



Volksgartenstraße 14
4021 Linz
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at

Allgemeine Durchwahl (+43 732)
Information (+43 732) 70 75-18
Fax (+43 732) 70 75-21 80 18

LVwG-410933/28/MS

Linz, 17.12.2015

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Mag. Dr. Monika Süß über die Beschwerde von Herrn N. C., x, T., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F. A. M., x, W., gegen den Bescheid des Bezirkshauptmannes des Bezirkes Eferding vom 28. Juli 2015, GZ. Pol96-53-2015, nach Abhaltung einer mündlichen Verhandlung am 25. November 2015,

zu Recht **e r k a n n t** :

I. Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG wird der Beschwerde insoweit stattgegeben, als die Auflagen 1 und 2 aufgehoben werden. Ansonsten wird die Beschwerde abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Mit Bescheid des Bezirkshauptmannes des Bezirkes Eferding (im Folgenden: belangte Behörde) vom 28. Juli 2015, Pol96-53-2015, wurde die Schließung des Betriebes mit der Bezeichnung „C.“ in E., x, mit Wirkung ab 28. Juli 2015, verfügt.

Dieser Bescheid wurde – zusammengefasst – damit begründet, dass bereits bei einer Kontrolle am 21. April 2015 in diesem Lokal Glücksspielgeräte (1 afric2go, 5 Walzengeräte und 2 Geräte mit Hunderennen) betriebsbereit und funktions-tüchtig aufgestellt waren. Weiters seien bei einer weiteren Kontrolle am 11. Juni 2015 insgesamt 8 Glücksspielgeräte vorgefunden worden, worauf von der belangten Behörde sowohl das Beschlagnahme- als auch das Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet worden sei. Mit Bescheid vom 23. Juli 2015 sei die Beschlagnahme der vorläufig beschlagnahmten Geräte angeordnet worden.

Mit Schreiben vom 1. Juli 2015 sei für den Fall des weiteren unerlaubten Betriebes von Glücksspielgeräten die Betriebsschließung angedroht worden.

Im Zuge einer am 28. Juli 2015 durchgeführten glücksspielpolizeilichen Kontrolle durch die Finanzpolizei des Finanzamtes Grieskirchen Wels wurde festgestellt, dass im ggst. Lokal sechs Glücksspielgeräte seien und seien diese in der Folge an Ort und Stelle vorläufig beschlagnahmt worden.

Das Lokal bestehe im Wesentlichen aus einem Raum, in die Glücksspielgeräte betrieben werden. Neben den

Glücksspielgeräten fungieren lediglich zwei Getränkeautomaten und ein Snackautomat als Einnahmequellen, die untergeordnet im Verhältnis zu den Einnahmen aus dem Glücksspielbetrieb seien.

Die Hauptzweck des Betriebes liege im Zurverfügungstellen von Glücksspielgeräten. Die Bereitstellung von Getränken und Snacks spiele eine untergeordnete Rolle.

Der Betreiber besitze für die Veranstaltung der Glücksspiele keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG und unterliegen solche auch nicht einem Ausnahmetatbestand des § 4 GSpG.

Die Gefahr der Fortsetzung verbotener Glücksspiele habe mit keinem gelinderen Mittel als der Betriebsschließung begegnet werden können, da trotz der Androhung der Betriebsschließung für den Fall der Fortsetzung von illegale Ausspielungen weiterhin Glücksspiele angeboten worden oder neue Geräte nach erfolgter Beschlagnahme spielbereit bereitgehalten worden seien.

Eine weitere Gefährdung der Interessen des Glücksspielmonopoles könne durch andere geeignete Vorkehrungen, wie die Stilllegung von Einrichtungen, Beschlagnahmen oder sonstige Maßnahmen nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden.

Gegen diesen Bescheid, der dem Beschwerdeführer am 19. Juni 2015 mittels Hinterlegung zugestellt worden ist, hat dieser mit Eingabe 13. Juli 2015 (Poststempel 15. Juli 2015) rechtzeitig Beschwerde erhoben

In dieser wird wörtlich Folgendes ausgeführt:

"[...]"

C.) Beschwerdebegründung / Anfechtungserklärung:

Der bezeichnete Bescheid wird seinem gesamten Inhalt und Umfang nach angefochten. Die Anfechtung stützt sich auf folgende Gründe, welche zur Rechtswidrigkeit führen bzw. wird der Bescheid aus folgenden Gründen angefochten:

- *Rechtswidrigkeit des Inhaltes*
- *Verfahrensfehler*
- *Unzuständigkeit*
- *Aktenwidrigkeit*
- *Ergänzungsbedürftigkeit*
- *Unrichtige rechtliche Beurteilung*
- *Mangelnde Schuld*
- *Höhe der Strafe*

C. 1.) Rechtswidrigkeit des Inhaltes / Ergänzungsbedürftigkeit:

Es wurde kein ordentliches Verfahren durchgeführt! Die Beschwerdeführerin hatte keine Möglichkeit zur Stellungnahme - ihr / sein Recht auf Parteiengehör wurde missachtet. Ein wesentlicher nicht mehr korrigierbarer Spruchmangel ist in dem Umstand zu sehen, dass die belangte Behörde als Tatzeit exakt die Zeiten der Kontrolle annimmt. Denn gerade für diese Zeit des behördlichen - teilweise mit Polizeiassistenz erfolgten -Einschreitens kann schon nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht angenommen werden, dass der Terminal von potentiellen Interessenten in Betrieb genommen und hätte benutzt werden können. In dieser Zeit wurde nämlich eine auf der gegenständlichen Terminal abgestellte offizielle Amtshandlung (Kontrolle und Bespielung) durchgeführt, die eine Betriebsbereitschaft für potentielle Spieler ausschließt. Der Begriff des 'Betreibens' im Sinne von Spielbereitschaft des Geräts für Interessenten kann während der Zeit dieser Amtshandlungen bei realistischer Betrachtung nicht erfüllt sein. Somit steht fest, dass schon der vorgeworfene Tatzeitpunkt falsch ist.

Da sich das VwG nach zumindest analog anzuwendender Judikatur des VwGH nicht nur an die Ausführungen in der Beschwerde zu halten hat, sondern auch auf das Vorbringen der Parteien in erster Instanz Bedacht zu nehmen hat, werden das gesamte bisherige Vorbringen sowie die gestellten Anträge auch zum Inhalt dieser Beschwerde erhoben. Soweit in Stattgebung der bisher gestellten Anträge Ergebnisse eines ergänzten Ermittlungsverfahrens vorliegen, wird beantragt, diese Ergebnisse der Ermittlungen dem Beschwerdeführer vorzuhalten (VwGH 22.5.1984, Slg 11448 A uva.).

Der belangten Behörde sind eine Vielzahl von

BEGRÜNDUNGSMÄNGELN

vorzuwerfen. Gemäß § 46 Abs 2 VStG hat der Bescheid eine Begründung aufzuweisen. Für Form und Inhalt gelten grundsätzlich die Vorschriften des AVG über Bescheide. Die Behörde hat in der Begründung den festgestellten Sachverhalt und die Stellungnahme der Partei anzuführen; dabei sind auch die von der Behörde im Rahmen der Beweiswürdigung angestellten Erwägungen (etwa warum bei widersprechenden Zeugenaussagen einem der Zeugen geglaubt wird: VwSlgNF 2372 A) darzulegen. Auch Schlüsse aus Tatsachen, die nur bei der Behörde notorisch sind, sind in der Begründung anzuführen (VwGH 20.2.1973 ZI 1256/72). Weiters hat die Begründung die 'Beurteilung der Rechtsfrage' zu beinhalten; dies bedeutet, dass die Behörde den Sachverhalt der anzuwendenden Norm zu 'unterstellen' hat (VwSlgNF 7909 A). Es ist der festgestellte Sachverhalt dem gesetzlichen Tatbestand zuzuordnen, was eine Interpretation der anzuwendenden Norm voraussetzt (Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechtes DDr. Walter, DDr. Maier, Seite 131). Insbesondere hat die Behörde aufzudecken, welche Gedankenvorgänge und Eindrücke für sie maßgebend waren, dass sie das eine Beweismittel dem anderen vorgezogen und eine Tatsache für wahr oder unwahr gehalten hat (VwGH 15.1.1986, 85/03/0111, 25.2.1987, 86/03/0222 uva.). Geht man von diesen von Judikatur und Lehre geforderten Voraussetzungen einer Begründung des Bescheides aus, so stellt er sich mehrfach als mangelhaft dar. Im Übrigen wird auf die Regeln der Beweisaufnahme und der Unmittelbarkeit des Verfahrens nach §§ 46 und 48 VwGVG verwiesen. Gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens bzw. Einziehungsverfahrens abzuweichen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann. Gemäß § 45 Abs. 2 AVG hat die Behörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht. Weiters sind gemäß § 25 Abs. 2 VStG die der Entlastung des Beschuldigten dienlichen Umstände in gleicher Weise zu berücksichtigen wie die belastenden. Der im § 45 Abs. 2 AVG genannte Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist in Zusammenhalt mit den bereits erwähnten Grundsätzen der Unmittelbarkeit des Verfahrens und der materiellen Wahrheitsforschung zu sehen. Voraussetzung für eine gesetzmäßige Beweiswürdigung ist ein ausreichend durchgeführtes Ermittlungsverfahren, in welchem die Parteien ihre Rechte geltend machen können. Diese Verpflichtung der Verwaltungsstrafbehörde, den Sachverhalt von sich aus festzustellen, begründet als Folgewirkung die Tatsache, dass ein verwaltungsstrafrechtlicher Schuldspruch nur dann erfolgen kann, wenn der in Frage stehende Sachverhalt als absolut sicher festzustellen ist. Voraussetzung dafür wiederum ist eine entsprechende Beweissicherung bzw. die Möglichkeit, eine solche durchzuführen.

Festgestellter Sachverhalt: Eine Sachverhaltsdarstellung ist der Begründung des angefochtenen Erkenntnis überhaupt nicht bzw. nicht in ausreichendem Ausmaß zu entnehmen. Unterbleibt jedoch die sachverhaltsmäßige Feststellung eines Tatbildmerkmals, dann leidet der angefochtene Bescheid an Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften, weil der Sachverhalt ergänzungsbedürftig geblieben ist (VwGH 25.6.1963, Z 1319/62).

Jedenfalls findet die im Spruch genannte Tat in den Feststellungen keine hinreichende Deckung.

Das Vorliegen objektiver Tatbestandsmerkmale hat die Behörde zu beweisen (VwGH 12.2.1980, 3487/78).

Die belangte Behörde trifft so gut wie keine Feststellungen über den technischen Ablauf der angeblichen Glücksspiele. Warum die belangte Behörde der Meinung ist, es handele sich um Glücksspielautomaten ist in der Bescheidbegründung nicht einmal annähernd ersichtlich.

Die Behörde erster Instanz hätte daher nachstehende Fragen selbst oder durch einen Sachverständigen lösen und die entsprechenden Feststellungen treffen müssen.

- 1.) Werden Daten über das Internet ausgetauscht?
- 2.) Welche Daten werden ausgetauscht. Wie groß ist das Datenvolumen?
- 3.) Wird über das Internet von anderer Seite (einem Glücksspielautomaten) das dort erzielte Ergebnis übermittelt?
- 4.) Ist das von der Behörde als Glücksspielautomat bezeichnete Eingabeterminal in der Lage selbstständig eine Spielentscheidung herbeizuführen?
- 5.) Kann auf dem Eingabeterminal nach Lösung der Internetleitung noch gespielt werden?
- 6.) ungefähre Größe des Gerätes?
- 7.) Farbe, äußeres Erscheinungsbild?
- 8.) Anschlüsse, Stecker, Steckverbindungen, Kabel?
- 9.) Schilder, Aufschriften, Gerätenummer, etc.?
- 10.) Ist/war das Gerät fest mit dem Boden oder der Wand verbunden?
- 11.) Art der Stromversorgung:
- 12 V, 220 V? 12.) Anzahl der Bildschirme?
- 13.) Anzahl der Tasten?
- 14.) Bringen Tastenkombinationen ein Ergebnis? Z.B. Spielfreigabe?
- 15.) Gibt es eine Spielbeschreibung, wie viele Seiten umfasst diese?
- 16.) In welcher Sprache ist die Spielbeschreibung abgefasst?
- 17.) Gibt es Warnhinweise bezüglich der Gefahr spielsüchtig zu werden?
- 18.) Ist ein Demoprogramm installiert?
- 19.) Wie war der Erhaltungszustand zum Zeitpunkt der Befundaufnahme? (neu, neuwertig, Gebrauchsspuren, abgenutzt, veraltet, etc.)

Technischer Aufbau

- 1.) Art und Größe des Bildschirmes (Röhre, LCD, Plasma); handelt es sich um einen Touch-Screen, wenn ja, welches Fabrikat bzw. wie wird der Touch-Screen angesteuert?
- 2.) Verfügt das Gerät über eine Internetleitung, war diese angeschlossen?
- 3.) Wurde die tatsächliche intakte Funktion dieser Internetleitung überprüft?
- 4.) Verfügt das Gerät über eine interne Stromversorgung (Batterie, Akku)?
- 5.) Verfügt das Gerät über einen Lautsprecher?
- 6.) Verfügt das Gerät über einen Banknotenscanner?
- 7.) Ist ein Münzeinwurf vorhanden?
- 8.) Mit welcher Stromspannung arbeiten die einzelnen Elemente/technischen Geräte?
- 9.) Ist eine Sprachsteuerung vorhanden?
- 10.) Kann ein starker Stromstoß, z.B. Blitzeinschlag Einfluss auf die Elektronik, das Programm oder auf die Funktionsweise des Gerätes nehmen?
- 11.) Wie lässt sich das Gerät öffnen?
- 12.) Kann das Gerät von außen gesperrt oder freigegeben werden?
- 13.) Kann das Gerät durch eine kabellose Fernbedienung beeinflusst werden? 14.) Was sind die technischen Voraussetzungen, um in das Buchhaltungssystem Einsicht zu nehmen?
- 15.) Deprogrammiert sich das Gerät unter bestimmten Voraussetzungen?
- 16.) Wie erfolgt die Ansteuerung des oberen DVD?
- 17.) Wie erfolgt die Ansteuerung des unteren DVD?
- 18.) Besitzt das Gerät eine integrierte Grafik?
- 19.) Wie viel Bite umfasst der Speicher?
- 20.) Besteht eine batteriegepufferte Datenerhaltung, wenn ja, über welchen Zeitraum ist der Datenerhalt

gewährleistet? 21.) Gibt es für den Datenerhalt eine Absicherung? 22.) Welche Daten weißt der Festplattenspeicher auf?

23.) Welches Betriebssystem wird verwendet?

Allgemeines zum Betrieb

- 1.) Kann nur gegen Geldeinsatz gespielt werden?
- 2.) Welcher Geldeinsatz (Banknote, Münze) kann ab welcher Höhe und bis zu welcher Höhe in das Gerät eingegeben werden? In welcher Währung kann gespielt werden?
- 3.) Wie hoch ist der maximale bzw. minimale Einsatz pro Spiel?
- 4.) Gibt es Zusatzspiele?
- 5.) Kann das Gerät Gewinne ausfolgen?
- 6.) Welche Programmdateien werden über Internet übermittelt?
- 7.) Werden die Spielverläufe intern aufgezeichnet?
- 8.) Gehen Daten bei der Trennung des Gerätes vom Stromnetz verloren? Nach welcher Zeit?
- 9.) Wo ist die Graphik gespeichert?
- 10.) Von wo aus wird das Buchhaltungsprogramm des einzelnen Spieles gesteuert? (extern, intern)
- 11.) Startet, abgesehen vom ersten Spiel, jedes Spiel automatisch?
- 12.) Kann das Spiel jederzeit abgebrochen bzw. beendet werden?
- 13.) Wie lange dauert durchschnittlich ein jedes Spiel?
- 14.) Geben Sie die kürzeste und längstmögliche Spieldauer des Einzelspieles an.

Spielprogramme

- 1.) Welche Spiele können auf dem Gerät gespielt werden?
- 2.) Welche Versionen der einzelnen Spielprogramme sind installiert?
- 3.) Sind alle Spielprogramme funktionsfähig?
- 4.) Beschreiben sie die einzelnen Spiele?
- 5.) Kann der Spieler im Spielverlauf irgendwie tätig werden? (Karten/Symbole halten, das Spiel abbrechen, etc.)
- 6.) In welchen Spielvarianten kann der Spieler gewinnen?
- 7.) Lassen sich die Gewinnchancen/Verlustgefahren in irgendeiner Form beeinflussen?
- 8.) Was ist für den Spieler das bestmögliche Einzelspielergebnis?
- 9.) Was ist für den Spieler das schlechtmöglichste Einzelspielergebnis?
- 10.) Gibt es Sonderspiele wie Gambeln, Supergames, etc. ?
- 11.) Wie hoch ist bei Sonderspielen der Einsatz, wie hoch ist der Gewinn?
- 12.) Wer ist Urheber des jeweiligen Spielprogrammes?
- 13.) Kann der Betreiber das Spielprogramm verändern?
- 14.) Entspricht das Spielprogramm national und international gebräuchlichen Spielprogrammen?
- 15.) Wie schnell ist das einzelne Spiel erlernbar?
- 16.) Bedarf es einer besonderen Intelligenz?
- 17.) Welche Veränderungen sind während des Spieles am Bildschirm zu beobachten?
- 18.) Können alle Veränderungen vom Spieler zur Gänze gesehen bzw. erfasst werden?
- 19.) Ist das Spiel zur Gänze - in jedem Teilbereich - zufallsabhängig?
- 20.) Wiederholen sich Spielergebnisse in einer wiederkehrenden Reihenfolge? 21.) Kann der Spieler durch lange Beobachtung, Konzentration, Merkfähigkeit, Geschicklichkeit, Ausdauer oder besondere Beobachtungsgabe das Spielergebnis verbessern?
- 22.) Wie viele Versionen des jeweiligen Spielprogrammes gibt es?

- 23.) Gibt es Spielteilergebnisse? Führen diese zu Gewinn oder Verlust?
- 24.) Gibt es statistische Auswertungen über Gewinn- und Verlusthäufigkeit des jeweiligen Spielprogrammes?
- 25.) Kennt das jeweilige Programm 'Freispiele'?
- 26.) Beinhaltet das jeweilige Spielprogramm - aus technischer Sicht gesehen Programmierungselemente, die den Charakter einer Wette haben?
- 27.) Kann die Behörde ausschließen oder bestätigen, dass es sich um einen/keinen Wettapparat/Wettautomaten handelt?

Die Behörde wurde darauf hingewiesen, dass der UVS Niederösterreich unter anderem zur Geschäftszahl Senat - MI-10-1006 nach genauer Prüfung das angefochtene Ergebnis aufgehoben und das Verfahren eingestellt hat, da der Behauptung des Beschuldigten, es handle sich lediglich um ein Eingabeterminal und keinesfalls um einen Glücksspielautomaten, nicht entgegengetreten werden konnte. Trotz dieses klaren Hinweises hat die Behörde jedwede Ermittlungstätigkeit in dieser Richtung unterlassen und konnten daher auch die entscheidungswesentlichen Feststellungen nicht getroffen werden. Hätten Ermittlungstätigkeiten stattgefunden, wäre die Behörde zu dem Schluss gekommen, dass es sich nicht einmal mehr um Eingabeterminale handelt.

Diese Rechtsansicht wird weiters gestützt durch die nachfolgenden Entscheidungen in gleich bzw. ähnlich gelagerten Fällen, welche zur Gänze zu Gunsten der Berufungswerber gefällt wurden:

UVS Oberösterreich: VwSen-360037/17/AL/Ha/ER vom 7.1.2013; UVS Oberösterreich: VwSen-360027/10/Gf/Rt vom 17.1.2013; UVS Oberösterreich: VwSen-301087/14/MB/ER vom 17.12.2012; UVS Oberösterreich: VwSen-301107/14/Gf/Rt vom 24.9.2012; UVS Oberösterreich: VwSen-301133/12/Gf/Rt vom 24.9.2012; UVS Oberösterreich: VwSen-360045/2/Gf/Rt vom 17.9.2012; UVS Oberösterreich: VwSen-360038/2/Gf/Rt vom 21.8.2012;

UVS Oberösterreich VwSen-301096/14/WIE/ER/Ba vom 8.10.2012; UVS Oberösterreich: VwSen-301085/11/WIE/ER/Ba vom 18.10.2012; UVS Vorarlberg: UVS-1-912/E2-2011 vom 27.9.2012; UVS Salzburg: UVS-5/14344/7-2012 vom 10.9.2012; UVS Oberösterreich: VwSen-740127/3/Gf/Rt vom 20.8.2012; UVS Kärnten: KUVS-2582/5/2011 vom 27.6.2012; UVS Kärnten: KUVS-2583/5/2011 vom 27.6.2012; UVS Kärnten: KUVS-K7-1307/2/2012 vom 14.6.2012; UVS Kärnten: KUVS-K7-1027/5/2011 vom 21.3.2012; UVS Niederösterreich: Senat-ZT-11-0005 vom 12.3.2012; UVS Niederösterreich: Senat-ZT-11-0006 vom 8.3.2012; UVS Niederösterreich: Senat-ZT-11-0005 vom 12.3.2012; UVS Niederösterreich: Senat-ZT-11-0004 vom 27.2.2012; UVS Niederösterreich: Senat-TU-11-1003 vom 22.2.2012; UVS Niederösterreich: Senat-TU-11-1002 vom 3.2.2012; UVS Niederösterreich: Senat-WN-10-1029 vom 8.9.2011; UVS Niederösterreich: Senat-WN-1032 vom 8.9.2011; UVS Niederösterreich: Senat-PM-10-1005 vom 12.8.2011; UVS Niederösterreich: Senat-PM-10-1006 vom 10.8.2011; UVS Niederösterreich: Senat-GD-10-1004 vom 3.8.2011; UVS Niederösterreich: Senat-GD-1002 vom 3.8.2011; UVS Niederösterreich: Senat-WN-10-1029 vom 3.9.2011; UVS Niederösterreich: Senat-WT-10-1001 vom 1.7.2010; UVS Steiermark: UVS 30.567/2011-2 vom 8.3.2012; UVS Niederösterreich: Senat-WN-10-1032 vom 8.9.2011; UVS Oberösterreich: VwSen-300986/3/BMa/Th vom 27.6.2011; UVS Steiermark: UVS 30.1778/2010-6 vom 12.10.2010.

Hingewiesen wird darauf, dass alle angeführten Entscheidungen die Rechtslage nach der Novellierung 2010 betreffen und daher auch auf gegenständlichen Fall voll anwendbar sind.

Es ist davon auszugehen, dass nicht jede Rechtsunkenntnis oder wieder Rechtsirrtum als Sorgfaltsverletzungen oder gar als Fahrlässigkeit zu beurteilen ist. Wie der Verwaltungsgerichtshof in jüngster Zeit ausgesprochen hat, ist, 'wenn es um die unrichtige Beurteilung einer Rechtsfrage geht, Verschulden daher nur dann grundsätzlich zu bejahen, wenn der Entscheidung eine nach den Umständen unvertretbare Rechtsauffassung zu Grunde liegt. Ob dies der Fall ist, ist stets nach den konkreten Besonderheiten des Einzelfalles zu beurteilen' (vgl. Verwaltungsgerichtshof 15. Dezember 2011, 2 2008/09/0364). Die oben angeführten Entscheidungen stimmen mit der Rechtsauffassung des Beschwerdeführers überein und besagen das in diesem speziellen Fall gerade keinen Eingriff in das Glücksspielmonopol vorliegt. Somit steht fest dass die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers rechtskräftig, also in einem wenn auch individuell bindenden, normativen Akt als rechtsrichtig anerkannt wurde (siehe weiter oben angeführten Entscheidungen). Damit liegt sogar im Sinne der besonders strengen Rechtsprechung des Senates 17 (unter anderem 28.3.2011, 2 011/17/0039) -falls man nicht ohnedies die Tatbestandsmäßigkeit zwingend zu verneinen hat - jedenfalls ein Fall des § 5 Abs. 2 VStG vor. Nach dieser

Rechtsprechung genügt eine plausible Rechtsauffassung - dass sie jedenfalls plausibel ist, belegen schon die vorgenannten Entscheidungen - nicht, sondern es bedarf 'bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht vielmehr einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen'. Rechtskräftige-im Instanzenzug ergangene-Entscheidungen sind wohl mehr als (nicht bindende) 'geeignete Erkundigungen'! Angesichts der Vielzahl - die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers im Instanzenzug rechtskräftig bestätigende - an Entscheidungen kann es für den Beschwerdeführer keinerlei Zweifel an der Richtigkeit der Rechtsauffassung gegeben haben. Wenn dagegen vorgebracht werden könnte, dass es auch andere Entscheidungen gibt, die die Rechtsauffassung des Beschwerdeführers nicht teilen, so hat der Beschwerdeführer diese Entscheidungen bekämpft. Wenn der Verwaltungsgerichtshof sich noch nicht mit der Begründung der Rechtsauffassung des Beschwerdeführers auseinandergesetzt hat, so kann das nicht zulasten des Beschwerdeführers ausschlagen -ein Verschulden, in welcher Form auch immer kann daraus niemals abgeleitet werden. Ja selbst dann, wenn der Verwaltungsgerichtshof die Meinung des Beschwerdeführers nicht geteilt hätte - zu betonen, was bis jetzt nicht der Fall ist - würde dies an der Richtigkeit der Berufung auch Paragraph fünf Absat. 2 VStG nichts ändern.

Es ist bekannt, dass der Verfassungsgerichtshof in Erkenntnis vom 13.6.2013 zur Zahl B 422/2013, Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (ua 22.8.2012, 2012/17/0156) als rechtswidrig, die vom Verwaltungsgerichtshof vertretene Rechtsansicht als dem Doppelbestrafungsverbot des Art. 4 Absatz 1 Z 7 ZPEMRK widersprechend angesehen hat. Wenn man dieser nunmehr als nicht haltbar qualifizierten Rechtsprechung gefolgt wäre, wäre es doch geradezu denkmöglich, darin einen Fall des verschuldeten Rechtsirrtums zu sehen! Es kann schlicht nicht sein, dass Paragraph fünf Abs. 2 VStG wegzuinterpretieren sei weiter mit dem Gesetzgeber unterstellt würde, etwas sinnloses normiert zu haben zudem würde dies in einem Spannungsverhältnis zum verfassungsrechtlich garantierten Prinzip des Schuldstrafrechtes stehen, dass so selbstverständlich ist, dass es in den einschlägigen verfassungsrechtlichen Garantien (Art 90 ff B-VG, Art 6 und Art 7 EMRK) unausgesprochen vorausgesetzt wird. (VfSlg. 15.200/1998). Eine derart restriktive Interpretation des Schuldstrafrechtes müsste vom Verfassungsgerichtshof geklärt werden.

C.2.) Verfahrensfehler der belangten Behörde

Aufgrund der vorliegenden Rechtsprechung des VfGH zur Zahl B 422/2013 vom 13.6.2013 steht fest, dass festgestellt hätte werden müssen welche Einsätze auf welchem Terminal bei welchem Spiel geleistet werden konnten oder nicht. Dies betrifft jedes einzelne Spiel pro Terminal. Die Aktenlage lässt erkennen, dass die einschreitenden Behörden nicht der Rechtsprechung entsprechend gehandelt haben, da sich aus den Akten ergibt, dass lediglich 1 Spiel probegespielt wurde. Das Ermittlungsverfahren an sich ist somit derart mangelhaft geblieben, dass eine Erlassung des hier angefochtenen Bescheides nach den geltenden Verfahrensvorschriften rechtlich unzulässig ist. Ebenso wurde das Prüfkriterium der Serienspiele aus den Aufzeichnungen der einschreitenden Behörde - genauer gesagt aus den Formularen GSP 26 entfernt. Somit wurde rechtswidrigerweis nicht festgestellt, ob Serienspiele angeboten wurden. Das Merkmal der Serienspiele zur Begründung der strafgerichtlichen Zuständigkeit und der Anwendbarkeit des § 168 StGB ist jedoch nach wie vor relevant. Die letzte Änderung des § 52 GSpG ist verfassungswidrig.

Hierzu wird auf das vor dem Verfassungsgerichtshof anhängige Verfahren zu Zahl G 203/2014-2 verwiesen (Antrag gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a iVm Art. 89 Abs. 2 B-VG des Landesverwaltungsgerichtes Burgenland).

Im Detail:

§ 52 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 GSpG in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 13/2014: § 52 (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 40.000,-- Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22.000,-- Euro zu bestrafen,

1. 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;

(2) Werden in Zusammenhang mit der Teilnahme an Ausspielungen Vermögenswerte Leistungen für ein Spiel vor über 10,-- Euro von Spielern oder anderen geleistet, so handelt es sich nicht mehr um geringe Beträge und tritt insoweit eine anfällige Strafbarkeit nach diesem Bundesgesetz hinter eine allfällige Strafbarkeit nach § 168 StGB zurück. Die Befugnisse der Organe der öffentlichen Aufsicht gemäß § 50 Abs. 2 sowie die Befugnisse im Rahmen der behördlichen Sicherungsmaßnahmen nach §§ 53, 54 und 56a bleiben davon unberührt.'

Aus der Rechtsprechung der Höchstgerichte zu dieser Bestimmung folgt, dass eine Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde zur Beschlagnahme nach § 53 GSpG aber auch zur Betriebsschließung nach § 56a GSpG dort endet, wo eine ausschließliche Gerichtszuständigkeit gegeben ist, da kein Raum für eine weitere Verfolgung wegen des Verdachts einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG bleibt. Zur Klärung der Frage, ob eine (ausschließliche) Gerichtszuständigkeit gemäß § 168 StGB oder die Zuständigkeit der Verwaltungsstraßbehörde nach § 52 Abs. 1 GSpG besteht, ist nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes vor 13.06.2013, ZI. B 422/2013-9, darauf abzustellen, welcher mögliche Höchsteinsatz an einem Glücksspielgerät geleistet werden kann. So hält der Verfassungsgerichtshof Folgendes fest:

'Das Veranstellen, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglich-machen von verbotenen Ausspielungen, bei denen Einsätze bis zu EUR 10,-- pro Spiel geleistet werden können, erschöpft sich vollständig i dem gemäß § 168 Abs. 1 StGB strafbaren Verhalten in Bezug auf Automaten / Glücksspiel bzw. die darauf installierten Spielprogramme mit Einsätzen über EUR 10,--. Bei einer verfassungskonformen Interpretation des § 52 Abs. 2 (iVm § 52 Abs. 1 Z 1) GSpG hinsichtlich der Abgrenzung der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden von jener der Strafgerichte darf es somit nur darauf ankommen, ob eine Glücksspielveranstaltung (also das Veranstellen, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen von verbotenen Ausspielungen mit Spielautomaten über einen bestimmten Zeitraum) mit einem Einsatz von über EUR 10,-- pro Spiel ermöglicht wird, und nicht darauf, ob der jeweilige Spieler Einsätze von höchstens EUR 10,-- oder mehr als EUR 10,-- tatsächlich leistet. Dabei umfasst das Veranstellen, Organisieren, Anbieten, oder unternehmerisch Zugänglichmachen jeweils nur einen konkreten Spielautomaten und nicht mehrere Spielautomaten (gemeinsam).'

Aus der dargelegten verfassungskonformen Interpretation der Abgrenzungsregelung des § 52 Abs. 2 GSpG ergibt sich im Übrigen die Verpflichtung der Verwaltungsstraßbehörde - auch nach Maßgabe der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz nach Art. 7 BVG bzw. Art. 2 StGG und dem Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter gemäß Art. 83 Abs. 2 B-VG - stets zu ermitteln, welcher mögliche Höchsteinsatz an einem Spielautomaten geleistet werden kann (bzw. ob Serienspiele veranlasst werden können), um derart beurteilen zu können, ob eine Gerichtszuständigkeit gemäß § 168 StGB oder die Zuständigkeit der Verwaltungsstraßbehörden gemäß § 52 Abs. 1 GSpG besteht. Dies bedeutet, dass eine verwaltungsbehördliche Straßzuständigkeit für ein Glücksspielgerät (Glücksspielautomaten, elektronische Lotterie sonstiger Eingriffsgegenstand) dann nicht mehr gegeben ist, wenn mit Hilfe dieses Gerätes das Veranstellen, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen von (verbotenen) Ausspielungen mit Einsätzen von über 10,-- Euro pro Spiel ermöglicht wird (bzw. Serienspiele veranlasst werden können). In diesem Fall ist eine ausschließliche Gerichtszuständigkeit gegeben und besteht sohin (auch) keine Zuständigkeit mehr für die Verwaltungsbehörden zur Anordnung der in § 52 Abs. 2 zweiter Satz GSpG angeführten Sicherungsmaßnahmen. Aus diesem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes ergibt sich auch, dass zur Abgrenzung der Zuständigkeit auf das einzelne Gerät an sich (arg.: 'umfasst das Veranstellen, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen jeweils nur eines konkreten Spielautomaten'; 'mögliche Höchsteinsatz an einem Glücksspielautomaten geleistet werden kann) und nicht auf die einzelnen auf dem Gerät abrufbaren Spiele abzustellen ist; dies bedeutet, ein Gerät fällt entweder in die ausschließliche Gerichtszuständigkeit oder in die ausschließliche verwaltungsbehördliche Zuständigkeit.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich mit Erkenntnis vom 23.07.2013, ZI. 2012/1770249, (in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung) dieser Rechtsansicht angeschlossen.

Durch die Novelle BGBI. I Nr. 13/2014 wurde § 52 GSpG neu gefasst (in Kraft getreten mit 01.03.2014). So wurden bezüglich des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG die vorgesehenen Geldstrafen erhöht und lautet diese Bestimmung nunmehr:

'§ 52 (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000,-- Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22.000,-- Euro zu bestrafen,
1. 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;'

Der neu abgefasste Abs. 2 § 52 GSpG in der Fassung BGBI. I 13/2014 sieht erhöhte Strafdrohungen im Falle der Verwendung mehrerer Glücksspielautomaten bzw. Eingriffsgegenstände, sowie im Wiederholungsfall vor.

Abs. 3 wurde wie folgt geändert:

'(3) 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.'

§ 168 StGB wurde nicht geändert sondern in seiner bisherigen Form beibehalten und lautet wie folgt:

1) Wer ein Spiel, bei dem Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen oder das ausdrücklich verboten ist, veranstaltet oder eine zur Abhaltung eines solchen Spieles veranstaltete Zusammenkunft fördert, um aus dieser Veranstaltung oder Zusammenkunft sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zuzuwenden, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, es sei denn, dass bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge gespielt wird.

(2) Wer sich gewerbsmäßig an einem solchen Spiel beteiligt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

Dadurch wurde ein klarer Verstoß gegen Art. 18 in Verbindung mit Art. 83 Abs. 2 B-VG gesetzt:

Gemäß Art. 83 Abs. 2 B-VG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter wird durch den Bescheid einer Verwaltungsbehörde verletzt, wenn die Behörde eine ihr gesetzlich nicht zukommende Zuständigkeit in Anspruch nimmt (z.B. VfSlg. 15.372/1998, 15.738/2000, 16.066/2001, 16.298/2001 und 16.717/2002) oder wenn sie in gesetzwidriger Weise ihre Zuständigkeit ablehnt, etwa indem sie zu Unrecht eine Sachentscheidung verweigert (z.B. VfSlg. 15.482/1999, 15.858/2000, 16.079/2001 und 16.737/2002). Diese Verfassungsnorm bindet aber nicht nur die Vollziehung, sondern auch die Gesetzgebung. Art. 18 B-VG iVm Art. 83 Abs. 2 B-VG verpflichten den Gesetzgeber zu einer den strengen Prüfungsmaßstäben standhaltenden präzisen Regelung der Behördenzuständigkeit (VfSlg. 10.311/1984, 18.639/2008). Konkurrierende Zuständigkeiten verschiedener Behörden bzw. zwischen Behörden und Gerichten laufen dem verfassungsrechtlichen Gebot strikter Zuständigkeitsgrenzen zuwider (VfSlg. 13.886/1994), wobei insbesondere für eine Abgrenzung von verwaltungsbehördlicher und strafgerichtlicher Zuständigkeit präzise objektive Kriterien erforderlich sind (VfSlg. 8349/1978).

Diesen durch die zitierte Judikatur des Verfassungsgerichtshofes entwickelten Grundsätzen zur Abgrenzung der Gerichtsbarkeit von der Verwaltung wird der mit BGBI. I Nr. 13/2014 neu geschaffene § 52 Abs. 3 GSpG nicht gerecht und ist diese Bestimmung als verfassungswidrig zu beurteilen.

Die sinnvollerweise eingeführte klare Trennlinie durch die festzustellenden Höchsteinsätze bzw. die Thematik Serienspiel wurde durch die Gesetzesänderung zerstört.

Ob ein Sachverhalt bzw. eine Handlung nach § 168 StGB strafbar ist, müssen die Strafverfolgungsbehörden (Staatsanwaltschaft, Strafgericht) entscheiden. Über dieselbe Frage müssen aber auch die Verwaltungsstrafbehörden entscheiden, da sie nach der Neufassung des § 52 Abs. 3 GSpG auch dann zuständig sind, wenn 'durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht' ist. Verfolgt eine Verwaltungsbehörde eine Tat, weil nach ihrer Ansicht sowohl der Tatbestand nach § 52 GSpG als auch der des § 168 StGB verwirklicht ist, so tritt die gerichtliche Zuständigkeit zurück. Damit ist die Beurteilung der Zuständigkeit gemäß § 168 StGB nicht mehr ausschließlich Sache des Gerichts; dieses hat vielmehr sein Verfahren einzustellen, wenn eine Verwaltungsbehörde ihre Zuständigkeit gemäß § 52 Abs. 3 GSpG als gegeben beurteilt. Es kann aber auch der Fall eintreten, dass ein Gericht eine Zuständigkeit gemäß § 168 StGB nicht gegeben sieht, die Verwaltungsbehörde aber das Gegenteil annimmt. Dies wirft die Frage auf, ob bei Verneinung der gerichtlichen Zuständigkeit durch die Strafverfolgungsbehörden eine Bindungswirkung für die Verwaltungsstraf-behörden besteht. Schon daraus zeigt sich, dass für den Rechtsunterworfenen kaum nachvollziehbar und schon gar nicht - wie es der Verfassungsgerichtshof aber in seine Rechtsprechung fordert - vorhersehbar ist, ob er zu Recht von der Verwaltungsstrafbehörde verfolgt wird oder nicht, sodass eine „klare und eindeutige Zuständigkeitsregelung“ (vgl. VfSlg. 14.192/1995) nicht vorliegt.

Verschärft wird diese Problematik noch durch die mangelnde Bestimmtheit und mangelnde Verständlichkeit der Neuregelung des § 52 Abs. 3 GSpG. Wie bereits ausgeführt, ist die gesetzlich explizit geregelte Trennlinie (10 Euro) zwischen verwaltungsstrafrechtlich sanktioniertem und gerichtlich strafbarem Glücksspiel verloren gegangen. Durch die Novelle BGBI. I Nr. 54/2010 wurde im Glücksspielgesetz der Betrag von 10 Euro pro Spiel insofern als Grenzwert festgesetzt, als Spiele mit einem Einsatz bis zu 10 Euro als 'geringe Beträge' anzusehen waren. Diese Novelle BGBI. I Nr. 54/2010 zum Glücksspielgesetz bewirkte allerdings auch, dass § 168 StGB, welcher ebenfalls von 'geringen Beträgen' im Zusammenhang mit Glücksspielen spricht, eine (implizite) Novellierung insofern erfuhr, als die - bisher ausschließlich durch die Judikatur des OGH -determinierten 'geringer Beträge' (vgl. OGH vom 14.12.1982, 9 Osl37/82 [9 Osl38/82]. 'Aus dieser Sicht liegt ein geringer Betrag im Sinne des § 168 Abs. 1 StGB vor, solange der Gesamteinsatz eines Spielers im Zuge einer Spielveranstaltung im dargelegten Sinn die Summe von 200 S nicht übersteigt.'

Anmerkung: Aus dem Erkenntnis geht weiters hervor, dass Spieleinsätze von 5 S oder 10 S pro Spiel unzweifelhaft gering im Sinne des letzten Halbsatzes des § 168 StGB sind, aber jeweils darauf zu achten ist, ob ein Spieler nicht vorsätzlich zu 'Serienspielen' und damit zu einem 1 nicht bloß geringen Gesamteinsatz veranlasst werden soll die nunmehr mit Beträgen bis zu 10 Euro beziffert waren. Die nunmehrige Neufassung des § 52 GSpG durch die Novelle BGBI. I Nr. 13/2014, speziell des Abs. 3 leg.cit., bewirkte in diesem Sinne auch wiederum (implizit) eine Novellierung des § 168 StGB, für welchen bis zum Inkrafttreten der Novelle BGBI. Nr. 13/2014 Beträge bis zu 10 Euro als „gering“ (vgl. Abs. 1 letzter Satz leg.cit.) gegolten haben und somit keine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben war. Der Grenzwert von 10 Euro für den Begriff der „geringen Beträge“ dürfte in keinem Fall mehr angenommen werden. Wenngleich nicht übersehen wird, dass sich Anhaltspunkte aus der Rechtsprechung des OGH zu § 168 StGB ergeben können, stellt sich doch die Frage, inwiefern diese für die Verwaltungsbehörden bindend ist und inwieweit diese zur Frage, bis zu welcher Betragshöhe noch von 'geringen Beträgen', welche eine Strafbarkeit nach § 168 Abs. 1 letzter Halbsatz StGB ausschließt, noch aktuell ist; die diesbezügliche Rechtsprechung des OGH stammt aus den 80-iger Jahren und zieht die Grenze bei einem Betrag von 200 ATS (siehe OGH aaO).

Auch sind die Ausführungen in den Erläuterungen des neugefassten § 52 Abs. 3 GSpG, wonach 'kein Anwendungsbereich für § 168 StGB verbleibe', nicht nachvollziehbar und stehen diese im Widerspruch zur oben dargelegten höchstgerichtlichen Judikatur. Sowohl der Verfassungsgerichtshof und in weiterer Folge nunmehr auch der Verwaltungsgerichtshof stellen nämlich zur Beurteilung der Zuständigkeit auf das Gerät insgesamt und nicht auf das einzelne Spiel ab. Dies bedeutet, dass der Tatbestand einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 GSpG gar nicht verwirklicht werden kann, wenn die Möglichkeit besteht, am Gerät Einsätze über der Geringfügigkeitsgrenze (wo immer diese nun liegen mag) zu tätigen. Wie das Landesverwaltungsgericht Tirol in seiner Stellungnahme im Begutachtungsverfahren zum Entwurf des Abgaben-änderungsgesetzes 2014 zutreffend darlegt (siehe 105/SN-3/ME XXV. GP), hat der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis vom 13.06.2013, ZI. B 422/2013 – auf welches der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 23.07.2013 zur Zahl 2012/ 17/0249, verwiesen hat - ausgeführt, dass dann, wenn auf die tatsächlichen Einsätze des jeweiligen Spielers abgestellt würde, eine Tat, also ein Lebenssachverhalt bzw. dasselbe Verhalten einer Person (nämlich des in § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG und § 168 StGB umschriebenen Täterkreises) in mehrere strafbare Handlungen zerlegt würde, obwohl dies strafbaren Handlungen dieselben wesentlichen Elemente (essential elements) aufweisen und die eine strafbare Handlung den Unrechtsgehalt der anderen in jeder Beziehung mitumfasst. Das Veranlassen, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen von verbotenen Ausspielungen, bei denen Einsätze bis zu 10 Euro pro Spiel (Anmerkung: oder wo immer diese Grenze nun liegen mag) geleistet werden können, erschöpft sich nach dieser Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes vollständig in dem gemäß § 168 Abs. 1 StGB strafbaren Verhalten in Bezug auf (Automaten) Glücksspiele bzw. die darauf installierten Spielprogramme mit Einsätzen über 10 Euro (siehe die Anmerkungen oben). Damit ist nach dieser Rechtsprechung gar nicht denkbar, dass im Sinne der neu beabsichtigten Fassung des § 52 Abs. 1 1. Halbsatz des Glücksspielgesetzes gleichzeitig Tatbestände nach dem Glücksspielgesetz und dem § 168 StGB gegeben sein können, zumal der strafgerichtliche Tatbestand auch Sachverhalte erfasst, bei denen Einsätze bis zu 10 Euro (Anmerkung: bis zur nunmehr nicht mehr gesetzlich bestimmten Geringfügigkeitsgrenze) geleistet werden. Damit liegt eine unechte Gesetzeskonkurrenz zwischen diesen beiden Tatbeständen vor und ist im Falle eines Tatbestandes nach § 168 StGB daneben der Verwaltungsstrafatbestand des § 52 GSpG nicht gegeben. Damit kann auch aus dieser Sicht nach der derzeitigen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes und des Verwaltungsgerichtshofes der strafgerichtliche Tatbestand des § 168 StGB nicht vom Tatbestand einer Verwaltungsübertretung nach § 52 des Glücksspielgesetzes verdrängt werden.“ Im Übrigen ist auch darauf hinzuweisen, dass die meisten Glücksspielgeräte über eine sogenannte Automatik-Start-Taste verfügen, welche die Durchführung von Serienspielen ermöglicht. Auch in diesem Fall wäre eine (ausschließliche) Gerichtszuständigkeit gegeben. Dass sohin für § 168 StGB kein Anwendungsbereich bleibe, ist nicht zutreffend. Dies zeigt sich wohl auch daran, dass der Gesetzgeber diese Bestimmung unangetastet gelassen hat, obwohl ihm nicht zuzusinnen ist, dass er inhaltsleere Bestimmungen im Rechtsbestand belässt.

Schon daraus zeigt sich, dass für den Rechtsunterworfenen kaum nachvollziehbar und schon gar nicht - wie es der Verfassungsgerichtshof aber in seiner Rechtsprechung fordert - vorhersehbar ist, ob er zu Recht von der Verwaltungsstraßbehörde verfolgt wird oder nicht, sodass eine 'klare und eindeutige Zuständigkeitsregelung' (vgl. VfSlg. 14.192/1995) nicht vorliegt und schon aus diesem Grund Verfassungswidrigkeit vorliegt.

Verstoß gegen Art. 7 EMRK in Verbindung mit Art. 18 B-VG:

Der Verfassungsgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass die Verwendung sogenannter unbestimmter Gesetzesbegriffe, die durch eine unscharfe Abgrenzung gekennzeichnet sind, dann mit Art. 18 B-VG vereinbar ist, wenn die Begriffe einen soweit bestimmbareren Inhalt haben, dass der Rechtsunterworfenen sein Verhalten danach einrichten kann und die Anwendung der Begriffe durch die Behörde auf ihre Übereinstimmung mit dem Gesetz überprüft werden kann (z.B. VfSlg. 6477/1971 mwN; ferner VfSlg. 11.776/1988 zu unbestimmten Gesetzesbegriffen in einem Straftatbestand). Er hat auch die Auffassung vertreten, dass angesichts der unterschiedlichen Lebensgebiete, Sachverhalte und Rechtsfolgen, die Gegenstand und Inhalt gesetzlicher Regelungen sein können, ganz allgemein davon auszugehen sei, dass Art. 18 B-VG einen dem jeweiligen Regelungsgegenstand adäquaten Determinierungsgrad verlangt (VfSlg. 13.785/1994, S 666). Der Gesetzgeber ist somit zuzumuten, die ihm vorschwebende Absicht, ein bestimmtes Verhalten mit Strafe zu bedrohen, durch einen Rechtssetzungsakt zu verwirklichen und es dadurch dem Rechtsunterworfenen zu ermöglichen, aus der Rechtsordnung den Unrechtsgehalt seines Verhaltens zu erkennen bzw. sich davon Kenntnis zu verschaffen (vgl. VfSlg. 12.947/1991). Der Gesetzgeber begnügt sich im Fall des § 52 Abs. 3 GSpG in der Fassung BGBI. Nr. 13/2014 offenbar damit, auf die einschlägige Strafbestimmung des § 168 StGB zu verweisen, ohne diese Regelung in einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Bestimmtheitsgebots des Art. 18 B-VG und Art. 7 EMRK genügenden Weise zu konkretisieren.

Verstoß gegen Art. 4 Abs. 1 7. ZPEMRK:

Gemäß Art. 4 Abs. 1 des 7 ZPEMRK (in seiner deutschen Übersetzung) darf 'niemand [...] wegen einer strafbaren Handlung, wegen der er bereits nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht eines Staates rechtskräftig verurteilt oder freigesprochen worden ist, in einem Strafverfahren desselben Staates erneut vor Gericht gestellt oder bestraft werden.' Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (vgl. VfSlg. 14.696/1996 und diesem folgend VfSlg. 15.128/1998, sowie 15.199/1998) widerspricht eine Regelung, wonach durch eine Tat unterschiedliche Delikte verwirklicht werden (Idealkonkurrenz), nicht zwingend dem Doppelbestrafungsverbot des Art. 4 Abs. 1 7. ZPEMRK. Die Verfolgung wegen ein und desselben tatsächlichen Verhaltens nach zwei verschiedenen Straftatbeständen ist daher grundsätzlich zulässig, sofern diese sich in ihren wesentlichen Elementen unterscheiden (vgl. VfSlg. 18.833/2009 und 19.280/2010 im Hinblick auf EGMR 10.2.2009 [GK], Fall Zolothukin, Appl. 14.939/03). Eine verfassungsrechtlich unzulässige Doppel- oder Mehrfachbe- strafung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 7. ZPEMRK liegt dann vor, wenn eine Strafdrohung oder Strafverfolgung wegen einer strafbaren Handlung bereits Gegenstand eines Strafverfahrens war, also der herangezogene Deliktstypus den Unrechts- und Schuldgehalt eines Täterverhaltens vollständig erschöpft. Ein weitergehendes Strafbedürfnis entfällt daher, weil das eine Delikt den Unrechtsgehalt des anderen Delikts in jeder Beziehung mitumfasst. 'Strafverfolgungen bzw. Verurteilungen wegen mehrerer Delikte, deren Straftatbestände einander wegen wechselseitiger Subsidiarität, Spezialität oder Konsumtion ausschließen, bei den verfassungswidrigen Doppelbestrafungen, wenn und weil dadurch ein und dieselbe strafbare Handlung strafrechtlich mehrfach geahndet wird' (VfSlg. 14.696/1996). Eine gesetzliche Strafdrohung widerspricht Art. 4 Abs. 1 7. ZPEMRK, wenn sie den wesentlichen Gesichtspunkt ('aspect') eines Straftatbestandes, der bereits Teil eines von den Strafgerichten zu ahndenden Straftatbestandes ist, neuerlich einer Beurteilung und Bestrafung durch die Verwaltungsbehörden unterwirft (VfSlg. 15.128/1998), sich also die Entscheidung des Strafgerichts einerseits und der Verwaltungsbehörde andererseits auf das 'gleiche Verhalten' gründen (EGMR 23.10.1995, Fall Gradinger, Appl. 15.963/90). Wie oben dargelegt, ist § 52 Abs. 3 GSpG in der Fassung der Novelle BGBI. Nr. 13/2014 von einem hohen Grad an Unbestimmtheit geprägt, der zu großer Rechtsunsicherheit führt, wobei diese Bestimmung (indirekt) auch den Anwendungsbereich des § 168 StGB einengt. All dies bewirkt, dass der Rechtsunterworfenen der Gefahr ausgesetzt ist, sowohl von gerichtlichen Strafverfolgungsbehörden als auch von den Verwaltungs- strafbehörden verfolgt zu werden. Vertreten die gerichtlichen Strafverfolgungs- behörden die Auffassung, dass eine bestimmte Tat nur nach § 168 StGB zu verfolgen ist, so werden sie ihre Zuständigkeit bejahen und ein Strafverfahren durchführen. Kommt eine Verwaltungsstraßbehörde hingegen zum Ergebnis, dass eine gerichtliche Zuständigkeit gemäß § 52 Abs. 3 GSpG nicht gegeben ist, so wird sie ein Verwaltungsstraßverfahren durchführen. Kompetenzkonflikte zwischen Richter und Verwaltungsstraßbehörden sind deshalb geradezu 'vorprogrammiert' und ist diese Rechtslage auch aus dieser Blickwinkel als verfassungswidrig zu beurteilen.

Verstoß gegen Art. 91 B-VG:

Der einfache Bundesgesetzgeber hat im Rahmen des Art. 91 B-VG zwar eine verhältnismäßig weite rechtspolitische Gestaltungsfreiheit (auch) in der Richtung, welchem Vollzugsbereich er die Ahndung einer bestimmten strafbaren Handlung zuweist. Wenn die strafbare Handlung aber wegen der vom Bundesgesetzgeber bewerteten hohen Sozialschädlichkeit mit einer schwerwiegenden Strafe bedroht ist, so ist der Bundesgesetzgeber von Verfassungswegen gehalten, mit der Ahndung dieser strafbaren Handlung die Organe der Strafgerichtsbarkeit zu betrauen (vgl. VfSlg. 12151/1989).

§ 52 Abs. 3 GSpG in der Fassung der Novelle BGBL. I Nr. 13/2014 sieht eine 'umgekehrte' Subsidiaritätsregel vor. Eine Zuständigkeit der Strafgerichte besteht nur mehr dann, wenn der von diesem zu verfolgende Tatbestand des 168 StGB nicht gleichzeitig eine Verwaltungsübertretung nach § 52 GSpG begründet. Dies bewirkt (indirekt) eine Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 168 StGB und geht die Zuständigkeit der Strafgerichte nach § 168 StGB unter, wenn auch ein Verwaltungsstraftatbestand erfüllt ist.

Dieses System steht diametral zur oben einleitend wiedergegebenen Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, wonach eine Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Strafgerichten und Verwaltungsstraßenbehörden vor dem Hintergrund der Sozialschädlichkeit der strafbaren Handlung zu erfolgen hat. Dass gerade das Glücksspiel mit besonderen Gefahren verbunden ist und Sozialschädlichkeit nachweislich gegeben ist, hat der Verfassungsgerichtshof wiederholt betont (siehe VfGH vom 06.12.2012, ZI. B 1337/11 u.a. sowie VfGH vom 16.03.2013, ZI. G 82/12); auch zeigen die Ausführungen in den Erläuterungen, dass der Gesetzgeber offenkundig aufgrund der Gefahren, die vom verbotenen Glücksspiel ausgehen, ein effektives und wirksames System der Strafverfolgung für notwendig erachtet. Wenn jedoch 'der Gesetzgeber ein Verhalten als hoch sozialschädlich wertet [...], so muss der einfache Bundes- oder Landesgesetzgeber [...] eine Zuständigkeit der Strafgerichte begründen' (vgl. Mayer, Das österr. Bundes-Verfassungsrecht 4 [2007] III. zu Art. 91 B-VG und die dort zitierte Literatur und Judikatur). Das bedeutet, dass es gegenständlich einen Kernbereich strafgerichtlicher Zuständigkeiten geben muss und die Bestimmung des § 168 StGB nicht inhaltsleer und 'entkernt' werden darf. Dies bedeutet, dass § 52 Abs. 1 in Verbindung mit § 52 Abs. 3 GSpG in der Fassung der Novelle BGBL. Nr. 13/2014 der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu Art. 91 B-VG nicht Rechnung trägt, sondern vielmehr in krassem Widerspruch dazu steht.

Gleichheitswidrigkeit/Verstoß gegen Art. 2 StGG und Art. 7 B-VG:

Eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz kann nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (z.B. VfSlg. 10.413/1985, 14.842/1997, 15.326/1998 und 16.488/2002) nur vorliegen, wenn der angefochtene Bescheid auf einer dem Gleichheitsgebot widersprechenden Rechtsgrundlage beruht, wenn die Behörde der angewendeten Rechtsvorschrift fälschlicherweise einen gleichheitswidrigen Inhalt unterstellt oder wenn sie bei Erlassung des Bescheides Willkür geübt hat. Der Gleichheitsgrundsatz bindet also auch den Gesetzgeber (siehe etwa VfSlg. 13.327/1993, 16.407/2001). Er setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen (vgl. z.B. VfSlg. 14.039/1995, 16.407/2001). Wie dargelegt, nimmt der Verfassungsgerichtshof die Abgrenzung der gerichtlichen von der verwaltungsstraßenbehördlichen Zuständigkeit nach der Sozialschädlichkeit der strafbaren Handlung vor. Da wohl unbestritten ist, dass illegales Glücksspiel eine hohe Sozialschädlichkeit ausweist (arg.: 'Glücksspiel ist ein besonders sensibler Bereich mit vielen Risiken'). Er betrifft die gesellschaftspolitische Verantwortung eines Staates und ist daher von hoher ordnungspolitischer Relevanz.' (www.bmf.av.at/steuern/gluecksspiel-spielerschutz/gluecksspiel-spielerschutz.html). Es stellt sich die Frage, ob es eine sachliche Rechtfertigung dafür gibt, gerade in diesem 'besonders sensiblen Bereich' ein zu dieser Rechtsprechung diametral verlaufendes Abgrenzungssystem vorzusehen.

Eine solche Rechtfertigung dafür, dass eine Person, die sowohl den Tatbestand des § 52 GSpG als auch jenen des § 168 StGB verwirklicht, nur verwaltungsstraßenrechtlich belangt wird, während eine Person, die ausschließlich § 168 StGB verwirklicht, gerichtlich und damit strenger bestraft wird, wird nicht gesehen. Geht man davon aus, dass § 168 StGB diejenigen Handlungen erfassen will, die ein hohes Maß an Sozialschädlichkeit aufweisen, so ist keine sachliche Rechtfertigung ersichtlich, warum diese hohe Sozialschädlichkeit, die die gerichtliche Zuständigkeit begründet, verloren geht, wenn der betreffende Tatbestand auch eine Verwaltungsübertretung bildet. Im Ergebnis wäre damit eine Handlung mit höherem Unrechtsgehalt mit einer weniger strengen Strafe bedroht.

Besonders bedenklich wäre dies in jenen Fällen, in denen ein Privater nach § 168 StGB bestraft wurde, ein Unternehmer (siehe § 2 Abs. 1 Z 2 GSpG) trotz vergleichbarer Tathandlung jedoch nur nach der mildereren Bestimmung des GSpG. Auch für den Umstand, dass ein Spieler jedenfalls nach § 168 StGB zu bestrafen ist, hingegen der Unternehmer, der selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt trotz (eigentlich noch verwerflicherer) Tathandlung nach dem mildereren GSpG ist keine sachliche Rechtfertigung erkennbar.

Weitere Bedenken entstehen dadurch, dass der Grundsatz der Subsidiarität des Verwaltungsstrafrechts zum gerichtlichen Strafrecht in einem isolierten Teilbereich 'umgekehrt' wird, indem die Verwaltungsstrafe der gerichtlichen Strafe vorgeht. Es wird nicht verkannt, dass § 22 Abs. 1 VStG die Subsidiarität des Verwaltungsstrafrechts nur vorsieht, wenn nichts anderes geregelt ist. Eine sachliche Rechtfertigung für diesen, soweit ersichtlich, einmaligen Systemwechsel im Vergleich zum übrigen Verwaltungsstrafrecht ist dennoch nicht erkennbar, zumal es sachfremd erscheint, bei einer Tathandlung, die aufgrund einer gesetzlichen Regelung - woh aufgrund des höheren Unrechtsgehalts - mit schwerer Strafe und gleichzeitig aufgrund einer anderen gesetzlichen Bestimmung mit einer weniger schweren Strafe bedroht, letzterer den Vorzug zu geben (siehe hierzu die Stellungnahme des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich im Begutachtungsverfahren, 122/SN-3/ME XXV. GP).

Würde man der in den Erläuterungen intendierten Auslegung des § 52 Abs. 3 GSpG (die wie dargelegt in Widerspruch zur höchstgerichtlichen Rechtsprechung liegt) anschließen, würde dies zur Folge haben, dass eine (nahezu ausschließliche) Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde für illegales Glücksspiel gegeben sein soll, da in der Regel jedes Spiel mit geringen und hohen Einsätzen gespielt werden kann und damit immer auch eine Übertretung nach § 52 GSpG verwirklicht wird. Das würde aber bedeuten, dass auch Glücksspiele mit sehr hohen Einsatzmöglichkeiten wie Roulette, Poker, etc. ausschließlich in die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden fallen würden. Dass dies eine unbillige, sachlich nicht zu rechtfertigende Entkriminalisierung des illegalen Glücksspiels darstellt, muss wohl nicht weiter erläutert werden.

Eine sachliche Rechtfertigung für die 'Umkehrung' der Subsidiaritätsregel ist aber auch nicht damit zu rechtfertigen (auch wenn dies offensichtlich der Hauptgrund für die Novellierung sein dürfte), dass der Vollzug durch die Verwaltungsstrafbehörden vom Gesetzgeber laut Ausführungen in den Erläuterungen als wirksamer erachtet wird da es in den vergangenen Jahren mehr verwaltungsstrafrechtliche als gerichtliche Verurteilungen gegeben hat. Dies ist allein darin begründet, dass von der ordentlichen Gerichtsbarkeit - zumindest in den Fällen, die Beweggründe für die Novellierung des GSpG waren - trotz Erfüllung der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 168 StGB von einer Bestrafung der Täter aus unionsrechtlichen Gründen abgesehen wurde. Diese unterschiedliche Beurteilung der Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht ändert nichts an dem Umstand, dass nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes und dem von ihm entwickelten Ordnungssystem strafbare Handlungen mit derart hohem Unrechtsgehalt wie das illegale Glücksspiel dem grundsätzlich strengere Strafsystem der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu unterwerfen sind. Die gerichtliche Strafbarkeit einer Tat ist mit wesentlich schwerwiegenderen Konsequenzen verbunden als die Begehung einer Verwaltungsübertretung, wobei es auch zu beachten gilt, dass im Bereich des Strafrechtes andere Mittel zur Aufklärung der Taten zur Verfügung stehen (wie etwa Hausdurchsuchungen), die für die Verfolgung illegalen Glücksspiels mitunter erforderlich sind.

Das gewählte System der Zuständigkeitsabgrenzung ist daher mangels sachlicher Rechtfertigung und aus gleichheitsrechtlichen Überlegungen als verfassungswidrig zu beurteilen.

Aufgrund der getätigten Ausführungen ergeht daher die

ANREGUNG

Das erkennende Landesverwaltungsgericht möge die entsprechenden Anträge im Sinne des Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit a iVm Art. 89 Abs. 2 B-VG beim Verfassungsgerichtshof stellen.

Eben wurde auf die Thematik betreffend des praktisch Nichtvorliegens von strafrechtlichen Verurteilungen auf Basis des § 168 StGB eingegangen (siehe oben). Dies wurde vom Gesetzgeber nicht nur als Vorwand für die Novellierung des § 52 GSpG missbraucht, sondern auch als Vorwand für die Rechtfertigung des Monopolsystems des GSpG angeführt. Aus Sicht des Gesetzgebers sind die momentanen Regelungen geeignet den

unionsrechtlichen Vorgaben betreffend Spielerschutz und Kriminalitätsbekämpfung zu genügen.

Dies ist unrichtig und nicht zu rechtfertigen.

Die Regelungen betreffend das Glücksspielmonopol sind unionsrechtswidrig. Hier wird verwiesen auf die Entscheidung in der RS Pflieger zur Zahl C-390/12 vom 30.04.2014. Die Regelungen im GSpG betreffend die Monopolregelungen und auch in weiterer Folge die aufgrund des Monopols erteilten Konzessionen sind unionsrechtswidrig und haben daher unangewendet zu bleiben. Ein Verstoß bzw. ein unerlaubter Eingriff in das Monopol ist somit unmöglich. Dass bei bestehender Unionsrechtswidrigkeit eine unerlaubte V Inländerdiskriminierung droht, braucht nicht näher erläutert zu werden. Untersuchungen haben gezeigt, dass der Spielerschutz in der momentanen Ausgestaltung nicht existent ist. So war es u.a. in den Sommermonaten 2014 in Lokalen der Konzessionsinhaber in NÖ und OÖ für Minderjährige möglich zu spielen und Gewinne bzw. Verluste zu lukrieren. Bei der Frage, ob ein Glücksspielmonopol überhaupt errichtet werden darf, ist zu prüfen, ob die Verfolgung einer expansionistischen Geschäftspolitik durch die mit einem Glücksspielmonopol betraute Einrichtung mit den von der Monopolregelung verfolgten Zielen im Einklang stehen kann (RS Dickinger und Omer, Rz 40). Vor dem Hintergrund der soeben beschriebenen Judikatur des EuGH gilt es nunmehr zu klären, ob im Allgemeininteresse liegende zwingende Gründe bestehen, die das österreichische Glücksspielmonopol in seiner konkreten rechtlichen Ausgestaltung als adäquat und verhältnismäßig erscheinen lassen. Das österreichische Glücksspielmonopol ist als Finanzmonopol mit besonderer ordnungspolitischer Zielsetzung eingerichtet (VwGH 21.12.1985, 97/17/0175; 04.08.2005, 2004/17/0035). Das besondere Gewicht der fiskalpolitischen Intentionen des historischen Gesetzgebers ist aus den Materialien unschwer erweisbar. Aus der EuGH-Judikatur folgt jedoch, dass diese fiskalpolitischen Erwägungen nicht geeignet sind, die mit einer Monopolisierung notwendig verbundenen Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit zu rechtfertigen. Das staatliche Monopol soll nach Ansicht der österreichischen Regierung der Kriminalitätsbekämpfung dienen (RS Dickinger und Omer Rz 52). Es ist damit zunächst zu prüfen, ob die staatlichen Kontrollen über die Tätigkeit des Inhabers des Monopols gewährleisten können, dass dieser tatsächlich in der Lage sein wird, die geltend gemachten Ziele mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieser Ziele quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen (RS Dickinger und Omer, Rz 57). In diesem Zusammenhang kann aber bereits nicht festgestellt werden, dass von 2009 bis 2012 kriminelle und betrügerische Aktivitäten im Zusammenhang mit Glücksspielen und Spielsucht in Österreich ein erhebliches Problem darstellten. Dieses 'non liquet' geht zu Lasten der klagenden Partei. Diese stützt sich in ihrem Vorbringen ua darauf, dass das österreichische Glücksspielmonopol aufgrund derartiger Probleme gerechtfertigt sei bzw. notwendig sei um diesen Zweck zu verfolgen. Weiters ist zu prüfen, ob die Geschäftspolitik des Inhabers des Monopols sowohl hinsichtlich des Umfangs der Werbung als auch hinsichtlich der Schaffung neuer Spiele als Teil einer Politik der kontrollierten Expansion im Glücksspielsektor zur wirksamen Lenkung der Spiellust in rechtmäßige Bahnen angesehen werden kann. Die gesetzten Maßnahmen müssen darauf abzielen, die Spiellust der Verbraucher in rechtmäßige Bahnen zu lenken (RS Dickinger und Omer, Rz 65 und 67). Die Werbung des Inhabers des staatlichen Monopols muss deshalb maßvoll und eng auf das begrenzt bleiben, was erforderlich ist, um die Verbraucher zu den kontrollierten Spielnetzwerken zu lenken. Hingegen darf eine solche Werbung nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher zu fördern, also zur aktiven Teilnahme am Spiel anregen. Sie darf etwa das Spiel nicht verharmlosen, die Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöhen, oder bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen. Ebenso wenig darf der Werbung wegen der Verwendung der Einnahmen für im Allgemeininteresse liegende Aktivitäten ein positives Image verliehen werden (RS Dickinger und Omer, Rz 68). Die von den Österreichischen Lotterien GmbH und den Casinos Austria AG betriebene Werbung lässt aber alle diese Vorgaben vermissen. Nicht nur, dass die Werbung aktiv zur Teilnahme am Spiel anregen soll, sie verharmlost konsequent das Spielen ganz grundsätzlich und spielt bewusst mit den Sehnsüchten der Spieler. Zugkräftige Werbebotschaften und Sexismus sind dabei ebenso an der Tagesordnung wie auch das Werben mit Aktionen, die den Unternehmen ein positives Image verleihen sollen. Aufgrund der (aggressiven) Bewerbung der von den Monopolisten angebotenen Glücksspiele können die mit dem Glücksspielmonopol einhergehenden Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit mit Verbraucher- oder Spielerschutzabwägungen nicht gerechtfertigt werden. Darüber hinaus kommt auch keine andere, mit dem Verbraucherschutz einhergehende Rechtfertigung in Allgemeininteresse in Betracht, da die Konzessionsvoraussetzungen des § 14 GSpG gar nicht auf eine Verhinderung von Wirtschaftsverbrechen (z.B. Betrug, Geldwäsche) abzielen scheinen. Eine Rechtfertigung scheidet sohin schon aus diesem Grund aus. Selbst wenn man von einer Rechtfertigung ausgehen würde, so fehlt jede nachvollziehbare Begründung dafür, dass die angestrebten Zielsetzungen nur allein im Weg einer Monopolisierung erreicht werden konnten. Diese Zielsetzungen lassen sich mithin auch durch gelindere Mittel als die Monopolisierung eines ganzen Wirtschaftszweiges erreichen. So wäre es sinnvoller, anstelle einer Monopolisierung Suchtspielambulanzen finanziell zu unterstützen, damit den tatsächlich von der Glücksspielsucht Betroffenen wirksam geholfen werden kann, oder Online-Seiten, auf denen gespielt werden kann, generell zu sperren, bedenkt man, dass mehreren Medienberichten zufolge gerade im Online-Bereich die Spielsucht bemerkbar ist, oder bei Sportwetten, für welche es von vorneherein keine gesetzliche Reglementierung gibt.

Dazu kommt, dass eben auch die Monopolinhaberin auf www.win2day.at Online-Glücksspiele anbietet, sohin in einem Bereich, wo das Monopol keinerlei Rechtfertigung mehr aufweisen kann, auch wenn zwar gewisse Einsatzgrenzen eingeführt sind, der monatliche Betrag, der verspielt werden kann, jedoch weit über dem Durchschnittseinkommen eines Österreicherers liegt. Eine durch ein Monopol gegebene Kontrolle der Spielsucht ist daher schon durch das Angebot der Monopolinhaberin von Onlineglücksspiel gänzlich nicht mehr gewährleistet, sodass die staatlichen Kontrollen über die Tätigkeit des Inhabers des Monopols nicht mehr dazu dienen können, dass dieser tatsächlich in der Lage sein wird, die geltend gemachten Ziele mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieser Ziele quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen.

Das österreichische Glücksspielmonopol ist in seiner derzeitigen Ausgestaltung somit unionsrechtswidrig. Die monopolisierenden Bestimmungen im GSpG werden daher wegen Widerspruchs gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht bei Auslandsbezug verdrängt.

Die bisherigen Ausführungen teilt auch das LG Linz in seiner Entscheidung zu 1 CG 190/11 y, worin das LG Linz da GSpG für unionsrechtswidrig erklärt.

Wie bereits der OGH in seiner jüngsten Entscheidung zu 4 Ob 200/14m festgehalten hat muss nunmehr diese Unionrechtswidrigkeit aufgrund Art 7 B-VG direkt auch für Inländer gelten.

Es wird daher beantragt nachstehende Beweise aufzunehmen:

Beweis: beizuschaffender Akt des LG Linz zu 1 CG 190/11 y;

H. K., p.A. österreichischer Automatenverband, Guglgasse 5, 1030 Wien;

R. N., p.A. Institut für Glücksspiel und Abhängigkeit, Emil-Kofler-Gasse 2, 5020 Salzburg;

R. R., x, x, L.;

J. M., p.A. BM für Inneres, Herrengasse 7, 1014 Wien.

C.3.) Unzuständigkeit

Nach der ständigen verwaltungsgerichtlichen Judikatur findet das Spiel dort statt, wo ein Spielautomat örtlich aufgestellt ist, wo dieser in Betrieb genommen werden kann, wo dieser mit Geld versorgt wird. Keines dieser Kriterien ist im Wirkungsbereich der hier tätigen Behörde gegeben. Der Einsatz wird nicht am Tatort geleistet. Es ist daher nicht der geringste Anhaltspunkt dafür gegeben, dass die einschreitende Behörde örtlich zuständig ist. Die Möglichkeit, mittels eines Eingabeterminals einer Servicefirma einen Auftrag zu geben, stellt keinen Straftatbestand dar und begründet daher auch nicht die Zuständigkeit der Behörde.

Die Behörde schreitet nach den Bestimmungen des GSpG ein. Diese Bestimmungen treten jedoch nach wie vor - aufgrund der Verfassungswidrigkeit der Änderung des § 52 GSpG (siehe Ausführungen in Punkt C.2.) hinter eine allfällige Strafbarkeit nach § 168 StGB zurück. Der Gesetzgeber hat daher erkannt, dass im genannten Fall das Glücksspielgesetz nur subsidiär anzuwenden ist. Die primäre Anwendung dieses Glücksspielgesetzes verstößt daher gegen den nach wie vor geltenden § 52 Abs. 2. Die Vorfrage, ob die strafrechtlichen Normen anzuwenden sind, kann nicht von der Verwaltungsbehörde, sondern nur vom Gericht gelöst werden. Es wird daher die Ansicht vertreten, dass erst in dem Fall, der gerichtlichen Feststellung, dass eine strafbare Handlung nach § 168 StGB nicht vorliegt, die Verwaltungsbehörde tätig sein kann. Der angefochtene Bescheid wird allein schon deshalb zu beheben sein, da die Anwendung des Glücksspielgesetzes im vorliegenden Fall nicht erfolgen darf. Die Feststellungen des VfGH im Erkenntnis vom 13.06.2013 zur Zahl B 244/2013 im Hinblick auf das Doppelbestrafungsverbot des Art 4 Abs 1 Z 7 ZPEMRK treffen auf den vorliegenden Beschwerdefall voll zu.

Die Einsatzhöhen und die Frage zum Thema Serienspiele wurden nicht geklärt und nicht erhoben.

C.4.) Unrichtige rechtliche Beurteilung

Bei gegenständlichem Bescheid sind mehrere Fehler der Behörde zu bemängeln. Die Schließung des Betriebes wurde am 17.06.2015 verfügt. Dies ist jedoch der Tag der Ausstellung des Bescheides. Somit kann der Beginn der angeblich gerechtfertigten Betriebsschließung nicht auf diesen Tag fallen.

Der überwiegende Zweck des Lokals ist nicht der des Anbietens von Glücksspiel. Somit ist für die Betriebsschließung kein Platz mehr (siehe auch Kommentar GSpG § 56a RZ 3 Strojcek/Bresich, GSpG). Der überwiegende Zweck des gesperrten Lokals als Sportwettlokal ergibt sich aufgrund der Skizze.

Ebenso ist im gegenständlichen Verfahren kein Verwaltungsstrafverfahren abgeführt bzw. beendet worden. Es stellt sich daher die Frage, wie die Behörde den begründeten Verdacht rechtfertigt. Aus den Unterlagen betreffend die Beschlagnahme ergibt sich jedenfalls nur ein „normaler“ Verdacht.

Darüber hinaus ist der Bereich wo die inkriminierten Geräte aufgestellt sind, abgetrennt. Es wäre im Sinn der ultimaratio Regelung auch möglich gewesen nur den getrennten Bereich abzusperrern. Dies ist nicht passiert. Die Betriebsschließung hat immer ultimaratio zu sein (Erlacher, GSpG2, 88f, sowie Strojcek/Bresich, GSpG § 56a RZ 44ff).

Es wird daher nach § 56a Abs. 2 GSpG vorzugehen sein.

Es ist den Ausführungen des UVS im Land NÖ im Bescheid vom 13.12.2013 Zahl: Senat – AM – 12-0305 zu folgen, wonach der Berufung Folge gegeben wurde. Der Sachverhalt ist in den entscheidungsrelevanten Punkten gleich.

Die verfahrensgegenständlichen Eingabeterminals sind weder Glücksspielautomaten noch elektronische Lotterien. Auf diesen Geräten kann kein wie immer geartetes Glücksspiel stattfinden, diese Geräte stehen auch mit keinem Spielanbieter im Zusammenhang, d.h. es kann über die vorhandene Internetleitung kein Kontakt mit einem Glücksspielanbieter aufgenommen werden. Die angesprochenen Geräte sind reine Eingabe- und Auslesestationen wobei eine selbsttätige Programmentscheidung nicht herbeigeführt wird. Die Entscheidung über Gewinn und Verlust wird nicht durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung durch den Apparat selbst zur Verfügung gestellt, sondern auf einem Geldspielapparat generiert und von der lokal verwendeten Software nur visualisiert. Bei den Terminals handelt es sich nicht um Glücksspielautomaten. Eine Subsumtion unter § 2 GSpG ist somit rechtlich gesehen unmöglich. Die Terminals bieten weiters aufgrund des Fehlens eines über das elektronische Medium abgeschlossenen Spielvertrages keine elektronische Lotterie gemäß § 12 a GSpG an. Darüber hinaus fehlt die für die elektronischen Lotterien typische Vernetzung von verschiedenen Glücksspielapparaten.

Gemäß § 53 GSpG kann die Beschlagnahme nur dann angeordnet werden, wenn die Einziehung vorgesehen ist. Dies trifft im gegenständlichen Fall nicht zu. Gemäß § 54 Abs. 1 GSpG sind die Gegenstände, mit denen gegen die Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wurde einzuziehen, es sei denn der Verstoß war geringfügig.

Wenn jedoch nicht einmal die Beschlagnahme greifen kann, kann schon gar nicht der begründete Verdacht für eine Betriebsschließung vorliegen.

Dieser begründete Verdacht könnte sich nur durch das Abführen eines Strafverfahrens erhärten. Dieses ist jedoch -wie die Behörde selbst anführt - noch nicht abgeschlossen. DH es ist unmöglich, dass ein begründeter Verdacht vorliegt.

1.) Geschätzte Umsätze mit dem Eingriffsgegenstand

Hinsichtlich der Geringfügigkeit wird im Kommentar Strojcek/Bresich (Hrsg), Glücksspielgesetz, 2. Auflage (2011), ausgeführt:

'Das Kriterium der Geringfügigkeit iSd Abs. 1 leg.cit, welches durch die Novelle BGBl I 2010/73 eingeführt wurde, orientiert sich va an den geschätzten Umsätzen mit dem Eingriffsgegenstand bzw. am Ausmaß der Abweichung von den gesetzlichen Merkmalen nach § 4 Abs. 2 GSpG, also den Kriterien für Landesausspielungen gern § 5 GSpG (vgl RV 657 BlgNR 24. GP 9).' Es werden jedoch im Gesetz selbst keine Richtlinien genannt, wie die Schätzung zu

erfolgen hat. Diesbezüglich sind die Bestimmungen der BAO heranzuziehen:

§ 184 BAO lautet:

'(1) Soweit die Abgabenbehörde die Grundlagen für die Abgabenerhebung nicht ermitteln oder berechnen kann, hat sie diese zu schätzen. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind

(2) Zu schätzen ist insbesondere dann, wenn der Abgabepflichtige über seine Angaben keine ausreichenden Aufklärungen zu geben vermag oder weitere Auskunft über Umstände verweigert, die für die Ermittlung der Grundlagen (Abs. 1) wesentlich sind.

(3) Zu schätzen ist ferner, wenn der Abgabepflichtige Bücher oder Aufzeichnungen, die er nach den Abgabenvorschriften zu führen hat, nicht vorlegt oder wenn die Bücher oder Aufzeichnungen sachlich unrichtig sind oder solche formelle Mängel aufweisen, die geeignet sind, die sachliche Richtigkeit der Bücher oder Aufzeichnungen in Zweifel zu ziehen.'

Die Einkommenssteuerrichtlinie EStR 2000 des Bundesministeriums für Finanzen führt hierzu bei den Rz 1104-1108 aus:

'Es sind alle Umstände zu berücksichtigen, die für die Schätzung von Bedeutung sind.'

Die Abgabenbehörde kann die Schätzungsmethode grundsätzlich frei wählen (VwGH 27.4.1994, 92/13/0011, 94/13/0094; VwGH 15.5.1997, 95/15/0093; VwGH 22.4.1998, 95/13/0191; VwGH 15.7.1998, 95/13/0286). Die Abgabenbehörde hat jene Methode (bzw. jene Methoden kombiniert) zu verwenden, die im Einzelfall zur Erreichung des Zieles, nämlich der tatsächlichen Besteuerungsgrundlage möglichst nahe zu kommen, am geeignetsten erscheint (zB VwGH 25.6.1998, 97/15/0218). Die Abgabenbehörde ist nicht verpflichtet, Aufzeichnungen, die der Abgabepflichtige zu führen und vorzulegen hatte, zu rekonstruieren (VwGH 6.2.1992, 88/14/0080) muss jedoch offensichtlich angefallene Ausgaben für 'Schwarzarbeit' (VwGH 15.5.1997, 95/15/0093) und 'Schwarzeinkäufe' (VwGH 28.5.1997, 94/13/0200) bei einer Schätzung berücksichtigen. Der Abgabepflichtige ist auch bei der Schätzung zur Mitwirkung verpflichtet (VwGH 17.10.1991, 91/13/0090). Im Schätzungsverfahren ist das Recht auf Parteiengehör vor Bescheiderlassung durch Mitteilung der Basis und Art der Schätzungsmethode, Schlussfolgerungen und Ergebnisse zu wahren. Der Partei ist ausreichend Zeit zur Äußerung von Einwendungen zu gewähren. Es liegt am Abgabepflichtigen, sachlich begründete Argumente gegen die Schätzungsmethode oder einzelne Elemente der Schätzung vorzubringen (VwGH 7.6.1989, 88/13/0015). Die Abgabenbehörde muss sich m. allen konkreten für die Schätzung relevanten Behauptungen auch dann auseinander setzen und eventuell erforderliche ergänzende Erhebungen durchführen (VwGH 24.2.1998, 95/13/0083; VwGH 27.5.1998, 95/13/0282, 95/13/0283). Die Begründung (§ 93 Abs. 3 lit. a BAO) hat die für die Schätzungsbefugnis sprechenden Umstände, die Schätzungsmethode, die der Schätzung zu Grunde gelegten Sachverhaltsannahmen (Darstellung der Berechnung) darzulegen (zB VwGH 5.7.1999, 98/16/0148). 'Nach den in der Judikatur zur § 184 BAO anerkannten Grundsätzen ist das Ziel der Schätzung die möglichst genaue Feststellung der Besteuerungsgrundlagen. Die Schätzung darf daher nicht den Charakter einer Strafbesteuerung haben. Die Schätzung hat den Charakter einer Ermittlungshilfe. Da alle für die Schätzung bedeutungsvollen Umstände zu berücksichtigen sind, hat die Behörde Unterlagen, die geeignet sind, die Unsicherheit der Schätzung zu verhindern, im Rahmen des Schätzungsvorgang zu berücksichtigen. Eine griffweise Schätzung ist nur dort gerechtfertigt, wo im Verfahren keine brauchbaren Schätzungsunterlagen festgestellt werden können, (vgl Ellinger/Iro/Kramer/Sutter/Urtz, BA03, § 184, E 204). Die Schätzung ist keine Ermessensentscheidung. Eine Schätzung ist somit ein Akt der Tatsachenfeststellung, und nicht ein solcher der freien Willensbildung oder Willensentfaltung der Abgabenbehörde (vgl UFS GZ. RV/0536-W/02). Die Wahl der anzuwendenden Schätzungsmethode steht der Abgabenbehörde im allgemeinen zwar frei, doch muss das Schätzungsverfahren einwandfrei abgeführt werden, müssen die zum Schätzungsergebnis führenden Gedankengänge schlüssig und folgerichtig sein, und muss das Ergebnis, das in der Feststellung der Besteuerungsgrundlagen besteht, mit der Lebenserfahrung im Einklang stehen. Das gewählte Verfahren muss stets auf das Ziel gerichtet sein, diejenigen Besteuerungsgrundlagen zu ermitteln, die die größte Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit für sich haben: VwGH 23.05.2007, 2004/13/0033, ÖStZB 2008/84, 95. Hierbei muss die Behörde im Rahmen des Schätzungsverfahrens auf alle vom Abgabepflichtigen substantiiert vorgetragenen, für die Schätzung relevanten Behauptungen eingehen: VwGH 15.07.1998, 95/13/0286, ÖStZB 1999, 284; VwGH 19.09.2001, 2001/16/0188, ÖStZB 2002/377; VwGH 28.10.2004, 2001/15/0137, ÖStZB 2005/192, 270. Die Abgabenbehörde trägt die Beweislast für die Richtigkeit ihrer Schätzungsmethode: VwGH

29.06.2005, 2000/14/0199, ÖStZB 2006/132, 166.

Alle diese Kriterien hat die Behörde nicht berücksichtigt.

Die Behörde hat nicht nachvollziehbar dargetan, von welchen geschätzten Umsätzen sie ausgeht. Insbesondere ist im angefochtenen Bescheid nicht zu erkennen,

- a) über welche Zeitspanne Umsätze getätigt wurden,
- b) ob auch Schließzeiten des Lokals berücksichtigt wurden,
- c) in welcher Höhe diese Umsätze in einzelnen Perioden d.h. pro Tag, pro Woche, pro Monat waren,
- d) ob zusammenhängende Perioden oder nur einzelne, nicht zusammenhängende Perioden geschätzt wurden,
- e) ob diesen Umsätzen auch Gewinne des Glücksspielanbieters zuzuordnen sind,
- f) welche Erfahrung in Schätzung der zuständige Sachbearbeiter hat,
- g) welche Umstände, die für die Schätzung von Bedeutung sind, die Behörde berücksichtigt hat,
- h) welche Schätzungsmethode die Behörde gewählt hat und warum ihr diese am geeignetsten erscheint,
- i) warum die Partei zur Schätzung nicht beigezogen wurde.

Es wird daher das Verfahren durch eine gesetzeskonforme Schätzung zu ergänzen sein.

Die Behörde hat sich mit folgendem Vorbringen auseinanderzusetzen:

- a) dass aufgrund häufiger Störungen das Spielgerät (Terminal) über weite Zeiträume nicht verwendet werden konnte,
- b) dass der Spielbetrieb nur während der üblichen Öffnungszeiten, d.h. nicht rund um die Uhr, durchgeführt werden konnte,
- c) es ist die Konkurrenzsituation zu beachten, die zu deutlichen Umsatzeinbußen geführt hat,
- d) den getätigten Umsätzen stehen höhere Gewinne der Spieler gegenüber, sodass zeitweise kein Gewinn verblieben ist,
- e) die Umsätze sind mit einer hohen Steuerleistung belastet,
- f) es fallen beträchtliche Wartungs- und Servicekosten der Spielgeräte an.

Die Auslegung des Gesetzes dahingehend, dass nur auf die getätigten Umsätze abgestellt wird, kann nicht richtig sein.

Beispiel: Drei Spieler spielen einen Tag lang. Sie setzen je EUR 2.000,--, sie gewinnen aber auch je EUR 2.000,--.

Einem fiktiven Umsatz von EUR 6.000,-- steht aber ein endgültiges Spielergebnis von EUR 0,-- gegenüber. Dies bedeutet, dass für das Kriterium der Geringfügigkeit der Umsatz allein nicht maßgeblich sein kann. Es wird weiter beantragt - dies im Rahmen des rechtlichen Gehörs - die Ergebnisse der Schätzung mitzuteilen und der Partei ein mindestens 14-tägige Frist zur Stellungnahme einzuräumen. Insbesondere sollte der Partei Gelegenheit gegeben werden zu prüfen, ob das Schätzungsergebnis einwandfrei abgeführt wurde, ob die zum Schätzungsergebnis führenden Gedankengänge schlüssig und folgerichtig sind und mit der Lebenserfahrung im Einklang stehen.

2.) Ausmaß der Abweichung von den gesetzlichen Merkmalen nach § 4 Abs. 2 GSpG.

Es mangelt dem angefochtenen Bescheid an Feststellungen ob im Sinne der obigen Gesetzesbestimmungen überhaupt Abweichungen vorliegen.

- a) in welchem Ausmaß solche Abweichungen gegeben sind,
- b) über welche Zeitspanne es zu solchen Abweichungen gekommen ist,

c) ob diesen Abweichungen eine vertretbare Rechtsansicht zu Grunde liegt.

Gemäß § 54 Abs. 1 sind Gegenstände, mit denen gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird, zur Verhinderung weiterer Verwaltungsübertretungen gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs. 1 einzuziehen, es sei denn der Verstoß war geringfügig. Wie sich klar aus dem Gesetzestext ergibt, muss gegen die Bestimmung des § 52 Abs. 1 verstoßen worden sein. Ein Verstoß gegen § 52 Abs. 1 liegt - abgesehen davon, dass überhaupt kein Gesetzesverstoß vorliegt - schon allein deshalb nicht vor, weil mit den in Rede stehenden Gegenstand lediglich um ein Eingabeterminal handelt, mit welchem Aufträge erteilt werden können. Dieses Terminal hat keine Software für Glücksspiele und ist auch mit keinem Glücksspielanbieter verbunden.

Im Einzelnen:

Die verfahrensgegenständlichen Eingabeterminals sind weder Glücksspielautomaten noch elektronische Lotterien. Auf diesen Geräten kann kein wie immer geartetes Glücksspiel stattfinden, diese Geräte stehen auch mit keinem Spielanbieter im Zusammenhang, d.h. es kann über die vorhandene Internetleitung kein Kontakt mit einem Glücksspielanbieter aufgenommen werden. Die angesprochenen Geräte sind reine Eingabe- und Auslesestationen wobei eine selbsttätige Programmentscheidung nicht herbeigeführt wird. Die Entscheidung über Gewinn und Verlust wird nicht durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung durch den Apparat selbst zur Verfügung gestellt, sondern auf einem Geldspielapparat generiert und von der lokal verwendeten Software nur visualisiert. D.h. die in Diskussion geratenen Terminals ermöglichen lediglich an einem Spiel an anderer Stelle teilzunehmen. Bei den Terminals handelt es sich nicht um Glücksspielautomaten im Sinne des § 2 Abs. 2 und Abs. 3 GSpG. Die Terminals bieten weiters aufgrund des Fehlens eines über das elektronische Medium abgeschlossenen Spielvertrages keine elektronische Lotterie gemäß § 12 a GSpG an. Darüber hinaus fehlt die für die elektronische Lotterien typische Vernetzung von verschiedenen Glücksspielapparaten. Dass es sich um ein Eingabeterminal und nicht um ein Glücksspielgerät handelt, wurde in zahlreichen Verfahren insbesondere des UVS Niederösterreich genau ermittelt, dies unter Beiziehung von Sachverständigen, wobei jeweils den Berufungen Folge gegeben und das Verfahren eingestellt wurde. Dies mit der Begründung, dass der Behauptung des Berufungswerbers, es handele sich um ein Eingabeterminal, nicht entgegen getreten werden könne.

Beweis:

Beizuschaffende Akten: UVS Land Niederösterreich Senat MI-10-1006, Senat MI-10-1005 vom 17.6.2011, Senat GD-10-1004 vom 3.8.2011, Senat GD-10-1002 vom 3.8.2011, Senat ZT-11-006 vom 8.3.2012, Senat ZT-11-00005 vom 12.3.2012, Senat ZT 11-0005 vom 8.3.2012.

Faktum ist, dass das Eingabeterminal kein Glücksspielautomat ist, da das Gerät nicht betrieben werden kann, wenn es von der Internetleitung getrennt wird. Es ist daher die Datenübermittlung durch die Internetleitung von wesentlicher Bedeutung. Sollte jedoch auf Grund der Datenübermittlung über die Internetleitung die Behörde - rechtsunrichtig - zur Ansicht kommen, es handle sich um elektronische Lotterie, dann hat eine Einziehung nicht Platz zu greifen. Elektronische Lotterie ist nach § 52 Abs. 4 zu bestrafen. Es handelt sich diesbezüglich um eine Spezialnorm gegenüber den Bestimmungen nach § 52 Abs. 1 GSpG. Ein Verstoß nach § 52 Abs. 4 ist jedoch mit der Einziehung nicht bedroht. Darüber hinaus kann die Beschlagnahme nur ausgesprochen werden, wenn entweder ein fortgesetzter oder ein wiederholter Verstoß gegen eine Bestimmung des § 52 Abs. 1 GSpG vorliegt. Es liegt weder ein wiederholter Verstoß noch ein fortgesetzter Verstoß vor. Die Behörde erster Instanz hat diesbezüglich offensichtlich keine Ermittlungen gepflogen. Auch aus der Bescheidbegründung ist keine Feststellung zu entnehmen, dass ein fortgesetzter oder wiederholter Verstoß gegeben ist. Es ermangelt daher dem angefochtenen Bescheid an der rechtlichen Voraussetzung für die Beschlagnahme.

Diesbezüglich sei auf folgendes jüngst ergangenes Erkenntnis des UVS OÖ verwiesen:

'Vergleicht man die Bestimmungen der Beschlagnahme nach dem OÖ Spielapparate- und Wettgesetz mit jenen nach dem GSpG, so ist augenfällig, dass eine Beschlagnahme nach dem GSpG nicht die bloße Begehung einer Straftat mit Gegenständen, mit deren Hilfe in das Glücksspielmonopol eingegriffen wurde, zur Voraussetzung hat, sondern es ist ein fortgesetzter oder wiederholter Verstoß gegen eine Bestimmung des § 52 Abs. 1 GSpG Voraussetzung. Für das Vorliegen des Verdachts eines fortgesetzten oder wiederholten Verstoßes gegen eine Bestimmung des § 52 Abs. 1 GSpG aber gibt es im vorliegenden Akt bzw. im von der belangten Behörde

geführten Verfahren keine fundierten Feststellungen. Diese können durch den Unabhängigen Verwaltungssenat rückwirkend auch nicht ersetzt werden.' (UVS ÖÖ, 25.05.2009, VwSen-300863/2/BMa/Eg).

D.) Begehren

Nachdem das VwG gemäß Art. 130 Abs. 4 1 Satz B-VG sowie § 50 VwGVG in der Sache selbst entscheiden muss und eine Zurückverweisung an die Behörde in Strafsachen nicht zulässig ist stellt der Beschwerdeführer nachstehende

ANTRÄGE:

Das Landesverwaltungsgericht des Landes Oberösterreich möge

- 1. den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufheben und das Betriebs-schließungsverfahren einstellen; jedenfalls*
- 2. eine mündliche Verhandlung anberaumen."*

Mit Schreiben vom 4. August 2015 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerden den bezughabenden Verwaltungsakt. Von der Möglichkeit der Beschwerdevorentscheidung wurde kein Gebrauch gemacht.

Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art 130 Abs. 1 Z 1 iVm 131 Abs. 1 B-VG iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation, eine den Parteien zur Kenntnis gebrachte Stellungnahme des BMF vom September 2014 samt Glücksspielbericht 2010 – 2013 sowie der Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 10. Dezember 2015, im Rahmen derer Herr C. W., Frau K. L. und Herr M. A. als Zeugen einvernommen wurden und die Vertreterin der belangten Behörde als Auskunftsperson befragt wurde.

Weiters hat der Beschwerdeführer ein umfassendes ergänzendes Vorbringen samt Beilagen übermittelt, in dem im Wesentlichen die Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielgesetzes eingewandt wurde.

Herr W. gab als Zeuge befragt an, er habe die Geräte mit den FA-Nr. 3, 4 und 6 probebespielt. Bei den Geräten mit den FA-Nr. 3 und 4 habe es sich jeweils um ein Walzenspielgerät gehandelt, das Gerät mit der FA-Nr. 6 sei ein afric2go gewesen. Die beiden Walzenspielgeräte seien in einer Art Koje, links vom Eingang aus gesehen, aufgestellt gewesen. Der afric2go sei im Lokalraum selbst aufgehängt gewesen. Eine zweite Koje habe sich auch rechts vom Eingang befunden, in welcher ebenfalls Geräte aufgestellt gewesen seien. Eine dritte Koje sei dann im Raum auch noch vorhanden gewesen, in welcher ebenfalls ein Gerät situiert gewesen sei. Die Kojen hätten alle eine Öffnung aufgewiesen, eine Tür selbst sei jedoch nicht vorhanden gewesen. Im Raum selbst seien noch Tische aufgestellt gewesen, eine Theke sei da gewesen und vom Eingang aus gesehen rechts habe sich im Bereich der rechten Koje ein Getränkeautomat befunden, an den Wänden seien noch Bildschirme montiert gewesen.

Die Geräte seien zu Beginn der Kontrolle eingeschaltet und betriebsbereit gewesen, ein Probespiel sei jeweils möglich gewesen und habe er darüber ein GSpG26- bzw. GSp26b-Formular ausgefüllt und dort das Ergebnis der Probespielung festgehalten. In der Folge seien die Geräte vorläufig beschlagnahmt worden.

Die Zeugin K. L. gibt an, sie habe während der fraglichen Kontrolle die Geräte mit den FA-Nr. 1 und 2 probebespielt, was auch möglich gewesen sei und habe sie darüber jeweils ein GSp26-Formular ausgefüllt. Die Geräte seien in einer Koje recht von der Eingangstür aus gesehen aufgestellt gewesen. Eine zweite Koje habe sich links von der Eingangstür befunden und eine dritte im Raum selbst an der Außenwand. Weiters sei eine Theke vorhanden gewesen. Die Kojen seien begehbar gewesen.

Zu Beginn der Kontrolle sei kein Vertreter der belangten Behörde dabei gewesen, sondern sei die Behördenvertreterin, Frau Mag. O., wahrscheinlich aufgrund einer Information durch den Einsatzleiter, später dazu gekommen.

Der Zeuge M. A. gab an keine Erinnerung mehr an die Kontrolle und die Örtlichkeit zu haben.

Die Behördenvertreterin beschrieb das Lokal in Übereinstimmung mit der im Bescheid abgedruckten Skizze mit der Differenzierung, dass bei der Kontrolle am 28. August 2015 nicht 8, sondern 6 Geräte im Lokal aufgestellt waren. Die Zeugin gab an, dass im einräumigen Lokal drei Kojen (mit Platten abgeteilte Bereiche) vorhanden waren, die begehbar waren. In den Kojen hätten sich keine Türen befunden. Außerdem sei neben dem Getränkeautomaten auch noch ein Snackautomat aufgestellt gewesen.

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

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 28. Juli 2015 im Lokal "C." in E., x, wurden folgende Geräte betriebsbereit vorgefunden:

FA.Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Type	Versiegelungsplakette
1	Kajot	x x x		
2	Kajot	x x x		
3	Kajot	x x x		
4	Kajot	x x x		
5	www.racingDOGS.eu	x x		
6	afric2go	x x		

Der Spielablauf der virtuellen Walzenspiele stellt sich 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. Ein allfälliger Gewinn bzw. ein Restguthaben wurde vom im Lokal anwesenden Personal des Beschwerdeführers ausbezahlt.

Der Ausgang dieser Spiele konnte vom Spieler nicht beeinflusst werden. Die Entscheidung über das Spielergebnis hing somit jedenfalls vorwiegend vom Zufall

ab.

Bei den Hunderennen (FA-Nr. 5) stellt sich der Spielablauf wie folgt dar: Beim gegenständlichen Gerät konnten "Wetten" auf den Ausgang von bereits in der Vergangenheit stattgefundenen aufgezeichneten Hunderennen abgeschlossen werden. Die Kunden konnten lediglich einen Einsatzbetrag und einen oder mehrere vermutete Rennergebnisse auswählen und nach Eingabe von Geld eine "Wette" darauf abschließen. Danach war der in kurze Abständen regelmäßig erfolgende Rennstart und das etwa eine Minute dauernde Rennereignis abzuwarten, wonach der Verlust des Einsatzes oder ein Gewinn feststand. Die auf diesen Geräten angebotenen Spiele waren "Wetten" auf den Ausgang der Wiedergabe aufgezeichneter (virtueller) Hunderennen. Diese Rennen waren Aufzeichnungen von bereits in der Vergangenheit stattgefundenen Rennveranstaltungen. Die Kunden hatten keinerlei Einfluss auf das Zustandekommen bestimmter Spielergebnisse. Sie konnten nur einen Einsatz wählen und eine Siegwette abschließen und anschließend den Rennausgang abwarten.

Der Beschwerdeführer betreibt im Standort E., x, das ggst. Lokal.

Er besitzt keine Konzession zum Aufstellen und Betreiben von Glücksspielgeräten.

Im gegenständlichen Lokal wurden bereits am 11. Juni 2015 acht Glücksspielgeräte beschlagnahmt. Dem Beschwerdeführer wurde mit Schreiben vom 4. Mai 2015 für den Fall weiterer Verstöße gegen das Glücksspielgesetz die Betriebsschließung angedroht.

Der bekämpfte Bescheid wurde dem Angestellten des Beschwerdeführers durch die Vertreterin der belangten Behörde, Mag. A. O., am 28. Juli 2015, im Lokal selbst persönlich an einen dort befindlichen Angestellten übergeben.

Bezüglich der räumlichen Verhältnisse wird im Detail auf die in den behördlichen Bescheid integrierte Skizze verwiesen, die im Verlauf der Kontrolle am 11. Juni 2015 erstellt worden ist. Diese stimmt hinsichtlich der Räumlichkeit mit der im Zuge der weiteren durchgeführten Kontrolle vom 28. Juli 2015 vorgefundenen Situation überein, jedoch waren bei letzterer Kontrolle anstelle von 8 Geräten 6 Geräte aufgestellt. Zudem wird festgehalten, dass die drei planlich getrennt dargestellten Bereiche nicht verschließbar waren. Im Lokal selbst waren ein Getränkeautomat und ein Snackautomat aufgestellt.

Eine Glücksspielsuchtstudie aus dem Jahr 2011 kommt zum Ergebnis, dass in Österreich rund 64.000 Personen in der Altersgruppe zwischen 14 und 65 von Glücksspielsucht betroffen sind, ca. 0,43 % dieses Bevölkerungssegments ein problematisches Spielverhalten aufweisen und ca. 0,66 % pathologisch glücksspielsüchtig sind. Die höchste Problemprevalenz tritt im Bereich des Glücksspiels mit Automaten außerhalb einer Spielbank auf. 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“). Den Konzessionären (gemäß GSpG) wurden mit Bescheiden Standards für sämtliche Werbeauftritte und andere Marketingmaßnahmen vorgeschrieben. Zwecks Bekämpfung des illegalen Glücksspiels gab es in Österreich in den letzten Jahren zahlreiche Kontrollen, bei denen eine erhebliche Zahl von Glücksspielgeräten von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurde.

Beim BMF wurde eine Spielerschutzstelle eingerichtet und die Glücksspielautomaten der konzessionierten Unternehmen an die B. GmbH (BRZ) elektronisch angebunden. Für Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten sieht § 5 GSpG zahlreiche spielsuchtvorbeugende Maßnahmen vor, Spielbanken haben gemäß § 25 GSpG

Maßnahmen zum Schutz ihrer Besucher u.a. gegen Spielsucht zu treffen. Die Konzessionäre müssen ferner ein Jugendschutzkonzept samt Überwachungsmaßnahmen vorlegen. Das BMF hat auf Basis einer Studie „Werbestandards und Leitlinien“ erarbeitet, die den Konzessionären mittels Bescheid vorgeschrieben wurden.

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, ihrem Aktenvermerk und der Dokumentation der Probespiele sowie aus den Zeugenaussagen und Angaben der Vertreterin der belangten Behörde im Rahmen der durchgeführten mündlichen Verhandlung.

Die Feststellungen hinsichtlich der Maßnahmen des BMF gründen sich auf die schlüssige Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen vom September 2014 und den Glücksspiel-Bericht 2010-2013. Wie weiter unten dargestellt wird, lässt sich die Frage, ob das österreichische Glücksspielgesetz oder Teile davon unionsrechtswidrig ist, nicht durch die Vorlage einzelner Werbebeispiele beweisen. Ebenso wenig ist die beantragte Einvernahme eines Branchenvertreters oder anderer Zeugen geeignet, Nachweise für eine allfällige Unanwendbarkeit der österreichischen gesetzlichen Regeln zu erbringen, zumal der beantragte Zeuge lediglich seine persönliche Meinung oder Umstände darstellen könnte, die sich in seinem unmittelbaren Umfeld abspielen. Der Beweisanspruch ist daher abzuweisen.

III. Gemäß § 56a Abs. 1 GSpG kann die Behörde ohne vorausgegangenes Verfahren, aber nicht ohne vorher zur Einstellung der entgegen den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes veranstalteten oder

durchgeführten Glücksspiele aufgefordert zu haben, wenn der begründete Verdacht besteht, dass im Rahmen einer betrieblichen Tätigkeit Glücksspiele entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes veranstaltet oder durchgeführt werden, und ist mit Grund anzunehmen, dass eine Gefahr der Fortsetzung besteht, an Ort und Stelle die gänzliche oder teilweise Schließung des Betriebes verfügen. Von einer Betriebsschließung ist Abstand zu nehmen, wenn eine weitere Gefährdung der Interessen des Glücksspielmonopols durch andere geeignete Vorkehrungen, wie die Stilllegung von Einrichtungen, Beschlagnahmen oder sonstige Maßnahmen, mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann.

Gemäß § 56 a Abs. 2 GSpG sind bei der Erlassung einer Verfügung nach Abs. 1 bestehende Rechte soweit zu schonen, als dies ohne Gefährdung der Ziele dieses Bundesgesetzes möglich ist. Eine Verfügung nach Abs. 1 ist unverzüglich aufzuheben, wenn feststeht, dass der Grund für ihre Erlassung nicht mehr besteht.

Gemäß § 56a Abs. 3 GSpG ist über eine Verfügung nach Abs. 1 binnen drei Tagen ein schriftlicher Bescheid zu erlassen, widrigenfalls die Verfügung als aufgehoben gilt. Ein Bescheid gilt auch dann als erlassen, wenn eine Zustellung an den Verfügungsberechtigten an dessen Unternehmenssitz oder an der Betriebsstätte nicht möglich ist. Die Zustellung des Bescheides kann in einem solchen Fall durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen.

Gemäß § 56a Abs. 4 GSpG können in einem Bescheid nach Abs. 3 auch andere nach Abs. 1 zulässige Maßnahmen angeordnet werden.

Gemäß § 56a Abs. 5 GSpG kommt ordentlichen Rechtsmitteln gegen Bescheide über Verfügungen nach Abs. 1 keine aufschiebende Wirkung zu.

Gemäß § 56a Abs. 6 GSpG treten Bescheide gemäß Abs. 3, wenn sie nicht kürzer befristet sind, mit Ablauf eines Jahres außer Wirksamkeit.

Gemäß § 56a Abs. 7 GSpG wird durch einen Wechsel in der Person des Inhabers der von den einstweiligen Zwangs- und Sicherheitsmaßnahmen betroffenen Anlagen, Anlagenteile oder Gegenstände die Wirksamkeit diese Bescheide nicht berührt.

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

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

IV. Das Oö. Landesverwaltungsgericht hat erwogen:

Voraussetzung für eine Betriebsschließung ist zunächst der begründete Verdacht der Veranstaltung oder Durchführung von Glücksspielen „entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes“ im Rahmen einer betrieblichen Tätigkeit. Anders als bei einer Beschlagnahme oder einer Einziehung nach den §§ 53 und 54 GSpG setzt die Verfügung einer Betriebsschließung nicht eine Übertretung einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG bzw. den Verdacht einer solchen voraus. Damit unterscheidet sich eine Betriebsschließung von den Sicherungsmaßnahmen der Beschlagnahme und Einziehung dahingehend, dass die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde (lediglich) die Rechtswidrigkeit im Hinblick auf das GSpG voraussetzt, ungeachtet des Umstandes, ob und nach welchen Vorschriften eine Strafbarkeit gegeben ist.

§ 56a GSpG gibt der Behörde die Möglichkeit, Betriebe und betriebsähnliche Einrichtungen, in denen verbotenes Glücksspiel betrieben wird, außer Betrieb zu setzen.

Da die vorgesehenen Maßnahmen, insbesondere eine Betriebsschließung, einen erheblichen Eingriff in die Rechte

der Betroffenen bedeuten, sieht Abs. 1 abgestufte Möglichkeiten vor, die nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit anzuwenden sind. Die Behörden sind verpflichtet, das jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Mittel anzuwenden. Dies bedeutet insbesondere, dass es sich bei der Betriebsschließung um eine Maßnahme handelt, die nur als letztes Mittel angewandt werden darf und daher gastronomische Betriebe, die nicht überwiegend zur Durchführung von dem Bund vorbehaltenen Glücksspielen verwendet werden, von dieser nicht betroffen sind.

Abs. 1 des § 56a GSpG findet stets nur dann Anwendung, wenn Glücksspiele im Sinn des § 2 Abs. 1 GSpG veranstaltet werden. Dies ist immer dann der Fall, wenn der Unternehmer spezifische Einrichtungen und Gegenstände bereits hält, die für die Durchführung von Glücksspielen tatsächlich verwendet werden. Abs. 1 findet auch dann Anwendung, wenn in einem Betrieb zwar vom Betriebsinhaber keine Glücksspiele veranstaltet werden, wenn aber tatsächlich Glücksspiele in einem das ortsübliche Maß übersteigenden Ausmaß durchgeführt werden. Wird etwa im Rahmen eines Gastronomiebetriebes ein eigener Raum zur Verfügung gehalten, der ausschließlich oder überwiegend zur Durchführung von Glücksspielen benutzt wird, so ist die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf diesen Raum gegeben; nicht aber dann, wenn – wie dies in verschiedenen Gegenden üblich ist – von Gästen neben der Konsumation die ortsüblichen Spiele gespielt werden. In derartigen Abgrenzungsfragen wird stets entscheidend sein, ob durch die tatsächliche Durchführung von Glücksspielen durch Gäste der eindeutig überwiegende Charakter des Gastgewerbebetriebes erhalten bleibt: Ist dies der Fall, ist § 56a nicht anwendbar. Die gänzliche oder teilweise Schließung eines Betriebes wird nur dann Anwendung finden, wenn durch andere geeignete Maßnahmen die Einhaltung des Glücksspielgesetzes nicht sichergestellt ist (vgl. VwGH 26.05.2015, Ro 2014/17/0031).

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den gegenständlichen Eingriffsgegenständen (jedenfalls den vier Walzengeräten und dem Hunderennen) 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. Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen i.S.d. GSpG wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und der Beschwerdeführer von diesem auch nicht ausgenommen war. Es besteht daher der begründete Verdacht eines Verstoßes gegen das GSpG. Der Beschwerdeführer hat durch das Aufstellen der Glücksspielgeräte in seinem Lokal im Rahmen seiner betrieblichen Tätigkeit Glücksspiele veranstaltet (vgl. dazu VwGH Ro 2014/17/0031 v. 26.5.2014). Entgegen dem Beschwerdevorbringen muss dieser Umstand nicht durch ein rechtskräftiges Strafverfahren bewiesen sein, sondern es reicht diesbezüglich der hier vorliegende begründete Verdacht. Es liegt in der Natur der Betriebsschließung als Sofortmaßnahme, dass die Dauer des Verwaltungsstrafverfahrens eben nicht abgewartet wird.

Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B. VwGH v. 27.4.2012, 2011/17/0074) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da dieser Umstand sohin feststeht, kann eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigenutachtens unterbleiben. Dies gilt auch für virtuelle Hunderennen (VwGH v. 27.2.2013, 2012/17/0352). Ob auch das Gerät mit der Bezeichnung Afric2Go als verbotenes Glücksspielgerät anzusehen ist oder nicht ist im gegenständlichen Fall nicht relevant, weil jedenfalls sechs nicht genehmigte Glücksspielgeräte aufgestellt waren.

Bereits bei den Kontrollen in den Jahren im April und Juni 2015 waren ähnliche Glücksspielgeräte betriebsbereit aufgestellt, weshalb eine Fortsetzungsgefahr mit Grund anzunehmen ist. Dies auch deshalb, weil der Beschwerdeführer trotz entsprechender Aufforderung zur Einstellung dieser Glücksspiele und Androhung der Betriebsschließung durch die Behörde die Glücksspielgeräte nicht stillgelegt hat. Eine weitere Gefährdung des Glücksspielmonopoles kann daher durch weniger weitgehende Maßnahmen nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden. Dies auch deshalb nicht, da der Beschwerdeführer das ggst. Lokal trotz verfügter Schließung weiterhin offen hält, wie dies bei einer Kontrolle am 10. Oktober 2015 festgestellt wurde.

Eine bloß teilweise Schließung des Betriebes kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die baulichen Gegebenheiten eine verlässliche Schließung bloß jenes abgetrennten Bereiches, in dem die Glücksspielgeräte aufgestellt waren, nicht ermöglichen. Eine sichere Absperrung jenes abgetrennten Bereiches ist nicht möglich, da sich die Mehrzahl der Glücksspielgeräte in kojenähnlichen Abgrenzen befunden hat, die jedoch nur Durchgangsöffnungen aufwies, aber keine Türen, sodass diese Abtrennungen nicht verschlossen werden konnten. Ein Gerät befand sich außerhalb dieser Abtrennungen. Weiters muss auf Grund des bisherigen Verhalten des Beschwerdeführers davon ausgegangen werden, dass er bei einer bloß teilweisen Schließung neuerlich

Glücksspielgeräte im nicht geschlossenen Bereich aufgestellt hätte. Entgegen dem Beschwerdevorbringen kommt es nicht darauf an, ob der Beschwerdeführer mit den erlaubten Wettterminals und dem Gastgewerbe oder mit den nicht genehmigten Glücksspielgeräten den größeren Teil seines Umsatzes (und Gewinnes) erwirtschaftet. Auch das bisherige Verhalten des Beschwerdeführers lässt nur den Schluss zu, dass es ihm auch auf den Betrieb von Glücksspielgeräten ankommt. Die Schließung des gesamten Betriebes ist daher nicht unverhältnismäßig (vgl. VwGH Ro 2014/17/0031 v 26.5.2014).

Die Behörde hat die Schließung des Betriebes mit Wirkung am 28. Juli 2015 angeordnet und durch Übergeben an den Angestellten des Lokalbetreibers am 28. Juli 2015 zugestellt.

Zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Subsidiarität des § 168 StGB:

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgehalten, dass bei Überprüfung der Frage der Zuständigkeit zur Entscheidung die Zuständigkeitsvorschrift heranzuziehen ist die im Zeitpunkt der Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde in Geltung stand. Der bekämpfte Bescheid wurde nach Inkrafttreten des § 52 Abs 3 GSpG idF BGBl I Nr 13/2014 erlassen. Der Verfassungsgerichtshof hat darüber hinaus in seiner Entscheidung vom 10.3.2015, E 1139-1140/2014, ausgeführt, „dass § 1 Abs. 2 VStG den Anforderungen des Art. 7 EMRK entsprechend einen umfassenden Günstigkeitsvergleich mehrerer in Betracht kommender Rechtslagen ermöglicht. (...) Für den Verfassungsgerichtshof besteht (...) kein Zweifel, dass die Anwendung der Verwaltungsstrafbestimmung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, welche im Gegensatz zur gerichtlichen Strafnorm des § 168 StGB keine Primärfreiheitsstrafe vorsieht, für den Beschwerdeführer in seiner Gesamtauswirkung günstiger ist.“ Ob aufgrund des Umfangs der möglichen Spiele, des möglichen Spieleinsatzes oder aus anderen Gründen eventuell auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht wurde, braucht nicht weiter beurteilt zu werden, weil auch in diesem Fall iSd zitierten Judikatur gemäß § 52 Abs. 3 GSpG jedenfalls die verwaltungsbehördliche Strafbarkeit vorgeht. Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 10. Mär 2015, G 203/2014-16 ua, ferner festgestellt, dass die Regelungen des GSpG zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind, sodass die diesbezüglichen Einwände der Beschwerdeführerinnen nicht stichhaltig sind.

Zur geltend gemachten Gemeinschaftsrechtswidrigkeit:

Nach der Rechtsprechung des EuGH (C-390/12 - Pflieger ua mwN) stellt ein Gesetz eines Mitgliedstaats, das den Betrieb von Glücksspieleinrichtungen ohne vorab erteilte behördliche Erlaubnis verbietet (wie etwa das GSpG), eine

Beschränkung des durch Art 56 AEUV garantierten freien Dienstleistungsverkehrs dar. Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten können nach dem EuGH durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Von den Mitgliedstaaten auferlegte Beschränkungen haben der vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit und der Nichtdiskriminierung Rechnung zu tragen.

Nach dem Urteil Pflieger ua, C-390/12, ist Art 56 AEUV dahin auszulegen, „dass er einer nationalen Regelung wie der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden entgegensteht, sofern diese Regelung nicht wirklich das Ziel des Spielerschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung verfolgt und nicht tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen“.

Dies entspricht im Wesentlichen den Urteilen des EuGH in den Rechtssachen Dickinger/Ömer, C-347/09, vom 15. September 2011 (vgl. RN 56) und Stoß ua, C-316/07 ua, vom 8. September 2010 (vgl. RN 88, 97, 98). Ein Verstoß eines Wirtschaftsteilnehmers gegen eine Regelung im Glücksspielbereich kann nicht zu Sanktionen führen, wenn diese Regelung mit Art 56 AEUV nicht vereinbar ist (vgl. EuGH C-390/12 - Pflieger ua).

Demnach ist im Folgenden zu prüfen, ob das österreichische Glücksspielgesetz das Ziel des Spielerschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung verfolgt und tatsächlich dem Anliegen entspricht, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheit zum Spiel zu verringern oder die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen.

Zur Zielsetzung des österreichischen Glücksspielmonopols:

Beim österreichischen Glücksspielmonopol handelt es sich um ein Finanzmonopol mit besonderen ordnungspolitischen Zielsetzungen (vgl. VwGH 4.8.2005, 2004/17/0035). Der Bundesminister für Finanzen teilte in diesem Zusammenhang in seiner über Aufforderung durch das erkennende Gericht abgegebenen, den Parteien des Verfahrens zur Kenntnis gebrachten, Stellungnahme vom 18. September 2014 unter anderem mit, dass das österreichische Glücksspielmonopol den Verbraucherschutz, den Schutz der Sozialordnung (Verhütung von Störungen der sozialen Ordnung im Allgemeinen), die Kriminalitätsbekämpfung (Betrugsvorbeugung, Kampf

gegen Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung bzw. allgemein Vorbeugung von Straftaten), die Verminderung der Gelegenheiten zum Spiel bzw. Begrenzung der Ausnutzung der Spielleidenschaft, Spielerschutzmaßnahmen (Vermeidung von Sucht- und wirtschaftlicher Existenzgefährdung), Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen sowie Gewinne aus dem Glücksspiel gemeinnützigen Zwecken zuzuführen, zum Ziel habe. Exemplarisch verweist die angesprochene Stellungnahme zur Untermauerung der Darstellung auf folgende Normen des GSpG: § 5 (Spielsuchtvorbeugung, Geldwäschepflicht und wirksame Aufsicht für Landesauspielungen mit Glücksspielautomaten), § 14 (Mindest- und Auswahlkriterien für die Erteilung der Lotterienkonzession), § 16 (Genehmigungspflicht für Spielbedingungen), § 19 GSpG (Aufsicht über Lotterien), § 2 (Mindest- und Auswahlkriterien für die Erteilung von Spielbankkonzessionen), § 22 (Mindest- und Auswahlkriterien für die Erteilung eines Pokersalons), §§ 25 und 25a (Spielbankenbesucher; Schutz vor negativen wirtschaftlichen Folgen durch Spielen; Sorgfaltspflichten Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung), § 26 (Genehmigungspflicht der Besuchs- und Spielordnung), § 31 (Aufsicht über Spielbanken), § 31b (allgemeine Vorschriften für Konzessionäre und Bewilligungsinhaber) und § 56 (Werbebeschränkungen).

Für das erkennende Gericht sind diese Ausführungen in der Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen nachvollziehbar, dienen doch die zitierten Normen tatsächlich den genannten Zielen, insbesondere auch der Verminderung der Gelegenheiten zum Spiel und Begrenzung der Ausnutzung der Spielleidenschaft bzw dem Spielerschutz und der Hintanhaltung der Kriminalität. Hierfür sprechen auch die erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage zur Novelle BGBI I Nr. 73/2010, welche unter anderem festhalten, dass „Spielsuchtprävention und Kriminalitätsabwehr, Jugendschutz, Spielerschutz und soziale Sicherheit der sowie die effiziente Kontrolle“ zentrale Anliegen des GSpG bzw der Novelle sind. Auch der Verwaltungsgerichtshof (4.11.2009, 2009/17/0147) ging bereits davon aus, dass der österreichische Gesetzgeber mit der Aufrechterhaltung des Glücksspielmonopols und der Kontrolle der Erteilung allfälliger Konzessionen gerade jene ordnungspolitischen Ziele verfolge, die nach der Rechtsprechung des EuGH die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen. In diesem Sinne nahm auch der Oberste Gerichtshof in der Entscheidung vom 20.3.2013, 6 Ob 118/12i, an, dass nach der Absicht des Gesetzgebers oberste Zielsetzung des Glücksspielgesetzes der Schutz des einzelnen Spielers sei. In seiner Entscheidung vom 7. März 2013, 2011/17/0304 hat der Verwaltungsgerichtshof zudem das in Österreich errichtete Konzessionssystem als mit dem EU-Recht vereinbar angesehen.

Der Verfassungsgerichtshof (06.12.2012, B1337/11 ua; 12.3.2015, G 205/201415 ua) führt zu den Zielen der Beschränkung von Glücksspielkonzessionen Folgendes aus: „Die Ziele der Beschränkung von Glücksspielkonzessionen, nämlich Straftaten zu verhindern, eine übermäßige Anregung zur Teilnahme am Glücksspiel durch unreglementierte Konkurrenz zu vermeiden und zu verhindern, dass Glücksspiel ausschließlich zu gewerblichen Gewinnzwecken veranstaltet wird, liegen angesichts der nachgewiesenen Sozialschädlichkeit des Glücksspiels im öffentlichen Interesse“.

Da es sich bei den genannten Zielsetzungen zweifellos um solche handelt, die nach der dargestellten Rechtsprechung des EuGH Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten rechtfertigen (vgl hier insbesondere auch Rechtssache C-176/11 Hit u.a.), vermag das erkennende Gericht im vorliegenden Fall insoweit keine Gemeinschaftsrechtswidrigkeit zu erkennen (ebenso VwG Wien 12.08.2014, VGW-001/023/5739/2014; aA LVwG Oö 11.7.2014, LVwG-410353/2/Gf/Rt ua.). In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, dass das etw: in der Entscheidung des LVwG Oö 11.7.2014, LVwG-410353/2/Gf/Rt, angesprochene Ziel, die Einnahmen der Staatskasse zu maximieren, für sich allein eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs zwar nicht rechtfertigen kann. Dass jedoch ein anderer Normzweck primär für die Regelung ausschlaggebend sein müsste, geht aus der Judikatur des EuGH nicht hervor und es genügt daher zur Rechtfertigung der Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten, dass der Spielerschutz oder die Hintanhaltung der Kriminalität auch ein ausschlaggebendes Ziel des verfahrensgegenständlichen Konzessionssystems sind.

Zumal - wie oben dargestellt - bereits von sämtlichen österreichischen Höchstgerichten festgehalten wurde, dass der Spielerschutz ein wesentliches Ziel des durch das GSpG geregelten Glücksspielmonopols darstellt, ist diese Rechtsfrage für das Oö. Verwaltungsgericht hinreichend geklärt. Die diesbezüglichen Beweisanträge waren aus diesem Grund abzuweisen.

Zur Umsetzung dieser Zielsetzungen:

Spielerschutz:

Der Bundesminister für Finanzen verweist in der Stellungnahme vom 18.9.2014 weiters auf die im Jahr 2011 veröffentlichte österreichweite Glücksspiel-suchtstudie von Kalke/Buth/Rosenkranz/Schütze/Oechsler/Vertheim,

Glücksspiel und Spielerschutz in Österreich, 2011, nach der rund 64.000 Personen in der Altersgruppe zwischen dem 14. und dem 65. Lebensjahr von Glücksspielsucht betroffen sind. Nach dieser Studie weisen 0,43 % dieses Bevölkerungssegments ein problematisches Spielverhalten auf und sind 0,66 % pathologisch glücksspielsüchtig. Schon diese Angaben zeigen nach Ansicht des erkennenden Gerichts, dass Spielsucht ein tatsächliches Problem darstellt. Dies wird im Übrigen von den Beschwerdeführerinnen keinesfalls bestritten, sondern durch die vorgelegte Aussage des Geschäftsführers des Instituts für Glücksspiel und Abhängigkeit in Salzburg vor dem Landesgericht Steyr vom 21. Jänner 2015, 2Cg 45/14d, belegt.

Die Beschwerdeführerinnen brachten vor, dass es in mehreren Fällen für Minderjährige möglich gewesen sei, an bewilligten Automaten der Konzessionsinhaber zu spielen und die gesetzliche Höchstdauerdauer zu überschreiten. Zum Beweis dafür legten die Beschwerdeführerinnen als Beilage zu den genannten Einvernahmeprotokollen, die auch die Aussage dieses Detektivs beinhalten, einen Bericht eines beauftragten Detektivs vor, aus dem hervorgeht, dass bei den von diesem Detektiv durchgeführten Kontrollen ein Einchecken in den nur für registrierte Spieler zugänglichen Automatenbereich nur durch Vorlage eines Mitglieds- und eines Lichtbildausweises bzw. durch Gesichtsscan an einem Automaten möglich war. Die Minderjährigen konnten sich weder eine Mitgliedskarte ausstellen lassen noch in den gesperrten Automatenbereich einchecken, ihnen wurde lediglich der Zutritt zu den nicht gesperrten Casinoräumlichkeiten gestattet. Der Zutritt zum gesperrten Automatenbereich war nur durch erneute Vorlage des Mitgliedsausweises möglich. Der Detektiv berichtet, dass nach dem Einchecken und dem Betreten des frei zugänglichen Bereich der kontrollierten Lokale die registrierten Personen ihre Mitgliedskarten an die Jugendlichen weitergegeben haben, wodurch sich diese illegal Zutritt zum gesperrten Automatenbereich verschafft haben.

Durch dieses Vorbringen versuchen die Beschwerdeführerinnen die Untauglichkeit des Monopols in Hinblick auf den Spielerschutz zu beweisen. Dabei ist festzuhalten, dass durch diesen Bericht des Detektivs detailliert dargelegt wurde, dass bei sämtlichen besuchten Lokalen ein doppeltes Sicherheitssystem bestand und der Spielerschutz gezielt durch das Zusammenwirken mehrerer Personen, nämlich einer Person, die unberechtigt Einlass begehrt und einem registrierten Mitglied, umgangen werden konnte. Dies bezeugt, dass die Umgehung des Spielerschutzes nur absichtlich unter erheblichem Aufwand und ausschließlich unter Zusammenwirken mehrerer Personen möglich war. Dazu kommt, dass die Testpersonen gezielt beabsichtigten, in einer Gruppe von sieben Personen den Spielerschutz zu umgehen und nicht davon ausgegangen werden kann, dass dies eine alltägliche Situation darstellt.

Der Geschäftsführer des Instituts für Glücksspiel und Abhängigkeit sagte aus, dass Spielsucht in Österreich ein Problem sei. Er verwies auf die eben genannten Umgehungen der Kontrollmechanismen, legte aber dar, dass hinsichtlich des Spielerschutzes „schon vieles sehr gut“ laufe, aber vieles verbesserungswürdig sei. Er habe in Oberösterreich eine legale Spielhalle gesehen, bei der er hinsichtlich des Spielerschutzes „begeistert“ gewesen sei. Wenn es überhaupt keine gesetzlichen Regelungen oder Beschränkungen betreffend Glücksspiel gäbe, würde das im Spielerschutz zum Problem. Aus dieser Aussage geht zweifelsfrei hervor, dass die bestehenden Regelungen die Zielsetzung des Spielerschutzes wirksam verfolgen und keinesfalls über das hierfür erforderliche hinausgehen.

Ferner berichtete der Geschäftsführer des Instituts für Glücksspiel und Abhängigkeit, dass 40% der Spielsüchtigen vor dem 18. Lebensjahr mit dem Glücksspiel begonnen hätten. Zumal das GSpG das Glücksspiel nur volljährigen Personen vorbehält ist auch im Bereich des Jugendschutzes durch diese Regelungen dem Ziel in geeigneter Weise entsprochen.

Der Beschwerdeführer hat die Einvernahme mehrerer Zeugen zum Beweis des Anstiegs der Anzahl an Spielsüchtigen und der Ineffektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz insbesondere innerhalb der Jahre 2010 bis 2015 beantragt. Soweit sich der Beschwerdeführer auf Aussagen von Fachleuten beruft, wonach die Zahl der spielsüchtigen Personen in den letzten Jahren gestiegen ist, ist dies nicht geeignet, die Untauglichkeit des GSpG und der behördlichen Maßnahmen zu beweisen. Es ist nämlich einerseits naheliegend, dass sich die Zahl der Spielsüchtigen ohne diese Maßnahmen noch stärker erhöht hätte, und es darf andererseits auch nicht übersehen werden, dass auch die zahlreichen nicht konzessionierten Glücksspielgeräte (und damit auch der Beschwerdeführer selbst) zur Verschärfung der Spielsuchtproblematik beitragen. Beweisansprüche zu diesem Thema waren daher abzuweisen. Soweit Zeugeneinvernahmen zum Beweis dafür beantragt werden, dass die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz ineffektiv seien, ist auszuführen, dass die Zeugen lediglich ihre persönliche Meinung (ob eine „Ineffektivität“ vorliegt) darstellen könnten, die allenfalls auf Umständen gründet, die sich in ihrem unmittelbaren Umfeld abspielen. Im Übrigen ist es wohl den Gerichten vorbehalten, im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zu beurteilen, ob angesichts bestimmter tatsächlicher Gegebenheiten die gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen als (im rechtlichen Sinne ausreichend) effektiv angesehen werden können oder nicht. Auch die Beweisansprüche zur Effektivität der gesetzlichen und tatsächlichen Vorkehrungen zum Spielerschutz waren daher abzuweisen.

Wie sich aus der zitierten Studie aus dem Jahr 2011 ergibt, ist auch der durch das Monopol ausgeübte Lenkungseffekt insofern von Bedeutung, als es die höchste Problemprävalenz im Bereich des Glücksspiels mit Automaten außerhalb einer Spielbank gibt. Durch das Monopol kann auch das Glücksspielangebot und die Akzeptanz weg von den Problembereichen hin zu anderen Bereichen gelenkt werden, innerhalb derer die Problemprävalenz weniger hoch ist. Dieser Lenkungseffekt scheint sich durch die jüngsten Entwicklungen im Zusammenhang mit dem seit 1. Jänner 2014 in Wien geltenden Verbot von Glücksspielautomaten zu bestätigen: Dieses Verbot führte anscheinend dazu, dass Spieler vermehrt das Innenstadtcasino in der Kärntnerstraße in Wien aufsuchen (vgl. wien.orf.at/news/stories/2690841).

Ferner weist der Bundesminister für Finanzen in der Stellungnahme vom September 2014 unter anderem auch auf mehrere zur Erreichung der durch das GSpG intendierten Zwecke umgesetzte Maßnahmen hin. So ist unter anderem eine Spielerschutzstelle errichtet worden, wird durch die Anbindung von Glücksspielautomaten der konzessionierten Unternehmer an die B. GmbH die Überwachung der Einhaltung von Spielpausen im Automatenbereich ermöglicht und werden nähere Regelungen betreffend die einzelnen Spiele und den Zutritt zu Glücksspielen getroffen. Durch die Aufsichts- und Auskunftspflichten der Konzessionäre besteht eine umfassende Aufsicht über das konzessionierte Glücksspiel. Derartige Eingriffsmittel können nur innerhalb eines Konzessionssystemes effizient wirken.

Aus dem Glücksspielbericht ergibt sich auch, dass Spielbankbetriebe stichprobenartig und unangekündigt nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen werden. Der Spielbetrieb wird einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“), wobei diese Einschauen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG) erfolgen. Weiters wird in der Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen unter anderem ausgeführt, dass ein Teil der staatlichen Aufsicht über Spielbanken auch die Werbung betrifft, wobei diesbezüglich die Einhaltung eines verantwortungsvollen Maßstabs in § 56 GSpG geregelt ist. Dieser wird laut dem Bundesminister für Finanzen durch Nebenbestimmungen im Konzessionsbescheid und durch Berichtspflichten insbesondere zu Werbekonzepten präzisiert.

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 und 2013 667 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480 und 2013 1299 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden (vgl. Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen und Glücksspiel Bericht 2010-2013). Im vorgelegten Konvolut an Einvernahmeprotokollen vor dem Landesgericht Steyr vom 21. Jänner 2015 ist ebenfalls die Aussage des Leiters der Stabstelle der Finanzpolizei enthalten. Aus dieser Aussage geht hervor, dass die Finanzpolizei über 450 operativ tätige Mitarbeiter verfügt und jährlich zwischen 500 und 700 Kontrollen an 700 Standorten durchführt. Dabei würden zwischen 500 und 2.500 illegale Eingriffsgegenstände jährlich beschlagnahmt. In Wien und Niederösterreich sei das illegale Glücksspiel bereits fast vollständig beseitigt, in den Ländern, in denen erfahrungsgemäß viel illegales Glücksspiel betrieben werde, würden Kontrollschwerpunkte durchgeführt, um auf diese Häufungen zu reagieren. Bis zum Tag der Aussage - dem 21. Jänner 2015 - seien bereits etwa 200 illegale Geräte im laufenden Jahr beschlagnahmt worden. Beschlagnahmte Geräte würden versiegelt und oftmals vor Ort belassen, um es den Betreibern zu erschweren, neue Geräte aufzustellen. Diese Maßnahmen würden wirken, da die illegalen Geräte insgesamt weniger würden.

Bereits aufgrund dieser vorläufigen Beschlagnahmen wurden aber grundsätzlich weitere Glücksspiele mit betroffenen Glücksspielgeräten (zumindest für die Dauer der Aufrechterhaltung der Beschlagnahme) verhindert und insoweit die Zugänglichkeit zu Ausspielungen beschränkt.

Ferner ist auf die jüngste Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs vom 12.3.2015, G 205/2014-15, hinzuweisen, in der das Höchstgericht unter RN 68 ausführt, dass es ein taugliches Mittel (zur Erhöhung) des öffentlichen Interesses des Spielerschutzes darstelle, wenn der (ursprünglich bewilligte) Betrieb von Glücksspielautomaten (nach Ablauf der Bewilligungsfristen) das Tatbild des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG erfüllt. Der Verfassungsgerichtshof geht somit davon aus, dass die Strafandrohung des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG für bestimmte Verhaltensweisen an sich schon der Umsetzung des öffentlichen Interesses des Spielerschutzes dient.

Bei diesem Ergebnis besteht für das Oö. Landesverwaltungsgericht kein Zweifel, dass das Ziel des öffentlichen Interesses des Spielerschutzes durch das Glücksspielgesetz sowohl verfolgt wird als auch, dass das Glücksspielgesetz den geeigneten rechtlichen Rahmen bildet, dieses Ziel umzusetzen. Durch die jüngste Judikatur des Verfassungsgerichtshofs ist diese Rechtsfrage für das Oö. Landesverwaltungsgericht hinreichend geklärt. Die

diesbezüglichen Beweisanträge waren daher abzuweisen.

Kriminalitätsbekämpfung:

Es bestehen nachweislich Fälle von Beschaffungskriminalität (vgl. Glücksspiel Bericht 2010-2013, S 24, unter Berufung auf die Auswertung von Köberl), sodass insofern ein Kriminalitätsproblem besteht. Ob zusätzlich das Problem der Geldwäsche besteht ist nicht von Relevanz, da bereits die Beschaffungskriminalität erwiesenermaßen ein Kriminalitätsproblem darstellt. Ferner hat der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen, dass angesichts des Umstands, dass im Einzelfall sehr hohe Summen ausgespielt werden, die Gefahr der Begehung von Straftaten besonders hoch ist (vgl. VfGH 6.12.2012, B1337/11).

Da das Vorliegen von Kriminalität im Zusammenhang mit illegalem Glücksspiel bereits hinsichtlich der Beschaffungskriminalität erwiesen ist, waren die Beweisanträge hinsichtlich der Geldwäsche abzuweisen, da sie für die Klärung der Frage, ob Kriminalität im Zusammenhang mit illegalem Glücksspiel besteht, nicht mehr von Relevanz sind.

Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, dass vom Nationalrat die Aufhebung des § 168 StGB geplant sei. Durch diese geplante Aufhebung sei evident, dass in Österreich kein Kriminalitätsproblem im Zusammenhang mit dem illegalen Glücksspiel bestehe. Diesem Vorbringen ist entgegen zu halten, dass § 168 StGB im Zeitpunkt der gegenständlichen Entscheidung in Geltung steht, weshalb dieses Vorbringen schon deshalb ins Leere geht. Darüber hinaus ist aufgrund des dargelegten Glücksspiel-Berichts evident, dass nicht Vergehen nach § 168 StGB, sondern vielmehr Beschaffungskriminalität im Zusammenhang mit Glücksspiel - nämlich vor allem gewerbsmäßiger Diebstahl, gefolgt von (schwerem) Raub und gewerbsmäßigem Betrug - das mit Glücksspiel in Zusammenhang stehende Kriminalitätsproblem bilden. Selbst durch die allfällige Aufhebung des § 168 StGB würde diese Beschaffungskriminalität weiterhin bestehen. Auch diesbezüglich geht das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen ins Leere. Durch § 168 StGB wird nämlich das illegale Glücksspiel an sich strafrechtlich erfasst. § 168 StGB regelt demnach keinen Fall der iSd Judikatur des EuGH erforderlichen Kriminalität in Zusammenhang mit Glücksspiel (vgl. EuGH Dickinger/Ömer, C-347/09, RN 66), sondern kriminalisiert das Veranstellen von konzessions- bzw. bewilligungslosem Glücksspiel, das nicht bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder zum Zeitvertreib und um geringe Beträge gespielt wird. Würde man dieser Argumentation der Beschwerdeführerinnen folgen, wäre dem zu entgegnen, dass das Veranstellen, Organisieren, unternehmerische Zugänglichmachen und die unternehmerische Beteiligung an konzessions- bzw. bewilligungslosem Glücksspiel ohnehin durch § 52 GSpG unter Strafe gestellt ist - wobei aus Sicht des EuGH kein Unterschied zwischen Kriminal- und Verwaltungsstrafrecht besteht - und schon deshalb keine Entkriminalisierung stattfindet.

Im Ergebnis steht fest, dass die Ziele des Spielerschutzes und der Kriminalitätsbekämpfung durch geeignete und angemessene Maßnahmen verwirklicht werden. Die mögliche Umgehung des Spielerschutzes durch einzelne Spieler ist für die Beurteilung der generellen Eignung des Kontrollsystems zur Erreichung des Spielerschutzes nicht von Relevanz. Die Kriminalitätsbekämpfung - insbesondere die Bekämpfung der Beschaffungskriminalität im Zusammenhang mit Glücksspiel - kann durch eine beschränkte Zahl von Konzessionären effektiver umgesetzt werden als in einem System mit einer unbeschränkten Anzahl an Anbietern (vgl. auch VfGH 6.12.2012, B 1337/11), da durch die Kontrolle und Überwachung der einzelnen registrierten Spieler und die Anknüpfung an des B. im Verdachtsfall gezielte Maßnahmen ergriffen werden können.

Verhältnismäßigkeit

Zur Verhältnismäßigkeit der österreichischen Monopolregelung hat der Verfassungsgerichtshof in seiner jüngsten Entscheidung vom 12.3.2015, G 205/2014-15 ua, ausgeführt, dass die Tatsache, dass staatlich konzessionierte Spielbanken nach wie vor erlaubt sind und im Internet illegales Glücksspiel verfügbar ist, nicht zur Unverhältnismäßigkeit führt: „Die Erteilung einer Konzession für den Betrieb einer Spielbank gemäß § 21 GSpG bzw. für den Betrieb elektronischer Lotterien gemäß § 14 GSpG sowie diese Ausspielungen selbst sind mit zahlreichen weiteren Voraussetzungen und Auflagen verknüpft, die unter anderem dem Spielerschutz dienen, sodass solche Ausspielungen mit den auf der Grundlage von § 4 Abs. 2 GSpG vor der GSpG-Novelle 2010 landesrechtlich bewilligten Ausspielungen nicht vergleichbar sind.“ Im Größenschluss bedeutet dies, dass - wie im vorliegenden Fall - Ausspielungen, die niemals aufgrund einer Bewilligung oder Konzession durchgeführt wurden, erst recht nicht mit jenen vergleichbar sein können, die über eine Konzession verfügen. Wenn wie im Fall der zitierten Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs - das vorzeitige Auslaufen von Bewilligungsfristen, das einen Eingriff in bestehende Rechte bedeutet, verhältnismäßig ist, ist das generelle Verbot von nicht konzessionierten oder bewilligten Ausspielungen erst recht verhältnismäßig.

Im Sinne der zitierten Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs besteht für das Oö. Landesverwaltungsgericht ar

der Verhältnismäßigkeit der Monopolregelung somit kein Zweifel.

Zur Kohärenz der Regelung:

Der EuGH hat in der RS Stoß ua, C-316/07 ua, in RN 83 hinsichtlich der Beurteilung der Kohärenz eines Monopols Folgendes festgehalten: „Allerdings muss eine so restriktive Maßnahme wie die Schaffung eines Monopols, die sich nur im Hinblick auf die Gewährleistung eines besonders hohen Verbraucherschutzniveaus rechtfertigen lässt, mit der Errichtung eines normativen Rahmens einhergehen, mit dem sich gewährleistet lässt, dass der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage sein wird, das festgelegte Ziel mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieses Ziel quantitativ angemessen und qualitativ ausgestaltet ist und einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegt, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen.“

Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Kohärenz eines Monopols ist somit der normative Rahmen und die behördliche Kontrolle, die die Grundlage für das jeweilige Verhalten des Konzessionärs bilden.

Dafür, dass die Einführung von Beschränkungen in Form etwa eines Konzessionssystems zur Durchführung von Ausspielungen mittels Glücksspielautomaten jedenfalls den intendierten Zwecken dient, spricht bereits, dass die Zugänglichkeit zu derartigen Ausspielungen beschränkt und die Durchführung derselben einer besseren Kontrolle unterworfen werden kann. Durch den normativen Rahmen - das Glücksspielgesetz - wurden, wie oben dargelegt, umfassende Maßnahmen zum Spielerschutz und zur Kriminalitätsbekämpfung gesetzt, die umfassenden behördlichen Kontrollen unterliegen. Dass in Einzelfällen eine Umgehung möglich ist, führt nicht dazu, dass - wie von den Beschwerdeführerinnen behauptet - Spielerschutz tatsächlich nicht vorhanden sei, da iSd oben zitierten Entscheidung das (gezielte) Fehlverhalten einzelner Personen nicht zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit eines gesamten an sich - aufgrund der Ausgestaltung seines rechtlichen Rahmens und der korrespondierenden behördlichen Kontrollen - gemeinschaftsrechts-konformen Systems führen kann. Bei diesem Ergebnis wäre nämlich die Gemeinschaftsrechtskonformität vom individuellen Verhalten einzelner Spieler abhängig, was nicht der Judikatur des EuGH entspricht. Es liegt vielmehr auf der Hand, dass eine beschränkte Zahl von Konzessionären effektiver zu überwachen ist als eine unbeschränkte Anzahl an Anbietern (vgl. auch VfGH 6.12.2012, B1337/11).

Ferner weist der Bundesminister für Finanzen in der Stellungnahme vom September 2014 unter anderem auch auf mehrere zur Erreichung der durch das GSpG intendierten Zwecke umgesetzte Maßnahmen hin. So ist unter anderem eine Spielerschutzstelle errichtet worden, wird durch die Anbindung von Glücksspielautomaten an die B. GmbH die Überwachung der Einhaltung von Spielpausen im Automatenbereich ermöglicht und werden nähere Regelungen betreffend die einzelnen Spiele und den Zutritt zu Glücksspielen getroffen. Durch die Aufsichts- und Auskunftspflichten der Konzessionäre besteht eine umfassende Aufsicht über das konzessionierte Glücksspiel. Derartige Eingriffsmittel können nur innerhalb eines Konzessionssystems effizient wirken.

Nach Ansicht des erkennenden Gerichts handelt es sich bei einem derartigen System aus normativem Rahmen und korrespondierenden behördlichen Kontrollen um eine geeignete Maßnahme, um den negativen Erscheinungen unkontrollierten Glücksspiels entgegen zu wirken.

Zur Werbung:

Mit Recht führt der Bundesminister für Finanzen aus, dass in Bezug auf die Werbetätigkeit (für legales Glücksspiel die Rechtsprechung des EuGH nicht so zu verstehen ist, dass mitgliedstaatliche Beschränkungen des Glücksspiels unzulässig wären, wenn die Konzessionäre für das legale Glücksspiel werben dürfen. Aus EuGH Dickinger/Ömer, C-347/09, geht hervor, dass - um das Ziel, die Spielertätigkeiten in kontrollierte Bahnen zu lenken zu erreichen - die zugelassenen Anbieter eine verlässliche und zugleich attraktive Alternative zu den nicht geregelten Tätigkeiten bereitstellen müssen, was an und für sich das Anbieten einer breiten Palette von Spielen, Werbung in einem gewissen Umfang und den Einsatz neuer Vertriebsstechniken beinhalten kann. Nach dem EuGH (15.09.2011, C-347/09) muss eine vom Inhaber eines staatlichen Monopols durchgeführte Werbung maßvoll und eng darauf begrenzt werden, was erforderlich ist, um Verbraucher zu den kontrollierten Spielernetzwerken zu lenken. Hingegen darf die Werbung nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, indem etwa das Spiel verharmlost, ihm ein positives Image verliehen oder seine Anziehungskraft durch zugkräftige Werbebotschaften erhöht wird, die verführerische bedeutende Gewinne in Aussicht stellt. Die Beurteilung, ob eine Werbebotschaft zur Teilnahme am Glücksspiel anreizt bzw. ermuntert, ergibt sich grundsätzlich aus ihrem Aussagegehalt, der wie bei anderen Erklärungen durch Auslegung zu ermitteln ist. Wie ein an das Publikum gerichteter Werbespot zu verstehen ist, kann vom Gericht dabei ohne Beiziehung eines Sachverständigen beurteilt werden (vgl. dt BVerwG 20.06.2013, 8 C 10.12). Die Frage, welche Wirkung eine Werbeaussage auf die beteiligten Verkehrskreise hat, ist auch nach dem OGH eine Rechtsfrage, wenn zu ihrer Beurteilung die Erfahrungen des täglichen Lebens ausreichen (OGH 10.11.1998,

4Ob243/98h). Die diesbezüglichen Beweisanträge waren aus diesem Grund abzuweisen.

In seinem Urteil C-338/04 vom 6. März 2007, Placanica, hat der Gerichtshof ausgesprochen, dass ein Konzessionssystem ein Hemmnis darstellt, das geeignet sein könne, Gelegenheiten zum Spielen tatsächlich vermindern und diese Tätigkeiten daher kohärent und systematisch zu begrenzen. Eine expansive Politik könne ebenfalls dazu geeignet sein, Glücksspieltätigkeiten in kontrollierbare Bahnen zu lenken, um ihre Ausnützung zu kriminellen und betrügerischen Zwecken vorzubeugen. Sie könne dazu führen, dass Spieler, die geheimen Spieler und Wetten nachgingen, dazu veranlasst würden, zu erlaubten und geregelten Tätigkeiten überzugehen. Zur Erreichung dieses Zieles könne es erforderlich sein, dass zugelassene Betreiber eine attraktive Alternative zur verbotenen Tätigkeit bereitstellten, was als solches das Anbot einer breiten Palette von Spielen und einen gewissen Werbeumfang und den Einsatz neuer Vertriebstechiken mit sich bringen könne.

Kohl (Das österreichische Glücksspielmonopol [2013]), führt unter Berufung auf den EuGH aus, dass Anknüpfungspunkt für die Beurteilung der Kohärenz eines Monopols der normative Rahmen und die behördliche Kontrolle, welche die Grundlagen für das Verhalten des Konzessionärs bilden, sind, wobei eine allfällige Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols nicht unmittelbar auf die Werbepolitik der Konzessionäre, sondern auf den diese Werbepolitik ermöglichenden normativen Rahmen und auf die behördliche Handhabung desselben zurückzuführen wäre. Es liegt diese Beurteilung auf der Hand, zumal schon aufgrund verfassungsrechtlicher Erwägungen nicht davon ausgegangen werden kann, dass das Verhalten eines Normunterworfenen (Konzessionär) zur Unanwendbarkeit einer Norm führen kann.

§ 56 GSpG verlangt bei der Werbung einen „verantwortungsvollen Maßstab“ und folgt dabei, dem Sinngehalt nach, annähernd der Diktion des EuGH, welcher von „maßvoller Werbung“ spricht.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass bescheidmäßig Standards für die Glücksspielwerbung vorgeschrieben wurden. Laut Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen bzw. dem Glücksspiel Bericht 2010-2013 gelten die Standards für sämtliche Werbeauftritte und wurden Standards für Glücksspielwerbung hinsichtlich Spielerschutz (als Rahmenbedingung für die Beurteilung von Glücksspielwerbung ist das Suchtgefährdungspotential des beworbenen Spiels und der angesprochenen Zielgruppe zu berücksichtigen), verpflichtender Verbraucherinformation (Glücksspielwerbung muss korrekt über Chancen und Risiken des angebotenen Spiels informieren und auf mögliche Gefahren sowie auf mögliche Hilfsangebote aufmerksam machen), Schutz besonders vulnerabler Gruppen (Glücksspielwerbung darf nicht auf Personengruppen mit einem erhöhten Suchtgefährdungspotential abzielen), Botschaft und Inhalt von Glücksspielwerbung (Glücksspielwerbung darf nur moderates, jedoch nicht exzessives oder problembehaftetes Spielen bewerben) sowie Verbreitung und Platzierung von Glücksspielwerbung (die Verbreitung und Platzierung von Glücksspielwerbung hat derart zu erfolgen, dass Personengruppen mit erhöhtem Suchtgefährdungspotential ein erhöhter Schutz zukommt) vorgeschrieben. Aufgrund dieser umfassend festgelegten Standards würde selbst die Annahme, dass einzelne Werbungen der Konzessionäre einen besonderen Anreiz zum Spiel bieten allenfalls dazu führen, dass die jeweiligen Konzessionäre in diesen Einzelfällen gegen § 56 GSpG bzw. die bescheidmäßig vorgeschriebenen Standards verstoßen würden, jedenfalls aber nicht dazu, dass es aufgrund dieser Einzelfälle zu einer unionsrechtlichen Überlagerung des Gesamtsystems des GSpG kommen könnte.

Nicht übersehen werden darf zudem, dass der EuGH die Grenze hinsichtlich einer Beschränkung der Werbung der Glücksspielanbieter (die für sich wiederum eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bedeuten könnte) in die andere Richtung, nämlich dahingehend welche Beschränkungen hinsichtlich der Werbung unionskonform sind ohne eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs zu bewirken, mit seiner Entscheidung C-176/11 vom 12. Juli 2012, HIT hoteli u.a. gesetzt hat. Aus dieser Entscheidung folgt, dass der EuGH Beschränkungen der Werbefreiheit nur insofern zulassen will, als diese nicht über den Verbraucherschutz hinausgehen. Der Konzessionär muss demnach nach Ansicht des Gerichtes zumindest in jener Form werben dürfen, die den Praktiken außerhalb des Konzessionärsystems agierender Betreiber entspricht, als ansonsten die vom EuGH dargestellte Funktionsfähigkeit der Werbemaßnahmen, Spieler zu den legalen Angeboten zu bewegen, nicht gegeben wäre.

Im Ergebnis geht das Gericht aufgrund der getroffenen Feststellungen davon aus, dass unter Berücksichtigung bescheidmäßig vorgeschriebener Standards hinsichtlich der Werbepolitik, und insbesondere in Zusammenschau aller in den Feststellungen dargestellten Handlungen der Behörden und der durch das Gesetz gebotenen vielfältigen Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Konzessionäre, der Judikatur des EuGH voll Rechnung getragen wird und die österreichische Regelung im Einklang mit Art 56 AEUV steht. Ein allfälliges Fehlverhalten einzelner Marktteilnehmer führt nicht zur Inkohärenz der gesetzlichen Regelungen und deren behördlicher Handhabung.

Hinsichtlich der vorgeschriebenen Auflagen ist festzuhalten, dass im § 56a GSpG die Möglichkeit der Vorschreibung von Auflagen nicht vorgesehen ist und waren die Auflagen 1 und 2 daher mangels gesetzlich vorhandener Grundlage aufzuheben.

V. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass bei Gesamtwürdigung aller in diesem Verfahren hervorgekommenen Umstände eine Gemeinschaftsrechts-widrigkeit durch die Beschränkungen der Glücksspieltätigkeiten nicht vorliegt. Die von der österreichischen Regelung vorgesehenen Beschränkungen verfolgen vom EuGH anerkannten Gründe des Allgemeininteresses, sind geeignet diese zu erreichen, und es ist in Verfahren darüber hinaus keine Unverhältnismäßigkeit oder Inkohärenz hervorgekommen.

Daher war spruchgemäß zu entscheiden.

VI. 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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Erkenntnis 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 Eingabegebühr von je 240,- Euro zu entrichten.

Hinweis

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Dr. Monika Süß