LVwG
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-411407/9/Sch/EP

Datum: Linz, 28. 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 Dr. Schön über die Beschwerde von R W, F, T b W, vertreten durch RA Dr. F M, D, W vom 15. April 2016 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems vom 22. März 2016, GZ: Sich96-141-2015, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 20. Dezember 2016 wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde betreffend den Schuldspruch als unbegründet abgewiesen. Hinsichtlich der Strafe wird der Beschwerde insofern stattgegeben, als die Geldstrafe auf EUR 1.000,-- und die Ersatzfreiheitsstrafe auf 33 Stunden herabgesetzt wird.

II. Gemäß § 64 Abs. 2 VStG beträgt der Kostenbeitrag für das behördliche Verwaltungsstrafverfahren 10 % der neu bemessenen Geldstrafe. Für das Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG kein Verfahrenskostenbeitrag zu entrichten.

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

I.

1. Mit Straferkenntnis vom 22. März 2016, Sich96-141-2015, verhängte der Bezirkshauptmann des Bezirks Kirchdorf an der Krems (in der Folge: belangte Behörde) über die nunmehrige Beschwerdeführerin eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 2.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 67 Stunden), weil sie es als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ des Unternehmens „G s.r.o.“ mit Sitz in G, W zu verantworten hat, dass sich dieses Unternehmen als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, in der Zeit vom 8. Juni 2015 bis 13. August 2015 beteiligt hat.

Im Spruch des Straferkenntnisses heißt es:

„Die G s.r.o., mit Sitz in G, W, hat sich als Unternehmerin im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG, wie im Zuge einer Kontrolle durch das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr, Team 43 Finanzpolizei, am 13.08.2015 in dem von Herrn D V betriebenen Lokal "K" in K, M, festgestellt wurde, vom 08.06.2015 bis zum Tag der Kontrolle am 13.08.2015 um 12:05 Uhr an den im besagten Lokal vorgefundenen, betriebsbereiten und funktionsfähigen Glücksspielgeräten mit den Bezeichnungen
1. Gerätebezeichnung Kajot, Seriennummer x, Versiegelungsplakettennr. A054114-A054118, FA-Gerätenr. 1,
mit denen den Spielern für einen geldwerten Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden und deren Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing, und womit zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet wurden, unternehmerisch beteiligt, indem die G s.r.o. dem Glücksspielveranstalter die vorgefundenen Glückspielgeräte gegen Entgelt zur Verfügung gestellt und damit selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt hat. Die G s.r.o. hat sich somit an der Veranstaltung von Glücksspielen in Form verbotener Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, als Unternehmer beteiligt.

Diese Verwaltungsübertretung haben Sie als „handelsrechtliche Geschäftsführerin" der G s.r.o. mit Sitz in G, W, gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
1. § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 GSpG (Glücksspielgesetz)

Geldstrafe von Euro	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freihheitsstrafe von	gemäß
2.000,--	67 Stunden	---	§ 52 GSpG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:
200,-- Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der STrafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);
Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 2.200,-- Euro.“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

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

Am 20. Dezember 2016 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der ein Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, ein Vertreter des Finanzamts Kirchdorf Perg Steyr sowie der Zeuge Mag. J S teilgenommen haben. Die Beschwerdeführerin selbst ist zur Verhandlung nicht erschienen.

3. Nach Wiedergabe des Inhaltes der zugrundeliegenden Anzeige der Finanzpolizei, Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr, und der Rechtfertigung der Beschwerdeführerin sowie einer Stellungnahme des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr finden sich in der Begründung des Straferkenntnisses folgende Ausführungen:

„Beweiswürdigung:
Der festgestellte Sachverhalt stützt sich auf die im Strafantrag der Finanzpolizei Team 43 übermittelten Erhebungsergebnisse der Kontrolle am 13.08.2015, an deren inhaltlicher Richtigkeit und Vollständigkeit seitens der Behörde kein Zweifel besteht.

Rechtslage:
§ 1 Abs. 1 GSpG normiert, dass ein Glücksspiel ein Spiel ist, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Die angebotenen Spiele, sohin auch die angezeigten virtuellen Walzenspiele, waren deshalb Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG, weil die Spieler in keiner Weise gezielt Einfluss auf das Zustandekommen einer gewinnbringenden Symbolkombination nehmen konnten, die Entscheidung über den Spielerfolg also jeweils ausschließlich vom Zufall abhing. Die Spieler konnten lediglich ein Spiel auswählen, einen Einsatz, bzw. Gewinnplan wählen und das Spiel durch Tastenbetätigung auslösen und das Ergebnis abwarten.

Die Spiele waren somit Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG.

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

Im Fall der virtuellen Walzenspiele konnten die Spiele nur nach Eingabe von Geld ausgewählt und zur Durchführung aufgerufen werden. Für jedes Spiel wurde ein bestimmter Mindesteinsatz bedungen, der durch entsprechende Tastenbetätigung gesteigert werden konnte. In den zum jeweiligen Spiel gehörenden Gewinnplan wurden in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen unterschiedlich hohe Gewinne in Aussicht gestellt. Sämtliche Gewinne wurden mit jeder Einsatzsteigerung erhöht. Mit dem Betätigen der Start-Taste wurde, nach Abzug des vorgewählten Einsatzbetrages, das Spiel ausgelöst. Nach kurzem Walzenumlauf, bei dem die dargestellten Symbole in ihrer Lage so verändert wurden, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand, stand die zufallsbedingt erfolgte Entscheidung über den Spielerfolg fest. War eine

Symbolkombination eingetreten, welche einer der Angaben im Gewinnplan entsprach, dann war ein Gewinn erzielt worden, der am Bildschirm auch optisch und akustisch besonders hervorgehoben wurde, andernfalls war der Einsatz verloren.

Die Glücksspiele wurden also in Form von Ausspielungen iSd § 2 Abs. 1 GSpG durchgeführt.

Gemäß § 2 Abs. 2 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.

Da sämtliche verfahrensgegenständlichen Geräte im Eigentum der Fa. G s.r.o. stehen, geht die Behörde davon aus, dass die Zurverfügungstellung dieser Geräte entgeltlich erfolgt und zwar mit dem Ziel, fortgesetzt Einnahmen zu erzielen. Die Firma hat somit selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt. Die Firma „G s.r.o." ist deshalb als Unternehmer im Sinn des § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.

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

Gemäß § 4 Abs. 1 Glücksspielgesetz unterliegen Glücksspiele nicht dem Glücksspielmonopol 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 einmalig zur Veräußerung eines körperlichen Vermögensgegenstandes durchgeführt werden.

Die Firma „G s.r.o." hat sich somit als Unternehmer iSd. § 2 Abs. 2 GSpG an der Durchführung von Glücksspielen in Form von Ausspielungen iSd § 2 Abs. 1 GSpG beteiligt.

Für diese Ausspielungen waren nachweislich weder eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG erteilt worden, noch waren diese Ausspielungen nach § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen. An diesen Ausspielungen konnte vom Inland aus teilgenommen werden.

Die Ausspielungen wurden also in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG durchgeführt, was Sie als das zur Vertretung nach Außen berufene Organ der Firma „G s.r.o." zu verantworten haben.

Die gegenständlichen Glücksspiele, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, bei denen die Spieler eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen mussten und bei denen vom Unternehmer eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wurde, wurden also ohne Rechtsgrundlage von einem Unternehmer iSd. § 2 Abs. 2 GSpG veranstaltet.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60 000 Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22.000 Euro zu bestrafen, 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 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.

Aufgrund der für die Spielteilnahme bedungenen Spieleinsätze und der vom Veranstalter in Aussicht gestellten Gewinne wäre fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG verstoßen worden und deshalb in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen worden, weil diese Ausspielungen weder von der erforderliche Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz umfasst waren, noch nach § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

Auf Grund der ausführlichen und umfassenden Dokumentation der gegenständlichen Glücksspiele in Form verbotener Ausspielungen durch die Organe des Finanzamtes als Organe der öffentlichen Aufsicht iSd § 50 Abs 2 GSpG waren für die Behörde zweifelsfrei als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizierende Spiele gegeben, welche von einem Unternehmer iSd § 2 Abs 2 GSpG veranstaltet wurden.

Ferner stand für die Behörde zweifelsfrei fest, dass für die Durchführung dieser Glücksspiele bestimmte Spieleinsätze bedungen wurden und dafür unterschiedlich hohe vermögenswerte Gewinne in Aussicht gestellt wurden.

Ein Nachweis dafür, dass Spieleinsätze von mehr als EUR 10,-- tatsächlich von einem Spieler geleistet wurden, konnte nicht erbracht werden. Da gemäß § 52 Abs. 3 GSpG nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu strafen ist, wenn eine Tat sowohl den Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch den Tatbestand des § 168 verwirklicht, ist es unerheblich ob tatsächlich Spieleinsätze von mehr als € 10.- geleistet wurden.

Die angezeigten Glücksspiele unterfallen somit jedenfalls den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes.

Eine Rechtsgrundlage für die vorliegenden Ausspielungen wurde der Behörde nicht nachgewiesen.

Für die Behörde stand somit zweifelsfrei fest, dass die angezeigten Ausspielungen in Form verbotener Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, veranstaltet wurden. Aufgrund der festgestellten Betriebsdauer der festgestellten Glücksspielgeräte, welche die Durchführung der Ausspielungen ermöglichten, wurde mit diesen verbotenen Ausspielungen fortgesetzt gegen § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, viertes Tatbild, verstoßen. Es lag sohin ein unzulässiger Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes vor.

Im Ermittlungsverfahren wurden Sie als Verantwortliche für die unternehmerische Beteiligung an Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen festgestellt. Gemäß § 5 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift nichts anderes bestimmt. Da das GSpG keine diesbezügliche Spezialnorm kennt, genügt für die Sanktionsmöglichkeit bereits die fahrlässige Begehung. Als Maßstab für die anzuwendende Sorgfalt des Täters ist dabei jene Sorgfalt zu berücksichtigen, zu der der Täter nach den Umständen des einzelnen Falles verpflichtet wäre.

Auf Grund der Tätigkeit als Unternehmerin der Unterhaltungsbranche gehört es zu Ihren grundlegenden Aufgaben, sich über die Zulässigkeit der Ausübung von Glücksspielaktivitäten zu informieren. Diese Überwachungsaufgabe oblag Ihnen als vertretungsbefugtes Organ und war Ihnen auf Grund der öffentlich zugänglichen Informationen (z.B. www.bmf.gv.at, RIS etc.) auch zumutbar.

Die Beteiligung an der verbotenen Ausspielung erfolgte daher zumindest fahrlässig.

Zur Strafbemessung ist auszuführen:

Gemäß § 19 Abs. 2 VStG sind die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Das Ausmaß des Verschuldens kann im Hinblick auf die mehrfach wegen der gleichen Verwaltungsübertretung eingeleiteten Verfahren und in Anbetracht der offensichtlichen Außerachtlassung der im gegenständlichen Fall objektiv gebotenen und dem Beschuldigten zuzumutenden Sorgfalt nicht als geringfügig bezeichnet werden. Einschlägige Verwaltungsvorstrafen scheinen nicht auf. Angesichts der bisherigen Darlegungen war sohin die Geldstrafe auf die im Spruch ersichtliche Höhe zu bemessen.

Gemäß § 16 Abs. 2 letzter Satz VStG ist die Ersatzfreiheitsstrafe ohne Bedachtnahme auf § 12 VStG nach den Regeln der Strafbemessung festzusetzen. Gemäß diesen sich aus § 19 VStG ergebenden Regeln sind die Erschwerungs- und Milderungsgründe gegeneinander abzuwägen. Die Strafhöhe erscheint unter Zugrundelegung der im konkreten Fall zu berücksichtigen gewesenen Spezial- und Generalprävention und im Hinblick auf den im Tatzeitraum erzielten wirtschaftlichen Erfolg als geboten. Aus den angeführten Gründen erscheint unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen monatlichen Einkommens in Höhe von Euro 2.000 das verfügte Strafausmaß durchaus als angemessen und nicht als überhöht.

Eine weitere Strafherabsetzung kam unter Bedachtnahme auf die vorangeführten Strafbemessungsgründe, die generalpräventive Funktion einer Verwaltungsstrafe und den Strafrahmen bzw. Strafsatz nicht in Betracht.

Die Kostenvorschreibung ist gesetzlich zwingend und stützt sich auf § 64 Abs. 2 VStG.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden."

[Hervorhebungen nicht übernommen.]

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt und die Beweisaufnahme im Rahmen der oben angeführten Beschwerdeverhandlung.

Daraus ergeben sich folgende Feststellungen:

Am 13.08.2015, 12:05 Uhr führten Organe der Finanzpolizei eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz im Lokal „K", M, K durch. Dabei wurde folgendes Glücksspielgerät vorgefunden:

FA-Geräte-Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typen-bezeichnung	Versiegelungsplaketten Nr.
FA-01	Kajot	x	---	A054114-A054118

Das Gerät wurde von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen.

Betreiber des Lokals „K" ist D V. Der Glücksspielautomat steht jedoch im Eigentum des Unternehmens „G s.r.o." mit Sitz in G, W. Die Gesellschaft verfügt über ein Kapital in der Höhe von umgerechnet etwa EUR 7.200,-- (200.000,--

SKK) und hat keinen Aufsichtsrat. Die Gesellschaft hat eine Zweigniederlassung in Österreich (W, G). Die Beschwerdeführerin ist die handelsrechtliche Geschäftsführerin des Unternehmens. Ihr monatliches Nettoeinkommen wird mit EUR 2.000,-- angenommen, Sorgepflichten bestehen keine.

Das in Rede stehende Gerät war zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung in einem öffentlich zugänglichen Bereich des gegenständlichen Lokals von 8. Juni 2015 bis 13. August 2015 betriebsbereit aufgestellt und stand Spielern zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung. Es konnten Einsätze an dem Gerät geleistet werden, für welche – abhängig vom Einsatz – Gewinne in Aussicht gestellt wurden. Eine Konzession für die Aufstellung bzw. den Betrieb des Gerätes war nicht vorhanden.

Die Organe der Finanzpolizei konnten kein Testspiel an dem verfahrensgegenständlichen Gerät vornehmen, da es unmittelbar nach Kontrollbeginn vom Internet getrennt wurde. Auf dem Startbildschirm waren jedoch weiterhin hinlänglich bekannte illegale Walzenspiele wie z. B. „Ring of Fire“ ersichtlich. Zu Kontrollbeginn war das Gerät betriebsbereit aufgestellt.

Bei dem vorgefundenen Gerät handelte es sich um das Gerät FA 01 von der Glücksspielkontrolle am 1. Juni 2015, welches durch die BH Kirchdorf an der Krems mittels Bescheid vom 2. Juli 2015, GZ: Sich96-81-2015, beschlagnahmt wurde.

Der Spielablauf bei Geräten dieses Typs stellt sich generalisierend wie folgt dar:

Bei dem Gerät können virtuelle Walzenspiele gespielt werden. Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen werden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels 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. Das Spiel wird mit der Starttaste 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. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergibt nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg steht daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hängt ausschließlich vom Zufall ab, Spieler haben keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.

5. Zur Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren.

Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie das dabei vorgefundene Gerät, insbesondere auch dessen Betriebsbereitschaft in einem öffentlich zugänglichen Bereich vom 8. Juni 2015 bis 13. August 2015 gründen vor allem auf der Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation, dem Aktenvermerk der Finanzpolizei sowie auf der zeugenschaftlichen Aussage in der mündlichen Verhandlung. Dass es sich bei dem Gerät um das Gerät FA 01 von der Glücksspielkontrolle am 1. Juni 2015 handelt, ergibt sich aus der Anzeige der Finanzpolizei vom 19. August 2015.

Dass keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für das gegenständliche Gerät vorhanden war, 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. Das Vorhandensein einer Konzession oder Bewilligung wurde auch nicht behauptet. Ebenso ist eine solche der diesbezüglich einschlägigen Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/steuern/gluecksspiel-spielerschutz/in-oesterreich/gspg-konzessionaere.html nicht entnehmbar.

Die Feststellungen zur Beschwerdeführerin bzw. zur G s.r.o. gründen auf dem Firmenbuchauszug. Dass das Gerät auch zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass es von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurde und die Funktionsweise des Gerätes eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung des Gerätes aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären.

Dem Argument der Beschwerdeführerin, es habe sich um Geschicklichkeitsspiele gehandelt, kann aufgrund des Ermittlungsergebnisses nicht gefolgt werden. Auf den im Akt einliegenden Fotos ist hinlänglich ersichtlich, dass auf dem gegenständlichen Automaten Glücksspiele wie beispielsweise „Ring of Fire“ durchgeführt werden konnten. Die Funktionsweise von Spielen solcher Art ist amtsbekannt und wurde bereits in unzähligen veröffentlichten Entscheidungen des Landesverwaltungsgerichts festgestellt. Für das Gericht bestanden daher keine Zweifel, dass es sich um ein Glücksspielgerät gehandelt hat, auch wenn es den Kontrollorganen nicht möglich war, Testspiele durchzuführen. Dass das Gerät genau zu dem Zeitpunkt, zu dem die Kontrollorgane Testspiele durchführen

wollten, vom Internet getrennt wurde, ist für das erkennende Gericht ein Indiz dafür, dass Kontrollen verhindert werden sollten, um die Glücksspieleigenschaft zu verbergen. Anzumerken ist an dieser Stelle noch, dass dem Verwaltungsgericht trotz hunderter Verfahren noch kein tatsächliches Geschicklichkeitsspiel, etwa in Form eines Geräts mit einer Stopptaste, untergekommen ist.

Der Betreiber des gegenständlichen Lokals war der belangten Behörde als zuständiger Gewerbebehörde bekannt.

Die Annahme der belangten Behörde eines monatlichen Nettoeinkommens von EUR 2.000,-- bei fehlenden Sorgepflichten wurde der Beschwerdeführerin bereits im Rahmen der Aufforderung zur Rechtfertigung mitgeteilt und blieb im Verfahren unwidersprochen.

6. Rechtliche Beurteilung:

Vorweg wird auf die Ausführungen in der Begründung des in Beschwerde gezogenen Straferkenntnisses verwiesen, mit denen die belangte Behörde die relevanten Erwägungen hinreichend ausführlich darlegt.

Der vorliegende Fall deckt sich mit den entsprechenden Feststellungen in höchst zahlreichen Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Es wird daher davon Abstand genommen, die entsprechenden weitwendigen Ausführungen hier zum wiederholten Male auszubreiten.

Die G s.r.o. hat sich an den mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät veranstalteten verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt und die Beschwerdeführerin hat dies als handelsrechtliche Geschäftsführerin nach § 9 Abs. 1 VStG zu verantworten. Somit ist der Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG in objektiver Hinsicht erfüllt.

a) Mit der Unionsrechtskonformität des österreichischen Glücksspielrechts haben sich sämtliche österreichischen Höchstgerichte in der Zwischenzeit ausführlich auseinandergesetzt und in entsprechenden Entscheidungen diese bejaht. Beim Verwaltungsgerichtshof war dies insbesondere im Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, der Fall, auf welches hier verwiesen wird und welches auch einschlägig hinreichend kommuniziert wurde.

Auch der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23 und E 1054/2015-19, die Rechtsgrundlagen im Glücksspielgesetz für die Bestrafung, die Beschlagnahme und die Einziehung für unionsrechtskonform befunden.

Schließlich liegen in der Zwischenzeit auch zahlreiche Beschlüsse des Obersten Gerichtshofes über die Zurückweisung von Revisionen vor, die aus dem erwähnten Grund ergangen sind.

Diese höchstgerichtlichen Entscheidungen veranlassen das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich unbeschadet der Kenntnis von vereinzelten anders lautenden Rechtsmeinungen, etwa des Landesgerichts Korneuburg zu Cg 91/14x-52, zum Abschluss des Verwaltungsstrafverfahrens ohne Stattgebung von Aussetzungsanträgen.

b) Das Gerät war zum Zeitpunkt der Kontrolle im gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt, weshalb das Argument der Beschwerdeführerin, es wäre im Zeitraum der finanzpolizeilichen Kontrolle kein Spielen möglich gewesen, ins Leere geht.

c) Aufgrund der festgestellten Funktionsweise der an dem Gerät verfügbaren virtuellen Walzenspiele 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.

d) Die belangte Behörde war auch zuständig: Benützer des Glücksspielgerätes haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt an dem gegenständlichen Gerät erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an dieses Gerät übermittelt und dort nur angezeigt wurde (vgl. VwGH 29.4.2014, Ra 2014/17/0002). Auch im Lichte der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ändert das Aufstellen von Terminals, die die Durchführung von Spielen über einen in einem anderen Bundesland aufgestellten Server – in welcher technischen Form auch immer – ermöglichen, nichts an der Tatsache, dass eine Ausspielung in Oberösterreich durchgeführt wurde, für deren Zulässigkeit jedenfalls nicht das steiermärkische Landesrecht maßgeblich ist (so auch VwGH 23.10.2014, 2013/17/0535 mwN).

Angesichts des festgestellten Sachverhaltes, insbesondere der Umstände, dass der Einsatz in das verfahrensgegenständliche Gerät einzugeben war, von Spielern Tasten auf diesem Gerät zu betätigen waren und auf dem Gerät das Spielergebnis visualisiert wurde, ist also davon auszugehen, dass Ausspielungen auch in Oberösterreich am Standort des Geräts erfolgten (vgl. VwGH vom 14.12.2011, 2011/17/0155). Die Regelungen zur Behördenzuständigkeit im GSpG sind, wie der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, G 203/2014-16 ua, festgestellt hat, auch verfassungskonform.

e) Wenn die Beschwerdeführerin die Anwendung des Glücksspielgesetzes aufgrund vermeintlich konkurrierender Gesetze bestreitet, ist ihr zu entgegnen, dass es auf die Frage, ob aufgrund der Beschaffenheit des Gerätes eine Konzession nach dem Bundes- oder nach dem Landesrecht notwendig gewesen wäre, nicht ankommt. Das unternehmerische Zugänglichmachen bzw. eine unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspielungen ist jedenfalls ausschließlich nach dem Bundesgesetz zu bestrafen.

f) Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgehalten, dass bei Überprüfung der Frage der Zuständigkeit zur Entscheidung die Zuständigkeitsvorschrift heranzuziehen ist, die im Zeitpunkt der Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde in Geltung stand. Der bekämpfte Bescheid wurde nach Inkrafttreten des § 52 Abs 3 GSpG idF BGBl I Nr 13/2014 erlassen. Auch wurde die Tatbegehung zeitlich nach Inkrafttreten des § 52 Abs 3 GSpG vorgeworfen. Die belangte Behörde war daher zur Erlassung des bekämpften Straferkenntnisses zuständig.

g) Im Hinblick auf das Vorbringen, dass das durchgeführte Ermittlungsverfahren aufgrund der Vornahme nur eines Probespiels mangelhaft im Sinne des VfGH-Erkenntnisses vom 13.06.2013, GZ B422/2013, sei, ist anzumerken, dass sich die in diesem Erkenntnis angesprochene Verpflichtung zur Durchführung der verschiedenen möglichen Probespiele lediglich auf die nach alter Rechtslage notwendige Abgrenzung von § 52 Abs 1 Z 1 GSpG und § 168 StGB bezieht (vgl § 52 Abs 2 GSpG idF BGBl Nr 620/1989). Nach der aktuellen Rechtslage gibt es keine Notwendigkeit mehr, eine etwaige Verwirklichung des Tatbestandes des § 168 StGB zu prüfen. Die verwaltungsbehördliche Strafbarkeit geht jedenfalls vor. Damit ist das Argument, das Ermittlungsverfahren sei mangelhaft durchgeführt worden, nicht zielführend.

h) Der Argumentation der Beschwerdeführerin, es liege im Sinne der Rechtssache *Karelin* (EGMR vom 20.09.2016, 926/08) auf Grund der beigeschafften Unterlagen zu den Auswirkungen des Glücksspiels eine „Anscheinsbefangenheit“ des erkennenden Gerichts vor, kann nicht gefolgt werden. So hat der Verwaltungsgerichtshof bereits in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgestellt, dass im Verwaltungsstrafverfahren vor den Verwaltungsgerichten gemäß § 38 VwGVG iVm § 25 VStG der Amtswegigkeitsgrundsatz und der Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit gelten. Betreffend die Ermittlung des Sachverhalts bedeutet dies, dass die Verwaltungsgerichte verpflichtet sind, von Amts wegen die entscheidungserheblichen Tatsachen zu erforschen und deren Wahrheit festzustellen. In diesem Sinne sind alle sich bietenden Erkenntnisquellen sorgfältig auszuschöpfen und insbesondere diejenigen Beweise zu erheben, die

sich nach den Umständen des jeweiligen Falles anbieten oder als sachdienlich erweisen können.

i) Der entscheidungsrelevante Sachverhalt ist hinreichend geklärt, sodass auf die als Erkundungsbeweisanträge zu wertenden Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift und weiteren Eingaben nicht einzugehen war.

j) Der Beschwerdeführerin kann auch nicht zugutegehalten werden, dass ihr die Unionsrechtskonformität der einschlägigen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht vorwerfbar nicht bekannt gewesen wäre. Diesbezüglich lagen auch vorangegangen mehrere Entscheidungen vor, die der Beschwerdeführerin bei ihrer Argumentation in diese Richtung entgegengehalten werden müssen. Zur Vermeidung entsprechender Wiederholungen wird auf die Judikatur des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich verwiesen, etwa auf das Erkenntnis vom 12. April 2016, LVwG-411293/9/Kof, und die dort zitierten höchstgerichtlichen Entscheidungen.

Die Beschwerdeführerin hat somit ihr objektiv rechtswidriges Verhalten auch subjektiv zu verantworten.

k) Zur Strafbemessung:

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

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

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes

erforderlich ist (vgl. 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 § 19 Abs. 2 VStG für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit genannten, wie insbesondere Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

Die belangte Behörde hat ihrer Entscheidung mangels Angaben der Beschwerdeführerin ein geschätztes monatliches Nettoeinkommen von EUR 2.000,--, kein relevantes Vermögen und keine Sorgepflichten zugrunde gelegt. Diesen angenommenen Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnissen ist nicht entgegengetreten worden, sodass auch das Landesverwaltungsgericht von diesen Annahmen ausgeht.

Gemäß § 52 Abs. 2 Glücksspielgesetz beträgt die Strafe im Falle einer Übertretung gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, wenn diese mit bis zu drei Glücksspielautomaten erfolgt ist, EUR 1.000,-- bis EUR 10.000,-- pro Glücksspielautomat bzw. anderem Eingriffsgegenstand.

Straferschwerungsgründe liegen im konkreten Fall nicht vor. Angemerkt wird jedoch, dass die Beschwerdeführerin mittlerweile bei nahezu jeder Verwaltungsstrafbehörde in Oberösterreich einschlägig vorbestraft ist. Allerdings waren die entsprechenden Verwaltungsstrafen zum Tatzeitpunkt noch nicht rechtskräftig, weswegen sie bei der Strafbemessung nicht zu berücksichtigen waren. Unter Bedachtnahme auf die lange Verfahrensdauer konnte daher mit der Verhängung der Mindeststrafe von EUR 1.000,-- das Auslangen gefunden werden. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs bedarf die Verhängung der Mindeststrafe keiner näheren Begründung (vgl. VwGH 23.03.2012, 2011/02/0244).

Eine Anwendung der Bestimmung des § 20 VStG (außerordentliche Strafmilderung) kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht, da die dafür erforderliche Voraussetzung (beträchtliches Überwiegen der Milderungsgründe gegenüber den Erschwerungsgründen) nicht gegeben ist.

Ebenso kommt die Anwendung des § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG aus folgenden Gründen nicht in Betracht:
Gemäß § 45 Abs. 1 Z 4 VStG hat die Behörde von der Verhängung einer Strafe abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind. Sie kann den

Beschuldigten jedoch gleichzeitig unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid ermahnen, wenn dies geboten erscheint, um ihn von der Begehung strafbarer Handlungen gleicher Art abzuhalten.

Von geringfügiger Schuld kann nur die Rede sein, wenn das tatbildmäßige Verhalten des Täters hinter dem in der betreffenden Strafdrohung typisierten Unrechts- und Schuldgehalt erheblich zurückbleibt (vgl. noch zu § 21 Abs. 1 VStG aF VwGH 06.11.2012, 2012/09/0066).

Eine Verwirklichung des verfahrensgegenständlichen Delikts mit einem Glücksspielgerät lässt jedoch einerseits auf die typischerweise damit einhergehende organisierte Übertretung des Gesetzes und andererseits auf den typischerweise damit einhergehenden wirtschaftlichen Nutzen aus dem strafbaren Verhalten schließen (vgl. auch RV 24 Blg.NR 25. GP 22f). Von geringfügiger Schuld kann somit nicht die Rede sein.

Die Tat bleibt damit im Ergebnis nicht so weit hinter dem deliktstypischen Unrechts- und Schuldgehalt zurück, dass eine Anwendung des § 45 Abs. 1 Z 4 VStG gerechtfertigt sein könnte.

Im Ergebnis ist daher die vorgeworfene Tat als Verwaltungsübertretung strafbar. Das angefochtene Straferkenntnis war mit der im Spruch angeführten Maßgabe zu bestätigen.

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 e

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

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als gegenstandslos. Sie erhalten von der genannten Behörde einen aktualisierten Zahlschein zugesandt.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Schön