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-411933/10/SE/SM

Datum: Linz, 1. September 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde von R W, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, X, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Wels vom 07.03.2017, GZ: VStV/917300114822/2017, betreffend ein Strafverfahren nach § 52 Abs. 1 Z 1 4. Fall Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 10.07.2017

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Die Beschwerdeführerin hat neben dem Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens 3.600 Euro als Beitrag für das Beschwerdeverfahren (20% der verhängten Strafe) zu bezahlen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Wels (in der Folge: belangte Behörde), vom 07.03.2017, GZ: VStV/917300114822/2017, wurde über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe iHv 18.000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 9 Tagen verhängt, weil sich die von ihr als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufene Organ vertretene X an Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, in der Zeit von 05.11.2015 bis 05.11.2016 im Lokal „X“ unter Verwendung eines Afric2go-Glücksspielgerätes unternehmerisch beteiligt habe.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben, wie zwischen 05.11.2016, 23.15 Uhr und 06.11.2016, 00.15 Uhr durch Organe der Finanzpolizei des Finanzamtes Grieskirchen-Wels festgestellt wurde, seit 05.11.2015 bis 05.11.2016 in W, X, Lokal ‚X', als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufene Organ der Fa. ‚X' zu verantworten, dass diese Gesellschaft *[Anm.: sich]* als Unternehmer (§ 2 Abs. 2 Glücksspielgesetz) in dem angeführten Lokal an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 und Abs. 4 Glücksspielgesetz zur Teilnahme vom Inland aus beteiligt und daraus Einnahmen erzielt hat, weil Sie folgendes Glücksspielgerät

- Afric2go, Serien-Nr.: keine Seriennummer,
  Versiegelungsplaketten-Nr.: X

im Rahmen ihrer Firma seit zumindest 05.11.2015 bis 05.11.2016 die für die Durchführung von Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen notwendigen Gegenstände gegen Entgelt zur Verfügung gestellt haben um fortgesetzt Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen, wobei die Spieler nur einen Einsatz und den dazugehörenden Gewinnplan auswählen konnten und den Spielern keine Möglichkeit geboten wurde, Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen oder Zahlen zu nehmen sondern die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing. Die Spieler konnten beim elektronischen Glücksrad den Vervielfältigungsmodus auswählen und durch Betätigen der Starttaste das Abspielen von Musik mit automatischem Beleuchtungsumlauf am elektronischen Glücksrad starten, weshalb die mit den Glücksspielgeräten durchgeführten Spiele als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz und Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes zu werten waren.
[...]“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei. Eine Rechtsgrundlage für die gegenständlichen Ausspielungen hätte

nicht nachgewiesen werden können, insbesondere sei keine entsprechende Konzession nach dem Glücksspielgesetz oder eine Ausnahme von dessen Anwendung vorgelegen. Die Bf sei daher gemäß § 9 VStG dafür verantwortlich, dass sich die von ihr vertretene Gesellschaft als Unternehmer an zur Teilnahme vom Inland aus verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG beteiligt und somit gegen § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild verstoßen habe.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende rechtzeitige Beschwerde der Bf, in welcher die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu der Ausspruch einer Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der verhängten Strafe sowie jedenfalls die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung beantragt werden.
Begründend wird unter anderem ausgeführt, dass ein nicht mehr korrigierbarer Spruchmangel in dem Umstand zu sehen sei, dass die belangte Behörde als Tatzeit exakt die Zeiten der Kontrollen annehme. Der belangten Behörde seien auch eine Vielzahl von Begründungsmängeln vorzuwerfen. Eine Sachverhaltsdarstellung sei der Begründung der angefochtenen Entscheidung überhaupt nicht bzw. nicht in ausreichendem Ausmaß zu entnehmen. Die belangte Behörde treffe so gut wie keine Feststellungen über den technischen Ablauf der angeblichen Glücksspiele. Die Behörde erster Instanz hätte mehrere in der Beschwerde konkret bezeichnete Fragen selbst oder durch einen Sachverständigen zu lösen gehabt und die entsprechenden Feststellungen treffen müssen. Weiters wird auf mehrere Entscheidungen der Unabhängigen Verwaltungssenate der Länder verwiesen, welche mit der Rechtsauffassung der Bf übereinstimmen und besagen würden, dass in diesem speziellen Fall gerade kein Eingriff in das Glücksspielmonopol vorliege. Damit liege jedenfalls ein Fall des § 5 Abs. 2 VStG vor. Unter Verweis auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 13.06.2013, B 422/2013, wird ausgeführt, dass die belangte Behörde Feststellungen zur Höhe des beim jeweiligen Spiel zu leistenden Einsatzes treffen hätte müssen und es wird vorgebracht, dass die letzte Änderung des § 52 GSpG verfassungswidrig sei. Weiters wird ein Vorbringen erstattet, wonach die Regelungen betreffend das Glücksspielmonopol unionsrechtswidrig seien. Die belangte Behörde sei auch unzuständig. Die verfahrensgegenständlichen Eingabeterminals seien weder Glücksspielautomaten noch elektronische Lotterie. Auf diesen Geräten könne kein wie immer geartetes Glücksspiel stattfinden, diese Geräte seien reine Eingabe- und Auslesestationen, wobei eine selbsttätige Programmentscheidung nicht herbeigeführt werde. Die Entscheidung über Gewinn und Verlust werde nicht durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung durch den Apparat selbst zur Verfügung gestellt, sondern auf einem Geldspielapparat generiert und von der lokal verwendeten Software nur visualisiert.
Ein Verstoß gegen § 52 Abs. 1 GSpG liege auch schon allein deshalb nicht vor, weil es sich bei dem in Rede stehenden Gegenstand lediglich um einen Eingabeterminal handelt, mit welchem Aufträge erteilt werden könnten. Dieses Terminal habe keine Software für Glücksspiele und sei auch mit keinem Glücksspielanbieter verbunden.

Es werde bei den Terminals lediglich ermöglicht, an einem Spiel an anderer Stelle teilzunehmen.
Bekämpft wird außerdem die Strafbemessung der belangten Behörde, da die Strafe nach Ansicht der Bf zu hoch sei und Milderungs- und Erschwerungsgründe unzutreffend gewertet worden seien.

I.3. Mit Schreiben vom 06.04.2017, eingelangt am 14.04.2017, legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Zu der für den 10.07.2017 anberaumten mündlichen Verhandlung legte die Bf ein ergänzendes schriftliches Vorbringen samt Beilagen 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 9 Vorfragen, die die Auslegung der unionsrechtlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit betrafen, insbesondere deren Vereinbarkeit mit den nationalen Regelungen im Glücksspielsektor. In Hinblick auf 3 beim Europäischen Gerichtshof 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 Verwaltungsgerichtshofes und Verfassungsgerichtshofes 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 Europäischen Gerichtshofes 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 Europäischen Gerichtshofes sowie die seines Erachtens widersprüchliche Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes.

I. 5. Am 10.07.2017 fand im Beisein eines Vertreters des Finanzamtes Grieskirchen Wels die öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der die Zeugen M H und C W einvernommen wurden.
Darin brachte der Vertreter der Bf ergänzend vor, dass die sogenannte „K-Studie“ nicht nur falsch sei, sondern sogar das Vorbringen der Bf stütze, zumal nach dieser Studie die neuen Regelungen für das gewerbliche Automatenspiel nicht dazu geeignet seien, den Spielerschutz in diesem Bereich zu verbessern.

I.6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere die im Akt einliegende Niederschrift und Dokumentation der Finanzpolizei, die GSp26-Formulare, die Stellungnahme des BMF betreffend Ziel und Zweck des Glücksspielmonopols vom 26.06.2015, den Glücksspiel Bericht 2010-2013, 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 (K Studie), sowie das Beschwerdevorbringen und die öffentliche mündliche Verhandlung vom 10.07.2017 samt den darin protokollierten Aussagen der Zeugen.

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

II.1. Am 05.11.2016 führten Organe der Finanzpolizei zwischen 23.15 und 00.15 Uhr eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz im Lokal „X“ (ebenfalls bezeichnet als: „X“) in der X, W durch. Das Lokal wird von der „X OG“ mit Sitz an derselben Adresse betrieben.

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

Bei diesem Gerät mit der FA-Nr. 5 handelte es sich um ein elektronisches Glücksrad-Gerät mit der Bezeichnung „Afric2go“, das zumindest seit 05.11.2015 bis zur Kontrolle am 05.11.2016 betriebsbereit und voll funktionsfähig im gegenständlichen Lokal aufgestellt war.

Eigentümerin dieses Gerätes ist die X mit Sitz in B, X. Es handelt sich dabei um eine Gesellschaft nach X Recht, die mit einer österreichischen GmbH vergleichbar ist. Die Bf ist (die einzige) handelsrechtliche Geschäftsführerin dieser Gesellschaft und vertritt seit 03.12.2014 selbstständig. Das monatliche Nettoeinkommen der Bf wird mit 2.000 Euro angenommen, Sorgepflichten bestehen keine.

Das gegenständliche Gerät wurde betrieben, um aus der Durchführung von Glücksspielen nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es konnten Einsätze an den Geräten geleistet werden, für welche - abhängig vom Einsatz - Gewinne in Aussicht gestellt wurden. Gewinne wurden gegen Aushändigung von Wertgutscheinen

direkt im Lokal ausbezahlt. Eine Konzession für die Aufstellung bzw. den Betrieb der Geräte war nicht vorhanden.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele auf dem Gerät durchgeführt:

FA-Nr.	Spiel	Vervielfachung	Einsatz	Gewinnaussicht
5	Afric2go	1, 2, 4	1	80,00 €

Beim Eingriffsgegenstand mit der Finanzamtskontrollnummer FA-Nr. 5, nämlich dem Gerät mit der Bezeichnung „Afric2go“ handelt es sich um eine Art elektronisches Glücksrad mit Beleuchtungsumlauf. Das Gerät war betriebsbereit aufgestellt und funktionsfähig. Auf dem Gerät waren die Vervielfachungsfaktoren 1, 2 und 4 vorhanden und auswählbar. Gewinne bis zum 20-fachen des Einsatzes wurden in Aussicht gestellt, eine Einflussnahme auf das Spielergebnis zugunsten des Spielers durch Betätigen von Tasten war nicht möglich. Bei der amtlichen Bespielung wurde ein Gewinn in Höhe von 2 Euro erzielt und durch Betätigen der roten mechanischen Taste „Musik kopieren/hören“ dem Spielguthaben zugebucht. Erzielte Gewinne konnten durch längeres Drücken der grünen mechanischen Taste „Rückgabe wählen 1/2“ ausbezahlt werden.

Beim Testspiel wurde von der diensthabenden Finanzbeamtin Folgendes wahrgenommen: Am Gerät befanden sich eine rote Taste „Musik kopieren/hören“ und eine grüne Taste „Rückgabe wählen 1/2“. Durch Drücken der roten Taste „Musik kopieren/hören“ wurde das Spiel ausgelöst und der Beleuchtungsumlauf gestartet. Man hörte dann leise Musik (nur einzelne Töne) und eine Musiknote und eine Zahl (4, 8, 2, 6, 20) blinkten abwechselnd so lange, bis man die rote Taste erneut drückte. Bei einem Guthaben von 2 wurde ein Gewinn erzielt, wobei die Trommel mit der Nr. 2 am Bildschirm leuchtete. Der Gewinn wurde dann als Rabatt im blauen Feld angezeigt. Durch Drücken der roten Taste wurde der Gewinn dem Guthaben von 2 auf 4 gutgebucht. Der Rabatt von 2 stand weiterhin im blauen Feld links oben. Dabei wurde immer die gleiche Musik gespielt, solange bis wieder die rote Taste gedrückt wurde. Von dem Finanzbeamten wurde auch ein USB-Stick an das Gerät angesteckt. Durch das Entfernen des USB-Sticks erfolgte keine Änderung, das Guthaben wurde nach wie vor mit 4 ausgewiesen.

Somit war erkennbar, dass das Gerät letztendlich nur dem Zweck des Glücksspieles in Form eines Glücksrades diente. Das Spielergebnis war vorwiegend vom Zufall abhängig.

II.2. Im Jahr 2015 weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, die Zahl der Problemspieler beträgt daher entsprechend zwischen ca. 19.900 und ca. 35.800 Personen. Zudem sind 2015 in Österreich zwischen ca. 27.600 bis etwa 46.000 Personen aktuell

spielsüchtig. Diese Werte sind im Vergleich zum Jahr 2009 annähernd konstant. Männer weisen zu höheren Anteilen ein problematisches und pathologisches Spielverhalten auf als Frauen. Innerhalb der verschiedenen Altersgruppen stellt sich das Ausmaß vorhandener Spielprobleme sehr unterschiedlich dar, wobei die 14- bis 30-Jährigen sich diesbezüglich am stärksten betroffen zeigen.

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

(vormals W) 3.600 online-„Sofort-Checks“. 621.195 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2013 den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Bei 48.284 davon bestand die begründete Annahme im Sinne des § 25 Abs. 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.359 Informationsgesprächen sowie 741 Beratungen bzw. Befragungen führte. Zum 31.12.2013 bestanden in österreichischen Spielbanken bei 22.435 Spielbankbesuchern aufrechte, gültige Einschränkungen der Besuchsmöglichkeiten und 4.381 aktive Selbstsperren. In den VLT-Outlets wurden im Jahr 2013 aus begründetem Anlass 11.330 zur Alterskontrolle anhand eines Lichtbildausweises aufgefordert, wovon in 1.350 Fällen der Zutritt verwehrt wurde. Insgesamt wurden 343 protokollierte Spielerschutz-Informationsgespräche geführt.

Beim BMF wurde mit 01.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.

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

genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

III. Beweiswürdigung

Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie das dabei vorgefundene Gerät gründen vor allem auf der Dokumentation der Finanzpolizei, insbesondere den GSp26-Formularen, den Lichtbildern und dem Aktenvermerk vom 07.11.2016 sowie auf den Aussagen der Zeugen in der mündlichen Verhandlung. Die vernommenen Zeugen waren bei der verfahrensgegenständlichen Kontrolle anwesend. Auf den Lichtbildern lassen sich die möglichen Einsätze und Gewinne erkennen.

Dass das gegenständliche Lokal von der „X OG“ betrieben wird, ergibt sich aus der Aussage des I K bei seiner niederschriftlichen Einvernahme durch die Finanzpolizei anlässlich der Kontrolle und wurde im Verfahren auch nicht bestritten. Die Feststellungen zur „X“ sowie der Bf gründen auf den aktenkundigen finanzpolizeilichen Erhebungen samt Firmenbuchauszügen und den Angaben des Beschwerdevertreters. Die Annahme der belangten Behörde eines monatlichen Nettoeinkommens von 2.000 Euro bei fehlenden Sorgepflichten wurde der Bf bereits im Rahmen der Aufforderung zur Rechtfertigung mitgeteilt und blieb im Verfahren unwidersprochen.

Bereits aus dem Aktenvermerk und der Dokumentation der Finanzpolizei, insbesondere der angefertigten Skizze folgt, dass das Gerät in einem öffentlich zugänglichen Bereich aufgestellt war, zumal auch problemlos eine Probebespielung durchgeführt werden konnte.

Dass das Gerät zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass dieses von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurde und die Funktionsweise des Gerätes eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung des Gerätes aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre und dass dieses nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wäre.

Dass Gewinne im Lokal ausbezahlt wurden, ergibt sich einerseits aus der Aussage des I K, der bei seiner niederschriftlichen Einvernahme durch die Finanzpolizei ausführte, dass er einmal einen hohen Gewinn von 2.000 Euro ausbezahlt habe, andererseits aus den der finanzpolizeilichen Dokumentation angeschlossenen Kopien von Wertgutscheinen.

Dass das verfahrensgegenständliche Afric2go-Gerät von 05.11.2015 bis 05.11.2016 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal aufgestellt war, ergibt sich aus der Aussage von I K im Rahmen der niederschriftlichen Einvernahme durch die Finanzpolizei. Dieser gab an, dass sich das Afric2go-Gerät am Kontrolltag bereits zumindest seit einem Jahr im gegenständlichen Lokal befunden habe.

Das Gerät war auch zu dem Zeitpunkt, an dem die Kontrolle der Finanzpolizei begonnen hat, bereits betriebsbereit für das Spielen von Glücksspielen aufgestellt gewesen. Das Argument der Bf, es wäre im Zeitraum der finanzpolizeilichen Kontrolle kein Spielen möglich gewesen, geht daher ins Leere.

Dass die lokalbetreibende „X OG“ oder die von der Bf vertretene „X“ im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät 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.

Die Feststellungen zur Funktionsweise des Gerätes und zu dem darauf möglichen Spiel samt Einsätzen, Vervielfachungsfaktoren sowie den dazu in Aussicht gestellten Höchstgewinnen gründen insbesondere auf dem Aktenvermerk und den handschriftlichen Anmerkungen des Finanzbeamten auf der GSp26-Dokumentation. Diese enthalten eine Beschreibung des Spielablaufs, welche sich auch im Wesentlichen mit der festgestellten Funktionsweise derartiger Geräte in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu Afric2go-Automaten übereinstimmt.

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 den Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle und andererseits aus den Erfahrungen mit gleichartigen Geräten mit derselben Funktionsweise in zahlreichen anderen Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht, in denen allesamt festgestellt wurde, dass eine Beeinflussung des Spielablaufes bzw. der Chance einer Gewinnausschüttung nicht möglich ist.

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. K und Prof. Dr. W vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in H. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt. Es sind aus Sicht des

erkennenden Gerichts im Verfahren auch unter Berücksichtigung der von den Bf vorgelegten Unterlagen, 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 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. Dass von Seiten der Konzessionäre eine Werbung für bestimmte Glücksspiele erfolgt, ist allgemein bekannt und es sprechen hierfür auch die von den Bf vorgelegten Unterlagen. Aus den von den Bf vorgelegten Unterlagen (zB Gutachten Ing. Mag. F) ist jedoch keine umfassende und gezielte Werbetätigkeit der legalen Anbieter im Bundesgebiet für Spielautomaten ersichtlich und auch sonst im Verfahren dies nicht hervorgekommen.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hierzu erwogen:

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

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl I Nr. 105/2014, 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 3 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 3 Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von

3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro zu verhängen.

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

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

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

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

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

IV.2. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit dem gegenständlichen Gerät die Durchführung von Spielen bewirkt werden konnte, deren Ergebnis vom Zufall abhängt. Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte: Mit Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 20.04.2016, Ro 2015/17/0020 und 0021, zu einem „afric2go“ Gerät wurde klargestellt, dass für die Erfüllung des § 2 Abs. 1 Z 2 GSpG lediglich Voraussetzung ist, dass im Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel eine vermögenswerte Leistung erbracht wird. Der Einsatz stehe in unmittelbarem Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel, da gleichzeitig mit der Betätigung der „Musik kopieren/hören“-Taste der zufallsabhängige Beleuchtungsumlauf in Gang gesetzt werde, mit dem der Einsatz vervielfacht werden könne. Selbst ein zeitversetztes Starten der Gewinnspielfunktion könne den Zusammenhang zwischen Einsatzleistung und Gewinnspiel nicht durchbrechen, da selbst ein verzögert in Gang gesetztes Glücksspiel noch in einem engen Zusammenhang mit der Einsatzleistung stehe, weil die vermögenswerte Leistung

des Anwenders nicht auf den Erwerb eines Musiktitels beschränkt ist, sondern auch die (nachfolgende) Gewinnchance umfasse.

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 Bf bzw. die von ihr vertretene X von diesem auch nicht ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

Die X als Eigentümerin der Geräte hat diese gegen Entgelt zur Aufstellung im Lokal „X“ (bzw. „X“) 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 als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit vertretungsbefugtes Organ der X ist dafür gemäß § 9 VStG verantwortlich.

IV.3. Das Gerät war zum Zeitpunkt der Kontrolle am 05.11.2016 im gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Die Benützer des Glücksspielgerätes haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt am gegenständlichen Gerät erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an dieses Gerät übermittelt und dort nur angezeigt wurde (vgl. VwGH 29.04.2014, Ra 2014/17/0002).

Angesichts des festgestellten Sachverhaltes, insbesondere der Umstände, dass der Einsatz in das verfahrensgegenständliche Gerät einzugeben war, von Spielern Tasten auf diesem Gerät zu betätigen waren, Gewinne im verfahrens-gegenständlichen Lokal in Aussicht gestellt und ausbezahlt wurden und auf dem Gerät das Spielergebnis visualisiert wurde, ist davon auszugehen, dass Ausspielungen auch in Oberösterreich (am Standort des Gerätes) erfolgten, wobei diese Ausspielungen auch nicht von einer allfällig erteilten Konzession bzw. Bewilligung für Ausspielungen in einem anderen Bundesland erfasst wären (vgl. VwGH 14.12.2011, 2011/17/0155).

IV.4. Zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Subsidiarität des § 168 StGB: Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15.12.2014, 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. 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 gemäß § 52 Abs. 3 GSpG jedenfalls die verwaltungsbehördliche Strafbarkeit vorgeht. Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom

10.03.2015, G 203/2014-16 u.a., auch festgestellt, dass die Regelungen des GSpG zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind, sodass die diesbezüglichen Einwände der Bf nicht stichhaltig sind.

IV.5. Zur geltend gemachten Unionsrechtswidrigkeit:
a) Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes kann ein Glücksspielmonopol geeignet sein, einerseits die Niederlassungsfreiheit, andererseits die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken (EuGH Rechtssache *G,* C-243/01; Rechtssache *P* u.a., C-390/12).

Im vorliegenden Fall ist die von der Bf vertretene Gesellschaft eine X, somit eine Gesellschaft nach X Recht mit Hauptsitz in B. Zwar ist damit der Schutzbereich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit eröffnet, dieser Umstand ändert jedoch nichts an der Anwendbarkeit des GSpG im vorliegenden Fall:

b) Gemäß Art. 52 iVm Art. 62 AEUV können mitgliedstaatliche Eingriffe in die Freiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein, wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinn zu gewährleisten, dass sie kohärent, systematisch und verhältnismäßig sind (vgl. EuGH Rechtssache *G*, C-243/01; siehe weiters EuGH Rechtssache *D und Ö*, C-347/09; EuGH Rechtssache *P*, C-390/12; VwGH 29.05.2015, Ro 2014/17/0049; VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121). Auch Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten können nach dem Europäischen Gerichtshof (vgl. etwa Rechtssache *P* u.a., C-390/12 mwN) durch solche zwingenden Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben aber jedenfalls den vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Voraussetzungen Rechnung zu tragen.

Wie sich aus den Feststellungen ergibt, stellt die Spielsucht in Österreich ein relevantes Problem dar. Durch das im GSpG geregelte Glücksspielmonopol sollen unter anderem die Gelegenheiten zum Spiel vermindert, die Ausnutzung der Spielleidenschaft begrenzt und der Spielerschutz gewährleistet werden (vgl. in diesem Zusammenhang etwa die §§ 5, 14, 16, 19, 21, 22, 25, 26, 31 und 56; so ausdrücklich auch die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Novelle BGBl I Nr. 73/2010; in diesem Sinne auch bereits die Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte siehe etwa VfGH 06.12.2012, B1337/11 u.a.; VfGH 12.03.2015, G 205/2014-15 u.a.; VwGH 07.03.2013, 2011/17/0304, VwGH 04.11.2009, 2009/17/0147; OGH 20.03.2013, 6 Ob 118/12i; 17.02.2015, 4 Ob 229/14a: Aus den gesetzlichen Bestimmungen als solchen sei nicht abzuleiten, dass die Ausgestaltung des Glücksspielrechts nicht dem Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung diente).
Diese Zielsetzungen des im Glücksspielgesetz geregelten Glücksspielmonopols vermögen eine Beschränkung der Glücksspieltätigkeiten im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu rechtfertigen. Auch der

Verfassungsgerichtshof hielt fest, dass der österreichische Rechtsrahmen im Hinblick auf die Regulierung des Glücksspielsektors den in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes festgelegten Anforderungen entspricht (vgl. VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Dem evidenten Spielsucht-problem in Österreich soll gerade auch durch das im Glücksspielgesetz geregelte Monopol entgegengetreten werden, wobei es sich bei der Normierung eines Monopolsystems um eine geeignete Maßnahme handeln kann, um den negativen Erscheinungen unkontrollierten Glücksspieles entgegen zu wirken (vgl. EuGH Rechtssache *P*, C-390/12 RZ 41).

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

Das Glücksspielgesetz regelt einerseits die Anforderungen an die Erteilung einer Konzession oder Bewilligung zur Durchführung von Ausspielungen sowie deren Einhaltungsvoraussetzungen, andererseits stellt es Ausspielungen, die ohne Konzession oder Bewilligung durchgeführt werden, unter Strafe und ordnet dazu konkrete Verfolgungsmaßnahmen an. Somit geht aus dem Glücksspielgesetz klar hervor, dass nur jene Glücksspielbetreiber legal Glücksspiele in Form von Ausspielungen anbieten können, die einerseits Inhaber einer Konzession oder Bewilligung sind und andererseits die damit verbundenen Anforderungen fortlaufend erfüllen. Es liegt auf der Hand, dass eine beschränkte Zahl von Konzessionären effektiver zu überwachen ist als eine unbeschränkte Anzahl an Anbietern (vgl. auch VfGH 06.12.2012, B 1337/11) und somit das im Glücks-spielgesetz normierte Konzessions- und Bewilligungssystem dem Spielerschutz dienlich ist.

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

c) Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist die unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit aber auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (so etwa VwGH 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 Europäischen Gerichtshofes (Rechtssache A C & E AG, C-464/15) ist eben nicht nur auf die Zielsetzung im Moment des Erlasses der Regelung abzustellen, sondern auch auf die Auswirkungen der Regelung seit deren Erlass, wobei Gerichte damit nicht angeleitet werden, dies „empirisch mit Sicherheit“ feststellen zu müssen.

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

d) Zum Vorbringen betreffend die Werbetätigkeit ist Folgendes auszuführen:
Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes 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 *D/Ö*, C-347/09; *P*, C-338/04*; H h u.a.,* C-176/11).

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

Aus dem festgestellten Sachverhalt ist abzuleiten, dass die Werbetätigkeit der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber in ihrer Gesamtheit im Ergebnis jedenfalls kein Wachstum des gesamten Markts für Glücksspiele bewirkt hat, weshalb dahingestellt bleiben kann, ob jede einzelne Werbemaßnahme jedes Konzessionärs und Bewilligungsinhabers den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofes entspricht. Die Werbetätigkeit in ihrer Gesamtheit dient jedenfalls nicht dem Wachstum des gesamten Markts für Glücksspiele. Auch wenn einzelne Werbemaßnahmen für sich genommen geeignet sein sollten, die Spiellust zu wecken bzw. zu verstärken, so hat jedenfalls die Gesamtheit der Werbetätigkeiten nicht zu einer Ausweitung des Glücksspieles geführt. Es haben daher die Gesamtwirkungen der Werbetätigkeit die kohärente und systematische Verfolgung der Ziele des Glücksspielgesetzes nicht beeinträchtigt.

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

e) Zusammenfassend ergibt sich daher für das erkennende Landesverwaltungsgericht, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände keine Unionsrechtswidrigkeit – und somit auch kein Verstoß gegen die Grundrechtecharta – durch die österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten vorliegt. Die von der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom Europäischen Gerichtshof anerkannte Gründe des Allgemeininteresses und sind geeignet, diese in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Die Beschränkungen erscheinen auch nicht unverhältnismäßig.

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

Diese Beurteilung entspricht auch der aktuellen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu diesem Thema (Ro 2015/17/0022-7 vom 16.03.2016). Ebenso konnte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15.10.2016 (E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016) keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen erkennen. Auch der Oberste Gerichtshof hat mit Beschluss vom 22.11.2016, 4 Ob 31/16m, die Konformität des österreichischen Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht festgestellt. Angesichts dieser Judikatur war dem Antrag auf Aussetzung des Verfahrens nicht stattzugeben, zumal auch die Ansuchen anderer Gerichte um Vorabentscheidung keinerlei Bindungswirkung entfalten.

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

Die Bf hat die Einvernahme mehrerer Zeugen im Wesentlichen zum Beweis der „Unrichtigkeit der K-Studie“ bzw. des Zustandekommens der dort erwähnten Daten und Fakten sowie der Ineffektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz beantragt. Soweit die Bf damit Zeugenaussagen von Fachleuten präsentieren möchte, 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. K und Prof. Dr. W vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in H 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.

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.

Die jeweiligen Beweisanträge waren daher abzuweisen.

Im Übrigen ist zu den Beweisanträgen der Bf noch auszuführen, dass ordnungsgemäße Beweisanträge unter anderem das Beweismittel und das Beweisthema anzugeben haben (vgl. etwa VwGH 25.11.2015, 2013/16/0034), wobei in der Unterlassung einer Beweisaufnahme kein Verfahrensmangel gelegen ist, wenn das von der Partei im Beweisantrag genannte Beweisthema unbestimmt ist (vgl. VwGH 17.11.2015, Ra 2015/02/0141). Soweit daher die von einem Rechtsanwalt vertretene Bf Beweisanträge gestellt hat, ohne dass ein (ausreichend bestimmtes) Beweisthema sowie deren Relevanz genannt wurden, war eine Beweisaufnahme schon aus diesem Grund nicht erforderlich.

IV.7. 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 Europäischen Gerichtshof verpflichtet sind. Die Pflicht zur Anrufung des Europäischen Gerichtshofes 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 Gerichts weder ein Verstoß gegen Art. 267 Abs. 3 AEUV vorliegt, noch Anhaltspunkte für willkürliche Nichtvorlage, ist eine Verletzung des Art. 6 EMRK auszuschließen.

IV.8. Die Bf rügt weiters, dass die bisherige höchstgerichtliche Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, Verwaltungsgerichtshofes und des Obersten Gerichtshofes 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 von der Bf zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (insbesondere EuGH 15.09.2011, C-347/09, Rs *D und Ö*, Rn 83 f; vom 30.04.2014, C-390/12, Rs *P*, Rn 47 ff; sowie vom 30.06.2016, C-464/15, Rs *A C & E AG*, Rn 31, 35 f) erforderlichen Gesamtwürdigung nachgekommen ist (VwGH 14.02.2017, Ra 2017/17/0010 uvm, zB jüngst 29.05.2017, Ra 2017/17/0031). In diesem Erkenntnis ist der Verwaltungsgerichtshof unter anderem auch auf die Staatseinnahmen durch Glücksspiel (Rdnr. 122) eingegangen. Zum diesbezüglichen Vorbringen der Bf wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

IV.9. Laut dem von der Bf zitierten Urteil des Europäischen Gerichtshofes 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 Europäischen Gerichtshof nicht verpflichtet sein, anstelle der genannten Behörden die Rechtfertigungsgründe vorzubringen, die eigentlich die Behörden vorzubringen haben (unter Berufung auf die Rs *P* 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 Europäischen Gerichtshofes geforderte „Gesamtwürdigung“ vorzunehmen. Anders als im Zivilprozess sieht das Verwaltungsstrafverfahren gerade keine Beweislastverteilung vor, die bei einer Negativfeststellung hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache zwingend zum Prozessverlust der für diese Tatsache beweispflichtigen Partei führt. Vielmehr muss – vor allem im Sinne des Beschuldigten und eines fairen Verfahrens gemäß 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 K Studie sowie der Glücksspielbericht des Finanzministeriums) dienten vielmehr der Ermittlung von gleichermaßen belastenden und entlastenden Umständen und berücksichtigten

auch die Entwicklungen nach Inkrafttreten der relevanten Bestimmungen des Glücksspielgesetzes, sodass eine dynamische Prüfung der Verhältnismäßigkeit erfolgen konnte. Dies zeigt sich schon daran, dass sich die Bf zum Beweis des eigenen Vorbringens hinsichtlich der Glücksspieleinnahmen des Bundes und der Expansions- und Werbestrategie der Glücksspielanbieter selbst auf das Material beruft. Weiters wurden alle verwendeten Beweismittel dem Parteiengehör unterzogen und der Bf in der mündlichen Verhandlung ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme und Widerlegung eingeräumt.

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

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

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

IV.10. Das zuletzt in der mündlichen Verhandlung erstattete Vorbringen der Bf, wonach die K Studie seinen Standpunkt sogar stütze, ist einerseits widersprüchlich, da die Studie zuvor in allen Schriftsätzen als falsch bezeichnet wird, sich die Bf aber nun in einzelnen, für sie günstig erscheinenden Punkten wieder darauf beruft. Andererseits ist der Einwand auch inhaltlich nicht berechtigt: Die Einführung einer maximalen Spieldauer und eines maximalen Einsatzes scheint zwar laut der Studie tatsächlich nicht geeignet, dem Spielerschutz zu dienen. Diese Maßnahmen waren aber bei Weiten nicht die einzigen zur Förderung des Spielerschutzes; eingeführt wurden – wie in den Feststellungen ersichtlich - zB auch eine Zutrittskontrolle, das Verbot von bestimmten Spielinhalten, Spielerschutzinstitutionen, das Verbot parallel laufender Spiele, Mindestabstände für Geräte, Spielersperren, Beratungsgespräche usw. Tatsächlich hat sich nach der Studie die Anzahl der Spielsüchtigen und der Geldeinsätze in den letzten Jahren kaum erhöht, sodass alle Maßnahmen insgesamt betrachtet erfolgreich gewesen sein dürften (vgl. dazu auch VwGH, 16.03.2016 Ro 2015/17/0022).

IV.11. Die Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 dritter Fall kann der Bf auch subjektiv vorgeworfen werden:
Da § 52 GSpG über das Verschulden nichts 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. Als selbständig vertretungsbefugte handelsrechtliche Geschäftsführerin der X war es ihre Pflicht, sich mit den entsprechenden Verwaltungsvorschriften bekannt zu machen und für deren Einhaltung zu sorgen. Diese mussten ihr auch schon aus etlichen Vorverfahren hinreichend bekannt sein, zumal die Bf bereits in zahlreichen Strafverfahren nach dem Glücksspielgesetz als Beschuldigte bzw. Bf (siehe die veröffentlichten Entscheidungen auf der Homepage des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, etwa LVwG-411407/9/Sch/EP vom 28.02.2017) auftrat.

Dem Vorbringen der Bf zum Verbotsirrtum ist Folgendes entgegenzuhalten:
Entschuldigend wirken nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.03.1994, 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 22.03.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle oder Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Auch wenn ein den verfahrensgegenständlichen Geräten vergleichbarer Gegenstand in Einzelfällen von Unabhängigen Verwaltungssenaten nicht als Eingriffsgegenstand qualifiziert worden wäre, würde dies nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gegenständlich ein bewilligungsloses Betreiben der verfahrensgegenständlichen Geräte nicht gemäß § 5 Abs. 2 VStG entschulden. Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt war § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl I Nr. 13/2014 bereits in Geltung und es lag auch bereits eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa VwGH 14.12.2011, 2011/17/0155) zur „Auslagerung“ von Spielbestandteilen vor. Auch zur Unionsrechtsproblematik existierte bereits umfassende Judikatur. Aus diesem Grund geht das Vorbringen hinsichtlich des Verbotsirrtums ins Leere.

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

IV.12. 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 insbesondere 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).

Bezüglich des Verschuldens stellte die belangte Behörde fest, dass erschwerend gewertet wurde, dass über die Bf vier rechtskräftige Verwaltungsstrafvormerkungen wegen Übertretungen nach dem GSpG aufschienen. Bei der Berechnung der Strafhöhe ging die Behörde von einem Nettoeinkommen von 2.000 Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Die Bf hat bezüglich dieser Strafbemessungsgrundlagen keine Einwände geltend gemacht.

Zusätzlich ist zur Strafbemessung auszuführen, dass die X sowie die Bf selbst auch als Beschuldigte in zahlreichen Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht betreffend Übertretungen des Glücksspielgesetzes in Erscheinung getreten ist, wie aus den auf der Homepage des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich veröffentlichen Entscheidungen ersichtlich ist.

Bei Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG mit bis zu 3 Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen ist 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 zu verhängen.

Aufgrund der – zumindest – acht rechtskräftigen Vorstrafen ist daher der zweite Strafsatz des § 52 Abs. 2 GSpG anzuwenden. Der Strafrahmen der hier vorgeworfenen Tat liegt somit zwischen 3.000 und 30.000 Euro. Die Vormerkungen sind nicht zusätzlich erschwerend zu werten. Angesichts des von der belangten Behörde – nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichtes eher niedrig - geschätzten Nettoeinkommens sowie der Tatsache, dass die Bf aus zahlreichen anderen gleichartigen Verfahren gerichtsbekannt ist und daher von bewussten, wiederholten Übertretungen des GSpG auszugehen ist, ist die Strafbemessung der belangten Behörde nicht zu beanstanden. Die von der belangten Behörde festgesetzte Strafhöhe liegt knapp über der Hälfte der maximal angedrohten Strafe und ist angesichts der Vorgeschichte der Bf erforderlich, um diese sowie die Öffentlichkeit von der Begehung gleichartiger Verwaltungsstraftaten abzuhalten.

Den von der Bf vorgebrachten Milderungsgründen kann nicht gefolgt werden. Insbesondere kann nicht davon die Rede sein, dass kein Schaden herbeigeführt worden ist, nachdem davon ausgegangen werden kann, dass illegale Glücksspiele mit den gegenständlichen Geräten durchgeführt worden sind. Dass bei einem Ungehorsamsdelikt kein Schaden eingetreten ist, kommt im Übrigen 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. Auch ein außerordentlicher Strafmilderungsgrund ist nicht gegeben.

Zusammenfassend hat die belangte Behörde daher in Anbetracht der zahlreichen einschlägigen Verwaltungsstrafen von dem ihr eingeräumten Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht. Eine Rechtswidrigkeit bei der Strafbemessung liegt aus Sicht des erkennenden Gerichts nicht vor, zumal es erforderlich ist, mit der Bestrafung derartiger, beharrlicher Verwaltungsübertretungen Öffentlichkeitswirkung zu erzielen um damit zukünftige Taten der Bf und anderer Personen zu verhindern.

IV.13. Der Kostenausspruch in Spruchpunkt II. gründet sich auf § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung weicht nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bzw. Europäischen Gerichtshof vorgegebenen Kriterien vorgenommen. Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 8.1.2015, Ra 2014/08/0064). Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

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

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

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Ellmer