OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 L / 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-413945/10/KH

Datum:
L, 14. März 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Hörzing über die Beschwerde des M A K, vertreten durch RA Dr. F M, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 10. Februar 2021, GZ: VStV/920302049949/2020, wegen Übertretungen des Glücksspielgesetzes (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 3. Februar 2022

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird mit folgender Maßgabe als unbegründet abgewiesen:
Das im Spruch angeführte Datum „08.10.2020“ wird durch „10.10.2020“ ersetzt. Die verletzte Rechtsvorschrift lautet § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild und die Strafsanktionsnorm § 52 Abs. 2 dritter Strafsatz GSpG.

II. Die beschwerdeführende Partei hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 5.400 Euro 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 10. Februar 2021, GZ: VStV/920302049949/2020, vom 10. Februar 2021, verhängte die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) neun Verwaltungsstrafen in der Höhe von je 3.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafen: je 1 Tag und 6 Stunden) über M A K (im Folgenden: Beschwerdeführer – Bf), weil ihm Folgendes vorgeworfen wurde:

„Sie haben, wie am 20.10.2020, um 14:00 Uhr von der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde, Finanzamt Grieskirchen Wels, im Lokal mit der Bezeichnung ‚Q', in X L, R 17, Betreiber A G GmbH, anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, es als das gemäß § 9 VStG nach außen berufene Organ des Unternehmens A G GmbH in Ihrer Funktion als handlungsrechtlicher Geschäftsführer zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Unternehmer in diesem Lokal Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus unternehmerisch zugänglich gemacht hat, indem sie in der Zeit vom 08.10.2020 bis 20.10.2020 die Veranstaltung der mit den Glücksspieleräten und Eingriffsgegenständen

Nr.:	Gehäusebezeichnung	SerienNr.:	Typenbezeichnung:	Versiegelungs-plakette
FA01	KAJOT	x	Golden Skill Games	AA006474
FA02	KAJOT	x	Skill Games	AA006475
FA03	KAJOT	x	Golden Sill Games	AA006476
FA04	KAJOT	x	Skill Games	AA006477
FA05	KAJOT	x	Skill Games	AA006478
FA06	KAJOT	x	Skill Games	AA006479
FA07	KAJOT	x	Golden Skill Games	AA006480
FA08	KAJOT	x	Golden Skill Games	AA006481
FA09	afric2go (lt. Aufkleber)	x		AA006482, AA006486-AA006489
FA10	Laptop „acer"	x	-	AA006483
FA11	Scanner METAPACE	x	-	AA006484

ermöglichten Glücksspielen, nämlich in Form von virtuellen Walzenspielen und elektronischen Glücksrädern, in ihrem Lokal gegen Entgelt geduldet und an der Auszahlung erzielter Spielgewinne dadurch mitgewirkt hat, dass sie das Personal zur Auszahlung von Gewinnen angehalten hat.

Es lagen Glücksspiele vor, mit welchen selbstständig nachhaltig Einnahmen erzielt wurden, welche also von einem Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG veranstaltet wurden, für welche zur Teilnahme am Spiel eine vermögenswerte Leistung in Form des Einsatzes zu entrichten war und für welche vom Unternehmer vermögenswerte Leistungen (Gewinn) in Aussicht gestellt wurden.

Es handelte sich um verbotene Ausspielungen, da dafür eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt wurde und die Ausspielungen auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 52 Abs. 1 Z 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F. i.V.m. § 9 VStG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

	Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
1.	€ 3.000,00	1 Tage(n) 6 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG)
2.	€ 3.000,00	1 Tage(n) 6 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG)
3.	€ 3.000,00	1 Tage(n) 6 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG)
4.	€ 3.000,00	1 Tage(n) 6 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG)
5.	€ 3.000,00	1 Tage(n) 6 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG)
6.	€ 3.000,00	1 Tage(n) 6 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG)
7.	€ 3.000,00	1 Tage(n) 6 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG)
8.	€ 3.000,00	1 Tage(n) 6 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG)
9.	€ 3.000,00	1 Tage(n) 6 Stunde(n) 0 Minute(n)		§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG)

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:
€ 2.700,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens € 10,00 für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich €100,00 angerechnet).
Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher
€ 29.700,00“

[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 Glücksspielgesetzes für eine Einziehung nicht ausreichend. Das Glücksspielgesetz 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. Mit Beschluss vom 6. April 2021, LVwG-413945/2/Gf/Rok, wurde das Beschwerdeverfahren bis zum Ablauf des Tages der Kundmachung der in einem Erkenntnis in Rechtssatzform auszudrückenden Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes hinsichtlich der Frage, ob § 52 Abs. 1 Z. 1 dritter Strafsatz GSpG dem Unionsrecht widerspricht, ausgesetzt.

I.5. 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.

I.6. Am 3. Februar 2022 wurde eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht durchgeführt, zu der die Vertreterin der Organpartei und die geladenen Zeugen M H, M M, M S, W S erschienen sind. Der Rechtsvertreter des Bf teilte mit Schreiben vom 3. Februar 2022 mit, dass die mündliche Verhandlung unbesucht bleibe und brachte mit Eingabe vom selben Tag vor, dass eine Entscheidung des VwGH betreffend die unter Pkt. I.5. erwähnten Rechtsfragen noch ausständig sei und deshalb die Aussetzung des gegenständlichen Verfahrens beantragt werde. Weiters wurde auf ein Erkenntnis des VwG Wien verwiesen, wobei es sich nach Ansicht des Bf um mit den verfahrensgegenständlichen Geräte baugleiche handle.

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 03. Februar 2022, 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 17.11.2017 samt Beilagen und vom 9.8.2018 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 20. Oktober 2020 im Lokal „Q“, R 17, X L, wurden die unter Pkt. I.1. genannten Geräte vorgefunden und vorläufig beschlagnahmt.

Zu Beginn der Kontrolle waren sämtliche Geräte öffentlich zugänglich und betriebsbereit aufgestellt, wobei das Gerät FA-Nr. 3 zu Kontrollbeginn ausgesteckt war und nach Anschließen der Stromquelle hochfuhr und bespielbar war.

Die Spiele auf den Geräten mit den FA-Nr. 1 bis FA-Nr. 8, 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 Spieles 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 mit der FA-Nr. 9 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, jedoch nur der Vervielfältigungsfaktor 1 auswählbar. 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. Zu Beginn der Amtshandlung war das Gerät abgeschaltet, wurde jedoch durch die Kontrollorgane eingeschaltet und nach dem Hochfahren bespielt.

Gemäß den Aussagen der im Lokal anwesenden Person wurden die verfahrensgegenständlichen Geräte zumindest seit 10.10.2020 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 10. bis 20. Oktober 2020 öffentlich zugänglich und betriebsbereit im Lokal aufgestellt.

Die A G GmbH ist Betreiber des genannten Lokals, der Bf ist bzw. war zur Tatzeit handelsrechtlicher Geschäftsführer derselben. Eigentümerin der Geräte ist die G s.r.o.

II.2.2. Im Jahr 2015 weisen in Österreich zwischen 0,34 % und 0,60 % der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, die Zahl der Problemspieler beträgt daher entsprechend zwischen 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 seit 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 zahlmäßig große Gruppe der Spieler von

Lotterieprodukten beinhaltet anteilsbezogen nur wenige Personen, die ein problematisches oder pathologisches Spielverhalten zeigen (jeweils etwa ein Prozent). Während bei den Rubbellosen sich nur leicht höhere Werte zeigen, ist bei den klassischen 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 Finanzamt 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 Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480, 2013 1299, 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/EWR-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 01.01.-31.12.2019 wurden 2.106 Besuchsbeschränkungen auf Wunsch von Gästen bzw. iSd Bestimmungen des § 25 Abs. 3 GSpG vorgemerkt und 2.542 Selbstsperren beantragt und umgesetzt. Zum 31.12.2019 sind beim Konzessionär österreichweit insgesamt 36.314 Personen gesperrt. Seit 1.1.2015 sind in den VLT-Outlets die strengeren Spielerschutzbestimmungen der Landesausspielungen sinngemäß anzuwenden. Eine Registrierung aller Spielteilnehmer ist verpflichtend. Seit 01.01.2015 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 1.12.2010 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 Glücksspielgesetzes und Erarbeitung eines Anerkennungsverfahrens für diese, bessere Koordinierung der Arbeit der Spielerschutzeinrichtungen und Erarbeitung/Vorstellung von Best-Practice-Modellen einer Zusammenarbeit zwischen Konzessionären und Bewilligungsinhabern sowie unabhängigen Spielerschutzeinrichtungen,

regelmäßiger Erfahrungsaustausch und Dialog zwischen Suchtberatung und Glücksspielaufsicht.

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 01.08.2013 in Betrieb, die Anbindung der VLT erfolgte mit 01.01.2015, jene von SBK-GSA mit 01.07.2017. Somit ist seit 01.07.2017 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.2.3. Die für eine Gesamtwürdigung der Unionsrechtskonformität des GSpG relevanten Umstände haben sich seit der zuletzt veröffentlichten Entscheidung des

VwGH (23.7.2020, Ra 2020/17/0051), insbesondere aber auch seit dem Erkenntnis des VwGH vom 16.3.2016, 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 führt 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 den Zeugenaussagen bestehen aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts 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 VwGH hat 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 VwGH bereits judiziert, dass es sich dabei um Glücksspielgeräte handelt (VwGH 20.4.2016, Ro 2015/17/0020 und 0021). Da dieser 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 die Bf sowie die G 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 vorlagen, 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 diesbezüglich einschlägigen 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 wäre 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 verfahrens-gegenständlichen 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 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, 2014 - 2016 und 2017 – 2019 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.

Es ist im Verfahren nichts hervorgekommen, das seit der Entscheidung des VwGH am 23.7.2020, Ra 2020/17/0051, auf eine Änderung der Gesamtumstände, die Auswirkungen auf die Frage der Unionskonformität des Glücksspielgesetzes haben können, schließen ließe. In der genannten Entscheidung hat der VwGH seine Ansicht, das GSpG entspreche dem Unionsrecht unter Berufung auf seine Grundsatzentscheidung vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, bekräftigt. Die 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 VwGH 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 iS 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 iSd § 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“.

§ 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 VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen weiteren Entscheidungen, etwa am 25.10.2018, Ra 2018/09/0087 und am 12.7.2018, Ra 2018/17/0134 (uHa VwGH 21.12.2012, 2012/17/0417; 27.1.2012, 2011/17/0246) und mit VwGH 27.4.2012, 2011/17/0074, festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt.

In der nunmehr vorliegenden Judikatur des VwGH (VwGH 20.4.2016, Ro 2015/17/0020 und 0021) zum Gerät afric2go hat der VwGH 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.

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 die beteiligten Personen von diesem auch nicht ausgenommen waren, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

Die Geräte waren zumindest von 10. bis 20. Oktober 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 A G GmbH, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer er ist, im erwähnten Zeitraum die Aufstellung des verfahrensgegenständlichen Geräts gegen Entgelt in Lokal „Q“ geduldet und an der Auszahlung der Gewinne mitgewirkt hat.

III.2.2. Zur geltend gemachten Unionsrechtswidrigkeit:

In seinem Erkenntnis vom 16.3.2016, 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 15.10.2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, angeschlossen. Seit dem 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, Rn. 83 f; vom 30.4.2014, Pfleger, C-390/12, Rn. 47 ff; vom 30.6.2016, Admiral Casinos & Entertainment, C-464/15, Rn. 31, 35 ff).

Seine Ansicht hat der VwGH in einer aktuellen Entscheidung vom 23.7.2020, 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 29. April 2021 bringt der Bf vor, dass nach der jüngsten Entscheidung des EuGH vom 12.9.2019 (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 Verwaltungsgerichtshofs vom 27.4.2020, GZ: 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 12.9.2019 (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. Zu den weiteren Anträgen auf Aussetzung des Verfahrens ist auszuführen, dass die Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor durch die nationalen Gerichte geklärt sind (so ausdrücklich VwGH 15.5.2017, Ra 2017/17/0214 mwN), sodass nach Ansicht des erkennenden Gerichts ausgehend von den im Verfahren hervorgekommenen Umständen weder ein (weiteres) Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu stellen ist, noch es notwendig erscheint, das gegenständliche Verfahren auszusetzen.

III.2.4. Der Verwaltungsgerichtshof ist den Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor im Erkenntnis vom 16.3.2016, Ro 2015/17/0022, bzw. dies jüngst bestätigend durch VwGH 11.7.2018, Ra 2018/17/0048 ua, 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 uvm). In diesem Erkenntnis ist der VwGH unter anderem auch auf die Staatseinnahmen durch Glücksspiel (Rz 122 bzw. 68) eingegangen. Insofern wird auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

III.2.5. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich unzweifelhaft, dass die A G GmbH, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Bf ist, als Betreiberin des Lokals Q in X L, R 17, 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 erstmaligen Verstoß gegen § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG mit mehr als drei Glücksspielgeräten handelt, weshalb ein Verweis auf die Strafnorm des § 52 Abs. 2 dritter Strafsatz leg. cit. in den Spruch aufzunehmen war.

III.2.6. 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.2.7. Zum behaupteten Verbotsirrtum:

Entschuldigend wirken dabei nach stRspr nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rsp 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 hiebei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 4.10.2012, 2012/09/0134, 18.9.2008, 2008/09/0187), anderer fachkompetenter Institutionen, zB der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (zB 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 (zB 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. 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.2.8. Gemäß § 19 Abs. 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

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 – 46 VStG) erfolgt. Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbes. 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 weder Erschwerungs-, noch Milderungsgründe festgestellt und ging von einem monatlichen Einkommen von ca. 3.000 Euro sowie nicht vom Vorliegen von rechtskräftigen Verwaltungsvorstrafen aus.

Eine Ermahnung gemäß § 45 Abs 1 letzter Absatz VStG kommt aufgrund des nicht als geringfügig anzusehenden Unrechtsgehaltes der Verwaltungsübertretung nicht in Betracht.

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 Rsp des VwGH zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen. Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 8.1.2015, Ra 2014/08/0064). 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. Hörzing