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-412351/7/KLi/HUE

Datum:
Linz, 20. Februar 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde vom 7. September 2017 der G s.r.o., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Braunau/Inn vom 10. August 2017, Zl. BHBRSich-2016-419258/38-Sch, wegen der Beschlagnahme von Glücksspielgeräten nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 30. Oktober 2017

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen, mit der Maßgabe, dass der Kontrollort auf „St. P“ korrigiert wird.

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 Braunau/Inn vom 10. August 2017, Zl. BHBRSich-2016-419258/38-Sch, der sowohl der Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) als auch dem Finanzamt zugestellt wurde, wurde wie folgt abgesprochen:

„Bescheid über eine Beschlagnahme

Am 12.06.2017 haben Organe des Finanzamtes Braunau Ried Schärding im Gasthof ‚B' in St. P, eine vorläufige Beschlagnahme von drei Eingriffsgegenständen mit folgenden Daten durchgeführt:

1. Auftragsterminal, Seriennummer x,
   Versiegelungsplaketten-Nrn. A075157
2. Auftragsterminal, Seriennummer x,
   Versiegelungsplaketten-Nrn. A075158
3. Auftragsterminal, Seriennummer x,
   Versiegelungsplaketten-Nrn. A075159

Von der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn als gemäß § 50 Abs. 1 Glücksspielgesetz zuständige Verwaltungsstrafbehörde erster Instanz ergeht folgender

Spruch:

Zur Sicherung der Einziehung wird über die vorläufig beschlagnahmten Eingriffsgegenstände mit den Bezeichnungen:

1. Auftragsterminal, Seriennummer x,
   Versiegelungsplaketten-Nrn. A075157
2. Auftragsterminal, Seriennummer x,
   Versiegelungsplaketten-Nrn. A075158
3. Auftragsterminal, Seriennummer x,
   Versiegelungsplaketten-Nrn. A075159

die Beschlagnahme angeordnet.

Rechtsgrundlage:
§ 53 Abs. 1 Glücksspielgesetz – GSpG idgF. BGBl. I. Nr. 118/2015"

[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.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende rechtzeitige Beschwerde vom 7. September 2017. In dieser wird wörtlich Folgendes ausgeführt:

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

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

- Rechtswidrigkeit des Inhaltes
- Verfahrensfehler
- Unzuständigkeit
- Aktenwidrigkeit
- Ergänzungsbedürftigkeit
- Unrichtige rechtliche Beurteilung

C.1.) Rechtswidrigkeit des Inhaltes / Ergänzungsbedürftigkeit:

Es wurde kein ordentliches Verfahren durchgeführt! Die Beschwerdeführerin hatte keine Möglichkeit zur Stellungnahme – ihr Recht auf Parteiengehör wurde missachtet. Ein wesentlicher nicht mehr korrigierbarer Spruchmangel ist in dem Umstand zu sehen, dass die belangte Behörde als Tatzeit exakt die Zeiten der Kontrollen annimmt. Denn gerade für diese Zeit des behördlichen - teilweise mit Polizeiassistenz erfolgten - Einschreitens kann schon nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht angenommen werden, dass der Terminal von potentiellen Interessenten in Betrieb genommen und hätte benutzt werden können. In dieser Zeit wurde nämlich eine auf den gegenständlichen Terminal abgestellte offizielle Amtshandlung (Kontrolle und Bespielung) durchgeführt, die eine Betriebsbereitschaft für potentielle Spieler ausschließt. Der Begriff des 'Betreibens' im Sinne von Spielbereitschaft des Geräts für Interessenten kann während der Zeit dieser Amtshandlungen bei realistischer Betrachtung nicht erfüllt sein. Somit steht fest, dass schon der vorgeworfene Tatzeitpunkt falsch ist.
Da sich das VwG nach zumindest analog anzuwendender Judikatur des VwGH nicht nur an die Ausführungen in der Beschwerde zu halten hat, sondern auch auf das Vorbringen der Parteien in erster Instanz Bedacht zu nehmen hat werden das gesamte bisherige Vorbringen sowie die gestellten Anträge auch zum Inhalt dieser Beschwerde erhoben. Soweit in Stattgebung der bisher gestellten Anträge Ergebnisse eines ergänzten Ermittlungsverfahrens vorliegen, wird beantragt, diese Ergebnisse der Ermittlungen dem Beschwerdeführer vorzuhalten (VwGH 22.5.1984, Slg 11448 A uva.).
Der belangten Behörde sind eine Vielzahl von

BEGRÜNDUNGSMÄNGELN

vorzuwerfen. Gemäß § 46 Abs 2 VStG hat der Bescheid eine Begründung aufzuweisen. Für Form und Inhalt gelten grundsätzlich die Vorschriften des AVG über Bescheide. Die Behörde hat in der Begründung den festgestellten Sachverhalt und die Stellungnahme der Partei anzuführen; dabei sind auch die von der Behörde im Rahmen der Beweiswürdigung angestellten Erwägungen (etwa warum bei widersprechenden Zeugenaussagen einem der Zeugen geglaubt wird: VwSlgNF 2372 A) darzulegen. Auch Schlüsse aus Tatsachen, die nur bei der Behörde notorisch sind, sind in der Begründung anzuführen (VwGH 20.2. 1973

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

Festgestellter Sachverhalt: Eine Sachverhaltsdarstellung ist der Begründung des angefochtenen Erkenntnis überhaupt nicht bzw. nicht in ausreichendem Ausmaß zu entnehmen. Unterbleibt jedoch die sachverhaltsmäßige Feststellung eines Tatbildmerkmales, dann leidet der angefochtene Bescheid an Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, weil der Sachverhalt ergänzungsbedürftig geblieben ist (VwGH 25.6.1963, Z 1319/62). Jedenfalls findet die im Spruch genannte Tat in den Feststellungen keine hinreichende Deckung. Das Vorliegen objektiver Tatbestandsmerkmale hat die Behörde zu beweisen (VwGH 12.2.1980, 3487/78). Die belangte Behörde trifft so gut wie keine Feststellungen über den technischen Ablauf der angeblichen Glücksspiele. Warum die belangte Behörde der Meinung ist, es handele sich um Glücksspielautomaten ist in der Bescheidbegründung nicht einmal annähernd ersichtlich. Im Sinne der Judikatur des VwGH vom 04.01.2017 zu Ra 2015/17/0145 wurde schon zum Zeitpunkt der Kontrolle auf die Eigenschaft der in Frage kommenden Terminals als Geschicklichkeitsgeräte hingewiesen und auch die Einholung eines SV-Gutachten unter Beischaffung der beschlagnahmten Geräte beantragt. Diesen Anträgen wurde nicht Folge gegeben.

Die Behörde erster Instanz hätte aber im Sinne der Judikatur des VwGH vom 4.1.2017 zu Ra 2015/17/0145 daher nachstehende Fragen selbst oder durch einen Sachverständigen lösen und die entsprechenden Feststellungen treffen müssen.

- ist das von der Behörde als Glücksspielautomat bezeichnete Eingabeterminal in der Lage selbstständig eine Spielentscheidung herbeizuführen?
- ist die Entscheidung bzw. der Ausgang des Spiels zufallsabhängig und/oder kann der Ausgang beeinflusst werden, etwa durch Geschick?
- Bringen Tastenkombinationen ein Ergebnis? Z.B. Spielfreigabe?
- Gibt es eine Spielbeschreibung, wie viele Seiten umfasst diese?
- Kann wenn die Spielbeschreibung ignoriert und/oder nicht gelesen wird der Eindruck entstehen, dass das Spiel zufallsabhängig ist?
- Handelt es sich um einen Touch-Screen, wenn ja, welches Fabrikat bzw. wie wird der Touch-Screen angesteuert?
- Verfügt das Gerät über eine Internetleitung, war diese angeschlossen? Wurde die tatsächliche intakte Funktion dieser Internetleitung überprüft?
- Kann nur gegen Geldeinsatz gespielt werden?
- Kann das Spiel jederzeit abgebrochen bzw. beendet werden?
- Wie lange dauert durchschnittlich jedes Spiel?
- Welche Spiele und wie viele können auf dem Gerät gespielt werden?
- Kann der Spieler im Spielverlauf irgendwie tätig werden? (Karten/Symbole halten, das Spiel abbrechen, etc.)
- In welchen Spielvarianten kann der Spieler gewinnen?
- Lassen sich die Gewinnchancen/Verlustgefahren in irgendeiner Form beeinflussen?
- Ist das Spiel zur Gänze – in jedem Teilbereich – zufallsabhängig?
- Wiederholen sich Spielergebnisse in einer wiederkehrenden Reihenfolge?
- Kann der Spieler durch lange Beobachtung, Konzentration, Merkfähigkeit, Geschicklichkeit, Ausdauer oder besondere Beobachtungsgabe das Spielergebnis verbessern?
- Beinhaltet das jeweilige Spielprogramm – aus technischer Sicht gesehen Programmierungselemente, die den Charakter einer Wette haben?
- Kann die Behörde ausschließen oder bestätigen, dass es sich um einen/keinen Wettapparat/Wettautomaten handelt?

Obwohl die Behörde darauf hingewiesen wurde, dass das BG Wels die gegenständlichen Geräte bereits rechtskräftig für unbedenklich erklärt hat (BG Wels zu 8 C 673/14 g) und sich die dort enthaltenen Feststellungen auch mit dem jüngsten Erkenntnis des VwGH vom 4.1.2017 zu Ra 2015/17/0145 decken hat die Behörde jedwede Ermittlungstätigkeit in dieser Richtung unterlassen und konnten daher auch die entscheidungswesentlichen Feststellungen nicht getroffen werden. Es ist davon auszugehen, dass nicht jede Rechtsunkenntnis oder Rechtsirrtum als Sorgfaltsverletzungen oder gar als Fahrlässigkeit zu beurteilen ist. Wie der Verwaltungsgerichtshof in jüngster Zeit ausgesprochen hat, ist, 'wenn es um die unrichtige Beurteilung einer Rechtsfrage geht, Verschulden daher nur dann grundsätzlich zu bejahen, wenn der Entscheidung eine nach den Umständen unvertretbare Rechtsauffassung zu Grunde liegt. Ob dies der Fall ist, ist stets nach den konkreten Besonderheiten des Einzelfalles zu beurteilen' (vgl. Verwaltungsgerichtshof 15. Dezember 2011,2 2008/09/0364). Die oben angeführten Entscheidungen stimmen mit der Rechtsauffassung des Beschwerdeführers überein und besagen das in diesem speziellen Fall gerade keinen Eingriff in das Glücksspielmonopol vorliegt. Somit steht fest dass die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers rechtskräftig, also in einem wenn auch individuell bindenden, normativen Akt als rechtsrichtig anerkannt wurde (siehe weiter oben angeführten Entscheidungen). Dabei wurde noch nicht einmal auf die unterschiedliche

höchstgerichtliche Rechtsprechung des OGH bzw. die im Moment vor dem EuGH anhängigen Verfahren Bedacht genommen (siehe Punkt unrichtige rechtliche Beurteilung). Jedenfalls liegt unabhängig davon sogar im Sinne der besonders strengen Rechtsprechung des Senates 17 (unter anderem 28. 3. 2011,2 011/17/0039) - falls man nicht ohnedies die Tatbestandsmäßigkeit zwingend zu verneinen hat - jedenfalls ein Fall des Paragraphen fünf Abs. 2 VStG vor. Nach dieser Rechtsprechung genügt eine plausible Rechtsauffassung - dass sie jedenfalls plausibel ist, belegen schon die vorgenannten Entscheidungen - nicht, sondern es bedarf 'bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht vielmehr einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen'. Rechtskräftige-im Instanzenzug ergangene-Entscheidungen sind wohl mehr als (nicht bindende) 'geeignete Erkundigungen'! Angesichts derdie Rechtsauffassung des Beschwerdeführers im Instanzenzug rechtskräftig bestätigende Entscheidungen kann es für den Beschwerdeführer keinerlei Zweifel an der Richtigkeit der Rechtsauffassung gegeben haben. Wenn dagegen vorgebracht werden könnte, dass es auch andere Entscheidungen gibt, die die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers nicht teilen, so hat der Beschwerdeführer diese Entscheidungen bekämpft. Wenn der Verwaltungsgerichtshof sich noch nicht mit der Begründung der Rechtsauffassung des Beschwerdeführers auseinandergesetzt hat, so kann das nicht zulasten des Beschwerdeführers ausschlagen - ein Verschulden, in welcher Form auch immer kann daraus niemals abgeleitet werden. Ja selbst dann, wenn der Verwaltungsgerichtshof die Meinung des Beschwerdeführers nicht geteilt hätte - zu betonen, was bis jetzt nicht der Fall ist - würde dies an der Richtigkeit der Berufung auch § 5 Absatz 2 VStG nichts ändern.

C.2.) Verfahrensfehler der belangten Behörde

Die hier durch die belangte Behörde nicht beachtete Rechtsvorschrift ist Art. 267 AEUV. Der EGMR sieht in einer willkürlichen Nichtvorlage von entscheidungswesentlichen Vorlagefragen einen Verstoß gegen Art 6 EMRK als gegeben. Festzuhalten ist, dass diese Willkür immer dann angenommen wird, wenn entgegen einem begründeten Vorlageantrag danach nicht vorgelegt wird (Entscheidungen des EGMR vom 07.09.1999 RS 38399/97 Dotta / Italie; 25.1.2000 RS 44861/98 Mossbrugger / Österreich; 04.01.2001 RS 60350/00 Canela Santiago / Espagne; 13.02.2007 RS 15073/03 John ua /BRD = EUGRZ 2008, 274ff). Um der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH zu genügen wird somit beantragt nachstehende Fragen an den EUGH zur Vorabentscheidung stellen:

1. Setzt die Anwendung des Art 56 AEUV bei der Beurteilung der Unionsrechtswidrigkeit von nationalen Regelungen im Glücksspielsektor in einem grenzüberschreitenden Sachverhalt voraus, dass der Unternehmer, der unter Berufung auf die Dienstleistungsfreiheit in einem anderen Staat Glücksspiele veranstaltet, eine Bewilligung zur Veranstaltung von Glücksspielen in seinem Heimatstaat aufweist?
2. Setzt die Berufung eines Unternehmens auf Art 56 AEUV voraus, dass er eine Bewilligung zur Veranstaltung von Glücksspielen in seinem Heimatstaat aufweist?
3. Stehen Art 56 AEUV und Art 47 GRC nationalen Regelungen entgegen, wonach die zur Beurteilung der Tatsachenfrage, ob eine nationale Regelung des Glücksspielwesens in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel verringert oder die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität bekämpft, nicht durch ein einziges Gericht in einem Normenkontrollverfahren, sondern in jedem einzelnen unter Berufung auf lauterkeitsrechtliche Unterlassungs- und

Urteilsveröffentlichungsansprüche anhängigen Verfahren sowie in jedem einzelnen Verwaltungsverfahren zu lösen ist und dadurch unterschiedliche rechtliche Beurteilungen der Sachverhaltsfeststellungen nicht vermieden werden können?

4. Steht Art 56 AEUV nationalen Regelungen entgegen, nach denen Videolotterieterminals, Automaten in Spielbanken, Automatensalons und Wettterminals nach den Kriterien Spielerschutz, Mindestkapitalanforderungen, Jugendschutz, Geldwäscherei- und Terrorismusbekämpfung und Zulassung von Unternehmern aus anderen Mitgliedsstaaten unterschiedliche Regelungen aufweisen, insbesondere wenn Automatenglücksspiel in 4 von 9 Bundesländern verboten und in 5 von 9 Bundesländern erlaubt ist?
5. Steht Art 56 AEUV nationalen Regelungen entgegen, wonach die Bewilligung zur Veranstaltung von Automatenglücksspielen nur Unternehmen erteilt werden kann, die in Form einer Kapitalgesellschaft organisiert sind, die einen Aufsichtsrat aufweisen?
6. Steht Art 56 und Art 49 AEUV einer nationalen Regelung entgegen, wonach nach Erteilung der Konzession nach dem Glückspielgesetz der Konzessionär verpflichtet ist eine Kapitalgesellschaft zu errichten?
7. Ist die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) und ist die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) dahingehend auszulegen, dass es bei der Würdigung der vom EuGH für den Fall eines staatlichen Glücksspielmonopols in ständiger Rechtsprechung formulierten unzulässigen Werbepraktiken des Konzessionsinhabers darauf ankommt, ob es in einer gesamthaften Betrachtung im relevanten Zeitraum tatsächlich zu einem Wachstum des Glücksspielmarktes gekommen ist oder genügt es, dass die Werbung darauf abzielt, zu aktiver Teilnahme am Spiel anzuregen, etwa indem das Spiel verharmlost, ihm wegen der Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen wird, seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen oder die Werbepraktiken maßgeblich auch darauf abzielen, bisher Unbeteiligte zum Glücksspiel zu animieren?
8. Ist die Dienstleistungsfreiheit und ist die Niederlassungsfreiheit weiters dahingehend auszulegen, dass besagte unzulässige Werbepraktiken des Monopolisten im Falle ihres Vorliegens jedenfalls die Kohärenz der Monopolregelung ausschließlich oder kann im Falle entsprechender Werbeaktivitäten privater Anbieter von Seiten des Monopolisten auch 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, seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen oder die Werbepraktiken maßgeblich auch darauf abzielen, bisher Unbeteiligte zum Glücksspiel zu animieren?
9. Ist die Dienstleistungsfreiheit und ist die Niederlassungsfreiheit weiters dahingehend auszulegen, dass sie einer diese Freiheiten beschränkenden Bestimmung auch dann entgegenstehen, wenn das Vorliegen der vom Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung formulierten Voraussetzungen einer zulässigen Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit vom nationalen Gericht nicht mit Gewissheit festgestellt werden kann (‚non liquet') und auch dies falls der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit gegenüber der entgegenstehenden Monopolregelung der Vorrang einzuräumen ist.

Selbst wenn das erkennende Gericht zur der Überzeugung kommen sollte, dass die oben angeführten Vorlagefragen nicht zu stellen sind, so kann dennoch nicht geleugnet werden, dass im Moment 3 nachstehende Verfahren mit identem Sachverhalt (Beschlagnahme, Strafverfahren und Einziehungen nach dem GSpG) beim EuGH anhängig sind:

(1) C-589/16 (2) C-685/15 (3) C-79/17

Jedenfalls ist gegenständlichen Verfahren bis zur Entscheidung über diese Verfahren auszusetzen.

C.3.) Unzuständigkeit

Nach der ständigen verwaltungsgerichtlichen Judikatur findet das Spiel dort statt, wo ein Spielautomat örtlich aufgestellt ist, wo dieser in Betrieb genommen werden kann, wo dieser mit Geld versorgt wird. Keines dieser Kriterien ist im Wirkungsbereich der hier tätigen Behörde gegeben, jedenfalls fehlen hierzu die notwendigen Feststellungen.

C.4.) Unrichtige rechtliche Beurteilung

Vorab wird auf die Eingangs angeführte Judikatur verwiesen. Bei gegenständlichen Geräten handelt es sich nicht um Glücksspielgeräte sondern rein um Geschicklichkeitsapparate mit ‚Touchscreen Funktion'.

Es wird daher nachstehender Antrag gestellt:

Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Fachgebiet Nr. 60.87 (Glücks- und Geschicklichkeitsspiele).

Beweisthema: ‚Funktionsweise der gegenständlich relevanten und beschlagnahmten Terminals'

Zum Erkenntnis des VwGH vom 16. März 2016, Ro 2015/17/002, zum Erkenntnis des VfGH vom 15. Oktober 2016, E 945/2015, mit denen jeweils – explizit oder implizit – die unionsrechtliche Unbedenklichkeit des im GSpG normierten Monopolsystems festgestellt wurde, sowie zum Beschluss des Obersten Gerichtshofes (im Folgenden auch: OGH) vom 30. März 2016, 4 Ob 31/16m, in dem dieser demgegenüber von einer Unions- und Verfassungswidrigkeit der im GSpG normierten Monopolregelung ausgeht:

Alle diese Entscheidungen sind jeweils durchgängig dadurch gekennzeichnet, dass ihnen keine eigenständige, auf die Frage der Unionsrechtskompatibilität des GSpG-Monopolsystems bezogene Faktenermittlung zu Grunde liegt (vgl. schon LVwG OÖ vom 24. Juni 2015, LVwG-410600, S. 43f). Vielmehr beschränkte sich insbesondere die von den anderen Einzelrichtern des LVwG in deren öffentliche Verhandlungen durchgeführte Sachverhaltserhebung – wie aus den entsprechenden Protokollen hervorgeht – ausschließlich bloß auf die näheren Umstände der jeweils von den Organen der Finanz- bzw. der Bundespolizei durchgeführten Kontrolle, hingegen in keiner Weise (auch) auf Fragen im Zusammenhang mit der Unionsrechtskonformität der Monopolregelung des GSpG.

Somit vermögen sie – rein auf der Faktenebene – schon von vornherein nichts zur Klärung der vom EuGH jüngst neuerlich (vgl. EuGH vom 30. Juni 2016, C-464/16 [Admiral Casinos & Entertainment AG – ECLI:EU:C:2016:500]) betonten Anforderung beizutragen, dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass es bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer restriktiven nationalen Regelung im Bereich der Glücksspiele im Sinne einer nicht bloß statischen, sondern vielmehr einer dynamischen Betrachtungsweise nicht nur auf die Zielsetzung dieser Regelung im Moment ihres Erlasses ankommt, sondern auch auf die nach ihrem Erlass zu bewertenden Auswirkungen.

Das österreichische Glücksspielmonopol ist dem Grunde nach eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit. Es ist daher mit dem Unionsrecht nur dann vereinbar, wenn ein in den Verträgen normierter Rechtfertigungsgrund oder ein in der Judikatur des EuGH entwickelter Rechtfertigungsgrund (zwingender Grund des Allgemeininteresses) vorliegt (vgl Oreschnik, EuGH – Rs Pfleger – Glücksspielmonopol verstößt gegen die Dienstleistungsfreiheit, RdW 2014/695). Für die Beschränkung von Glücksspieltätigkeiten kommen als zwingende Gründe des Allgemeininteresses insbesondere der Verbraucherschutz, die Betrugsbekämpfung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen in Betracht (vgl EuGH vom 6.11.2003, C-243/01, Gambelli, Rz 65 ff; EuGH 8.9.2010 C-46/08, Carmen Media, Rz 55). Die Behauptung solcher Ziele allein reicht jedoch nicht aus, jegliche gesetzliche Regelung zu rechtfertigen. Sofern eine anerkannte Zielsetzung für eine Beschränkung der einschlägigen Grundfreiheit vorliegt, prüft der EuGH, ob der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eingehalten wurde. Im Zuge der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird in einem ersten Schritt untersucht, ob die nationale Maßnahme überhaupt geeignet ist, die legitime Zielsetzung zu erreichen. Der EuGH macht die unionsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopols nicht nur von der Zielsetzung des Gesetzgebers, sondern auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (idSinsb C-347/09, Dickinger/Ömer, Rz 65; aus der Rsp des OGH ua 2 Ob 243/12t, 4 Ob 200/14m, 4 Ob 68/15a, RIS-Justiz RS0129945). Damit ergibt sich, dass – auch im Zusammenhang mit Werbemaßnahmen – die Prüfung der Unionsrechtskonformität sich nicht allein am Norminhalt zu orientieren hat, hier insbesondere an § 56 Abs 1 GSpG, wonach die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber bei ihren Werbeauftritten einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren haben, sondern dass es auch auf die tatsächliche Wirkungen dieser Bestimmung ankommt. Im Rahmen der Beurteilung der Eignung eines Glücksspielmonopols kommt der Kohärenz der nationalen Regelung (EuGH C-243/01, Gambelli, Rz 65 ff; EuGH vom 30.4.2014 C-390/12, Pfleger, Rz 56) große Bedeutung zu. Für den Fall, dass die Eignung bejaht wird, beurteilt der EuGH in einem zweiten Schritt die Erforderlichkeit (Notwendigkeit) und gegebenenfalls in einem dritten Schritt die Angemessenheit der Beschränkung (Oreschnik, RdW 2014/695 mwN). Eine nationale Regelung ist nach Ansicht des EuGH dann unionsrechtswidrig, wenn diese Regelung nicht wirklich das Ziel des Spielerschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung verfolgt und nicht tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen (euGH C-390/12, Pfleger, Rz 56). In Österreich lässt sich aufgrund Mangels seitens staatlicher Stellen vorgelegter Beweismittel (verwiesen sei hier auf den Schlussantrag der Generalanwältin Sharpston vom 09.03.2017 im Verfahren zu C-685/15 woinsbesonders die Untauglichkeit zur Rechtfertigung des österr. Monopolsystems durch nachstehende Unterlagen festgehalten wurde: Glückspielbericht 2010-2014, Informationsschreiben Stabstelle Spielerschutz vom 30.10.2015, Auswirkungen des

Glückspielgesetzes 2010-2014, Stellungnahme des BMF vom 26.06.2015, Kalke Studie, Nachfolger Kalke Studie) in tatsächlicher Hinsicht weiterhin nicht feststehen.

- dass in Österreich 64.000 Personen spielsüchtig sind und dass es hierzulande beispielsweise mehr spielsüchtige (substanzunabhängige bzw. stoffunabhängige Verhaltenssucht) als drogenabhängige (substanzabhängige Verhaltenssucht) Personen gibt.
- dass die Spielsucht in Österreich ein erhebliches, einen unverzüglichen staatlichen Handlungsbedarf hinsichtlich Spielerschutzmaßnahmen begründendes gesellschaftliches Problem darstellt(e), und
- dass das Glücksspiel, insbesondere das Automatenglücksspiel, tatsächlich ein echtes Kriminalitätsproblem verkörpert(e), weil Verstöße gegen glücksspielrechtliche Bestimmungen nur in relativ geringem Ausmaß schwere (strafgerichtlich zu ahnende) Delikte bild(et)en; zum weitaus überwiegenden Teil handelt(e) es sich dagegen bloß um Ordnungswidrigkeiten, nämlich um Verstöße gegen solche Vorschriften, die ausschließlich der effektiven Sicherung und Aufrechterhaltung des bestehenden Monopolsystems dienen; erweist sich jedoch dieses Regelungssystem i.S. einer petitioprincipii als unionsrechtswidrig, dann kann eine Verletzung von Bestimmungen, die zu dessen Aufrechterhaltung und Absicherung dienen, auch nicht als rechtswidrig und schon gar nicht als kriminell qualifiziert werden;

Im Gegensatz dazu gilt auch aufgrund der oben angeführten Unterlagen als erwiesen, dass

- die Staatseinnahmen aus dem Glücksspiel jährlich ca. 500 Mio. Euro betragen (und die GSpG-Konzessionäre damit zu den 5 größten steuerleistenden Unternehmen in Österreich zählen),
- dass die Monopolinhaber eine aggressive Expansions- und Werbestrategie verfolgen, sowie
- dass der Staat, insbesondere die staatlichen Behörden die Notwendigkeit einer Monopolregelung gerade in jener Form, wie diese im GSpG verankert ist, nicht nachgewiesen haben, sodass insbesondere nicht erkennbar ist, weshalb beispielsweise eine strenge Konzessionsprüfung (Eigenkapitalausstattung, Spielerschutzauflagen, Vertrauenswürdigkeit, etc. bis hin zu hohen Verfahrensabgaben) ohne zusätzliche (auf eine Bedarfsprüfung hinauslaufende) Beschränkung auf eine bestimmte Zahl von Anbietern zur Zielerreichung nicht in gleicher Weise ausreichend sein soll.

Mit der Forderung nach Kohärenz sind auch Anforderungen an die vom Inhaber eines Monopols bzw einem Konzessionär durchgeführten Werbung verbunden, die der EuGH in mehreren Entscheidungen klargestellt hat. Im Urteil vom 3.6.2010 zu C-258/08, Ladbrokes, im Zusammenhang mit niederländischen Regelungen ging es vor allem um die Frage der Zulässigkeit der Einführung neuer Glücksspiele und der Werbung durch den national zugelassenen Anbieter von Glücksspielen. Ist dies Teil einer Politik der kontrollierten Expansion im Glücksspielsektor zur wirksamen Lenkung der Spiellust in rechtliche Bahnen (Rz 27), könne dies gerechtfertigt sein. Sollte eine starke Expansion dagegen mit dem Ziel verfolgt werden, übermäßige Anreize und Aufforderungen zur Teilnahme am Glücksspiel zu bieten, vor allem um Finanzmittel zu beschaffen, sei eine solche Politik nicht auf kohärente und systematische Begrenzung des Glücksspielwesens

ausgerichtet (Rz 28). Im Rahmen dieser Prüfung habe das vorlegende Gericht auch zu untersuchen, ob rechtswidrige Spieltätigkeiten ein Problem darstellen könnten und ob eine Ausweitung der zugelassenen und regulierten Tätigkeiten geeignet sei, diesem Problem abzuhelfen (Rz 29). Das Ziel, Verbraucher vor der Spielsucht zu schützen, sei grundsätzlich schwer mit einer Politik der Expansion von Glücksspielen vereinbar. Eine solche Politik könne nur dann als kohärent angesehen werden, wenn die rechtswidrigen Tätigkeiten einen erheblichen Umfang hätten und die erlassenen Maßnahmen darauf abzielten, die Spiellust der Verbraucher in rechtmäßige Bahnen zu lenken (Rz 30). Sollte die Nachfrage im Bereich des heimlichen Angebots erheblich zugenommen haben, sei dies zu berücksichtigen. Im Urteil vom 8.9.2010 in den verbundenen Rechtssachen C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, Stoß ua. hielt der EuGH fest, dass die vom Inhaber eines staatlichen Monopols eventuell durchgeführte Werbung maßvoll und eng auf das begrenzt bleiben müsse, was erforderlich sei, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken. Hingegen dürfe 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 oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen (Rz 103). In der Entscheidung vom 30.6.2011 zur Rs C-212/08, Zeturf, ging es um Pferdesportveranstaltungen und Wetten in diesem Zusammenhang in Frankreich und deren Anbiet en im Internet. Der EuGH wies auf seine Judikatur zur zulässigen Rechtfertigung der Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit hin. Die bloße Tatsache, dass die Zulassung und Kontrolle einer gewissen Anzahl privater Beteiligter sich für die nationalen Behörden als kostspieliger erweisen kann, als die Aufsicht über einen einzigen Betreiber, sei unerheblich. Verwaltungstechnische Nachteile könnten die Beeinträchtigung einer durch das Unionsrecht gewährleisteten Grundfreiheit nicht rechtfertigen (Rz 48). Die intensive Bewerbung der Produkte auch im Internet und eine Erhöhung der Vertriebsstellen für Wetten und der den Spielern angebotenen Produkte mit der Geschäftsstrategie, neue Publikumskreise für das angebotene Spiel zu gewinnen, rechtfertige Beschränkungen der Grundfreiheiten nicht, weil Verbraucher damit ermuntert würden, an Glücksspielen teilzunehmen (Rz 66). Um mit den Zielen der Bekämpfung der Kriminalität und der Verminderung der Gelegenheit zum Spielen in Einklang zu stehen, müsse eine nationale Monopolregelung auf der Feststellung beruhen, dass eine kriminelle und betrügerische Tätigkeit und die Spielsucht im betroffenen Mitgliedstaat tatsächlich ein Problem darstellen, dem durch die Ausweitung der zugelassenen und regulierten Tätigkeit abgeholfen werden kann und dürfe nur eine Werbung erlauben, die maßvoll und strikt auf das begrenzt ist, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den genehmigten Spielernetzwerken zu lenken (Rz 72). Im Falle einer nationalen Regelung, die gleichermaßen für Online angebotenen Wetten als auch für Wetten über traditionelle Vertriebskanäle gilt, weil der nationale Gesetzgeber eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Vertriebskanälen nicht für erforderlich gehalten hat, sei die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit unter dem Blickwinkel jener Beeinträchtigungen zu beurteilen, die für den gesamten in Rede stehenden Sektor zutreffen würden (Rz 82).

Am 15.9.2011 hatte sich der EuGH in der Rs C-347/09, Dickinger/Ömer, mit einer Österreich betreffenden Glücksspielangelegenheit zu befassen. Es ging um die nach dem österreichischen Glücksspielmonopol gemäß § 3 GSpG im Internet angebotenen Casinospiele (§ 12a GSpG) und ein in diesem Zusammenhang angestrengtes

Strafverfahren gemäß § 167 StGB. Dabei sei daher unter Berücksichtigung der Entwicklung des Glücksspielmarkts in Österreich zu prüfen, ob staatliche Kontrollen über die Tätigkeit des Monopolisten gewährleisten zu können, dass dieser tatsächlich in der Lage sein wird, die geltend gemachten Ziele mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieser Ziele quantitativ gemessen und qualitativ ausgestaltet ist, in kohärenter und systematischer Weise verfolgen (Rz 57). Unter Wiederholung der Rechtsgrundsätze zur Verfolgung expansionistischer Geschäftspolitik wurde ausgesprochen, dass das vorlegende Gericht insbesondere zu untersuchen habe, ob im entscheidungserheblichen Zeitraum die kriminellen und betrügerischen Aktivitäten im Zusammenhang mit Spielen und die Spielsucht in Österreich ein Problem gewesen ist und eine Ausweitung der zugelassenen und geregelten Tätigkeit diesem Problem hätte abhelfen können (Rz 66). Jedenfalls müsse vom Inhaber eines staatlichen Monopols durchgeführte Werbung maßvoll und eng auf das begrenzt werden, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken. Hingegen dürfe die Werbung nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, indem etwa das Spiel verharmlost, ihm ein positives Image verliehen oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die verführerische bedeutende Gewinne in Aussicht stellen (Rz 68). Es sei zu unterscheiden zwischen einer restriktiven Geschäftspolitik, die nur den vorhandenen Markt für den Monopolinhaber gewinnen und die Kunden an ihn binden solle, und einer expansionistischen Geschäftspolitik, die auf das Wachstum des gesamten Markts für Spieltätigkeiten abziele (Rz 69). Im Urteil vom 24.1.2103 zu C-186/11 und C-209/11, Stanleybetua, wies der EuGH darauf hin, dass die Wirksamkeit staatlicher Kontrolle bei einem Monopol mit dem unter anderem auch Werbeprivilegien verbunden sind, überprüft werden muss (Rz 33 f), woraus ebenfalls der Schluss zu ziehen ist, dass der nationale Gesetzgeber auch die Werbemaßnahmen des Monopolisten zu regulieren und zu überwachen hat (Oreschnik, RdW 2014/695). In Teilen des Schrifttums wird – auch im Zusammenhang mit der von den Österreichischen Lotterien und der Casinos Austria AG betriebenen Werbung – bestritten, dass bei der Werbung der erforderliche verantwortungsvolle Maßstab eingehalten wird (Talos/Stadler, EuGH kippt österreichisches Glücksspielmonopol, ecolex 2010, 1006 [1008]; Kletecka, Glücksspielmonopol und Rückforderungsansprüche, ecolex 2013, 17 [19]; Stadler/Aquilina, Unionsrechtskonforme Regulierung: ein Glücksspiel?, ecolex 2013, 389 [3911]; vgl auch Wilhelm, Zur Werbung für Wetten, Lotterien und andere Glücksspiele, ecolex 2012, 1). Nach der Meinung von Kletecka (ecolex 2013, 17 [19] erkenne jeder, der die flächendeckenden Werbeeinschaltungen aufmerksam beobachtet, dass die vom EuGH vorgegebenen Werbebeschränkungen in der Praxis tatsächlich nicht eingehalten werden. Das Glücksspielmonopol erscheine vor allem wegen der von den österreichischen Behörden geduldeten Werbepraxis der Glücksspielkonzessionäre als unionsrechtswidrig. Stadler/Aquilinia kritisieren die Exklusivität für einen überwiegend privaten Anbieter, der – wenn überhaupt – bloß oberflächlich kontrolliert wird und, vor allem betreffend Angebotsausdehnung und aggressive Werbung, nicht in aufsichtsrechtliche Schranken gewiesen wird, was unionsrechtswidrig sei (Stadler/Aquilina, ecolex 2013, 389 [392]). Ähnlich bereits Talos/Stadler (ecolex 2010, 1006 [1008]) im Zusammenhang mit Werbungen wonach der in Österreich zu beobachtende Befund umfassend den vom EuGH inkriminierten Verhaltensweisen entspreche. Auch Kohl kritisiert in ihrer umfassenden Monographie die offensive Werbepolitik der österreichischen Konzessionäre als aggressiv und problematisch. Auch wegen dieses Aspekts kommt sie zum Ergebnis, dass das

Glücksspielmonopol insgesamt unionsrechtswidrig sei (Kohl, Das österreichische Glücksspielmonopol [2013] 200).

Diese Feststellungen wurden bereits vom OGH getroffen und nicht revidiert. Sollte die belangte Behörde oder das erkennende Gericht auf die jüngste Rechtsprechung des VWGH / VfGH und des OGH verweisen so ist, neben dem bereits Ausgeführtem folgendes zu sagen:

Die Rechtslage ist keinesfalls aufgrund der höchstgerichtlichen Judikatur geklärt. Es existiert widersprüchliche Rechtsprechung des OGH zu den hier erheblichen Rechtsfragen welche bis jetzt nicht beachtet wurden. So hat der OGH zwar die ao Revision in seiner Entscheidung zu 4 Ob 31/16 m nach der Zurückweisung durch den VfGH mangels Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage zurückgewiesen, jedoch hat er ebenfalls in der Entscheidung zu 10 Ob 52/16 v vom 11.11.2016 die Rechtsansicht zur neuerlichen Entscheidung an die erste Instanz zurückverwiesen. Hier nimmt der OGH genau Stellung zu den in der hier angefochtenen Entscheidung zitierten Erkenntnisse. Somit steht fest, dass die Rechtslage keineswegs geklärt ist. Der OGH in 10 ob 52/16 v vom 11.11.2016 wörtlich:

‚Ausgehend vom tatsächlichen Werbeauftritt und dem Umstand, dass § 56 Abs 2 GSpG eine Überprüfung des unionsrechtlich gebotenen Maßstabs bei Werbeauftritten im Wege einer Klage von Mitbewerbern oder klagenden Verbänden nach dem UWG ausschließt, gelangte der 4. Senat in der Rechtssache 4 Ob 31/16m zu dem Ergebnis, dass die tatsächlichen Wirkungen der Normen nicht ausreichen, um dem Glücksspielmonopol die unionsrechtlich erforderliche Rechtfertigung zu geben. Mit Beschluss vom 30.3.2016 stellte der 4. Senat in diesem Verfahren einen Antrag gemäß § 89 Abs 2 B-VG (Art 140 B-VG) an den Verfassungsgerichtshof, dieser möge verschiedene Bestimmungen des GSpG ua dessen § 3 idF BGBl 2010/54 sowie diverse Bestimmungen des NÖ Spielautomatengesetzes 2011 idF LGBl 2013/98 7071-3, als verfassungswidrig aufheben, in eventu wurde beantragt, das Glücksspielgesetz sowie das NÖ Spielautomatengesetz jeweils zur Gänze als verfassungswidrig aufzuheben. Der Antrag wurde – zusammengefasst – damit begründet, dass die Werbung der Konzessionärinnen im Ergebnis nicht ausschließlich dazu diene, Verbraucher den kontrollierten Spielnetzwerken zuzuführen, sondern den Zweck verfolge, neue Zielgruppen zum Spielen anzuregen. Die Werbung werde laufend inhaltlich ausgedehnt, sodass insgesamt keine maßvolle Werbung im Sinne der Rechtsprechung des EuGH vorliege. Wenige Monate nach Erhebung der Gesetzesbeschwerde an den Verfassungsgerichtshof hatte der 2. Senat des Obersten Gerichtshofs eine Entscheidung in einem – bezogen auf das vorliegende Verfahren – Parallelverfahren zu treffen (2 Ob 92/15s). In diesem Verfahren, in dem ein Kläger gegen die – auch hier – beklagten Parteien seine verlorenen Spieleinsätze unter Berufung auf die Verbotswidrigkeit des Spiels zurückfordert, ging der 2. Senat des Obersten Gerichtshofs bei einer ähnlichen Feststellungsklage davon aus, dass eine umfassende Gesamtbeurteilung der Vereinbarkeit eines nationalen Glückspielmonopols mit dem Unionsrecht (auch im zweiten Rechtsgang) noch nicht möglich sei. Es seien zwar umfangreiche Feststellungen zum Werbeverhalten der Konzessionärinnen sowie kursorische negative Feststellungen zur Kriminalitätsproblematik getroffen worden, es fehlten aber weiterhin Feststellungen zu wesentlichen Verfahrensthemen wie der Überwachungstätigkeit des Monopolinhabers und zur Kohärenz der Regelungen des Glückspielmonopols und seiner Anwendung, weshalb mit einer Aufhebung und Zurückverweisung an das Erstgericht vorgegangen werden müsse. Zur Behauptungs- und Beweislast wurde unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung

ausgeführt, dass die Vereinbarkeit von nationalem Recht mit Unionsrecht grundsätzlich als Rechtsfrage von Amts wegen zu prüfen sei, sodass sich Fragen einer Darlegungspflicht (Behauptungslast) nicht stellen. Könnten aber bei Regelungen, bei denen sowohl der Wortlaut als auch die erklärte Zielsetzung des Gesetzgebers gegen die Annahme eines Verstoßes gegen Unionsrecht sprächen, ausnahmsweise tatsächliche Umstände zu einem anderen Ergebnis führen, habe sich diese Prüfung grundsätzlich an den diesbezüglichen Parteibehauptungen zu orientieren. Dabei treffe den Beklagten die Behauptungspflicht, weil es sich beim Einwand der Unionsrechtswidrigkeit um einen anspruchsvernichtenden Einwand handle (RIS-Justiz RS0129945; vgl auch RS0106638). Da allerdings die Geltung oder Anwendbarkeit eines Gesetzes letztlich nicht von Behauptungs- oder Beweisanboten einer Partei abhängen könne, werde das Erstgericht dann, wenn es aufgrund konkreter Anhaltspunkte Zweifel an der Unionsrechtskonformität haben sollte, auch von Amts wegen entsprechende Beweise aufzunehmen und Feststellungen zu treffen haben.

Mit Erkenntnis G 103-104/2016 ua vom 15.10.2016 (somit nach Einbringung der Rechtsmittelschriften im vorliegenden Fall) wies der Verfassungsgerichtshof den Gesetzesprüfungsantrag des 4. Senats des Obersten Gerichtshofs sowie gleichlautende Gesetzesprüfungsanträge des Landesgerichts Krems an der Donau, des Landesgerichts Korneuburg und des Landesgerichts Wiener Neustadt aus formalen Gründen zurück. Mit am selben Tag ergangenen Erkenntnis E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19 wies der Verfassungsgerichtshof mehrere gegen die gesetzliche Beschränkung des Glückspiels gerichtete Beschwerden nach Art 144 B-VG ab. Diesen Beschwerden lagen Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zugrunde. Sie waren jeweils unter Verweis auf den Antrag des 4. Senats des Obersten Gerichtshofs begründet worden. Der Verfassungsgerichtshof führte – zusammengefasst – aus, vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union seien die Beschränkungen der Glückspieltätigkeit inkl. Monopol sowie die zahlenmäßige Beschränkung der Konzessionen zum Betrieb von Glücksspielautomaten nicht unionsrechtswidrig.
Dieses Ergebnis werde auch durch die jüngere Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs gestützt, der in seinem Erkenntnis vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, ebenfalls davon ausgegangen sei, dass aufgrund der Ergebnisse des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens eine Unionsrechtswidrigkeit der einschlägigen Bestimmungen des Vorherigen Glücksspielgesetzes nicht zu erkennen sei.
Im vorliegenden Verfahren macht die Klägerin in der Revision – zusammengefasst – geltend, das Berufungsgericht habe sich nicht damit befasst, dass die Ziele der österreichischen Monopolregelung nicht fiskalpolitischer Natur seien, sondern das Hauptziel im Erhalt der öffentlichen Ordnung, der Sicherheit, des Verbraucherschutzes, der Betrugsvorbeugung und der Vermeidung von Anreizen zu überhöhten Ausgaben für das Spielen sowie der Verhütung von Spielsucht und Störungen der sozialen Ordnung und die Sicherung einer verantwortungsbewussten Entwicklung des Glücksspiels sei. Vor allem habe das Berufungsgericht aber die Prüfung, ob die österreichische Monopolregelung in ihren Auswirkungen geeignet sei, die vom österreichischen Gesetzgeber verfolgten Zielsetzungen zu erreichen, nicht umfassend und insbesondere rechtlich nicht hinreichend betrieben, sodass rechtliche Feststellungsmängel gegeben seien.

Diesem Vorbringen kommt – wie sich aus dem mittlerweile vorliegenden Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs, aber auch schon aus dem im Parallelverfahren ergangenen Aufhebungsbeschluss des 2. Senats des Obersten Gerichtshofs (2 Ob 92/15s) ergibt – Berechtigung zu:

Wie bereits dargelegt, bleibt es bei den nationalen Gerichten zu prüfen, ob das Verbot des Glückspiels angesichts seiner konkreten Anwendungsmodalitäten tatsächlich den Zielen Rechnung trägt, die es rechtfertigen könnten, und ob die mit ihm auferlegten Beschränkungen nicht außer Verhältnis zu diesen Zielen stehen (EuGH 6.11.2003, C-243/01, Gambelliua, Rn 76). Insbesondere muss im Lichte der Entwicklung des Glücksspielmarkts im betreffenden Mitgliedstaat geprüft werden, ob die staatlichen Kontrollen, denen die Tätigkeit des Monopolunternehmens grundsätzlich unterliegt, wirksam durchgeführt und damit die Ziele in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden, die mit der Errichtung der Ausschließlichkeitsregelung zugunsten eines Monopolunternehmens angestrebt werden (EuGH 30.6.2011, C-212/08, Zeturf Ltd, Rn 62). Das Erstgericht hat bisher aber lediglich die Art und den Umfang der Werbemaßnahmen beschrieben und ist davon ausgegangen, dass zu allfälligen kriminellen und betrügerischen Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Glücksspiel und der Spielsucht keine Feststellungen getroffen werden könnten. Ohne Rücksichtnahme auf die Zielsetzungen und Auswirkungen der Monopolregelungen, auf die weiteren Schritte zu deren Durchführung und – wie die Revision aufzeigt – auch ohne Einbeziehung des Marktumfelds, in dem die Werbemaßnahmen der Österreichischen Lotterien GmbH und der C A AG erfolgten, gelangten die Vorinstanzen zum Ergebnis, diese Werbemaßnahmen hätten jedenfalls jene Schranken überschritten, die der EuGH an eine vom Inhaber des Monopols einzuhaltende Werbung anlege. Die tatsächlichen Wirkungen der Normen würden daher nicht ausreichen, um dem Vorheriger Glücksspielmonopol die unionsrechtlich erforderliche Rechtfertigung zu geben. Der EuGH fordert jedoch, dass das nationale Gericht jeweils eine Gesamtwürdigung der Umstände vorzunehmen habe, unter denen eine restriktive Regelung erlassen worden ist und durchgeführt wird (EuGH 30.4.2014, Rs C-390/12, Pfleger ua, Rn 52). Diese, nach der Rechtsprechung des EuGH gesamthafte Würdigung aller Auswirkungen auf dem Vorheriger Glücksspielmarkt die auch vom Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19 vom 15.10.2016 angesprochen wurde – wird im fortzusetzenden Verfahren nachzuholen sein. Die Klägerin hat dazu erstinstanzliches Vorbringen erstattet und sich ua auf die ordnungspolitischen Zielsetzungen der Monopolregelungen und auf von der C A AG eingehaltene ‚Responsible-Gaming-Prinzipien' sowie Jugendschutzmaßnahmen berufen und als Beweis verschiedene Unterlagen (Zeitungsberichte und Studien zur Prävention der Glücksspielsucht, eine Resolution des Sozial-, Gesundheits- und Jugendausschusses des Österreichischen Städtebundes zum Vorheriger Glücksspiel Suchbegriff etc) angeboten. Im fortgesetzten Verfahren wird den Parteien im Hinblick auf das zwischenzeitig vorliegende Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19 sowie den Aufhebungsbeschluss des Obersten Gerichtshofs 2 Ob 92/15s ergänzend Gelegenheit zu bieten sein, Vorbringen und Beweisanbote zu erstatten, um eine ausreichende Grundlage für Feststellungen zur gesamthaften Würdigung aller Auswirkungen auf dem Glücksspiel zu schaffen. Vor allem sind Feststellungen nötig, aus denen sich ableiten lässt, ob als Folge der gesetzlichen und behördlichen Vorgaben durch die konzessionierten Betreiber Maßnahmen zum Spieler-, Verbraucher- und Jugendschutz tatsächlich umgesetzt wurden, allenfalls welche Maßnahmen dies waren und welche Wirkungen diese Maßnahmen erzielt haben. Es werden aber auch – wie in der Revision gefordert – ergänzende Feststellungen zum Auftreten der ‚nichtkontrollierten Spielenetzwerke' am österreichischen Vorheriger Glücksspiel und die von deren Anbietern allenfalls durchgeführten Werbemaßnahmen zu treffen sein, um prüfen zu können, ob die Werbeaktivitäten der Monopolinhaber im maßgeblichen Zeitraum als Reaktion auf Werbeaktivitäten der illegalen Anbieter erfolgten,

um die Verbraucher zu dem Angebot des Inhabers des staatlichen Monopols zu lenken, oder ob sie vorwiegend fiskalischen Interessen des Staats dienten. Aufgrund der auf diese Weise erweiterten Entscheidungsgrundlage wird eine gesamthafte Würdigung aller Auswirkungen auf dem Glücksspielmarkt vorzunehmen sein und erst dann beurteilbar werden, ob die Gesamtwirkung der (bisher festgestellten) Werbetätigkeit die kohärente und systematische Verfolgung der Ziele des Glücksspielgesetzes beeinträchtigt hat oder dies nicht der Fall war.‘

Genau diese Themen sind auch im hier gegenständlichen Verfahren von größter Relevanz. Das GSpG ist in seiner momentanen Ausgestaltung unionsrechtswidrig.

D.) Begehren:

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

ANTRÄGE

Das Landesverwaltungsgericht des Landes Oberösterreich möge

1. den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufheben und das Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren einstellen; jedenfalls
2. eine mündliche Verhandlung anberaumen;
3. im Sinne des § 29 VwGVG jedenfalls eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses zustellen"

[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.3. Mit Schreiben vom 19. September 2017 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den bezughabenden Verwaltungsakt.

I.4. Ergänzend erstattete die Bf mit Schriftsatz vom 30. Oktober 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 30. Oktober 2017, Vernehmung von Zeugen 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 und das Gutachten „E F“.

In der mündlichen Verhandlung teilte die Verhandlungsleiterin eingangs mit, dass die belangte Behörde ihr Fernbleiben von der Verhandlung per Mail entschuldigt und eine Stellungnahme hinsichtlich der „Nicht-Bespielung der Glücksspielgeräte“ samt VwGH-Entscheidung vorgelegt hat. Diese Eingabe wurde verlesen und eine Ausfertigung den anwesenden Parteien übergeben. Weiters teilte die Verhandlungsleiterin mit, dass der Vertreter der Bf am Verhandlungstag eine e-mail-Eingabe im Wesentlichen zu den europarechtlichen Belangen erstattet hat, welche verlesen und zum Akt genommen und eine Ausfertigung dem Vertreter der Abgabenbehörde übergeben wurde. Ebenfalls verlesen wurden die gesamten Akteninhalte der Akten LVwG-412349, 412350, 412351, 412352, 412353 und 412354.

Der Vertreter der Bf verwies auf das Erkenntnis des LVwG Steiermark vom 17.10.2017, Zl. 4138-180/2017-13, mit welchem eine Beschlagnahme aufgehoben wurde, da keine Feststellungen zum Spielverlauf getroffen werden konnten.

In seiner zeugenschaftlichen Einvernahme sagte der Zeuge G L aus, dass er bei der gegenständlichen Kontrolle die Dokumentation geführt habe. Er habe dabei alle Wahrnehmungen (Beginn der Kontrolle, Nichtdurchführung von Testspielen, heruntergefahrene Geräte) aufgeschrieben und die GSp26-Formulare ausgefüllt. Nach dem Betreten des Lokals seien drei Geräte vorgefunden worden, welche nach den Feststellungen seines Kollegen Z noch betriebswarm gewesen seien. Frau T habe gesagt, die Geräte seien ohnehin ausgeschaltet und würden demnächst abgeholt werden. Es sei auch eine Notiz über ein Telefonat von Frau T erstellt worden, in dem sie ausgesagt habe, sie hätte die Geräte ausgeschaltet als sie die Kontrollorgane am Parkplatz wahrgenommen hat. Sie habe sich geweigert, die Geräte (wieder) einzuschalten. Dies sei dann von den Kontrollorganen durch Bedienung des Kippschalters ausgeführt worden. Die Geräte seien anschließend zwar hochgefahren worden, sodass die angebotenen Spiele ersichtlich gewesen seien, Testspiele hätten allerdings nicht durchgeführt werden können, da auf den Bildschirmen „Net Error“ gestanden sei. Miniaturwalzen habe er dabei nicht festgestellt. Die Anzahl der Bildschirme pro Gerät sei ihm nicht mehr in Erinnerung.

Der Zeuge C-G Z sagte aus, dass er bei der Kontrolle die Fotodokumentation (Außenbereich, Bereich der Geräte, Kontrollschritte) erstellt habe. Zunächst seien die drei Geräte ausgeschaltet und die Bildschirme „schwarz“ gewesen; glaublich habe er festgestellt, dass die „Touch-pads“ (Bildschirme, auf dem die Spiele

ausgewählt werden können) aber noch handwarm waren, was er dann dem Schriftführer mitgeteilt habe. Ob auch ein Computer am Gerät war, sei dem Zeugen nicht bekannt; ebenso wenig das Innenleben eines Geräts. Nach dem Hochfahren der Geräte sei festzustellen gewesen, dass es sich um Skill-Games-Geräte gehandelt habe. Wo genau dies gestanden ist, sei nicht mehr erinnerlich. Dies müsste der Fotodokumentation zu entnehmen sein. Ob Frau T aufgefordert worden sei, die Geräte wieder einzuschalten, sei ihm nicht mehr in Erinnerung. Dies dürfte im Aktenvermerk stehen. Die Geräte seien dann von den Kontrollorganen eingeschaltet worden. Nach rund einer Minute sei dann der Startbildschirm mit den angebotenen Spielen, u.a. „Ring of Fire“, erschienen. Ob es sich bei „Ring of Fire“ um die „Skill-Games-“ oder um die „Glücksspiel-Version“ gehandelt hat, wusste der Zeuge nicht. Auf den Bildschirmen sei dann „Net Error“ gestanden, was eine Unterbrechung des Netzes bedeute. Testspiele seien deshalb nicht möglich gewesen. Die Anzahl der Bildschirme pro Gerät sei ihm nicht mehr in Erinnerung. Das vom Zeugen L erwähnte Telefonat von Frau T habe er nicht gehört; glaublich sei dies sein Kollege H gewesen. Er habe bisher sicherlich an mehr als 20 Glücksspielkontrollen teilgenommen.

Der Zeuge C H sagte aus, dass er sich an die Kontrolle teilweise erinnern könne. Er habe als erster den Lokalraum betreten und festgestellt, dass die Geräte ausgeschaltet und die Bildschirme „schwarz“ waren; zwei Bildschirme pro Geräte, welche übereinander angeordnet seien. Durch Berührung der Monitore, auf welchen „der Balken laufe“, und des seitlichen Gehäuses habe er festgestellt, dass diese noch warm gewesen seien. Er wisse nicht mehr, auf welcher Seite er die Geräte berührt habe. Erinnerlich sei ihm, dass er Frau T aufgefordert habe, die Geräte einzuschalten, was diese aber verweigert habe. Er habe dann selber auf einer Verteilerleiste mit einem orangen Licht auf den Knopf gedrückt, worauf nach rund einer Minute alle drei Bildschirme aufgeleuchtet sind. Auf den unteren Bildschirmen sei eine Spielübersicht, „Ring of Fire“, und dann auf den oberen Bildschirmen „Net Error“ zu sehen gewesen. „Net Error“ bedeute, dass das Gerät spielbereit aber nicht mit dem Internet verbunden ist. Ein Probespiel sei dabei nicht möglich. Es sei nicht versucht worden, eine Internetverbindung wieder herzustellen, da ihm dies seiner Ansicht nach auch nicht möglich ist. Ob es sich bei „Ring of Fire“ um die „Skill-Games-“ oder um die Glücksspiel-Version gehandelt hat, sei ihm nicht mehr in Erinnerung. Der Zeuge habe ein Telefonat von Frau T mitgehört, in welchem sie ihrem Gesprächspartner gesagt habe, dass sie die Geräte ausgeschaltet habe nachdem sie die Finanzpolizei auf den Parkplatz fahren gesehen hatte. Ob Frau T auf ihre Mitwirkungspflicht hingewiesen worden ist, sei nicht mehr in Erinnerung; ein solcher Hinweis sei aber üblich.

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

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 12. Juni 2017 im Lokal „C R B“ in St. P, wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte

betriebsbereit vorgefunden. Die Bf ist Eigentümerin der Geräte, welche zumindest am Tag der Beschlagnahme aufgestellt waren. Die Bf war nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für diese Geräte.

Zu Beginn der Kontrolle waren die Geräte ausgeschaltet aufgestellt aber noch im betriebswarmen Zustand. Offensichtlich waren die Geräte kurz zuvor von der Stromverbindung getrennt worden, was auch in einem von der Finanzpolizei mitgehörten Telefonat von M T, der unbeschränkt haftenden Gesellschafterin der Lokalbetreiberin, bestätigt wird. Nach Wiederherstellung der Stromverbindung zu den Geräten wurden diese „hochgefahren“. Allerdings blieb die Internetverbindung zu diesen Geräten unterbrochen, weshalb Probespiele nicht durchgeführt werden konnten. Aus der Fotodokumentation ist ersichtlich, dass auf folgenden Geräten zumindest folgende Spiele angeboten wurden:

Geräte FA-Nr. 1 und 2: „Reels of Ra“, „Ring of Fire“, „Macau“, „Demon Master“, „Joker27“ und „Nitro81“.
Gerät FA-Nr. 3: „Ring of Fire“, „Joker243“, „Macau“, „Reels of Ra“ und „Joker Dream“.

Der Spielablauf dieser virtuellen Walzenspiele stellt sich aufgrund der Feststellungen der Finanzpolizei und den bisher gewonnenen 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.
Hinsichtlich der Funktionalität dieser Geräte als „Skill Game“ ist festzuhalten, dass sich ein Spieler dabei im Ergebnis lediglich einer leicht zu überwindenden Hürde außerhalb des eigentlichen Glücksspiels stellen muss, welche eine geringfügige zeitliche Verzögerung herbeiführen kann, zumal der Spieler im „kleinen Walzenlauf“ (des Skill Game) ohne besonderes Geschick ein bestimmtes Symbol erzielen und damit zum zuvor geschilderten „großen Walzenlauf“ gelangen kann.

Der Spieler kann daher das Gerät jedenfalls als reines Glücksspielgerät verwenden. Selbst wenn es möglich wäre, beim „kleinen Walzenspiel“ Gewinne zu erzielen, welche nicht nur im Zwischenspeicher als Zahlenwerte gutgebucht sondern tatsächlich auch ausbezahlt werden, ist es trotzdem möglich, jederzeit ein bestimmtes Symbol zu erzielen und damit zum „großen“ und vom Spieler nicht beeinflussbaren Walzenlauf zu gelangen. Das „kleine Walzenspiel“ hat dabei keinerlei Einfluss auf das Ergebnis des „großen Walzenspiels“. Es beeinflusst lediglich den Weg dorthin geringfügig.

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

Ausgehend vom Jahr 2015 haben 41% der Bevölkerung (14 bis 65 Jahre) in den letzten 12 Monaten irgendein Glücksspiel um Geld gespielt, dieser Wert ist seit 2009 kaum verändert (2009: 42%). Das klassische Lotto „6 aus 45“ ist das beliebteste Glücksspiel in Österreich. Jeder dritte Österreicher hat dieses Spiel im Jahr 2015 mindestens einmal in den letzten 12 Monaten gespielt (ca. 33%), der prozentuale Anteil für die 30-Tages-Prävalenz beträgt ca. 20%. Seit 2009 haben sich diese Werte so gut wie nicht geändert (jeweils nur um ca. ± 1 Prozentpunkt). Dagegen ist für diesen Zeitraum eine deutliche Zunahme bei der europäischen Lotterie, den Euromillionen, zu konstatieren: Der Prozentwert für die monatliche Teilnahme hat sich von etwa 4% auf etwa 8% verdoppelt. Auch beim Joker gibt es seit 2009 einen prozentualen Anstieg. Inzwischen spielt jede siebte Person mindestens einmal im Jahr dieses Glücksspiel (ca. 14%). Damit ist es das zweitverbreitete Glücksspiel in Österreich. Bei den Rubbellosen – die auf dem vierten Platz liegen – sind nur geringe Veränderungen zwischen 2009 und 2015 vorhanden. Alle anderen Glücksspiele besitzen bezogen auf die Spielteilnahme in der Gesamtbevölkerung eine nachgeordnete Bedeutung: Das gilt für die Sportwetten genauso wie für die klassischen Casinospiele, bei denen 2015 jeweils etwa 4% in den letzten 12 Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Casinos und in Spielhallen werden von noch weniger Personen gespielt. In den letzten 12 Monaten haben am Automatenglücksspiel in Spielbanken ca. 0,5% teilgenommen, im Jahr 2009 waren dies ca. 0,6% bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz. Bezüglich der Teilnahme am Automatenglücksspiel außerhalb von Spielbanken (Spielhallen, Einzelaufstellungen, illegale Glücksspielautomaten) ist der Wert bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz von ca. 1,2% im Jahr 2009 auf ca. 1% im Jahr 2015 zurückgegangen.

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

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

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

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamts für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt

es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667, 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, mit Zweigniederlassung in Graz. Sie verfügt über ein Stammkapital von umgerechnet etwa 6.600 Euro und über keinen Aufsichtsrat.

II.3. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere dem schlüssigen und nachvollziehbaren Aktenvermerk der Finanzpolizei, den deutlichen Fotos im Akt und aus den bisher gewonnenen Erkenntnissen mit gleichartigen Geräten und Spielen. Sie gründen zudem auf den glaubwürdigen Aussagen der Zeugen L, Z und H von der Finanzpolizei in der mündlichen Verhandlung.

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

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

bei den genannten Spielen um Walzenspiele im Sinne der Judikatur des VwGH handelt.

Das Verwaltungsgericht hat sich in den genannten, aber auch vielen anderen Verfahren mit den im ggst. Verfahren angesprochenen Gutachten T, M und F und deren Schlüssigkeit auseinandergesetzt, sodass diese und die Ergebnisse als gerichtsbekannt angesehen werden können (vgl. bspw. LVwG Oö. 24. März 2016, LVwG-411104).

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

Die großen Walzenspiele laufen, wie bei herkömmlichen Walzenspielgeräten, automatisiert ab und war schon aufgrund des kurzen Walzenlaufes (gestaffeltes Ablaufen von 5 Bildleisten innerhalb von 1-2 Sekunden) und des Umstandes, dass die Symbole bei virtuellen Walzenspielen gerichtsbekanntermaßen zufällig und nicht in einer nachvollziehbaren Reihenfolge erscheinen, davon auszugehen, dass das Spiel überwiegend vom Zufall abhängt.

Das Erscheinen der Bilder erfolgt zufällig programmbedingt und ist deshalb nicht nachvollziehbar (wie etwa bei mechanischen Walzen) und liegt insofern auf der Hand, dass ein bewusstes Herbeiführen von Kombinationen unmöglich ist. Es liegt insofern gerichtsbekannt eine systemimmanente Unbeeinflussbarkeit vor, zumal bei derartigen Spielen vier oder fünf nebeneinander befindliche Felder vorhanden sind, in welchen verschiedene Symbole in zufälliger Art und Weise und in schneller Abfolge ausgetauscht werden und nicht erkennbar ist, welches Symbol auf das

letzte folgt. Angesichts automatisiert zusammengesetzter Symbolkombinationen besteht selbst im Falle der Möglichkeit des Stoppens des Walzenlaufes (wenn dieser etwa länger abliefe) keine faktische Möglichkeit, das Ergebnis des Spiels zu beeinflussen.

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.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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 iSd 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, kann eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben.

Die Geräte waren zumindest am 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 Funktionsweise der Geräte (kurze Spieldauer, da ein Walzenlauf nur etwa eine Sekunde dauert, wobei auch nicht ausgeschlossen ist, dass Spieler mehrere Einzelspiele hintereinander spielen) kann nicht von einer Geringfügigkeit ausgegangen werden (vgl. alleine hinsichtl. der Geringfügigkeit von Einsätzen VwGH, 28.05.2013, 2012/17/0195).

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

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

III.4. Zur geltend gemachten Gemeinschaftsrechtswidrigkeit:

III.4.1. Nach der Rechtsprechung 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 umgesetzt 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 Oberösterreich, 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 unionsrechtliche 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 Oberösterreich im Ergebnis davon aus, dass die bisherige Werbetätigkeit der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber nicht zur Unionsrechtswidrigkeit der österreichischen Regelungen betreffend die Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten führt.

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 des 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 zum 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. Die von der Bf behauptete Unanwendbarkeit des GSpG wegen Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols ist daher auch insoweit unzutreffend.

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

Die 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 Oberösterreich vorzunehmende rechtliche Beurteilung, ob angesichts bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen als (im rechtlichen Sinne ausreichend) effektiv angesehen werden können oder nicht, nicht von Relevanz.

Auch die Beweisanträge zur Effektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz waren daher abzuweisen.

„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 Jens Kalke und Dr. Gabriele Fischer 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 die 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 klargestellt, dass die vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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 Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erhoben, dass bis zum Jahr 2012 die Straßenanschrift des gegenständlichen Lokals in der Ortschaft St. P gelautet hat. Danach erfolgte eine Umbenennung des Straßennamens in Weilhartstraße 24. Die räumliche Lage des Lokals blieb dadurch unverändert. Im bekämpften Bescheid wurde jedoch irrtümlich die alte Straßenanschrift angeführt. Zur Klarstellung erfolgt durch das erkennende Gericht eine diesbezügliche Korrektur des Spruchpunktes. Dies beschwert die Bf auch deshalb nicht, da der Kontrollort nie in Frage gestellt und lediglich eine veraltete Straßenbezeichnung verwendet wurde.

III.10. Dem Antrag auf Aussetzung bzw. Unterbrechung des Verfahrens wegen eines anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH war nicht stattzugeben. Ansuchen anderer Gerichte um Vorabentscheidung des EuGH entfalten keine Bindungswirkung.

III.11. 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 Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rechtsprechung des 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.

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. Lidauer