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-412506/11/Wim/MA

Datum:
Linz, 12. September 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Wimmer über die Beschwerde des Finanzamtes G W, x, x, gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat W, vom 6. November 2017, GZ: VStV/917301124987/2017, wegen Einstellung des Strafverfahrens gegen C Q, geb. 30. Juni 1982, wegen Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 4. Fall Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17. Mai 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und der Spruch des angefochtenen Bescheides wie folgt geändert:

„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der C C Service Center GmbH mit Sitz in x, x, zu verantworten, dass sich dieses Unternehmen, wie am 16. Oktober 2016 anlässlich einer Kontrolle im Lokal ‚C ‘ in x, x, von Organen des Finanzamtes G W festgestellt wurde, durch das Liefern, das Aufstellen in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals und der Übernahme des laufenden Service des Glücksspielgerätes mit der Gehäusebezeichnung „afric2go“, Serien-Nr. 09, Versiegelungsplaketten-Nr. A077935-A077937, zumindest vom 2. August 2016 bis zur Beschlagnahme des Gerätes am 16. Oktober 2016 an Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus unternehmerisch beteiligt hat, um daraus selbständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Mit diesem Glücksspielgerät wurden wiederholt Glücksspiele durchgeführt, indem den Spielern für einen geld-

werten Einsatz von mindestens 1 Euro je nach eingestelltem Vervielfachungsfaktor 1, 2 oder 4 Gewinne von mindestens 50 Euro und höchstens 200 Euro in Aussicht gestellt wurden und dabei das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing. Die durchgeführten Glücksspiele waren weder von einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz umfasst, noch nach § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen, noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 9 Abs. 1 VStG iVm §§ 2 Abs. 1 und 4 GSpG und § 52 Abs. 1 Z 1, 4. Tatbild, GSpG idgF.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird eine Geldstrafe von 1.000 Euro und, für den Fall deren Uneinbringlichkeit, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden verhängt.“
Die Strafsanktionsnorm lautet § 52 Abs. 2 erster Strafsatz GSpG.

II. Der Beschuldigte bzw. Bestrafte hat keinen Verfahrenskostenbeitrag zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Schreiben der Finanzpolizei des Finanzamtes G W (im Folgenden: Bf) vom 19. Juli 2017, GZ: 054/70290/10/4617, wurde der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat W (im Folgenden: belangte Behörde) eine Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 4. Tatbild des Glücksspielgesetzes 1989 idgF durch C Q (im Folgenden: Beschuldigter) als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der C C Service Center GmbH (im Folgenden: C GmbH) angezeigt. Demnach habe die C GmbH gegen Entgelt die Lieferung und Aufstellung eines Glücksspielgerätes mit der Bezeichnung „afric2go“ im Lokal mit der Bezeichnung „C“ mit Sitz in x, x, vorgenommen. Mit diesem Eingriffsgegenstand seien in weiterer Folge fortgesetzt Einnahmen aus den damit veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, erzielt worden. Gegen den Lokalbetreiber sei bereits ein Strafverfahren durchgeführt und dessen Beschwerde gegen das erstinstanzliche Straferkenntnis vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu GZ: LVwG-411760/7/FP als unbegründet abgewiesen worden.
Die C GmbH habe sich durch die Lieferung und Aufstellung des Gerätes „afric2go“ somit an der Veranstaltung von verbotenen Ausspielungen als Unternehmerin im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG beteiligt und deswegen eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 4. Tatbild GSpG begangen, welche der Beschuldigte als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der CSC GmbH zu verantworten habe.
Die mit dem Eingriffsgegenstand ermöglichten Spiele seien deshalb Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 des Glücksspielgesetzes gewesen, weil den Spielern keinerlei Möglichkeit geboten wurde, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen, sondern die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhängig gewesen sei. Die Spieler hätten nur einen Einsatz und den dazugehörenden Gewinnplan auswählen, den Spielablauf durch Tastenbetätigung auslösen und die Entscheidung über das Spielergebnis abwarten können.

Da der Beschuldigte nach Ansicht der Bf die unternehmerische Beteiligung an der Veranstaltung verbotener Ausspielungen mit nicht mehr als drei Eingriffsgegenständen zu verantworten habe, wurde eine Bestrafung in Höhe von 3.000 Euro für das Gerät „afric2go“ beantragt, wobei als erschwerend die bereits mehrfach erfolgten Anzeigen nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG gewertet wurden.

Als Beweis wurde ein Serviceauftrag mit der Auftragsnummer 1601925S-AUF vom 2. August 2016, ausgestellt durch die C GmbH, beigelegt.

I.2. Mit Schreiben vom 28. August 2017 rechtfertigte sich der Beschuldigte nach Aufforderung der belangten Behörde dahingehend, dass er durch das ihm vorgeworfene Verhalten keinen Straftatbestand gesetzt habe und zudem das

Glücksspielgesetz unionsrechtswidrig und daher nicht anwendbar sei. Er beantragte die zeugenschaftliche Einvernahme der Meldungsleger und eines Sachverständigen für Glücks- und Geschicklichkeitsspiele zum Beweisthema der Funktionsweise des beschlagnahmten Terminals. Er beantragte, von der Einleitung und Durchführung eines Strafverfahrens abzusehen, Akteneinsicht zu gewähren und den Akt in elektronischer Form an seinen rechtlichen Vertreter zu versenden.

I.3. Mit Schreiben vom 7. September 2017 übermittelte die belangte Behörde der Bf das Rechtfertigungsschreiben des C Q mit der Aufforderung zur Stellungnahme, woraufhin die Bf mit Schreiben vom 21. September 2017 dahingehend Stellung nahm, dass sie die Unionsrechtskonformität des Glücksspielgesetzes darlegte und im Übrigen auf die umfangreichen Ermittlungsergebnisse hinwies.

I.4. Die belangte Behörde teilte der Bf mit Schreiben vom 10. Oktober 2017 die beabsichtigte Einstellung des Strafverfahrens mit der Aufforderung zur Stellungnahme mit. Der Verkäufer eines Gerätes sei nicht zur Überprüfung verpflichtet, wie diese Geräte nach dem Verkauf eingesetzt werden.
Die Bf teilte daraufhin der belangten Behörde mit Schreiben vom 3. November 2017 mit einem Satz mit, dass der Einstellung des Verfahrens nicht zugestimmt werde.

I.5. Mit Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Wels, vom 6. November 2017, GZ: VStV/917301124987/2017, der sowohl der Bf als auch dem Beschuldigten zugestellt wurde, wurde wie folgt abgesprochen:

„B E S C H E I D

Das Polizeikommissariat W hat mit Aufforderung zur Rechtfertigung gegen Sie ein Verwaltungsstrafverfahren wegen der Verwaltungsübertretung nach § 2 Abs. 1 und 4 GSpG iVm. § 52 Abs. 1 Zi. 1 GSpG am 16.10.2016, in W, x, unter oben angeführtem Aktenzeichen eingeleitet. In diesem Verwaltungsstrafverfahren ergeht von der Landespolizeidirektion Oberösterreich - Polizeikommissariat Wels daher folgender

S P R U C H

Das gegen den Beschuldigten mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 26.07.2017 eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren wird gemäß § 45 Abs. 1 VStG eingestellt.

Rechtsgrundlage: § 45 VStG“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Dieser Bescheid wurde - zusammengefasst - damit begründet, dass laut Anzeige des Finanzamtes G W vom 19. Juli 2017 der Beschuldigte als Verantwortlicher der C GmbH das gegenständliche Glücksspielgerät gegen Entgelt der Firma G s.r.o. geliefert und im Lokal aufgestellt habe. Die Firma „G s.r.o." habe in weiterer Folge das Glücksspielgerät gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung

gestellt. Es sei somit erwiesen, dass der Beschuldigte nach Lieferung und Aufstellung des Glücksspielgerätes nicht weiter überprüfen konnte, wie die Firma „G s.r.o." dieses Glücksspielgerät einsetzt. Aufgrund dieses Sachverhaltes sei nicht zweifelsfrei erwiesen, dass der Beschuldigte als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufenes Organ der C GmbH vorsätzlich oder fahrlässig zu verantworten habe, dass sich diese Gesellschaft als Unternehmer (§ 2 Abs. 2 GSpG) in dem angeführten Lokal an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 und Abs. 4 GSpG zur Teilnahme vom Inland aus beteiligt und daraus Einnahmen erzielt habe.

I.6. Mit Schreiben vom 4. Dezember 2017 erhob die Bf fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde, mit welcher beantragt wurde, das bekämpfte (einstellende) Straferkenntnis zu beheben und gegen eines zu ersetzen, in dem die beantragte Strafhöhe ausgesprochen wird, anderenfalls die Entscheidung dem Landesverwaltungsgericht Oberöstereich zur Entscheidung vorzulegen. Für diesen Fall wurden die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Vorladung der beteiligten Parteien beantragt.

Begründend wurden im Rechtsmittel unrichtige Tatsachenfeststellung, unrichtige Beweiswürdigung und unrichtige rechtliche Beurteilung vorgebracht. Unbestritten stehe fest, dass die C GmbH für die Lieferung des am Tag der Kontrolle beschlagnahmten Glücksspielgerätes verantwortlich sei. Der Lieferschein, der dies beweise, sei der Behörde als Beweisstück übermittelt worden. Die C GmbH habe die im Strafantrag angeführten Glücksspielgeräte geliefert, aufgestellt und serviciert und somit eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt. Sie habe sich damit unternehmerisch an Ausspielungen beteiligt und den objektiven und subjektiven Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 4. Tatbild GSpG erfüllt.

Zudem wurde auf das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 23. November 2017, GZ: LVwG-411885/17/Py/TK, hingewiesen, in dem der Beschuldigte hinsichtlich einer vergleichbaren bzw. quasi identen Fallkonstellation bestraft wurde.

I.7. Die belangte Behörde übermittelte mit Schreiben vom 5. Dezember 2017 unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den Bezug habenden Verwaltungsakt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

Der Verfassungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 2. Juli 2016, kundgemacht im BGBl. I Nr. 57/2016 am 12. Juli 2016, ausgesprochen, dass bei ihm eine erhebliche Anzahl von Verfahren über Beschwerden im Sinne des § 86a Abs. 1 VfGG anhängig ist, in denen gleichartige Rechtsfragen zu lösen sind. Gemäß § 86a Abs. 3 VfGG durften daher vom Verwaltungsgericht in Rechtssachen, welche die im Beschluss genannten Rechtsvorschriften - im Wesentlichen §§ 52 bis 54 GSpG - anzuwenden

und eine darin genannte Rechtsfrage zu beurteilen hatten, nur solche Handlungen vorgenommen oder Anordnungen und Entscheidungen getroffen werden, die durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes nicht beeinflusst werden konnten oder die die Frage nicht abschließend regelten und keinen Aufschub gestatteten. Im Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, kundgemacht im BGBl. I Nr. 91/2016 am 3. November 2016, hat der Verfassungsgerichtshof seine Rechtsanschauung zusammengefasst, womit die oben genannten Wirkungen gemäß § 86a Abs. 3 VfGG geendet haben und das Verfahren fortzuführen war.

I.8. Der rechtliche Vertreter des Beschuldigten teilte mit Schreiben vom 17. Mai 2018 im Vorfeld zur mündlichen Verhandlung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich mit, dass die Verhandlung von ihm unbesucht bleiben werde. Er wies darauf hin, dass die Einstellung zu Recht erfolgt sei. Das Beweisverfahren erster Instanz habe ergeben, dass keine Verantwortung des Beschuldigten bestehe. Die C GmbH habe keinen Einfluss darauf, was mit welchen Geräten passiere, zudem bestehe keine Verfügungsgewalt über die Geräte im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum Thema unternehmerische Beteiligung. Eine Bestrafung des Beschuldigten würde den Rahmen des Gesetzes sprengen.

I.9. In der mündlichen Verhandlung am 17. Mai 2018 wurde die Entscheidung zu dem mit dem gegenständlichen Gerät im Zusammenhang stehenden Strafverfahren zu GZ: LVwG-411760/7/FP verlesen und der Verhandlungsschrift angeschlossen. Zur Verhandlung erschienen ist der Vertreter des Finanzamtes G W, W S. Der rechtsfreundliche Vertreter des Beschuldigten sowie die belangte Behörde hatten sich entschuldigt. Nicht zur Verhandlung erschienen ist trotz ordnungsgemäßer Ladung und Hinterlegung der Zeuge I B. Der geladene Zeuge M S wurde einvernommen und sagte aus, dass seine Aussage in der Verhandlung vom 16. Mai 2017 (GZ: LVwG-411760) immer noch Gültigkeit habe und er zu dieser auch nichts zu ergänzen habe. Befragt zum Servicevertrag gab er an, dass dieser im Rahmen der Kontrolle aufgetaucht bzw. vorgelegt worden sei. Die Einsicht der Finanzpolizei hätte ergeben, dass die (Anmerkung: in diesem Vertrag angeführte) Gerätenummer mit dem kontrollierten Gerät „afric2go“ übereinstimme. Auch bei anderen Kontrollen seien Mitarbeiter der C GmbH bei Wartungsarbeiten angetroffen worden, so würden z.B. auch die Münzen für die Geldwechselfunktion von den Mitarbeitern der C GmbH nachgefüllt.
Abschließend wurde vom Vertreter der Bf vorgebracht, eine Bestrafung des Beschuldigten gemäß Strafantrag bzw. Anzeige vorzunehmen. Die C GmbH habe sich insofern an verbotenen Ausspielungen beteiligt, als das Gerät aufgestellt, gewartet und serviciert wurde und dafür auch ein Entgelt verrechnet wurde. Eine Bestrafung des Beschuldigten wegen derselben Tatvorwürfe sei bereits durch ein Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 7. Februar 2018 zu GZ: LVwG-412438/7/Kle/BBa bestätigt worden.

II. Sachverhalt:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation samt Anzeige und Aktenvermerk der Finanzpolizei, Fotodokumentation und GSp26-Formular, eine den Parteien zur Kenntnis gebrachte Stellungnahme des BMF samt Glücksspielbericht 2010-2013 und den Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“, die Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich - Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ samt Begleitschreiben des Finanzministeriums, den Glücksspielbericht 2014-2016 des BMF, Forschungsbericht der Gesundheit Österreich GmbH mit dem Titel „Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz“ und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17. Mai 2018.

Zudem wurde in die Strafverfahren gegen den Lokalbetreiber zu GZ: LVwG-411760 (die Behandlung der dagegen erhobenen Beschwerde wurde vom Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 21. September 2017, E 2424/2017-5, abgelehnt) und gegen die nach außen zur Vertretung befugte Geschäftsführerin der Eigentümerin des Gerätes zu GZ: LVwG-412032 Einsicht genommen und in die Verfahren GZ: LVwG-411885 sowie LVwG-412438.

Ebenso wurde in das Einziehungsverfahren über das verfahrensgegenständliche Gerät zu GZ: LVwG-412515 Einsicht genommen, welches mit Erkenntnis vom heutigen Tag die Einziehung bestätigt, und in die Beschlagnahmeverfahren zu GZ: LVwG-411679/10/FP-411680/2. Eine gegen dieses Erkenntnis eingebrachte Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof wurde vom Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 21. September 2017, E 2349/2017-5, abgewiesen.

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

Bei einer von der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde Finanzamt G W am 16. Oktober 2016 im Lokal „C“ durchgeführten Kontrolle wurde das Gerät „afric2go“ mit der Serien-Nr. 0919 und der FA-Nr. 1 in einem öffentlich zugänglichen Bereich betriebsbereit vorgefunden. Betreiberin des Lokals ist die C KG, deren Komplementär I B ist. Das Gerät wurde von der C GmbH am 2. August 2016 geliefert und in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals aufgestellt und in Betrieb genommen.
Bei der Kontrolle wurde der „Servicevertrag“ vom 2. August 2016 mit der Auftragsnummer 1601925S-AUF vorgelegt. Der Vertrag ist an die C KG adressiert, als Auftraggeberin wird die G s.r.o. genannt. Daraus geht hervor, dass die C GmbH die Lieferung und Montage des Gerätes mit der FA-Nr. 1 (im Servicevertrag bezeichnet als „Aufstellung“) vorgenommen hat. Im Vertrag wird dies in den

„Geräte - Serviceartikelzeilen“ dokumentiert, wo die Aufstellung des gegenständlichen Gerätes mit der Beschreibung „Wechsler“ mit Status „Anfang“ und Startdatum 2. August 2016 sowie Enddatum 2. August 2016 dokumentiert ist. In derselben Rubrik wird der Artikel „Service-Dummy“, ebenfalls mit Status „Anfang“ und Startdatum 2. August 2016 sowie Enddatum 2. August 2016 dokumentiert. In den sogenannten „Servicezeilen“ des Vertrags wird zum Gerät mit der FA-Nr. 1 der Hinweis „Liefertermin ab sofort - vorher anrufen“ sowie „3 USB-Sticks“ festgehalten.

Eigentümerin des Gerätes mit der FA-Nr. 1 ist die G s.r.o. Es handelt sich dabei um eine Gesellschaft nach s Recht mit Sitz in x, x, und Zweigniederlassung in Österreich. Der Sitz der Zweigniederlassung wurde am 29. Juli 2017 von der x, x, x, x, verlegt. Die G s.r.o. verfügt über ein Stammkapital von 200.000 SKK und keinen Aufsichtsrat.

Weder die G s.r.o. als Eigentümerin des Gerätes, noch der Lokalbetreiber oder die C GmbH waren im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor und es waren solche Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen.

Der Beschuldigte ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma C GmbH mit Sitz in x, x. Das Unternehmen führt u.a. Auslieferung und Inbetriebnahme von Automaten, Aufbereitung, Servicierung sowie Reparatur- und Wartungsarbeiten von eingelagerten Geräten durch.
Aus weiteren bei anderen finanzpolizeilichen Kontrollen vorgefundenen Serviceaufträgen der C GmbH (beispielsweise Auftragsnummer 1602334S-AUF und Auftragsnummer 1602333S-AUF) geht hervor, dass von der C GmbH auch beschlagnahmte Geräte abgeholt wurden, wobei die diesbezüglichen Serviceaufträge mit den Vermerken: „SIEGEL dürfen nicht beschädigt werden!“ und „Fotodokumentation machen“ versehen waren, sowie die aufgestellten und in Betrieb genommenen Geräte gewartet werden (siehe GZ: LVwG-411885/17/Py/TK sowie LVwG-412438/7/KLe/BBa).

Das monatliche Nettoeinkommen des Beschuldigten beträgt 2.000 Euro, Sorgepflichten bestehen keine. Zum Tatzeitpunkt liegen keine rechtskräftigen Vorstrafen vor.

Das verfahrensgegenständliche Gerät wurde bis zum Tag der finanzbehördlichen Kontrolle betrieben, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen und es stand zu diesem Zeitpunkt in einem öffentlich zugänglichen Bereich im o.a. Lokal betriebsbereit für Spieler zur Verfügung. Das Gerät war bei der Kontrolle eingeschaltet.

Von den Organen der Finanzpolizei wurde folgendes Probespiel durchgeführt:

FA-Nr.	*Spiel*	*Vervielfachung*	*Einsatz*	*Gewinnaussicht*
1	afric2go	1, 2 und 4	4 Euro	80 Euro

Der Spielablauf beim Gerät „afric2go“ stellt sich wie folgt dar:
Beim gegenständlichen Gerät mit der Gehäusebezeichnung „afric2go“ handelt es sich um ein Gerät, das unter anderem für Geldwechselzwecke verwendet werden kann. Auf dem Gerät befinden sich eine rote und eine grüne Taste. Mittels Drücken der grünen Taste kann zunächst zwischen Stufe 1, 2 und 4 gewechselt werden. Durch Einwerfen von Münzen oder Einführen von Banknoten in den Banknoteneinzug kommt es zur Anzeige eines entsprechenden Guthabens auf dem Kreditdisplay. Durch erneutes Drücken der grünen Taste kann das Guthaben in 1 Euro- oder 2 Euro-Münzen gewechselt werden.
Durch Drücken der roten Taste können jedoch - abhängig vom gewählten Multiplikator (der gewählten Stufe) - 1, 2 oder 4 (je nach Stufe) Lieder am Automaten angehört oder auf einen USB-Stick, welcher am Automaten angeschlossen werden kann, kopiert werden. Wird die rote Taste bei Stufe 1 gedrückt, so verringert sich der Kreditstand um 1 Euro, bei gewählter Stufe 2 verringert sich der Kreditstand um 2 Euro, bei gewählter Stufe 4 um 4 Euro.
Während des Anhörens oder Kopierens der Musik, also bereits aufgrund des Drückens der roten Taste, kommt es automatisch zur Aktivierung eines zufallsabhängigen Bonussystems am Gerät, bei dem der Beleuchtungsumlauf in den Zahlenfeldern und Notensymbolen in der Gerätemitte ausgelöst wird.
Sofern am Ende des vom Kunden nicht beeinflussbaren Beleuchtungsumlaufs ein Zahlenfeld beleuchtet bleibt, bleibt ein Guthaben auf dem Anzeigedisplay stehen, welches dem Kredit zugezählt werden kann. Das aktivierte zufallsabhängige Bonussystem ermöglicht in der Stufe 1 einen Bonus (ein weiteres Guthaben) von 2/4/6/8 oder 20, in Stufe 2 einen Bonus (ein weiteres Guthaben) in doppelter Höhe und in der Stufe 4 in vierfacher Höhe. Durch Drücken der grünen Taste kann der Kredit inklusive eines allfällig erzielten Bonus ausgeworfen werden.

Der Ausgang dieses Spiels konnte vom Spieler nicht beeinflusst werden. Die Entscheidung über das Spielergebnis hing somit jedenfalls vorwiegend vom Zufall ab.

Das in Rede stehende Glücksspielgerät wurde zwecks nachhaltiger Gewinnerzielung im gegenständlichen Lokal betrieben bzw. war betriebsbereit aufgestellt. Es konnten Einsätze am Gerät geleistet werden, für welche - abhängig vom Einsatz - Gewinne in Aussicht gestellt wurden.

Das verfahrensgegenständliche Gerät wurde durch die G s.r.o. zur Durchführung von Glücksspielen der Betreiberin des Lokals gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, um daraus selbständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen.

Die C GmbH lieferte und montierte das verfahrensgegenständliche Gerät in einem öffentlich zugänglichen Bereich im Lokal und übernahm das laufende Service des Gerätes, um damit selbständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen.

Das in Rede stehende Gerät wurde mit Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 16. November 2016, GZ: VStV/916301570576/2016, beschlagnahmt. Die Beschwerde gegen diesen Beschlagnahmebescheid wurde vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu GZ: LVwG-411679/10/FP - 411680/2 abgewiesen. Eine dagegen erhobene Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof wurde mit Beschluss vom 21. September 2017, E 2349/2017-5, abgewiesen.

Mit Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 8. November 2017, GZ: VStV/916301570576/2016, wurde die Einziehung des beschlagnahmten Gerätes angeordnet. Diese wird mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zu GZ: LVwG-412515 mit heutigem Tage bestätigt.

Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 5. Jänner 2017, GZ: VStV/916301681201/2016, wurde gegen das satzungsgemäß nach außen zur Vertretung befugte Organ der C KG, I B, eine Verwaltungsstrafe wegen unternehmerischer Zugänglichmachung gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 3. Tatbild GSpG verhängt. Gegen dieses Straferkenntnis wurde Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erhoben, welche zu GZ: LVwG- 411760/7/FP abgewiesen wurde. Eine dagegen erhobene Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof wurde mit Beschluss vom 21. September 2017, E 2424/2017-5, abgelehnt.

Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 12. April 2017, GZ: VStV/917300246963/2017, wurde gegen das satzungsgemäß nach außen zur Vertretung befugte Organ der G s.r.o., R W, eine Verwaltungsstrafe wegen unternehmerischer Beteiligung gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 4. Tatbild GSpG verhängt. Gegen dieses Straferkenntnis wurde Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erhoben, welche mit Erkenntnis vom 19. Juni 2018 zu GZ: LVwG-412032/10/Wei/KHu unter Modifizierung des Spruchs abgewiesen wurde.

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 „Casinos Austria“ nehmen sich im Vergleich dazu eher gering aus. So liegen die Anteile für problematisches Spielen bei ca. 3,7 % und für pathologisches Spielen bei ca. 4,4 %. Dennoch weist etwa jede zwölfte Person, die in den klassischen Spielbanken am Automaten spielt, glücksspielbedingte Probleme auf. Bei der Prävalenz problematischen und pathologischen Spielens ging die Rate bei Automaten in Casinos von ca. 13,5 % im Jahr 2009 auf ca. 8,1 % im Jahr 2015 und bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos von 33,2 % im Jahr 2009 auf 27,2 % im Jahr 2015 zurück.

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667, 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.

II.3. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren, den Unterlagen zur finanzpolizeilichen Kontrolle und aus den Vorakten, dort insbesondere aus den Erkenntnissen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich bezüglich Strafverfahren zu GZ: LVwG-411760/7/FP und LVwG-412032/10/Wei/KHu sowie bezüglich Beschlagnahmeverfahren zu GZ: LVwG-411679/10/FP - 411680/2 sowie Einziehung zu GZ: LVwG-412515.
Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie das dabei vorgefundene Gerät „afric2go“ gründen vor allem auf der Dokumentation der Finanzpolizei, insbesondere den GSp26-Formularen, den Lichtbildern und dem Aktenvermerk vom 7. November 2016, sowie auf den Aussagen des Zeugen M S in der mündlichen Verhandlung vom 17. Mai 2018 sowie vom 16. Mai 2017.

Die Funktionsweise des Gerätes und die Feststellungen zu den auf diesem Gerät möglichen Spielen samt Mindest- und Maximaleinsätzen sowie den dazu in Aussicht gestellten Höchstgewinnen gründen insbesondere auf dem Aktenvermerk der Finanzpolizei vom 17. Oktober 2016 sowie der GSp26-Dokumentation. Der Aktenvermerk der Finanzpolizei enthält auch eine Beschreibung des Spielablaufs. Die beschriebene Funktionsweise stimmt im Wesentlichen mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu „afric2go“-Geräten überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben der Finanzpolizei bestehen. Dass keine der genannten Personen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz für das gegenständliche Gerät war und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, folgt für das erkennende Gericht daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle, noch im behördlichen Verfahren bzw. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurde und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde. Ebenso ist eine solche der diesbezüglich einschlägigen Homepage des BMF x nicht entnehmbar.

Die Feststellungen zur Eigentümerin des Gerätes gründen auf den Angaben der Finanzpolizei, einem Firmenbuchauszug sowie auf den Angaben des Rechtsvertreters im Beschlagnahmeverfahren.

Dass das Gerät seit 2. August 2016 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal aufgestellt war, ergibt sich aus der Dokumentation der Finanzpolizei, insbesondere aus der niederschriftlichen Einvernahme des I B vom 16. Oktober 2016 (mit der

Aussage, das Gerät sei seit „ca. einem Monat“ aufgestellt) bzw. aus dem von diesem vorgelegten Servicevertrag (mit Datum 2. August 2016).

Dass das Gerät zwecks selbständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtung bereits daraus, dass dieses von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurde und die Funktionsweise des Gerätes eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung des Gerätes aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre und dass das Gerät nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wäre. Ebenso sind keine Gründe hervorgekommen, dass die C GmbH die Lieferung und Aufstellung bzw. Inbetriebnahme sowie die weitere Servicierung des verfahrensgegenständlichen Gerätes aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen hätte, sondern es sich bei diesen Tätigkeiten um ein Kerngeschäft der C GmbH handelt und daher gegen Entgelt zur selbständigen und nachhaltigen Erzielung von Einnahmen durchgeführt wurden.

Die Feststellungen bezüglich der Tätigkeit der C GmbH gehen einerseits aus der Internetseite hervor sowie sind aus dem bereits erwähnten bei der Kontrolle im Lokal „C“ vorgefundenen Serviceauftrag des Unternehmens ersichtlich. Zudem wurde in anderen Strafverfahren gegen den Beschuldigten zur Tätigkeit der C GmbH ermittelt und als Ermittlungsergebnis festgehalten, dass die C GmbH die Lieferung, Aufstellung und Wartung der Geräte anbietet sowie vom Zeugen M S in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass bei anderen finanzpolizeilichen Kontrollen bereits Mitarbeiter der C GmbH bei Wartungsarbeiten angetroffen worden seien, so würden beispielsweise auch die Münzen für die Geldwechselfunktion von diesen Mitarbeitern nachgefüllt.
Dass für das verfahrensgegenständliche Gerät die Lieferung und Montage sowie eine weitere Servicierung von der C GmbH übernommen wurden, ergibt sich aus dem Serviceauftrag vom 2. August 2016. Darin wird die Aufstellung des gegenständlichen Gerätes mit der Beschreibung „Wechsler“ mit Status „Anfang“ und Startdatum 2. August 2016 sowie Enddatum 2. August 2016 eindeutig dokumentiert.
Dass auch eine laufende Servicierung vertraglich übernommen wurde, ergibt sich einerseits aus den Aussagen des Zeugen in der mündlichen Verhandlung, andererseits aus dem vorliegenden, das verfahrensgegenständliche Gerät betreffenden Serviceauftrag. Darin wird in den sogenannten „Servicezeilen“ zum Gerät mit der FA-Nr. 1 der Hinweis „Liefertermin ab sofort - vorher anrufen“ festgehalten. Der „Liefertermin“ kann sich jedoch nicht auf die erstmalige Lieferung bzw. Montage des Gerätes beziehen, da diese schon in den Serviceartikelzeilen mit Anfang und Ende zum 2. August 2016 dokumentiert wurde. Der Serviceauftrag kann nur so gelesen werden, dass sich dieser Hinweis „Liefertermin ab sofort - vorher anrufen“ auf eine weitere Servicierung, beispielsweise das Nachfüllen der Münzen, bezieht.

Nach Aussage des Zeugen in der mündlichen Verhandlung sei es bei finanzpolizeilichen Kontrollen schon vorgekommen, dass Mitarbeiter der C GmbH bei Wartungsarbeiten an Glücksspielgeräten bzw. beim Nachfüllen der Münzen in das Gerät „afric2go“ angetroffen wurden. Zudem seien bei anderen Kontrollen weitere Serviceaufträge der C GmbH für Glücksspielgeräte aufgetaucht. In den Strafverfahren gegen den Beschuldigten zu GZ: LVwG-412438 und LVwG-411885 wurden solche Serviceaufträge als Beweismittel herangezogen.
Es ist daher als erwiesen anzunehmen, dass die C GmbH das verfahrensgegenständliche Gerät am 2. August 2016 gegen Entgelt geliefert und montiert sowie vertraglich das laufende Service des Gerätes übernommen hat.

Dass das gegenständliche Lokal von I B betrieben wird, ergibt sich aus dessen Aussage bei der niederschriftlichen Einvernahme durch die Finanzpolizei anlässlich der Kontrolle sowie aus dem ihn betreffenden Strafverfahren zu GZ: LVwG-411760 und wurde im Verfahren auch nicht bestritten.

Der Beschuldigte machte trotz Aufforderung der Behörde keine Angaben zu seinen Einkommens- bzw. Vermögensverhältnissen bzw. allfälligen Sorgepflichten. Die Annahme eines monatlichen Nettoeinkommens des Beschuldigten von 2.000 Euro bei fehlenden Sorgepflichten wurde dem Beschuldigten bereits im Rahmen der Aufforderung zur Rechtfertigung im Beschwerdeverfahren zu GZ: LVwG-412438, welches im Februar 2018 abgeschlossen wurde, mitgeteilt und blieb im dortigen Verfahren unwidersprochen. Da das nunmehrige Straferkenntnis im selben Jahr wie das Straferkenntnis zu GZ: LVwG-412438/7/Kle/BBa ergeht, kann von gleichgebliebenen Verhältnissen ausgegangen werden.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich einerseits aus den schlüssigen und glaubwürdigen Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle durch die Finanzpolizei und den Aussagen von Zeugen in den Vorverfahren.

Im Übrigen wurde mit den Erkenntnissen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zu GZ: LVwG-411760/7/FP und LVwG-412032/10/Wei/KHu verbindlich festgestellt, dass es sich bei dem gegenständlichen Gerät um ein Glücksspielgerät handelt und dass mit diesem Gerät gegen § 52 Abs. 1 Z 1 3. und 4. Tatbild GSpG verstoßen wurde. Die zum Teil gegen diese Erkenntnisse erhobenen Beschwerden an den Verfassungsgerichtshof und Revisionen an den Verwaltungsgerichtshof waren allesamt nicht erfolgreich.

Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich - Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. K und Prof. Dr. W vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und

Drogenforschung in H. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt, es sind aus Sicht des erkennenden Gerichtes im Verfahren keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Studie hervorgekommen. Die Feststellungen zu den Tätigkeiten des BMF, der Finanzpolizei und der Konzessionäre sowie die Feststellungen zur Anbindung an das Bundesrechenzentrum gründen vor allem auf den Angaben des BMF in den Glücksspielberichten 2010-2013 und 2014-2016 sowie im Evaluierungsbericht des BMF zu den Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014. Aus Sicht des erkennenden Gerichtes bestehen hinsichtlich der diesbezüglichen Ausführungen in den Berichten keine Bedenken gegen die Richtigkeit, zumal auch davon auszugehen ist, dass das BMF über den Inhalt und Umfang der Tätigkeiten der Behörden Kenntnis hat und aufgrund der Funktion als Aufsichtsbehörde auch über bestimmte Tätigkeiten der Konzessionäre informiert ist. Gründe dafür, dass vom BMF diesbezüglich auf Tatsachenebene falsche Auskünfte gegeben worden wären, sind im Verfahren nicht hervorgekommen. Die erwähnten Schriftstücke (Studie zum Glücksspielverhalten, Glücksspielbericht und Evaluierungsbericht des BMF) sind öffentlich einsehbar und können als bekannt vorausgesetzt werden.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Rechtliche Grundlagen:

Gemäß § 50 Abs. 5 GSpG hat die Abgabenbehörde in Verwaltungsverfahren nach §§ 52, 53 und 54 dann, wenn zu der Verwaltungsübertretung eine von ihr stammende Anzeige vorliegt, Parteistellung und kann Beschwerde gegen Bescheide sowie Einspruch gegen Strafverfügungen erheben.

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

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl. I Nr. 118/2015, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt.

Gemäß § 52 Abs. 2 GSpG ist bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von

1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro, zu verhängen.

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

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

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

Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 GSpG ist Unternehmer, wer 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.

III.2. Im behördlichen Verfahren wurde das Strafverfahren gegen den Beschuldigten in erster Instanz eingestellt. Gegen diesen Einstellungsbescheid hat das Finanzamt Beschwerde erhoben, wozu es gemäß § 50 Abs. 5 GSpG auch berechtigt war.

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit dem gegenständlichen Gerät Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte. Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen im Sinn des Glücksspielgesetzes, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz vorlag und keine der beteiligten Personen davon ausgenommen

war. In den oben genannten Straferkenntnissen wurde festgestellt, dass es sich gegenständlich um Glücksspiele handelt. Nach der nunmehr vorliegenden Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 20.4.2016, Ro 2015/17/0020 und 0021) zum Gerät „afric2go“ wurde klargestellt, dass für die Erfüllung des § 2 Abs. 1 Z 2 GSpG lediglich Voraussetzung ist, dass im Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel eine vermögenswerte Leistung erbracht wird. Der Einsatz 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.

Da dieser Umstand sohin feststeht, können eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben. Es ist als erwiesen anzusehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die festgestellten Spiele somit als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind.

Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz vorlag und keine der beteiligten Personen davon ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

Das Gerät war vom 2. August 2016 bis zum Tag der Beschlagnahme im gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Die Spieler haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt am gegenständlichen Gerät erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an dieses Gerät übermittelt oder dort nur angezeigt wurde (vgl. VwGH 29.4.2014, Ra 2014/17/0002).

Die C GmbH hat das verfahrensgegenständliche Glücksspielgerät geliefert, aufgestellt und serviciert und somit eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und sich somit unternehmerisch an verbotenen Ausspielungen beteiligt und den objektiven Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 4. Tatbild GSpG erfüllt (weitere Ausführungen dazu unter Punkt V.). Der Beschuldigte als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit vertretungsbefugtes Organ des Unternehmens ist dafür gemäß § 9 VStG verantwortlich.

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

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgehalten, dass bei Überprüfung der Frage der Zuständigkeit zur Entscheidung die Zuständigkeitsvorschrift heranzuziehen ist, die im Zeitpunkt der Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde in Geltung stand. Der bekämpfte Bescheid wurde nach Inkrafttreten des § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl. I Nr. 13/2014 erlassen. Auch wurde die Tatbegehung zeitlich nach Inkrafttreten des § 52 Abs. 3 GSpG vorgeworfen. Die belangte Behörde war daher zur Erlassung des bekämpften Einziehungsbescheides zuständig.

Darüber hinaus hat der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, E 1139-1140/2014, ausgeführt, „dass § 1 Abs. 2 VStG den Anforderungen des Art. 7 EMRK entsprechend einen umfassenden Günstigkeitsvergleich mehrerer in Betracht kommender Rechtslagen ermöglicht". „*(...) Für den Verfassungsgerichtshof besteht (...) kein Zweifel, dass die Anwendung der Verwaltungsstrafbestimmung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, welche im Gegensatz zur gerichtlichen Strafnorm des § 168 StGB keine Primärfreiheitsstrafe vorsieht, für den Beschwerdeführer in seiner Gesamtauswirkung günstiger ist.*" Ob aufgrund des Umfanges der möglichen Spiele, des möglichen Spieleinsatzes oder aus anderen Gründen eventuell auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht wurde, braucht daher nicht weiter beurteilt zu werden, weil auch in diesem Fall im Sinn der zitierten Judikatur gemäß § 52 Abs. 3 GSpG jedenfalls die verwaltungsbehördliche Strafbarkeit vorgeht. Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, G 203/2014-16 u.a., ferner festgestellt, dass die Regelungen des Glücksspielgesetzes zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind.

IV. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes:

IV.1. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann ein Glücksspielmonopol geeignet sein, einerseits die Niederlassungsfreiheit, andererseits die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken (EuGH Rechtssache *Gambelli,* C-243/01; Rechtssache *Pfleger* u.a., C-390/12).

IV.2. Hinsichtlich einer behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielgesetzes ist zunächst festzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung der Höchstgerichte die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten Sachverhalte mit Auslandsbezug voraussetzt (vgl. etwa VwGH 27.4.2012, 2011/17/0046). Es ist auch nach der Judikatur des OGH (siehe etwa OGH 21.10.2014, 4 Ob 145/14y) ein Inländer nicht unmittelbar durch die Dienstleistungsfreiheit geschützt. Auch die Entscheidung OGH 4 Ob 244/14g geht davon

aus, dass „*die Unvereinbarkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes mit der primärrechtlichen Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit in rein nationalen Fällen nicht zur Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen*“ führt. Im gegenständlichen Fall ist die C GmbH eine juristische Person mit Sitz in Österreich. Auch sonst ist im Verfahren kein Auslandsbezug hervorgekommen und es wurde diesbezüglich auch kein (substantiiertes) Vorbringen erstattet, sodass eine (unmittelbare) Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten nicht in Betracht kommt.

Hinzu kommt, dass der durch das österreichische Glücksspielgesetz geschaffene gesetzliche Rahmen nach Ansicht des erkennenden Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich nicht unionsrechtswidrig ist, was auch in Einklang mit der ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung steht (vgl. jüngst VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022; 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 Glücksspielgesetz bezweckten Wirkungen (etwa Verringerung der Gelegenheit zum Spiel und Bekämpfung der damit verbundenen Kriminalität) erzielt werden (so etwa VwGH 24.4.2015, Ro 2014/17/0126; OGH 20.1.2015, 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 solchen (vgl. OGH 17.2.2015, 4 Ob 229/14a), sondern es würde dies durch das sonstige Agieren des Staates, insbesondere bei Vollziehung der Regelungen des Glücksspielgesetzes, 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 dem Beschuldigten im Übrigen auch sonst nicht zum Erfolg: Es kann grundsätzlich die Rechtmäßigkeit des Verhaltens einer Behörde (im gegenständlichen Fall etwa nach dem Glücksspielgesetz) nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass staatliche Stellen in anderen

Fällen (andere Personen betreffend) sich rechtswidrig verhalten. Dem Beschuldigten erwächst durch eine allfällige zur Unionsrechtswidrigkeit führende Verwaltungspraxis bzw. staatliches Agieren kein Rechtsanspruch darauf, dass sein dem Glücksspielgesetz widersprechendes Verhalten nicht geahndet wird, denn dieses Ergebnis wäre ein Anspruch auf die Nichtanwendung des Gesetzes trotz gegebener Tatbestandsmäßigkeit (vgl. etwa VfGH 30.9.1991, B 1361/90). Dass keine Inländerdiskriminierung vorliegt, hat der Verfassungsgerichtshof im Übrigen jüngst festgehalten (vgl. VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

Im Ergebnis führen aber die obigen Ausführungen dazu, dass weder die Anfechtung von Regelungen des Glücksspielgesetzes (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.

IV.3. Im Übrigen ist zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit noch Folgendes festzuhalten:

IV.3.1. Gemäß Art. 52 iVm 62 AEUV können mitgliedstaatliche Eingriffe in die Freiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Auch Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH (vgl. etwa Rechtssache *Pfleger* 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 weiters 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).

IV.3.2. Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, weisen in Österreich zwischen 0,34 % und 0,60 % der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf und es sind (Stand 2015) zwischen ca. 27.600 bis ca. 46.000 Personen spielsüchtig. Die Spielsucht stellt daher in Österreich ein relevantes Problem dar. Durch das im 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 jüngst fest, dass der österreichische Rechtsrahmen im Hinblick auf die Regulierung des Glücksspielsektors den in der Rechtsprechung des EuGH festgelegten Anforderungen entspricht (VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).
Dem evidenten Spielsuchtproblem in Österreich soll gerade auch durch das im 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.

IV.3.3.1. 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.

IV.3.3.2. Durch die zur Vollziehung berufenen Behörden erfolgt auch einerseits die Kontrolle der Einhaltung der Anforderungen an die Konzessionäre und andererseits die tatsächliche Verfolgung und Ahndung von illegalem Glücksspiel.

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667 und 2014 (bis 3. Quartal) 310 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1.854, 2012 2.480, 2013 1.299 und 2014 (bis 3. Quartal) 625 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.

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

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).

IV.3.4.1. Als Folge der gesetzlichen und behördlichen Vorgaben werden durch die konzessionierten Betreiber Maßnahmen zum Spielerschutz tatsächlich umgesetzt. So ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt etwa, dass im Bereich der Spielbanken gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2016 in Summe über 7.900 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870 eingeholt wurden und ferner bei Auskunfteien online-„Sofort-Checks“ erfolgten. Auch wurden im Jahr 2016 über 634.000 Spielbankbesucher den monatlichen Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich zudem, dass zum 31. Dezember 2016 in österreichischen Spielbanken bei über 33.700 Spielbankbesuchern aufrechte Sperren bestanden. In den VLT-Outlets wurden über 23.800 Besucher einem Screening unterzogen, bei über 2.800 Besuchern Wirtschaftsauskünfte eingeholt sowie online-„Sofort-Checks“ durchgeführt.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich weiters, dass es zu keiner Ausbreitung der Glücksspielsucht seit 2009 in Österreich gekommen ist. Gerade beim 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

„Casinos Austria“ 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.3.4.2. Zum Vorbingen betreffend die Werbetätigkeit ist Folgendes auszuführen:

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.

IV.3.5. 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 (Ro 2015/17/0022-7 vom 16. März 2016 und Ra 2018/17/0048 bis 0049 vom 11. Juli 2018) 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 O G H 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 (siehe oben genannte Judikatur). Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, und vom 11. Juli 2018, Ra 2018/17/0048 bis 0049, 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 im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, vorgenommenen Gesamtwürdigung abzuweichen.

IV.4. Laut dem Urteil des EuGH vom 14. Juni 2017, C-685/15, Rs Online Games Handels GmbH, sieht es dieser grundsätzlich als Pflicht der zuständigen staatlichen (Verwaltungs-)Behörden, Beweise für Rechtfertigungsgründe für die Beschränkung von Grundfreiheiten vorzubringen. Gerichte können demnach zwar verpflichtet sein, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Vorlage der Beweise zu fördern. Sie können jedoch laut EuGH nicht verpflichtet sein, anstelle der genannten Behörden die Rechtfertigungsgründe vorzubringen, die eigentlich die Behörden vorzubringen haben (unter Berufung auf die Rs *Pfleger* vom 30. April 2014, C-390/12). Werden diese Rechtfertigungsgründe wegen der Abwesenheit oder Passivität der Behörden nicht vorgebracht, müssen die nationalen Gerichte alle Konsequenzen ziehen dürfen, die sich aus solchem Mangel ergeben.

Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich ist dieses Urteil jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass - sofern die mitgliedstaatlichen Behörden keine oder unzureichende Beweise vorlegen - automatisch „zulasten“ der Behörden von einer Unionsrechtswidrigkeit auszugehen wäre. Vielmehr muss es dem Gericht im Sinne des dem Verwaltungsstrafverfahren immanenten Prinzips der materiellen Wahrheit (§ 38 VwGVG iVm § 25 VStG) und der Amtswegigkeit (§ 17 VwGVG iVm § 39 Abs. 2 AVG) freistehen, dazu eigene geeignete, objektive Beweismittel einzuholen und auf deren Basis die nach der Rechtsprechung des EuGH geforderte „Gesamtwürdigung“ vorzunehmen. Anders als im Zivilprozess sieht das Verwaltungsstrafverfahren gerade keine Beweislastverteilung vor, die bei einer Negativfeststellung hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache zwingend zum Prozessverlust der für diese Tatsache beweispflichtigen Partei führt. Vielmehr muss - vor allem im Sinne des Beschuldigten und eines fairen Verfahrens gemäß Art. 6 EMRK - eine umfassende Untersuchung des Sachverhaltes erfolgen und haben die Verwaltungsgerichte die Pflicht, alles in ihrer Macht Stehende zu unternehmen, um der Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen. Dazu sind alle sich bietenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen und diejenigen Beweise zu erheben, die sich nach den Umständen des jeweiligen Falles anbieten oder als sachdienlich erweisen können. Es wäre absurd und den wesentlichen Grundsätzen des Verwaltungsstrafverfahrens zuwiderlaufend, würde ein unterlassenes Vorbringen zur Rechtfertigung eines allfälligen Eingriffes in eine Grundfreiheit von Seiten der

Behörde dazu führen, dass das Landesverwaltungsgericht jegliche Ermittlungstätigkeit in diese Richtung zu unterlassen hätte.

Bei den hier eingeholten und verwerteten Studien und Statistiken handelt es sich zudem nicht nur um belastendes Material, deren Erhebung das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in die Rolle des Anklägers drängen würde. Die verwendeten Studien und empirischen Daten (insbesondere die Kalke-Studie sowie der Glücksspielbericht des Finanzministeriums) dienten vielmehr der Ermittlung von gleichermaßen belastenden und entlastenden Umständen und berücksichtigten auch die Entwicklungen nach Inkrafttreten der relevanten Bestimmungen des Glücksspielgesetzes, sodass eine dynamische Prüfung der Verhältnismäßigkeit erfolgen konnte. Dies zeigt sich schon daran, dass sich der Beschuldigte zum Beweis des eigenen Vorbringens hinsichtlich der Glücksspieleinnahmen des Bundes und der Expansions- und Werbestrategie der Glücksspielanbieter selbst auf das Material beruft. Weiters wurden alle verwendeten Beweismittel dem Parteiengehör unterzogen und dem Beschuldigten durch die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme und Widerlegung eingeräumt.

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

Zudem würde es den Rahmen des Verfahrens und die Kapazitäten des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich sprengen, in jedem einzelnen Verfahren neue Sachverständigengutachten zu den aufgeworfenen Fragen wissenschaftlicher und statistischer Natur einzuholen (vgl. dazu auch den Schlussantrag der Generalanwältin S zur Rs C-685/15 vom 9. März 2017, Rn. 58).

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

V. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich unzweifelhaft, dass der Beschuldigte als das nach außen zur Vertretung berufene Organ der C GmbH zu verantworten hat, dass sich die C GmbH im vorgeworfenen Zeitraum an verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt hat, indem sie das verfahrensgegenständliche Glücksspielgerät geliefert und in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals „C“ aufgestellt bzw. in Betrieb genommen und die laufende Servicierung dieses Gerätes übernommen hat.
Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur unternehmerischen Beteiligung nach § 52 Abs. 1 Z 1 4. Tatbild GSpG lautet dahingehend, dass damit eine Person gemeint ist, die nicht Veranstalter ist, sondern sich nur in irgendeiner Weise an der Veranstaltung unternehmerisch im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG beteiligt

(VwGH 14.7.2017, Ra 2016/017/0264, zu eingebauten Banknotenlesegeräten). Dabei hegt der Verwaltungsgerichtshof keine Bedenken hinsichtlich einer Ausuferung des Straftatbestandes, sondern stellt auf die Kenntnis der Tätigkeit des Auftragnehmers ab. Im vorliegenden Fall hat die C GmbH das zum Tatzeitpunkt vom Verwaltungsgerichtshof bereits als Glücksspielgerät qualifizierte Gerät in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals „C“ geliefert, aufgestellt und in Betrieb genommen. Es war offensichtlich, dass das Gerät durch die Aufstellung im öffentlich zugänglichen Bereich den Gästen des Lokals für Ausspielungen zur Verfügung gestellt wurde. Der Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 4. Tatbild GSpG ist somit in objektiver Hinsicht erfüllt.

V.1. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da § 52 GSpG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten.

Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog „Ungehorsamsdelikt“).

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

Zu prüfen ist, ob es sich um einen Verbotsirrtum handelt.
Entschuldigend wirken dabei nach ständiger Rechtsprechung nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbst erteilte Auskünfte über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) bzw. eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung“ (VwGH 22.3.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Entschuldigend wirkt hierbei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 4.10.2012, 2012/09/0134; 18.9.2008, 2008/09/0187), einer 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) bzw. in sehr eingeschränktem 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).

Hinsichtlich des gegenständlichen Gerätes kann sich der Beschuldigte nicht erfolgreich auf einen Verbotsirrtum berufen.

Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt war bezüglich des gegenständlichen Gerätes „afric2go“ durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. April 2016, Ro 2015/17/0020 und 0021, klargestellt, dass es sich bei diesem Gerät um ein Glücksspielgerät und nicht um eine Musikbox handelt. Der Beschuldigte konnte sich demnach nicht erfolgreich auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum berufen, sondern unterliegt bestenfalls einem Rechtsirrtum, der ihm allerdings vorwerfbar ist. Für die Vorwerfbarkeit eines Rechtsirrtums reicht bereits ein geringes Verschulden aus. Im vorliegenden Fall kann insbesondere aufgrund der zuvor divergierenden Judikatur davon ausgegangen werden, dass sich der Beschuldigte zeitnah über eine für ihn bedeutsame Entscheidung informiert. Dazu ist zu bemerken, dass das oben genannte Erkenntnis zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle bereits seit beinahe fünf Monaten im Rechtsinformationssystem des Bundeskanzleramtes veröffentlicht war.

Der Beschuldigte hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch (subjektiv) zu verantworten.

V.2. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

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

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der

Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. u.a. VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

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

Die Bf führte im Strafantrag zur Strafbemessung keine besonderen Milderungsgründe an. Als erschwerend wertete sie die mehrfach erfolgten Anzeigen nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG. Dazu ist jedoch auszuführen, dass diese Tatvorwürfe zum gegenständlichen Tatzeitpunkt noch nicht rechtskräftig waren.
Bei der Berechnung der Strafhöhe ging die Behörde von einem Nettoeinkommen von 2.000 Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Der Beschuldigte hat bezüglich dieser Strafbemessungsgrundlagen keine Einwände geltend gemacht.

Zum Tatzeitpunkt lagen keine rechtskräftigen Verwaltungsstrafen des Beschuldigten vor. Erschwerungs- oder Milderungsgründe sind nicht ersichtlich.

Bei Übertretungen des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen ist für jeden Glücksspielautomat oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro,

im Fall der erstmaligen oder weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro zu verhängen. Mangels einschlägiger Bestrafung nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG zum Tatzeitpunkt und der Übertretung mit nur einem Glücksspielgerät kommt der erste Strafsatz des § 52 Abs. 2 GSpG zur Anwendung, wobei der Strafrahmen zwischen 1.000 und 10.000 Euro liegt.

Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich erscheint die Verhängung der gesetzlichen Mindeststrafe im vorliegenden Fall als angemessen und ausreichend, da der Beschuldigte im Tatzeitraum, der im Jahr 2016 lag, unbescholten war. Den von der Bf geltend gemachten vielfachen Anzeigen wegen Verstößen gegen § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG kann keine erschwerende Wirkung zugemessen werden, da zum Tatzeitpunkt keine einschlägigen rechtskräftigen Verwaltungsstrafen vorgelegen sind. Gleichzeitig wird der Beschuldigte jedoch darauf aufmerksam gemacht, dass bei weiteren Verstößen mit empfindlich höheren Strafen zu rechnen ist.

V.3. Es war somit im Ergebnis der Beschwerde gemäß § 50 VwGVG stattzugeben, der angefochtene Bescheid abzuändern und spruchgemäß zu entscheiden.

Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten hat. § 52 Abs. 2 VwGVG normiert, dass dieser Beitrag mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit 10 Euro, zu bemessen ist.
Da jedoch im vorliegenden Fall das Strafverfahren in erster Instanz eingestellt wurde, verhängt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nun erstmals eine Strafe. Mangels Bestätigung eines Straferkenntnisses können für das verwaltungsgerichtliche Verfahren daher keine Kosten vorgeschrieben werden, ebenso wenig ist für das behördliche Verfahren ein Verfahrenkostenbeitrag vorzuschreiben.

Es war dem Beschuldigten daher kein Verfahrenskostenbeitrag vorzuschreiben.

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 Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Strafbarkeit von Übertretungen des Glücksspielgesetzes ab, insbesondere entspricht es der oben zitierten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum Tatbestand der unternehmerischen Beteiligung gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 4. Fall GSpG. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes wurde entsprechend den von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen. Hinsichtlich der Beweisanträge

ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichtes unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 8.1.2015, Ra 2014/08/0064).

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Wimmer