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-410659/21/Zo

Datum:
Linz, 1. August 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Gottfried Zöbl über die Beschwerde des Herrn V Z, geb. x, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. P R, K, I vom 16.4.2015, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Wels, vom 27.3.2015, GZ VStV/915300224424/2015, wegen Verwaltungsübertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz aufgrund des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 19.5.2017, Ra 2016/17/0173-5

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist keine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Wels, (im Folgenden: belangte Behörde) vom 27.3.2015, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Geldstrafe von 30.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 7 Tage), wegen Übertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, in der Fassung BGBl I Nr. 76/2011 verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 3.000 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben, wie am 27.05.2014 zwischen 10.20 Uhr und 12.22 Uhr durch Organe der Finanzpolizei des Finanzamtes Grieskirchen-Wels festgestellt wurde, seit 01.01.2014 bis 27.05.2014 in W, H, Lokal „Z", als das satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufene Organ der Fa. „M I" s.r.o.", zu verantworten, dass sich diese Firma als Unternehmer (§ 2 Abs. 2 Glücksspielgesetz) in dem angeführten Lokal an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 und Abs. 4 Glücksspielgesetz zur Teilnahme vom Inland aus beteiligt und daraus Einnahmen erzielt hat, weil Sie folgende Glücksspielgeräte

1. *Kajot Multi Game, Nr. x, (elektronisches Walzenspiel),*
2. *Kajot Multi Game, Nr. x (elektronisches Walzenspiel),*
3. *Kajot VLT, Nr. ohne Seriennummer (elektronisches Walzenspiel),*
4. *Kajot, Nr. x (elektronisches Walzenspiel),*
5. *Hot Space World, Nr. ohne Seriennummer (elektronisches Walzenspiel),*
6. *A-P&E Eigennummer 7, Nr. ohne Seriennummer (elektronisches Walzenspiel),*
7. *A-P&E Gaming - Technology - Eigennummer 8, Nr. x (elektronisches Walzenspiel),*
8. *Eigennummer 9, Nr. ohne Seriennummer (elektronisches Walzenspiel),*
9. *Eigennummer 10, Nr. ohne Seriennummer (elektronisches Walzenspiel),*

im Rahmen ihrer Firma seit zumindest 01.01.2014 bis 27.05.2014 die für die Durchführung von Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen notwendigen Gegenstände gegen Entgelt zur Verfügung gestellt haben um fortgesetzt Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen, wobei die Spieler nur einen Einsatz und den dazugehörenden Gewinnplan auswählen konnten und den Spielern keine Möglichkeit geboten wurde Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen oder Zahlen zu nehmen sondern die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing. Die Spieler konnten nur durch Betätigen der Start-Taste, wodurch bei den dadurch ausgelösten virtuellen Walzen- oder Kartenspielen für die Dauer einer Sekunde die am Bildschirm dargestellten Symbole ausgetauscht oder in ihrer Lage verändert wurden, auf das Spiel Einfluss nehmen, weshalb die mit den Glücksspielgeräten durchgeführten Spiele als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs.

1 Glücksspielgesetz und Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes zu werten waren.

Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 9 VStG iVm. § 52 Abs, 1 Z 1 i.V.m. § 2 Abs.1, 2 und 4 i.V.m. § 4 GSpG BGBL Nr. 820/1989 idF BGBl. I Nr. 76/2011.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	*falls diese uneinbringlich Freiheitsstrafe von ist, Ersatzfreiheitsstrafe von*	*Gemäß*
€30.000,00	*7 Tagen*	*§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG)*

Ferner hat der Beschuldigte gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
€ 3.000,00 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).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 33.000,00“

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 16.4.2015, mit der die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens beantragt werden.

Die Beschwerde wird zusammengefasst damit begründet, dass die M I s.r.o. sich nicht an verbotenen Ausspielungen beteiligt habe und die Geräte nicht gegen Entgelt zur Verfügung gestellt habe. Auf den Geräten seien keine Glücksspiele angeboten worden. Die Tatanlastung sei unschlüssig und genüge nicht den Erfordernissen des § 44a VStG. Soweit die Geräte funktionsfähig gewesen wären, habe die Möglichkeit bestanden, nicht bloß geringe Beträge zu leisten, weshalb keine verwaltungsbehördliche Zuständigkeit vorliege. In subjektiver Hinsicht liege jedenfalls ein Schuldausschließungsgrund vor. Weiters wurden umfangreiche Ausführungen zur angeblichen Unionsrechtswidrigkeit der §§ 52 bis 54 GSpG gemacht.

I.3. Die belangte Behörde legte mit Schreiben vom 21.4.2015 die Beschwerde dem Oö. Landesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde übermittelten Verfahrensakt, insbesondere die im Akt einliegende Dokumentation, in eine

Stellungnahme des BMF vom September 2014 samt Glücksspielbericht 2010 - 2013 und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29.9.2015. Zu dieser Verhandlung sind ein Vertreter des Bf sowie des Finanzamtes erschienen. Das Tonbandprotokoll der mündlichen Verhandlung betreffend die Beschlagnahme dieser Geräte anlässlich der gegenständlichen Kontrolle wurde verlesen. Vom Vertreter des Bf wurde mit Schriftsatz vom 24.9.2015 ein ausführliches ergänzendes Vorbringen dahingehend erstattet, dass das österreichische Glücksspielmonopol dem Unionsrecht widerspreche. Der Evaluierungsbericht des BMF zu den Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010 – 2014 sowie die Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ des ISD wurde dem Vertreter des Bf am 14.1.2016 zur Kenntnis gebracht, er beantragte dazu eine mündliche Verhandlung zur Einvernahme weiterer Zeugen.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oö. geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht am 27.5.2014 um 10:20 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung „Z Z“ in W, H, durchgeführten Kontrolle wurden folgende Geräte betriebsbereit vorgefunden, mit Versiegelungsplaketten versehen und vorläufig beschlagnahmt:

FA-Nr.	Gehäusebezeichnung	Serien-Nr.	Versiegelungs-plaketten-Nr.
1	Kajot Multi Game	x	A011404-A011410
2	Kajot Multi Game	x	A011411-A011416
3	Kajot VLT	keine	A011386-A011391
4	Kajot	x	A011392-A011398
5	Hot Space World Games	keine	A011399-A011403
6	A-P&E, Eigennr. 7	keine	A011417-A011420
7	A-P&E Gaming Technology	x	A011421-A011425
8	Eigennr. 9	keine	A011426-A011430
9	Eigennr. 10	keine	A011431-A011435

Die verfahrensgegenständlichen Geräte wurden vom 1.1.2014 bis zum Tag der finanzbehördlichen Kontrolle am 27.5.2014 betrieben, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen und sie standen in diesem Zeitraum in einem öffentlich zugänglichen Bereich im oa. Lokal eingeschaltet und betriebsbereit für Spieler zur Verfügung. Die verfahrensgegenständlichen Geräte wurden von der M I s.r.o. zur Durchführung von Glücksspielen auf eigene Rechnung im angeführten Lokal betrieben.

Die M I s.r.o. ist Eigentümerin der Geräte. Diese Gesellschaft ist eine juristische Person mit Sitz in P, sie verfügt über ein Stammkapital in Höhe von 200.000

tschechischen Kronen (rund 7.400 Euro). Der Bf war zum vorgeworfenen Tatzeitraum handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Firma.

Weder die M I s.r.o. noch sonst eine an der Veranstaltung von Ausspielungen mit diesen Geräten beteiligte Person war im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für diese Geräte. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr.	*Spiel*	*mögliche Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
1	Ring of Fire	*min*: 0,20 Euro	20 Euro + 34 Supergames (SG)
		max: 5 Euro	20 Euro + 898 SG
2	Ring of Fire	*min:* 0,20 Euro	360 Euro
		max: 20 Euro	36.0000 Euro
3	Moko Mania	*min:* 0,30 Euro	300 Euro
		max: 15 Euro	15.000 Euro
4	Simply the best	*min:* 0,30 Euro	18 Euro
		max: 20 Euro	1.200 Euro
5	Gold of Fire	*min:* 0,10 Euro	15 Euro
		max: 15 Euro	15.000 Euro
6 - 9	Devil´s Fire	*min:* 0,25 Euro	250 Euro
		max: 10,50 Euro	10.500 Euro

Der Spielablauf stellt sich bei den verfahrensgegenständlichen Geräten mit den FA-Nrn. 1 bis 9 generalisierend wie folgt dar:
Bei diesen Geräten konnten virtuelle Walzenspiele gespielt werden. 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, wobei dieser Walzenlauf nur wenige Sekunden dauert. 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.

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

Der Bf verfügt laut unwidersprochener behördlicher Einschätzung über ein monatliches Einkommen von 2.000 Euro netto, hat keine Sorgepflichten und kein relevantes Vermögen. Es scheint keine einschlägige rechtskräftige Verwaltungsvorstrafe hinsichtlich des Bf auf.

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte, insbesondere auch deren Betriebsbereitschaft in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf der Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation, dem Aktenvermerk der Finanzpolizei und auf den Aussagen des Zeugen in der mündlichen Verhandlung anlässlich des Beschlagnahmeverfahrens, welche in der gegenständlichen Verhandlung mit Zustimmung der Parteienvertreter verlesen wurden. Die Funktionsweise der Geräte und die Feststellungen zu den auf diesen Gerätschaften möglichen Spielen samt Einsätzen sowie den dazu in Aussicht gestellten Höchstgewinnen gründen insbesondere auf der Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation und der GSp26-Dokumentation sowie auf den Zeugenaussagen in der mündlichen Verhandlung. Die Anzeige und der Aktenvermerk der Finanzpolizei enthalten auch eine Beschreibung des Spielablaufs und lässt sich diese Beschreibung auch mit den Lichtbildern, die der Anzeige angeschlossen waren, in Einklang bringen. Die beschriebene Funktionsweise stimmt auch im Wesentlichen mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu virtuellen Walzenspielgeräten überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben der Finanzpolizei bestehen. Dass keine der genannten Personen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die gegenständlichen Geräte war und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, folgt für das erkennende Gericht daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle, noch im behördlichen bzw. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurde und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde. Der Aufstellungszeitraum ergibt sich aus dem im Akt befindlichen Mietvertrag und dem Umstand, dass dieser im gesamten Verfahren nicht bestritten wurde.

Die Feststellungen zum Bf bzw. zur M I s.r.o. (samt den Eigentumsverhältnissen) gründen auf den Angaben der Finanzpolizei in der Anzeige, denen nicht widersprochen wurde, auf dem Firmenbuchauszug sowie auf dem Schriftsatz des Rechtsvertreters vom 3.6.2014 im Beschlagnahmeverfahren, in dem die

Eigentümerschaft ausdrücklich bestätigt wurde. Dass die Geräte auch zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung auf eigene Rechnung und Gefahr betrieben wurden, ergibt sich bereits aus der Stellungnahme des Vertreters des Bf in der mündlichen Verhandlung, wonach die M I s.r.o. Veranstalter war.

III. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG) in der zum Ende des Tatzeitaumes maßgeblichen Fassung begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür 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 GSpG veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmen im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG daran beteiligt.

Nach § 52 Abs. 2 leg. cit. 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.

Gemäß § 52 Abs. 3 leg. cit, ist, sofern durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklich ist, nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.

Ein Glücksspiel im Sinne des GSpG ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt (§ 1 Abs. 1 GSpG).

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

IV.1. Hinsichtlich des Glücksspielcharakters der verfahrensgegenständlichen Geräte ist Folgendes auszuführen:
Aufgrund der festgestellten Funktionsweise der an den Geräten mit den FA-Nrn. 1 bis 9 verfügbaren virtuellen Walzenspielen ist auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201) davon auszugehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und

die virtuellen Walzenspiele somit als Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass mit diesen Geräten Glücksspiele veranstaltet wurden, um dadurch selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es handelt sich bei diesen Glücksspielen auch um Ausspielungen iSd § 2 GSpG. Aufgrund der verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräte mit den darauf verfügbaren Spielen, bei denen Spieleinsätze zu leisten und Gewinne in Aussicht gestellt sind, ist – in Ermangelung einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz – von einer verbotenen Ausspielung iSd § 2 Abs. 4 GSpG auszugehen. Weiters ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt wurde und diese Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass die M I s.r.o. Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Geräte war und mit diesen zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen auf eigene Rechnung und Gefahr durchgeführt, diese also veranstaltet, hat.

IV.2. Dem Bf wurde von der belangten Behörde nicht das Veranstalten (§ 52 Abs. 1 Z. 1, 1. Alt. GSpG) dieser Glücksspiele, sondern die Beteiligung daran als Unternehmer (§ 52 Abs.1 Z. 1, 4. Alt. GSpG) vorgeworfen. Das LVwG Oberösterreich ist in seiner ersten Entscheidung zu diesem Fall davon ausgegangen, dass ein Veranstalter eines Glücksspieles i.S.d. § 52 Abs. 1 Z. 1, 1. Alt. GSpG gleichzeitig auch das Tatbild des unternehmerisch Beteiligens (§ 52 Abs. 1 Z. 1, 4. Alt. GSpG) zur Gänze erfülle. Wer als Unternehmer verbotene Ausspielungen vom Inland aus auf eigene Rechnung und Gefahr durchführe (also veranstaltet), verwirkliche auch den gesamten Unrechtsgehalt des Beteiligens an einer solchen Veranstaltung.

Der Verwaltungsgerichtshof hat diese Entscheidung mit Erkenntnis vom 19.5.20127, Ra 2016/17/0173-5 aufgehoben. Dies wurde zusammengefasst damit begründet, dass im Spruch des Erkenntnisses dem Bf die unternehmerische Beteiligung an einem Glücksspiel vorgeworfen wurde, während sich aus der Begründung ergibt, dass das vom Bf vertretene Unternehmen Veranstalterin der Glücksspiele sei. Damit sei dem Erkenntnis nicht zu entnehmen, welche konkrete Tathandlung dem Bf vorgeworfen wurde und es könne nicht beurteilt werden, unter welches Tatbild des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG die angelastete Tathandlung zu subsumieren ist. Das Erkenntnis entspreche daher nicht den Anforderungen des § 44a VStG.

In Bindung an diese Rechtsansicht des VwGH (§ 63 Abs. 1 VwGG) wäre das dem Bf vorgeworfene Verhalten als Veranstalten von Glücksspielen zu beurteilen. Dem

Bf wurde jedoch das Veranstalten von Glücksspielen und der für diese Beurteilung relevante Sachverhalt innerhalb der Verjährungsfrist nicht vorgeworfen. Bezüglich dieser Übertretung ist daher Verfolgungsverjährung eingetreten, weshalb das Verfahren einzustellen war.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da mit dieser Entscheidung der der Rechtsansicht des VwGH entsprechende Zustand hergestellt wurde.

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Zöbl