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-412986/8/KH

Datum:
Linz, 16. Oktober 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde des C R, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 29. Juni 2018, GZ: BHRIPol-2017-285211/26-SEI, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. September 2018

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 200 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis vom 29. Juni 2018, GZ: BHRIPol-2017-285211/26-SEI, verhängte die Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis (im Folgenden: belangte Behörde) über C R (im Folgenden: Beschwerdeführer - Bf) eine Verwaltungsstrafe in der Höhe von 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 15 Stunden), da ihm Folgendes vorgeworfen wurde:

„Sie haben am 08.06.2017 um ca. 11:35 Uhr in dem von der F GmbH betriebenen Lokal ‚W V' in R, als Beauftragter des Lokalinhabers bzw. als Person, welche Glücksspieleinrichtungen bereitgehalten hat, während einer Kontrolle durch das Finanzamt Braunau-Ried-Schärding, Team Finanzpolizei, nach dem Glücksspielgesetz ihre Mitwirkungspflicht verletzt, indem sie den Organen der öffentlichen Aufsicht die geforderten Auskünfte nicht erteilt haben.
Sie haben die geforderten Auskünfte in Zusammenhang mit der festgestellten Veranstaltung verbotener Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG nicht erteilt, obwohl Sie aufgrund der niederschriftlich festgehaltenen Eigenschaft als Lokalverantwortlicher und somit zur Auskunft verpflichtete Person dazu verpflichtet gewesen wären.

Verwaltungsübertretung nach:
§ 50 Abs. 4 iVm § 52 Abs. 1 Z. 5 letzter Fall Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 105/2014“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob der Bf rechtzeitig rechtsfreundlich vertreten Beschwerde und beantragte, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen, in eventu eine Ermahnung auszusprechen, in eventu die Strafe herabzusetzen.
Der Bf begründete seine Beschwerde mit der Rechtswidrigkeit des Bescheidinhalts, Verfahrensfehlern, Unzuständigkeit der belangten Behörde, Aktenwidrigkeit, Ergänzungsbedürftigkeit des Ermittlungsverfahrens, unrichtiger rechtlicher Beurteilung, mangelnder Schuld und er bekämpfte die Strafhöhe.

I.3. Mit Schreiben vom 1. August 2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Mit E-Mail vom 5. September 2018 übermittelte der Rechtsvertreter des Bf dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ein schriftliches Vorbringen zur Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes samt Konvolut.

I.5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich führte am 5. September 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, zu welcher der Rechtsvertreter des

Bf erschien. Zeugenschaftlich einvernommen wurde G H, Finanzpolizei, Finanzamt Braunau Ried Schärding.

Seitens der Verhandlungsleiterin wurde auf die Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregulierung vom 17. November 2017, insbesondere auf die auf Seite 7 dieser Stellungnahme erwähnten Beilagen 1 bis 15, verwiesen. Diese Stellungnahme samt Beilagen wurde verlesen und zum Akt genommen.

In der mündlichen Verhandlung am 5. September 2018 verwies der Rechtsvertreter des Bf insbesondere auf das Vorbringen zur Inkohärenz der Glücksspielwerbung der österreichischen Konzessionäre, hier insbesondere auf das Sachverständigengutachten des Ing. F sowie das Gutachten des Univ.-Prof. Dr. A K. Aufgrund des bisherigen Vorbringens der Beschwerdeführer stelle sich der Akteninhalt derartig dar, dass nur Vorbringen betreffend Inkohärenz der Glücksspielwerbung erstattet worden seien. Die belangte Behörde bzw. die anderen Parteien hätten diesbezüglich keinerlei Gegenvorbingen erstattet. Auch aus den amtswegig beigeschafften Unterlagen sowie z.B. den Glücksspielberichten 2010ff ergebe sich keinerlei Möglichkeit, Feststellungen zur Glücksspielwerbung zu treffen. In diesem Zusammenhang verwies der Rechtsvertreter auf das jüngste Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 11. Juni 2018 zur Zl. Ra 2017/17/0052, wonach zwingend Feststellungen zum Thema Glücksspielwerbung zu treffen seien und der Verwaltungsgerichtshof in Aussicht gestellt habe, dass dies unter anderem dadurch möglich sei, dass das entscheidende Gericht einen informierten Vertreter des BMF stellig mache. Im Sinne dieser Entscheidung wurde vom Rechtsvertreter des Bf die zeugenschaftliche Einvernahme eines informierten Vertreters des BMF zur Thematik Werbestandards bzw. Werbetätigkeiten der österreichischen Konzessionäre im Zusammenhang mit den Vorgaben des Europäischen Gerichtshofes beantragt.

II. Sachverhalt und Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt, insbesondere in die Anzeige der Finanzpolizei, deren Aktenvermerk sowie in die Niederschrift über die Einvernahme des im Rahmen der Kontrolle angetroffenen C R.

Demnach steht folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt fest:

II.2. Die Finanzpolizei führte am 8. Juni 2017 um ca. 11.30 Uhr (Kontrollbeginn) eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz in dem von der F GmbH betriebenen Lokal „W V“ in R durch. Bei der Kontrolle wurden insgesamt neun Glücksspielgeräte dreier verschiedener Gerätetypen, auf denen Walzenspiele (sieben

Walzenspielgeräte), Hunderennen (zwei Hundewettterminals) und ein elektronisches Glücksrad (Afric2go) angeboten wurden, vorgefunden. Bei den Geräten wurden abhängig vom Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt, die Geräte wurden betriebsbereit und voll funktionsfähig vorgefunden.

Die Felicitas GmbH ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht und Betreiberin des Lokals „W V“.

Der Bf deklarierte sich bei der Kontrolle als für den Lokalbetrieb sowie die aufgestellten Glücksspielgeräte zuständig. Laut SV-Datenauszug war der Bf allerdings seit 16. August 2016 bei der Firma P GmbH, S, W, angestellt. Er gab im Rahmen der Kontrolle an, dass der Standort in Ried seit ca. 10. bis 11. Mai 2017 geöffnet sei und die Geräte zum Zeitpunkt der Eröffnung bereits alle im Lokal gewesen seien. Auf alle weiteren Fragen der Finanzpolizei antwortete der Bf nicht. Er gab an, dass er nicht befugt sei, Auskünfte zu erteilen und nichts sagen werde.
Um 11.35 Uhr gab der Bf etwas in sein Handy ein und um 11.37 Uhr wurden die Geräte heruntergefahren bzw. „Net Error“ angezeigt.
Er refundierte den Kontrollorganen der Finanzpolizei um 12.02 Uhr das eingesetzte Testspielgeld in der Höhe von 62 Euro.

Der Bf verfügte im Tatzeitraum laut unwidersprochener Einschätzung über ein monatliches Einkommen von 2.000 Euro bei durchschnittlichem Vermögen und keinen Sorgepflichten. Er wies zum Tatzeitpunkt keine einschlägigen rechtskräftigen Vorstrafen wegen Übertretungen nach § 52 GSpG auf.

II.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 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 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 Euro pro Monat für Glücksspiele ausgegeben (im Vergleich zu 53 Euro im Jahr 2009). Auf der Ebene der einzelnen Glücksspielarten bestehen hier jedoch sehr unterschiedliche Entwicklungen. Der Geldeinsatz ist 2015 am höchsten bei den Automatenspielen außerhalb der Casinos. Im Durchschnitt werden hierfür von den Spielern pro Monat ca. 203 Euro eingesetzt, sechs Jahre davor 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 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 Euro auf ca. 110 Euro mehr als verdoppelt.

Die Anteile problematischen und pathologischen Spielens unterscheiden sich je nach Glücksspielart erheblich. Die zahlenmäßig große Gruppe der Spieler von Lotterieprodukten beinhaltet anteilsbezogen nur wenige Personen, die ein problematisches oder pathologisches Spielverhalten zeigen (jeweils etwa 1 %). Während bei den Rubbellosen sich nur leicht höhere Werte zeigen, ist bei den klassischen Casinospielen bereits mehr als jeder zwanzigste Spieler betroffen.

Auch Sportwetten beinhalten ein erhebliches Risiko, spielbedingte Probleme zu entwickeln. So erfüllen ca. 7,1 % dieser Spielergruppe die Kriterien problematischen Spielens und weitere ca. 9,8 % zeigen ein pathologisches Spielverhalten. Etwa jeder sechste Sportwetter ist daher von einer Spielproblematik betroffen. Noch höher sind diese Anteile bei Spielautomaten, welche in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen stehen. Etwa 21,2 % dieser Spieler sind spielsüchtig. Die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der „Casinos Austria“ nehmen sich im

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

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667, 2014 651, 2015 1.076 und 2016 748 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1.854, 2012 2.480, 2013 1.299, 2014 1.102, 2015 2.319 und 2016 1.207 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden.

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2016 in Summe 7.923 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870, darunter 5.555 über österreichische Spielbankbesucher und 1.944 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 7.159 online-„Sofort-Checks“. 634.657 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2016 den Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen, die seit Oktober 2013 auf zwei Mal 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 Glücksspielgesetz-Novelle 2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden (diese Anbindungen sind seit 2013 bzw. 2015 in Betrieb); durch das Abgabenrechtsänderungsgesetz 2011 wurden die Voraussetzungen zur Erweiterung auf den Bereich der Glücksspielautomaten in Spielbanken geschaffen - diese Anbindung ist seit 1. Juli 2017 in Betrieb. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

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.4. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den aufgenommenen Beweismitteln. Die Angaben zu Zeit, Ort und Ablauf der Kontrolle, den vorgefundenen Glücksspielgeräten, die Verweigerung des Bf der Beantwortung von jeglichen Fragen ergeben sich unstrittig aus den im Akt einliegenden Unterlagen der finanzpolizeilichen Kontrolle, insbesondere aus der Anzeige und dem Aktenvermerk der Finanzpolizei sowie der aufgenommenen Niederschrift über die Einvernahme des C R. Darüber hinaus bestreitet auch der Bf selbst nicht, dass keine Auskünfte erteilt wurden und die Geräte heruntergefahren wurden bzw. die Datenleitung während der Kontrolle unterbrochen wurde.

Seitens des erkennenden Gerichtes bestehen keine Zweifel an der Richtigkeit der von der belangten Behörde vorgelegten Unterlagen betreffend die finanzpolizeiliche Kontrolle.

Auch der Umstand, dass die Walzenspielgeräte FA-Nrn. 2 bis 6 unmittelbar nach Beginn der Kontrolle heruntergefahren wurden, wurde vom Bf zu keinem Zeitpunkt bestritten und ergibt sich auch aus der Dokumentation der finanzpolizeilichen Kontrolle, insbesondere aus dem Aktenvermerk der Finanzpolizei und der Niederschrift über die Einvernahme des Bf. Da es sich beim Bf um die einzige zum Kontrollzeitpunkt anwesende Person gehandelt hat, können die Geräte auch nur durch diesen heruntergefahren worden sein.

Die Feststellung, wonach der Bf der einzige anwesende Mitarbeiter und Verantwortliche im Lokal war, ergibt sich aus der Niederschrift über seine Einvernahme. Obwohl er laut SV-Datenauszug seit 16. August 2016 bei der Firma P GmbH angestellt ist, hat er sich selbst im Rahmen der Kontrolle als für den Lokalbetrieb verantwortlich und auch für die „vermeintlichen“ Glücksspielgeräte zuständig deklariert. Daraus ergibt sich für das erkennende Gericht unzweifelhaft, dass der Bf im Zeitpunkt der Kontrolle für das gegenständliche Lokal faktisch verantwortlich war.

Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie die Feststellung zu den Sorgepflichten des Bf basieren auf den unbeanstandet gebliebenen Annahmen der Behörde im angefochtenen Straferkenntnis. Der Bf hat diesbezüglich auch im

gesamten verwaltungsbehördlichen und verwaltungsgerichtlichen Verfahren keine Angaben gemacht.

Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich - Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt und es sind aus Sicht des erkennenden Gerichtes im Verfahren keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Studie hervorgekommen. Die Feststellungen zu den Tätigkeiten des BMF, der Finanzpolizei und der Konzessionäre sowie die Feststellungen zur Anbindung an das Bundesrechenzentrum gründen vor allem auf den Angaben des BMF in den Glücksspielberichten 2010-2013 und 2014-2016 sowie im Evaluierungsbericht des BMF zu den Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014. Aus Sicht des erkennenden Gerichtes bestehen hinsichtlich der diesbezüglichen Ausführungen in den Berichten keine Bedenken gegen die Richtigkeit, zumal auch davon auszugehen ist, dass das BMF über den Inhalt und Umfang der Tätigkeiten der Behörden Kenntnis hat und aufgrund der Funktion als Aufsichtsbehörde auch über bestimmte Tätigkeiten der Konzessionäre informiert ist. Gründe dafür, dass vom BMF diesbezüglich auf Tatsachenebene falsche Auskünfte gegeben worden wären, sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu 22.000 Euro zu bestrafen, wer gegen eine Bestimmung der in § 2 Abs. 3 vorgesehenen Verordnung, gegen die Auflageverpflichtung von Spielbeschreibungen, die Anzeigeverpflichtung gemäß § 4 Abs. 6 oder eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 verstößt.

Gemäß § 50 Abs. 4 leg. cit. sind die Behörde nach Abs. 1 und die in Abs. 2 und 3 genannten Organe zur Durchführung ihrer Überwachungsaufgaben berechtigt, Betriebsstätten und Betriebsräume sowie Räumlichkeiten zu betreten, auch wenn dies sonst der Allgemeinheit untersagt ist, soweit dies zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes erforderlich ist. Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, haben der Behörde nach Abs. 1, dem Amtssachverständigen (§ 1 Abs. 3) und den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassend Auskünfte zu erteilen, umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen und Einblick in die geführten Aufzeichnungen, in die Aufzeichnungen der Glücksspieleinrichtungen und in die nach diesem Bundesgesetz aufzulegenden Spielbeschreibungen zu gewähren sowie dafür zu sorgen, dass eine

anwesende Person diesen Verpflichtungen gegenüber Kontrollorganen nachkommt.

Ein Glücksspiel im Sinne des Glücksspielgesetzes ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt (§ 1 Abs. 1 GSpG).

III.2. Gemäß § 50 Abs. 4 GSpG haben u.a. „Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten“ umfassend Auskünfte zu erteilen, umfassende Überprüfungen und Testspiele zu ermöglichen und Einblick in die geführten Aufzeichnungen zu geben. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes treffen die in § 50 Abs. 4 GSpG angeführten Verpflichtungen auch die Angestellten des Lokalbetreibers. So führte der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 20. Juni 2012, 2012/17/0114, aus, dass das Glücksspielgesetz den Begriff des „Bereithaltens“ einer Glücksspieleinrichtung bzw. der „Person, die Glücksspieleinrichtungen bereit hält“, zwar nicht näher definiere und auch die Erläuterungen zur Regierungsvorlage zur Novelle des Glücksspielgesetzes mit BGBl. I Nr. 54/2010, mit welcher § 50 Abs. 4 GSpG in das Glücksspielgesetz eingefügt wurde (658 Blg NR, 24. GP, 8), keine Ausführungen zu § 50 Abs. 4 GSpG enthielten. Unter einer „Person, die Glücksspieleinrichtungen bereit hält“, könne jedoch schon nach dem Wortsinn und dem Gesetzeszweck jemand verstanden werden, der de facto für die Bereithaltung einer „Einrichtung“, mit der Glücksspiele von Dritten gespielt werden können, sorge. Das Bereithalten werde vom Gesetzgeber in § 50 Abs. 4 GSpG vom „Veranstalten“ und „Anbieten“ eines Glücksspielapparates unterschieden. Das „Bereithalten“ setze somit keine rechtlich-organisatorische Beziehung zu der Glücksspieleinrichtung in dem Sinne voraus, dass jemand das Spiel organisiere, dass die Verträge mit ihm abgeschlossen würden oder die Spiele auf seine Rechnung erfolgten. Der Gesetzgeber habe mit der Bestimmung offensichtlich auch eine Auskunftsverpflichtung jener Personen schaffen wollen, die zwar mit der Veranstaltung des Spiels nicht im eben genannten Sinne zu tun haben, die aber durch ihr Verhalten die Durchführung des Spiels erst ermöglichten und in vielen Fällen bei Kontrollen die einzigen Personen seien, die den Kontrollorganen Auskünfte erteilen könnten. Im Falle der Aufstellung eines Glücksspielapparats in einem Lokal treffe somit die Auskunftspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG nicht nur den Betreiber des Apparats, der in einer großen Zahl der Fälle nicht im Lokal anwesend sein werde, sondern den- oder diejenigen, die faktisch für die Verfügbarkeit des Apparats sorgten (vgl. auch VwGH 21.08.2014, Ra 2014/17/0004).

Die F GmbH hat am Kontrolltag jenes Lokal betrieben, in dem die oben bezeichneten Geräte aufgestellt waren bzw. den Gästen zur Verfügung standen. An diesen Geräten wurden Spiele angeboten, deren Ausgang vom Zufall abhing und bei denen gegen Einsatz einer vermögenswerten Leistung ein Gewinn in Aussicht gestellt wurde. Die gegenständlichen Geräte boten daher Glücksspiele im

Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG an und sind als Glücksspieleinrichtungen zu qualifizieren.

III.3. Der Bf war die im Rahmen der Kontrolle einzig anwesende Person im Lokal und - obwohl der laut SV-Datenauszug bei der P GmbH angestellt war - faktisch verfügungsbefugt und verantwortlich für das gegenständliche Lokal. Aus den Feststellungen ergibt sich weiters, dass der Bf die Auskunft zu den ihm gestellten Fragen verweigerte. Er verstieß damit gegen die in § 50 Abs. 4 GSpG vorgesehene Pflicht, den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassend Auskünfte zu erteilen. Andere Personen, die namens der Lokalbetreiberin Auskünfte erteilt hätten, waren nicht zugegen. Es war demzufolge zum Zeitpunkt der gegenständlichen Kontrolle niemand im Lokal anwesend, der den Kontrollorganen „umfassend Auskünfte“ im Sinne des § 50 Abs. 4 GSpG erteilte.

III.4. Ferner sind gemäß § 50 Abs. 4 GSpG auch „umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen“. Wie die Ermittlungsergebnisse zeigten, wurden die Geräte FA-Nrn. 2 bis 6 deaktiviert, was eine Probebespielung verunmöglichte. Ein Beenden der Datenleitung bildet (genauso wie etwa das Deaktivieren der Stromversorgung) ein nicht unübliches und gerichtsbekanntes Vorgehen, um Glücksspielkontrollen durch Organe der Finanzpolizei zu verunmöglichen oder zumindest zu erschweren. Da die Deaktivierung nur wenige Minuten nach dem Moment erfolgte, in dem die Finanzbeamten die Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz angemeldet hatten, geht das Gericht bei lebensnaher Betrachtung davon aus, dass diese Deaktivierung von Seiten der Lokalbetreiberin - d.h. der im Lokal als verantwortlich anwesenden Person - erfolgte. Gegenteiliges wurde vom Bf im gesamten Verfahren nicht behauptet. Des Weiteren hat sich der Bf vor Ort und zu keinem einzigen Zeitpunkt dahingehend geäußert, warum ihm die Reaktivierung der Datenverbindung und die Ermöglichung von Probespielen nicht möglich sein sollte. Wenn aber ein Spiel nur bei aufrechter Internetverbindung durchgeführt werden kann, dann umfasst die Verpflichtung, die Durchführung von Testspielen zu ermöglichen, nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch die Verpflichtung zur Herstellung einer Internetverbindung (siehe VwGH 24.02.2014, 2013/17/0843).

III.5. Insgesamt hat der Bf die ihm zur Last gelegte Tat damit in objektiver Hinsicht zu verantworten.

III.6. Zur geltend gemachten Unionsrechtswidrigkeit:

III.6.1. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann ein Glücksspielmonopol geeignet sein, einerseits die Niederlassungsfreiheit, andererseits die Dienstleistungsfreiheit zu beschränken (EuGH Rechtssache Gambelli, C-243/01; Rechtssache Pfleger u.a., C-390/12).

III.6.2. Hinsichtlich der vorgebrachten Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielgesetzes ist zunächst festzuhalten, dass - wie auch von den Höchstgerichten in ständiger Rechtsprechung festgehalten 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.

Im gegenständlichen Fall ist die F GmbH, die das gegenständliche Lokal betreibt, eine juristische Person mit Sitz in W, Österreich. Insofern kommt eine (unmittelbare) Anwendung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten von vornherein nicht in Betracht. Dass auch keine allfällige, durch das faktische Agieren des Staates geschaffene Inländerdiskriminierung vorliegt, hat der Verfassungsgerichtshof im Übrigen bereits festgehalten (vgl. VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

III.6.3. Die behauptete Unionsrechtswidrigkeit liegt jedoch jedenfalls auch aus nachfolgenden Gründen nicht vor:

III.6.3.1. Gemäß Art. 52 iVm 62 AEUV können mitgliedstaatliche Eingriffe in die Freiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Auch Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH (vgl. etwa Rs Pfleger u.a., C-390/12, mwN) durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben den vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen Rechnung zu tragen. Sowohl Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit als auch Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne 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.6.3.2. Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, weisen in Österreich zwischen 0,34 % und 0,60 % der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf und es sind (Stand 2015) zwischen ca. 27.600 bis ca. 46.000 Personen spielsüchtig. Die Spielsucht stellt daher in Österreich ein relevantes Problem dar. Durch das im Glücksspielgesetz geregelte Glücksspielmonopol sollen unter anderem die Gelegenheiten zum Spiel vermindert, die Ausnutzung der Spielleidenschaft

begrenzt und der Spielerschutz gewährleistet werden (vgl. in diesem Zusammenhang etwa die §§ 5, 14, 16, 19, 21, 22, 25, 26, 31 und 56; so ausdrücklich auch die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Novelle BGBl. I Nr. 73/2010; in diesem Sinne auch bereits die Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte siehe etwa VfGH 06.12.2012, B1337/11 u.a.; VfGH 12.03.2015, G 205/2014-15 u.a.; 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 Rechtsprechung 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 Glücksspielgesetz geregelte Monopol entgegengetreten werden, wobei es sich bei der Normierung eines Monopolsystems um eine geeignete Maßnahme handeln kann, um den negativen Erscheinungen unkontrollierten Glücksspiels entgegenzuwirken (vgl. EuGH Rs Pfleger, C-390/12, Rz 41).

III.6.3.3. Es ist daher zu prüfen, ob die im Glücksspielgesetz normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit in ihren Wirkungen tatsächlich geeignet sind, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Hinsichtlich der Eignung der im Glücksspielgesetz normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit zur Erreichung der genannten Ziele in kohärenter und systematischer Weise ist nicht nur zu prüfen, welche gesetzlichen Vorgaben geregelt sind, sondern auch wie diese umgesetzt werden.

Das Glücksspielgesetz regelt einerseits die Anforderungen an die Erteilung einer Konzession oder Bewilligung zur Durchführung von Ausspielungen sowie deren Einhaltungsvoraussetzungen, andererseits stellt es Ausspielungen, die ohne Konzession oder Bewilligung durchgeführt werden, unter Strafe und ordnet dazu konkrete Verfolgungsmaßnahmen an. Somit geht aus dem Glücksspielgesetz klar hervor, dass nur jene Glücksspielbetreiber legal Glücksspiele in Form von Ausspielungen anbieten können, die einerseits Inhaber einer Konzession oder Bewilligung sind und andererseits die damit verbundenen Anforderungen fortlaufend erfüllen. Es liegt auf der Hand, dass eine beschränkte Zahl von Konzessionären effektiver zu überwachen ist als eine unbeschränkte Anzahl an Anbietern (vgl. auch VfGH 06.12.2012, B 1337/11) und somit das im Glücksspielgesetz 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 1.854, 2012 2.480, 2013 1.299, 2014 1.102, 2015 2.319 und 2016 1.207 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden. Bereits aufgrund dieser vorläufigen Beschlagnahmen wurden aber grundsätzlich weitere Glücksspiele mit betroffenen Glücksspielgeräten (zumindest für die Dauer der Aufrechterhaltung der Beschlagnahme) verhindert und insoweit die Zugänglichkeit zu Ausspielungen beschränkt.

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

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich ferner, dass durch die Glücksspielgesetz-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).

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 „Casinos Austria“ im Vergleich zu den (häufig auch nicht bewilligten) Ausspielungen in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen eher gering ausfallen.

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

III.6.4. Zum Vorbingen betreffend die Werbetätigkeit:

Aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich, dass Werbung für Glücksspiel nicht generell dem Unionsrecht widerspricht, aber die Werbetätigkeit maßvoll und eng darauf begrenzt werden muss, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken (vgl. dazu etwa 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 Euro auf 57 Euro (also nur in etwa um die Inflationsrate) erhöht, bei den besonders problematischen Automatenspielen außerhalb der Casinos ist er sogar deutlich zurückgegangen. Auch die Anzahl der Spielsüchtigen ist in diesem Zeitraum nicht gestiegen. Daraus ist abzuleiten, dass die Werbetätigkeit der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber in ihrer Gesamtheit im Ergebnis jedenfalls kein Wachstum des gesamten Markts für Glücksspiele bewirkt hat. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob - 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 Glücksspiels geführt. Es haben daher die Gesamtwirkungen der Werbetätigkeit die kohärente und systematische Verfolgung der Ziele des Glücksspielgesetzes nicht beeinträchtigt.

Nachdem es in Österreich (bezogen auf den Zeitraum 2009 bis 2015) zu keinem Wachstum des gesamten Glücksspielmarkts gekommen ist und (nach der Rechtsprechung des EuGH) eine Werbung der Konzessionäre für ihre Produkte zum Zweck, den vorhandenen Markt für sich zu gewinnen, jedenfalls zulässig ist (vgl. EuGH 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.

Der rechtsfreundliche Vertreter des Bf stellte in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. September 2018 den Antrag auf Zeugeneinvernahme eines informierten Vertreters des BMF und brachte vor, dass es nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes erforderlich sei, Feststellungen betreffend Werbepraktiken zu treffen.

Der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ist nicht zu entnehmen, dass die Werbepraxis der Konzessionäre extensiv wäre. Vielmehr hat sich der Verwaltungsgerichtshof - worauf er in seinem Erkenntnis vom 11. Juli 2018, Ra 2018/17/0048, verwies - bereits anlässlich der von ihm mit Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2017/17/0022, durchgeführten Gesamtwürdigung mit der Werbepraxis auseinandergesetzt. In seinem Erkenntnis vom 11. Juli 2018, Ra 2018/17/0048, konnte der Verwaltungsgerichtshof einerseits nicht nachvollziehen, dass die Werbung der Konzessionäre aggressiv wäre und verwies andererseits darauf, dass selbst ein als aggressiv zu qualifizierendes Vorgehen im Einzelfall bei der Verfolgung des vom EuGH anerkannten Ziels der Lenkung der Spieler aus dem Bereich des besonders suchtgefährdenden Automatenglücksspiels in Richtung des erlaubten, weniger suchtgeeigneten und vom Monopol umfassten Glücksspiels gerechtfertigt sein kann. In seiner Gesamtwürdigung kam der Verwaltungsgerichtshof in diesem jüngsten Erkenntnis unter Einbeziehung der behaupteten extensiven Werbepraxis der Konzessionäre bei Durchführung der vom EuGH geforderten Gesamtwürdigung zum Ergebnis, dass von einer Unionsrechtswidrigkeit von Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht auszugehen sei.

Die unsubstantiiert gebliebene Behauptung des Bf in der mündlichen Verhandlung betreffend die Werbepraxis ist nicht geeignet, die vom Verwaltungsgerichtshof vorgenommene Gesamtwürdigung zu erschüttern, insbesondere da selbst im Falle der Feststellung von extensiven Werbepraktiken diese mit den Zielen des EuGH durch entsprechende Lenkungseffekte vereinbar sein können (vgl. das vom Bf zitierte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 11. Juli 2018, Ra 2017/17/0052, sowie vom selben Tag Ra 2018/17/0048). Dass dies nicht so wäre, wurde vom Bf hingegen nicht einmal behauptet. Von der Beweisaufnahme konnte daher abgesehen werden.
Hinsichtlich des vorgelegten Gutachtens von Ing. Mag. F zur Werbetätigkeit ist festzuhalten, dass dieses gleich zu Beginn (Punkt 3.1.) darauf hinweist, dass die Grundlage der Befundaufnahme „die aktuellen Kommunikationsmaßnahmen“ einiger ausgewählter Betriebe in der klassischen Werbung war, wobei die Auflistung „keinen Anspruch auf Vollständigkeit“ darstellt. Zumal bereits im Gutachten selbst darauf verwiesen wird, dass dieses bloß einen Ausschnitt der Werbetätigkeit berücksichtigt, kann dieses nicht dazu dienen, die vorgenommene Gesamtwürdigung des Verwaltungsgerichtshofes zu erschüttern.

III.6.5. Zusammenfassend ergibt sich daher für das erkennende Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, 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 EuGH Rechnung getragen wird und die österreichische Regelung in Einklang mit Art. 56 AEUV steht. Ein allfälliges Fehlverhalten einzelner Marktteilnehmer führt nicht zur Inkohärenz der gesetzlichen Regelungen und deren behördlicher Handhabung.

Auch der Verwaltungsgerichtshof kann in den im Glücksspielgesetz vorgesehenen Eingriffsbefugnissen keinen übermäßigen Eingriff in die von der GRC geschützten Rechte erkennen. Insofern entspricht diese Beurteilung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich der aktuellen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu diesem Thema (jüngst 11.07.2018, Ra 2018/17/0048 bis 00496; sowie 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 u.v.a.]). 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 des österreichischen Glücksspielgesetzes ausgehen.

III.6.6. Zu den offenen Beweisanträgen betreffend die Frage der Unionsrechtskonformität sind folgende Punkte festzuhalten:

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

Soweit Zeugeneinvernahmen zum Beweis dafür beantragt wurden, dass die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz ineffektiv seien, ist darauf hinzuweisen, dass die Zeugen lediglich ihre persönliche Meinung (ob eine „Ineffektivität“ vorliegt) darstellen könnten, die allenfalls auf Umständen gründet, die sich in ihrem unmittelbaren Umfeld abspielen. Hingegen sind der genannten Studie auch Auswirkungen der gesetzlichen Vorgaben und behördlichen Maßnahmen zu entnehmen. Persönliche Meinungen von Einzelpersonen sind daher für die vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorzunehmende rechtliche Beurteilung, ob angesichts bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen als (im rechtlichen Sinne ausreichend) effektiv angesehen werden können oder nicht, nicht von Relevanz. Auch die Beweisanträge zur Effektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz waren daher abzuweisen. Die bloß unsubstantiierte Behauptung, Spielerschutzvorschriften würden nicht greifen oder seien gelockert worden, lässt überdies nicht

erkennen, inwieweit ein solches Handeln Einfluss auf die Anwendbarkeit einer innerstaatlichen Norm haben könnte. Der Antrag, Vorstände eines Konzessionärs nach dem Glücksspielgesetz zu vernehmen, geht daher auch deshalb ins Leere, weil damit kein geeignetes Vorbringen erstattet wurde, von dem eine Relevanz für das gegenständliche Verfahren abgeleitet werden könnte.

III.6.7. Zum Vorbringen der Nichtbeachtung des Art. 267 AEUV und den Anträgen auf Aussetzung des Verfahrens:

Der Bf vertritt in seinem ergänzenden Vorbringen 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 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 Gerichtes 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.6.8. Der Bf rügt auch, dass die bisherige höchstgerichtliche Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, Verwaltungsgerichtshofes 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 Glücksspielmonopols 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. März 2016, Ro 2015/17/002, bzw. dies jüngst bestätigend durch VwGH 11.07.2018, Ra 2018/17/0048 u.a., durch die Durchführung der nach der vom Bf zitierten Rechtsprechung des EuGH (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 u.v.m.; 29.05.2017, Ra 2017/17/0031). In diesem Erkenntnis ist der Verwaltungsgerichtshof unter anderem auch auf die Staatseinnahmen durch Glücksspiel (Rz. 1222 bzw. 68) 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).

Der Verwaltungsgerichtshof hat überdies bereits 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.

Die aufgrund der vom Bf vorgebrachten Unionsrechtswidrigkeit der österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten vorgenommene Gesamtwürdigung durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (siehe oben) erfolgte unter Berücksichtigung der vom 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 30. Oktober 2015 (unter anderem auch gerichtet an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich) übermittelten Studie und dem Glücksspielbericht, welcher vom Bundesminister bzw. vom Bundesministerium für Finanzen erstellt wurde, gründen. Dass das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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 (vgl. in diesem Sinne etwa auch jüngst VwGH 11.07.2018, Ra 2018/17/0048 bis 0049-6, insbesondere Rz 26f).
Auch hat der EuGH in seiner Entscheidung vom 14. Juni 2017 keineswegs ausgeschlossen, dass das erkennende Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Frage der Unionsrechtskompatibilität des im Glücksspielgesetz verankerten Monopolsystems durchgeführten Beweisaufnahme auf in unzähligen früheren beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich anhängigen gleichartigen Verfahren erhobene Beweise - und in diesem Sinne „amtsbekannte Tatsachen" - Bedacht nimmt, sodass auch dieses Vorbringen ins Leere geht.

Bei den vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eingeholten und verwerteten Studien und Statistiken handelt es sich zudem nicht nur um belastendes Material, deren Erhebung das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in die Rolle des Anklägers drängen würde. Die verwendeten Studien und empirischen Daten (insbesondere die Kalke-Studie sowie der Glücksspielbericht des Finanzministeriums) dienten vielmehr der Ermittlung von gleichermaßen belastenden und entlastenden Umständen und berücksichtigten auch die Entwicklungen nach Inkrafttreten der relevanten Bestimmungen des Glücksspielgesetzes, sodass eine dynamische Prüfung der Verhältnismäßigkeit erfolgen konnte. Dies zeigt sich schon daran, dass sich der 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.6.9. Der Bf hat als Person, die zur Tatzeit Glücksspieleinrichtungen bereitgehalten und die geforderten Auskünfte im Rahmen der finanzpolizeilichen Kontrolle

nicht erteilt hat, die ihm vorgeworfene Verwaltungsstraftat in objektiver Hinsicht zu verantworten.

III.7. Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 VStG genügt zur Strafbarkeit grundsätzlich fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Das gilt auch für die Strafnorm des § 52 Abs. 1 GSpG, die über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Nach dem 2. Satz des § 5 Abs. 1 VStG ist Fahrlässigkeit 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 (sog. „Ungehorsamsdelikt“) und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Bei der gegenständlichen Verwaltungsübertretung handelt es sich um ein solches Ungehorsamsdelikt, bei dem Fahrlässigkeit ohne weiteres anzunehmen ist, wenn der Täter mangelndes Verschulden nicht glaubhaft macht. Dies ist dem Bf mit seiner Einlassung im Ergebnis nicht gelungen:

Mit den in § 50 Abs. 4 GSpG enthaltenen Duldungs- und Mitwirkungspflichten wollte der Gesetzgeber dem Versuch der Glücksspielanbieter begegnen, durch mangelnde Kooperation die Behörden an der Erlangung hinreichender Verdachtsmomente zu hindern und so bereits im Ansatz die Einleitung von Strafverfahren zu vereiteln. Nicht nur, dass den Kontrollorganen Testspiele unentgeltlich ermöglicht werden sollten, es sollten sich die Verpflichteten auch nicht durch mangelnde Vorkehrungen ihrer Mitwirkungspflicht entziehen können (vgl. Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1960 Blg NR 24. GP 51 zu § 50 Abs. 4 zweiter Satz GSpG). Ohne diese Pflichten wäre es den Behörden nicht oder nur mit unangemessen hohem Aufwand möglich, Verstöße gegen das Glücksspielgesetz festzustellen und entsprechend zu ahnden (vgl. dazu auch VwGH 24.02.2014, 2013/17/0834).

Die Auskunftspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG wird durch das Verbot des Selbstbezichtigungszwangs eingeschränkt, wenn bereits vor der Durchführung der Befragung ein konkreter Verdacht einer dem Befragten zuzurechnenden Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 GSpG oder einer Straftat nach § 168 StGB besteht (vgl. VwGH 24.02.2014, 2013/17/0834). Der Bf als für den Lokalbetrieb und die Geräte verantwortliche und faktisch im Lokal anwesende Person war jedoch gerade nicht vom Straftatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG erfasst und war daher hinsichtlich dieses Delikts auch nicht als Beschuldigter anzusehen (vgl. VwGH 22.10.2013, 2013/17/0168).
Im vorliegenden Fall war eine Bestrafung des Bf im verwaltungsbehördlichen Strafverfahren nach dem Glücksspielgesetz (abgesehen von der Verletzung der Auskunftspflicht) gar nicht möglich. Auch für eine gerichtliche Strafbarkeit liegen

keine Hinweise vor. Der Bf konnte sich somit nicht auf das Selbstbezichtigungsverbot berufen (so VwGH 29.07.2015, Ra 2014/17/0031).

Im konkreten Fall wurden die Geräte FA-Nrn. 2 bis 6 heruntergefahren, kurz nachdem die Kontrollorgane die gegenständliche Kontrolle angemeldet hatten. Es konnten somit keine Testspiele durchgeführt werden. Zu diesem Zeitpunkt war somit (noch) nicht klar, welcher Art die auf den - unstrittig vorhandenen - Automaten vorhandenen Spiele konkret waren, also ob das Ergebnis überwiegend vom Zufall abhing, etc.; auch war nicht klar, wer Eigentümer der Geräte und Veranstalter der Glücksspiele war. Die Durchführung von Testspielen wäre daher notwendig gewesen, um überprüfen zu können, ob die Bestimmungen des Glücksspielgesetzes eingehalten oder verletzt wurden und diente der Sachverhaltsfeststellung, ob das auf den Geräten erzielbare Spielergebnis überwiegend vom Zufall abhängig war.

Auch die Aufforderung an den Bf, als Auskunftsperson Fragen zu beantworten, hat stattgefunden, als noch keine näheren Ermittlungsergebnisse vorlagen, sodass auch hier noch keine Situation gegeben war, in der sich eine Verdachtslage so sehr verdichtet hätte, dass eine (allenfalls mittelbare - also über die Verpflichtung, Auskunft gebendes Personal bereitzustellen -) Selbstbezichtigung vorgelegen wäre.

Auch die Bestimmung des § 49 Abs. 1 Z 2 AVG, nach der von einem Zeugen die Aussage unter anderem über Fragen, die er nicht beantworten könnte, ohne ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis zu offenbaren, verweigert werden darf, vermag die Weigerung des Bf, jedwede an ihn in der Niederschrift gerichteten Fragen zu beantworten, nicht zu rechtfertigen. Nach dem eindeutigen Wortlaut dieser Bestimmung darf die Aussage selbst bei Vorliegen eines anerkannten Entschlagungsgrundes nicht vollständig, sondern nur „über Fragen“ verweigert werden, deren Beantwortung die durch § 49 Abs. 1 Z 1 bis 3 AVG geschützten Interessen verletzen würde (vgl. Hengstschläger/Leeb, AVG § 49 Rz. 2). Der Bf verweigerte pauschal die Aussage, also auch über Fragen, bei deren Beantwortung die Verletzung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen [im Sinne von unternehmensbezogenen Tatsachen kommerzieller oder technischer Art, an deren Nichtoffenbarung der Geschäfts- oder Betriebsinhaber ein wirtschaftliches Interesse hat (vgl. Hengstschläger/Leeb, AVG § 40 Rz 24)] von vornherein nicht in Betracht kam (z.B.: „Wer ist der Lokalbetreiber? Für wen arbeiten Sie? Wer ist der Geschäftsführer dieses Betriebes?“).

Während es im Einzelfall vorkommen mag, dass sich eine konkrete Frage der Kenntnis der Auskunftsperson entzieht, gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Bf die vorliegenden Fragen tatsächlich nicht beantworten hätte können. Vielmehr erteilte er auch zu trivialsten Fragen keinerlei Auskünfte. Auch ergibt sich

aus der Niederschrift über die Einvernahme des Bf explizit, dass er „nichts sagen“ werde und somit eine Verletzung der gesetzlichen Mitwirkungspflicht vorliegt.

Der Bf hat zusammengefasst keinerlei Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen Entlastungsbeweis zu führen. Er hat somit sein objektiv rechtswidriges Verhalten auch subjektiv zu verantworten.

III.8. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat. Nach § 19 Abs. 2 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde, in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. u.a. VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) erfolgt.

Darüber hinaus normiert § 19 Abs. 2 VStG für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach 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).

III.9. Wie oben dargestellt, ist die gegenständliche Verwaltungsübertretung mit Geldstrafe bis zu 22.000 Euro zu bestrafen.

Die belangte Behörde ging bei ihrer Entscheidung von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von ca. 2.000 Euro, durchschnittlichem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Mangels gegenteiliger Angaben bildet dies auch die Grundlage der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung.

Mildernd wurde seitens der belangten Behörde gewertet, dass gegen den Bf zur Tatzeit keine einschlägigen Vorstrafen vorlagen.

Was die Gewichtung des Unrechtsgehalts betrifft, ist die Bedeutung des Rechtsgutes zum Schutz des staatlichen Glücksspielmonopols und das öffentliche Interesse an einer kontrollierten Durchführung von Glücksspielen mit fiskal- und ordnungspolitischen Zielsetzungen zu betonen. Es geht vor allem um die wichtige Bekämpfung der besonders negativen Begleiterscheinungen des unkontrollierten illegalen Glücksspiels. Wie oben dargelegt, hat der Bf durch das ihm angelastete Verhalten seine Verpflichtungen nach § 50 Abs. 4 Satz 2 GSpG missachtet.

Nach Abwägung der Strafzumessungsgründe und unter Berücksichtigung der angenommenen persönlichen Verhältnisse ist - unter besonderem Augenmerk auf das Verschulden des Bf - die Höhe der verhängten Strafe zu bestätigen, sie liegt zudem im untersten Bereich des Strafrahmens. Unter Gesamtwürdigung aller Umstände erscheint diese Geldstrafe angemessen, um den Bf von weiteren derartigen Verwaltungsübertretungen abzuhalten. Eine weitere Reduktion kam aufgrund der niedrigen Strafhöhe nicht mehr in Betracht.

III.10. Der Ausspruch betreffend den Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens gründet in § 52 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VwGVG).

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

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 Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Strafbarkeit von Übertretungen des Glücksspielgesetzes ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes wurde entsprechend den von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 Verwaltungsgerichtes unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 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 diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Hörzing