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-411790/8/KH/HUE
LVwG-411792/8/KH/HUE

Datum:

Linz, 22. Juni 2017

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerden 1) der G. s.r.o., X, G., und 2) des E.S.Z., X, B., beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F.M., X, W., gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 10. und 16. Jänner 2017, Zl. Pol96-128-2016 und Pol96-1-2017, wegen der Beschlagnahme von Glücksspielgeräten nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29. März 2017

zu Recht:

I. Die Beschwerden werden als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 10. und 16. Jänner 2017, Zl. Pol96-128-2016 und Pol96-1-2017, der sowohl der Erstbeschwerdeführerin (im Folgenden: ErstBf), dem Zweitbeschwerdeführer (im Folgenden: ZweitBf) als auch dem Finanzamt zugestellt wurde, wurde im Wesentlichen wie folgt abgesprochen:

„Bescheid

Über die am 5.11.2016 um 17.15 Uhr Beschlagnahme von zwei im Spruch bezeichneten Glücksspielgeräten ergeht von der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen als gemäß § 50 Abs. 1 Glücksspielgesetz zuständige Verwaltungsstrafbehörde I. Instanz folgender

Spruch

1.
Gemäß § 53 Abs. 1 Zi. 1 lit.a Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, i.d.F.d. Abgabenänderungsgesetzes 2014 (AbgÄG 2014), BGBl. I Nr. 13/2014, wird zur Sicherung der Einziehung die Beschlagnahme der nachstehend angeführten Glücksspielgeräte angeordnet:

FA-Geräte Nr. 1)
Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung ‚K.', Type ‚Skill Games', Seriennummer x, mit den Versiegelungsplaketten-Nrn.: A077972 – A077975.

FA-Geräte Nr. 2)
Glücksspielgerät ohne äußere Gehäuse- oder Typenbezeichnung, Seriennummer x, mit den Versiegelungsplaketten-Nrn.: A077976 – A077979.

Von der Beschlagnahme umfasst sind die Kasseninhalte der Geräte in unbekannter Höhe.

2.
Gemäß § 53 Abs. 4 GSpG wird über die unter Spruchpunkt 1. bezeichneten beschlagnahmten Gegenstände ein Verfügungsverbot erlassen. Herrn Z.E. als dzt. Inhaber wird jedwede Verfügung über die beschlagnahmten Glücksspielgeräte untersagt.
Die beschlagnahmten Geräte verbleiben vor Ort im Lokal an o.a. Adresse unter Anbringung von amtlichen Siegeln. Auf die besondere Strafbestimmung des Verstrickungsbruches gem. § 271 StGB (Zerstörung oder Entziehung von behördlich in Beschlag genommenen Gegenständen) sowie auf die Strafbestimmung bei Siegelbruch gem. § 272 StGB (Entfernung oder Beschädigung von amtlichen Siegeln) wird ausdrücklich hingewiesen."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Dieser Bescheid wurde – zusammengefasst – damit begründet, dass es sich um Glücksspielgeräte handle und der Verdacht bestehe, dass mit diesen fortgesetzt gegen die Bestimmungen des Glücksspielgesetzes verstoßen werde. Die ErstBf sei Eigentümerin und der ZweitBf Inhaber der Geräte.

I.2. Gegen diesen Bescheid richten sich die vorliegenden rechtzeitigen gleichlautenden Beschwerden vom 7. und 13. Februar 2017. In diesen wird wörtlich Folgendes ausgeführt:

„[...]
C.) Beschwerdebegründung / Anfechtungserklärung:

Der bezeichnete Bescheid wird seinem gesamten Inhalt und Umfang nach angefochten. Die Anfechtung stützt sich auf folgende Gründe, welche zur Rechtswidrigkeit führen bzw. wird der Bescheid aus folgenden Gründen angefochten:

- Rechtswidrigkeit des Inhaltes
- Verfahrensfehler
- Unzuständigkeit
- Aktenwidrigkeit
- Ergänzungsbedürftigkeit
- Unrichtige rechtliche Beurteilung
- Mangelnde Schuld
- Höhe der Strafe

C.1.) Rechtswidrigkeit des Inhaltes / Ergänzungsbedürftigkeit:
Es wurde kein ordentliches Verfahren durchgeführt! Die Beschwerdeführerin hatte keine Möglichkeit zur Stellungnahme – ihr Recht auf Parteiengehör wurde missachtet.

Ein wesentlicher nicht mehr korrigierbarer Spruchmangel ist in dem Umstand zu sehen, dass die belangte Behörde als Tatzeit exakt die Zeiten der Kontrollen annimmt. Denn gerade für diese Zeit des behördlichen - teilweise mit Polizeiassistenz erfolgten - Einschreitens kann schon nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht angenommen werden, dass der Terminal von potentiellen Interessenten in Betrieb genommen und hätte benutzt werden können. In dieser Zeit wurde nämlich eine auf den gegenständlichen Terminal abgestellte offizielle Amtshandlung (Kontrolle und Bespielung) durchgeführt, die eine Betriebsbereitschaft für potentielle Spieler ausschließt. Der Begriff des ‘Betreibens’ im Sinne von Spielbereitschaft des Geräts für Interessenten kann während der Zeit dieser Amtshandlungen bei realistischer Betrachtung nicht erfüllt sein. Somit steht fest, dass schon der vorgeworfene Tatzeitpunkt falsch ist.

Da sich das VwG nach der Judikatur des VwGH nicht nur an die Ausführungen in der Beschwerde zu halten hat, sondern auch auf das Vorbringen der Parteien in erster Instanz Bedacht zu nehmen hat, werden das gesamte bisherige Vorbringen sowie die gestellten Anträge auch zum Inhalt dieser Beschwerde erhoben. Soweit in Stattgebung der bisher gestellten Anträge Ergebnisse eines ergänzten Ermittlungsverfahrens vorliegen, wird beantragt, diese Ergebnisse der Ermittlungen dem Beschwerdeführer vorzuhalten (VwGH 22.5.1984, Slg 11448 A uva.).

Der belangten Behörde sind eine Vielzahl von

BEGRÜNDUNGSMÄNGELN

vorzuwerfen.

Gemäß § 46 Abs. 2 VStG hat das Straferkenntnis eine Begründung aufzuweisen. Für Form und Inhalt der Straferkenntnisse gelten grundsätzlich die Vorschriften des AVG über Bescheide. Die Behörde hat in der Begründung den festgestellten Sachverhalt und die Stellungnahme der Partei anzuführen; dabei sind auch die von der Behörde im Rahmen der Beweiswürdigung angestellten Erwägungen (etwa warum bei widersprechenden Zeugenaussagen einem der Zeugen geglaubt wird: VwSlgNF 2372 A) darzulegen. Auch Schlüsse aus Tatsachen, die nur bei der Behörde notorisch sind, sind in der Begründung anzuführen (VwGH 20.2. 1973 ZI 1256/72). Weiters hat die Begründung die 'Beurteilung der Rechtsfrage' zu beinhatten; dies bedeutet dass die Behörde den Sachverhalt der anzuwendenden Norm zu 'unterstellen' hat (VwSlgNF 7909 A). Es ist der festgestellte Sachverhalt dem gesetzlichen Tatbestand zuzuordnen, was eine Interpretation der anzuwendenden Norm voraussetzt (Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechtes DDr. Walter, DDr. Maier, Seite 131). Insbesondere hat die Behörde aufzudecken, welche Gedankenvorgänge und Eindrücke für sie maßgebend waren, dass sie das eine Beweismittel dem anderen vorgezogen und eine Tatsache für wahr oder unwahr gehalten hat (VwGH 15.1.1986, 85/03/0111, 25.2.1987, 86/03/0222 uva.). Geht man von diesen von Judikatur und Lehre geforderten Voraussetzungen einer Begründung des Bescheides aus, so stellt sich das angefochtene Straferkenntnis mehrfach als mangelhaft dar. Im Übrigen wird auf die Regeln der Beweisaufnahme und der Unmittelbarkeit des Verfahrens nach §§ 46 und 48 VwGVG verwiesen. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann. Gemäß § 45 Abs. 2 AVG hat die Behörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Weiters sind gemäß § 25 Abs. 2 VStG die der Entlastung des Beschuldigten dienlichen Umstände in gleicher Weise zu berücksichtigen wie die belastenden. Der in § 45 Abs. 2 AVG genannte Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist in Zusammenhalt mit den bereits erwähnten Grundsätzen der Unmittelbarkeit des Verfahrens und der materiellen Wahrheitsforschung zu sehen. Voraussetzung für eine gesetzmäßige Beweiswürdigung ist ein ausreichend durchgeführtes Ermittlungsverfahren, in welchem die Parteien ihre Rechte geltend machen können. Diese Verpflichtung der Verwaltungsstrafbehörde, den Sachverhalt von sich aus festzustellen, begründet als Folgewirkung die Tatsache, dass ein verwaltungsstrafrechtlicher Schuldspruch nur dann erfolgen kann, wenn der in Frage stehende Sachverhalt als absolut sicher festzustellen ist. Voraussetzung dafür wiederum ist eine entsprechende Beweissicherung bzw. die Möglichkeit eine solche durchzuführen.

Festgestellter Sachverhalt: Eine Sachverhaltsdarstellung ist der Begründung des angefochtenen Erkenntnis überhaupt nicht bzw. nicht in ausreichendem Ausmaß zu entnehmen. Unterbleibt jedoch die sachverhaltsmäßige Feststellung eines Tatbildmerkmales, dann leidet der angefochtene Bescheid an Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, weil der Sachverhalt ergänzungsbedürftig geblieben ist (VwGH 25.6.1963,Z1319/62).

Jedenfalls findet die im Spruch genannte Tat in den Feststellungen keine hinreichende Deckung.

Das Vorliegen objektiver Tatbestandsmerkmale hat die Behörde zu beweisen [VwGH 12.2.1980, 3487/78).

Die belangte Behörde trifft so gut wie keine Feststellungen über den technischen Ablauf der angeblichen Glücksspiele. Warum die belangte Behörde der Meinung ist es handele sich um Glücksspielautomaten ist in der Bescheidbegründung nicht einmal annähernd ersichtlich.

Die Behörde erster Instanz hätte daher nachstehende Fragen selbst oder durch einen Sachverständigen lösen und die entsprechenden Feststellungen treffen müssen.

1.) Werden Daten über das Internet ausgetauscht?
2.) Welche Daten werden ausgetauscht. Wie groß ist das Datenvolumen?
3.) Wird über das Internet von anderer Seite (einem Glücksspielautomaten) das dort erzielte Ergebnis übermittelt?
4.) Ist das von der Behörde als Glücksspielautomat bezeichnete Eingabeterminal in der Lage selbstständig eine Spielentscheidung herbeizuführen?
5.) Kann auf dem Eingabeterminal nach Lösung der Internetleitung noch gespielt werden?
6.) ungefähre Größe des Gerätes?
7.) Farbe, äußeres Erscheinungsbild?
8.) Anschlüsse, Stecker, Steckverbindungen, Kabel?
9.) Schilder, Aufschriften, Gerätenummer, etc.?
10.) Ist/war das Gerät fest mit dem Boden oder der Wand verbunden?
11.) Art der Stromversorgung: 12 V, 220 V?
12.) Anzahl der Bildschirme?
13.) Anzahl der Tasten?
14.) Bringen Tastenkombinationen ein Ergebnis? Z.B. Spielfreigabe?
15.) Gibt es eine Spielbeschreibung, wie viele Seiten umfasst diese?
16.) In welcher Sprache ist die Spielbeschreibung abgefasst?
17.) Gibt es Warnhinweise bezüglich der Gefahr spielsüchtig zu werden?
18.) Ist ein Demoprogramm installiert?
19.) Wie war der Erhaltungszustand zum Zeitpunkt der Befundaufnahme? (neu, neuwertig, Gebrauchsspuren, abgenützt, veraltert, etc.)

Technischer Aufbau

1.) Art und Größe des Bildschirmes (Röhre, LCD, Plasma); handelt es sich um einen Touch-Screen, wenn ja, welches Fabrikat bzw. wie wird der Touch-Screen angesteuert?
2.) Verfügt das Gerät über eine Internetleitung, war diese angeschlossen?
3.) Wurde die tatsächliche intakte Funktion dieser Internetleitung überprüft?
4.) Verfügt das Gerät über eine interne Stromversorgung (Batterie, Akku)?
5.) Verfügt das Gerät über einen Lautsprecher?
6.) Verfügt das Gerät über einen Banknotenscanner?
7.) Ist ein Münzeinwurf vorhanden?
8.) Mit welcher Stromspannung arbeiten die einzelnen Elemente/technischen Geräte?
9.) Ist eine Sprachsteuerung vorhanden?
10.) Kann ein starker Stromstoß, z.B. Blitzeinschlag Einfluss auf die Elektronik, das Programm oder auf die Funktionsweise des Gerätes nehmen?

11.) Wie lässt sich das Gerät öffnen?
12.) Kann das Gerät von außen gesperrt oder freigegeben werden?
13.) Kann das Gerät durch eine kabellose Fernbedienung beeinflusst werden?
14.) Was sind die technischen Voraussetzungen, um in das Buchhaltungssystem Einsicht zu nehmen?
15.) Deprogrammiert sich das Gerät unter bestimmten Voraussetzungen?
16.) Wie erfolgt die Ansteuerung des oberen DVD?
17.) Wie erfolgt die Ansteuerung des unteren DVD?
18.) Besitzt das Gerät eine integrierte Grafik?
19.) Wie viel Bite umfasst der Speicher?
20.) Besteht eine batteriegepufferte Datenerhaltung, wenn ja, über welchen Zeitraum ist der Datenerhalt gewährleistet?
21.) Gibt es für den Datenerhalt eine Absicherung?
22.) Welche Daten weißt der Festplattenspeicher auf?
23.) Weiches Betriebssystem wird verwendet?

Allgemeines zum Betrieb

1.) Kann nur gegen Geldeinsatz gespielt werden?
2.) Welcher Geldeinsatz (Banknote, Münze) kann ab welcher Höhe und bis zu welcher Höhe in das Gerät eingegeben werden? In welcher Währung kann gespielt werden?
3.) Wie hoch ist der maximale bzw. minimale Einsatz pro Spiel?
4.) Gibt es Zusatzspiele?
5.) Kann das Gerät Gewinne ausfolgen?
6.) Welche Programmdaten werden über Internet übermittelt?
7.) Werden die Spielverläufe intern aufgezeichnet?
8.) Gehen Daten bei der Trennung des Gerätes vom Stromnetz verloren? Nachweicher Zeit?
9.) Wo ist die Graphik gespeichert?
10.) Von wo aus wird das Buchhaltungsprogramm des einzelnen Spieles gesteuert? (extern, intern)
11.) Startet, abgesehen vom ersten Spiel, jedes Spiel automatisch?
12.) Kann das Spiel jederzeit abgebrochen bzw. beendet werden?
13.) Wie lange dauert durchschnittlich ein jedes Spiel?
14.) Geben Sie die kürzeste und längst mögliche Spieldauer des Einzelspieles an.

Spielprogramme

1.) Weiche Spiele können auf dem Gerät gespielt werden?
2.) Welche Versionen der einzelnen Spielprogramme sind installiert?
3.) Sind alle Spielprogramme funktionsfähig?
4.) Beschreiben sie die einzelnen Spiele?
5.) Kann der Spieler im Spielverlauf irgendwie tätig werden? (Karten/Symbole halten, das Spiel abbrechen, etc.)
6.) In welchen Spielvarianten kann der Spieler gewinnen?
7.) Lassen sich die Gewinnchancen/Verlustgefahren in irgendeiner Form beeinflussen?
8.) Was ist für den Spieler das bestmögliche Einzelspielergebnis?
9.) Was ist für den Spieler das schlechtmöglichste Einzelspielergebnis?
10.) Gibt es Sonderspiele wie Gambeln, Supergames, etc.?
11.) Wie hoch ist bei Sonderspielen der Einsatz, wie hoch ist der Gewinn?

12.) Wer ist Urheber des jeweiligen Spielprogrammes?
13.) Kann der Betreiber das Spielprogramm verändern?
14.) Entspricht das Spielprogramm national und international gebräuchlichen Spielprogrammen?
15.) Wie schnell ist das einzelne Spiel erlernbar?
16.) Bedarf es einer besonderen Intelligenz?
17.) Welche Veränderungen sind während des Spieles am Bildschirm zu beobachten?
18.) Können alle Veränderungen vom Spieler zur Gänze gesehen bzw. erfasst werden?
19.) Ist das Spiel zur Gänze - in jedem Teilbereich - zufallsabhängig?
20.) Wiederholen sich Spielergebnisse in einer wiederkehrenden Reihenfolge?
21.) Kann der Spieler durch lange Beobachtung, Konzentration, Merkfähigkeit, Geschicklichkeit Ausdauer oder besondere Beobachtungsgabe das Spielergebnis verbessern?
22.) Wie viele Versionen des jeweiligen Spielprogrammes gibt es?
23.) Gibt es Spielteilergebnisse? Führen diese zu Gewinn oder Verlust?
24.) Gibt es statistische Auswertungen über Gewinn- und Verlusthäufigkeit des jeweiligen Spielprogrammes?
25.) Kennt das jeweilige Programm ‘Freispiele’?
26.) Beinhaltet das jeweilige Spielprogramm - aus technischer Sicht gesehen Programmierungselemente, die den Charakter einer Wette haben?
27.) Kann die Behörde ausschließen oder bestätigen, dass es sich um einen/keinen Wettapparat/Wettautomaten handelt?

Die Behörde wurde darauf hingewiesen, dass der UVS Niederösterreich, jetzt LVwG NÖ, unter anderem zur Geschäftszahl Senat - MI-10-1006 nach genauer Prüfung das angefochtene Ergebnis aufgehoben und das Verfahren eingestellt hat, da der Behauptung des Beschuldigten, es handle sich lediglich um ein Eingabeterminal und keinesfalls um einen Glücksspielautomaten, nicht entgegen getreten werden konnte. Trotz dieses klaren Hinweises hat die Behörde jedwede Ermittlungstätigkeit in dieser Richtung unterlassen und konnten daher auch die entscheidungswesentlichen Feststellungen nicht getroffen werden. Hätten Ermittlungstätigkeiten stattgefunden, wäre die Behörde zu dem Schluss gekommen, dass es sich nicht einmal mehr um Eingabeterminals handelt.

Diese Rechtsansicht wird weiters gestützt durch die nachfolgenden Entscheidungen in gleich bzw. ähnlich gelagerten Fällen, welche zur Gänze zu Gunsten der Berufungswerber gefällt wurden:

UVS Oberösterreich: VwSen-360037/17/AL/Ha/ER vom 7.1.2013; UVS Oberösterreich: VwSen-360027/10/Gf/Rt vom 17.1.2013; UVS Oberösterreich: VwSen-301087/14/MB/ER vom 17.12.2012; UVS Oberösterreich: VwSen-301107/14/Gf/Rt vom 24.9.2012; UVS Oberösterreich: VwSen-301133/12/Gf/Rt vom 24.9.2012; UVS Oberösterreich: VwSen-360045/2/Gf/Rt vom 17.9.2012; UVS Oberösterreich: VwSen-360038/2/Gf/Rt vom 21.8.2012;UVS Oberösterreich: VwSen-301096/14/WIE/ER/Ba vom 18.10.2012; UVS Oberösterreich: VwSen-301085/11/WIE/ER/Ba vom 18.10.2012; UVS Vorarlberg: UVS-1-912/E2-2011 vom 27.9.2012; UVS Salzburg: UVS-5/14344/7-2012 vom 10.9.2012; UVS Oberösterreich: VwSen-740127/3/Gf/Rt vom 20.8.2012; UVS Kärnten: KUVS-2582/5/2011 vom 27.6.2012; UVS Kärnten: KUVS-2583/5/2011 vom 27.6.2012; UVS Kärnten: KUVS-K7-1307/2/2012 vom 14.6.2012; UVS Kärnten: KUVS-K7-1027/5/2011 vom 21.3.2012; UVS Niederösterreich: Senat-ZT-11-0005 vom 12.3.2012; UVS

Niederösterreich: Senaf-ZT-11-0006 vom 8.3.2012; UVS Niederösterreich: Senat-ZT-l 1-0005 vom 12.3.2012; UVS Niederösterreich: Senat-ZT-11-0004 vom 27.2.2012; UVS Niederösterreich: Senat-TU-11-1003 vom 22.2.2012; UVS Niederösterreich: Senat-TU-11-1002 vom 3.2.2012; UVS Niederösterreich: Senat-WN-10-1029 vom 8.9.2011; UVS Niederösterreich; Senat-WN-1032 vom 8.9.2011; UVS Niederösterreich: Senat-PM-10-1005 vom 12.8.2011; UVS Niederösterreich: Senaf-PM-10-1006 vom 10.8.20.11; UVS Niederösterreich: Senat-GD-10-1004 vom 3.8.2011; UVS Niederösterreich: Senat-GD-1002 vom 3.8.2011; UVS Niederösterreich: Senat-WN-10-1029 vom 3.9.2011; UVS Niederösterreich: Senat-WT-10-1001 vom 1.7.2010; UVS Steiermark: UVS 30.5-67/2011-2 vom 8.3.2012; UVS Niederösterreich: Senat-WN-10-1032 vom 8.9.2011; UVS Oberösterreich: VwSen-300986/3/BMa/Th vom 27.6.2011; UVS Steiermark: UVS 30.17-78/2010-6 vom 12.10.2010.

Hingewiesen wird darauf, dass alle angeführten Entscheidungen die Rechtslage nach der Novellierung 2010 betreffen und daher auch auf gegenständlichen Fall voll anwendbar sind.

Es ist davon auszugehen, dass nicht jede Rechtsunkenntnis oder wieder Rechtsirrtum als Sorgfaltsverletzungen oder gar als Fahrlässigkeit zu beurteilen ist. Wie der Verwaltungsgerichtshof in jüngster Zeit ausgesprochen hat, ist, 'wenn es um die unrichtige Beurteilung einer Rechtsfrage geht, Verschulden daher nur dann grundsätzlich zu bejahen, wenn der Entscheidung eine nach den Umständen unvertretbare Rechtsauffassung zu Grunde liegt. Ob dies der Fall ist, ist stets nach den konkreten Besonderheiten des Einzelfalles zu beurteilen' (vgl. Verwaltungsgerichtshof 15. Dezember 2011,2 2008/09/0364). Die oben angeführten Entscheidungen stimmen mit der Rechtsauffassung des Beschwerdeführers überein und besagen das in diesem speziellen Fall gerade keinen Eingriff in das Glücksspielmonopol vorliegt. Somit steht fest dass die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers rechtskräftig, also in einem wenn auch individuell bindenden, normativen Akt als rechtsrichtig anerkannt wurde (siehe weiter oben angeführten Entscheidungen). Damit liegt sogar im Sinne der besonders strengen Rechtsprechung des Senates 17 (unter anderem 28.3.2011, 2 011/17/0039) - falls man nicht ohnedies die Tatbestandsmäßigkeit zwingend zu verneinen hat - jedenfalls ein Fall des § 5 Abs. 2 VStG vor. Nach dieser Rechtsprechung genügt eine plausible Rechtsauffassung - dass sie jedenfalls plausibel ist, belegen schon die vorgenannten Entscheidungen - nicht, sondern es bedarf 'bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht vielmehr einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen'. Rechtskräftige-im Instanzenzug ergangene-Entscheidungen sind wohl mehr als (nicht bindende) 'geeignete Erkundigungen'! Angesichts der Vielzahl - die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers im Instanzenzug rechtskräftig bestätigende - an Entscheidungen kann es für den Beschwerdeführer keinerlei Zweifel an der Richtigkeit der Rechtsauffassung gegeben haben. Wenn dagegen vorgebracht werden könnte, dass es auch andere Entscheidungen gibt, die die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers nicht teilen, so hat der Beschwerdeführer diese Entscheidungen bekämpft. Wenn der Verwaltungsgerichtshof sich noch nicht mit der Begründung der Rechtsauffassung des Beschwerdeführers auseinandergesetzt hat, so kann das nicht zulasten des Beschwerdeführers ausschlagen - ein Verschulden, in welcher Form auch immer kann daraus niemals abgeleitet werden. Ja selbst dann, wenn der Verwaltungsgerichtshof die Meinung des Beschwerdeführers nicht geteilt hätte - zu betonen, was bis jetzt nicht der Fall ist - würde dies an der Richtigkeit der Berufung auch Paragraph fünf Absatz 2 VStG nichts ändern.

Es ist bekannt, dass der Verfassungsgerichtshof in Erkenntnis vom 13.6.2013 zur Zahl B 422/2013, Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (ua 22.8.2012, 2012/17/0156) als rechtswidrig, die vom Verwaltungsgerichtshof vertretene Rechtsansicht als dem Doppelbestrafungsverbot des Art. 4 Absatz 1 Z 7 ZPEMRK widersprechend angesehen hat. Wenn man dieser nunmehr als nicht haltbar qualifizierten Rechtsprechung gefolgt wäre, wäre es doch geradezu denkunmöglich, darin einen Fall des verschuldeten Rechtsirrtums zu sehen! Es kann schlicht nicht sein, dass Paragraph fünf Abs. 2 VStG wegzuinterpretieren sei weiter mit dem Gesetzgeber unterstellt würde, etwas sinnloses normiert zu haben zudem würde dies in einem Spannungsverhältnis zum verfassungsrechtlich garantierten Prinzip des Schuldstrafrechtes stehen, dass so selbstverständlich ist, dass es in den einschlägigen verfassungsrechtlichen Garantien (Art 90 ff B-VG, Art 6 und Art 7 EMRK) unausgesprochen vorausgesetzt wird. (VfSIg. 15.200/1998). Eine derart restriktive Interpretation des Schuldstrafrechtes müsste vom Verfassungsgerichtshof geklärt werden.

C.2.) Verfahrensfehler der belangten Behörde

Aufgrund der vorliegenden Rechtsprechung des VfGH zur Zahl B 422/2013 vom 13.6.2013 steht fest, dass festgestellt hätte werden müssen welche Einsätze auf welchem Terminal bei welchem Spiel geleistet werden konnten oder nicht. Dies betrifft jedes einzelne Spiel pro Terminal. Die Aktenlage lässt erkennen, dass die einschreitenden Behörden nicht der Rechtsprechung entsprechend gehandelt haben, da sich aus den Akten ergibt, dass lediglich 1 Spiel probegespielt wurde. Das Ermittlungsverfahren an sich ist somit derart mangelhaft geblieben, dass eine Erlassung des hier angefochtenen Bescheides nach den geltenden Verfahrensvorschriften rechtlich unzulässig ist. Ebenso wurde das Prüfkriterium der Serienspiele aus den Aufzeichnungen der einschreitenden Behörde – genauer gesagt aus den Formularen GSP 26 entfernt. Somit wurde rechtswidrigerweise nicht festgestellt, ob Serienspiele angeboten wurden. Das Merkmal der Serienspiele zur Begründung der strafgerichtlichen Zuständigkeit und der Anwendbarkeit des § 168 StGB ist jedoch nach wie vor relevant. Die letzte Änderung des § 52 GSpG ist verfassungswidrig.

Hierzu wird auf das vor dem Verfassungsgerichtshof anhängige Verfahren zu Zahl G 203/2014-2 verwiesen (Antrag gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm Art. 89 Abs. 2 B-VG des Landesverwaltungsgerichtes Burgenland).

Im Detail:

§ 52 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 GSpG in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 13/2014:

'§ 52 (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 40.000,-- Euro und in den Fällen der 1 2 bis 11 mit bis zu 22.000,-- Euro zu bestrafen,

1. wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zuganglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt;'

'(2) Werden in Zusammenhang mit der Teilnahme an Ausspielungen Vermögenswerte Leistungen für ein Spiel von über 10,-- Euro von Spielern oder anderen geleistet, so handelt

es sich nicht mehr um geringe Betrage und tritt insoweit eine anfällige Strafbarkeit nach diesem Bundesgesetz hinter eine allfällige Strafbarkeit nach § 168 StGB zurück. Die Befugnisse der Organe der öffentlichen Aufsicht gemäß § 50 Abs. 2 sowie die Befugnisse im Rahmen der behördlichen Sicherungsmaßnahmen nach §§ 53, 54 und 56 a bleiben davon unberührt.'

Aus der Rechtsprechung der Höchstgerichte zu dieser Bestimmung folgt, dass eine Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde zur Beschlagnahme nach § 53 GSpG dort endet, wo eine ausschließliche Gerichtszuständigkeit gegeben ist, da kein Raum für eine weitere Verfolgung wegen des Verdachts einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1GSpG bleibt. Zur Klärung der Frage, ob eine (ausschließliche) Gerichtszuständigkeit gemäß § 168 StGB oder die Zuständigkeit der Verwaltungsstrafbehörde nach § 52 Abs. 1 GSpG besteht, ist nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes vom 13.06.2013, ZI. B 422/2013-9, darauf abzustellen, welcher mögliche Höchsteinsatz an einem Glücksspielgerät geleistet werden kann. So hält der Verfassungsgerichtshof Folgendes fest:

'Das Veranstalten, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen von verbotenen Ausspielungen, bei denen Einsätze bis zu EUR 10,-- pro Spiel geleistet werden können, erschöpft sich vollständig in dem gemäß § 168 Abs. 1 StGB strafbaren verhalten in Bezug auf Automaten / Glückspiel bzw. die darauf installierten Spielprogramme mit Einsätzen über EUR 10,--.Bei einer verfassungskonformen Interpretation des § 52 Abs. 2 (iVm § 52 Abs. 1 Z 1) GSpG hinsichtlich der Abgrenzung der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden von jener der Strafgerichte darf es somit nur darauf ankommen, ob eine Glücksspielveranstaltung (also das Veranstalten, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen von verbotenen Ausspielungen mit Spielautomaten über einen bestimmten Zeitraum) mit einem Einsatz von über EUR 10,-- pro Spiel ermöglicht wird, und nicht darauf, ob der jeweilige Spieler Einsätze von höchstens EUR 10,-- oder mehr als EUR 10,-- tatsächlich leistet. Dabei umfasst das Veranstalten, Organisieren, Anbieten, oder unternehmerisch Zugänglichmachen jeweils nur einen konkreten Spielautomaten und nicht mehrere Spielautomaten (gemeinsam).'

Aus der dargelegten verfassungskonformen Interpretation der Abgrenzungsregelung des § 52 Abs. 2 GSpG ergibt sich im Übrigen die Verpflichtung der Verwaltungsstrafbehörde - auch nach Maßgabe der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz nach Art. 7 B-VG bzw. Art. 2 StGG und dem Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter gemäß Art. 83 Abs. 2 B-VG - stets zu ermitteln, welcher mögliche Höchsteinsatz an einem Spielautomat geleistet werden kann (bzw. ob Serienspiele veranlasst werden können), um derart beurteilen zu können, ob eine Gerichtszuständigkeit gemäß § 168 StGB oder die Zuständigkeit der Verwaltungsstrafbehörden gemäß § 52 Abs. 1 GSpG besteht. Dies bedeutet, dass eine verwaltungsbehördliche Strafzuständigkeit für ein Glücksspielgerät (Glücksspiel-automaten, elektronische Lotterie, sonstiger Eingriffsgegenstand) dann nicht mehr gegeben ist, wenn mit Hilfe dieses Gerätes das Veranstalten, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen von (verbotenen) Ausspielungen mit Einsätzen von über 10,-- Euro pro Spiel ermöglicht wird (bzw. Serienspiele veranlasst werden können). In diesem Fall ist eine ausschließliche Gerichtszuständigkeit gegeben und besteht sohin (auch) keine Zuständigkeit mehr für die Verwaltungsbehörden zur Anordnung der in § 52 Abs. 2 zweiter Satz GSpG angeführten Sicherungsmaßnahmen. Aus diesem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes ergibt sich auch, dass zur Abgrenzung der Zuständigkeit auf das

einzelne Gerät an sich (arg.: 'umfasst das Veranstalten, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen jeweils nur eines konkreten Spielautomaten'; „mögliche Höchsteinsatz an einem Glücksspielautomat geleistet werden kann) und nicht auf die einzelnen auf dem Gerät abrufbaren Spiele abzustellen ist; dies bedeutet, ein Gerät fällt entweder in die ausschließliche Gerichtszuständigkeit oder in die ausschließliche verwaltungsbehördliche Zuständigkeit.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich mit Erkenntnis vom 23.07.2013, Zl. 2012/1770249, (in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung) dieser Rechtsansicht angeschlossen.

Durch die Novelle BGBl. I Nr. 13/2014 wurde § 52 GSpG neu gefasst (in Kraft getreten mit 01.03.2014). So wurden bezüglich des § 52 Abs. 1 Z 1GSpG die vorgesehenen Geldstrafen erhöht und lautet diese Bestimmung nunmehr:

'§ 52 (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 - Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22.000,-- Euro zu bestrafen,

1. wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zuganglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt;'

Der neu abgefasste Abs. 2 § 52 GSpG in der Fassung BGBl. I 13/2014 sieht erhöhte Strafdrohungen im Falle der Verwendung mehrerer Glücksspielautomaten bzw. Eingriffsgegenstände, sowie im Wiederholungsfall vor.

Abs. 3 wurde wie folgt geändert:

'(3) 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.'

§ 168 StGB wurde nicht geändert sondern in seiner bisherigen Form beibehalten und lautet wie folgt:

1) Wer ein Spiel, bei dem Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen oder das ausdrücklich verboten ist, veranstaltet oder eine zur Abhaltung eines solchen Spieles veranstaltete Zusammenkunft fördert, um aus dieser Veranstaltung oder Zusammenkunft sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zuzuwenden, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, es sei denn, dass bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge gespielt wird.

(2) Wer sich gewerbsmäßig an einem solchen Spiel beteiligt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

Dadurch wurde ein klarer Verstoß gegen Art. 18 in Verbindung mit Art. 83 Abs. 2 B-VG gesetzt:

Gemäß Art. 83 Abs. 2 B-VG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter wird durch den Bescheid einer Verwaltungsbehörde verletzt, wenn die Behörde eine ihr gesetzlich nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt (z.B. VfSlg. 15.372/1998, 15.738/2000, 16.066/2001, 16.298/2001 und 16.717/2002) oder wenn sie in gesetzwidriger Weise ihre Zuständigkeit ablehnt, etwa indem sie zu Unrecht eine Sachentscheidung verweigert (z.B. VfSlg. 15.482/1999, 15.858/2000, 16.079/2001 und 16.737/2002). Diese Verfassungsnorm bindet aber nicht nur die Vollziehung, sondern auch die Gesetzgebung. Art. 18 B-VG iVm Art. 83 Abs. 2 B-VG verpflichten den Gesetzgeber zu einer den strengen Prüfungsmaßstäben standhaltenden präzisen Regelung der Behördenzuständigkeit (VfSlg. 10.311/1984, 18.639/2008). Konkurrierende Zuständigkeiten verschiedener Behörden bzw. zwischen Behörden und Gerichten laufen dem verfassungsrechtlichen Gebot strikter Zuständigkeitsgrenzen zuwider (VfSlg. 13.886/1994), wobei insbesondere für eine Abgrenzung von verwaltungsbehördlicher und strafgerichtlicher Zuständigkeit präzise objektive Kriterien erforderlich sind (VfSlg. 8349/1978).

Diesen durch die zitierte Judikatur des Verfassungsgerichtshofes entwickelten Grundsätzen zur Abgrenzung der Gerichtsbarkeit von der Verwaltung wird der mit BGBl. I Nr. 13/2014 neu geschaffene § 52 Abs. 3 GSpG nicht gerecht und ist diese Bestimmung als verfassungswidrig zu beurteilen.

Die sinnvollerweise eingeführte klare Trennlinie durch die festzustellenden Höchsteinsätze bzw. die Thematik Serienspiel wurde durch die Gesetzesänderung zerstört.

Ob ein Sachverhalt bzw. eine Handlung nach § 168 StGB strafbar ist, müssen die Strafverfolgungsbehörden (Staatsanwaltschaft, Strafgericht) entscheiden. Über dieselbe Frage müssen aber auch die Verwaltungsstrafbehörden entscheiden, da sie nach der Neufassung des § 52 Abs. 3 GSpG auch dann zuständig sind, wenn 'durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht' ist. Verfolgt eine Verwaltungsbehörde eine Tat, weil nach ihrer Ansicht sowohl der Tatbestand nach § 52 GSpG als auch der des § 168 StGB verwirklicht ist, so tritt die gerichtliche Zuständigkeit zurück. Damit ist die Beurteilung der Zuständigkeit gemäß § 168 StGB nicht mehr ausschließlich Sache des Gerichts; dieses hat vielmehr sein Verfahren einzustellen, wenn eine Verwaltungsbehörde ihre Zuständigkeit gemäß § 52 Abs. 3 GSpG als gegeben beurteilt. Es kann aber auch der Fall eintreten, dass ein Gericht eine Zuständigkeit gemäß § 168 StGB nicht gegeben sieht, die Verwaltungsbehörde aber das Gegenteil annimmt. Dies wirft die Frage auf, ob bei Verneinung der gerichtlichen Zuständigkeit durch die Strafverfolgungsbehörden eine Bindungswirkung für die Verwaltungsstrafbehörden besteht. Schon daraus zeigt sich, dass für den Rechtsunterworfenen kaum nachvollziehbar und schon gar nicht - wie es der Verfassungsgerichtshof aber in seiner Rechtsprechung fordert - vorhersehbar ist, ob er zu Recht von der Verwaltungsstrafbehörde verfolgt wird oder nicht, sodass eine „klare und eindeutige Zuständigkeitsregelung" (vgl. VfSlg. 14.192/1995) nicht vorliegt. Verschärft wird diese Problematik noch durch die mangelnde Bestimmtheit und mangelnde Verständlichkeit der Neuregelung des § 52 Abs. 3 GSpG. Wie bereits ausgeführt, ist die gesetzlich explizit geregelte Trennlinie (10 Euro) zwischen verwaltungsstrafrechtlich sanktioniertem und gerichtlich strafbarem Glücksspiel verloren gegangen. Durch die Novelle BGBl. I Nr. 54/2010 wurde im Glücksspielgesetz der Betrag von 10 Euro pro Spiel insofern als Grenzwert festgesetzt, als Spiele mit einem Einsatz bis zu 10 Euro als 'geringe

Beträge' anzusehen waren. Diese Novelle BGBl. I Nr. 54/2010 zum Glücksspielgesetz bewirkte allerdings auch, dass § 168 StGB, welcher ebenfalls von 'geringen Beträgen' im Zusammenhang mit Glücksspielen spricht, eine (implizite) Novellierung insofern erfuhr, als die - bisher ausschließlich durch die Judikatur des OGH -determinierten 'geringen Beträge' (vgl. OGH vom 14.12.1982, 9 Osl37/82 [9 Osl38/82]. 'Aus dieser Sicht liegt ein geringer Betrag im Sinne des § 168 Abs. 1 StGB vor, solange der Gesamteinsatz eines Spielers im Zuge einer Spielveranstaltung im dargelegten Sinn die Summe von 200 S nicht übersteigt.'

Anmerkung: Aus dem Erkenntnis geht weiters hervor, dass Spieleinsätze von 5 S oder 10 S pro Spiel unzweifelhaft gering im Sinne des letzten Halbsatzes des § 168 StGB sind, aber jeweils darauf zu achten ist, ob ein Spieler nicht vorsätzlich zu 'Serienspielen' und damit zu einem 1 nicht bloß geringen Gesamteinsatz veranlasst werden soll die nunmehr mit Beträgen bis zu 10 Euro beziffert waren. Die nunmehrige Neufassung des § 52 GSpG durch die Novelle BGBl. I Nr. 13/2014, speziell des Abs. 3 leg.cit., bewirkte in diesem Sinne auch wiederum (implizit) eine Novellierung des § 168 StGB, für welchen bis zum Inkrafttreten der Novelle BGBl. Nr. 13/2014 Beträge bis zu 10 Euro als ‚gering' (vgl. Abs. 1 letzter Satz leg.cit.) gegolten haben und somit keine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben war. Der Grenzwert von 10 Euro für den Begriff der ‚geringen Beträge' dürfte in keinem Fall mehr angenommen werden. Wenngleich nicht übersehen wird, dass sich Anhaltspunkte aus der Rechtsprechung des OGH zu § 168 StGB ergeben können, stellt sich doch die Frage, inwiefern diese für die Verwaltungsbehörden bindend ist und inwieweit diese zur Frage, bis zu welcher Betragshöhe noch von 'geringen Beträgen', welche eine Strafbarkeit nach § 168 Abs. 1 letzter Halbsatz StGB ausschließt, noch aktuell ist; die diesbezügliche Rechtsprechung des OGH stammt aus den 80-iger Jahren und zieht die Grenze bei einem Betrag von 200 ATS (siehe OGH aaO).

Auch sind die Ausführungen in den Erläuterungen des neugefassten § 52 Abs. 3 GSpG, wonach 'kein Anwendungsbereich für § 168 StGB verbleibe', nicht nachvollziehbar und stehen diese im Widerspruch zur oben dargelegten höchstgerichtlichen Judikatur. Sowohl der Verfassungsgerichtshof und in weiterer Folge nunmehr auch der Verwaltungsgerichtshof stellen nämlich zur Beurteilung der Zuständigkeit auf das Gerät insgesamt und nicht auf das einzelne Spiel ab. Dies bedeutet, dass der Tatbestand einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 GSpG gar nicht verwirklicht werden kann, wenn die Möglichkeit besteht, am Gerät Einsätze über der Geringfügigkeitsgrenze (wo immer diese nun liegen mag) zu tätigen. Wie das Landesverwaltungsgericht Tirol in seiner Stellungnahme im Begutachtungsverfahren zum Entwurf des Abgabenänderungsgesetzes 2014 zutreffend darlegt (siehe 105/SN-3/ME XXV. GP), hat der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis vom 13.06.2013, ZI. B 422/2013 - auf welches der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 23.07.2013 zur Zahl 2012/ 17/0249, verwiesen hat - ausgeführt, dass dann, wenn auf die tatsächlichen Einsätze des jeweiligen Spielers abgestellt würde, eine Tat, also ein Lebenssachverhalt bzw. dasselbe Verhalten einer Person (nämlich des in § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG und § 168 StGB umschriebenen Täterkreises) in mehrere strafbare Handlungen zerlegt würde, obwohl diese strafbaren Handlungen dieselben wesentlichen Elemente (essential elements) aufweisen und die eine strafbare Handlung den Unrechtsgehalt der anderen in jeder Beziehung mitumfasst. Das Veranstalten, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen von verbotenen Ausspielungen, bei denen Einsätze bis zu 10 Euro pro Spiel (Anmerkung: oder wo immer diese Grenze nun liegen mag) geleistet werden können, erschöpft sich nach dieser Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vollständig in dem gemäß § 168 Abs. 1 StGB

strafbaren Verhalten in Bezug auf (Automaten) Glücksspiele bzw. die darauf installierten Spielprogramme mit Einsätzen über 10 Euro (siehe die Anmerkungen oben). Damit ist nach dieser Rechtsprechung gar nicht denkbar, dass im Sinne der neu beabsichtigten Fassung des § 52 Abs. 1 1. Halbsatz des Glücksspielgesetzes gleichzeitig Tatbestände nach dem Glücksspielgesetz und dem § 168 StGB gegeben sein können, zumal der strafgerichtliche Tatbestand auch Sachverhalte erfasst, bei denen Einsätze bis zu 10 Euro (Anmerkung: bis zur nunmehr nicht mehr gesetzlich bestimmten Geringfügigkeitsgrenze) geleistet werden. Damit liegt eine unechte Gesetzeskonkurrenz zwischen diesen beiden Tatbeständen vor und ist im Falle eines Tatbestandes nach § 168 StGB daneben der Verwaltungsstraftatbestand des § 52 GSpG nicht gegeben. Damit kann auch aus dieser Sicht nach der derzeitigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes der strafgerichtliche Tatbestand des § 168 StGB nicht vom Tatbestand einer Verwaltungsübertretung nach § 52 des Glücksspielgesetzes verdrängt werden." Im Übrigen ist auch darauf hinzuweisen, dass die meisten Glücksspielgeräte über eine sogenannte Automatik-Start-Taste verfügen, welche die Durchführung von Serienspielen ermöglicht. Auch in diesem Fall wäre eine (ausschließliche) Gerichtszuständigkeit gegeben. Dass sohin für § 168 StGB kein Anwendungsbereich bleibe, ist nicht zutreffend. Dies zeigt sich wohl auch daran, dass der Gesetzgeber diese Bestimmung unangetastet gelassen hat, obwohl ihm nicht zuzusinnen ist, dass er inhaltsleere Bestimmungen im Rechtsbestand belässt.

Schon daraus zeigt sich, dass für den Rechtsunterworfenen kaum nachvollziehbar und schon gar nicht - wie es der Verfassungsgerichtshof aber in seiner Rechtsprechung fordert - vorhersehbar ist, ob er zu Recht von der Verwaltungsstrafbehörde verfolgt wird oder nicht, sodass eine 'klare und eindeutige Zuständigkeitsregelung' (vgl. VfSlg. 14.192/1995) nicht vorliegt und schon aus diesem Grund Verfassungswidrigkeit vorliegt.

Verstoß gegen Art. 7 EMRK in Verbindung mit Art. 18 B-VG:

Der Verfassungsgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass die Verwendung sogenannter unbestimmter Gesetzesbegriffe, die durch eine unscharfe Abgrenzung gekennzeichnet sind, dann mit Art. 18 B-VG vereinbar ist, wenn die Begriffe einen soweit bestimmbaren Inhalt haben, dass der Rechtsunterworfene sein Verhalten danach einrichten kann und die Anwendung der Begriffe durch die Behörde auf ihre Übereinstimmung mit dem Gesetz überprüft werden kann (z.B. VfSlg. 6477/1971 mwN; ferner VfSlg. 11.776/1988 zu unbestimmten Gesetzesbegriffen in einem Straftatbestand). Er hat. auch die Auffassung vertreten, dass angesichts der unterschiedlichen Lebensgebiete, Sachverhalte und Rechtsfolgen, die Gegenstand und Inhalt gesetzlicher Regelungen sein können, ganz allgemein davon auszugehen sei, dass Art. 18 B-VG einen dem jeweiligen Regelungsgegenstand adäquaten Determinierungsgrad verlangt (VfSlg. 13.785/1994, S 666). Dem Gesetzgeber ist somit zuzumuten, die ihm vorschwebende Absicht, ein bestimmtes Verhalten mit Strafe zu bedrohen, durch einen Rechtssetzungsakt zu verwirklichen und es dadurch dem Rechtsunterworfenen zu ermöglichen, aus der Rechtsordnung den Unrechtsgehalt seines Verhaltens zu erkennen bzw. sich davon Kenntnis zu verschaffen (vgl. VfSJg. 12.947/1991). Der Gesetzgeber begnügt sich im Fall des § 52 Abs. 3 GSpG in der Fassung BGBl. Nr. 13/2014 offenbar damit, auf die einschlägige Strafbestimmung des § 168 StGB zu verweisen, ohne diese Regelung in einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Bestimmtheitsgebots des Art. 18 B-VG und Art. 7 EMRK genügenden Weise zu konkretisieren.

Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 7. ZPEMRK:

Gemäß Art. 4 Abs. 1 des 7 ZPEMRK (in seiner deutschen Übersetzung) darf 'niemand [...] wegen einer strafbaren Handlung, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut vor Gericht gestellt oder bestraft werden.' Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (vgl. VfSlg. 14.696/1996 und diesem folgend VfSlg. 15.128/1998, sowie 15.199/1998) widerspricht eine Regelung, wonach durch eine Tat unterschiedliche Delikte verwirklicht werden (Idealkonkurrenz), nicht zwingend dem Doppelbestrafungsverbot des Art. 4 Abs. 1 7. ZPEMRK. Die Verfolgung wegen ein und desselben tatsächlichen Verhaltens nach zwei verschiedenen Straftatbeständen ist daher grundsätzlich zulässig, sofern diese sich in ihren wesentlichen Elementen unterscheiden (vgl. VfSlg. 18.833/2009 und 19.280/2010 im Hinblick auf EGMR 10.2.2009 [GK], Fall Zolothukin, Appl. 14.939/03). Eine verfassungsrechtlich unzulässige Doppel- oder Mehrfachbestrafung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 7. ZPEMRK liegt dann vor, wenn eine Strafdrohung oder Strafverfolgung wegen einer strafbaren Handlung bereits Gegenstand eines Strafverfahrens war, also der herangezogene Deliktstypus den Unrechts- und Schuldgehalt eines Täterverhaltens vollständig erschöpft. Ein weitergehendes Strafbedürfnis entfällt daher, weil das eine Delikt den Unrechtsgehalt des anderen Delikts in jeder Beziehung mitumfasst. 'Strafverfolgungen bzw. Verurteilungen wegen mehrerer Delikte, deren Straftatbestände einander wegen wechselseitiger Subsidiarität, Spezialität oder Konsumtion ausschließen, bei den verfassungswidrige Doppelbestrafungen, wenn und weil dadurch ein und dieselbe strafbare Handlung strafrechtlich mehrfach geahndet wird' (VfSlg. 14.696/1996). Eine gesetzliche Strafdrohung widerspricht Art. 4 Abs. 1 7. ZPEMRK, wenn sie den wesentlichen Gesichtspunkt ('aspect') eines Straftatbestandes, der bereits Teil eines von den Strafgerichten zu ahndenden Straftatbestandes ist, neuerlich einer Beurteilung und Bestrafung durch die Verwaltungsbehörden unterwirft (VfSlg. 15.128/1998), sich also die Entscheidung des Strafgerichts einerseits und der Verwaltungsbehörde andererseits auf das 'gleiche Verhalten' gründen (EGMR 23.10.1995, Fall Gradinger, Appl. 15.963/90). Wie oben dargelegt, ist § 52 Abs. 3 GSpG in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 13/2014 von einem hohen Grad an Unbestimmtheit geprägt, der zu großer Rechtsunsicherheit führt, wobei diese Bestimmung (indirekt) auch den Anwendungsbereich des § 168 StGB einengt. All dies bewirkt, dass der Rechtsunterworfene der Gefahr ausgesetzt ist, sowohl von gerichtlichen Strafverfolgungsbehörden als auch von den Verwaltungsstrafbehörden verfolgt zu werden. Vertreten die gerichtlichen Strafverfolgungsbehörden die Auffassung, dass eine bestimmte Tat nur nach § 168 StGB zu verfolgen ist, so werden sie ihre Zuständigkeit bejahen und ein Strafverfahren durchführen. Kommt eine Verwaltungsstrafbehörde hingegen zum Ergebnis, dass eine gerichtliche Zuständigkeit gemäß § 52 Abs. 3 GSpG nicht gegeben ist, so wird sie ein Verwaltungsstrafverfahren durchführen. Kompetenzkonflikte zwischen Gerichten und Verwaltungsstrafbehörden sind deshalb geradezu 'vorprogrammiert' und ist diese Rechtslage auch aus diesem Blickwinkel als verfassungswidrig zu beurteilen.

Verstoß gegen Art. 91 B-VG:

Der einfache Bundesgesetzgeber hat im Rahmen des Art. 91 B-VG zwar eine verhältnismäßig weite rechtspolitische Gestaltungsfreiheit (auch) in der Richtung, welchem

Vollzugsbereich er die Ahndung einer bestimmten strafbaren Handlung zuweist. Wenn die strafbare Handlung aber wegen der vom Bundesgesetzgeber bewerteten hohen Sozialschädlichkeit mit einer schwerwiegenden Strafe bedroht ist, so ist der Bundesgesetzgeber von Verfassungswegen gehalten, mit der Ahndung dieser strafbaren Handlung die Organe der Strafgerichtsbarkeit zu betrauen (vgl. VfSlg. 12151/1989).

§ 52 Abs. 3 GSpG in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 13/2014 sieht eine 'umgekehrte' Subsidiaritätsregel vor. Eine Zuständigkeit der Strafgericht besteht nur mehr dann, wenn der von diesem zu verfolgende Tatbestand des § 168 StGB nicht gleichzeitig eine Verwaltungsübertretung nach § 52 GSpG begründet. Dies bewirkt (indirekt) eine Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 168 StGB und geht die Zuständigkeit der Strafgerichte nach § 168 StGB unter, wenn auch ein Verwaltungsstraftatbestand erfüllt ist.

Dieses System steht diametral zur oben einleitend wiedergegebenen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, wonach eine Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Strafgerichten und Verwaltungsstrafbehörden vor dem Hintergrund der Sozialschädlichkeit der strafbaren Handlung zu erfolgen hat. Dass gerade das Glücksspiel mit besonderen Gefahren verbunden ist und Sozialschädlichkeit nachweislich gegeben ist, hat der Verfassungsgerichtshof wiederholt betont (siehe VfGH vom 06.12.2012, ZI. B 1337/11 u.a. sowie VfGH vom 16.03.2013, ZI. G 82/12); auch zeigen die Ausführungen in den Erläuterungen, dass der Gesetzgeber offenkundig aufgrund der Gefahren, die vom verbotenen Glücksspiel ausgehen, ein effektives und wirksames System der Strafverfolgung für notwendig erachtet. Wenn jedoch 'der Gesetzgeber ein Verhalten als hoch sozialschädlich wertet [...], so muss der einfache Bundes- oder Landesgesetzgeber [...] eine Zuständigkeit der Strafgerichte begründen' (vgl. Mayer, Das österr. Bundes-Verfassungsrecht 4 [2007] III. zu Art. 91 B-VG und die dort zitierte Literatur und Judikatur). Das bedeutet, dass es gegenständlich einen Kernbereich strafgerichtlicher Zuständigkeiten geben muss und die Bestimmung des § 168 StGB nicht inhaltsleer und 'entkernt' werden darf. Dies bedeutet, dass § 52 Abs. 1 in Verbindung mit § 52 Abs. 3 GSpG in der Fassung der Novelle BGBl. Nr. 13/2014 der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu Art. 91 B-VG nicht Rechnung trägt, sondern vielmehr in krassem Widerspruch dazu steht.

Gleichheitswidrigkeit/Verstoß gegen Art. 2 StGG und Art. 7 B-VG:

Eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz kann nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (z.B. VfSlg. 10.413/1985, 14.842/1997, 15.326/1998 und 16.488/2002) nur vorliegen, wenn der angefochtene Bescheid auf einer dem Gleichheitsgebot widersprechenden Rechtsgrundlage beruht, wenn die Behörde der angewendeten Rechtsvorschrift fälschlicherweise einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt oder wenn sie bei Erlassung des Bescheides Willkür geübt hat. Der Gleichheitsgrundsatz bindet also auch den Gesetzgeber (siehe etwa VfSlg. 13.327/1993, 16.407/2001). Er setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen (vgl. z.B. VfSlg. 14.039/1995, 16.407/2001). Wie dargelegt, nimmt der Verfassungsgerichtshof die Abgrenzung der gerichtlichen von der verwaltungsstrafbehördlichen Zuständigkeit nach der Sozialschädlichkeit der strafbaren Handlung vor. Da wohl unbestritten ist, dass illegales Glücksspiel eine hohe Sozialschädlichkeit ausweist (arg.: 'Glücksspiel ist ein besonders sensibler Bereich mit

vielen Risiken'). Er betrifft die gesellschaftspolitische Verantwortung eines Staates und ist daher von hoher ordnungspolitische Relevanz.'x). Es stellt sich die Frage, ob es eine sachliche Rechtfertigung dafür gibt, gerade in diesem 'besonders sensiblen Bereich' ein zu dieser Rechtsprechung diametral verlaufendes Abgrenzungssystem vorzusehen.

Eine solche Rechtfertigung dafür, dass eine Person, die sowohl den Tatbestand des § 52 GSpG als auch jenen des § 168 StGB verwirklicht, nur verwaltungsstrafrechtlich belangt wird, während eine Person, die ausschließlich § 168 StGB verwirklicht, gerichtlich und damit strenger bestraft wird, wird nicht gesehen. Geht man davon aus, dass § 168 StGB diejenigen Handlungen erfassen will, die ein hohes Maß an Sozialschädlichkeit aufweisen, so ist keine sachliche Rechtfertigung ersichtlich, warum diese hohe Sozialschädlichkeit, die die gerichtliche Zuständigkeit begründet, verloren geht, wenn der betreffende Tatbestand auch eine Verwaltungsübertretung bildet. Im Ergebnis wäre damit eine Handlung mit höherem Unrechtsgehalt mit einer weniger strengen Strafe bedroht.

Besonders bedenklich wäre dies in jenen Fällen, in denen ein Privater nach § 168 StGB bestraft wurde, ein Unternehmer (siehe § 2 Abs. 1 Z 2 GSpG) trotz vergleichbarer Tathandlung jedoch nur nach der milderen Bestimmung des GSpG. Auch für den Umstand, dass ein Spieler jedenfalls nach § 168 StGB zu bestrafen ist, hingegen der Unternehmer, der selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt trotz (eigentlich noch verwerflicherer) Tathandlung nach dem milderen GSpG ist keine sachliche Rechtfertigung erkennbar.

Weitere Bedenken entstehen dadurch, dass der Grundsatz der Subsidiarität des Verwaltungsstrafrechts zum gerichtlichen Strafrecht in einem isolierten Teilbereich 'umgekehrt' wird, indem die Verwaltungsstrafe der gerichtlichen Strafe vorgeht. Es wird nicht verkannt, dass § 22 Abs. 1 VStG die Subsidiarität des Verwaltungsstrafrechts nur vorsieht, wenn nichts anderes geregelt ist. Eine sachliche Rechtfertigung für diesen, soweit ersichtlich, einmaligen Systemwechsel im Vergleich zum übrigen Verwaltungsstrafrecht ist dennoch nicht erkennbar, zumal es sachfremd erscheint, bei einer Tathandlung, die aufgrund einer gesetzlichen Regelung - wohl aufgrund des höheren Unrechtsgehalts - mit schwerer Strafe und gleichzeitig aufgrund einer anderen gesetzlichen Bestimmung mit einer weniger schweren Strafe bedroht, letzterer den Vorzug zu geben (siehe hierzu die Stellungnahme des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich im Begutachtungsverfahren, 122/SN-3/ME XXV. GP).

Würde man der in den Erläuterungen intendierten Auslegung des § 52 Abs. 3 GSpG (die wie dargelegt in Widerspruch zur höchstgerichtlichen Rechtsprechung liegt) anschließen, würde dies zur Folge haben, dass eine (nahezu ausschließliche) Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde für illegales Glücksspiel gegeben sein soll, da in der Regel jedes Spiel mit geringen und hohen Einsätzen gespielt werden kann und damit immer auch eine Übertretung nach § 52 GSpG verwirklicht wird. Das würde aber bedeuten, dass auch Glücksspiele mit sehr hohen Einsatzmöglichkeiten wie Roulette, Poker, etc. ausschließlich in die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden fallen würden. Dass dies eine unbillige, sachlich nicht zu rechtfertigende Entkriminalisierung des illegalen Glücksspieles darstellt, muss wohl nicht weiter erläutert werden.

Eine sachliche Rechtfertigung für die 'Umkehrung' der Subsidiaritätsregel ist aber auch nicht damit zu rechtfertigen (auch wenn dies offensichtlich der Hauptgrund für die

Novellierung sein dürfte), dass der Vollzug durch die Verwaltungsstrafbehörden vom Gesetzgeber laut Ausführungen in den Erläuterungen als wirksamer erachtet wird, da es in den vergangenen Jahren mehr verwaltungsstrafrechtliche als gerichtliche Verurteilungen gegeben hat. Dies ist allein darin begründet, dass von der ordentlichen Gerichtsbarkeit - zumindest in den Fällen, die Beweggründe für die Novellierung des GSpG waren - trotz Erfüllung der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 168 StGB von einer Bestrafung der Täter aus unionsrechtlichen Gründen abgesehen wurde. Diese unterschiedliche Beurteilung der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht ändert nichts an dem Umstand, dass nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes und dem von ihm entwickelten Ordnungssystem strafbare Handlungen mit derart hohem Unrechtsgehalt wie das illegale Glücksspiel dem grundsätzlich strengere Strafsystem der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu unterwerfen sind. Die gerichtliche Strafbarkeit einer Tat ist mit wesentlich schwerwiegenderen Konsequenzen verbunden als die Begehung einer Verwaltungsübertretung, wobei es auch zu beachten gilt, dass im Bereich des Strafrechtes andere Mittel zur Aufklärung der Taten zur Verfügung stehen (wie etwa Hausdurchsuchungen), die für die Verfolgung illegalen Glücksspiels mitunter erforderlich sind.

Das gewählte System der Zuständigkeitsabgrenzung ist daher mangels sachlicher Rechtfertigung und aus gleichheitsrechtlichen Überlegungen als verfassungswidrig zu beurteilen.

Aufgrund der getätigten Ausführungen ergeht daher die

ANREGUNG

Das erkennende Landesverwaltungsgericht möge die entsprechenden Anträge im Sinne des Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm Art. 89 Abs. 2 B-VG beim Verfassungsgerichtshof stellen.

Eben wurde auf die Thematik betreffend des praktisch Nichtvorliegens von strafrechtlichen Verurteilungen auf Basis des § 168 StGB eingegangen (siehe oben). Dies wurde vom Gesetzgeber nicht nur als Vorwand für die Novellierung des § 52 GSpG missbraucht, sondern auch als Vorwand für die Rechtfertigung des Monopolsystems des GSpG angeführt. Aus Sicht des Gesetzgebers sind die momentanen Regelungen geeignet den unionsrechtlichen Vorgaben betreffend Spielerschutz und Kriminalitätsbekämpfung zu genügen.

Dies ist unrichtig und nicht zu rechtfertigen.

Die Regelungen betreffend des Glücksspielmonopols sind unionsrechtswidrig. Hier wird verwiesen auf die Entscheidung in der RS Pfleger zur Zahl C-390/12 vom 30.04.2014. Die Regelungen im GSpG betreffend die Monopolregelungen und auch in weiterer Folge die aufgrund des Monopols erteilten Konzessionen sind unionsrechtswidrig und haben daher unangewendet zu bleiben. Ein Verstoß bzw. ein unerlaubter Eingriff in das Monopol ist somit unmöglich. Dass bei bestehender Unionsrechtswidrigkeit eine unerlaubte V Inländerdiskriminierung droht, braucht nicht näher erläutert zu werden. Untersuchungen haben gezeigt, dass der Spielerschutz in der momentanen Ausgestaltung nicht existent ist. So war es u.a. in den Sommermonaten 2014 in Lokalen der Konzessionsinhaber in NÖ und OÖ für Minderjährige möglich zu spielen und Gewinne bzw. Verluste zu lukrieren. Bei der

Frage, ob ein Glücksspielmonopol überhaupt errichtet werden darf, ist zu prüfen, ob die Verfolgung einer expansionistischen Geschäftspolitik durch die mit einem Glücksspielmonopol betraute Einrichtung mit den von der Monopolregelung verfolgten Zielen im Einklang stehen kann (RS Dickinger und Omer, Rz 40). Vor dem Hintergrund der soeben beschriebenen Judikatur des EuGH gilt es nunmehr zu klären, ob im Allgemeininteresse liegende zwingende Gründe bestehen, die das österreichische Glücksspielmonopol in seiner konkreten rechtlichen Ausgestaltung als adäquat und verhältnismäßig erscheinen lassen. Das österreichische Glücksspielmonopol ist als Finanzmonopol mit besonderer ordnungspolitischer Zielsetzung eingerichtet (VwGH 21.12.1985, 97/17/0175; 04.08.2005, 2004/17/0035). Das besondere Gewicht der fiskalpolitischen Intentionen des historischen Gesetzgebers ist aus den Materialien unschwer erweisbar. Aus der EuGH-Judikatur folgt jedoch, dass diese fiskalpolitischen Erwägungen nicht geeignet sind, die mit einer Monopolisierung notwendig verbundenen Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen. Das staatliche Monopol soll nach Ansicht der österreichischen Regierung der Kriminalitätsbekämpfung dienen (RS Dickinger und Omer Rz 52). Es ist damit zunächst zu prüfen, ob die staatlichen Kontrollen über die Tätigkeit des Inhabers des Monopols gewährleisten können, dass dieser tatsachlich in der Lage sein wird, die geltend gemachten Ziele mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieser Ziele quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen (RS Dickinger und Omer, Rz 57).In diesem Zusammenhang kann aber bereits nicht festgestellt werden, dass von 2009 bis 2012 kriminelle und betrügerische Aktivitäten im Zusammenhang mit Glücksspielen und Spielsucht in Osterreich ein erhebliches Problem darstellten. Dieses 'non liquet' geht zu Lasten der klagenden Partei. Diese stützt sich in ihrem Vorbringen ua darauf, dass das österreichische Glücksspielmonopol aufgrund derartiger Probleme gerechtfertigt sei bzw. notwendig sei um diesen Zweck zu verfolgen. Weiters ist zu prüfen, ob die Geschäftspolitik des Inhabers des Monopols sowohl hinsichtlich des Umfangs der Werbung als auch hinsichtlich der Schaffung neuer Spiele als Teil einer Politik der kontrollierten Expansion im Glücksspielsektor zur wirksamen Lenkung der Spiellust in rechtmäßige Bahnen angesehen werden kann. Die gesetzten Maßnahmen müssen darauf abzielen, die Spiellust der Verbraucher in rechtmäßige Bahnen zu lenken (RS Dickinger und Omer, Rz 65 und 67).Die Werbung des Inhabers des staatlichen Monopols muss deshalb maßvoll und eng auf das begrenzt bleiben, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielenetzwerken zu lenken. Hingegen darf eine solche Werbung nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher zu fördern, also zur aktiven Teilnahme am Spiel anregen. Sie darf etwa das Spiel nicht verharmlosen, die Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöhen, oder bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen. Ebenso wenig darf der Werbung wegen der Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen werden (RS Dickinger und Omer, Rz 68). Die von den Ö.L. GmbH und den C.A. AG betriebene Werbung lässt aber alle diese Vorgaben vermissen. Nicht nur, dass die Werbung aktiv zur Teilnahme am Spiel anregen soll, sie verharmlost konsequent das Spielen ganz grundsätzlich und spielt bewusst mit den Sehnsüchten der Spieler. Zugkräftige Werbebotschaften und Sexismus sind dabei ebenso an der Tagesordnung wie auch das Werben mit Aktionen, die den Unternehmen ein positives Image verleihen sollen. Aufgrund der (aggressiven) Bewerbung der von den Monopolisten angebotenen Glücksspiele können die mit dem Glücksspielmonopol einhergehenden Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit mit Verbraucher- oder Spielerschutzerwägungen nicht gerechtfertigt werden. Darüber hinaus kommt auch keine andere, mit dem Verbraucherschutz einhergehende Rechtfertigung im

Allgemeininteresse in Betracht, da die Konzessionsvoraussetzungen des § 14 GSpG gar nicht auf eine Verhinderung von Wirtschaftsverbrechen (z.B. Betrug, Geldwäsche) abzuzielen scheinen. Eine Rechtfertigung scheidet sohin schon aus diesem Grund aus. Selbst wenn man von einer Rechtfertigung ausgehen würde, so fehlt jede nachvollziehbare Begründung dafür, dass die angestrebten Zielsetzungen nur allein im Weg einer Monopolisierung erreicht werden konnten. Diese Zielsetzungen lassen sich mithin auch durch gelindere Mittel als die Monopolisierung eines ganzen Wirtschaftszweiges erreichen. So wäre es sinnvoller, anstelle einer Monopolisierung Suchtspielambulanzen finanziell zu unterstützen, damit den tatsachlich von der Glücksspielsucht Betroffenen wirksam geholfen werden kann, oder Online-Seiten, auf denen gespielt werden kann, generell zu sperren, bedenkt man, dass mehreren Medienberichten zufolge gerade im Online-Bereich die Spielsucht bemerkbar ist, oder bei Sportwetten, für welche es von vorneherein keine gesetzliche Reglementierung gibt.

Dazu kommt, dass eben auch die Monopolinhaberin auf www.win2day.at Online-Glücksspiele anbietet, sohin in einem Bereich, wo das Monopol keinerlei Rechtfertigung mehr aufweisen kann, auch wenn zwar gewisse Einsatzgrenzen eingeführt sind, der monatliche Betrag, der verspielt werden kann, jedoch weit über dem Durchschnitts-einkommen eines Österreichers liegt. Eine durch ein Monopol gegebene Kontrolle der Spielsucht ist daher schon durch das Angebot der Monopolinhaberin von Onlineglückspiel gänzlich nicht mehr gewährleistet, sodass die staatlichen Kontrollen über die Tätigkeit des Inhabers des Monopols nicht mehr dazu dienen können, dass dieser tatsachlich in der Lage sein wird, die geltend gemachten Ziele mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieser Ziele quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen.

Das österreichische Glücksspielmonopol ist in seiner derzeitigen Ausgestaltung somit unionsrechtswidrig. Die monopolisierenden Bestimmungen im GSpG werden daher wegen Widerspruchs gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht bei Auslandsbezug verdrängt.

Die bisherigen Ausführungen teilt auch das LG Linz in seiner Entscheidung zu 1 CG 190/11 y, worin das LG Linz das GSpG für unionsrechtswidrig erklärt.

Wie bereits der OGH in seiner jüngsten Entscheidung zu 4 Ob 200/14m festgehalten hat muss nunmehr diese Unionrechtswidrigkeit aufgrund Art 7 B-VG direkt auch für Inländer gelten.

Es wird daher beantragt nachstehende Beweise aufzunehmen:

Beweis: beizuschaffender Akt des LG Linz zu 1 CG 190/11 y;

H.K., p.A. österreichischer Automatenverband, x, W.;

R.N., p.A. Institut für Glückspiel und Abhängigkeit, x, S.;

R.R., Privatdedektiv, x, L.;

J.M., p.A. BM für Inneres, x, W..

C.3.) Unzuständigkeit

Nach der ständigen verwaltungsgerichtlichen Judikatur findet das Spiel dort statt, wo ein Spielautomat örtlich aufgestellt ist, wo dieser in Betrieb genommen werden kann, wo dieser mit Geld versorgt wird. Keines dieser Kriterien ist im Wirkungsbereich der hier tätigen Behörde gegeben. Der Einsatz wird nicht am Tatort geleistet. Es ist daher nicht der geringste Anhaltspunkt dafür gegeben, dass die einschreitende Behörde örtlich zuständig ist. Die Möglichkeit, mittels eines Eingabeterminals einer Servicefirma einen Auftrag zu geben, stellt keinen Straftatbestand dar und begründet daher auch nicht die Zuständigkeit der Behörde.

Die Behörde schreitet nach den Bestimmungen des GSpG ein. Diese Bestimmungen treten jedoch nach wie vor – aufgrund der Verfassungswidrigkeit der Änderung des § 52 GSpG (siehe Ausführungen in Punkt C.2.) hinter eine allfällige Strafbarkeit nach § 168 StGB zurück. Der Gesetzgeber hat daher erkannt, dass im genannten Fall das Glücksspielgesetz nur subsidiär anzuwenden ist. Die primäre Anwendung dieses Glücksspielgesetzes verstößt daher gegen den nach wie vor geltenden § 52 Abs. 2. Die Vorfrage, ob die strafrechtlichen Normen anzuwenden sind, kann nicht von der Verwaltungsbehörde, sondern nur vom Gericht gelöst werden. Es wird daher die Ansicht vertreten, dass erst in dem Fall, der gerichtlichen Feststellung, dass eine strafbare Handlung nach § 168 StGB nicht vorliegt, die Verwaltungsbehörde tätig sein kann. Der angefochtene Bescheid wird allein schon deshalb zu beheben sein, da die Anwendung des Glücksspielgesetzes im vorliegenden Fall nicht erfolgen darf. Die Feststellungen des VfGH im Erkenntnis vom 13.06.2013 zur Zahl B 244/2013 im Hinblick auf das Doppelbestrafungsverbot des Art 4 Abs 1 Z 7 ZPEMRK treffen auf den vorliegenden Beschwerdefall voll zu.

Die Einsatzhöhen und die Frage zum Thema Serienspiele wurden nicht geklärt und nicht erhoben.

C.4.) Unrichtige rechtliche Beurteilung

Es ist den Ausführungen des UVS im Land NÖ im Bescheid vom 13.12.2013 Zahl: Senat - AM -12-0305 zu folgen wonach der Berufung Folge gegeben wurde. Der Sachverhalt ist in den entscheidungswesentlichen Punkten gleich.

Die verfahrensgegenständlichen Eingabeterminals sind weder Glücksspielautomaten noch elektronische Lotterie. Auf diesen Geräten kann kein wie immer geartetes Glücksspiel stattfinden, diese Geräte stehen auch mit keinem Spielanbieter im Zusammenhang, d.h. es kann über die vorhandene Internetleitung kein Kontakt mit einem Glücksspielanbieter aufgenommen werden. Die angesprochenen Geräte sind reine Eingabe- und Auslese-stationen, wobei eine selbsttätige Programmentscheidung nicht herbeigeführt wird. Die Entscheidung über Gewinn und Verlust wird nicht durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung durch den Apparat selbst zur Verfügung gestellt, sondern auf einem Geldspielapparat generiert und von der lokal verwendeten Software nur visualisiert. Bei den Terminals handelt es sich nicht um Glückspielautomaten. Eine Subsumtion unter § 2 GSpG ist somit rechtlich gesehen unmöglich. Die Terminals bieten weiters aufgrund des Fehlens eines über das elektronische Medium abgeschlossenen Spielvertrages keine

elektronische Lotterie gemäß § 12 a GSpG an. Darüber hinaus fehlt die für die elektronischen Lotterien typische Vernetzung von verschiedenen Glückspielapparaten.

Gemäß § 53 GSpG kann die Beschlagnahme nur dann angeordnet werden, wenn die Einziehung vorgesehen ist. Dies trifft im gegenständlichen Fall nicht zu. Gemäß § 54 Abs. 1 GSpG sind die Gegenstände, mit denen gegen die Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wurde einzuziehen, es sei denn der Verstoß war geringfügig. Die Behörde hat sich mit der Frage der Geringfügigkeit nicht (ausreichend) auseinandergesetzt.

1.) Geschätzte Umsätze mit dem Eingriffsgegenstand

Hinsichtlich der Geringfügigkeit wird im Kommentar Strejcek/Bresich (Hrsg), Glücksspielgesetz, 2. Auflage (2011) ausgeführt:

'Das Kriterium der Geringfügigkeit iSd Abs 1 leg cit, welches durch die Novelle BGBl I 2010/73 eingeführt wurde, orientiert sich va an den geschätzten Umsätzen mit dem Eingriffsgegenstand bzw. am Ausmaß der Abweichung von den gesetzlichen Merkmalen nach § 4 Abs 2 GSpG, also den Kriterien für Landesausspielungen gern § 5 GSpG (vgl RV 657 BlgNR 24. GP 9).' Es werden jedoch im Gesetz selbst keine Richtlinien genannt, wie die Schätzung zu erfolgen hat. Diesbezüglich sind die Bestimmungen der BAO heranzuziehen:

§ 184 BAO lautet:

'(1) Soweit die Abgabenbehörde die Grundlagen für die Abgabenerhebung nicht ermitteln oder berechnen kann, hat sie diese zu schätzen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind.

(2) Zu schätzen ist insbesondere dann, wenn der Abgabepflichtige über seine Angaben keine ausreichenden Aufklärungen zu geben vermag oder weitere Auskunft über Umstände verweigert, die für die Ermittlung der Grundlagen (Abs. 1) wesentlich sind.

(3) Zu schätzen ist ferner, wenn der Abgabepflichtige Bücher oder Aufzeichnungen, die er nach den Abgabenvorschriften zu führen hat, nicht vorlegt oder wenn die Bücher oder Aufzeichnungen sachlich unrichtig sind oder solche formelle Mängel aufweisen, die geeignet sind, die sachliche Richtigkeit der Bücher oder Aufzeichnungen in Zweifel zu ziehen.'

Die Einkommenssteuerrichtlinie EStR 2000 des Bundesministeriums für Finanzen führt hierzu bei den Rz 1104-1108 aus:

'Es sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind.'

Die Abgabenbehörde kann die Schätzungsmethode grundsätzlich frei wählen (VwGH 27.4.1994, 92/13/0011, 94/13/0094; VwGH 15.5.1997, 95/15/0093; VwGH 22.4.1998, 95/13/0191; VwGH 15.7.1998, 95/13/0286). Die Abgabenbehörde hat jene Methode (bzw. jene Methoden kombiniert) zu verwenden, die im Einzelfall zur Erreichung des Zieles, nämlich der tatsächlichen Besteuerungsgrundlage möglichst nahe zu kommen, am geeignetsten erscheint (zB VwGH 25.6.1998, 97/15/0218). Die Abgabenbehörde ist nicht verpflichtet, Aufzeichnungen, die der Abgabepflichtige zu führen und vorzulegen hatte, zu

rekonstruieren (VwGH 6.2.1992, 88/14/0080) muss jedoch offensichtlich angefallene Ausgaben für 'Schwarzarbeit' (VwGH 15.5.1997, 95/15/0093) und 'Schwarzeinkäufe' (VwGH 28.5.1997, 94/13/0200) bei einer Schätzung berücksichtigen. Der Abgabepflichtige ist auch bei der Schätzung zur Mitwirkung verpflichtet (VwGH 17.10.1991, 91/13/0090). Im Schätzungsverfahren ist das Recht auf Parteiengehörvor Bescheiderlassung durch Mitteilung der Basis und Art der Schätzungsmethode, Schlussfolgerungen und Ergebnisse zu wahren. Der Partei ist ausreichend Zeit zur Äußerung von Einwendungen zu gewähren. Es liegt am Abgabepflichtigen, sachlich begründete Argumente gegen die Schätzungsmethode oder einzelne Elemente der Schätzung vorzubringen (VwGH 7.6.1989, 88/13/0015). Die Abgabenbehörde muss sich mit allen konkreten für die Schätzung relevanten Behauptungen auch dann auseinander setzen und eventuell erforderliche ergänzende Erhebungen durchführen (VwGH 24.2.1998, 95/13/0083; VwGH 27.5.1998, 95/13/0282, 95/13/0283).Die Begründung (§ 93 Abs. 3 lit. a BAO) hat die für die Schätzungsbefugnis sprechenden Umstände, die Schätzungsmethode, die der Schätzung zu Grunde gelegten Sachverhaltsannahmen (Darstellung der Berechnung) darzulegen (zB VwGH 5.7.1999, 98/16/0148).'Nach den in der Judikatur zur § 184 BAO anerkannten Grundsätzen ist das Ziel der Schätzung die möglichst genaue Feststellung der Besteuerungsgrundlagen. Die Schätzung darf daher nicht den Charakter einer Strafbesteuerung haben. Die Schätzung hat den Charakter einer Ermittlungshilfe. Da alle für die Schätzung bedeutungsvollen Umstände zu berücksichtigen sind, hat die Behörde Unterlagen, die geeignet sind, die Unsicherheit der Schätzung zu verhindern, im Rahmen des Schätzungsvorgangs zu berücksichtigen. Eine griffweise Schätzung ist nur dort gerechtfertigt, wo im Verfahren keine brauchbaren Schätzungsunterlagen festgestellt werden können, (vgl. Ellinger/Iro/Kramer/Sutter/Urtz, BA03, § 184, E 204). Die Schätzung ist keine Ermessensentscheidung. Eine Schätzung ist somit ein Akt der Tatsachenfeststellung, und nicht ein solcher der freien Willensbildung oder Willensentfaltung der Abgabenbehörde (vgl. UFS GZ. RV/0536-W/02). Die Wahl der anzuwendenden Schätzungsmethode steht der Abgabenbehörde im allgemeinen zwar frei, doch muss das Schätzungsverfahren einwandfrei abgeführt werden, müssen die zum Schätzungsergebnis führenden Gedankengänge schlüssig und folgerichtig sein, und muss das Ergebnis, das in der Feststellung der Besteuerungsgrundlagen besteht, mit der Lebenserfahrung im Einklang stehen. Das gewählte Verfahren muss stets auf das Ziel gerichtet sein, diejenigen Besteuerungsgrundlagen zu ermitteln, die die größte Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit für sich haben: VwGH 23.05.2007, 2004/13/0033, ÖStZB 2008/84, 95. Hierbei muss die Behörde im Rahmen des Schätzungsverfahrens auf alle vom Abgabenpflichtigen substantiiert vorgetragenen, für die Schätzung relevanten Behauptungen eingehen: VwGH 15.07.1998, 95/13/0286, ÖStZB 1999, 284; VwGH 19.09.2001, 2001/16/0188, ÖStZB 2002/377; VwGH 28.10.2004, 2001/15/0137, ÖStZB 2005/192, 270. Die Abgabenbehörde trägt die Beweislast für die Richtigkeit ihrer Schätzmethode: VwGH 29.06.2005, 2000/14/0199, ÖStZB 2006/132, 166.

Alle diese Kriterien hat die Behörde nicht berücksichtigt.

Die Behörde hat nicht nachvollziehbar dargetan, von welchen geschätzten Umsätzen sie ausgeht. Insbesondere ist im angefochtenen Bescheid nicht zu erkennen,

a) über welche Zeitspanne Umsätze getätigt wurden,
b) ob auch Schließzeiten des Lokals berücksichtigt wurden,
c) in welcher Höhe diese Umsätze in einzelnen Perioden d.h. pro Tag, pro Woche,

pro Monat waren,
d) ob zusammenhängende Perioden oder nur einzelne, nicht zusammenhängende Perioden geschätzt wurden,
e) ob diesen Umsätzen auch Gewinne des Glücksspielanbieters zuzuordnen sind,
f) welche Erfahrung in Schätzung der zuständige Sachbearbeiter hat,
g) welche Umstände, die für die Schätzung von Bedeutung sind, die Behörde berücksichtigt hat,
h) welche Schätzungsmethode die Behörde gewählt hat und warum ihr diese am geeignetsten erscheint,
i) warum die Partei zur Schätzung nicht beigezogen wurde.

Es wird daher das Verfahren durch eine gesetzeskonforme Schätzung zu ergänzen sein.

Die Behörde hat sich mit folgendem Vorbringen auseinanderzusetzen:
a) dass aufgrund häufiger Störungen das Spielgerät (Terminal) über weite Zeiträume nicht verwendet werden konnte,
b) dass der Spielbetrieb nur während der üblichen Öffnungszeiten, d.h. nicht rund um die Uhr, durchgeführt werden konnte,
c) es ist die Konkurrenzsituation zu beachten, die zu deutlichen Umsatzeinbüßen geführt hat,
d) den getätigten Umsätzen stehen höhere Gewinne der Spieler gegenüber, sodass zeitweise kein Gewinn verblieben ist,
e) die Umsätze sind mit einer hohen Steuerleistung belastet,
f) es fallen beträchtliche Wartungs- und Servicekosten der Spielgeräte an.

Die Auslegung des Gesetzes dahingehend, dass nur auf die getätigten Umsätze abgestellt wird, kann nicht richtig sein.

Beispiel: Drei Spieler spielen einen Tag lang. Sie setzen je EUR 2.000,--, sie gewinnen aber auch je EUR 2.000,--.

Einem fiktiven Umsatz von EUR 6.000,- steht aber ein endgültiges Spielergebnis von EUR 0,- gegenüber. Dies bedeutet, dass für das Kriterium der Geringfügigkeit der Umsatz allein nicht maßgeblich sein kann. Es wird weiters beantragt - dies im Rahmen des rechtlichen Gehörs - die Ergebnisse der Schätzung mitzuteilen und der Partei eine mindestens 14-tägige Frist zur Stellungnahme einzuräumen. Insbesondere sollte der Partei Gelegenheit gegeben werden zu prüfen, ob das Schätzungsergebnis einwandfrei abgeführt wurde, ob die zum Schätzungsergebnis führenden Gedankengänge schlüssig und folgerichtig sind und mit der Lebenserfahrung im Einklang stehen.

2.) Ausmaß der Abweichung von den gesetzlichen Merkmalen nach § 4 Abs. 2 GSpG.

Es mangelt dem angefochtenen Bescheid an Feststellungen ob im Sinne der obigen Gesetzesbestimmungen überhaupt Abweichungen vorliegen.

a) in welchem Ausmaß solche Abweichungen gegeben sind,
b) über welche Zeitspanne es zu solchen Abweichungen gekommen ist,
c) ob diesen Abweichungen eine vertretbare Rechtsansicht zu Grunde liegt.

Gemäß § 54 Abs. 1 sind Gegenstände, mit denen gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs.1 verstoßen wird, zur Verhinderung weiterer Verwaltungsübertretungen gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs. 1 einzuziehen, es sei denn der Verstoß war geringfügig. Wie sich klar aus dem Gesetzestext ergibt, muss gegen die Bestimmung des § 52 Abs. 1 verstoßen worden sein. Ein Verstoß gegen § 52 Abs. 1 liegt - abgesehen davon, dass überhaupt kein Gesetzesverstoß vorliegt - schon allein deshalb nicht vor, weil mit den in Rede stehenden Gegenstand lediglich um ein Eingabeterminal handelt, mit welchem Aufträge erteilt werden können. Dieses Terminal hat keine Software für Glücksspiele und ist auch mit keinem Glücksspielanbieter verbunden.

Im Einzelnen:

Die verfahrensgegenständlichen Eingabeterminals sind weder Glücksspielautomaten noch elektronische Lotterie. Auf diesen Geräten kann kein wie immer geartetes Glücksspiel stattfinden, diese Geräte stehen auch mit keinem Spielanbieter im Zusammenhang, d.h. es kann über die vorhandene Internetleitung kein Kontakt mit einem Glücksspielanbieter aufgenommen werden. Die angesprochenen Geräte sind reine Eingabe- und Auslesestationen, wobei eine selbsttätige Programmentscheidung nicht herbeigeführt wird. Die Entscheidung über Gewinn und Verlust wird nicht durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung durch den Apparat selbst zur Verfügung gestellt, sondern auf einem Geldspielapparat generiert und von der lokal verwendeten Software nur visualisiert. D.h. die in Diskussion geratenen Terminals ermöglichen lediglich an einem Spiel an anderer Stelle teilzunehmen. Bei den Terminals handelt es sich nicht um Glücksspielautomaten im Sinne des § 2 Abs. 2 und Abs. 3 GSpG. Die Terminals bieten weiters aufgrund des Fehlens eines über das elektronische Medium abgeschlossenen Spielvertrages keine elektronische Lotterie gemäß § 12 a GSpG an. Darüber hinaus fehlt die für die elektronischen Lotterien typische Vernetzung von verschiedenen Glücksspielapparaten. Dass es sich um ein Eingabeterminal und nicht um ein Glücksspielgerät handelt, wurde in zahlreichen Verfahren insbesondere des UVS Niederösterreich genau ermittelt, dies unter Beiziehung von Sachverständigen, wobei jeweils den Berufungen Folge gegeben und das Verfahren eingestellt wurde. Dies mit der Begründung, dass der Behauptung des Berufungswerbers, es handle sich um ein Eingabeterminal, nicht entgegen getreten werden könne.

Beweis: Beizuschaffende Akten: UVS Land Niederösterreich Senat MI-10-1006, Senat MI-10-1005 vom 17.6.2011, Senat GD-10-1004 vom 3.8.2011, Senat GD-10-1002 vom 3.8.2011, Senat ZT-11-006 vom 8.3.2012, Senat ZT-11-00005 vom 12.3.2012, Senat ZT 11-0005 vom 8.3.2012.

Faktum ist, dass das Eingabeterminal kein Glücksspielautomat ist, da das Gerät nicht betrieben werden kann, wenn es von der Internetleitung getrennt wird. Es ist daher die Datenübermittlung durch die Internetleitung von wesentlicher Bedeutung. Sollte jedoch auf Grund der Datenübermittlung über die Internetleitung die Behörde - rechtsunrichtig - zur Ansicht kommen, es handle sich um elektronische Lotterie, dann hat eine Einziehung nicht Platz zu greifen. Elektronische Lotterie ist nach § 52 Abs. 4 zu bestrafen. Es handelt sich diesbezüglich um eine Spezialnorm gegenüber den Bestimmungen nach § 52 Abs. 1 GSpG. Ein Verstoß nach § 52 Abs. 4 ist jedoch mit der Einziehung nicht bedroht. Darüber hinaus kann die Beschlagnahme nur ausgesprochen werden, wenn entweder ein fortgesetzter oder ein wiederholter Verstoß gegen eine Bestimmung des § 52 Abs. 1 GSpG

vorliegt. Es liegt weder ein wiederholter Verstoß noch ein fortgesetzter Verstoß vor. Die Behörde erster Instanz hat diesbezüglich offensichtlich keine Ermittlungen gepflogen. Auch aus der Bescheidbegründung ist keine Feststellung zu entnehmen, dass ein fortgesetzter oder wiederholter Verstoß gegeben ist. Es ermangelt daher dem angefochtenen Bescheid an der rechtlichen Voraussetzung für die Beschlagnahme.

Diesbezüglich sei auf folgendes jüngst ergangenes Erkenntnis des UVS OÖ verwiesen:

'Vergleicht man die Bestimmungen der Beschlagnahme nach dem OÖ Spielapparate- und Wettgesetz mit jenen nach dem GSpG, so ist augenfällig, dass eine Beschlagnahme nach dem GSpG nicht die bloße Begehung einer Straftat mit Gegenständen, mit deren Hilfe in das Glücksspielmonopol eingegriffen wurde, zur Voraussetzung hat, sondern es ist ein fortgesetzter oder wiederholter Verstoß gegen eine Bestimmung des § 52 Abs. 1 GSpG Voraussetzung. Für das Vorliegen des Verdachts eines fortgesetzten oder wiederholten Verstoßes gegen eine Bestimmung des § 52 Abs. 1 GSpG aber gibt es im vorliegenden Akt bzw. im von der belangten Behörde geführten Verfahren keine fundierten Feststellungen. Diese können durch den Unabhängigen Verwaltungssenat rückwirkend auch nicht ersetzt werden.' (UVS OÖ, 25.05.2009, VwSen-300863/2/BMa/Eg).

D.) Begehren:

Nachdem das VwG gemäß Art. 130 Abs. 4 1 Satz B-VG sowie § 50 VwGvG in der Sache selbst entscheiden muss und eine Zurückverweisung an die Behörde in Strafsachen nicht zulässig ist stellt der Beschwerdeführer nachstehende

ANTRÄGE:

Das Landesverwaltungsgericht des Landes Oberösterreich möge

1. den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufheben und das Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren einstellen; jedenfalls

2. eine mündliche Verhandlung anberaumen.“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 17. März 2017 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerden die bezughabenden Verwaltungsakten.

II. Sachverhalt:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die Verwaltungsakten, insbesondere in die in den Akten einliegende Dokumentation, eine den Parteien zur Kenntnis gebrachten Stellungnahme des BMF samt Glücksspielbericht 2010 - 2013 und

Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“, Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ samt Begleitschreiben des Finanzministeriums, Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29. März 2017 sowie Einsichtnahme in das Firmenbuch (Online-Auskunft).

In der mündlichen Verhandlung legte die Verhandlungsleiterin den Glücksspielbericht 2010 – 2013, den Evaluierungsbericht 2014 und die Stellungnahme des BMF betreffend „Ziel und Zweck des Glücksspielmonopols“ vor. Weiters teilte sie mit, dass am Vortag seitens des Rechtsvertreters der Bf ein Konvolut samt Beilagen übermittelt wurde. Alle diese Unterlagen sind den Parteien bekannt und gelten als verlesen.

Der Vertreter der Bf rügte unter Bezugnahme auf das Urteil des EGMR vom 20. September 2016 zur Rechtssache *K.*, 926/08, das Fernbleiben der belangten Behörde von der mündlichen Verhandlung und schloss daraus auf einen Verstoß gegen Artikel 6 EMRK. Zudem handle es sich bei den gegenständlichen Geräten um Geschicklichkeitsgeräte. Verwiesen wurde auf das Urteil des BG Wels vom 17.3.2015, Zl. 8 c 673/14 G, samt den verwerteten Gutachten M. und T. Zum Beweis dafür beantragte der Rechtsvertreter eine Probebespielung und die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Auf ein Gutachten eines Amtssachverständigen zurückzugreifen verstoße gegen Art. 6 EMRK, da hier der Verdacht der Inobjektivität vorliege. Bei den von Amts wegen beigezogenen Unterlagen werde grundsätzlich von 64.000 Glücksspielsüchtigen ausgegangen. Die Zahl sei in einer Telefonumfrage erhoben worden und entbehre jeglicher empirischer wissenschaftlicher Erhebungen. Darüber hinaus bezögen sich die Glücksspielberichte auf die Jahre 2010 – 2013 bzw. 2014, wobei die gegenständliche Kontrolle erst im November 2016 stattgefunden habe, weshalb vorgenannte Unterlagen nicht mehr herangezogen werden dürften. Der Vertreter der Bf sprach sich gegen eine Verwertung dieser Unterlagen aus und legte ein Gutachten von E.F. betreffend „Skill Games“ vom 15.6.2015 vor.

Die als Zeugin einvernommene M.H. sagte aus, dass sie das betriebsbereite und öffentlich zugänglich aufgestellte Walzenspielgerät FA-Nr. 1 probebespielt habe. Es sei ein Gewinn in Aussicht gestellt worden und ein Mindest- und Höchsteinsatz erhoben worden. Hinsichtlich des Gewinnplanes verwies die Zeugin auf die Fotodokumentation. Der Spielablauf habe auch durch Drücken aller Tasten nicht beeinflusst werden können. Durch Drücken des Touchscreens könne nur der Einsatz, die spielauslösende Taste und ein Super-, Zusatz- oder Hotspiel gewählt werden. Nach Beginn des Walzenlaufes sei keine Beeinflussung möglich. Betreffend der Beeinflussbarkeit des „Skill Games“ sagte die Zeugin aus, dass es – wie beim gegenständlichen Gerät – auf den Modus ankomme, in dem gespielt werde. Beim „Automatikmodus“ würden immer wieder die „großen Walzen“ zum

Umlauf gebracht. Wenn man andererseits immer wieder (händisch) auf die spielauslösende Taste drücke und diese Taste gedrückt bleibe, könne beim „kleinen Walzenumlauf“ das „A“ wahrgenommen und das Hauptspiel ausgelöst werden. Eine Beeinflussung der Zahlenkombination des „kleinen Walzenumlaufes“ sei aufgrund der Schnelligkeit der Umdrehungen nicht möglich.

Der Zeuge C.W. sagte aus, dass er das betriebsbereite und öffentlich zugängliche Walzenspielgerät FA-Nr. 2 testgespielt habe. Es sei ein Gewinn in Aussicht gestellt worden und ein Mindest- bzw. Höchsteinsatz zu leisten gewesen. Es habe sich um ein „Skill Game“-Gerät gehandelt, bei dem drei kleine Walzen vorgeschaltet seien. Im Rahmen dieses „kleinen Walzenlaufes“ habe man die Starttaste einmal drücken bzw. gedrückt-gehalten betätigen können. Bei Erscheinen des „A“ beim „kleinen Walzenlauf“ sei der Walzenlauf des „großen Spieles“ ausgelöst worden. Eine Beeinflussung des „kleinen Walzenlaufes“ sei nicht möglich gewesen. Die Beeinflussung des „großen Walzenlaufes“ sei von ihm durch Drücken sämtlicher Tasten vergeblich versucht worden.

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 5. November 2016 im Lokal „B.“ in B., X, wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte betriebsbereit vorgefunden. Die ErstBf ist Eigentümerin und dir ZweitBf als Lokalbetreiber Inhaber der Geräte, welche jedenfalls vom Oktober 2016 bis zum Tag der Beschlagnahme aufgestellt waren. Keiner der Bf war im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für diese Geräte.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

| *FA-Nr* | *Spiel* | *mögliche Einsätze* | *in Aussicht gestellte Gewinne* |
|---|---|---|---|
| 1 | Ring of Fire XL | 0,10 – 15 Euro | 180 – 27.000 Euro |
| 2 | Ring of Fire XL | 0,10 – 25 Euro | 180 – 45.000 Euro |

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

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

Der monatliche Geldeinsatz für Glücksspiele hat im Zeitraum von 2009 auf 2015 leicht zugenommen und zwar wurden von den Glücksspielenden 2015 im Durchschnitt etwa 57 € 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 Casinos von ca. 13,5% im

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

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

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

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

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

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

Die ErstBf ist eine s. s.r.o., sohin eine der österreichischen GmbH entsprechende Gesellschaft mit Zweigniederlassung in G. Sie verfügt über ein Stammkapital von umgerechnet 6.639 Euro und über keinen Aufsichtsrat. Der ZweitBf ist Einzelunternehmer in Österreich und betreibt das gegenständliche Lokal in B.

II.3. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere dem schlüssigen und nachvollziehbaren Aktenvermerk der Finanzpolizei, der Dokumentation der Probespiele, den deutlichen Fotos im Akt und den Aussagen des ZweitBf in der Niederschrift vom 5. November 2016. Sie gründen zudem auf den glaubwürdigen Aussagen der Zeugen M.H. und C.W. (Finanzpolizei) in der mündlichen Verhandlung. Auf den Fotos lassen sich die Einsätze und die möglichen Gewinne erkennen.

Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt, es sind aus Sicht des

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

III. Das Landesverwaltungsgericht Oö. hat erwogen:

III.1. Rechtliche Grundlagen

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

Gemäß § 53 Abs. 1 Z 1 lit a) Glücksspielgesetz (GSpG, BGBl 620/1989, zuletzt geändert durch BGBl I 13/2014) kann die Behörde die Beschlagnahme von Glücksspielautomaten, sonstigen Eingriffsgegenständen und technischen Hilfsmitteln anordnen, und zwar sowohl wenn der Verfall als auch wenn die Einziehung vorgesehen ist, wenn der Verdacht besteht, dass mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wird.

Gemäß § 54 Abs. 1 GSpG sind Gegenstände, mit denen gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 leg.cit. verstoßen wird, zur Verhinderung weiterer Verwaltungsübertretungen nach den Bestimmungen des § 52 Abs. 1 leg.cit. einzuziehen, es sei denn, der Verstoß war geringfügig.

Gemäß § 52 Abs. 4 letzter Satz GSpG unterliegen Gegenstände, mit deren Hilfe eine verbotene Ausspielung iSd § 2 Abs. 4 GSpG durchgeführt oder auf andere Weise in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, sofern sie nicht gemäß § 54 leg.cit. einzuziehen sind, dem Verfall.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe zu bestrafen, "wer zur Teilnahme vom Inland aus

verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt".

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

Gemäß § 2 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele,

1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und

2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und

3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

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

III.2. Eine Beschlagnahme nach § 53 Abs. 1 GSpG setzt lediglich den Verdacht des Verstoßes mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG voraus (vgl. VwGH 26.1.2009, 2005/17/0223, mit Hinweis auf VwGH 24.4.2007, 2004/05/0268). Eine abschließende, einer juristischen "Feinprüfung" standhaltende Qualifikation eines Spieles als Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel ist im Beschlagnahmebescheid hingegen noch nicht erforderlich (vgl. VwGH 23. 2 2012, 2012/17/0033).(VwGH 15.1.2014, 2012/17/0587)

Anders als in einem allfälligen Strafverfahren, bei dem naturgemäß ein umfassendes, verdichtetes Ermittlungsverfahren zu einem abschließenden und unzweifelhaften Ermittlungsergebnis führen muss, erschöpft sich die Ermittlungspflicht im Rahmen eines Beschlagnahmeverfahrens nach § 53 Abs. 1 GSpG im Nachweis des *Verdachts* eines GSpG-Verstoßes.

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den gegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte. Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen

i.S.d. GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und die Bf von diesem auch nicht ausgenommen waren. Es besteht daher der Verdacht eines fortgesetzten Verstoßes gegen das GSpG.

Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B VwGH 27.1.2012, 2011/17/0246) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da dieser Umstand und auch die Funktionalität des „Skill Games“ sohin feststehen, kann eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens oder eine neuerliche Probebespielung unterbleiben.

Die Geräte waren jedenfalls vom Oktober 2016 bis zum Tag der Beschlagnahme betriebsbereit aufgestellt, weshalb der Verdacht eines fortgesetzten Verstoßes gegen das GSpG besteht. Die Spieler im Lokal „B.“ in B., X, 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. Allfällige Gewinne wären ebenfalls vor Ort ausgezahlt worden. Sämtlichen diesbezüglichen Beweisanträgen war daher nicht nachzukommen und auf das diesbezügliche rechtliche Vorbringen nicht weiter einzugehen. Es reicht, dazu auf die Entscheidung des VwGH 29.4.2014, Ra 2014/17/0002 (mit zahlreichen weiteren Judikaturhinweisen) zu verweisen.

§ 52 Abs. 4 GSpG sieht für derartige Eingriffsgegenstände den Verfall, § 54 Abs. 1 GSpG die Einziehung vor, weshalb die Voraussetzungen für die Beschlagnahme gegeben sind. Schon aufgrund der festgestellten Einsatzhöhen und der Funktionsweise der Geräte (kurze Spieldauer, da ein Walzenlauf nur etwa eine Sekunde dauert, wobei auch nicht ausgeschlossen ist, dass Spieler mehrere Einzelspiele hintereinander spielen) kann nicht von einer Geringfügigkeit ausgegangen werden (vgl. alleine hinsichtl. der Geringfügigkeit von Einsätzen VwGH, 28.05.2013, 2012/17/0195).

III.3. Zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Subsidiarität des § 168 StGB:

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. Der Verfassungsgerichtshof hat darüber hinaus in seiner Entscheidung vom 10.3.2015, E 1139-1140/2014, ausgeführt, „*dass § 1 Abs. 2 VStG den Anforderungen des Art. 7 EMRK entsprechend einen umfassenden Günstigkeitsvergleich mehrerer in Betracht kommender Rechtslagen ermöglicht.*

*(...) Für den Verfassungsgerichtshof besteht (...) kein Zweifel, dass die Anwendung der Verwaltungsstrafbestimmung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, welche im Gegensatz zur gerichtlichen Strafnorm des § 168 StGB keine Primärfreiheitsstrafe vorsieht, für den Beschwerdeführer in seiner Gesamtauswirkung günstiger ist.*“ Ob aufgrund des Umfanges der möglichen Spiele, des möglichen Spieleinsatzes oder aus anderen Gründen eventuell auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht wurde, braucht nicht weiter beurteilt zu werden, weil auch in diesem Fall iSd zitierten Judikatur gemäß § 52 Abs. 3 GSpG jedenfalls die verwaltungsbehördliche Strafbarkeit vorgeht. Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, G 203/2014-16 ua, ferner festgestellt, dass die Regelungen des GSpG zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind, sodass die diesbezüglichen Einwände der Bf nicht stichhaltig sind.

III.4. Zur geltend gemachten Gemeinschaftsrechtswidrigkeit:

III.4.1. Nach der Rsp des EuGH kann ein Glücksspielmonopol geeignet sein, einerseits die Niederlassungsfreiheit, andererseits die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken (EuGH Rechtssache *Gambelli,* C-243/01; Rechtssache *Pfleger* ua, C-390/12).

III.4.2.1. Die ErstBf ist eine juristische Person mit Sitz in der S. und Zweigniederlassung in G.

III.4.2.2. Hinsichtlich einer behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen GSpG ist zunächst festzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung der Höchstgerichte die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten Sachverhalte mit Auslandsbezug voraussetzt (vgl etwa VwGH 27.4.2012, 2011/17/0046). Es ist auch nach der Judikatur des OGH (siehe etwa OGH 21.10.2014, 4 Ob 145/14y) ein Inländer nicht unmittelbar durch die Dienstleistungsfreiheit geschützt. Auch die Entscheidung OGH 4 Ob 244/14g geht davon aus, dass „*die Unvereinbarkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes mit der primärrechtlichen Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit in rein nationalen Fällen nicht zur Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen*“ führt. Im gegenständlichen Fall ist der ZweitBf ein österreichischer Einzelunternehmer, welcher in Österreich das gegenständliche Lokal betreibt. Auch sonst ist im Verfahren kein Auslandsbezug des ZweitBf hervorgekommen und es wurde diesbezüglich auch kein (substantiiertes) Vorbringen erstattet, sodass eine (unmittelbare) Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten nicht in Betracht kommt.

III.4.2.3. Hinzu kommt, dass der durch das österreichische GSpG geschaffene gesetzliche Rahmen nach Ansicht des erkennenden Landesverwaltungsgerichtes nicht unionsrechtswidrig ist, was auch im Einklang mit der ständigen

höchstgerichtlichen Rechtsprechung steht (vgl jüngst VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist zwar entsprechend den Vorgaben des EuGH nicht nur der normative Rahmen von Bedeutung, sondern es ist die unionsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopol auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig, sodass zu prüfen wäre, ob die Regelungen des Glücksspielgesetzes in ihrer Gesamtheit dazu führen, dass die vom GSpG bezweckten Wirkungen (etwa Verringerung der Gelegenheit zum Spiel und Bekämpfung der damit verbundenen Kriminalität) erzielt werden (so etwa VwGH Ro 24.04.2015, 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w). Wenn aber die gesetzlichen Bestimmungen als solche selbst grundsätzlich mit dem Unionsrecht vereinbar sind, so wären allfällige tatsächlich fehlende Wirkungen dieser Regelungen, die allenfalls zur Unionsrechtswidrigkeit führen könnten, auf die Vollziehung der gesetzlichen Bestimmungen (zB mangelnde Aufsicht) oder das sonstige Agieren des Staates (zB inkohärente Spielerschutzpolitik) zurückzuführen. Eine allfällige dem Anliegen des Spielerschutzes nicht gerecht werdende Beschränkung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten wäre dann aber nicht Folge der gesetzlichen Bestimmungen als solchen (vgl OGH 17.02.2015, 4 Ob 229/14a), sondern es würde dies durch das sonstige Agieren des Staates, insbesondere bei Vollziehung der Regelungen des GSpG, verursacht. In einem solchen Fall wäre aber die Konsequenz wohl nicht die Aufhebung des an sich unionsrechtskonformen Gesetzes durch den VfGH wegen Inländerdiskriminierung, vielmehr wäre es Aufgabe der Vollziehung einen dem Gesetz (unter Beachtung der sich aus dem Unionsrecht ergebenden Vorgaben) entsprechenden Zustand herzustellen. In diesem Sinne wird auch sonst vertreten, dass Gesetze verfassungskonform auszulegen und zu vollziehen sind und es führt eine nicht verfassungskonforme Auslegung durch die Behörden nicht zur Aufhebung des Gesetzes (vgl etwa VfGH 11.12.2012, V8/12 ua). Eine allfällige durch das faktische Agieren des Staates geschaffene Inländerdiskriminierung verhilft dem ZweitBf im Übrigen auch sonst nicht zum Erfolg: Es kann grundsätzlich die Rechtmäßigkeit des Verhaltens einer Behörde (im gegenständlichen Fall etwa nach dem GSpG) nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass staatliche Stellen in anderen Fällen (andere Personen betreffend) sich rechtswidrig verhalten. Dem ZweitBf erwächst durch eine allfällige zur Unionsrechtswidrigkeit führende Verwaltungspraxis bzw staatliches Agieren kein Rechtsanspruch darauf, dass sein dem GSpG widersprechendes Verhalten nicht geahndet wird, denn dieses Ergebnis wäre ein Anspruch auf die Nichtanwendung des Gesetzes trotz gegebener Tatbestandsmäßigkeit (vgl etwa VfGH 30.09.1991, B 1361/90). Dass keine Inländerdiskriminierung vorliegt, hat der Verfassungsgerichtshof im Übrigen jüngst festgehalten (vgl VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

Im Ergebnis führen aber die obigen Ausführungen dazu, dass weder die Anfechtung von Regelungen des GSpG (diese bewirken als solche keine

Inländerdiskriminierung), noch die Nichtanwendbarkeit dieses Gesetzes bei reinen Inlandssachverhalten (keine Gleichheit bei einem allfälligen durch die Vollziehung bewirkten Unrecht) in Betracht kommen.

III.5. Im Übrigen ist zur behaupteten Unionsrechtwidrigkeit noch Folgendes festzuhalten:

III.5.1. Gemäß Art. 52 iVm 62 AEUV können mitgliedstaatliche Eingriffe in die Freiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Auch Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH (vgl. etwa Rechtssache *Pfleger* ua, C-390/12 mwN) durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben der vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen Rechnung zu tragen. Sowohl Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit als auch Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinn zu gewährleisten, dass sie kohärent, systematisch und verhältnismäßig sind (vgl. EuGH Rechtssache *Gambelli*, C-243/01; siehe weiters EuGH Rechtssache *Dickinger und Ömer*, C-347/09; EuGH Rechtssache *Pfleger*, C-390/12; VwGH 29.05.2015, Ro 2014/17/0049; VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121).

III.5.2. Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, und es sind (Stand 2015) zwischen ca. 27.600 bis ca. 46.000 Personen spielsüchtig. Die Spielsucht stellt daher in Österreich ein relevantes Problem dar. Durch das im GSpG geregelte Glücksspielmonopol sollen unter anderem die Gelegenheiten zum Spiel vermindert, die Ausnutzung der Spielleidenschaft begrenzt und der Spielerschutz gewährleistet werden (vgl. in diesem Zusammenhang etwa die §§ 5, 14, 16, 19, 21, 22, 25, 26, 31 und 56; so ausdrücklich auch die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Novelle BGBl I Nr. 73/2010; in diesem Sinne auch bereits die Rsp der österreichischen Höchstgerichte siehe etwa VfGH 06.12.2012, B1337/11 ua; VfGH 12.3.2015, G 205/2014-15 ua; VwGH 7.03.2013, 2011/17/0304, VwGH 4.11.2009, 2009/17/0147; OGH 20.3.2013, 6 Ob 118/12i; 17.02.2015, 4 Ob 229/14a: Aus den gesetzlichen Bestimmungen als solchen sei nicht abzuleiten, dass die Ausgestaltung des Glücksspielrechts nicht dem Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung diente). Diese Zielsetzungen vermögen daher eine Beschränkung der Glücksspieltätigkeiten im Sinne der Rsp des EuGH zu rechtfertigen. Auch der Verfassungsgerichtshof hielt jüngst fest, dass der österreichische Rechtsrahmen im Hinblick auf die Regulierung des Glücksspielsektors den in der Rechtsprechung des EuGH festgelegten Anforderungen entspricht (VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

III.5.3. Es ist daher zu prüfen, ob die im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit in ihren Wirkungen tatsächlich geeignet sind, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Hinsichtlich der Eignung der im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit zur Erreichung der genannten Ziele in kohärenter und systematischer Weise ist nicht nur zu prüfen, welche gesetzlichen Vorgaben geregelt sind, sondern auch wie diese ungesetzt werden.

III.5.3.1. Das GSpG regelt einerseits die Anforderungen an die Erteilung einer Konzession oder Bewilligung zur Durchführung von Ausspielungen sowie deren Einhaltungsvoraussetzungen, andererseits stellt es Ausspielungen, die ohne Konzession oder Bewilligung durchgeführt werden, unter Strafe und ordnet dazu konkrete Verfolgungsmaßnahmen an. Somit geht aus dem GSpG klar hervor, dass nur jene Glücksspielbetreiber legal Glücksspiele in Form von Ausspielungen anbieten können, die einerseits Inhaber einer Konzession oder Bewilligung sind und andererseits die damit verbundenen Anforderungen fortlaufend erfüllen. Es liegt auf der Hand, dass eine beschränkte Zahl von Konzessionären effektiver zu überwachen ist als eine unbeschränkte Anzahl an Anbietern (vgl auch VfGH 6.12.2012, B 1337/11) und somit das im GSpG normierte Konzessions- und Bewilligungssystem dem Spielerschutz dienlich ist.

III.5.3.2. Durch die zur Vollziehung berufenen Behörden erfolgt auch einerseits die Kontrolle der Einhaltung der Anforderungen an die Konzessionäre und andererseits die tatsächliche Verfolgung und Ahndung von illegalem Glücksspiel.

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

Beim BMF wurde mit 1.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.
Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich ferner, dass durch die GSpG-Novellen 2008/2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden ist. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

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

III.5.4. Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist die unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (so etwa jüngst VwGH

Ro 24.04.2015, 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w, VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

III.5.4.1. Als Folge der gesetzlichen und behördlichen Vorgaben werden durch die konzessionierten Betreiber Maßnahmen zum Spielerschutz tatsächlich umgesetzt. So ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt etwa, dass im Bereich der Spielbanken gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2013 in Summe nahezu 7.000 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870 eingeholt wurden und ferner bei Auskunfteien online-„Sofort-Checks“ erfolgten. Auch wurden im Jahr 2013 über 621.000 Spielbankbesucher den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich zudem, dass zum 31.12.2013 in österreichischen Spielbanken bei 22.435 Spielbankbesuchern aufrechte, gültige Einschränkungen der Besuchsmöglichkeiten und 4.381 aktive Selbstsperren bestanden. In den VLT-Outlets wurde bei begründetem Anlass in über 11.000 Fällen zur Alterskontrolle anhand eines Lichtbildausweises aufgefordert, wovon in mehr als 1.300 Fällen der Zutritt verwehrt wurde.

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

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

III.5.4.2. Zum Vorbringen betreffend die Werbetätigkeit ist Folgendes auszuführen: Aus der Rsp des EuGH ergibt sich, dass Werbung für Glücksspiel nicht generell dem Unionsrecht widerspricht, aber die Werbetätigkeit maßvoll und eng darauf begrenzt werden muss, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken (vgl dazu etwa Rechtssachen *Dickinger/Ömer*, C-347/09; *Placanica*, C-338/04*; HIT hoteli u.a.,* C-176/11).

Gemäß § 56 Abs. 1 GSpG haben die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber bei ihren Werbeauftritten einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren, wobei die Einhaltung im Aufsichtswege überwacht wird. Bei Beurteilung der Werbetätigkeit kommt es nicht auf eine einzelne Werbung an, sondern es ist vielmehr die Gesamtheit der Werbemaßnahmen der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber heranzuziehen (vgl. auch OGH 27.11.2013, 2 Ob 243/12t).

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

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

III.5.5. Zusammenfassend ergibt sich daher für das erkennende Landesverwaltungsgericht, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände eine Unionsrechtswidrigkeit durch die österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten nicht vorliegt. Die von der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom EuGH anerkannten Gründe des Allgemeininteresses und sind geeignet, diese in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Die Beschränkungen erscheinen auch nicht unverhältnismäßig. Diese Beurteilung entspricht auch der

aktuellen Rechtsprechung des VwGH zu diesem Thema (Ro 2015/17/0022-7 vom 16. März 2016). Ebenso konnte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016 (E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19) keine Unionsrechts-widrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen erkennen.

III.5.6. Davon abgesehen ist zum Beschwerdevorbringen, wonach das österreichische GSpG dem Unionsrecht widerspreche, noch Folgendes festzuhalten: Der für die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten erforderliche Auslandsbezug (vgl. hierzu etwa VwGH 27.04.2012, 2011/17/0046) ergibt sich gegenständlich daraus, dass die ErstBf eine juristische Person mit Sitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union ist. In seinem Erkenntnis vom 11. Juni 2011, 2011/17/0068, führte der Verwaltungsgerichtshof Folgendes aus: „Aus der jüngeren Rechtsprechung des EuGH ist jedoch nicht abzuleiten, dass die Mitgliedstaaten bei Verfolgung der vom EuGH für die Rechtfertigung der Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit anerkannten Zielsetzungen nicht Vorschriften wie etwa das Erfordernis einer bestimmten Rechtsform und Kapitalausstattung vorsehen könnten. [...] Eine Verpflichtung zur Nichtanwendung nationaler Rechtsvorschriften besteht nach der Rechtsprechung des EuGH (nur) für solche Rechtsvorschriften, die im Widerspruch zu Unionsrecht stehen. Der Umstand, dass bestimmte Konzessionsvoraussetzungen nicht von der vom EuGH konstatierten Unionsrechtswidrigkeit betroffen sind, führt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht etwa dazu, dass sich jedermann erfolgreich auf die Nichtanwendung der unionsrechtswidrigen Bestimmungen berufen könnte. Die belangte Behörde hat vielmehr zutreffend ihre Rechtsauffassung, dass auch aus der jüngeren Judikatur des EuGH nicht folge, dass die angewendeten Bestimmungen des Glücksspielgesetzes den beschwerdeführenden Parteien gegenüber unangewendet zu bleiben hätten, darauf gestützt, dass sowohl die Erstbeschwerdeführerin als auch die Zweitbeschwerdeführerin nicht in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft organisiert sind. Die von den beschwerdeführenden Parteien behauptete unionsrechtswidrige Nichtzulassung im Verfahren zur Vergabe der Konzessionen beruhte jedenfalls nicht allein auf den als gemeinschaftsrechtswidrig erkannten Bestimmungen der österreichischen Rechtslage bzw. der Vorgangsweise der Behörden bei der Konzessionsvergabe. Die vom EuGH in dem von den beschwerdeführenden Parteien genannten Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, Markus Stoß u.a., Rn 115, genannte Rechtsfolge, dass ein Mitgliedstaat nach ständiger Rechtsprechung keine strafrechtlichen Sanktionen wegen einer nicht erfüllten Verwaltungsformalität verhängen dürfe, wenn er die Erfüllung dieser Formalität unter Verstoß gegen das Unionsrecht abgelehnt oder vereitelt habe, greift im vorliegenden Fall somit nicht. Im Falle einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung liegt die Voraussetzung, dass die juristische Person ‚unter Verstoß gegen das Unionsrecht' davon abgehalten worden wäre, eine Konzession zu erlangen, nicht vor.“ Die ErstBf ist eine s. s.r.o., die nach der Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofs mit der österreichischen GmbH vergleichbar ist (VwGH 21.12.2012, 2012/17/0417), mit Zweigniederlassung in G. Im gegenständlichen Verfahren ist aber nicht hervorgekommen, dass diese Gesellschaft über jenes Stamm- oder Grundkapital verfügen würde, welches gemäß § 21 Abs. 2 Z 3 GSpG als zwingendes Erfordernis für die Erteilung einer Konzession nach dem GSpG Voraussetzung ist. Auch im vorliegenden Fall hat die Gesellschaft ähnlich der Entscheidung des Verwaltungsgerichthofes vom 21.12.2012, 2012/17/0417, „gar nicht behauptet [...], über ein ausreichendes Grund- bzw. Stammkapital bzw. über einen Aufsichtsrat zu verfügen“, sodass auch gegenständlich entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichthofes davon auszugehen ist, dass sie schon deswegen keine Konzession nach § 21 GSpG erlangen konnte, weil sie grundsätzlich zulässige Rechtsform- und Kapitalerfordernisse nicht erfüllt und die Gesellschaft daher nicht unter Verstoß gegen das Unionsrecht davon abgehalten werden konnte, eine Konzession zu erlangen. Die von der ErstBf behauptete Unanwendbarkeit des GSpG wegen Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols ist daher auch insoweit unzutreffend.

III.6. Zu den offenen Beweisanträgen betreffend die Frage der Unionsrechtskonformität ist Folgendes auszuführen:

Die ErstBf 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 ErstBf 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 Oö. 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.

III.7. Zum geltend gemachten Verbotsirrtum:

Wie oben dargestellt wird, besteht eine eindeutige Judikatur des VwGH dahingehend, dass die österreichischen Regeln des GSpG anwendbar und nicht vom Gemeinschaftsrecht überlagert sind. Die vereinzelt gebliebene Judikatur des LVwG Oö. (insb. LVwG-410286) wurde vom VwGH nicht bestätigt (Ro2014/17/0121-5).
Die Bf berufen sich im Ergebnis auf einen Verbotsirrtum.
Entschuldigend wirken dabei nach stRspr nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rsp zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbst erteilte Auskünfte über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) bzw. eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung“ (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Entschuldigend wirkt hiebei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 4.10.2012, 2012/09/0134, 18.9.2008, 2008/09/0187), anderer fachkompetenter Institutionen, zB der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (zB VwGH 16.11.1993, 93/07/0022, 0023), der Gebietskrankenkasse (VwSlg 14.020 A/1994) oder auch des Kuratoriums für Verkehrssicherheit (VwSlg 13.257 A/1990) bzw in sehr eingeschränktem Ausmaß die Rechtsauskunft berufsmäßiger Parteienvertreter (zB von Rechtsanwälten). Diese muss sich jedenfalls an der maßgeblichen Rsp der Höchstgerichte und gegebenenfalls an der Rechtsmeinung der zuständigen Behörde (VwSlg 11.744 A/1985) orientieren. Das Vertrauen auf die (falsche) Rechtsauskunft ist dem Auskunftssuchenden insbesondere dann vorwerfbar, wenn dem Beschuldigten das Spannungsverhältnis zur gegenteiligen Behördenauffassung bekannt ist oder sich unmittelbar aus dem Inhalt der Auskunft auch für den Nicht-Fachmann ersichtliche Zweifel ergeben (VwGH 22.2.2006, 2005/17/0195); (vgl. *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni,* VStG § 5 Rz 21 (Stand 1.7.2013, rdb.at).

Die Bf berufen sich lediglich auf die vereinzelt gebliebene Judikatur des LVwG Oö. Demgegenüber steht eine ständige, den Bf aus etlichen anderen Verwaltungsstrafverfahren bekannte Praxis der zuständigen Verwaltungsbehörden und insbesondere die einhellige, weiter oben dargestellte Judikatur des VwGH. Sie konnten sich demnach nicht erfolgreich auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum berufen, sondern unterliegen bestenfalls einem Rechtsirrtum, der ihnen allerdings vorwerfbar ist.

III.8. Der Argumentation der Bf, es liege im Sinne der Rechtssache *K.* (EGMR vom 20.09.2016, 926/08) auf Grund der beigeschafften Unterlagen zu den Auswirkungen des Glücksspiels eine „Anscheinsbefangenheit“ des erkennenden Gerichts vor, kann nicht gefolgt werden. So hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgestellt, dass im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 38 VwGVG iVm. § 25 VStG der Amtswegigkeitsgrundsatz und der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit gelten. Betreffend die Ermittlung des Sachverhalts bedeutet dies, dass die Verwaltungsgerichte verpflichtet sind, von Amts wegen die entscheidungserheblichen Tatsachen zu erforschen und deren Wahrheit festzustellen. In diesem Sinne sind alle sich bietenden Erkenntnisquellen sorgfältig auszuschöpfen und insbesondere diejenigen Beweise zu erheben, die sich nach den Umständen des jeweiligen Falles anbieten oder als sachdienlich erweisen können.

Bezüglich eines möglichen Verstoßes gegen Artikel 6 EMRK wegen dem Fernbleiben der belangten Behörde von der mündlichen Verhandlung ist festzuhalten, dass in dem Urteil des EGMR zur Rechtssache *K.* vom 20.09.2016, 926/08, unter anderem auch auf das früher ergangene Urteil des EGMR vom 4. Juli 2002, 38544/97, Weh und Weh gegen Österreich, verwiesen wird. Demnach erfüllt das österreichische System die Garantien des Artikel 6 EMRK, weil der Beschuldigte vor einem Strafausspruch über sämtliche erhobenen Beweise zu informieren ist und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden muss. Auf Grund des vorliegenden Verfahrensaktes der belangten Behörde war dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Rechtsposition der Behörde sowie deren Erwägungsgründe für die Erlassung des angefochtenen Bescheides auch ohne deren Teilnahme bei der mündlichen Verhandlung bekannt. Das Fehlen der belangten Behörde bei der öffentlichen mündlichen Verhandlung stellte somit keinesfalls eine Verletzung des Artikel 6 EMRK dar.

III.9. Dem Antrag auf Aussetzung bzw. Unterbrechung des Verfahrens wegen eines anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH war nicht stattzugeben. Ansuchen anderer Gerichte um Vorabentscheidung des EuGH entfalten keine Bindungswirkung.

III.10. Aus den oben dargestellten Gründen, waren die Beschwerden abzuweisen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung weicht nicht von der Rsp des VwGH zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH

vorgegebenen Kriterien vorgenommen. 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 08.01.2015, Ra 2014/08/0064).

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

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