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-414160/8/BMa/HUE

Datum:
Linz, 26. Juni 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des Z B, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. M M, W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 26. September 2022, Zl. BHLL/921100060405/21, wegen Übertretungen nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27. März 2023

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird teilweise stattgegeben, die Schuld- und Strafaussprüche betreffend die Geräte FA-Nr. 6 und 7 (Gerätebezeichnung „www.racing-DOGS.eu“) werden aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren wird diesbezüglich eingestellt. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Der Kostenbeitrag für das behördliche Verfahren reduziert sich auf insgesamt 15.000 Euro. 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 Linz-Land vom 26. September 2022, Zl. BHLL/921100060405/21, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) sieben Geldstrafen von jeweils 30.000 Euro und sieben Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 7 Tagen verhängt, weil er Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, in der Zeit von Herbst 2020 bis 21.06.2021 im Lokal „K“ in A unternehmerisch zugänglich gemacht hat.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Datum/Zeit: 21.06.2021, gegen 17:00 Uhr

Ort: A, Oberösterreich, x, Lokalname: K;
Lokalbetreiber: V., P, Tschechische Republik

Es wurden zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen in Form von virtuellen Walzenspielen und virtuellen Hunde-/Pferderennen durchgeführt und haben Sie die Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht. 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. 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 die Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht, indem Sie die im Zuge einer Kontrolle der Finanzpolizei, Team 50, am genannten Tag zur genannten Uhrzeit zumindest im Zeitraum von Herbst 2020 bis 21.06.2021 in Ihrem Lokal vorgefundenen nachfolgenden insgesamt sieben betriebsbereiten und funktionsfähigen Glücksspielgeräte insofern in Ihrem Gewahrsam gehabt haben, als Sie den wesentlichen Einfluss auf den Betrieb des Lokales hatten:

Nr.	Gehäusebezeichnung	Serien-Nr.	Typenbe-zeichnung	Versiegelungs-plaketten-Nr.
1) FA-05	Keine	x	Keine	A073764, A073765
2) FA-06	www.racineDOGS .eu	x	Keine	A073766, A073767
3) FA-07	www.racineJDOGS .eu	x	Keine	A073768, A073769
4) FA-08	Keine	x	Keine	A073770, A073771
5) FA-09	Keine	x	Keine	A073772, A073773
6) FA-10	Keine	x	Keine	A073774, A073775
7) FA-11	Keine	x	Keine	A073776, A073777

Sie haben dies als handelsrechtlicher Geschäftsführer und damit als gemäß § 9 Abs 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ der Firma V s.r.o., mit dem Sitz in P, (Tschechien) und somit als verwaltungsstrafrechtlich Verantwortlicher des genannten Unternehmens zu verantworten.

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Als verletzte Rechtsvorschrift wurde jeweils § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild iVm § 2 Abs 2 und 4 iVm § 4 GSpG, BGBl Nr 620/1989 idF BGBl I Nr. 99/2020 angeführt.

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei und sie schilderte die Funktionsweise der Geräte. Eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz sei nicht vorgelegen und eine Europarechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols nicht ersichtlich. Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, dass erschwerend 281 nicht näher dargelegte einschlägige Vorstrafen gewerteten würden. Die Strafhöhe entspreche dem Unrechtsgehalt der Tat und der Schwere der Übertretung.

I.2. Mit Schriftsatz vom 24. Oktober 2022 erhob der Bf rechtsfreundlich vertreten rechtzeitig dagegen Beschwerde und brachte vor, dass die verhängte Strafe überhöht sei und – falls tatsächlich eine Verwaltungsübertretung vorliege – die Voraussetzungen für ein Absehen von der Verhängung einer Strafe vorliegen würden. Der Bf beantragte, nach Durchführung einer Beschwerdeverhandlung, die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Bescheids und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens.
Begründend wird im Rechtsmittel auf das Wesentliche zusammengefasst vorgebracht, dass Begründungsmängel vorlägen und das GSpG dem Unionsrecht widerspreche. Darüber hinaus wurde neben der Einvernahme von Zeugen zur Unrichtigkeit der Kalkestudie die Einholung eines Sachverständigengutachtens betreffend die Funktionsweise der beschlagnahmten Glücksspielautomaten beantragt. Vorgelegt wurde auch ein Urteil des Bezirksgerichtes Wels vom 17.03.2015, GZ: 8 C 673/14g-17, ein Rechtsgutachten des Univ.-Prof. Dr. A K vom 24.05.2016 betreffend Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielwerbung und das Gutachten über die Glücksspielwerbung in Österreich von Ing. Mag. M F, MBA vom 31.05.2017.

I.3. Mit Schreiben vom 2. November 2022 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den Bezug habenden Verwaltungsakt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

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 27. März 2023 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 21. Juni 2021 im Lokal „K“ in A, wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und vorläufig beschlagnahmt. Diese Geräte waren zumindest von Herbst 2020 bis zum Tag der Beschlagnahme im verfahrensgegenständlichen Lokal in einem öffentlich zugänglichen Bereich aufgestellt, wobei zumindest die Geräte FA-Nr. 5 und 8 – 11 zur vorgeworfenen Tatzeit am 21.06.2021 zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben wurden. Im Lokal wurden Einsätze an diesen fünf Geräten geleistet und Gewinne ausbezahlt. Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der V s.r.o., welche als Betreiberin des gegenständlichen Lokals die verbotenen Ausspielungen an den Geräten FA-Nr. 5 und 8 – 11 unternehmerisch zugänglich gemacht hat.

Das vom Bf vertretene Unternehmen war nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für diese Geräte und diesen Standort. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr	*Spiel*	*mögliche Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
8	Ring of Fire XL	0,10 – 9 Euro	180 – 16.200 Euro

Weitere Testspiele waren nicht möglich, da kurz nach Beginn der Kontrolle die Internetverbindung zu den Geräten unterbrochen wurde. Laut Angaben der Finanzpolizei liegt bei den Walzenspielgeräten FA-Nr. 5 und 8 – 11 Baugleichheit vor. Die vorliegenden Beweisfotos stützen diese Feststellung der Finanzpolizei.

Aus der Fotodokumentation können folgende weitere Feststellungen getroffen werden:
Gerät FA-Nr. 5: angebotene Spiele „Ring of Fire“, „Joker81“, „Macau“, „Demon

	Master“ und „Joker27“
Gerät FA-Nr. 8:	Spiel „Ring of Fire“ + Gewinnplan, Spiel „Simply the Best“ + Gewinnplan
Gerät FA-Nr. 9:	angebotenes Spiel „Joker81“; Spiel „Joker27“ + Gewinnplan
Gerät FA-Nr. 10:	angebotene Spiele „Ring of Fire“, „Joker81“, „Joker243“, „Macau“, „Aztecs Empire“, „Reels of Ra“, „Joker Dream“ und „Lucky Fruits“
Gerät FA-Nr. 11:	angebotene Spiele „Joker81“, „Joker243“, „Macau“, „Aztecs Empire“, „Reels of Ra“, „Joker Dream“ und „Lucky Fruits“; Spiel „Ring of Fire“ + Gewinnplan

Weiters abgelichtet sind noch eine Reihe von Kassen-, Buchungs- und Auszahlungsbelege.

Der Gast M P sagte in seiner niederschriftlichen Einvernahme aus, dass er drei- bis fünfmal im Jahr dieses Lokal besuche, am Kontrolltag an Gerät FA-Nr. 11 mit einem Guthaben von 150 Euro und mit Einsätzen von jeweils 1 Euro gespielt habe. Glaublich betrage der Höchsteinsatz 20 oder 25 Euro. In der Vergangenheit hätten sich bei ihm Gewinne und Verluste die Waage gehalten.

Auf den Geräten FA-Nr. 6 und 7 (Gehäusebezeichnung: www.racingdogs.eu) konnte ein Guthaben nicht festgestellt werden. Ebenso waren Testspiele nicht möglich. Auf den Fotoaufnahmen sind die Starbildschirme mit Eingabefeldern erkennbar. Weitere Feststellungen waren nicht möglich.

Der Spielablauf der virtuellen Walzenspiele (Geräte FA-Nr. 5, 8 – 11) stellt sich aufgrund der Erhebungen der Finanzpolizei und den bisher gewonnenen Erkenntnissen mit gleichartigen Geräten und Spielen wie folgt dar:
Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen wurden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wurde mit der Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes

fest. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.
Hinsichtlich der Funktionalität dieser Geräte als „Skill Game“ ist festzuhalten, dass sich ein Spieler dabei im Ergebnis lediglich einer leicht zu überwindenden Hürde außerhalb des eigentlichen Glücksspiels stellen muss, welche eine geringfügige zeitliche Verzögerung herbeiführen kann, zumal der Spieler im „kleinen Walzenlauf“ (des Skill Game) ohne besonderes Geschick ein bestimmtes Symbol erzielen und damit zum zuvor geschilderten „großen Walzenlauf“ gelangen kann. Der Spieler kann daher das Gerät jedenfalls als reines Glücksspielgerät verwenden. Selbst wenn es möglich wäre, beim „kleinen Walzenspiel“ Gewinne zu erzielen, welche nicht nur im Zwischenspeicher als Zahlenwerte gutgebucht sondern tatsächlich auch ausbezahlt werden, ist es trotzdem möglich, jederzeit ein bestimmtes Symbol zu erzielen und damit zum „großen“ und vom Spieler nicht beeinflussbaren Walzenlauf zu gelangen. Das „kleine Walzenspiel“ hat dabei keinerlei Einfluss auf das Ergebnis des „großen Walzenspiels“. Es beeinflusst lediglich den Weg dorthin geringfügig.

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 2009 kaum verändert (2009: 42 %). Das klassische Lotto „6 aus 45“ ist das beliebteste Glücksspiel in Österreich. Jeder dritte Österreicher hat dieses Spiel im Jahr 2015 mindestens einmal in den letzten 12 Monaten gespielt (ca. 33 %), der prozentuale Anteil für die 30-Tages-Prävalenz beträgt ca. 20 %. Seit 2009 haben sich diese Werte so gut wie nicht geändert (jeweils nur um ca. ± 1 Prozentpunkt). Dagegen ist für diesen Zeitraum eine deutliche Zunahme bei der europäischen Lotterie, den Euromillionen, zu konstatieren: Der Prozentwert für die monatliche Teilnahme hat sich von etwa 4 % auf etwa 8 % verdoppelt. Auch beim Joker gibt es seit 2009 einen prozentualen Anstieg. Inzwischen spielt jede siebte Person mindestens einmal im Jahr dieses Glücksspiel (ca. 14 %). Damit ist es das zweitverbreitete Glücksspiel in Österreich. Bei den Rubbellosen – die auf dem vierten Platz liegen – sind nur geringe Veränderungen zwischen 2009 und 2015 vorhanden. Alle anderen Glücksspiele besitzen bezogen auf die Spielteilnahme in der Gesamtbevölkerung eine nachgeordnete Bedeutung: Das gilt für die Sportwetten genauso wie für die klassischen Casinospiele, bei denen 2015 jeweils

etwa 4 % in den letzten 12 Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Casinos und in Spielhallen werden von noch weniger Personen 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 01.12.2010 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 der Finanzpolizei, ihrem Aktenvermerk, der Dokumentation der Probespiele, den deutlichen Fotos im Akt, aus den Aussagen von D J, einer Mitarbeiterin der Lokalbetreiberin, und des Gastes M P in den Niederschriften vom Kontrolltag sowie den bisher gewonnenen Erfahrungen mit gleichartigen Geräten und Spielen. Sie gründen zudem auf den glaubwürdigen Aussagen der in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugin Mayer.

Aus der vorliegenden Fotodokumentation kann auf die weitgehende Gleichartigkeit der vorhandenen Walzenspielgeräte FA-Nr. 5 und 8 – 11 geschlossen werden. Es handelte sich um Eingabeterminals auf denen sogenannte Skill-Games betrieben werden. Dass dies der Fall war, ergibt sich alleine aufgrund des Vorhandenseins sogenannter Miniaturwalzen, die bei sämtlichen dieser Terminals vorhanden waren. Ebenso waren auf sämtlichen Terminals gerichtsbekannte virtuelle Walzenspiele verfügbar.

Aus zahlreichen Beschwerdeverfahren (vgl. bspw. die hg. Erk. LVwG-411477; LVwG-411547; LVwG-411311; LVwG-411507; LVwG-411178; LVwG-410104, LVwG-411679; LVwG-411760 uva.) ist mittlerweile gerichtsbekannt, dass es sich bei den genannten Spielen um Walzenspiele im Sinne der Judikatur des VwGH handelt. Das Verwaltungsgericht hat sich in den genannten, aber auch vielen anderen Verfahren mit den im ggst. Verfahren angesprochenen Gutachten und deren Schlüssigkeit auseinandergesetzt, sodass diese und die Ergebnisse als gerichtsbekannt angesehen werden können (vgl. bspw. LVwG Oö. 24. März 2016, LVwG-411104). Aus einem vorliegenden Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Wien geht überdies hervor, dass sich die darin beurteilten Geräte von jenen, die in den genannten ho Beschwerdeverfahren anhand eines Gutachtens beurteilt wurden, nicht unterscheiden. Im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Wien hat ebendieser Gutachter erneut Geräte begutachtet und kam im Ergebnis zu denselben Feststellungen wie in seinem bereits bekannten, früheren Gutachten, sodass für das erkennende Gericht kein Grund zu zweifeln besteht, dass sich die Spielabläufe an den ggst Geräten wie oben festgestellt darstellen. Die Würdigung des Landesverwaltungsgerichts Wien entfaltet für das erkennende Gericht im ggst Verfahren keine Bindung. Es war daher auch kein weiteres Gutachten zur Funktionsweise der Geräte einzuholen.

Die Geräte vom Typ Skill Games mit vorgelagertem kleinen Walzenspiel sind schon deshalb keine Geschicklichkeitsgeräte, weil – wie sich auch den Ausführungen des Gutachters vor dem Landesverwaltungsgericht Wien ergibt – das dabei erforderliche Symbol (ein „A“ im Umkreis) zur Auslösung des großen (normalen) Walzenspiels schon nach dem normalen (kurzen) Betätigen der Starttaste von selbst erscheint und, wenn dies einmal nicht der Fall ist, bei den Bespielungen im kleinen Walzenlauf (Halten der Starttaste und gezieltes Stoppen durch Loslassen, um das „A“ Symbol anzuzeigen) – wie Organe der Finanzpolizei immer wieder als Zeugen bestätigt haben – für jedermann leicht und damit ohne eine relevante Geschicklichkeit, erzielbar war.

Im Ergebnis muss sich der Spieler, wenn nicht ohnehin bereits die Automatikfunktion aktiviert ist, lediglich einer leicht zu überwindenden zeitlichen Hürde außerhalb des eigentlichen Glücksspiels stellen, welche allenfalls eine geringfügige zeitliche Verzögerung herbeiführen kann, zumal der Spieler im „kleinen Walzenlauf“ ohne besonderes Geschick das gewünschte Symbol erzielen und damit zum zuvor geschilderten „großen Walzenlauf“ gelangen kann. Selbst wenn es möglich wäre, beim „kleinen Walzenspiel“ Gewinne zu erzielen, welche nicht nur im Zwischenspeicher als Zahlenwerte gutgebucht, sondern tatsächlich auch ausbezahlt werden, ist es beim Miniaturwalzenspiel trotzdem möglich, jederzeit ein bestimmtes Symbol zu erzielen, um damit zum „großen“ und vom Spieler nicht beeinflussbaren Walzenlauf zu gelangen. Das „kleine Walzenspiel“ beeinflusst lediglich den Weg zum „großen“ Walzenspiel zeitlich geringfügig.

Die großen Walzenspiele laufen, wie bei herkömmlichen Walzenspielgeräten, automatisiert ab und war schon aufgrund des kurzen Walzenlaufes (gestaffeltes Ablaufen von 5 Bildleisten innerhalb von 1-2 Sekunden) und des Umstandes, dass

die Symbole bei virtuellen Walzenspielen gerichtsbekanntermaßen zufällig und nicht in einer nachvollziehbaren Reihenfolge erscheinen, davon auszugehen, dass das Spiel überwiegend vom Zufall abhängt.
Das Erscheinen der Bilder erfolgt zufällig programmbedingt und ist deshalb nicht nachvollziehbar (wie etwa bei mechanischen Walzen) und liegt insofern auf der Hand, dass ein bewusstes Herbeiführen von Kombinationen unmöglich ist. Es liegt insofern gerichtsbekannt eine systemimmanente Unbeeinflussbarkeit vor, zumal bei derartigen Spielen vier oder fünf nebeneinander befindliche Felder vorhanden sind, in welchen verschiedene Symbole in zufälliger Art und Weise und in schneller Abfolge ausgetauscht werden und nicht erkennbar ist, welches Symbol auf das letzte folgt. Angesichts automatisiert zusammengesetzter Symbolkombinationen besteht selbst im Falle der Möglichkeit des Stoppens des Walzenlaufes (wenn dieser etwa länger abliefe) keine faktische Möglichkeit, das Ergebnis des Spiels zu beeinflussen.

Dass die Geräte FA-Nr. 5 und 8 – 11 zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass die Aufstellung von Geräten, 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 Geräten zu erzielen. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären.

Weiters sind im Verfahren auch keine Umstände hervorgekommen, dass die Geräte FA-Nr. 5 und 8 – 11 nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wären, sowie das vom Bf vertretene Unternehmen als Lokalbetreiber den Betrieb der Geräte nicht freiwillig in seinem Lokal geduldet hätte.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse auf den Geräten FA-Nr. 5 und 8 – 11 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 Geräten FA-Nr. 5 und 8 – 11 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

https://www.bmf.gv.at/themen/gluecksspiel-spielerschutz/gluecksspiel-in-oesterreich/konzessionaere-ausspielbewilligte.html nicht entnehmbar.
Dass die verfahrensgegenständlichen Geräte zumindest zu vorgeworfenen Tatzeit betriebsbereit im verfahrensgegenständlichen Lokal aufgestellt waren, ergibt sich aus der Niederschrift zur gegenständlichen Kontrolle.

Der Annahme der belangten Behörde eines „durchschnittlichen“ monatlichen Einkommens 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. 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 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.

Von der in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugin, die bei der vom Amt für Betrugsbekämpfung durchgeführten Kontrolle anwesend war, wurde angegeben, dass hinsichtlich der Geräte mit der FA-Nr. 5 und 6 (Gehäusebezeichnung: www.racingdogs.eu) zum Spielablauf und ob dieser beeinflussbar war, keine Angaben gemacht werden könnten. Sie hat es auch nicht ausgeschlossen, dass es sich dabei um Geschicklichkeitsgeräte gehandelt hat (Seite 4 des Verhandlungsprotokolls vom 27.03.2023).

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Rechtsgrundlagen:

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 § 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.2.1. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass bei den Geräten FA-Nr. 6 und 7 zur vorgeworfenen Tatzeit am 21.06.2021 weder ein Einsatz festgestellt noch Probespiele durchgeführt werden konnten. Auch konnte der Spielablauf nicht festgestellt werden, insbesondere ob und welche Einsatzhöhen und Gewinnpläne (Einsatz-/Gewinnrelation) beim ermittelten Spielenamen „Magic Dogs“ angeboten wurden. Auch Spieler (Gäste) konnten an diesen Geräten nicht beobachtet werden. Damit stützen sich die diesbezüglichen Annahmen der Finanzpolizei alleine auf das optische Erscheinungsbild und die Tastenbelegung dieser Geräte bzw. auf die Bezeichnung „Magic Dogs“ auf den Geräten. Auch aus der zeugenschaftlichen Einvernahmen eines Kontrollorgans in der mündlichen Verhandlung konnten keine weiteren relevanten Erkenntnisse erlangt werden.

Zusammengefasst konnte nicht zweifelsfrei festgestellt werden, ob zur vorgeworfenen Tatzeit mit diesen Geräten FA-Nr. 6 und 7 verbotene Ausspielungen angeboten, durchgeführt, zugänglich gemacht bzw. gegen die Bestimmungen des GSpG verstoßen wurde.

Derartige Feststellungen sind aber zum Nachweis der Tatbestandsmäßigkeit iSd § 52 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 GSpG erforderlich. Alleine der im Beschlagnahmeverfahren ausreichende Verdacht einer Verwaltungsübertretung bedingt hingegen nicht den Nachweis der genannten Tatbestandsmäßigkeit.
Die Feststellung einer Übertretung des GSpG bzw. eine Bestrafung kann iSd § 45 Abs. 1 Z 1 VStG aber nur dann erfolgen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat erwiesen ist, weshalb im Verwaltungsstrafverfahren der Grundsatz „in dubio pro reo" (Fister in Lewisch/Fister/ Weilguni, VStG § 25 Rz 10) gilt.
Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertritt, darf der Grundsatz „in dubio pro reo" nur angewendet werden, wenn nach Durchführung

des Beweisverfahrens Zweifel an der Verwirklichung des Tatbildes durch einen Beschuldigten bleiben (statt vieler: VwGH 15.11.2000, 2000/03/0237).

Weder aufgrund der im Verwaltungsakt einliegenden Beweismittel noch aufgrund der Aussagen im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung konnten illegale Ausspielungen mit den Geräten FA-Nr. 6 und 7 zweifelsfrei festgestellt werden, sodass der Schuld- und Strafausspruch diesbezüglich aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gem. § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen war.

III.2.2. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat weiters ergeben, dass mit den Geräten FA-Nr. 5 und 8 – 11 Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B VwGH 27.1.2012, 2011/17/0246) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da dieser Umstand sohin feststeht, können eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben.

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

Die Geräte FA-Nr. 5 und 8 – 11 waren zumindest im festgestellten Zeitraum im gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Die Spieler haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt an den gegenständlichen Geräten erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an diese Geräte übermittelt oder dort nur angezeigt wurde (vgl. VwGH v. 29.4.2014, Ra 2014/17/0002).

Das vom Bf vertretene Unternehmen hat als Betreiber des Lokals, in welchem die Geräte FA-Nr. 5 und 8 – 11 betriebsbereit vorgefunden wurden, zumindest geduldet, dass diese zur selbstständigen nachhaltigen Einnahmenerzielung im vorgeworfenen Tatzeitraum öffentlich zugänglich betrieben wurden. Er hat die an den gegenständlichen Geräten festgestellten verbotenen Ausspielungen im vorgeworfenen Tatzeitraum somit unternehmerisch zugänglich gemacht. Dies hat der Bf gemäß § 9 VStG zu verantworten.

III.3. Zur geltend gemachten Unionsrechtswidrigkeit:

In seinem Erkenntnis vom 16.03.2016, 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 15.09.2011, Dickinger und Ömer, C-347/09, Rn. 83 f; vom 30.04.2014, Pfleger, C-390/12, Rn. 47 ff; vom 30.06.2016, Admiral Casinos & Entertainment, C-464/15, Rn. 31, 35 ff).

Seine Ansicht hat der VwGH in seinen diesbezüglich Entscheidungen (vgl. u.a. 23.07.2020, 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.

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 15.05.2017, Ra 2017/17/0214 mwN), sodass nach Ansicht des erkennenden Gerichts ausgehend von den im Verfahren hervorgekommenen Umständen weder ein (weiteres) Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH zu stellen ist, noch es notwendig erscheint, das gegenständliche Verfahren auszusetzen.

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 16.03.2016, Ro 2015/17/0022, bzw. dies bestätigend durch VwGH 11.07.2018, Ra 2018/17/0048 ua, durch die Durchführung der nach der in der Beschwerde zitierten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (insbesondere EuGH 15.09.2011, C-347/09 [*Dickinger und Ömer*] Rz 83 f; 30.04.2014, C-390/12 [*Pfleger*] Rz 47 ff; sowie 30.06.2016, C-464/15 [*Admiral Casinos & Entertainment AG*] Rz 31, 35 f) erforderlichen Gesamtwürdigung nachgekommen ist (vgl. dazu ebenfalls VwGH 14.02.2017, Ra 2017/17/0010; 29.05.2017, 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 als Lokalbetreiber im vorgeworfenen Zeitraum verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht hat. Der Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes 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 22.03.1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbst erteilte Auskünfte über ihre

Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) bzw. eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung“ (VwGH 22.03.1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Entschuldigend wirkt hiebei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 04. 10. 2012, 2012/09/0134, 18. 09. 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 (z.B. von Rechtsanwälten). Diese muss sich jedenfalls an der maßgeblichen Rechtsprechung der Höchstgerichte und gegebenenfalls an der Rechtsmeinung der zuständigen Behörde (VwSlg 11.744 A/1985) orientieren. Das Vertrauen auf die (falsche) Rechtsauskunft ist dem Auskunftssuchenden insbesondere dann vorwerfbar, wenn dem Beschuldigten das Spannungsverhältnis zur gegenteiligen Behördenauffassung bekannt ist oder sich unmittelbar aus dem Inhalt der Auskunft auch für den Nicht-Fachmann ersichtliche Zweifel ergeben (VwGH 22.02.2006, 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 den Gerätetypen dieser Geräte. 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 erschwerend 281 nicht näher dargelegte einschlägige Vorstrafen und keine Milderungsgründe an. Bei der Berechnung der Strafhöhe ging die Behörde von einem „durchschnittlichen monatlichen Einkommen“ aus. Dieser Annahme der Behörde wurde vom Bf im Verfahren nicht entgegengetreten.

Beim LVwG OÖ scheinen 35 einschlägige Vorstrafen des Bf auf, welche vor der Verwirklichung des gegenständlichen Delikts in Rechtskraft erwachsen sind (siehe LVwG-413046, 413059, 413102, 413112, 413113, 413132, 413140, 413252, 413310, 413311, 413312, 413401, 413415, 413455, 413459, 413472, 413484, 413497, 413498, 413499, 413501, 413523, 413528, 413530, 413531, 413537, 413538, 413582, 413583, 413615, 413617, 413622, 413633, 413656 und 413692), wobei in 20 dieser Fälle Eingriffe mit mehr als 3 Geräten angelastet wurden. Aufgrund der Vielzahl einschlägiger Vorstrafen ist im gegenständlichen Fall von Vorsatz des Bf auszugehen. Milderungsgründe sind nicht ersichtlich.

Bei der gegenständlichen Tat handelt es sich im Hinblick auf die vorerwähnten rechtskräftigen einschlägigen Vorstrafen um eine (neuerliche) Wiederholungstat in Bezug auf § 52 Abs. 1 GSpG iSd Qualifikation des 4. Strafsatzes. Damit liegt der Strafrahmen für jedes gegenständliche Glücksspielgerät bei 6.000 – 60.000 Euro.

Bei der von der belangten Behörde festgesetzten Strafhöhe wurde der gesetzliche Strafrahmen lediglich zur Hälfte ausgeschöpft. Dem Landesverwaltungsgericht ist es verwehrt diesen Umstand aufzugreifen und eine wesentlich höhere tat- und schuldangemessene Strafe für die gegenständliche neuerliche Vorsatztat zu verhängen.
Eine Herabsetzung der Strafen oder gar eine Ermahnung kamen auf Grund des keinesfalls als geringfügig anzusehenden Unrechtsgehaltes der Verwaltungsübertretungen ohnehin nicht in Betracht.
Die wiederholte vorsätzliche Begehungsweise zeigt, dass die bisher verhängten Strafen offenbar nicht ausreichend waren, den Bf von der weiteren Tatbegehung abzuhalten; auch zeigt dies, dass der erzielbare wirtschaftliche Vorteil vom Bf höher gewichtet wird wie die mögliche Strafsanktion, weil andernfalls nicht wiederholt weitere Tathandlungen gesetzt werden würden. Es müssen daher jedenfalls spürbare Geldstrafen – verbunden mit entsprechenden Ersatzfreiheitsstrafen – verhängt werden. Vor diesem Hintergrund steht die Summe der Geldstrafen nicht außer Verhältnis zu dem durch die geahndeten Taten erzielbaren wirtschaftlichen Vorteil; die Gesamtdauer der verhängten bzw. angepassten Ersatzfreiheitsstrafen ist im Hinblick auf die Schwere der festgestellten Taten 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 Einstellung von Teilen des Strafverfahrens waren keine Kosten für das Beschwerdeverfahren vorzuschreiben. Die behördlichen Verfahrenskosten wurden entsprechend herabgesetzt.

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.

Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Zahlungsaufforderung als hinfällig. Sie erhalten von der genannten Behörde eine aktualisierte Zahlungsaufforderung zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Bergmayr-Mann