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

Geschäftszeichen:

LVwG-412388/8/Wei

Datum:

Linz, 10. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde des E Z, geb. x, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 31. August 2017, GZ: BHGRPol-219824-2017, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild Glücksspielgesetz (GSpG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde gegen den Schuldspruch wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis insofern bestätigt.

Im Strafausspruch wird der Beschwerde teilweise Folge gegeben und die Strafe für die Geräte mit den FA-Nrn. 1 und 2 wird auf jeweils 6.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe auf 68 Stunden) und jene für das Gerät FA-Nr. 3 auf 3.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe auf 34 Stunden) herabgesetzt.

II. Der Beschwerdeführer hat im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht OÖ. keinen Kostenbeitrag zu leisten. Im Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde beträgt der Kostenbeitrag insgesamt 1.500 Euro.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Gegenstand und Inhalt der Beschwerde

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen (im Folgenden: belangte Behörde) vom 31. August 2017, GZ: BHGRPol-219824-2017, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) „gemäß § 52 Abs 1 Z 1 und Abs 2 2. Strafrahmen GSpG“ drei Verwaltungsstrafen in Höhe von insgesamt 30.000 Euro (3 Geräte x 10.000 Euro) und Ersatzfreiheitsstrafen von insgesamt 450 Stunden (3 Geräte x 150 Stunden) wegen Übertretung des dritten Tatbildes des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG mit drei Glücksspielgeräten verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 3.000 Euro (10% der Geldstrafen) vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben als Betreiber des Lokales mit der Bezeichnung ‚B E‘ in x, Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte und welche dem Glücksspielmonopol unterliegen und weder von einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG umfasst, noch nach § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen, noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren, in der Zeit vom 14.4.2017 bis 27.4.2017 (FA-Geräte-Nr. 1 u. 3) und vom 18.4.2017 bis 27.4.2017 (FA-Geräte Nr. 2) im o.a. Lokal unter Verwendung der nachstehenden dort aufgestellten betriebsbereiten und funktionsfähigen Glücksspielgeräte, mit denen den Spielern für einen geldwerten Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden und deren Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing, unternehmerisch iSd § 2 Abs. 2 GSpG zugänglich gemacht, um selbständig und nachhaltig Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen.

FA-Geräte-Nr. 1)
Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung ‚KAJOT‘, Seriennummer x, mit den Versiegelungsplaketten-Nrn.: A076034 – A076035, mit einem beim überprüften Walzenspiel ‚Ring of Fire XL‘ festgestellten Spieleinsatz von mindestens 0,10 Euro und höchstens 15 Euro pro Spiel und ein in Verbindung mit dem Erreichen bestimmter Symbolkombinationen in Aussicht gestellter Gewinn von mindestens 180 Euro.

FA-Geräte-Nr. 2)
Glücksspielgerät ohne äußere Gehäusebezeichnung, Seriennummer x, mit der Versiegelungsplaketten-Nr.: A076036, mit einem beim überprüften Testspiel in Form eines elektronischen Glücksrades möglichen Einsatz von mindestens 1 Euro und je nach eingestelltem Vervielfachungsfaktor 1, 2 oder 4 möglichen Gewinne von mindestens 20 Euro und höchstens 80 Euro.

FA-Geräte-Nr. 3)
Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung ‚TimeMachine‘, Seriennummer x, mit der Versiegelungsplaketten-Nr.: A076037, mit einem beim überprüften Testspiel in Form eines

elektronischen Glücksrades möglichen Einsatz von mindestens 1 Euro und je nach eingestelltem Verfielfachungsfaktor 1, 2 oder 4 mögliche Gewinne von mindestens 10 Euro und höchstens 40 Euro.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 52 Abs. 1 Zi. 1 Glücksspielgesetz (GSpG), drittes Tatbild, BGBl. Nr. 620/1989, i.d.F.d. Abgabenänderungsgesetzes 2014 (AbgÄG 2014), BGBl. I Nr. 13/2014."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst im Ergebnis aus, dass die Ausspielung verboten gewesen sei, da hiefür keine Standortbewilligung des Bundesministers für Finanzen nach § 12a Abs 2 GSpG bzw auch keine entsprechende bundes- bzw landesgesetzliche Konzession für den Betrieb erteilt worden sei und eine Ausnahme gemäß § 4 GSpG nicht vorliege. Der Bf habe als Unternehmer Ausspielungen iSd § 2 Abs 1 GspG im Lokal zugänglich gemacht, um nachhaltig über einen längeren Zeitraum Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen. Die Strafhöhe sei im Hinblick auf die vorliegenden Verwaltungsvorstrafen und der daraus resultierenden Anwendung des zweiten Strafrahmens des § 52 Abs 2 GSpG und das geschätzte Nettoeinkommen von 2.000 Euro bei fehlenden Sorgepflichten und Berücksichtigung general- und spezialpräventiver Gründe geboten.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf eine Beschwerde und beantragte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Aufhebung des angefochtenen Bescheids, in eventu der Ausspruch einer Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der Strafe. Begründend brachte der Bf Rechtswidrigkeit des Inhalts/Ergänzungsbedürftigkeit, Verfahrensfehler, Unzuständigkeit der Behörde, unrichtige rechtliche Beurteilung, mangelnde Schuld und zu hohe Strafbemessung vor.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die am 2. Oktober 2017 rechtzeitig eingebrachte Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

II. Beschwerdeverfahren

II.1. Zu der für 19. April 2018 anberaumten Verhandlung brachte der Rechtsvertreter des Bf am Tag der Verhandlung per E-Mail ein umfangreiches schriftliches Vorbringen samt Beilagen ergänzend ein. Darin wird – auf das Wesentliche zusammengefasst – ausgeführt, dass die belangte Behörde Art 267 AEUV nicht beachtet habe und eine willkürliche Nichtvorlage von entscheidungswesentlichen Vorlagefragen einen Verstoß gegen Art 6 EMRK darstelle. Zur Auslegung der unionsrechtlichen Dienstleistungs- und

Niederlassungsfreiheit, insbesondere der Vereinbarkeit mit den nationalen Regelungen im Glücksspielsektor, werden neun Vorlagefragen formuliert und für eine Antragstellung an den EuGH vorgeschlagen. In Hinblick auf drei weitere beim EuGH anhängige Verfahren mit identem Sachverhalt beantragte der Bf die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung in diesen Rechtssachen.

Zudem wird vorgebracht, dass es sich bei den hier gegenständlichen Geräten um reine Geschicklichkeitsapparate mit Touchscreen Funktion, jedoch um keine Glücksspielautomaten handle, und diesbezüglich die Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt. Der Bf geht trotz der gegenteiligen jüngeren Rechtsprechung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts von der Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols aus, zumal in den zitierten Entscheidungen keine eigenständige Sachverhaltsermittlung erfolgt sei, die im Sinne der von der Judikatur des EuGH geforderten dynamischen Betrachtungsweise der Regelung auch Auswirkungen nach deren Erlass berücksichtigen würde. Ihrer Ansicht nach liege kein Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vor. Dazu werden verschiedene Lehrmeinungen, die bisherige Rechtsprechung des EuGH, sowie die ihres Erachtens widersprüchliche Rechtsprechung des OGH zitiert. Abschließend wird die Einholung eines Gutachtens aus dem Fachgebiet Glücks- und Geschicklichkeitsspiele und die Vernehmung diverser Zeugen beantragt sowie ein Konvolut an Beilagen (Urteil des BG Wels vom 17.03.2015, GZ: 8 C 673/14g-17; Rechtsgutachten von Univ.-Prof. Dr. A K vom 24.05.2016 betreffend Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielwerbung; Gutachten über die Glücksspielwerbung in Österreich von Ing. Mag. M F, MBA vom 31.05.2017) dem E-Mail angeschlossen.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 19. April 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung in Anwesenheit eines Vertreters der Abgabenbehörde und in Abwesenheit der belangten Behörde und des Bf durchgeführt. Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt, insbesondere in die darin enthaltene Dokumentation der Kontrolle. Zur Frage der Unionsrechtswidrigkeit wurden folgende, dem Landesverwaltungsgericht OÖ. vom Bundesministerium für Finanzen (BMF) zur Verfügung gestellte und den Parteien zur Kenntnis gebrachte Unterlagen zum Akt genommen:

Stellungnahme des BMF zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregulierung vom 17.11.2017 (Beilage ./A), Glücksspielbericht des BMF 2010–2013 (Beilage ./B), Evaluierungsbericht über Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014 aus November 2014 (Beilage ./C), Glücksspielbericht des BMF 2010–2014, den Glücksspielbericht des BMF 2014–2016 (Beilage./D), Informationsschreiben der Stabstelle für Spielerschutz zur neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich,

Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ (Beilage./E); Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015 zum Thema „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich“ vom Institut für interdisziplinäre Sucht und Drogenforschung in Hamburg (Beilage./F) und Forschungsbericht des ÖBIG und der Gesundheit Österreich GmbH zum Thema „Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz“ (Beilage./G).

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 19. April 2018, zu der ADir. M S als Vertreter des Finanzamtes Grieskirchen Wels erschienen ist, wurde die finanzpolizeiliche Zeugin M H zu den Probespielen bei der Kontrolle am 27. April 2017 im Lokal „B E“ befragt.

II.3. Sachverhaltsfeststellungen

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von folgendem entscheidungsrelevanten S a c h v e r h a l t aus:

II.3.1. Feststellungen auf Grund der finanzpolizeilichen Erhebungen und der vorgefundenen Beweisurkunden.

Bei der finanzpolizeilichen Kontrolle am 27. April 2017 um 12:35 Uhr im Lokal „B E“ (lt. Anzeige auch „B G“ bzw „B E.M.A. G“) in x, das vom Bf betrieben wird, wurden die unten angeführten Geräte in einem öffentlich zugänglichen Bereich betriebsbereit und funktionsfähig vorgefunden.

FA-Geräte Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typenbezeichnung	Versiegelungsplakettennummer
1	KAJOT	x	keine	A076034 – A076035
2	keine	x	keine	A076036
3	TimeMachine	x	keine	A076037

Beim Gerät FA-Nr. 1 (Walzenspielgerät) war das Stromkabel ausgesteckt, es war jedoch nach Versorgung mit Strom betriebsbereit. Beim Gerät FA-Nr. 2 handelte es sich um einen „Fun Wechsler“ mit der Spieloberfläche eines sog. „afric2go“. Beim Gerät mit der FA-Nr. 3 „TimeMachine“ handelt es sich nach dem Ergebnis der Probespiele um eine neue Variante eines elektronischen Glücksrades bzw eines „Fun Wechslers“. Die Organe der Finanzpolizei haben diese Geräte nach den durchgeführten Probespielen vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen.

Der anlässlich der Kontrolle am 27. April 2017 von der Finanzpolizei einvernommene Bf (vgl Niederschrift GSp 1) gab glaubhaft an, dass die Geräte FA-Nr. 1 und FA-Nr. 3 seit 14. April 2017 und das Gerät FA-Nr. 2 seit 18. April 2017

im gegenständlichen Lokal bis zur Kontrolle aufgestellt waren. Sie standen im Gastlokal betriebsbereit für potentielle Spieler zur Verfügung.

Eigentümerin der Geräte mit den FA-Nrn. 1 und 2 ist die G s.r.o., eine nach slowakischem Recht errichtete, mit einer österreichischen GmbH vergleichbare Gesellschaft mit Sitz in B und Zweigniederlassung in x (vgl Firmenbuchauszug FN x zum 22.06.2017).
Eigentümer und Aufsteller des Geräts FA-Nr. 3 ist G M, x, über dessen Beschwerde mit Erkenntnis vom 8. November 2018, LVwG-412397/8/Wei, entschieden worden ist.

Die C-C S C GmbH mit Sitz in x, die vormals (bis April 2009) noch als „K L und S GmbH“ firmierte, führt u.a. für die G s.r.o. die Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme von Glücksspielgeräten samt Einschulung des Personals am Lieferort durch und erbringt im Auftrag der G Service- bzw Wartungsleistungen wie Behebung von Störungen und nimmt auch einfache Reparaturen der elektronischen Geräte vor (vgl das E-Mail des Beschwerdevertreters vom 24.08.2017 im Akt BHGRPol-333037-2017 der belangten Behörde).

Die C-C S C GmbH (künftig nur C GmbH) hat am 14. April 2017 das Gerät FA-Nr. 1 mit der Seriennummer x, das ist ein Kajot Standgerät mit sog „Skill-Games“ und einer Walzenspielauswahl, geliefert und im Lokal aufgestellt, in Betrieb genommen und danach noch Serviceleistungen iZm einer Störungsmeldung erbracht. Das Gerät FA-Nr. 2, ein „afric2go“ mit der Seriennummer x, wurde am 18. April 2017 von der C GmbH geliefert, aufgestellt und in Betrieb genommen, wobei das Personal im Lokal „B E“ auch eine Einschulung erhielt. Weiters wurde die Erstbefüllung dieses afric2go mit Geld in Höhe von 450 Euro vorgenommen (Kassa-Ausgangsbeleg der G s.r.o.).

Nach den durch Urkunden belegten Angaben des Bf hat die Firma G durch entsprechende Dienstleistung der C GmbH die Geräte FA-Nr.1 und Nr. 2 liefern und in seinem Lokal aufstellen lassen. Aus den von der Finanzpolizei vorgefundenen Unterlagen des Bf (vgl Fotodokumentation) – es handelt sich um einen Kassa-Ausgangsbeleg der G s.r.o. über 450 Euro betreffend die „Erstbefüllung eines afric2go SN935“ und um formalisierte Leistungsnachweise über Serviceleistungen der C GmbH, bezeichnet als „Serviceauftrag KOPIE“, je vom 18.04.2017, die als Ort : „B E.M.A. G, E Z samt Adresse anführen und den Auftraggeber separat nennen - geht hervor:

1. Zu Auftragsnr.1700943S-AUF (Auftraggeber Hr. B) „S t ö r u n g“,

dass die C GmbH den Auftrag zur Behebung einer Störung (Problembemerkung: Oberer Bildschirm schwarz) am Gerät „Seriennr. x Double Matic“ erhielt. Nach der Seriennummer handelt es sich dabei um das beschlagnahmte KAJOT - Standgerät

FA-Nr. 1 mit den sog. „Skill Games“, bei dem der obere Bildschirm während der Probespiele durch die finanzpolizeiliche Zeugin nicht funktionierte.

2. Zu Auftragsnr. 1700946S-AUF (Auftraggeber G) „A u f s t e l l u n g“,

dass das Gerät mit „Seriennr. AF935“ geliefert und im gegenständlichen Lokal aufgestellt worden ist. Unter „Beschreibung“ ist zu lesen:

„Die Mitarbeiter von B wurden von der Firma C auf das ATG Terminal x eingeschult und bestätigen diese mit ihrer Unterschrift“.

Bei dem mit dieser Seriennummer bezeichneten Gerät handelt es sich offenkundig um den beschlagnahmten Fun-Wechsler FA-Nr. 2. Die Angabe AF935 bedeutet Afric2go mit Seriennummer 935. Der Beschreibung links neben der Spieloberfläche des Geräts FA-Nr. 2 - am Foto in der Dokumentation der Finanzpolizei nur mit Lupe lesbar - ist die Bezeichnung „afric2go“ - Modell 2014 zu entnehmen.

Aus den beschriebenen Unterlagen ist ersichtlich, dass die C GmbH offenbar als Dienstleister im Auftrag der G s.r.o. tätig geworden ist und für deren Kunden bzw Geschäftspartner Geräte ausliefert und aufstellt, Einschulungen des Personals vor Ort vornimmt sowie weitere Serviceleistungen wie die Gerätewartung einschließlich der Fehlerbehebung bei Störungsmeldungen erbringt. Diese geschäftliche Beziehung der G s.r.o. zur C GmbH wird bestätigt durch die Angaben des Bf, der die C GmbH als „Technikfirma“ in Erinnerung hatte. Die Firma G s.r.o. bezeichnete er als Eigentümerin und Veranstalterin der gegenständlichen Geräte, auf deren Rechnung Gewinn und Verlust des Betriebs der Geräte gingen.

Für die Geräte mit den FA-Nrn. 1 und 2 hatte nur die Geräteeigentümerin G s.r.o. bzw. der in ihrem Auftrag tätige Dienstleister oder Vertreter die zur Wartung des Gerätes erforderlichen Schlüssel, etwa auch um die Gerätekasse zu entleeren.
Zur Entleerung der Kassen ist nach Angabe des Bf regelmäßig ein gewisser „M“ gekommen. Diesen hat er auch im Falle einer Störung der Geräte angerufen. Für Wartungs-, Reinigungs- und Servicearbeiten ist die Firma G als Veranstalterin der Ausspielungen zuständig gewesen.

Die Geräte wurden in den angeführten Tatzeiträumen bzw bis zur finanzpolizeilichen Kontrolle am 27. April 2017 betrieben, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Die C GmbH hat als österreichisches Unternehmen für die slowakische G s.r.o. im Lokal des Bf die oben dargestellten Dienstleistungen erbracht, die dem Betrieb der Glücksspielgeräte FA-Nr. 1 und 2 durch die G dienten und ermöglichten. Im Rahmen der Geschäftsbeziehung zur und in Absprache (Auftragsverhältnis) mit der G s.r.o. hat die C GmbH zumindest teilweise zur Organisation und dem Angebot des Glücksspiels mit Automaten bzw

elektronischen Geräten unternehmerisch beigetragen, um von der Veranstalterin des Glücksspiels nachhaltig Einnahmen für Lieferung, Aufstellung und Inbetriebnahme (samt Einschulungen) von Glücksspielgeräten und weitere Serviceleistungen einschließlich Wartung und Behebung von Störungen zu lukrieren, welche Tätigkeiten der Durchführung des Glücksspiels im Wege von Ausspielungen dienen.

Das Gerät FA-Nr. 3 „TimeMachine“ wurde von G M im Lokal „B E“ in x aufgestellt und zur Verfügung gestellt, um aus der Veranstaltung von Glücksspielen durch verbotene Ausspielungen mit dem Gerät nachhaltig Einnahmen zu erzielen.

Weder die G s.r.o. oder G M als Geräteeigentümer, noch die C GmbH als Dienstleisterin, noch der Bf als Lokalbetreiber waren Inhaber einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz zum Betrieb dieser Geräte. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

II.3.2. Feststellungen zum Spielablauf und zur Funktionsweise der Geräte

Die Finanzpolizei konnte die Geräte zur Probe bespielen und mit Fotos dokumentieren.

II.3.2.1. Zum Walzenspielgerät FA-Nr. 1 (KAJOT „Skill-Games“)

Das Standgerät FA-Nr. 1 wurde zunächst von der finanzpolizeilichen Zeugin durch Anstecken an das Stromnetz in Betrieb genommen, um Testspiele durchführen zu können. Nach dem „Hochfahren“ erschien auf dem unteren Bildschirm eine Auswahl von Walzenspielen. Es konnte das virtuelle Walzenspiel „Ring of Fire XL“ gewählt werden. Der untere Bildschirm zeigte fünf vertikale Bild bzw Symbolreihen, mit denen im Spiel durch schnelle Lageveränderung der optische Eindruck eines rotierenden Walzenlaufes entsteht. Der obere Bildschirm des Gerätes, der normaler Weise den Gewinnplan zum jeweiligen Walzenspiel zeigt, blieb wegen eines Defekts schwarz. Zwei Probespiele mit dem Mindesteinsatz von 0,1 Euro und dem Höchsteinsatz von 15 Euro waren aber dennoch möglich.

Nach Beendigung des Probespiels konnte die finanzpolizeiliche Zeugin einen Gast beim Spiel auf dem Walzenspielgerät FA-Nr. 1 beobachten. Nachdem der Gast das Gerät nochmals aus- und eingeschaltet hatte, funktionierte auch der zweite Bildschirm und zeigte den Gewinnplan des Spiels „Ring of Fire XL“ an. Der Gast spielte von 12.48 Uhr bis 13.17 Uhr und wählte das Walzenspiel JOKER AREA mit 0,2 Euro Einsatz, wobei er immer nur die Starttaste drückte. Dazu befragt, gab er an, dass die anderen Tasten keine Bedeutung hätten.

Im Falle eines Gewinnes oder Guthabens kann beim Gerät FA-Nr. 1 ein Gutschein über den Betrag ausgedruckt werden, auf dem vermerkt ist: „Einlösbar beim B E.M.A. G“ (vgl als Bsp das Foto eines Gutscheins über 3,8 Euro in der Fotodokumentation der Finanzpolizei). Diese Gutschrift, deren Kopf die G s.r.o., x, anführt, wird vom Lokalinhaber eingelöst bzw ausbezahlt. Nach seinen Angaben, kommt der Spieler mit dem Ausdruck des Bons vom Walzengerät und er kontrolliert, ob auf dem Bon sein Lokal namentlich angeführt ist. Wenn dies der Fall ist, wird der am Bon angeführte Betrag ausgezahlt. Bisher habe er schon Beträge bis 150 Euro ausbezahlt. Bei höheren Gewinnen rufe er „M“ an, der ihm dann das Geld bringen lasse (vgl Angaben E Z in der NS GSp 1).

Beim Gerät FA-Nr. 1 mit Gehäusebezeichnung KAJOT handelte es sich um einen ans Internet angeschlossenen Walzenspielterminal der Type „Skill-Games“. Der Spielablauf von „Skill-Games“ stellt sich nach den bisherigen amtlichen Erfahrungen wie folgt dar:

Bei den elektronischen Spielen mit der Bezeichnung „Skill Games“ handelt es sich grundsätzlich um herkömmliche virtuelle Walzenspiele. Dem Walzenspiel vorgelagert ist aber ein Miniaturwalzenspiel mit drei virtuellen Walzen, welche die Zahlen 0 – 9 sowie das Buchstabensymbol „A“ in einem Umkreis aufweisen. Die Zusammensetzung dieser Walzen wird mit jeder Starttastenbetätigung vom Programm neu festgelegt, ohne dass der Spieler darauf einen Einfluss hat. Dieses „kleine Walzenspiel“ kann durch Halten und Loslassen der Start-Taste gesteuert werden.

Erscheint nach dem Drücken der Start-Taste beim „kleinen Walzenspiel“ ein „A“, so wird automatisch der große Walzenlauf ausgelöst, auf welchen der Spieler keinen Einfluss hat. Dass das A-Symbol oft schon nach dem kurzen Drücken der Start-Taste von selbst kommt, haben finanzpolizeiliche Testspieler immer wieder als Zeugen in hg Beschwerdeverfahren bestätigt. Es kann auch dadurch erreicht werden, dass die Start-Taste zunächst gedrückt gehalten und dann losgelassen wird, um zu stoppen und ein „A“ in einer der Miniaturwalzen zu erzielen. Scheint ein „A“-Symbol auf, dann startet der große Walzenlauf. Ebenso leicht kann der erwünschte große Walzenlauf aber dadurch gestartet werden, dass die Start-Taste mehrfach hintereinander gedrückt wird, weil damit schnell und einfach das Herbeiführen des „A“ erreicht werden kann und die abgebuchten Einsätze nicht verloren sind, sondern nur in einen Zwischenspeicher (Buffer) kommen, von wo sie später leicht auf „Credit“ umgebucht werden können. Das Herbeiführen eines „A“ im „kleinen Walzenlauf“ – und damit das Auslösen des großen Walzenlaufes - ist auf einfache Weise und ohne besonderes Geschick möglich, weil das „A“ häufig von selbst auftritt und es zudem durch Beobachten des Miniaturwalzenlaufs leicht möglich ist, das Erscheinen des durch einen Kreis hervorgehobenen „A“ zu erkennen und im richtigen Moment den Taster loszulassen.

Glücksspielgeräte vom Typ „Skill-Games“ verfügen zudem am senkrechten Teil des Gehäuses über eine unbeschriftete Taste für den sog. Automatikmodus, um ein Spiel nach dem anderen mit gleichem Einsatz durch einmaliges Betätigen der Start-Taste ablaufen zu lassen. Dieser Modus endet spätestens mit der Erschöpfung des Guthabens im „Credit“. Wird dieser Modus aktiviert, läuft das kleine Walzenspiel automatisiert mit und das „A“ erscheint von selbst.

Ein im großen Walzenspiel erzielter Gewinn wird im Normalmodus (mit kleinem Walzenspiel) zunächst im Zwischenspeicher (Buffer) gespeichert. Durch Leisten eines weiteren Einsatzes, kann der Gewinn im kleinen Walzenspiel auf den auszahlbaren „Credit“ umgebucht werden. Durch Drücken der Automatikmodus-Taste ist dieser Vorgang vereinfacht (direkt) möglich. Durch Aussteigen aus dem Spiel (in das Spielauswahlmenü) und drücken der Start-Taste wird ebenso leicht der Bonausdruck aktiviert.

Bei dem an das kleine Walzenspiel anschließenden virtuellen „großen Walzenspiel“ werden für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung kann 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 wird mit der Start-Taste ausgelöst. Damit wird zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und dann das „kleine Walzenspiel“ ausgelöst. Nach dem Loslassen der Start-Taste wird – je nach Ergebnis des „kleinen Walzenlaufes“ (vgl dazu oben) entweder sofort oder nach weiterem Betätigen der Start-Taste der „große Walzenlauf“ ausgelöst. Dabei werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entsteht. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergibt 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. Die Bewegungsdauer der Walzen beträgt ca. 1 Sekunde. Das Spielergebnis hängt ausschließlich vom Zufall ab, Spieler haben keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele im großen Walzenlauf zu nehmen.

II.3.2.2. Zum Gerät FA-Nr. 2 („afric2go“)

Das in der Fotodokumentation ausgewiesene Gerät FA-Nr. 2 wurde von der Finanzpolizei als eine Art elektronisches Glücksrad mit Beleuchtungsumlauf bezeichnet (vgl Anzeige, Aktenvermerk über die Kontrolle), bei dem Vervielfachungsfaktoren der Stufen 1, 2 und 4 zur Einsatzsteigerung (Mindesteinsatz von 1 Euro) möglich waren. Es handelt sich bei diesem Gerät im

Grunde (so auch die Zeugin, Verhandlungsprotokoll, Seite 5), wie am aktenkundigen Foto aus der markanten Spieloberfläche mit Afrikabezug und der links daneben befindlichen Beschreibung erkennbar ist (vgl weiße Überschrift auf braunem Hintergrund), um einen „afric2go“ – Modell 2014“, bei dem das Glücksrad bis zum Faktor 50 zu gehen scheint. Nach der GSp26b- Beschreibung der Testspiele und dem Aktenvermerk über die Kontrolle waren aber nur Gewinne bis zum 20fachen in Aussicht gestellt.

Durch Einwerfen von Münzen oder Einführen von Banknoten in den Banknoteneinzug kommt es zur Anzeige eines entsprechenden Guthabens auf dem Kreditdisplay. Auf dem Gerät befinden sich insgesamt drei Tasten. Mittels einer grünen Taste (Rückgabe/Wählen 1/2) kann der Vervielfachungsfaktor gewählt werden. Durch das Drücken der roten Taste (Spieltaste) können – abhängig vom gewählten Vervielfachungsfaktor 1, 2 oder 4 Lieder am Automaten angehört oder auf einen am Automaten angeschlossenen USB-Stick kopiert werden (bei angestecktem USB-Stick). Bei Betätigung der Spieltaste verringert sich der Kreditstand je nach gewähltem Einsatz um 1, 2 oder 4 Euro. Im konkreten Fall war ein USB-Stick angesteckt und keine Musik hörbar.

Während des Anhörens oder Kopierens der Musik kommt es automatisch auch zur Aktivierung eines zufallsabhängigen Bonussystems am Gerät, bei dem ein Beleuchtungsumlauf in den Zahlenfeldern und Notensymbolen in der Gerätemitte ausgelöst wird. Sofern am Ende des vom Kunden nicht beeinflussbaren Beleuchtungsumlaufs ein Zahlenfeld beleuchtet bleibt, wird diese Zahl mit dem gewählten Einsatz multipliziert und dieser gewonnene Betrag als Rabatt in einem Display angezeigt. Durch Drücken der spielauslösenden roten Taste wird dieser Betrag auf dem Anzeigedisplay dem Guthaben bzw Kredit zugezählt. Durch Drücken der grünen Taste kann der Kredit inklusive eines allfällig erzielten Bonus ausgeworfen werden. Die gelbe Taste hat Geldwechselfunktion (Wechseln Münzen in Banknoten). Bei längerem Drücken dieser Taste wird auch ein Guthaben ausgezahlt.

Auf dem Gerät FA-Nr. 2, das als „Fun-Wechsler“ in der Variante eines „afric2go“ anzusehen ist, konnten somit Einsätze geleistet werden, für welche – abhängig vom gewählten Vervielfachungsfaktor – Gewinne in Aussicht gestellt wurden. Das Spielergebnis konnte nicht beeinflusst werden und hing vom Zufall ab.

II.3.2.3. Zum Gerät FA-Nr. 3 „TimeMachine“

<u>Zum Spielablauf nach der Anzeige samt GSp26-Dokumentation:</u>

Beim Gerät FA-Nr. 3 mit der Bezeichnung „TimeMachine“ handelt es sich im Ergebnis um eine Variante eines „Fun Wechslers“ mit Geldwechselfunktion und Beleuchtungsumlauf (Lauflicht) in der Art eines elektronisches Glücksrades.

Auf dem Gerät waren bei einem Mindesteinsatz von 1 Euro - wie aus zahlreichen anderen Verfahren bei jüngeren Fun-Wechslern gerichtsbekannt ist - die Vervielfachungsfaktoren 1, 2 und 4 vorgesehen, was im Ergebnis der Wahl möglicher Einsätze von 1, 2 oder 4 Euro entspricht. Im Fall eines Lauflichtstopps im Ziel (Fußballtor) fiel der in Aussicht gestellte Höchstgewinn in Höhe des 10-fachen des vorgewählten Einsatzes an.

Die Spielauslösung (Beleuchtungsumlauf bzw Lauflicht) selbst erfolgte durch Loslassen der roten Taste „START STOP“, die zuvor mindestens eine Sekunde gedrückt gehalten werden musste. Der Beleuchtungsumlauf endet mit dem Stillstand des Lauflichts auf einem der Symbolfelder (Fußball, Zahlenfeld oder Ziel mit Tor) am Glücksrad, welches beleuchtet bleibt. Der Stillstand des Lauflichts auf einem der zahlreichen Felder mit dem Symbol „Fußball“ bedeutet den Verlust des Einsatzes, jener auf einem der Felder mit den Zahlen 2, 4, 6 oder die 10 im Ziel (Torsymbol) einen Gewinn in Höhe des Einsatzes multipliziert mit der beleuchteten Zahl als Faktor.

Bei den Probespielen konnte die Zeugin von der Finanzpolizei keinen Gewinn erzielen. Das eingesetzte Spielgeld von 20 Euro war sehr rasch verloren. Der Zeugin gelang es auch durch verschieden langes Halten der Starttaste vor dem Loslassen nicht, ein Gewinnfeld zu erzielen. Der Ball (gemeint Lauflicht über Ballsymbole) sei sehr schnell gelaufen und eine Möglichkeit der Einflussnahme hat die Zeugin nicht gesehen (VHP, Seite 5).

Demnach war für durchschnittliche Spieler eine Einflussnahme auf das Spielergebnis durch Betätigung von Tasten nicht möglich. Dieser Eindruck der Zeugin hat sich für den erkennenden Richter nach Auswertung des im Beschwerdeverfahren des G M LVwG-412397 vorgelegten Gutachtens des Sachverständigen Franz Marton vom 25.09.2016 und von dazu bekannt gewordene Stellungnahmen des Sachverständigen E F im Ergebnis bestätigt. Im Einzelnen ist zur „TimeMachine“ Folgendes auszuführen:

Gerätebeschreibung und Funktionsweise der „TimeMachine“

Auf Grund des vorgelegten Gerätegutachtens vom 25.09.2016 des allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Franz Marton und der dazu von der Abgabebehörde beigebrachten „Gutachterliche Stellungnahme zum Gutachten zur ‚TimeMachine‘ des SV F M“ vom 13.07.2017 des allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen E F sowie der ergänzenden fachlichen Ausführungen dieses Sachverständigen im Beschwerdeverfahren zu LVwG-412110 iZm ergänzenden Angaben des G M (vgl Verhandlungsschrift vom 18.10.2017 = Beilage ./3) werden zur genauen Funktionsweise des Geräts vom Typ „TimeMachine“ die folgenden Feststellungen

getroffen:

Das Gerät hat eine Spieloberfläche, auf der in konzentrischen Kreisen bzw spiralförmig angeordnete, hinterbeleuchtbare Symbolfelder, und zwar Fußballsymbole mit dazwischen liegenden Zahlensymbolen „2", „4" und „6" und in der Mitte ein zentral platziertes Fußballtor als Ziel dargestellt werden. Durch die im Hintergrund nacheinander erfolgende Beleuchtung der Symbole auf der Spieloberfläche (Lauflicht oder Beleuchtungsumlauf) kommt es zur optischen Darstellung eines Animationslaufes vom Startpunkt bis ins Tor. Ferner wird auf der Spieloberfläche der gewählte Vervielfachungsfaktor als „Level" („1", „2" oder „4") dargestellt. Das Gerät verfügt über eine rote Spieltaste („START STOP") sowie u.a. über einen Münzeinwurf, ein Banknotenlesegerät, eine dreistellige Kredit- bzw Guthabensanzeige und zwei Funktionstasten (grüne Taste: „Rückgabe/Wählen 1/2" und gelbe Taste: „Wechseln Münzen -> Scheine").

Das Gerät bietet sowohl eine Geldwechselfunktion als auch das Spiel „TimeMachine" an. Vom Kunden können 1- und 2-Euro-Münzen (Münzeinwurf) bzw. von 5- bis 100-Euro-Scheine (Banknotenlesegerät) in das Gerät eingegeben werden, womit ein Guthaben am Gerät hergestellt wird, das in der Kreditanzeige ersichtlich ist.

Mit der Geldwechselfunktion kann das eingegebene Guthaben (nach Wahl) in 1- oder 2-Euro-Münzen getauscht werden. Dabei wird durch längeres Drücken der grünen Taste „Rückgabe/Wählen 1/2" der gesamte eingegebene Betrag gewechselt, sodass nach dem Wechselvorgang kein Guthaben mehr im Automaten verbleibt. Ferner ist es möglich, eingegebene Münzen durch Betätigung der gelben Taste „Wechseln Münzen -> Scheine" in 10-Euro-Banknoten zu wechseln; auch hier verbleibt kein Guthaben im Automaten, weil der allfällige Restbetrag in Münzen retourniert wird.

Für die Spielfunktion muss zunächst - wie oben beschrieben - durch die Eingabe von Münzen oder Banknoten ein Guthaben am Automaten hergestellt werden. Der Spieler muss anschließend durch (kurzes) Betätigen der grünen Taste „Rückgabe/Wählen 1/2" den Vervielfachungsfaktor bzw „Level" auswählen. Dieser entspricht dabei dem Spieleinsatz in Euro (Level 1 = 1 Euro, Level 2 = 2 Euro, Level 4 = 4 Euro), der bei Spielauslösung vom Guthaben abgezogen wird. Durch kurzes Betätigen der roten Spieltaste wird der Fußball am Startfeld beleuchtet. Zur Durchführung des Spiels muss die Spieltaste mindestens 1 Sekunde (höchstens 6 Sekunden) lang gedrückt werden; nach dem Loslassen der Taste wird durch Aufleuchten der Felder visualisiert, wie lange der Spieler die Taste betätigt hat und auf welchem Feld er folglich gelandet ist.

Ziel des Spiels ist es, auf einem Gewinnfeld zu landen, d.h. im Tor (Multiplikator 10) oder auf einem der Felder mit den Zahlen „2", „4" oder „6" (die jeweilige Zahl

entspricht dem Multiplikator). Um im Tor zu landen, muss die rote Spieltaste bis zum Loslassen 3,6 bis 3,7 Sekunden lang gedrückt gehalten werden; diese Zeit ist bei jedem Spiel gleich. Hat der Spieler die Taste kürzer betätigt, landet er mit dem Lauflicht entsprechend der Betätigungsdauer und der Zeit (Verweildauer) von 0,1 Sekunden je Feld auf einem der vorherigen Felder; hat er sie länger betätigt, erreicht er zwar zunächst das Tor, wandert dann aber wieder zurück, sodass er erneut auf einem der Felder vor dem Tor landet.

Bei Erreichen eines der genannten vier Gewinnfelder wird der vom Spieler gewählte Einsatz mit dem Gewinnfaktor (Zahlensymbol) multipliziert und als Guthaben gutgeschrieben, welches in der Kreditanzeige aufscheint; landet er auf einem der übrigen Symbolfelder (Fußbälle), hat der Spieler das Spiel verloren und es bleibt beim Abzug entsprechend dem gewählten Einsatz. Die Auszahlung des erworbenen oder verbleibenden Guthabens erfolgt, wie oben bei der Geldwechselfunktion dargestellt, durch Betätigen einer der Geldwechseltasten.

Die Geschwindigkeit des im Uhrzeigersinn laufenden Lichts (Beleuchtungsumlaufes) und damit die jeweilige Zeitdauer vom Start (Fußballsymbol) bis ins Ziel oder zu anderen Gewinnfeldern ist durch das Programm vorherbestimmt und kann nur vom Programmierer geändert werden. Das Gerät ist nicht mit dem Internet verbunden; allfällige Änderungen des Spiels bzw. dessen Ablaufs müssen unmittelbar durch Veränderungen am Gerät selbst erfolgen.

Das Zeitfenster für das Stoppen innerhalb der Gewinnränge betrug bei dem im Gutachten des Franz Marton (Seite 10) beschriebenen Prototyp der „TimeMachine“ noch 200 Millisekunden (= 0,2 Sekunden). In der mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2017 im gleichgelagerten Beschwerdeverfahren LVwG-412110 ergab sich, dass G M am 24. Juli 2017 den Programmierer angewiesen hatte, die Zeitdauer für das Halten und Loslassen der roten Spieltaste, um ins Ziel bzw Hauptgewinnfeld zu gelangen, auf 3,6 bis 3,7 Sekunden herabzusetzten. Auch das im Gutachten Marton für das Stoppen innerhalb der Gewinnränge angeführte Zeitfenster von 0,2 Sekunden wurde auf 0,1 Sekunden reduziert und bei allen Geräten so eingestellt (vgl Angaben des G M im Verhandlungsprotokoll zu LVwG-412110, Seiten 3f).

In technischer Hinsicht ergeben sich auf Grund der ergänzenden Angaben des G M im Verfahren zu LVwG-412110 und den fachlichen Ausführungen des Sachverständigen E F folgende <u>besonderen Umstände von Relevanz</u>:

Unterhalb der Spieltaste des Gerätes ist ein Mikroschalter mittig platziert; die Rückstellung der Taste erfolgt über eine Federsteuerung. Es handelt sich dabei um kein elektronisches Präzisionsbauteil, sondern um einen elektromechanischen Schalter, dessen Schaltfunktion (Schaltpunkt, Druckpunkt) vom Spieler weder

haptisch noch akustisch exakt wahrgenommen werden kann. Da der Schaltpunkt der Taste ohne seitenstabiler Oberfläche von der jeweiligen Art der Betätigung, entweder mehr zur Mitte oder mehr zum Rand der Taste hin (Betätigungsweg) und von der dabei angewendeten Bewegungsenergie abhängig ist, kann die Wiederholgenauigkeit um weit mehr als eine Zehntelsekunde abweichen. Nur bei exakt mittiger Betätigung der Taste ist die synchrone Übertragung der Bewegung auf den Mikroschalter möglich. Der auf den Mikroschalter wirkende Hebel muss dabei ebenfalls genau in der Mitte angebracht sein. Dazu kommt noch eine beim Loslassen der federgesteuerten Taste mit dem Federweg verbundene Toleranz, die nicht vom Spieler gesteuert werden kann. Selbst wenn eine rasche, schlagartige Bewegung eine zeitnahe Schaltfunktion bewirken kann, bestimmt die Schaltfunktion beim Loslassen der Taste eine Federkraft, welche die Taste in die Ausgansposition zurückbewegt. Der Spieler erhält keine zusätzliche Rückmeldung zur Auslösung bzw. zum Schaltpunkt des Schalters.

Das Gerät visualisiert im „Standby"-Betrieb (d.h. ohne dass aktuell ein entgeltliches Spiel durchgeführt wird) den Animationslauf vom Startpunkt bis ins Tor. Ein (potentieller) Spieler soll nach der auf der Vorderseite des Geräts angebrachten Spielanleitung die Möglichkeit haben, den Animationslauf ohne Geldeingabe zu beobachten. Der Sachverständige F hat dazu allerdings bei Testspielen an Geräten gleichen Typs wahrgenommen, dass Beobachtungen im Animationslauf zur Einschätzung der Zeitdauer vom Start bis ins Ziel auf den konkreten Spielverlauf nach Einsatzleistung nicht übertragbar und damit unverwertbar sind, weil der kostenpflichtige Spielablauf stets schneller durchgeführt wurde als der Animationslauf. Während beim Animationslauf ein Ball (bzw Symbol) nach dem anderen auf der spiralförmig gestalteten Spieloberfläche für kurze Zeit beleuchtet und damit eine strukturierte Wahrnehmung möglich wird, werden beim kostenpflichtigen Spielablauf stets mehrere Bälle gleichzeitig beleuchtet, so dass ohne eine strukturierende Veränderung auf der Spieloberfläche auch kein Vergleiche möglich sind. Der Spieler kann daher aus Beobachtungen im kostenfreien Animationslauf nichts für den kostenpflichtigen Spielverlauf gewinnen (vgl SV Fritz, Gutachterliche Stellungnahme, Seite 3).

Auf Grund des Zusammenwirkens von Toleranzen aus menschlicher Reaktionszeit und aus Bauteilen und des Fehlens von Referenzpunkten für vergleichende Zeitlaufbeobachtungen hängt die Entscheidung über das Spielergebnis nicht vorwiegend von der Geschicklichkeit des Spielers ab, sondern wird vielmehr vorwiegend vom Spielprogramm und damit zufallsbestimmt herbeigeführt.

II.3.3. Feststellungen zu Auswirkungen der österreichischen Glücksspiel-regulierung

Im Jahr 2015 weisen in Österreich zwischen 0,34 % und 0,60 % der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, die Zahl der Problemspieler beträgt daher

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

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

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

angestiegen sind dagegen im betrachteten Zeitraum die Geldeinsätze für Sportwetten, diese haben sich von ca. 47 Euro auf ca. 110 Euro mehr als verdoppelt.

Die Anteile problematischen und pathologischen Spielens unterscheiden sich je nach Glücksspielart erheblich. Die zahlenmäßig große Gruppe der Spieler von Lotterieprodukten beinhaltet anteilsbezogen nur wenige Personen, die ein problematisches oder pathologisches Spielverhalten zeigen (jeweils etwa 1 %). 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 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, 2014 651, 2015 1.076 und 2016 748 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1.854, 2012 2.480, 2013 1.299, 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. Dezember 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 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 Glücksspielgesetz-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. 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.

Hinsichtlich des illegalen online-Glücksspiels werden folgende Maßnahmen gesetzt: Veröffentlichung einer „white list“ der in Österreich bewilligten Unternehmen auf der Homepage des BMF zur Information darüber, wer in Österreich legal Glücksspiele anbietet; Rechtsinformation zu erlaubten Glücksspielen auf der Homepage des BMF; Verfolgung von Werbung für illegale online-Glücksspiele durch Anzeigen von Medienunternehmen; Verständigung mit anderen EU-Mitgliedstaaten im weiteren Vorgehen; Vorschreibung und Hereinbringung von Glücksspielabgaben auch von illegalen online-Glücksspielen; Umsetzung der Empfehlung der Europäischen Kommission vom Juli 2014 zum Schutz von Verbrauchern und Nutzern von Online-Glücksspielen; Kooperationsabkommen zwischen den Regulierungsbehörden der EU-Mitgliedstaaten zu online-Glücksspiel; repressive und präventive Maßnahmen sowie Aufklärungs- und Informationskampagnen.

II.4. Beweiswürdigung

II.4.1. Allgemein

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der GSp26-Dokumentationen und der Fotodokumentation sowie aus den bisher gewonnen Erkenntnissen mit gleichartigen Geräten. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte, insbesondere auch deren Betriebsbereitschaft in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, der GSp26-Dokumentation, der Fotodokumentation und der Aussage der vernommenen Zeugin. Die Feststellungen zur G s.r.o. sowie zur C-C S C GmbH gründen auf den aktenkundigen finanzpolizeilichen Erhebungen samt Firmenbuchauszug.

Dass die Geräte zwecks selbständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben und zugänglich gemacht wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise zum Einen daraus, dass das Gerät von einem Unternehmer in einer öffentlich zugänglichen Räumlichkeit eines Lokalbetreibers mit dessen Einverständnis betriebsbereit aufgestellt und entgeltlich potentiellen Spielern vom

Lokalbetreiber im Auftrag des Veranstalters zugänglich gemacht wurde und zum Anderen aus der auf Einnahmenerzielung ausgerichteten Funktionsweise des Gerätes. Es sind im Verfahren auch keine Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung des Gerätes aus reiner Freigiebigkeit, zu Vorführzwecken oder bloß zur Lagerung vorgenommen worden wäre.

Dass eine der beteiligten juristischen oder natürlichen Personen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit den verfahrensgegenständlichen Geräten gewesen oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet. Ebenso wenig ist eine solche der Homepage des BMF unter dem Link x zu entnehmen.

Die Anlastung der Tatzeiträume bezüglich der Aufstelldauer und Betriebsbereitschaft der Glücksspielgeräte im verfahrensgegenständlichen Lokal folgt den unbedenklichen Angaben des Bf gegenüber der Finanzpolizei. Die Feststellungen zur Betriebsbereitschaft und Zugänglichkeit der Geräte ergaben sich für das erkennende Verwaltungsgericht auch aus der Geräte- und Fotodokumentation der Finanzpolizei.

II.4.2. Zur Funktionsweise der Geräte mit Glücksspielcharakter

- Walzenspielgerät FA-Nr. 1: KAJOT „Skill Games“

Der vorliegenden Fotodokumentation ist zu entnehmen, dass es sich beim Gerät FA-Nr.1 (KAJOT Standgerät) um einen Eingabeterminal handelt, auf dem den Spielern normale Walzenspiele im Zusammenhang mit vorgeschalteten sog. „Skill-Games“ zur Verfügung stehen. Dies zeigen die aus der Fotodokumentation am unteren Bildschirm des Terminals ersichtlichen drei „Miniaturwalzen“, die den gerichtsbekannten gewöhnlichen Walzenspielen bewusst als vermeintliche Geschicklichkeitskomponente vorgeschaltet waren. 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 längst gerichtsbekannt, dass es sich bei den genannten Spielen auch nur um Walzenspiele im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs handelt. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat sich in den oben zitierten und auch noch vielen anderen Verfahren mit den im gegenständlichen Verfahren angesprochenen Gutachten von Ing. T, DI 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).

Geräte vom Typ „Skill-Games“ mit vorgelagertem „kleinem 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, diente das „Miniaturwalzenspiel“ trotzdem primär dazu, ein bestimmtes Symbol („A“) 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 Spielergebnis vom Zufall abhängt. Das Erscheinen der Bilder bzw Symbole erfolgt programmbedingt und somit für den Spieler zufällig und nicht nachvollziehbar. Deshalb ist ein bewusstes Herbeiführen von Kombinationen unmöglich. 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 bestünde selbst im Falle der Möglichkeit des Stoppens des virtuellen Walzenlaufes keine faktische Möglichkeit, das Ergebnis des Spiels zu beeinflussen. Es ergaben sich auch weder aus dem Akt, noch sonst im Beweisverfahren Hinweise, die gegen diese Feststellungen sprechen.

Die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Gebiet Glücksspiel und Geschicklichkeitsspiele zum Beweis dafür, dass es sich vorliegend um Geschicklichkeitsspiele handle, konnte unterbleiben, weil aus zahlreichen Verfahren bekannt ist, dass bei Testspielen an Walzenspielgeräten von gleicher Art

durch Organe der Finanzpolizei das Spielergebnis nie zu beeinflussen war. Die ganz allgemein gehaltene Behauptung, es läge ein Geschicklichkeitsspiel vor, widerspricht den aktenkundigen finanzpolizeilichen Ermittlungsergebnissen sowie den bisherigen amtlichen Erfahrungen. Denn für den Zugang zum Hauptspiel ist gerade kein Geschick, sondern nur eine einfache Manipulation erforderlich, sollte das Symbol einmal nicht schon von selbst aufscheinen, um ins normale Walzenspiel zu gelangen. Diese Erkenntnis liegt angesichts des eindeutigen Beweisergebnisses und der Kenntnisse des Gerichts aus anderen Verfahren auf der Hand und bedarf keines Sachverständigenbeweises mehr, zumal die genannten Sachverständigengutachten schon in etlichen Beschwerdeverfahren des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich ausgewertet wurden und in die auszugsweise oben zitierte Judikatur eingeflossen sind. Die Beschwerde hat nicht durch ein konkretes Vorbringen dargelegt, warum kein Glücksspiel vorliegen soll.

Im vorliegenden Fall hat auch die finanzpolizeiliche Zeugin einmal mehr bestätigt, dass beim vorgelagerten „kleinen Walzenspiel“ auf Geräten mit sog. Skill-Games keine Geschicklichkeit erforderlich ist, um das A-Symbol zu erzielen. Denn durch Beobachtung der kleinen Walzen könne man leicht den Moment erraten, wann das „A“ erscheint und die Taste rechtzeitig loslassen. Das „große Walzenspiel“ läuft danach ganz normal programmgesteuert und ohne Einflussmöglichkeit. Das Gericht konnte sich auf dieser Grundlage ein ausreichendes Bild über den Spielablauf machen. Der Beweisantrag, von dem sich der Bf offenbar erhofft, dass er anderweitige Ergebnisse erbringt, erscheint im Hinblick auf die dargestellten amtsbekannten Tatsachen als reiner Erkundungsbeweis, der unzulässig ist und dem daher nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshof nicht nachzukommen ist.

- Gerät FA-Nr. 2: „afric2go“

Auch die oben unter II.3.2.2. beschriebene Funktionsweise eines Fun-Wechslers mit dem Spielprogramm „afric2go“ stimmt im Wesentlichen mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu elektronischen Glücksrädern überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben bestehen.

- Gerät FA-Nr. 3 „TimeMachine“

Zur Beschreibung des Geräts FA-Nr. 3 wird auf den unbedenklichen Befund zum baugleichen Prototyp im Gutachten des Sachverständigen Franz Marton vom 25.09.2016, das G M in Auftrag gegeben hatte, verwiesen. Hinsichtlich der Feststellungen und Schlussfolgerungen betreffend den Glücksspielcharakter des Gerätes war der von der Abgabenbehörde vorgelegten Gegendarstellung des Sachverständigen Edmund Fritz vom 13.07.2017 sowie dessen Ausführungen als beigezogener Sachverständiger in der mündlichen Verhandlung des

gleichgelagerten Beschwerdeverfahrens zu LVwG-412110-2018 zu folgen (vgl im ggst Akt Beilage 3 zum Verhandlungsprotokoll). Die dargestellten Argumente dieses Sachverständigen waren für das Verwaltungsgericht überzeugend. Im Ergebnis hielt er die „TimeMachine“ wegen der nicht bestreitbaren Toleranzen bei Betätigung der Spieltaste in Verbindung mit der menschlichen Reaktionszeit für ein Glückspielgerät, bei dem vorwiegend das Spielprogramm das Ergebnis herbeiführt. Die Schlussfolgerungen des Sachverständigen waren für das Verwaltungsgericht gut nachvollziehbar. Ebenso erscheint dessen Meinung plausibel, dass die „TimeMachine“ unschwer als eine weitere Variante des „Fun Wechslers“ erkennbar sei und dessen Geldwechsel- und Glücksradfunktion aufweise.

Indirekt wird dieses Ergebnis auch noch durch eine Fußnote im Gutachten des Sachverständigen Franz Marton bestätigt (vgl Gutachten, Seite 13, FN zu Punkt 3.2) Im Zusammenhang mit dem damals noch aktuellen Zeitfenster von 200 Millisekunden (0,2 Sekunden) für das Stoppen innerhalb der Gewinnränge ist u.a. folgende Fußnote zu lesen:

Reaktionszeit
Die Reaktionszeit ist die Zeitspanne zwischen dem Erkennen eines bestimmten Reaktionsanlasses und dem Beginn der darauf gerichteten (Abwehr-) Handlung. Sie ist psychologisch und physiologisch bestimmt und liegt bei visuellen Reizen, d.h. 80% unserer Wahrnehmungsinhalte, zwischen ca. 0,2 und 0,3 Sekunden. x

Geht man von dieser für visuelle Reize angegebenen Reaktionszeit von 0,2 bis 0,3 Sekunden aus, so wird schon damit bewiesen, dass das nunmehr programmierte Zeitfenster von einer Zehntelsekunde außerhalb der menschlichen Reaktionsfähigkeit liegt. Auch die von G M angegebene Zeitdauer vom Start bis zum Ziel von 3,6 bis 3,7 Sekunden weist eine menschlich nicht beherrschbare Abweichung von einer Zehntelsekunde auf.

Im Übrigen handelt es sich bei der Frage, ob ein bestimmtes Spiel als Geschicklichkeitsspiel oder als Glücksspiel im Sinne des GSpG anzusehen ist, auch um eine rechtliche Beurteilung, die vom Verwaltungsgericht vorzunehmen ist. Ein Sachverständiger kann dabei Befund über Spielabläufe und eine bestimmte Funktionsweise der Geräte aufnehmen. Dies geschieht im Grunde auch bei der Dokumentation von Testspielen durch erfahrene Organe der Finanzpolizei. Die Einholung von weiteren Gutachten war aus diesem Grund nicht erforderlich.

Bei wirklichkeitsnaher Betrachtung ist auch davon auszugehen, dass dem Bf ebenso wie den anderen beteiligten Personen die Funktionsweise und Glücksspieleigenschaft der Geräte bekannt waren. Schon das Aussehen der Geräte laut Fotodokumentation der Finanzpolizei spricht für das Vorliegen von Glücksspielgeräten. Das erkennende Gericht vermag keine Gründe erkennen, die

gegen diese Annahme sprechen. Es ist erwiesen, dass es sich bei den vorgefundenen Geräten um Glücksspielgeräte handelt.

II.4.3. Zur Veranstalterrolle der G s.r.o.

Die Feststellung zum Eigentum der Firma G s.r.o. an den Geräten FA-Nrn. 1 und 2 gründet sich auf deren eigene Angaben und wurde auch nicht bestrittenen. Das Eigentum der G s.r.o. an den diesen Geräten wurde mit Schreiben des Beschwerdevertreters vom 19.05.2017 unter Vorlage der Eigenbestätigung der G vom 27.04.2017 geltend gemacht. Die sonstigen Feststellungen zur G s.r.o. ergaben sich aus der Anzeige und dem angeschlossenen Auszug aus dem Firmenbuch zu FN x betreffend die österreichische Zweigniederlassung (zuständiges Gericht: LG f ZRS Graz).

Die Umstände des Falles sprechen eindeutig für ein Betreiben der Geräte durch die G s.r.o. auf eigene Rechnung und Gefahr. Vor allem sprechen die glaubhaften und widerspruchsfreien Angaben des Bf, die durch die vom Bf der Finanzpolizei vorgelegte Unterlagen auch belegt sind, für die Veranstalterrolle der G s.r.o. Wer sonst als der Veranstalter würde kostenpflichtige Aufträge an die C GmbH über Serviceleistungen und die Behebung von Störungen erteilen. Beim Gerät FA-Nr. 1 spricht auch der vom Spieler auszudruckende Gutschein über das Guthaben am „Credit“-Display, auf dessen Kopf die G s.r.o. angegeben und auf dem vermerkt ist: „Einlösbar beim B E.M.A. G“, doch klar dafür, dass die Ausgabe für die Einlösung letztlich auf Rechnung der G s.r.o. als Veranstalterin geht.

Außerdem hat die G dem Bf als Lokalbetreiber, den sie als Geschäftspartner braucht, um ihre Geräte im Lokal aufstellen und betreiben zu können, von ihr eingeholte Gutachten und sonstige Urkunden offenbar deshalb überlassen, um ihn vom angeblich legalen Betrieb der „Skill-Games“ als Geschicklichkeitsspiele zu überzeugen (vgl Fotodokumentation zur Anzeige). Derartige Bemühungen sind geschäftstypisch für einen Veranstalter von dezentral angebotenen Glücksspielgelegenheiten, bei denen er auf die unternehmerische Beteiligung von diversen Lokalinhabern an Ausspielungen mit Glücksspielautomaten angewiesen ist, um seine Geräte Spielinteressenten öffentlich zugänglich zu machen.

Bei verständiger Würdigung aller wesentlichen Umstände des Falles, insbesondere der unbeschränkten Sachherrschaft der G s.r.o. über die Glücksspielgeräte mit exklusivem Gerätezugang und der Alleinzuständigkeit für Wartung, Mängelbehebung, Gerätebuchhaltung, regelmäßiges Entleeren der Gerätekasse und monatliche „Abrechnung“ durch Bekanntgabe des für den Bf nicht überprüfbaren Entgelts (Anteil am Erlös) für den Standplatz im Lokal, ist für den erkennenden Richter nicht ersichtlich, wer außer der G s.r.o. in einer solchen Situation sonst noch als Veranstalter in Betracht kommen könnte. Die gesamthafte Betrachtung lässt nur den Schluss auf die Veranstalterrolle der G s.r.o. zu. Im

Ergebnis kommt dies zwar auch im finanzpolizeilichen Aktenvermerk über die Kontrolle vom 27. April 2017 zum Ausdruck, wurde aber in der Anzeige der Abgabenbehörde und von der belangten Behörde nicht aufgegriffen.

II.4.4. Zu den Glücksspielproblemen

Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. K und Prof. Dr. W vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt, es sind aus Sicht des erkennenden Gerichts im Verfahren keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Studie hervorgekommen. Die Feststellungen zu den Tätigkeiten des BMF, der Finanzpolizei und der Konzessionäre sowie die Feststellungen zur Anbindung an das Bundesrechenzentrum gründen vor allem auf den Angaben des BMF im Glücksspielbericht 2010-2013, im Evaluierungsbericht des BMF zu den Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014 und im Glücksspielbericht 2014-2016. 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. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl Nr. 620/1989 in der im vorgeworfenen Tatzeitraum geltenden Fassung BGBl I Nr. 118/2016, 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.

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 § 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).

Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmereigenschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

Nach § 2 Abs 2 Satz 1 GSpG ist Unternehmer, wer selbständig 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.

Nach § 168 Abs 1 StGB ist derjenige mit einer Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, der ein Spiel bei dem Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen oder das ausdrücklich verboten ist, veranstaltet oder eine zur Abhaltung eines solchen Spiels veranstaltete Zusammenkunft fördert, um aus dieser Veranstaltung oder Zusammenkunft sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zuzuwenden, es sei denn, dass bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge gespielt wird.

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. Zur Glücksspieleigenschaft der Geräte

IV.1.1. Gerät FA-Nr. 1: KAJOT „Skill Games“

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit dem Gerät FA-Nr. 1 Spiele durchgeführt werden konnten, deren Ergebnis insgesamt vom Zufall abhängt, zumal das Ergebnis des virtuellen großen Walzenlaufes vom Zufall abhing. Die Spieler hatten keine Möglichkeit, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen. Der virtuelle „Walzenlauf“ der großen Walzen startete, wenn am Ende des „Miniaturwalzenlaufes“ irgendwo ein A-Symbol angezeigt wurde. Selbst wenn das Ergebnis des „Miniaturwalzenlaufes“ für sich genommen (auch) vom Geschick der Spieler abhängen würde, wäre dennoch das Ergebnis des virtuellen „großen Walzenlaufes“ allein vom Zufall abhängig. Der Sinn des vorgeschalteten „Miniaturwalzenlaufs“ im Verhältnis zum „großen Walzenlauf“ liegt darin, dass der Spieler zuerst ein bestimmtes Ergebnis (Symbol) erlangen muss, um in das intendierte Spiel mit den großen virtuellen Walzen zu kommen. Da das Ergebnis des virtuellen „großen Walzenlaufes“ stets vom Zufall abhängig ist und die Spieler beim großen Walzenspiel einen Gewinn erzielen können, ist das Gerät mit der FA-Nr. 1 jedenfalls zur Durchführung von Glücksspielen im Sinne des GSpG verwendbar (vgl VwGH 26.02.2001, Zl. 99/17/0215). Da das für das Auslösen des „großen Walzenlaufs“ notwendige „A“-Symbol meist schon durch bloßes Drücken der Starttaste oder sonst durch einfache Manipulation erreichbar ist, erfordert das „kleine Walzenspiel“ keine besondere Geschicklichkeit, sondern verzögert im Ergebnis bloß den Start des „großen Walzenlaufs“.

Bei einer Gesamtbetrachtung vermag das „kleine Walzenspiel“ den Glücksspielcharakter der am Gerät mit den FA-Nrn. 1 angebotenen Walzenspiele nicht zu beseitigen. Bestätigung findet dies in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, der hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen „großen“ Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B VwGH 27.1.2012, Zl. 2011/17/0246) festgehalten hat, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Dass die vom Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung als Glücksspiele beurteilten Spiele am gegenständlichen Gerät mit einem „kleinen Vorspiel“ kombiniert wurden, mit dem kein Einfluss auf das Ergebnis des virtuellen Walzenspiels genommen werden kann, ändert nichts an der Beurteilung, dass es sich bei den auf den gegenständlichen Geräten angebotenen Spielen um Glücksspiele handelt, deren Ergebnis ausschließlich vom Zufall abhängt.

Bei der Kombination eines vom Zufall abhängigen Spiels mit einem Geschicklichkeitsspiel liegt im Ergebnis ein Glücksspiel vor, wenn die Gewinnchance (Spielentscheidung über Gewinn oder Verlust) ausschließlich

zufallsabhängig herbeigeführt wird und nur die Realisierung des Gewinns durch ein anschließendes Geschicklichkeitsspiel erfolgen muss (vgl VwGH 26.02.2001, Zl. 99/17/0215; ebenso VwGH 3.07.2009, Zl. 2005/17/0178 in Bezug auf eine nach zufallsabhängiger Gewinnentscheidung abschließende „Gamble-Phase“ bzw ein „Risiko-Spiel“). Dabei ist es nach der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs unerheblich, welche Geschicklichkeit für die Realisierung des vorher in einem zufallsabhängigen Spiel entschiedenen Gewinnes erforderlich war. Das gesamte Spiel ist als Einheit zu betrachten, bei der die wesentliche Entscheidung, ob ein Gewinn realisiert werden kann, zufallsabhängig herbeigeführt wird.

Im Ergebnis kann nichts anderes in einem Fall - wie dem vorliegenden - eines vorgeschalteten Geschicklichkeitsspiels gelten, dessen erfolgreicher Abschluss nur den Zugang zum zufallsabhängigen Glücksspiel (Walzenspiel) ermöglicht. Bei der gebotenen gesamtheitlichen Betrachtung kann das Spielergebnis, also die Entscheidung über Gewinn und Verlust im Walzenspiel wieder nur als eine vom Zufall abhängige angesehen werden. Die vorgeschaltete Entscheidung über den Zugang zum Walzenspiel ändert daran nichts, mag sie auch eine conditio sine qua non im Sinne der Äquivalenztheorie sein, für die alle Bedingungen eines Erfolges im Rahmen eines Kausalzusammenhangs gleichwertig sind. Auf diese Theorie kommt es nach der Legaldefinition des Glücksspiels im § 1 Abs 1 GSpG aber nicht an. Diese verlangt vielmehr eine rechtliche Bewertung des Spiels im Sinne einer Gewichtung danach vorzunehmen, ob die Entscheidung über ein Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt oder nicht. In diesem Sinne hat der Verwaltungsgerichtshof zur Prüfung des Ausmaßes der Zufallsabhängigkeit das Abstellen auf abstrakte Spielregeln abgelehnt und die Berücksichtigung von konkreten Modalitäten und Rahmenbedingungen der Durchführung des Spiels verlangt. Denn § 1 Abs 1 GSpG gehe nicht von einer Zufallsabhängigkeit im mathematisch-statistischem Sinne, sondern von einen normativen Ansatz aus (vgl VwGH 2.07.2015, Ro 2015/16/0019).

Insofern steht für die gegenständlich dokumentierten virtuellen Walzenspiele (Ring of Fire XL und Joker Area) von vornherein fest, dass diese ausschließlich programmbestimmt ohne Einflussmöglichkeit des Spielers binnen 1 bis 2 Sekunden ablaufen. Die Entscheidung, ob es überhaupt zum Walzenspiel kommt, hat damit nichts zu tun, weil der Spieltypus dadurch in keiner Weise beeinflusst wird. Abgesehen davon, war für das Erzielen eines „A“-Symbols im „kleinen Walzenspiel“ durch Halten und Loslassen der Start-Taste, um ins erwünschte „große Walzenspiel“ zu kommen, kein besonderes Geschick erforderlich (vgl eingehende Feststellungen unter II.3.2.1. und die Beweiswürdigung II.4.2.), weil durch Beobachten der „Miniaturwalzen“ jedermann den Moment des Erscheinens von „A“ leicht erraten konnte und dafür auch genügend Zeit hatte (vgl das der Anzeige beigelegte Kurzgutachten „Skill Games“ des Sachverständigen Ing. T vom 17.11.2015, wo unter der Überschrift „Geschicktes Verhalten“ zu den sog „Geschicklichkeits-Walzen“ ausgeführt wir, dass der Spieler unbegrenzt Zeit habe,

sich die Walzenkombinationen anzusehen und zu merken.). Wenn auch ein ungeübter Spieler genügend Zeit für eine geforderte Reaktion hat, dann ändert das nichts an der im Übrigen vom Gerät zufallsabhängig herbeigeführten Entscheidung über die Gewinnchance (VwGH 26.03.2015, Ra 2014/17/0033).

IV.1.2. Gerät FA-Nr. 2 : „afric2go“

Auf Grund der festgestellten Funktionsweise des auf dem Gerät FA-Nr. 2 verfügbaren elektronischen Glücksrades, dessen Funktionsweise einem „Fun-Wechsler“ bzw „afric2go“ entspricht, ist auch im Grunde der Rechtsprechung zum Fun-Wechsler vom Typ „Afric2go“ (z.B. VwGH 20.4.2016, Ro 2015/17/0020) davon auszugehen, dass mit dem gegenständlichen Gerät Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Der Verwaltungsgerichtshof stellte im zitierten Erkenntnis klar dass für die Erfüllung des § 2 Abs 1 Z 2 GSpG lediglich Voraussetzung ist, dass im Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel eine vermögenswerte Leistung erbracht wird. Der Einsatz von 1 Euro stehe in unmittelbarem Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel, da gleichzeitig mit der Betätigung der „Musik kopieren/hören“-Taste der zufallsabhängige Beleuchtungsumlauf in Gang gesetzt werde, mit dem der Einsatz vervielfacht werden könne. Selbst ein zeitversetztes Starten der Gewinnspielfunktion könne den Zusammenhang zwischen Einsatzleistung und Gewinnspiel nicht durchbrechen, da selbst ein verzögert in Gang gesetztes Glücksspiel noch in einem engen Zusammenhang mit der Einsatzleistung stehe, weil die vermögenswerte Leistung des Anwenders nicht auf den Erwerb eines Musiktitels beschränkt ist, sondern auch die (nachfolgende) Gewinnchance umfasse.

Entsprechend dieser Judikatur sind daher die Spiele am „afric2go“ als Glücksspiele iSd §1 Abs 1 GSpG zu qualifizieren. , Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte. Eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu diesem Themenkomplex konnte auf Grund der geklärten Sach- und Rechtslage unterbleiben.

IV.1.3. Gerät FA-Nr.3 : „TimeMachine“

Zur Funktionsweise und Qualifikation des Geräts vom Typ „TimeMachine“ sind jüngst die Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes auf Grund von hg. Anlassfällen ergangen (VwGH 11.07.2018, Ro 2018/17/0001; VwGH 20.08.2018, Ro 2018/17/0002). Gegen das diesen Gerätetyp als Geschicklichkeitsgerät einstufende Erkenntnis des LVwG Oö. vom 6. März 2018, LVwG-412110/20/Wg/KHu, hatte die in diesem Verfahren belangte Behörde erfolgreich Amtsrevision erhoben. Der Verwaltungsgerichtshof setzte sich mit der Frage der

Glücksspieleigenschaft näher auseinander und kam im Erkenntnis vom 11.07.2018, Ro 2018/17/0001, auf Basis der hg Tatsachenfeststellungen, die im Grunde den Ausführungen des Sachverständigen E F folgten, zum Ergebnis, dass das Gerät in unvertretbarer Weise als Geschicklichkeitsgerät qualifiziert wurde. Die auf die fachlichen Aussagen des Sachverständigen Edmund Fritz gestützte Begründung des Verwaltungsgerichtshofs ist wegen des gleichen Gerätetyps auch für das vorliegende Verfahren einschlägig.

Auf das Wesentliche zusammengefasst, sprechen nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs folgende Besonderheiten im Rahmen des glücksradähnlichen Beleuchtungsumlaufs gegen ein Geschicklichkeitsgerät:

Der angeblich durch Geschicklichkeit beeinflussbare Beleuchtungsumlauf besteht nicht aus kontinuierlich hintereinander beleuchteten Feldern, sondern aus bis zu sechs gleichzeitig beleuchteten, wobei das in Laufrichtung erste Feld bereits schwächer leuchtet und das letzte Feld gerade zu leuchten beginnt. Deshalb sind einzelne beleuchtete Felder für den Spieler gerade nicht erkennbar. Durch diese „Lauflichtfunktion“ und die Verweildauer des Lichts von einer bloßen Zehntelsekunde im Ziel kann die Zeit vom Start bis ins Ziel nur annähernd wahrgenommen werden. Zur Erreichung des Gewinnfeldes im Ziel müsste eine – schon nicht so präzise - Taste mit Federsteuerung für die Dauer von 3,6 bis 3,7 Sekunden (mögliche Abweichung von 0,1 Sek) gedrückt gehalten werden. Es erscheint aber unmöglich, einen Zeitablauf auf eine Zehntelsekunde genau wahrzunehmen und reproduzierbar zu speichern und/oder mit einer nicht wiederholgenau schaltenden Taste richtig zu reproduzieren.

Im gegenständlichen Ermittlungsverfahren bestätigt sich diese Einstufung, wonach das Gerät mit der Bezeichnung „TimeMachine“ Spiele in der Art eines Glücksrades mit Beleuchtungsumlauf durchführt, deren Ergebnisse zumindest vorwiegend programmbedingt und nicht vom Spieler herbeigeführt werden, somit vom Zufall abhängen. Diese Beurteilung wird auch durch die Angaben der finanzpolizeilichen Zeugin über ihre Probespiele vollinhaltlich bestätigt.

Das gegenständliche Gerät „TimeMachine“ ist somit unzweifelhaft als Glücksspielgerät zu qualifizieren. Die Spieler haben Einsätze zu leisten, für die ein Gewinn in Aussicht gestellt ist..

IV.2. Zugänglichmachen verbotener Ausspielungen iSd § 52 Abs 1 Z 1 3. TB GSpG

An den gegenständlichen Geräten konnten Spiele durchgeführt werden, bei denen Einsätze für die Spielteilnahme zu leisten waren, für die nach dem Zufallsgenerator des Spielprogramms Gewinne in Aussicht gestellt waren. Es handelt es sich daher um Ausspielungen iSd § 2 Abs 1 GSpG, für welche weder eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag, noch eine Ausnahme vom Glücksspielmonopol

des Bundes nach § 4 GSpG in Betracht kam. Deshalb waren diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs 4 GSpG verboten.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass der Bf die Aufstellung der gegenständlichen Glücksspielgeräte in seinem Lokal geduldet und sie in betriebsbereitem Zustand für Spielinteressenten gehalten und speziell beim Walzenspielgerät FA-Nr. 1 auch noch durch Einlösung von ausgedruckten Bons über Gewinne an der Veranstaltung der Glücksspiele mitgewirkt hat. Die Geräte mit den FA-Nrn. 1 und 3 waren von 14.04. bis 27.04.2017, das Gerät mit der FA-Nr. 2 von 18.04. bis 27.04.2017 im gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Die Spieler haben ihre Spieleinsätze im örtlichen Zuständigkeitsbereich der belangten Behörde geleistet, 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 oder dort nur angezeigt wurde (vgl VwGH 29.4.2014, Ra 2014/17/0002).

Der Bf hat damit als Lokalinhaber verbotene Ausspielungen mit Glücksspielgeräten unternehmerisch für seine Gäste zugänglich gemacht, um den Glücksspielveranstalter nachhaltig zu unterstützen und aus der Durchführung von Glücksspielen Einnahmen zu lukrieren.

Der Bf hat somit den objektiven Tatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG im jeweils vorgeworfenen Tatzeitraum erfüllt, indem er verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht hat.

IV.3. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen GSpG

IV.3.1. Wie noch unten dargelegt wird, ist der durch das österreichische GSpG geschaffene gesetzliche Rahmen auch nach Ansicht des erkennenden Richters des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich nicht unionsrechtswidrig. Dies steht im Einklang mit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts (vgl etwa VwGH 16.03.2016, Ro 2015/17/0022; 11.07.2018, Ra 2018/17/0048, 0049; VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist zwar entsprechend den Vorgaben des EuGH nicht nur der normative Rahmen von Bedeutung, sondern es ist die unionsrechtliche Zulässigkeit des Glücksspielmonopols auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig, sodass zu prüfen wäre, ob die Regelungen des Glücksspielgesetzes in ihrer Gesamtheit dazu führen, dass die vom GSpG bezweckten Wirkungen (etwa Verringerung der Gelegenheit zum Spiel und Bekämpfung der damit verbundenen Kriminalität) erzielt werden (so etwa VwGH 24.04.2015, Ro 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w). Wenn aber die gesetzlichen Bestimmungen als solche selbst grundsätzlich mit dem Unionsrecht vereinbar sind, so wären allfällige tatsächlich fehlende Wirkungen dieser

Regelungen, die allenfalls zur Unionsrechtswidrigkeit führen könnten, auf die Vollziehung der gesetzlichen Bestimmungen (z.B. mangelnde Aufsicht) oder das sonstige Agieren des Staates (z.B. inkohärente Spielerschutzpolitik) zurückzuführen. Eine allfällige dem Anliegen des Spielerschutzes nicht gerecht werdende Beschränkung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten wäre dann aber nicht Folge der gesetzlichen Bestimmungen als solcher (vgl OGH 17.02.2015, 4 Ob 229/14a), sondern es wäre durch das sonstige Agieren des Staates, insbesondere bei Vollziehung der Regelungen des GSpG, verursacht. In einem solchen Fall wäre aber die Konsequenz wohl nicht die Aufhebung des an sich unionsrechtskonformen Gesetzes durch den Verfassungsgerichtshof wegen Inländerdiskriminierung, vielmehr wäre es Aufgabe der Vollziehung, einen dem Gesetz (unter Beachtung der sich aus dem Unionsrecht ergebenden Vorgaben) entsprechenden Zustand herzustellen. In diesem Sinne wird auch sonst vertreten, dass Gesetze verfassungskonform auszulegen und zu vollziehen sind und es führt eine nicht verfassungskonforme Auslegung durch die Behörden nicht zur Aufhebung des Gesetzes (vgl etwa VfGH 11.12.2012, V8/12, u.a.).

Eine allfällige durch das faktische Agieren des Staates geschaffene Inländerdiskriminierung verhilft der Beschwerde im Übrigen auch sonst nicht zum Erfolg:

Es kann grundsätzlich die Rechtmäßigkeit des Verhaltens einer Behörde (gegenständlich nach dem GSpG) nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass staatliche Stellen in anderen Fällen (andere Personen betreffend) sich rechtswidrig verhalten. Durch eine allfällige zur Unionsrechtswidrigkeit führende Verwaltungspraxis bzw. staatliches Agieren erwächst kein Rechtsanspruch darauf, dass ein dem GSpG widersprechendes Verhalten nicht geahndet wird. Denn dies wäre im Ergebnis ein Anspruch auf die Nichtanwendung des Gesetzes trotz gegebener Tatbestandsmäßigkeit (vgl etwa VfGH 30.09.1991, B 1361/90). Dass keine Inländerdiskriminierung vorliegt, hat der Verfassungsgerichtshof im Übrigen bereits ausdrücklich festgehalten (vgl VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

Wie dargelegt, sind die Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor durch die nationalen Gerichte geklärt (vgl etwa auch VwGH 07.06.2017, Ra 2017/17/0017). Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, nach der vom EuGH geforderten Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Bestimmungen des Glücksspielgesetzes erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht festgestellt. Dieser Rechtsansicht hat sich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016, angeschlossen. Auch der Oberste

Gerichtshof hat mit Beschluss vom 22. November 2016, 4 Ob 31/16m, die Konformität des österreichischen Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht festgestellt. Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt und den im Verfahren hervorgekommenen Umständen sieht das erkennende Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auch keinen Anlass dazu, um vom Ergebnis der im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, vorgenommenen Gesamtwürdigung abzuweichen.

Im Ergebnis führen somit die obigen Ausführungen dazu, dass weder die Anfechtung von Regelungen des GSpG (diese bewirken als solche keine Inländerdiskriminierung), noch die Nichtanwendbarkeit dieses Gesetzes bei reinen Inlandssachverhalten (keine Gleichheit bei einem allfälligen durch die Vollziehung bewirkten Unrecht) in Betracht kommt.

Die behauptete Unionsrechtswidrigkeit liegt außerdem aus nachfolgenden Gründen nicht vor:

IV.3.2. 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). Gemäß Art 52 iVm Art 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 u.a., 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 weiter EuGH Rechtssache Dickinger und Ömer, C-347/09; EuGH Rechtssache Pfleger, C-390/12; VwGH 29.5.2015, Ro 2014/17/0049; VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121).

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

BGBl. I Nr. 73/2010; in diesem Sinne auch bereits die Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte siehe etwa VfGH 6.12.2012, B1337/11 u.a.; VfGH 12.3.2015, G 205/2014-15 u.a.; VwGH 7.3.2013, 2011/17/0304; VwGH 4.11.2009, 2009/17/0147; OGH 20.3.2013, 6 Ob 118/12i; 17.2.2015, 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 Rechtsprechung des EuGH zu rechtfertigen. Auch der Verfassungsgerichtshof hielt 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 Glücksspielgesetz geregelte Monopol entgegengetreten werden, wobei es sich bei der Normierung eines Monopolsystems um eine geeignete Maßnahme handeln kann, um den negativen Erscheinungen unkontrollierten Glücksspiels entgegen zu wirken (vgl EuGH Rechtssache Pfleger, C-390/12, RZ 41).

IV.3.3. Es ist daher zu prüfen, ob die im Glücksspielgesetz normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit in ihren Wirkungen tatsächlich geeignet sind, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Hinsichtlich der Eignung der im Glücksspielgesetz normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit zur Erreichung der genannten Ziele in kohärenter und systematischer Weise ist nicht nur zu prüfen, welche gesetzlichen Vorgaben geregelt sind, sondern auch wie diese umgesetzt werden.

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

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

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667, 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 Glücksspielgesetz-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 Glücksspielgesetz-Novellen 2008/2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden ist. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische

Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.
Auch hinsichtlich des illegalen Online-Glücksspiels wurden Maßnahmen gesetzt, die einerseits präventiv, andererseits repressiv wirken sollen.

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

IV.3.4. Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist die unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (so etwa VwGH 24.4.2015, Ro 2014/17/0126; OGH 20.1.2015, 4 Ob 231/14w; VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (C-464/15 [Admiral Casinos & Entertainment AG]) ist eben nicht nur auf die Zielsetzung im Moment des Erlasses der Regelung abzustellen, sondern auch auf die Auswirkungen der Regelung seit deren Erlass, wobei Gerichte damit nicht angeleitet werden, dies „empirisch mit Sicherheit“ feststellen zu müssen.

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 nahezu 8.000 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870 eingeholt wurden und ferner bei Auskunfteien online-„Sofort-Checks“ erfolgten. Auch wurden im Jahr 2016 über 630.000 Spielbankbesucher den Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen, wobei diese mittlerweile zweimal monatlich durchgeführt werden. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich zudem, dass zum 31.12.2016 in österreichischen Spielbanken bei 33.737 Spielbankbesuchern Sperren bestanden. Im Jahr 2016 wurden 23.845 VLT-Outlet-Besucher aus dem EU/EWR-Raum (inkl. Österreich) den 12 Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen und 14.836 Datensätze nach den spielerschutzrelevanten Kriterien bearbeitet. 776 Besuchsbeschränkungen wurden auf Wunsch von Gästen vorgemerkt, 899 Selbstsperren aktiviert und 2.882

Wirtschaftsauskünfte über österreichische Besucher beim KSV 1870 eingeholt. Zusätzlich erfolgten 1.434 Sofort-Checks.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich weiters, dass es zu keiner Ausbreitung der Glücksspielsucht seit 2009 in Österreich gekommen ist. Gerade beim im 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 den 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 Oberösterreich auch hinsichtlich der tatsächlichen Wirkungen der Regelungen des Glücksspielgesetzes eine unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit als gegeben.

IV.3.5. Zum Vorbringen betreffend die Werbetätigkeit:

Aus der Rechtsprechung 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 Euro auf 57 Euro (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 Glücksspiels geführt. Es haben daher die Gesamtwirkungen der Werbetätigkeit die kohärente und systematische Verfolgung der Ziele des Glücksspielgesetzes nicht beeinträchtigt.

Nachdem es in Österreich (bezogen auf den Zeitraum 2009 bis 2015) zu keinem Wachstum des gesamten Glücksspielmarkts gekommen ist und (nach der Rechtsprechung des EuGH) eine Werbung der Konzessionäre für ihre Produkte zum Zweck, den vorhandenen Markt für sich zu gewinnen, jedenfalls zulässig ist (vgl EuGH Rechtssache 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.

Betreffend die Werbung für illegales Online-Glücksspiel werden überdies Medienunternehmen zur Anzeige gebracht, die Werbesujets von Anbietern illegaler Online-Glücksspiele veröffentlichen. Diese Maßnahme soll zu einer merkbaren Änderung der Werbelinien und –inhalte beigetragen haben.
Hinsichtlich des vorgelegten Gutachtens von Ing. Mag. F zur Werbetätigkeit ist festzuhalten, dass dieses gleich zu Beginn (Pkt 3.1.) darauf hinweist, dass die Grundlage der Befundaufnahme „die aktuellen Kommunikationsmaßnahmen“ einiger ausgewählter Betriebe in der klassischen Werbung war, wobei die Auflistung „keinen Anspruch auf Vollständigkeit“ darstellt. Zumal bereits im Gutachten selbst darauf verwiesen wird, dass dieses bloß einen Ausschnitt der Werbetätigkeit berücksichtigt, kann dieses nicht dazu dienen, die Ergebnisse der og. Studie bzw die vorgenommene Gesamtwürdigung des Verwaltungsgerichtshofs zu erschüttern.

IV.3.6. Zusammenfassend ergibt sich daher für das erkennende Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände keine Unionsrechtswidrigkeit - und somit auch kein Verstoß gegen die Grundrechtecharta - durch die österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten vorliegt. Die von der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom EuGH anerkannte 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 Verwaltungsgerichtshofes zu diesem Thema (VwGH 16.3.2018, Ro 2015/17/0022-7 und jüngst VwGH 11.7.2018, Ra 2018/17/0048) 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 u.v.a.]. Ebenso konnte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016 (E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016) keine 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 ergangene 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 Glücksspielgesetz äußert.

Hinzu kommt, dass die Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor durch die nationalen Gerichte geklärt sind (vgl etwa VwGH 7.6.2017, Ra 2017/17/0017). Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinen Erkenntnissen vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022 und jüngst VwGH 11.7.2018, Ra 2018/17/0048, nach der vom EuGH geforderten Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Bestimmungen des Glücksspielgesetzes erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht festgestellt. Dieser Rechtsansicht hat sich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016, angeschlossen. Auch der OGH hat mit Beschluss vom 22. November 2016, 4 Ob 31/16m, die Konformität des österreichischen Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht festgestellt. Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt und den im Verfahren hervorgekommenen Umständen sieht das erkennende Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auch keinen Anlass dazu, um vom Ergebnis der in den Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, und jüngst vom 11. Juli 2018, Ra 2018/17/0048, vorgenommenen Gesamtwürdigung abzuweichen.

IV.3.7. Zum Vorbringen der Nichtbeachtung des Art 267 AEUV und den Anträgen auf Aussetzung des Verfahrens:

Die Bf vertritt die Rechtsauffassung, die belangte Behörde habe Art 267 AEUV nicht beachtet, weshalb aufgrund der willkürlichen Nichtvorlage von entscheidungswesentlichen Vorlagefragen ein Verstoß gegen Art 6 EMRK vorliege. Dem ist entgegenzuhalten, dass weder die belangte Behörde, noch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Vorlage an den EuGH verpflichtet sind. Die Pflicht zur Anrufung des EuGH im Wege des Art 267 AEUV trifft nur letztinstanzliche Gerichte, deren Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können. Das österreichische Recht gewährt den Parteien keinen Anspruch auf Vorlage durch ein unterinstanzliches Gericht oder eine Verwaltungsbehörde (vgl Schima in Mayer/Stöger, [Hrsg] EUV/AEUV, Art 267 AEUV Rz 87 mwN).
Nach der Rechtsprechung des EGMR erscheint es zwar möglich, im Verstoß gegen Art 267 Abs 3 AEUV auch eine Verletzung von Art 6 EMRK zu sehen (vgl Schima aaO Rz 122), der EGMR scheint allerdings nur bereit, die willkürliche Nichtvorlage zu sanktionieren, was er bislang nicht getan hat. Da im vorliegenden Fall jedoch mangels eines tätig gewordenen letztinstanzlichen Gerichtes weder ein Verstoß gegen Art 267 Abs 3 AEUV vorliegt, noch Anhaltspunkte für eine willkürliche Nichtvorlage, ist eine Verletzung des Art 6 EMRK auszuschließen.

Zu den Anträgen auf Aussetzung des Verfahrens ist auszuführen, dass die Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor durch die nationalen Gerichte geklärt sind (so ausdrücklich VwGH 15.05.2017, Ra 2017/17/0214 m.w.N.), sodass nach Ansicht des erkennenden Gerichts ausgehend von den im Verfahren hervorgekommenen Umständen weder ein (weiteres) Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu stellen ist, noch es notwendig erscheint, das gegenständliche Verfahren auszusetzen.

IV.3.8. Der Bf rügt zudem, dass die bisherige höchstgerichtliche Judikatur des VfGH, VwGH und OGH nichts zur Auslegung des Art 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) beitragen könne, da diesen Entscheidungen keine – im Sinne einer dynamischen Betrachtungsweise gebotene – eigenständige Faktenermittlung zur Frage der Unionsrechtskompatibilität des GSpG-Monopols zugrunde liege. So lasse sich aufgrund des Mangels an seitens staatlicher Stellen vorgelegter Beweise in tatsächlicher Hinsicht etwa nicht feststellen, dass in Österreich (nach wie vor) eine hohe Anzahl an Personen spielsüchtig sei und die Spielsucht ein erhebliches gesellschaftliches Problem darstelle usw.

Dazu ist zunächst auszuführen, dass der Verwaltungsgerichtshof den Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor im Erkenntnis vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, bzw. dies jüngst bestätigend durch VwGH 11.7.2018, Ra 2018/17/0048 ua, durch die Durchführung der nach der vom Bf zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (insbesondere EuGH 15.9.2011,

C-347/09 [Dickinger und Ömer] Rz 83 f; 30.4.2014, C-390/12 [Pfleger] Rz 47 ff; sowie 30.06.2016, C-464/15 [Admiral Casinos & Entertainment AG] Rz 31, 35 f) erforderlichen Gesamtwürdigung nachgekommen ist (vgl dazu ebenfalls VwGH 14.2.2017, Ra 2017/17/0010 uvm; 29.5.2017, Ra 2017/17/0031). In diesem Erkenntnis ist der VwGH unter anderem auch auf die Staatseinnahmen durch Glücksspiel (Rz 122 bzw. 68) eingegangen. Insofern wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

IV.3.9. Zu den Beweisanträgen betreffend die Frage der Unionsrechtskonformität:

Der Bf hat die Einvernahme zweier Zeugen zum Beweis der Unrichtigkeit der sogenannten Kalkestudie bzw. Zustandekommen der dort erwähnten Zahlen und Fakten beantragt. Die Frage der Beurteilung von Beweismitteln ist jedoch eine Frage der Beweiswürdigung. Nach Ansicht des erkennenden Gerichts sind in der aktuellen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. K und Prof. Dr. W vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg sind die darin untersuchten Parameter in wissenschaftlicher Weise erhoben und ausgewertet worden. Diese Studie ist schlüssig und nachvollziehbar. Wahrnehmungen und Einschätzungen (auch einer größeren Zahl) von mit der Materie befassten Einzelpersonen können die Studie nicht widerlegen. Dies wäre nur durch eine auf gleicher fachlicher Ebene erstellten Studie möglich. Die Beweisanträge waren daher schon aus diesem Grund abzuweisen. Darüber hinaus hat der Bf nicht dargetan, inwiefern sich die Unrichtigkeit der Studie durch die Einvernahme der beantragten Zeugen beweisen lassen soll. Abgesehen von der Untauglichkeit des beantragten Beweismittels, einer in wissenschaftlicher Weise erstellten Studie auf gleicher fachlicher Ebene entgegen zu treten, handelt es sich dabei um einen Erkundungsbeweis, zumal die allgemein gehaltene Formulierung des Beweisthemas nur den Schluss zulässt, dass der Beweisantrag lediglich auf Mutmaßungen fußt.

Soweit Zeugeneinvernahmen zum Beweis dafür beantragt wurden, dass die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz und zu den Konzessionskontrollen ineffektiv seien, ist auszuführen, dass die Zeugen lediglich ihre persönliche Meinung (ob eine „Ineffektivität“ vorliegt) darstellen könnten, die allenfalls auf Umständen gründet, die sich in ihrem unmittelbaren Umfeld abspielen. Hingegen sind der genannten Studie auch Auswirkungen der gesetzlichen Vorgaben und behördlichen Maßnahmen zu entnehmen. Persönliche Meinungen von Einzelpersonen sind daher für die vom Landesverwaltungsgericht OÖ. vorzunehmende rechtliche Beurteilung, ob angesichts bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen als (im rechtlichen Sinne ausreichend) effektiv angesehen werden können oder nicht, nicht von Relevanz. Auch die Beweisanträge zur Effektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz waren daher abzuweisen. Die bloß

unsubstantiierte Behauptung, Spielerschutzvorschriften würden nicht greifen oder seien gelockert worden lässt überdies nicht erkennen inwieweit ein solches Handeln Einfluss auf die Anwendbarkeit einer innerstaatlichen Norm haben könnte. Der Antrag, Vorstände eines Konzessionärs nach dem GSpG zu vernehmen, geht daher auch deshalb ins Leere, weil der Bf damit kein geeignetes Vorbringen erstattet hat, von dem eine Relevanz für das ggst Verfahren abgeleitet werden könnte.

IV.4. Mangelnde Schuld iSd § 5 Abs 2 VStG ?

Der Bf beruft sich auf mangelndes Verschulden (sinngemäß auf Rechtsirrtum gemäß § 5 Abs 2 VStG) und verweist dazu allgemein auf die „unterschiedlichsten Rechtsmeinungen“ und divergierende Rechtsprechung. Mit diesem Standpunkt ist der Bf nicht im Recht.

Nach ständiger Rechtsprechung zum Verbotsirrtum entschuldigt das Vertrauen auf eine Auskunft oder Informationen nur, wenn diese auf einer einschlägigen und einhelligen höchstgerichtlichen Rechtsprechung zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177), auf von der zuständigen Behörde selbst erteilten Auskünften über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) oder eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung“ (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177) beruht sowie wenn Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen, die bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen.

Entschuldigend wirkt sohin eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 4.10.2012, 2012/09/0134; 18.9.2008, 2008/09/0187), anderer fachkompetenter Institutionen, z.B. der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (z.B. 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) und im eingeschränkten Ausmaß die Rechtsauskunft berufsmäßiger Parteienvertreter (z.B. von Rechtsanwälten). Diese muss sich jedenfalls an der maßgeblichen Rechtsprechung 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]).

Der Bf war als Gastwirt in seiner Eigenschaft als Unternehmer verpflichtet, sich über die Sach- und Rechtslage, insbesondere über Eigenschaften und rechtliche Qualifikation von Geräten, deren Aufstellung er in seinem Lokal duldet und die er

dort geschäftlich für den Veranstalter zugänglich macht, im Detail zu informieren. Daran hat auch die vereinzelt gebliebene Judikatur des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich (vgl LVwG-412110/20/Wg/KHu vom 6.03.2018 und LVwG-412580/7/KLi vom 16.03.2018), die zunächst Geräte mit der Bezeichnung „TimeMachine“ nicht als Glücksspielgeräte einstufte, und dazu die ordentliche Revision an den VwGH zuließ, nichts geändert. Zur gegebenen Tatzeit im April 2017 konnte der Bf auch nicht im Vertrauen auf diese Judikatur des Landesverwaltungsgerichts gehandelt haben.

Zum Unionsrecht wurde oben ausführlich dargestellt, dass schon längst eine eindeutige und übereinstimmende Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs und Verfassungsgerichtshofs besteht, dass die österreichischen Regeln des Glücksspielgesetzes anwendbar sind und nicht vom Gemeinschaftsrecht überlagert werden. Eine vereinzelt gebliebene Judikatur des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich wurde vom Verwaltungsgerichtshof nicht bestätigt (vgl jüngst VwGH 11.07.2018, Ra 2018/17/0048).

Der Bf kann sich demnach nicht erfolgreich auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum berufen, sondern unterliegt allenfalls einem selbst verschuldeten Rechtsirrtum, der ihm vorwerfbar ist.

IV.5. Ergebnis in der Schuldfrage

Für die subjektive Tatseite gilt gemäß § 5 Abs 1 VStG, dass zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, 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. Nach dem zweiten Satz des § 5 Abs 1 VStG ist Fahrlässigkeit bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl VwGH 23.12.1991, Zl. 88/17/0010 mwN).

Der Bf hat den Tatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG durch sein objektiv rechtswidriges Verhalten erfüllt und dies auch subjektiv zu verantworten. Sein Vorbringen war nicht geeignet, ihn vom Schuldvorwurf zu entlasten. Er hat in

Bezug auf die Geräte FA-Nrn. 1 und 2 sogar bedingt vorsätzlich gehandelt (vgl unter Pkt V.2.3.).

Die Verwaltungsübertretung nach dem vierten Tatbild des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG ist somit in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt. Die Beschwerde gegen den Schuldspruch war als unbegründet abzuweisen.

V. Strafbemessung

V.1. Grundlagen

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

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

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist (vgl näher dazu mwN Wessely, in Raschauer/Wessely [Hrsg], VStG^2 § 19 Rz 1ff). Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. u.a. VwSlg 8134 A/1971).

§ 19 Abs 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt. Seit BGBl I Nr.33/2013 ist objektive Grundlage allein die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsguts und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Für das ordentliche Verfahren schreibt § 19 Abs 2 VStG zusätzlich die Berücksichtigung von subjektiven Kriterien vor. Neben der Abwägung der in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe ist auf das Ausmaß des Verschuldens

besonders Bedacht zu nehmen. Dabei gelten sinngemäß die Strafbemessungsregeln der §§ 32 bis 35 StGB, wenn dem nicht die Eigenart des Verwaltungsstrafrechts entgegensteht.

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

V.2. Strafbemessung fallbezogen

V.2.1. Unbestrittene Strafzumessungstatsachen und ihre Wertung im angefochtenen Straferkenntnis

Die belangte Behörde ging bei ihrer Entscheidung mangels Angaben des Bf zu den Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 2.000 Euro und keinen Sorgepflichten aus. Da auch im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht keine Angaben gemacht wurden, geht auch das Landesverwaltungsgericht von diesen persönlichen Verhältnissen aus.

Die belangte Behörde hat auf zwei rechtskräftige Vorstrafen des Bf wegen § 52 Abs 1 Z 1 GSpG zu Zl. Pol96-70-2014 und zu Pol96-57-2015 und auf ein weiteres, zur Kontrollzeit noch nicht rechtskräftiges Strafverfahren hingewiesen. Am 5. November 2016 wären eine „TimeMachine“ und zwei Geräte mit „Skill-Games“ beschlagnahmt worden, wobei wegen der Walzenspielgeräte das noch nicht rechtskräftige Strafverfahren zu Pol96-128-2016 geführt werde. Bei der Kontrolle vom 7. März 2017 habe man wieder eine „TimeMachine“ betriebsbereit vorgefunden. In der Folge sei am 27. April 2017 mündlich und danach mit Bescheid vom 9. Mai 2017 die Teilschließung des Lokales gemäß § 56a GSpG angeordnet worden.

Auf Grund dieser (unbestrittenen) Umstände ging die belangte Behörde von einer zumindest gleichgültigen Einstellung und schuldrelevanten Unbelehrbarkeit aus, zumal der Bf schon vor ca. 2 Jahren auch drei bewilligte Glücksspielautomaten vom konzessionierten Anbieter Excellent Entertainment AG in seinem Lokal habe aufstellen lassen. Bei diesen Fakten lasse sich auf Vorsatz des Bf schließen, der mit Bedacht auf seinen wirtschaftlichen Vorteil gegen das Glückspielgesetz verstoße. Diese Handlungsweise sei aus spezial- und generalpräventiven Gründen bei der Strafbemessung zu berücksichtigen. Strafmildernde Gründe wären nicht in Erwägung zu ziehen gewesen.

V.2.2. Strafsatzänderung im erstmaligen Wiederholungsfall

Zu den beiden Vorstrafen betreffend das unternehmerische Zugänglichmachen iSd dritten Tatbildes des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG von je zwei Glücksspielgeräten mit der Gehäusebezeichnung „Kajot Auftragsterminal“ (Walzenspielgeräte) sind die Erkenntnisse des Landesverwaltungsgerichts OÖ vom 20. Jänner 2016, LVwG-410766/14/ER (=Pol96-57-2015), und vom 9. Februar 2016, LVwG-410715/13/HW/BZ (=Pol96-70-2014), ergangen, mit denen die Schuldsprüche jeweils bestätigt, die Strafen pro Eingriffsgegenstand aber herabgesetzt wurden, und zwar im Erkenntnis LVwG-410766/14/ER auf je 1.500 Euro (EFS 50 Stunden) und im Erk. LVwG-410715/13/HW/BZ auf je 2.000 Euro (EFS 24 Stunden). In beiden vorentschiedenen Strafverfahren war noch mangels einer einschlägigen Vorverurteilung der gemäß § 52 Abs 2 GSpG bei Übertretung mit bis zu drei Eingriffsgegenständen vorgesehene niedrige Strafsatz von 1.000 bis 10.000 Euro pro Gerät anzuwenden.

Die oben dargestellten einschlägigen Vorstrafen wirken sich nunmehr strafsatzändernd (§ 52 Abs 2 GSpG 2. Strafsatz im Wiederholungsfall) aus, weil sie bereits 2016 entschieden wurden und zur gegenständlichen Tatzeit im April 2017 längst rechtskräftig waren. Es liegt insofern ein strafsatzändernder erstmaliger Wiederholungsfall im Verhältnis zu den Vorverurteilungen nach dem Einstiegsstrafsatz (1. Strafsatz des § 52 Abs 2 GSpG) im schlichten Fall der Übertretung mit bis zu drei Glücksspielgeräten vor. Im Grunde dieser Wiederholungstat ist der 2. Strafsatz des § 52 Abs 2 GSpG mit einem Strafrahmen für jedes Glücksspielgerät von 3.000 bis 30.000 Euro heranzuziehen. Diese Vorstrafen bedingen bereits die Anwendung eines strengeren Strafsatzes und können sich daher bei der Strafzumessung auf Grundlage des strengeren Strafsatzes wegen des sog. Doppelverwertungsverbots (vgl in § 19 Abs 2 VStG und § 32 Abs 2 StGB: ...“,soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, ...“) nicht zusätzlich erschwerend auswirken (vgl Wessely, in Raschauer/Wessely [Hrsg], VStG^2 Rz 8 zu § 19 VStG). Wenn der erhöhte Strafsatz nach der Strafnorm (wie auch im § 52 Abs 2 GSpG) auf den ersten und jeden weiteren Wiederholungsfall Anwendung findet, dürfen strafsatzändernde Vormerkungen nur bei der ersten Wiederholung nicht, jedoch bei jeder weiteren aber doch

erschwerend berücksichtigt werden (vgl Wessely, aaO, Rz 8 zu § 19 VStG aE mN zur Rsp).

V.2.3. Zum Erschwerungsgrund Vorsatz

Die belangte Behörde hat beim Bf vorsätzliches Verhalten als erschwerend angenommen, ohne dabei nach den Geräten zu differenzieren. Dem kann zunächst mit der erforderlichen Sicherheit im Strafverfahren gefolgt werden, wenn es um das Walzenspielgerät FA-Nr. 1 geht. Insofern musste der Bf schon auf Grund des Erscheinungsbildes von Kajot Standgeräten mit Internetanbindung (sog. Auftragsterminals) und den darauf verfügbaren Walzenspielen, weiters auf Grund seiner Kenntnisse aus zwei abgeschlossenen Verwaltungsstrafverfahren betreffend ähnliche Kajot Walzenspielgeräte sowie aus seinen jahrelangen Erfahrungen in seinem Lokal mit aufgestellten Glücksspielgeräten eines konzessionierenden Veranstalters gewusst oder zumindest ernstlich für möglich gehalten haben, dass es sich beim Gerät FA-Nr. 1 um ein (klassisches) Glücksspielgerät handelt. Ohne sich darüber irgendwelche Skrupel zu machen, fand sich der Bf mit dieser Möglichkeit ab. Sein geschäftliches Interesse an anteiligen Einnahmen aus der Durchführung von Ausspielungen hatte wohl eindeutig den Vorrang. Es liegt somit begrifflich zumindest bedingter Vorsatz iSd § 5 Abs 1 zweiter Halbsatz StGB vor.

Diese Argumente gelten analog auch für das Gerät FA-Nr. 2, einen Fun-Wechsler vom Typ „afric2go“, dessen glücksradähnliches Spiel- bzw programmgesteuerter Beleuchtungsumlauf für jedermann leicht als reines Glücksspiel erkennbar ist. Mit der dazu ergangenen Judikatur des Verwaltungsgerichthofs (VwGH 20.04.2016, Ro 2015/17/0020), dass die Einsatzleistung nicht auf den Erwerb eines Musiktitels beschränkt sei, sondern auch die nachfolgende Gewinnchance durch den Beleuchtungsumlauf umfasse, wurde abschließend klargestellt, dass der „Afric2go“ ein Glücksspielapparat ist. Dies ist in der „Glücksspielbranche“ schon länger bekannt und war sicherlich auch dem Bf klar.

In Bezug auf die „TimeMachine“ kann kein vorsätzliches Verhalten des Bf zum Tatzeitraum angenommen werden, weil es um das neu entwickelte Spielprogramm „TimeMachine“ mit einer damals zumindest denkmöglich überwiegenden Geschicklichkeitskomponente ging und der Geräteaufsteller G M dazu auch das Gerätegutachten vom 25. September 2016 des gerichtlich beeideten Sachverständigen Franz Marton vorweisen konnte, in dem dieser Sachverständige nach ausführlichem Befund zur Beurteilung kam, dass die Gewinnentscheidung überwiegend durch Geschicklichkeit herbeigeführt werde. Die Gegenmeinung des Sachverständigen E F, die mit dessen, von der Abgabenbehörde vorgelegter, schriftlicher Stellungnahme vom 13. Juli 2017 und in der mündlichen Verhandlung vom 10. Oktober 2017 im Beschwerdeverfahren des G M zu LVwG-412110 bekannt wurde, konnte dem Bf zur Tatzeit im April 2017 selbstverständlich nicht bekannt sein. Der Bf musste zum Gerätetyp „TimeMachine“ (wie FA-Nr. 3) wegen der

Beschlagnahmen anlässlich der von der belangen Behörde angeführten Glücksspielkontrollen vom 5. November 2016 und 7. März 2017 zur Kenntnis nehmen, dass die Amtsparteien (Abgabenbehörde und Strafbehörde) zumindest vom Verdacht eines Glücksspielgerätes ausgingen. Dieser Umstand genügt aber noch nicht, um ihm Vorsatz in Bezug auf den Glücksspielcharakter vorwerfen zu können, fehlt es doch schon an der erforderlichen Wissenskomponente des Vorsatzes. Man wird vielmehr umgekehrt sagen müssen, dass es der Bf trotz der Beschlagnahmen immer noch ernstlich für möglich halten durfte, dass die „TimeMachine“ im verwaltungsgerichtlichen Instanzenzug als ein Geschicklichkeitsgerät angesehen wird. Dass der Bf als Unternehmer entsprechend seiner Sorgfaltspflicht Nachforschungen über die Funktionsweise der in seinem Lokal aufgestellten Geräte sowie die Rechtslage hätte anstellen müssen, weshalb ihm jedenfalls ein fahrlässiges Verschulden anzulasten ist, bedarf keiner weiteren Begründung (vgl dazu Punkt IV.4.).

V.2.4. Zur Frage von Milderungsgründen

Die in der Beschwerde ganz ohne konkreten Bezug behaupteten Milderungsgründe liegen tatsächlich nicht vor. Es kann weder von Unbescholtenheit, noch davon die Rede sein, dass durch die Tat kein Schaden herbeigeführt worden sei, wenn illegale Glücksspiele mit den gegenständlichen Geräten durchgeführt worden sind. Im Übrigen könnte der Umstand, dass kein Schaden eingetreten ist, bei einem Ungehorsamsdelikt, welches gerade keine Herbeiführung eines Erfolgs voraussetzt, nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht als Milderungsgrund in Betracht kommen (vgl etwa VwGH 20.07.2004, 2002/03/0223, mwN). Es ist auch in keiner Weise zu erkennen, inwiefern sich der Bf ernstlich bemüht habe, nachteilige Folgen zu verhindern.

Allerdings sieht sich das Verwaltungsgericht auf Grundlage der getroffenen Tatsachenfeststellungen zugunsten des Bf veranlasst, den besonderen Milderungsgrund des § 34 Z 17 StGB (iVm § 19 Abs 2 VStG) in der Variante des wesentlichen Beitrags zur Wahrheitsfindung anzunehmen. Der Bf hat durch seine glaubhaften Angaben bei der finanzpolizeilichen Vernehmung und die von ihm dazu vorgelegten Beweisurkunden (vgl ua. Serviceaufträge der C GmbH; Kassa-Ausgangsbeleg der G s.r.o. über 450 Euro zur Erstbefüllung des „Afric2go“), die fotografiert wurden und in der Fotodokumentation der Finanzpolizei aufscheinen, eindeutige Beweise zugänglich gemacht und die getroffenen Feststellungen zur Veranstalterrolle der G s.r.o und zur unternehmerischen Beteiligung der C GmbH im Rahmen einer geschäftlichen Beziehung als Dienstleisterin der G s.r.o. erst ermöglicht. Er hat damit zweifellos wesentlich zur Wahrheitsfindung beigetragen, was als ein besonderer Milderungsgrund zu werten ist.

V.2.5. Abwägung der Strafzumessungsgründe

Auch nach Ansicht des erkennenden Richters ist bei entsprechender Würdigung und Abwägung dieser Strafzumessungsgründe von einem erheblichen Verstoß des Bf gegen das Glücksspielgesetz verbunden mit einer bedeutenden Verletzung des Glücksspielmonopols auszugehen. Eine außerordentliche Strafmilderung nach § 20 VStG kommt von vornherein nicht in Betracht, zumal schon kein beträchtliches Überwiegen der Milderungsgründe, vielmehr ein erstmaliger Wiederholungsfall mit durchschnittlichem Verschulden vorliegt. Auch eine Ermahnung (§ 45 Abs 1 Z 4 iVm Satz 2 VStG) scheitert schon klar an der Intensität der Rechtsgutsbeeinträchtigung in Verbindung mit einem nicht bloß geringen Verschulden des Bf.

Bei wertender Betrachtung der Umstände des Falles ist der Unrechts- und Schuldgehalt der Tat mit Blick auf das mindestens bedingt vorsätzliche Verhalten des Bf hinsichtlich der bekannten Glücksspieleigenschaften der Geräte mit den FA-Nrn. 1 und 2 deutlich ausgeprägter als die Verletzung der unternehmerischen Erkundigungspflichten bezüglich Gerät Nr. 3. Auch die unternehmerische Motivation zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen aus verbotenen Ausspielungen im Lokal verbunden mit der Unterstützung des Veranstalters durch das Zugänglichmachen von Glücksspielgeräten, erscheint bei den Geräten mit den FA-Nrn. 1 und 2 rücksichtsloser und verwerflicher als beim Gerät FA-Nr. 3, weil in Bezug auf den Betrieb der typischen Glücksspielgeräte mit den FA-Nrn. 1 und 2 dem Bf der Glücksspielcharakter bekannt war und er eine wesentlich gleichgültigere Einstellung gegenüber den rechtlich geschützten Werten aufbrachte, als dies bei dem zur Tatzeit erst kurz davor am Markt neu eingeführten Geräts FA-Nr. 3 „TimeMachine“ der Fall war. Dieser Unterschied muss sich auch in den Strafen auswirken.

Die von der belangten Behörde pauschal verhängten Geldstrafen in Höhe von je 10.000 Euro pro Eingriffsgegenstand (30% des erhöhten Strafsatzes) werden den dargelegten Strafzumessungsgründen nicht gerecht. Dabei wird nicht berücksichtigt, dass der Einstieg in den vom Gesetzgeber vorgesehenen strengeren Strafsatz nicht so einfach durch Argumente der Spezial- und Generalprävention noch verschärft werden kann. Es ist nämlich anzunehmen, dass der Gesetzgeber die im Wiederholungsfall typischerweise gesteigerte Tatschuld einschließlich der präventiven Gesichtspunkte durch den erhöhten Strafrahmen berücksichtigt hat. So gesehen ist der Bf als Ersttäter des qualifizierten Strafsatzes anzusehen.

Dem erkennenden Richter erscheinen die von der belangten Behörde verhängten Strafen nicht mehr im Rahmen der Tatschuld angemessen. Die spezial- und generalpräventiven Aspekte dürfen zwar in die Strafzumessung einfließen, dies aber nur innerhalb des enger gezogenen Rahmens der Tat- und Schuldangemessenheit im Einzelfall (sog Spielraumtheorie; vgl mwN Wessely in Raschauer/Wessely [Hrsg], VStG^2 Rz 19 zu § 19 VStG). Nach Ansicht des

erkennenden Richters übersteigt die gegebene Strafhöhe bereits den Rahmen der Schuldangemessenheit und kann wohl nur mehr mit generalpräventiven Argumenten der Abschreckung gerechtfertigt werden. Diese dürfen aber nicht als Selbstzweck angesehen werden, der außerhalb des Spielraums der Schuldangemessenheit noch eigenständige Bedeutung hätte. Außerdem hat die belangte Behörde den praktisch bedeutsamen Milderungsgrund des wesentlichen Beitrags zur Wahrheitsfindung durch die Angaben des Bf nicht festgestellt und in ihre Überlegungen zur Strafbemessung nicht einfließen lassen.

Aus all diesen Gründen erachtet es der erkennende Richter bei dem auf einen erstmaligen Wiederholungstäter anzuwendenden zweiten Strafsatz des § 52 Abs 2 GSpG (3.000 bis 30.000 Euro pro Gerät bzw Eingriffsgegenstand) für tat- und schuldangemessen und auch in präventiver Hinsicht noch ausreichend, eine Geldstrafe von 20% der Strafdrohung und damit von je 6.000 Euro für die altbekannten Glücksspielgeräte mit den FA-Nrn. 1 und 2 und in Höhe von 3.000 Euro für das Gerät FA-Nr. 3 zu verhängen. Die Höhe der Geldstrafen entspricht beim strafwürdigeren Verhalten des Bf bezüglich der Geräte FA-Nr. 1 und 2 dem Zweifachen der Mindeststrafe und beim Gerät FA-Nr. 3 der Mindeststrafe des erhöhten Strafsatzes. Dieser Unterschied ist geboten, weil der Erschwerungsgrund des vorsätzlichen Tatverhaltens beim Gerät FA-Nr. 3 nicht anzunehmen ist und sich nicht strafverschärfend auswirken kann.

Die Ersatzfreiheitsstrafen waren gemäß dem § 16 Abs 1 und 2 VStG mangels einer Sonderregelung im GSpG innerhalb von zwei Wochen festzusetzen. Die angepassten Ersatzfreiheitsstrafen werden hinsichtlich der Geräte mit den FA-Nrn. 1 und 2 mit je 68 Stunden und hinsichtlich dem Gerät FA-Nr. 3 mit 34 Stunden bestimmt.

V.3. Ergebnis in der Straffrage

Im Ergebnis waren die Geldstrafen spruchgemäß auf 6.000 Euro (20 % des 2. Strafsatzes im § 50 Abs 2 GSpG) pro Glücksspielgerät bezüglich FA-Nrn. 1 und 2 und bezüglich FA-Nr. 3 auf die Mindeststrafe von 3.000 Euro herabzusetzen und die Ersatzfreiheitsstrafen mit je 68 Stunden bzw 34 Stunden entsprechend anzupassen.

Bei diesem Ergebnis war dem Bf gemäß § 52 Abs 8 VwGVG kein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht vorzuschreiben. Die Kosten des verwaltungsbehördlichen Strafverfahrens waren gemäß § 38 VwGVG iVm § 64 Abs 1 und 2 VStG mit 1.500 Euro (10 % der Geldstrafen) festzusetzen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung weicht nicht von der Rsp des VwGH zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen. Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl etwa VwGH 8.01.2015, Ra 2014/08/0064).

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

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens

wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. W e i ß