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-413622/9/KLe/JoS

Datum: Linz, 15. April 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Lederer über die Beschwerde des Z B, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, PK Steyr, vom 5. November 2019, GZ: VStV/919300255366/2019, wegen Übertretungen nach dem Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26. Februar 2020

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern teilweise stattgegeben, als die verhängten Geldstrafen auf 12.000 Euro pro Glücksspielgerät (gesamt sohin: 144.000 Euro) herabgesetzt werden.

Im Übrigen wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass die übertretene Rechtsvorschrift § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild und § 2 Abs. 2 und 4 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 107/2017 konkretisiert wird.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten. Der Beitrag zu den Kosten des verwaltungsbehördlichen Verfahrens reduziert sich auf 14.400 Euro.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat (PK) Steyr (in der Folge: belangte Behörde), vom 5. November 2019, VStV/919300255366/2019, wurden über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) zwölf Verwaltungsstrafen in Höhe von jeweils 20.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafen jeweils fünf Tage) wegen einer Übertretung gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG (unternehmerisch zugänglich machen; drittes Tatbild) verhängt. Außerdem wurden dem Bf Verfahrenskosten in Höhe von insgesamt 24.000 Euro auferlegt. Dem angefochtenen Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde (Hervorhebungen nicht übernommen):

„Sie haben, wie am 06.02.2019 in x, x, Lokal mit der Bezeichnung K J T um ca. 13:20 Uhr festgestellt wurde, als das nach außen berufene Organ der Fa. V T s.r.o., also handelsrechtlicher Geschäftsführer folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Die Firma V T s.r.o. hat in der Zeit vom 01.10.2018 bis 06.02.2019 die mit den verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräte ermöglichten Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen dadurch im angeführten Standort unternehmerisch zugänglich gemacht, dass Sie gegen Entgelt die Veranstaltung der verbotenen Ausspielungen in ihrem Lokal geduldet und an der Auszahlung erzielter Spielgewinne dadurch mitgewirkt hat, dass die das Personal zur Auszahlung von Gewinnen angehalten hat.
Sie hat damit selbständig und nachhaltig eine Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und ist daher als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.

Die Firma V T s.r.o. hat somit Glücksspiele in Form verbotener Ausspielungen an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, unternehmerisch zugänglich gemacht und deshalb eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1, drittes Tatbild, GSpG begangen, was Sie als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als das zur Vertretung nach Außen berufene Organ der Firma V T s.r.o. zu verantworten haben.

Die Ihnen angelastete Verwaltungsübertretung wurde bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der Öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2 GSpG durchgeführten Kontrolle am 06.02.2019 um ca. 13:20 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung K J T, in x, x, Betreiber V T s.r.o. festgestellt. Es wurden folgende Geräte (welche mit fortlaufender Nummerierung versehen wurden) betriebsbereit und funktionsfähig vorgefunden:

FA-1	Gehäusebezeichnung: KAJOT	SN: x
FA-2	Gehäusebezeichnung: KAJOT	SN: x
FA-3	Gehäusebezeichnung: KAJOT	SN: x
FA-4	Gehäusebezeichnung: KAJOT	SN: x
FA-5	Gehäusebezeichnung: KAJOT	SN: x
FA-6	Gehäusebezeichnung: KAJOT	SN: x
FA-7	Gehäusebezeichnung: KAJOT	SN: x
FA-8	Gehäusebezeichnung: KAJOT	SN: x

FA-9	Gehäusebezeichnung: KAJOT	SN: x
FA-10	Gehäusebezeichnung: KAJOT	SN: x
FA-11	Gehäusebezeichnung: www.racingDOGS.eu	SN: x
FA-12	Gehäusebezeichnung: www.racingDOGS.eu	SN: x

Mit diesen Geräten wurden, zumindest seit dem Aufstelldatum, wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen und virtuellen Hunderennen durchgeführt, wobei aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in verschiedener Höhe deshalb in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil weder die dafür erforderliche Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die mit diesen Geräten durchführbaren Ausspielungen nach den Bestimmungen des § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren. […]“

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei und schilderte die Funktionsweise der Geräte. Eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz sei nicht vorgelegen. Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, dass unzählige – nicht näher bezeichnete – rechtskräftige Vormerkungen wegen Übertretungen des Glücksspielgesetzes durch den Bf gewertet würden. Die Strafhöhe entspreche dem Unrechtsgehalt der Tat und der Schwere der Übertretung.

I.2. Gegen das Straferkenntnis der belangten Behörde vom 5. November 2019 erhob der rechtsfreundlich vertretene Bf mit Schriftsatz vom 2. Dezember 2019 rechtzeitig Beschwerde. Er beantragte die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu den Ausspruch einer Ermahnung, in eventu eine Herabsetzung der verhängten Strafe.

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

I.3. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2019 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt zugehörigem Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Mit E-Mail vom 26. Februar 2020 brachte der Bf unter Bezugnahme auf die Entscheidung des EuGH vom 12. September 2019, in den verbundenen Rechtssachen C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18, eine ergänzende Stellung-

nahme vor. Weiters wurde am selbigen Tag vom Rechtsvertreter des Bf eine näher bezeichnete Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 30. Oktober 2019 ins Treffen geführt, welche sich auf eine neuere fachgutachtliche Beurteilung stütze und daher von einem Geschicklichkeitsspiel auszugehen sei.

I.5. Am 26. Februar 2020 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der ein Vertreter des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr sowie ein Zeuge von der Finanzpolizei teilnahmen. Für den Bf (unentschuldigt) wie auch für die belangte Behörde (entschuldigt) ist kein Vertreter erschienen. Die Verhandlung hatte die finanzpolizeiliche Kontrolle vom 6. Februar 2019 im gegenständlichen Lokal sowie die dabei vorgefundenen Geräte und die Probebespielung durch die Finanzpolizei zum Gegenstand.

II. Feststellungen und Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde (insbesondere in die im Verfahrensakt erliegende finanzpolizeiliche GSp26- und Fotodokumentation über die Kontrolle, in die Niederschrift gemäß § 50 Abs. 4 GSpG vom 6. Februar 2019, in die Anzeige vom 7. Februar 2019), in das Bezug habende Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren bzw. die im Zuge der Verhandlung zum Akt genommenen hg. Erkenntnisse jeweils vom 25. September 2019, GZ: LVwG-413298/7/Wg und LVwG-413299/7/Wg, und die weiteren unter Punkt I. dargestellten Verfahrensschritte; insbesondere durch Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 26. Februar 2020. Dabei ist im Übrigen auch das den Parteien(-vertretern) aus zahlreichen Vorverfahren bekannte Konvolut an Unterlagen des BMF (E-Mail vom 20. November 2017 samt Beilagen) zum Akt genommen worden.

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

II.2.1. Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 6. Februar 2019, in etwa ab 13:20 Uhr, im Lokal mit der Bezeichnung „K J T“ in x, x, wurden die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführten Geräte in einem öffentlich zugänglichen Bereich betriebsbereit aufgestellt und – zu Kontrollbeginn – voll funktionsfähig vorgefunden, von den Kontrollorganen der Finanzpolizei durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und vorläufig beschlagnahmt.

Die verfahrensgegenständlichen Geräte waren von 1. Oktober 2018 bis zur Kontrolle am 6. Februar 2019 betriebsbereit in einem öffentlich zugänglichen Bereich im gegenständlichen Lokal eingeschaltet aufgestellt und wurden zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben. Die Geräte

standen Spielern zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung. Es konnten Einsätze an den Geräten geleistet werden, für die – abhängig vom Einsatz – Gewinne in unterschiedlicher Höhe in Aussicht gestellt wurden.

Im Lokal wurden Einsätze an den Geräten geleistet und Gewinne ausbezahlt. Die V T s.r.o. war zur Tatzeit Betreiberin des gegenständlichen Lokals und zugleich Eigentümerin der Geräte. Der Bf war zur Tatzeit handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Gesellschaft. Er kannte die Funktionsweise der Geräte und hat die gegenständlichen Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht.

Der Bf verfügt über ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen, hat keine ins Gewicht fallenden Sorgepflichten und kein nennenswertes Vermögen. Vor Beginn der hier gegenständlichen Tatzeit sind in Bezug auf den Bf keine einschlägigen rechtskräftig bestätigten Vorstrafen zu verzeichnen. Lediglich drei Übertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG sind während der Tatzeit in Rechtskraft erwachsen (vgl. die hg. Erkenntnisse LVwG-413059, 413102 und 413140). Die von der belangten Behörde im Akt bezeichneten Vorstrafen hingegen sind weitgehend nach der hier gegenständlichen Tatzeit rechtskräftig geworden.

Weder der Bf noch Dritte waren im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für diese Geräte und diesen Standort. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Sämtliche Geräte waren zu Kontrollbeginn eingeschaltet und wurde durch die Organe der Finanzpolizei die Betriebsbereitschaft festgestellt. Die Organe der Finanzpolizei konnten – mit Ausnahme der Geräte mit den FA-Nummern 11 und 12 – zwar selbst keine Probebespielung vornehmen, da diese herunter-gefahren wurden, jedoch ergeben sich aus der Fotodokumentation über die Bildschirmmasken die in den GSp26-Formularen bezeichneten Spiele mit folgenden Einsatz- und Gewinnmöglichkeiten:

Auf den Geräten mit den FA-Nummern 1 bis 10 standen den Spielern zufallsab-hängige Walzenspiele zur Verfügung. Konkret konnte auf den Geräten mit den FA-Nummern 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 und 9 das Walzenspiel „Ring of Fire XL“, auf dem Gerät mit der FA-Nummer 3 das Walzenspiel „Joker 27“ und auf dem Gerät mit der FA-Nummer 10 das Walzenspiel „Joker Strong“ gespielt werden. Beim Spiel „Ring of Fire“ wurde bei einem Einsatz von 0,1 Euro ein Höchstgewinn von 180 Euro in Aussicht gestellt. Beim Gerät mit der FA-Nummer 3 („Joker 27“) wurde bei einem Einsatz von 0,5 Euro ein Höchstgewinn von 30 Euro in Aussicht gestellt. Bezüglich „Joker Strong“ (Gerät mit der FA-Nummer 10) ist bei einem Einsatz von 0,4 Euro ein Höchstgewinn von 400 Euro in Aussicht gestellt. Bei den virtuellen Hunderennen (FA-Nummer 11 und 12) konnten Wetten auf aufge-zeichnete Hunderennen abgeschlossen werden. Bei einem Mindesteinsatz von

0,5 Euro war die höchste gebotene Wettquote 55,80 (FA-Nr. 11) bzw. 46,60 (FA-Nr. 12).

Bei den Geräten mit den FA-Nummern 1 bis 10 handelt es sich um jeweils bauartgleiche gerichtsbekannte virtuelle Walzenspielgeräte. Der Spielablauf dieser virtuellen Walzenspiele stellt sich im Wesentlichen generalisierend wie folgt dar:

Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen werden Gewinne in Aussicht gestellt (gemäß Gewinnplan). Das Spiel wird durch eine Tastenbetätigung ausgelöst. Damit wird zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entsteht. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergibt einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg steht daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hängt ausschließlich vom Zufall ab. Spieler haben keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen, sondern können nur einen Einsatz und den dazugehörigen Gewinnplan auswählen und die Start-Taste betätigen. Allfällige Gewinne werden mittels Knopfdruck auf ein Gewinnticket ausgedruckt und im Lokal aus der Gerätelade ausbezahlt.

Bei den auf den elektronischen Geräten verfügbaren Spielen mit der Bezeichnung „Skill Games“ handelt es sich grundsätzlich ebenfalls um herkömmliche virtuelle Walzenspiele. Dem Walzenspiel vorgelagert ist aber ein Miniaturwalzenspiel mit drei virtuellen Walzen, welche die Zahlen 0-9 sowie das Buchstabensymbol „A“ in einem Kreis aufweisen. Die Zusammensetzung dieser Walzen wird mit jeder Starttastenbetätigung vom Programm neu festgelegt, ohne dass der Spieler darauf einen Einfluss hat. Dieses „kleine Walzenspiel“ kann durch Halten und Loslassen der Start-Taste gesteuert werden.

Erscheint nach dem Drücken der Start-Taste beim „kleinen Walzenspiel“ ein „A“, so wird automatisch der große Walzenlauf ausgelöst, auf welchen der Spieler keinen Einfluss hat. Es wird entweder dadurch erreicht, dass die Start-Taste gedrückt gehalten wird bis das „A“ kommt. Bei „A“ wird die Start-Taste losgelassen und der große Walzenlauf startet. Ebenso leicht kann der erwünschte große Walzenlauf aber dadurch gestartet werden, dass die Starttaste mehrfach hintereinander schnell gedrückt wird. So wird schnell und einfach das Herbeiführen des „A“ erreicht. Das Herbeiführen eines „A“ im „kleinen Walzenlauf“ – und damit das Auslösen des großen Walzenlaufes – ist auf einfache Weise und ohne besonderes Geschick möglich, weil das „A“ regelmäßig (oftmals)

von selbst auftritt und es zudem leicht möglich ist bei Erscheinen des durch einen Kreis hervorgehobenen „A“ den Taster loszulassen. Geräte dieser Type (wie auch einige der verfahrensgegenständlichen) verfügen zudem am senkrechten Teil des Gehäuses über eine unbeschriftete Automatik-Modus-Taste, um den Weg über das kleine Walzenspiel umgehen zu können. Wird dieser Modus aktiviert, läuft das kleine Walzenspiel automatisiert mit. Er bewirkt, dass das „A“ bei jedem Drücken der Start-Taste erscheint.

Ein im großen Walzenspiel erzielter Gewinn wird im Normalmodus (mit kleinem Walzenspiel) zunächst im Zwischenspeicher (Buffer) gespeichert. Durch Leisten eines weiteren Einsatzes, kann der Gewinn im kleinen Walzenspiel auf den auszahlbaren Credit umgebucht werden. Durch Drücken der Automatik-Modus-Taste ist dieser Vorgang vereinfacht (direkt) möglich. Durch Aussteigen aus dem Spiel (in das Spielauswahlmenü) und drücken der Start-Taste wird ebenso leicht der Bonausdruck aktiviert.

Bei dem an das kleine Walzenspiel anschließenden virtuellen „großen Walzenspiel“ werden für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung kann 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 wird mit der Start-Taste ausgelöst. Damit wird zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und dann das „kleine Walzenspiel“ ausgelöst. Nach dem Loslassen der Start-Taste wird – je nach Ergebnis des „kleinen Walzenlaufes“ (vgl. dazu oben) entweder sofort oder nach weiterem Betätigen der Start-Taste der „große Walzenlauf“ ausgelöst. Dabei werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entsteht. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinn-bringenden Symbolkombinationen ergibt 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. Die Bewegungsdauer der Walzen beträgt ca. 1 Sekunde. Das Spielergebnis hängt ausschließlich vom Zufall ab, Spieler haben keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele im großen Walzenlauf zu nehmen.

Bei den Geräten mit den FA-Nummern 11 und 12 handelt es sich um sogenannte „Hundewettenterminals“. Der Spielablauf stellt sich generalisierend wie folgt dar:

Die Kunden können nach der Eingabe von Geld als Spielguthaben mit Hilfe von Bildschirmtasten einen Einsatzbetrag und einen oder mehrere vermutete Hunderennergebnisse auswählen und eine „Wette“ darauf abschließen. Danach

ist der in kurzen Abständen regelmäßig erfolgende Rennstart und das Rennergebnis abzuwarten, wonach der Verlust des Einsatzes oder ein Gewinn feststeht. Die auf diesen Geräten angebotenen Spiele sind quasi „Wetten“ auf den Ausgang der Wiedergabe von aufgezeichneten (virtuellen) Hunderennen, die bereits in der Vergangenheit stattfanden. Die Wettkunden können nur auf Grund von Vermutungen vergleichbar dem Roulettespiel einen Einsatz und die Nummer oder Farbe wählen, durch die der Hund gekennzeichnet ist, und eine Wette auf den Sieger oder eine Kombinationswette auf den ersten und zweiten, allenfalls auch noch auf den dritten durchs Ziel laufenden Hund abschließen und anschließend den Rennausgang abwarten. Jedem möglichen Einlaufergebnis ist eine bestimmte Quote zugeordnet, welche am Gerätebildschirm in einem Quotenblatt dargestellt wird. Der in Aussicht gestellte Gewinn errechnet sich aus der Multiplikation des gewählten Einsatzbetrags mit der dem erwarteten Rennverlauf entsprechenden (zugeordneten) Quote.

„Wetten“ auf aufgezeichnete Rennen abzuschließen, bedeutet einen Einsatz auf das Ergebnis elektronischer Vorgänge zu leisten, die programmbedingt ablaufen und deren Ausgang vom Spieler nicht beeinflusst werden kann. Sie erfolgen nicht aus Anlass sportlicher Veranstaltungen. Die Entscheidung über das Rennergebnis hängt für den Kunden vom Zufall ab, weil auch die gespeicherten Rennen nach dem Zufallsprinzip ausgewählt werden. Es handelt sich nämlich um „Wetten“ (richtig: Spieleinsätze im Rahmen von Ausspielungen mit Wettannahmeterminals) auf das Ergebnis der Auswahl eines Zufallsgenerators aus aufgezeichneten Rennen (hier Hunderennen).

Allfällige Gewinne werden im Lokal entsprechend dem mittels Gerätetaste (Button) ausgedruckten „Auszahlungsticket“ mit Angaben zum Standort, Terminal, Spieldauer, Einzahlung Wetteinsatz und Gesamtgewinn ausbezahlt.

Bei sämtlichen Geräten bzw. Spielen hängt das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall ab, Spieler haben keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.

II.2.2. Die vom Bf vertretene lokalbetreibende V T s.r.o. ist eine Gesellschaft nach Recht mit Sitz in x, X, x, x, und einer Zweigniederlassung in Österreich an der Adresse x, x. Sie verfügt über keinen Aufsichtsrat und über ein Stammkapital in der Höhe von 10.000 CZK.

Die V T s.r.o. hat als Lokalbetreiberin in den Räumlichkeiten am Standort x, x, die betriebsbereiten Geräte (zumindest) geduldet, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen.

II.2.3. Im Jahr 2015 weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, die Zahl der Problemspieler

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

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

Der monatliche Geldeinsatz für Glücksspiele hat im Zeitraum von 2009 bis 2015 leicht zugenommen, von den Glücksspielenden wurden 2015 im Durchschnitt etwa 57 Euro pro Monat für Glücksspiele ausgegeben (im Vergleich zu 53 Euro im Jahr 2009). Auf der Ebene der einzelnen Glücksspielarten bestehen hier jedoch sehr unterschiedliche Entwicklungen. Der Geldeinsatz ist 2015 am höchsten bei den Automatenspielen außerhalb der Casinos. Im Durchschnitt werden hierfür von den Spielern pro Monat ca. 203 Euro eingesetzt, sechs Jahre davor lag der entsprechende Wert sogar bei etwa 317 Euro. Es folgen die klassischen Casinospiele mit einem Mittelwert von ca. 194 Euro. Auch für diese Glücksspielform wurde im Jahr 2015 durchschnittlich weniger Geld aufgewendet

als in 2009. Stark angestiegen sind dagegen im betrachteten Zeitraum die Geldeinsätze für Sportwetten, diese haben sich von ca. 47 Euro auf ca. 110 Euro mehr als verdoppelt.

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

Auch Sportwetten beinhalten ein erhebliches Risiko, spielbedingte Probleme zu entwickeln. So erfüllen ca. 7,1% dieser Spielergruppe die Kriterien problematischen Spielens und weitere ca. 9,8% zeigen ein pathologisches Spielverhalten. Etwa jeder sechste Sportwetter ist daher von einer Spielproblematik betroffen. Noch höher sind diese Anteile bei Spielautomaten, welche in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen stehen. Etwa 21,2% dieser Spieler sind spielsüchtig. Die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der „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 Casinos von ca. 13,5% im Jahr 2009 auf ca. 8,1% im Jahr 2015 und bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos von 33,2% im Jahr 2009 auf 27,2% im Jahr 2015 zurück.

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

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2016 in Summe 7.923 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870, darunter 5.555 über österreichische

Spielbankbesucher und 1.944 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 7.159 online-„Sofort-Checks“. 634.657 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2016 den Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen, die seit Oktober 2013 auf zwei Mal monatlich gesteigert wurden. Bei 221.296 davon bestand die begründete Annahme im Sinne des § 25 Abs. 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.631 Informationsgesprächen sowie 1.050 Beratungen bzw. Befragungen führte. Per 31.12.2016 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. Dezember 2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Vernetzung, Koordination und Zusammenarbeit in Spieler-schutzangelegenheiten 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 Bundes-rechenzentrum 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 die dabei vorgefundenen Geräte, insbesondere auch deren Betriebsbereitschaft in einem öffentlich zugänglichen Bereich und dass Gewinne ausbezahlt wurden, gründen vor allem auf der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, der GSp26-Dokumentation samt umfangreicher Fotodokumentation (inklusive fotografierter Wettscheine beim Spiel „Magic Dogs“ mit den Geräten mit den FA-Nummern 11 und 12), der Niederschrift gemäß § 50 Abs. 4 GSpG, der Aussage des im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht vernommenen Zeugen der Finanzpolizei, welcher an den Geräten mit den FA-Nummern 11 und 12 eine vollständige Probebespielung durchführen, jedoch keinen Einfluss auf das Spielergebnis nehmen konnte. Für das erkennende Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ergaben sich daher weder aus dem Akt noch im weiteren Beweisverfahren Hinweise, die gegen diese Feststellungen sprechen.

Die Anzeige der Finanzpolizei vom 7. Februar 2019 enthält auch eine Beschreibung der Spielabläufe. Diese Beschreibungen lassen sich mit den im Akt erliegenden Lichtbildern und der Aussage des Zeugen im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht in Einklang bringen. Auf den Fotos sind die Bildschirme und Tasten/Knöpfe zur Bedienung der mittlerweile aus zahlreichen Beschwerdeverfahren gerichtsbekannten Terminals vom Typ „Kajot“ gut zu erkennen. Auch ist die Eigenschaft und der Spielablauf des Hundewettenterminals mit den FA-Nummern 11 und 12 hinreichend geklärt. Für das Gericht bestanden daher keine Zweifel, dass es sich bei den gegenständlichen Geräten um Geräte mit der festgestellten Funktionsweise gehandelt hat. Insbesondere da zumindest mit den Geräten mit den FA-Nummern 11 und 12 eine Probebespielung vollständig durchgeführt werden konnte und bei den übrigen Geräten die Spielauswahlmöglichkeit „Ring of Fire XL“ (Geräte mit den FA-Nummern 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8 und 9) bzw. „Joker 27“ (Nr. 3) und „Joker Strong“ (Nr. 10) ersichtlich war und sich die übrigen Geräte vor allem entsprechend der angefertigten Lichtbilder und GSp26-Dokumentation sich als bauartgleiche und aus unzähligen Verfahren gerichtsbekannte Walzenspielgeräte erwiesen haben.

Das in der Beschwerde erwähnte Urteil des BG Wels (GZ: 8 C 673/14) kann lediglich als Beweis dafür dienen, dass das BG Wels ein näher bezeichnetes Klagebegehren abgewiesen hat. Das Urteil spricht zwar von „Skill Games“ (übersetzt: Geschicklichkeitsspiele) und führt – nicht vorgelegte – Gutachten an. Die konkret im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Kontrolle vorgefundenen Geräte werden in diesem Urteil jedenfalls nicht genannt. Auch sind nicht alle Geräte „Skill Games“ sondern auch „Hundewetttерminals“. Die von den Kontrollorganen festgestellte Funktionsweise der Geräte wurde im Übrigen auch zu keiner Zeit im Verfahren bestritten, sodass für das erkennende Landesverwaltungsgericht Oberösterreich keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben bestehen.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich somit neben den Aufzeichnungen zur gegenständlichen Kontrolle überdies aus den Aufzeichnungen von Kontrollorganen in anderen Verfahren und der vom Gericht im Hinblick auf die vorliegenden Beweismittel als unzweifelhaft angenommenen Vermutung, dass es sich bei den gegenständlichen Geräten um solche gleicher Bauart handelt.

Insofern konnte die geforderte Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Gebiet Glücksspiel, Geschicklichkeitsspiele zum Beweis dafür, dass es sich vorliegend um Geschicklichkeitsspiele handle, unterbleiben, weil das Spielergebnis bei Spielen der vorliegenden Art gerichtsbekannt nicht beeinflussbar ist.

Die Behauptung, es lägen Geschicklichkeitsspiele vor, widerspricht den finanzpolizeilichen Ermittlungsergebnissen in unzähligen Fällen. Diese Erkenntnis liegt angesichts der Kenntnisse des Gerichts aus anderen Verfahren auf der Hand und bedarf keines Sachverständigenbeweises. Die vom Vertreter der Bf immer wieder vorgelegten Sachverständigengutachten sind schon in etlichen Verfahren des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich ausgewertet worden und in die auszugsweise im Erkenntnis zitierte Judikatur eingeflossen. Mit den Darlegungen, die sich ausschließlich auf das insbesondere im Hinblick auf die gegenständlichen Geräte nicht relevante „vorgelagerte Miniaturwalzenspiel“ bei „großen Walzenspielen“ bezogen, gelingt es insofern nicht, darzulegen, warum bei den gegenständlichen „Wetten“ kein Glücksspiel vorliegen soll. Diesbezüglich wurde keinerlei Vorbringen erstattet.

Im Übrigen handelt es sich bei der Frage, ob ein bestimmtes Spiel als Geschicklichkeitsspiel oder als Glücksspiel im Sinne des GSpG anzusehen ist, um eine Rechtsfrage, die vom Verwaltungsgericht zu beurteilen ist. Ein Sachverständiger kann dabei bloß Spielabläufe und eine bestimmte Funktionsweise der Geräte aufnehmen.

II.3.2. Die Feststellungen zur lokalbetreibenden V T s.r.o. sowie der Funktion des Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Gesellschaft zur Tatzeit ergaben sich überdies ebenfalls schlüssig aus dem Akt, insbesondere aus entsprechenden Firmenbuch- bzw. Unternehmensregisterauszügen bzw. waren bereits gerichtsbekannt und blieben im Übrigen im gesamten Verfahren unbestritten. Dass die V T s.r.o. auch Eigentümerin aller Geräte ist, ergibt sich insbesondere aus den hg. Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren LVwG-413298 und 413299.

Dass der Bf nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die gegenständlichen Geräte war und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, folgt für das erkennende Gericht daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle, noch im behördlichen Verfahren bzw. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurde und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde. Ebenso ist eine solche der Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/themen/gluecksspiel-spielerschutz/gluecksspiel-in-oesterreich /konzessionaere-ausspielbewilligte.html nicht entnehmbar.

Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass sie von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurden und die Funktionsweisen der Geräte eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Es sind im Verfahren auch keine aus-

reichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Zurverfügungstellung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre. Weiters sind im Verfahren auch keine Umstände hervorgekommen, dass die Geräte nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wären.

Mangels ausreichender gegenteiliger Beweisergebnisse ist im Sinne einer realitätsnahen Betrachtung davon auszugehen, dass dem Bf als - zur Tatzeit - handelsrechtlicher Geschäftsführer der V T s.r.o. die grundsätzlichen Funktionen inklusive der Glücksspieleigenschaften der Geräte bekannt waren. Insbesondere war der Bf schon in mehreren Verfahren im Hinblick auf gleichartige Geräte involviert.

Die Feststellung, dass der Bf über ein durchschnittliches monatliches Nettoeinkommen bei fehlenden nennenswerten Sorgepflichten und keinem sonstigen relevanten Vermögen verfügt, ergibt sich aus einer – mangels entsprechenden Angaben des Bf – vorgenommenen Schätzung. Die Annahme der belangten Behörde, der Bf verfüge über ein monatliches Nettoeinkommen von rund 3.000 Euro, stützt sich hingegen auf keine fundierten Ermittlungsergebnisse und erscheint nach Ansicht des erkennenden Gerichtes überhöht. Die Feststellung, dass gegenüber dem Bf zu Beginn der Tatzeit keine und während der Tatzeit lediglich drei einschlägige Übertretungen in Rechtskraft erwachsen sind, ergibt sich aus der Dokumentation und den Auswertungen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich hinsichtlich der in der Vergangenheit anhängigen Verfahren betreffend den Bf. Dass die von der belangten Behörde im Akt (und nicht im angefochtenen Straferkenntnis selbst) bezeichneten Vorstrafen hingegen weitgehend erst nach der hier gegenständlichen Tatzeit rechtskräftig geworden sind, ergibt sich ebenfalls aus der hg. Dokumentation über die den Bf betreffenden Beschwerdeverfahren nach dem GSpG.

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

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

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Maßgebliche Rechtslage:

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

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

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

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

Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt. Gemäß § 2 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele, 1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und 2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in

Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und 3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

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

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

III.2. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den gegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. 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. So zeigt auch der im vorliegenden Fall konkret festgestellte Spielablauf, dass das Spielergebnis jeweils vorwiegend vom Zufall abhängt. Die Qualifikation als Glücksspiele gilt auch für virtuelle Hunderennen (vgl. etwa VwGH 22.2.2017, Ra 2016/17/0262; 27.2.2013, 2012/17/0352). Da dieser Umstand sohin feststeht, können eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben. Es steht sohin fest, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die Spiele somit als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind.

Daran vermag auch die vom Bf ergänzend ins Treffen geführte und näher bezeichnete Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 30. Oktober 2019 nichts zu ändern. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass für den Verwaltungsgerichtshof der Ablauf virtueller Walzenspiele geradezu „notorisch“ ist (vgl. VwGH 7.1.2019, Ra 2018/17/0131).

Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen iSd § 2 Abs. 1 GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und das vom Bf vertretene Unternehmen von diesem auch nicht ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

Die Geräte waren zumindest im festgestellten Zeitraum im gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Die Spieler haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt an den gegenständlichen Geräten erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an diese Geräte übermittelt oder dort nur angezeigt wurde (VwGH 29.4.2014, Ra 2014/17/0002).

Das vom Bf vertretene Unternehmen hat als Betreiberin des Lokals, in welchem die Geräte betriebsbereit vorgefunden wurden, zumindest geduldet, dass diese zur selbstständigen nachhaltigen Einnahmenerzielung im vorgeworfenen Tatzeitraum öffentlich zugänglich betrieben wurden. Er hat die an den gegenständlichen Geräten festgestellten verbotenen Ausspielungen im vorgeworfenen Tatzeitraum somit unternehmerisch zugänglich gemacht. Dies hat der Bf gemäß § 9 VStG zu verantworten.

III.3. Zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Subsidiarität des § 168 StGB:

Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, G 203/2014-16 u.a., festgestellt hat, dass die Regelungen des GSpG zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind, sodass die diesbezüglichen Einwände des Bf nicht stichhaltig sind, diese Rechtsfrage abschließend geklärt ist und das angeregte Gesetzesprüfungsverfahren unterbleiben kann.

Der Verwaltungsgerichtshof hat ferner in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgehalten, dass bei Überprüfung der Frage der Zuständigkeit zur Entscheidung die Zuständigkeitsvorschrift heranzuziehen ist, die im Zeitpunkt der Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde in Geltung stand. Der bekämpfte Bescheid wurde nach Inkrafttreten des § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl I Nr. 13/2014 erlassen. Der Verfassungsgerichtshof hat darüber hinaus in seiner Entscheidung vom 10.3.2015, E 1139-1140/2014, ausgeführt, „dass § 1 Abs. 2 VStG den Anforderungen des Art. 7 EMRK entsprechend einen umfassenden Günstigkeitsvergleich mehrerer in Betracht kommender Rechtslagen ermöglicht. (...) Für den Verfassungsgerichtshof besteht (...) kein Zweifel, dass die Anwendung der Verwaltungsstrafbestimmung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, welche im Gegensatz zur gerichtlichen Strafnorm des § 168 StGB keine Primärfreiheitsstrafe vorsieht, für den Beschwerdeführer in seiner Gesamtauswirkung günstiger ist.“ Ob aufgrund des Umfanges der möglichen Spiele, des möglichen Spieleinsatzes oder aus anderen Gründen eventuell auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht wurde, braucht nicht weiter beurteilt zu werden, weil auch in diesem Fall iSd zitierten Judikatur gemäß § 52 Abs. 3 GSpG jedenfalls die verwaltungsbehördliche Strafbarkeit vorgeht.

III.4. Zur geltend gemachten Unionsrechtswidrigkeit:

In seinem Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, hat der Verwaltungsgerichtshof, 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 erkannt. Dieser Rechtsansicht hat sich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016- 19, angeschlossen. Seitdem spricht der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung aus, dass das GSpG dem Unionsrecht entspricht. Der VwGH betont auch in ständiger Rechtsprechung, dass die Voraussetzungen für eine Vorlagepflicht an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) gemäß Art. 267 AEUV klar bzw. geklärt sind. Ebenso seien die Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor durch die nationalen Gerichte geklärt (vgl. EuGH vom 15.9.2011, Dickinger und Ömer, C-347/09, Rz 83 f.; vom 30.4.2014, Pfleger, C-390/12, Rz 47 ff.; vom 30.6.2016, Admiral Casinos & Entertainment, C-464/15, Rz 31, 35 ff.).

Seine Ansicht hat der VwGH in der Entscheidung vom 15. Februar 2019, Ra 2018/17/0003, wiederholt. Im Verfahren hat sich nichts ergeben, das darauf schließen ließe, dass sich die Umstände in jüngerer Zeit derart geändert hätten, dass nunmehr das österreichische GSpG nicht mehr anwendbar wäre. Insbesondere eignen sich die vom Bf vorgelegten Unterlagen nicht, eine Änderung der Gesamtumstände zu indizieren. Auch sonst ist nichts hervorgekommen, das auf eine diesbezügliche Änderung hinweisen könnte.

Auch die vom Bf in seinem ergänzenden Vorbringen angestellten Überlegungen in Bezug auf die Entscheidung des EuGH vom 12.9.2019, C-64/18 u.a., verhelfen ihm zur Geltendmachung einer Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen GSpG nicht zum Durchbruch: Die jüngere Rechtsprechung hält nämlich unmissverständlich klar fest, dass die in der EuGH-Rs Maksimovic, C-64/18 u.a., ausgesprochenen Grundsätze keine – wie vom Bf vermeint – so weitreichende und allgemeine Wirkung entfalten, sondern dass vom Gerichtshof der Europäischen Union in dem bezeichneten Vorabentscheidungsverfahren auf spezielle Fragestellungen zum AVRAG eingegangen wurde (vgl. VwGH 12.2.2020, Ra 2020/02/0008, insb. Rz 11 und 12, bezogen auf eine Bestrafung nach dem Wr. Wettengesetz). Auch aus Sicht des Verfassungsgerichtshofs kann die Entscheidung des EuGH, C-64/18 u.a., nicht ohne weiteres auf die Strafbestimmung des § 52 GSpG übertragen werden (vgl. VfGH 26.2.2020, E 189/2020-5).

Vor diesem Hintergrund geht das Landesverwaltungsgericht in Einklang mit der Judikatur der Höchstgerichte davon aus, dass das österreichische GSpG mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

III.5.1. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich unzweifelhaft, dass das vom Bf vertretene Unternehmen als Lokalbetreiberin zur vorgeworfenen Tatzeit verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht hat. Der Tat-

bestand des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG ist somit in objektiver Hinsicht erfüllt.

III.5.2. 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.

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 mwN).

III.5.3. Der rechtsfreundliche Vertreter des Bf beruft sich auf einen Verbotsirrtum. Entschuldigend wirken dabei nach stRsp nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rsp zur Tatzeit (VwGH 22.3.1994, 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 22.3.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Entschuldigend wirkt hiebei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 4.10.2012, 2012/09/0134, 18.9.2008, 2008/09/0187), anderer fachkompetenter Institutionen, z.B. der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (z.B. VwGH 16.11.1993, 93/07/0022, 0023), der Gebietskrankenkasse (VwSlg 14.020 A/1994) oder auch des Kuratoriums für Verkehrssicherheit (VwSlg 13.257 A/1990) bzw. in sehr eingeschränktem Ausmaß die Rechtsauskunft berufsmäßiger Parteienvertreter (z.B. von Rechtsanwälten). Diese muss sich jedenfalls an der maßgeblichen Rsp der Höchstgerichte und gegebenenfalls an der Rechtsmeinung der zuständigen Behörde (VwSlg 11.744 A/1985) orientieren. 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 (VwGH 22.2.2006, 2005/17/0195); (vgl. Lewisch, in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 5 Rz 21).

Hinsichtlich der gegenständlichen Geräte kann sich der Bf nicht erfolgreich auf einen Verbotsirrtum berufen. Zur vorgeworfenen Tatzeit existierte zu § 52 Abs. 1

Z 1 GSpG bereits höchstgerichtliche Judikatur zum Typus dieser Geräte (zu Walzenspielen z.B. VwGH 27.1.2012, 2011/17/0246; zu Hunderennen etwa VwGH 27.2.2013, 2012/17/0352). Es ist somit auch von der Erfüllung der subjektiven Tatseite auszugehen.

Dem Bf ist es somit nicht gelungen, das beim vorliegenden Ungehorsamsdelikt gemäß § 5 Abs. 1 zweiter Satz VStG zu vermutende fahrlässige Handeln zu entkräften: So hat der Bf keinerlei konkrete Umstände geltend gemacht, die geeignet wären, einen entsprechenden Entlastungsbeweis zu führen. Als – zur Tatzeit – selbstständig vertretungsbefugter handelsrechtlicher Geschäftsführer der V T s.r.o. war es seine Pflicht, sich mit den entsprechenden Verwaltungsvorschriften bekannt zu machen und für deren Einhaltung zu sorgen. Diese mussten ihm auch schon aus mehreren (wenn auch nicht gänzlich abgeschlossenen) Vorverfahren hinreichend bekannt sein, zumal der Bf bereits in mehreren Verwaltungsstrafverfahren nach dem GSpG als Beschuldigter bzw. Bf auftrat. Da der Bf aber (darüber hinaus) initiativ nichts darzulegen vermochte, was für seine Unschuld spricht, ist auch die Verwirklichung des subjektiven Tatbestands zu bejahen.

III.6. Vorgehen nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG (Ermahnung):

Nach § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind.

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

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

Von geringem Verschulden im Sinne dieser Bestimmung ist jedoch nur dann zu sprechen, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. VwGH 9.9.2016, Ra 2016/02/0118; in diesem Sinne etwa auch zur Vorgängerbestimmung VwGH 25.10.2009, 2008/09/0015). Dies ist im konkreten Fall nicht gegeben: Aus den vorgelegten Verfahrensakten ergaben sich

keine Anhaltspunkte dafür, dass das tatbildmäßige Verhalten des Bf hinter dem in § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG typisierten Unrechtsgehalt und Schuldgehalt erheblich zurückgeblieben und das Verschulden daher lediglich geringfügig gewesen wäre. Es sind vielmehr gerade keine die Schuld möglicherweise mildernden Umstände im Ermittlungsverfahren zu Tage getreten (vgl. dazu auch noch sogleich bei der Strafbemessung). Der Verstoß gegen die Intentionen des Gesetzgebers und den Schutzzweck der Norm wiegt im vorliegenden Fall auch schon deshalb schwer, da bei einem Eingriff wie dem vorliegenden, mit insgesamt zwölf Glücksspielgeräten über mehrere Monate in einem öffentlichen Lokal, die objektiven Voraussetzungen einer geringen Beeinträchtigung von vornherein nicht gegeben sind. Auch darf nicht übersehen werden, dass der Bf als Vertreter der V T s.r.o. schon allein aus den bereits – wenngleich nicht gänzlich abgeschlossenen – ihn betreffenden Vorverfahren wissen und erkennen hätte müssen, dass die Geräte von ihrer Konstruktion und den technischen Möglichkeiten her zur Durchführung verbotener Glücksspiele und zur Begehung einer Verwaltungsübertretung nach dem GSpG dienen werden.

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

III.7. Strafbemessung:

§ 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 1.000 bis 10.000 Euro bzw. im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 bis 30.000 Euro für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand vor.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG bilden „die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat“ die Grundlage einer jeden Strafbemessung.

Darüber hinaus sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) gemäß § 19 Abs. 2 leg. cit. überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe gegeneinander abzuwägen, wobei auf das Ausmaß des Verschuldens besonders Bedacht zu nehmen ist. Bei der Bemessung von Geldstrafen ist auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse und allfällige Sorgepflichten der Beschuldigten Bedacht zu nehmen. Die Behörde und in weiterer Folge auch das Verwaltungsgericht hat dann mit einer Einschätzung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse vorzugehen, wenn der Beschuldigte im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens Angaben über diese Umstände verweigert. Bei der Schätzung der Einkommensverhältnisse ist

mangels Informationen von Seiten der Beschuldigten von einem Durchschnittseinkommen auszugehen (vgl. etwa VwGH 22.4.1992, 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).

Die belangte Behörde führte zur Strafbemessung im angefochtenen Straferkenntnis lediglich an, dass dem Bf „unzählige“ Vormerkungen nach dem GSpG anzulasten seien. In Ermangelung einer präzisen Darlegung von einschlägigen rechtskräftigen Vorstrafen zur Tatzeit setzte sich die belangte Behörde daher auch nicht damit auseinander, ob und wann Strafen in Rechtskraft erwachsen sind oder etwa mit der Frage, mit welcher Anzahl an Geräten die Bestrafungen erfolgt sind. Bei der Berechnung der Strafhöhe ging die Behörde – ohne nähere Untermauerung – von einem Nettoeinkommen von etwa 3.000 Euro, keinem Vermögen und keinen Sorgepflichten aus. Der Bf hat bezüglich dieser Strafbemessungsgrundlagen keine konkretisierenden Angaben getätigt.

Wie festgestellt, scheinen beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in Bezug auf den Bf zu Beginn der hier gegenständlichen Tatzeit keine einschlägigen rechtskräftig bestätigten Vorstrafen auf. Lediglich drei Übertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG sind während der Tatzeit in Rechtskraft erwachsen. Die von der belangten Behörde im Akt (und nicht im angefochtenen Straferkenntnis selbst) bezeichneten Vorstrafen hingegen sind weitgehend nach der hier gegenständlichen Tatzeit rechtskräftig geworden.

Vor dem soeben erörterten Hintergrund bezieht sich die gegenständliche Tat mit mehr als drei Geräten auf die Qualifikation des dritten Strafsatzes des § 52

Abs. 2 GSpG. Damit liegt der Strafrahmen für jedes verfahrensgegenständliche Glücksspielgerät bei 3.000 bis 30.000 Euro.

Nach Abwägung der oben genannten Strafzumessungsgründe scheint dem erkennenden Gericht die von der belangten Behörde verhängte Geldstrafe in der Höhe von 20.000 Euro je Gerät am Maßstab des gesetzlich zur Verfügung stehenden Strafrahmens unangemessen. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass vor Beginn der hier relevanten Tatzeit nicht – wie von der Behörde eben fälschlich angenommen – „unzählige“ rechtskräftige einschlägige Vormerkungen beim Bf zu verzeichnen sind, sondern keine rechtskräftigen Übertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG ausgewiesen sind. Lediglich drei Vorstrafen sind während der hier gegebenen Tatzeit in Rechtskraft erwachsen. Weiters ist bei realistischer Betrachtung beim Bf von einem durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommen auszugehen. Die von der Behörde angenommenen 3.000 Euro monatliches Einkommen erscheinen dem erkennenden Gericht überhöht. Unter nunmehriger Einbeziehung dieser Kriterien erweist sich die von der belangten Behörde verhängte Höchststrafe pro Gerät in der Höhe von 20.000 Euro als überschießend. Es ist jedoch dennoch erforderlich, spürbare Strafen zu verhängen, um den Bf künftig vor weiteren Taten abzuhalten bzw. ihn zu einem gesetzeskonformen Verhalten anzuleiten. Wenngleich der längeren Aufstelldauer der Geräte Bedeutung beizumessen ist, ist nach Ansicht des erkennenden Gerichtes in Ermangelung einschlägiger rechtskräftiger Vorstrafen zu Beginn der Tatzeit und dem nunmehr angenommenen monatlichen Durchschnittseinkommen mit einer Strafe in der Höhe von 12.000 Euro pro Gerät das Auslangen zu finden. Dabei wird ohnehin lediglich etwas mehr als ein Drittel des höchstzulässigen Strafausmaßes ausgeschöpft. Eine weitere Herabsetzung (etwa auf die Mindeststrafe in der Höhe von 3.000 Euro) oder gar eine Ermahnung kamen aufgrund des keinesfalls als geringfügig anzusehenden Unrechtsgehaltes der Verwaltungsübertretung, der Aufstelldauer über mehrere Monate, der hohen Anzahl der aufgestellten Geräte sowie der general- und spezialpräventiven Erfordernisse ohnehin nicht in Betracht.

Hinsichtlich der festzusetzenden Ersatzfreiheitsstrafe ist auszuführen, dass bei Verhängung einer Geldstrafe in der Höhe von 12.000 Euro je Gerät unter Anwendung des dritten Strafsatzes dem § 16 Abs. 2 VStG folgend eine Ersatzfreiheitsstrafe im Ausmaß von 134 Stunden pro Gerät verhängt werden könnte. Die belangte Behörde hat im bekämpften Straferkenntnis eine Ersatzfreiheitsstrafe pro Gerät von fünf Tagen, also 120 Stunden ausgesprochen. Da verfassungsrechtlich wie auch gemäß § 42 VwGVG keine höhere Strafe als im angefochtenen Straferkenntnis verhängt werden darf, wird die von der belangten Behörde verhängte Ersatzfreiheitsstrafe von fünf Tagen (= 120 Stunden) je Gerät beibehalten.

III.8. Zur Spruchkorrektur:

Die Rechtsprechung des VwGH räumt dem Beschuldigten ein Recht darauf ein, dass im Spruch die richtige und nur die richtige verletzte Verwaltungsvorschrift aufscheint. Gleiches gilt für die Anführung der Strafnorm nach § 44a Z 3 VStG. Darunter ist jene Verwaltungsvorschrift zu verstehen, die bei der Festlegung des Strafmittels und des Strafausmaßes heranzuziehen ist (vgl. z.B. VwGH 27.5.1993, 93/18/0233, und VwGH 15.10.2013, 2010/02/0161). Im vorliegenden Fall war die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt wurde, entsprechend zu präzisieren und ist bei einer wiederholten Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG mit mehr als drei Geräten die Strafsanktionsnorm § 52 Abs. 2 vierter Strafsatz GSpG. Das Verwaltungsgericht hat daher insoweit, als der Spruch des erstinstanzlichen Straferkenntnisses fehlerhaft ist, weil z.B. die angewendeten Gesetzesstellen unrichtig oder unvollständig zitiert wurden, dies in seinem Abspruch zu ergänzen bzw. richtigzustellen (vgl. VwGH 15.11.2017, Ra 2017/17/0021, mHa VwGH 15.10.2013, 2010/02/0161, sowie 28.5.2014, 2012/07/0033).

III.9. Der Kostenausspruch in Spruchpunkt II. gründet sich auf § 52 Abs. 8 VwGVG und auf § 64 VStG.

III.10. Im Ergebnis ist daher die vorgeworfene Tat als Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG strafbar und der Beschwerde lediglich teilweise stattzugeben, nämlich hinsichtlich der im Spruch angegebenen Herabsetzung der Geldstrafe. Im Übrigen war die Beschwerde – unter der vorgenommenen Spruchpräzisierung – damit als unbegründet abzuweisen.

IV. 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 Verwaltungsgerichtshofes zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bzw. EuGH beurteilt (vgl. insbesondere VwGH 12.2.2020, Ra 2020/02/0008, 15.2.2019, Ra 2018/17/0003, 11.7.2018, Ra 2018/17/0048; 16.3.2016, Ro 2015/17/0022-7, sowie VfGH 26.2.2020, E 189/2020-5, 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 Verwaltungsgerichtes unterliegt. Es wird dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung im Sinne des Art. 133. Abs. 4 B-VG aufgeworfen (vgl. z.B. 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. Erfolgt die Zustellung bis zum 30.04.2020, beginnt die Frist mit 01.05.2020 neu zu laufen. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

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

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Lederer