OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

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

Geschäftszeichen:
LVwG-412780/12/MZ/BBa

Datum:
Linz, 25. Juni 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Zeinhofer über die Beschwerde der S Z, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 13. März 2018, GZ: VStV/917300835598/2017, wegen Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 3. Fall Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19. Juni 2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, als der Spruch des angefochtenen Bescheides insofern konkretisiert wird, als bei der verletzten Rechtsvorschrift die Passage „§ 9 Abs. 1 VStG iVm“ zu entfallen hat und die Strafsanktionsnorm (unter „gemäß §“) statt „§ 52 Abs. 1 Zi. 1 3. Tatbild GSpG idgF“ jeweils „§ 52 Abs. 2 dritter Strafsatz Glücksspielgesetz (GSpG) BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 118/2016“ zu lauten hat.

II. Die Beschwerdeführerin hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 2.400,- Euro (das sind 20 % der verhängten Geldstrafe) 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. Verfahrensgang

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde), vom 13. März 2018, GZ: VStV/917300835598/2017, wurden über S Z (in der Folge: Beschwerdeführerin; kurz: Bf) gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG vier Geldstrafen iHv je 3.000,- Euro und Ersatzfreiheitsstrafen von je 33 Stunden verhängt, weil sie die Räumlichkeiten des „C B“, L, gegen Entgelt zur Verfügung gestellt und so zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen zugänglich gemacht habe, indem sie die vier näher bezeichneten Glücksspielgeräte seit zumindest 20. Februar 2017 im gegenständlichen Lokal geduldet habe, bei welchen wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen (FA 1 bis FA 3) und Glücksrad (FA 4) durchgeführt wurden und aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil die dafür erforderliche Konzession des Bundesministeriums für Finanzen nicht vorlag. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von insgesamt 1.200,- Euro vorgeschrieben.

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei zweifelsfrei festgestellt worden sei. Die Bf habe die Aufstellung und den Betrieb der vier Geräte, mit denen verbotene Ausspielungen ermöglicht wurden, an denen Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten, als Lokalbetreiberin zu verantworten und somit vom Inland aus verbotene Ausspielungen zugänglich gemacht. Die Strafhöhe, die der gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafe bei einer Anzahl von mehr als drei Glücksspielgeräten im Wiederholungsfalle entspreche, sei im Hinblick auf den Unrechtsgehalt der Tat und das geschätzte Nettoeinkommen von € 2.000,-/Monat bei fehlenden Sorgepflichten sowie Berücksichtigung general- und spezialpräventiver Gründe geboten.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 6. April 2018, in welcher die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu der Ausspruch einer Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der verhängten Strafe sowie jedenfalls die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und die Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung des Erkenntnisses beantragt werden.

Begründend wird unter anderem ausgeführt, dass ein nicht mehr korrigierbarer Spruchmangel in dem Umstand zu sehen sei, dass die belangte Behörde als Tatzeit exakt die Zeiten der Kontrollen annehme. Der belangten Behörde seien auch eine Vielzahl von Begründungsmängeln vorzuwerfen. Eine Sachverhaltsdarstellung sei der Begründung der angefochtenen Entscheidung überhaupt nicht bzw. nicht in ausreichendem Ausmaß zu entnehmen. Die belangte Behörde treffe so gut wie

keine Feststellungen über den technischen Ablauf der angeblichen Glücksspiele. Die Behörde erster Instanz hätte mehrere in der Beschwerde konkret bezeichnete Fragen selbst oder durch einen Sachverständigen zu lösen gehabt und die entsprechenden Feststellungen treffen müssen. Überdies wird vorgebracht, dass der gegenständliche Bescheid inhaltlich rechtswidrig sei, Verfahrensfehler vorlägen, die belangte Behörde unzuständig sei, Aktenwidrigkeit vorliege, der Sachverhalt ergänzungsbedürftig sei und unrichtig rechtlich beurteilt worden wäre. Darüber hinaus sei das Glücksspielgesetz aus in der Beschwerde näher bezeichneten Gründen in seiner derzeitigen Ausgestaltung unionsrechtswidrig.
Bekämpft wird außerdem die Strafbemessung der belangten Behörde, da die Strafe nach Ansicht der Bf zu hoch sei und Milderungs- und Erschwerungsgründe unzutreffend gewertet worden seien.

I.3. Mit Schreiben vom 11. April 2018, eingelangt am 17. April 2018, legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Zu der für 19. Juni 2018 anberaumten öffentlichen mündlichen Verhandlung legte die Bf mit E-Mail vom 18. Juni 2018 mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung ein ergänzendes schriftliches Vorbringen samt Beilagen vor.

Darin wird – auf das Wesentliche zusammengefasst – ausgeführt, dass die belangte Behörde Art. 267 AEUV nicht beachtet habe und eine willkürliche Nichtvorlage von entscheidungswesentlichen Vorlagefragen einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK darstelle. Diesbezüglich werden neun Vorfragen, die Auslegung der unionsrechtlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit betreffend, insbesondere deren Vereinbarkeit mit den nationalen Regelungen im Glücksspielsektor formuliert. In Hinblick auf drei beim EuGH anhängige Verfahren mit identem Sachverhalt wird weiters die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung in diesen Rechtssachen beantragt. Zudem wird vorgebracht, dass es sich bei den hier gegenständlichen Geräten um reine Geschicklichkeitsapparate mit Touchscreen Funktion, jedoch keine Glücksspielautomaten handle und beantragte diesbezüglich die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Es sei trotz der jüngeren Rechtsprechung des VwGH und VfGH von der Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols auszugehen, zumal in den zitierten Entscheidungen keine eigenständige Sachverhaltsermittlung erfolgt sei, die im Sinne der von der Judikatur des EuGH geforderten dynamischen Betrachtungsweise der Regelung auch Auswirkungen nach deren Erlass berücksichtigen würde. Es liegt kein Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vor. Dazu werden im Vorbringen verschiedene Lehrmeinungen, die bisherige Rechtsprechung des EuGH, sowie die ihres Erachtens widersprüchliche Rechtsprechung des OGH.

Abschließend wurde im E-Mail die Einholung eines Gutachtens aus dem Fachgebiet Glücks- und Geschicklichkeitsspiele und die Vernehmung diverser Zeugen beantragt sowie dem Mail ein Konvolut an Beilagen (Urteil des BG Wels vom 17.03.2015, GZ: 8 C 673/14g-17; Rechtsgutachten von Univ.-Prof. Dr. A K vom 24.05.2016 betreffend Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielwerbung; Gutachten über die Glücksspielwerbung in Österreich von Ing. Mag. M F, MBA vom 31.05.2017) angehängt.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 19. Juni 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Zur Verhandlung sind ein Vertreter der Organpartei sowie die geladenen Zeugen M B, B S, C W und M M erschienen. Die belangte Behörde sowie der Vertreter des Beschwerdeführers waren wie auch der Zeuge W S entschuldigt abwesend.

Der anwesende Parteienvertreter konnte in der mündlichen Verhandlung seine rechtlichen Standpunkte präzisieren und dartun, sowie bei der Ermittlung des relevanten Sachverhalts – insb. auch durch Befragung der anwesenden Zeugen – mitwirken.

II. Sachverhalt, Beweise, Beweiswürdigung

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt (insbesondere in den im Akt einliegenden finanzpolizeilichen Aktenvermerk, in die Niederschrift vom 06.04.2017 und in die GSp26-Dokumentationen), und die weiteren unter Punkt I. dargestellten Ermittlungsschritte; zudem wurden zum Akt genommen die Schreiben des Bundesministers für Finanzen (BMF) vom 17. November 2017 samt Beilagen (insb. Glücksspielbericht 2010-2013 sowie 2014-2016, das Informationsschreiben der Stabstelle für Spielerschutz, den Evaluierungsbericht des BMF „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“, die Studie Kalke/Wurst, Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung [2015] samt Begleitschreiben des BMF, sowie die Studie Gesundheit Österreich, Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz [2016]).

Zur öffentlichen mündlichen Verhandlung sind ein Vertreter der Organpartei und vier der fünf geladenen Zeugen, die zur Kontrolle am 6. April 2017 im Lokal „C B“ befragt wurde, erschienen.

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

II.2.1. Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 6. April 2017 um 11:15 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung „C B“ in L, wurden folgende vier Geräte in einem öffentlich zugänglichen Bereich (abgeteilter Gastraum mit offenem Durchgang) betriebsbereit aufgestellt und voll funktionsfähig vorgefunden, und von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet:

FA-Geräte Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer
1	„Kajot“	x
2	„ubk“	x
3	„Kajot“	x
4	„afric2go“	x

Die Geräte sind zumindest seit 20. Februar 2017 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal aufgestellt. Bei sämtlichen Geräten konnten Testspiele durchgeführt werden.

Bei den auf den elektronischen Geräten mit den FA-Nrn. 1 bis 3 angebotenen Spielen handelt es sich um virtuelle Walzenspiele (etwa Ring of Fire XL, MACAU etc). Deren Spielablauf stellt sich im Wesentlichen wie folgt dar:
Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen werden Gewinne in Aussicht gestellt (gemäß Gewinnplan). Das Spiel wird durch eine Tastenbetätigung ausgelöst. Damit wird zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entsteht. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergibt einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg steht daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hängt ausschließlich vom Zufall ab. Spieler haben keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen, sondern können nur einen Einsatz und den dazugehörigen Gewinnplan auswählen und die Start-Taste betätigen. Allfällige Gewinne werden im Lokal ausbezahlt.

Beim Gerät mit der FA-Nr. 4 und der Gehäusebezeichnung „Afric2go“ handelt es sich um ein Gerät, das unter anderem für Geldwechselzwecke verwendet werden kann. Auf dem Gerät befinden sich eine rote, eine gelbe und eine grüne Taste. Mittels Drücken der grünen Taste kann zunächst zwischen Stufe 1, 2 und 4 gewechselt werden. Durch Einwerfen von Münzen oder Einführen von Banknoten in den Banknoteneinzug kommt es zur Anzeige eines entsprechenden Guthabens

auf dem Kreditdisplay. Durch Drücken der gelben Taste kann das Guthaben in 1 Euro- oder 2 Euro-Münzen gewechselt werden.
Durch Drücken der roten Taste können jedoch - abhängig vom gewählten Multiplikator (der gewählten Stufe) - 1, 2 oder 4 (je nach Stufe) Lieder auf einen USB-Stick, welcher am Automaten angeschlossen werden kann, kopiert werden. Wird die rote Taste bei Stufe 1 gedrückt, so verringert sich der Kreditstand um 1 Euro, bei gewählter Stufe 2 verringert sich der Kreditstand um 2 Euro.
Während des Kopierens der Musik, also bereits aufgrund des Drückens der roten Taste, kommt es automatisch zur Aktivierung eines zufallsabhängigen Bonussystems am Gerät, bei dem der Beleuchtungsumlauf in den Zahlenfeldern in der Gerätemitte ausgelöst wird.
Sofern am Ende des vom Kunden nicht beeinflussbaren Beleuchtungsumlaufs ein Zahlenfeld beleuchtet bleibt, bleibt ein Guthaben auf dem Anzeigedisplay stehen, welches dem Kredit zugezählt werden kann. Das aktivierte zufallsabhängige Bonussystem ermöglicht in der Stufe 1 einen Bonus (ein weiteres Guthaben) von 2/4/6/8 oder 20, in Stufe 2 einen Bonus (ein weiteres Guthaben) in doppelter Höhe und in Stufe 4 einen Bonus (ein weiteres Guthaben) in vierfacher Höhe. Durch (langes) Drücken der grünen Taste kann der Kredit inklusive eines allfällig erzielten Bonus ausgeworfen werden. Das Spielergebnis hängt ausschließlich vom Zufall ab, Spieler haben keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen. Es war keine Musik hörbar.

II.2.2. Das gegenständliche Lokal wird von der Bf, S Z, geb. x, slowenische Staatsbürgerin mit Wohnsitz in L, als Einzelunternehmerin betrieben. Die Bf ist Inhaberin der Geräte.

Das monatliche Nettoeinkommen der Bf beträgt 2.000,- Euro, Sorgepflichten bestehen keine. Im Akt sind keine zum Tatzeitpunkt rechtskräftigen maßgeblichen Vorstrafen dokumentiert. Die Bf bekommt vom Einspielergebnis aus den vier Geräten jeweils die Hälfte und eine „Gutschrift für die Kundenbetreuung“. Es erfolgt eine circa monatliche Abrechnung. Die Tätigkeit der Bf bei den Geräten umfasst lediglich das Ein- bzw. Ausschalten.

Die G s.r.o., ist Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Geräte. Es handelt sich dabei um eine Gesellschaft nach slowakischem Recht mit Sitz in Z, und Zweigniederlassung in Österreich. Die G s.r.o. verfügt über ein Stammkapital von 200.000,-- SKK (Mindestkapital; dies entspricht zum Entscheidungszeitpunkt etwa 6.600,- Euro) und keinen Aufsichtsrat.

Weder die G s.r.o. als Eigentümerin der Automaten noch die Bf waren im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die verfahrensgegenständlichen Geräte. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor und es waren solche Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen.

II.2.3. Im Jahr 2015 weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, die Zahl der Problemspieler beträgt daher entsprechend zwischen ca. 19.900 und ca. 35.800 Personen. Zudem waren 2015 in Österreich zwischen ca. 27.600 bis etwa 46.000 Personen spielsüchtig. Diese Werte sind im Vergleich zum Jahr 2009 annähernd konstant. Männer weisen zu höheren Anteilen ein problematisches und pathologisches Spielverhalten auf als Frauen. Innerhalb der verschiedenen Altersgruppen stellt sich das Ausmaß vorhandener Spielprobleme sehr unterschiedlich dar, wobei die 14- bis 30-Jährigen sich am stärksten betroffen zeigen.

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

Wert sogar bei etwa 317 €. Es folgen die klassischen Kasinospiele mit einem Mittelwert von ca. 194 €. Auch für diese Glücksspielform wurde 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 zahlenmäßig große Gruppe der Spieler von Lotterieprodukten beinhaltet anteilsbezogen nur wenige Personen, die ein problematisches oder pathologisches Spielverhalten zeigen (jeweils etwa ein Prozent). Während bei den Rubbellosen sich nur leicht höhere Werte zeigen, ist bei den klassischen Kasinospielen bereits mehr als jeder zwanzigste Spieler betroffen.

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

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

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2016 in Summe 7.923

Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870, darunter 5.555 über österreichische Spielbankbesucher und 1.944 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 7.159 online-„Sofort-Checks“. 634.657 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2016 den Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen, die seit Oktober 2013 auf zwei Mal monatlich gesteigert wurden. Bei 221.296 davon bestand die begründete Annahme im Sinne des § 25 Abs. 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.631 Informationsgesprächen sowie 1.050 Beratungen bzw. Befragungen führte. Per 31. Dezember 2016 waren beim Konzessionär österreichweit insgesamt 33.737 Personen gesperrt.

In den VLT-Outlets ist seit 2015 die Registrierung aller Teilnehmer verpflichtend. 23.845 VLT-Outletbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2016 dem Screening des Konzessionärs unterzogen und 14.836 Datensätze nach den spielerschutzrelevanten Kriterien des § 25 Abs. 3 GSpG bearbeitet (darin enthalten 2.216 Datensätze junger Erwachsener im Alter von 18-25 Jahren). Im Jahr 2016 wurden 639 Informationsgespräche sowie 543 Beratungen bzw. Befragungen geführt; ferner wurden 776 Besuchsbeschränkungen vorgemerkt sowie 899 Selbstsperren beantragt und aktiviert. Außerdem wurden 2.882 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870 – darunter 2.352 über österreichische VLT-Outletbesucher und 407 über Besucher aus dem übrigen EU/EWR – eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 1.434 online-„Sofort-Checks“.

Beim BMF wurde mit 1. Dezember 2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Vernetzung, Koordination und Zusammenarbeit in Spielerschutzangelegenheiten mit Behörden und fachlichen Einrichtungen auf Bundes-, Landes- sowie Regionalebene sowie international; Spielerschutz einschließlich Spielsuchtprävention im österreichischen sowie internationalen Glücksspielrecht; die fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre; Unterstützung der Glücksspielaufsicht in fachlicher Hinsicht; Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels; Unterstützung des Spielerschutzes in Beratung, Forschung und Entwicklung; des Weiteren die Weiterentwicklung von Standards und Strategien zur Eindämmung der Spielsucht und damit verbundenen anderen negativen Effekten.

Ferner ist durch die GSpG-Novelle 2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden (diese Anbindungen sind seit 2013 bzw. 2015 in Betrieb); durch das Abgabenrechtsänderungsgesetz 2011 wurden die Voraussetzungen zur

Erweiterung auf den Bereich der Glücksspielautomaten in Spielbanken geschaffen – diese Anbindung ist seit 1. Juli 2017 in Betrieb. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

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

II.3.1. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich vollständig und schlüssig aus dem durchgeführten Beweisverfahren.

Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte, insbesondere auch deren Betriebsbereitschaft und Betriebsdauer in einem öffentlich zugänglichen Bereich und dass Gewinne ausbezahlt wurden, gründen vor allem auf den schlüssigen und nachvollziehbaren Aktenvermerk der Finanzpolizei, der GSp26-Dokumentation, der Aussage der im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vernommenen Zeugen sowie der niederschriftlichen Aussage des bei der Kontrolle anwesenden gewerberechtlichen Geschäftsführers. Letzterer konnte insbesondere auch den Zeitraum angeben, indem die Geräte betriebsbereit und öffentlich zugänglich im Lokal aufgestellt waren und Details über Spieleinsatz und mögliche (Höchst-)Gewinne und deren Auszahlung sowie die Tätigkeiten der G s.r.o. und der Aufteilung der Erlöse schildern. Für das erkennende

Landesverwaltungsgericht ergaben sich weder aus dem Akt noch im Beweisverfahren Hinweise, die gegen diese Feststellungen sprechen.

Die Anzeige der Finanzpolizei enthält auch eine Beschreibung der Spielabläufe. Diese Beschreibungen lassen sich mit den Aussagen der Zeugen und den von ihnen angefertigten Fotos in Einklang bringen. Aus dem Beweisergebnis ergibt sich unzweifelhaft, dass auf den verfahrensgegenständlichen Geräten (FA-Nr. 1 bis 3) Walzenspiele, wie z.B. das Spiel „Ring of Fire“ und viele andere bekannte Spiele, verfügbar waren. Aus unzähligen Verfahren ist gerichtsbekannt, dass es sich bei den genannten Spielen um Walzenspiele im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes handelt. Der Dokumentation sind auch die durchgeführten Probespiele - auch am Afric2go-Gerät - zu entnehmen. Für das Gericht bestanden daher keine Zweifel, dass es sich bei den gegenständlichen Geräten um Geräte mit der festgestellten Funktionsweise gehandelt hat.
Das in der Beschwerde erwähnte Urteil des BG Wels (8 C 673/14) kann lediglich als Beweis dafür dienen, dass das BG Wels ein näher bezeichnetes Klagebegehren abgewiesen hat. Das Urteil spricht zwar von „Skill Games“ (übersetzt: Geschicklichkeitsspiele) und führt – nicht vorgelegte – Gutachten an. Die konkret am 19. August 2017 vorgefundenen Geräte werden in diesem Urteil jedenfalls nicht genannt. Die von der Finanzpolizei festgestellte Funktionsweise der Geräte wurde im Übrigen auch zu keiner Zeit im Verfahren bestritten, sodass für das erkennende Landesverwaltungsgericht keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben bestehen.
Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich neben den Aufzeichnungen zur gegenständlichen Kontrolle (insb. aus den von den Kontrollorganen durchgeführten und dokumentierten Testspielen) überdies aus Aufzeichnungen von Kontrollorganen in anderen Verfahren und der vom Gericht im Hinblick auf die vorliegenden Beweismittel als unzweifelhaft angenommenen Vermutung, dass es sich bei den gegenständlichen Geräten um solche gleicher Bauart handelt.

Dass die Geräte auch zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass diese Geräte betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten des Lokals aufgestellt waren und die Funktionsweise der Geräte eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Der gewerberechtliche Gf im Lokal „C B“ der Bf gab anlässlich der Kontrolle vielmehr selbst an, dass das Lokal circa 50 % der Einspielergebnisse der verfahrensgegenständlichen Geräte erhalte.

Der Umstand, dass der Bf die Funktionsweise der Geräte bekannt gewesen war, ergibt sich für das erkennende Gericht schon daraus, dass es absolut lebensfremd wäre, wenn der Bf eine Sache, die sich in ihrem Lokal befindet und für dessen Betriebsbereitschaft sie sorgt, nicht die Funktion dieser bekannt wäre.

II.3.2. Die (ebenfalls unbestrittenen) Feststellungen bezüglich der Eigentumsverhältnisse an den beiden Geräten ergaben sich aus dem Akt, insbesondere aus den in der Niederschrift protokollierten Aussagen des gewerberechtlichen Geschäftsführers.
Die Feststellungen zur G s.r.o., insb. auch ihrer Leistungen gegenüber bzw. Vereinbarungen mit der Bf, gründen auf den aktenkundigen finanzpolizeilichen Erhebungen bzw. waren bereits gerichtsbekannt.

Dass weder die G s.r.o, noch die Bf bzw. Dritte im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die gegenständlichen Geräte war und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, folgt für das erkennende Gericht bereits daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle, noch im behördlichen Verfahren bzw im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurde und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde. Ebenso ist eine solche der Homepage des BMF x nicht entnehmbar.

Die Annahme der belangten Behörde eines monatlichen Nettoeinkommens der Bf von 2.000,- Euro bei fehlenden Sorgepflichten blieb im Verfahren unwidersprochen. Für eine nicht vorliegende Unbescholtenheit der Bf ergeben sich keine Hinweise aus dem Akt; überdies waren im Tatzeitpunkt auch beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich noch keine verwaltungsstrafrechtliche Verfahren im Hinblick auf die Bf anhängig.

Dass das gegenständliche Lokal von der Bf betrieben wird, ergibt sich aus dem im Akt befindlichen GISA-Auszug und wurde im Verfahren auch nicht bestritten.

II.3.3. Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. K und Prof. Dr. W vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt und es sind aus Sicht des erkennenden Gerichts im Verfahren keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Studie hervorgekommen. Die Feststellungen zu den Tätigkeiten des BMF, der Finanzpolizei und der Konzessionäre sowie die Feststellungen zur Anbindung an das Bundesrechenzentrum gründen vor allem auf den Angaben des BMF in den Glücksspielberichten 2010-2013 und 2014-2016 sowie im Evaluierungsbericht des BMF zu den Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014. Aus Sicht des erkennenden Gerichts bestehen hinsichtlich der diesbezüglichen Ausführungen in den Berichten keine Bedenken gegen die Richtigkeit, zumal auch davon auszugehen ist, dass das BMF über den Inhalt und

Umfang der Tätigkeiten der Behörden Kenntnis hat und aufgrund der Funktion als Aufsichtsbehörde auch über bestimmte Tätigkeiten der Konzessionäre informiert ist. Gründe dafür, dass vom BMF diesbezüglich auf Tatsachenebene falsche Auskünfte gegeben worden wären, sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

Zu den Beweisanträgen betreffend die Frage der Unionsrechtskonformität ist Folgendes auszuführen:

Die Bf hat die Einvernahme mehrerer Zeugen zum Beweis des Anstiegs der Anzahl an Spielsüchtigen und der Ineffektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz insbesondere innerhalb der Jahre 2010 bis 2015 beantragt. Soweit sich die Bf auf Aussagen von Fachleuten beruft, wonach die Zahl der spielsüchtigen Personen in den letzten Jahren gestiegen sei, sind diese nicht geeignet, die Untauglichkeit des GSpG und der behördlichen Maßnahmen zu beweisen. In der aktuellen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. K und Prof. Dr. W vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg sind gerade diese Parameter in wissenschaftlicher Weise erhoben und ausgewertet worden. Diese Studie ist schlüssig und nachvollziehbar. Wahrnehmungen und Einschätzungen (auch einer größeren Zahl) von mit der Materie befassten Einzelpersonen können die Studie nicht widerlegen. Dies wäre nur durch eine auf gleicher fachlicher Ebene erstellte Studie möglich. Die Beweisanträge waren daher abzuweisen.

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

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Maßgebliche Rechtslage

Die im gegenständlichen Verfahren maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens, über die Änderung des Bundeshaushaltsgesetzes und über die Aufhebung des Bundesgesetzes betreffend Lebensversicherungen mit Auslosung (in weiterer Folge kurz: Glücksspielgesetz – GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 107/2017 lauten auszugsweise wie folgt:

„Glücksspiele

§ 1. (1) Ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt. [...]

Ausspielungen

§ 2. (1) Ausspielungen sind 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).

(2) Unternehmer ist, 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.

(3) Eine Ausspielung mit Glücksspielautomaten liegt vor, wenn die Entscheidung über das Spielergebnis nicht zentralseitig, sondern durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung im Glücksspielautomaten selbst erfolgt. [...]

(4) Verbotene Ausspielungen 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.

Behörden und Verfahren

§ 50. (1) Für Strafverfahren und Betriebsschließungen nach diesem Bundesgesetz sind die Bezirksverwaltungsbehörden, im Gebiet einer Gemeinde, für das die Landespolizeidirektion zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, die Landespolizeidirektion zuständig. Gegen diese Entscheidungen kann Beschwerde an ein Verwaltungsgericht des Landes erhoben werden.

[...]

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

[...]

(7) Der Bundesminister für Finanzen ist berechtigt, gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte der Länder sowie des Bundesverwaltungsgerichtes und des Bundesfinanzgerichtes Revision an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben. Die Verwaltungsgerichte der Länder [...] haben Ausfertigungen glücksspielrechtlicher Entscheidungen unverzüglich dem Bundesminister für Finanzen zu übermitteln.

[...]

(10) Erwachsen einer Behörde bei einer Amtshandlung im Zusammenhang mit dem Beschlagnahme- oder Einziehungsverfahren Barauslagen, so sind diese den Bestraften zur ungeteilten Hand im Strafbescheid, allenfalls mittels gesonderten Bescheids, aufzuerlegen.

[...]

Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 52. (1) Es 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,

1. 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;
   [...]

[...]

(2) Bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen ist 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.

(3) 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.

(4) [...] Gegenstände, mit deren Hilfe eine verbotene Ausspielung im Sinne des § 2 Abs. 4 durchgeführt oder auf andere Weise in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, unterliegen, sofern sie nicht gemäß § 54 einzuziehen sind, dem Verfall.

[...]

Die Bestimmung des § 45 Verwaltungsstrafgesetzes 1991, BGBl Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 33/2013 (in der Folge kurz: VStG) lautet auszugsweise wie folgt:

„§ 45. (1) Die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn [...]

4. die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind; [...]

Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde dem Beschuldigten im Fall der Z 4 unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten."

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

III.3. Objektiver Tatbestand

III.3.1 Mit den verfahrensgegenständlichen Geräten können Spiele durchgeführt werden, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Die Spieler können weder durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen:

Hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele hat bereits der VwGH in zahlreichen Entscheidungen (zB VwGH 27.01.2012, 2011/17/0246; 27.02.2013, 2012/17/0352) explizit festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. So zeigt auch der im vorliegenden Fall konkret festgestellte Spielablauf, dass das Spielergebnis jeweils vorwiegend vom Zufall abhängt. Die Spieler können daher die Geräte mit den FA-Nrn 1 bis 3 jedenfalls auch zur Durchführung von Glücksspielen verwenden.

Hinsichtlich des Afric2go-Geräts mit der FA-Nr. 4 hat das Ermittlungsverfahren ergeben, dass die Spieler eine vermögenswerte Leistung von 1, 2 oder 4 Euro erbringen und gleichzeitig mit der Betätigung der „Musik kopieren/hören"-Taste ein zufallsabhängiger Beleuchtungsumlauf in Gang gesetzt wird und dabei die Vervielfachung des Einsatzes möglich ist. In der Entscheidung vom 20. April 2016 (abrufbar im RIS seit 18. Mai 2016), Ro 2015/17/0020, führte der Verwaltungsgerichtshof hinsichtlich des zu beurteilenden Geräts „Afric2go" aus, dass für die Erfüllung des § 2 Abs. 1 Z 2 GSpG lediglich Voraussetzung ist, dass im Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel eine vermögenswerte Leistung

erbracht wird. Der Einsatz von 1 Euro stehe in unmittelbarem Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel, da gleichzeitig mit der Betätigung der „Musik kopieren/hören“-Taste der zufallsabhängige Beleuchtungsumlauf in Gang gesetzt werde, mit dem der Einsatz vervielfacht werden könne. Selbst ein zeitversetztes Starten der Gewinnspielfunktion könne den Zusammenhang zwischen Einsatzleistung und Gewinnspiel nicht durchbrechen, da selbst ein verzögert in Gang gesetztes Glücksspiel noch in einem engen Zusammenhang mit der Einsatzleistung stehe, weil die vermögenswerte Leistung des Anwenders nicht auf den Erwerb eines Musiktitels beschränkt ist, sondern auch die (nachfolgende) Gewinnchance umfasse. Entsprechend dieser Judikatur ist daher festzuhalten, dass mit dem gegenständlichen Gerät Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte. Eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu diesem Themenkomplex kann bzw. konnte aufgrund der insofern klaren Sach- und Rechtslage unterbleiben.

Im Hinblick auf die in der Beschwerde geltend gemachten Begründungsmängel, die die Bf darin erblickt, dass die belangte Behörde keine Feststellungen über den technischen Ablauf der Glücksspiele getroffen habe und daher aus der Bescheidbegründung nicht ersichtlich sei, warum die belangte Behörde vom Vorliegen von Glücksspielautomaten ausgehe, wird folgendes ausgeführt:
Die belangte Behörde hat im angefochtenen Straferkenntnis (insb. Seite 4 und 5) detaillierte Feststellungen zum Ablauf der auf den Automaten möglichen Spiele getroffen. Diese Feststellungen beruhten auf der Würdigung der von der Finanzpolizei durchgeführten und dokumentierten Testspiele. Ein Begründungsmangel ist daher nicht erkennbar. Die in der Beschwerde eingeforderten zusätzlichen Feststellungen sind für die Beurteilung, ob es sich bei dem gegenständlichen Automat um ein Glücksspielgerät handelt, nicht relevant.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich weiter, dass mit sämtlichen verfahrensgegenständlichen Geräten Glücksspiele veranstaltet wurden, um dadurch 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 und auch weder die Bf, noch die G s.r.o bzw etwaige Dritte, von diesem ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

Auch hat die Bf als Lokalbetreiberin den öffentlich zugänglichen Platz im Lokal, auf dem die Geräte aufgestellt waren, zur Verfügung gestellt und für die Aufstellung der vier Geräte auf diesem Platz jeweils 50 % des Einspielergebnisses und eine „Gutschrift für die Kundenbetreuung“ bekommen. Die betriebsbereiten Geräte

waren somit seit 20. Februar 2017 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal bis zum Tag der Kontrolle in einem öffentlich zugänglichen Bereich aufgestellt und in der Folge auf dieser Fläche im Lokal (zumindest) von der Bf geduldet, um daraus selbständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen.

Das Vorbringen in der Beschwerde, dass im Straferkenntnis als Tatzeit exakt die Zeiten der Kontrolle durch die Organe der Finanzpolizei vorgeworfen worden wäre, ist unbeachtlich, da im Straferkenntnis ein Tatzeitraum (arg: „seit zumindest 20.02.2017“) vorgeworfen wurde.

Die Bf hat als Betreiberin des Lokals „C B“, in welchem die Geräte betriebsbereit vorgefunden wurden, somit verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht, als sie die Geräte zur Veranstaltung von Ausspielungen im Lokal zumindest duldete, um daraus Einnahmen zu lukrieren. Der objektive Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 3. Tatbild GSpG ist somit erfüllt.

III.3.2. Wie soeben dargelegt, waren die verfahrensgegenständlichen Geräte zumindest seit dem 20. Februar 2017 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal „C B“ aufgestellt.
Die Benützer der Geräte im gegenständlichen Lokal in Linz haben ihre Spieleinsätze daher jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt am Gerät erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an dieses übermittelt und dort nur angezeigt wurde. Allfällige Gewinne wären ebenfalls vor Ort ausgezahlt worden. Sämtlichen diesbezüglichen Beweisanträgen war daher nicht nachzukommen und auf das diesbezügliche rechtliche Vorbringen nicht weiter einzugehen (vgl. insb. VwGH 29.04.2014, Ra 2014/17/0002 mwN).

Angesichts des festgestellten Sachverhaltes, insbesondere der Umstände, dass der Einsatz in die verfahrensgegenständlichen Geräte einzugeben war, von Spielern Tasten auf diesen Geräten zu betätigen waren, Gewinne im verfahrensgegenständlichen Lokal in Aussicht gestellt und ausbezahlt wurden und auf den Geräten das Spielergebnis visualisiert wurde, ist davon auszugehen, dass Ausspielungen auch in Oberösterreich (am Standort der Geräte) erfolgten, wobei diese Ausspielungen auch nicht von einer allfällig erteilten Konzession bzw. Bewilligung für Ausspielungen in einem anderen Bundesland erfasst wären (vgl. VwGH vom 14.12.2011, 2011/17/0155).

III.3.3. Zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Subsidiarität des § 168 StGB:
Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, G 203/2014-16 ua, bereits festgestellt, dass die Regelungen des GSpG zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind, sodass die diesbezüglichen Einwände der Bf nicht stichhaltig sind.

III.3.4. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit:

III.3.4.1. Nach der Rsp des EuGH kann ein Glücksspielmonopol geeignet sein, einerseits die Niederlassungsfreiheit, andererseits die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken (EuGH Rechtssache Gambelli, C-243/01; Rechtssache Pfleger ua, C 390/12).

Im gegenständlichen Fall ist die Bf slowenische Staatsbürgerin mit Wohnsitz im Inland (konkret in L).

Diese Umstände ändern jedoch nichts an der Anwendbarkeit des GSpG im vorliegenden Fall:

III.3.4.1.1. Zunächst ist festzuhalten, dass – wie auch von den Höchstgerichten in ständiger Rechtsprechung bestätigt wird – die Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten Sachverhalte mit Auslandsbezug voraussetzt (vgl. etwa VwGH 27.04.2012, 2011/17/0046). Ein Inländer ist nicht unmittelbar durch die Dienstleistungsfreiheit geschützt (siehe etwa OGH 21.10.2014, 4 Ob 145/14y). So geht etwa auch der OGH in der Entscheidung 4 Ob 244/14g davon aus, dass „*die Unvereinbarkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes mit der primärrechtlichen Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit in rein nationalen Fällen nicht zur Unanwendbarkeit dieser Bestimmungen*“ führt.

III.3.4.1.2. Bei der Bf handelt es sich – wie soeben dargelegt – um eine slowenische Staatsbürgerin mit Wohnsitz in Österreich. Demzufolge ist auch ein entsprechender grenzüberschreitender Sachverhalt gegeben, sodass der Schutzbereich der unionsrechtlichen Grundfreiheiten grundsätzlich eröffnet wäre.

III.3.4.1.3 Die behauptete Unionsrechtswidrigkeit liegt jedoch jedenfalls aus nachfolgenden Gründen nicht vor:

III.3.4.2 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 Rs *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 Rs *Gambelli*, C 243/01; siehe weiters EuGH Rs

Dickinger und Ömer, C-347/09; EuGH Rs *Pfleger*, C-390/12; VwGH 29.05.2015, Ro 2014/17/0049; VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121).

III.3.4.3. Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, und es sind (Stand 2015) zwischen ca. 27.600 bis ca. 46.000 Personen spielsüchtig. Die Spielsucht stellt daher in Österreich ein relevantes Problem dar. Durch das im GSpG geregelte Glücksspielmonopol sollen unter anderem die Gelegenheiten zum Spiel vermindert, die Ausnutzung der Spielleidenschaft begrenzt und der Spielerschutz gewährleistet werden (vgl. in diesem Zusammenhang etwa die §§ 5, 14, 16, 19, 21, 22, 25, 26, 31 und 56; so ausdrücklich auch die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Novelle BGBl I Nr. 73/2010; in diesem Sinne auch bereits die Rsp der österreichischen Höchstgerichte siehe etwa VfGH 06.12.2012, B1337/11 ua; VfGH 12.03.2015, G 205/2014-15 ua; VwGH 07.03.2013, 2011/17/0304, VwGH 04.11.2009, 2009/17/0147; OGH 20.03.2013, 6 Ob 118/12i; 17.02.2015, 4 Ob 229/14a: Aus den gesetzlichen Bestimmungen als solchen sei nicht abzuleiten, dass die Ausgestaltung des Glücksspielrechts nicht dem Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung diente).
Diese Zielsetzungen vermögen daher eine Beschränkung der Glücksspieltätigkeiten im Sinne der Rsp des EuGH zu rechtfertigen. Auch der Verfassungsgerichtshof hielt bereits 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 Rs *Pfleger*, C-390/12, Rz 41).

III.3.4.4. Es ist daher zu prüfen, ob die im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit in ihren Wirkungen tatsächlich geeignet sind, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Hinsichtlich der Eignung der im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit zur Erreichung der genannten Ziele in kohärenter und systematischer Weise ist nicht nur zu prüfen, welche gesetzlichen Vorgaben geregelt sind, sondern auch wie diese umgesetzt werden.

Das GSpG regelt einerseits die Anforderungen an die Erteilung einer Konzession oder Bewilligung zur Durchführung von Ausspielungen sowie deren Einhaltungsvoraussetzungen, andererseits stellt es Ausspielungen, die ohne Konzession oder Bewilligung durchgeführt werden, unter Strafe und ordnet dazu

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

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

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667 und 2014 651, 2015 1.076 und 2016 748 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480, 2013 1299, 2014 1.102, 2015 2.319 und 2016 1.207 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden. Bereits aufgrund dieser vorläufigen Beschlagnahmen wurden aber grundsätzlich weitere Glücksspiele mit betroffenen Glücksspielgeräten (zumindest für die Dauer der Aufrechterhaltung der Beschlagnahme) verhindert und insoweit die Zugänglichkeit zu Ausspielungen beschränkt.

Beim BMF wurde mit 1. Dezember 2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 bis zum Jahr 2014 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und

Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich ferner, dass durch die GSpG-Novelle 2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden ist; seit 1. Juli 2017 sind ferner Glücksspielautomaten in Spielbanken an dieses System angebunden. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

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

Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist die unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (so etwa VwGH 24.04.2015, Ro 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w; VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (C-464/15 [*Admiral Casinos & Entertainment AG*]) ist eben nicht nur auf die Zielsetzung im Moment des Erlasses der Regelung abzustellen, sondern auch auf die Auswirkungen der Regelung seit deren Erlass, wobei Gerichte damit nicht angeleitet werden, dies „empirisch mit Sicherheit“ feststellen zu müssen.

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

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

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

III.3.4.5 Zum Vorbingen betreffend die Werbetätigkeit:

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 die Rs *Dickinger/Ömer*, C 347/09; *Placanica*, C-338/04; *HIT hoteli* u.a., C-176/11). Gemäß § 56 Abs. 1 GSpG haben die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber bei ihren Werbeauftritten einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren, wobei die Einhaltung im Aufsichtswege

überwacht wird. Bei Beurteilung der Werbetätigkeit kommt es nicht auf eine einzelne Werbung an, sondern es ist vielmehr die Gesamtheit der Werbemaßnahmen der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber heranzuziehen (vgl. auch OGH 27.11.2013, 2 Ob 243/12t).

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

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

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

III.3.4.6. Zusammenfassend ergibt sich daher für das erkennende Landesverwaltungsgericht, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände eine Unionsrechtswidrigkeit durch die österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten nicht vorliegt. Die von

der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom EuGH anerkannte Gründe des Allgemeininteresses und sind geeignet, diese in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Die Beschränkungen erscheinen auch nicht unverhältnismäßig.

Aufgrund der getroffenen Feststellungen ist davon auszugehen, dass in Zusammenschau aller in den Feststellungen dargestellten Handlungen der Behörden und der durch das Gesetz gebotenen vielfältigen Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Konzessionäre, der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes Rechnung getragen wird und die österreichische Regelung im Einklang mit Art. 56 AEUV steht. Ein allfälliges Fehlverhalten einzelner Marktteilnehmer führt nicht zur Inkohärenz der gesetzlichen Regelungen und deren behördlicher Handhabung.

Auch der VwGH kann in den im GSpG vorgesehenen Eingriffsbefugnissen keinen übermäßigen Eingriff in die von der GRC geschützten Rechte erkennen. Insofern entspricht diese Beurteilung des Landesverwaltungsgerichts der aktuellen Rechtsprechung des VwGH zu diesem Thema (insb. 16.03.2016, Ro 2015/17/0022-7) und steht überdies auch in Einklang mit der aktuellen Judikatur des OGH (vgl OGH 03.05.2017, 4 Ob 71/17w [unter Verweis auf 4 Ob 162/16a; RIS-Justiz RS0130636 (T1, T2, T3, T4); 4 Ob 12/17v; 4 Ob 13/17s; 4 Ob 18/17a; 4 Ob 24/17h; 4 Ob 41/17h uva]). Ebenso konnte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016 (E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19) keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkung der Glücksspielkonzessionen erkennen, sodass alle österreichischen Höchstgerichte einhellig von der Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielgesetzes ausgehen.

III.3.4.7 Zum Vorbringen der Nichtbeachtung des Art. 267 AEUV und den Anträgen auf Aussetzung des Verfahrens:

Die Bf vertritt die Rechtsauffassung, die belangte Behörde habe Art. 267 AEUV nicht beachtet, weshalb aufgrund der willkürlichen Nichtvorlage von entscheidungswesentlichen Vorlagefragen ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK vorliege. Dem ist entgegenzuhalten, dass weder die belangte Behörde, noch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Vorlage an den EuGH verpflichtet sind. Die Pflicht zur Anrufung des EuGH im Wege des Art. 267 AEUV trifft nur letztinstanzliche Gerichte, deren Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können. Das österreichische Recht gewährt den Parteien keinen Anspruch auf Vorlage durch ein unterinstanzliches Gericht oder eine Verwaltungsbehörde (vgl. *Schima* in *Mayer/Stöger,* [Hrsg] EUV/AEUV, Art. 267 AEUV Rz 87 mwN).

Nach der Rechtsprechung des EGMR erscheint es zwar möglich, im Verstoß gegen Art. 267 Abs. 3 AEUV auch eine Verletzung von Art. 6 EMRK zu sehen (vgl. *Schima* aaO Rz 122), der EGMR scheint allerdings nur bereit, die willkürliche Nichtvorlage zu sanktionieren, was er bislang nicht getan hat. Da im vorliegenden Fall jedoch mangels eines tätig gewordenen letztinstanzlichen Gerichtes weder ein Verstoß gegen Art. 267 Abs. 3 AEUV vorliegt, noch Anhaltspunkte für eine willkürliche Nichtvorlage, ist eine Verletzung des Art. 6 EMRK auszuschließen.

Zu den Anträgen auf Aussetzung des Verfahrens ist auszuführen, dass die Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor durch die nationalen Gerichte geklärt sind (so ausdrücklich etwa VwGH 15.05.2017, Ra 2017/17/0214 mwN), 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.

III.3.4.8. In der Beschwerde wird zudem gerügt, dass die bisherige höchstgerichtliche Judikatur des VfGH, VwGH und OGH nichts zur Auslegung des Art. 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) beitragen könne, da diesen Entscheidungen keine – im Sinne einer dynamischen Betrachtungsweise gebotene – eigenständige Faktenermittlung zur Frage der Unionsrechtskompatibilität des GSpG-Monopols zugrunde liege. So lasse sich aufgrund des Mangels an seitens staatlicher Stellen vorgelegter Beweise in tatsächlicher Hinsicht etwa nicht feststellen, dass in Österreich (nach wie vor) eine hohe Anzahl an Personen spielsüchtig sei und die Spielsucht ein erhebliches gesellschaftliches Problem darstelle usw.

Dazu ist zunächst auszuführen, dass der Verwaltungsgerichtshof den Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor im Erkenntnis vom 16.03.2016, Ro 2015/17/0022, durch die Durchführung der nach der von der Bf zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (insbesondere EuGH 15.09.2011, C-347/09 [*Dickinger und Ömer*] Rz 83 f; 30.04.2014, C-390/12 [*Pfleger*] Rz 47 ff; sowie 30.06.2016, C-464/15 [*Admiral Casinos & Entertainment AG*] Rz 31, 35 f) erforderlichen Gesamtwürdigung nachgekommen ist (vgl. dazu ebenfalls VwGH 14.02.2017, Ra 2017/17/0010 uvm; 29.05.2017, Ra 2017/17/0031). In diesem Erkenntnis ist der VwGH unter anderem auch auf die Staatseinnahmen durch Glücksspiel (Rz. 122) eingegangen. Insofern wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

Wenn in diesem Zusammenhang auch in der Beschwerde bzw. den weiteren Äußerungen unter explizitem bzw implizitem Hinweis auf die Entscheidung des EuGH vom 14. Juni 2017 in der Rs C 685/15 (*Online Games Handels* GmbH) bzw die entsprechenden Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* vorgebracht

wird, dass die amtswegige Beschaffung von Beweismitteln durch das Gericht unzulässig sei, so ist festzuhalten, dass die Art 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) und Art 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) im Lichte des Art 47 GRC einem Verfahrensregime wie dem vor dem Verwaltungsgericht geltenden betreffend die amtswegige Ermittlung der Umstände der vom Gericht entschiedenen Rechtssachen nicht entgegenstehen (vgl. etwa VwGH 17.10.2017, Ra 2017/17/0799; VwGH 30.06.2017, Ra 2017/17/0399). Das Amtswegigkeitsprinzip verstößt im Übrigen auch nicht gegen die durch Art 6 EMRK garantierte Unparteilichkeit des Verwaltungsgerichtes (VfGH 14.03.2017, E 3282/2016).

In diesem Sinne hat auch bereits der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, 2014/17/0121, festgestellt, dass im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 38 VwGVG in Verbindung mit § 25 VStG der Amtswegigkeitsgrundsatz und der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit gelten. Betreffend die Ermittlung des Sachverhalts bedeutet dies, dass die Verwaltungsgerichte verpflichtet sind, von Amts wegen die entscheidungserheblichen Tatsachen zu erforschen und deren Wahrheit festzustellen. In diesem Sinne sind alle sich bietenden Erkenntnisquellen sorgfältig auszuschöpfen und insbesondere diejenigen Beweise zu erheben, die sich nach den Umständen des jeweiligen Falles anbieten oder als sachdienlich erweisen können. Diesbezüglich hielt auch der Verfassungsgerichtshof (vgl. 14.03.2017, E 3282/2016-13) bereits fest: „*Sofern der Beschwerdeführer die Pflicht der Verwaltungsgerichte, im Rahmen des im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 38 VwGVG iVm § 25 VStG anwendbaren Amtswegigkeitsprinzips und des Grundsatzes der Erforschung der materiellen Wahrheit Feststellungen zur Anwendbarkeit von Unionsrecht zu treffen [...], einer inquisitiven und belastenden Beweisaufnahme gleichsetzt und daraus eine Verletzung des Art. 6 EMRK auf Grund der Unparteilichkeit des Gerichtes ableitet, verkennt der Beschwerdeführer, dass diese (auf Grund der Vorgaben des Unionsrechts verpflichtende) Auseinandersetzung nicht der Ermittlung einer allenfalls begangenen Verwaltungsübertretung bzw. der Klärung der damit zusammenhängenden Schuldfrage, sondern der im Rahmen der unionsrechtlichen Kohärenzprüfung notwendigen Tatsachenermittlung zur Beantwortung der Rechtsfrage, ob österreichisches Recht auf Grund einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit unanwendbar zu bleiben hat, dient*.“

Die aufgrund der vorgebrachten Unionsrechtswidrigkeit der österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten vorgenommene Gesamtwürdigung durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (siehe oben) erfolgte unter Berücksichtigung der von der Bf vorgelegten Unterlagen bzw. vorgebrachten Umstände und anhand der vom Mitgliedstaat, konkret dem Bundesminister für Finanzen bzw. dem Bundesministerium für Finanzen, dargelegten Umstände, wobei die Feststellungen – wie auch in der Beweiswürdigung dargelegt wird – auch auf der vom Bundesminister für Finanzen mit Schreiben vom 17. November 2017

(unter anderem auch gerichtet an das Landesverwaltungsgericht) übermittelten und allen Verfahrensparteien hinlänglich bekannten Studie und dem Glücksspielbericht, welcher vom Bundesminister bzw. vom Bundesministerium für Finanzen erstellt wurde, gründen. Dass das Landesverwaltungsgericht keine vom Bundesminister für Finanzen bzw. Bundesministerium für Finanzen erstellten Unterlagen einholen bzw. zum Akt nehmen und verwerten dürfte, ergibt sich aus der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-685/15 nicht.
Auch hat der EuGH in seiner Entscheidung vom 14. Juni 2017 keineswegs ausgeschlossen, dass das erkennende Landesverwaltungsgericht zur Frage der Unionsrechtskompatibilität des im Glücksspielgesetz verankerten Monopolsystems durchgeführten Beweisaufnahme auf in unzähligen früheren beim Landesverwaltungsgericht anhängigen gleichartigen Verfahren erhobene Beweise - und in diesem Sinne „amtsbekannte Tatsachen" - Bedacht nimmt, sodass auch dieses Vorbringen ins Leere geht.
Bei den vom Landesverwaltungsgericht eingeholten und verwerteten Studien und Statistiken handelt es sich zudem nicht nur um belastendes Material, deren Erhebung das Landesverwaltungsgericht in die Rolle des Anklägers drängen würde. Die verwendeten Studien und empirischen Daten (insbesondere die Kalke Studie sowie der Glücksspielbericht des Finanzministeriums) dienten vielmehr der Ermittlung von gleichermaßen belastenden und entlastenden Umständen und berücksichtigten auch die Entwicklungen nach Inkrafttreten der relevanten Bestimmungen des Glücksspielgesetzes, sodass eine dynamische Prüfung der Verhältnismäßigkeit erfolgen konnte. Dies zeigt sich schon daran, dass sich der Bf zum Beweis des eigenen Vorbringens hinsichtlich der Glücksspieleinnahmen des Bundes und der Expansions- und Werbestrategie der Glücksspielanbieter selbst auf das Material beruft. Weiters wurden alle verwendeten Beweismittel – wie bereits zuvor dargelegt – dem Parteiengehör unterzogen und etwa in der mündlichen Verhandlung ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme und Widerlegung eingeräumt. Der Vorwurf des „Drängens“ des Gerichtes in die Rolle des Anklägers bzw. eine Gefährdung der Unabhängigkeit ist somit schon auch aus dieser Perspektive heraus nicht gerechtfertigt.

III.3.5. Aus dem bisher Ausgeführten ergibt sich zweifelsfrei, dass die Bf als Lokalbetreiberin im vorgeworfenen Zeitraum verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht hat und somit den Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 dritte Tatbild GSpG in objektiver Hinsicht erfüllt. Zu prüfen ist daher noch, ob der Bf die Tat auch subjektiv vorgeworfen werden kann (Verschulden).

III.4. Subjektive Tatseite

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 nichts anderes bestimmt, reicht 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").

Beim vorliegenden Delikt handelt es sich folglich – wie schon von der belangten Behörde dargelegt – um ein Ungehorsamsdelikt, bei welchem insofern eine Umkehrung der Beweislast eintritt, als die Behörde und nunmehr das Verwaltungsgericht lediglich die Beweislast hinsichtlich der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes trifft, während es Sache des Täters ist, glaubhaft zu machen, dass ihm an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Zu einer solchen Glaubhaftmachung ist es erforderlich, dass der Beschuldigte initiativ, von sich aus, in substantiierter Form alles darlegt, was für seine Entlastung spricht, wozu die Darlegung gehört, dass er Maßnahmen getroffen habe, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschrift mit gutem Grund erwarten ließ (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN). Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, um diese Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (vgl. etwa VwGH 17.10.2007, 2006/07/0007).

Wenn die Bf vorbringt, dass ihr einerseits aufgrund der unterschiedlichsten Rechtsmeinungen zum gegenständlichen Thema jedenfalls kein Verschulden angelastet werden könne und somit insofern einen Verbotsirrtum ins Treffen führt, sei sie daran erinnert, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 oder Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen, entschuldigend wirken. 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 (vgl. etwa VwGH 22. 2. 2006, 2005/17/0195 bzw. *Lewisch* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 21).

Auch wenn ein den verfahrensgegenständlichen Geräten vergleichbarer Gegenstand in Einzelfällen von Unabhängigen Verwaltungssenaten bzw. Landesverwaltungsgerichten etc. nicht als Eingriffsgegenstand qualifiziert worden wäre, würde dies nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes gegenständlich ein bewilligungsloses Betreiben der verfahrensgegenständlichen Geräte nicht gemäß § 5 Abs. 2 VStG entschulden. Hinsichtlich der mit

Walzenspielgeräten angebotenen Spiele hat bereits der VwGH in zahlreichen vor dem gegenständlichen Tatzeitpunkt publizierten Entscheidungen (zB VwGH 27.01.2012, 2011/17/0246; 27.02.2013, 2012/17/0352) explizit festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt.
Ähnliches gilt für das Gerät mit der FA-Nr 4: Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt war auch bezüglich des gegenständlichen Geräts „afric2go“ durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. April 2016, Ro 2015/17/0020 und 0021, (abrufbar im RIS seit 18. Mai 2016) klargestellt, dass es sich bei diesem Gerät um ein Glücksspielgerät und nicht um eine Musikbox handelt.

Die Bf kann sich demnach nicht erfolgreich auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum berufen, sondern unterliegt bestenfalls einem vorwerfbaren Rechtsirrtum. Für die Vorwerfbarkeit eines Rechtsirrtums reicht bereits ein geringes Verschulden aus. Im vorliegenden Fall kann insbesondere auf Grund der zuvor divergierenden Judikatur davon ausgegangen werden, dass sich die Bf zeitnah über eine für sie bedeutsame Entscheidung informieren muss. Dazu ist zu bemerken, dass etwa das oben genannte Erkenntnis zum Gerät „afric2go“ zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle bereits seit etwa einem Dreivierteljahr im Rechtsinformationssystem des Bundeskanzleramtes veröffentlicht war.
Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt war auch § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl I Nr. 13/2014 bereits lange in Geltung und es lag auch bereits eine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa VwGH 14.12.2011, 2011/17/0155) zur „Auslagerung“ von Spielbestandteilen vor. Auch zur Unionsrechtsproblematik existierte bereits umfassende Judikatur. Die vereinzelt gebliebene Judikatur des LVwG Oberösterreich, welche Bedenken bezüglich der Unionskonformität hegte, wurde vom Verwaltungsgerichtshof nicht bestätigt (vgl. VwGH 15.12.2014, Ro2014/17/0121-5).
Die Bf kann sich demnach nicht erfolgreich auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum berufen, sondern unterliegt bestenfalls einem Rechtsirrtum, der ihr allerdings vorwerfbar ist (vgl. auch VwGH 24.10.2016, Ro 2016/17/0002).

Der Bf ist es nicht gelungen, das beim vorliegenden Ungehorsamsdelikt gemäß § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG zu vermutende fahrlässige Handeln zu entkräften:
So hat die Bf keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen. Als Betreiberin des „C B“ war es ihre Pflicht, sich mit den entsprechenden Verwaltungsvorschriften bekannt zu machen und für deren Einhaltung zu sorgen. Da die Bf aber abgesehen vom nicht zutreffenden „Verbotsirrtum“ initiativ nichts darzulegen vermochte, was für ihre Unschuld spricht, ist auch die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands zu bejahen.

III.5. Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG (Ermahnung)

Nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und Intensität einer Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Anstatt die Einstellung zu verfügen, kann die Behörde den Beschuldigten im Fall der Z 4 leg cit unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Voraussetzung für die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG ist folglich das kumulative Vorliegen beider normierter Kriterien; nämlich sowohl ein geringes Verschulden (subjektive Tatseite) als auch, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat gering ist (objektive Tatseite).

Eine Anwendung des § 45 Abs 1 Z 4 VStG kommt von vornherein nicht in Betracht, zumal bei einen Eingriff wie dem vorliegenden, mit mehreren klassischen Glücksspielgeräten in einem öffentlichen Lokal über mehrere Wochen, die objektiven Voraussetzungen einer geringen Beeinträchtigung von vornherein nicht gegeben sind.

Insofern fehlt es aber zumindest an einer der in § 45 Abs. 1 Z 4 VStG genannten kumulativen Voraussetzungen für die Einstellung des Strafverfahren und kommt folglich keine Ermahnung nach § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG in Frage.

Überdies ist von geringem Verschulden im Sinne dieser Bestimmung nur dann zu sprechen, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. VwGH 09.09.2016, Ra 2016/02/0118; idS etwa auch zur Vorgängerbestimmung VwGH 25.10.2009, 2008/09/0015). Dies ist im konkreten Fall wohl ebenfalls nicht gegeben: Aus den vorgelegten Verfahrensakten ergaben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass das tatbildmäßige Verhalten der Bf hinter dem in § 52 Abs 1 Z 1 GSpG typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückgeblieben und das Verschulden daher lediglich geringfügig gewesen wäre (vgl. dazu auch noch die Ausführungen sogleich unter Punkt III.6.).

III.6. Strafbemessung

§ 52 Abs 2 GSpG sieht hinsichtlich der in § 52 Abs 1 Z 1 leg cit normierten Verwaltungsübertretungen mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen einen möglichen Strafrahmen von 3000 bis 30 000 Euro

bzw. im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6000 bis 60 000 für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand vor.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG bilden „*die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat*“ die Grundlage einer jeden Strafbemessung.
Darüber hinaus sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) gemäß § 19 Abs. 2 leg. cit. überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe gegeneinander abzuwägen, wobei auf das Ausmaß des Verschuldens besonders Bedacht zu nehmen ist. Bei der Bemessung von Geldstrafen ist auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten der Beschuldigten Bedacht zu nehmen. Die Behörde und in weiterer Folge auch das Verwaltungsgericht hat dann mit einer Einschätzung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse vorzugehen, wenn der Beschuldigte im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens Angaben über diese Umstände verweigert. Bei der Schätzung der Einkommensverhältnisse ist mangels Informationen von Seiten der Beschuldigten von einem Durchschnittseinkommen auszugehen (vgl. etwa VwGH 22.04.1992, 92/03/0019; 18.11.2011, 2011/02/0322).

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

Den von der Bf vorgebrachten Milderungsgründen kann nicht gefolgt werden. Insbesondere kann nicht davon die Rede sein, dass kein Schaden herbeigeführt worden ist, nachdem davon ausgegangen werden kann, dass illegale Glücksspiele mit den gegenständlichen Geräten durchgeführt worden sind. Dass bei einem Ungehorsamsdelikt kein Schaden eingetreten ist, kommt im Übrigen nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht als Milderungsgrund in Betracht (vgl. etwa VwGH 20.07.2004, 2002/03/0223, mwN). Es ist auch nicht zu erkennen, inwieweit sich die Bf ernstlich bemüht haben soll, nachteilige Folgen zu

verhindern, da diesbezüglich auch kein konkretes Vorbringen erstattet wurde, weshalb mangels Anhaltspunkte auch dieser Milderungsgrund nicht in Betracht kommt. Auch ein außerordentlicher Strafmilderungsgrund ist nicht gegeben.

Bei der Strafbemessung galt es somit insb. die verwaltungsstrafrechtliche Unbescholtenheit der Bf – da im Akt keine hier maßgeblichen Vorstrafen dokumentiert sind – zu berücksichtigen. Zudem war die realistische Schätzung der belangten Behörde von einem Nettoeinkommen von 2.000,- Euro und dem Nichtvorliegen von Sorgepflichten heranzuziehen, da die rechtsfreundlich vertretene Bf im Rahmen ihrer diesbezüglichen Mitwirkungspflicht hierzu zu keiner Zeit des verwaltungsbehördlichen oder gerichtlichen Verfahrens – insb. etwa im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht bestehenden Möglichkeiten – diesbezüglichen Angaben gemacht hat.

Mangels Dokumentation von rechtskräftigen Vorstrafen nach dem GSpG im Tatzeitpunkt ist der dritte Strafsatz des § 52 Abs. 2 GSpG anzuwenden. Der Strafrahmen der hier vorgeworfenen Tat liegt – da es sich um eine Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen handelt – somit zwischen 3.000 und 30.000 Euro. Die von der belangten Behörde festgesetzten Strafhöhen sind somit ohnedies jeweils die Mindeststrafe und auch angesichts des von der belangten Behörde geschätzten Nettoeinkommens von 2.000,- Euro und der Berücksichtigung des bisherigen ordentlichen Lebenswandels aber auch im Hinblick auf die hohe Publizität von Verstößen gegen das Glücksspielmonopol und die daher notwendige Signalwirkung für die Öffentlichkeit angezeigt.
Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich erscheint die Verhängung der gesetzlichen Mindeststrafe von 3.000,- Euro pro Eingriffsgegenstand (= zehn Prozent der Höchststrafe) im vorliegenden Fall somit als tat- und schuldangemessen und ausreichend, um der Bf die Unrechtmäßigkeit ihres Verhaltens eindringlich vor Augen zu führen und sie künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten. Gleichzeitig wird sie jedoch darauf aufmerksam gemacht, dass bei weiteren Verstößen mit empfindlich höheren Strafen zu rechnen ist. Der von der belangten Behörde vorgeschriebene Strafbetrag von jeweils 3.000,- Euro und die im angemessenen Verhältnis dazu festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafe, welche im angefochtenen Straferkenntnis dementsprechend ebenfalls etwa zehn Prozent des gemäß § 16 Abs. 2 VStG festgelegten Ersatzfreiheitsstrafrahmens von 2 Wochen ausmacht, sind daher zu bestätigen.

III.7. Im Ergebnis ist daher die vorgeworfene Tat als Verwaltungsübertretung strafbar. Die Beschwerde war somit als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe der Konkretisierung des Spruchs in Hinblick auf den Strafsatz sowie die übertretene Rechtsvorschrift, bei der der

Hinweis auf die nur bei vertretungsbefugten Organen juristischer Personen zur Anwendung gelangende § 9 Abs. 1 VStG zu entfallen hat, zu bestätigen.

III.8. Zu Spruchpunkt II (Kostenausspruch)

Gemäß § 52 Abs. 1 VwGVG ist in jedem Erkenntnis, mit dem ein Straferkenntnis bestätigt wird, auszusprechen, dass der Bestrafte einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens auszusprechen hat. Abs. 2 leg cit normiert, dass dieser Beitrag mit 20 % der verhängten Strafe, mindestens jedoch mit zehn Euro, zu bemessen ist.

Da dem Beschwerdebegehren keine Folge gegeben wird, sind der Bf daher insgesamt 2.400,- Euro (= 20% von 3000,- Euro x 4) als Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorzuschreiben.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung weicht nicht von der Rsp des VwGH zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen (vgl. insbesondere VwGH 16.03.2016, Ro 2015/17/0022-7 sowie VfGH 15.10.2016, E 945/2016 u.a.). Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 08.01.2015, Ra 2014/08/0064).

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

Gegen 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Zeinhofer