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-412938/8/Wg

Datum:
Linz, 4. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Weigl über die Beschwerde des T B, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 22. Mai 2018, GZ: VStV/917301176956/2017, wegen Übertretungen des Glücksspielgesetzes (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18. September 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als die unter Spruchabschnitt 9) (betreffend das Gerät mit der FA-Nr. 9) verhängte Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe behoben und das Verwaltungsstrafverfahren hinsichtlich dieses Gerätes gemäß § 45 Abs. 1 VStG eingestellt wird. Hinsichtlich der Eingriffsgegenstände mit den FA-Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 und 12 wird der im Spruch des Straferkenntnisses gemäß § 44a Z 1 VStG als erwiesen angenommene Tatzeitraum „seit zumindest 21.7.2017“ auf „am 25. Juli 2017“ eingeschränkt und werden die verhängten Ersatzfreiheitsstrafen auf jeweils 33 Stunden herabgesetzt. Die Strafsanktionsnorm lautet § 52 Abs. 2 vierter Strafsatz Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 13/2014. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat folgende Kosten zu tragen: Der für das Verfahren der Landespolizeidirektion Oberösterreich zu entrichtende Kostenbeitrag wird mit 6.600 Euro festgesetzt.

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

1.1. Die Landespolizeidirektion Oberösterreich (LPD) lastete T B im bekämpften Straferkenntnis an, er habe, wie am 25. Juli 2017 um 13:26 Uhr festgestellt worden sei, mit den Eingriffsgegenständen FA-Nrn. 1 bis 12 als Lokalbetreiber des Lokales „S“ in L, X verbotene Ausspielungen seit zumindest 21. Juli 2017 unternehmerisch zugänglich gemacht. Er habe dadurch 12 Übertretungen des § 52 Abs. 1 Z 1 3. Tatbild GSpG zu verantworten. Für jedes der 12 Geräte verhängte die LPD eine Geldstrafe von 6.000 Euro sowie eine Ersatzfreiheitsstrafe von 60 Stunden. Zudem wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 7.200 Euro vorgeschrieben.

1.2. In der dagegen erhobenen Beschwerde vom 18. Juni 2018 wird beantragt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG) möge den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufheben und das Strafverfahren einstellen; in eventu gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG eine Ermahnung aussprechen; in eventu die verhängte Strafe herabsetzen; jedenfalls eine mündliche Verhandlung anberaumen und im Sinne des § 29 VwGVG jedenfalls eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses zustellen.

2. Das LVwG verband die Beschwerden des T B, der M M und der S R gegen die Straferkenntnisse vom 22. Mai 2018 zur gemeinsamen mündlichen Verhandlung (mV) am 18. September 2018. Die BeschwerdeführerInnen (Bf) nahmen trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht an der mV teil. Es erschienen Vertreter der LPD und des Finanzamtes. In der Beweisaufnahme wurde der Inhalt der Verfahrensakte der LPD und des LVwG sowie die Aussage des Zeugen Z verwertet. Danach steht folgender Sachverhalt fest:

2.1. T B war jedenfalls im Zeitraum 14. Mai 2012 bis einschließlich 25. Juli 2017 Betreiber des Lokales „S“ im Standort x, x (GISA-Auszug AS 41 des Behördenaktes).

2.2. T B verfügt über kein relevantes Vermögen, hat keine ins Gewicht fallende Sorgepflichten und bezieht ein Einkommen von mindestens ca. 2.000 Euro monatlich (unbestrittene Schätzung, Begründung des Straferkenntnisses).

2.3. Während der am 25. Juli 2017 im Lokal S durchgeführten Kontrolle wurde von Finanzpolizisten dienstlich wahrgenommen, dass die vorgefundenen und in der Folge mit den FA-Nrn. 1 bis 12 versehenen Geräte betriebsbereit und voll funktionsfähig aufgestellt waren. Ob die Geräte, wie von der LPD im Straferkenntnis angenommen, auch an den Vortagen seit 21. Juli 2017 betriebsbereit aufgestellt waren, konnte dagegen im Beschwerdeverfahren nicht festgestellt werden (Aktenvermerk vom 26. Juli 2017 AS 39 und 40 des Behördenaktes, Aussage Z Tonbandprotokoll).

2.4. Zu Beginn der Kontrolle waren die 12 Geräte betriebsbereit. Eine Bespielung durch die Finanzpolizisten war aber nicht möglich, weil die Geräte herunter-gefahren wurden. Bis zum Herunterfahren der Geräte konnten Spieler auf den Geräten FA-Nrn. 1, 2, 5, 6, 7, 11 und 12 das zufallsabhängige Walzenspiel „Ring of Fire“ spielen. Bei dem Spiel „Ring of Fire“ wurde bei einem Mindesteinsatz von 0,1 Euro ein Höchstgewinn von 180 Euro in Aussicht gestellt. Auf dem Gerät FA-Nr. 3 konnte man das zufallsabhängige Walzenspiel „Macau“, auf dem Gerät FA-Nr. 4 das zufallsabhängige Walzenspiel „Joker Area“, auf dem Gerät FA-Nr. 8 das zufallsabhängige Walzenspiel „Halloween King“ und auf dem Gerät FA-Nr. 10 das zufallsabhängige Walzenspiel „Lucky Pearl“ spielen. Bei dem Spiel „Macau“ konnte man mit einem Einsatz von 0,30 Euro einen Höchstgewinn von 10,80 Euro erreichen. Bei dem Spiel „Joker Area“ wurde bei einem Einsatz von 0,20 Euro ein Gewinn von 20 Euro in Aussicht gestellt. Bei dem Spiel „Halloween King“ wurde bei einem Einsatz von 0,1 Euro ein Gewinn von 100 Euro in Aussicht gestellt. Beim Walzenspiel „Lucky Pearl“ wurde bei einem Einsatz von 0,1 Euro bei Erreichen einer entsprechenden Symbolkombination ein Gewinn von 100 Euro in Aussicht gestellt. Zu den auf den Bildschirmmasken teilweise erkennbaren drei kleinen Walzen ist festzustellen, dass man über diese drei kleinen Walzen in den großen Walzenlauf (Ring of Fire, Macau, Joker Area, Halloween King, Lucky Pearl) gelangte. Im großen Walzenlauf werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der Eindruck von rotierenden Walzen entsteht. Im großen Walzenlauf können Spieler mit Geschicklichkeit keinen Einfluss auf das Erreichen gewinnbringender Symbolkombinationen nehmen. Es handelt sich um zufallsab-hängige Walzenspiele (Aktenvermerk vom 26. Juli 2017 AS 39 und Fotodoku-mentation AS 23 bis 35 des Behördenaktes, Aussage Z Tonbandprotokoll, Begründung des bekämpften Straferkenntnisses).

2.5. Für die mittels dieser Geräte erfolgenden Ausspielungen lag weder eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz vor und es waren diese auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen (Akt).

2.6. Auf dem Gerät FA-Nr. 9 stand das Spiel „Card Play“ zur Verfügung. Ob es sich dabei um ein zufallsabhängiges Glücksspiel oder ein Geschicklichkeitsspiel handelt, konnte im Beschwerdeverfahren nicht festgestellt werden (Aussage Z Tonbandprotokoll).

2.7. Die P F M G war jedenfalls am 25. Juli 2017 Eigentümerin der Geräte mit den FA-Nrn. 1 bis 12. Die P F M G hat die Geräte mit den FA-Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 und 12 jedenfalls am 25. Juli 2017 einem unbekannten Veranstalter gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, um damit fortgesetzt Einnahmen aus der Veranstaltung von Ausspielungen zu erzielen (folgt aus dem unstrittigen Eigentum an den Geräten).

2.8. Über T B wurden bereits mit Straferkenntnis der LPD vom 7. Juli 2015, GZ: VStV/914300599609/2014 (rechtskräftig im Jahr 2016), wegen Übertretungen des § 52 Abs. 1 Z 1 (3. Tatbild) GSpG mittels 12 Eingriffsgegenständen, mit Straferkenntnis der LPD vom 4. Dezember 2015, GZ: VStV/915300637491/2015 (rechtskräftig im Jahr 2016), wegen Übertretungen des § 52 Abs. 1 Z 1 (3. Tatbild) GSpG mittels 11 Eingriffsgegenständen, mit Straferkenntnis vom 6. November 2015, GZ: VStV/915300092769/2015 (rechtskräftig im Jahr 2016), wegen Übertretungen des § 52 Abs. 1 Z 1 (3. Tatbild) GSpG mittels 7 Eingriffsgegenständen Verwaltungsstrafen verhängt (Straferkenntnisse ON 7 des Gerichtsaktes, Auszug Vormerkungen AS 55 des Behördenaktes).

3. Beweiswürdigung:

In der Sache selbst (2.) ergeben sich die Feststellungen aus den in Klammer angegebenen Beweismitteln. Im Akt VStV-1176957/2017 befindet sich eine Mitteilung über die Einleitung eines Schuldenregulierungsverfahrens (Beschluss vom 23. April 2018). Die in der Begründung des Straferkenntnisses vorgenommene Schätzung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse wurde von T B aber nicht bestritten, insbesondere ist er der Annahme eines Einkommens von mindestens ca. 2.000 Euro netto monatlich nicht entgegen getreten. Die Schätzung ist nachvollziehbar. Welcher Betrag nach Abzug allfälliger Verbindlichkeiten letztlich zur Verfügung steht, konnte nicht festgestellt werden, da T B nicht zur Verhandlung erschienen ist. Hinweise auf eine drückende Notlage haben sich jedenfalls nicht ergeben. Die im Straferkenntnis bezeichneten 12 Geräte waren jedenfalls am Kontrolltag bis zum Herunterfahren betriebsbereit. Die im Lokal von den Finanzpolizisten angetroffene Kellnerin S R verweigerte bei ihrer Einvernahme unter Hinweis auf eine Dienstanweisung des Bf (AS 36 des Behördenaktes) die Aussage (vgl. Niederschrift vom 25. Juli 2017 AS 7 des Behördenaktes). Die Finanzpolizisten hielten dazu mit Aktenvermerk vom 26. Juli 2017 (AS 40 des Behördenaktes) fest: „Um 14:53 Uhr wird der im Lokal anwesenden Arbeiterin Frau S R die Frage gestellt, wann sie das letzte Mal hier gearbeitet habe. Sie gab an, dass sie am Freitag das letzte Mal hier gewesen sei. Die Frage, ob da auch die Geräte schon hier gewesen seien, beantwortete sie mit JA. Weiters gab sie auf Befragung, ob dies die gleichen Geräte wie heute gewesen seien, an: ‚Das sind die Gleichen, wir tauschen diese doch nicht immer aus.'" Ausgehend von den Angaben dieses Aktenvermerkes lastet der Strafantrag vom 28. Juli 2017 (AS 1 des Behördenaktes) sowie das Straferkenntnis dem Bf das Zugänglichmachen verbotener Ausspielung seit Freitag 21. Juli 2017 an. Auf folgende Ausführungen in der Niederschrift (Tonbandprotokoll) wird verwiesen: „Der Verhandlungsleiter hält erörternd fest, dass sich der angelastete Tatzeitraum offenkundig auf den Aktenvermerk vom 26. Juli 2017 stützt, wo angegeben wird: ‚Als Aufstellungszeitpunkt wird Freitag, der 21. Juli 2017 angenommen.' Der Verhandlungsleiter setzt vorläufig erörternd fort: ‚Daraus lässt sich nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich keine Betriebsbereitschaft durchgehend von 21. Juli 2017 annehmen.'

Behördenvertreter und Vertreter des Finanzamtes halten fest: ‚Jedenfalls ist die Betriebsbereitschaft im Zeitpunkt zum Kontrollbeginn eindeutig erwiesen.'" Die bloße Tatsache, dass die Geräte bereits am 21. Juli 2017 aufgestellt waren, ist zwar ein Indiz dafür, dass sie auch am 21. Juli 2017 betriebsbereit waren. Es kann aber nicht mit der ausreichenden Wahrscheinlichkeit festgestellt werden. Fest steht lediglich, dass die Geräte zu Beginn der Kontrolle bis zum Herunterfahren betriebsbereit waren und Spiele möglich waren. Zu den möglichen Spielen wird auf folgende Aussage des Zeugen Z verwiesen: „Vom Verhandlungsleiter auf die Aussageverweigerungsrechte und die Wahrheitspflicht hingewiesen und befragt, ob ich mich an die Kontrolle am 25. Juli 2017 erinnere, gebe ich an, dass ich mich nur mehr anhand der erstellten Aktenvermerke, Fotodokumentationen und GSp26-Formulare insoweit erinnern kann. Ich wäre für die Bespielung zuständig gewesen. Eine Bespielung war aber nicht möglich, weil die Geräte heruntergefahren wurden. Vom Verhandlungsleiter ergänzend befragt, gebe ich an, dass die Geräte zu Beginn der Kontrolle jedenfalls betriebsbereit waren. Vom Verhandlungsleiter zu den auf der Fotodokumentation abgebildeten Bildschirmen der FA-Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 und 8 befragt, gebe ich an, dass die abgebildeten Bildschirmmasken, die einerseits ‚Ring of Fire XL' als Spiel zeigen bzw. eine Abfragemaske, auf denen ‚Ring of Fire' ausgewählt werden kann sowie ‚Halloween King', meiner Erfahrung nach Walzenspiele sind. Vom Verhandlungsleiter zum auf FA-Nr. 9 dokumentierten Spiel ‚Card Play' befragt, gebe ich an, dass wir ein solches Spiel noch nicht gespielt haben. Vom Verhandlungsleiter ergänzend befragt, gebe ich an, dass ich nicht sagen kann, ob es sich dabei um eines jener Spiele handelt, die üblicherweise auf den Masken aufscheinen, auf denen üblicherweise auch ‚Ring of Fire' ausgewählt werden kann. Das auf FA-Nr. 10 abgebildete Walzenspiel ‚Lucky Pearl' ist ebenfalls ein amtsbekanntes Walzenspiel. Auf FA-Nr. 11 ist ebenfalls eine Abfragemaske ersichtlich, auf der ‚Ring of Fire' zur Auswahl steht. ‚Ring of Fire XL' ist weiters auf dem Gerät FA-Nr. 12 dokumentiert. Vom Verhandlungsleiter zum auf FA-Nr. 1 dokumentierten Einsatz befragt, gebe ich an, dass hier rechts unten im Feld ‚Bet' 0,1 dokumentiert ist. Das ist der übliche Mindesteinsatz. Wenn ich beispielsweise fünf Teufel erreiche, ist im Gewinnplan, der auf dem oberen Bildschirm abgebildet ist, eine Gewinnhöhe von 180,0 in Aussicht gestellt. Das ist der Gewinnplan für das Spiel ‚Ring of Fire XL'. Bei dem Spiel ‚Macau' - FA-Nr. 3 ist unter ‚Bet' ein Einsatz von 0,3 dokumentiert. Der auf dem oberen Bildschirm angegebene bzw. ersichtliche Gewinnplan stellt bei dem Erreichen von fünf ‚Macau'-Symbolen einen Gewinn von 10,8 in Aussicht. Bei dem Spiel ‚Joker Area' auf FA-Nr. 4 ist bei einem Einsatz von 0,2 bei Erreichen entsprechender Zahlen ‚7' ein Gewinn von 20,0 in Aussicht gestellt. Bei dem Spiel ‚Halloween King' auf FA-Nr. 8 ist bei einem Einsatz von 0,1 bei Erreichen von fünf ‚7' ein Gewinn von 100,0 in Aussicht gestellt. Beim Walzenspiel ‚Lucky Pearl' - FA-Nr. 10 ist bei einem Einsatz von 0,1 bei Erreichen einer entsprechenden Symbolkombination ein Gewinn von 100,0 in Aussicht gestellt. Zum auf FA-Nr. 9 dokumentierten Spiel kann ich keine Aussagen machen. Dieses Spiel ist mir nicht bekannt. Vom Verhandlungsleiter zu den ‚Skill Games' befragt, gebe ich an, dass es sich dabei um die auf den Bildschirmmasken

ersichtlichen drei kleinen vorgeschalteten Walzen handelt. Diese drei Walzen sind meiner Erfahrung nach nebensächlich. Was genau die kleinen Walzen bedeuten, weiß ich nicht.“ Die schlüssigen Angaben des Zeugen Z zu den auf der Fotodokumentation ersichtlichen Gewinnplänen werden den Feststellungen zu den in Aussicht gestellten Gewinnen zugrunde gelegt.

Die Bf legten mit Eingabe vom 18. September 2018 (Beilage 1) ein Urteil des BG Wels zum Beweis der Funktionsweise als Geschicklichkeitsapparat der beschlagnahmten Terminals vor und führten aus, dass die Terminals baugleich mit den hier relevanten seien. Im vorgelegten Urteil kam das BG Wels zu dem Ergebnis, konkret bezeichnete Geräte des Typs „Skill Games“ seien Geschicklichkeitsgeräte. Das BG nimmt dabei Bezug auf Sachverständigengutachten, die dem LVwG nicht vorgelegt wurden. Ein konkretes Vorbringen zum Spielverlauf der in den bekämpften Straferkenntnissen behandelten Geräte wird nicht erstattet. Es wird behauptet, es handle sich um Geschicklichkeitsapparate mit „Touchsreen-Funktion“. Die bei der Kontrolle angefertigte Fotodokumentation zeigt die vom Zeugen Z bezeichneten Walzenspiele (Ring of Fire, Macau, Joker Area, Halloween King, Lucky Pearl). Neben diesem großen Walzenlauf sind im unteren Bildschirmbereich teilweise drei kleine Walzen ersichtlich. Die drei kleinen Walzen beanspruchen einen nur sehr kleinen, untergeordneten Bereich am unteren Rand des Bildschirmes. Bei diesen drei kleinen Walzen handelt es sich um die von den Bf bezeichneten „Skill Games“. Der große Walzenlauf dominiert das Erscheinungsbild. Der Vertreter des Finanzamtes hielt dazu fest, dass man über diese kleinen Walzen in den großen Walzenlauf gelangt. Dies steht in Einklang mit der Aussage des Zeugen Z, dass die drei kleinen Walzen nebensächlich sind. Die Schlussfolgerung der LPD und des Finanzamtes, es handle sich bei den großen Walzen um Glücksspiele, ist nachvollziehbar. Für das LVwG steht fest, dass man über den kleinen Walzenlauf in den großen Walzenlauf gelangt. Im großen Walzenlauf können Spieler mit Geschicklichkeit keinen Einfluss auf das Erreichen gewinnbringender Symbolkombinationen nehmen. In der Begründung des Straferkenntnisses wird dazu näher beschrieben, dass (im großen Walzenlauf) die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert werden, dass der Eindruck von rotierenden Walzen entsteht. Es handelt sich um zufallsabhängige Walzenspiele. Glücksspielrechtliche Konzessionen oder Berechtigungen lagen nicht vor.

Dass einer der Beteiligten im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit den verfahrensgegenständlichen Geräten gewesen wäre oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet.

Die Fotodokumentation (AS 28 des Behördenaktes) zeigt am Bildschirm des Gerätes FA-Nr. 9 keine Walzen. Der Zeuge Z räumte ein, „Card Play“ noch nie gespielt zu haben. Dass im Beschwerdeverfahren die Beschlagnahme dieses

Gerätes bestätigt wurde, ändert daran nichts, zumal zweifelsohne auch hinsichtlich Gerät Nr. 9 der Verdacht der Übertretung des Glücksspielgesetzes besteht, wenn auch letztlich nicht mit der für ein Strafverfahren erforderlichen Wahrscheinlichkeit festgestellt werden konnte, ob es sich bei dem Spiel „Card Play“ um ein Geschicklichkeitsspiel oder ein Glücksspiel handelte.

Wer Veranstalter war, kann nicht mit der ausreichenden Wahrscheinlichkeit festgestellt werden. Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass diese von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurden und die Funktionsweise der Geräte eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre und dass die Geräte FA-Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 und 12 nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wären. Aufgrund der unstrittigen Tatsache, dass die P F M G jedenfalls im Kontrollzeitpunkt Eigentümerin der Geräte FA-Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 und 12 war, folgt daher, dass die P F M G die Geräte mit den FA-Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 und 12 jedenfalls am 25. Juli 2017 einem unbekannten Veranstalter gegen Entgelt zur Verfügung gestellt hat, um damit fortgesetzt Einnahmen aus der Veranstaltung von Ausspielungen zu erzielen. Die von der P F M G als Eigentümerin gegen den Beschlagnahmebescheid erhobene Beschwerde wurde vom LVwG mit Erkenntnis vom 18. September 2018, GZ: LVwG-412461/6/SE/Hue - 412462/2, abgewiesen.

Zu dem im Akt befindlichen Auszug betreffend verwaltungsstrafrechtliche Vormerkungen wurde in der mV erörtert: „Der Verhandlungsleiter weist auf den im Akt befindlichen Verwaltungsstrafauszug betreffend T B vom 22. Mai 2018 hin und hält vorläufig erörternd fest: ‚Die dort dokumentierte erste Verwaltungsstrafe - Beginn Tilgung: 9. November 2017 - war im Tatzeitraum offenkundig noch nicht rechtskräftig. Bezüglich der Zahl VStV/915300637491/2015 - Beginn Tilgung: 28. Juni 2016 - wurde eine Geldstrafe von gesamt 33.000 Euro, 15 Tage und 3 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe, verhängt. Bezüglich Zahl VStV/915300092769/2015 wurde eine Geldstrafe von gesamt 21.000 Euro, 9 Tage und 15 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe - Beginn Tilgung: 14. November 2016 - verhängt sowie zu Zahl VStV/914300599609/2014 wurde eine Geldstrafe von gesamt 34.800 Euro, 2 Tage Ersatzfreiheitsstrafe - Beginn Tilgung: 2. Februar 2016 - verhängt. Die letzten drei angeführten Verwaltungsstrafen scheinen im Tatzeitraum rechtskräftig gewesen zu sein. Aus dem Strafregister ist aber nicht ersichtlich, wie viele Geräte hier abgestraft wurden. Sofern hier bereits eine Strafe mit mehr als drei Eingriffsgegenständen zugrunde liegt, könnte der vierte Strafsatz des § 52 Abs. 2 GSpG angewendet werden. Im Falle der erstmaligen Übertretung mit mehr als drei Eingriffsgegenständen wäre der dritte Strafsatz (3.000 Euro bis zu 30.000 Euro) maßgeblich....‘ Herr Hofrat Mag. R führt dazu aus: ‚Gerade bei den hohen

Geldstrafen über 10.000 Euro wurden offenkundig mehr als drei Eingriffsgegenstände abgestraft. Um hier endgültige Gewissheit zu erlangen, werden wir dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich diese Straferkenntnisse mit Angabe des Rechtskraftdatums ehest möglich zur Verfügung stellen.'" Dazu legte die LPD mit Eingabe vom 27. September 2018 Kopien der bezeichneten Straferkenntnisse vor, die den Feststellungen (2.8.) zugrunde liegen.

4. Rechtliche Beurteilung:

4.1. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes:

Fest steht: Im Jahr 2015 weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, die Zahl der Problemspieler beträgt daher entsprechend zwischen ca. 19.900 und ca. 35.800 Personen. Zudem sind 2015 in Österreich zwischen ca. 27.600 bis etwa 46.000 Personen aktuell spielsüchtig. Diese Werte sind im Vergleich zum Jahr 2009 annähernd konstant. Männer weisen zu höheren Anteilen ein problematisches und pathologisches Spielverhalten auf als Frauen. Innerhalb der verschiedenen Altersgruppen stellt sich das Ausmaß vorhandener Spielprobleme sehr unterschiedlich dar, wobei die 14- bis 30-Jährigen sich diesbezüglich am stärksten betroffen zeigen. Ausgehend vom Jahr 2015 haben ca. 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: ca. 42%). Das klassische Lotto „6 aus 45" ist das beliebteste Glücksspiel in Österreich. Etwa jeder dritte Österreicher hat dieses Spiel im Jahr 2015 mindestens einmal in den letzten 12 Monaten gespielt (ca. 33%), der prozentuale Anteil für die 30-Tages-Prävalenz beträgt ca. 20%. Seit 2009 haben sich diese Werte so gut wie nicht geändert (jeweils nur um ca. ± 1 Prozentpunkt). Dagegen ist für diesen Zeitraum eine deutliche Zunahme bei der europäischen Lotterie, den Euromillionen, zu konstatieren: Der Prozentwert für die monatliche Teilnahme hat sich von etwa 4% auf etwa 8% verdoppelt. Auch beim Joker gibt es seit 2009 einen prozentualen Anstieg. Inzwischen spielt jede siebte Person mindestens einmal im Jahr dieses Glücksspiel (ca. 14%). Damit ist es das zweitverbreitete Glücksspiel in Österreich. Bei den Rubbellosen - die auf dem vierten Platz liegen - sind nur geringe Veränderungen zwischen 2009 und 2015 vorhanden. Alle anderen Glücksspiele besitzen bezogen auf die Spielteilnahme in der Gesamtbevölkerung eine nachgeordnete Bedeutung: Das gilt für die Sportwetten genauso wie für die klassischen Casinospiele, bei denen 2015 jeweils etwa 4% in den letzten 12 Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Casinos und in Spielhallen werden von noch weniger Personen gespielt. In den letzten 12 Monaten haben am Automatenglücksspiel in Spielbanken ca. 0,5% teilgenommen, im Jahr 2009 waren dies ca. 0,6% bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz. Bezüglich der Teilnahme am Automatenglücksspiel außerhalb von Spielbanken (Spielhallen, Einzelaufstellungen, illegale Glücksspielautomaten) ist der Wert bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz von ca. 1,2% im Jahr 2009 auf ca. 1% im Jahr 2015 zurückgegangen.

Der monatliche Geldeinsatz für Glücksspiele hat im Zeitraum von 2009 auf 2015 leicht zugenommen, und zwar wurden von den Glücksspielenden 2015 im Durchschnitt etwa 57 Euro pro Monat für Glücksspiele ausgegeben im Vergleich zu ca. 53 Euro im Jahr 2009. Auf der Ebene der einzelnen Glücksspielarten bestehen hier jedoch sehr unterschiedliche Entwicklungen. Der Geldeinsatz ist 2015 am höchsten bei den Automatenspielen außerhalb der Casinos. Im Durchschnitt werden hierfür von den Spielern pro Monat ca. 203 Euro eingesetzt, vor sechs Jahren lag der entsprechende Wert sogar bei etwa 317 Euro. Es folgen die klassischen Casinospiele mit einem Mittelwert von ca. 194 Euro. Auch für diese Glücksspielform wird im Jahr 2015 durchschnittlich weniger Geld aufgewendet als 2009. Stark angestiegen sind dagegen im betrachteten Zeitraum die Geldeinsätze für Sportwetten, diese haben sich von ca. 47 Euro auf ca. 110 Euro mehr als verdoppelt. Die Anteile problematischen und pathologischen Spielens unterscheiden sich je nach Glücksspielart erheblich. Die zahlenmäßig große Gruppe der Spieler von Lotterieprodukten beinhaltet anteilsbezogen nur wenige Personen, die ein problematisches oder pathologisches Spielverhalten zeigen (jeweils etwa 1%). Während bei den Rubbellosen sich nur leicht höhere Werte zeigen, ist bei den klassischen Casinospielen bereits mehr als jeder zwanzigste Spieler betroffen. Auch Sportwetten beinhalten ein erhebliches Risiko, spielbedingte Probleme zu entwickeln. So erfüllen ca. 7,1% dieser Spielergruppe die Kriterien problematischen Spielens und weitere ca. 9,8% zeigen ein pathologisches Spielverhalten. Etwa jeder sechste Sportwetter ist daher von einer Spielproblematik betroffen. Noch höher sind diese Anteile bei Spielautomaten, welche in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen stehen. Etwa 21,2% dieser Spieler sind spielsüchtig. Die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der „Casinos Austria“ nehmen sich im Vergleich dazu eher gering aus. So liegen die Anteile für problematisches Spielen bei ca. 3,7% und für pathologisches Spielen bei ca. 4,4%. Dennoch weist etwa jede zwölfte Person, die in den klassischen Spielbanken am Automaten spielt, glücksspielbedingte Probleme auf. Bei der Prävalenz problematischen und pathologischen Spielens ging die Rate bei Automaten in Casinos von ca. 13,5% im Jahr 2009 auf ca. 8,1% im Jahr 2015 und bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos von ca. 33,2% im Jahr 2009 auf ca. 27,2% im Jahr 2015 zurück. Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667, 2014 651, 2015 1.076 und 2016 748 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz durch die Finanzpolizei, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1.854, 2012 2.480, 2013 1.299, 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/EW-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 (inkl. Österreich) wurden im Jahr 2016 den Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen, die seit Oktober 2013 auf zwei Mal im Monat gesteigert wurden. Bei 221.296 Datensätzen 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. Zum 31. Dezember 2016 sind beim Konzessionär österreichweit insgesamt 33.737 Personen gesperrt. Laut Information des Bundesministeriums für Finanzen sind seit 1. Jänner 2015 in den VLT-Outlets die strengen Spielerschutzbestimmungen der L-GSA sinngemäß anzuwenden (§ 12a Abs. 3 GSpG) und damit eine Registrierung aller Spielteilnehmer verpflichtend. 23.845 VLT-Outletbesucher aus dem EU/EWR (inkl. Österreich) wurden im Jahr 2016 den 12 Screening-Prozessen 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), was zu 639 Informationsgesprächen sowie 543 Beratungen bzw. Befragungen führte. In 2016 wurden 776 Besuchsbeschränkungen auf Wunsch von Gästen bzw. nach den Bestimmungen des § 25 Abs. 3 GSpG vorgemerkt und 899 Selbstsperren beantragt und aktiviert. Es 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-„SofortChecks“. Beim Bundesministerium für Finanzen ist eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der 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, fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels sowie Unterstützung des Spielerschutzes in Beratung, Forschung und Entwicklung. Mit der Glücksspielgesetz-Novelle 2010 wurde die elektronische Anbindung von L-GSA gemäß § 5 GSpG und VLT gemäß § 12a GSpG an das Datenrechenzentrum der BRZ festgelegt. Das System zur Anbindung der L-GSA an das Datenrechenzentrum der BRZ ist seitens des Bundes seit 1. August 2013 in Betrieb, die Anbindung der VLT erfolgte mit 1. Jänner 2015, jene von SBK-GSA ist mit spätestens 1. Juli 2017 festgelegt. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können nach Angabe des Bundesministeriums für Finanzen mehrere für den Spielerschutz

relevante Aspekte abgeleitet werden, und zwar unter anderem die Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten sowie der Ein- und Auszahlungen pro Spiel, die Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, die Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, die Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen sowie die äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm. Laut Information des Bundesministeriums für Finanzen werden in Zusammenhang mit Online-Glücksspiel unter anderem folgende Maßnahmen gesetzt: „white list“ der in Österreich bewilligten Unternehmen auf der Homepage des BMF, Rechtsinformationen auf der Homepage des BMF zu erlaubten Glücksspielen, Verfolgung von Werbung für illegale Online-Glücksspiele (wobei in den Jahren 2015 und 2016 vom BMF mehrere Medienunternehmen gemäß § 52 Abs. 1 Z 9 GSpG zur Anzeige gebracht wurden) sowie Verständigung mit anderen EU-Mitgliedstaaten und deren Glücksspielregulatoren im weiteren Vorgehen gegen illegale Online-Glücksspielanbieter.

Zu diesen Feststellungen gelangt das LVwG auf Grundlage folgender Beweiswürdigung: Die BeschwerdeführerInnen erstatteten mit Eingabe vom 18. September 2018 ein umfassendes Vorbringen. Dieser Stellungnahme waren folgende Urkunden angeschlossen:

- Urteil BG Wels (Beilage 1)
- Rechtsgutachten K (Beilage 2)
- Gutachten Ing. F (Beilage 3)

Es wurden folgende Beweisanträge gestellt:

- Einholung eines Gutachtens aus dem Fachgebiet Nr. 60.87 (Glücks- und Geschicklichkeitsspiele) Beweisthema: Funktionsweise der gegenständlich relevanten und beschlagnahmten Terminals
- Einvernahme der ZeugInnen Dr. J K, Dr. G F, W K, M N, Mag. A Sch

Auf folgende Ausführungen in der Niederschrift über die mV wird verwiesen: „Der Verhandlungsleiter weist des Weiteren auf die Eingabe vom 18. September 2018 des Herrn Dr. M hin. Dieser Eingabe sind folgende Urkunden angeschlossen:

- Urteil BG Wels betreffend ‚Skill Games‘
- Rechtsgutachten Univ.-Prof. Dr. A K
- Beilage 3 - Gutachten Ing. M F

In dieser Eingabe werden folgende Beweisanträge gestellt:
‚Neben dem erwähnten Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens wird die Einvernahme der Zeugen Dr. J K, Dr. G F, W K sowie M N und Mag. A Sch beantragt.‘

Der Verhandlungsleiter schließt der Niederschrift die Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen vom 17. November 2017 als Beilage 1 sowie die Stellungnahme des Bundesministeriums vom 9. August 2018 betreffend erneute Bestätigung der Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielregulierung durch den Verwaltungsgerichtshof als Beilage 2 an. Behördenvertreter und Vertreter des Finanzamtes führen dazu aus: ‚Es wird ausdrücklich auf die wörtliche Verlesung der Stellungnahme des Herrn Dr. M sowie der der Niederschrift angeschlossenen Stellungnahmen des Bundesministeriums samt Beilagen verzichtet. Diese Urkunden mögen einvernehmlich als verlesen gelten. Es wird die Abweisung der Beweisanträge der Beschwerdeführer beantragt, zumal das Glücksspielgesetz nach der ständigen Rechtsprechung der Höchstgerichte unionsrechts- und verfassungskonform ist.‘ Die Vertreter der Behörde und des Finanzamtes verzichten auf eine weitere Beweisaufnahme.“

Die in der Eingabe der Bf vom 18. September 2018 vorgelegten Beweismittel beziehen sich auf punktuelle Ereignisse und Vorgänge, die keinen Rückschluss auf aktuelle Gesamtzusammenhänge rechtfertigen. Mangels Anspruch auf Vollständigkeit lassen sich aus dem Gutachten F keine Rückschlüsse auf gesamtheitliche Wirkungen ziehen. Es wird kein Zweifel daran begründet, dass die Werbetätigkeit maßvoll und eng darauf begrenzt ist, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken. 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 LVwG 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. Für das LVwG steht fest, dass die Ausführungen der Stellungnahme des BMF vom 17. November 2017 den Tatsachen entsprechen. Aus Sicht des erkennenden Gerichtes bestehen hinsichtlich der diesbezüglichen Ausführungen in den vorgelegten 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.

Rechtlich folgt daraus: Der Verwaltungsgerichtshof gelangte in seiner Entscheidung Ra 2018/17/0048 bis 0049-6 auf der Basis der vom LVwG getroffenen (und auch einer Überprüfung standhaltenden Tatsachenfeststellungen) unter Einbeziehung der zum Entscheidungszeitpunkt geltenden Rechtslage sowie der neueren Rechtsprechung des EuGH wie schon in seinem Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, neuerlich zu dem Ergebnis, dass bei Durchführung der vom EuGH geforderten Gesamtwürdigung von einer Unionsrechtswidrigkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht auszugehen ist, weil mit diesem die vom Gesetzgeber angestrebten Ziele des Spielerschutzes, der Spielsuchtbekämpfung, der Verringerung der Beschaffungskriminalität sowie der Verhinderung von kriminellen Handlungen sowie der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werden (vgl. bereits das Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, Rn. 115). Der Gerichtshof der Europäischen Union hat die Kriterien für eine allfällige Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielrechts bereits in mehreren Entscheidungen hinreichend festgelegt (vgl. EuGH C-64/08, Engelmann; C-347/09, Dickinger; C-390/12, Pfleger). Unter Zugrundelegung dieser Kriterien gelangte der Oberste Gerichtshof - in Einklang mit der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (E 945/2016) und des Verwaltungsgerichtshofes (Ro 2015/17/0022) - in zahlreichen Entscheidungen in gesamthafter Würdigung aller tatsächlichen Auswirkungen des von den Beklagten inkriminierten Regelungsrahmens, insbesondere des Verbots des Automatenglücksspiels ohne behördliche Bewilligung einschließlich der Berücksichtigung der Zulässigkeit bestimmter Werbemaßnahmen der Konzessionäre, zum Ergebnis, dass das österreichische System der Glücksspielkonzessionen nicht gegen Unionsrecht verstößt (RIS-Justiz RS0129945; zuletzt etwa 4 Ob 213/17h). Das Bundesministerium für Finanzen äußerte sich zuletzt mit Stellungnahme vom 17. November 2017 umfassend zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregulierung und führte zusammenfassend aus: „Nach der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung der rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen im österreichischen Glücksspielbereich steht als Ergebnis fest, dass eine verhältnismäßige Zielerreichung gewährleistet ist, die nicht über das erforderliche Ausmaß hinausgeht (vgl. Glücksspielbericht 2014-2016). Das österreichische Glücksspielmonopol erweist sich insgesamt als mit dem Unionsrecht in Einklang stehend (so gelangen die Höchstgerichte allesamt zum Ergebnis der Unionsrechtskonformität, siehe VwGH 16.03.2016, Ro 2015/17/0002, Rn 123; VfGH 15.10.2016, E 945/2016 ua, RN 49 sowie OGH 22.11.2016, 4 OB 31/16m ua s. S 6f; der Verwaltungsgerichtshof weist nunmehr Revisionen infolge geklärter Rechtslage beschlussmäßig zurück; vgl. so etwa VwGH 14.02.2017, Ra 2017/17/0010; 17.05.2017, Ra 2017/17/0004; 05.10.2017, Ra 2017/17/0332; vgl. ebenso zur Unionsrechtskonformität aussprechend z.B. LVwG Oö. 27.04.2017, LVwG-411739/6/KLi/HUE, und LVwG Bgld. 09.05.2017, E 018/06/2017.001/16; sowie ausführlich die Stellungnahme des BMF BMF-180000/1382-I/8/2017 samt Beilagen).“ Es ist kein Grund ersichtlich, der ein Abweichen von den Annahmen des Verwaltungsgerichtshofes (E Ra 2018/17/0048) rechtfertigen würde. Das Glücksspielgesetz ist unionsrechts- und verfassungskonform.

4.2. Objektiver Tatbestand (3. Tatbild § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG):

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl. I Nr. 105/2014, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt.

Gemäß § 52 Abs. 2 GSpG ist bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro zu verhängen.

§ 52 Abs. 3 GSpG lautet: Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.
Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.
Gemäß § 2 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele,

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

Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 GSpG ist Unternehmer, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

Gemäß § 2 Abs. 4 GSpG sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind, verboten.

Hinsichtlich des Glücksspielcharakters der verfahrensgegenständlichen Walzenspielgeräte (FA-Nrn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 und 12) ist Folgendes auszuführen: Aufgrund der festgestellten Funktionsweise der an den Geräten verfügbaren virtuellen Walzenspiele (großer Walzenlauf) ist auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201) davon auszugehen, dass das Spielergebnis vom Zufall abhängt und diese virtuellen Walzenspiele somit als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind. Der Beweisantrag zum Beweisthema „Funktionsweise der gegenständlich relevanten und beschlagnahmten Terminals“ bezeichnet kein ausreichendes Beweisthema. Abgesehen davon handelt es sich bei den sog. „Skill Games“ um drei kleine Walzen, über die man in den großen Walzenlauf (gegenständlich Ring of Fire, Macau, Joker Area, Halloween King, Lucky Pearl) gelangt. Im großen Walzenlauf können Spieler mit Geschicklichkeit keinen Einfluss auf das Erreichen gewinnbringender Symbolkombinationen nehmen. Es handelt sich um zufallsabhängige Walzenspiele und wurden bei den festgestellten Einsätzen näher beschriebene Gewinne in Aussicht gestellt. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass mit diesen Geräten Glücksspiele veranstaltet wurden, um dadurch selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es handelt sich bei diesen Glücksspielen auch um Ausspielungen im Sinne des § 2 GSpG. Aufgrund der Funktionsweise der verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräte mit den darauf verfügbaren Spielen, bei denen Spieleinsätze zu leisten und Gewinne in Aussicht gestellt sind, ist - in Ermangelung einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz - von einer verbotenen Ausspielung im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG auszugehen. Weiters ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz nicht erteilt wurde und diese Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren. Mit dem 3. Tatbild des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG ist eine Person gemeint, die den Automaten in ihrer Gewahrsame hat und diesen den Spielern zugänglich macht (vgl. VwGH 12.03.2010, 2010/17/0017). T B hat als Lokalbetreiber die verbotenen Ausspielungen zugänglich gemacht. Der objektive Tatbestand der Verwaltungsübertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 3. Tatbild GSpG ist erwiesen. Der Tatzeitraum war auf den 25. Juli 2017 einzuschränken, da die Betriebsbereitschaft an vorangegangenen Tagen nicht festgestellt werden konnte.

Hinsichtlich dem Gerät FA-Nr. 9 konnte dagegen nicht festgestellt werden, ob Geschicklichkeits- oder Glücksspiele möglich waren. Aus diesem Grund war insoweit das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

4.3. Zum Verschulden:

Da § 52 GSpG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010, mwN). Gegenständlich wurde von der Beschwerde führenden Partei nichts vorgebracht und es hat sich im Verfahren auch sonst nichts ergeben, was geeignet wäre, ein fehlendes Verschulden des T B darzulegen. Er wendet in diesem Zusammenhang ein, dass der Schuldausschließungsgrund nach § 5 Abs. 2 VStG (wegen Vorliegen eines Rechtsirrtums) vorliege. Entschuldigend wirken nach ständiger Rechtsprechung nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.03.1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbst erteilte Auskünfte über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) bzw. eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung“ (VwGH 22.03.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Der Einwand des Bf greift im vorliegenden Fall nicht. Es ist nicht ersichtlich, dass sich der Bf bei der zuständigen Behörde erkundigt hätte. Der Bf stützt sich hinsichtlich der Behauptung des Vorliegens eines Verbotsirrtums unter anderem auf eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 4. Jänner 2017 (Ra 2015/17/0145). Aus dieser Entscheidung lässt sich jedoch nicht ableiten, dass die im vorliegenden Fall festgestellte Funktionsweise der Geräte (bzw. der Spiele) „unbedenklich“ wäre oder keinen Verstoß gegen das Glücksspielgesetz bewirken würde. Die in der Beschwerde angeführte Entscheidung des BG Wels ist auch schon insofern nicht geeignet, die Begehung einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG gemäß § 5 Abs. 2 VStG zu entschuldigen, als selbst dann, wenn ein den verfahrensgegenständlichen Geräten vergleichbarer Gegenstand vom BG Wels nicht als Eingriffsgegenstand qualifiziert worden wäre, dies angesichts der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa VwGH 27.02.2013, 2012/17/0352) gegenständlich ein bewilligungsloses Betreiben der verfahrensgegenständlichen Geräte nicht gemäß § 5 Abs. 2 VStG entschuldigen würde. Dass der Bf im Tatzeitraum tatsächlich von einer Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes ausgegangen wäre und aufgrund welcher konkreten Umstände dies erfolgt wäre, wurde vom Bf nicht konkret vorgebracht. Im Übrigen existierte im Tatzeitpunkt zur Unionsrechtsproblematik bereits umfassende höchstgerichtliche Judikatur (vgl. dazu insbesondere die Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022). Das Vorbringen des Bf, wonach er einem Rechtsirrtum erlegen sei, stellt somit nach Auffassung des LVwG jedenfalls keinen entsprechenden Beweis zur Entlastung dar. Auch sonst machte der Bf keinerlei Umstände geltend, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen.

Es war daher von einer fahrlässigen Tatbegehung auszugehen.

4.4. Strafbemessung:

Über den Bf wurden bereits mit Straferkenntnis der LPD vom 7. Juli 2015, GZ: VStV/914300599609/2014 (rechtskräftig im Jahr 2016), wegen Übertretungen des § 52 Abs. 1 Z 1 (3. Tatbild) GSpG mittels 12 Eingriffsgegenständen, mit Straferkenntnis der LPD vom 4. Dezember 2015, GZ: VStV/915300637491/2015 (rechtskräftig im Jahr 2016), wegen Übertretungen des § 52 Abs. 1 Z 1 (3. Tatbild) GSpG mittels 11 Eingriffsgegenständen, mit Straferkenntnis vom 6. November 2015, GZ: VStV/915300092769/2015 (rechtskräftig im Jahr 2016), wegen Übertretungen des § 52 Abs. 1 Z 1 (3. Tatbild) GSpG mittels 7 Eingriffsgegenständen Verwaltungsstrafen verhängt.

Im gegenständlichen Fall wurden Übertretungen mit mehr als drei Eingriffsgegenständen begangen. Die erste Vorstrafe wegen Übertretungen mit mehr als drei Eingriffsgegenständen begründet die Anwendung des vierten Strafsatzes des § 52 Abs. 2 GSpG. Der Strafsatz ist laut Verwaltungsgerichtshof Ra 2017/17/0021 im Spruch ausdrücklich anzuführen. Der Strafrahmen beträgt 6.000 Euro bis 60.000 Euro. Gemäß § 16 Abs. 2 VStG ist eine Ersatzfreiheitsstrafe bis zwei Wochen vorgesehen.

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

Unrechtsgehalt: nicht geringfügig

Verschulden: Fahrlässigkeit

Milderungsgründe: keine

Erschwerungsgründe: zwei einschlägige Vormerkungen (Straferkenntnis der LPD vom 4. Dezember 2015, GZ: VStV/915300637491/2015, Straferkenntnis vom 6. November 2015, GZ: VStV/915300092769/2015).

Einkommens- und Vermögensverhältnisse: kein relevantes Vermögen, keine ins Gewicht fallende Sorgepflichten und ein Einkommen von mindestens ca. 2.000 Euro monatlich, Verbindlichkeiten in unbekannter Höhe

Gemäß § 42 VwGVG darf aufgrund einer Beschwerde keine höhere Strafe verhängt werden als im angefochtenen Bescheid. Das sich aus der letztgenannten Gesetzesstelle ergebende Verbot der reformatio in peius führt dazu, dass dann, wenn im Erkenntnis des LVwG der Tatzeitraum reduziert wird - sofern nicht andere Strafzumessungsgründe heranzuziehen sind als im Erstbescheid -, nicht die gleiche Strafe verhängt werden darf wie im bekämpften Bescheid (vgl. VwGH 21.02.2012, 2010/11/0245). Im gegenständlichen Fall wurde bereits die Mindeststrafe verhängt. Ein Unterschreiten der Mindeststrafe kam bei zwei einschlägigen Vorstrafen nicht in Betracht. Die Ersatzfreiheitsstrafe war aber aliquot zur Höchststrafe (zwei Wochen) neu zu bemessen.

Die verhängten Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen sind schuld- und tatangemessen. Infolge der Behebung des Spruchabschnittes 9) des Straferkenntnisses war der Kostenbeitrag für das Verfahren der belangten Behörde (10% der Strafe) herabzusetzen. Bei diesem Ergebnis ist für das Beschwerdeverfahren kein Kostenbeitrag zu entrichten.

Aus diesem Grund war spruchgemäß zu entscheiden.

5. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da die Rechtslage durch die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geklärt ist:

- zur Unionsrechtskonformität des Glücksspielgesetzes: Ra 2018/17/0048
- zu den Walzenspielen: 2000/17/0201
- Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichtes unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 08.01.2015, Ra 2014/08/0064).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde

bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.
Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Weigl