ihrer Gesamtheit im Ergebnis jedenfalls kein Wachstum des gesamten Markts für Glücksspiele bewirkt hat, weshalb dahingestellt bleiben kann, ob jede einzelne Werbemaßnahme jedes Konzessionärs und Bewilligungsinhabers den Vorgaben des EuGH entspricht. Die Werbetätigkeit in ihrer Gesamtheit dient jedenfalls nicht dem Wachstum des gesamten Markts für Glücksspiele. 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 Glücksspielgesetzes nicht beeinträchtigt.

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

e) Zusammenfassend ergibt sich daher für das erkennende Landesverwaltungsgericht, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände keine Unionsrechtswidrigkeit – und somit auch kein Verstoß gegen die

Grundrechtecharta – durch die österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten vorliegt. Die von der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom EuGH anerkannte Gründe des Allgemeininteresses und sind geeignet, diese in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Die Beschränkungen erscheinen auch nicht unverhältnismäßig.

Aufgrund der getroffenen Feststellungen ist davon auszugehen, dass in Zusammenschau aller in den Feststellungen dargestellten Handlungen der Behörden und der durch das Gesetz gebotenen vielfältigen Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Konzessionäre, der Judikatur des EuGH Rechnung getragen wird und die österreichische Regelung im Einklang mit Art. 56 AEUV steht. Ein allfälliges Fehlverhalten einzelner Marktteilnehmer führt nicht zur Inkohärenz der gesetzlichen Regelungen und deren behördlicher Handhabung.

Diese Beurteilung entspricht auch der aktuellen Rechtsprechung des VwGH zu diesem Thema (Ro 2015/17/0022-7 vom 16. März 2016). Ebenso konnte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016 (E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016) keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen erkennen. Auch der Oberste Gerichtshof hat mit Beschluss vom 22. November 2016, 4 Ob 31/16m, die Konformität des österreichischen Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht festgestellt. Angesichts dieser Judikatur war dem Antrag auf Aussetzung des Verfahrens nicht stattzugeben, zumal auch die Ansuchen anderer Gerichte um Vorabentscheidung keinerlei Bindungswirkung entfalten.

IV.4. Zu den offenen Beweisanträgen betreffend die Frage der Unionsrechtskonformität ist Folgendes auszuführen:
Die Bf hat die Einvernahme mehrerer Zeugen zum Beweis des Anstiegs der Anzahl an Spielsüchtigen und der Ineffektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz insbesondere innerhalb der Jahre 2010 bis 2015 beantragt. Soweit sich die Bf auf Aussagen von Fachleuten beruft, wonach die Zahl der spielsüchtigen Personen in den letzten Jahren gestiegen sei, sind diese nicht geeignet, die Untauglichkeit des GSpG und der behördlichen Maßnahmen zu beweisen. In der aktuellen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg sind gerade diese Parameter in wissenschaftlicher Weise erhoben und ausgewertet worden. Diese Studie ist schlüssig und nachvollziehbar. Wahrnehmungen und Einschätzungen (auch einer größeren Zahl) von mit der Materie befassten Einzelpersonen können die Studie nicht widerlegen. Dies wäre nur durch eine auf gleicher fachlicher Ebene erstellten Studie möglich. Die Beweisanträge waren daher abzuweisen.

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

IV.5. Die Bf vertritt in ihrem ergänzenden Vorbringen die Rechtsauffassung, die belangte Behörde habe Art. 267 AEUV nicht beachtet, weshalb aufgrund der willkürlichen Nichtvorlage von entscheidungswesentlichen Vorlagefragen ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK vorliege. Dem ist entgegenzuhalten, dass weder die belangte Behörde, noch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Vorlage an den EuGH verpflichtet sind. Die Pflicht zur Anrufung des EuGH im Wege des Art. 267 AEUV trifft nur letztinstanzliche Gerichte, deren Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können. Das österreichische Recht gewährt den Parteien keinen Anspruch auf Vorlage durch ein unterinstanzliches Gericht oder eine Verwaltungsbehörde (vgl. *Schima* in *Mayer/Stöger,* (Hrsg) EUV/AEUV, Art 267 AEUV (Stand: April 2012, rdb.at) Rz 87 mwN)

Nach der Rechtsprechung des EGMR erscheint es zwar möglich, im Verstoß gegen Art 267 Abs 3 AEUV auch eine Verletzung von Art 6 EMRK zu sehen (vgl. *Schima* aaO Rz 122), der EGMR scheint allerdings nur bereit, die willkürliche Nichtvorlage zu sanktionieren, was er bislang nicht getan hat. Da im vorliegenden Fall jedoch mangels eines tätig gewordenen letztinstanzlichen Gerichtes weder ein Verstoß gegen Art. 267 Abs. 3 AEUV vorliegt, noch Anhaltspunkte für willkürliche Nichtvorlage, ist eine Verletzung des Art. 6 EMRK auszuschließen.

IV.6. Die Bf rügt weiters, dass die bisherige höchstgerichtliche Judikatur des VfGH, VwGH und OGH nichts zur Auslegung des Art. 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) beitragen könne, da diesen Entscheidungen keine – im Sinne einer dynamischen Betrachtungsweise gebotene – eigenständige Faktenermittlung zur Frage der Unionsrechtskompatibilität des GSpG-Monopols zugrunde liege. So lasse sich aufgrund des Mangels an seitens staatlicher Stellen vorgelegter Beweise in tatsächlicher Hinsicht etwa nicht feststellen, dass in Österreich (nach wie vor) eine hohe Anzahl an Personen spielsüchtig sei und die Spielsucht ein erhebliches gesellschaftliches Problem darstelle usw.

Dazu ist zunächst auszuführen, dass der Verwaltungsgerichtshof den Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor im Erkenntnis vom 16.03.2016 zu Ro 2015/17/0022 durch die Durchführung der nach der vom Bf zitierten Rechtsprechung des EuGH (insbes. EuGH vom 15. September 2011, C-347/09, Rs *Dickinger und Ömer*, Rn 83 f; vom 30. April 2014, C-390/12, Rs *Pfleger*, Rn 47 ff; sowie vom 30. Juni 2016, C-464/15, Rs *A. AG*, Rn 31, 35 f) erforderlichen Gesamtwürdigung nachgekommen ist (VwGH vom 14.02.2017, Ra 2017/17/0010 uvm, zB jüngst 29.05.2017, Ra 2017/17/0031). In diesem Erkenntnis ist der Verwaltungsgerichtshof unter anderem auch auf die Staatseinnahmen durch Glücksspiel (Rdnr 122) eingegangen. Zum diesbezüglichen Vorbringen der Bf wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

IV.7. Laut dem von der Bf zitierten Urteil des EuGH vom 14.06.2017, C-685/15, Rs O. GmbH sieht es dieser grundsätzlich als Pflicht der zuständigen staatlichen (Verwaltungs-)Behörden, Beweise für Rechtfertigungsgründe für die Beschränkung von Grundfreiheiten vorzubringen. Gerichte können demnach zwar verpflichtet sein, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Vorlage der Beweise zu fördern. Sie können jedoch laut EuGH nicht verpflichtet sein, anstelle der genannten Behörden die Rechtfertigungsgründe vorzubringen, die eigentlich die Behörden vorzubringen haben (unter Berufung auf die Rs *Pfleger* vom 30.04.2014, C-390/12). Werden diese Rechtfertigungsgründe wegen der Abwesenheit oder Passivität der Behörden nicht vorgebracht, müssen die nationalen Gerichte alle Konsequenzen ziehen dürfen, die sich aus solchem Mangel ergeben.

Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes ist dieses Urteil jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass – sofern die mitgliedstaatlichen Behörden keine oder unzureichende Beweise vorlegen – automatisch „zulasten“ der Behörden von einer Unionsrechtswidrigkeit auszugehen wäre, wie der Bf offenbar vermeint. Vielmehr muss es dem Gericht im Sinne des dem Verwaltungsstrafverfahren immanenten Prinzips der materiellen Wahrheit (§ 38 VwGVG iVm § 25 VStG) und der Amtswegigkeit (§ 17 VwGVG iVm § 39 Abs. 2 AVG) freistehen, dazu eigene geeignete, objektive Beweismittel einzuholen und auf deren Basis die nach der Rechtsprechung des EuGH geforderte „Gesamtwürdigung“ vorzunehmen. Anders als im Zivilprozess sieht das Verwaltungsstrafverfahren gerade keine Beweislastverteilung vor, die bei einer Negativfeststellung hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache zwingend zum Prozessverlust der für diese Tatsache beweispflichtigen Partei führt. Vielmehr muss – vor allem im Sinne des Beschuldigten und eines fairen Verfahrens gem. Art. 6 EMRK - eine umfassende Untersuchung des Sachverhaltes erfolgen und haben die Verwaltungsgerichte die Pflicht, alles in ihrer Macht stehende zu unternehmen, um der Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen. Dazu sind alle sich bietenden Erkenntnisquellen

auszuschöpfen und diejenigen Beweise zu erheben, die sich nach den Umständen des jeweiligen Falles anbieten oder als sachdienlich erweisen können. Es wäre absurd und den wesentlichen Grundsätzen des Verwaltungsstrafverfahrens zuwiderlaufend, würde ein unterlassenes Vorbringen zur Rechtfertigung eines allfälligen Eingriffes in eine Grundfreiheit von Seiten der Behörde dazu führen, dass das Landesverwaltungsgericht jegliche Ermittlungstätigkeit in diese Richtung zu unterlassen hätte.

Bei den hier eingeholten und verwerteten Studien und Statistiken handelt es sich zudem nicht nur um belastendes Material, deren Erhebung das Landesverwaltungsgericht in die Rolle des Anklägers drängen würde. Die verwendeten Studien und empirischen Daten (insbesondere die Kalke Studie sowie der Glücksspielbericht des Finanzministeriums) dienten vielmehr der Ermittlung von gleichermaßen belastenden und entlastenden Umständen und berücksichtigten auch die Entwicklungen nach Inkrafttreten der relevanten Bestimmungen des Glücksspielgesetzes, sodass eine dynamische Prüfung der Verhältnismäßigkeit erfolgen konnte. Dies zeigt sich schon daran, dass sich die Bf zum Beweis des eigenen Vorbringens hinsichtlich der Glücksspieleinnahmen des Bundes und der Expansions- und Werbestrategie der Glücksspielanbieter selbst auf das Material beruft. Weiters wurden alle verwendeten Beweismittel dem Parteiengehör unterzogen und der Bf in der mündlichen Verhandlung ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme und Widerlegung eingeräumt.

Der Vorwurf des „Drängens“ des Gerichtes in die Rolle des Anklägers bzw. eine Gefährdung der Unabhängigkeit ist somit nicht gerechtfertigt.

Zudem würde es den Rahmen des Verfahrens und die Kapazitäten des Landesverwaltungsgerichtes sprengen, in jedem einzelnen Verfahren neue Sachverständigen-Gutachten zu den aufgeworfenen Fragen wissenschaftlicher und statistischer Natur einzuholen (vgl. dazu auch den Schlussantrag der Generalanwältin S. zur Rs C-685/15 vom 09.03.2017, Rdnr. 58).

Der (indirekte) Vorwurf an das Landesverwaltungsgericht, gleichsam auch als Ankläger allein belastendes Material erhoben zu haben, ist vor dem Hintergrund Rechtsprechung des EGMR daher unbegründet. Deswegen waren auch die Beweisanträge der Bf auf Einholung von zahlreichen Sachverständigengutachten aus den Bereichen Soziologie, Statistik, Kriminalpsychologie und Statistik zur Entwicklung der Spielsucht und Kriminalität, den Staatseinnahmen abzuweisen.

IV.8. Insoweit die Bf auf die nicht einheitliche Rechtsprechung des OGH verweist (Seiten 6ff der Beschwerde), ist dem entgegenzuhalten, dass die von ihm zitierten Entscheidungen 4 Ob 31/16m und 10 Ob 52/16v Feststellungsklagen im Zivilverfahren betrafen. Wie bereits oben ausgeführt, weichen die Voraussetzungen für derartige zivilrechtliche Ansprüche, sowie die Behauptungs- und Beweislastregeln

wesentlich von jenen im Verwaltungsstrafverfahren ab, weshalb diese Entscheidungen auf den vorliegenden Fall nicht unmittelbar umlegbar sind. Zudem wurde – wie der Bf selbst einräumt – der Gesetzesprüfungsantrag des OGH vom Verfassungsgerichtshof aus formalen Gründen zurückgewiesen (15.10.2016, G 103-104/2016) bzw. zahleiche Beschwerden unter Berufung auf diesen Antrag abgewiesen (15.10.2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19).

IV.9. Die Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 dritter Fall GSpG kann der Bf auch subjektiv vorgeworfen werden:

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

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

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

IV.10. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

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

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

Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach § 32 Abs. 3 StGB ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen ua im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

Bezüglich des Verschuldens stellte die belangte Behörde fest, dass in dem gegenständlichen Lokal bereits vier Glücksspielkontrollen durchgeführt worden seien und eine gänzliche Betriebsschließung verfügt worden sei. Insgesamt hätten bereits 18 Glücksspielgeräte beschlagnahmt werden müssen. All diese behördlichen Maßnahmen hätten sich als wirkungslos erwiesen. Das Lokal sei erst seit der Kontrolle am 08.02.2016 zugesperrt und das Mietverhältnis mit Ende Februar 2016 gekündigt. Strafmildernde Umstände seien daher keine in Erwägung zu ziehen. Vielmehr ging die belangte Behörde von einer ablehnenden und gleichgültigen Einstellung und einer schuldrelevanten Unbelehrbarkeit gegenüber den rechtlich geschützten Werten aus. Bei der Strafbemessung insbesondere zu

berücksichtigen sei die vorsätzliche, auf den eigenen wirtschaftlichen Vorteil bedachte Handlungsweise.

Bei der Berechnung der Strafhöhe ging die Behörde von einem – überaus niedrigem – Nettoeinkommen von 1.000 Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Die Bf hat bezüglich dieser Strafbemessungsgrundlagen keine Einwände geltend gemacht.

Der Strafrahmen der vorgeworfenen Tat liegt bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung zwischen 6.000 Euro und 60.000 Euro.

Die von der belangten Behörde festgesetzte Strafhöhe liegt somit noch im unteren Bereich des Strafrahmens. Ein außerordentlicher Strafmilderungsgrund ist nicht gegeben. In Anbetracht der zahlreichen einschlägigen Verwaltungsstrafen hat die belangte Behörde daher von dem ihr eingeräumten Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht, eine Rechtswidrigkeit bei der Strafbemessung liegt aus Sicht des erkennenden Gerichts nicht vor.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

IV.11. Nachdem der Beschwerde teilweise stattgegeben wurde, waren keine Verfahrenskosten für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aufzuerlegen. Der Kostenbeitrag zum behördlichen Verwaltungsstrafverfahren wird gemäß § 64 Abs. 2 VStG mit 3.500 Euro (10 % der nunmehr festgesetzten Geldstrafe) bestimmt.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung weicht nicht von der Rechtsprechung des VwGH zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rechtsprechung des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen. Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 8.1.2015, Ra 2014/08/0064). 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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

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. Kühberger