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-412098/17/Wei

Datum:

Linz, 8. März 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde des M H, vertreten durch RA Dr. P R, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems vom 11. Mai 2017, GZ: Pol96-25- 2017, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild Glücksspielgesetz (GSpG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 31. Oktober 2017 im ersten Rechtsgang und nach Aufhebung der vorangegangenen hg. Entscheidung vom 23. Mai 2018 durch den Verwaltungsgerichtshof

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insoweit stattgegeben, als der Schuldspruch des angefochtenen Straferkenntnisses abgeändert wird und wie folgt zu lauten hat:

Sie haben, wie im Zuge einer Kontrolle durch das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr, Team 43 Finanzpolizei, am 1.3.2017 um 9:45 Uhr in dem von der U H- und V betriebenen Lokal „L“ in x, festgestellt wurde, als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der Firma U H- und V gemäß § 9 Abs 1 VStG zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Unternehmer iSd § 2 Abs. 2 GSpG im genannten Lokal in der Zeit vom 1. März 2014 bis zum Tag der Kontrolle am 1. März 2017 das im Lokal vorgefundene, betriebsbereite und funktionsfähige Glücksspielgerät
mit der Bezeichnung
keine Gerätebezeichnung, Versiegelungsplakettennr. A076683-A076688, FA-Gerätenr. 1,
mit dem den Spielern für einen geldwerten Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden und deren Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing, in ihrer Gewahrsame gehabt und Spielern damit zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG unternehmerisch zugänglich gemacht hat.“

II. Im Strafausspruch wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen und die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe in Höhe von 1.000 Euro und die Ersatzfreiheitstrafe von 33 Stunden bestätigt.

III. Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs 8 VwGG im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich keinen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Beschwerdegegenstand

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems (im Folgenden: belangte Behörde) vom 11.5.2017, GZ: Pol96-25-2017, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Geldstrafe von 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden) wegen einer Übertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG mit einem Glücksspielgerät verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 100 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben, mit Sitz in x, als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG, wie im Zuge einer Kontrolle durch das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr, Team 43 Finanzpolizei, am 01.03.2017, um 09:45 Uhr in dem von Ihnen betriebenen Lokal ‚L', Betreiber U H- und V in x, festgestellt wurde, im besagten Lokal vom 01.07.2013 bis zum Tag der Kontrolle am 01.03.2017 das im Lokal vorgefundene, betriebsbereite und funktionsfähige Glücksspielgerät mit der Bezeichnung
keine Gerätebezeichnung, Versiegelungsplakettennr. A076683-A076688, FA- Gerätenr. 1, mit dem den Spielern für einen geldwerten Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden und dessen Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing, in Ihrer Gewahrsame gehabt und Spielern damit zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG unternehmerisch zugänglich gemacht.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 GSpG (Glücksspielgesetz)"
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Wegen dieser Verwaltungsübertretung verhängte die belangte Behörde „gemäß § 52 GSpG" eine Geldstrafe von 1.000 Euro und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden. Ferner wurde ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens von 100 Euro (10% der Geldstrafe) gemäß § 64 VStG vorgeschrieben.

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, nach eigener Wahrnehmung der Finanzpolizei im Rahmen der Testspiele habe festgestellt werden können, dass es sich beim beschwerdegegenständlichen Spiel um ein virtuelles Walzenspiel, dessen Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhänge, handle. Es liege weder eine Konzession noch eine Ausnahme aus dem Glücksspielmonopol vor. Die Veranstaltung der gegenständlichen verbotenen Ausspielungen sei gegen Entgelt

im Lokal „L“ geduldet und somit verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG unternehmerisch zugänglich gemacht worden.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitig am 7.6.2017 bei der belangten Behörde eingelangte Beschwerde, mit der neben der Durchführung einer mündlichen Verhandlung die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens beantragt werden. Begründend brachte der Bf darin zusammengefasst vor, dass auf dem verfahrensgegenständlichen Gerät keine Glücksspiele iSd GSpG spielbar oder angeboten worden seien. Weiters sei das GSpG unionsrechtswidrig und verstoße gegen die Grundrechtecharta, weshalb das Straferkenntnis jedenfalls aufzuheben sei. Darüber hinaus wurde vorgebracht, dass die Tatanlastung unklar und die verhängte Strafe jedenfalls überhöht sei.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt mit Schreiben vom 13.6.2017 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

II. Beschwerdeverfahren

II.1. Beschwerdeverhandlung

Zur Vorbereitung der anberaumten Beschwerdeverhandlung legte der Rechtsvertreter des Bf mit E-Mail vom 25.10.2017 unter Hinweis auf europäische und österreichische Rechtsprechung eine ergänzende Stellungnahme hinsichtlich des seiner Ansicht nach bestehenden Anwendungsverbotes des österreichischen Glücksspielgesetzes aufgrund europarechtlicher Bedenken im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe, insbesondere den präventiven Spielerschutz, zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit mit etlichen Beilagen und Beweisanträgen vor. Die Eingabe wurde ausgedruckt und in der durchgeführten Verhandlung behandelt.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich führte am 31.10.2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung in Anwesenheit des ADir. P H, als Vertreter des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr durch. Die belangte Behörde hat sich entschuldigt. Der Rechtsvertreter des Bf ist nicht erschienen. Der geladene finanzpolizeiliche Zeuge A J ist entschuldigt nicht zur Verhandlung erschienen.

Im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung wurde Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt und Erörterung des Akteninhalts, insbesondere in die im Akt einliegende Anzeige des Finanzamtes vom 3.3.2017,

den Aktenvermerk über die gegenständliche Kontrolle vom 1.3.2017, die Niederschrift über die Einvernahme des Bf als Auskunftsperson vom 1.3.2017, die Niederschrift über die Beschuldigteneinvernahme des Bf vom 22.3.2017, weiter durch Einsichtnahme in die GSp26-Dokumentation über die Testspiele samt Fotodokumentation und in die mit dem ggst. Strafverfahren sachlich zusammenhängenden Strafverfahren der Gerichtsakten LVwG-411963, LVwG-411964 (Beschlagnahme des Glücksspielgerätes) und LVwG-412099 (Strafverfahren gegen V L als verantwortliche Geschäftsführerin der International T R s.r.o.) sowie durch Verlesung von Urkunden.

Die aufgelisteten, vom Finanzministerium zur Verfügung gestellten Dokumente zur Frage der Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielregelung wurden in der Verhandlung behandelt und zum Akt genommen:

•Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen betreffend Ziel und Zweck des Glücksspielmonopols vom 26.6.2015 (Beilage ./A)
•Glücksspielbericht 2010-2013 des Bundesministeriums für Finanzen (Beilage ./B)
•Evaluierungsbericht des Bundesministeriums für Finanzen über Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014 aus November 2014 (Beilage ./C)
•Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015 betreffend Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, verfasst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg (Beilage ./D)
•Informationsschreiben der Stabsstelle für Spielerschutz zu einer neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich - Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ (Beilage ./E) und
•Glücksspielbericht 2014-2016 des Bundesministeriums für Finanzen samt Informationsschreiben (Beilage ./F)

II.2. Sachverhaltsfeststellung

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht vom folgenden entscheidungsrelevanten S a c h v e r h a l t aus:

II.2.1. Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 1.3.2017 um 9:45 Uhr im Lokal „L“, x, wurde das im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführte Gerät öffentlich zugänglich und betriebsbereit vorgefunden, mit der Nummer FA-Nr. 1 bezeichnet, zur Probe bespielt, anschließend beschlagnahmt und mit einer Versiegelungsplakette versehen. Das Lokal wurde von der U H- und V betrieben. Das Gerät war von Mitte des Jahres 2013 bis zum Tag der Kontrolle am 1.3.2017 im gegenständlichen Lokal aufgestellt.

Der Platz, auf dem das Gerät aufgestellt war, wurde von der U H- und V an die I T R s.r.o. vermietet, um daraus nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Die I T R s.r.o. hat ihren Sitz in T. Sie ist die Eigentümerin des Gerätes.

Weder die U H- und V noch der Bf oder die I T R s.r.o. waren im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr.	Spiel	Einsätze	in Aussicht gestellter Gewinn
1	Happy Panda	0,50 bis 12 Euro	100 Euro (+Mini Pot 140,88 Euro Midi Pot 445,82 Euro Maxi Pot 1.377,02 Euro) bis 2.400 Euro (+Mini Pot 140,88 Euro Midi Pot 445,82 Euro Maxi Pot 1.377,02 Euro)

Der Spielablauf des virtuellen Walzenspiels stellt sich wie folgt dar:

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

Der Bf hat seinen Wohnsitz im Inland und ist seit 12.8.2013 handelsrechtlicher Geschäftsführer der U H- und V und verfügt über ein monatliches Einkommen in der Höhe von 2.000 Euro bei durchschnittlichem Vermögen und keinen Sorgepflichten. Es sind im gegenständlichen Verfahren keine

Verwaltungsvorstrafen bekannt geworden. Die U H- und V ist eine österreichische Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in x.

II.2.2. 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 41% der Bevölkerung (14 bis 65 Jahre) in den letzten 12 Monaten irgendein Glücksspiel um Geld gespielt, dieser Wert ist seit 2009 kaum verändert (2009: 42%). Das klassische Lotto „6 aus 45“ ist das beliebteste Glücksspiel in Österreich. Jeder dritte Österreicher hat dieses Spiel im Jahr 2015 mindestens einmal in den letzten 12 Monaten gespielt (ca. 33%), der prozentuale Anteil für die 30-Tages-Prävalenz beträgt ca. 20%. Seit 2009 haben sich diese Werte so gut wie nicht geändert (jeweils nur um ca. ± 1 Prozentpunkt). Dagegen ist für diesen Zeitraum eine deutliche Zunahme bei der europäischen Lotterie, den Euromillionen, zu konstatieren: Der Prozentwert für die monatliche Teilnahme hat sich von etwa 4% auf etwa 8% verdoppelt. Auch beim Joker gibt es seit 2009 einen prozentualen Anstieg. Inzwischen spielt jede siebte Person mindestens einmal im Jahr dieses Glücksspiel (ca. 14%). Damit ist es das zweitverbreitete Glücksspiel in Österreich. Bei den Rubbellosen – die auf dem vierten Platz liegen – sind nur geringe Veränderungen zwischen 2009 und 2015 vorhanden. Alle anderen Glücksspiele besitzen bezogen auf die Spielteilnahme in der Gesamtbevölkerung eine nachgeordnete Bedeutung: Das gilt für die Sportwetten genauso wie für die klassischen Kasinospiele, bei denen 2015 jeweils etwa 4% in den letzten 12 Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Kasinos und in Spielhallen werden von noch weniger Personen gespielt. In den letzten 12 Monaten haben am Automatenglücksspiel in Spielbanken ca. 0,5% teilgenommen, im Jahr 2009 waren dies ca. 0,6% bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz. Bezüglich der Teilnahme am Automatenglücksspiel außerhalb von Spielbanken (Spielhallen, Einzelaufstellungen, illegale Glücksspielautomaten) ist der Wert bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz von ca. 1,2% im Jahr 2009 auf ca. 1% im Jahr 2015 zurückgegangen.

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

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

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

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

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

2480, 2013 1299, 2014 1.102, 2015 2.319 und 2016 1.207 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden.

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2016 in Summe 7.923 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870, darunter 5.555 über österreichische Spielbankbesucher und 1.944 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 7.159 online-„Sofort-Checks“. 634.657 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2016 den Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen, die seit Oktober 2013 auf zwei Mal im Monat gesteigert wurden. Bei 221.296 davon bestand die begründete Annahme im Sinne des § 25 Abs. 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.631 Informationsgesprächen sowie 1.050 Beratungen bzw. Befragungen führte. Per 31.12.2016 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 1.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Vernetzung, Koordination und Zusammenarbeit in Spielerschutz-angelegenheiten mit Behörden und fachlichen Einrichtungen auf Bundes-, Landes- sowie Regionalebene sowie international; Spielerschutz einschließlich Spielsuchtprävention im österreichischen sowie internationalen Glücksspielrecht; die fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre; Unterstützung der Glücksspielaufsicht in fachlicher Hinsicht; Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels; Unterstützung des Spielerschutzes in Beratung, Forschung und Entwicklung; des Weiteren die Weiterentwicklung von Standards und Strategien zur Eindämmung der Spielsucht und damit verbundenen anderen negativen Effekten.

Ferner ist durch die GSpG-Novelle 2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden (diese Anbindungen sind seit 2013 bzw. 2015 in Betrieb); durch das Abgabenrechts-änderungsgesetz 2011 wurden die Voraussetzungen zur Erweiterung auf den Bereich der Glücksspielautomaten in Spielbanken geschaffen – diese Anbindung ist seit 1.7.2017 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.

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich vollständig und schlüssig aus dem durchgeführten Beweisverfahren in Verbindung mit dem ggst. Verfahrensakt sowie den Bezugsakten zu GZlen. LVwG-411963, LVwG-411964 und LVwG-412099.

Die Feststellungen zur durchgeführten finanzpolizeilichen Kontrolle sowie zu dem dabei vorgefundenen Gerät, insbesondere auch dessen Betriebsbereitschaft und Betriebsdauer in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei vom 3.3.2017, der GSp26-Dokumentation vom 1.3.2017, dem Aktenvermerk der Finanzpolizei vom 1.3.2017 sowie der niederschriftlichen Aussage des bei der Kontrolle anwesenden Bf vom 1.3.2017. Dieser konnte insbesondere den Zeitraum angeben, indem das Gerät betriebsbereit und öffentlich zugänglich im Lokal aufgestellt war. Für das erkennende Landesverwaltungsgericht ergaben sich weder aus dem Akt noch im Beweisverfahren Hinweise, die gegen diese Feststellungen sprechen.

Die Anzeige vom 3.3.2017 und der Aktenvermerk vom 1.3.2017 der Finanzpolizei enthalten auch eine Beschreibung des Spielablaufs für das auf dem Gerät vorhandene virtuelle Walzenspiel. Diese Beschreibung lässt sich auch mit den Lichtbildern, die der GSpG-26 Dokumentation angeschlossen waren, in Einklang bringen. Die beschriebene Funktionsweise stimmt im Wesentlichen auch mit den

festgestellten Abläufen in anderen Entscheidungen zu virtuellen Walzenspielen überein, sodass nach den bisherigen Erfahrungen beim erkennenden Richter keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben bestehen.

Die (unbestrittenen) Feststellungen bezüglich der Eigentumsverhältnisse ergaben sich aus dem Akt, insbesondere aus den eigenen Angaben des Bf in seiner Einvernahme als Auskunftsperson vom 1.3.2017, dem Aktenvermerk der Finanzpolizei vom 1.3.2017 und dem E-Mail des Rechtsvertreters des Bf vom 14.3.2017 im Akt zur Zl. LVwG-411963, LVwG-411964. Der Umstand, dass die U H- und V den Platz, an dem sich das verfahrensgegenständliche Gerät befand, an die I T R s.r.o. vermietet hat, lässt sich ebenfalls der Einvernahme des Bf als Auskunftsperson vom 1.3.2017 entnehmen.

Die Feststellungen, wonach der Bf handelsrechtlicher Geschäftsführer der U H- und V und diese wiederum Betreiberin des gegenständlichen Lokals ist, ergaben sich ebenfalls schlüssig aus dem Akt, insbesondere aus den eigenen Angaben des Bf und dem einliegenden Firmenbuchauszug. Die Annahme bezüglich eines monatlichen Einkommens von 2.000 Euro bei durchschnittlichem Vermögen und keinen Sorgepflichten blieb im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unwidersprochen, sodass an diesen Feststellungen ebenfalls keine Zweifel bestehen.

Dass weder die U H- und V, der Bf noch die I T R s.r.o. im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für das gegenständliche Gerät waren und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, folgt für das erkennende Gericht daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle, noch im behördlichen Verfahren bzw im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurde und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde.

Dass das Gerät zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben und zugänglich gemacht wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass dieses von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten aufgestellt bzw. die Aufstellung geduldet wurde, diese Räumlichkeiten für die Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden und die Funktionsweise des Gerätes auf eine Einnahmenerzielung ausgerichtet ist. Es sind im Verfahren auch keine Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung des Gerätes aus reiner Freigiebigkeit, zu Vorführzwecken oder bloß zur Lagerung vorgenommen worden wäre.

Der Umstand, dass dem Bf bekannt gewesen war, dass das - auf dem vermieteten Platz - aufgestellte Gerät ein Glücksspielgerät ist, auf dem Glücksspiele durchgeführt wurden, ergibt sich für das erkennende Gericht schon daraus, dass es absolut lebensfremd wäre, wenn dem Bf hinsichtlich einer Sache, die sich in seinem Lokal befindet und für deren Betriebsbereitschaft er sorgt, nicht die Funktion dieser bekannt wäre. Auch spricht allein schon das Aussehen des Gerätes laut der Fotodokumentation der Finanzpolizei für ein Glücksspielgerät. Das erkennende Gericht kann keine Gründe erkennen, die gegen diese Annahme sprechen.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich aus den Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle, an denen kein Grund zum Zweifeln besteht.

Die Einvernahme des zur mündlichen Verhandlung vom 31.10.2017 entschuldigt nicht erschienenen Zeugen A J konnte unterbleiben, da sich die Feststellungen zur finanzpolizeilichen Kontrolle vom 1.3.2017, zum dabei vorgefundenen betriebsbereiten und öffentlich zugänglichen Glücksspielgerät sowie zu den durchgeführten Testspielen bereits widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Verfahrensakt ergaben.

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

II.4. Zweiter Rechtsgang

Mit dem im ersten Rechtsgang ergangenen hg. Erkenntnis vom 23. Mai 2018, GZ. LVwG-412098/8/Wei/JK, wurde das angefochtene Straferkenntnis der belangten Behörde vom 11. Mai 2017, GZ. Pol96-25-2017, im Wesentlichen bestätigt und der Spruch modifiziert, indem in Bezug auf die Verantwortlichkeit des Bf gemäß dem § 9 Abs 1 VStG als handelsrechtlicher Geschäftsführer der U H- und V und nicht als Einzelunternehmer eine sprachliche Anpassung vorgenommen wurde. Über die dagegen vom Bf erhobene außerordentliche Revision vom 6. Juli 2018 hat der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 28. November 2018, Ra 2018/17/0152-4, entschieden und das hg Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben. Die Gründe werden unter Punkt IV.2 näher behandelt.

III. Maßgebliche Rechtsvorschriften

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

Die seit 1. März 2014 (Beginn des Tatzeitraums) geltenden einschlägigen Bestimmungen des Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl Nr. 620/1989 idFd Novelle nach Art 16 des BGBl. I Nr. 13/2014 (AbgÄG 2014) lauten auszugsweise wie folgt:

„Glücksspiele

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

Ausspielungen

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

(2) Unternehmer ist, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.
Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs. 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmereigenschaft

aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

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

(4) Verbotene Ausspielungen sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind.

Behörden und Verfahren

§ 50. (1) Für Strafverfahren und Betriebsschließungen nach diesem Bundesgesetz sind die Bezirksverwaltungsbehörden, im Gebiet einer Gemeinde, für das die Landespolizeidirektion zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, die Landespolizeidirektion zuständig. Gegen diese Entscheidungen kann Beschwerde an ein Verwaltungsgericht des Landes erhoben werden.
[...]
(5) Die Abgabenbehörde hat in Verwaltungsverfahren nach §§ 52, 53 und 54 dann, wenn zu der Verwaltungsübertretung eine von ihr stammende Anzeige vorliegt, Parteistellung und kann Beschwerde gegen Bescheide sowie Einspruch gegen Strafverfügungen erheben.
[...]
(7) Der Bundesminister für Finanzen ist berechtigt, gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte der Länder an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben. Die Verwaltungsgerichte der Länder haben Ausfertigungen glücksspielrechtlicher Entscheidungen unverzüglich dem Bundesminister für Finanzen zu übermitteln.
[...]
(10) Erwachsen einer Behörde bei einer Amtshandlung im Zusammenhang mit dem Beschlagnahme- oder Einziehungsverfahren Barauslagen, so sind diese den Bestraften zur ungeteilten Hand im Strafbescheid, allenfalls mittels gesonderten Bescheids, aufzuerlegen.
[...]

Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 52. (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60 000 Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22 000 Euro zu bestrafen,

1. wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt;
   [...]

[...]
(2) Bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen ist für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1 000 Euro bis zu 10 000 Euro, im

Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3 000 Euro bis zu 30 000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3 000 Euro bis zu 30 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6 000 Euro bis zu 60 000 Euro zu verhängen.

(3) Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.

(4) Werden Verwaltungsübertretungen nach Abs. 1 nicht im Inland begangen, gelten sie als an jenem Ort begangen, von dem aus die Teilnahme im Inland erfolgt. Gegenstände, mit deren Hilfe eine verbotene Ausspielung im Sinne des § 2 Abs. 4 durchgeführt oder auf andere Weise in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, unterliegen, sofern sie nicht gemäß § 54 einzuziehen sind, dem Verfall.

(5) [...]"

Gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. Zugänglichmachen von Ausspielungen mit dem Glücksspielgerat

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit dem gegenständlichen Gerät Walzenspiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich vom Zufall abhängt. Es gibt keinerlei Hinweise, dass ein Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte. Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B. VwGH 27.1.2012, 2011/17/0246) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da dieser Umstand sohin feststeht, kann eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben.

Entsprechend dieser Judikatur ist daher nochmals festzuhalten, dass mit dem gegenständlichen Gerät Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis

ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte. An dem beschwerdegegenständlichen Gerät wurden somit Glücksspiele angeboten.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich weiter, dass mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät Glücksspiele veranstaltet wurden, um dadurch selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es handelt sich bei diesen Glücksspielen um Ausspielungen iSd § 2 GSpG. Auf Grund des verfahrensgegenständlichen Glücksspielgerätes mit den darauf verfügbaren Walzenspielen, bei denen Spieleinsätze zu leisten und dafür Gewinne in Aussicht gestellt werden, ist in Ermangelung einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz von einer verbotenen Ausspielung iSd § 2 Abs. 4 GSpG auszugehen. Dass eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt wurde und diese Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren, ist unbestritten.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich weiter, dass die U H- und V als Lokalbetreiberin den Platz im Lokal, auf dem das Gerät aufgestellt war, an die I T R s.r.o. vermietet und die Aufstellung und den Betrieb des Gerätes auf diesem Platz geduldet hat. Das verfahrensgegenständliche Gerät war von Mitte des Jahres 2013 bis zum Tag der Kontrolle am 1.3.2017 in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals „L“ aufgestellt. Die U H- und V hat damit verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht, als sie das Gerät zur Veranstaltung von Ausspielungen im o.a. Lokal duldete, um daraus Mieteinnahmen zu lukrieren. Damit wurde der objektive Tatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG verwirklicht.

IV.2. Einschränkung des Tatzeitraums nach Aufhebung durch VwGH

Das im ersten Rechtsgang erlassene Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 23. Mai 2018 wurde vom Verwaltungsgerichtshof wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben (vgl VwGH 28.11.2018, Ra 2018/17/0152-4). Aus der Entscheidung des VwGH geht als tragende Begründung hervor, dass keine Zuständigkeit der Verwaltungsstrafbehörde zur Ahndung der Verwaltungsstraftat für den gesamten Tatzeitraum vorlag. Es war nämlich am vorliegenden Glücksspielgerät ein Höchsteinsatz von 12 Euro möglich, was ursprünglich - vor Änderung der Subsidiaritätsbestimmung durch die Novelle BGBl I Nr. 13/2014 – nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs zur Folge hatte, dass nur der vorgehende Kriminalstraftatbestand des § 168 StGB als erfüllt zu betrachten und demnach von einer ausschließlichen Gerichtszuständigkeit auszugehen gewesen wäre (vgl VfGH 13.06.2013, B 422/2013 = VfSlg 19754).

Mit der am 1. März 2014 in Kraft getretenen GSpG-Novelle im Art 16 des Abgabenänderungsgesetzes 2014 (BGBl I Nr. 13/2014) wurde die Frage der Subsidiariät im Verhältnis von gerichtlicher und verwaltungsbehördlicher Strafbarkeit neu geregelt und eine im Vergleich zur früheren Rechtslage umgekehrte Subsidiaritätsregel mit dem neuen § 52 Abs 3 GSpG eingeführt, wonach nunmehr im Konkurrenzfall nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 GSpG zu bestrafen ist. Bis zum Inkrafttreten dieser GSpG-Novelle am 1. März 2014 (Tag nach der Kundmachung) trat aber noch die verwaltungsbehördliche hinter die gerichtliche Strafbarkeit zurück.

Beim gegebenen Tatzeitraum ab Mitte des Jahres 2013 hätte demnach keine Verwaltungsstrafe verhängt werden dürfen, solange von einer Gerichtszuständigkeit auszugehen war. Dies war bis zum 28. Februar 2014 der Fall. Die Entscheidung über einen Tatzeitraum bis zu diesem Datum im Verwaltungsstrafverfahren war daher rechtswidrig. Im zweiten Rechtsgang war nunmehr der Tatzeitraum einzuschränken.

IV.3. Verschulden

Gemäß § 5 Abs 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da § 52 GSpG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten.

Die Verwaltungsübertretung des § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG ist ein sog. „Ungehorsamsdelikt“, weil zum Tatbestand der Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und sich das Tatbild in der Verletzung der Verwaltungsvorschrift erschöpft. Es genügt fahrlässige Tatbegehung.

Der Bf hat das dritte Tatbild des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG als handelsrechtlicher Geschäftsführer der U H- und V gemäß § 9 Abs 1 VStG zu verantworten. Der Bf hat keinerlei Umstände geltend gemacht, die seiner Entlastung dienen könnten. Es gibt auch nach der Aktenlage keinen Grund für die Annahmen, das der Bf nicht in der Lage gewesen wäre, zumindest die objektiv gebotene Sorgfalt einzuhalten und sich bei kompetente Stelle über die Rechtslage zu erkundigen, bevor ein Platz für den Betrieb eines Glücksspielgerätes vermietet wird.

IV.4. Zur behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG

IV.4.1. 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 ua, C 390/12).

Der Bf hat seinen Wohnsitz in Österreich, die U H- und V ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Österreich und die I T R s.r.o. ist eine der GmbH entsprechende juristische Person mit Sitz in T. Diese Umstände ändern nichts an der Anwendbarkeit des GSpG im vorliegenden Fall:

Gemäß Art. 52 iVm 62 AEUV können mitgliedstaatliche Eingriffe in die Freiheiten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sein. Auch Beschränkungen von Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH (vgl. etwa Rechtssache Pfleger ua, C-390/12 mwN) durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben den vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen Rechnung zu tragen. Sowohl Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit als auch Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit können durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, wenn sie geeignet sind, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinn zu gewährleisten, dass sie kohärent, systematisch und verhältnismäßig sind (vgl. EuGH Rechtssache Gambelli, C 243/01; siehe weiters EuGH Rechtssache Dickinger und Ömer, C-347/09; EuGH Rechtssache Pfleger, C-390/12; VwGH 29.05.2015, Zl. Ro 2014/17/ 0049; VwGH 15.12.2014, Zl. Ro 2014/17/0121).

Wie sich aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt, weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, und es sind (Stand 2015) zwischen ca. 27.600 bis ca. 46.000 Personen spielsüchtig. Die Spielsucht stellt daher in Österreich ein relevantes Problem dar. Durch das im GSpG geregelte Glücksspielmonopol sollen unter anderem die Gelegenheiten zum Spiel vermindert, die Ausnutzung der Spielleidenschaft begrenzt und der Spielerschutz gewährleistet werden (vgl. in diesem Zusammenhang etwa die §§ 5, 14, 16, 19, 21, 22, 25, 26, 31 und 56; so ausdrücklich auch die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zur Novelle BGBl I Nr. 73/2010; in diesem Sinne auch bereits die Rsp der österreichischen Höchstgerichte siehe etwa VfGH 6.12.2012, B1337/11 ua; VfGH 12.03.2015, G 205/2014-15 ua; VwGH 7.03.2013, Zl. 2011/17/0304, VwGH 4.11.2009, Zl. 2009/17/0147; OGH 20.03.2013, 6 Ob 118/12i; 17.02.2015, 4 Ob 229/14a: Aus den gesetzlichen Bestimmungen als solchen sei nicht abzuleiten, dass die Ausgestaltung des Glücksspielrechts nicht dem Ziel des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung diente). Diese Zielsetzungen vermögen daher eine Beschränkung der Glücksspieltätigkeiten im Sinne der Rsp des EuGH zu rechtfertigen. Auch der Verfassungsgerichtshof hielt jüngst fest, dass der österreichische Rechtsrahmen im Hinblick auf die Regulierung des Glücksspielsektors den in der Rechtsprechung des EuGH festgelegten Anforderungen entspricht (VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E

1054/2016). Dem evidenten Spielsuchtproblem in Österreich soll gerade auch durch das im GSpG geregelte Monopol entgegengetreten werden, wobei es sich bei der Normierung eines Monopolsystems um eine geeignete Maßnahme handeln kann, um den negativen Erscheinungen unkontrollierten Glücksspieles entgegen zu wirken (vgl. EuGH Rechtssache Pfleger, C-390/12 RZ 41).

IV.4.2. Es ist daher zu prüfen, ob die im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit in ihren Wirkungen tatsächlich geeignet sind, dieses Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Hinsichtlich der Eignung der im GSpG normierten Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit zur Erreichung der genannten Ziele in kohärenter und systematischer Weise ist nicht nur zu prüfen, welche gesetzlichen Vorgaben geregelt sind, sondern auch wie diese umgesetzt werden.

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

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

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

der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden. Bereits aufgrund dieser vorläufigen Beschlagnahmen wurden aber grundsätzlich weitere Glücksspiele mit betroffenen Glücksspielgeräten (zumindest für die Dauer der Aufrechterhaltung der Beschlagnahme) verhindert und insoweit die Zugänglichkeit zu Ausspielungen beschränkt.

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

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

Schon die oben angeführten Umstände, insbesondere die Kontrollen der Konzessionäre, die Maßnahmen zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels, die Festlegung der Anbindung der Glücksspielautomaten (auch jener in Spielbanken)

und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH, aber auch die Einrichtung der Spielerschutzstelle, zeigen nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich, dass die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in kohärenter und systematischer Weise erfolgt.

IV.4.3. Nach der Rechtsprechung der Höchstgerichte ist die unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit auch von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig (so etwa VwGH 24.4.2015, Ro 2014/17/0126; OGH 20.1.2015, 4 Ob 231/14w; VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (C-464/15 [Admiral Casinos & Entertainment AG]) ist eben nicht nur auf die Zielsetzung im Moment des Erlasses der Regelung abzustellen, sondern auch auf die Auswirkungen der Regelung seit deren Erlass, wobei Gerichte damit nicht angeleitet werden, dies „empirisch mit Sicherheit“ feststellen zu müssen.

Als Folge der gesetzlichen und behördlichen Vorgaben werden durch die konzessionierten Betreiber Maßnahmen zum Spielerschutz tatsächlich umgesetzt. So ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt etwa, dass im Bereich der Spielbanken gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2016 in Summe nahezu 8.000 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870 eingeholt wurden und ferner bei Auskunfteien online-„Sofort-Checks“ erfolgten. Auch wurden im Jahr 2016 über 630.000 Spielbankbesucher den Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen, wobei diese mittlerweile zweimal monatlich durchgeführt werden. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich zudem, dass zum 31.12.2016 in österreichischen Spielbanken bei 33.737 Spielbankbesuchern Sperren bestanden. Im Jahr 2016 wurden 23.845 VLT-Outlet-Besucher aus dem EU/EWR-Raum (inkl. Österreich) den 12 Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen und 14.836 Datensätze nach den spielerschutzrelevanten Kriterien bearbeitet. 776 Besuchsbeschränkungen wurden auf Wunsch von Gästen vorgemerkt, 899 Selbstsperren aktiviert und 2.882 Wirtschaftsauskünfte über österreichische Besucher beim KSV 1870 eingeholt. Zusätzlich erfolgten 1.434 Sofort-Checks.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich weiters, dass es zu keiner Ausbreitung der Glücksspielsucht seit 2009 in Österreich gekommen ist. Gerade beim im Hinblick auf spielbedingte Probleme besonders risikoreichen Automatenglücksspiel ist die Prävalenz des problematischen und pathologischen Spielens (von ca. 13,5 % [2009] auf ca. 8,1 % [2015] bei Automaten in Casinos und von ca. 33,2 % [2009] auf ca. 27,2 % [2015] bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos) seit 2009 zurückgegangen. Auch ist der durchschnittliche Geldeinsatz im Automatenglücksspielbereich außerhalb von Spielbanken merklich gesunken. Es zeigt

sich auch, dass die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der konzessionierten „C A“ im Vergleich zu den (häufig auch nicht bewilligten) Ausspielungen in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen eher gering ausfallen.

Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt, insbesondere 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.

IV.4.4. Zur Frage der Zulässigkeit von Werbetätigkeit

Aus der Rsp des EuGH ergibt sich, dass Werbung für Glücksspiel nicht generell dem Unionsrecht widerspricht, aber die Werbetätigkeit maßvoll und eng darauf begrenzt werden muss, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken (vgl dazu etwa die Rs Dickinger/Ömer, C 347/09; Placanica, C-338/04; HIT hoteli u.a., C-176/11; Admiral Casinos und Entertainment AG, C-464/15). 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 jede einzelne Werbemaßnahme jedes Konzessionärs und Bewilligungsinhabers den Vorgaben des EuGH entspricht, da die Werbetätigkeit in ihrer Gesamtheit jedenfalls nicht dem Wachstum des gesamten Markts für Glücksspiele dient. Auch wenn einzelne Werbemaßnahmen für sich genommen geeignet sein sollten, die Spiellust zu wecken bzw zu verstärken, so hat jedenfalls die Gesamtheit der Werbetätigkeiten nicht zu einer Ausweitung des Glücksspieles geführt. Es haben daher die

Gesamtwirkungen der Werbetätigkeit die kohärente und systematische Verfolgung der Ziele des GSpG nicht beeinträchtigt.

Nachdem es in Österreich (bezogen auf den Zeitraum 2009 bis 2015) zu keinem Wachstum des gesamten Glücksspielmarkts gekommen ist und (nach der Rsp des EuGH) eine Werbung der Konzessionäre für ihre Produkte zum Zweck, den vorhandenen Markt für sich zu gewinnen, jedenfalls zulässig ist (vgl. EuGH Rechtssache Dickinger/Ömer C-347/09, RN 69), geht das 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.

IV.5. Zusammenfassende Gesamtwürdigung

Zusammenfassend ergibt sich für das erkennende Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände keine Unionsrechtswidrigkeit - und somit auch kein Verstoß gegen die Grundrechtecharta - durch die österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten 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.

Diese Beurteilung entspricht auch der aktuellen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu diesem Thema (VwGH 16.3.2018, Ro 2015/17/0022-7 und jüngst VwGH 11.7.2018, Ra 2018/17/0048) und steht in Einklang mit der aktuellen Judikatur des OGH zu 4 Ob 71/17w vom 3. Mai 2017 [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, E 947/2016, E 1054/2016) keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkungen der Glücksspielkonzessionen erkennen. Somit gehen die drei österreichischen Höchstgerichte nun einhellig von der Unionsrechtskonformität des österreichischen Glücksspielgesetzes aus. Diese Ansicht wird auch durch die Entscheidung des EuGH vom 14. Juli 2017 in der RS Online Games Handels GmbH et. al., C-685/15 gestützt, in welcher der EuGH auf

die RS Pfleger et. al., C-390/12 verweist und neuerlich keine Bedenken gegenüber dem österreichischen Glücksspielgesetz äußert.

Hinzu kommt, dass die Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor durch die nationalen Gerichte geklärt sind (vgl etwa VwGH 07.06.2017, Ra 2017/17/0017). Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinen Erkenntnissen vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022 und jüngst VwGH 11.07.2018, Ra 2018/17/0048, nach der vom EuGH geforderten Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Bestimmungen des Glücksspielgesetzes erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht festgestellt. Dieser Rechtsansicht hat sich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016, angeschlossen. Auch der OGH hat mit Beschluss vom 22. November 2016, 4 Ob 31/16m, die Konformität des österreichischen Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht festgestellt. Ausgehend vom festgestellten Sachverhalt und den im Verfahren hervorgekommenen Umständen sieht das erkennende Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auch keinen Anlass dazu, um vom Ergebnis der in den Erkenntnissen des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, und vom 11. Juli 2018, Ra 2018/17/0048, vorgenommenen Gesamtwürdigung abzuweichen.

IV.6. Zu den Beweisanträgen zur Frage der Unionsrechtskonformität:

Der Bf hat die Einvernahme mehrerer Zeugen zum Beweis des Anstiegs der Anzahl an Spielsüchtigen und der Ineffektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz insbesondere innerhalb der Jahre 2010 bis 2015 beantragt. Soweit sich der Bf auf Aussagen von Fachleuten beruft, wonach die Zahl der spielsüchtigen Personen in den letzten Jahren gestiegen sei, sind diese nicht geeignet, die Untauglichkeit des GSpG und der behördlichen Maßnahmen zu beweisen. In der aktuellen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“, von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg, sind gerade diese Parameter in wissenschaftlicher Weise erhoben und ausgewertet worden. Diese Studie ist schlüssig und nachvollziehbar. Daran vermochten auch die vom Bf vorgelegten Beweismittel nichts ändern, da diese zwar einen erheblichen Anstieg des Glücksspielmarktes propagieren, aber für das Gericht in keiner Weise nachvollziehbar oder überprüfbar waren, vielmehr es sich nur um Zusammenfassungen oder Überschriften zweier Erhebungen handelte. Auch Wahrnehmungen und Einschätzungen (auch einer größeren Zahl) von mit der Materie befassten Einzelpersonen können die Studie nicht widerlegen. Dies

wäre nur durch eine auf gleicher fachlicher Ebene erstellte Studie möglich. Die Beweisanträge waren daher abzuweisen.

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

Wenn die Einvernahme einer Zeugin (der Leiterin der Stabsstelle für Spielerschutz) zum Beweis für die Ineffektivität der Spielerschutzregeln im GSpG und deren praktische Auswirkungen beantragt, so ist weiters darauf hinzuweisen, dass das generell allgemein gehaltene Vorbringen keinerlei konkrete Behauptungen zur Rechtsfrage der Effektivität des Spielerschutzes enthält, insbesondere nicht konkret behauptet wird, woraus auf Sachverhaltsebene die Ineffektivität des Spielerschutzes ableitet wird. Soweit der Bf diesbezüglich die Einvernahme einer Zeugin beantragt, handelt es sich also um ein nicht relevantes Beweismittel bzw. einen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren unzulässigen Erkundungsbeweis (vgl. etwa VwGH 09.09.2016, Ra 2014/02/0059; 11.05.2017, Ro 2016/21/0012).

Der Bf beantragt zudem die Einvernahmen der Zeugen J K und Dr. G F zum Beweisthema „Unrichtigkeit der sogenannten Kalkestudie“ bzw. Zustandekommen der dort erwähnten Zahlen und Fakten. Auch hiebei handelt es sich, abgesehen davon, dass die Frage der Beurteilung von Beweismitteln eine Frage der Beweiswürdigung ist und an sich schlüssigen und nachvollziehbaren Beweismitteln auf gleicher fachlicher Ebene entgegen zu treten ist (vgl. diesbezüglich bereits die Ausführungen zuvor), auch um einen unzulässigen Erkundungsbeweis, weil der Bf kein konkretes Vorbringen erstattet, woraus er solche Mängel in der Studie ableitet und diese nicht benennt. Die der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. K und Prof. Dr. W vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in H zugrundeliegenden Parameter wurden in wissenschaftlicher Weise erhoben und ausgewertet. Die Studie ist schlüssig und nachvollziehbar. Der Bf stellt nicht dar, worin er Fehler in der Befundung oder Auswertungssystematik erkennen will. Die Studie wäre insofern durch eine auf gleicher fachlicher Ebene

erstellte Studie zu widerlegen. Die Beweisanträge sind daher abzuweisen, weil es sich um Erkundungsbeweise handelt und der Beweisantrag nicht durch ein Vorbringen getragen ist, das mit dem beantragten Beweismittel unter Beweis gestellt werden könnte.

Auch der Antrag, Vorstände eines Konzessionärs nach dem GSpG zu vernehmen geht ins Leere, weil der Bf einerseits kein geeignetes Vorbringen erstattet hat, das die Einvernahme dieser Personen rechtfertigen könnte (die unsubstantiierte Behauptung Spielerschutzvorschriften würden nicht greifen oder seien gelockert worden lässt nicht erkennen inwieweit ein solches Handeln Einfluss auf die Anwendbarkeit einer innerstaatlichen Norm haben könnte) und wäre zudem ein unzulässiger Erkundungsbeweis. Der Umstand wäre zudem, aus den dargestellten Gründen nicht von Relevanz für das Verfahren.

V. Strafbemessung

V.1. Grundlagen

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

Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach Abs. 3 leg. cit. ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten

verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen u.a. im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

V.2. Strafzumessung

Die belangte Behörde ging bei ihrer Entscheidung hinsichtlich der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Bf von einem monatlichen Einkommen von 2.000 Euro bei durchschnittlichem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass der Bf in seiner Einvernahme als Beschuldigter vom 22.3.2017 angab, über ein monatliches Einkommen von ca. 1.600 Euro bei keinen Schulden und keinen Sorgepflichten zu verfügen. Dieses geringe Einkommen erscheint der Funktion eines handelsrechtlichen Geschäftsführers eher nicht adäquat zu sein. Es wurden vom Bf dafür keinerlei Belege beigebracht. Das von der belangten Behörde im Straferkenntnis zugrunde gelegte Einkommen von monatlich 2.000 Euro ist für einen Geschäftsführer immer noch als niedrig zu bezeichnen. Der Bf hat dem nicht mehr widersprochen und sich im Beschwerdeverfahren auch nicht mehr dazu geäußert. Das erkennende Verwaltungsgericht geht daher zumindest von einem monatlichen Nettoeinkommen des Bf in Höhe von 2.000 Euro bei keinem relevanten Vermögen und keinen Sorgepflichten aus.

Entgegen der Beschwerde ist an ein Absehen von Strafe bzw an eine bloße Ermahnung nicht zu denken. Voraussetzung für die Anwendung des § 45 Abs 1 Z 4 VStG ist das kumulative Vorliegen von zwei Kriterien; nämlich ein geringes Verschulden (subjektive Tatseite) und, dass die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat gering ist (objektive Tatseite).

Eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG kommt gegenständlich von vornherein nicht in Betracht, zumal beim vorliegenden Eingriff in das Glücksspielmonopol mit einem klassischen Glücksspielgerät in einem öffentlichen Lokal über einen jahrelangen Zeitraum, die objektive Voraussetzung einer geringen Beeinträchtigung des Rechtsguts schon nicht gegeben ist. Der Verstoß gegen den Schutzzweck der Norm fällt im vorliegenden Fall schon deshalb ins Gewicht.

Zur Bemessung der Strafhöhe ist anzumerken, dass die Strafsanktionsnorm des § 52 Abs 2 GSpG bei Übertretung des § 52 Abs 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden

Glücksspielautomat oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro (1. Strafsatz) und im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro (2. Strafsatz) vorsieht.

Die belangte Behörde hat für das Gerät FA-Nr. 1 eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 33 Stunden) verhängt. Die von der belangten Behörde festgesetzte Strafhöhe ist somit die Mindeststrafe nach dem ersten Strafsatz des § 52 Abs 2 GSpG. Dabei hat die belangte Behörde die Unbescholtenheit des Bf erkennbar als mildernd gewertet und begründend unter Hinweis darauf die Ansicht vertreten, dass mit der für Ersttäter vorgesehenen Mindeststrafe das Auslangen gefunden werden könne.

Dem gegenüber steht allerdings auch nach der gebotenen Reduktion des Tatzeitraums im zweiten Rechtsgang (um die Zeitraum von Mitte 2013 bis 28.02.2014) die nach wie vor lange Zeit der Tatbegehung über drei Jahre (1.03.2014 bis 01.03.2017). Die Fortsetzung der strafbaren Handlung durch längere Zeit bildet einen Erschwerungsgrund nach § 33 Z 1 StGB iVm § 19 Abs 2 VStG. Nach Ansicht des erkennenden Richters hätte die belangte Behörde bei einem über drei Jahre andauernden Verstoß gegen § 52 Abs 1 Z 1 GSpG einen entsprechenden Erschwerungsrund annehmen müssen. Die Verhängung der Mindeststrafe war sehr milde.

Im zweiten Rechtsgang besteht auch nach Einschränkung des Tatzeitraumes um Monate noch kein Anlass, die Geldstrafe von nur 1.000 Euro noch herabzusetzen. Bei Abwägung der gegebenen Strafzumessungsgründe ist diese Mindeststrafe immer noch als gering und im untersten Bereich einer tat- und schuldangemessenen Sanktion angesiedelt. Von einer überhöhten Strafe kann entgegen der Beschwerde keine Rede sein. Auch die Ersatzfreiheitsstrafe war aus der Sicht des Bf nicht zu beanstanden.

VI. Ergebnis

Im Ergebnis ist die vorgeworfene Tat als Verwaltungsübertretung großenteils strafbar. Die Beschwerde war teilweise stattzugeben und der angelastete Tatzeitraum um die Zeit von Mitte 2013 bis 28. Februar 2014 zu reduzieren. Im Übrigen war sie unbegründet und das Straferkenntnis mit der Richtigstellung des strafbehördlichen Spruches dahingehend zu bestätigen, dass der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer iSd § 9 Abs 1 VStG der U H- und V und nicht als Einzelunternehmer das vorgeworfene Delikt zu verantworten hat.

Diese Änderung der Anlastung betrifft nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs kein Tatbestandselement, sondern nur ein rechtliches Merkmal der Verantwortlichkeit des Beschuldigten, das weder Einfluss auf die Vollständigkeit der Verfolgungshandlung hat, noch eine Überschreitung der „Sache“ durch Auswechslung der Tat bewirken kann (vgl bspw VwGH 14.10.2016, Ra 2016/09/0093 unter Hinweis auf Vorjudikatur).

Bei diesem Ergebnis war dem Bf gemäß § 52 Abs 8 VwGVG kein weiterer Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht vorzuschreiben.

VII. 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 VwGH zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen (vgl insb auch VwGH 16.3.2016, Ro 2015/17/0022-7, sowie VfGH 15.10.2016, E 945/2016 u.a. Zlen.). Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl etwa VwGH 8.1.2015, 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

Dr. W e i ß