OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: LVwG-411371/6/SCH/CG

Datum: Linz, 24. November 2016

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Dr. Schön über die Beschwerde der Frau R W, vertreten durch Herrn RA Dr. F M, vom 15. März 2016 gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr, vom 19. Februar 2016, VStV/915300846749/2015, wegen einer Übertretung des Glücksspielgesetzes nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 19. Juli 2016,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Die Beschwerdeführerin hat als Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren den Betrag von 3.600 Euro (20 % der verhängten Geldstrafe) zu leisten.

III. 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

Zu I.:

1. Die Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr, hat mit Straferkenntnis vom 19. Februar 2016, VStV/915300846749/2015, über Frau R W wegen einer Übertretung des Glücksspielgesetzes eine Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe verhängt.

Im Spruch des Straferkenntnisses heißt es:

„Sie haben wie am 26.05.2015 um 13:30 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung A als das nach außen berufene Organ der Fa. G s.r.o , also als handelsrechtlicher Geschäftsführer, folgende Verwaltungsübertretung begangen.
Die Firma G s.r.o. hat in der Zeit von zumindest vom 15.5.2015 bis 26.5.2015 die verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräte gegen Entgelt zur Verfügung gestellt um fortgesetzt Einnahmen aus den mit den Eingriffsgegenständen veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form von Walzenspielen, zu erzielen.
Die Firma G s.r.o. hat damit selbständig und nachhaltig eine Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und ist daher als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.

Die Firma G s.r.o. hat sich somit an der Veranstaltung von Glücksspielen in Form verbotener Ausspielungen an denen die Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten, als Unternehmer iSd § 2 Abs. 2 GSpG beteiligt und damit eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z1, viertes Tatbild, GSpG begangen, was Sie als das gem. § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ, also als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Firma zu verantworten haben.

Die Ihnen angelastete Verwaltungsübertretung wurde bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der Öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2 GSpG durchgeführten Kontrolle am 26.5.2015 um 13:30 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung A festgestellt.
Es wurden folgende Geräte (welche mit fortlaufender Nummerierung versehen wurden) betriebsbereit und funktionsfähig vorgefunden:
FA-1: Kajot, SN: x
FA-2: Kajot, SN: x
FA-3: Kajot, SN: x
FA-4: Kajot, SN: x
FA-5: Kajot, SN: x
FA-6: Kajot, SN: x

Mit diesen Geräten wurden, zumindest seit dem Aufstellungsdatum, wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen durchgeführt wobei aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in verschiedener Höhe deshalb in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil weder die dafür erforderliche Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die mit diesen Geräten durchführbaren Ausspielungen nach den Bestimmungen des § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren.

Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschriften) verletzt:
§ 52 Abs. 1 Z 1, viertes Tatbild GSpG i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F.
Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	*falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von*	*Freiheitsstrafe von*	*Gemäß*
€ 18.000	*12 Tage(n) 0 Stunde(n) 0 Minute(n)*		*§ 52 Abs.1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG)*
(je Gerät 3.000,00€)	*(je Gerät 2 Tage)*		

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung von Vorhaft):

-

Ferner hat der Beschuldigte gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 1.800,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens 10 Euro für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

€ als Ersatz der Barauslagen für

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 19.800,00."

Begründend führt die Behörde aus:

„Der Tatbestand der Ihnen zur Last gelegten Verwaltungsübertretung ist durch die eigene dienstliche Wahrnehmung der Organe des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr der vorgelegten Anzeigen vom 03.06.2015 sowie aufgrund des behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.

Es steht daher fest, dass Sie die im Spruch angeführte Verwaltungsübertretung begangen haben.

Mit Schreiben vom 20.11.2015 wurden Sie gem. § 40 und § 42 VStG aufgefordert sich zum gegenständlichen Tatvorwurf zu rechtfertigen.

Im darauffolgenden Schriftsatz Ihrer rechtsfreundlichen Vertretung vom 14.12.2015 bringen Sie (zusammengefaßt) im Wesentlichen vor, dass der Meldungsleger noch als Zeuge zu einem von Ihnen aufgestellten Fragenkomplex einvernommen müsste, da aufgrund der bisherigen Ergebnisse ein Straftatbestand nicht feststehe bzw. dieser bestritten wird. Die verfahrensgegenständlichen Eingabeterminals wären weder Glückspielautomaten noch elektronische Lotterie und würde auf diesen Geräten kein wie immer geartetes Glücksspiel stattfinden und stehen mit keinem Glücksspielanbieter in Kontakt. Es liege keine Entgeltlichkeit vor. Es läge keine Veranstaltereigenschaft iSd Glücksspielgesetztes vor. Zum technischen Ablauf der verfahrensgegenständlichen Geräte wurde die Beiziehung eines Sachverständigen für das Glücksspielwesen beantragt. Im Übrigen würden im konkreten Fall die Voraussetzungen für eine Vorgangsweise gem. § 21 Abs. 1 a VStG 1991 (gemeint wohl § 45 Abs. 1 Z 1 -6 VStG) vorliegen. Das Verwaltungsstrafverfahren wäre daher einzustellen. Weiters wurde der Antrag auf Akteneinsicht gestellt.

Dem Ersuchen um Akteneinsicht wurde durch Übermittlung der bezughabenden Aktenteile in Kopie am 19.1.2016 an RA M nachgekommen.

Die erkennende Behörde kommt zu folgenden Erwägungen:

Mit der Novelle BGBl. Nr. I 73/2010 wurde das Glücksspielwesen einem grundsätzlich neuen System unterstellt, und zwar derart, dass neben den dem Monopol des Bundes unterliegen-den Ausspielungen in Form von Lotterien und Spielbanken nunmehr auch das für vergleichsweise geringere Einsätze und Gewinne konzipierte sogenannte „kleine Glücksspiel" mittels Automaten explizit einer Konzessionspflicht unterstellt und damit für zulässig erklärt ist, wobei die darauf bezüglichen Vorschriften vom Landesgesetzgeber zu erlassen sind. Diesbezüglich hat der Oberösterreichische Landtag am 10.03.2011 das OÖ. Glücksspielautomatengesetz beschlossen, welches am 05.05.2011 in Kraft getreten ist. Demnach dürfen die Ausspielungen mit Glücksspielautomaten nur mit Bewilligung der Landesregierung erfolgen, wobei die Ausspielung mit Glücksspielautomaten in Automatensalons oder in Einzelaufstellungen erfolgen kann.

Außer Streit gestellt ist, dass Sie über eine derartige Konzession nicht verfügen.

Mit der am 20.7.2010 in Kraft getretenen GSpG-Novelle 2008, BGBl. 54/2010, wurde ua. die verbotene Ausspielung als Anknüpfungspunkt für ein strafbares Verhalten im Zusammenhang mit dem Betrieb von Glückspielgeräten neu definiert und geregelt.

Gemäß § 52 Abs. 1 Zi. 1 Glücksspielgesetz begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 60.000 Euro zu bestrafen wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt.

Gemäß § 52 Abs. 2 Glücksspielgesetz: Bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen ist für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3000 Euro bis zu 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3000 bis zu 30.000 Euro, im Fall der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6000 Euro bis zu 60.000 Euro zu verhängen.

Ob eine verbotene Ausspielung im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG vorliegt, ist anhand folgender gesetzlichen Bestimmungen zu prüfen:

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

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

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

Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des

Abs. 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmereigenschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

Gemäß § 2 Abs. 3 Glücksspielgesetz liegt eine Ausspielung mit Glücksspielautomaten vor, wenn die Entscheidung über das Spielergebnis nicht zentralseitig, sondern durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung im Glücksspielautomaten selbst erfolgt.

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

Gemäß § 3 Glücksspielgesetz ist das Recht zur Durchführung von Glücksspielen, soweit in diesem Bundesgesetz nichts anderes bestimmt ist, dem Bund vorbehalten (Glücksspielmonopol).

Gemäß § 4 Abs. 1 Glücksspielgesetz unterliegen Glücksspiele nicht dem Glücksspiel-Monopol des Bundes, wenn sie
1. nicht in Form einer Ausspielung im Sinne des § 2 Abs. 1 und
2. a) bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge oder
b) nur einmal zur Veräußerung eines körperlichen Vermögensgegenstandes durchgeführt werden.

Gemäß § 4 Abs. 2 Glücksspielgesetz unterliegen Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten nach Maßgabe des § 5 nicht dem Glücksspielmonopol des Bundes.

Gem. § 5 Abs. 1 Glücksspielgesetz sind Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten Ausspielungen nach § 2 Abs. 3 an ortsfesten, öffentlich zugänglichen Betriebsstätten unter Einhaltung ordnungspolitischer Mindestanforderungen an Bewilligungswerber (Abs. 2) sowie besonderer Begleitmaßnahmen der Spielsuchtvorbeugung (Abs. 3 bis 5), der Geldwäschevorbeugung (Abs. 6) und der Aufsicht (Abs. 7)
1. in Automatensalons mit mindestens 10 und höchstens 50 Glücksspielautomaten oder
2. in Einzelaufstellung mit höchstens drei Glücksspielautomaten.

Bei der von der Finanzpolizei am 26.05.2015, um 13:30 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung A durchgeführten Kontrolle wurden die im Spruch angeführten Geräte betriebsbereit und voll funktionsfähig vorgefunden. Mit diesen wurde laut niederschriftlichen Angaben einer Auskunftsperson zumindest seit 12.05.2015 bis zum Kontrolltag wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen durchgeführt.

Sämtliche Geräte waren betriebsbereit aufgestellt und voll funktionsfähig. Dies wurde durch Testspiele durch die Organe der Abgabenbehörde und der niederschriftlich festgehalten Aussage der Auskunftsperson bestätigt
Anhand der durchgeführten Probespiele und der auf den Geräten angebrachten Spielbeschreibungen lässt sich folgender konkreter Spielablauf feststellen:

Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl des Spieles und Aufrufen zur Durchführung kann ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet ist. Mit jeder Steigerung des Einsatzbetrages werden sämtliche Werte im zugehörigen gewinnplan erhöht.

Das Spiel wird durch Tastenbestätigung ausgelöst. Damit wird zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entsteht.

Der Spielerfolg steht nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest.

Die durchgeführten Spiele waren deshalb Glückspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 des GSpG, weil den Spielern keine Möglichkeiten geboten wurden, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen, sondern die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing. Die Spieler konnten nur einen Einsatz und den dazugehörenden Gewinnplan auswählen, das Spiel mittels Tastenbetätigung auslösen und die Entscheidung über das Spielergebnis abwarten.

Die Abgabenbehörde hat Sie als unternehmerisch Beteiligten an Glücksspielen ermittelt.

Ihren Rechtfertigungsangaben wird entgegen gehalten, dass auf Grund der zuvor detailliert beschriebenen Spielabläufe für die Behörde zweifelsfrei feststeht, dass es sich im gegenständlichen Fall um verbotene Ausspielungen handelt. Im Übrigen wurde diese Frage bereits im Erkenntnis des LVwGOÖ-410492/S/MS/HUE v. 12.3.2015 betreffend die Beschlagnahme der angeführten Glückspielgeräte, ausreichend geklärt.

Aufgrund des eindeutigen und klaren Anzeigensachverhaltes konnte daher eine ergänzende Einvernahme der Beamten des Finanzamtes unterbleiben. Weiters wurde vom VwGH bereits bestätigt, dass das Spiel dort stattfindet, wo der Spieler durch Einwurf seines Spieleinsatzes und allenfalls Drücken eines Startknopfes den - unabhängig ob später noch durch ihn beeinflussten - Ablauf des Spieles in Gang setzte.

Weiters sind im gegenständlichen Fall weder die Strafverfolgung aussichtslos noch scheint der hiefür erforderliche Aufwand in einem Mißverhältnis zur Bedeutung der Verwaltungsübertretung.
Mit den angeführten Verstößen wurde geradezu in typischer Art und Weise in das Glückspielmonopol des Bundes eingegriffen.
Ein allfällig im Raum stehender Rechtsirrtum über die Charakteristik der Glücksspielgeräte und die Anwendbarkeit des GSpG vermag nicht zu entschuldigen, da es einem Veranstalter von Glücksspielen und Eigentümer solcher Geräte jedenfalls obliegt, sich auch mit den maßgeblichen Vorschriften des Glücksspielgesetzes vertraut zu machen.

In der Sache selbst bestand für die erkennende Behörde keinerlei Anlass, an der Richtigkeit des angezeigten Sachverhaltes zu zweifeln, zumal dieser von sach- und fachkundigen Organen der Abgabenbehörde aufgrund eigener dienstlicher Wahrnehmung einwandfrei festgestellt werden konnte.

Somit war für die Behörde erwiesen, dass Sie tatsächlich gegen die angeführten Bestimmungen des Glücksspielgesetzes verstoßen haben, weshalb nun spruchgemäß zu entscheiden war.

Die verhängte Geldstrafe, die sich im unteren Bereich des gesetzlichen Strafrahmens befindet, entspricht dem Unrechts- und dem Schuldgehalt der Tat und erscheint der Behörde notwendig, Sie in Hinkunft von der Begehung derartiger Übertretungen abzuhalten.

Die Tat schädigte in nicht unerheblichem Maße das durch die Strafdrohung geschützte Interesse am Schutz des staatlichen Glückspielmonopols, das öffentliche Interesse an der kontrollierten Durchführung von Glücksspielen und damit zusammenhängenden ordnungs- und fiskalpolitischen Zielsetzungen im Interesse der Allgemeinheit. Deshalb war der Unrechtsgehalt der Tat an sich, selbst bei Fehlen sonstiger nachteiliger Folgen, nicht gering.

Auch das Verschulden konnte nicht als geringfügig angesehen werden, weil nicht erkennbar ist, dass die Verwirklichung des Tatbestandes bei gehöriger Aufmerksamkeit nur schwer hätte vermieden werden können.

Der Milderungsgrund der ha. verwaltungsstrafrechtlichen Unbescholtenheit kommt Ihnen zu Gute.

Da der Behörde Ihre Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse nicht bekannt waren, wurde bei der Strafbemessung davon ausgegangen, dass Sie kein hierfür relevantes Vermögen besitzen, keine ins Gewicht fallenden Sorgepflichten haben und ein Einkommen von mindestens ca. € 2.000,- netto monatlich beziehen.

Die Kostenentscheidung ist gesetzlich begründet."

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat die Beschwerdeführerin rechtzeitig Beschwerde erhoben. Diese ist von der belangten Behörde samt Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt worden.
Dieses hatte gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Richter zu entscheiden.

Am 19. Juli 2016 wurde eine öffentliche mündliche Verhandlung abgeführt, an der ein Vertreter des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr und der Meldungsleger, dieser als Zeuge, teilgenommen haben.
Sowohl der Vertreter der beschwerdeführenden Partei als auch jener der belangten Behörde haben sich im Vorfeld der Verhandlung für ihr Nichterscheinen entschuldigt.

3. Im Beschwerdeschriftsatz gegen das Straferkenntnis finden sich, hier unter Weglassung der Wiedergabe des angefochtenen Straferkenntnisses, folgende Ausführungen:

„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:

Ein wesentlicher nicht mehr korrigierbarer Spruchmangel ist in dem Umstand zu sehen, dass die belangte Behörde als Tatzeit exakt die Zeiten der Spielapparatekontrollen angibt, dies wurde im Zuge einer Kontrolle festgestellt. Denn gerade für diese Zeit des

behördlichen, teilweise mit Gendarmerieassistenz erfolgten Einschreitens kann schon nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht angenommen werden, dass der Spielapparat von potentiellen Interessenten in Betrieb genommen und hätte bespielt werden können. In dieser Zeit wurde nämlich eine auf den gegenständlichen Spielapparat 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.

Da sich das VwG nach der 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

<u>BEGRÜNDUNGSMÄNGELN</u>

vorzuwerfen.

Gemäß § 46 Abs. 2 VStG hat das Straferkenntnis eine Begründung aufzuweisen.
Für Form und Inhalt der Straferkenntnisse 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 Zl 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 sich das angefochtene Straferkenntnis 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 abzusehen 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 in § 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.

<u>Festgestellter Sachverhalt:</u> Eine Sachverhaltsdarstellung ist der Begründung des angefochtenen Erkenntnis überhaupt nicht bzw. nicht in ausreichendem Ausmaß zu entnehmen. Unterbleibt jedoch die sachverhaltsmäßige Feststellung eines Tatbildmerkmales, 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, abgenützt, veraltert, 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 Programmdaten 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 längst mögliche Spieldauer des Einzelspieles an.

<u>Spielprogramme</u>
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?

Obwohl die Behörde darauf hingewiesen wurde, dass der UVS Niederösterreich u.a. 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 entgegen getreten 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 Eingabeterminals 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 1 7.12.2012;
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 18.10.2012;
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 30.5-67/2011 -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 30.17-78/2010-6 vom 12.10.2010.

Es ist davon auszugehen, dass nicht jede Rechtsunkenntnis oder 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, dass 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 Paragraphen fünf 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 bestätigenden 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 nach Paragraph fünf Absatz 2 VStG nichts ändern.

Es ist bekannt, dass der Verfassungsgerichtshof in Erkenntnis vom 13.6.2013 zur Zahl B 422/2013, Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (u.a. 22.8.2012, 2012/17/0156) als rechtswidrig, die vom Verwaltungsgerichtshof vertretene Rechtsansicht als dem Doppelbestrafungsverbot des Art. 4 Abs. 1 Z 7 ZPEMRK widersprechend angesehen hat. Wenn man dieser nunmehr als nicht haltbar qualifizierten Rechtsprechung gefolgt wäre,

wäre es doch geradezu denkunmöglich, darin einen Fall des verschuldeten Rechtsirrtums zu sehen!

Es kann schlicht nicht sein, dass der Paragraph fünf Abs. 2 VStG wegzu- interpretieren 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 Straferkenntnisses nach den geltenden Verfahrensvorschriften rechtlich unzulässig ist.

Im Übrigen hätte das Straferkenntnis nicht ergehen dürfen, da das Verfahren zumindest bis zur rechtskräftigen Entscheidung des EuGH über das Vorabentscheidungsverfahren zum Thema der Unionsrechtskonformität des GSpG auszusetzen gewesen wäre.

Hierzu wird auf die Entscheidung zu VwSen-360038/2/Gf/Rt vom 21.08.2012 verwiesen. Hierbei wurde der Berufung des Rechtsmittelwerbers stattgegeben und das Straferkenntnis ausgehoben. Begründet wurde dies unter anderem damit, dass der UVS OÖ starke Bedenken an der Verfassungskonformität des Glückspielgesetzes hegt. Aus diesem Grund wurde am 10.08.2012 auch ein Antrag auf Vorabentscheidung vom UVS OÖ an den EuGH zu den Zahlen: VwSen-740121 /2/Gf/Rt, VwSen-740123/2/Gf/Rt, VwSen-740124/2/Gf/Rt, VwSen-740127/2/Gf/Rt, VwSen-360028/3/Gf/Rt gestellt.

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. Den Spieleinsatz leistet aus zur Verfügung gestellten Mitteln die Firma P in G. Das Spiel wird von der Firma P durchgeführt, d.h. auch der Start des Spieles erfolgt durch die Firma P in G. Das von der Firma P jeweils gespielte Spiel wird auf einem in G aufgestellten Glücksspielautomaten gespielt. Es ist daher nicht der geringste Anhaltspunkt dafür gegeben, dass eine andere Behörde als die für G zuständige 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 belangte Behörde schreitet nach den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes ein.

§ 52 Abs. 2 bestimmt dazu: Werden im Zusammenhang mit der Teilnahme an Ausspielungen vermögenswerte Leistungen für ein Spiel von über 10 EUR von Spielern oder anderen geleistet, so handelt es sich nicht mehr um geringe Beträge und es tritt insoweit eine allfällige Strafbarkeit nach diesem Bundesgesetz 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 § 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.

C.4.) Unrichtige rechtliche Beurteilung

Die verfahrensgegenständlichen Eingabeterminals sind weder Glücksspielautomaten noch elektronische Lotterie. 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 verfahrensgegenständlichen Eingabeterminals dienen lediglich dazu, Aufträge verschiedener Art an die Firma P GmbH weiter zu geben. Die Durchführung der Aufträge kann über das Eingabeterminal beobachtet werden. Die Firma P ist ein Dienstleistungsunternehmen, das neben anderen Serviceleistungen auch Glücksspiele durchführt - klargestellt wird, dass die Firma P kein Glücksspielanbieter ist, sondern vielmehr Spieler ist. Es scheidet schon aus diesem Grund jede Involvierung der Firma P GmbH in ein Verwaltungsstrafverfahren von vorneherein aus, weil die Firma P - wie bereits oben dargestellt wurde -keine Glücksspiele anbietet. Die Firma P führt auch nur dort Glücksspiel durch, wo eben dieses Glücksspiel gesetzlich erlaubt ist und die Glücksspielautomaten im Einzelnen behördlich genehmigt sind. Im gegenständlichen Fall sind die Glücksspielautomaten in G, unter der Adresse W, aufgestellt und behördlich genehmigt.

Beweis: *Anfrage beim Amt der steiermärkischen Landesregierung.*

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 unter Diskussion geratenen Terminals ermöglichen lediglich an einem Spiel an anderer Stelle teilzunehmen. An anderer Stelle bedeutet, dass das Terminal ein Mitspielen an einem laufenden Spiel in der Steiermark ermöglicht. Das in der Steiermark ablaufende Spiel ist behördlich genehmigt. Wenn daher das Abhalten des Spieles in der Steiermark nicht strafbar ist, kann auch die Teilnahme an einem nicht strafbaren Spiel nicht strafwürdig sein.

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 Glückspielapparaten.
Es wird verdeutlicht: Die in der Steiermark ansässige Firma P GmbH spielt auf Spielautomaten in der Steiermark, welche behördlich genehmigt sind. Es liegt jedenfalls kein wie immer gearteter verwaltungsstrafrechtlicher Tatbestand vor, sodass die Fortführung eines Verwaltungsstrafverfahrens rechtswidrig ist.

Da dem jeweiligen Spielauftraggeber lediglich die Möglichkeit geboten wird, über ein Eingabeterminal die Servicefirma P zu einem Spiel zu beauftragen und mit dem Terminal weder direkt noch in Verbindung mit Internetleitung und Modem gespielt werden kann, scheidet jeder verwaltungsstrafrechtlich relevante Tatbestand aus.

Aus all den oben genannten Gründen kann die Firma P keinesfalls als Veranstalter iSd Glücksspielgesetzes qualifiziert werden. Die Firma P organisiert auch keine verbotenen Ausspielungen im Sinne des Glücksspielgesetzes, da die in Niederösterreich aufgestellten Geräte wie oben beschrieben keine Glücksspielgeräte im Sinne des Glückspielgesetzes sind und die in der Steiermark aufgestellten Geräte landesrechtlich bewilligt sind und auch nicht unter das Glücksspielgesetz des Bundes fallen.

Beweis: Sachverständiger für das Glücksspielwesen, wobei angeregt wird, nur einen solchen Sachverständigen zu bestellen, der den Datenfluss messen und nachvollziehen kann.
Beischaffung des Aktes zu S-58713/11-s (Verfahren wurde mangels Veranstaltereigenschaft eingestellt).

C.6.) Mangelnde Schuld

Aufgrund der bereits dargelegten unterschiedlichsten Rechtsmeinungen zum gegenständlichen Thema steht fest, dass Beschwerdeführer jedenfalls kein Verschulden anzulasten ist (siehe weiters in Punkt C 1 sowie C 7).

C.7.) Höhe der Strafe

Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes kommt es bei der Strafbemessung auf objektive Kriterien an. Als Rechtsfrage stellt sich für die belangte Behörde die Aufgabe, unter Bedachtnahme auf die Vermögens- und Familienverhältnisse

der Beschuldigten im Rahmen des gesetzlichen Strafsatzes die dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat angemessene Strafe festzusetzen. Hat die Behörde nicht dargetan, aufgrund welcher Erwägungen eine verhängte Strafe als dem Unrechts- und Schuldgehalt angemessen angesehen wurde, welche Umstände als erschwerend und welche Umstände als mildernd beurteilt wurden und inwieweit auf die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse der Beschuldigten Rücksicht genommen wurde, dann hat sie durch eine dem § 60 AVG nicht entsprechende Begründung ihren Bescheid mit einer Rechtswidrigkeit belastet (Erkenntnis vom 5.10.1976, VwSlgNF 9142/A uv 14.9.1977, Z 2474/76).

Eine bloße Wiedergabe des Gesetzestextes genügt nicht den Anforderungen, die das AVG an die Begründung, eines Bescheides stellt (Erkenntnis vom 15.6.1955 VwSlgNF 3787/A, v. 30.10.1956, Z 2938/ 52, uv 13.3.1978, Z 2790/76).

In diesem Zusammenhang wird auf das Erkenntnis des VwGH vom 24.2.1981, Z 1719/79 (10377A) verwiesen, wonach ein Satz in der Begründung des Straferkenntnisses „dass gemäß § 19 VStG 1950 bei der Strafbemessung die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse berücksichtigt worden seien" eine Scheinbegründung' ist.

Die Behörde erster Instanz hat die Frage nach dem Ausmaß der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung jener Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und den Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat, nicht beantwortet (VWGH 16.4.1997, 96/03/0358).

Es ist auch der Schuldgehalt der Tat (§ 19 Abs. 2 VStG iVm § 32 StGB) nicht erörtert worden (VwGH verst. Senat 25.3.1980 Slg 10077 A, 19.5.1980 3461/78, 18.2.1981 3351,3352/80 uva.). Die Behörde hat auch im Sinne des § 19 Abs. 1 VStG die Frage nicht geprüft, ob die Tat einen besonderen Auffälligkeitswert in der Öffentlichkeit erreicht hat (VWGH 11.4.1984, 81/11 /0001).

Nach § 19 Abs. 2 VStG sind im ordentlichen Verfahren (§§ 40 bis 46) die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen (VwGH 16.4.1977, 96/03/0358).

Die Behörde erster Instanz hat nicht dargelegt, aus welchen Erwägungen sie unter Zugrundelegung dieser Strafzumessungskriterien die konkrete Tat innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens hinsichtlich Straftat und Strafausmaß gerade so wertet wie dies im Spruch zum Ausdruck kommt. Nur so kann geprüft werden, ob die Strafbemessung noch innerhalb des der Behörde zustehenden Ermessensspielraumes liegt (VwGH 29.9.1981 3135/80). Wie der VwGH in ständiger Rechtsprechung dargetan hat (VwGH 25.3.1980, Slg. 10077/A), ist die Strafzumessung innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens eine Ermessensentscheidung. Es obliegt der Behörde, in Befolgung der Anordnung des § 60 AVG in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgebenden Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien des Verwaltungsverfahrens und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes in Richtung auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist. Geht man jedoch von dieser Judikatur des

Verwaltungsgerichtshofes aus, dann erweist sich das angefochtene Straferkenntnis auch in diesen Punkten als nicht dem Gesetz entsprechend begründet.

Unterbleiben der Feststellung vorhandener Milderungsumstände, unzutreffende Wertung von Umständen als Erschwerungsumstände:

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes belastet das Unterbleiben der Feststellung vorhandener Milderungsumstände bzw. die unzutreffende Wertung von Umständen als Erschwerungsumstände den Bescheid mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit, weshalb der vollständigen und richtigen Anführung der Strafzumessungsgründe von der Behörde ein besonderes Augenmerk zuzuwenden ist (VwGH 23.10.1986, 86/02/0063).

Gem. § 19 Abs. 2 VStG sind die Milderungsumstände des § 34 StGB sinngemäß anzuwenden. Die belangte Behörde hat jedoch folgende Milderungsumstände nicht festgestellt:

1.) Die Beschuldigte hat bisher einen ordentlichen Lebenswandel geführt, die Tat steht mit ihrem sonstigen Verhalten in auffallendem Widerspruch (§ 34 Z 2 StGB).

2.) Trotz Vollendung der Tat hat die Beschuldigte keinen Schaden herbeigeführt (§ 34 Z 13 StGB).

3.) Die Beschuldigte hat sich ernstlich bemüht, nachteilige Folgen zu verhindern (§ 34 Z 15 StGB).

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 Beschwerde aus den oben angeführten Gründen

ANTRÄGE

Das Verwaltungsgericht des Landes Oberösterreich möge
1. den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufheben und das Strafverfahren einstellen; in eventu
2. gemäß § 45 Abs.1 Z 4 VStG eine Ermahnung auszusprechen; in eventu
3. die verhängte Strafe herabzusetzen; jedenfalls
4. eine mündlichen Verhandlung anberaumen:“

4. Das Landesverwaltungsgericht Oö. hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den Verwaltungsakt und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.
Demnach steht folgender entscheidungsrelevante Sachverhalt fest:
Anlässlich einer von Organen des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr am 26. Mai 2015 im Lokal A, durchgeführten Kontrolle wurden die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses genannten Geräte betriebsbereit vorgefunden,

von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und nach Durchführung von Testspielen zwecks Verhinderung eines weiters Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen. Die Geräte waren zumindest in der Zeit von 15. Mai 2015 bis zum Kontrollzeitpunkt im verfahrensgegenständlichen Lokal in einem öffentlich zugänglichen Bereich eingeschaltet aufgestellt und wurden zur selbständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben. Die Beschwerdeführerin ist handelsrechtliche Geschäftsführerin der Fa. G s.r.o., die Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Geräte ist und diese dem Lokalbetreiber überlassen hat. Lokalbetreiber ist die Fa. A GmbH mit dem handelsrechtlichen Geschäftsführer A M. Im Lokal wurden Einsätze an den Geräten geleistet und Gewinne ausgezahlt. An den Geräten mit den FA-Nummern 1, 2, 3 und 4 wurden Probebespielungen durchgeführt, die Geräte mit den FA-Nummern 5 und 6 waren nicht bespielbar, da die Geräte um 13.20 Uhr vom Internet getrennt wurden. Bei den Walzenspielen „Ring Of Fire XL“ konnte bei einem Mindesteinsatz von 0,20 Euro ein Höchstgewinn von 20 Euro + 34 SG, bei einem maximalen Einsatz von 4,50 Euro ein Höchstgewinn von 20 Euro + 898 SG erzielt werden.
Auch die durch die Organe des Finanzamtes nicht mehr bespielbaren Geräte, zumal sie vom Internet getrennt waren, waren vorher betriebsbereit aufgestellt und voll funktionsfähig gewesen.
Der Ablauf von virtuellen Walzenspielen ist in der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses umschrieben.
Jedenfalls ist das Spielergebnis stets ausschließlich vom Zufall abhängig, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst auf den Ausgang der Walzenspiele Einfluss zu nehmen.

5. Der festgestellte Sachverhalt gründet sich auf folgender Beweiswürdigung:
Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, der Dokumentation der Probespiele, der im Akt einliegenden Niederschrift mit der zur Auskunft verpflichteten Person sowie den deutlichen im Zuge der Amtshandlung angefertigten Fotos. Weiters liegt der Beweiswürdigung das Ergebnis der Beschwerdeführerverhandlung, insbesondere der Einvernahme des Meldungslegers, zu Grunde. Aus diesen Schilderungen im Verein mit den Fotos lassen sich die Einsätze und die möglichen Gewinne ohne weiteres nachvollziehen.

Dass die verfahrensgegenständlichen Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung im Lokal betrieben wurden, folgt bei wirklichkeitsnaher Betrachtung bereits daraus, dass die Aufstellung von Geräten, an denen gegen In-Aussicht-Stellen von Gewinnen Einsätze geleistet werden können, in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals letztlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesen Geräten zu erzielen. Es sind im Verfahren auch keinerlei Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Überlassung der Geräte durch deren

Eigentümer aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären. Weiters sind im Verfahren auch keine Umstände hervorgekommen, dass die Geräte nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wären, sowie dass die Geräte nicht freiwillig vom Eigentümer zur Verfügung gestellt worden wären.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich einerseits aus den Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle und andererseits aus den glaubwürdigen und schlüssigen Aussagen des Zeugen.

Dass die Bf bzw die Eigentümerin der Geräte oder der Lokalbetreiber im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät gewesen wären oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet. Ebenso ist eine solche der Homepage des BMF x nicht entnehmbar.

Dass die verfahrensgegenständlichen Geräte zumindest seit 15. Mai 2015 betriebsbereit im verfahrensgegenständlichen Lokal aufgestellt waren, ergibt sich aus der Niederschrift zur gegenständlichen Kontrolle.

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

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

6. Gemäß § 52 Abs 2 GSpG ist bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro zu verhängen.

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

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

Gemäß § 2 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele,

1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und

2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und

3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

Gemäß § 2 Abs 2 Satz 1 GSpG ist Unternehmer, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs. 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmereigenschaft

aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

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.

7. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit sämtlichen verfahrensgegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt.

Aufgrund des festgestellten Spielablaufes der an diesen Geräten verfügbaren virtuellen Walzenspiele ist es auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl etwa VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201) als erwiesen anzusehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die festgestellten Spiele somit als Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind. Dies gilt auch für virtuelle Hunderennen (VwGH 27.2.2013, 2012/17/0352).

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

Die Geräte waren von 15. Mai 2015 bis 26. Mai 2015 im Lokal betriebsbereit aufgestellt. Die Spieler haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt an den gegenständlichen Geräten erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an diese Geräte übermittelt und dort nur angezeigt wurde (vgl VwGH v. 29.4.2014, Ra 2014/17/0002).

Die Firma G s.r.o., deren handelsrechtlicher Geschäftsführerin die Bf ist, hat sich als Unternehmerin an diesen verbotenen Ausspielungen beteiligt, indem sie jene Geräte zur Verfügung gestellt hat, die im vorgeworfenen Tatzeitraum im verfahrensgegenständlichen Lokal zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung aus der Durchführung von Glücksspielen betrieben wurden.

Die Beschwerdeführerin ist somit als handelsrechtliche Geschäftsführerin gemäß § 9 Abs.1 VStG dafür verantwortlich, dass die G GmbH den objektiven Tatbestand des § 52 Abs.1 Z.1 4. Tatbild GSpG im vorgeworfenen Zeitraum erfüllt hat, in dem sie sich an verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt hat.

7. Die behauptete Unionsrechtswidrigkeit liegt nach der Judikatur beider Höchstgerichte nicht vor. Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 16.

März 2016, Ro 2015/17/0022, seine Rechtsansicht in diese Richtung ausführlich zum Ausdruck gebracht, worauf hier verwiesen werden soll.
Der Verfassungsgerichtshof wiederum hat mit Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016 ua., Folgendes ausgeführt:

Die Rechtsgrundlagen i) für die Bestrafung wegen Übertretung der Verwaltungsstraftatbestände gemäß § 52 Glücksspielgesetz, BGBl. Nr. 620/1989, idF BGBl. I Nr. 105/2014, ii) für die Beschlagnahme von Glücksspielautomaten, von sonstigen Eingriffsgegenständen oder von technischen Hilfsmitteln gemäß § 53 Glücksspielgesetz, BGBl. Nr. 620/1989, idF BGBl. I Nr. 111/2010, und iii) für die Einziehung von Gegenständen, mit denen gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 Glücksspielgesetz verstoßen wird, gemäß § 54 Glücksspielgesetz, BGBl. Nr. 620/1989, idF BGBl. I Nr. 70/2013, verstoßen nicht gegen Unionsrecht (insbesondere Art. 56 bis 62 AEUV). Aus diesem Grund kann von vornherein keine Verletzung des Rechts auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz gemäß Art. 7 Abs. 1 B-VG und Art. 2 StGG wegen Inländerdiskriminierung vorliegen.

8. Zur Strafbemessung ist Folgendes festzuhalten:

Gemäß § 19 Abs 1 VStG sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs 2 leg.cit. sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. ua. VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt.

Darüber hinaus normiert Abs 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie insbes. Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Gemäß § 32 Abs 2 StGB hat das Gericht bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, inwieweit die Tat auf eine gegenüber rechtlich geschützten Werten ablehnende oder gleichgültige Einstellung des Täters und inwieweit sie auf äußere Umstände oder Beweggründe zurückzuführen ist, durch die sie auch einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen naheliegen können. Nach Abs. 3 leg.cit. ist maßgeblich, wie intensiv ein Täter durch seine Handlung Pflichten verletzt hat, wie reiflich er seine Tat überlegt hat, wie sorgfältig er sie vorbereitet oder wie rücksichtslos er sie ausgeführt hat. Besondere Milderungsgründe liegen ua im Fall eines reumütigen Geständnisses, eines bisherigen ordentlichen Lebenswandels bzw. bisheriger Unbescholtenheit, achtenswerter Beweggründe, bloßer Unbesonnenheit, einer allgemein begreiflichen heftigen Gemütsbewegung oder, wenn die Tat unter einem Umstand, der einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahekommt, begangen wurde, vor (vgl. § 34 StGB).

Zur Bemessung der Strafhöhe ist anzumerken, dass § 52 Abs 2 GSpG bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro normiert.

Die belangte Behörde hat gegenständlich für jedes Gerät – insgesamt sechs Geräte - die gesetzlich vorgeschriebene Mindeststrafe verhängt, sodass einer Strafherabsetzung schon aus diesem Grunde nicht näher getreten werden konnte. Ein Anwendungsfall des § 20 VStG lag keinesfalls vor.
Ebenso wenig sind die Voraussetzungen für ein Absehen von der Strafe und der Erteilung einer Ermahnung gegeben.
In Anbetracht der, wie schon erwähnt, festgesetzten gesetzlichen Mindeststrafe erübrigen sich Ausführungen zu den finanziellen Verhältnissen der Beschwerdeführerin, da aus diesen Gründen Strafherabsetzungen, wenn die Mindeststrafe verhängt wurde, ohnedies nicht möglich sind.

Zu II.:
Die Entscheidung über den Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren ist in den zitierten gesetzlichen Bestimmungen begründet.

Zu III. 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 des Verwaltungsgerichtshofes. 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.

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

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.

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. S c h ö n