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-412603/11/Wg

Datum:
Linz, 3. Mai 2018

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Weigl über die Beschwerde des A K, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, D, W gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 19. Dezember 2017, GZ: Pol96-782-1-2015-Bu, wegen Übertretungen des GSpG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. März 2018

zu Recht:

I. Der im Straferkenntnis als erwiesen angenommene Tatzeitraum wird auf den 28. September 2015 eingeschränkt. Die Wortfolge „die Glücksspielgeräte bzw. die Hardware der vorgefundenen Glücksspielgeräte bzw. die Software für den Betrieb der vorgefundenen Glücksspielgeräte“ wird eingeschränkt auf „die in ihrem Eigentum stehenden Eingriffsgegenstände FA-Nrn. 1 und 2“. Für jeden der beiden Eingriffsgegenstände (FA-Nrn. 1 und 2) werden eine Geldstrafe in der Höhe von jeweils 2.000 Euro sowie jeweils eine Ersatzfreiheitsstrafe von 50 Stunden festgesetzt. Die Strafsanktionsnorm lautet § 52 Abs. 2 erster Strafsatz Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 13/2014. Der Kostenbeitrag für das Verfahren der Bezirkshauptmannschaft reduziert sich auf 400 Euro. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

II. Die Revision ist nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1.1. Die belangte Behörde (Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn) sah es im bekämpften Straferkenntnis als erwiesen an, dass die P GmbH dem Glücksspielveranstalter gegen Entgelt die Glücksspielgeräte bzw. die Hardware der vorgefundenen Glücksspielgeräte bzw. die Software für den Betrieb der vorgefundenen Glücksspielgeräte (FA-Nrn. 1 und 2) im Zeitraum 27. September 2015 und 28. September 2015 im „Cafe H“, U, M, zur Verfügung gestellt und sich damit an verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt habe (§ 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG). Sie verhängte über den Bf als handelsrechtlichen Geschäftsführer „gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG“ Geldstrafen in der Höhe von jeweils 5.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 56 Stunden. Als Verfahrenskostenbeitrag wurden 1.000 Euro vorgeschrieben. Bezüglich der Einkommens-, Vermögensverhältnisse sowie allfälliger Sorgepflichten ging die Behörde von mittleren Verhältnissen aus, da der Bf diese trotz Aufforderung nicht bekannt gegeben hatte. Erschwerungs- und Milderungsgründe konnten nach Ansicht der Behörde nicht ermittelt werden.

1.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich führte am 6. März 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung (mV) durch. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich verwertete folgende Beweismittel: Inhalt der vorliegenden Verfahrensakte der Behörde und des Verwaltungsgerichtes, Aussage des Zeugen H.

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

Während der am 28. September 2015 im Lokal „Cafe H“, Eigentümer E H, durchgeführten finanzpolizeilichen Kontrolle waren die in der Folge mit den FA-Nrn. 1-3 versehenen Geräte betriebsbereit aufgestellt. Ob die Geräte wie im Straferkenntnis angelastet auch am 27. September 2015 betriebsbereit aufgestellt waren, konnte nicht festgestellt werden. Bei dem Gerät mit der FA-Nr. 3 handelt es sich um eine Art elektronisches Glücksrad mit Vervielfachungsfaktor mit der Bezeichnung „Afric2go“. Zu den Geräten FA-Nrn. 1 und 2: Bei den Geräten mit den Nrn. 1 und 2 handelt es sich um zwei Kajot-Auftragsterminals. Den Spielern stand auf den Geräten FA-Nrn. 1 und 2 das zufallsabhängige Walzenspiel „Ring of Fire XL“ zur Verfügung. Beschreibung des Spielablaufes: Nach Eingabe von Geld, Auswahl eines Einsatzbetrages mit der Setzen-Taste und Auslösung des Spieles durch die Start-Taste oder die Automatik-Starttaste 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 neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes. Bei den Walzenspielen hatte man keinerlei

Möglichkeit, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen. Es war nur möglich, nach Eingabe eines Geldbetrages als Spielguthaben, ein Spiel auszuwählen und zur Durchführung aufzurufen, den Einsatz zu wählen, die Starttaste solange zu betätigen, bis das aufgerufene Walzenspiel ausgelöst wurde und nach etwa einer Sekunde den Verlust des Einsatzes oder einen Gewinn festzustellen. Bei einem geforderten Mindesteinsatz von 0,20 Euro wurde ein Höchstgewinn von 20 Euro + 34 SG in Aussicht gestellt. Die Geräte wurden von den Finanzpolizisten vorläufig beschlagnahmt. Es steht nicht fest, wer Veranstalter der Glücksspiele ist, diese also auf eigene Rechnung und Gefahr durchführte. Die P GmbH hat die in den Geräten FA-Nrn. 1 und 2 eingebauten Banknotenleser, die sich in ihrem Eigentum befinden, aber jedenfalls am 28. September 2015 dem Veranstalter gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, um damit fortgesetzt Einnahmen aus der Veranstaltung von Ausspielungen zu erzielen. Die P GmbH hat die Terminals FA-Nrn. 1 und 2, die sich in ihrem Eigentum befinden, jedenfalls am 28. September 2015 dem Veranstalter gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, um damit fortgesetzt Einnahmen aus der Veranstaltung von Ausspielungen zu erzielen. Für die mittels der Geräte erfolgenden Ausspielungen lag weder eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vor und es waren diese auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen (Eigentumsnachweise ON 6 Gerichtsakt, Behördenakt).

A K war im September 2015 handelsrechtlicher Geschäftsführer der P GmbH. Im angelasteten Tatzeitraum lagen noch keine rechtskräftigen Vorstrafen nach dem GSpG vor. A K erstattete zu seinen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen weder im Verwaltungsstrafverfahren noch im Beschwerdeverfahren ein konkretes Vorbringen (Akt, Erörterung Tonbandprotokoll).

3. Beweiswürdigung:

In der Sache selbst (2.) stützen sich die Feststellungen auf die in Klammer angegebenen Beweismittel. E H war am 28. September 2015 Lokalbetreiber, die P GmbH Eigentümerin der Terminals FA-Nrn. 1 und 2, die P GmbH Eigentümerin der in den Geräten FA-Nrn. 1 und 2 enthaltenen Banknotenleser. Der Ablauf der finanzpolizeilichen Kontrolle im Lokal „Cafe H“ ist durch die im Akt befindlichen Dokumentationen (GSp26-Formulare, GSp33-Aktenvermerk, Fotodokumentation) erwiesen. Die Geräte FA-Nrn. 1, 2 und 3 waren zu Beginn der Kontrolle betriebsbereit. Das Walzenspiel „Ring of Fire“ konnte von den Finanzpolizisten auf Gerät FA-Nr. 1 bis zum Herunterfahren um 10:07 Uhr bespielt werden. Die Finanzpolizisten konnten bis dahin noch den geforderten Mindesteinsatz und dabei in Aussicht gestellten Höchsteinsatz feststellen. Gerät FA-Nr. 2 konnte dagegen nicht mehr bespielt werden, da das Gerät ebenfalls um 10:07 Uhr heruntergefahren worden war. Jedoch waren auf dem Bildschirm noch die zur Verfügung stehenden Spiele (darunter „Ring of Fire“, siehe Seite 6 der

Fotodokumentation Beilage 1 der Niederschrift vom 6. März 2018) sowie der Gewinnplan des Spieles „Ring of Fire“ und ein Spielguthaben (Foto Nr. 4 Seite 3 der Fotodokumentation Beilage 1 der Niederschrift) ersichtlich. Der Gewinnplan des Gerätes FA-Nr. 2 stimmt mit dem des Gerätes FA-Nr. 1 überein. Finanzpolizist Hager sagte in der Verhandlung am 6. März 2018 unter Vorhalt der im Aktenvermerk GSp33 enthaltenen Spielbeschreibung aus, dass damit seine dienstlichen Wahrnehmungen, wie sie im GSp26-Formular bzw. in den Formularen festgehalten wurden, richtig zusammengefasst wiedergegeben sind. Der Zeuge wurde zur Fotodokumentation fortgesetzt einvernommen und machte folgende Aussage: „Auf der Seite 2 dieser Fotodokumentation sind die Geräte FA-Nrn. 1 und 2 abgebildet, auf beiden Geräten stand das Spiel ‚Ring of Fire‘ zur Verfügung. Es handelt sich dabei um ein zufallsabhängiges Walzenspiel. Dieses Walzenspiel ist mir schon aus vielen anderen Kontrollen bekannt und es ist noch nie gelungen, hier Einfluss auf ein Spielergebnis zu nehmen. Bei ‚Ring of Fire XL‘ handelt es sich nach unseren Erfahrungswerten um ein zufallsabhängiges Walzenspiel. Vom Verhandlungsleiter zu den Einsätzen und Gewinnmöglichkeiten bei FA-Nr. 2 befragt, gebe ich an, dass das Gerät eben heruntergefahren wurde. Der Gewinnplan ist eben auf der Fotodokumentation auf Seite 2 abgebildet.“ Der Vertreter der Finanzpolizei verwies betreffend die Geräte FA-Nrn. 1 und 2 und das in der Eingabe vom 6. März 2018 erstattete Vorbringen betreffend sogenannten „Skill Games“ darauf, dass mit den sogenannten „Skill Games“ in der Regel drei kleine Walzen gemeint sind, die einem großen Walzenlauf „Animation“, wie beispielsweise „Ring of Fire“, vorgeschaltet sind. Solche kleinen Walzen sind auf der Fotodokumentation nicht ersichtlich, weshalb es sich insoweit nicht um einen solchen Gerätetyp handelte. Im Ergebnis steht für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fest, dass Spielern am 28. September 2015 auf den Geräten FA-Nrn. 1 und 2 das Walzenspiel „Ring of Fire“ zur Verfügung stand. Bei diesem Spiel kann man mit Geschick keinen Einfluss auf das Spielergebnis nehmen. Das Spiel ist zufallsabhängig. Der Verhandlungsleiter wies in der Verhandlung darauf hin, dass sich bezüglich der angenommenen Betriebsbereitschaft am 27. September 2015 (Vortag der Kontrolle) kein unmittelbares Beweisergebnis aus dem Akt ableiten lässt und insoweit daher nach dem Akteninhalt nicht festgestellt werden kann, dass die Geräte an diesem Tag betriebsbereit aufgestellt waren. Der Vertreter des Finanzamtes nahm dies zur Kenntnis. Es konnte mangels ausreichender Beweismittel daher nicht festgestellt werden, dass die Geräte auch am 27. September 2015 betriebsbereit aufgestellt waren.

Wer Veranstalter war, kann nicht mit der ausreichenden Wahrscheinlichkeit festgestellt werden. Dass die Terminals und die darin eingebauten Banknotenleser zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass diese von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurden und die Funktionsweise der Geräte eine Einnahmenerzielung

ermöglicht. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre und dass die Geräte nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wären. Dass einer der Beteiligten im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit den verfahrensgegenständlichen Geräten gewesen wäre oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet.

Im Akt sind keine rechtskräftigen Vorstrafen des A K nach dem GSpG dokumentiert. Der in der mV anwesende Vertreter des Finanzamtes hatte keine Einwände dagegen, die Unbescholtenheit als Milderungsgrund zu werten. A K erstattete kein konkretes Vorbringen zu seinen Einkommens- und Vermögensverhältnissen bzw. allfälligen Sorgepflichten.

4. Rechtliche Beurteilung:

4.1. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit:

Der Gerichtshof der Europäischen Union hat die Kriterien für eine allfällige Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielrechts bereits in mehreren Entscheidungen hinreichend festgelegt (vgl. EuGH C-64/08, Engelmann; C-347/09, Dickinger; C-390/12, Pfleger). Unter Zugrundelegung dieser Kriterien gelangte der Oberste Gerichtshof - im Einklang mit der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (E 945/2016) und des Verwaltungsgerichtshofes (Ro 2015/17/0022) - in zahlreichen Entscheidungen in gesamthafter Würdigung aller tatsächlichen Auswirkungen des von den Beklagten inkriminierten Regelungsrahmens, insbesondere des Verbots des Automatenglücksspieles ohne behördliche Bewilligung einschließlich der Berücksichtigung der Zulässigkeit bestimmter Werbemaßnahmen der Konzessionäre, zum Ergebnis, dass das österreichische System der Glücksspielkonzessionen nicht gegen Unionsrecht verstößt (RIS-Justiz RS0129945; zuletzt etwa 4 Ob 213/17h).

Das Bundesministerium für Finanzen äußerte sich zuletzt mit Stellungnahme vom 17. November 2017 umfassend zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregulierung. Dieser Stellungnahme sind folgende Beilagen angeschlossen:

- Glücksspielbericht 2010-2013
- Evaluierungsbericht 2010-2014
- Glücksspielbericht 2014-2016
- Informationsschreiben der Stabsstelle Spielerschutz (BMF-180500/0041-I/SP/2015)
- Anschreiben BMF IV/2 (BMF-180000/0916-IV/2/2015)

- Studie Kalke/Wurst, Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich - Ergebnisse der Repräsentativerhebung (2015)
- Studie Gesundheit Österreich, Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz (2016)
- VfGH 15.10.2016, E 945/2016 ua
- VwGH 16.03.2016, Ro 2015/17/0022
- VwGH 14.02.2017, Ra 2017/17/0010
- VwGH 17.05.2017, Ra 2017/17/0004
- VwGH 05.10.2017, Ra 2017/17/0332
- OGH 22.11.2016, 4 Ob 31/16m ua
- LVwG Oö. 27.04.2017, LVwG-411739/6/KLi/HUE
- LVwG Bgld. 09.05.2017, E 018/06/2017.001/016

Das Bundesministerium für Finanzen führt zusammenfassend aus: „Nach der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung der rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen im österreichischen Glücksspielbereich steht als Ergebnis fest, dass eine verhältnismäßige Zielerreichung gewährleistet ist, die nicht über das erforderliche Ausmaß hinausgeht (vgl. Glücksspielbericht 2014-2016). Das österreichische Glücksspielmonopol erweist sich insgesamt als mit dem Unionsrecht in Einklang stehend (so gelangen die Höchstgerichte allesamt zum Ergebnis der Unionsrechtskonformität, siehe VwGH 16.03.2016, Ro 2015/17/0002, Rn 123; VfGH 15.10.2016, E 945/2016 ua, RN 49 sowie OGH 22.11.2016, 4 OB 31/16m ua s. S 6f; der VwGH weist nunmehr Revisionen infolge geklärter Rechtslage beschlussmäßig zurück; vgl. so etwa VwGH 14.02.2017, Ra 2017/17/0010; 17.05.2017, Ra 2017/17/0004; 05.10.2017, Ra 2017/17/0332; vgl. ebenso zur Unionsrechtskonformität aussprechend z.B. LVwG Oö. 27.04.2017, LVwG-411739/6/KLi/HUE und LVwG Bgld. 09.05.2017, E 018/06/2017.001/16; sowie ausführlich die Stellungnahme des BMF BMF-180000/1382-I/8/2017 samt Beilagen).“

Dessen ungeachtet bringt die Beschwerde vor, das GSpG sei unionsrechts- und verfassungswidrig. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit fand in der Verhandlung eine Beweisaufnahme statt. Die Beschwerdeführer wurden ordnungsgemäß geladen, nahmen aber nicht an der Verhandlung teil. Auf folgende Ausführungen in der Niederschrift (Tonbandprotokoll) wird verwiesen: „Der Verhandlungsleiter weist darauf hin, dass der Eingabe vom 6.3.2018 folgende Urkunden angeschlossen sind:
Beilage 1, Urteil BG Wels
Beilage 2, Rechtsgutachten K
Beilage 3, Gutachten Ing. F.
Der Verhandlungsleiter weist darauf hin, dass seitens des BMF eine Stellungnahme vom 17.11.2017 dem LVwG vorliegt, die der Niederschrift als Beilage 2 samt angeschlossenen Beilagen angeschlossen wird. Herr W hält dazu fest, dass auf die wörtliche Verlesung dieser Urkunden verzichtet wird und diese einvernehmlich als

verlesen gelten mögen. Der Verhandlungsleiter weist darauf hin, dass in der Eingabe vom 6.3.2018 folgende Beweisanträge gestellt werden:
1. Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Fachgebiet Nr. 6087 (Glücks-Geschicklichkeitsspiele). Beweisthema: Funktionsweise der gegenständlich relevanten und beschlagnahmten Terminals
2. Einvernahme des Zeugen Dr. J K
3. Einvernahme der Zeugin Dr. G F
4. Einvernahme der Zeugen W K sowie M N
5. Einvernahme der Zeugin Mag. A S
Der Vertreter des Finanzamtes beantragt die Abweisung dieser Beweisanträge und hält fest: ‚Das GSp ist eindeutig unionsrechts- und verfassungskonform. Des Weiteren handelt es sich bei den vorgefundenen Geräten eindeutig um Glücksspielgeräte und nicht um Geschicklichkeitsgeräte.‘“

Die Werbeausgaben der Konzessionsunternehmungen sind laut dem vorgelegten Gutachten Ing. F (Beilage 3 der Stellungnahme des Bf) in den letzten Jahren (von 2009 bis heute) konstant. Dass insoweit - also betreffend den Umfang der Werbeausgaben - eine Änderung der Verhältnisse, die der von den Höchstgerichten im Jahr 2016 zugrunde liegenden Gesamtwertung, eingetreten wäre, ist daher nicht ersichtlich. Der Umfang der Werbeausgaben ist nicht zu beanstanden. Die im Gutachten enthaltene Schlussfolgerung zu „den meisten Werbemaßnahmen“ kann sich nur auf die im Befund aufgelisteten, einzelnen Maßnahmen beziehen. Ausgehend davon lassen die einzelnen im Gutachten beschriebenen Werbemaßnahmen keinen Rückschluss auf die Wirkungen aller maßgeblichen Werbemaßnahmen zu. So wird schon im Befund (Punkt 3.1.) ausdrücklich festgehalten: „Grundlagen der Befundaufnahme waren die aktuellen Kommunikationsmaßnahmen (die Auflistung stellt keinen Anspruch auf Vollständigkeit!) einiger ausgewählter Betriebe in der Klassischen Werbung ...“
Mangels Anspruch auf Vollständigkeit lassen sich aus diesem Gutachten keine Rückschlüsse auf gesamtheitliche Wirkungen ziehen. Es wird kein Zweifel daran begründet, dass die Werbetätigkeit maßvoll und eng darauf begrenzt ist, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken.

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

Glücksspielberichten 2010-2013 und 2014-2016 sowie im Evaluierungsbericht des BMF zu den Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010/2014. Aus Sicht des erkennenden Gerichts bestehen hinsichtlich der diesbezüglichen Ausführungen in den Berichten keine Bedenken gegen die Richtigkeit, zumal auch davon auszugehen ist, dass das BMF über den Inhalt und Umfang der Tätigkeiten der Behörden Kenntnis hat und auf Grund der Funktion als Aufsichtsbehörde auch über bestimmte Tätigkeiten der Konzessionäre informiert ist. Gründe dafür, dass vom BMF diesbezüglich auf Tatsachenebene falsche Auskünfte gegeben worden wären, sind im Verfahren nicht hervorgekommen. Die Stellungnahme des BMF vom 17. November 2017 wird den Feststellungen zugrunde gelegt.
Soweit Zeugeneinvernahmen zum Beweis dafür beantragt wurden, dass die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz ineffektiv seien, ist auszuführen, dass die Zeugen lediglich ihre persönliche Meinung (ob eine „Ineffektivität“ vorliegt) darstellen könnten, die allenfalls auf Umständen gründet, die sich in ihrem unmittelbaren Umfeld abspielen. Hingegen sind der genannten Studie auch Auswirkungen der gesetzlichen Vorgaben und behördlichen Maßnahmen zu entnehmen. Persönliche Meinungen von Einzelpersonen sind daher für die vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorzunehmende rechtliche Beurteilung, ob angesichts bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen als (im rechtlichen Sinne ausreichend) effektiv angesehen werden können oder nicht, nicht von Relevanz. Auch die Beweisanträge zur Effektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz waren daher abzuweisen.

Einzuräumen ist, dass das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich unter anderem in einer Entscheidung vom 5. Oktober 2017, GZ: LVwG-412243/6/Gf/Mu ua, zu dem Ergebnis gekommen ist, dass das GSpG unionsrechtswidrig ist (Datum der finanzpolizeilichen Kontrolle: 6. Juni 2017). Dabei verwertete das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich insbesondere den erwähnten Glücksspielbericht 2014-2016. Der Verwaltungsgerichtshof behob diese Entscheidung mit Erkenntnis Ra 2017/17/0965 und hielt unter Hinweis auf seine ständige Rechtsprechung fest, dass eine Unionsrechtswidrigkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes ausgehend von den Verfahrensergebnissen im Revisionsfall nicht zu erkennen ist. Für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist eindeutig belegt, dass die Grundlagen des Erkenntnisses Ro 2015/17/0022 nach wie vor unverändert gültig sind und das Rechtsgutachten Kletecka vom 24. Mai 2016 (Beilage 2 der Stellungnahme des Bf) keine Unionsrechtswidrigkeit aufzeigt (vgl. zuletzt auch GZ: LVwG-412624 vom 18. April 2018). Das GSpG ist unionsrechts- und verfassungskonform.

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

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl. I Nr. 105/2014, begeht derjenige eine

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

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

Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 GSpG ist Unternehmer, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.
Gemäß § 2 Abs. 4 GSpG sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind, verboten.

Hinsichtlich des Glücksspielcharakters der verfahrensgegenständlichen Walzenspielgeräte (FA-Nrn. 1 und 2) ist Folgendes auszuführen: Auf Grund der festgestellten Funktionsweise der an den Geräten verfügbaren virtuellen Walzenspiele ist auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201) davon auszugehen, dass das Spielergebnis vom Zufall abhängt und die virtuellen Walzenspiele (gegenständlich „Ring of Fire“) somit als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind.

Der nicht ausreichend konkretisierte Beweisantrag zum Beweisthema „Funktionsweise der gegenständlich relevanten und beschlagnahmten Terminals“ ändert daran nichts. Der Bf führt in seiner Stellungnahme vom 6. März 2018 aus, die Terminals seien baugleich mit den im vorgelegten Urteil des BG Wels behandelten Geräten (sog. Skill Games). Wie schon erwähnt, weisen sog. „Skill Games“-Geräte drei kleine vorgeschaltete Walzen auf, die auf den Geräten FA-Nrn. 1 und 2 aber nicht vorhanden waren. Es handelt sich um keine sog. „Skill Games“-Geräte.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass mit sämtlichen Geräten Glücksspiele veranstaltet wurden, um dadurch selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es handelt sich bei diesen Glücksspielen auch um Ausspielungen im Sinne des § 2 GSpG. Auf Grund der Funktionsweise der verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräte mit den darauf verfügbaren Spielen, bei denen Spieleinsätze zu leisten und Gewinne in Aussicht gestellt sind, ist - in Ermangelung einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz - von einer verbotenen Ausspielung im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG auszugehen. Weiters ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt wurde und diese Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei, dass die P GmbH Eigentümerin der Glücksspielgeräte (Eingriffsgegenstände) FA-Nrn. 1 und 2 war. Die P GmbH hat sich an der Veranstaltung von Glücksspielen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, unter Verwendung der aufgestellten betriebsbereiten und funktionsfähigen Geräte unternehmerisch im Sinne des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG beteiligt, um damit selbstständig und nachhaltig Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen, indem sie diese Eingriffsgegenstände dem Veranstalter gegen Entgelt zur Verfügung gestellt hat.

Der Bf ist gemäß § 9 Abs. 1 VStG strafrechtlich verantwortlich. Der objektive Tatbestand der im Straferkenntnis angelasteten Verwaltungsübertretungen ist erwiesen. Der Tatzeitraum war auf den 28. September 2015 einzuschränken, da die Betriebsbereitschaft hinsichtlich 27. September 2015 nicht festgestellt werden konnte. Für die Annahme der Behörde, der Bf habe (auch) die Software für den Betrieb der Glücksspielgeräte zur Verfügung gestellt, ist kein ausreichendes Beweisergebnis vorhanden. Die P GmbH hat sich dessen ungeachtet durch das Zur-Verfügung-Stellen der Eingriffsgegenstände an den veranstalteten Ausspielungen unternehmerisch beteiligt. Die als erwiesen angenommene Tat (Tatzeitraum) war einzuschränken.

Der objektive Tatbestand nach § 52 Abs. 1 Z 1 4. Tatbild GSPG ist erwiesen.

4.3. Zur subjektiven Tatseite (Verschulden):

Gemäß § 9 Abs. 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften grundsätzlich derjenige strafrechtlich verantwortlich, der zur Vertretung nach außen berufen ist. Auch wenn die Strafbarkeit nach § 9 Abs. 1 VStG nur im Rahmen eigenen Verschuldens besteht (Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG[2] § 9 Rz 41) und sich aus dem festgestellten Sachverhalt nicht ergibt, dass die Beschwerde führende Partei selbst bezogen auf die konkrete verfahrensgegenständliche Verwaltungsstraftat vorsätzlich gehandelt hätte (also, dass die Beschwerde führende Partei die vorliegende konkrete Tatbestandsverwirklichung mit den konkreten verfahrensgegenständlichen Geräten zumindest ernstlich für möglich hielt und sich damit abfand), so ist zu berücksichtigen, dass gemäß § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten genügt, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da § 52 GSpG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein sog. 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). Gegenständlich hat sich im Verfahren nichts ergeben, was geeignet wäre, ein fehlendes Verschulden des Bf darzulegen. Es wäre jedoch von der Beschwerde führenden Partei zu erwarten, dass sie sich über die konkreten Tätigkeiten der durch sie vertretenen juristischen Person ausreichend Kenntnis verschafft und Übertretungen des GSpG in Zusammenhang mit diesen Tätigkeiten durch entsprechende Maßnahmen verhindert. Der Bf beruft sich in seiner Beschwerde auch auf einen Verbotsirrtum auf Grund der zum Glücksspielgesetz ergangenen Rechtsprechung. Entschuldigend wirken dabei nach ständiger Rechtsprechung nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.03.1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbst erteilte Auskünfte über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) bzw. eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung“ (VwGH 22.03.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Entschuldigend wirkt hierbei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 04.10.2012, 2012/09/0134; 18.09.2008, 2008/09/0187), anderer fachkompetenter Institutionen, z.B. der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (z.B. VwGH 16.11.1993, 93/07/0022, 0023), der Gebietskrankenkasse (VwSlg 14.020 A/1994) oder auch des Kuratoriums für Verkehrssicherheit (VwSlg 13.257 A/1990) 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. Die Beschwerde führende Partei hat im Ergebnis die Verwaltungsübertretung auch in subjektiver Hinsicht zu verantworten. Der Bf hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch (subjektiv) zu verantworten (Fahrlässigkeit).

4.4. Strafbemessung:

Es kommt der erste Strafsatz nach § 52 Abs. 2 GSpG zur Anwendung (1.000 Euro bis 10.000 Euro). Der Strafsatz ist laut Verwaltungsgerichtshof Ra 2017/17/0021 im Spruch ausdrücklich anzuführen. Gemäß § 16 Abs. 2 VStG ist eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zwei Wochen vorgesehen.

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

Unrechtsgehalt: nicht geringfügig

Verschulden: Fahrlässigkeit

Milderungsgründe: Unbescholtenheit

Erschwerungsgründe: keine

Einkommens- und Vermögensverhältnisse: Der Beschuldigte hat insofern seine Einkommensverhältnisse darzulegen (VwGH 2011/02/0322). Der Bf hat trotz gebotener Gelegenheit seine Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten nicht beziffert (vgl. Aufforderung zur Rechtfertigung vom 17. Mai 2016). In der Begründung des Straferkenntnisses geht die Behörde berechtigt von mittleren Verhältnissen aus (VwGH 88/10/0182).

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

Erstbescheid -, nicht die gleiche Strafe verhängt werden darf wie im bekämpften Bescheid (vgl. VwGH 21.02.2012, 2010/11/0245).

Mit der Mindeststrafe konnte nicht das Auslangen gefunden werden. Die nunmehr verhängten Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen sind schuld- und tatangemessen. Einer weiteren Herabsetzung stand der keinesfalls als geringfügig zu wertende Unrechtsgehalt entgegen. Die Verfahrensdauer rechtfertigt keine weitere Herabsetzung (vgl. VwGH 2001/09/0163). Damit reduziert sich auch der Kostenbeitrag für das Verfahren der belangten Behörde (10 % der Strafe). Bei diesem Ergebnis ist für das Beschwerdeverfahren kein Kostenbeitrag zu entrichten.

Aus diesem Grund war spruchgemäß zu entscheiden.

5. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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 zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit des § 52 Abs. Z 1 GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der 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 im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 08.01.2015, Ra 2014/08/0064). Die Rechtslage ist durch die angeführte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geklärt.

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

H i n w e i s e

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

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

Mag. Weigl