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-412733/6/VG/EP

Datum:
Linz, 18. Februar 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Gubesch über die Beschwerde von R W, x, vertreten durch RA Dr. F M, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 8. Februar 2018, GZ: Pol96-74-2017, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass die Strafsanktionsnorm „§ 52 Abs. 2 zweiter Strafsatz GSpG“ zu lauten hat und der Spruch wie folgt ergänzt wird:

Nach der einleitenden Wortfolge „Sie haben es als“ wird folgende Worfolge ergänzt: „handelsrechtliche Geschäftsführerin und damit als“.

II. Die Beschwerdeführerin hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 2.400,-- 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. Verfahrensgang

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden (in der Folge: belangte Behörde) vom 8. Februar 2018, GZ: Pol96-74-2017, wurde der Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) vorgeworfen, sie habe es als Verantwortliche des Unternehmens „G s.r.o." zu verantworten, dass dieses Unternehmen Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, zumindest im Zeitraum vom 19. November 2016 bis 19. Mai 2017 im Lokal „G C", x, unter Verwendung von einem Glücksspielgerät auf eigene Rechnung und eigenes Risiko veranstaltet hat. Es wurde eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 12.000,-- und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 67 Stunden über sie verhängt. Außerdem wurde ihr ein Verfahrenskostenbeitrag von 1.200,-- Euro auferlegt.

Begründend wurde kurz zusammengefasst ausgeführt, dass Organe des Finanzamts Gmunden Vöcklabruck das verfahrensgegenständliche Gerät bei einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz am 19. Mai 2017 betriebsbereit im Lokal „G C", x, vorgefunden hätten. Es sei festgestellt worden, dass das Gerät über längere Zeit hinweg zur Durchführung von Glücksspielen in Form von virtuellen Walzenspielen verwendet worden sei. Der Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG sei sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht erfüllt.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob die rechtsfreundlich vertretene Bf am 8. März 2018 fristgerecht Beschwerde. Sie beantragte die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, die Zustellung einer schriftlichen Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 VwGVG sowie die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu den Ausspruch einer Ermahnung gemäß § 45 Abs. 1 VStG, in eventu eine Herabsetzung der verhängten Strafe.

Resümierend brachte sie vor, dass Begründungsmängel, Verfahrensfehler und eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorlägen. Die belangte Behörde sei zur Erlassung des Straferkenntnisses unzuständig gewesen. Außerdem könne der Bf im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsmeinungen kein Verschulden angelastet werden. Die Strafe sei zu hoch bemessen worden; insbesondere seien Milderungsgründe zu Unrecht nicht berücksichtigt worden. Darüber hinaus wird ausführlich die Vereinbarkeit des Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht angezweifelt.

I.3. Mit Schreiben vom 20. März 2018, eingelangt am 23. März 2018, legte die belangte Behörde die Beschwerde samt zugehörigem Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Am 8. Jänner 2019 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der ein Vertreter der belangten Behörde sowie ein Vertreter des Finanzamts Gmunden teilnahmen. Die Bf war bei der Verhandlung unentschuldigt ohne Angabe von Gründen weder anwesend noch vertreten. Ihr Rechtsvertreter erstattete jedoch mit Schreiben vom 8. Jänner 2019, eingelangt am selben Tag, ein umfangreiches ergänzendes Vorbringen und legte ein Konvolut an Beilagen vor. Dieses gibt im Wesentlichen den Inhalt der Beschwerde vom 8. März 2018 wieder.

II. Beweise, maßgeblicher Sachverhalt, Beweiswürdigung

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt – insbesondere in die Anzeige vom 28. Juni 2017, den im Akt einliegenden finanzpolizeilichen Aktenvermerk und die Niederschrift vom 19. Mai 2017, die GSp26-Dokumentation und die Fotodokumentation –, die öffentliche mündliche Verhandlung vom 8. Jänner 2019 sowie durch Einsichtnahme in die im Rahmen der mündlichen Verhandlung zum Akt genommenen und den Parteien(-vertretern) im Übrigen aus zahlreichen Vorverfahren bekannten Unterlagen: Glücksspielbericht des BMF 2010-2013 sowie 2014-2016, Studie Kalke/Wurst, Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung [2015] samt Begleitschreiben des BMF, Informationsschreiben der Stabstelle für Spielerschutz zur Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Ö“ vom 30.10.2015, Stellungnahme des BMF betreffend Ziel und Zweck des Glücksspielmonopols vom 26.06.2015, Evaluierungsbericht des BMF „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“ vom November 2014, Studie Gesundheit Österreich, Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz [April 2016] und Gutachten zur Frage im Zusammenhang mit elektronischen Spielgeräten mit der Gehäusebezeichnung „Skill Games“.

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt steht fest:

II.2.1. Am 19. Mai 2017 führten Organe der Finanzpolizei Gmunden Vöcklabruck um etwa 21:00 Uhr eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz im Lokal „G Club“, x durch.

Zum Zeitpunkt der Kontrolle wurde im Lokal unter anderem das im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführte Gerät mit der Gehäusebezeichnung „Skill Games Kajot“, der Seriennummer x und der Versiegelungsetikettennummer x betriebsbereit vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und nach Durchführung von Testspielen zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen.

Das in Rede stehende Gerät war zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung in einem öffentlich zugänglichen Bereich des gegenständlichen Lokals zumindest im Zeitraum von 19. November 2016 bis 19. Mai 2017 betriebsbereit aufgestellt und stand Spielern zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung. Es konnten Einsätze an dem Gerät geleistet werden, für die – abhängig vom Einsatz – Gewinne in unterschiedlicher Höhe in Aussicht gestellt wurden.

Das gegenständliche Lokal wird von der G.M. G GmbH betrieben. Eigentümerin des verfahrensgegenständlichen Geräts ist die G s.r.o. mit Sitz in x, und einer Zweigniederlassung in x. Die Gesellschaft entspricht einer österreichischen GmbH. Die Bf ist handelsrechtliche Geschäftsführerin dieser Gesellschaft.

Das Unternehmen G s.r.o. hat der G.M. G GmbH das gegenständliche Gerät gegen Entgelt und auf eigenen Namen und Rechnung zur Verfügung gestellt. Es trägt das Risiko des Verlustes durch den Betrieb des Geräts; ihm kommen aber auch allfällige Gewinne zu.

Es bestanden keine Konzessionen oder Bewilligungen nach dem Glücksspielgesetz für das Gerät. Weder lagen Konzessionen oder Bewilligungen für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor, noch sind solche Ausspielungen vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen.

Die Bf verfügt über ein monatliches Einkommen von EUR 2.000,-- netto, hat keine Sorgepflichten und kein Vermögen. Sie war bereits zum Tatzeitpunkt mehrfach einschlägig rechtskräftig vorbestraft.

Von den Organen der Finanzpolizei wurde folgendes Probespiel durchgeführt:

FA-Nr.	Spiel	mögliche Einsätze	in Aussicht gestellte Gewinne
1	Ring of Fire XL	min. 0,10 Euro	5 x 180,-- Euro
		max. 20,-- Euro	5 x 36.000,-- Euro

Vom probebespielenden Organ wurde versucht, Einfluss auf den Spielverlauf zu nehmen, was aber nicht möglich war.

Der Spielverlauf der virtuellen Walzenspiele, die auf dem verfahrensgegenständlichen Gerät angeboten wurden, stellt sich generalisierend wie folgt dar:

Die Spiele konnten an dem Gerät durch Betätigung mechanischer Tasten oder virtueller Bildschirmtasten zur Durchführung aufgerufen werden. Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen

wurden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld, Auswahl eines Einsatzbetrages mit der „Setzen“-Taste und Auslösung des Spieles durch die Start-Taste wurden die am Bildschirm dargestellten Symbole auf den virtuellen Walzen ausgetauscht oder in der Lage verändert, sodass der optische Eindruck von rotierenden, senkrecht ablaufenden Walzen entstand. Nach etwa einer Sekunde kam der Walzenlauf zum Stillstand. Ein Vergleich der nun neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder Verlust des Einsatzes. Bei den Walzenspielen hatte man keine Möglichkeit, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen. Es war nur möglich, nach Eingabe eines Geldbetrages als Spielguthaben ein Spiel auszuwählen und zur Durchführung aufzurufen, den Einsatz zu wählen, die Start-Taste so lange zu betätigen, bis das aufgerufene Walzenspiel ausgelöst wurde und nach etwa einer Sekunde den Verlust des Einsatzes oder einen Gewinn festzustellen. Etwaige Gewinne wurden vor Ort ausbezahlt.

Bei dem genannten Walzenspielgerät handelt es sich um ein sogenanntes „Skill Game“-Gerät. Bezüglich der Funktionalität als „Skill Game“-Gerät ist festzuhalten, dass sich ein Spieler dabei im Ergebnis lediglich einer leicht zu überwindenden Hürde außerhalb des eigentlichen Glücksspiels stellen muss. Der Spieler kann im sogenannten „kleinen Walzenlauf“ des Skill Games ohne besonderes Geschick ein bestimmtes Symbol erzielen und damit zum zuvor geschilderten großen Walzenlauf gelangen. Er kann daher das Gerät jedenfalls als reines Glücksspielgerät verwenden. Selbst wenn es möglich wäre, beim „kleinen Walzenspiel“ Gewinne zu erzielen, welche nicht nur im Zwischenspeicher als Zahlenwerte gutgebucht, sondern auch tatsächlich ausbezahlt werden, ist es trotzdem möglich, jederzeit ein bestimmtes Symbol zu erzielen und damit zum „großen“ und vom Spieler nicht beeinflussbaren Walzenlauf zu gelangen. Das „kleine Walzenspiel“ hat dabei keinerlei Einfluss auf das Ergebnis des „großen Walzenspiels“. Es beeinflusst lediglich den Weg dorthin geringfügig und führt zu einer geringfügigen zeitlichen Verzögerung, bevor man zum „großen Walzenspiel“ gelangt.

II.2.2. Im Jahr 2015 wiesen in Österreich zwischen 0,34 % und 0,60 % der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, die Zahl der Problemspieler betrug daher 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 blieben 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 zwölf 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 zwölf 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 zwölf Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Kasinos und in Spielhallen werden von noch weniger Personen bespielt. In den letzten zwölf Monaten haben am Automatenglücksspiel in Spielbanken ca. 0,5 % teilgenommen, im Jahr 2009 waren dies ca. 0,6 % bezogen auf die Zwölfmonatsprävalenz. Bezüglich der Teilnahme am Automatenglücksspiel außerhalb von Spielbanken (Spielhallen, Einzelaufstellungen, illegale Glücksspielautomaten) ist der Wert bezogen auf die Zwölfmonatsprävalenz von etwa 1,2 % im Jahr 2009 auf etwa 1 % im Jahr 2015 zurückgegangen.

Der monatliche Geldeinsatz für Glücksspiele hat im Zeitraum von 2009 auf 2015 leicht zugenommen und zwar wurden von den Glücksspielenden 2015 im Durchschnitt etwa 57,-- Euro pro Monat für Glücksspiele ausgegeben – im Vergleich zu 53,-- Euro im Jahr 2009. Auf der Ebene der einzelnen Glücksspielarten bestehen hier jedoch sehr unterschiedliche Entwicklungen. Der Geldeinsatz war 2015 bei den Automatenspielen außerhalb der Kasinos am höchsten. Im Durchschnitt werden hierfür von den Spielern pro Monat ca. 203,-- Euro eingesetzt, vor einigen Jahren lag der entsprechende Wert sogar bei etwa 317,-- Euro. Es folgen die klassischen Kasinospiele mit einem Mittelwert von ca. 194,-- Euro. Auch für diese Glücksspielform wurde im Jahr 2015 durchschnittlich weniger Geld aufgewendet als im Jahr 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 ein

Prozent). Während sich bei den Rubbellosen 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 „Casino 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 Kasinos von ca. 13,5 % im Jahr 2009 auf ca. 8,1 % im Jahr 2015 und bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos von 33,2 % im Jahr 2009 auf 27,2 % im Jahr 2015 zurück.

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

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/EWRRaum 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 31.12.2016 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 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; Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patienten 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; Unterstützung der Glücksspielaufsicht in fachlicher Hinsicht; Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese; regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht; 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 sowie die Erarbeitung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen.

Ferner ist durch die GSpG-Novelle 2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden (diese Anbindungen sind seit 2013 bzw. 2015 in Betrieb); durch das Abgabenrechtsänderungsgesetz 2011 wurden die Voraussetzungen zur Erweiterung auf den Bereich der Glücksspielautomaten in Spielbanken geschaffen – diese Anbindung ist seit 1. Juli 2017 in Betrieb. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

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

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich vollständig und schlüssig aus dem durchgeführten Beweisverfahren:

II.3.1. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie das dabei vorgefundene Glücksspielgerät, insbesondere auch dessen Betriebsbereitschaft vom 19. November 2016 bis 19. Mai 2017 in einem öffentlich zugänglichen Bereich, dessen Funktionsweise und die Tatsache, dass Gewinne ausbezahlt wurden, gründen vor allem auf dem Aktenvermerk der Finanzpolizei vom 19. Mai 2017, der Fotodokumentation, der GSp26-Dokumentation der Finanzpolizei, der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei vom 28. Juni 2017 sowie der niederschriftlichen Aussage des bei der Kontrolle befragten Kellners P A.

Letzterer konnte insbesondere bestätigen, dass das fragliche Gerät bereits seit längerer Zeit im Lokal betrieben wurde. Für das erkennende Landesverwaltungsgericht ergaben sich weder aus dem Akt noch im weiteren Beweisverfahren Hinweise, die gegen diese Feststellungen sprechen.

Dem Argument der Bf, es habe sich bei den auf dem Gerät verfügbaren Spielen um Geschicklichkeitsspiele gehandelt, kann aufgrund des Ermittlungsergebnisses nicht gefolgt werden.

Der im Aktenvermerk und der GSp26-Dokumentation der Finanzpolizei beschriebene Spielablauf stimmt im Wesentlichen mit den festgestellten Abläufen in anderen veröffentlichten Entscheidungen zu derartigen Geräten überein und wurde überdies im Verfahren nicht bestritten, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts kein Zweifel an den diesbezüglichen Ausführungen der Finanzpolizei und somit an der Glücksspieleigenschaft des verfahrensgegenständlichen Automaten besteht. Auf den im Akt einliegenden Fotos ist hinlänglich ersichtlich, dass auf dem Gerät Glücksspiele durchgeführt werden konnten. Dies wurde auch durch den Vertreter des Finanzamts Gmunden bestätigt, der bei der mündlichen Verhandlung gleichzeitig als Zeuge auftrat. Er betonte, dass das gegenständliche Gerät bespielt worden sei, eine Beeinflussung des Spielverlaufs aber weder durch Drücken des Touchscreens noch durch Drücken der am Gerät befindlichen Tasten möglich gewesen sei.

Das mit dem ergänzenden Vorbringen der Bf vorgelegte Urteil des BG Wels, 8 C 673/14, spricht zwar von „Skill Games“ (übersetzt: Geschicklichkeitsspiele), entgegen den Behauptungen in der Beschwerde wurde darin aber keineswegs auch das konkrete verfahrensgegenständliche Gerät für unbedenklich erklärt.

Anzumerken ist an dieser Stelle noch, dass dem Verwaltungsgericht trotz hunderter ähnlich gelagerter Verfahren noch kein tatsächliches Geschicklichkeitsspiel, etwa in Form eines Gerätes mit einer Stopptaste, untergekommen ist.

In Anbetracht der obigen Ausführungen konnte die geforderte Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Gebiet Glücksspiel/Geschicklichkeitsspiele zum Beweis dafür, dass es sich vorliegend um Geschicklichkeitsspiele handle, unterbleiben. Vom Vertreter der Bf wurden bloß allgemeine Vorbringen erstattet, denen nicht zu entnehmen ist, inwieweit Geschicklichkeit oder Reaktionsfähigkeit tatsächlich Einfluss auf das Spielergebnis haben könnten. Damit bleibt das genannte Beweisthema zu unkonkret und würde letztlich auf einen Erkundungsbeweis hinauslaufen, dem nachzukommen das Verwaltungsgericht nicht verpflichtet ist. Aufgrund der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens ist in ausreichendem Maße erwiesen, dass das gegenständliche Gerät zum Tatzeitpunkt keine Geschicklichkeitskomponente aufwies.

Im Übrigen betrifft die Frage, ob ein bestimmtes Spiel als Geschicklichkeitsspiel oder als Glücksspiel im Sinne des Glücksspielgesetzes anzusehen ist, auch die vom Verwaltungsgericht vorzunehmende rechtliche Beurteilung. Ein Sachverständiger kann Spielabläufe und eine bestimmte Funktionsweise von Geräten begutachten. Ob ausgehend von der konkreten Funktionsweise im Ergebnis von einem Geschicklichkeitsspiel oder einem Glücksspiel im Sinne des Glücksspielgesetzes auszugehen ist, stellt aber letztlich eine im Verfahren zu lösende Rechtsfrage dar.

Dass das Gerät zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass es von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten aufgestellt war, Spielinteressenten zugänglich gemacht wurde und die Funktionsweise des Geräts auf Einnahmenerzielung ausgerichtet war. Es sind im Verfahren auch keine Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung des Geräts aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre. Weiters sind im Verfahren auch keine Umstände hervorgekommen, dass das Unternehmen G s.r.o. das Gerät nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt hätte.

Mangels ausreichender gegenteiliger Beweisergebnisse ist im Sinne einer realitätsnahen Betrachtung davon auszugehen, dass der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführerin der G s.r.o., welche als Eigentümerin des Glücksspielgeräts anzusehen ist, die grundsätzlichen Funktionen inklusive der Glücksspieleigenschaft des Geräts bekannt waren. Insbesondere war die Bf schon in mehreren Verfahren im Hinblick auf gleichartige Geräte involviert, sodass ihr die Glücksspieleigenschaft des Geräts bekannt sein musste.

Dass eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät vorhanden gewesen wäre oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet. Ebenso ist eine solche der diesbezüglich einschlägigen Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/steuern/gluecksspiel-spielerschutz/in-oesterreich/gspg-konzessionaere.html nicht entnehmbar.

Die Feststellung, dass die G.M. G GmbH das gegenständliche Lokal betreibt, blieb unbestritten und ergibt sich zudem aus den finanzpolizeilichen Ermittlungen, insbesondere aus der Niederschrift vom 19. Mai 2017. Dass die G s.r.o. Eigentümerin des Glücksspielgeräts ist und die Bf handelsrechtliche Geschäftsführerin des genannten Unternehmens ist, blieb im Verfahren ebenfalls unbestritten und ist aus den aktenkundigen finanzpolizeilichen Erhebungen ableitbar. Ebenso wurde nicht bestritten, dass das Unternehmen G s.r.o. die

Ausspielungen auf eigene Rechnung und damit zumindest teilweise auf eigene Kosten und eigenes Risiko betrieben hat. Dies wird außerdem durch die Bonusgutschrift, auf welcher die G s.r.o. als Rechnungsausstellerin ersichtlich ist, indiziert.

Zudem schilderte P A, der im Zuge der Kontrolle als Angestellter im Lokal niederschriftlich befragt wurde, dass etwa einmal im Monat mit dem Automatenunternehmen abgerechnet werde. Er legte zur Bestätigung die Quittung vom April 2017 vor. Daraus ergibt sich, dass die G s.r.o. allein im Zeitraum von 22. März 2017 bis 24. April 2017 Einnahmen in der Höhe von EUR 3.954,30 aus der Durchführung von Glücksspielen auf dem gegenständlichen Gerät erzielte. Auch aus diesem Grund ist naheliegend, dass das Unternehmen G s.r.o. die Glücksspiele auf eigenes Risiko hinsichtlich Gewinn und Verlust durchgeführt hat. Es wurde im gesamten Verfahren kein konkreter Hinweis auf einen etwaigen anderen Veranstalter vorgebracht, obwohl dieser – wenn es ihn denn gegeben hätte – der Bf wohl bekannt sein müsste.

Die Annahme der belangten Behörde, die Bf verfüge über ein monatliches Nettoeinkommen von 2.000,-- Euro bei fehlenden Sorgepflichten und sonstigem Vermögen, blieb sowohl im Behördenverfahren als auch im gerichtlichen Verfahren unwidersprochen. Die Feststellung, dass die Bf im Tatzeitpunkt bereits mehrfach rechtskräftig einschlägig vorbestraft war, ergibt sich aus den Verfahren betreffend die Bf, die beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in der Vergangenheit anhängig waren und mittlerweile rechtskräftig sind (vgl. etwa Pol96-88-2015, bestätigt mit Erkenntnis des Oö. LVwG vom 29.03.2016, LVwG-411223/6; Pol96-97-2015, Oö. LVwG vom 27.06.2016, LVwG-411220/6; Pol96-120-2015, Oö. LVwG vom 06.03.2016, LVwG-411221/9; Pol96-126-2015, Oö. LVwG vom 27.06.2016, LVwG-411222/6; Pol96-134-2015, Oö. LVwG vom 07.12.2016, LVwG-411227/9; Pol96-150-2015, Oö. LVwG vom 22.12.2016, LVwG 411311/11 und Pol96-13- 2016, Oö. LVwG vom 06.03.2017, LVwG411422/4).

II.3.2. Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. K und Prof. Dr. W vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt. Aus Sicht des erkennenden Gerichts sind 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 im Glücksspielbericht 2010-2013 sowie 2014-2016 und 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 genaue Kenntnis hat und aufgrund der Funktion als Aufsichtsbehörde auch über bestimmte Tätigkeiten der Konzessionäre informiert ist. Gründe dafür, dass vom BMF diesbezüglich auf Tatsachenebene falsche Auskünfte gegeben worden wären, sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

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

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 Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. K und Prof. Dr. W vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg auch Auswirkungen der gesetzlichen Vorgaben und behördlichen Maßnahmen zu entnehmen. Die Studie ist schlüssig und nachvollziehbar; in ihr sind die relevanten Parameter in wissenschaftlicher Weise erhoben und ausgewertet worden. Persönliche Meinungen von mit der Materie befassten Einzelpersonen sind 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. Die Beweisanträge waren daher abzuweisen.

Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass das generell sehr allgemein gehaltene Vorbringen keine konkreten Ausführungen zur Ineffektivität der Spielerschutzregeln beinhaltet. Insbesondere wird nicht konkret dargetan, woraus auf Sachverhaltsebene die Ineffektivität des Spielerschutzes abgeleitet wird. Soweit diesbezüglich die Einvernahme von Zeugen beantragt wird, 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).

Bei dem Antrag auf Einvernahme der Zeugen Dr. J K und Dr. G F zum Beweisthema „Unrichtigkeit der sogenannten Kalkestudie“ bzw. Zustandekommen der dort erwähnten Zahlen und Fakten handelt es sich ebenfalls um einen unzulässigen Erkundungsbeweis, weil die Bf nicht darstellt, welche Fehler in der Befundung oder Auswertungssystematik ihrer Ansicht nach vorliegen. 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 Hamburg zugrundeliegenden Parameter wurden in wissenschaftlicher Weise erhoben und ausgewertet. Die Studie ist schlüssig und nachvollziehbar. Sie könnte demnach nur durch eine auf gleicher fachlicher Ebene erstellte Studie widerlegt werden.

Auch der Antrag, Vorstände eines Konzessionärs nach dem Glücksspielgesetz zu vernehmen, stellt einen unzulässigen Erkundungsbeweis dar. Es wurde kein geeignetes Vorbringen erstattet, das die Einvernahme dieser Personen rechtfertigen könnte. Inwieweit die unsubstantiierte Behauptung, Spielerschutzvorschriften würden nicht greifen oder seien gelockert worden, Einfluss auf die Anwendbarkeit des innerstaatlichen Glücksspielgesetzes haben könnte, wurde nicht dargetan.

Was die von der Bf vorgelegten Gutachten über die Glückspielwerbung in Österreich betrifft, so konnten diese beim erkennenden Gericht keine Zweifel an der Unionsrechtskonformität des österreichischen Glücksspielmonopols erwecken, was auch in vorhergehenden Verfahren schon hinreichend dargelegt wurde. Bezüglich des Gutachtens von Ing. Mag. F, welches von einer „nicht maßvollen Werbung“ der österreichischen Wett- und Glücksspielbranche spricht und damit die Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols belegen will, ist festzuhalten, dass dieses lediglich die „aktuellen Kommunikationsmaßnahmen einiger ausgewählter Betriebe in der klassischen Werbung“ (vgl. im Gutachten Punkt 3.1.) berücksichtigt und schon aus diesem Grund nicht geeignet ist, Zweifel an der Unionsrechtmäßigkeit des Glücksspielgesetzes hervorzurufen.

III. Rechtliche Beurteilung

III.1. Maßgebliche Rechtsvorschriften

Gemäß § 50 Abs. 1 Glücksspielgesetz in Verbindung mit § 3 Abs. 2 Z 1 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.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl I Nr. 118/2016, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe von bis zu EUR 60.000,-- zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt.

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

Gemäß § 52 Abs. 3 GSpG ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen, wenn durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 GSpG als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht wird.

Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

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

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

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

Gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52/1991, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl. I Nr. 3/2008, 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.

III.2. Objektiver Tatbestand

III.2.1. Aufgrund der festgestellten Funktionsweise der an dem Gerät verfügbaren virtuellen Walzenspiele steht auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 25.10.2018, 2018/09/0087 mwN.) fest, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die virtuellen Walzenspiele somit als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs liegt kein Glücksspiel vor, wenn es der Spieler „in der Hand“ hat, ob der Zufall oder seine Geschicklichkeit entscheidet (vgl. VwGH 04.01.2017, 2015/17/0145). Wie in den Feststellungen und in der Beweiswürdigung dargelegt, hat sich für das erkennende Gericht unzweifelhaft ergeben, dass der Spielablauf am gegenständlichen Gerät nicht durch Geschicklichkeit beeinflussbar war.

Entgegen den Ausführungen der Bf wurde im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 4. Jänner 2017, 2015/17/0145 keineswegs dargelegt, dass Geräte der gegenständlichen Art keine Glücksspielgeräte seien. Es wurde lediglich angemerkt, dass das Verwaltungsgericht notwendige Feststellungen zum Vorhandensein einer Geschicklichkeitskomponente unterlassen hatte, was die Beurteilung der Glücksspieleigenschaft des Geräts unmöglich machte. Im vorliegenden Fall konnte auf der Basis eines fundierten Ermittlungsverfahrens jedoch eindeutig festgestellt werden, dass Spieler keinen Einfluss auf den Spielverlauf nehmen konnten und dieser rein vom Zufall abhing. Die Glücksspieleigenschaft des Geräts ist damit eindeutig erwiesen.

III.2.2. Das Vorbringen in der Beschwerde, dass als Tatzeit exakt der Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle genannt worden sei, obwohl während der Kontrolle eine Bespielung des Automaten unmöglich gewesen sei, ist unbeachtlich. Tatsächlich wurde im Straferkenntnis nämlich ein Tatzeitraum (zumindest 19.11.2017 bis 19.05.2017) vorgeworfen. Zudem fand die Kontrolle erst um etwa 21:00 Uhr statt.

III.2.3. Im Hinblick auf die in der Beschwerde geltend gemachten Begründungsmängel wird darauf hingewiesen, dass gegenständliche Entscheidung auf Grundlage der Ermittlungsergebnisse des landesverwaltungsgerichtlichen Verfahrens getroffen wurde. Etwaige Ungereimtheiten im behördlichen Verfahren können daher dahingestellt bleiben; diesbezügliche Argumente der Bf sind durch die eingehende Sachverhaltsermittlung und Beweiswürdigung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich obsolet geworden. Die in der Beschwerde eingeforderten zusätzlichen Feststellungen sind für die Beurteilung, ob es sich bei dem gegenständlichen Automaten um ein Glücksspielgerät handelt, nicht relevant.

Davon abgesehen ist dem erkennenden Gericht kein Begründungsmangel ersichtlich. Im angefochtenen Straferkenntnis wurden auf Basis fundierter

behördlicher Ermittlungsergebnisse detaillierte Feststellungen zum Ablauf der auf dem Gerät möglichen Spiele getroffen.

III.2.4. Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl. etwa VwGH 26.03.2015, Ra 2014/17/0033) kommt als Täter, der gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet, nur in Betracht, wer das Spiel auf eigene Rechnung und Gefahr ermöglicht, also das Risiko des Gewinnes und Verlustes in seiner Vermögenssphäre trägt.

Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelte es sich um Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz vorlag und die Bf von diesem auch nicht ausgenommen war. Die Ausspielungen waren daher gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten.

Die G s.r.o. ist Eigentümerin des verfahrensgegenständlichen Geräts, welches zum Tatzeitpunkt betriebsbereit in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals „G Club“ potentiellen Spielern zur Verfügung stand, und hatte zumindest teilweise auch das Verlustrisiko zu tragen. Sie hat daher verbotene Ausspielungen veranstaltet.

III.2.5. Damit ist der objektive Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG erfüllt. Die Bf als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit vertretungsbefugtes Organ der G s.r.o. ist dafür gemäß § 9 Abs. 1 VStG verantwortlich.

III.2.6. Die belangte Behörde war entgegen den Ausführungen in der Beschwerde auch zuständig. Einsätze waren in das verfahrensgegenständliche Gerät einzugeben, von den Spielern waren Tasten auf dem Gerät zu betätigen, die Spielergebnisse wurden auf dem Gerät visualisiert und allfällige Gewinne wurden vor Ort ausbezahlt. Es besteht daher kein Zweifel, dass Ausspielungen auch in Oberösterreich am Standort des Geräts erfolgten (vgl. VwGH 14.12.2011, 2011/17/0155). Ob die Spielergebnisse direkt am gegenständlichen Gerät erzeugt wurden oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an das Gerät übermittelt und dort nur angezeigt wurden, ist irrelevant (vgl. VwGH 29.4.2014, Ra 2014/17/0002). Die Regelungen zur Behördenzuständigkeit im Glücksspielgesetz sind, wie der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, G 203/2014-16 u. a., festgestellt hat, verfassungskonform.

III.2.7. Wenn unter Hinweis auf den Schlussantrag der Generalanwältin zu C 685-15 vom 9. März 2017 geltend gemacht wird, dass die im Akt befindlichen Unterlagen zu den Auswirkungen des Glücksspiels (Glücksspielberichte etc.) für die Beweiswürdigung untauglich seien, so ist dieses Argument nicht nachvollziehbar.

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, 2014/17/0121, klargestellt, 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. Die Verwaltungsgerichte sind demnach verpflichtet, die entscheidungserheblichen Tatsachen von Amts wegen zu erforschen. 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. In diesem Sinne argumentiert auch der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 14. März 2017, E 3282/2016-13:

Sofern der Beschwerdeführer die Pflicht der Verwaltungsgerichte, im Rahmen des gemäß § 38 VwGVG iVm. § 25 VStG anwendbaren Amtswegigkeitsprinzips und des Grundsatzes der Erforschung der materiellen Wahrheit, Feststellungen zur Anwendbarkeit von Unionsrecht zu treffen [...], einer inquisitiven und belastenden Beweisaufnahme gleichsetzt und daraus eine Verletzung des Art. 6 EMRK auf Grund der Unparteilichkeit des Gerichtes ableitet, verkennt der Beschwerdeführer, dass diese (auf Grund der Vorgaben des Unionsrechts verpflichtende) Auseinandersetzung nicht der Ermittlung einer allenfalls begangenen Verwaltungsübertretung bzw. der Klärung der damit zusammenhängenden Schuldfrage, sondern der im Rahmen der unionsrechtlichen Kohärenzprüfung notwendigen Tatsachenermittlung zur Beantwortung der Rechtsfrage, ob österreichisches Recht auf Grund einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit unanwendbar zu bleiben hat, dient.

Davon abgesehen entfalten Schlussanträge von Generalanwälten im Verfahren vor dem EuGH keine bindende Wirkung; es kommt ihnen nur die Wirkung eines unverbindlichen Gutachtens zu (vgl. etwa VwGH 18.11.2004, 2001/07/0166). Auch aus dem entsprechenden Urteil des EuGH vom 14. Juni 2017, C-685-15, ergibt sich jedenfalls nicht, dass das Landesverwaltungsgericht keine vom Bundesminister für Finanzen bzw. Bundesministerium für Finanzen erstellten Unterlagen einholen bzw. zum Akt nehmen und verwerten dürfte. Im Gegenteil wird darin sogar festgehalten, dass das Verwaltungsgericht die in Rede stehenden Unterlagen zur Wahrheitsfindung heranzuziehen hat: „... die nationalen Gerichte [müssen] eine Gesamtwürdigung der Umstände [...] auf der Grundlage der Beweise vornehmen, die die zuständigen Behörden des Mitgliedsstaats vorgelegt haben [...]“ (RZ 65).

Die vom Landesverwaltungsgericht eingeholten und verwerteten Studien, empirischen Daten und Statistiken (insbesondere die Kalke Studie sowie der Glücksspielbericht des Finanzministeriums) dienen 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 erfolgt. Entgegen der Ansicht der Bf wird keinesfalls nur belastendes Material erhoben. Dies zeigt sich schon daran, dass sich die Bf zum Beweis des eigenen Vorbringens hinsichtlich der Glücksspieleinnahmen des Bundes und der Expansions- und Werbestrategie der Glücksspielanbieter selbst auf das Material

beruft. Der Vorwurf, das Gericht nehme die Rolle des Anklägers ein, ist schon aus dieser Perspektive heraus nicht gerechtfertigt.

III.2.8. Die Bf beruft sich in ihrer Beschwerde jedoch im Wesentlichen auf die Unanwendbarkeit des Glücksspielgesetzes infolge von Unionsrechtswidrigkeit.

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

Bei der von der Bf vertretenen G s.r.o. handelt es sich – wie festgestellt – um eine juristische Person nach slowakischem Recht mit Sitz im Ausland und einer Zweigniederlassung in Österreich. Demzufolge ist auch ein entsprechender grenzüberschreitender Sachverhalt gegeben, sodass der Schutzbereich der unionsrechtlichen Grundfreiheiten grundsätzlich eröffnet ist.

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

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

Die Zielsetzungen des Glücksspielmonopols (v. a. Verminderung der Gelegenheiten zum Spiel und Gewährleistung von Spielerschutz) vermögen nach den Feststellungen eine Beschränkung der Glücksspieltätigkeiten im Sinne der Judikatur des EuGH zu rechtfertigen. Auch der Verfassungsgerichtshof hat bereits festgehalten, 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 Glücksspieles entgegenzuwirken (vgl. EuGH Rs Pfleger, C-390/12, Rz 41).

Es ist daher zu beurteilen, 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 6.12.2012, B 1337/11) und somit das im Glücksspielgesetz normierte Konzessions- und Bewilligungssystem dem Spielerschutz dienlich ist.

Die festgestellten Maßnahmen, nämlich insbesondere die Kontrollen der Konzessionäre, die Maßnahmen zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels, die Festlegung der Anbindung der Glücksspielautomaten (auch jener in Spielbanken) und VLT der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH, aber auch die Einrichtung der Spielerschutzstelle, zeigen nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich, dass die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in kohärenter und systematischer Weise erfolgt.

Auch in der Rechtsprechung der Höchstgerichte wird betont, dass die unionsrechtliche Zulässigkeit der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeit von der tatsächlichen Wirkung der Regelungen abhängig ist (so etwa VwGH Ro 24.04.2015, 2014/17/0126; OGH 20.01.2015, 4 Ob 231/14w; VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016). Nach der Rechtsprechung des EuGH (Rechtssache Admiral Casinos & Entertainment AG, C-464/15) ist hierbei 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.

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

Insbesondere ergibt sich aus den Feststellungen, 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 „Casino Austria“ im Vergleich zu den (häufig auch nicht bewilligten) Ausspielungen in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen eher gering ausfallen.

b) Zum Vorbringen betreffend die Werbetätigkeit ist Folgendes auszuführen:
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 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 ist abzuleiten, dass die Werbetätigkeit der Konzessionäre bzw. Bewilligungsinhaber in ihrer Gesamtheit im Ergebnis jedenfalls kein Wachstum des gesamten Markts für Glücksspiele bewirkt hat, weshalb dahingestellt bleiben kann, ob jede einzelne Werbemaßnahme jedes Konzessionärs und Bewilligungsinhabers den Vorgaben des EuGH entspricht. Die Werbetätigkeit in ihrer Gesamtheit dient jedenfalls nicht dem Wachstum des gesamten Markts für Glücksspiele. 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 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 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.

c) Im Übrigen ist zur behaupteten Unionsrechtwidrigkeit festzuhalten, dass sich alle österreichischen Höchstgerichte in der Zwischenzeit ausführlich mit der Unionsrechtskonformität des österreichischen Glücksspielrechts auseinandergesetzt und diese bejaht haben. Beim Verwaltungsgerichtshof war dies insbesondere im Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, der Fall, auf welches hier verwiesen wird und welches auch einschlägig hinreichend kommuniziert wurde.

Auch der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23 und E 1054/2015-19, die Rechtsgrundlagen im Glücksspielgesetz für die Bestrafung, die Beschlagnahme und die Einziehung für unionsrechtskonform befunden.

Schließlich liegen in der Zwischenzeit auch zahlreiche Beschlüsse des Obersten Gerichtshofes über die Zurückweisung von Revisionen vor, die aus dem erwähnten Grund ergangen sind.

Aus den oben angeführten Gründen kommt das erkennende Landesverwaltungsgericht unbeschadet der Kenntnis von vereinzelten anders lautenden Rechtsmeinungen zum Abschluss des Verwaltungsstrafverfahrens ohne Stattgebung von Aussetzungsanträgen.

d) Zusammenfassend ergibt sich daher für das erkennende Landesverwaltungsgericht, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände eine Unionsrechtswidrigkeit durch die österreichischen Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten nicht vorliegt. Die von der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom EuGH anerkannte Gründe des Allgemeininteresses und sind geeignet, diese in

kohärenter und systematischer Weise zu erreichen. Die Beschränkungen erscheinen auch nicht unverhältnismäßig.

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

Auch der Verwaltungsgerichtshof kann in den im Glücksspielgesetz vorgesehenen Eingriffsbefugnissen keinen übermäßigen Eingriff in die von der GRC geschützten Rechte erkennen. Insofern entspricht diese Beurteilung des Landesverwaltungsgerichts der aktuellen Rechtsprechung des VwGH zu diesem Thema (jüngst 11.07.2018, Ra 2018/17/0048 bis 0049-6; 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 uva]). Ebenso konnte der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016 (E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19) keine Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols bzw. der zahlenmäßigen Beschränkung der Glücksspielkonzessionen erkennen, sodass alle österreichischen Höchstgerichte einhellig von der Unionsrechtskonformität des österreichischen Glücksspielgesetzes ausgehen.

e) Zum Vorbringen der Nichtbeachtung des Art 267 AEUV und den Anträgen auf Aussetzung des Verfahrens:

Von der Bf wird die Rechtsauffassung vertreten, 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 zu sein, die willkürliche

Nichtvorlage zu sanktionieren. Da im vorliegenden Fall jedoch mangels eines letztinstanzlichen Gerichtes weder ein Verstoß gegen Art. 267 Abs. 3 AEUV vorliegt, noch Anhaltspunkte für eine willkürliche Nichtvorlage vorliegen, ist eine Verletzung des Art. 6 EMRK auszuschließen.

Zu den Anträgen auf Aussetzung des Verfahrens ist auszuführen, dass die Anforderungen, die an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor zu stellen sind, durch die nationalen Gerichte geklärt sind (so ausdrücklich etwa VwGH 15.05.2017, Ra 2017/17/0214 mwN.), sodass nach Ansicht des erkennenden Gerichts ausgehend von den im Verfahren hervorgekommenen Umständen weder ein (weiteres) Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu stellen ist, noch es notwendig erscheint, das gegenständliche Verfahren auszusetzen.

f) Die Bf rügt zudem, dass die bisherige höchstgerichtliche Judikatur des VfGH, VwGH und OGH nichts zur Auslegung des Art. 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) beitragen könne, da diesen Entscheidungen keine – im Sinne einer dynamischen Betrachtungsweise gebotene – eigenständige Faktenermittlung zur Frage der Unionsrechtskompatibilität des Glücksspielmonopols zugrunde liege. So lasse sich aufgrund des Mangels 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.

Dazu ist auszuführen, dass der Verwaltungsgerichtshof den Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor im Erkenntnis vom 16.03.2016, Ro 2015/17/0022, bzw. dies jüngst bestätigend durch VwGH 11.07.2018, Ra 2018/17/0048 ua, durch die Durchführung der nach der vom Bf zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (insbesondere EuGH 15.09.2011, C-347/09 [Dickinger und Ömer] Rz 83 f; 30.04.2014, C-390/12 [Pfleger] Rz 47 ff; sowie 30.06.2016, C-464/15 [Admiral Casinos & Entertainment AG] Rz 31, 35 f) erforderlichen Gesamtwürdigung nachgekommen ist (vgl. dazu ebenfalls VwGH 14.02.2017, Ra 2017/17/0010 uvm; 29.05.2017, Ra 2017/17/0031). In diesem Erkenntnis ist der VwGH unter anderem auch auf die Staatseinnahmen durch Glücksspiel (Rz. 68 bzw. 122) eingegangen. Insofern wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

g) Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich unzweifelhaft, dass die Bf für die Veranstaltung von verbotenen Ausspielungen im vorgeworfenen Zeitraum verantwortlich ist. Der Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG ist somit in objektiver Hinsicht erfüllt. Zu prüfen ist noch, ob der Bf die Tat auch subjektiv vorgeworfen werden kann (Verschulden).

III.3. Subjektiver Tatbestand

Da § 52 GSpG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog. "Ungehorsamsdelikt").

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 m. w. N.). Im vorliegenden Fall hat die Bf aber keine konkreten Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen. Bloß allgemein gehaltene Behauptungen sind nicht geeignet, eine Entlastungsbescheinigung für mangelndes Verschulden zu erbringen (vgl. etwa VwGH 17.10.2007, 2006/07/0007).

Wenn die Bf vorbringt, dass ihr aufgrund der divergierenden Rechtsmeinungen zum gegenständlichen Thema kein Verschulden angelastet werden könne und somit einen Verbotsirrtum ins Treffen führt, sei sie daran erinnert, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Tatzeitpunkt (VwGH 22.03.1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbst erteilte Auskünfte über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) bzw. eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung“ (VwGH 22.03.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle oder Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen, entschuldigend wirken. Das Vertrauen auf die (falsche) Rechtsauskunft ist dem Auskunftssuchenden insbesondere dann vorwerfbar, wenn dem Beschuldigten das Spannungsverhältnis zur gegenteiligen Behördenauffassung bekannt ist oder sich unmittelbar aus dem Inhalt der Auskunft auch für den Nicht-Fachmann ersichtliche Zweifel ergeben (vgl. etwa VwGH 22.02.2006, 2005/17/0195 bzw. Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 21).

Für die Vorwerfbarkeit eines Rechtsirrtums reicht bereits ein geringes Verschulden aus. Die Bf wäre verpflichtet gewesen, sich zeitnah über für sie bedeutsame Entscheidungen zu informieren. Dazu ist zu bemerken, dass der Verwaltungsgerichtshof bereits vor Jahren – und somit jedenfalls vor dem gegenständlichen Tatzeitpunkt – explizit die Glücksspieleigenschaft der bei Terminals der gegenständlichen Art angebotenen Spiele feststellte, wobei die entsprechenden Entscheidungen veröffentlicht wurden (vgl. etwa VwGH

25.10.2018, 2018/09/0087 mwN.). Davon abgesehen musste der Bf die Strafbarkeit des in Rede stehenden Verhaltens schon deswegen bewusst sein, weil bereits wiederholt Strafverfahren nach dem Glücksspielgesetz gegen sie geführt wurden.

Auch zur Unionsrechtsproblematik existierte bereits umfassende Judikatur. Die vereinzelt gebliebene Judikatur des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich, welche Bedenken bezüglich der Unionskonformität hegte, wurde vom Verwaltungsgerichtshof nicht bestätigt (vgl. VwGH 15.12.2014, 2014/17/0121-5).

Die Bf kann sich demnach nicht erfolgreich auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum berufen. Sie unterliegt allenfalls einem durch mangelnde Sorgfalt entstandenen Rechtsirrtum, der ihr allerdings vorwerfbar ist (vgl. auch VwGH 24.10.2016, Ro 2016/17/0002).

Resümierend ist somit auch die Verwirklichung der subjektiven Tatseite zu bejahen.

III.4. Strafbemessung

Die Strafnorm des § 52 Abs. 2 GSpG sieht hinsichtlich der in § 52 Abs. 1 Z 1 leg. cit. normierten Verwaltungsübertretungen mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen einen möglichen Strafrahmen von EUR 1.000,-- bis EUR 10.000,-- (1. Strafsatz) bzw. im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von EUR 3.000,-- bis EUR 30.000,-- (2. Strafsatz) für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand vor.

Der Strafrahmen der vorgeworfenen Tat liegt somit im konkreten Fall gemäß § 52 Abs. 2 zweiter Fall GSpG zwischen EUR 3.000,-- und EUR 30.000,-- pro Glücksspielgerät, weil der Bf – wie festgestellt – eine wiederholte Übertretung von § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG vorzuwerfen ist.

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.

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG 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. Die Behörde und in weiterer Folge auch das Verwaltungsgericht

hat mit einer Einschätzung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse vorzugehen, wenn der Beschuldigte im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens keine Angaben zu diesen Umständen macht. Bei der Schätzung der Einkommensverhältnisse war 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).

Im vorliegenden Fall ging die Behörde bei der Berechnung der Strafhöhe von einem monatlichen Nettoeinkommen der Bf von EUR 2.000,--, keinem relevanten Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Die Bf hat bezüglich dieser Strafbemessungsgrundlagen keine Einwände geltend gemacht, sodass sich auch das Landesverwaltungsgericht auf diese Schätzung stützt.

Milderungsgründe liegen nicht vor. Insbesondere kann entgegen den Ausführungen der Bf nicht davon die Rede sein, dass kein Schaden herbeigeführt worden sei, nachdem illegale Glückspiele mit dem gegenständlichen Gerät durchgeführt worden sind. Dass bei einem Ungehorsamsdelikt kein Schaden eingetreten ist, kommt im Übrigen nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht als Milderungsgrund in Betracht (vgl. etwa VwGH 20.07.2004, 2002/03/0223, mwN). Es ist auch nicht zu erkennen, inwieweit sich die Bf ernstlich bemüht haben soll, nachteilige Folgen zu verhindern. Das Vorbringen, die Bf habe bisher einen ordentlichen Lebenswandel geführt und die Tat stehe mit ihrem sonstigen Verhalten in auffallendem Widerspruch, geht schon in Anbetracht der mehrfachen rechtskräftigen Bestrafungen der Bf ins Leere. Auch ein außerordentlicher Strafmilderungsgrund ist nicht gegeben.

Schon bei einer einschlägigen Vorstrafe wäre nach dem System der Strafsanktionsnorm des § 52 Abs. 2 GSpG ein Wiederholungsfall und damit ein strafsatzerhöhender Umstand im Sinne des § 52 Abs. 2 zweiter Strafsatz GSpG vorgelegen. Wie festgestellt war die Bf aber nicht nur ein- oder zweifach, sondern vielfach einschlägig rechtskräftig vorbestraft. Obwohl auch im Verwaltungsstrafverfahren das Doppelverwertungsverbot gilt (vgl. etwa VwGH 21.09.2018, 2017/17/0735), durfte eine derartige Vielzahl an Vorstrafen sehr wohl als erschwerend gewertet werden (vgl. etwa VwGH 30.06.2004, 2001/09/0120).

Im Hinblick darauf erschien die von der belangten Behörde konkret festgesetzte Strafhöhe von EUR 12.000,-- jedenfalls als tat- und schuldangemessen und notwendig, um der Bf die Unrechtmäßigkeit ihres Verhaltens eindringlich vor Augen zu führen und sie künftig zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten. Die belangte Behörde hat bei der Verhängung der gegenständlichen Geld- bzw. Ersatzfreiheitsstrafe das ihr eingeräumte Ermessen jedenfalls nicht überschritten. Eine Rechtswidrigkeit der Strafbemessung liegt aus Sicht des erkennenden Gerichts nicht vor.

Da die Begehung der Tat nach den Feststellungen erwiesen ist, kommt die Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 1 bzw. 2 VStG nicht in Betracht.

Ebensowenig war § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG anzuwenden:
Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Verhängung einer Strafe abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Sie kann den Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Von geringfügiger Schuld kann nur die Rede sein, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. VwGH 09.09.2016, 2016/02/0118; idS. etwa auch zur Vorgängerbestimmung VwGH 25.10.2009, 2008/09/0015).

Eine Verwirklichung des verfahrensgegenständlichen Delikts mit einem Glücksspielgerät lässt jedoch einerseits auf die typischerweise damit einhergehende organisierte Übertretung des Gesetzes und andererseits auf den typischerweise damit einhergehenden wirtschaftlichen Nutzen aus dem strafbaren Verhalten schließen (vgl. auch RV 24 Blg.NR 25. GP 22f). Von geringfügiger Schuld kann somit keine Rede sein.

Die Tat bleibt damit im Ergebnis nicht so weit hinter dem deliktstypischen Unrechts- und Schuldgehalt zurück, dass eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG gerechtfertigt sein könnte.

Im Ergebnis ist die vorgeworfene Tat als Verwaltungsübertretung strafbar. Die Beschwerde war somit als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Straferkenntnis mit der im Spruch angeführten Maßgabe zu bestätigen.

III.5. Zur Spruchkorrektur

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs sind Merkmale, welche die Verantwortlichkeit eines Beschuldigten konstituieren, vollständig und richtig anzugeben (vgl. VwGH 15.11.2017, 2017/17/0863; VwGH 12.12.1988, 88/10/0080). Bei einer GmbH ist der handelsrechtliche Geschäftsführer im Sinne des § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufen (vgl. VwGH 22.12.1988, 84/17/0112), weswegen im Spruch ergänzend zu erläutern war, dass es sich bei der Bf um die handelsrechtliche Geschäftsführerin der G s.r.o. handelt.

III.6. Kostenausspruch (Spruchpunkt II.)

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

Es war der Bf daher ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von EUR 2.400,-- vorzuschreiben.

III.7. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision (Spruchpunkt III.)

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 Glücksspielgesetzes ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes wurde entsprechend den von der Rechtsprechung des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen (vgl. insbesondere VwGH 11.07.2018, Ra 2018/17/0048; 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 die Frage, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt. Es wird dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art. 133. Abs. 4 B-VG aufgeworfen (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

Dr. Gubesch