OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-412594/6/ER

Datum:
Linz, 18. April 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde der M.T., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F.M., W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 19. Dezember 2017, GZ: Pol96-817-2015-Bu, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. März 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als die Geldstrafen jeweils auf 1.000,-- Euro und die Ersatzfreiheitsstrafen jeweils auf 11 Stunden herabgesetzt werden. Ansonsten wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass die jeweils angegebene Strafsanktionsnorm *„§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz*“ durch *„§ 52 Abs 2 erster Strafsatz Glücksspielgesetz, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 105/2014*“ ersetzt wird.

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Die Beschwerdeführerin hat insgesamt 300,-- Euro als Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis vom 19. Dezember 2017, Pol96-817-2015-Bu, verhängte die Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn (im Folgenden: belangte Behörde) über die nunmehrige Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) drei Verwaltungsstrafen in Höhe von je 3.000,-- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: je 33 Stunden) jeweils wegen Übertretungen gemäß § 52 Abs 1 Z 1 iVm § 2 Abs 2 und 4 iVm § 4 Glücksspielgesetz – GSpG wie folgt:

„Die Firma T.M. KG hat in der Zeit vom 09.12.2015 bis 10.12.2015 die mit den Eingriffsgegenständen ermöglichten Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen dadurch im angeführten Standort unternehmerisch zugänglich gemacht, dass sie gegen Entgelt die Veranstaltung der verbotenen Ausspielungen in ihrem Lokal geduldet bzw. an der Auszahlung erzielter Spielgewinne dadurch mitgewirkt hat, dass sie das Personal zur Auszahlung von Gewinnen bzw. zur Zurückstellung der Zahlenfelder am Gerätebildschirm auf Null angehalten hat.

Sie hat damit selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und ist daher als Unternehmer iSd. § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten

Die Firma hat somit Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, unternehmerisch zugänglich gemacht und deshalb eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1, drittes Tatbild, GSpG begangen, was Frau M.T. als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit als das zur Vertretung nach Außen berufene Organ der Firma T.M. KG zu verantworten hat.

Gehäusebezeichnungen der Glücksspielgeräte:

1) Auftragsterminal
2) Kajot Auftragsterminal
3) Kajot Auftragsterminal

Tatzeitraum:

09.12.2015 bis 10.12.2015

Tatort:

in St. P. (Lokal ‚B.')“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde Folgendes aus:

„Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens steht folgender Sachverhalt fest:

Die Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn hat im Rahmen der Beschlagnahmebescheide vom 13.01.2016, als die nach § 50 Abs 1 GSpG zuständige Behörde, aufgrund der ausführlich dokumentierten Anzeige des Finanzamtes Braunau Ried Schärding, ein Verwaltungsstrafverfahren wegen des Veranstaltens von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, gegen Sie am 17.05.2016 eingeleitet.

Bei einer von der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde, Finanzamt Braunau Ried Schärding gern. § 9 Abs. 3 und 4 AVOG 2010 iVm § 10b AVOG 2010 - DV durchgeführten Kontrolle am 10.12.2015, um 17:55 (Kontrollbeginn) im Lokal mit der Bezeichnung B., in St. P., Betreiberin T.M. KG, wurden folgende elektronische Glücksspielgeräte betriebsbereit vorgefunden, mit welchen in der Zeit vom 09.12.2015 bis 10.12.2015 verbotene Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet wurden.

Die Geräte wurden zur Identifikation von den Organen der Finanzpolizei im Zuge der Kontrolle am 10.12.2015 mit fortlaufender Nummerierung versehen.

1) Auftragsterminal
2) Kajot Auftragsterminal
3) Kajot Auftragsterminal

Mit diesen Eingriffsgegenständen, mit welchen zumindest seit dem Aufstellungsdatum wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen veranstaltet wurden und mit denen aufgrund der zufallsabhängigen Entscheidung über das Spielergebnis, der zu leistenden Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne deshalb in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil weder eine Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die mit diesen Geräten veranstalteten Ausspielungen vom Glücksspielmonopol des Bundes gem. § 4 ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren.

Dieser Sachverhalt wurde im Zuge der Kontrolle von den Organen der Finanzpolizei dienstlich wahrgenommen und durch folgende Beweise bestätigt:

- Protokoll über die vorläufige Beschlagnahme,
- Fotodokumentation
- Gerätedokumentation

Die Funktionstauglichkeit der Geräte wurde festgestellt durch:

- Beobachtete Spiele von Gästen zu Beginn der Kontrolle

Testspiele waren nicht möglich; beim Betreten des Lokals wurden die Geräte gerade von einem Gast bespielt (siehe Fotos) und um ca. 17:59 Uhr wurden sie heruntergefahren - es wurde „net error“ angezeigt.

Der Ablauf der virtuellen Walzenspiele (Nr. 1-3) stellt sich bei den KAJOT-Geräten wie folgt dar:

Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen wurden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Sämtliche in Aussicht gestellte Gewinne wurden mit jeder Einsatzsteigerung erhöht. Das Spiel wurde mit der Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.

Die gegenständlichen Walzenspiele (Geräte Nr. 1-3, KAJOT-Terminals) wurden auf Namen der Firma G. s.r.o. mit Sitz in B. und einer Zweigniederlassung in G. betrieben. Im Zuge der Amtshandlung wurden die Geräte mit der Nr. 2 und 3 heruntergefahren, ein Testspielen war daher nicht mehr möglich.

Die Geräte waren im Lokal ‚B.‘, St. P. aufgestellt und durch jedermann benutzbar.

Dieser Sachverhalt wurde Ihnen im Rahmen der Aufforderung zur Rechtfertigung der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 17.05.2016 zur Kenntnis gebracht,

gleichzeitig wurde Ihnen die Möglichkeit gewährt, binnen 14 Tagen ab Erhalt dieses Schreibens zu diesen Vorwürfen Stellung zu nehmen.
Mit Schreiben vom 30.05.2016, eingelangt am 01.06.2016 brachten Sie durch Ihre rechtsfreundliche Vertretung, RA Dr. M., W., eine Rechtfertigung ein.
Sie bestreiten darin einerseits grundsätzlich die Anwendbarkeit des Glücksspielgesetzes. Desweiteren bestreiten Sie, 1. eine Tathandlung gesetzt zu haben, 2. dass die zu verantwortenden Handlungen und Unterlassungen tatbeständig seien, 3. dass die von der Behörde herangezogene Gesetzesnorm anzuwenden sei, 4., dass Entgeltlichkeit vorliege, 5. dass der Spielverlauf überwiegend oder ganz zufallsabhängig sei, 6. dass das Gerät überhaupt bzw. in einer gegen gesetzliche Normen verstoßenden Art und Weise betrieben werde oder betriebsbereit war.
Begründungen, bzw. Sachverhaltsergänzen, weshalb die bestrittenen Tatsachen nicht vorlägen, brachten Sie nicht vor. Vielmehr beantragen Sie weiters die zeugenschaftliche Einvernahme des Meldungslegers unter Aufzählung der an diesen zu stellenden Fragen, sowie die Beiziehung eines Sachverständigen für Glücksspielwesen zum technischen Ablauf der Spiele.
Sie bringen weiters vor, die gegenständlichen Eingabeterminals seien weder Glücksspielautomaten noch elektronische Lotterie, überhaupt könne darauf kein wie auch immer geartetes Glücksspiel stattfinden. Die Geräte stünden auch mit keinem Spielanbieter in Zusammenhang. Über die verfahrensgegenständlichen Terminals können lediglich Aufträge verschiedener Art weiter gegeben werden
Am Gerät selbst fände kein Spiel statt und könne auch kein Einsatz geleistet werden. Auf dem Gerät könne nicht gespielt werden.
Ferner brachten Sie vor, dass über Gewinn und Verlust nicht die mechanische oder elektronische Vorrichtung des Apparates entscheide, sondern dieser auf einem Geldspielapparat generiert und von der lokal verwendeten Software lediglich visualisiert werde und die in Diskussion geratenen Terminals lediglich ein Spiel an anderer Stelle erlauben.
Abschließend bringen Sie vor, die Ausspielung von Gewinn und Verlust sei nahezu ausschließlich von der Geschicklichkeit des Spielers abhängig. Nähere Erläuterungen dazu wurden nicht vorgebracht.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Die rechtliche Würdigung nahm die belangte Behörde wie folgt vor:
„Die angezeigten Glücksspiele unterliegen jedenfalls den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes.
Die angebotenen Spiele betreffend den Geräten 1-3 (virtuelle Walzenspiele), waren deshalb Glücksspiele iSd § 1 Abs 1 GSpG, weil die Spieler in keiner Weise gezielt Einfluss auf das Zustandekommen einer gewinnbringenden Symbolkombination nehmen konnten, die Entscheidung über den Spielerfolg also jeweils ausschließlich vom Zufall abhing. Die Spieler konnten lediglich ein Spiel auswählen, einen Einsatz, bzw. Gewinnplan wählen und das Spiel durch Tastenbetätigung auslösen. Die Spiele konnten nur nach Eingabe von Geld ausgewählt und zur Durchführung aufgerufen werden. Für jedes Spiel wurde ein bestimmter Mindesteinsatz bedungen, der durch entsprechende Tastenbetätigung gesteigert werden konnte. In den zum jeweiligen Spiel gehörenden Gewinnplan wurden in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen unterschiedlich hohe Gewinne in Aussicht gestellt. Sämtliche Gewinne wurden mit jeder Einsatzsteigerung erhöht. Mit dem Betätigen der Start-Taste wurde, nach Abzug des vorgewählten Einsatzbetrages, das Spiel

ausgelöst. Nach kurzem Walzenumlauf, bei dem die dargestellten Symbole in ihrer Lage so verändert wurden, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand, stand die zufallsbedingt erfolgte Entscheidung über den Spielerfolg fest. War eine Symbolkombination eingetreten, welche einer der Angaben im Gewinnplan entsprach, dann war ein Gewinn erzielt worden, der am Bildschirm auch optisch und akustisch besonders hervorgehoben wurde, andernfalls war der Einsatz verloren. Inwiefern die Entscheidung nun tatsächlich von einer besonderen Geschicklichkeit des Spielers abhängt, wurde seitens der Beschuldigten nicht näher begründet. Die Glücksspiele wurden also in Form von Ausspielungen iSv § 2 Abs 1 GSpG durchgeführt.

Eine Konzession oder Bewilligung liegt für diese Geräte nicht vor. Für die Behörde ergeben sich sohin keine Zweifel, dass die angezeigten Ausspielungen in Form verbotener Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, veranstaltet wurden. Aufgrund des Betriebes der Glücksspielgeräte, welche die Durchführung der Ausspielungen ermöglichten, wurde mit diesen verbotenen Ausspielungen gegen § 52 Abs 1 Z 1 GSpG, erstes Tatbild, verstoßen. Es lag sohin ein unzulässiger Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes vor.

Dass es sich bei den Eingriffsgegenständen 1-3 um Glücksspiel handelt, wurde bereits im Verfahren zur Beschlagnahme der gegenständlichen Geräte vor dem Oö. Landesverwaltungsgericht (LVwG-411297/10/MB/Hue - 4112299/2) festgestellt, die Beschlagnahmebescheide dahingehend wurden in diesem Erkenntnis bestätigt.

Mit der beantragten Vernehmung des Meldungslegers hinsichtlich der höchstmöglichen Einsatzhöhe zielte die Beschuldigte wohl auf die Ausnahmebestimmung des § 4 Abs 1 GSpG ab. Hiezu ist zu erwähnen, dass es dahingestellt bleiben kann, ob lediglich um geringe Beträge gespielt wird, da für die Ausnahme jedenfalls kumulativ das Glücksspiel nicht in Form einer Ausspielung durchgeführt wurde. Dass es sich bei den verfahrensgegenständlichen Spielen um Ausspielungen handelt, wurde von der Beschuldigten nicht bestritten. Vielmehr wird in der Rechtfertigung vom 30.05.2016 selbst von einer Ausspielung gesprochen, im gleichen Satz wird lediglich bestritten, dass Gewinn und Verlust vom Zufall abhängig seien.

Für diese Ausspielungen waren nachweislich weder eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG erteilt worden, noch waren diese Ausspielungen nach § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen. An diesen Ausspielungen konnte vom Inland aus teilgenommen werden. Die Ausspielungen wurden also in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG durchgeführt.

Die gegenständlichen Glücksspiele, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, bei denen die Spieler eine Vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen mussten und bei denen vom Unternehmer eine Vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt worden war, wurden also ohne Rechtsgrundlage von einem Unternehmer iSd § 2 Abs 2 GSpG veranstaltet. Somit wurden diese Glücksspiele in Form einer verbotenen Ausspielung veranstaltet.

Sie als Verantwortliche der T.M. KG, welche das Lokal für die Glücksspiele zur Verfügung stellte bzw. die Glücksspiele unternehmerisch zugänglich machte, haben daher gegen § 52 Abs. 1 Z 1, drittes Tatbild (unternehmerisch zugänglich machen) verstoßen.

Bezüglich Ihrer Bedenken wegen der Unionsrechtswidrigkeit wird auf die jüngsten Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes, VwGH 16.03.2016, Ro 2015/17/0022, VwGH 20.04.2016, Ra 2016/17/0066-3 verwiesen, wonach eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des österreichischen Glücksspielgesetzes nicht erkannt wird.

Gemäß § 9 Abs 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften

nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte gemäß Abs 2 bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.
Als Komplementärin der T.M. KG sind Sie daher für die angezeigten Verwaltungsübertretungen verwaltungsstrafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen.
Gemäß § 5 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift nichts anderes bestimmt. Da das GSpG keine diesbezügliche Spezialnorm kennt, genügt für die Sanktionsmöglichkeit bereits die fahrlässige Begehung. Als Maßstab für die anzuwendende Sorgfalt des Täters ist dabei jene Sorgfalt zu berücksichtigen, zu der der Täter nach den Umständen des einzelnen Falles verpflichtet wäre.
Auf Grund der Tätigkeit als Unternehmerin gehört es zu ihren grundlegenden Aufgaben, sich über die Zulässigkeit der Ausübung von Glücksspielaktivitäten zu informieren. Diese Überwachungsaufgabe oblag Ihnen als Verantwortliche der erwähnten Firma und war Ihnen auf Grund der öffentlich zugänglichen Informationen (z.B. www.bmf.gv.at, RIS etc.) auch zumutbar.
Auch die Behauptung, eines Rechtsirrtums kann nicht überzeugen, da aus dem Gesamtzusammenhang des Verhaltes nicht angenommen werden kann, dass die irrige Rechtsauslegung unverschuldet erfolgte bzw. Sie das Unerlaubte ihres Verhaltens nicht einsehen konnten. Es bedarf bei der Einhaltung der einer am Wirtschaftsleben teilnehmenden Person obliegenden Sorgfaltspflicht vielmehr der Objektivierung durch geeignete Erkundigungen. Diese erfolgten im gegenständlichen Fall allenfalls bei beteiligten Unternehmen nicht aber bei Behörden. Die Veranstaltung von verbotenen Ausspielungen erfolgte daher zumindest fahrlässig.
Zur Strafbemessung ist auszuführen:
Die Einkommens-, Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen. Die Behörde ging hierbei von mittleren Verhältnissen aus, da Sie trotz Aufforderung diese nicht bekannt gegeben haben.
Erschwerungs- oder Milderungsgründe konnten nicht festgestellt werden. Das Ausmaß des Verschuldens kann im vorliegenden Fall in Anbetracht der offensichtlichen Außerachtlassung der im gegenständlichen Fall objektiv gebotenen und der Beschuldigten zuzumutenden Sorgfalt nicht als geringfügig bezeichnet werden. Angesichts der bisherigen Darlegungen war somit die Geldstrafe auf die im Spruch ersichtliche Höhe zu bemessen.
Es handelt sich um drei Eingriffsgegenstände und einen Wiederholungsfall, daher war der höhere Strafrahmen des § 52 Abs 2 GSpG (im Wiederholungsfall je Glücksspielautomat bzw. anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe iHv EUR 3.000,- bis zu EUR 30.000,-) anzuwenden. In Anbetracht dessen wurde ohnehin die Mindeststrafe verhängt. Die verhängte Strafe ist daher jedenfalls schuldangemessen.
(...)“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob die Bf rechtzeitig Beschwerde und beantragte, das Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen.
Begründend brachte die Bf Rechtswidrigkeit des Inhalts, Verfahrensfehler, Unzuständigkeit der Behörde, Aktenwidrigkeit, Ergänzungsbedürftigkeit, unrichtige rechtliche Beurteilung, mangelnde Schuld und zu hohe Strafbemessung vor.

I.3. Mit Schreiben vom 23. Jänner 2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht OÖ zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.
Mit E-Mail vom 13. März 2018 teilte der Rechtsvertreter der Bf dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit, dass die von der Bf beantragte öffentliche mündliche Verhandlung vom selben Tag unbesucht bleiben werde. Zusätzlich legte er mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung eine ergänzende Stellungnahme hinsichtlich das Anwendungsverbot des österreichischen Glücksspielgesetzes aufgrund der europarechtlichen Bedenken des österreichischen Glücksspielmonopols und dem im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe, insbesondere den präventiven Spielerschutz, zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit mitsamt Beilagen vor. Weiters wurde der Antrag gestellt, das Verfahren bis zur Entscheidung der beim EuGH anhängigen Verfahren zu den Rechtssachen C-589/16, C-685/15 und C-79/17 auszusetzen bzw die im Vorbringen näher ausgeführten Fragen an den EuGH zu richten. Ferner wurde auf den Schlussantrag der Generalanwältin S. vom 9.3.2017 im Verfahren zu C-685/15 verwiesen. Darüber hinaus wurde neben der Einvernahme von Zeugen zur Unrichtigkeit der Kalkestudie die Einholung eines Sachverständigengutachtens betreffend der Funktionsweise der ggst Glücksspielautomaten beantragt, wobei darauf verwiesen wurde, dass die ggst Geräte baugleich mit jenen im beigelegten Urteil des BG Wels, 8 C 673/14g-17 seien.

Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den Akt, das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts OÖ LVwG-411297 – 411299, mit dem die Beschlagnahme der ggst Geräte bestätigt wurde, sowie in folgende, vom Bundesministerium für Finanzen dem Landesverwaltungsgericht OÖ zur Verfügung gestellten und den Parteien zur Kenntnis gebrachten Unterlagen: Stellungnahme des BMF vom 26. Juni 2015 samt Glücksspielbericht 2010-2013, Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“, Glücksspielbericht 2014-2016, Informationsschreiben der Stabstelle für Spielerschutz zu einer neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“, sowie durch Einsichtnahme in das Firmenbuch und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. März 2018.

I.4. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

Bei einer finanzpolizeilichen Kontrolle am 10. Dezember 2015 im Lokal „B.“ in St. P., wurden drei Geräte mit den Bezeichnungen

FA-Nr	*Gehäusebezeichnung*
1	Auftragsterminal
2	Kajot Auftragsterminal
3	Kajot Auftragsterminal

vorgefunden. Die Geräte waren zumindest am 10. Dezember 2015 im ggst. Lokal zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betriebsbereit und öffentlich zugänglich aufgestellt. Die Geräte waren zu Beginn der Kontrolle eingeschaltet und wurden von Spielern bespielt. Wenige Minuten nach Kontrollbeginn wurden die Geräte heruntergefahren (net error).

Auf dem Gerät FA-Nr 1 wurde von den Kontrollorganen die Bespielung durch einen Spieler mit dem Spiel „Ring of Fire“ mit einem Einsatz von 0,5 Euro beobachtet und fotografisch dokumentiert. Diesem Einsatz stand ein Höchstgewinn von 20 Euro +88 Supergames gegenüber. Auf dem Gerät mit der FA-Nr 2 wurde von den Kontrollorganen die Bespielung durch einen Spieler mit dem Spiel „Demon Master“ mit einem Einsatz von 0,5 Euro beobachtet und fotografisch dokumentiert. Diesem Einsatz stand ein Höchstgewinn von 20 Euro +123 Supergames gegenüber. Auf dem Gerät mit der FA-Nr 3 wurde von den Kontrollorganen die Bespielung durch einen Spieler mit dem Spiel „Ring of Fire“ mit einem Einsatz von 0,1 Euro beobachtet und fotografisch dokumentiert. Diesem Einsatz stand ein Höchstgewinn von 20 Euro +268 Supergames gegenüber. An den vorgefundenen Geräten wurden sohin virtuelle Walzenspiele angeboten.
Der Spielablauf stellt sich generalisierend wie folgt dar: Die Spiele konnten zur Durchführung aufgerufen werden. Nach Eingabe von Geld, Auswahl eines Einsatzbetrages und Auslösung des Spieles durch die Start-Taste wurden die am Bildschirm dargestellten Symbole auf den virtuellen Walzen ausgetauscht oder in ihrer Lage verändert, sodass der optische Eindruck von rotierenden, senkrecht ablaufenden Walzen entstand. Nach etwa einer Sekunde kam der „Walzenlauf“ zum Stillstand. Ein Vergleich der nun neu zusammengesetzten Symbole mit dem im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes. Der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hing dabei ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang des virtuellen Walzenspiels zu nehmen. Die ggst Geräte sind nicht baugleich mit jenen, die vom BG Wels zu GZ 8 C 673/14g-17 beurteilt wurden.

Eigentümerin der Geräte ist die G. s.r.o., Eigentümerin der darin enthaltenen Banknotenlesegeräte ist die Firma P. GmbH und Inhaberin der Geräte die Lokalbetreiberin, die T.M. KG, eine nach österreichischem Recht errichtete Kommanditgesellschaft mit Sitz in St. P.
Die Bf war im vorgeworfenen Tatzeitraum unbeschränkt haftende Gesellschafterin der T.M. KG. Weder die Geräteeigentümerin, noch die P. GmbH noch die Lokalbetreiberin waren Inhaber einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG zum Betrieb dieser Geräte. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Dass die Bf im vorgeworfenen Tatzeitraum bereits rechtskräftig wegen einer Übertretung des Glücksspielgesetzes bestraft war, konnte nicht festgestellt werden.

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 19.915 und 35.827 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 die 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 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 Kasinospiele, bei denen 2015 jeweils etwa 4% in den letzten 12 Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Kasinos und in Spielhallen werden von noch weniger Personen gespielt. In den letzten 12 Monaten haben am Automatenglücksspiel in Spielbanken ca. 0,5% teilgenommen, im Jahr 2009 waren dies ca. 0,6% bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz. Bezüglich der Teilnahme am Automatenglücksspiel außerhalb von Spielbanken (Spielhallen, Einzelaufstellungen, illegale Glücksspielautomaten) ist der Wert bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz von ca. 1,2% im Jahr 2009 auf ca. 1% im Jahr 2015 zurückgegangen.

Der monatliche Geldeinsatz für Glücksspiele hat im Zeitraum von 2009 auf 2015 leicht zugenommen und zwar wurden von den Glücksspielenden 2015 im Durchschnitt etwa 57 € pro Monat für Glücksspiele ausgegeben im Vergleich zu 53 € im Jahr 2009. Auf der Ebene der einzelnen Glücksspielarten bestehen hier

jedoch sehr unterschiedliche Entwicklungen. Der Geldeinsatz ist 2015 am höchsten bei den Automatenspielen außerhalb der Kasinos. Im Durchschnitt werden hierfür von den Spielern pro Monat ca. 203 € eingesetzt, vor sechs Jahren lag der entsprechende Wert sogar bei etwa 317 €. Es folgen die klassischen Kasinospiele mit einem Mittelwert von ca. 194 €. Auch für diese Glücksspielform wird im Jahr 2015 durchschnittlich weniger Geld aufgewendet als in 2009. Stark angestiegen sind dagegen im betrachteten Zeitraum die Geldeinsätze für Sportwetten, diese haben sich von ca. 47 € auf ca. 110 € mehr als verdoppelt.

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

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

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667, 2014 651, 2015 1.076, und 2016 748 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480, 2013 1299, 2014 1.102, 2015 2.319 und 2016 1.207 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden.

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 zweimal 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. Erhöhte Aufmerksamkeit gilt jungen Erwachsenen, bei denen der Beobachtungsprozess deutlich früher angesetzt wird. Zum 31.12.2016 bestanden in österreichischen Spielbanken bei 33.737 Spielbankbesuchern Sperren. Seit 1.1.2015 sind in den VLT-Outlets die strengeren Spielerschutzbestimmungen der Landesausspielungen sinngemäß anzuwenden. Eine Registrierung aller Spielteilnehmer ist verpflichtend. Im Jahr 2016 wurden 23.845 VLT-Outlet-Besucher aus dem EU/EWR-Raum (inkl. Österreich) den 12 Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen und 14.836 Datensätze nach den spielerschutzrelevanten Kriterien bearbeitet. 776 Besuchsbeschränkungen wurden auf Wunsch von Gästen vorgemerkt, 899 Selbstsperren aktiviert und 2.882 Wirtschaftsauskünfte über österreichische Besucher beim KSV 1870 eingeholt. Zusätzlich erfolgten 1.434 Sofort-Checks.

Beim BMF wurde mit 1.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 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.

Ferner ist durch die GSpG-Novellen 2008/2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die

Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

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

II.1. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle gründen vor allem auf der schlüssigen und nachvollziehbaren Fotodokumentation der Finanzpolizei der GSp26-Dokumentation und dem Aktenvermerk. Die Eigentumsverhältnisse an den vorgefundenen Geräten ergeben sich aus dem in Rechtskraft erwachsenen Beschlagnahmeverfahren.

Dass es sich bei den vorgefundenen Geräten um solche handelt, an denen virtuelle Walzenspiele angeboten wurden, ergibt sich aus der Fotodokumentation der beobachteten Spiele. Dass es sich bei den vorgefundenen Geräten – entgegen dem Vorbringen der Bf – nicht um solche handelt, die baugleich mit jenen vom BG Wels zu GZ 8 C 673/14g-17 beurteilten sind, ergibt sich aus der Dokumentation, aus der klar ersichtlich ist, dass die ggst Geräte – im Gegensatz zu dem vom BG Wels beurteilten – keine Geräte vom Typ „Skill Games“ sind. Hinweise, dass die Spiele nur durch Geschicklichkeit aufgerufen werden konnten, ergaben sich nicht. Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in

zahlreichen Entscheidungen (z.B VwGH v. 27.1.2012, 2011/17/0246) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da dieser Umstand sohin feststeht, kann eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben.

Die (unbestrittenen) Feststellungen bezüglich der Eigentumsverhältnisse der Geräte ergaben sich aus dem Beschlagnahmeverfahren.
Dass für die ggst Geräte keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG 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.

Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung in einem öffentliche zugänglichen Bereich des ggst Lokals aufgestellt wurden, ergibt sich daraus, dass im Verfahren keine Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Betriebsbereithaltung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre. Bei lebensnaher Betrachtung ist daher davon auszugehen, dass die Zugänglichmachung der Geräte in einem öffentlich zugänglichen Bereich letztlich ausschließlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen.

Dass nicht festgestellt werden konnte, dass die Bf im vorgeworfenen Tatzeitraum bereits rechtskräftig wegen einer Übertretung nach dem GSpG bestraft war, ergibt sich daraus, dass die belangte Behörde im angefochtenen Straferkenntnis zwar einen „Wiederholungsfall“ behauptete, diesen aber nicht belegte. Auch die durchgeführten Ermittlungen des Landesverwaltungsgerichts OÖ führten zu keinen derartigen Feststellungen.

II.2. Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt, es sind aus Sicht des erkennenden Gerichts im Verfahren keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Studie hervorgekommen. Die Feststellungen zu den Tätigkeiten des BMF, der Finanzpolizei und der Konzessionäre sowie die Feststellungen zur Anbindung an das Bundesrechenzentrum gründen vor allem auf den Angaben des BMF im Glücksspielbericht 2010-2013, im Evaluierungsbericht des BMF zu den Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014 und im Glücksspielbericht 2014-2016. Aus Sicht des erkennenden Gerichts bestehen hinsichtlich der

diesbezüglichen Ausführungen in den Berichten keine Bedenken gegen die Richtigkeit, zumal auch davon auszugehen ist, dass das BMF über den Inhalt und Umfang der Tätigkeiten der Behörden Kenntnis hat und aufgrund der Funktion als Aufsichtsbehörde auch über bestimmte Tätigkeiten der Konzessionäre informiert ist. Gründe dafür, dass vom BMF diesbezüglich auf Tatsachenebene falsche Auskünfte gegeben worden wären, sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

III. Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz – GSpG in der im vorgeworfenen Tatzeitraum geltenden Fassung BGBl. I Nr. 105/2014 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22.000 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 Abs 2 par.ct. 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.

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

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

Gemäß § 2 Abs 2 Satz 1 GSpG ist Unternehmer, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs.

1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmereigenschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

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.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1.1. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den verfahrensgegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt wurden, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt.
Aufgrund des festgestellten Spielablaufes der an diesen Geräten verfügbaren virtuellen Walzenspiele ist es auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl etwa VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201) als erwiesen anzusehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die festgestellten Spiele somit als Glücksspiele iSd § 1 Abs 1 GSpG zu qualifizieren sind. Aus dem Sachverhalt ergibt sich weiter, dass sich die verfahrensgegenständlichen Geräte betriebsbereit in einem öffentlich zugänglichen Bereich des ggst Lokals befanden, um damit selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen.

Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen iSd § 2 Abs 1 GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs 4 GSpG verboten waren.

Die Bf, die als unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Betreiberin jenes Lokals, in dem die Geräte betriebsbereit vorgefunden wurden, zumindest geduldet hat, dass diese zur selbstständigen nachhaltigen Einnahmenerzielung im vorgeworfenen Tatzeitraum öffentlich zugänglich betrieben wurden, hat verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass die Lokalbetreiberin die an den gegenständlichen Geräten festgestellten verbotenen Ausspielungen im vorgeworfenen Tatzeitraum unternehmerisch zugänglich gemacht hat.

IV.1.2. Die ggst Geräte waren jedenfalls am 10. Dezember 2015 im verfahrensgegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Die Spieler haben ihre Spieleinsätze im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt an den gegenständlichen Geräten erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an

diese Geräte übermittelt und dort nur angezeigt wurde (vgl VwGH v. 29.4.2014, Ra 2014/17/0002).

Auch der mit einem Verweis auf den Schlussantrag der Generalanwältin S. vom 9. März 2017 im Verfahren zu C-685/15 untermauerte Einwand in der Stellungnahme der Bf vom 13. März 2018, dass es an von staatlichen Stellen vorgelegten Beweismitteln mangle, geht angesichts der unter I.3. genannten – vom Bundesministerium für Finanzen vorgelegten – Beweismittel ins Leere. Auf das diesbezügliche Vorbringen war daher nicht weiter einzugehen.

IV.1.3. Die T.M. KG, deren unbeschränkt haftende Gesellschafterin die Bf ist, hat verbotene Ausspielungen an den ggst Geräten als Unternehmerin zugänglich gemacht, indem sie geduldet hat, dass diese im vorgeworfenen Tatzeitraum im verfahrensgegenständlichen Lokal zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung aus der Durchführung von verbotenen Ausspielungen öffentlich zugänglich aufgestellt und betrieben wurden.

IV.2. Die Bf ist somit als nach außen vertretungsbefugtes Organ dafür gemäß § 9 Abs 1 VStG verantwortlich, dass die Fa. T.M. KG den objektiven Tatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG im vorgeworfenen Tatzeitraum erfüllt hat, indem sie verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht hat. Die Bf beruft sich jedoch in ihrer Beschwerde im Wesentlichen auf die Unanwendbarkeit des GSpG infolge von Unionsrechtswidrigkeit.

IV.2.1. Hinsichtlich einer behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen GSpG 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).
Im gegenständlichen Fall ist hinsichtlich Bf kein Auslandsbezug hervorgekommen und es wurde diesbezüglich auch kein (substantiiertes) Vorbringen erstattet, sodass eine (unmittelbare) Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten hinsichtlich der Bf nicht in Betracht kommt. Der VfGH (15.10.2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19) hat ausdrücklich festgehalten, dass die Rechtsgrundlagen nicht gegen Unionsrecht verstoßen und keine Verletzung des Rechts auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz vorliegt.

IV.2.1.1. Abgesehen davon ist Folgendes festzuhalten:
Gemäß Art. 52 iVm 62 AEUV können mitgliedstaatliche Eingriffe in die Freiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Auch Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH (vgl. etwa Rechtssache Pfleger ua, C-390/12 mwN) durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben den vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen Rechnung

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

IV.2.1.2. Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, und es sind (Stand 2015) zwischen ca. 27.600 bis ca. 46.000 Personen spielsüchtig. Die Spielsucht stellt daher in Österreich ein relevantes Problem dar. Durch das im GSpG geregelte Glücksspielmonopol sollen unter anderem die Gelegenheiten zum Spiel vermindert, die Ausnutzung der Spielleidenschaft begrenzt und der Spielerschutz gewährleistet werden (vgl. in diesem Zusammenhang etwa die §§ 5, 14, 16, 19, 21, 22, 25, 26, 31 und 56; so ausdrücklich auch die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Novelle BGBl I Nr 73/2010; in diesem Sinne auch bereits die Rsp der österreichischen Höchstgerichte siehe etwa VfGH 06.12.2012, B1337/11 ua; VfGH 12.3.2015, G 205/2014-15 ua; VwGH 7.03.2013, 2011/17/0304, VwGH 4.11.2009, 2009/17/0147; OGH 20.3.2013, 6 Ob 118/12i; 17.02.2015, 4 Ob 229/14a: Aus den gesetzlichen Bestimmungen als solchen sei nicht abzuleiten, dass die Ausgestaltung des Glücksspielrechts nicht dem Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung diente). Diese Zielsetzungen vermögen daher eine Beschränkung der Glücksspieltätigkeiten im Sinne der Rsp des EuGH zu rechtfertigen. Auch der Verfassungsgerichtshof hielt jüngst fest, dass der österreichische Rechtsrahmen im Hinblick auf die Regulierung des Glücksspielsektors den in der Rechtsprechung des EuGH festgelegten Anforderungen entspricht (VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).
Dem evidenten Spielsuchtproblem in Österreich soll gerade auch durch das im GSpG geregelte Monopol entgegengetreten werden, wobei es sich bei der Normierung eines Monopolsystems um eine geeignete Maßnahme handeln kann, um den negativen Erscheinungen unkontrollierten Glücksspieles entgegen zu wirken (vgl. EuGH Rechtssache *Pfleger*, C-390/12 RZ 41).

IV.3. Es ist daher zu prüfen, ob die im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit in ihren Wirkungen tatsächlich geeignet sind, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Hinsichtlich der Eignung der im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit zur Erreichung der genannten Ziele in kohärenter und systematischer Weise ist nicht nur zu prüfen, welche gesetzlichen Vorgaben geregelt sind, sondern auch wie diese umgesetzt werden.

IV.3.1. Das GSpG regelt einerseits die Anforderungen an die Erteilung einer Konzession oder Bewilligung zur Durchführung von Ausspielungen sowie deren Einhaltungsvoraussetzungen, andererseits stellt es Ausspielungen, die ohne Konzession oder Bewilligung durchgeführt werden, unter Strafe und ordnet dazu konkrete Verfolgungsmaßnahmen an. Somit geht aus dem GSpG klar hervor, dass nur jene Glücksspielbetreiber legal Glücksspiele in Form von Ausspielungen anbieten können, die einerseits Inhaber einer Konzession oder Bewilligung sind und andererseits die damit verbundenen Anforderungen fortlaufend erfüllen. Es liegt auf der Hand, dass eine beschränkte Zahl von Konzessionären effektiver zu überwachen ist als eine unbeschränkte Anzahl an Anbietern (vgl auch VfGH 6.12.2012, B 1337/11) und somit das im GSpG normierte Konzessions- und Bewilligungssystem dem Spielerschutz dienlich ist.

IV.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 Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667, 2014 651, 2015 1.076, und 2016 748 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480, 2013 1299, 2014 1.102, 2015 2.319 und 2016 1.207 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden. Bereits aufgrund dieser vorläufigen Beschlagnahmen wurden aber grundsätzlich weitere Glücksspiele mit betroffenen Glücksspielgeräten (zumindest für die Dauer der Aufrechterhaltung der Beschlagnahme) verhindert und insoweit die Zugänglichkeit zu Ausspielungen beschränkt.
Beim BMF wurde mit 1.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im

Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.
Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich ferner, dass durch die GSpG-Novellen 2008/2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden ist. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.
Auch hinsichtlich des illegalen Online-Glücksspiels wurden Maßnahmen gesetzt, die einerseits präventiv, andererseits repressiv wirken sollen.

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

IV.3.3. Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist die unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (so etwa VwGH Ro 24.04.2015, 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w, VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

IV.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 nahezu 8.000 Wirtschaftsauskünfte

beim KSV 1870 eingeholt wurden und ferner bei Auskunfteien online-„Sofort-Checks“ erfolgten. Auch wurden im Jahr 2016 über 630.000 Spielbankbesucher den Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen, wobei diese mittlerweile zweimal monatlich durchgeführt werden. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich zudem, dass zum 31.12.2016 in österreichischen Spielbanken bei 33.737 Spielbankbesuchern Sperren bestanden. Im Jahr 2016 wurden 23.845 VLT-Outlet-Besucher aus dem EU/EWR-Raum (inkl. Österreich) den 12 Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen und 14.836 Datensätze nach den spielerschutzrelevanten Kriterien bearbeitet. 776 Besuchsbeschränkungen wurden auf Wunsch von Gästen vorgemerkt, 899 Selbstsperren aktiviert und 2.882 Wirtschaftsauskünfte über österreichische Besucher beim KSV 1870 eingeholt. Zusätzlich erfolgten 1.434 Sofort-Checks.

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

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

IV.4.2. Zum Vorbringen betreffend die Werbetätigkeit ist folgendes auszuführen: Aus der Rsp des EuGH ergibt sich, dass Werbung für Glücksspiel nicht generell dem Unionsrecht widerspricht, aber die Werbetätigkeit maßvoll und eng darauf begrenzt werden muss, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken (vgl dazu etwa Rechtssachen *Dickinger/Ömer*, C-347/09; *Placanica*, C-338/04*; HIT hoteli u.a.,* C-176/11). Gemäß § 56 Abs. 1 GSpG haben die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber bei ihren Werbeauftritten einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren, wobei die Einhaltung im Aufsichtswege überwacht wird. Bei Beurteilung der Werbetätigkeit kommt es nicht auf eine einzelne Werbung an, sondern es ist vielmehr die Gesamtheit der

Werbemaßnahmen der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber heranzuziehen (vgl. auch OGH 27.11.2013, 2 Ob 243/12t).

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

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

Betreffend die Werbung für illegales Online-Glücksspiel werden überdies Medienunternehmen zur Anzeige gebracht, die Werbesujets von Anbietern illegaler Online-Glücksspiele veröffentlichen. Diese Maßnahme soll zu einer merkbaren Änderung der Werbelinien und –inhalte beigetragen haben.

Hinsichtlich des vorgelegten Gutachtens zur Werbetätigkeit ist festzuhalten, dass dieses gleich zu Beginn (Pkt 3.1.) darauf hinweist, dass die Grundlage der Befundaufnahme „die aktuellen Kommunikationsmaßnahmen“ einiger ausgewählter Betriebe in der klassischen Werbung war, wobei die Auflistung „keinen Anspruch auf Vollständigkeit“ darstellt. Zumal bereits im Gutachten selbst darauf verwiesen wird, dass dieses bloß einen Ausschnitt der Werbetätigkeit

berücksichtigt, kann dieses nicht dazu dienen, die Ergebnisse der og. Studie zu erschüttern.

IV.5. Zusammenfassend ergibt sich daher für das erkennende Landesverwaltungsgericht, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände eine Unionsrechtswidrigkeit durch die österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten nicht vorliegt (vgl jüngst VwGH 16.3.2016, 2015/17/0022, sowie VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Die von der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom EuGH anerkannten Gründe des Allgemeininteresses und sind geeignet, diese in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Die Beschränkungen erscheinen auch nicht unverhältnismäßig.

IV.6. Zu den Beweisanträgen betreffend die Frage der Unionsrechtskonformität:
Die Bf hat die Einvernahme zweier Zeugen zum Beweis der Unrichtigkeit der sogenannten Kalkestudie bzw. Zustandekommen der dort erwähnten Zahlen und Fakten beantragt. Die Frage der Beurteilung von Beweismitteln ist jedoch eine Frage der Beweiswürdigung. Nach Ansicht des erkennenden Gerichts sind in der aktuellen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg sind die darin untersuchten Parameter in wissenschaftlicher Weise erhoben und ausgewertet worden. Diese Studie ist schlüssig und nachvollziehbar. Wahrnehmungen und Einschätzungen (auch einer größeren Zahl) von mit der Materie befassten Einzelpersonen können die Studie nicht widerlegen. Dies wäre nur durch eine auf gleicher fachlicher Ebene erstellten Studie möglich. Die Beweisanträge waren daher schon aus diesem Grund abzuweisen. Darüber hinaus hat die Bf nicht dargetan, inwiefern sich die Unrichtigkeit der Studie durch die Einvernahme der beantragten Zeugen beweisen lassen soll. Abgesehen von der Untauglichkeit des beantragten Beweismittels, einer in wissenschaftlicher Weise erstellten Studie auf gleicher fachlicher Ebene entgegen zu treten, handelt es sich dabei um einen Erkundungsbeweis, zumal die allgemein gehaltene Formulierung des Beweisthemas nur den Schluss zulässt, dass der Beweisantrag lediglich auf Mutmaßungen fußt.

Soweit Zeugeneinvernahmen zum Beweis dafür beantragt wurden, dass die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz und zu den Konzessionskontrollen ineffektiv seien, ist auszuführen, dass die Zeugen lediglich ihre persönliche Meinung (ob eine „Ineffektivität“ vorliegt) darstellen könnten, die allenfalls auf Umständen gründet, die sich in ihrem unmittelbaren Umfeld abspielen. Hingegen sind der genannten Studie auch Auswirkungen der gesetzlichen Vorgaben und behördlichen Maßnahmen zu entnehmen. Persönliche Meinungen von Einzelpersonen sind daher für die vom Landesverwaltungsgericht OÖ vorzunehmende rechtliche Beurteilung, ob angesichts bestimmter tatsächlicher

Gegebenheiten die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen als (im rechtlichen Sinne ausreichend) effektiv angesehen werden können oder nicht, nicht von Relevanz. Auch die Beweisanträge zur Effektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz waren daher abzuweisen. Die bloß unsubstantiierte Behauptung, Spielerschutzvorschriften würden nicht greifen oder seien gelockert worden lässt überdies nicht erkennen inwieweit ein solches Handeln Einfluss auf die Anwendbarkeit einer innerstaatlichen Norm haben könnte. Der Antrag, Vorstände eines Konzessionärs nach dem GSpG zu vernehmen, geht daher auch deshalb ins Leere, weil die Bf damit kein geeignetes Vorbringen erstattet hat, von dem eine Relevanz für das ggst Verfahren abgeleitet werden könnte.

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

IV.7. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich unzweifelhaft, dass die T.M. KG im vorgeworfenen Zeitraum durch die Duldung der Aufstellung der ggst Geräte an einem öffentlich zugänglichen Ort im von ihr betriebenen Lokal verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht hat. Der Tatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG ist somit in objektiver Hinsicht erfüllt, was die Bf als unbeschränkt haftende Gesellschafterin der T.M. KG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten hat.

IV.8.1. 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).

IV.8.2. Der rechtsfreundliche Vertreter der Bf beruft sich auf einen Verbotsirrtum. Entschuldigend wirken dabei nach stRspr nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rsp zum Tatzeitpunkt (VwGH 22. 3. 1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbst erteilte Auskünfte über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) bzw. eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung“ (VwGH 22. 3. 1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Entschuldigend wirkt hiebei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 4. 10. 2012, 2012/09/0134, 18. 9. 2008, 2008/09/0187), einer anderer fachkompetenter Institutionen, zB der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (zB VwGH 16. 11. 1993, 93/07/0022, 0023), der Gebietskrankenkasse (VwSlg 14.020 A/1994) oder auch des Kuratoriums für Verkehrssicherheit (VwSlg 13.257 A/1990) bzw in sehr eingeschränktem Ausmaß die Rechtsauskunft berufsmäßiger Parteienvertreter (zB von Rechtsanwälten). Diese muss sich jedenfalls an der maßgeblichen Rsp der Höchstgerichte und gegebenenfalls an der Rechtsmeinung der zuständigen Behörde (VwSlg 11.744 A/1985) orientieren. Das Vertrauen auf die (falsche) Rechtsauskunft ist dem Auskunftssuchenden insbesondere dann vorwerfbar, wenn dem Beschuldigten das Spannungsverhältnis zur gegenteiligen Behördenauffassung bekannt ist oder sich unmittelbar aus dem Inhalt der Auskunft auch für den Nicht-Fachmann ersichtliche Zweifel ergeben (VwGH 22. 2. 2006, 2005/17/0195); (vgl. *Lewisch* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 5 Rz 21 (Stand 1.7.2013, rdb.at).

Hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Geräte kann sich die Bf nicht erfolgreich auf einen Verbotsirrtum berufen. Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt existierte zu § 52 Abs 1 Z 1 GSpG bereits höchstgerichtliche Judikatur zu den auf diesen Geräten angebotenen Spielen. Es ist somit auch von der Erfüllung der subjektiven Tatseite auszugehen.

IV.9. Zur Strafbemessung ist Folgendes festzuhalten:

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

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

Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Zur Bemessung der Strafhöhe ist anzumerken, dass § 52 Abs 2 GSpG bei Übertretung mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro normiert, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3 000 Euro bis zu 30 000 Euro.

Der Unrechtsgehalt der gegenständlichen Übertretungen ist hoch, wobei diesem Umstand bereits der Gesetzgeber durch Festsetzung einer entsprechend strengen Mindeststrafe Rechnung getragen hat.

Die belangte Behörde wertete keine Straferschwerungs- oder Milderungsgründe, hielt aber fest, dass es sich bereits um eine Wiederholungstat handle. Wie unter I.4. festgehalten, konnte jedoch keine Tatwiederholung festgestellt werden. Zumal der Tatzeitraum sehr gering war, die Verfahrensdauer der belangten Behörde jedoch zwei Jahre betrug und darüber hinaus keine Straferschwerungsgründe festgestellt wurden, konnte mit der Verhängung der Mindeststrafe bei der erstmaligen Übertretung mit bis zu drei Glücksspielautomaten das Auslangen gefunden werden.

IV.10. Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs räumt dem Beschuldigten ein Recht darauf ein, dass im Spruch die richtige und nur die richtige verletzte Verwaltungsvorschrift aufscheint. Gleiches gilt für die Anführung der Strafnorm nach § 44a Z 3 VStG. Darunter ist jene Verwaltungsvorschrift zu verstehen, die bei der Festlegung des Strafmittels und des Strafausmaßes heranzuziehen ist (vgl. z.B. VwGH 27.5.1993, 93/18/0233 und VwGH 15.10.2013, 2010/02/0161). Im vorliegenden Fall ist bei einer Übertretung des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG die Strafsanktionsnorm § 52 Abs 2 GSpG.
Das Verwaltungsgericht hat daher insoweit, als der Spruch des erstinstanzlichen Bescheides fehlerhaft ist, weil zB die angewendeten Gesetzesstellen unrichtig oder unvollständig zitiert wurden, dies in seinem Abspruch zu ergänzen bzw. richtigzustellen (vgl VwGH 15.11.2017, Ra 2017/17/0021 uHa VwGH 15.10.2013, 2010/02/0161, sowie 28.5.2014, 2012/07/0033).

IV.11. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden. Bei diesem Ergebnis war gemäß § 52 Abs 8 VwGVG kein Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vorzuschreiben. Der Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens war gemäß § 64 Abs 2 VStG festzusetzen.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da zur zu lösenden Rechtsfrage einheitliche höchstgerichtliche Rechtsprechung existiert, von der in der ggst Entscheidung nicht abgewichen wurde. Es liegt somit keine Rechtsfrage von grundlegender Bedeutung vor.

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reitter