OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

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

Geschäftszeichen:
LVwG-411801/9/FP/Hue

Datum:
Linz, 31. August 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von M.M., X, P., vertreten durch Dr. F.M., Rechtsanwalt in X, W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 31. Jänner 2017, Zl. Pol96-138-2016, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 1. Juni 2017,

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird im Punkt der Strafe Folge gegeben und die Strafen auf 4.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafen jew. 25 Stunden) pro Gerät (insgesamt 24.000 Euro) herabgesetzt. Im Übrigen (Punkt der Schuld) wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Die Kosten des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens reduzieren sich auf 2.400 Euro.

III. Der Antrag auf Aussetzung (Unterbrechung) des Verfahrens wird als unzulässig zurückgewiesen.

IV. 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 Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 31. Jänner 2017, Zl. Pol96-138-2016, wurden über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) sechs Geldstrafen von jeweils 6.000 Euro und sechs Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 35 Stunden verhängt, weil sich das Unternehmen, dessen Geschäftsführer sie ist, in der Zeit vom 5. bis 6. Juli 2016 im Lokal „B.“ bei der X-Tankstelle in P., X, an Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, unter Verwendung von sechs Glücksspielgeräten unternehmerisch beteiligt hat.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben als das gemäß § 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ (handelsrechtlicher Geschäftsführer) der Firma A. Handels-GmbH, mit dem Sitz in X, W., nachfolgendes zu verantworten:

Tatort:
Bei einer Glücksspielkontrolle des Finanzamtes Grieskirchen Wels am 06.07.2016 ab 09:50 Uhr im Lokal ‚B.‘ bei der X-Tankstelle in P., X, wurden folgende Glücksspielgeräte betriebsbereit vorgefunden:

FA-Geräte Nummer	Gerätebezeichnung	Seriennummer	Versiegelungs-plakettennummer
1	K. Skill Games	x	A077901-A077904
2	Auftragsterminal Skill Games	x	A077905-A077908
3	Nicht vorhanden	x	A077909-A077912
4	Nicht vorhanden	x	A077913-A077916
5	Skill Games	x	A077917-A077920
6	K.	x	A077921-A077926

Tatzeit:
Von 05.07.2016 bis zur Beschlagnahme am 06.07.2016 um 10:45 Uhr.

Mit den Geräten wurden virtuelle Walzenspiele angeboten, bei denen für einen Mindesteinsatz von 0,10 Euro und einen Höchsteinsatz von 10,00 Euro ein Gewinn in Höhe von bis zu 18.000,00 Euro in Aussicht gestellt wurde. Das Spielergebnis hing überwiegend vom Zufall ab.

Die Firma P. GmbH, X, G., hat die genannten Glücksspielgeräte, die sich in ihrem Eigentum befinden, dem Veranstalter gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, um damit fortgesetzt Einnahmen aus der Veranstaltung von verbotenen Ausspielungen zu erzielen.

Damit hat sich diese Firma an verbotenen Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus unternehmerisch beteiligt.

Die Verwaltungsübertretung haben Sie als das zur Vertretung nach außen berufene Organ dieser Firma (handelsrechtliche Geschäftsführerin) gemäß § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild iVm § 2 Abs 4 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, zuletzt geändert mit BGBl. I Nr. 105/2014 in Verbindung mit § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG).“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

In der Begründung wurde von der belangten Behörde Folgendes dargelegt:
„Bei einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz durch Organe des Finanzamtes Grieskirchen Wels am 06.07.2016 ab 09:50 Uhr im Lokal ‚B.‘ bei der X-Tankstelle in P., X, wurde festgestellt, dass im öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals die im Spruch genannten elektronischen Glücksspielgeräte betriebsbereit aufgestellt war.
Die Kontrollorgane versahen die im Spruch bezeichneten Geräte mit einer Finanzamt-Gerätenummer (FA-Nr), stellten über den Banknoteneinzug der Geräte ein Guthaben her und führten Probespiele durch.
Im Einzelnen wurde festgestellt:

- am Gerät mit der FA-Nr. 1 wurde das virtuelle Walzenspiel ‚Ring of Fire XL‘, mit einem Mindesteinsatz von 0,10 Euro und einem dabei in Aussicht gestellten Gewinn von 180,00 Euro und einem Maximaleinsatz von 10,00 Euro und einem dabei in Aussicht gestellten Gewinn von 18.000,00 Euro gespielt; das Gerät verfügte über einen Banknoteneinzug.
- am Gerät mit der FA-Nr. 2 wurde das virtuelle Walzenspiel ‚Ring of Fire XL‘, mit einem Mindesteinsatz von 0,10 Euro und einem dabei in Aussicht gestellten Gewinn von 180,00 Euro und einem Maximaleinsatz von 10,00 Euro und einem dabei in Aussicht gestellten Gewinn von 18.000,00 Euro gespielt; das Gerät verfügte über einen Banknoteneinzug.
- am Gerät mit der FA-Nr. 3 wurde das virtuelle Walzenspiel ‚Ring of Fire XL‘, mit einem Mindesteinsatz von 0,10 Euro und einem dabei in Aussicht gestellten Gewinn von 180,00 Euro und einem Maximaleinsatz von 10,00 Euro und einem dabei in Aussicht gestellten Gewinn von 18.000,00 Euro gespielt; das Gerät verfügte über einen Banknoteneinzug.
- am Gerät mit der FA-Nr. 4 wurde das virtuelle Walzenspiel ‚Ring of Fire XL‘, mit einem Mindesteinsatz von 0,10 Euro und einem dabei in Aussicht gestellten Gewinn von 180,00 Euro und einem Maximaleinsatz von 9,50 Euro und einem dabei in Aussicht gestellten Gewinn von 17.100,00 Euro gespielt; das Gerät verfügte über einen Banknoteneinzug.
- am Gerät mit der FA-Nr. 5 wurde das virtuelle Walzenspiel ‚Ring of Fire XL‘, mit einem Mindesteinsatz von 0,10 Euro und einem dabei in Aussicht gestellten Gewinn von 180,00 Euro und einem Maximaleinsatz von 10,00 Euro und einem dabei in Aussicht gestellten Gewinn von 18.000,00 Euro gespielt; das Gerät verfügte über einen Banknoteneinzug.
- am Gerät mit der FA-Nr. 6 wurde das virtuelle Walzenspiel ‚Ring of Fire XL‘, mit einem Mindesteinsatz von 0,10 Euro und einem dabei in Aussicht gestellten Gewinn von 180,00 Euro und einem Maximaleinsatz von 10,00 Euro und einem dabei in Aussicht gestellten Gewinn von 18.000,00 Euro gespielt; das Gerät verfügte über einen Banknoteneinzug.

Die Firma P. GmbH hat sich zumindest in der Zeit vom 05.07.2016 bis 06.07.2016, 10:45 Uhr (Beschlagnahme) unternehmerisch an den Glücksspielen mit den genannten Glücksspielgeräten am bezeichneten Standort beteiligt.
Bei dem genannten Spiel kann nach der Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl des Spieles und Aufrufen zur Durchführung ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet ist.
Das Spiel wird sodann durch Tastenbetätigung ausgelöst. Damit wird zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entsteht. Der Spielerfolg steht nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest.
Bei den genannten Spielen hatten die Spieler keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang des Spieles zu nehmen. Die Entscheidung über das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab.
Die anwesende lokalverantwortliche Kellnerin, Frau W.S., geb. x, wurde während der Kontrolle niederschriftlich befragt und gab sinngemäß an, dass sie nicht wisse, wann die hier verfahrensgegenständlichen Geräte aufgestellt worden waren. Wenn an den Geräten eine Störung vorliege, verständige sie jemanden unter einer Nummer, die sie sich notiert hat, sie wisse jedoch nicht, zu wem die Nummer gehört.
Die erforderliche Konzession des Bundesministers für Finanzen lag nicht vor. Die Geräte waren auch nicht nach den Bestimmungen des § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen.
Sie sind handelsrechtliche Geschäftsführerin der P. GmbH und somit das zur Vertretung nach außen berufene Organ der Firma.
Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 26.09.2016 wurde Ihnen der Tatvorwurf zur Kenntnis gebracht und Ihnen die Möglichkeit zur Rechtfertigung gegeben.
Mit Eingabe Ihres Rechtsanwaltes vom 10.10.2016 bestritten Sie, dass Sie eine Verwaltungsübertretung begangen hätten, weil die angeführte Norm unionsrechtswidrig und deshalb nicht anwendbar sei. Zudem stellten Sie den Antrag, den Meldungsleger zu vernehmen und 11 vorgegebene Fragen zur Kontrolle zu stellen. Sie gaben an, dass die Geräte weder Glücksspielautomaten noch elektronische Lotterie wären, sondern lediglich zur Weitergabe von Aufträgen verschiedener Art dienen würden. Durch die Geräte werde nur die Teilnahme an einem laufenden Spiel an einer anderen Stelle ermöglicht. Wenn daher das Abhalten des Spieles im Bewilligungsland nicht strafbar ist, könne auch die Teilnahme an einem nicht strafbaren Spiel nicht strafwürdig sein. Weiters führen Sie an, dass nach der ständigen verwaltungsrechtlichen Judikatur das Spiel dort stattfindet, wo ein Spielautomat aufgestellt sei bzw. mit Geld versorgt werde. Dabei bestreiten Sie, dass dies im Wirkungsbereich der einschreitenden Behörde geschah. Abschließend stellten Sie die Anträge, das Verfahren aufgrund eines Missverhältnisses zwischen Verfahrensaufwand und Bedeutung der gegenständlichen Verwaltungsübertretung einzustellen und Ihnen Akteneinsicht zu gewähren.
Verwertete Beweise: Anzeigen des Finanzamtes Grieskirchen Wels über die Kontrolle am 06.07.2016 (inklusive Dokumentation der Kontrolle mit Niederschrift über die Befragung von Fr. W.S., Spielprotokolle, Fotos, Registerauszüge, etc.), Eingabe von RA Dr. M. vom 10.10.2016.
Rechtliche Beurteilung:

[...]
In Ihrer Rechtfertigung vom 10.10.2016 führen Sie unter Hinweis auf die Rechtssache C-390/12 vom 30.04.2014 aus, dass das Glücksspielgesetz unionsrechtswidrig und damit nicht anwendbar sei.
In der Rechtssache C-390/12 (Pfleger ua) hält der EuGH fest, dass im Sinne des Art. 56 AEUV eine Konzessionspflicht für Glücksspielautomaten eine Beschränkung des Dienstleistungsverkehrs darstellt. Eine solche Beschränkung kann jedoch aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses (Verbraucherschutz, Betrugsvorbeugung, Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen) gerechtfertigt sein. Die dem österreichischen Glücksspielgesetz innewohnenden Ziele der Begrenzung und Regulierung des Angebots von Glücksspielen können nach der Rechtsprechung des EuGH Beschränkungen von Grundfreiheiten rechtfertigen. Die Beschränkungen müssen jedoch die Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit und der Nichtdiskriminierung erfüllen. Die staatlichen Stellen verfügen über ein ausreichendes Ermessen, um festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben. Diese können von der Beschränkung über die Kontrolle bis hin zum vollständigen oder teilweisen Verbot reichen.
In einer Stellungnahme des BM für Finanzen vom 18.09.2014 betreffend Ziel und Zweck des Glücksspielmonopols wird (mit Hinweis auf den Glücksspielbericht 2010-2013) festgehalten, dass Spielsucht und damit einhergehende Kriminalität in Österreich tatsächlich ein Problem darstellen. So entstünden durch rund 64.000 glücksspielsüchtige Personen hohe soziale Kosten und viele Fälle von Existenzverlust und Beschaffungskriminalität (ins. Diebstahl, Raub und Betrug). Dies könne durch die Regelungen des Glücksspielgesetzes hintangehalten werden. Ein ausreichendes aber begrenztes legales Spielangebot soll einen erhöhten Spielerschutz (Vermeidung von Sucht- und wirtschaftlicher Existenzgefährdung) sowie eine Verringerung von kriminellen Umfeld-Delikten (Geldwäsche, Betrugsvorbeugung, Beschaffungskriminalität) gewährleisten. Die Konzessionäre unterliegen einer strengen Aufsicht durch den Bundesminister für Finanzen, sowohl dahingehend ob sie sich im Rahmen der ihnen erteilten Konzession bewegen als auch ob sie keine expansionistische Politik betreiben bzw. die von ihnen durchgeführte Werbung maßvoll und strikt auf das begrenzt bleibt, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den genehmigten Spielnetzwerken zu lenken. Auf der anderen Seite werde konsequent gegen illegales Glücksspiel vorgegangen. Nur bei konzessionierten Anbietern können Spielersperren in Zusammenhang mit exzessivem und existenzbedrohendem Spiel exekutiert werden. Zudem wurde mit dem Glücksspielgesetz eine Spielerschutzstelle beim BMF eingerichtet (Qualitätsstandards für Spielerschutzeinrichtungen) und die elektronische Anbindung der Glücksspielautomaten eingeführt (ermöglicht beispielsweise die Überwachung der Einhaltung von Spielpausen). Spielbanken haben über Besucher tageweise Aufzeichnungen zu führen (Alter, Häufigkeit der Besuche, Intensität der Spielteilnahme). Konzessionäre haben ein Jugendschutzkonzept samt Überwachungsmaßnahmen vorzulegen und die Altersgrenze von mindestens 18 Jahren vorzusehen. Zudem müssen sie jährlich umfassend berichten ua über die Themen ‚Entwicklung der Nutzung des Spielangebots', ‚ergriffene Maßnahmen zur Spielsuchtvorbeugung und zum Spielerschutz', ‚Überwachung von Altersgrenzen für die Spielteilnahme sowie gesetzte Maßnahmen', ‚Responsible Marketing-Standards zur Einhaltung eines verantwortungsvollen Maßstabes unter Darstellung der Werbeauftritte der letzten zwölf Monate und der Werbestrategie für die nächsten zwölf Monate', ‚Maßnahmen zur Geldwäsche- und Kriminalitätsvorbeugung'.

Das BMF geht davon aus, dass es sich bei der im Gesetz getroffenen Regelung, ein ausreichendes Angebot an legalem Glücksspiel zur Verfügung zu stellen, sowie das illegale Glücksspiel effektiv zu bekämpfen, um das gelindeste Mittel handelt. In Anbetracht der dargestellten Probleme erweise sich die Regelung auch als verhältnismäßig. Das legale Glücksspiel unterliegt strengen Auflagen vor allem im Bereich Spieler-, Konsumenten- und Jugendschutz. Von einem Totalverbot des Glücksspiels wurde in Österreich bewusst Abstand genommen.
Nach Ansicht der Behörde dienen die Beschränkungen des Glücksspielgesetzes Zielen, die nach Rechtsprechung des EuGH aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit oder aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen. Die Beschränkung auf Konzessionäre nach sachlichen Voraussetzungen weist keinen diskriminierenden Charakter auf. Nur durch diese Beschränkung kann die staatliche Kontrolle auf Erreichung der gesteckten Ziele wirksam vollzogen werden. Somit steht für die Behörde fest, dass nach Gesamtwürdigung der Umstände die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch das Glücksspielgesetz auch verhältnismäßig ist und die betreffenden Regelungen mit dem Unionsrecht vereinbar sind.
Auf dem verfahrensgegenständlichen ‚Walzenspiel'-Geräten FA-Nr. 1 bis 6 wurden im Tatzeitraum Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen angeboten. Diese Spiele konnten nur nach Leistung eines Einsatzes von mindestens 0,10 Euro und höchstens 10,00 Euro aufgerufen werden. Dabei wurde laut Gewinnplan für das Erreichen bestimmter Symbolkombinationen ein Gewinn in Höhe des Vielfachen des Einsatzes in Aussicht gestellt. Der Spieler konnte nur einen Einsatz und den dazugehörigen Gewinnplan auswählen und die Start-Taste betätigen. Bei dem dadurch ausgelösten virtuellen Walzenspiel wurden die am Bildschirm dargestellten Symbole zufällig ausgetauscht oder in ihre Lage verändert. Wenn die neue Symbolkombination einer im Gewinnplan dargestellten Kombination entsprach, war ein Gewinn eingetreten, andernfalls ist der Einsatz verloren gewesen.
Es wurde somit dem Spieler keinerlei Möglichkeit geboten, bewusst Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen oder Zahlen zu nehmen, sondern die Entscheidung über das Spielergebnis hing jedenfalls vorwiegend vom Zufall ab. Somit handelte es sich bei jedem dieser Spiele um ein Glücksspiel im Sinne des § 1 Abs 1 GSpG.
Nach dem festgehaltenen Sachverhalt wurde im Lokal bis zur Beschlagnahme mit dem spruchgegenständlichen Glücksspielgerät elektronische Glücksspiele angeboten, die nur nach Leistung eines Einsatzes zwischen 0,10 Euro und 10,00 Euro aufrufbar waren und im Gegenzug einen Gewinn laut Gewinnplan in Aussicht stellten.
Somit steht für die Behörde fest, dass mit sämtlichen angebotenen Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen erzielt werden sollten und es sich um (von einem Unternehmer veranstaltete) Ausspielungen gemäß § 2 Abs 1 GSpG handelte, bei denen für einen geleisteten Einsatz ein Gewinn in Aussicht gestellt wurde.
[...]
In Ihrer Eingabe vom 10.10.2016 behaupten Sie, dass die vorliegenden Geräte keine Glücksspielautomaten sind und auch keine elektronische Lotterie angeboten werde.
Nach Auffassung der Behörde ist es unerheblich, ob die festgestellten Ausspielungen mit Glücksspielautomaten, in Form von elektronischen Lotterien oder in sonstiger Ausprägung erfolgten. In jedem Fall liegt bei Fehlen einer entsprechenden Konzession bzw. Ausnahme vom Glücksspielmonopol des Bundes eine verbotene Ausspielung vor, die den Straftatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG verwirklicht.
Die Teilnahme wurde über die obgenannten Glücksspielgeräte im angeführten Lokal im Bezirk Wels-Land, somit vom Inland aus ermöglicht.

Durch die unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus durch die Firma P. GmbH haben Sie als das zur Vertretung nach außen berufene Organ dieser Firma eine Verwaltungsübertretung begangen, die gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 GSpG von der Behörde mit bis zu 60.000,00 Euro und bei Übertertung mit mehr als drei Geräten mit mindestens 3.000,00 Euro, im Wiederholungsfall mit mindestens 6.000,00 Euro zu bestrafen ist.

Verschulden

[...]

Aufgrund Ihrer Tätigkeit als Geschäftsführerin einer Glücksspielfirma, gehört es zu Ihren grundlegenden Aufgaben, sich über die Zulässigkeit der Ausübung von Glücksspielaktivitäten zu informieren. Dies ist beispielsweise über die öffentlich zugänglichen Informationen des Finanzministeriums (www.bmf.gv.at) einfach möglich. Auch die zuständige Behörde hätte Ihnen über Nachfrage entsprechend Auskunft erteilt. Somit wäre Ihnen sowohl geboten als auch zumutbar gewesen, sich mit den maßgeblichen Gesetzesvorschriften vertraut zu machen und Kenntnis von der Verbotsnorm zu erlangen. Hinzu kommt, dass Sie bereits vielfach wegen des Veranstaltens und der unternehmerischen Beteiligung von verbotenen Ausspielungen angezeigt wurden. Auch aus diesem Umstand hätten Sie schließen können, dass die von Ihnen gesetzten Glücksspielaktivitäten problematisch sind.

Das Vorbringen Ihres Rechtsvertreters, die Gesetzeslage sei nicht eindeutig und damit das Verschulden gering, vermag in diesem Zusammenhang nicht zu überzeugen, zumal nicht erblickt werden kann, worin die vorgebrachte Uneindeutigkeit bestehen soll. Vielmehr sind die gegenständlichen Bestimmungen des GSpG nach Auffassung der Behörde unmissverständlich.

Die Übertretung einer geltenden Bestimmung und die anschließende Rechtfertigung, man halte die Rechtslage für nicht eindeutig, lässt in diesem Zusammenhang auf einen gefestigten Täterwillen und damit eine zumindest bedingt vorsätzliche Tatbegehung schließen. Wer nämlich eine Tat setzt, obwohl ihm die Rechtslage nicht eindeutig erscheint, nimmt damit die Übertretung der gegenständlichen Bestimmungen geradezu billigend in Kauf. Im konkreten Fall geht die Behörde daher von einer zumindest bedingt vorsätzlichen Tatbegehung aus.

Die vorliegende Art der Tatbegehung durch Veranstaltung verbotener Ausspielungen, ist eine geradezu typische Handlungsweise, die das Glücksspielgesetz hintan halten möchte. Somit ist darin kein Hinweis für ein geringgradiges Verschulden zu erkennen.

Gemäß § 50 Abs 1 GSpG ist für das Strafverfahren in erster Instanz die Bezirksverwaltungsbehörde des Tatortes, somit die Bezirkshauptmannschaft Wels-Land, zuständig.

In Ihrer Eingabe vom 10.10.2016 geben Sie an, dass die Geräte weder Glücksspielautomaten noch elektronische Lotterie wären, sondern lediglich zur Weitergabe von Aufträgen an die Firma P. GmbH dienen würden. Durch die Geräte werde nur die Teilnahme an einem laufenden Spiel in einem anderen Ort – das dort behördlich genehmigt sei – ermöglicht. Weiters führen Sie an, dass nach der ständigen verwaltungsrechtlichen Judikatur das Spiel dort stattfindet, wo ein Spielautomat aufgestellt sei bzw. mit Geld versorgt werde. Dabei bestreiten Sie, dass dies im Wirkungsbereich der einschreitenden Behörde geschah.

Demgegenüber stellt die Behörde fest, dass der Verwaltungsgerichtshof bereits in 2011/17/0269 ausgesprochen hat, dass die Auslagerung von Spielbestandteilen in ein anderes Bundesland nichts daran ändern kann, dass Ausspielungen am Aufenthaltsort des Spielers stattfinden. Durch die Aufstellung der Geräte in P. ist zweifellos die Bezirkshauptmannschaft Wels-Land die örtlich zuständige Behörde.

Bei der Strafbemessung im Sinne des § 19 VStG wurde die Mindeststrafe verhängt. Es wurden bereits anlässlich der Kontrollen am 16.03.2015 mehrere Glücksspielgeräte im genannten Lokal vorgefunden und beschlagnahmt. Über Sie als Geschäftsführerin der P. GmbH wurde bereits eine rechtskräftige Bestrafung wegen unternehmerischer Beteiligung an verbotenen Ausspielungen (Kontrolle vom 16.03.2015), LVwG-411257 vom 25.05.2016, verhängt.
Aufgrund der diesbezüglich unwidersprochenen Aufforderung zur Rechtfertigung war für Strafbemessungszwecke von einem Nettoeinkommen in der Höhe von EUR 3.000,00, sowie dem Nichtvorliegen von Vermögen und Sorgepflichten auszugehen.
Das Ermittlungsverfahren hat keine Milderungsgründe hervorgebracht.
Bei der Übertretung am 06.07.2017 wurden 6 Glücksspielgeräte festgestellt. Die Mindeststrafe beträgt gemäß § 52 Abs 2 GSpG bei der wiederholten Übertretung mit mehr als 3 Geräten 6.000,00 bis EUR 60.000,00 pro Gerät. Somit wurde die Strafe mit 36.000,00 Euro festgelegt.
Ferner haben Sie gemäß § 54 VStG als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens 10 Prozent der Strafe zu zahlen, das sind 3.600,00 Euro. Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe und Kosten) beträgt daher 39.600,00 Euro.
Gemäß § 16 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) ist bei Verhängung einer Geldstrafe zugleich eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Diese darf nicht länger als 2 Wochen (336 Stunden) betragen. Angesichts der Bemessung der Geldstrafe wird eine Ersatzfreiheitsstrafe im Ausmaß von 210 Stunden verhängt.
Die verhängte Strafe erscheint unter Berücksichtigung der genannten Umstände schuld- und unrechtsangemessen. Somit war spruchgemäß zu entscheiden."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Mit Schriftsatz vom 27. März 2017 erhob die Bf rechtsfreundlich vertreten rechtzeitig dagegen Beschwerde und beantragte, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, in eventu eine Ermahnung auszusprechen, in eventu die verhängte Strafe herabzusetzen, jedenfalls eine mündliche Verhandlung anzuberaumen. Im Rechtsmittel wird auf das Wesentliche zusammengefasst vorgebracht, dass Begründungsmängel vorlägen und die belangte Behörde ergänzende Ermittlungen durchführen hätte müssen. Zudem hätte die Behörde Verfahrensfehler begangen und wäre unzuständig gewesen. Auch hätte eine unrichtige rechtliche Beurteilung stattgefunden, ferner lägen mangelnde Schuld und eine zu hohe Strafbemessung vor.

I.3. Mit Schreiben vom 1. März 2017 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den bezughabenden Verwaltungsakt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Ergänzend erstattete die Bf mit Schriftsatz vom 1. Juni 2017 ein umfassendes Vorbringen zum Unionsrecht und legte diesem ein Urteil des BG Wels bei.

II. Sachverhalt:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation, eine den Parteien bekannte 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, in das Beschwerdevorbringen und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 1. Juni 2017.

In der mündlichen Verhandlung verließ der Vertreter der Bf diese kurz nach Verhandlungsbeginn und Aufnahme der Generalien.

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

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 06.07.2016 im Lokal „B. C.“ bei der X-Tankstelle in P., X, wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte betriebsbereit vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und nach Durchführung von Bespielungen zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen. Die Geräte waren zumindest am 5. und 6. Juli 2016 im verfahrensgegenständlichen Lokal in einem öffentlich zugänglichen Bereich eingeschaltet aufgestellt und wurden zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben.
Im Lokal wurden Einsätze an den Geräten geleistet und Gewinne ausbezahlt.
Die Bf ist handelsrechtliche Geschäftsführerin der P. GmbH, einer österreichischen GmbH mit Sitz in G., die Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Geräte, aber nicht Veranstalterin der Glücksspiele ist, und diese der K.S. KG als Lokalbetreiberin überlassen hat.

Weder die Bf noch die Eigentümerin der Geräte noch die Lokalbetreiberin waren im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für diese Geräte und diesen Standort. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr	*Spiel*	*mögliche Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
1 – 3, 5 – 6	Ring of Fire	0,10 – 10 Euro	180 – 18.000 Euro
4	Ring of Fire	0,10 – 9,50 Euro	180 – 17.100 Euro

Der Spielablauf dieser virtuellen Walzenspiele stellt sich wie folgt dar:

Bei den elektronischen Glücksspielgeräten mit der Bezeichnung „Skill Games“ handelt es sich grundsätzlich um herkömmliche virtuelle Walzenspiele. Dem Walzenspiel vorgelagert ist aber ein Miniaturwalzenspiel mit drei virtuellen Walzen, welche die Zahlen 0 – 9 sowie das Buchstabensymbol „A“ in einem Kreis aufweisen. Die Zusammensetzung dieser Walzen wird mit jeder Starttastenbetätigung vom Programm neu festgelegt, ohne dass der Spieler darauf einen Einfluss hat. Dieses „kleine Walzenspiel“ kann durch Halten und Loslassen der Start-Taste gesteuert werden.

Erscheint nach dem Drücken der Start-Taste beim „kleinen Walzenspiel“ ein „A“, so wird automatisch der große Walzenlauf ausgelöst, auf welchen der Spieler keinen Einfluss hat. Das Herbeiführen eines „A“ im „kleinen Walzenlauf“ – und damit das Auslösen des großen Walzenlaufes – ist auf einfache Weise und ohne besonderes Geschick möglich. Es wird entweder dadurch erreicht, dass die Start-Taste gedrückt gehalten wird bis das A kommt. Bei A wird die Start-Taste los gelassen und der große Walzenlauf startet. Ebenso leicht kann der erwünschte große Walzenlauf aber dadurch gestartet werden, dass die Starttaste mehrfach hintereinander schnell gedrückt wird. So wird schnell das Herbeiführen des A erreicht. Glücksspielgeräte dieser Type (wie auch das vorliegende) verfügen zudem am senkrechten Teil des Gehäuses über eine unbeschriftete Modus-Taste, um den Weg über das kleine Walzenspiel umgehen zu können. Wird dieser abweichende Modus aktiviert, läuft das kleine Walzenspiel automatisiert mit.

Ein im großen Walzenspiel erzielter Gewinn wird im Normalmodus (mit kleinem Walzenspiel) zunächst im Zwischenspeicher (Buffer) gespeichert. Durch Leisten eines weiteren Einsatzes, kann der Gewinn im kleinen Walzenspiel auf den auszahlbaren „Credit“ umgebucht werden. Im Automatik-Modus ist dieser Vorgang vereinfacht (direkt) möglich.

Bei dem an das kleine Walzenspiel anschließenden virtuellen „großen Walzenspiel“ wurden für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen 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 Start-Taste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach zuerst das „kleine Walzenspiel“ ausgelöst. Nach dem Loslassen der Start-Taste wird – je nach Ergebnis des „kleinen Walzenlaufes“ (vgl. dazu oben) entweder sofort oder nach weiterem Betätigen der Start-Taste der „große Walzenlauf“ 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 zusammen-gesetzten 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. Die Bewegungsdauer der Walzen beträgt ca. 1 Sekunde. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele im großen Walzenlauf zu nehmen.

Sämtliche vorliegende Walzengeräte wiesen diese Funktionsweisen auf. Lediglich handelte es sich vorliegend bei Gerät Nr 6 um ein sogenanntes Tischgerät, das über ein anderes Gehäuse verfügt. Die Funktionsweise ist gleich.

Die Bf wurde mit Erkenntnis des LVwG Oö. vom 25. Mai 2016 zu LVwG-411257 wegen § 52 Abs. 1 Z 1, 4. Tatbild GSpG zu einer Geld- bzw. Ersatzfreiheitsstrafe verurteilt und war deshalb zum Zeitpunkt der ggst. Tat zumindest einmal verwaltungsstrafrechtlich vorbestraft.

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

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

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

Der monatliche Geldeinsatz für Glücksspiele hat im Zeitraum von 2009 auf 2015 leicht zugenommen und zwar wurden von den Glücksspielenden 2015 im Durchschnitt etwa 57 Euro pro Monat für Glücksspiele ausgegeben im Vergleich zu 53 Euro im Jahr 2009. Auf der Ebene der einzelnen Glücksspielarten bestehen hier jedoch sehr unterschiedliche Entwicklungen. Der Geldeinsatz ist 2015 am höchsten bei den Automatenspielen außerhalb der Casinos. Im Durchschnitt werden hierfür von den Spielern pro Monat ca. 203 Euro eingesetzt, vor sechs Jahren lag der entsprechende Wert sogar bei etwa 317 Euro. Es folgen die klassischen Casinospiele mit einem Mittelwert von ca. 194 Euro. Auch für diese Glücksspielform wird im Jahr 2015 durchschnittlich weniger Geld aufgewendet als in 2009. Stark angestiegen sind dagegen im betrachteten Zeitraum die Geldeinsätze für Sportwetten, diese haben sich von ca. 47 Euro auf ca. 110 Euro mehr als verdoppelt.

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

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

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des 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 1.854, 2012 2.480, 2013 1.299 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.

II.3. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, ihrem Aktenvermerk, der Dokumentation der Probespiele und den deutlichen Fotos im Akt. Sie gründen zudem auf der glaubwürdigen Aussage der Zeugin M.H. (Finanzpolizei). Auf den Fotos lassen sich die Einsätze und die möglichen Gewinne erkennen.

Die Angaben der Zeugin konnten mit den bisherigen Erfahrungen zu Geräten der Type Skill-Games gut in Einklang gebracht werden.
Sie war glaubwürdig und konnten den Ablauf der Spiele schlüssig und nachvollziehbar schildern.

Aus der vorliegenden Fotodokumentation kann im Übrigen bedenkenlos auf die weitgehende Gleichartigkeit aller vorhandenen Geräte geschlossen werden. Es handelte sich um Eingabeterminals auf denen sogenannte Skill-Games betrieben werden. Dass dies der Fall war, ergibt sich alleine aufgrund des Vorhandenseins sogenannter Miniaturwalzen, die bei sämtlichen Terminals vorhanden waren. Ebenso waren auf sämtlichen Terminals gerichtsbekannte virtuelle Walzenspiele, wie etwa die Spiele Ring of Fire, verfügbar.

Aus zahlreichen Beschwerdeverfahren (vgl. bspw. die hg. Erk. LVwG-411477; LVwG-411547; LVwG-411311; LVwG-411507; LVwG-411178; LVwG-410104, LVwG-411679; LVwG-411760 uva.) ist mittlerweile gerichtsbekannt, dass es sich

bei den genannten Spielen um Walzenspiele im Sinne der Judikatur des VwGH handelt. Das Verwaltungsgericht hat sich in den genannten, aber auch vielen anderen Verfahren mit den im ggst. Verfahren angesprochenen Gutachten T., M. und F. und deren Schlüssigkeit auseinandergesetzt, sodass diese und die Ergebnisse als gerichtsbekannt angesehen werden können (vgl. bspw. LVwG Oö. 24. März 2016, LVwG-411104, Näheres dazu in der rechtlichen Beurteilung).

Die Geräte vom Typ Skill Games mit vorgelagertem kleinen Walzenspiel sind schon deshalb keine Geschicklichkeitsgeräte, weil das dabei erforderliche Symbol (ein „A“ im Umkreis) zur Auslösung des großen (normalen) Walzenspiels meist schon nach dem normalen (kurzen) Betätigen der Starttaste von selbst erscheint und, wenn dies einmal nicht der Fall ist, bei den Bespielungen im kleinen Walzenlauf (Halten der Starttaste und gezieltes Stoppen durch Loslassen, um das „A“ Symbol anzuzeigen) – wie Organe der Finanzpolizei immer wieder als Zeugen (auch im vorliegenden Verfahren) bestätigt haben – für jedermann leicht und damit ohne eine relevante Geschicklichkeit, erzielbar war. Im Ergebnis muss sich der Spieler, wenn nicht ohnehin bereits die Automatikfunktion aktiviert ist, lediglich einer leicht zu überwindenden zeitlichen Hürde außerhalb des eigentlichen Glücksspiels stellen, welche allenfalls eine geringfügige zeitliche Verzögerung herbeiführen kann, zumal der Spieler im „kleinen Walzenlauf“ ohne besonderes Geschick das gewünschte Symbol erzielen und damit zum zuvor geschilderten „großen Walzenlauf“ gelangen kann. 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 beim Miniaturwalzenspiel trotzdem möglich, jederzeit ein bestimmtes Symbol zu erzielen um damit zum „großen“ und vom Spieler nicht beeinflussbaren Walzenlauf zu gelangen. Das „kleine Walzenspiel“ beeinflusst lediglich den Weg zum „großen“ Walzenspiel zeitlich geringfügig.

Die großen Walzenspiele laufen, wie bei herkömmlichen Walzenspielgeräten, automatisiert ab und war schon aufgrund des kurzen Walzenlaufes (gestaffeltes Ablaufen von 5 Bildleisten innerhalb von 1-2 Sekunden) und des Umstandes, dass die Symbole bei virtuellen Walzenspielen gerichtsbekanntermaßen zufällig und nicht in einer nachvollziehbaren Reihenfolge erscheinen, davon auszugehen, dass das Spiel überwiegend vom Zufall abhängt.
Das Erscheinen der Bilder erfolgt zufällig programmbedingt und ist deshalb nicht nachvollziehbar (wie etwa bei mechanischen Walzen) und liegt insofern auf der Hand, dass ein bewusstes Herbeiführen von Kombinationen unmöglich ist. Es liegt insofern gerichtsbekannt eine systemimmanente Unbeeinflussbarkeit vor, zumal bei derartigen Spielen vier oder fünf nebeneinander befindliche Felder vorhanden sind, in welchen verschiedene Symbole in zufälliger Art und Weise und in schneller Abfolge ausgetauscht werden und nicht erkennbar ist, welches Symbol auf das letzte folgt. Angesichts automatisiert zusammengesetzter Symbolkombinationen besteht selbst im Falle der Möglichkeit des Stoppens des Walzenlaufes (wenn

dieser etwa länger abliefe) keine faktische Möglichkeit, das Ergebnis des Spiels zu beeinflussen.

Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass die Aufstellung von Geräten, an denen gegen In-Aussicht-Stellen von Gewinnen Einsätze geleistet werden können, in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals letztlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesen Geräten zu erzielen. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären. Das Verfahren hat nicht ergeben, dass die P. GmbH Veranstalterin der Glücksspiele war und hat die Bf dies in der Beschwerde auch ausdrücklich in Abrede gestellt (Beschwerde S.11). Dieser Umstand deckt sich auch mit den Ergebnissen aus anderen Verfahren vor dem LVwG Oö. in denen sich ergab, dass die Gesellschaft als Dienstleisterin in Zusammenhang mit der Abrechnung und Weiterleitung der eingenommenen Beträge fungiert.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich aus den Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle, an denen kein Grund zum Zweifeln besteht.

Dass das von der Bf vertretene Unternehmen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit den verfahrensgegenständlichen Geräten gewesen oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet. Ebenso ist eine solche der Homepage des BMF x nicht entnehmbar.

Dass die verfahrensgegenständlichen Geräte jedenfalls am 5. und 6. Juli 2016 betriebsbereit im verfahrensgegenständlichen Lokal aufgestellt waren, ergibt sich aus den Erhebungen der Finanzpolizei und wurde von der Bf auch nicht bestritten.

Die Annahme der belangten Behörde eines monatlichen Nettoeinkommens von 3.000 Euro bei fehlenden Sorgepflichten und keinem Vermögen wurde der Bf bereits im Rahmen der Aufforderung zur Rechtfertigung mitgeteilt und blieb im Verfahren unwidersprochen.

Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, auch 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 Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Rechtliche Grundlagen

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

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl I Nr. 118/2015, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt.

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

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

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

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

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

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

III.2. Aufgrund der festgestellten Funktionsweise der an den Geräten verfügbaren virtuellen Walzenspielen ist auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 8.9.2005, Zl. 2000/17/0201) davon auszugehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die virtuellen Walzenspiele somit als Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind.

Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B. VwGH 27.4.2012, Zl. 2011/17/0074) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da dieser Umstand sohin feststeht, kann eine weitere Erörterung dieser Frage unterbleiben.

Das Vorbringen, das der Bf im Straferkenntnis als Tatzeit der Tag der Kontrolle durch die Organe der Finanzpolizei vorgeworfen worden wäre, ist unbeachtlich, weil im Straferkenntnis ein Tatzeitraum vorgeworfen wurde.

Was die Frage der Beeinflussbarkeit der vorliegenden Glücksspiele durch Geschick betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass nicht jegliche Eingriffsmöglichkeit im Rahmen des Spielablaufs eine Geschicklichkeitskomponente ist.

Eine vorwiegende Abhängigkeit vom Zufall im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG ist nach dem VwGH dann gegeben, wenn sich nicht eine berechtigte rationale Erwartung über den Spielausgang entwickelt, sondern letztlich nur aufgrund eines Hoffens, einer irrationalen Einstellung, auf dieses oder jenes einzelne Ergebnis des Spieles gesetzt werden kann (vgl. *Bresich/Klingenbrunner/Posch* in Strejcek/Bresich, Kommentar zum Glücksspielgesetz 1989, Rz 5 zu § 1 GSpG, mwN). Der Verwaltungsgerichtshof habe bereits in seinem Erkenntnis vom 3. Juli 2009, 2005/17/0178, festgehalten, dass durch den Einbau eines Geschicklichkeits-elements der Glücksspielcharakter eines Spiels beseitigt werden könne. Die Beurteilung eines Geräts als Glücksspielgerät hänge demnach davon ab, ob der Spielablauf durch ein solches Geschicklichkeitselement vom Spieler derart beeinflusst werden könne, dass der Spielerfolg nicht ausschließlich bzw. überwiegend vom Zufall abhängt. Haben sowohl Spielerfähigkeiten als auch Zufall auf den Spielausgang Einfluss, sei entscheidend, ob die abstrakte Steuerbarkeit kausaler Gegebenheiten rationale Gewinnerwartungen begründen könne (vgl. *Kirchbacher* in Höpfel/Ratz, WK2 StGB § 168 StGB, Rz 4). Demnach liege kein Glücksspiel vor, wenn es der Spieler "in der Hand" habe, ob der Zufall oder seine Geschicklichkeit entscheide, er sich also kausale Umstände soweit zunutze machen könne, dass er den Spielverlauf mit einer für den Spielerfolg geeigneten Wahrscheinlichkeit steuern und oder prognostizieren kann (vgl. *Höpfel*, Probleme des Glücksspielstrafrechts, ÖJZ 1978, 421 ff).

Dies ist aber gerade bei Glücksspielgeräten der Type „Skill-Games“ nicht der Fall weil zwar der Zugang zum Walzenspiel Ring of Fire XL über ein vom Spieler beeinflussbares Element steuerbar sein mag, der Spielausgang selbst aber immer ausschließlich vom Zufall abhängig ist, zumal dieser durch den unbeeinflussbaren Walzenlauf des Hauptspiels bestimmt ist, welcher wiederum ausschließlich vom Zufall abhängig ist. Dies wäre selbst dann der Fall, wenn der Zugang zum Spiel Ring of Fire XL nur durch besonderes Geschick möglich wäre (was nicht der Fall ist), weil der Spielablauf des Hauptspieles gerade nicht durch Geschick beein-flussbar ist.

Im vorliegenden Fall steht fest, dass das eigentliche Glücksspiel, das Walzenspiel Ring of Fire XL ohne die Möglichkeit der Einflussnahme durch den Spieler ablief und der Walzenlauf des großen Walzenspieles lediglich ca. 1 Sekunde, also nur einen Augenblick, andauert. Wie aus zahlreichen Verfahren hinlänglich bekannt ist, erfolgt der Walzenlauf virtuell programmgesteuert und kann nicht, wie etwa bei mechanischen Walzen, real gestoppt werden, d.h. ohne den Einfluss der programmbedingten Vorgaben. Aufgrund des programmgesteuerten zufälligen Erscheinens von Bildern (keine sich wiederholenden Abläufe) ist keine Vorhersehbarkeit der Symbolkombination gegeben, sodass das Walzenspiel jedenfalls ausschließlich zufallsabhängig ablief. Es besteht insofern keine Möglichkeit, sich kausale Umstände soweit zunutze zu machen, dass der Spielverlauf mit einer für den Spielerfolg geeigneten Wahrscheinlichkeit gesteuert

und oder prognostiziert werden kann. Daran vermag ein vorgelagertes, triviales und ohne Geschick beeinflussbares Miniaturwalzenspiel anderer Art nichts zu ändern.

Nur am Rande sei bemerkt, dass sich der Verwaltungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 26. März 2015, Ra 2014/17/0033 mit Skill-Game Automaten der Type „Skill-Bob“ auseinandergesetzt hat und die Ansicht des dort erkennenden Landesverwaltungsgerichtes, es handle sich trotz Geschicklichkeitskomponente um ein Glücksspielgerät, gestützt hat.

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den gegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. 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 sohin feststeht, kann eine weitere Erörterung dieser Rechtsfrage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben.

Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen iSd § 2 Abs. 1 GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und das von der Bf vertretene Unternehmen von diesem auch nicht ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

Die Geräte waren jedenfalls am 5. und 6. Juli 2016 im gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Die Spieler haben ihre Spieleinsätze im örtlichen Zuständigkeitsbereich 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 oder dort nur angezeigt wurde (vgl. VwGH v. 29.4.2014, Ra 2014/17/0002).

Die P. GmbH, deren handelsrechtliche Geschäftsführerin die Bf ist, hat sich als Unternehmerin an diesen verbotenen Ausspielungen beteiligt, indem sie diese Geräte zur Verfügung gestellt hat, welche im vorgeworfenen Tatzeitraum im gegenständlichen Lokal zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung aus der Durchführung von Glücksspielen betrieben wurden. Dies hat die Bf gemäß § 9 VStG zu verantworten.

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

Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, Zl. G 203/2014-16 ua festgestellt, dass die Regelungen

des GSpG zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind, sodass die diesbezüglichen Einwände der Bf nicht stichhaltig sind, diese Rechtsfrage abschließend geklärt ist und das angeregte Gesetzesprüfungsverfahren unterbleiben kann.

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.

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. 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 das von der Bf vertretene Unternehmen eine nach österreichischem Recht gegründete Gesellschaft mit Sitz in Österreich. Auch sonst ist im Verfahren kein Auslandsbezug hervorgekommen und es wurde diesbezüglich

auch kein substantiiertes Vorbringen erstattet, sodass eine unmittelbare Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten nicht in Betracht kommt.

III.4.2.2. Hinzu kommt, dass der durch das österreichische GSpG geschaffene gesetzliche Rahmen nicht unionsrechtswidrig ist, was auch im Einklang mit der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung steht (vgl. 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 Glücksspielmonopols 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 24.04.2015, Ro 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 den Bf aber 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 sich staatliche Stellen in anderen Fällen (andere Personen betreffend) rechtswidrig verhalten. Dem vom Bf vertretenen Unternehmen erwüchse 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 abschließend festgestellt (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 kommt.

IV.1. Im Übrigen ist zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit noch Folgendes festzuhalten:

IV.1.1. 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).

IV.1.2. 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 6.12.2012, B1337/11 ua; VfGH 12.3.2015, G 205/2014-15 ua; VwGH 7.3.2013, 2011/17/0304, VwGH 4.11.2009, 2009/17/0147; OGH 20.3.2013, 6 Ob 118/12i; 17.2.2015, 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).

IV.1.3. 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.

IV.1.3.1. 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.

IV.1.3.2. 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 1.854, 2012 2.480, 2013 1.299 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 die Kontrollen der Konzessionäre, die Maßnahmen zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels, die Festlegung der Anbindung der Glücksspielautomaten und VLT der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH, aber auch die Einrichtung der Spielerschutzstelle, zeigen nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, dass die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in kohärenter und systematischer Weise erfolgt.

IV.2. 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 24.04.2015, Ro 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w, VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

IV.2.1. 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.

IV.2.2. Zum Vorbringen betreffend die Werbetätigkeit der Konzessionäre:

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 Euro auf 57 Euro (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 Oberösterreich im Ergebnis davon aus, dass die bisherige Werbetätigkeit der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber nicht zur Unionsrechtswidrigkeit der österreichischen Regelungen betreffend die Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten führt.

IV.3. Zusammenfassend ergibt sich daher für das erkennende Gericht, 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) und steht in Einklang mit der aktuellen Judikatur des OGH zu 4 Ob 71/17w vom 3. Mai 2017 [unter Verweis auf 4 Ob 162/16a; RIS-Justiz RS0130636 (T1, T2, T3, T4); 4 Ob 12/17v; 4 Ob 13/17s; 4 Ob 18/17a; 4 Ob 24/17h; 4 Ob 41/17h uva]. Ebenso wenig konnte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016 (E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19) eine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen erkennen, sodass alle österreichischen Höchstgerichte einhellig von der Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielgesetzes ausgehen. Diese Ansicht wird durch die jüngst ergangen Entscheidung des EuGH in der RS O. GmbH et. al. C-685/15 gestützt in welcher der EuGH auf die RS Pfleger et. al, C-390/12 verweist und neuerlich keine Bedenken gegenüber dem österreichischen GSpG äußert.

V. Zu Beweisanträgen und Beweismitteln:

V.1. „Ein allgemeines Vorbringen, das aus Mutmaßungen besteht, läuft auf einen unzulässigen, Erkundungsbeweis hinaus, zu dessen Aufnahme das VwG nicht verpflichtet ist (vgl. E 30. September 1999, 98/02/0114; E 30. März 2001, 2000/02/0255; E 20. April 2004, 2003/02/0243; E 27. Februar 2007, 2007/02/0018; E 15. Oktober 2013, 2009/02/0377).“ (VwGH 9. September 2016, Ra 2014/02/0059)
„Ein ‚Erkundungsbeweis‘ ist im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unzulässig (Hinweis E 17. Dezember 2013, 2013/09/0161).“ (VwGH 11. Mai 2017, Ro 2016/21/0012)

Die Bf hat die Einvernahme einer Zeugin (der Leiterin der Stabsstelle für Spielerschutz) zum Beweis für die Ineffektivität der Spielerschutzregeln im GSpG und deren praktische Auswirkungen als Zeugin beantragt.
Das generell allgemein gehaltene Vorbringen des Bf enthält keinerlei konkrete Behauptungen zur Rechtsfrage der Effektivität des Spielerschutzes, insbesondere behauptet es nicht konkret, woraus die Bf auf Sachverhaltsebene die Ineffektivität des Spielerschutzes ableitet. Soweit die Bf diesbezüglich die Einvernahme einer Zeugin beantragt, handelt es sich also um ein nicht relevantes Beweismittel bzw. einen Erkundungsbeweis.

Die Bf beantragt zudem die Einvernahmen der Zeugen J.K. und Dr. G.F. zum Beweisthema „Unrichtigkeit der sogenannten Kalkestudie bzw. Zustandekommen der dort erwähnten Zahlen und Fakten. Auch hiebei handelt es sich, abgesehen

davon, dass die Frage der Beurteilung von Beweismitteln eine Frage der Beweiswürdigung ist und an sich schlüssigen und nachvollziehbaren Beweismitteln auf gleicher fachlicher Ebene entgegen zu treten ist, auch um einen unzulässigen Erkundungsbeweis, weil die Bf kein konkretes Vorbringen erstattet, woraus sie solche Mängel in der Studie ableitet und diese nicht benennt.
Die 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 zugrundeliegenden Parameter wurden in wissenschaftlicher Weise erhoben und ausgewertet. Die Studie ist schlüssig und nachvollziehbar. Die Bf stellt nicht dar, worin sie Fehler in der Befundung oder Auswertungssystematik erkennen will. Die Studie wäre insofern durch eine auf gleicher fachlicher Ebene erstellte Studie zu widerlegen. Die Beweisanträge sind daher abzuweisen, weil es sich um Erkundungsbeweise handelt und der Beweisantrag nicht durch ein Vorbringen getragen ist, das mit dem beantragten Beweismittel unter Beweis gestellt werden könnte.

Auch der Antrag, Vorstände eines Konzessionärs nach dem GSpG zu vernehmen geht ins Leere, weil die Bf einerseits kein geeignetes Vorbringen erstattet hat, das die Einvernahme dieser Personen rechtfertigen könnte (die unsubstantiierte Behauptung Spielerschutzvorschriften würden nicht greifen oder seien gelockert worden lässt nicht erkennen inwieweit ein solches Handeln Einfluss auf die Anwendbarkeit einer innerstaatlichen Norm haben könnte) und wäre zudem ein unzulässiger Erkundungsbeweis. Der Umstand wäre zudem, aus den dargestellten Gründen nicht von Relevanz für das Verfahren.

V.2. Ebenso konnte auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Gebiet Glücksspiel, Geschicklichkeitsspiele zum Beweis dafür, dass es sich vorliegend um Geschicklichkeitsspiele handle, unterleiben, da bei den durchgeführten Bespielungen festgestellt wurde, dass das Spielergebnis nicht zu beeinflussen war und die Beurteilung dieser Frage keines Sachverständigenbeweises bedarf, weil zu ihrer Beurteilung die Erfahrungen des täglichen Lebens ausreichen. Die Behauptung, es lägen Geschicklichkeitsspiele vor, widerspricht den aktenkundigen finanzpolizeilichen Ermittlungsergebnissen und den Angaben der Zeugin, weil für den Zugang zum Hauptspiel gerade kein Geschick sondern nur eine einfache Manipulation erforderlich ist um zum Spiel zu gelangen (siehe dazu die weiter oben dargestellten Erwägungen). Die Zeugin ist aufgrund ihrer Tätigkeit entsprechend kundig und traut ihr das Gericht zu, dass sie die Funktionsweise des ggst. Geräts umfassend beschreiben konnte. Die Erkenntnis, dass kein Geschick aufzuwenden ist, liegt angesichts des eindeutigen Beweisergebnisses und der Kenntnisse des Gerichts aus anderen Verfahren auf der Hand und bedarf keines Sachverständigenbeweises. Verschiedene vom Bf-Vertreter in anderen Verfahren vorgelegte Sachverständigengutachten wurden schon in etlichen Verfahren des LVwG Oö. ausgewertet und sind in die auszugsweise im Erkenntnis zitierte

Judikatur eingeflossen. Die Bf vermochte mit ihren Darlegungen, die sich ausschließlich auf das nach Ansicht des Gerichtes für das eigentliche Glücksspiel (großes Walzenspiel, Ring of Fire) nicht relevante vorgelagerte Miniaturwalzenspiel bezogen, nicht darzulegen, warum beim Hauptspiel kein Glücksspiel vorliegen soll und hat die Bf vorliegend ohnehin kein ihr nützliches Vorbringen erstattet.

Die schlichte Behauptung, es handle sich um einen Geschicklichkeitsapparat mit „Touchscreen Funktion“ lässt nicht erkennen, in wieweit die Einholung eines Sachverständigengutachtens das von der Bf erwünschte Ergebnis erbringen kann.

Im vorliegenden Fall liegt aufgrund der Aussage der Zeugin H. auf der Hand, dass weder das Walzenspiel noch das vorgelagerte Spiel Geschick erforderte und insbesondere das Ergebnis des Glücksspieles nicht durch Geschick beeinflusst werden konnte.
Der Beweisantrag, von dem sich die Bf offenbar erhofft, dass er abweichende Ergebnisse erbringt, ist deshalb ein Erkundungsbeweis, dem nach der Judikatur des VwGH nicht nachzukommen ist.

Im Übrigen handelt es sich bei der Frage, ob ein bestimmtes Spiel als Geschicklichkeitsspiel oder als Glücksspiel im Sinne des GSpG anzusehen ist, um eine Rechtsfrage, die vom Verwaltungsgericht vorzunehmen ist. Ein Sachverständiger kann dabei bloß Spielabläufe und eine bestimmte Funktionsweise der Geräte aufnehmen. Dies geschieht jedoch auch bei einer Bespielung durch die Finanzpolizei.

V.3. Zum Antrag auf Aussetzung:

In seiner Entscheidung vom 30. April 2014, 2013/12/0220, hielt der Verwaltungsgerichtshof fest, dass *„... § 38 AVG es der Behörde schon von vornherein freistellt, Vorfragen auch eigenständig zu beurteilen und der Partei somit aus § 38 AVG kein Anspruch auf Aussetzung erwächst, weshalb ein darauf gerichteter Antrag der Partei zurückzuweisen wäre (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 11. Februar 1992, Zl. 92/11/0006, mit weiteren Hinweisen)...*“ (vgl. auch VwGH 15.5.2012, 2009/05/0056).
Ein Recht auf Aussetzung kann sich daher gegebenenfalls nur aus der jeweils in Betracht kommenden Rechtsvorschrift ergeben (vgl. VwGH 21.2.1989, 89/05/0014; VwGH 28.2.2006, 2005/06/0061).
Dem Glücksspielgesetz kann kein Rechtsanspruch auf Aussetzung des Verfahrens entnommen werden. Es besteht diesbezüglich auch kein Anlass, weil die bisher ergangenen Entscheidungen des EuGH klar sind und auf deren Boden die weiter oben zitierten einhelligen Entscheidungen der österreichischen Höchstgerichte ergangen sind.

Wie sich im Übrigen aus der aktuellen Judikatur des VwGH ergibt (vgl. VwGH v. 7. Juni 2017, Ra 2017/17/0036) „sind die Voraussetzungen für eine Vorlagepflicht an den EuGH gemäß Art 267 AEUV klar bzw geklärt. Ebenso sind die Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor durch die nationalen Gerichte geklärt (vgl EuGH vom 15. September 2011, C-347/09, Dickinger und Ömer, Rn 83 f, vom 30. April 2014, C-390/12, Pfleger, Rn 47 ff, sowie vom 30. Juni 2016, C-464/15, A & Entertainment, Rn 31 ff). Diesen Anforderungen ist der Verwaltungsgerichtshof im zitierten Erkenntnis vom 16. März 2016 durch die Durchführung der sogenannten Gesamtwürdigung nachgekommen (vgl VwGH vom 14. Februar 2017, Ra 2017/17/0010).“

VI.1. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass das von der Bf vertretene Unternehmen als Eigentümerin der Geräte im vorgeworfenen Tatzeitraum an verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt hat. Der Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG ist somit in objektiver Hinsicht erfüllt. Die Bf verantwortet dieses Verhalten als Geschäftsführerin.

VI.2. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da § 52 GSpG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten.

Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN).

VI.3. Der rechtsfreundliche Vertreter der Bf beruft sich 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 beruft sich lediglich auf die vereinzelt gebliebene Judikatur des LVwG Oö. Demgegenüber steht eine ständige, der Bf und insbesondere dem Bf-Vertreter aus anderen Verwaltungsstrafverfahren bekannte Praxis der zuständigen Verwaltungsbehörden und insbesondere die einhellige, weiter oben dargestellte Judikatur des VwGH und der anderen Höchstgerichte. Sie konnte sich demnach nicht erfolgreich auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum berufen, sondern unterliegt bestenfalls einem Rechtsirrtum, der ihr allerdings vorwerfbar ist.

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

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

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

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung

durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. u.a. VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbes. Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

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

Die belangte Behörde führte zur Strafbemessung aus, dass eine rechtskräftige einschlägige Vorstrafe im Zusammenhang mit einer Glücksspielkontrolle am 16. März 2015 vorliegt (LVwG-411257 v. 25.5.2016) und erwähnt, dass aufgrund des Vorliegens vielfacher Anzeigen wegen der unternehmerischen Beteiligung an illegalem Glücksspiel zumindest bedingter Vorsatz vorliegen würde. Dazu ist anzumerken, dass bei vorerwähntem Strafverfahren ein Eingriff mit 2 Geräten angelastet und bestraft wurde. Bei der Tat handelt es sich also um eine Wiederholungstat in Bezug auf § 52 Abs. 1 GSpG, nicht jedoch um eine Wiederholung im Sinne der Qualifikation des 4. Strafsatzes.

Damit liegt der Strafrahmen für die gegenständlichen Glücksspielgeräte bei 3.000 – 30.000 Euro (vgl. hiezu VwGH 22. Februar 2017, Ra 2016/17/0033).

Milderungsgründe wurden nicht festgestellt und sind auch für das Verwaltungsgericht nicht erkennbar. Erschwerend wirkt der neuerliche Verstoß gegen das GSpG. Bei der Berechnung der Strafhöhe ging die Behörde von einem Nettoeinkommen von 3.000 Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten

aus. Die Bf hat sich diesbezüglich nicht geäußert, sodass die Annahmen der belangten Behörde der ggst. Entscheidung zugrunde gelegt werden können.

Angesichts der Anwendung des falschen Strafsatzes war die Strafe, mit Blick auf das Verbot der reformatio in peius herabzusetzen und die Ersatzfreiheitsstrafe aufgrund des gleichen Grundsatzes verhältnismäßig anzupassen. Mit der Mindeststrafe konnte angesichts des erheblichen Verschuldens und der (nicht strafsatzbestimmenden) Wiederholung nicht das Auslangen gefunden werden. Die festgesetzten Strafen erscheinen dem Gericht erforderlich, um die Bf vor weiteren Verstößen gegen das GSpG abzuhalten. Sie liegen im untersten Bereich des Strafrahmens.

VIII. Der Beschwerde war sohin im Punkt der Strafe Folge zu geben. Im Punkt der Schuld war sie gemäß § 50 VwGVG als unbegründet abzuweisen, der angefochtene Bescheid insoweit zu bestätigen und spruchgemäß zu entscheiden.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG waren der Bf keine Kosten für das verwaltungsgerichtliche Verfahren aufzuerlegen, weil der Beschwerde teilweise Folge gegeben wurde. Die Kosten für das Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde reduzieren sich auf 10% der neu verhängten Strafe, also insgesamt 2.400 Euro.

IX. 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 e

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl