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-413809/10/Bm

Datum:
Linz, 8. April 2022

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bismaier über die Beschwerde des Z B, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, X, X, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 31. August 2020, GZ: VStV/920301155854/2020, wegen Übertretungen des Glücksspielgesetzes (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. November 2020

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird teilweise stattgegeben und die Ersatzfreiheitsstrafen werden auf achtmal 112 Stunden herabgesetzt. Im Übrigen wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass im Spruch nach „Sie haben“ die Wortfolge „als handelsrechtlicher Geschäftsführer der X s.r.o. zu verantworten“ ergänzt und der Satzteil „zugänglich gemacht“ durch „unternehmerisch zugänglich gemacht“ ersetzt wird. Zudem wird das Glücksspielgesetz - GSpG mit „BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 104/2019“ ergänzt und die Strafsanktionsnorm auf „§ 52 Abs. 2 vierter Strafsatz GSpG“ berichtigt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

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.1. Mit Straferkenntnis vom 31. August 2020, GZ: VStV/920301155854/2020, verhängte die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) acht Verwaltungsstrafen in der Höhe von je 20.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafen: je 200 Stunden) über Z B (im Folgenden: Beschwerdeführer - Bf), weil ihm Folgendes vorgeworfen wurde:

„Sie haben, wie am 27.05.2020, um 13:20 Uhr, im Lokal mit der Bezeichnung X, in X, X, Betreiber X s.r.o., von Organen des Finanzamtes Grieskirchen Wels anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, dass sie gegen Entgelt die Veranstaltung der verbotenen Ausspielungen in ihrem Lokal geduldet und an der Auszahlung erzielter Spielgewinne dadurch mitgewirkt haben, dass sie das Personal zur Auszahlung von Gewinnen und zur Zurückstellung der Zahlenfelder am Gerätebildschirm auf Null angehalten haben, um fortgesetzt Einnahmen aus den mit den Eingriffsgegenständen veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten zugänglich gemacht, indem Sie die Glücksspielgeräte mit den Gehäusebezeichnungen

FA1)	Gehäusebezeichnung	Kajot	Seriennr.: x
FA2)	Gehäusebezeichnung	Kajot	Seriennr.: x
FA3)	Gehäusebezeichnung	MagicDogs	Seriennr.: x
FA4)	Gehäusebezeichnung	MagicDogs	Seriennr.: x
FA5)	Gehäusebezeichnung	KAJOT	Seriennr.: x
FA6)	Gehäusebezeichnung	Afric2go	Seriennr.: x
FA7)	Gehäusebezeichnung	KAJOT	Seriennr.: x
FA8)	Gehäusebezeichnung	KAJOT	Seriennr.: x

zumindest seit 22.05.2020 im Lokal geduldet haben, bei welchen wiederholt Glücksspiele in Form von Walzenspielen u Hunderennen u Elektronisches Glücksrad durchgeführt wurden und aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil die dafür erforderliche Konzession des Bundesministeriums für Finanzen nicht vorlag

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt
§ 9 Abs. 1 VStG iVm §§ 2 Abs. 1 und 4 GSpG und 52 Abs. 1 Zi. 1 drittes Tatbild GSpG“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen diesen Bescheid erhob der Bf rechtzeitig Beschwerde, in welcher beantragt wurde, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Einziehungsverfahren einzustellen. Begründend wurde auf das Wesentliche zusammengefasst vorgebracht, dass das Recht des Bf auf Parteiengehör verletzt worden sei, Begründungsmängel vorliegen würden und die Behörde ergänzende Ermittlungen durchführen hätte müssen. Zudem hätte die Behörde Verfahrensfehler begangen und wäre unzuständig gewesen. Auch hätte eine unrichtige rechtliche Beurteilung stattgefunden. Zudem sei der Verdacht auf eine Übertretung

des GSpG für eine Einziehung nicht ausreichend. Das GSpG sei im Übrigen unionsrechtswidrig.

I.3. Die belangte Behörde legte die Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit dem Bezug habenden Verwaltungsakt zur Entscheidung vor.

I.4. Am 5. November 2020 wurde eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht durchgeführt, zu der der Vertreter der Organpartei und die geladenen Zeugen M H und C W erschienen sind. Der Rechtsvertreter des Bf teilte mit Schreiben vom 5. November 2020 mit, dass die mündliche Verhandlung unbesucht bleibe und verwies auf ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien, wobei es sich nach Ansicht des Bf um mit den verfahrensgegenständlichen Geräten baugleiche handle.

I.5. Mit Beschluss vom 10. Dezember 2020, GZ: LVwG-413809/9/Bm/FK, wurde das Beschwerdeverfahren bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes im Revisionsverfahren zu Ra 2020/17/0013 ausgesetzt.

I.6. Mit Erkenntnis vom 10. Dezember 2021 sprach der Verwaltungsgerichtshof aus, dass die in BGBl. I Nr. 55/2020 gemäß § 38a Abs. 2 VwGG kundgemachten Rechtsfragen dahingehend beantwortet werden, dass diese grundsätzlich mit dem Unionsrecht (insbesondere Art. 56 AEUV und Art. 49 Abs. 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union) vereinbar sind. Die Entscheidung wurde im BGBl. II Nr. 105/2022 am 11. März 2022 kundgemacht.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation, sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 5. November 2020, in der die bei der gegenständlichen Kontrolle anwesenden Kontrollorgane als Zeugen einvernommen wurden.

Folgende amtsbekannte Dokumente sind auch den Parteien aus zahlreichen weiteren Verfahren bekannt und wurden in der mündlichen Verhandlung verlesen: Stellungnahme des BMF samt Glücksspielbericht 2010-2013, Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“, Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich - Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ samt Begleitschreiben des Finanzministeriums, Glücksspielbericht 2014-2016 des BMF sowie die Schreiben des BMF vom 17. November 2017 samt Beilagen und vom 9. August 2018 hinsichtlich Unionsrechtskonformität, Glücksspielbericht 2017-2019 des BMF, Information der Stabsstelle für Spielerschutz zu Spielerschutzregelungen des Glücksspielgesetzes

sowie Maßnahmen in diesem Bereich und deren Wirksamkeit, 5. Auflage, August 2020.

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt steht fest:

Im Rahmen einer finanzpolizeilichen Kontrolle am 27. Mai 2020 im Lokal „X“, X, X, wurden die unter Punkt I.1. genannten Geräte vorgefunden.

Zu Beginn der Kontrolle waren sämtliche Geräte öffentlich zugänglich und betriebsbereit aufgestellt. Das Walzengerät FA7), welches bauartgleich ist mit den Walzengeräten FA1), FA2), FA5) und FA8), konnte vollständig bespielt werden. Bei den Geräten FA1) und FA5) konnte noch ein Spielguthaben durch Eingabe von Banknoten in Höhe von 20 Euro hergestellt werden, danach erschien am Bildschirm „net error“ und war eine weitere Bespielung nicht mehr möglich. Auf allen Walzengeräten waren die gleichen Spieloberflächen zu sehen (u.a. RING of FIRE XL). Bei der Kontrolle wurden sogleich Fotos von den Bildschirmoberflächen angefertigt, die den üblicherweise bei Kontrollen vorgefundenen Geräten entsprechen.
Die Geräte waren auch bauartgleich zu bei zahlreichen vorangegangenen Kontrollen vorgefundenen Geräten.
Die Spiele auf den Geräten mit den FA1), FA2), FA5), FA7) und FA8), hauptsächlich virtuelle Walzenspiele, konnten an jedem Gerät durch Betätigung mechanischer Tasten oder virtueller Bildschirmtasten zur Durchführung aufgerufen werden. Nach Eingabe von Geld, Auswahl eines Einsatzbetrages und Auslösung des Spiels wurden die am Bildschirm dargestellten Symbole auf den virtuellen Walzen ausgetauscht oder in ihrer 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 den Verlust des Einsatzes. Bei den Walzenspielen hatte man keinerlei 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 spielauslösende Taste so lange zu betätigen, bis das aufgerufene Walzenspiel ausgelöst wurde und nach etwa einer Sekunde den Verlust des Einsatzes oder einen Gewinn festzustellen. Mit Ausnahme der Gerätebezeichnung „Skill Games" war kein Hinweis auf ein mögliches Geschicklichkeitsspiel zu erkennen gewesen.
Der Spieler konnte keinerlei Einfluss auf die Entscheidung über das Spielergebnis nehmen. Bei virtuellen Walzenspielen werden nämlich vom Spielprogramm grundsätzlich nicht rotierende Walzen mit stets gleichen, regelmäßig wiederkehrend gezeigten Walzen-Symbolbelegungen am Bildschirm dargestellt, sondern vielmehr auf jeder „Walze" stets bloß eine Vielzahl von untereinander angeordneten, gleichen Teilbildern von Walzen-Symbolen, welche stets sehr schnell in ihrer Lage

so verändert werden, dass der optische Eindruck von senkrecht rotierenden Walzen entsteht. Die Veränderung der einzelnen Teilbilder ist mit freiem Auge nicht nachvollziehbar. Daraus ergibt sich zwingend, dass dem Spieler in keiner Phase des ohnehin bloß ca. eine Sekunde dauernden virtuellen Walzenlaufes Merkmale ersichtlich sein konnten, die ihm die Entscheidung ermöglicht hätten, den virtuellen Walzenlauf vorzeitig zu einem bestimmten Zeitpunkt oder bei einer bestimmten Symbolkonstellation gezielt anzuhalten.

Beim Gerät FA6) mit der Bezeichnung „Afric2go" handelt es sich um eine Art elektronisches Glücksrad mit Beleuchtungsumlauf. Auf dem Gerät waren die Vervielfältigungsfaktoren 1, 2 und 4 vorhanden. Gewinne bis zum 20-fachen des Einsatzes wurden in Aussicht gestellt, eine Einflussnahme auf das Spielergebnis zugunsten des Spielers durch Betätigung von Tasten war nicht möglich. Durch Testspiele durch die Organe der Abgabenbehörde wurde festgestellt, dass das Spielergebnis bei diesem Spiel vorwiegend vom Zufall abhängt.

Bei den Geräten FA3) und FA4) konnten „Wetten“ auf den Ausgang von bereits in der Vergangenheit stattgefundenen Hunderennen abgeschlossen werden. Die Kunden konnten dabei lediglich einen Einsatzbetrag und vermutete Rennergebnisse auswählen und nach Eingabe von Geld eine „Wette“ darauf abschließen. Danach waren der in kurzen Abständen regelmäßig erfolgende Rennstart und das Rennereignis abzuwarten, wonach der Verlust des Einsatzes oder ein Gewinn feststand. Die Kunden hatten keinerlei Einfluss auf das Zustandekommen bestimmter Rennergebnisse.

Gemäß den Aussagen der im Lokal anwesenden Angestellten wurden die verfahrensgegenständlichen Geräte zumindest seit 22. Mai 2020 im Lokal betrieben. Die in Rede stehenden Geräte waren zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung in einem öffentlich zugänglichen Bereich des gegenständlichen Lokals betriebsbereit aufgestellt und 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. Die Geräte waren jedenfalls von 22. bis 27. Mai 2020 öffentlich zugänglich und betriebsbereit im Lokal aufgestellt.

Die X s.r.o. ist Betreiberin des genannten Lokals, der Bf ist bzw. war zur Tatzeit handelsrechtlicher Geschäftsführer derselben.

II.2.1. 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 19.915 und 35.827 Personen. Zudem sind 2015 in Österreich zwischen ca. 27.600 bis etwa 46.000 Personen aktuell spielsüchtig. Diese Werte sind im Vergleich zum Jahr 2009 annähernd konstant. Männer

weisen zu höheren Anteilen ein problematisches und pathologisches Spielverhalten auf als die Frauen. Innerhalb der verschiedenen Altersgruppen stellt sich das Ausmaß vorhandener Spielprobleme sehr unterschiedlich dar, wobei die 14- bis 30-Jährigen sich diesbezüglich am stärksten betroffen zeigen.

Ausgehend vom Jahr 2015 haben 41 % der Bevölkerung (14 bis 65 Jahre) in den letzten 12 Monaten irgendein Glücksspiel um Geld gespielt, dieser Wert ist seither 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 gespielt. In den letzten 12 Monaten haben am Automatenglücksspiel in Spielbanken ca. 0,5 % teilgenommen, im Jahr 2009 waren dies ca. 0,6 % bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz. Bezüglich der Teilnahme am Automatenglücksspiel außerhalb von Spielbanken (Spielhallen, Einzelaufstellungen, illegale Glücksspielautomaten) ist der Wert bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz von ca. 1,2 % im Jahr 2009 auf ca. 1 % im Jahr 2015 zurückgegangen.

Der monatliche Geldeinsatz für Glücksspiele hat im Zeitraum von 2009 auf 2015 leicht zugenommen, und zwar wurden von den Glücksspielenden 2015 im Durchschnitt etwa 57 Euro pro Monat für Glücksspiele ausgegeben im Vergleich zu 53 Euro im Jahr 2009. Auf der Ebene der einzelnen Glücksspielarten bestehen hier jedoch sehr unterschiedliche Entwicklungen. Der Geldeinsatz ist 2015 am höchsten bei den Automatenspielen außerhalb der Casinos. Im Durchschnitt werden hierfür von den Spielern pro Monat ca. 203 Euro eingesetzt, vor sechs Jahren lag der entsprechende Wert sogar bei etwa 317 Euro. Es folgen die klassischen Casinospiele mit einem Mittelwert von ca. 194 Euro. Auch für diese Glücksspielform wird im Jahr 2015 durchschnittlich weniger Geld aufgewendet als in 2009. Stark angestiegen sind dagegen im betrachteten Zeitraum die Geldeinsätze für Sportwetten, diese haben sich von ca. 47 Euro auf ca. 110 Euro mehr als verdoppelt.

Die Anteile problematischen und pathologischen Spielens unterscheiden sich je nach Glücksspielart erheblich. Die zahlenmäßig große Gruppe der Spieler von

Lotterieprodukten beinhaltet anteilsbezogen nur wenige Personen, die ein problematisches oder pathologisches Spielverhalten zeigen (jeweils etwa 1 %). Während bei den Rubbellosen sich nur leicht höhere Werte zeigen, ist bei den klassischen Casinospielen bereits mehr als jeder zwanzigste Spieler betroffen.

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

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667, 2014 651, 2015 1.076, 2016 748, 2017 1.310, 2018 920 und 2019 723 Kontrollen nach dem GSpG, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1.854, 2012 2.480, 2013 1.299, 2014 1.102, 2015 2.319, 2016 1.207, 2017 2.834, 2018 1.751 und 2019 1.335 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden.

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2019 in Summe 8.036 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870, darunter 5.387 über österreichische Spielbankbesucher und 2.197 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EW-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 4.700 online-„Sofort-Checks“. 579.690 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inkl. Österreich) wurden im Jahr 2019 den Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen, die seit Oktober 2013 auf zwei Mal im Monat gesteigert wurden. Bei 88.100 Datensätzen davon bestand die begründete Annahme im Sinne

des § 25 Abs. 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.925 Informationsgesprächen und 515 Beratungen bzw. Befragungen führte. Erhöhte Aufmerksamkeit hinsichtlich ihres Spielverhaltens gilt jungen Erwachsenen. Aufgrund des statistisch nachgewiesenen deutlich geringeren Einkommens, setzt der Konzessionär den Beobachtungs-Prozess deutlich früher an. Von 116.045 jungen Spielbankbesuchern im Alter zwischen 18-25 Jahren während des Jahres 2019 sind 3.880 im Screening aufgefallen und setzten umgehend Spielerschutzmaßnahmen ein. Im Zeitraum 1. Jänner bis 31. Dezember 2019 wurden 2.106 Besuchsbeschränkungen auf Wunsch von Gästen bzw. im Sinne der Bestimmungen des § 25 Abs. 3 GSpG vorgemerkt und 2.542 Selbstsperren beantragt und umgesetzt. Zum 31. Dezember 2019 sind beim Konzessionär österreichweit insgesamt 36.314 Personen gesperrt. Seit 1. Jänner 2015 sind in den VLT-Outlets die strengeren Spielerschutzbestimmungen der Landesausspielungen sinngemäß anzuwenden.
Eine Registrierung aller Spielteilnehmer ist verpflichtend. Seit 1. Jänner 2015 sind in den VLT-Outlets die strengen Spielerschutzbestimmungen der L-GSA sinngemäß anzuwenden (§ 12a Abs. 3 GSpG) und damit eine Registrierung aller Spielteilnehmer verpflichtend. 36.864 VLT-Outletbesucher aus dem EU/EWR (inkl. Österreich) wurden im Jahr 2019 den 12 Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen und 17.481 Datensätze nach den spielerschutzrelevanten Kriterien des § 25 Abs. 3 GSpG bearbeitet (darin enthalten 2.535 Datensätze junger Erwachsener im Alter von 18-25 Jahren), was zu 1.482 Informationsgesprächen sowie 889 Beratungen bzw. Befragungen führte. In 2019 wurden 1.124 Besuchsbeschränkungen auf Wunsch von Gästen bzw. nach den Bestimmungen des § 25 Abs. 3 GSpG vorgemerkt und 1.857 Selbstsperren beantragt und aktiviert. Es wurden 3.692 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870, darunter 2.845 über österreichische VLT-Outletbesucher und 743 über Besucher aus dem übrigen EU/EWR eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 2.333 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: Fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre, Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels, Schaffung einer besseren Datenlage über die Behandlung und Beratung von Patientinnen durch Spielsuchteinrichtungen in Österreich, Evaluierung der GSpG-Novelle 2010 für den Bereich des Spielerschutzes, Unterstützung der Suchtforschung im Bereich des Glücksspiels, Erarbeitung von Qualitätsstandards hinsichtlich Spielerschutzeinrichtungen im Sinne des GSpG und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen, regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.

Ferner ist durch die GSpG-Novellen 2008/2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden. 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. Das System zur Anbindung der L-GSA an das Datenrechenzentrum der BRZ ist seitens des Bundes seit 1. August 2013 in Betrieb, die Anbindung der VLT erfolgte mit 1. Jänner 2015, jene von SBK-GSA mit 1. Juli 2017. Somit ist seit 1. Juli 2017 das gesamte legale automatisierte Glücksspiel in Österreich an das Datenrechenzentrum angeschlossen.

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; routinemäßige Überprüfung sogenannter App-Stores auf illegale Glücksspielangebote; Aufforderungsschreiben an die Glücksspiellizenz-/Aufsichtsbehörden in Gibraltar und Malta, in aufrechte und neu zu erteilende Glücksspielkonzessionen eine Vertriebseinschränkung für Internet-Glücksspiele in Österreich aufzunehmen.

II.2.2. Die für eine Gesamtwürdigung der Unionsrechtskonformität des GSpG relevanten Umstände haben sich seit der zuletzt veröffentlichten Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes (23.7.2020, Ra 2020/17/0051), insbesondere aber auch seit dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, nicht geändert.

II.3. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen betreffend die Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte gründen insbesondere auf der Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation, dem Aktenvermerk, der GSp26-Dokumentation, der Niederschrift über die Einvernahme der im Lokal anwesenden Person und den Aussagen der in der öffentlichen mündlichen Verhandlung als Zeugen vernommenen Kontrollorgane der Finanzpolizei, die auch die Probebespielungen durchgeführt haben.

Bei den genannten Unterlagen handelt es sich um öffentliche Urkunden. Diese begründen vollen Beweis des durch die Urkundsperson beurkundeten Vorganges und führen zu einer Umkehr der Beweislast (vgl. Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens[6], § 47 AVG, S 553 ff; VwGH 21.10.1994, 94/11/0132). Der Beweis, dass der Vorgang unrichtig beurkundet worden ist, wurde vom Bf nicht geführt.

Aufgrund der ausführlichen Dokumentation und der Zeugenaussagen bestehen aus Sicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich keine Zweifel an den Feststellungen zu den Spielabläufen, die auch mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu elektronischen Glücksspielen übereinstimmen. Diese Feststellungen wurden auch von den vernommenen Zeugen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung abermals bestätigt.

Bei den verfahrensgegenständlichen Geräten handelt es sich um Eingabeterminals, auf denen Walzenspiele gespielt werden können, wobei der Verwaltungsgerichtshof hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B. VwGH 27.4.2012, 2011/17/0074) festgehalten hat, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Auch betreffend das Gerät „Afric2go“ hat der Verwaltungsgerichtshof bereits judiziert, dass es sich dabei um Glücksspielgeräte handelt (VwGH 20.4.2016, Ro 2015/17/0020 und 0021). Da diese Umstände somit feststehen, kann eine weitere Erörterung dieser Fragen unterbleiben. 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 rechtliche Beurteilung, die vom Verwaltungsgericht vorzunehmen ist.

Dass der Bf sowie die X s.r.o. nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die gegenständlichen Geräte waren und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, folgt für das erkennende Gericht daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle, noch im behördlichen Verfahren bzw. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorlag 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 verfahrensgegenständlichen Geräte zumindest im festgestellten Zeitraum betriebsbereit im verfahrensgegenständlichen Lokal aufgestellt waren, ergibt sich aus der Anzeige der Finanzpolizei, der Niederschrift über die Einvernahme der im Lokal anwesenden Person sowie aus den Aussagen der in der mündlichen Verhandlung einvernommenen Zeugen.

Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass diese von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurden und die Funktionsweise der Geräte eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Auch sind im Verfahren keine Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären und dass die Geräte nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wären. Bei wirklichkeitsnaher Betrachtung ist davon auszugehen, dass die Zurverfügungstellung dieser Geräte ausschließlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesen Geräten zu erzielen. Dass den beteiligten Personen die Funktion der verfahrensgegenständlichen Geräte, mit anderen Worten, dass mit diesen Geräten Glücksspiele durchgeführt werden können, bekannt war, liegt bei lebensnaher Betrachtung auf der Hand. Das erkennende Gericht kann keine Gründe erkennen, die gegen diese Annahme sprechen.

Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich - Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt, es sind aus Sicht des erkennenden Gerichtes im Verfahren keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Studie hervorgekommen. Die Feststellungen zu den Tätigkeiten des BMF, der Finanzpolizei und der Konzessionäre sowie die Feststellungen zur Anbindung an das Bundesrechenzentrum gründen vor allem auf den Angaben des BMF in den Glücksspielberichten 2010-2013, 2014-2016 und 2017-2019 sowie im Evaluierungsbericht des BMF zu den Auswirkungen des GSpG 2010-2014. Aus Sicht des erkennenden Gerichtes bestehen hinsichtlich der diesbezüglichen Ausführungen in den Berichten keine Bedenken gegen die Richtigkeit, zumal auch davon auszugehen ist, dass das BMF über den Inhalt und Umfang der Tätigkeiten der Behörden Kenntnis hat und aufgrund der Funktion als Aufsichtsbehörde auch über bestimmte Tätigkeiten der Konzessionäre informiert ist. Gründe dafür, dass vom BMF

diesbezüglich auf Tatsachenebene falsche Auskünfte gegeben worden wären, sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

Es ist im Verfahren nichts hervorgekommen, das seit der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. Juli 2020, Ra 2020/17/0051, auf eine Änderung der Gesamtumstände, die Auswirkungen auf die Frage der Unionskonformität des GSpG haben können, schließen ließe. In der genannten Entscheidung hat der Verwaltungsgerichtshof seine Ansicht, das GSpG entspreche dem Unionsrecht, unter Berufung auf seine Grundsatzentscheidung vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, bekräftigt. Der Bf hat keine Beweismittel vorgelegt, die geeignet wären, die mangelnde Unionsrechtskonformität des GSpG darzutun und kein Vorbringen erstattet, welches auf eine Änderung der Gesamtumstände schließen ließe.

Es ergibt sich angesichts der aktuellen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vielmehr, dass sich die Gesamtumstände bis zum Entscheidungszeitpunkt nicht geändert haben können bzw. ist im Verfahren nichts hervorgekommen, das eine solche Annahme rechtfertigen würde.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Rechtliche Grundlagen:

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 § 53 Abs. 1 Z 1 lit. a) GSpG kann die Behörde die Beschlagnahme von Glücksspielautomaten, sonstigen Eingriffsgegenständen und technischen Hilfsmitteln anordnen, und zwar sowohl wenn der Verfall als auch wenn die Einziehung vorgesehen ist, wenn der Verdacht besteht, dass mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wird.

Gemäß § 54 Abs. 1 GSpG sind Gegenstände, mit denen gegen Bestimmungen des § 52 Abs. 1 leg. cit. verstoßen wird, zur Verhinderung weiterer Verwaltungsübertretungen nach den Bestimmungen des § 52 Abs. 1 leg. cit. einzuziehen, es sei denn, der Verstoß war geringfügig.

Gemäß § 52 Abs. 4 letzter Satz GSpG unterliegen Gegenstände, mit deren Hilfe eine verbotene Ausspielung im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG durchgeführt oder auf

andere Weise in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, sofern sie nicht gemäß § 54 leg. cit. einzuziehen sind, dem Verfall.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe 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 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 § 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. 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. Rechtliche Beurteilung:

III.2.1. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den gegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen weiteren Entscheidungen, etwa vom 25. Oktober 2018,

Ra 2018/09/0087, und vom 12. Juli 2018, Ra 2018/17/0134 (uHa VwGH 21.12.2012, 2012/17/0417; 27.1.2012, 2011/17/0246), und vom 27. April 2012, 2011/17/0074, festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt.

In der nunmehr vorliegenden Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 20.4.2016, Ro 2015/17/0020 und 0021) zum Gerät „Afric2go“ hat der Verwaltungsgerichtshof klargestellt, dass für die Erfüllung des § 2 Abs. 1 Z 2 GSpG lediglich Voraussetzung ist, dass im Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel eine vermögenswerte Leistung erbracht wird. Der Einsatz von 1 Euro stehe in unmittelbarem Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel, da gleichzeitig mit der Betätigung der „Musik kopieren/hören“-Taste der zufallsabhängige Beleuchtungsumlauf in Gang gesetzt werde, mit dem der Einsatz vervielfacht werden könne. Selbst ein zeitversetztes Starten der Gewinnspielfunktion könne den Zusammenhang zwischen Einsatzleistung und Gewinnspiel nicht durchbrechen, da selbst ein verzögert in Gang gesetztes Glücksspiel noch in einem engen Zusammenhang mit der Einsatzleistung stehe, weil die vermögenswerte Leistung des Anwenders nicht auf den Erwerb eines Musiktitels beschränkt ist, sondern auch die (nachfolgende) Gewinnchance umfasse.
Auch bei den Geräten, bei welchen „Wetten“ auf den Ausgang von bereits in der Vergangenheit stattgefundenen Hunderennen möglich waren, ist von der Durchführung von Spielen, deren Ergebnis (zumindest überwiegend) vom Zufall abhängt, auszugehen (vgl. dazu etwa VwGH 27.2.2013, 2012/17/0352).

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

Die Geräte waren zumindest von 20. bis 27. Mai 2020 im gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Es ist insofern von einem fortgesetzten Verstoß gegen das GSpG auszugehen.

Die Spieler haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob die Spielergebnisse direkt auf den gegenständlichen Geräten erzeugt wurden oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an diese Geräte übermittelt oder dort nur angezeigt wurden (vgl. VwGH 29.4.2014, Ra 2014/17/0002). Das diesbezügliche Vorbringen geht insofern ins Leere.

Der Bf hat verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht, indem die X s.r.o., deren handelsrechtlicher Geschäftsführer er ist, im erwähnten Zeitraum die Aufstellung der verfahrensgegenständlichen Geräte gegen Entgelt im Lokal „X“ geduldet und an der Auszahlung der Gewinne mitgewirkt hat.

III.2.2. 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 GSpG erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des GSpG 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 Verwaltungsgerichtshof 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 15.9.2011, Dickinger und Ömer, C-347/09, Rn. 83 f; 30.4.2014, Pfleger, C-390/12, Rn. 47 ff; 30.6.2016, Admiral Casinos & Entertainment, C-464/15, Rn. 31, 35 ff).

Seine Ansicht hat der Verwaltungsgerichtshof in einer aktuellen Entscheidung vom 23. Juli 2020, Ra 2020/17/0051, wiederholt. Im Verfahren hat sich nichts ergeben, das darauf schließen ließe, dass sich die Umstände in der Zwischenzeit derart geändert hätten, dass nunmehr das österreichische GSpG nicht mehr anwendbar wäre. Der Bf hat auch keinerlei Beweismittel vorgelegt, die eine Änderung der Gesamtumstände zu indizieren geeignet wären. Auch sonst ist nichts hervorgekommen, das auf eine diesbezügliche Änderung hinweisen könnte.

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

In seinem Schriftsatz vom 5. November 2020 bringt der Bf vor, dass nach der jüngsten Entscheidung des EuGH vom 12. September 2019 (Rs C-64/18 u.a.) die Sanktionsnormen des GSpG unverhältnismäßig seien und dem Art. 56 AEUV entgegenstehen würden. Zudem verweist der Bf auf den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. April 2020, EU 2020/0002-1 (Ra 2020/17/0013), betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH, wobei das genannte Verfahren im Wesentlichen die Frage der Übertragbarkeit der vom EuGH in der Entscheidung vom 12. September 2019 (Rs C-64/18 u.a.) aufgestellten Rechtsansichten auf Strafbarkeiten nach § 52 Abs. 2 dritter und vierter Strafsatz zum Gegenstand hat.

Dieses Vorbringen geht insofern ins Leere, als dazu der Verwaltungsgerichtshof in

seiner Entscheidung vom 10. Dezember 2021, Ra 2020/17/0013, Folgendes festgehalten hat:
„Die in BGBl. I Nr. 55/2020 gemäß § 38a Abs. 2 VwGG kundgemachten Rechtsfragen werden wie folgt beantwortet:
Die Rechtsgrundlagen
i) für die Verhängung von Geldstrafen gemäß § 52 Abs. 2 dritter Strafsatz Glücksspielgesetz - GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 13/2014,
ii) für die Verhängung von Ersatzfreiheitsstrafen gemäß § 16 Verwaltungsstrafgesetz 1991 - VStG, BGBl. Nr. 52/1991, im Zusammenhang mit der Verhängung von Geldstrafen gemäß § 52 Abs. 2 dritter Strafsatz GSpG und
iii) für die Vorschreibung eines Beitrages zu den Kosten des Strafverfahrens gemäß § 64 Abs. 2 VStG, BGBl. Nr. 52/1991 idF BGBl. I Nr. 33/2013, sind grundsätzlich mit dem Unionsrecht (insbesondere Art. 56 AEUV und Art. 49 Abs. 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union) vereinbar.“

Dieses Erkenntnis wurde am 11. März 2022 im BGBl. II Nr. 105/2022 kundgemacht.

III.2.3. Der Verwaltungsgerichtshof ist den Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor im Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, bzw. dies jüngst bestätigend durch VwGH 11.7.2018, Ra 2018/17/0048 u.a., durch die Durchführung der nach der in der Beschwerde zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (insbesondere EuGH 15.9.2011, C-347/09 [Dickinger und Ömer] Rz 83 f; 30.4.2014, C-390/12 [Pfleger] Rz 47 ff; sowie 30.6.2016, C-464/15 [Admiral Casinos & Entertainment AG] Rz 31, 35 f) erforderlichen Gesamtwürdigung nachgekommen (vgl. dazu ebenfalls VwGH 14.2.2017, Ra 2017/17/0010; 29.5.2017, Ra 2017/17/0031, u.v.m.). In diesem Erkenntnis ist der Verwaltungsgerichtshof unter anderem auch auf die Staatseinnahmen durch Glücksspiel (Rz 122 bzw. 68) eingegangen. Insofern wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

III.2.4. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich unzweifelhaft, dass die X s.r.o., deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Bf ist, als Betreiberin des Lokals „X“ in X, X, im vorgeworfenen Tatzeitraum im geschilderten Umfang verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht hat. Der Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG ist somit in objektiver Hinsicht erfüllt, weshalb der gegenständliche Spruch insofern zu präzisieren ist. Der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses war weiters insoweit zu korrigieren, als es sich gegenständlich um einen wiederholten Verstoß gegen § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG mit mehr als drei Glücksspielgeräten handelt (siehe LVwG-413484/15), weshalb ein Verweis auf die Strafnorm des § 52 Abs. 2 vierter Strafsatz leg. cit. in den Spruch aufzunehmen war.

III.2.5. 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.2.6. Zum behaupteten Verbotsirrtum:

Entschuldigend wirken dabei nach ständiger Rechtsprechung nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Tatzeitpunkt (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 hierbei 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 Rechtsprechung 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. Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt existierte zu § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG bereits höchstgerichtliche Judikatur zu diesen Gerätetypen. Es ist somit auch von der Erfüllung der subjektiven Tatseite auszugehen.

III.2.7. 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.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. u.a. VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Gemäß § 32 Abs. 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach § 32 Abs. 3 StGB 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 hat als erschwerend die vorliegenden Straferkenntnisse gegen den Bf gewertet und ging von einem monatlichen Einkommen von ca. 1.500 Euro aus.
Beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich scheinen 35 einschlägige Vorstrafen des Bf auf, welche vor der Verwirklichung des gegenständlichen Delikts in Rechtskraft erwachsen sind (siehe LVwG-413046, 413059, 413102, 413112, 413113, 413132, 413140, 413252, 413310, 413311, 413312, 413401, 413415, 413455, 413459, 413472, 413484, 413497, 413498, 413499, 413501, 413523, 413528, 413530, 413531, 413537, 413538, 413582, 413583, 413615, 413617, 413622, 413633, 413656 und 413692), wobei in 23 dieser Fälle Eingriffe mit (vielfach wesentlich) mehr als drei Geräten angelastet wurden.
Aufgrund der Vielzahl einschlägiger Vorstrafen ist im gegenständlichen Fall erschwerend von Vorsatz des Bf auszugehen. Milderungsgründe sind nicht ersichtlich.

Bei der gegenständlichen Tat handelt es sich im Hinblick auf die vorerwähnten rechtskräftigen einschlägigen Vorstrafen um eine (neuerliche) Wiederholungstat in Bezug auf § 52 Abs. 1 GSpG im Sinne der Qualifikation des vierten Strafsatzes. Damit liegt der Strafrahmen für jedes gegenständliche Glücksspielgerät bei 6.000 bis 60.000 Euro.
Nachdem die Anzahl der vorgefundenen Geräte aber bereits strafsatzbestimmend ist, darf diese bei der Strafzumessung nicht nochmals erschwerend berücksichtigt werden (VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013-26).

Die von der belangten Behörde festgesetzten Strafhöhen liegen im ersten Drittel des gesetzlichen Strafrahmens. Dem Verwaltungsgericht ist es verwehrt, diesen Umstand aufzugreifen, um im Hinblick auf die neuerliche Vorsatztat angemessene (wesentlich) höhere Geldstrafen zu verhängen. Bei Anwendung derselben Strafbemessungsgrundlagen waren die Ersatzfreiheitsstrafen entsprechend herabzusetzen.

Eine Herabsetzung der Geldstrafen oder gar eine Ermahnung kam aufgrund des keinesfalls als geringfügig anzusehenden Unrechtsgehaltes der Verwaltungsübertretungen ohnehin nicht in Betracht.

Die Summe der Geldstrafen steht nicht außer Verhältnis zu dem durch die geahndeten Taten erzielbaren wirtschaftlichen Vorteil; die Gesamtdauer der verhängten bzw. angepassten Ersatzfreiheitsstrafen ist im Hinblick auf die Schwere der festgestellten Taten nicht als übermäßig lang zu beurteilen (vgl. VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013-26).

III.2.8. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Bf nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist. Wegen der Herabsetzung der Ersatzfreiheitsstrafen waren keine Kosten des Beschwerdeverfahrens vorzuschreiben.

III.2.9. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung weicht nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen. Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichtes unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 8.1.2015, Ra 2014/08/0064). Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

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

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bismaier