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-414115/14/RK/HUE

Datum:
Linz, 16. November 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Kapsammer über die Beschwerde des P. R. C. Z., M., x, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Dr. A. S., x, W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden in der Fassung der Beschwerdevorentscheidung vom 18. März 2022, Zl. BHGM/920070018357/20, wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11.10.2022

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird teilweise stattgegeben und die Ersatzfreiheitsstrafen werden auf viermal je 34 Stunden herabgesetzt.
Im Übrigen wird die Beschwerde mit der Maßgabe als unbegründet abgewiesen, dass der Tatvorwurf im Spruch des angefochtenen Bescheides wie folgt lautet:

„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der C.-E. V. -GmbH zu verantworten, dass dieses Unternehmen am 23.1.2020 im Lokal ‚C. C. C.' in 4810 Gmunden, Druckereistraße 3 – 30, mit folgenden Eingriffsgegenständen zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen in Form von Kartenpokerspielen auf eigenen Namen und Rechnung sowie auf eigenes Risiko unternehmerisch veranstaltet hat, ohne dass eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag, wobei diese Ausspielungen auch nicht gem. § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren:
T1: Pokertisch für Kartenpokerspiel samt Kartenspiel ‚Texas Hold´em' und Jetons
T2: Pokertisch für Kartenpokerspiel

T3: Pokertisch für Kartenpokerspiel samt Jetons
T5: Pokertisch für Kartenpokerspiel.
Es lagen Glücksspiele vor, mit welchen selbständig nachhaltig Einnahmen von einem Unternehmer iSd § 2 Abs. 2 GSpG erzielt wurden und für welche zur Teilnahme am Spiel eine vermögenswerte Leistung in Form eines Einsatzes zu entrichten war und für welche vermögenswerte Leistungen (Gewinn) in Aussicht gestellt wurden."

Weiters wird im Spruch des bekämpften Bescheides die verletzte Rechtsvorschrift § 52 Abs. 1 Z1 GSpG mit „erstes Tatbild" und mit „§ 9 VStG" ergänzt sowie das Glücksspielgesetz – GSpG auf „idF BGBl. I Nr. 104/2019" und die Strafsanktionsnorm auf „§ 52 Abs. 2 dritter Strafsatz GSpG" korrigiert.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens 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 der Bezirkshauptmannschaft Gmunden in der Fassung der Beschwerdevorentscheidung vom 18. März 2022, Zl. BHGM/920070018357/20, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) vier Geldstrafen von jeweils 2.500 Euro und vier Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 84 Stunden verhängt, weil er Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, am 23. Jänner 2020 im Lokal „C. C. C." in Gmunden unternehmerisch veranstaltet hat.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„1. Datum/Zeit: 23.01.2020, 19:56 Uhr
Ort: G., x, Lokalname: C.C.
C.; Lokalbetreiber: C.-E. V. GmbH

Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma C.-E. V. GmbH mit Sitz in x, W., somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ dieser Firma vom Inland aus verbotene Ausspielungen in Form von Pokerspielen und –turnieren veranstaltet, ohne eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG zu besitzen und die Ausspielung auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen war. Es lagen Glücksspiele vor, mit welchen selbständig 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.

2. Datum/Zeit: 23.01.2020, 19:56 Uhr
Ort: G., x, Lokalname: C. C.
C.; Lokalbetreiber: C.-E. V. GmbH

Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma C.-E. V. GmbH mit Sitz in x, W., somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ dieser Firma vom Inland aus verbotene Ausspielungen in Form von Pokerspielen und –turnieren veranstaltet, ohne eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG zu besitzen und die Ausspielung auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen war. Es lagen Glücksspiele vor, mit welchen selbständig 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.

3. Datum/Zeit: 23.01.2020, 19:56 Uhr
Ort: G., x, Lokalname: C. C.
C.; Lokalbetreiber: C.-E. V. GmbH

Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma C.-E. V. GmbH mit Sitz in x, W., somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ dieser Firma vom Inland aus verbotene Ausspielungen in Form von Pokerspielen und –turnieren veranstaltet, ohne eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG zu besitzen und die Ausspielung auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen war. Es lagen Glücksspiele vor, mit welchen selbständig 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.

4. Datum/Zeit: 23.01.2020, 19:56 Uhr
Ort: G, x, Lokalname: C. C.
C.; Lokalbetreiber: C.-E. V. GmbH

Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma C.-E. V. GmbH mit Sitz in x, W., somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ dieser Firma vom Inland aus verbotene Ausspielungen in Form von Pokerspielen und –turnieren veranstaltet, ohne eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG zu besitzen und die Ausspielung auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen war. Es lagen Glücksspiele vor, mit welchen selbständig 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.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. § 52 Abs. 1 Z 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGB. I Nr. 99/2020.
2. § 52 Abs. 1 Z 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGB. I Nr. 99/2020.
3. § 52 Abs. 1 Z 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGB. I Nr. 99/2020.
4. § 52 Abs. 1 Z 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGB. I Nr. 99/2020.“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei und schilderte den Ablauf eines Kartenpokerspiels. Eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz sei nicht vorgelegen. Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, dass mildernd keine Umstände zu werten seien und das Ausmaß des Verschuldens im Hinblick auf mehrere eingeleitete gleichartige Verfahren als nicht geringfügig zu bezeichnen sei.

I.2. Mit Vorlageantrag vom 31. März 2022 erhob der Bf, rechtsfreundlich vertreten, das Begehren auf Vorlage der Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht und brachte vor, dass er die ihm angelastete Verwaltungsübertretung nicht begangen habe, keine Glücksspiele gespielt worden seien und Erhebungs- und Begründungsmängel der Behörde vorlägen. Im Spruch sei eine Zuordnung der angelasteten Taten zu den Pokertischen nicht erfolgt. Zudem liege eine Gewerbeberechtigung zum Halten erlaubter Kartenspiele ohne Bankhalter vor. Der Bf legte weiters ein Erkenntnis des LVwG NÖ zu Pokertischen vor. Weiters widerspreche das GSpG dem Unionsrecht, weshalb verschiedene Verfahrensunterbrechungsanträge gestellt wurden.

Der Bf beantragte, nach Durchführung einer Beschwerdeverhandlung das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

I.3. Mit Schreiben vom 8. April 2022 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den bezughabenden Verwaltungsakt.

II. Sachverhalt:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation, Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11. Oktober 2022 sowie Einsichtnahme in das Firmenbuch (Online-Auskunft).
Folgende amtsbekannte Dokumente sind auch den Parteien aus zahlreichen weiteren Verfahren bekannt:

- 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 S A C H V E R H A L T steht fest:

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 23. Jänner 2020 im Lokal „C. C. C.“ in G., x, wurden u.a. 4 Pokertische betriebsbereit vorgefunden, mit welchen im Laufe des gesamten Jänner 2020 mehrfach in der Woche zumindest die Pokerspiele „No Limit Texas Hold´em“ und „Omaha Poker Pot Limit“ von der C.-E. V. -GmbH veranstaltet und angeboten wurden, wobei diese Gesellschaft die Pokerturniere auch über ihre Homepage beworben hat.

Während der Kontrolle wurde auf Pokertisch T1 von 8 Spielern (Gästen) das Turnier-Pokerspiel „Texas Hold´em“ mit hauseigenem Dealer gespielt. Die Dealer wechseln sich halbstündlich ab. Während der Kontrolle waren zumindest 3 Dealer (P.M., m.-D. I., F. K.) im Dienst. Der Floorman/Betriebsleiter war während der Kontrolle C. M., welcher die Turniere und die (Spiel-)Abläufe im Lokal leitete und

die tägliche Abrechnung (zusammen mit den Dealern) durchführt. Ein Dealer fungiert als Bank, tätigt Ein- und Auszahlungen, gibt die Karten und leitet das Spiel.
Sowohl die Dealer als auch der Floorman waren zum Kontrollzeitpunkt Mitarbeiter der C.-E. V. -GmbH. Die Spieler (Gäste) werden auf einem Registrierungsblatt (nach Überprüfung der Personalia) registriert.

„Texas Hold´em“ wird in 2 Cashgames-Varianten gespielt: „Small Blind“ mit 1 Euro und „Big Blind“ mit 2 Euro.
Der Dealer erhält vom Floorman einen „ChipTray“ für Wechselgeld in der Höhe von 1.000 Euro und legt die Staffelung des Tischgeldes („Rake“; Benützungsgebühr) vor. Die Benützungsgebühr beträgt 6 Euro pro Spieler. 1 Euro pro Pot kommt in die Jackpot-Box. Die Preisgelder betragen (garantiert) von 1.111 Euro bis 5.500 Euro. Es nehmen bis zu 35 Personen an den Pokerspielen teil.
Die Spieler spielen immer gegen die Bank, die im gegenständlichen Fall – entgegen der Ansicht des Bf – vom Floorman als Bankhalter repräsentiert wird. Pro Halbstunde wurde ein Tischgeld (Gebühr) für den Veranstalter über eine Sicherheitsbox verrechnet.
Bei der täglichen Kassenabrechnung (durch den Floorman zusammen mit den Dealern) verbleibt der Überschuss inkl. des zuvor eingebrachten Chip-Tray-Wechselgelds bei der C.-E. V. -GmbH als Betriebseinnahme.

An den Pokertischen T2, T3 und T5 befanden sich zum Kontrollzeitpunkt keine Spieler (Gäste).

Auf den Beweisfotos sind zusätzlich ein Neujahresturnier vom 2. Jänner 2020 und ein Gewinnaufteilungsplan eines Spiels vom 19. Jänner 2020 dokumentiert. Weiters sind Jackpot-Auszahlungspläne über 50 bzw. 650 Euro für das Spiel „Omaha Poker Pot Limit“ und eine Spielerliste abgelichtet.

Die Pokertische wurden zur selbständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben. Im Lokal wurden Einsätze an diesen Pokertischen geleistet und Gewinne ausbezahlt. Die C.-E. V. -GmbH, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Bf ist, hat diese Pokerspiele auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung und Gefahr veranstaltet, und war nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor. Die vorgelegte Gewerbeberechtigung („Halten erlaubter Kartenspiele ohne Bankhalter“) ersetzt nicht eine Konzession für die gegenständlichen Ausspielungen, da u.a. beim Spiel „Hold´em“ ein Bankhalter erforderlich ist und Mitarbeiter der C.-E. V. -GmbH als solche fungiert haben.

Der Spielablauf stellt sich wie folgt dar:
Beim Pokerkartenspiel muss zunächst jeder teilnehmende Spieler einen vermögenswerten (Mindest-)Einsatz, z.B. auch in Form von Jetons auf dem

Spieltisch deponieren. Als Gewinn steht die Summe aller bis zum Ende des Spiels geleisteten Einsätze in Aussicht, wobei mindestens zwei Spieler an diesem Spiel teilnehmen müssen. Es wird in mehreren Runden gespielt, wobei nach jeder Runde ein weiterer (auch gesteigerter) Einsatz zu leisten ist oder das Spiel verlassen werden muss. Der Spielerfolg ergibt sich daraus, dass entweder vor dem Ende einer Runde nur mehr ein Spieler im Spiel verbleibt oder nach der letzten Spielrunde die Kartenwerte der noch im Spiel befindlichen Spieler verglichen werden, woraus ein Gewinner ermittelt wird. Spielteilnehmer, welche Mitspieler durch Täuschung („Bluffen“) zu bestimmten Handlungen veranlassen, wenden dabei keine Fähigkeiten an, welche dem Begriff „Geschicklichkeit“ zuzurechnen sind, da sie nicht im Voraus wissen können, ob ihr Verhalten die erwünschte Wirkung ausüben wird („Risikobereitschaft“).
Bei diesem Kartenspiel wird damit den Spielern keine Möglichkeit geboten, bewusst Einfluss auf das Zustandekommen bestimmter Kartenkombinationen und damit auf den Ausgang des Spieles zu nehmen. Die Entscheidung über das Spielergebnis hängt überwiegend vom Zufall ab.

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.

Die für eine Gesamtwürdigung der Unionsrechtskonformität des GSpG relevanten Umstände haben sich seit der veröffentlichten Entscheidung des VwGH (29. März 2021, Ra 2020/17/0075), insbesondere aber auch seit dem Erkenntnis des VwGH vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, nicht geändert.

II.3. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige samt Aktenvermerk der Finanzpolizei, den deutlichen Fotos im Akt, aus den Aussagen von C. M., P. M., M.-D. I. und F. K. (Mitarbeiter der C.-E. V. -GmbH) in den Niederschriften vom 23.1.2020 und den bisher gewonnenen Erfahrungen mit gleichartigen Spielen. Eine Zeugenbefragung war wegen der umfangreich aktenmäßig dokumentierten Ermittlungsschritte entbehrlich.
Dass die 4 Pokertische samt weiteren Utensilien (Kartenspiel, Jetons etc.) zwecks selbständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass die Aufstellung von Pokertischen und -karten, an denen gegen In-Aussicht-Stellen von Gewinnen Einsätze geleistet werden können, in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals letztlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesen Tischen zu erzielen. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die

Aufstellung und Betriebsbereithaltung der Eingriffsgegenstände aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären.

Weiters sind im Verfahren auch keine Umstände hervorgekommen, dass die Eingriffsgegenstände nicht zur Durchführung von Glücksspielen von der Casino-Equipment Vermietungs-GmbH zur Verfügung gestellt worden wären. Dieses Unternehmen hat die gegenständlichen illegalen Ausspielungen auf eigene Rechnung und Namen veranstaltet und das Gewinn- und Verlustrisiko dieser Veranstaltung getragen.

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

Dass das vom Bf vertretene Unternehmen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit den verfahrensgegenständlichen Eingriffsgegenständen gewesen oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet. Ebenso ist eine solche der Homepage des BMF x nicht entnehmbar.
Dass die verfahrensgegenständlichen Eingriffsgegenstände zumindest im Jänner 2020 betriebsbereit im verfahrensgegenständlichen Lokal aufgestellt waren, ergibt sich aus den Niederschriften zur gegenständlichen Kontrolle.

Der Annahme der belangten Behörde eines monatlichen Nettoeinkommens von 2.000 Euro wurde vom Bf im Verfahren nicht entgegengetreten.

Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ von Dr. K. und Prof. Dr. W. vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in H.. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt, es sind aus Sicht des erkennenden Gerichts im Verfahren keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Studie hervorgekommen. Die Feststellungen zu den Tätigkeiten des BMF, der Finanzpolizei und der Konzessionäre sowie die Feststellungen zur Anbindung an das Bundesrechenzentrum gründen vor allem auf den Angaben des BMF in den Glücksspielberichten 2010 – 2013, 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 überdies nichts hervor gekommen, das seit der Entscheidung des VwGH vom 23. Juli 2020, Ra 2020/17/0051, auf eine Änderung der Gesamtumstände, die Auswirkungen auf die Frage der Unionsrechtskonformität 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. 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 ganz 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. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Rechtliche Grundlagen

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

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

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

zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro zu verhängen.

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

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

Gemäß § 1 Abs. 2 GSpG sind Glücksspiele im Sinne dieses Bundesgesetzes insbesondere die Spiele Roulette, Beobachtungsroulette, Poker, Black Jack, Two Aces, Bingo, Keno, Baccarat und Baccarat chemin de fer und deren Spielvarianten. Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, aus Gründen der Rechtssicherheit durch Verordnung weitere Spiele als Glücksspiele im Sinne des Abs. 1 zu bezeichnen.

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

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

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

III.2. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den gegenständlichen Eingriffsgegenständen (konkret: den Pokertischen und Kartenspielen, Jetons etc.) Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte.
Auch bei dem in Rede stehenden Kartenspiel „Texas Hold´em“, das am Pokertisch gespielt wurde, „entscheidet letztlich tatsächlich vorwiegend der Zufall in Form der den Mitspielern zugeteilten Karten über den Ausgang des Spieles“. Der Verwaltungsgerichtshof geht in seiner ständigen Rechtsprechung daher ebenfalls

vom Glücksspielcharakter des in Rede stehenden Kartenspieles aus (VwGH 2000/17/0201, 08.09.2005).

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

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

Die vorgelegte Gewerbeberechtigung („Halten erlaubter Kartenspiele ohne Bankhalter“) ersetzt nicht eine Konzession für die gegenständlichen Ausspielungen, da u.a. beim Spiel „Texas Hold´em“ ein Bankhalter erforderlich ist und Mitarbeiter der C.-E. V.-GmbH – entgegen der Ansicht des Bf - als solche fungiert haben.

Zum Vorbringen des Bf, wonach Kartenpokertische keine Eingriffsgegenstände iSd GSpG wären, wird auf die Entscheidung VwGH 26.11.2018, Ra 2017/17/0576, verwiesen, in welcher diese Ansicht nicht geteilt wird. Zudem führte das Höchstgericht darin aus, dass zur Beurteilung des Vorliegens von Eingriffsgegenständen es auch nicht auf den Umstand ankommt, ob mit diesen Gegenständen tatsächlich gleichzeitig oder abwechselnd gespielt wurde (dazu neben dem og. Erkenntnis auch VwGH v. 21.9.2018, Zl. Ra 2017/17/0534).

Hinsichtlich des vom Vertreter des Bf monierten Spruchmangels nach § 44a VStG stellt sich die Frage, ob es rechtlich daran gebrechen kann, dass die belangte Behörde für das Veranstalten von illegalen Ausspielungen den vier Pokertischen (Eingriffsgegenständen) im bekämpften Bescheid keine konkreten Spruchpunkte 1. – 4. zugeordnet hat. In der Begründung sind diese vier Spieltische als T1, T2, T3 und T5 konkret und unterscheidbar bezeichnet, wobei dort auch weitere Eingriffsgegenstände (Spielkarten, Jetons etc.) angeführt sind.
Aus der Judikatur zur Möglichkeit einer Sanierung eines Spruchmangels kommt klar hervor, dass die Berufungsbehörde einen solchen Tatvorwurf konkretisieren kann, wenn hierbei die Tat nicht ausgewechselt wird (vgl. Hauer/Leukauf, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsverfahrens, S 975f). Es muss sich also um eine Identität jener Tat handeln, welche bereits Gegenstand des Vorwurfs der

belangten Behörde war iS eines unverwechselbaren Feststehens der Identität der Tat.
Auf den gegenständlichen Fall bezogen kann klar festgestellt werden, dass im Spruch ein Spielen „in einem bestimmten Spiellokal“ vier Mal wortident vorgeworfen (und auch viermal gleich bestraft) wurde und aus der Begründung dann nicht nur die konkrete unterscheidbare Benennung dieser Tische sondern auch noch die Zuordnung weiterer Eingriffsgegenstände (Spielkarten, Jetons) ersichtlich ist.
Das Landesverwaltungsgericht hält es deshalb für zulässig, den Spruch des angefochtenen Bescheides um die fehlenden Aspekte (Benennung der Eingriffsgegenstände) zu ergänzen, wodurch auch die Gefahr einer Doppelbestrafung endgültig ausgeschlossen wird.

Das vom Bf vertretene Unternehmen hat die gegenständlichen illegalen Ausspielungen auf eigene Rechnung und Gefahr veranstaltet und dabei auch das Gewinn- und Verlustrisiko getragen. Dieses Risiko ist jedenfalls auch darin gelegen, dass nur bei einer entsprechend hohen Anzahl an Spielern die Aufwendungen (Lokalmiete und Betriebskosten, Gehälter) durch den Ertrag (aus dem anteiligen Pot) gedeckt waren, woraus sich ergibt, dass die Gesellschaft auch das Risiko eines sich allenfalls ergebenden Verlustes zu tragen hatte (vgl. nochmals VwGH 26.11.2018, Ra 2017/17/0576).

Dies hat der Bf gemäß § 9 VStG zu verantworten.

III.3. 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 seinen diesbezüglich aktuellen Entscheidungen (vgl. u.a. 23.7.2020, Ra 2020/17/0051) wiederholt. Im Verfahren hat sich nichts ergeben, das darauf schließen ließe, dass sich die Umstände im letzten Monat derart geändert hätten, dass nunmehr das österreichische GSpG nicht mehr anwendbar wäre. Der Bf hat auch keinerlei Beweismittel vorgelegt oder Vorbringen erstattet, das eine Änderung der Gesamtumstände zu indizieren geeignet wäre. 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.

Zum vom Bf ins Treffen geführten Urteil des EuGH vom 12.9.2019, Maksimovic, in den verbundenen Rechtssachen C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18, wonach bestimmte Strafnormen des § 28 AuslBG bzw. des früher noch geltenden § 7i AVRAG dem Art. 56 AEUV entgegenstehen würden, ist festzustellen, dass der EuGH die Ansichten des Bf im Zusammenhang mit dem GSpG nicht teilt (vgl. EuGH vom 14.10.2021 in der Rechtssache C-231/20 und BGBl. II Nr. 105/2022). Zudem hält der Verwaltungsgerichtshof fest, dass sowohl die Verhängung von Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen gem. § 52 Abs. 2 dritter Strafsatz GSpG und die Vorschreibung eines Beitrages zu den Kosten eines solchen Strafverfahrens mit dem Unionsrecht (insbesondere Art. 56 AEUV und Art. 49 Abs. 3 der Charta der Grundrechte der EU) vereinbar ist (vgl. VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013-26). Mit BGBl I Nr. 105/2022 wurde nämlich die vom Verwaltungsgerichtshof in dessen Erkenntnis vom 10.12.2021 zu Zl. Ra 2020/17/0013-26 – ergangen zum Urteil des EuGH vom 14.10.2021 in der Rechtssache C-231/20 (nach diesbezüglichem Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichthofes mit Beschluss vom 27.4.2020 zu Zl. Ra 2020/17/0013) – erfolgte Beantwortung kundgemachter Rechtsfragen (kundgemacht in BGBl. I Nr. 55/20) von der zuständigen Bundesministerin kundgemacht.

III.4. Zu den 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) Vorabentscheidungs-ersuchen an den EuGH zu stellen ist, noch es notwendig erscheint, das gegenständliche Verfahren auszusetzen.

III.5. Weiters wird gerügt, dass die bisherige höchstgerichtliche Judikatur des VfGH, VwGH und OGH nichts zur Auslegung des Art. 56 AEUV

(Dienstleistungsfreiheit) beitragen könne, da diesen Entscheidungen keine – im Sinne einer dynamischen Betrachtungsweise gebotene – eigenständige Faktenermittlung zur Frage der Unionsrechtskompatibilität des GSpG-Monopols zugrunde liege. So lasse sich aufgrund des Mangels an seitens staatlicher Stellen vorgelegter Beweise in tatsächlicher Hinsicht etwa nicht feststellen, dass in Österreich (nach wie vor) eine hohe Anzahl an Personen spielsüchtig sei und die Spielsucht ein erhebliches gesellschaftliches Problem darstelle usw.

Dazu ist zunächst auszuführen, dass der Verwaltungsgerichtshof 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 ist (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.6.1. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich unzweifelhaft, dass das vom Bf vertretene Unternehmen die gegenständlichen illegalen Ausspielungen unternehmerisch veranstaltet hat. Der Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG ist somit in objektiver Hinsicht erfüllt.

III.6.2. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da § 52 GSpG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten.

Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN).

III.6.3. Der rechtsfreundliche Vertreter des Bf beruft sich auf einen 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 Eingriffsgegenstände kann sich der Bf nicht erfolgreich auf einen Verbotsirrtum berufen. Zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt existierte diesbezüglich zu § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG bereits höchstgerichtliche Judikatur zu solchen Eingriffsgegenständen. Es ist somit auch von der Erfüllung der subjektiven Tatseite auszugehen.

III.6.4. 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 führte zur Strafbemessung keine mildernden Umstände an und vermeinte, dass im Hinblick auf die mehrfach eingeleiteten gleichartigen Verfahren gegen den Bf das Ausmaß des Verschuldens nicht als geringfügig bezeichnet werden kann. Dazu ist anzumerken, dass lediglich rechtskräftig abgeschlossene Strafen zur Strafbemessung herangezogen werden dürfen.

Beim LVwG Oö. scheint eine einschlägige Vorstrafe des Bf auf (LVwG-412412), welche vor der Verwirklichung des gegenständlichen Delikts in Rechtskraft erwachsen ist, wobei dabei ein Eingriff mit einem Eingriffsgegenstand (Pokertisch) angelastet wurde. Dies stellt einen (nicht strafsatzbestimmenden) Erschwerungsgrund dar. Milderungsgründe sind nicht ersichtlich.

Bei der gegenständlichen Tat handelt es sich somit um eine Erstbegehung mit mehr als drei Eingriffsgegenständen in Bezug auf § 52 Abs. 1 GSpG iSd

Qualifikation des 3. Strafsatzes. Damit liegt der Strafrahmen für jeden gegenständlichen Eingriffsgegenstand bei 3.000 – 30.000 Euro.

Die belangte Behörde hat in ihrem Bescheid die gesetzlich vorgesehene Mindestgeldstrafe unterschritten. Da außerordentliche Milderungsgründe im bekämpften Bescheid weder dargelegt wurden noch solche vorliegen, liegt für diese Unterschreitung der Mindestgeldstrafe Rechtswidrigkeit vor. Dem Landesverwaltungsgericht ist es jedoch verwehrt diesen Umstand aufzugreifen, und etwa unter zusätzlicher Berücksichtigung des Erschwerungsgrundes eine höhere tat- und schuldangemessene Strafe festzusetzen. Unter Berücksichtigung des konkreten Strafrahmens war die von der Behörde wesentlich angesetzte Ersatzfreiheitsstrafe auf das Verhältnismaß zu reduzieren.
Eine Herabsetzung oder gar eine Ermahnung kamen auf Grund des keinesfalls als geringfügig anzusehenden Unrechtsgehaltes der Verwaltungsübertretungen nicht in Betracht.
Die wiederholte Begehungsweise zeigt, dass die bisher verhängte Strafe offenbar nicht ausreichend war, den Bf von der weiteren Tatbegehung abzuhalten; auch zeigt dies, dass der erzielbare wirtschaftliche Vorteil vom Bf höher gewichtet wird, als die mögliche Strafsanktion, weil andernfalls nicht eine weitere Tathandlung gesetzt worden wäre. Es müssen daher jedenfalls spürbare Geldstrafen – verbunden mit entsprechenden Ersatzfreiheitsstrafen – verhängt werden. Vor diesem Hintergrund steht die deliktsbezogen überaus geringe Summe der Geldstrafen nicht außer Verhältnis zu dem durch die geahndeten Taten erzielbaren wirtschaftlichen Vorteil; die Gesamtdauer der verhängten Ersatzfreiheitsstrafen war im Hinblick auf die Schwere der festgestellten Taten auch keinesfalls als übermäßig lang zu beurteilen (vgl. VwGH 10.12.2021, Ra 2020/17/0013-26).

Es war deshalb spruchgemäß zu entscheiden.

III.7. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Bf nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben wurde. Wegen der Herabsetzung der Ersatzfreiheitsstrafen waren keine Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschreiben.

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 08.01.2015, Ra 2014/08/0064).

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

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

H i n w e i s

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

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Kapsammer