LVwG
OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: **LVwG-411737/7/Kof/EP**

Datum: **Linz, 6. März 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. Kofler über die Beschwerde von K H W, J, B, vertreten durch Herrn RA Dr. F M, D, W vom 30.12.2016 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 24. November 2016,
GZ: Pol96-604-3-2016-Sch, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 16. Februar 2017 wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde betreffend den Schuldspruch als unbegründet abgewiesen.

Hinsichtlich der Strafe wird der Beschwerde insofern stattgegeben, als die Geldstrafe auf 2 x 1.000,-- Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 2 x 14 Stunden herab- bzw. festgesetzt wird.

II. Gemäß § 64 Abs. 2 VStG beträgt der Kostenbeitrag für das behördliche Verwaltungsstrafverfahren 10 % der neu bemessenen Geldstrafe.
Für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG kein Verfahrenskostenbeitrag zu entrichten.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Mit Straferkenntnis vom 24. November 2016, Pol96-604-3-2016-Sch, verhängte die Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn (in der Folge: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 67 Stunden) pro Glücksspielgerät, weil er Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen iSd. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, in der Zeit von 5. Oktober 2016 bis 6. Oktober 2016 im Gasthaus „P.", Adresse unter Verwendung von zwei Glücksspielgeräten unternehmerisch zugänglich gemacht hat.

Im Spruch des Straferkenntnisses heißt es:
„Es wurden zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen in Form von Walzenspielen bzw. elektronischen Glücksrädern durchgeführt und haben Sie die Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht. Es handelte sich um verbotene Ausspielungen, da dafür eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt wurde und die Ausspielungen auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren. Es lagen Glücksspiele vor, mit welchen selbstständig nachhaltig Einnahmen erzielt wurden, welche also von einem Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG veranstaltet wurden, für welche zur Teilnahme am Spiel eine vermögenswerte Leistung in Form des Einsatzes zu entrichten war und für welche vom Unternehmer vermögenswerte Leistungen (Gewinn) in Aussicht gestellt wurden.
Sie haben die Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht, indem Sie gegen Entgelt die Veranstaltung der verbotenen Ausspielungen in Ihrem Lokal geduldet und an der Auszahlung erzielter Spielgewinne mitgewirkt haben.
Sie haben damit selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und sind daher als Unternehmer iSd § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.

FA-Geräte-Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer
01	Kajot	x
02	Afric2go	x

Tatzeitraum: 05.10.2016 bis 06.10.2016
Tatort: PLZ Adresse (Lokal „Gasthaus P.")

Sie haben somit folgende Rechtsvorschriften verletzt:
1. § 52 Abs. 1 Z 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 iVm. § 4 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idgF.
2. § 52 Abs. 1 Z 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 iVm. § 4 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idgF.

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
1.) 2.000,--	23 Stunden	§ 52 Abs. 1 Z 1 GSpG
2.) 2.000,--	23 Stunden	§ 52 Abs. 1 Z 1 GSpG

Ferner haben Sie gemäß § 64 VStG zu zahlen:
400,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten) beträgt daher ..... 4.400,-- Euro."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat der rechtsfreundlich vertretene Bf rechtzeitig Beschwerde erhoben. Diese ist von der belangten Behörde samt Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt worden. Die Entscheidung war gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Richter zu treffen.

3. Am 16. Februar 2017 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an welcher der Rechtsvertreter des Bf, Vertreterinnen des Finanzamts und der belangten Behörde sowie der Zeuge Herr G. H. teilgenommen haben.
Der Bf selbst ist zur Verhandlung nicht erschienen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt und die Beweisaufnahme im Rahmen Beschwerdeverhandlung am 16. Februar 2017.

Daraus ergeben sich folgende Feststellungen:

Am 6. Oktober 2016, 11:00 Uhr führten Organe der Finanzpolizei eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz im Lokal „Gasthaus P.", Adresse durch.
Dabei wurden folgende Glücksspielgeräte vorgefunden:

FA-Geräte-Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typen-bezeichnung	Versiegelungsplaketten Nr.
FA-01	Kajot	x	---	A083023 – A083029
FA-02	afric2go	x	---	A083030 – A083034

Die Geräte wurden 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.

Der Bf ist Betreiber des Lokals und Inhaber der Glücksspielgeräte.
Er ist verwaltungsstrafrechtlich nicht einschlägig vorbestraft und verfügt über ein durchschnittliches Einkommen und Vermögen.

Die Glücksspielautomaten stehen im Eigentum des Unternehmens „G s.r.o.". Bei dem Unternehmen „G s.r.o." handelt es sich um eine s s.r.o., sohin eine mit der österreichischen GmbH vergleichbare Gesellschaft. Die Gesellschaft hat eine Zweigniederlassung in Österreich (W, G).

Der Bf hat in einem öffentlich zugänglichen Bereich des von ihm betriebenen Lokals „Gasthaus P." die betriebsbereiten verfahrensgegenständlichen Geräte vom 5. Oktober 2016 bis 6. Oktober 2016 geduldet und sie Spielinteressenten allgemein zugänglich gemacht, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen.
Es konnten Einsätze an den Geräten geleistet werden, für welche – abhängig vom Einsatz – Gewinne in Aussicht gestellt wurden. Eine Konzession oder Bewilligung für die Aufstellung bzw. den Betrieb der Geräte war nicht vorhanden.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr.	*Spiel*	*mögliche Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
1	Ring of Fire XL	*min*: 0,10 Euro	180 Euro
		max: 15 Euro	27.000 Euro
2	Glücksrad: angebotene Vervielfachungsfaktoren 1, 2, 4; Höchsteinsatz 20 Euro, in Aussicht gestellter Höchstgewinn 80 Euro. Testspiel durchgeführt mit einem Einsatz von 10 Euro, Vervielfachungsfaktor 1.		

Beim Gerät FA01 konnte lediglich ein Testspiel mit einem Einsatz von 15,-- Euro gespielt werden. Ein weiteres Probespiel mit dem Mindesteinsatz war nicht mehr möglich, weil das Gerät um 11:04 Uhr heruntergefahren wurde.

Der Spielablauf stellt sich bei den verfahrensgegenständlichen Geräten wie folgt dar: Bei dem Gerät FA01 konnten virtuelle Walzenspiele gespielt werden. 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.
Der Walzenlauf kam nach etwa ein bis zwei Sekunden zum Stillstand.

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.
Beim verfahrensgegenständlichen Gerät FA-Nr. 2 handelt es sich um eine Art elektronisches Glücksrad mit Vervielfachungsfaktor. Nach Eingabe des Einsatzes beginnt das Gerät zu leuchten. Mittels der grünen Taste kann daraufhin der Vervielfachungsfaktor ausgewählt werden. Mögliche Vervielfachungsfaktoren beim gegenständlichen Gerät sind 1, 2 und 4. Durch Drücken der roten Taste (Musik kopieren/hören) beginnen der Lichtkranz mit den Zahlen 2, 4, 6, 8, 20 und die Musiknotensymbole zu blinken. Dieser Beleuchtungsumlauf wird durch Betätigen der roten Taste zum Stehen gebracht. Es bleibt dann entweder ein Notensymbol oder eine Zahl beleuchtet. Bleibt ein Notensymbol beleuchtet, wird ein Lied abgespielt oder auf ein Speichermedium geladen.
Bleibt eine Zahl beleuchtet, erzielt man einen Gewinn in der Höhe zwischen 2,-- Euro und 80,-- Euro. Das über einen Gewinn entscheidende Aufleuchten eines Symbols (Zahl) wird vom Gerät selbstständig herbeigeführt.
Der Spieler kann somit zu Beginn des Spiels, das ihm die Gewinnchance bietet, den Ausgang nicht vorhersehen und ihn auch nicht beeinflussen.
Die Entscheidung über das Spielergebnis hängt daher ebenfalls vom Zufall ab.

In Österreich sind rund 64.000 Personen in der Altersgruppe zwischen 14 und 65 von Glücksspielsucht betroffen. In etwa 0,43 % dieses Bevölkerungssegments weisen ein problematisches Spielverhalten auf und ca. 0,66 % sind pathologisch glücksspielsüchtig. Die höchste Problemprävalenz tritt im Bereich des Glücksspiels mit Automaten außerhalb einer Spielbank auf.

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").
Den Konzessionären (gemäß GSpG) wurden mit Bescheiden Standards für sämtliche Werbeauftritte und andere Marketingmaßnahmen vorgeschrieben.
Zwecks Bekämpfung des illegalen Glücksspiels gab es in Österreich in den letzten Jahren zahlreiche Kontrollen, bei denen eine erhebliche Zahl von Glücksspielgeräten von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurde.

Beim BMF wurde eine Spielerschutzstelle eingerichtet.
Das BMF hat auf Basis einer Studie Werbestandards und Leitlinien erarbeitet, die den Konzessionären mit Bescheid vorgeschrieben wurden.

5. Zur Beweiswürdigung:
Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren.
Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte, insbesondere auch deren Betriebsbereitschaft in einem öffentlich zugänglichen Bereich vom 5. Oktober 2016 bis 6. Oktober 2016, gründen vor allem auf der Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation und dem Aktenvermerk der Finanzpolizei.
Die Funktionsweise der Geräte und die Feststellungen zu den möglichen Spielen stützen sich insbesondere auf die Anzeige der Finanzpolizei, die Fotodokumentation, die GSp26-Dokumentation und die Zeugenaussage von G. H., Finanzpolizei, in der mündlichen Verhandlung.
Die Anzeige und der Aktenvermerk der Finanzpolizei enthalten auch eine Beschreibung des Spielablaufs. Diese Beschreibung lässt sich mit den Lichtbildern, die der Anzeige angeschlossen waren, in Einklang bringen.
Dass keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die gegenständlichen Geräte vorhanden war folgt für das erkennende Gericht daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle, noch im behördlichen bzw. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurde. Das Vorhandensein einer Konzession oder Bewilligung wurde auch nicht 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 der Bf Betreiber des Lokals „Gasthaus P." in PLZ Adresse ist, ergibt sich aus dem Auszug des Gewerbeinformationssystems Austria. Dass er Inhaber der Eingriffsgegenstände ist und die Glücksspielgeräte im Eigentum der G s.r.o. stehen, ergibt sich aus dem Aktenvermerk der Finanzpolizei.

Dass die Geräte auch zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass sie von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurden und die Funktionsweise der Geräte eine Einnahmenerzielung ermöglicht.

Dem Argument des Bf, es habe sich um Geschicklichkeitsspiele gehandelt, kann aufgrund des Ermittlungsergebnisses nicht gefolgt werden.
Die beschriebene Funktionsweise der Automaten stimmt im Wesentlichen mit den festgestellten Abläufen in anderen veröffentlichten Entscheidungen zu derartigen Geräten überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts kein Zweifel an den diesbezüglichen Ausführungen der Finanzpolizei besteht.
Zudem ist auf den im Akt einliegenden Fotos hinlänglich ersichtlich, dass auf den gegenständlichen Automaten Glücksspiele durchgeführt werden konnten.
Für das Gericht bestanden aus diesen Gründen keine Zweifel darüber, dass es sich um Glücksspielgeräte gehandelt hat.

Anzumerken ist an dieser Stelle noch, dass dem Verwaltungsgericht trotz hunderter Verfahren noch kein tatsächliches Geschicklichkeitsspiel, etwa in Form eines Gerätes mit einer Stopptaste, untergekommen ist.
Dass das Gerät FA-01 kurz nach Kontrollbeginn heruntergefahren wurde, ist für das erkennende Gericht ein Indiz dafür, dass die Kontrolle verhindert und der Glücksspielcharakter des Geräts verschleiert werden sollte.

Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten in Österreich beruhen auf den Angaben in der Stellungnahme des BMF und dem Glücksspielbericht 2010-2013.
Ebenso gründen die Feststellungen betreffend Einschauen bei Spielbankbetrieben, Kontrollen und vorläufigen Beschlagnahmen durch die Finanzpolizei sowie bescheidmäßige Vorschreibungen von Standards betreffend Werbung auf der Stellungnahme des BMF und dem Glücksspielbericht 2010-2013. Aus Sicht des erkennenden Gerichts bestehen hinsichtlich der diesbezüglichen Ausführungen in der Stellungnahme bzw. dem Bericht keine Bedenken gegen die Richtigkeit, zumal auch davon auszugehen ist, dass das BMF über den Inhalt der Studie, der Bescheide betreffend Werbestandards und die Kontrolltätigkeiten der Finanzpolizei Kenntnis hat.
Hinweise dafür, dass vom BMF auf Tatsachenebene falsche Auskünfte gegeben worden wären, sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

6. Rechtliche Beurteilung:
Der Bf hat in den Räumlichkeiten des von ihm betriebenen Lokals „Gasthaus P." die betriebsbereiten verfahrensgegenständlichen Geräte vom 5. Oktober 2016 bis 6. Oktober 2016 geduldet und sie Spielinteressenten allgemein zugänglich gemacht, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen, womit der den Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG objektiv erfüllt ist.
Hinsichtlich einer allfälligen Gemeinschaftsrechtswidrigkeit des österreichischen GSpG ist festzuhalten, dass sich der Bf nach der Judikatur des VwGH (vom 27.04.2012, 2011/17/0046) auf keinen Sachverhalt beruft, der die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten begründen würde.
Eine Unanwendbarkeit des GSpG scheidet daher aus.

Zur Frage, ob das österreichische GSpG dem Gemeinschaftsrecht widerspricht, ist im Übrigen noch Folgendes festzuhalten: Nach der Rechtsprechung des EuGH (C-390/12 - Pfleger ua mwN) stellt ein Gesetz eines Mitgliedstaats, das den Betrieb von Glücksspieleinrichtungen ohne vorab erteilte behördliche Erlaubnis verbietet (wie etwa das GSpG), eine Beschränkung des durch Art 56 AEUV garantierten freien Dienstleistungsverkehrs dar.
Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein.

Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben die von der Rechtsprechung des EuGH insoweit aufgestellten Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit und der Nichtdiskriminierung zu erfüllen.
Danach ist eine nationale Regelung nur dann geeignet, die Erreichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.
Ein Verstoß eines Wirtschaftsteilnehmers gegen eine Regelung im Glücksspielbereich kann nicht zu Sanktionen führen, wenn diese Regelung mit Art 56 AEUV nicht vereinbar ist (vgl. EuGH C-390/12 - Pfleger ua).
Beim österreichischen Glücksspielmonopol handelt es sich um ein Finanzmonopol mit besonderen ordnungspolitischen Zielsetzungen;
VwGH 4.8.2005, 2004/ 17/0035.
Der Bundesminister für Finanzen teilte in diesem Zusammenhang in seiner Stellungnahme vom 18.09.2014 unter anderem mit, dass das österreichische Glücksspielmonopol den Verbraucherschutz, den Schutz der Sozialordnung (Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen), die Kriminalitätsbekämpfung (Betrugsvorbeugung, Kampf gegen Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung bzw. allgemein Vorbeugung von Straftaten), die Verminderung der Gelegenheit zum Spiel bzw. Begrenzung der Ausnutzung der Spielleidenschaft, Spielerschutzmaßnahmen (Vermeidung von Sucht- und wirtschaftlicher Existenzgefährdung), Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen sowie Gewinne aus dem Glücksspiel gemeinnützigen Zwecken zuzuführen, zum Ziel habe.
Exemplarisch verweist die angesprochene Stellungnahme zur Untermauerung der Behauptung auf folgende Normen des GSpG:
§ 5 (Spielsuchtvorbeugung, Geldwäschevorbeugung und wirksame Aufsicht für Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten), § 14 (Mindest- und Auswahlkriterien für die Erteilung der Lotterienkonzession), § 16 (Genehmigungspflicht für Spielbedingungen), § 19 GSpG (Aufsicht über Lotterien), § 20 (Sportförderung), § 21 (Mindest- und Auswahlkriterien für die Erteilung von Spielbankenkonzessionen), § 22 (Mindest- und Auswahlkriterien für die Erteilung eines Pokersalons), §§ 25 und 25a (Spielbankenbesucher; Schutz vor negativen wirtschaftlichen Folgen durch Spielen; Sorgfaltspflichten Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung), § 26 (Genehmigungspflicht der Besuchs- und Spielordnung), § 31 (Aufsicht über Spielbanken), § 31b (allgemeine Vorschriften für Konzessionäre und Bewilligungsinhaber) und § 56 (Werbebeschränkungen).
Für das erkennende Gericht sind diese Ausführungen in der Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen nachvollziehbar, und dienen die zitierten Normen tatsächlich einem oder mehreren der oben genannten Ziele.
Hierfür sprechen auch die erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage zur Novelle BGBl I Nr. 73/2010, welche unter anderem festhalten, dass „Spielsuchtprävention und Kriminalitätsabwehr, Jugendschutz, Spielerschutz und soziale Sicherheit der sowie die effiziente Kontrolle“ zentrale Anliegen des GspG bzw. der Novelle sind.

Auch der VwGH (4.11.2009, 2009/17/0147) ging bereits davon aus, dass der österreichische Gesetzgeber mit der Aufrechterhaltung des Glücksspielmonopols und der Kontrolle der Erteilung allfälliger Konzessionen gerade jene ordnungspolitischen Ziele verfolge, die nach der Rechtsprechung des EuGH die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen.

In diesem Sinne nahm auch der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung vom 20.3.2013, 6 Ob 118/12i, an, dass nach der Absicht des Gesetzgebers oberste Zielsetzung des Glücksspielgesetzes der Schutz des einzelnen Spielers sei.
Da es sich bei den genannten Zielsetzungen zweifellos um solche handelt, die nach der dargestellten Rechtsprechung des EuGH Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten rechtfertigen, vermag das erkennende Gericht im vorliegenden Fall keine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit zu erkennen.
Dass jedoch ein anderer Normzweck primär für die Regelung ausschlaggebend sein müsste, geht aus der Judikatur des EuGH nicht hervor und es genügt daher zur Rechtfertigung der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten, dass etwa Spielerschutz und Hintanhaltung der Kriminalität auch ein ausschlaggebendes Ziel des verfahrensgegenständlichen Konzessionssystems sind.

Der Bundesminister für Finanzen verweist in der Stellungnahme vom 18.09.2014 auf die im Jahr 2011 veröffentlichte österreichweite Glücksspielsuchtstudie von Kalke/Buth/Rosenkranz/Schütze/Oechsler/Verthein, Glücksspiel und Spielerschutz in Österreich, 2011, nach der rund 64.000 Personen in der Altersgruppe zwischen dem 14. und dem 65. Lebensjahr von Glücksspielsucht betroffen sind.
Die Studie zeigt, dass 0,43 % dieses Bevölkerungssegments ein problematisches Spielverhalten aufweisen und 0,66 % pathologisch glücksspielsüchtig sind. Schon diese Angaben zeigen nach Ansicht des erkennenden Gerichts, dass die Spielsucht tatsächlich ein relevantes gesellschaftliches Problem in Österreich darstellt. Darüber hinaus bestehen auch Fälle von Beschaffungskriminalität (vgl. Glücksspiel Bericht 2010-2013, S. 24 unter Berufung auf die Auswertung von *Köberl*). Dafür, dass die Einführung von Beschränkungen in Form etwa eines Konzessionssystems zur Durchführung von Ausspielungen mittels Glücksspielautomaten jedenfalls den intendierten Zwecken, insbesondere dem Spielerschutz, dient, spricht bereits, dass die Zugänglichkeit zu derartigen Ausspielungen beschränkt und die Durchführung derselben einer besseren Kontrolle unterworfen werden kann.
Es liegt auf der Hand, dass eine beschränkte Zahl von Konzessionären effektiver zu überwachen ist, als eine unbeschränkte Anzahl an Anbietern.
Nach Ansicht des erkennenden Gerichts kann es sich bei der Normierung eines derartigen Systems um eine geeignete Maßnahme handeln, um den negativen Erscheinungen unkontrollierten Glücksspieles entgegen zu wirken, dies wird auch durch den EuGH im Urteil C-390/12 in RZ 41 ausdrücklich festgehalten.
Wie sich aus der zitierten Studie aus dem Jahr 2011 ergibt, ist auch der durch das Monopol ausgeübte Lenkungseffekt insofern von Bedeutung, als es die

höchste Problemprävalenz im Bereich des Glücksspiels mit Automaten außerhalb einer Spielbank gibt. Durch das Monopol kann auch das Glücksspielangebot und die Akzeptanz weg von den Problembereichen hin zu anderen Bereichen gelenkt werden, innerhalb derer die Problemprävalenz nicht so hoch ist.

Im Übrigen weist der Bundesminister für Finanzen in der Stellungnahme vom 18.9.2014 unter anderem auch auf mehrere zur Erreichung der durch das GSpG intendierten Zwecke umgesetzte Maßnahmen hin. So ist unter anderem eine Spielerschutzstelle errichtet worden, soll durch die Anbindung von Glücksspielautomaten an die Bundesrechenzentrum GmbH die Überwachung der Einhaltung von Spielpausen im Automatenbereich ermöglicht werden und werden nähere Regelungen betreffend die einzelnen Spiele und den Zutritt zu Glückspielen getroffen. Durch die Aufsichts- und Auskunftsverpflichtungen der Konzessionäre bestehe auch eine umfassende Aufsicht über das konzessionierte Glücksspiel. In diesem Zusammenhang wird in der Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen unter anderem ausgeführt, dass ein Teil der staatlichen Aufsicht über Spielbanken auch die Werbung betrifft, wobei diesbezüglich die Einhaltung eines verantwortungsvollen Maßstabs in § 56 GSpG geregelt ist. Dieser wird laut dem Bundesminister für Finanzen durch Nebenbestimmungen im Konzessionsbescheid und durch Berichtspflichten insbesondere zu Werbekonzepten präzisiert. Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels komme es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798 und 2013 667 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz (vgl. Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen), siehe dazu VwGH vom 24.04.2015, Ra 2015/17/0005.

Zusammenfassend ergibt sich, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände eine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit durch die Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten nach Ansicht des erkennenden Gerichts nicht vorliegt. Sie verfolgen (zumindest auch) vom EuGH anerkannte Gründe des Allgemeininteresses, sind geeignet diese zu erreichen und es ist im Verfahren darüber hinaus keine Unverhältnismäßigkeit hervorgekommen.
Neben den fiskalischen hat das Glücksspielgesetz ganz überwiegend ordnungspolitische Zielsetzungen.

Die bundesweite Ausbreitung illegaler Glücksspielbetriebe dient weder den ordnungspolitischen Interessen des Bundes (Spielerschutz, Hintanhaltung der Geldwäscherei, Vermeidung von Beschaffungskriminalität) noch den fiskalischen Interessen des Bundes auch nur näherungsweise. Insbesondere zum Schutz des Spielerpublikums sowie zur Hintanhaltung krimineller Handlungen sind daher rasch durchgreifende Maßnahmen erforderlich. Dazu kommt, dass sich solche illegal betriebenen Glücksspielbetriebe binnen kürzester Zeit amortisieren und in der Folge hohe Gewinne für die Betreiber abwerfen.

Während anhängiger Verfahren lukrieren die Betreiber beträchtliche Gewinne aus der Veranstaltung von dem Bund vorbehaltenen Glücksspielen.
Diese illegalen Glücksspielbetriebe werden im Regelfall von kapitalschwachen juristischen Personen betrieben und ist erkennbar, dass diese nach Beendigung der anhängigen Verfahren – nach mehrjähriger Verfahrensdauer – Insolvenz anmelden werden und weder die verhängten Verwaltungsstrafen noch die Abgabenrückstände einbringlich sein werden.
Es ist daher die Zielsetzung des Gesetzgebers, das Erzielen von Gewinnen durch den illegalen Betrieb von Glücksspielen zu verhindern,
VwGH vom 26.05.2014, Ro 2014/17/0031.

Die möglichen negativen Begleiterscheinungen und Gefahren des Betriebs von illegalen Glücksspielautomaten – wie die durch die Spielleidenschaft herbeigeführte Gefahr wirtschaftlicher Existenzgefährdung von Menschen – rechtfertigen die Regelungen des Glücksspielgesetzes; VfGH vom 30. September 1989, B1278/88 = VfSlG 12165.

Letztendlich ist betreffend die vom Bf behauptete „Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes" auf die gegenteilige Judikatur
- des VfGH vom 10.3.2015, G203/2014 ua.; vom 18.6.2015, G55-56/2015 ua; vom 15.10.2016, G103-104/2016 ua und vom 15.10.2016, G945/2016 ua;
- des VwGH vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022 und
- des OGH vom 22.11.2016, 4 Ob 31/16 zu verweisen.

Der VwGH hat – in vergleichbaren Fällen – mit einer Vielzahl von Beschlüssen die erhobenen Revisionen zurückgewiesen; z.B. 13.12.2016, Ra 2015/09/0134; 13.12.2016, Ra 2016/09/0040; 13.12.2016, Ra 2016/09/0063.

Das Gerät war zum Zeitpunkt der Kontrolle im gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt, weshalb das Argument des Bf, es wäre im Zeitraum der finanzpolizeilichen Kontrolle kein Spielen möglich gewesen, ins Leere geht.
Aufgrund der festgestellten Funktionsweise der am Gerät FA-01 verfügbaren virtuellen Walzenspiele ist auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201;
VwGH 27.04.2012, 2011/17/0074) davon auszugehen,
dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die virtuellen Walzenspiele somit als Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind.

Beim Gerät „afric2go" handelt es sich entgegen den Ausführungen des Bf ebenfalls um ein Glückspielgerät; vgl. VwGH vom 07.07.2016, Ro 2016/17/0028; vom 04.05.2016, Ra 2014/17/0005.

Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt wurde, handelt es sich um Ausspielungen nach § 2 Abs. 1 GSpG, wobei für diese

keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und der Bf vom Glücksspielgesetz auch nicht ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

Die belangte Behörde war auch zuständig: Benützer der Glücksspielgeräte haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt an den gegenständlichen Geräten erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an diese Geräte übermittelt und dort nur angezeigt wurde (vgl. VwGH 29.4.2014, Ra 2014/17/0002). Auch im Lichte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ändert das Aufstellen von Terminals, die die Durchführung von Spielen über einen in einem anderen Bundesland aufgestellten Server – in welcher technischen Form auch immer – ermöglichen, nichts an der Tatsache, dass eine Ausspielung in Oberösterreich durchgeführt wurde, für deren Zulässigkeit jedenfalls nicht das steiermärkische Landesrecht maßgeblich ist (so auch VwGH 23.10.2014, 2013/17/0535 mwN).

Angesichts des festgestellten Sachverhaltes, insbesondere der Umstände, dass der Einsatz in die verfahrensgegenständlichen Geräte einzugeben war, von Spielern Tasten auf diesen Geräten zu betätigen waren und auf den Geräten das Spielergebnis visualisiert wurde, ist also davon auszugehen, dass Ausspielungen auch in Oberösterreich am Standort der Geräte erfolgten (vgl. VwGH vom 14.12.2011, 2011/17/0155). Die Regelungen zur Behördenzuständigkeit im GSpG sind, wie der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, G 203/2014-16 ua, festgestellt hat, auch verfassungskonform.

Wenn der Bf die Anwendung des Glücksspielgesetzes aufgrund vermeintlich konkurrierender Gesetze bestreitet, ist ihm zu entgegnen, dass es auf die Frage, ob aufgrund der Beschaffenheit der Geräte eine Konzession nach dem Bundes- oder nach dem Landesrecht notwendig gewesen wäre, nicht ankommt.
Das unternehmerische Zugänglichmachen bzw. eine unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspielungen ist jedenfalls ausschließlich nach dem Bundesgesetz zu bestrafen.

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

Im Hinblick auf das Vorbringen, dass das durchgeführte Ermittlungsverfahren aufgrund der Vornahme nur eines Probespiels mangelhaft im Sinne des VfGH-Erkenntnisses vom 13.06.2013, GZ B422/2013, sei, ist anzumerken, dass sich die in diesem Erkenntnis angesprochene Verpflichtung zur Durchführung der verschiedenen möglichen Probespiele lediglich auf die nach alter Rechtslage notwendige Abgrenzung von § 52 Abs 1 Z 1 GSpG und § 168 StGB bezieht (vgl § 52 Abs 2 GSpG idF BGBl Nr 620/1989). Nach der aktuellen Rechtslage gibt es keine Notwendigkeit mehr, eine etwaige Verwirklichung des Tatbestandes des § 168 StGB zu prüfen. Die verwaltungsbehördliche Strafbarkeit geht jedenfalls vor. Damit ist das Argument, das Ermittlungsverfahren sei mangelhaft durchgeführt worden, nicht zielführend.

Der entscheidungsrelevante Sachverhalt ist hinreichend geklärt, sodass auf die als Erkundungsbeweisanträge zu wertenden Ausführungen des Bf in der Beschwerdeschrift und weiteren Eingaben nicht einzugehen war. Nach ständiger Rechtsprechung des VwGH sind Erkundungsbeweise im Verwaltungsverfahren unzulässig; siehe die in Hengstschläger-Leeb, Kommentar zum AVG, RZ 16 zu § 46 AVG (Seite 448) zitierten zahlreichen VwGH-Entscheidungen sowie VfSlg 17452; VwGH vom 03.09.2003, 2001/03/0172; vom 11.08.2005, 2005/02/0193

Betreffend die vom Bf in der Beschwerde erwähnten mehr als dreißig Erkenntnisse der UVS Oberösterreich, Niederösterreich, Kärnten und andere ist auszuführen: Ein in einem anderen Verfahren ergangener Bescheid/ergangenes Erkenntnis hat keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit des gegenständlichen Verfahrens; VwGH vom 17.11.1992, 92/11/0127.

Dem Bf kann auch nicht zugutegehalten werden, dass ihm die Unionsrechtskonformität der einschlägigen Bestimmungen des GSpG nicht vorwerfbar nicht bekannt gewesen wäre.
Diesbezüglich lagen auch vorangegangen mehrere Entscheidungen vor, die dem Bf bei seiner Argumentation in diese Richtung entgegengehalten werden müssen.
Zur Vermeidung entsprechender Wiederholungen wird auf die Judikatur des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich verwiesen, etwa auf das Erkenntnis vom 12. April 2016, LVwG-411293/9/Kof, und die dort zitierten höchstgerichtlichen Entscheidungen.

Der Bf hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch subjektiv zu verantworten.

Zur Strafbemessung:
Eine Anwendung der Bestimmung des § 20 VStG (außerordentliche Strafmilderung) kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht, da die dafür erforderliche Voraussetzung (beträchtliches Überwiegen der Milderungsgründe gegenüber den Erschwerungsgründen) nicht gegeben ist.

Ebenso kommt die Anwendung des § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG aus folgenden Gründen nicht in Betracht:
Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Verhängung einer Strafe abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Von geringfügiger Schuld kann nur die Rede sein, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. noch zu § 21 Abs. 1 VStG aF VwGH 06.11.2012, 2012/09/0066).

Eine Verwirklichung des verfahrensgegenständlichen Delikts mit einem Glücksspielgerät lässt jedoch einerseits auf die typischerweise damit einhergehende organisierte Übertretung des Gesetzes und andererseits auf den typischerweise damit einhergehenden wirtschaftlichen Nutzen aus dem strafbaren Verhalten schließen (vgl. auch RV 24 Blg.NR 25. GP 22f). Von geringfügiger Schuld kann somit nicht die Rede sein.

Die Tat bleibt damit im Ergebnis nicht so weit hinter dem deliktstypischen Unrechts- und Schuldgehalt zurück, dass eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG gerechtfertigt sein könnte.

Gemäß § 52 Abs. 2 Glücksspielgesetz beträgt die Strafe im Falle einer Übertretung gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, wenn diese mit bis zu drei Glücksspielautomaten erfolgt ist, EUR 1.000,-- bis EUR 10.000,-- pro Glücksspielautomat bzw. anderem Eingriffsgegenstand.
Die Geldstrafe wurde auf das gesetzliche Mindestmaß von EUR 1.000,-- pro Glücksspielautomat herabgesetzt, die Ersatzfreiheitsstrafe auf 14 Stunden pro Gerät. –
Die Verhängung der Mindeststrafe bedarf keiner näheren Begründung;
VwGH vom 23.03.2012, 2011/02/0244.

Im Ergebnis ist daher die vorgeworfene Tat als Verwaltungsübertretung strafbar. Das angefochtene Straferkenntnis war mit der im Spruch angeführten Maßgabe zu bestätigen.

Zu II. Die Entscheidung über die Kostenbeiträge zum behördlichen Verwaltungsstrafverfahren bzw. zum Beschwerdeverfahren ist in den zitierten gesetzlichen Bestimmungen begründet.

Zu III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof (VfGH) und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof (VwGH).
Eine Beschwerde an den VfGH ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den VwGH 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 e

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Kofler