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-412381/9/Wg

Datum:
Linz, 7. März 2018

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Weigl über die Beschwerde der R.W. gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 22. August 2017, GZ: BHBRSich-2016-436139/228-Sch, wegen einer Übertretung des GSpG,

zu Recht:

I. Der im Straferkenntnis als erwiesen angenommene Tatzeitraum wird auf den 12. Juni 2017 eingeschränkt. Die Geldstrafe wird auf 4.500 Euro und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 50 Stunden herabgesetzt. An die Stelle der im Spruch des Straferkenntnisses enthaltenen Wortfolge „die Glücksspielgeräte, die Hardware und die Software für den Betrieb der vorgefundenen Glücksspielgeräte“ tritt die Wortfolge „den im Eigentum der G. s.r.o. stehenden Eingriffsgegenstand mit der FA Nr 4 (afric2go)“. Die Strafsanktionsnorm lautet § 52 Abs. 2 zweiter Strafsatz Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 13/2014. Der Kostenbeitrag für das Verfahren der Bezirkshauptmannschaft reduziert sich auf 450 Euro. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

II. Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1.1. Die belangte Behörde (Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn) sah es im bekämpften Straferkenntnis als erwiesen an, dass die G. s.r.o. dem Glücksspielveranstalter gegen Entgelt ein näher beschriebenes Glücksspielgerät afric2go sowie „die Hardware und die Software für den Betrieb der vorgefundenen Glücksspielgeräte“ im Zeitraum 1. Juni 2017 bis 12. Juni 2017 im Cafe H., X, M., zur Verfügung gestellt und sich damit an verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt habe (§ 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG). Sie verhängte über die Bf als handelsrechtliche Geschäftsführerin „gemäß § 52 Abs 1 Z 1 GSpG“ eine Geldstrafe in der Höhe von 8.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 89 Stunden. Als Verfahrenskostenbeitrag wurden 800 Euro vorgeschrieben. Das Verwaltungsstrafverfahren geht auf eine finanzpolizeiliche Kontrolle zurück, auf deren Grundlage weitere Bescheide (Straferkenntnisse, Beschlagnahme von Glücksspielgeräten) erlassen wurden.

1.2. Das LVwG verband die in dieser Angelegenheit erhobenen Beschwerden zur gemeinsamen Verhandlung am 14. Dezember 2017. Das LVwG verwertete folgende Beweismittel: Inhalt der vorliegenden Verfahrensakte der Behörde und des Verwaltungsgerichtes, Aussage des Zeugen H.

2. Auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

Während der am 12.6.2017 im Lokal Cafe Konditorei H., X, M., Betreiber H.E., durchgeführten finanzpolizeilichen Kontrolle, wurde dienstlich wahrgenommen, dass die in der Folge mit den Nummern 1-4 versehenen Geräte betriebsbereit und voll funktionsfähig aufgestellt waren. Bei den Geräten mit der FA-Nr. 1-3 handelte es sich um Auftragsterminals (virtuelle Walzenspiele). Bei dem Gerät mit der FA-Nr. 4 handelte es sich um ein Gerät mit der Bezeichnung „Afric2Go 2014“. Bei der Kontrolle wurden die Geräte bespielt, GSp26-Formulare ausgefüllt, eine Fotodokumentation sowie in der Folge ein GSp33-Formular (Aktenvermerk) erstellt. Die im Lokal anwesende Kellnerin des E.H. wurde einvernommen und die Niederschrift vom 12.6.2017 erstellt. Vorangegangene Kontrollen bezogen sich auf andere Geräte. Die Finanzpolizisten verfügten am 12.6.2017 die vorläufige Beschlagnahme der vier Geräte. Mit Eingabe vom 27.6.2017 erklärte die Firma G. s.r.o. ihr Eigentum an Gerät FA-Nr. 4. Mit Eingabe vom 30.6.2017 gab die P. GmbH der belangten Behörde ihr Eigentumsrecht an den Geräten FA-Nr. 1, 2 und 3 bekannt. Mit Bescheid vom 4.7.2017 ordnete die Behörde zur Sicherung der Einziehung über die vorläufig beschlagnahmten Geräte FA-Nr. 1, 2, 3 und 4 die Beschlagnahme an gemäß § 53 GSpG. Dieser Bescheid wurde entsprechen der Zustellverfügung an das Finanzamt, E.H. und die G. s.r.o. zugestellt. Da in der Zustellverfügung nicht auch die P. GmbH angeführt wurde, übermittelte die

Behörde der P. GmbH einen auf den 24.8.2017 datierten Bescheid, der abgesehen von der Aktenzahl und der Zustellverfügung, die sich nur an die P. GmbH richtet, inhaltlich ident ist mit dem Bescheid vom 4.7.2017. Die P. GmbH erhebt Beschwerde gegen den Bescheid vom 24.8.2017. Die Beschwerden des E.H. und der G. s.r.o. richten sich gegen den am 4.7.2017 datierten Bescheid (Akt, Erörterung Tonbandprotokoll).

M.M. war im Juni 2017 handelsrechtliche Geschäftsführerin der P. GmbH. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse bzw. Familienverhältnisse wurden von der belangten Behörde in der Aufforderung zur Rechtfertigung wie folgt eingeschätzt: monatliches Einkommen von 3.000 Euro, keine Vermögen, keine Sorgepflichten. Diese Schätzung wurde im Beschwerdeverfahren nicht bestritten. Die Behörde ging im Straferkenntnis von mittleren Verhältnissen (durchschnittlichem monatlichen Einkommen) aus, da M.M. trotz Aufforderung keine Einkommens-, Vermögens- und allfällige Sorgepflichten bekannt gegeben hatte. Laut Begründung Straferkenntnis liegen drei rechtskräftige Vorstrafen nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG vor. Es handelte sich um eine Kontrolle, bei der drei Geräte vorgefunden und abgestraft wurden. Es handelt sich also um ein rechtskräftiges Straferkenntnis betreffend drei Geräte. (Akt, Erörterung Tonbandprotokoll)

R.W. war im Juni 2017 handelsrechtliche Geschäftsführerin der G. s.r.o. war. Die Schätzung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie Familienverhältnisse laut AZR, monatliches Einkommen von 3.000 Euro, kein Vermögen, keine Sorgepflichten wurde im Beschwerdeverfahren nicht bestritten. Die Behörde ging im Straferkenntnis von mittleren Verhältnissen (durchschnittlichem monatlichen Einkommen) aus, da R.W. trotz Aufforderung keine Einkommens-, Vermögens- und allfällige Sorgepflichten bekannt gegeben hatte. In der Begründung des Straferkenntnisses werden fünf Vorstrafen aufgelistet. Auch diese Strafen waren vor dem Tatzeitraum rechtskräftig. Bei den ersten drei Strafen handelt es sich um die Geldstrafen, die für drei bei einer Kontrolle festgestellten Geräte verhängt wurden. Bei den in der Begründung des gegen sie erlassenen Straferkenntnisses genannten Strafen Nr. 4 und 5 handelt es sich um weitere zwei Geräte, die bei einer anderen Kontrolle festgestellt wurden (Akt, Erörterung Tonbandprotokoll).

Bezüglich E.H. blieb die behördliche Schätzung der Einkommens- und Familienverhältnisse laut AZR monatliches Einkommen von 3.000 Euro, keine Vermögen, keine Sorgepflichten unbestritten. Im Verwaltungsstrafakt sind keine Vorstrafen dokumentiert. Die Verfahrensparteien gehen vom Milderungsgrund der Unbescholtenheit aus (Akt, Erörterung Tonbandprotokoll).

Testspiele (Virtuelles Walzenspiel „Ring of Fire XL“) konnten an den Geräten mit den FA Nummern 1 bis 3 durch Betätigung mechanischer Tasten oder virtueller Bildschirmtasten zur Durchführung aufgerufen werden. Nach Eingabe von Geld,

Auswahl eines Einsatzbetrages mit der „Setzen“ Taste und Auslösung des Spieles durch die Start-Taste wurden die am Bildschirm dargestellten Symbole auf den virtuellen Walzen ausgetauscht oder in ihrer Lage verändert, sodass der optische Eindruck von rotierenden, senkrecht ablaufenden Walzen entstand. Nach etwa einer Sekunde kam der „Walzenlauf“ zum Stillstand. Ein Vergleich der nun neu zusammengesetzten Symbole mit dem im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes. Bei den Walzenspielen hatte man keinerlei Möglichkeit, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen. Es war nur möglich, nach Eingabe eines Geldbetrages als Spielguthaben, ein Spiel auszuwählen und zur Durchführung aufzurufen, den Einsatz zu wählen, die Starttaste so lange zu betätigen, bis das aufgerufene Walzenspiel ausgelöst wurde und nach etwa einer Sekunde den Verlust des Einsatzes oder einen Gewinn festzustellen. Auf den Geräten FA Nr 1, 2 und 3 wurde bei einem geforderten Mindesteinsatz von 0,10 Euro ein Höchstgewinn von 180 Euro in Aussicht gestellt. Bei einem Höchsteinsatz von 15 Euro wurde ein Höchstgewinn von 27.000 Euro in Aussicht gestellt (GSp26 Formulare, Aktenvermerk vom 14. Juni 2017 GSp33, Fotodokumentation, Aussage Zeuge H., Tonbandprotokoll).

Bei dem Gerät FA Nr 4 handelt es sich um eine Art elektronisches Glücksrad mit Vervielfachungsfaktor mit der Bezeichnung „afric2go 2014“. Beim Testspiel beim Gerät mit der FA Nr 4 wurde von den Kontrollbeamten ein 10 Euro Schein eingeschoben. Das Spielguthaben in Höhe von 10 Euro wurde angezeigt. Daraufhin wurde von den Kontrollbeamten die grüne Taste (Rückgabe wählen) etwa 3 Sekunden gedrückt und es wurden 2 Ein Euro Münzen und 4 Zwei Euro Münzen ausgeworfen. Das Gerät wechselte den 10 Euro Schein in Euromünzen. Umgekehrt war das Wechseln (Münzen in Scheine) nicht möglich. Mögliche Vervielfachungsfaktoren waren 1, 2 und 4 beim Testspiel wurde der Faktor 1 gewählt. Dann wurde die rote Taste (Musik kopieren/hören) gedrückt und die „Sonne“ in der Mitte und eine der Zahlen 2, 4, 6, 8 und 20 begannen zu blinken. Die Zahlen und die Sonne hörten erst zu blinken auf, als die rote Taste erneut gedrückt wurde. Das Sonnensymbol blieb beleuchtet => kein Gewinn. Das neue Guthaben war nur mehr 9 Euro. Dieser Vorgang wurde insgesamt 9-mal wiederholt, wobei immer das Sonnensymbol beleuchtet blieb. Das Spielguthaben betrug danach 0 Euro. Es wurde erneut ein Spielguthaben von 5 Euro, mittels Banknoteneinzug hergestellt. Es wurde erneut die rote Taste gedrückt. Das Sonnensymbol blieb wiederum unbeleuchtet – kein Gewinn. Beim 4’ten Start dieses Vorganges blieb der 2-er beleuchtet (am Display 2 Euro Rabatt). Dieser Gewinn wurde durch kurzes Drücken der grünen Taste auf das Guthaben am Display aufgebucht => Guthaben 2 Euro. Dieses Guthaben wurde dann durch längeres Drücken (ca 3 Sekunden) der grünen Taste zur Auszahlung gebracht (s. Foto). Da bei Aufleuchten einer Zahl ein Gewinn in der Höhe zwischen 2 Euro und 80 Euro zu realisieren ist, liegt ein aus zwei Teilen bestehendes Spiel vor, dessen Ausgang vom Spieler nicht beeinflusst werden kann: Das über einen Gewinn entscheidende Aufleuchten eines Symbols (Zahl)

wird vom Gerät selbsttätig herbeigeführt. Der Spieler kann somit zu Beginn des Spiels, das ihm die Gewinnchance bietet, den Ausgang nicht vorhersehen und ihn auch nicht beeinflussen. Der VwGH hat mit Erkenntnis vom 20. April 2016, GZ: Ro 2015/17/0020, klargestellt, dass es sich bei Afric2go Geräten um Glücksspielgeräte handelt (Aktenvermerk vom 14. Juni 2017 GSp33, GSp26 Formular, Aussage H., Tonbandprotokoll).

Die Geräte FA Nr 1, 2, 3 und 4 waren jedenfalls am 12. Juni 2017 im Lokal betriebsbereit aufgestellt. Welches der vier Geräte bereits vor dem 12. Juni 2017 im Lokal betriebsbereit aufgestellt waren, konnte im Beschwerdeverfahren nicht festgestellt werden. (Aussage J.M. Niederschrift vom 12. Juni 2017)

Die Geräte wurden von den Finanzpolizisten vorläufig beschlagnahmt. Es steht nicht fest, wer Veranstalter der Glücksspiele ist, diese also auf eigene Rechnung und Gefahr durchführte. Die P. GmbH hat die Glücksspielgeräte FA Nr 1, 2 und 3, die sich in ihrem Eigentum befinden aber jedenfalls am 12. Juni 2017 dem Veranstalter gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, um damit fortgesetzt Einnahmen aus der Veranstaltung von Ausspielungen zu erzielen. Die G. s.r.o. hat das Glücksspielgerät FA Nr 4, das sich in ihrem Eigentum befindet, jedenfalls am 12. Juni 2017 dem Veranstalter gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, um damit fortgesetzt Einnahmen aus der Veranstaltung von Ausspielungen zu erzielen. Für die mittels der Geräte erfolgenden Ausspielungen lag weder eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vor und es waren diese auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen (Akt).

2.1. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit wird festgestellt:

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 Kasinospielen bereits mehr als jeder zwanzigste Spieler betroffen.

Auch Sportwetten beinhalten ein erhebliches Risiko, spielbedingte Probleme zu entwickeln. So erfüllen ca. 7,1% dieser Spielergruppe die Kriterien problematischen Spielens und weitere ca. 9,8% zeigen ein pathologisches Spielverhalten. Etwa jeder sechste Sportwetter ist daher von einer Spielproblematik betroffen. Noch höher sind diese Anteile bei Spielautomaten, welche in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen stehen. Etwa 21,2% dieser Spieler sind spielsüchtig. Die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der „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 Kasinos von ca. 13,5% im Jahr 2009 auf ca. 8,1% im Jahr 2015 und bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos von 33,2% im Jahr 2009 auf 27,2% im Jahr 2015 zurück.

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamts für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667, 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. Dezember 2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Vernetzung, Koordination und Zusammenarbeit in Spielerschutz-angelegenheiten 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 Bundes-rechenzentrum 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. Juli 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.

3. Beweiswürdigung:

In der Sache selbst (2.) stützen sich die Feststellungen auf die in Klammer angegebenen Beweismittel. E.H. war am 12. Juni 2017 Lokalbetreiber, die P. GmbH Eigentümerin der Geräte FA Nr 1, 2 und 3, die G. s.r.o. Eigentümerin des Gerätes FA Nr 4. Wer Veranstalter war, kann nicht mit der ausreichenden Wahrscheinlichkeit festgestellt werden. Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass diese von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt

wurden und die Funktionsweise der Geräte eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären und dass die Geräte nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wären. Entsprechend dem Strafantrag geht die Behörde davon aus, dass die G. s.r.o. auch die Software dem Veranstalter zur Verfügung gestellt hat. Für diese Annahme liegen aber keine ausreichenden Beweismittel vor, da G. s.r.o. lediglich ihr Eigentum am Terminal bekannt gegeben hat und es durch aus möglich erscheint, dass die Software von einem Dritten bzw vom unbekannten Veranstalter zur Verfügung gestellt wurde. Dass einer der Beteiligten im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit den verfahrensgegenständlichen Geräten gewesen wären oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet. Zu den verfügbaren Glücksspielen: Die anlässlich der Kontrolle angefertigten Dokumentationen (GSp33, GSp26, Fotodokumentation) sowie die Niederschrift mit J.M. (bei der Kontrolle im Lokal anwesende Kellnerin des E.H.) befinden sich im vorgelegten Behördenakt. Die einzelnen Beweismittel wurden in der Verhandlung erörtert, teilweise wörtlich verlesen (so der GSp33 Aktenvermerk). Die Verfahrensparteien (Beschwerdeführer, belangte Behörde, Finanzamt) hielten fest, dass auf eine wörtliche Verlesung einzelner Aktenbestandteile verzichtet wird und hielten fest, dass der gesamte Akteninhalt einvernehmlich als verlesen gilt. Finanzpolizist H. bespielte bei der Kontrolle die Geräte FA Nr 1, 2, 3 und 4. Er konnte sich in der Verhandlung an keine Details erinnern, ein anderer Kollege füllte das GSp26 aus, wobei H. zeugenschaftlich bestätigte, dass die GSp26-Formulare den dienstlichen Wahrnehmungen entsprechend ausgefüllt wurden. Der Zeuge H. erstellte und unterfertigte den Aktenvermerk vom 14. Juni 2017 (GSp33) und hielt darin seine dienstlichen Wahrnehmungen fest. Die Bf legten mit Eingabe vom 13. Dezember 2017 ein Urteil des BG Wels zum Beweis der Funktionsweise als Geschicklichkeitsapparat der beschlagnahmten Terminals aus und führten aus, dass die Terminals baugleich mit den hier relevanten seien. Im vorgelegten Urteil kam das BG Wels zu dem Ergebnis, konkret bezeichnete Geräte des Typs „Skill Games“ seien Geschicklichkeitsgeräte. Das BG nimmt dabei Bezug auf Sachverständigengutachten, die dem LVwG nicht vorgelegt wurden. Ein konkretes Vorbringen zum Spielverlauf der in den bekämpften Bescheiden behandelten Geräte wird nicht erstattet. In den GSp26 Formularen und der Fotodokumentation sind die vom Zeugen H. bespielten Walzenspiele (Ring of Fire XL) demgegenüber wie auch die Einsatz- und Gewinnmöglichkeiten klar dokumentiert. Der Zeuge H. sagte aus, er habe die Tasten- und die Bildschirmfunktionen probiert. Er machte folgende Angaben: *„Von Frau Mag. F. befragt, ob hier Spielanleitungen oder ähnliches vorhanden sind, gebe ich an, dass die Geräte immer gleich funktionieren.*“ Ring of Fire XL ist ein bekanntes Walzenspiel. Für das LVWG steht auf Grund der vorliegenden Beweismittel fest, dass die im unteren

Bildschirmbereich (Fotodokumentation) ersichtlichen drei kleinen Walzen nichts daran ändern, dass man – wie von H. dokumentiert – beim (großen) Walzenspiel Ring of Fire XL keinen Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen nehmen kann. Die Verfahrensparteien verzichteten in der mV auf die Einvernahme der Zeugin Janisch und hielten fest, dass deren Angaben in der Niederschrift vom 12. Juni 2017 nicht bestritten werden. Auf die Frage, wie lange die Geräte schon in diesem Lokal standen antwortete sie: „Nach der letzten Kontrolle mussten die Geräte ja weggebracht werden. Aber ich kann mich nicht genau erinnern, wann die neuen Geräte wiedergekommen sind. Aber danach gefragt, ob die drei Geräte am 1.6.2017 auch schon im Lokal waren gebe ich an, dass sie da auf jeden Fall hier waren und ich an diesem Tag auch Dienst hatte. Ich arbeite immer Montag, Mittwoch, Donnerstag und Freitag im Lokal“. Die Finanzpolizei folgerte im Aktenvermerk vom 14. Juni 2017, auf Grund dieser Angaben habe der 1. Juni 2017 als Aufstellungszeitpunkt ermittelt werden können. Nun bezieht sich die Aussage der Michaela Janisch auf drei und nicht etwa auf vier Geräte. Welches der vier Geräte nun bereits vor dem Kontrolltag betriebsbereit aufgestellt war, kann daraus nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit abgeleitet werden. Es steht zwar zweifelsfrei fest, dass die vier Geräte am 12. Juni 2017 betriebsbereit aufgestellt waren, welche der vier Geräte aber bereits vor dem 12. Juni 2017 betriebsbereit aufgestellt waren, konnte anhand der vorliegenden Beweismitteln nicht festgestellt werden.

3.1. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG fand in der mV eine Beweisaufnahme statt. Die Stellungnahme des BMF vom 17.11.2017 samt Beilagen wurde mit Email vom 12. Dezember 2017 den Verfahrensparteien übermittelt. 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. Die Stellungnahme des BMF vom 17.11.2017 wird den Feststellungen zugrunde gelegt.

3.2. Im Gutachten vom 31. Mai 2017 (Beilage 3 der Stellungnahme vom 13. Dezember 2017) werden einzelne Werbungen näher beschrieben, so zwei TV-Spots (Casinos Austria Spot Glücksmomente, 2016, 30 sec, SpotKlassenlotterie April 2015, 28 sec), eine Plakatwerbung (vom Mai 2017), Print/Inserate (ein Lotto Inserat vom 19. Mai 2017, drei Inserate in der Zeitung Österreich vom 19. Mai 2017, Inserat der Fa. Admiral Mai 2017, Inserat von Winwin Mai 2017), Webseiten (Casinos Austria AG, Österreichische Lotterien, Winwin), social Media/Facebook (Casinos Austria, Mystery-Pot; win2day, Euromillionen), Public Relations (PR Artikel Casinos in der Niederösterreicherin, PR Artikel von Winwin in Weekend), Ambient Media (Tankstellen-/Zapfsäulenwerbung der Casinos Austria vom 13. März 2017), Direktmailing (Mailing Fa. P.). In weiterer Folge führt das Gutachten aus: *„Die Werbeausgaben der Wett- und Glücksspielbranche sind in den letzten 2 Jahren von rd. EUR 64 Mio. auf EUR 71 Mio. angestiegen, das ist ein Zuwachs der Werbeausgaben von rd. 11 %. Alleine die beiden Marken Lotterien und Casinos, die alle zur Unternehmensgruppe Casinos Austria AG (Quelle: Geschäftsbericht der Casinos Austria AG) gehören, gaben im 2016 EUR 49,3 Mio. aus, das sind rd 69 % der gesamten Wett- und Glücksspielbranche).* Unter Pkt. 5 Zusammenfassung führt das Gutachten aus: *„ad Frage 1: Recherche und fachliche Analyse aktueller Werbemaßnahmen der Konzessionsnehmer, was ist das Ziel dieser Werbung? Wird der Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken hingelenkt? Werden bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen? Ist die Werbung (auch) auf Akquisition bisheriger Nichtspieler (insb. Jüngere und Frauen) gerichtet?*
In den meisten Werbemaßnahmen der Konzessionsnehmer werden die überschwängliche „Freude am Spiel“, der „Kick“, die angenehme Atmosphäre, das zum Greifen nahe Glück, das „Glücksgefühl“, der hohe Gewinn, die hohe Gewinnwahrscheinlichkeit in den Mittelpunkt der Werbebotschaft gestellt. Das Glücksspiel wird durchgängig sehr sympathisch und attraktiv, vor allem für junge Menschen und Frauen, inszeniert. Zusätzlich zu den bestehenden Kunden werden über die klassischen Medien, aber auch durch neue Werbeformen neue Spiele angeboten. Durch den hohen Werbedruck über alle Kanäle verteilt, will man sich von den Mitbewerbern abheben. Grundsätzlich differenziert sich die Kommunikation der Konzessionsnehmer nicht von jener der Mitbewerber bzw von genereller Endkundenwerbung. Ziel der Kommunikation ist es, mehr Kunden, und dabei vor allem junge Menschen, Senioren und Frauen zugewinnen und zu binden, damit mehr Umsatz zu erzielen, in neue Spiele investieren und zu expandieren. Die gesetzten Werbemaßnahmen fördern den natürlichen Spieltrieb des Menschen und verharmlosen das Glücksspiel und regen zur aktiven Teilnahme am Spielen an. Worin sich ein kontrolliertes Spielernetzwerk vom Mitbewerb unterscheidet ist für den Konsumenten nicht ersichtlich, außer dass öfters auf eine Spielerinformation hingewiesen wird. In Österreich beträgt das durchschnittliche

Netto-Jahreseinkommen rd. EUR 22.930,- pro Person. Die oft verführerisch in Aussicht gestellten Gewinne von EUR 1 Mio., 3 Mio., 10 Mio. und sogar 116 Mio. stellen in Österreich mehr als einen bedeutenden Gewinn dar!

ad Frage 2: Unternehmensentwicklung und Entwicklung des Werbebudgets der Konzessionsnehmer?
Der Umsatz der Österreichischen Lotterien hat sich in den letzten 5 Jahren um 13,4 % auf EUR 3.351,89 Mio. und der Casinos Austria im selben Zeitraum um 19,3 % auf EUR 326,83 Mio. erhöht. Die Werbeausgaben der Konzessions-unternehmen sind mit rd. EUR 70 Mio. in den letzten Jahren (von 2009 bis heute) konstant. Alleine die Marken Lotterien und Casinos, die alle zur Unternehmensgruppe Casinos Austria AG (Quelle: Geschäftsbericht der Casinos Austria AG) gehören, gaben im Jahr 2016 EUR 49,3 Mio. aus, das sind rd. 69 % der gesamten Werbeausgaben in der Wett- und Glücksspielbranche. Vergleicht man im Jahr 2016 in Österreich die Wett- und Glücksspielbranche mit der Bierbranche, so ist festzustellen, dass die Wett- und Glücksspielbranche 3,6 Mal so viel für Werbung ausgibt als die Biermarken. Daher ist festzuhalten, dass die Werbung der österreichischen Wett- und Glücksspielwerbung nicht maßvoll ist und nicht eng auf das begrenzt bleibt, was erforderlich ist, im Gegenteil, es wird sogar ein hoher Werbedruck ausgeübt.

ad Frage 3: Hat eine Behörde/Verein/etc Werbung von Konzessionsnehmern beanstandet?
Die Beschwerden beim Österreichischen Werberat gegen die Konzessionsnehmer sind zu vernachlässigen. Auffällig hingegen ist der Mitbewerber, das Unternehmen bet at home, hier gab es zahlreiche Beschwerden, mehrere Abmahnungen und Stoppentscheidungen seitens des Österreichischen Werberates."

Die Werbeausgaben der Konzessionsunternehmungen sind lt. diesen Gutachten in den letzten Jahren (von 2009 bis heute) konstant. Dass insoweit – also betreffend dem Umfang der Werbeausgaben – eine Änderung der Verhältnisse, die der von den Höchstgerichten im Jahr 2016 zugrunde liegenden Gesamtwertung, eingetreten wäre, ist daher nicht ersichtlich. Der Umfang der Werbeausgaben ist nicht zu beanstanden. Die im Gutachten enthaltene Schlussfolgerung zu „den meisten Werbemaßnahmen" kann sich nur auf die im Befund aufgelisteten, einzelnen Maßnahmen beziehen. Ausgehend davon lassen die einzelnen im Gutachten beschriebenen Werbemaßnahmen keinen Rückschluss auf die Wirkungen aller maßgeblichen Werbemaßnahmen zu. So wird schon im Befund (Pkt 3.1.) ausdrücklich festgehalten: *„Grundlagen der Befundaufnahme waren die aktuellen Kommunikationsmaßnahmen (die Auflistung stellt keinen Anspruch auf Vollständigkeit!) einiger ausgewählter Betriebe in der Klassischen Werbung ..."*
Mangels Anspruch auf Vollständigkeit lassen sich aus diesem Gutachten keine Rückschlüsse auf gesamtheitliche Wirkungen ziehen. Es wird kein Zweifel daran begründet, dass die Werbetätigkeit maßvoll und eng darauf begrenzt ist, was

erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken.

4. Rechtliche Beurteilung:

4.1. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit:

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 den 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, Zl. Ro 2014/17/0049; VwGH 15.12.2014, Zl. Ro 2014/17/0121).

Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, und es sind (Stand 2015) zwischen ca. 27.600 bis ca. 46.000 Personen spielsüchtig. Die Spielsucht stellt daher in Österreich ein relevantes Problem dar. Durch das im GSpG geregelte Glücksspielmonopol sollen unter anderem die Gelegenheiten zum Spiel vermindert, die Ausnutzung der Spielleidenschaft begrenzt und der Spielerschutz gewährleistet werden (vgl. in diesem Zusammenhang etwa die §§ 5, 14, 16, 19, 21, 22, 25, 26, 31 und 56; so ausdrücklich auch die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Novelle BGBl I Nr. 73/2010; in diesem Sinne auch bereits die Rsp der österreichischen Höchstgerichte siehe etwa VfGH 06.12.2012, B1337/11 ua; VfGH 12.03.2015, G 205/2014-15 ua; VwGH 07.03.2013, Zl. 2011/17/0304, VwGH 04.11.2009, Zl. 2009/17/0147; OGH 20.03.2013, 6 Ob 118/12i; 17.02.2015, 4 Ob 229/14a: Aus den gesetzlichen Bestimmungen als solchen sei nicht abzuleiten, dass die Ausgestaltung des Glücksspielrechts nicht dem Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitäts-bekämpfung 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). Dem evidenten Spielsuchtproblem in Österreich soll gerade auch durch das im GSpG geregelte Monopol entgegengetreten werden,

wobei es sich bei der Normierung eines Monopolsystems um eine geeignete Maßnahme handeln kann, um den negativen Erscheinungen unkontrollierten Glücksspieles entgegen zu wirken (vgl. EuGH Rechtssache Pfleger, C-390/12 RZ 41).

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

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

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

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des 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. Dezember 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 die Kontrollen der Konzessionäre, die Maßnahmen zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels, die Festlegung der Anbindung der Glücksspielautomaten (auch jener in Spielbanken) und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH, aber auch die Einrichtung der Spielerschutzstelle, zeigen nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, dass die

Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in kohärenter und systematischer Weise erfolgt.

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

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 „C.A.“ im Vergleich zu den (häufig auch nicht bewilligten) Ausspielungen in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen eher gering ausfallen.

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

Zum Vorbingen 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 – wie von der Bf vorgebracht - jede einzelne Werbemaßnahme jedes Konzessionärs und Bewilligungsinhabers den Vorgaben des EuGH entspricht, da die Werbetätigkeit in ihrer Gesamtheit jedenfalls nicht dem Wachstum des gesamten Markts für Glücksspiele dient. Auch wenn einzelne Werbemaßnahmen für sich genommen geeignet sein sollten, die Spiellust zu wecken bzw. zu verstärken, so hat jedenfalls die Gesamtheit der Werbetätigkeiten nicht zu einer Ausweitung des Glücksspieles geführt. Es haben daher die Gesamtwirkungen der Werbetätigkeit die kohärente und systematische Verfolgung der Ziele des GSpG nicht beeinträchtigt.

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

Zusammenfassend ergibt sich daher für das erkennende Landesverwaltungsgericht, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen

Umstände eine Unionsrechtswidrigkeit durch die österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten nicht vorliegt. Die von der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom EuGH anerkannte Gründe des Allgemeininteresses und sind geeignet, diese in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Die Beschränkungen erscheinen auch nicht unverhältnismäßig. Auch kann der VwGH in den im GSpG vorgesehenen Eingriffsbefugnissen keinen übermäßigen Eingriff in die von der GRC geschützten Rechte erkennen. Diese Beurteilung entspricht der aktuellen Rechtsprechung des VwGH zu diesem Thema (Ro 2015/17/0022-7 & 17 vom 16.03.2016). Ebenso konnte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016 (E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19) keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkung der Glücksspielkonzessionen erkennen.

Zu den offenen Beweisanträgen betreffend die Frage der Unionsrechtskonformität ist Folgendes auszuführen: In der Stellungnahme vom 13. Dezember 2017 beantragen die Bf die Einvernahme der Zeugen Dr. K., Dr. F., W.K., M.N. und Mag. S.

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. Daran vermochten auch die von der Bf vorgelegten Beweismittel nichts ändern, da diese zwar einen erheblichen Anstieg des Glücksspielmarkten propagieren, aber für das Gericht in keinster Weise nachvollziehbar oder überprüfbar waren, vielmehr es sich nur um Zusammenfassungen oder Überschriften zweier Erhebungen handelte. Auch 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 erstellte 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.

4.2. Zum objektiven Tatbestand (4. Tatbild § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG)

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl I Nr. 105/2014, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs 2 daran beteiligt.
Gemäß § 52 Abs 2 GSpG ist bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro zu verhängen.
§ 52 Abs 3 GSpG lautet: Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.
Gemäß § 1 Abs 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.
Gemäß § 2 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele,

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

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

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

Das Gerät FA Nr 4 (Afric2Go, vgl VwGH RO2015/17/0020) ist ein Glücksspielgerät. Der nicht ausreichend konkretisierte Beweisantrag zum Beweisthema „Funktionsweise der gegenständlich relevanten und beschlagnahmten Terminals“ ändert daran nichts. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass mit dem Gerät Glücksspiele veranstaltet wurden, um dadurch selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es handelt sich bei diesen Glücksspielen auch um Ausspielungen iSd § 2 GSpG. Es handelt sich um verbotene Ausspielungen, da eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt wurde und diese Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei, dass die G. s.r.o. Eigentümerin des verfahrensgegenständlichen Geräts war. Die G. s.r.o. hat sich an der Veranstaltung von Glücksspielen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, unter Verwendung des aufgestellten betriebsbereiten und funktionsfähigen Gerätes unternehmerisch iSd § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG beteiligt, um damit selbständig und nachhaltig Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen, indem sie dieses Glücksspielgerät, mit denen den Spielern für einen geldwerten Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden und deren Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing, gegen Entgelt zur Verfügung gestellt hat. Der Tatzeitraum war auf den 12. Juni 2017 einzuschränken. Ein Beweismittel, wonach die G. s.r.o. auch die Software zur Verfügung gestellt hat, ist nicht vorhanden, was die Einschränkung der angelasteten Tat zur Folge hat (§ 44a Z 1 VStG). Der objektive Tatbestand einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 1 4. Tatbild GSpG ist erwiesen. Die Bf ist gemäß § 9 Abs. 1 VStG strafrechtlich verantwortlich.

4.3. Zur subjektiven Tatseite (Verschulden)

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da § 52 GSpG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog. "Ungehorsamsdelikt"). Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Die Bf hat keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen.

Die Bf beruft sich in seiner Beschwerde auch auf einen Verbotsirrtum auf Grund der zum Glücksspielgesetz ergangen Rechtsprechung. Entschuldigend wirken dabei nach stRspr nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rsp zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.03.1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbst erteilte Auskünfte über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) bzw. eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung“ (VwGH 22.03.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Entschuldigend wirkt hiebei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 04.10.2012, 2012/09/0134; 18.09.2008, 2008/09/0187), einer anderer fachkompetenter Institutionen, zB. der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (zB VwGH 16.11.1993, 93/07/0022, 0023), der Gebietskrankenkasse (VwSlg 14.020 A/1994) oder auch des Kuratoriums für Verkehrssicherheit (VwSlg 13.257 A/1990) bzw in sehr eingeschränktem Ausmaß die Rechtsauskunft berufsmäßiger Parteienvertreter (zB von Rechtsanwälten). Diese muss sich jedenfalls an der maßgeblichen Rsp der Höchstgerichte und gegebenenfalls an der Rechtsmeinung der zuständigen Behörde (VwSlg 11.744 A/1985) orientieren. Das Vertrauen auf die (falsche) Rechtsauskunft ist dem Auskunftssuchenden insbesondere dann vorwerfbar, wenn dem Beschuldigten das Spannungsverhältnis zur gegenteiligen Behördenauffassung bekannt ist oder sich unmittelbar aus dem Inhalt der Auskunft auch für den Nicht-Fachmann ersichtliche Zweifel ergeben (VwGH 22.02.2006, 2005/17/0195); (vgl. Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 21 (Stand 01.07.2013, rdb.at).

Die Bf beruft sich lediglich auf die vereinzelt gebliebene Judikatur des LVwG Oö. sowie die divergente Judikatur der Höchstgerichte. Demgegenüber stehen eine ständige Praxis der zuständigen Verwaltungsbehörden und insbesondere die einhellige, weiter oben dargestellte Judikatur des VwGH. Die vereinzelt gebliebene Judikatur des LVwG Oö. (insb. LVwG-410286) wurde vom VwGH nicht bestätigt (vgl. VwGH vom 15.12.2014, Ro 2014/17/0121-5). Die Bf konnte sich demnach nicht erfolgreich auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum berufen, sondern unterliegt bestenfalls einem Rechtsirrtum, der ihm allerdings vorwerfbar ist.

Der VwGH hat bereits mit Erkenntnis vom 20. April 2016 klargestellt, dass afric2go Geräte Glücksspielgeräte sind.

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

4.4. Strafbemessung:

Es liegen zwei rechtskräftige Straferkenntnisse vor, in denen die Bf Übertretungen mit bis zu drei Eingriffsgegenständen für schuldig befunden wurde. Die erste Vorstrafe zieht die Anwendung des 2. Strafsatzes nach § 52 Abs 2 GSpG nach sich (3.000 Euro bis 30.000 Euro). Der Strafsatz ist lt VwGH Ra 2017/17/0021 im Spruch ausdrücklich anzuführen. Gemäß § 16 Abs 2 VStG ist eine Ersatzfreiheitsstrafe bis 2 Wochen vorgesehen.

Grundlage für die Bemessung der Strafe sind gemäß § 19 Abs 1 VStG die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) sind gemäß § 19 Abs 2 VStG überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Unrechtsgehalt: nicht geringfügig

Verschulden: Fahrlässigkeit

Milderungsgründe: keine

Erschwerungsgründe: Entgegen der Ansicht der belangten Behörde liegen nicht 5 Vorstrafen vor, sondern zwei Straferkenntnisse. Zu Pol96-698-2-2015 vom 7.12.2016 wurden für drei Geräte je 3.000 Euro verhängt, zu Pol96-604-4-2015 wurden für zwei Geräte je 10.000 Euro verhängt. Die erste Vorstrafe (Pol96-698-2-2015) begründet die Anwendung des erhöhten Strafsatzes und darf daher nicht als erschwerend gewertet werden. Erschwerend war (lediglich) die zweite Vorstrafe Pol96-604-4-2015.

Einkommens- und Vermögensverhältnisse: Der Beschuldigte hat insofern seine Einkommensverhältnisse darzulegen (VwGH 2011/02/0322). Die Schätzung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie Familienverhältnisse laut AZR, monatliches Einkommen von 3.000 Euro, kein Vermögen, keine Sorgepflichten blieb unbestritten. In der Begründung des Straferkenntnisses geht die Behörde berechtigt von einem durchschnittlichen monatlichen Einkommen aus.

Gemäß § 42 VwGVG darf auf Grund einer Beschwerde keine höhere Strafe verhängt werden als im angefochtenen Bescheid. Das sich aus der letztgenannten Gesetzesstelle ergebende Verbot der reformatio in peius führt dazu, dass dann, wenn im Erkenntnis des LVwG der Tatzeitraum reduziert wird - sofern nicht andere

Strafzumessungsgründe heranzuziehen sind als im Erstbescheid -, nicht die gleiche Strafe verhängt werden darf wie im bekämpften Bescheid (vgl. VwGH 21. Februar 2012, GZ 2010/11/0245). Da eine Vorstrafe erschwerend zu werten war, konnte mit der Mindeststrafe (3.000 Euro) nicht das Auslangen gefunden werden. Die nunmehr verhängte Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe ist schuld- und tatangemessen. Einer weiteren Herabsetzung stand der keinesfalls als geringfügig zu wertende Unrechtsgehalt entgegen. Damit reduziert sich auch der Kostenbeitrag für das Verfahren der belangten Behörde (10 % der Strafe). Bei diesem Ergebnis ist für das Beschwerdeverfahren kein Kostenbeitrag zu entrichten. Aus diesem Grund war spruchgemäß zu entscheiden.

5. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

5.1. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung weicht nicht von der Rsp des VwGH zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit des § 52 Abs. Z 1 GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen. Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 08.01.2015, Ra 2014/08/0064).

5.2. Die Rechtslage ist durch die angeführte Rechtsprechung des VwGH geklärt.

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

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

Mag. Weigl