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-411967/7/MZ/HUE

Datum:
Linz, 10. Jänner 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Zeinhofer über die Beschwerde der U G s.r.o., S, B, S R, vertreten durch Rechtsanwältin Mag. J E, H, G, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 9. März 2017, Zl. BHPEPol-2017-46282/12-KG, wegen der Beschlagnahme von Glücksspielgeräten nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 8. August 2017

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung 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 Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 9. März 2017, Zl. BHPEPol-2017-46282/12-KG, der sowohl der Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf), dem Verein „Ö – P d Ö u T K“ als auch dem Finanzamt zugestellt wurde, wurde wie folgt abgesprochen:

„Bescheid

Von der Bezirkshauptmannschaft Perg ergeht als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung folgender

Spruch

Die anlässlich der Kontrolle am 03.02.2017 um 23:30 Uhr in dem von dem Verein ‚Ö – P d Ö u T K‘ (dessen Obmann Herr S T wohnhaft in E, K ist) betriebenen Vereinslokal in P, L, von Organen der Finanzpolizei des Finanzamtes Kirchdorf, Perg Steyr, vorläufig beschlagnahmte Glücksspielgeräten mit den Bezeichnungen

Nr.	Gehäusebezeichnung	Serien-Nr.	Typenbezeichnung:	KennnummerFA VersiegelungsNr.
FA1	keine	x	keine	A076617, A076618, A076620, A076621
FA2	keine	x	keine	A076622 - A076624
FA3	keine	x	keine	A076625 - A076628
FA4	keine	x	keine	A076629 - A076631

mit denen Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen durchgeführt wurden, werden zur Sicherung der Einziehung sowie zur Verhinderung der weiteren Begehung bzw. Fortsetzung einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 GSpG beschlagnahmt.

Rechtsgrundlage:
§ 53 Abs. 1 Z. 1 lit. a, § 52 Abs. 3 des Glücksspielgesetzes (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 in der Fassung BGBl. I Nr. 105/2014“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

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

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende rechtzeitige Beschwerde vom 10. April 2017. In dieser wird wörtlich Folgendes ausgeführt:

„[...]
Der genannte Bescheid wird zur Gänze angefochten.

I. Rechtzeitigkeit und Zulässigkeit:

Der genannte Bescheid wurde der rechtsfreundlichen Vertretung der Beschwerdeführerin am 13.03.2017 zugestellt. Die am 10.04.2017 zur Post gegebene Beschwerde ist daher rechtzeitig, nach Ansicht der Beschwerdeführerin aber nicht zulässig. Der bekämpfte Bescheid wurde an keinen Adressaten gerichtet. Bescheidadressaten sind entweder als juristische oder natürliche Personen individuell zu bezeichnen, zumal nur (natürlichen oder juristischen) Personen Recht und Pflichten auferlegt werden können. Die Behörde hätte den Bescheid an den Inhaber und/oder Eigentümer der Geräte adressieren müssen. Der gegenständliche Bescheid enthält sohin nicht die wesentliche Bescheidmerkmale, da er an keine bestimmte Person gerichtet ist. Eine solche Erledigung ist als ‚Nichtbescheid' anzusehen.1 Der ÖTKV ist weder Inhaber noch Eigentümer noch Veranstalter iSd GSpG. Der gegen ihn erlassene Bescheid vermag daher keine Rechtswirkungen zu entfalten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 24. November 1993, Zl. 93/02/0259). Die Beschwerdeführerin kann gegen diesen Bescheid daher auch keine Beschwerde erheben.

1 VwGH 20.12.1999, Zl 99/17/0433; Walter/Thienel, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensge-setze 12, E. 64; VwGH 2008/03/0173, 2005/07/0091 mwH und 2008/17/0100.

Die nachfolgenden Beschwerdegründe werden lediglich aus advokatorischer Vorsicht vorgebracht..

II. Beschwerdegründe

1. Unrichtige und fehlende Feststellungen, mangelhaftes Ermittlungsverfahren

   Die Behörde hat unrichtig festgestellt, dass auf allen Geräten die Entscheidung über das Spielergebnis überwiegend vom Zufall abhänge. Tatsächlich handelt es sich bei den beschlagnahmten Geräten um Geschicklichkeitsspiele.

   Beweis: Einvernahme sämtlicher bei der Amtshandlung anwesender Organe

2. Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes

2.1 Die Beschwerdeführerin hat ihren Sitz in der S und ist in ihrem Sitzstaat zur Erbringung der Dienstleistung des Glücksspiels berechtigt. Selbst wenn gegenständlich Glücksspiele angeboten worden wären (was nicht der Fall war und was ausdrücklich bestritten wird), so wäre sie dazu berechtigt (vgl. VwGH 5.4.2016, Ra 2015/17/0063).

   Beweis: Konzession der Beschwerdeführerin (Beilage ./1)

   All dies hat die Behörde, wie es gemäß § 37 AVG ihre Pflicht gewesen wäre, pflichtwidrig nicht ermittelt. Die Dienstleistungsfreiheit verleiht auch die Grundrechte der Charta der Europäischen Union nach Art. 15, 16 und 17, in welchen die Beschwerdeführerin durch die gesetzlose Beschlagnahme verletzt wurde.

   Wie der EuGH in der Rs Ciola C-224/97 ausführt, haben sich alle Träger der Verwaltung, sohin auch die BH Perg, dem Vorrang des Unionsrechts zu beugen.

   Im Rahmen des abzuführenden Beweisverfahrens wird es daher am BMF liegen, darzulegen, wieso ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit im entscheidungswesentlichen Zeitraum ausnahmsweise gerechtfertigt war. Wird dies unterlassen, so hat das Gericht von der höherrangig anzuwendenden Dienstleistungsfreiheit auszugehen (vgl. EuGH Rs Pfleger, C-390/12, Rn 50; Schlussanträge der Generalanwältin S vom 09.03.2017 in der RS-685/15).

2.2 Der Oberste Gerichtshof hat mit Erkenntnis vom 30.03.2016, 4 Ob 31/16 m ausgesprochen, dass das Glücksspielgesetz unionsrechtswidrig ist. Darin heißt es ganz konkret unter Punkt 2.6 (Anm.: es ging um einen niederösterreichischen Fall):

‚Das GSpG und das NÖ Spielautomatengesetz 2011 sind davon geprägt, dass nur der Bund bzw wenige Inhaber einer Konzession oder Bewilligung Glücksspiel anbieten dürfen. Mangels maßvoller Werbung der Konzessionäre hat diese Einschränkung gegenüber jenen Anbietern, die sich auf die unionsrechtlichen Freiheiten berufen können, keinen Bestand.‘

Da das österreichische GSpG daher in Bezug auf den zugrundeliegenden Fall keinen Bestand hat und demnach unanwendbar ist, erfolgte die Beschlagnahme der Geräte zu Unrecht.

2.3 Unmittelbar vor der Entscheidung des OGH kam der VwGH in dem Erkenntnis vom 16.03.2016, Ro 2015/17/0022-7 zu dem Ergebnis, dass das österreichische Glücksspielmonopol unionsrechtskonform sei. Zur Geschäftspolitik der Konzessionäre findet sich darin nur der knappe Hinweis, dass damit eine Lenkung der Spieler vom illegalen zum legalen Glücksspiel erfolgen soll.

Der Verfassungsgerichtshof hat sich in seinem jüngsten Erkenntnis vom 15.10.2016 zu den Zahlen E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19 der Ansicht des VwGH angeschlossen.

Tatsächlich ist die von ihm vertretene Rechtsansicht, wonach die Werbung der Konzessionäre und Bewilligungsinhaber in die Gesamtwürdigung aller Umstände miteinzubeziehen sei, nach Ansicht der Beschwerdeführerin unrichtig. Es trifft zwar zu, dass der EuGH im Urteil Dickinger und Ömer Werbung in gewissen Grenzen erlaubt, um vom illegalen zum legalen Angebot zu kanalisieren, er macht aber sogleich absolute, vom Umfeld völlig unabhängige Vorgaben für zulässige Werbung (Rs C-347/09, Rn 67 f). Diese liegen - wie der OGH richtig beurteilt hat - dort, wo die Werbung darauf abzielt, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, etwa indem das Spiel verharmlost, ihm wegen der Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen wird oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen. Diese Praktiken sind laut EuGH unabhängig vom Marktumfeld verboten, da sie zum Spiel als solchem verführen und nicht bloß der Aufklärung dienen, also die Verbraucher zu den legalen Spielanboten lenken.

Konkret führt der EuGH im Rahmen der Entscheidung ‚Dickinger Ömer‘ Folgendes aus (die Hervorhebungen wurden von der Verfasserin vorgenommen):

Um das Ziel, die Spieltätigkeiten in kontrollierbare Bahnen zu lenken, zu erreichen, müssen die zugelassenen Anbieter eine verlässliche und zugleich attraktive Alternative zu den nicht geregelten Tätigkeiten bereitstellen, was an und für sich das Anbieten einer breiten Palette von Spielen, Werbung in einem gewissen Umfang und den Einsatz neuer Vertriebstechniken beinhalten kann (vgl. Urteile Placanica u. a., Randnr. 55, und Stoß u. a., Randnr. 101).

65 Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, in Anbetracht der Umstände des bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu prüfen, ob die Geschäftspolitik des Inhabers des Monopols sowohl hinsichtlich des Umfangs der Werbung als auch hinsichtlich der Schaffung neuer Spiele als Teil einer Politik der kontrollierten Expansion im Glücksspielsektor zur wirksamen Lenkung der Spiellust in rechtmäßige Bahnen angesehen werden kann (vgl. Urteile Ladbrokes Betting & Gaming und Ladbrokes International, Randnr. 37, und Zeturf, Randnr. 69).

66 Im Rahmen dieser Prüfung hat das vorlegende Gericht insbesondere zu untersuchen, ob im entscheidungserheblichen Zeitraum die kriminellen und betrügerischen Aktivitäten im Zusammenhang mit den Spielen und die Spielsucht in Österreich ein Problem waren und eine Ausweitung der zugelassenen und geregelten Tätigkeiten diesem Problem hätte abhelfen können (vgl. in diesem Sinne Urteil Ladbrokes Betting & Gaming und Ladbrokes International, Randnr. 29).

67 Da das Ziel, die Verbraucher vor der Spielsucht zu schützen, grundsätzlich schwer mit einer Politik der Expansion von Glücksspielen, die insbesondere durch die Schaffung neuer Spiele und die Werbung für sie gekennzeichnet ist, vereinbar ist, kann eine solche Politik nur dann als kohärent angesehen werden, wenn die rechtswidrigen Tätigkeiten einen erheblichen Umfang haben und die erlassenen Maßnahmen darauf abzielen, die Spiellust der Verbraucher in rechtmäßige Bahnen zu lenken (Urteil Ladbrokes Betting & Gaming und Ladbrokes International, Randnr. 30).

68 Jedenfalls muss die vom Inhaber eines staatlichen Monopols eventuell durchgeführte Werbung maßvoll und eng auf das begrenzt bleiben, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielenetzwerken zu lenken. Hingegen darf eine solche Werbung nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, etwa indem das Spiel verharmlost, ihm wegen der Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen wird oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen (Urteil Stoß u. a., Randnr. 103).

69 Insbesondere ist zu unterscheiden zwischen Strategien des Monopolinhabers, die nur die potenziellen Kunden über die Existenz der Produkte informieren und durch Lenkung der Spieler in kontrollierte Bahnen einen geordneten Zugang zu Glücksspielen sicherstellen sollen, und Strategien, die zu aktiver Teilnahme an Glücksspielen auffordern und anregen. Zu unterscheiden ist also zwischen einer restriktiven Geschäftspolitik, die nur den vorhandenen Markt für den Monopolinhaber gewinnen oder die Kunden an ihn binden soll, und einer expansionistischen Geschäftspolitik, die auf das Wachstum des gesamten Marktes für Spieltätigkeiten abzielt.

oder in der englischen Version:

‚In any event, any advertising by the holder of a public monopoly must remain measured and strictly limited to what is necessary in order thus to channel consumers towards controlled gaming networks. Such advertising cannot, on the other hand, aim to encourage consumers' natural propensity to gamble by stimulating their active participation in it, such as by trivialising gambling or giving it a positive image because revenues derivedfrom it are usedfor activities in the public interest, or by increasing the attractiveness of gambling by means of entic ing advertising messages holding out the prospect of major winnings (Stoß and Others, Paragraph 103).‘

Nach Ansicht des Beschwerdeführers gilt daher zusammenfassend: Das Ausmaß des illegalen Spielangebotes bestimmt das Ausmaß (die Quantität) der erlaubten, aufklärenden Werbung der Konzessionäre; niemals hingegen den Inhalt (die Qualität) dieser Werbung. Werbung der Konzessionäre und Bewilligungsinhaber

muss stets maßvoll iSd Judikatur des EuGH sein. Alles andere würde Spielerschutz und Kriminalitätsbekämpfung klar zuwiderlaufen.
Die Werbung der österreichischen Konzessionäre und Bewilligungsinhaber entspricht diesen Grundsätzen nicht, was zur Folge hat, dass das Monopol unionsrechtswidrig ist.
In diesem Zusammenhang beantragt die Beschwerdeführerin, das Gericht möge das Bundesministerium um Stellungnahme ersuchen, wie die gesetzlichen Werbebeschränkungen angewendet und überwacht werden und ob das Bundesministerium als Aufsichtsbehörde je konkrete Maßnahmen gegen eine konkrete Werbung der Konzessionäre und Bewilligungsinhabergetroffen hat.
Dass Derartiges geschehen ist, wird massiv bezweifelt, zumal die Werbetätigkeit der Konzessionäre ansonsten nicht derart ausufernd wäre. Es kann sohin festgehalten werden, dass die Aufsichtspflicht nicht funktioniert, was wohl auch an der Beteiligung der Republik an der CASAG AG liegen könnte. Das BMF müsste sich damit quasi selbst kontrollieren.
Andere Kontrollmechanismen wurden per Gesetz ausgeschaltet. § 56 GSpG schließt die Klagemöglichkeit nach dem UWG für Mitbewerber oder Konsumentenschutzverbänder aus.
Beweis: Konvolut aus Werbeschaltungen, Pressetexten, Belegen zu Werbeausgaben (Beilage ./2);
Sachverständiger aus dem Bereich Marketing.
2.4 Der VfGH begründete seine Rechtsansicht in der Entscheidung E 945/2016-24 ua mit den Feststellungen des LVwG OÖ, wonach die Werbung der Konzessionäre nicht zu einem Wachstum des Glücksspielmarktes geführt habe.
Nach Ansicht des Beschwerdeführers ist es unmöglich, in einem Markt wie dem Glücksspielmarkt, der von derlei vielen Faktoren bestimmt ist (Glücksspielangebot, sich in Österreich aufhältigen Bevölkerungsgruppen, Einkommensniveau derjenigen, die Glücksspiele in Anspruch nehmen, staatliche Regulierung und Aufsicht, illegales Angebot, Werbung udgl.) festzustellen, dass gerade die Werbung dafür ausschlaggebend war, dass der Markt zwischen 2011 und 2015 (laut Kalke) stagnierte. Zum Beweis, dass dies nicht der Fall ist, wird die Bestellung eines Sachverständigen aus dem Gebiet ‚Marktforschung, Meinungsforschung' beantragt.
Selbst nach Jens Kalke liegt der Wert der Spielsüchtigen sowohl 2009 als auch 2015 konstant bei 1,1 % aller Österreicher; der monatliche Geldeinsatz für Glücksspiele hat von 2009 mit € 53 auf € 57 im Jahr 2015 sogar zugenommen. Würde das Gesetz im Sinne des Spielerschutzes wirken, müsste vor allem durch die mit der GSpG-Novelle 2010 erfolgte ‚Oligopolisierung' des Kleinen Glücksspiels zu einer Verbesserung der Situation gekommen sein. Das Problem der Spielsucht hat sich daher nicht verbessert, das Gesetz hat sein Ziel verfehlt und ist damit unanwendbar.
Mittlerweile ist auch die vom VfGH bzw. vom LVwG Oberösterreich gezogene Prämisse überholt, weil die exzessive Werbung der Konzssionäre und Bewilligungsinhaber zu einem Wachstum des Glücksspielmarktes geführt hat. So haben sich die Steuereinnahmen aus der Glücksspielbgabe binnen eines Jahres um rund 100 Millionen Euro erhöht. Der Sachverhalt, der der Entscheidung des VfGH zugrundelag, ist daher nicht mehr richtig.
Letztlich wäre aber die Tatsache, dass es zu keinem Wachstum des Glücksspielmarktes gekommen ist, laut Rspr des EuGH keine Rechtfertigung dafür, von seinen Vorgaben zur maßvollen Werbung abzugehen. Eine Rechtfertigung für

die grundsätzliche Zulässigkeit einer expansionistischen Geschäftspolitik der Konzssionäre liegt laut EuGH nur in der Lenkung vom illegalen zum legalen Angebot. Dafür hätte aber zunächst festgestellt werden müssen, ob im entscheidungserheblichen Zeitraum die kriminellen und betrügerischen Aktivitäten im Zusammenhang mit den Spielen und die Spielsucht in Österreich ein Problem waren und ob eine Ausweitung der zugelassenen und geregelten Tätigkeiten diesem Problem hätte abhelfen können (siehe oben Dickinger und Ömer, RN 66).

Beweis: Tabelle Steuereinnahmen (Beilage ./3);
Sachverständiger aus dem Bereich Marketing.

Weder VwGH noch VfGH sind die letztendliche Instanz, der die Auslegung von Europarecht obliegt. Vielmehr sind nationale Gerichte nicht an die (unrichtige) Auslegung des Unionsrechts durch ein anderes, auch höherrangiges, nationales Gericht gebunden.2

Soweit nationale Bestimmungen (des Glücksspielrechts) vor dem Hintergrund ihrer konkreten Anwendungsmodalitäten mit der unmittelbar anwendbaren Dienstleistungsfreiheit unvereinbar sind, muss vielmehr jedes nationale Gericht dieses unionsrechtswidrige nationale Recht sofort und von Amts wegen unangewendet lassen.3 Verstößt sohin eine nationale Vorschrift gegen Unionsrecht, so sind die Mitgliedstaaten nach dem in Art 4 Abs 3 EUV niedergelegten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verpflichtet, die rechtswidrigen Folgen eines Verstoßes gegen das Unionsrecht zu beheben.4 Diese Verpflichtung obliegt im Rahmen seiner Zuständigkeit jedem Organ des betreffenden Mitgliedstaates5. Daraus folgt, dass die Gerichte eines Mitgliedstaates im Rahmen ihrer Zuständigkeit alle erforderlichen allgemeinen und besonderen Maßnahmen zu ergreifen haben, damit die Unvereinbarkeit einer nationalen Vorschrift mit dem Unionsrecht behoben wird, und zwar auch dann, wenn es keine inner-staatlichen Vorschriften gibt, die regeln, wie ein nationales Gericht dieser Verpflichtung nachzukommen hat.6 Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat, gehalten, für die volle Wirksamkeit dieser Normen Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede - auch spätere - entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewandt lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste.7

2 Beschluss C-581/14.

3 Vgl. zum Glücksspielsektor EuGH, Rs. C-409/06, Winner Wetten, Rn. 53ff.

4 Vgl ua Urteile Humblet/Belgischer Staat, 6/60-IMM, EU:C:1960:48, S. 1185, sowie Francovich ua, C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428, Rn 36.

5 Vgl. u.a. Urteile Deutschland/Kommission, C-8/88, EU:C:1990:241, Rn. 13, und Wells, C-201/02, EU:C:2004:12, Rn 64.

6 Vgl. in diesem Sinne Beschluss SmithKline Beecham, C-206/03, EU:C:2005:31, Rn 52; Beschuss C-581/14.

Dies ergibt sich aus dem in der Rechtsprechung des EuGH gefestigten Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts. Nach diesem Grundsatz haben die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte von sich aus nationale Normen, die dem Unionsrecht entgegenstehen, nicht anzuwenden (‚Anwendungsvorrang'), um eine effektive Durchsetzung des Unionsrechts zu gewährleisten. Daraus folgt, ‚[...] dass

jeder im Rahmen seiner Zuständigkeit angerufene staatliche Richter verpflichtet ist, das Gemeinschaftsrecht uneingeschränkt anzuwenden und die Rechte, die es den Einzelnen verleiht, zu schützen‘.8

In diesem System der dezentralisierten Normenkontrolle kommt sohin weder dem VwGH noch dem VfGH eine Letztauslegungskompetenz für das Glücksspielgesetz und insbesondere die Beurteilung seiner Unionsrechtskonformität zu. Nicht einmal innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit gibt es eine vorbehaltlose Bindungswirkung ober(st)gerichtlicher Entscheidungen, soweit diese eine Auslegung des Unionsrechts zum Gegenstand haben. Dies wurde zuletzt für das Verhältnis zwischen VwGH und einem LVWG vom EuGH klargestellt, der insofern § 63 Abs. 1 VwGG (wonach in Rechtssachen, in denen der Verwaltungsgerichtshof einer Revision stattgegeben hat, die Verwaltungsgerichte verpflichtet sind, mit den ihnen zu Gebote stehenden rechtlichen Mitteln unverzüglich den der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes entsprechenden Rechtszustand herzustellen) als nicht anwendbar erachtete. Unter Fortsetzung der bisherigen Judikaturlinie der Absolutheit des Vorrangs und der Effektivität des Unionsrechts ist die inhaltliche Bindung eines Gerichts an die Auslegung des Unionsrechts durch ein im Instanzenzug übergeordnetes Gericht unzulässig, wenn diese Auslegung jener durch den EuGH widerspricht9. Das Gericht muss nämlich insbesondere in der Lage sein, den Vorrang des Unionsrechts zu gewährleisten.10

7 Vgl. Urteile Interedil, C-396/09, EU:C:2011:671, Rn 38, und A, C-112/13, EU:C:2014:2195, Rn 36.

8 stRsp. des EuGH, ausgehend von Rs. 106/77, Simmenthai, Rn. 21/23; vgl. dazu Leidenmühler, Euro¬parecht2 [2015] 32f; OGH 30.07.2001, 10 ObS 242/Olp.

9 C-396/09, Rz 39; C-581/14, Naderhirn, Rn. 34 f; Anm von Grof, EuGH: Keine vorbehaltlose Bindungswirkung ober(st)gerichtlicher Entscheidungen, soweit diese eine Auslegung des Unionsrechts zum Gegenstand haben, SPRW 2015, 203ff.

10 C-581/14, Rz 36; OGH 20.04.2016, 4 Ob 71/16 v.

Daraus folgt, dass auch das angerufene Gericht nicht vorbehaltlos an die Rechtsansicht des Verfassungsgerichtshofes, wonach die vom EuGH vorgegebenen inhaltlichen Kriterien zur maßvollen Werbung in die vorzunehmende Gesamtwürdigung aller Umstände miteinzubeziehen sei, gebunden ist. Vielmehr muss es dem Unionsrecht von Amts wegen Vorrang einräumen.

Beweis: Gutachten Assoz. Univ.-Prof. Dr. Franz Leidenmühler vom 29.04.2016 (Beilage ./4)

Dementsprechend judizierte der Verwaltungsgerichtshof nach wie vor (vgl. Erkenntnis vom 24.10.2016, Ro 2016/17/0002), dass die Gerichte zu prüfen haben, ob durch Bestimmungen des GSpG eine unzulässige Beschränkung der unionsrechtlich garantierten Freiheiten, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit nach Art 56 AEUV, vorliegt und dabei eine Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen die Dienstleistung beschränkende Bestimmungen des Glücksspielgesetzes erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, vorzunehmen ist.

2.5 Zur Vornahme der Kohärenzprüfung hat der EuGH in der Entscheidung vom 30.06.2016, Rs C-464/15, Admiral Casinos & Entertainment, ein konkretes Prüfschema vorgegeben, welchem der VwGH bereits gefolgt ist.

Zur Erhebung des maßgeblichen Sachverhaltes und sohin zur Beweisaufnahme zählt nach der Entscheidung des EuGH vom 30.06.2016, C-464/15 (Admiral Casinos &

Entertainment AG) nicht nur die Zielsetzung einer restriktiven nationalen Regelung im Bereich der Glücksspiele, sondern kommt es auch auf die nach ihrem Erlass zu bewertenden Auswirkungen an. Unter Rn 35 dieser Entscheidung hat der Gerichtshof auf die Entscheidung Dickinger und Ömer vom 15.09.2011 (C-347/09, Rn 65 und 66) verwiesen und ausgeführt, dass es im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit Sache des vorlegenden Gerichts ist, ua die Entwicklung der Geschäftspolitik der autorisierten Unternehmen und den Stand der kriminellen und betrügerischen Aktivitäten im Zusammenhang mit Spielen im entscheidungserheblichen Zeitraum zu prüfen. Der Verwaltungsgerichtshof ist diesem Prüfschema in der Entscheidung vom 14.10.2016, Ro 2014/17/0047 (Rz 10) gefolgt und hat ausgesprochen, dass zur Beurteilung der Frage der unionsrechtlichen Zulässigkeit einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit durch den nationalen Richter eine Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Bestimmungen des Glücksspielgesetzes erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, zu erfolgen habe. Dabei sind nicht bloß der Wortlaut der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes samt Gesetzesmaterialien, sondern auch faktische Gegebenheiten (wie etwa der Umfang der Beschaffungskriminalität und der Kriminalität gegenüber Glücksspielern im Mitgliedstaat, eine allfällige expansionistische Geschäftspolitik der Konzessionäre und deren Zielsetzung) in den Blick zu nehmen.

Der EuGH versteht unter dem Begriff Kriminalität erhebliche Eingriffe in die Rechtssphäre anderer Personen, insbesondere der Spieler und deren Angehörige und nicht bloße Verstöße gegen ordnungspolitische und/oder Monopolsicherungsvorschriften (wie etwa den Betrieb von bewilligungslosen Glücksspielgeräten).11

In diesem Zusammenhang stellt die Beschwerdeführerin den Antrag, das Gericht möge beim Innenministerium anfragen, wie sich der Stand der Beschaffungskriminalität und Kriminalität gegenüber Glücksspielern im Zusammenhang mit der Spielsucht im entscheidungsrelevanten Zeitraum darstellte.

Die Beschwerdeführerin behält sich ausdrücklich vor, im Rahmen der mündlichen Verhandlung und nach Vorliegen der Beweisergebnisse zur Kohärenzprüfung weiteres Vorbringen zur Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols zu erstatten.

3. Verstoß gegen Art 6 EMRK - Recht auf ein faires Verfahren; Verstoß gegen das Bestimmtheits- und Klarheitsgebot gern. Art 7 EMRK

3.1 Das Bestimmtheits- und Klarheitsgebot, welches aus Art 7 EMRK abgeleitet wird12, ist auch im Zusammenhang mit der Durchführung von Europarecht im Sinne des Art 51 Abs 1 GRC und Art 49 GRC zu beachten. Staatliche Vorschriften müssen also auch dann, wenn sie der Umsetzung europarechtlicher Vorschriften dienen oder - wie hier - im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten stehen, im Sinne der Rechtsprechung hinreichend bestimmt und klar sein.13 Dies trifft auf die hier in Rede stehenden Bestimmungen aus den eben genannten Gründen nicht zu. Laut EuGH kommt es zur Beurteilung der Frage, ob die Monopolbestimmungen anzuwenden sind, stets auf die konkreten Umstände an. Im Vorlageverfahren C-464/15 hat das vorlegende Landesgericht Wiener Neustadt gefragt, ob es für die Beurteilung der Kohärenz einer restriktiven Regelung im Glücksspielbereich tatsächlich auf die nach Erlass des Gesetzes erfolgten Entwicklungen ankomme, zumal diese von schwer einzuschätzenden Faktoren wie etwa das

Bevölkerungswachstum, die wirtschaftliche Lage, die Zuwanderung usw. beeinflusst werden können.

11 EuGH vom 31. März 2011, C 347/09; vgl. auch LVwG Oberösterreich vom 08.08.2016, LVwG-411506/5/Gf/Mu.

12 Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention5 (2012) Rz 141 f mit zahlreichen Nachweisen der Rechtsprechung

13 EGMR 15.11.1996, Appl. Nr. 17.862/91, Cantoni, 7. 30 (= EuGRZ 1999,193).

In seiner Entscheidung vom 30.06.2016, C-464/15, hat der EuGH wiederholt ausgeführt, dass das nationale Gericht eine Gesamtwürdigung der Umstände vornehmen muss und zwar nicht nur im Moment ihres Erlasses, sondern auch danach dem Anliegen entsprechen muss, die Gelegenheit zum Spiel zu verringern oder die mit Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen. Das Gericht müsse daher die Entwicklung der Geschäftspolitik der autorisierten Unternehmen und den Stand der kriminellen und betrügerischen Aktivitäten im Zusammenhang mit Spielen im entscheidungserheblichen Zeitraum zu prüfen. Diese Prüfung darf nicht statisch sein, sondern muss dynamisch sein, dh die Entwicklung der Umstände nach Erlass der genannten Regelung müssen berücksichtigt werden.

3.2 Für den Normunterworfenen bedeutet dies, dass er - um Klarheit zu erlangen, ob für ihn die höherrangige Dienstleistungsfreiheit oder die Monopolbestimmungen gelten - vor Aufnahme seiner Tätigkeit stets ein Gutachten über das gesamtösterreichische Spielverhalten, die damit zusammenhängende Kriminalität und die Geschäftspolitik der Konzessionäre anfertigen müsste. Angesichts der Tatsache, dass nicht einmal die Republik bislang derartige Gutachten hat machen lassen (die einzige Kalke-Studie wurde von der Arge Suchtvorbeugung in Auftrag gegeben und von der Casag und den Lotterien finanziert; zur Kriminalität gibt es keine Studie), ist dies dem Normunterworfenen unzumutbar. Auch vor diesem Hintergrund sind die österreichischen Bestimmungen gern. Art 49 GRC unanwendbar.

3.3 Das in der österreichischen Bundesverfassung verankerte rechtsstaatliche Prinzip soll Willkür bei der Anwendung staatlicher Gewalt verhindern. Durch die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns soll Rechtssicherheit entstehen. Auch Art 6 EMRK - das Recht auf ein faires Verfahren - gebietet, dass die nationale Rechtsordnung einen Mechanismus zur Beseitigung tiefgreifender und anhaltender Unterschiede in der Rechtsprechung vorsieht, um dem Prinzip der Rechtssicherheit und Rechtseinheitlichkeit zu entsprechen.

In Österreich ist diese Rechtssicherheit am Glücksspielsektor ganz und gar nicht gegeben, wie die divergierende Rechtsprechung der Höchstgerichte, aber auch der Landesverwaltungsgerichte im entscheidungsrelevanten Zeitraum (die Beschlagnahme ereignete sich am 15.09.2016) verdeutlicht: So ging nicht nur der OGH in seiner Entscheidung vom 30.03.2016, 4 Ob 31/16m von der Unionsrechtswidrigkeit und damit Unanwendbarkeit der glücksspielrechtlichen Monopolvorschriften aus, sondern etwa auch das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg (Erkenntnis vom 21.03.2016, GZ: LVwG-l-059/Rll-2015), des Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (Erkenntnis vom 9.11.2015, LVwG-S-711/001-2014) sowie das Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich (vgl. ua LVwG vom 8.8.2016/LVwG-411506/5/Gf/Mu). Der VwGH sprach in seiner Entscheidung VwGH 5.4.2016, Ra 2015/17/0063 aus, dass es für die Berufung auf die

Dienstleistungsfreiheit genügt, eine grenzüberschreitende Dienstleistung zu erbringen (und eine Berechtigung im Sitzstaat aufgrund der mangelnden Harmonisierung des Glücksspielsektors) nicht erforderlich sei.

Wenn nun nicht einmal zwischen den österreichischen Höchstgerichten Einigkeit über die Anwendbarkeit / Unanwendbarkeit der Monopolvorschriften herrscht, wie kann dann vom Normunterworfenen erwartet werden, zu wissen, ob für ihn die (höherrangige) Dienstleistungsfreiheit oder die Monopolbestimmungen gelten? Wie der EuGH jüngst ausgesprochen hat, verstößt ein derartiges System gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit14 und kommt auch aus diesem Grund nicht zur Anwendung.

4. Verletzung des Rechts auf unternehmerische Freiheit

4.1 Das mit dem GSpG verwirklichte Marktzutrittssystem beschränkt das in Art 16 GRC garantierte Recht auf unternehmerische Freiheit. Ein Eingriff in dieses Recht unterliegt dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Ein Eingriff ist danach nur zulässig, wenn er im Allgemeininteresse liegt und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt wird.15

Dass der Eingriff nicht dem Allgemeinwohl dient, ergibt sich aus der Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols. Der Eingriff ist aber auch nicht verhältnismäßig, zumal die Begrenzung der Spielsucht und Kriminalität auch durch regulative Maßnahmen, die für alle Anbieter gelten, als durch die Schaffung eines Monopols ausgestaltet hätten werden können.

4.2 Bei Prüfung der Frage, unter welchen Voraussetzungen solch weittragende Eingriffe wie sie in den §§ 50 ff GSpG vorgesehen sind, auf das Notwendige beschränkt sind, ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH die vorherige Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle, unumgänglich.16

14 EuGH 4.2.2016, Rs C-336/14.

15 Vgl ua EuGH 9.11.2010, C-64/08.

Im Ergebnis erweisen sich daher die in §§ 50 ff GSpG normierten Eingriffsbefugnisse als unverhältnismäßig, weil diese zum Zwecke der Abwehr von Monopolbeeinträchtigungen eingerichteten weitreichenden Eingriffsermächtigungen vor allem im Hinblick auf die fehlende Notwendigkeit vorangehender richterlicher Ermächtigungen in ihrer Gesamtheit betrachtet jedenfalls überschießend sind.

5. Aktuelle Vorlageverfahren

Mehrere aktuelle Vorlageverfahren zeigen, dass noch nicht geklärt ist, ob das österreichische Glücksspielgesetz unionsrechtskonform ist. Die in diesen Verfahren zu klärenden Fragen sind für das gegenständliche Verfahren präjudiziell.

Beweis: Antrag auf Vorabentscheidung VwG OÖ vom 14.12.2015 (Beilage ./5);

Beschluss des Landesgericht Korneuburg als Handelsgericht vom 23.11.2016, GZ: 1 Cg 91/14 x - 52 (Beilage ./6);

Vorlageantrag des LVwG OÖ vom 16.11.2016 zu LVwG-411593/3/Gf/Mu ua (Beilage ./7);

Ersuchen um Vorabentscheidung des LVwG OÖ vom 07.02.2017 zu LVwG- 411712/8/Gf/Mu u.a. (Beilage ./8)

16 Vgl. EuGH, verb Rs C-293/12 und C-594/12.

Aus all diesen Gründen stellt die Beschwerdeführerin sohin die

Anträge,

das Landesverwaltungsgericht möge im Verfahren über diese Beschwerde eine mündliche Verhandlung durchführen und den bekämpften Bescheid aufheben.
Zumal auf den dargestellten Sachverhalt Unionsrecht anzuwenden ist ergeht weiters die

Anregung,

das Landesverwaltungsgericht möge gemäß Art 267 AEUV an den EuGH einen Antrag auf Vorabentscheidung folgender Fragen stellen:

1. Gelten die vom EuGH im Rahmen der Rechtfertigung eines Glücksspielmonopols vorgegebenen inhaltlichen Beschränkungen zur maßvollen Werbung der Konzessionsinhaber (vgl. etwa Dickinger und Ömer, Rs. C-347/09), wonach die Werbung nicht darauf abzielen darf, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, etwa indem das Spiel verharmlost, ihm wegen der Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen wird oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen, absolut und unabhängig vom Marktumfeld oder darf von diesen inhaltlichen Werbevorgaben unter bestimmten Voraussetzungen abgegangen werden, etwa wenn es am Glücksspielmarkt des jeweiligen Mitgliedstaates zu keinem Wachstum gekommen ist o der um vom illegalen Angebot zum legalen Angebot zu kanalisieren?
2. Für den Fall, dass der EuGH die erste Frage derart beantwortet, dass von seinen inhaltlichen Vorgaben zur maßvollen Werbung der Konzessionäre abgegangen werden darf, möge er angeben, unter welchen Umständen dies der Fall ist.

[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 26. April 2017 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den bezughabenden Verwaltungsakt.

I.4. Ergänzend erstattete die Bf mit Schriftsatz vom 1. August 2017 ein umfassendes Vorbringen zum Unionsrecht und legte diesem eine Vielzahl von Unterlagen bei.

II. Sachverhalt:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation, Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 8. August 2017 sowie Einsichtnahme in das Firmenbuch (Online-Auskunft).
Folgende amtsbekannte Dokumente sind auch den Parteien aus zahlreichen weiteren Verfahren bekannt: Stellungnahme des BMF samt Glücksspielbericht 2010 - 2013 und Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen

„Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“, Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ samt Begleitschreiben des Finanzministeriums und der Glücksspielbericht 2014 – 2016 des BMF.

In der mündlichen Verhandlung brachte der Verhandlungsleiter der Organpartei das umfangreiche Vorbringen der Vertreterin der Bf zur Kenntnis.

Die Vertreterin der Bf sprach sich gegen die Verwertung der amtswegig beigeschafften Urkunden aus, zumal dies aufgrund der EuGH-Entscheidung v. 14.6.2016 in der Rs C-685/15 iVm dem Schlussantrag der Generalanwältin Sharpston v. 9.3.2017 absolut unzulässig sei.

In seiner zeugenschaftlichen Einvernahme sagte Mag. (FH) S aus, dass sich – soweit es ihm noch erinnerlich ist – in einem hinteren Raum jeweils 2 Geräte auf der linken und rechten Seite befunden hätten. Ob eine Probebespielung möglich gewesen ist, sei nicht mehr erinnerlich. Dazu verwies der Zeuge auf die Ausführungen auf dem GSp26-Formular. Vermutlich sind oberhalb der gegenständlichen Apparate Geräte zum Ausströmen von Reizgas angebracht gewesen, welches bei der Kontrolle allerdings nicht ausgelöst worden sei.

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

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 3. Februar 2017 im Vereinslokal des Vereins Ö – P d Ö u T K“ in P, L, wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte betriebsbereit vorgefunden. Die Bf ist Eigentümerin der Geräte, welche zumindest vom 1. Februar 2017 bis zum Tag der Beschlagnahme aufgestellt waren. Die Bf ist nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für diese Geräte.

Probespiele konnten nicht durchgeführt werden, da kurz nach Beginn der Kontrolle die Stromverbindung zu den Geräten unterbrochen wurde. Aus der GSp26-Dokumentation ist ersichtlich, dass auf allen vier Geräten das Spiel „Magic of Nile“ angeboten wurde.

Der Spielablauf dieses virtuellen Walzenspiels stellt sich aufgrund der Feststellungen der Finanzpolizei und der bisherigen Erfahrungen mit gleichartigen Geräten und Spielen 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.

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

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

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

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

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

Auch Sportwetten beinhalten ein erhebliches Risiko, spielbedingte Probleme zu entwickeln. So erfüllen ca. 7,1% dieser Spielergruppe die Kriterien problematischen Spielens und weitere ca. 9,8% zeigen ein pathologisches Spielverhalten. Etwa jeder sechste Sportwetter ist daher von einer Spielproblematik betroffen. Noch höher sind diese Anteile bei Spielautomaten, welche in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen stehen. Etwa 21,2% dieser Spieler sind spielsüchtig. Die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der „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 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, 2014 651, 2015 1.076 und 2016 748 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480, 2013 1299, 2014 1.102, 2015 2.319 und 2016 1.207 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden.

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2016 in Summe 7.923 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870, darunter 5.555 über österreichische Spielbankbesucher und 1.944 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 7.159 online-„Sofort-Checks“. 634.657 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2016 den Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen, die seit Oktober 2013 auf zwei Mal im Monat gesteigert wurden. Bei 221.296 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 1.631 Informationsgesprächen sowie 1.050 Beratungen bzw. Befragungen führte. Per 31.12.2016 waren beim Konzessionär österreichweit insgesamt 33.737 Personen gesperrt.

In den VLT-Outlets ist seit 2015 die Registrierung aller Teilnehmer verpflichtend. 23.845 VLT-Outletbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2016 dem Screening des Konzessionärs unterzogen und 14.836 Datensätze nach den spielerschutzrelevanten Kriterien des § 25 Abs. 3 GSpG bearbeitet (darin enthalten 2.216 Datensätze junger Erwachsener im Alter von 18-25 Jahren). Im Jahr 2016 wurden 639 Informationsgespräche sowie 543 Beratungen bzw. Befragungen geführt; ferner wurden 776 Besuchsbeschränkungen vorgemerkt sowie 899 Selbstsperren beantragt und aktiviert. Außerdem wurden 2.882 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870 – darunter 2.352 über österreichische VLT-Outletbesucher und 407 über Besucher aus dem übrigen EU/EWR – eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 1.434 online-„Sofort-Checks“.

Beim BMF wurde mit 1.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Vernetzung, Koordination und Zusammenarbeit in

Spielerschutzangelegenheiten mit Behörden und fachlichen Einrichtungen auf Bundes-, Landes- sowie Regionalebene sowie international; Spielerschutz einschließlich Spielsuchtprävention im österreichischen sowie internationalen Glücksspielrecht; die fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre; Unterstützung der Glücksspielaufsicht in fachlicher Hinsicht; Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels; Unterstützung des Spielerschutzes in Beratung, Forschung und Entwicklung; des Weiteren die Weiterentwicklung von Standards und Strategien zur Eindämmung der Spielsucht und damit verbundenen anderen negativen Effekten.

Ferner ist durch die GSpG-Novelle 2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden (diese Anbindungen sind seit 2013 bzw. 2015 in Betrieb); durch das Abgabenrechtsänderungsgesetz 2011 wurden die Voraussetzungen zur Erweiterung auf den Bereich der Glücksspielautomaten in Spielbanken geschaffen – diese Anbindung ist seit 1.7.2017 in Betrieb. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

Die Bf ist eine slowakische s.r.o, sohin eine der österreichischen GmbH entsprechende Gesellschaft. Sie verfügt über ein Stammkapital von 66.300 Euro und über keinen Aufsichtsrat.

II.3. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere dem schlüssigen und nachvollziehbaren Aktenvermerk samt Erhebungen der Finanzpolizei, aus den Aussagen von Vereinsobmann Sinan Tarkan in der Niederschrift vom 3. Februar 2017 und den bisher gewonnenen Erfahrungen mit gleichartigen Geräten und Spielen. Sie gründen zudem auf der glaubwürdigen Aussage des Zeugen Mag. (FH) S (Finanzpolizei) in der mündlichen Verhandlung.

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 in den Glücksspielberichten 2010 - 2013 und 2014 - 2016 sowie 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.

Der von der Beschwerdeführerinnenvertreterin vorgelegte Beschluss vom 22. November 2016, mit dem der U G s.r.o. die individuelle Lizenz für den Betrieb von Hasardspielen mittels Spielautomaten erteilt wurde, ist schon aus den Gründen unbeachtlich, da es sich um eine Bewilligung für einen Standort handelt und es zwischen der Republik Österreich und der Slowakischen Republik keine wechselseitige Verpflichtung zur Anerkennung ausländischer Lizenzen gibt.

Zum Vorbringen der Vertreterin der Bf, wonach der bekämpfte Bescheid an keinen Adressaten gerichtet sei, reicht es aus auf die Zustellverfügung besagten Bescheides zu verweisen.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oö. hat erwogen:

III.1. Rechtliche Grundlagen

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

Gemäß § 53 Abs. 1 Z 1 lit a) Glücksspielgesetz (GSpG, BGBl 620/1989, zuletzt geändert durch BGBl I 13/2014) kann die Behörde die Beschlagnahme von Glücksspielautomaten, sonstigen Eingriffsgegenständen und technischen Hilfsmitteln anordnen, und zwar sowohl wenn der Verfall als auch wenn die

Einziehung vorgesehen ist, wenn der Verdacht besteht, dass mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wird.

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

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

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe zu bestrafen, "wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt".

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

Gemäß § 2 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele,

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

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

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

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

III.2. Eine Beschlagnahme nach § 53 Abs. 1 GSpG setzt lediglich den Verdacht des Verstoßes mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG voraus (vgl. VwGH 26.1.2009,

2005/17/0223, mit Hinweis auf VwGH 24.4.2007, 2004/05/0268). Eine abschließende, einer juristischen "Feinprüfung" standhaltende Qualifikation eines Spieles als Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel ist im Beschlagnahmebescheid hingegen noch nicht erforderlich (vgl. VwGH 23. 2 2012, 2012/17/0033).(VwGH 15.1.2014, 2012/17/0587)

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

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den gegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte. Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen i.S.d. GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und die Bf von diesem auch nicht ausgenommen war. Es besteht daher der Verdacht eines fortgesetzten Verstoßes gegen das GSpG.

Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B VwGH 27.1.2012, 2011/17/0246) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da dieser Umstand sohin feststeht, können eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben.

Die Geräte waren zumindest vom 1. Februar 2017 bis zum Tag der Beschlagnahme betriebsbereit aufgestellt, weshalb der Verdacht eines fortgesetzten Verstoßes gegen das GSpG besteht. Die Spieler im gegenständlichen Lokal haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt an den gegenständlichen Geräten erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an diese Geräte übermittelt und dort nur angezeigt wurde. Allfällige Gewinne wären ebenfalls vor Ort ausgezahlt worden. Sämtlichen diesbezüglichen Beweisanträgen war daher nicht nachzukommen und auf das diesbezügliche rechtliche Vorbringen nicht weiter einzugehen. Es reicht, dazu auf die Entscheidung des VwGH 29.4.2014, Ra 2014/17/0002 (mit zahlreichen weiteren Judikaturhinweisen) zu verweisen.

§ 52 Abs. 4 GSpG sieht für derartige Eingriffsgegenstände den Verfall, § 54 Abs. 1 GSpG die Einziehung vor, weshalb die Voraussetzungen für die Beschlagnahme

gegeben sind. Schon aufgrund der notorisch bekannten Einsatzhöhen und der Funktionsweise solcher Geräte (kurze Spieldauer, da ein Walzenlauf nur etwa eine Sekunde dauert, wobei auch nicht ausgeschlossen ist, dass Spieler mehrere Einzelspiele hintereinander spielen) kann nicht von einer Geringfügigkeit ausgegangen werden (vgl. alleine hinsichtl. der Geringfügigkeit von Einsätzen VwGH, 28.05.2013, 2012/17/0195).

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgehalten, dass bei Überprüfung der Frage der Zuständigkeit zur Entscheidung die Zuständigkeitsvorschrift heranzuziehen ist, die im Zeitpunkt der Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde in Geltung stand. Der bekämpfte Bescheid wurde nach Inkrafttreten des § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl I Nr 13/2014 erlassen. Der Verfassungsgerichtshof hat darüber hinaus in seiner Entscheidung vom 10.3.2015, E 1139-1140/2014, ausgeführt, „*dass § 1 Abs. 2 VStG den Anforderungen des Art. 7 EMRK entsprechend einen umfassenden Günstigkeitsvergleich mehrerer in Betracht kommender Rechtslagen ermöglicht. (...) Für den Verfassungsgerichtshof besteht (...) kein Zweifel, dass die Anwendung der Verwaltungsstrafbestimmung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, welche im Gegensatz zur gerichtlichen Strafnorm des § 168 StGB keine Primärfreiheitsstrafe vorsieht, für den Beschwerdeführer in seiner Gesamtauswirkung günstiger ist.*“ Ob aufgrund des Umfanges der möglichen Spiele, des möglichen Spieleinsatzes oder aus anderen Gründen eventuell auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht wurde, braucht nicht weiter beurteilt zu werden, weil auch in diesem Fall iSd zitierten Judikatur gemäß § 52 Abs. 3 GSpG jedenfalls die verwaltungsbehördliche Strafbarkeit vorgeht. Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, G 203/2014-16 ua, ferner festgestellt, dass die Regelungen des GSpG zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind, sodass die diesbezüglichen Einwände der Bf nicht stichhaltig sind.

III.4. Zur geltend gemachten Gemeinschaftsrechtswidrigkeit:

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

III.5.1. Gemäß Art. 52 iVm 62 AEUV können mitgliedstaatliche Eingriffe in die Freiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Auch Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH (vgl. etwa Rechtssache *Pfleger* ua, C-390/12 mwN) durch zwingende

Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben der vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen Rechnung zu tragen. Sowohl Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit als auch Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinn zu gewährleisten, dass sie kohärent, systematisch und verhältnismäßig sind (vgl. EuGH Rechtssache *Gambelli*, C-243/01; siehe weiters EuGH Rechtssache *Dickinger und Ömer*, C-347/09; EuGH Rechtssache *Pfleger*, C-390/12; VwGH 29.05.2015, Ro 2014/17/0049; VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121).

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

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

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

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

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des 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 651, 2015 1.076 und 2016 748 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480, 2013 1299, 2014 1.102, 2015 2.319 und 2016 1.207 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-Novelle 2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden ist; seit 1. Juli 2017 sind ferner Glücksspielautomaten in Spielbanken an dieses System angebunden. 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 (auch jener in Spielbanken) und VLT der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH, aber auch der Einrichtung der Spielerschutzstelle, zeigen nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oö., dass die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in kohärenter und systematischer Weise erfolgt.

III.5.4. Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist die unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (so etwa jüngst VwGH Ro 24.04.2015, 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w, VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

III.5.4.1. Als Folge der gesetzlichen und behördlichen Vorgaben werden durch die konzessionierten Betreiber Maßnahmen zum Spielerschutz tatsächlich umgesetzt. So ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt etwa, dass im Bereich der Spielbanken gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2016 in Summe über 7.900 Wirtschaftsauskünfte beim

KSV 1870 eingeholt wurden und ferner bei Auskunfteien online-„Sofort-Checks“ erfolgten. Auch wurden im Jahr 2016 über 634.000 Spielbankbesucher den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich zudem, dass zum 31. Dezember 2016 in österreichischen Spielbanken bei über 33.700 Spielbankbesuchern aufrechte Sperren bestanden. In den VLT-Outlets wurden über 23.800 Besucher einem Screening unterzogen, bei über 2.800 Besuchern Wirtschaftsauskünfte eingeholt sowie online-„Sofort-Checks“ durchgeführt.

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

III.5.4.2. Zum Vorbringen betreffend die Werbetätigkeit ist Folgendes auszuführen: Aus der Rsp des EuGH ergibt sich, dass Werbung für Glücksspiel nicht generell dem Unionsrecht widerspricht, aber die Werbetätigkeit maßvoll und eng darauf begrenzt werden muss, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken (vgl dazu etwa Rechtssachen *Dickinger/Ömer*, C-347/09; *Placanica*, C-338/04*; HIT hoteli u.a.,* C-176/11). Gemäß § 56 Abs. 1 GSpG haben die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber bei ihren Werbeauftritten einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren, wobei die Einhaltung im Aufsichtswege überwacht wird. Bei Beurteilung der Werbetätigkeit kommt es nicht auf eine einzelne Werbung an, sondern es ist vielmehr die Gesamtheit der Werbemaßnahmen der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber heranzuziehen (vgl. auch OGH 27.11.2013, 2 Ob 243/12t).

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

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

III.5.5. Zusammenfassend ergibt sich daher für das erkennende Landesverwaltungsgericht, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände eine Unionsrechtswidrigkeit durch die österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten nicht vorliegt. Die von der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom EuGH anerkannten Gründe des Allgemeininteresses und sind geeignet, diese in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Die Beschränkungen erscheinen auch nicht unverhältnismäßig. Diese Beurteilung entspricht auch der aktuellen Rechtsprechung des VwGH zu diesem Thema (Ro 2015/17/0022-7 vom 16. März 2016) und steht in Einklang mit der aktuellen Judikatur des OGH zu 4 Ob 71/17w vom 3. Mai 2017 [unter Verweis auf 4 Ob 162/16a; RIS-Justiz RS0130636 (T1, T2, T3, T4); 4 Ob 12/17v; 4 Ob 13/17s; 4 Ob 18/17a; 4 Ob 24/17h; 4 Ob 41/17h uva]. Ebenso wenig konnte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016 (E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-

19) eine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen erkennen, sodass alle österreichischen Höchstgerichte einhellig von der Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielgesetzes ausgehen. Diese Ansicht wird durch die jüngst ergangen Entscheidung des EuGH in der RS Online Games Handels GmbH et. al. C-685/15 gestützt in welcher der EuGH auf die RS Pfleger et. al, C-390/12 verweist und neuerlich keine Bedenken gegenüber dem österreichischen GSpG äußert.

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

greift im vorliegenden Fall somit nicht. Im Falle einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung liegt die Voraussetzung, dass die juristische Person ‚unter Verstoß gegen das Unionsrecht' davon abgehalten worden wäre, eine Konzession zu erlangen, nicht vor." Die Bf ist eine slowakische s.r.o., die nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs mit der österreichischen GmbH vergleichbar ist (VwGH 21.12.2012, 2012/17/0417). Im gegenständlichen Verfahren ist aber nicht hervorgekommen, dass diese Gesellschaft über jenes Stamm- oder Grundkapital verfügen würde, welches gemäß § 21 Abs. 2 Z 3 GSpG als zwingendes Erfordernis für die Erteilung einer Konzession nach dem GSpG Voraussetzung ist. Auch im vorliegenden Fall hat die Gesellschaft ähnlich der Entscheidung des Verwaltungsgerichthofes vom 21.12.2012, 2012/17/0417, „gar nicht behauptet [...], über ein ausreichendes Grund- bzw. Stammkapital bzw. über einen Aufsichtsrat zu verfügen", sodass auch gegenständlich entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichthofes davon auszugehen ist, dass sie schon deswegen keine Konzession nach § 21 GSpG erlangen konnte, weil sie grundsätzlich zulässige Rechtsform- und Kapitalerfordernisse nicht erfüllt und die Gesellschaft daher nicht unter Verstoß gegen das Unionsrecht davon abgehalten werden konnte, eine Konzession zu erlangen.

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

Die Bf hat die Einvernahme mehrerer Zeugen zum Beweis des Anstiegs der Anzahl an Spielsüchtigen und der Ineffektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz insbesondere innerhalb der Jahre 2010 bis 2015 beantragt. Soweit sich die 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 abzuweisen.

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

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

„Ein allgemeines Vorbringen, das aus Mutmaßungen besteht, läuft auf einen unzulässigen, Erkundungsbeweis hinaus, zu dessen Aufnahme das VwG nicht verpflichtet ist (vgl. E 30. September 1999, 98/02/0114; E 30. März 2001, 2000/02/0255; E 20. April 2004, 2003/02/0243; E 27. Februar 2007, 2007/02/0018; E 15. Oktober 2013, 2009/02/0377).“ (VwGH 9. September 2016, Ra 2014/02/0059)

„Ein ‚Erkundungsbeweis‘ ist im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unzulässig (Hinweis E 17. Dezember 2013, 2013/09/0161).“ (VwGH 11. Mai 2017, Ro 2016/21/0012)

Die Bf hat die Einvernahme einer Zeugin (der Leiterin der Stabsstelle für Spielerschutz) zum Beweis für die Ineffektivität der Spielerschutzregeln im GSpG und deren praktische Auswirkungen als Zeugin beantragt.

Das generell allgemein gehaltene Vorbringen der Bf enthält keinerlei konkrete Behauptungen zur Rechtsfrage der Effektivität des Spielerschutzes, insbesondere behauptet es nicht konkret, woraus die Bf auf Sachverhaltsebene die Ineffektivität des Spielerschutzes ableitet. Soweit die Bf diesbezüglich die Einvernahme einer Zeugin beantragt, handelt es sich also um ein nicht relevantes Beweismittel bzw. einen Erkundungsbeweis.

Die Bf beantragt zudem die Einvernahmen der Zeugen J K und Dr. G F zum Beweisthema „Unrichtigkeit der sogenannten Kalkestudie bzw. Zustandekommen der dort erwähnten Zahlen und Fakten. Auch hiebei handelt es sich, abgesehen davon, dass die Frage der Beurteilung von Beweismitteln eine Frage der Beweiswürdigung ist und an sich schlüssigen und nachvollziehbaren Beweismitteln auf gleicher fachlicher Ebene entgegen zu treten ist, auch um einen unzulässigen Erkundungsbeweis, weil die Bf kein konkretes Vorbringen erstattet, woraus sie solche Mängel in der Studie ableitet und diese nicht benennt.

Die der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg zugrundeliegenden Parameter wurden in wissenschaftlicher Weise erhoben und ausgewertet. Die Studie ist schlüssig und nachvollziehbar. Die Bf stellt nicht dar, worin sie Fehler in der Befundung oder Auswertungssystematik erkennen will. Die Studie wäre insofern durch eine auf gleicher fachlicher Ebene erstellte Studie zu widerlegen. Die Beweisanträge sind daher abzuweisen, weil es sich um Erkundungsbeweise handelt und der Beweisantrag nicht durch ein Vorbringen getragen ist, das mit dem beantragten Beweismittel unter Beweis gestellt werden könnte.

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

III.7. Zum geltend gemachten Verbotsirrtum:

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

Die Bf beruft sich lediglich auf die vereinzelt gebliebene Judikatur des LVwG Oö. Demgegenüber steht eine ständige, der Bf aus etlichen anderen Verwaltungsstrafverfahren bekannte Praxis der zuständigen Verwaltungsbehörden

und insbesondere die einhellige, weiter oben dargestellte Judikatur des VwGH. Sie konnte sich demnach nicht erfolgreich auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum berufen, sondern unterliegt bestenfalls einem Rechtsirrtum, der ihr allerdings vorwerfbar ist.

III.8. Soweit sich die Bf gegen die Verwertung der vom Verwaltungsgericht zum Akt genommenen Unterlagen ausspricht, ist darauf hinzuweisen, dass die Beischaffung der vorliegenden Unterlagen, die im Wesentlichen die Vorgehensweise österreichischer Behörden in Zusammenhang mit Glücksspielkontrollen zum Inhalt haben, auf einem Auftrag des EuGH, welcher in seinem Urteil vom 15. September 2011, C-347/09 (Dickinger u. Ömer; EU:C:2011:582) wie folgt dargelegt hat, gründen: *„In diesem Zusammenhang obliegt es dem Mitgliedstaat, der sich auf ein Ziel berufen möchte, mit dem sich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs rechtfertigen lässt, dem Gericht, das über diese Frage zu entscheiden hat, alle Umstände darzulegen, anhand deren dieses Gericht sich vergewissern kann, dass die Maßnahme tatsächlich den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt (Urteil Stoß u. a., Randnr. 71).“*
Es ergibt sich, dass das Verwaltungsgericht entsprechende Informationen, die ihm der Mitgliedsstaat zur Verfügung stellen muss, und zur Verfügung gestellt hat, in seine Beurteilung einfließen lassen muss. Es liegt dies auch auf der Hand, weil nur der Staat selbst profunde Informationen zu seinem Handeln liefern kann. Diese Informationen sind dabei auch solche zum Handeln des Staates an sich und keine, die der Bf persönlich betreffen und (im strafrechtlichen Sinne) belasten könnten, weil sie eine zu ermittelnde Gesamtsituation darstellen (Feststellungen der tatsächlichen Wirkungen des GSpG). Das Vorbringen der Bf geht insofern ins Leere.

Zudem hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgestellt, dass im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 38 VwGVG iVm § 25 VStG der Amtswegigkeitsgrundsatz und der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit gelten. Dies bedeutet, dass die Verwaltungsgerichte verpflichtet sind, von Amts wegen die entscheidungserheblichen Tatsachen zu erforschen und deren Wahrheit festzustellen. In diesem Sinne sind alle sich bietenden Erkenntnisquellen sorgfältig auszuschöpfen und insbesondere diejenigen Beweise zu erheben, die sich nach den Umständen des jeweiligen Falles anbieten oder als sachdienlich erweisen können.

Soweit sich die Bf diesbezüglich unsubstantiiert auf die angesichts der bereits ergangenen Entscheidung des EuGH obsoleten Schlussanträge der Generalanwältin vom 9. März 2017 in der Rechtssache des EuGH C-685/15 stützen will, kann aus diesen nicht abgeleitet werden, dass das Gericht vom Staat zur

Verfügung gestellte Dokumente nicht zum Akt nehmen darf. Im Gegenteil führt die Generalanwältin, die das österreichische Inquisitionsprinzip nicht als unzulässig erachtet (RZ 46), also auch den Amtswegigkeitsgrundsatz ausdrücklich billigt, unter RZ 55 aus, dass das Gericht verpflichtet sein kann, von Amts wegen Untersuchungen eigenständig durchzuführen. Die Annahme, es wäre dem Gericht verwehrt, den Staat aufzufordern, sein Vorgehen zu rechtfertigen, kann also weder aus den österreichischen Verfahrensgesetzen, noch aus dem Schlussantrag der Generalanwältin abgeleitet werden, und ist insofern abwegig, als dieses Vorgehen der gerichtlichen Überprüfung dient, ob das österreichische GSpG mit dem EU-Recht in Einklang steht oder nicht. Es geht also um die Frage der Anwendbarkeit der österreichischen Norm und ist es ureigene Aufgabe eines Gerichtes diese Frage profund zu überprüfen. Auch aus der Entscheidung des EuGH in dieser Sache lässt sich im Übrigen nicht ableiten, dass es dem Gericht verwehrt wäre die Unterlagen zum Akt zu nehmen. Im Gegenteil hat der EuGH in seiner Entscheidung klargestellte, dass die vom LVwG Oö. gewählte Vorgehensweise, die zuständige Stelle des Mitgliedstaates, das Bundesministerium für Finanzen, aufzufordern, die entsprechenden Informationen vorzulegen, jene ist, die dem EuGH vorschwebt.

III.9. Das Verfahren war wegen eines anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH nicht auszusetzen. Ansuchen anderer Gerichte um Vorabentscheidung des EuGH entfalten keine Bindungswirkung.

III.10. Aus den oben dargestellten Gründen, war die Beschwerde abzuweisen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung weicht nicht von der Rsp des VwGH zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen. Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 08.01.2015, Ra 2014/08/0064).

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

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

Dr. Zeinhofer