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-411833/9/Zo/SM

Datum:
Linz, 6. Juli 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Zöbl über die Beschwerde von R W, geb. x, F, T, vertreten durch RA Dr. F M, D, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr vom 3. Februar 2017, GZ: VStV/916300690543/2016, betreffend einen Verstoß gegen § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das in Beschwerde gezogene Straferkenntnis vollinhaltlich bestätigt.

II. Die Beschwerdeführerin hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in Höhe von 20 % der verhängten Strafe, somit insgesamt 800,00 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr (in der Folge: belangte Behörde) vom 3. Februar 2017, GZ: VStV/916300690543/2016, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe iHv. 4.000,00 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 1 Tag und 12 Stunden verhängt, weil sie es als handelsrechtliche Geschäftsführerin der G s.r.o. mit Sitz in B, Z, zu verantworten habe, dass sich dieses Unternehmen an Glückspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, zumindest in der Zeit von 28.01.2016 bis 24.05.2016 im Lokal unter Verwendung von 1 Glückspielgerät unternehmerisch beteiligt hat.

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

„Sie haben wie am 24.05.2016 um 10:45 in S, F, Lokal K S festgestellt wurde, als das nach außen zur Vertretung berufene Organ der Fa. G s.r.o. als handelsrechtliche Geschäftsführerin dieser Firma folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Die Firma G s.r.o. hat in der Zeit von zumindest vom 28.01.2016 bis zum Kontrolltag am 24.05.2016 das verfahrensgegenständliche Glücksspielgerät gegen Entgelt zur Verfügung gestellt um fortgesetzt Einnahmen aus den mit dem Eingriffsgegenstand veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form von Walzenspielen, zu erzielen.
Die Firma G s.r.o. hat sich somit an der Veranstaltung von Glücksspielen in Form verbotener Ausspielungen an denen die Spieler vom Ausland aus teilnehmen konnten, als Unternehmer beteiligt und damit eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1, viertes Tatbild GSpG begangen, was Sie als das zur Vertretung nach außen berufene Organ, also als handelsrechtliche Geschäftsführerin dieser Firma zu verantworten haben.

Die Ihnen angelastete Verwaltungsübertretung wurde bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2 durchgeführten Kontrolle am 24.05.2016 um 10:45 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung K S (B B) in S, F, Betreiber P GmbH festgestellt. Es wurde folgendes Gerät (welches mit fortlaufender Nummerierung versehen wurde) betriebsbereit und funktionsfähig vorgefunden:

FA-Geräte-Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typen-bezeichnung	Versiegelungsplaketten Nr.
FA-8	-	x	double tronic skill	054274-054276

Mit diesem Gerät wurden, zumindest seit dem Aufstellungsdatum, wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen durchgeführt, wobei aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in verschiedener Höhe deshalb in das

Glücksspielmonopol eingegriffen wurde, weil weder die dafür erforderliche Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die mit diesen Geräten durchführbaren Ausspielungen nach den Bestimmungen des § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren.

Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F.

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

Geldstrafen von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafen von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
Euro 4.000	1 Tage(n) 12 Stunden 0 Minute(n)		§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG)

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei. Eine Rechtsgrundlage für die gegenständlichen Ausspielungen konnte nicht nachgewiesen werden, insbesondere lag keine entsprechende Konzession nach dem Glücksspielgesetz oder eine Ausnahme von dessen Anwendung vor.
Bezüglich der Strafbemessung ging die belangte Behörde von durchschnittlichen Verhältnissen aus. Die verhängte Geldstrafe entspräche dem Unrechts- und dem Schuldgehalt der Tat und erscheine notwendig, die Bf in Hinkunft von der Begehung derartiger Übertretungen abzuhalten.

2. Mit Schreiben vom 3. März 2017 erhob die Bf in rechtsfreundlicher Vertretung fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde, mit welcher die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu den Ausspruch einer Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 VStG, in eventu eine Herabsetzung der verhängten Strafe, beantragt wurden.

Begründend führte die Bf zusammengefasst aus, dass Begründungsmängel, Verfahrensfehler und eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorlägen, dass die belangte Behörde überdies unzuständig gewesen sei, dass im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsmeinungen kein Verschulden anzulasten sei, dass keine Milderungsgründe festgestellt sowie Erschwerungsgründe unzutreffend gewertet worden seien und daher die Strafe zu hoch bemessen worden sei. Generell wird in der Beschwerde mit Verweis auf die Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte sowie des EuGH die Vereinbarkeit des Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht angezweifelt.

3. Die belangte Behörde legte den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 9. März 2017 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

4. Zu der für den 01. Juni 2017 anberaumten mündlichen Verhandlung legte die Bf ein ergänzendes schriftliches Vorbringen samt Beilage vor.
Darin führte sie – auf das Wesentliche zusammengefasst – aus, dass die belangte Behörde Art. 267 AEUV nicht beachtet habe und eine willkürliche Nichtvorlage von entscheidungswesentlichen Vorlagefragen einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK darstelle. Dazu formulierte sie neun Vorfragen, die die Auslegung der unionsrechtlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit betrafen, insbesondere deren Vereinbarkeit mit den nationalen Regelungen im Glücksspielsektor. In Hinblick auf drei beim EuGH behängende Verfahren mit identem Sachverhalt beantragte die Bf weiters die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung in diesen Rechtssachen. Zudem brachte sie vor, dass es sich bei den hier gegenständlichen Geräten um reine Geschicklichkeitsapparate mit Touchscreen Funktion, jedoch keine Glücksspielautomaten handle und beantragte diesbezüglich die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Die Bf geht trotz der jüngeren Rechtsprechung des VwGH und VfGH von der Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols aus, zumal in den zitierten Entscheidungen keine eigenständige Sachverhaltsermittlung erfolgt sei, die im Sinne der von der Judikatur des EuGH geforderten dynamischen Betrachtungsweise der Regelung auch Auswirkungen nach deren Erlass berücksichtigen würde. Ihrer Ansicht nach liegt kein Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vor. Dazu zitierte sie verschiedene Lehrmeinungen, die bisherige Rechtsprechung des EuGH, sowie die ihres Erachtens widersprüchliche Rechtsprechung des OGH.

5. Am 01.06.2017 fand im Beisein eines Vertreters des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr die öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der die Zeugen Ing. N K und Mag. J S einvernommen wurden.

6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere die Anzeige der O O M GmbH, die im Akt einliegende Niederschrift der Finanzpolizei,
den Aktenvermerk vom 24.05.2016 zum Verlauf der Kontrolle und der festgestellten Funktionsweise der Spielapparate, die im Zuge der Kontrolle angefertigten Lichtbilder, die GSp26-Formulare, das Besuchsprotokoll vom 01.03.2016 der O O M GmbH, den Evaluierungsbericht des BMF vom November 2014 „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“ und das Informationsschreiben der Stabstelle für Spielerschutz zu einer neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ samt dieser Studie (Kalke Studie), sowie das Beschwerdevorbringen und die öffentliche mündliche Verhandlung vom 1. Juni 2017.

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

Das gegenständliche Verfahren wurde aufgrund einer Anzeige der O O M GmbH vom 25.04.2016 eingeleitet. Darin wurde ausgeführt, dass am 01.03.2016 im hier gegenständlichen Lokal „K S“ in der F, S um ca. 20:45 die Veranstaltung von verbotenen Ausspielungen festgestellt worden sei.

Am 01.03.2016 war von einem Mitarbeiter der O O M GmbH, Ing. N K, eine Überprüfung des Lokales durchgeführt und mittels Besuchsprotokoll dokumentiert worden. Bei diesem Besuch befanden sich im Innenbereich des Lokales 8 virtuelle Walzengeräte, darunter auch das im Spruch des angefochtenen Bescheides genannte, und zwei Hundewettterminals, die allesamt eingeschaltet und betriebsbereit waren. Bei den 8 Walzengeräten handelte es sich bei allen um sogenannte „Skill Games“ Geräte der Marke Kajot, wobei die Geräte sowohl von der Type als auch von der Bauart völlig gleich waren und auf dem Startbildschirm jeweils die gleichen Spiele angeboten wurden.

Der Mitarbeiter der O O GmbH führte an diesem Tag folgendes Testspiel an einem der Walzengeräte durch:

FA-Nr.	*Spiel*	*mögl. Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
1	*Ring of Fire XL*	*mind. 0,10 – max. 25 €*	*höchstens 180 – 45000 €*

Aufgrund der Anzeige führten Organe der Finanzpolizei am 24. Mai 2016 um 10:45 Uhr eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz im Lokal „K S (B B)“, in der F, S, betrieben von der P GmbH mit Sitz in W, durch.

Zum Zeitpunkt der Kontrolle wurde im Lokal das im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführte Gerät betriebsbereit vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen.

Das in Rede stehende Gerät war zwecks nachhaltiger Einnahmenerzielung in dem gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Es konnten Einsätze an dem Gerät geleistet werden, für welche - abhängig vom Einsatz - Gewinne in Aussicht gestellt wurden. Eine Konzession für die Aufstellung bzw. den Betrieb des Gerätes war nicht vorhanden.

Eigentümer des in Rede stehenden Gerätes ist die G s.r.o. mit Sitz in B, Z. Die G s.r.o. ist eine slovakische s.r.o., sohin eine mit der österreichischen GmbH vergleichbare Gesellschaft. Sie verfügt über ein Stammkapital von umgerechnet etwa 7.200,- Euro (200.000,-- SKK) und hat keinen Aufsichtsrat. Die Gesellschaft

verfügt über eine Zweigniederlassung in Österreich (W, G). Die Bf ist handelsrechtliche Geschäftsführerin dieses Unternehmens und verfügt über ein durchschnittliches Einkommen und Vermögen.

Da die Geräte mit den Nummern 1 – 8 am 24.05.2016 sofort nach Kontrollbeginn vom Internet getrennt wurden und um 10:48 die Fehlermeldung „Net Error“ anzeigten, konnten die Beamten der Finanzpolizei an diesen am Kontrolltag keine Testspiele durchführen.

Der Spielablauf des virtuellen Walzenspieles am hier gegenständlichen Gerät (FA-Nr. 8) mit vorgelagertem „Skill Game“ stellte sich wie folgt dar:

Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen wurden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wurde mit der Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen, zumal die Walzen nach 1 bis maximal 2 Sekunden selbstständig zu laufen aufhörten.

Bei den virtuellen Walzenspielen war ein sogenanntes „Skill Game“ vorgelagert. Vor Spielbeginn musste daher zuerst eines der „großen Walzenspiele“ ausgewählt werden. Dann begannen zunächst die kleinen Walzen zu laufen. Es handelte sich dabei um ein Miniaturwalzenspiel mit 3 virtuellen Walzen, welche die Zahlen 0 – 9 sowie den Buchstaben „A“ aufweisen. Die Zusammensetzung dieser Walzen wurde mit jeder Starttastenbetätigung vom Programm neu festgelegt, ohne dass der Spieler darauf einen Einfluss hatte. Dieses „kleine Walzenspiel“ wurde durch Loslassen der Start-Taste gestoppt. Erschien beim „kleinen Walzenspiel“ ein „A“, so wurde automatisch der große Walzenlauf ausgelöst, auf welchen der Spieler keinen Einfluss hatte, und damit das eigentliche Glücksspiel. Erschien im kleinen Walzenlauf einmal die Zahl 0, war der Einsatz verloren. Erschienen 3 Zahlen (außer 0) war es theoretisch möglich, einen Gewinn zu erzielen.

Das gegenständliche Gerät verfügte zudem über eine „Automatikfunktion“. Eine der Tasten am Gerät war so programmiert, dass nach längerem Festhalten (etwa 10 sek) dieser Taste im Hauptmenü die Spiele automatisch ohne Zutun des Spielers abliefen. In diesem Fall erschien im kleinen Walzenlauf immer ein A und es wurde automatisch der große Walzenlauf gestartet. Nach dessen Beendigung startete automatisch wieder ein kleiner Walzenlauf, welcher in der „Automatikfunktion“ jedes Mal ein „A“ ergab, sodass jedes Mal ein großer Walzenlauf gestartet werden kann. Erst wenn die Automatikfunktion wieder deaktiviert wird, müssen die Spiele wieder einzeln abgerufen werden bzw. können während der „Automatikfunktion“ erzielte Gewinne in das Guthaben übertragen werden.

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

Ausgehend vom Jahr 2015 haben 41% der Bevölkerung (14 bis 65 Jahre) in den letzten 12 Monaten irgendein Glücksspiel um Geld gespielt, dieser Wert ist seit 2009 kaum verändert (2009: 42%). Das klassische Lotto „6 aus 45“ ist das beliebteste Glücksspiel in Österreich. Jeder dritte Österreicher hat dieses Spiel im Jahr 2015 mindestens einmal in den letzten 12 Monaten gespielt (ca. 33%), der prozentuale Anteil für die 30-Tages-Prävalenz beträgt ca. 20%. Seit 2009 haben sich diese Werte so gut wie nicht geändert (jeweils nur um ca. ± 1 Prozentpunkt). Dagegen ist für diesen Zeitraum eine deutliche Zunahme bei der europäischen Lotterie, den Euromillionen, zu konstatieren: Der Prozentwert für die monatliche Teilnahme hat sich von etwa 4% auf etwa 8% verdoppelt. Auch beim Joker gibt es seit 2009 einen prozentualen Anstieg. Inzwischen spielt jede siebte Person mindestens einmal im Jahr dieses Glücksspiel (ca. 14%). Damit ist es das zweitverbreitete Glücksspiel in Österreich. Bei den Rubbellosen – die auf dem vierten Platz liegen – sind nur geringe Veränderungen zwischen 2009 und 2015 vorhanden. Alle anderen Glücksspiele besitzen bezogen auf die Spielteilnahme in der Gesamtbevölkerung eine nachgeordnete Bedeutung: Das gilt für die Sportwetten genauso wie für die klassischen Kasinospiele, bei denen 2015 jeweils etwa 4% in den letzten 12 Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Kasinos und in Spielhallen werden von noch weniger Personen gespielt. In den letzten 12 Monaten haben am Automatenglücksspiel in Spielbanken ca. 0,5% teilgenommen, im Jahr 2009 waren dies ca. 0,6% bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz. Bezüglich der Teilnahme am Automatenglücksspiel außerhalb von

Spielbanken (Spielhallen, Einzelaufstellungen, illegale Glücksspielautomaten) ist der Wert bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz von ca. 1,2% im Jahr 2009 auf ca. 1% im Jahr 2015 zurückgegangen.

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

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

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

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen

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

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

Beim BMF wurde mit 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.

III.
Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der Anzeige der Finanzpolizei, der Niederschrift über die Einvernahme der Angestellten B I S und dem Besuchsprotokoll der O O M GmbH vom 01.03.2016 samt Lichtbildern. Sie gründen zudem auf der glaubwürdigen Aussage der Zeugen K und S.

Dass die Bf seit 03.12.2014, somit auch im Tatzeitraum, Geschäftsführerin der G s.r.o. mit Sitz in B, Z, ist, ergibt sich aus dem im Akt einliegenden Firmenbuchauszug. Dass dieses Unternehmen Eigentümerin des gegenständlichen Geräts ist, ergibt sich aus der Kennzeichnung auf dem Gerät sowie den Auszahlungsgutscheinen (Lichtbild vom 24.05.2016) und wurde im Übrigen von der G s.r.o. auch im Verfahren nicht bestritten. Dass die Bf über mittlere Einkommens- und Vermögensverhältnisse verfügt, wurde von der belangten Behörde mangels gegenteiliger Informationen angenommen und blieb im Verfahren unwidersprochen.

Dass weder die G s.r.o als Eigentümerin des Gerätes, noch die P GmbH als Lokalbetreiberin im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit den verfahrens-gegenständlichen Geräten gewesen wären oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet. Ebenso ist eine solche der diesbezüglich einschlägigen Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/ steuern/gluecksspiel-spielerschutz/in-oesterreich/gspg-konzessionaere.html nicht entnehmbar.

Dass das Gerät zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass

dieses von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurden und die Funktionsweise der Geräte eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären und dass die Geräte nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wären.
Insbesondere deuten auch die Ausführungen der Angestellten S, die bei der Einvernahme durch die Finanzpolizei aussagte, es gäbe eine Vereinbarung zwischen dem Lokalbetreiber und dem Aufsteller der Geräte, auf eine beabsichtigte Einnahmenerzielung hin. Naheliegend ist, dass diese Vereinbarung regelte, wie die Gewinne aus den Glücksspielgeräten aufgeteilt werden sollten. Nach Aussage der Angestellten wurden die Geräte durch den Schlussdienst geleert und abgerechnet, wobei das Geld aus den Geräten in einem Kuvert im Safe verwahrt wurde. Auch dies weist eindeutig auf einen Betrieb der Geräte zur Einnahmenerzielung hin.

Dass das verfahrensgegenständliche Gerät zumindest von 28.01.2016 bis 24. Mai 2016 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal aufgestellt waren, ergibt sich einerseits aus der Aussage der Angestellten S, welche angab, dass die Geräte ca. seit der letzten Finanzamtskontrolle, glaublich im Jänner, im Lokal stehen würden. Andererseits lässt sich aus dem Aktenvermerk der Finanzpolizei vom 24.05.2016 (Seite 2) ableiten, dass am 27.01.2016 eine Glücksspielkontrolle stattfand, in deren Folge die LPD Steyr eine (Teil-)Betriebsschließung aussprach.

Es handelte sich daher sowohl beim Lokalbesuch der anzeigenden O O M GmbH am 01.03.2016, als auch bei der finanzpolizeilichen Kontrolle am 24.05.2017 um dieselben Geräte. Trotz der Nichtdurchführung von Testspielen an den Walzengeräten am Kontrolltag konnte die Funktionsweise dieser Apparate anhand des Besuchsprotokolles sowie der Aussage des Zeugen K in der mündlichen Verhandlung ermittelt werden. Dessen Bespielung eines der Skill-Games Geräte liefert ausreichenden Beweis über die Funktionsweise des hier gegenständlichen Gerätes (FA-Nr. 8), zumal alle bei der Kontrolle aufgestellten Walzengeräte mit Skill Game nach seiner Aussage von der Type, Bauart und Angebot der Spiele völlig gleich waren.
Auch der Zeuge S bestätigte in der mündlichen Verhandlung, dass die 8 Walzengeräte optisch anhand der auf den Bildschirmen ersichtlichen Spielen bzw. Gewinnplänen genauso aussahen wie alle anderen Walzengeräte, welche er in der Vergangenheit bereits bespielt und kontrolliert hatte. Aus seiner Sicht handle es sich daher um Glücksspielgeräte, welche genauso funktionieren würden wie die sonst von ihm kontrollierten.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich einerseits aus dem

Besuchsprotokoll der O O M GmbH, den Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle und andererseits aus den glaubwürdigen und schlüssigen Aussagen der Zeugen K und S die glaubhaft darlegten, dass eine Einflussnahme auf das Spielergebnis unmöglich war. So führte der Zeuge K etwa aus, dass er bei dem am 01.03.2016 bespielten Gerät keinerlei Möglichkeit hatte, den Walzenlauf zu beeinflussen und er sich auch an keine Kontrolle erinnern könne, bei der bei dieser Art von Gerät eine Beeinflussung des Walzenlaufs möglich gewesen wäre. Der Zeuge S verwies darauf, dass die 8 Walzengeräte bei der Kontrolle zwar nicht bespielt werden konnten, diese jedoch optisch sowie anhand der auf den Bildschirmen ersichtlichen Spielen bzw. Gewinnplänen genauso ausgesehen hätten wie alle anderen Walzengeräte, welche er in der Vergangenheit bereits bespielt und kontrolliert habe. Daraus ist ebenfalls zu schließen, dass es sich um ein übliches Glücksspielgerät mit der bereits bekannten Funktionsweise handelte.

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

Aus dem der Beschwerde beigelegten Urteil des Bezirksgerichtes Wels vom 17.03.2015 zu 8 C 673/14g-17 ist weder ersichtlich, um welche Geräte es sich in diesem Verfahren konkret handelte, noch ob diese mit den im vorliegenden Fall gegenständlichen hinsichtlich der angebotenen Spiele und Funktionsweise vergleichbar sind. Auch das Privatgutachten, auf das sich die Richterin in der Begründung bezieht, ist – mangels Vorlage – nicht auf seine Schlüssigkeit überprüfbar.

In Hinblick auf die durch das Besuchsprotokoll der O O M GmbH, die Zeugenaussagen in der mündlichen Verhandlung, die sorgfältig dokumentierten Erhebungen der Finanzpolizei bei der Glücksspielkontrolle, sowie die Erfahrungen aus bisherigen gleichartigen Verfahren festgestellte Funktionsweise der

Walzengeräte mit vorgelagertem „Skill Game“ ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich der Überzeugung, dass es sich dabei um Geräte handelt, an denen Spiele angeboten werden, deren Ergebnis ausschließlich vom Zufall abhängt. Die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens zum Beweisthema der Funktionsweise der gegenständlich beschlagnahmten Terminals – wie in der Beschwerde beantragt – konnte somit unterbleiben.

Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt, es sind aus Sicht des erkennenden Gerichts im Verfahren keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Studie hervorgekommen. Die Feststellungen zu den Tätigkeiten des BMF, der Finanzpolizei und der Konzessionäre sowie die Feststellungen zur Anbindung an das Bundesrechenzentrum gründen vor allem auf den Angaben des BMF im Glücksspielbericht 2010-2013 und im Evaluierungsbericht des BMF zu den Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014. Aus Sicht des erkennenden Gerichts bestehen hinsichtlich der diesbezüglichen Ausführungen in den Berichten keine Bedenken gegen die Richtigkeit, zumal auch davon auszugehen ist, dass das BMF über den Inhalt und Umfang der Tätigkeiten der Behörden Kenntnis hat und aufgrund der Funktion als Aufsichtsbehörde auch über bestimmte Tätigkeiten der Konzessionäre informiert ist. Gründe dafür, dass vom BMF diesbezüglich auf Tatsachenebene falsche Auskünfte gegeben worden wären, sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

IV. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht erwogen:

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

2. Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl I Nr. 118/2016, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs 2 daran beteiligt.

Gemäß § 52 Abs 2 GSpG ist bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der

Höhe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro zu verhängen.

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

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

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

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

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

Gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52/1991, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl. I Nr. 33/2013, ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

3. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät Spiele durchgeführt werden konnten, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Aufgrund des festgestellten Spielablaufes der an diesem Gerät verfügbaren virtuellen Walzenspiele ist es auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung

(vgl. etwa VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201) als erwiesen anzusehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die festgestellten Spiele somit als Glücksspiele iSd. § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind.

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 die von der Bf vertretene G s.r.o. von diesem auch nicht ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

4. Das Gerät war zum Beginn der Kontrolle am 24. Mai 2016 im gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Das Argument der Bf, es wäre im Zeitraum der finanzpolizeilichen Kontrolle kein Spielen möglich gewesen, ist nicht nachvollziehbar und schon durch die dokumentierten Testspiele widerlegt.

5. Die Beschwerde macht auch die Unanwendbarkeit des GSpG in Folge von Unionsrechtswidrigkeit geltend. 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).

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

Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, und es sind (Stand 2015) zwischen ca. 27.600 bis ca. 46.000 Personen spielsüchtig. Die Spielsucht stellt daher in Österreich ein relevantes Problem dar. Durch das im GSpG geregelte Glücksspielmonopol sollen unter anderem die Gelegenheiten zum Spiel vermindert, die Ausnutzung der Spielleidenschaft begrenzt und der Spielerschutz gewährleistet werden (vgl. in diesem Zusammenhang etwa die §§ 5, 14, 16, 19, 21, 22, 25, 26, 31 und 56; so ausdrücklich auch die erläuternden

Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Novelle BGBl I Nr 73/2010; in diesem Sinne auch bereits die Rsp der österreichischen Höchstgerichte siehe etwa VfGH 06.12.2012, B1337/11 ua; VfGH 12.3.2015, G 205/2014-15 ua; VwGH 7.03.2013, 2011/17/0304, VwGH 4.11.2009, 2009/17/0147; OGH 20.3.2013, 6 Ob 118/12i; 17.02.2015, 4 Ob 229/14a: Aus den gesetzlichen Bestimmungen als solchen sei nicht abzuleiten, dass die Ausgestaltung des Glücksspielrechts nicht dem Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung diente). Diese Zielsetzungen vermögen daher eine Beschränkung der Glücksspieltätigkeiten im Sinne der Rsp des EuGH zu rechtfertigen. 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 (vgl. VfGH vom 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Dem evidenten Spielsuchtproblem in Österreich soll gerade auch durch das im GSpG geregelte Monopol entgegengetreten werden, wobei es sich bei der Normierung eines Monopolsystems um eine geeignete Maßnahme handeln kann, um den negativen Erscheinungen unkontrollierten Glücksspieles entgegen zu wirken (vgl. EuGH Rechtssache *Pfleger*, C-390/12 RZ 41).

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

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

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

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

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

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich ferner, dass durch die GSpG-Novellen 2008/2010 die elektronische Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) festgelegt worden ist. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische

Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

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

Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist die unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (so etwa VwGH Ro 24.04.2015, 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w; VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Nach der Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache Admiral Casinos & Entertainment AG, C-464/15) ist hierbei nicht nur auf die Zielsetzung im Moment des Erlasses der Regelung abzustellen, sondern auch auf die Auswirkungen der Regelung seit deren Erlass, wobei Gerichte damit nicht angeleitet werden, dies „empirisch mit Sicherheit“ feststellen zu müssen.

Als Folge der gesetzlichen und behördlichen Vorgaben werden durch die konzessionierten Betreiber Maßnahmen zum Spielerschutz tatsächlich umgesetzt. So ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt etwa, dass im Bereich der Spielbanken gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2013 in Summe nahezu 7.000 Wirtschaftsauskünfte beim 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 Kasinos und von ca. 33,2% [2009] auf ca. 27,2% [2015] bei Automatenaufstellungen außerhalb von Kasinos) 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 „Casino Austria“ im Vergleich zu den (häufig auch nicht bewilligten) Ausspielungen in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen eher gering ausfallen.

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

Zum Vorbringen betreffend die Werbetätigkeit ist Folgendes auszuführen: Aus der Rsp des EuGH ergibt sich, dass Werbung für Glücksspiel nicht generell dem Unionsrecht widerspricht, aber die Werbetätigkeit maßvoll und eng darauf begrenzt werden muss, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken (vgl dazu etwa Rechtssachen *Dickinger/Ömer*, C-347/09; *Placanica*, C-338/04*; HIT hoteli u.a.,* C-176/11). Gemäß § 56 Abs. 1 GSpG haben die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber bei ihren Werbeauftritten einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren, wobei die Einhaltung im Aufsichtswege überwacht wird. Bei Beurteilung der Werbetätigkeit kommt es nicht auf eine einzelne Werbung an, sondern es ist vielmehr die Gesamtheit der Werbemaßnahmen der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber heranzuziehen (vgl. auch OGH 27.11.2013, 2 Ob 243/12t).

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

wecken bzw. zu verstärken, so hat jedenfalls die Gesamtheit der Werbetätigkeiten nicht zu einer Ausweitung des Glücksspieles geführt. Es haben daher die Gesamtwirkungen der Werbetätigkeit die kohärente und systematische Verfolgung der Ziele des GSpG nicht beeinträchtigt.

Nachdem es in Österreich (bezogen auf den Zeitraum 2009 bis 2015) zu keinem Wachstum des gesamten Glücksspielmarkts gekommen ist und (nach der Rsp des EuGH) eine Werbung der Konzessionäre für ihre Produkte zum Zweck, den vorhandenen Markt für sich zu gewinnen, jedenfalls zulässig ist (vgl. EuGH Rechtssache *Dickinger/Ömer* C-347/09, RN 69), geht das 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.

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

Diese Beurteilung entspricht auch der aktuellen Rechtsprechung des VwGH zu diesem Thema (Ro 2015/17/0022-7 vom 16.03.2016). Ebenso konnte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016 (E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19) keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen erkennen. Auch der Oberste Gerichtshof hat mit Beschluss vom 22.11.2016, 4 Ob 31/13m die Konformität des österreichischen Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht festgestellt.

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

Mayer/Stöger, (Hrsg) EUV/AEUV, Art 267 AEUV (Stand: April 2012, rdb.at) Rz 87 mwN)

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

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

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

8. Laut dem vom Bf zitierten Urteil des EuGH vom 14.06.2017, C-685/15, Rs O G H GmbH sieht es dieser grundsätzlich als Pflicht der zuständigen staatlichen (Verwaltungs-)Behörden, Beweise für Rechtfertigungsgründe für die Beschränkung von Grundfreiheiten vorzubringen. Gerichte können demnach zwar verpflichtet sein, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Vorlage der Beweise zu fördern. Sie können jedoch laut EuGH nicht verpflichtet sein, anstelle der genannten Behörden die Rechtfertigungsgründe vorzubringen, die eigentlich die Behörden vorzubringen haben (unter Berufung auf die Rs *Pfleger* vom 30.04.2014, C-390/12). Werden diese Rechtfertigungsgründe wegen der

Abwesenheit oder Passivität der Behörden nicht vorgebracht, müssen die nationalen Gerichte alle Konsequenzen ziehen dürfen, die sich aus solchem Mangel ergeben.

Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes ist dieses Urteil jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass – sofern die mitgliedstaatlichen Behörden keine oder unzureichende Beweise vorlegen – automatisch „zulasten“ der Behörden von einer Unionsrechtswidrigkeit auszugehen wäre, wie die Bf offenbar vermeint. Vielmehr muss es dem Gericht im Sinne des dem Verwaltungsstrafverfahren immanenten Prinzips der materiellen Wahrheit (§ 38 VwGVG iVm § 25 VStG) und der Amtswegigkeit (§ 17 VwGVG iVm § 39 Abs. 2 AVG) freistehen, dazu eigene geeignete, objektive Beweismittel einzuholen und auf deren Basis die nach der Rechtsprechung des EuGH geforderte „Gesamtwürdigung“ vorzunehmen. Anders als im Zivilprozess sieht das Verwaltungsstrafverfahren gerade keine Beweislastverteilung vor, die bei einer Negativfeststellung hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache zwingend zum Prozessverlust der für diese Tatsache beweispflichtigen Partei führt. Vielmehr muss – vor allem auch im Sinne des Beschuldigten und eines fairen Verfahrens gem. Art. 6 EMRK - eine umfassende Untersuchung des Sachverhaltes erfolgen und haben die Verwaltungsgerichte die Pflicht, alles in ihrer Macht stehende zu unternehmen, um der Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen. Dazu sind alle sich bietenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen und diejenigen Beweise zu erheben, die sich nach den Umständen des jeweiligen Falles anbieten oder als sachdienlich erweisen können. Es wäre absurd und den wesentlichen Grundsätzen des Verwaltungsstrafverfahrens zuwiderlaufend, würde ein unterlassenes Vorbringen zur Rechtfertigung eines allfälligen Eingriffes in eine Grundfreiheit von Seiten der Behörde dazu führen, dass das Landesverwaltungsgericht jegliche Ermittlungstätigkeit in diese Richtung zu unterlassen hätte.

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

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

Der (indirekte) Vorwurf an das Landesverwaltungsgericht, gleichsam auch als Ankläger allein belastendes Material erhoben zu haben, ist vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR daher unbegründet.

9. Insoweit die Bf auf die nicht einheitliche Rechtsprechung des OGH verweist (Seiten 6ff der Beschwerde), ist dem entgegenzuhalten, dass die von ihm zitierten Entscheidungen 4 Ob 31/16m und 10 Ob 52/16v Feststellungsklagen im Zivilverfahren betrafen. Wie bereits oben ausgeführt, weichen die Voraussetzungen für derartige zivilrechtliche Ansprüche, sowie die Behauptungs- und Beweislastregeln wesentlich von jenen im Verwaltungsstrafverfahren ab, weshalb diese Entscheidungen auf den vorliegenden Fall nicht unmittelbar umlegbar sind. Zudem wurde – wie die Bf selbst einräumt - der Gesetzesprüfungsantrag des OGH vom Verfassungsgerichtshof aus formalen Gründen zurückgewiesen (15.10.2016, G 103-104/2016) bzw. zahleiche Beschwerden unter Berufung auf diesen Antrag abgewiesen (15.10.2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19).

10. Die Bf hat in ihrem ergänzenden Vorbringen vom 01.06.2017 die Einvernahme mehrerer Zeugen im Wesentlichen zum Beweis des Anstiegs der Anzahl an Spielsüchtigen und der Ineffektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz (Unrichtigkeit der Kalkestudie) beantragt.

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

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

Maßnahmen zu entnehmen. Persönliche Meinungen von Einzelpersonen sind daher für die vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorzunehmende rechtliche Beurteilung, ob angesichts bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen als (im rechtlichen Sinne ausreichend) effektiv angesehen werden können oder nicht, nicht von Relevanz. Auch die Beweisanträge zur Effektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz waren daher abzuweisen.

11. Die G s.r.o. als Eigentümerin der Geräte hat diese gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, sich somit unternehmerisch an Ausspielungen beteiligt und den objektiven Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG erfüllt. Die Bf ist als handelsrechtliche Geschäftsführerin zur Vertretung nach außen berufen und somit gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

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

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

Der Bf kann auch nicht zugutegehalten werden, dass ihr die Unionsrechtskonformität der einschlägigen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht vorwerfbar bzw. nicht bekannt gewesen wäre.

Entschuldigend wirken 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), einer 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 (vgl. VwGH 22.02.2006, 2005/17/0195, und *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 5 Rz 21).

Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt war einerseits § 52 Abs. 3 GSpG idF. BGBl I Nr. 13/2014 in Geltung, andererseits existierte dazu bereits höchstgerichtliche Judikatur. Die vereinzelt gebliebene Judikatur des LVwG Oö., welche Bedenken bezüglich der Unionskonformität hegte, wurde vom Verwaltungsgerichtshof nicht bestätigt (vgl. VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121-5). Die Bf konnte sich demnach nicht erfolgreich auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum berufen, sondern unterliegt bestenfalls einem Rechtsirrtum, der ihr allerdings vorwerfbar ist (vgl. auch VwGH 24.10.2016, Ro 2016/17/0002).

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

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

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

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den

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

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

Die belangte Behörde führte zur Strafbemessung aus, dass keine besonderen Milderungsgründe vorliegen würden. Das Ausmaß des Verschuldens konnte jedoch im Hinblick auf die offensichtliche Außerachtlassung der im gegenständlichen Fall objektiv gebotenen und der Beschuldigten zuzumutenden Sorgfalt nicht als geringfügig erachtet werden.
Den von der Bf vorgebrachten Milderungsgründen kann nicht gefolgt werden. Dass bei einem Ungehorsamsdelikt kein Schaden eingetreten ist, kommt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht als Milderungsgrund in Betracht (vgl. etwa VwGH 20.07.2004, 2002/03/0223, mwN). Es ist auch nicht zu erkennen, inwieweit sich die Bf ernstlich bemüht haben soll, nachteilige Folgen zu verhindern.

Bei der Berechnung der Strafhöhe ging die Behörde von durchschnittlichen Einkommens- und Vermögensverhältnissen aus. Die Bf hat bezüglich dieser Strafbemessungsgrundlagen keine Einwände geltend gemacht.

Der Strafrahmen der vorgeworfenen Tat liegt, da die Verwaltungsübertretung nicht mit mehr als 3 Geräten begangen worden ist, im Falle einer erstmaligen Begehung zwischen 1.000 Euro und 10.000 Euro pro Glücksspielgerät, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro.
Die Bf wurde vom LVwG Oberösterreich bereits im November 2015 wegen einer Übertretung des GspG rechtskräftig bestraft (LVwG-410952), weshalb der Strafrahmen zwischen 3.000 und 30.000 Euro liegt.

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

17. Es war somit spruchgemäß zu entscheiden. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung weicht nicht von der Rsp des VwGH zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen (vgl. insbesondere die in Punkt III. zitierte Judikatur).

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin

erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zöbl