OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-410472/36/HW

Datum:
Linz, 6. Februar 2017

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 Mag. Dr. Wiesinger über die Beschwerde des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr, Handel-Mazzetti-Promenade 14, 4400 Steyr, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems zu GZ Sich96-142-2013 vom 27.10.2014 wegen einer Einstellung eines Verwaltungsstrafverfahrens nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung (Mitbeteiligter: P J S, geb. x 1977)

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist 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.1. Mit dem angefochtenen Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems zu GZ Sich96-142-2013 vom 27.10.2014 wurde das Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschuldigten wegen des Verdachtes der Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 1 GSpG eingestellt. Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass aufgrund der nicht ausschließbaren Möglichkeit Einsätze von mehr € 10,00 zu leisten bzw. Serienspiele zu spielen das Doppelverfolgungsverbot eine weitere Verfolgung hindere.

I.2. Dagegen richtet sich die rechtzeitige Beschwerde des Finanzamtes, in welcher folgendes ausgeführt wird:
„Als Beschwerdegründe werden unrichtige Beweiswürdigung und unrichtige rechtliche Beurteilung namhaft gemacht.
[...]
Die Beschwerde richtet sich gegen die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens zu dem Gerät mit der Bezeichnung FA2, Global Tronic, € Eurowechsler, welches in der x Tankstelle, x öffentlich zugänglich war.

Das elektronische Glücksrad konnte nur durch Eingabe von mindestens 1,- Euro in Betrieb genommen werden. Der Kunde konnte mit der grünen Gerätetaste (‚Rückgabe-Taste' bzw. ‚Wahl-Taste' für den Vervielfachungsmodus), oder mit eigens dazu bestimmten Tasten vor Eingabe eines Euros eine Verdoppelung oder Vervielfachung der in Aussicht gestellten Gewinne bewirken, entsprechend dem damit eingestellten Vervielfachungsmodus. Der in Aussicht gestellte Höchstgewinn wird aus dem höchsten Betrag der Zahlenfelder multipliziert mit dem höchsten am Gerät auswählbaren Vervielfachungsfaktor errechnet.

Nach Eingabe von Banknoten wurde entsprechend dem gewählten Vervielfachungsfaktor (1, 2 oder 4) ein Betrag in Form von Euro-Münzen in der Höhe von vier, zwei oder einem Euro in die am Gehäuse unten angebrachte Geldlade ausgeworfen. Eine erneute Betätigung der grünen Gerätetaste (‚Rückgabe') bewirkte die Ausfolgung des zurückbehaltenen Betrages. Bei Betätigung der roten Gerätetaste (‚Kaufen' oder ‚Musik abspielen') wurden in Abhängigkeit vom gewählten Vervielfachungsfaktor, je nach dem im Symbolkranz des Glücksrades an der Gerätefrontseite beleuchteten Feld, entweder ein, zwei oder vier Musiktitel abgespielt, oder der entsprechende Geldbetrag in Münzen ausgefolgt. Unmittelbar nach diesem Vorgang erfolgte automatisch ein Beleuchtungsumlauf am Glücksrad, welcher mit dem zufälligen Stillstand auf einem der zahlreichen Felder am Glücksrad endete, welches beleuchtet blieb. Blieb nach dem Beleuchtungsumlauf ein Betragsfeld markiert, wurde der Wert nach neuerlicher Geldeingabe in der Höhe des gewählten Faktors ausgefolgt. Der Ausgang dieses Spiels konnte vom Spieler nicht beeinflusst werden. Die Entscheidung über das Spielergebnis hing somit jedenfalls vorwiegend vom Zufall ab.

Wie der Verwaltungsgerichtshof zu vergleichbaren Geräten in seiner Judikatur (vgl. zB VwGH 28.6.2011, Zl, 2011/17/0068 ua) ausgeführt hat, ist nach den Feststellungen zum Spielverlauf auch gegenständlich davon auszugehen, dass das beschlagnahmte Gerät eine Gewinnchance bot. Durch den Einwurf (bzw. das Belassen im Gerät nach Gebrauch

der Geldwechselfunktion) von einer bzw. mehreren Euro-Münzen und Abspielen eines Musikstückes - was jedenfalls zum Verlust eines Euros führte - und dem damit verbundenen automatischen Start des Lichtkranzlaufes erwarb der Spieler die Chance, bei Aufleuchten einer entsprechenden Zahl durch Betätigen der roten Taste den angezeigten Gewinn zu realisieren.

Ob in dem Fall, in dem diese Chance nicht eröffnet wird, ein (weiteres) Musikstück abgespielt wird oder nicht, ist für die Beurteilung, dass das Gerät eine vom Zufall abhängige Gewinnchance bietet, nicht zuletzt auch aufgrund der dazu ergangenen höchstgerichtlichen Rechtsprechung (u.a. VwGH 16.11.2011, Zl. 2011/17/0238) ohne Belang. Da der Spieler für den Start eines Lichtkranzlaufes, dessen Ergebnis programmgesteuert erfolgt und damit jedenfalls vom Zufall abhängt, jedenfalls einen Euro zu leisten hat, liegt ein aus zwei Teilen bestehendes Spiel vor, dessen Ausgang vom Spieler nicht beeinflusst werden kann: Das über einen Gewinn entscheidende Aufleuchten eines Feldes wird vom Gerät bzw. die Gerätesteuerung selbsttätig herbeigeführt. Dass im zweiten Teil des Spiels für den Spieler kein Risiko mehr vorhanden ist, sondern die Betätigung der roten bzw. grünen Taste jedenfalls zur Auszahlung des angezeigten Betrags führt, ändert nichts daran, dass der Spieler zu Beginn des Spiels (konkret: dem Abspielen des ersten Musikstückes, das den Lichtkranzlauf in Gang setzt, für einen Euro), das ihm die Gewinnchance bietet, den Ausgang nicht vorhersehen und ihn auch nicht beeinflussen kann. Welches Musikstück vor dem Weiterspielen eines Benutzers des Gerätes zur allfälligen Realisierung eines Gewinns abgespielt wird (und ob es diesbezüglich eine Auswahlmöglichkeit des Spielers gibt oder nicht bzw. ob überhaupt ein Musikstück gespielt wird), vermag an dem Umstand, dass dem Spieler die Möglichkeit geboten wird, allenfalls für seinen Einsatz etwas zu gewinnen, nichts zu ändern.

Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits entschieden hat, ist es für das Vorliegen eines Glücksspiels im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG nicht maßgeblich, ob und wie viele Einzelhandlungen oder Spieletappen erforderlich sind, um das Glücksspiel durchführen zu können (vgl. VwGH 26.2.2001, Zl. 99/17/0214). Das in Rede stehende Gerät eröffnet dem Benutzer unzweifelhaft eine Gewinnchance. Wiederum unter Verweis auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (VwGH 28.6.2011, Zl. 2011/17/0068) spricht gerade die Tatsache, dass die Gewinnchance nicht in jedem Fall der Benützung eröffnet wird, gerade für das Vorliegen eines Glücksspielautomaten bzw. sonstigen Eingriffsgegenstandes zur Durchführung elektronischer Lotterien. Das Abspielen eines Musikstücks setzt den Vorgang eines Beleuchtungsumlaufes mit zufallsbedingtem Stillstand auf einem ‚Glücksrad-‚ähnlichen Lichtkranz in Gang. Das Ergebnis dieses Vorgangs ist vom Zufall abhängig und führt zu einem Gewinn oder nicht. Dass dem Spieler nach Stillstand des Lichtkranzlaufes eine Wahlmöglichkeit zwischen Realisierung eines allfälligen Gewinns, Auszahlung des bestehenden Kreditspeicherguthabens oder Wiedergabe eines Musikstückes eröffnet wird, ändert nichts daran, dass erst durch Leistung eines Euros zur Wiedergabe der ersten Musikstückes der Lichtkranzlauf gestartet wird, dessen Spielergebnis vom Gerät (durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung) selbsttätig oder zentralseitig herbeigeführt wird. Im Ergebnis ändert diese Wahlmöglichkeit nichts an der Tatsache, „dass der Spieler durch den Einsatz von Geld eine Gewinnchance erhält" (vgl. VwGH 16.11.2011, Zl 2011/17/0238).

Auf die Rechtsprechung des Landesverwaltungsgerichtshofes Oberösterreich zu Fun-Wechslern wird hingewiesen. Des Weiteren wird auf den Bescheid des

Landesverwaltungsgerichtes Salzburg vom 31. März 2014, Zahl LVwG-10/83/5-2014 zu einem Gerät mit der Bezeichnung ‚Global Tronic' verwiesen."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Abschließend wird die Bestrafung des Beschuldigten beantragt.

I.3. Der Beschuldigte brachte in der mündlichen Verhandlung unter anderem vor, dass das verfahrensgegenständliche Gerät mit der FA-Nr. 2 über eine Automatik-Funktion verfüge, wodurch Serienspiele ausgelöst werden könnten.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat mit Entscheidung vom 29. Juni 2015 zunächst der Beschwerde Folge gegeben. Der Verwaltungsgerichtshof hat der gegen diese Entscheidung vom Beschuldigten erhobenen Revision Folge gegeben und dies damit begründet, dass für Sachverhalte, in denen im Zeitpunkt der Begehung die GSpG-Novelle BGBl I Nr. 12/2014 noch nicht in Geltung stand Feststellungen zu treffen sind, ob es zur Verwirklichung des Straftatbestandes des § 168 StGB kam und es würde in einem solchen Fall die Tat zum Zeitpunkt ihrer Begehung keine Verwaltungsübertretung bilden.

I.5. Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht folgender für die Entscheidung wesentlicher Sachverhalt fest:

Bei der finanzpolizeilichen Kontrolle am 16.05.2013 in der Tankstelle x in L, wurde unter anderem das verfahrensgegenständliche Gerät mit der Bezeichnung global tronic betriebsbereit in einem öffentlich zugänglichen Bereich dieser Tankstelle vorgefunden und vorläufig beschlagnahmt (Versiegelungsetiketten Nrn. A050426 – A050436). Dieses Gerät wies folgende Funktionsweise auf: Beim Gerät konnte durch Drücken einer am Gerät befindlichen Taste zunächst eine Stufe gewählt werden, mit der festgelegt wurde, wie viele Musiktitel der Kunde hören will. Es standen die Stufen 1 (ein Musiktitel) bis 5 (fünf Musiktitel) zur Auswahl. Jeder Musiktitel kostete einen Euro. In das Gerät konnte Geld mittels eines Banknoteneinzuges eingegeben werden. Wurde in das Gerät mehr Geld eingegeben als für die Musiktitel in der gewählten Stufe zu bezahlen war, dann wurde vom Gerät der Differenzbetrag in Münzen in die am Gehäuse unten angebrachte Geldlade ausgeworfen und es konnte durch eine Betätigung der grünen Gerätetaste auch die Ausfolgung des zunächst im Gerät verbliebenen Betrages bewirkt werden. Wurde hingegen die rote Gerätetaste betätigt, so wurden in Abhängigkeit der gewählten Stufe ein oder mehrere Musiktitel gespielt und es begann sich auf dem auf der Vorderseite des Geräts ersichtlichen Kranz aus Symbolen und Zahlen eine Art Lichtbalken zu drehen. Dieser Beleuchtungsumlauf am Gerät endete mit dem zufälligen Stillstand auf einem der zahlreichen Felder, welches beleuchtet blieb. Blieb nach dem Beleuchtungsumlauf ein Betragsfeld markiert, konnte die Ausfolgung des darauf angegebenen Wertes durch Einwurf eines Betrages in Höhe des gewählten Einsatzes (entspricht der

gewählten Stufe) bewirkt werden oder es konnte das Geld auch für einen weiteren Erwerb von Musik verbunden mit einem weiteren Beleuchtungsumlauf verwendet werden. Blieb nach dem Beleuchtungsumlauf hingegen ein Zitronensymbol beleuchtet, bedeutete dies den Verlust des Einsatzes. Auf dem auf der Vorderseite des Gerätes befindlichen Kranz befanden sich Zitronensymbole und Zahlenfelder, wobei sich die Zahlen je nach gewählter Stufe (gewähltem Einsatz) veränderten und die höchste Zahl dem zwanzigfachen des Einsatzes (der gewählten Stufe) entsprach. Durch langes Drücken bzw. durch „Gedrückthalten“ einer Gerätetaste konnten Spieler mehrmals den Beleuchtungsumlauf nacheinander auslösen, sodass ein Spieler durch einmalige längere Tastenbetätigung mehrere Glücksradspiele (zufallsabhängige Beleuchtungsumläufe) solange wiederholt nacheinander durchführen konnte, bis kein für den Einsatz ausreichender Kredit mehr vorhanden war. Bei Verwendung dieses Gerätes war es für Spieler möglich, innerhalb weniger Minuten mehr als 10 Euro einzusetzen und zu verlieren. Der Mitbeteiligte wusste und fand sich auch damit ab, dass Spieler das Gerät für mehrere Spiele hintereinander, also in Serie nutzen, dabei möglicherweise insgesamt mehr als 10 Euro einsetzen konnten und/oder nicht bloß zum Zeitvertreib, sondern mit gewinnsüchtiger Absicht am Gerät spielen.

I.6. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aufgrund folgender Beweiswürdigung: Das Vorhandensein des Geräts in der verfahrensgegenständlichen Tankstelle (in einem öffentlich zugänglichen Bereich) zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle ergibt sich bereits aus der Dokumentation der Finanzpolizei und der Aussage des Zeugen J, welcher an der Kontrolle beteiligt war. Die Feststellungen zur Funktionsweise des Gerätes gründen auf den Ausführungen in der Dokumentation der Finanzpolizei und den Angaben in der mündlichen Verhandlung von den Zeugen H und N. Deren Angaben zur Funktionsweise können auch mit den Lichtbildern vom Gerät in Einklang gebracht werden. Der Zeuge N konnte zwar nicht mit Sicherheit sagen, ob bei diesem Gerät ein allfälliger Gewinn automatisch ausgeworfen wird oder hierfür ein neuerlicher Geldeinwurf notwendig war. Aus der finanzpolizeilichen Dokumentation (GSp26b-Formular) ergibt sich jedoch, dass ein neuerlicher Geldeinwurf erforderlich war, sodass es nicht zur automatischen Gewinnauszahlung kam. Aus der Aussage des Zeugen N ergibt sich, dass durch längeres Drücken einer Taste eine Serienspielfunktion bewirkt werden kann (vorausgesetzt es ist ausreichend Geld im Gerät) und es deckt sich dies mit dem Vorbringen der mitbeteiligten Partei. Die finanzpolizeiliche Dokumentation enthält dazu zwar keine Angaben, jedoch hat die Befragung in der mündlichen Verhandlung ergeben, dass im Rahmen der Probebespielung nicht probiert wurde, was passiert, wenn sich im Gerät ein höherer Geldbetrag befindet (etwa nach einem Gewinn, welchen sich ein Spieler nicht gleich auszahlen lässt) und die spielauslösende Taste länger gedrückt wird. Angesichts der Angaben des Zeugen N und mangels gegenteiliger Beweisergebnisse wurde daher festgestellt, dass durch „Gedrückthalten“ einer Gerätetaste mehrere Spiele automatisch

hintereinander gespielt werden konnten, solange bis kein für den Einsatz ausreichender Kredit mehr vorhanden war. Da bei lebensnaher Betrachtungsweise davon auszugehen ist, dass der Mitbeteiligte in seiner Funktion das Gerät samt Funktionsweise kannte, ist auch anzunehmen, dass sich die mitbeteiligte Partei damit abfand, dass Spieler das Gerät für mehrere Spiele hintereinander nutzten, sowie, dass Spieler dabei möglicherweise insgesamt mehr als 10 Euro einsetzten bzw. mit gewinnsüchtiger Absicht spielen. Dies wurde im Übrigen vom Rechtsvertreter des Mitbeteiligten auch sinngemäß vorgebracht. Dass innerhalb einiger Minuten mehr als 10 Euro eingesetzt bzw. verloren werden konnten, ergibt sich aus dem möglichen Einsatz für jeden Beleuchtungsumlauf und daraus, dass Spieler mehrere Spiele hintereinander spielen konnten. Die ausschließlich vom Mitbeteiligten beantragte Probebespielung war einerseits aus rechtlicher Sicht nicht notwendig, da die von diesem vorgebrachte Funktionsweise des Gerätes bereits aufgrund der aufgenommenen Beweise festgestellt werden konnte, und andererseits auch faktisch nicht durchführbar, da – wie sich in der mündlichen Verhandlung vom 25.2.2015 ergab – sich das Gerät schon im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung nicht mehr in der gegenständlichen Tankstelle befand und auch keine Partei wusste, wo sich dieses Gerät befinden würde. Mangels Kenntnis davon, wo sich das Gerät befindet, kann dieses aber auch nicht mehr „probebespielt“ werden.

I.7. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat in rechtlicher Hinsicht erwogen: Das verfahrensgegenständliche Gerät unterscheidet sich in seiner Funktionsweise wesentlich von den aus anderen (veröffentlichten) Entscheidungen bekannten Wechslern. Bei diesem Gerät konnten Spieler durch Gedrückthalten einer Taste mehrere Spiele hintereinander ablaufen lassen, sodass das Gerät mehrmals den Vorgang des Abzugs von Einsatz vom Kredit und Lichtkegellauf selbstständig nacheinander durchführte, solange ein ausreichendes Guthaben vorhanden war. Es war auch möglich, innerhalb einiger Minuten mehr als 10 Euro einzusetzen und zu verlieren. Ein Spieler konnte also durch die einmalige längere Tastenbetätigung mehrere Glücksradspiele wiederholt nacheinander durchführen, bis kein für den Einsatz ausreichender Kredit mehr vorhanden war. Die Durchführung von mehreren Spielen in Serie wurde daher bereits durch das Gedrückthalten einer Taste ausgelöst. Berücksichtigt man, dass Spieler keinen Einfluss auf den Ausgang eines Spiels (Lichtkegellaufes) hatten, so tritt bei lebensnaher Betrachtung der ohnedies fragliche Unterhaltungswert bei einem derartigen Glücksradspiel zumindest bei dem beim verfahrensgegenständlichen Gerät vorhandenen automatischen Start von Lichtkegelläufen in Serie regelmäßig zu Gunsten des Gewinnstrebens in den Hintergrund. Aus dem Sachverhalt ergibt sich daher bei diesem Gerät die Veranlassung von Serienspielen, wobei der mitbeteiligten Partei die Funktionsweise und die Nutzung durch Spieler bekannt waren und sie sich mit dem Spielen mit gewinnsüchtiger Absicht abfand, sodass die mitbeteiligte Partei insoweit vorsätzlich handelte. Es liegt somit eine gemäß § 168 StGB strafbare

Glücksspielveranstaltung vor, sodass nach der im gegenständlichen Fall verbindlichen Rechtsansicht des Verwaltungsgerichtshofes die belangte Behörde mit Recht das Strafverfahren gegen den Mitbeteiligten eingestellt hat.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu II. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision: Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung folgt der vom Verwaltungsgerichtshof in seinem aufhebenden Erkenntnis dargelegten Rechtsansicht. Ob aufgrund der konkreten Umstände des vorliegenden Falles eine Strafbarkeit nach § 168 StGB gegeben war, war anhand der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalls, insbesondere der Funktionsweise des verfahrensgegenständlichen Gerätes, zu beurteilen, sodass dieser Beurteilung keine Bedeutung über diesen Einzelfall hinaus zukommt.

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

Mag. Dr. Wiesinger