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-411882/6/Sch/SW

Datum:
Linz, 12. September 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Schön über die Beschwerde der R W, geb. x, vertreten durch Dr. F M, Rechtsanwalt in W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Wels, vom 21. Februar 2017, GZ: VStV/916301902609/2016, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 11. Juli 2017,

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis bestätigt.

II. Die Beschwerdeführerin hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens in der Höhe von 3.000 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, PK Wels (im Folgenden: belangte Behörde), vom 21. Februar 2017, GZ: VStV/916301902609/2016, das sowohl dem Finanzamt Grieskirchen Wels als auch der Bf zugestellt wurde, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG eine Verwaltungsstrafe in der Höhe von 15.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 8 Tage) samt einem Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 1.500 Euro verhängt.

Im Spruch des Straferkenntnisses heißt es:

„1. Sie haben, wie am 05.11.2016 zwischen 18.27 Uhr und 19.15 Uhr durch Organe der Finanzpolizei des Finanzamtes Grieskirchen-Wels festgestellt wurde, seit 01.07.2016 bis 05.11.2016 in W, A, Lokal „C D", als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit das satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufene Organ der Fa. „G 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 folgendes Glücksspielgerät

- afric2go, Serien-Nr.: x,
Versiegelungsplaketten-Nr.: A084005 - A084007

im Rahmen ihrer Firma seit zumindest 01.07.2016 bis 05.11.2016 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 beim elektronischen Glücksrad den Vervielfachungsmodus auswählen und durch Betätigen der Starttaste das Abspielen von Musik mit automatischem Beleuchtungsumlauf am elektronischen Glücksrad starten, 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 i.V.m. § 52 Abs. 1 Z1 i.V.m. § 2 Abs. 1,2 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	Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
€15.000,00	8 Tagen	§ 52 Abs. 1 Z 1 (GSpG)

Ferner hat der Beschuldigte gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
€ 1.500,00 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 €16.500,00."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat die rechtsfreundlich vertretene Bf rechtzeitig Beschwerde erhoben. Diese ist von der belangten Behörde samt Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt worden.

Diese war gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Richter zu treffen.

Am 11. Juli 2017 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der ein rechtsfreundlicher Rechtsvertreter der Bf und ein Vertreter des Finanzamtes Grieskirchen Wels und die Zeugin M H teilgenommen haben. Die belangte Behörde hat sich im Vorfeld der Verhandlung für ihr Nichterscheinen entschuldigt.

3. Nach Wiedergabe des Inhaltes der zugrundeliegenden Anzeige der Finanzpolizei, Finanzamt Grießkirchen Wels und dem vorhergehenden Verfahrensgang finden sich in der Begründung des Straferkenntnisses folgende Ausführungen:

„Dieser Sachverhalt wird von der Landespolizeidirektion Oberösterreich - Polizeikommissariat Wels als gegeben erachtet. Es waren keine weiteren Verfahrensschritte notwendig, zumal die Aktenlage als ausreichend für die Entscheidung der Behörde anzusehen war.

Die Landespolizeidirektion Oberösterreich - Polizeikommissariat Wels hat dazu folgende rechtliche Beurteilung vorgenommen:
Gemäß § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz ist Glücksspiel ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.
Ausspielungen sind gemäß § 2 Abs. 1 Glücksspielgesetz 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).

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

Gemäß § 52 Abs. 1 Glücksspielgesetz begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000,- Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22.000,- Euro zu bestrafen,

1. wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt;
2. wer gewerbsmäßig ohne Berechtigung Spielanteile eines von diesem Bundesgesetz erfassten Glücksspieles oder Urkunden, durch welche solche Spielanteile zum Eigentum oder zum Gewinnbezug übertragen werden, veräußert oder an andere überlässt;
3. wer die Bewilligungsbedingungen eines genehmigten Glücksspieles nicht einhält;
4. wer die Auflagen des § 5 nicht einhält oder ein Glücksspiel trotz Untersagung oder nach Zurücknahme der Spielbewilligung durchführt;
5. wer gegen eine Bestimmung der in § 2 Abs. 3, § 12a Abs. 4 und § 21 Abs. 10 vorgesehenen Verordnung, gegen die Auflageverpflichtung von Spielbeschreibungen, die Anzeigeverpflichtung gemäß § 4 Abs. 6 oder eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 verstößt;
6. wer die Teilnahme an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 - insbesondere durch die Vermittlung der Spielteilnahme, das Bereithalten von anderen Eingriffsgegenständen als Glücksspielautomaten oder die unternehmerische Schaltung von Internet-Links - fördert oder ermöglicht;
7. wer technische Hilfsmittel (z. B. eine entsprechend geeignete Fernbedienung) bereit hält, mit sich führt oder einsetzt, die geeignet sind, sich selbst oder anderen einen unlauteren Spielvorteil zu verschaffen oder den Spielablauf zu beeinflussen;
8. wer die Pflichten der Geldwäschevorbeugung gemäß § 25 Abs. 6 und 7 oder § 25a verletzt;
9. wer verbotene Ausspielungen (§ 2 Abs. 4) im Inland bewirbt oder deren Bewerbung ermöglicht, es sei denn es liegt eine Bewilligung des Bundesministers für Finanzen gemäß § 56 Abs. 2 vor;
10. wer als Kreditinstitut wissentlich die Vermögenswerte Leistung eines Spielers an den Veranstalter oder Anbieter verbotener Ausspielungen weiterleitet, wenn dies im vorsätzlichen unmittelbaren Zusammenwirken mit dem Veranstalter oder Anbieter geschieht;
11. wer bei der Durchführung von Ausspielungen Trinkgelder direkt annimmt.

Gemäß § 52 Abs. 2 Glücksspielgesetz ist bei Übertretung des § 1 Abs. 1 Zi. 1 Glücksspielgesetz 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.

Werden Verwaltungsübertretungen nach § 52 Abs. 1 Glücksspielgesetz nicht im Inland begangen, gelten sie gemäß § 52 Abs. 4 GSpG als an jenem Ort begangen, von dem aus die Teilnahme im Inland erfolgt. Gegenstände, mit deren Hilfe eine verbotene Ausspielung im Sinne des § 2 Abs. 4 durchgeführt oder auf andere Weise in das Glücksspielmonopol

des Bundes eingegriffen wird, unterliegen, sofern sie nicht gemäß § 54 einzuziehen sind, dem Verfall.
Zu ihrer Rechtfertigung führen Sie im Wesentlichen an, dass die angewendete Strafnorm unionsrechtswidrig und daher nicht anwendbar sei.

Der angelastete Sachverhalt wird von Ihnen nicht bestritten und wird von der Landespolizeidirektion Oberösterreich - Polizeikommissariat Wels daher als erwiesen angenommen. Es war somit nur eine rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes vorzunehmen.

Gemäß § 1 Abs. 1 VStG kann eine Tat Als Verwaltungsübertretung (Handlung oder Unterlassung) nur bestraft werden, wenn sie vor ihrer Begehung mit Strafe bedroht war und nach § 1 Abs. 2 VStG richtet sich die Strafe nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre.
Das Glücksspielgesetz, BGBl. Nr. 620/1989 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 13/2014, ist das für den angelasteten Sachverhalt geltende Gesetz und ist somit von der Landespolizeidirektion Oberösterreich - Polizeikommissariat Wels in diesem Verwaltungsstrafverfahren anzuwenden.

Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 Glücksspielgesetz als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist gemäß § 52 Abs. 3 Glücksspielgesetz nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 Glücksspielgesetz zu bestrafen. Auf Grund dieser Bestimmung besteht somit auf jeden Fall der Verdacht, dass mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 Glücksspielgesetz verstoßen wird.
Es ist somit unerheblich, ob durch die Tat auch gleichzeitig der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht wird.
Gemäß § 5 Abs.1 VStG genügt, wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nichts anderes bestimmt, zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Gebot dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft.

Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat der Beschuldigte initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht. Dies hat in erster Linie durch ein geeignetes Tatsachenvorbringen und durch die Beibringung von Beweismitteln beziehungsweise die Stellung konkreter Beweisanträge zu geschehen. Bloßes Leugnen oder allgemein gehaltene Behauptungen reichen für die "Glaubhaftmachung" nicht aus.
Die monotone Behauptung, das Glücksspielgesetz sei mit dem EU-Recht nicht vereinbar und verfassungswidrig, reicht weder für die Glaubhaftmachung des mangelnden Verschuldens des Beschuldigten an der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung im Sinne des § 5 Abs 1 VStG aus, noch kann sie als bestimmte Tatsache gewertet werden, dass sich der angelastete Vorfall nicht ereignet hätte.
Gemäß § 16 Abs. 2 VStG darf die Ersatzfreiheitsstrafe das Höchstmaß der für die Verwaltungsübertretung angedrohten Freiheitsstrafe und, wenn keine Freiheitsstrafe angedroht und nicht anderes bestimmt ist, zwei Wochen nicht übersteigen. Eine

Ersatzfreiheitsstrafe von mehr als sechs Wochen ist nicht zulässig. Sie ist ohne Bedachtnahme auf § 12 VStG nach den Regein der Strafbemessung festzusetzen.

Durch die Dokumentation der Finanzpolizei ist erwiesen, dass der Spieler bei den gegenständlichen Glücksspielgeräten den Verlauf des einzelnen Spieles nur durch die Betätigung einer Taste für den Start beeinflussen konnte.

Bei dem elektronischen Glücksrad wurde nach Eingabe von Münzen entsprechend dem gewählten Vervielfachungsfaktor ein Betrag in Form von Euro-Münzen in die am Gehäuse des Gerätes angebrachte Geldlade ausgeworfen. Der Spieler hatte darauf die Möglichkeit die Ausfolgung des zurückbehaltenen Betrages oder kaufen eines Musiktitels zu wählen. Beim Kaufen von Musiktitel wurde in Abhängigkeit vom gewählten Vervielfachungsfaktor ein bis vier Musiktitel abgespielt oder der entsprechende Geldbetrag in Münzen ausbezahlt. 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. War nach dem Beleuchtungsumlauf ein Betragsfeld markiert, wurde der Wert nach neuerlicher Geldeingabe in der Höhe des gewählten Faktors ausgezahlt. Die Beleuchtungsfunktion wurde vom Spielprogramm automatisch durchgeführt und der Spieler hatte keine Möglichkeit auf das Zustandekommen des Ergebnisses Einfluss zu nehmen.

Dieses Glücksspielgerät fällt somit zweifelsfrei unter das Glücksspielmonopol des Bundes und somit in den Anwendungsbereich des Glücksspielgesetzes.

Für den Betrieb eines Glückspielapparates genügt die spielbereite Aufstellung an einem Ort, an dem Gelegenheit zur Betätigung des Glücksspielgerätes für potenzielle Interessenten besteht, wenn nach den Umständen mit einer Gegenleistung für den Spieleinsatz gerechnet werden kann. Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 21. April 1997, ZI. 96/17/0488, unter Bezugnahme auf frühere Judikatur ausgesprochen, dass eine Ausspielung im Sinne des. Glücksspielgesetzes bereits dann vorliegt, wenn das Glücksspielgerät in betriebsbereitem Zustand aufgestellt ist oder aus den Umständen hervorgeht, dass jedem potenziellen Interessenten die Inbetriebnahme des Gerätes möglich ist. Dabei kann das In-Aussicht-Stellen einer vermögensrechtlichen Gegenleistung auch in Form eines Realoffertes durch Aufstellung eines Automaten geschehen, nach dessen äußerem Erscheinungsbild der Spieler berechtigterweise erwarten kann, er werde für seine vermögensrechtliche Leistung im Falle seines Gewinns eine vermögensrechtliche Gegenleistung erhalten.
Eine Ausspielung im Sinne des § 2 Abs. 1 Glücksspielgesetz liegt bereits dann vor, wenn der Unternehmer (Veranstalter) den Spielern für eine vermögensrechtliche Leistung (Einwurf von Geld oder Spielmarken) eine mittels eines Glücksspielautomaten zu bewirkende Gegenleistung in Aussicht stellt. Dies ist bereits dann der Fall, wenn der Glücksspielapparat in betriebsbereitem Zustand aufgestellt ist oder aus den Umständen hervorgeht, dass jedem potentiellen Interessenten die Inbetriebnahme des Gerätes möglich ist. Ein "Inaussichtstellen" kann auch in Form eines Realoffertes durch Aufstellung eines Automaten geschehen, nach dessen äußeren Erscheinungsbild der Spieler berechtigter Weise erwarten kann, er werde für seine vermögensrechtliche Leistung im Falle seines Gewinnes eine vermögensrechtliche Gegenleistung erhalten.
Gemäß § 2 Abs. 2 Glücksspielgesetz 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.

Entsprechend den Ermittlungsergebnissen ist zweifelsfrei erwiesen, dass Sie als Verantwortliche der Fa. „G s.r.o." am angeführten Standort als Unternehmer für die Duldung des Spielbetriebes und für die Vermietung von Flächen für den Spielbetrieb sowie für die Vornahme von Handlungen im Zusammenhang mit dem Spielbetrieb eine Vermögenswerte Leistung als Entschädigung empfangen und somit zweifelsfrei verbotene Ausspielungen zugänglich gemacht haben. Sie haben somit als Unternehmer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet.

Im Sinne des Glücksspielgesetzes beteiligt sich derjenige als Unternehmer an verbotenen Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus, der selbständig wiederholt Tätigkeiten ausübt, aus denen er Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen erzielt. Es sind somit auch einzelne Teilhandlungen, die insgesamt als illegales Glücksspiel zu qualifizieren sind, unter Sanktion gestellt, soweit sich der Unternehmer daran beteiligt.
Also derjenige,

- der Glücksspieleinrichtungen vermietet, mit denen fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen wird; oder
- der eine Lokalität für den Betrieb eines Automatensalons vermietet, in welchem Glücksspiele durchgeführt werden, welche gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 GSpG verstoßen; oder
- der eine Lokalität für die Aufstellung von anderen Glücksspieleinrichtungen als Glücksspielautomaten, deren Betrieb nicht durch eine Konzession des Bundesministers für Finanzen gedeckt wird, vermietet; oder
- der Dienstleistungen anbietet, welche für die Aufrechterhaltung oder die Fortsetzung des entsprechenden Spielbetriebes erforderlich sind.

Ein Verstoß gegen das Glücksspielgesetz wird jedenfalls dann nicht als geringfügig zu qualifizieren sein, wenn in geradezu typischer Art und Weise - also zum Beispiel durch öffentlich zugängliche Aufstellung eines Glücksspielautomaten - in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird. Es muss sich demzufolge um einen von der tatbestandstypischen Form abweichenden gelinderen Eingriff, ja einen geradezu marginaler Eingriff handeln, um dieses Geringfügigkeitsmerkmal zu erfüllen.

Das Aufstellen von Glücksspielgeräten an einem allgemein zugänglichen Ort wie einem Gaststättenbetrieb und diese Glücksspielgeräte somit öffentlich zugänglich zu machen kann nicht als geringfügig qualifiziert werden, da es bei der Beurteilung der Geringfügigkeit nur um die Eigenschaften des Gerätes gehen kann.
Die zur Last gelegte Verwaltungsübertretung ist auf Grund der vorliegenden Beweise eindeutig erwiesen. Die Landespolizeidirektion Oberösterreich - Polizeikommissariat Wels hatte somit als Verwaltungsstrafbehörde spruchgemäß zu entscheiden. Der Sachverhalt ist auch deswegen als ausreichend erwiesen anzusehen, als eine eigene dienstliche Wahrnehmung von Organen der Finanzpolizei vorliegt.

Es liegt eine ausführliche Dokumentation der Überprüfungen für das gegenständliche Glücksspielgerät vor. Eine Überprüfung des Glücksspielgerätes zum jetzigen Zeitpunkt ist auch aus technischen Gründen für die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes nicht zielführend. Ausschlaggebend für Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes, der diesem Verwaltungsstrafverfahren zu Grunde liegt, sind die dienstlichen Wahrnehmungen der Organe der Finanzpolizei zur Tatzeit.

Gemäß § 19 Abs. 1 VStG ist die Grundlage für die Bemessung der Strafe stets das Ausmaß der mit der Tat verbundenen Schädigung oder Gefährdung derjenigen Interessen, deren Schutz die Strafdrohung dient und der Umstand, inwieweit die Tat sonst nachteilige Folgen nach sich gezogen hat. Nach § 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 Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Erschwerend wurde gewertet, dass über Sie acht rechtskräftige Verwaltungsstrafvormerkungen wegen Übertretungen nach dem Glücksspielgesetz aufscheinen.

Die verhängte Geldstrafe entspricht dem Unrechtsgehalt der Tat und der Schwere der Übertretung.

Da Sie Ihre Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse nicht bekanntgaben, wurde bei der Strafbemessung davon ausgegangen, dass Sie kein hiefür relevantes Vermögen besitzen, keine ins Gewicht fallenden Sorgepflichten haben und ein monatliches Einkommen von ungefähr €€ 2.000,- beziehen.

Die Vorschreibung der Verfahrenskosten stützt sich auf § 64 Absatz 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991.“

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt und die Beweisaufnahme im Rahmen der oben angeführten Beschwerdeverhandlung.
Das Nichterscheinen der belangten Behörde stand der Abführung der Verhandlung nicht entgegen. Nach der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes gilt für die Verwaltungsgerichte der Amtswegigkeitsgrundsatz, welchem Art. 47 GRC bzw. Art. 6 EMRK nicht entgegenstehen (vgl. VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121).

Daraus ergeben sich folgende Feststellungen:

Bei der finanzpolizeilichen Kontrolle am 5. November 2016, 18:30 Uhr, im Lokal „C D“, A, W, wurde der im Spruch angeführte Glücksspielautomat betriebsbereit in einem öffentlichen Bereich des Lokals aufgefunden, mit der Nummer FA-Nr. 2 beklebt, probegespielt und anschließend im Rahmen der vorläufigen Beschlagnahme mit Versiegelungsplaketten versehen.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr.	Spiel	Einsätze	in Aussicht gestellter Gewinn
2	afric2go	1 - 4 Euro	20 – 80 Euro

Der konkrete Spielablauf, der – anders als vom Vertreter der Beschwerdeführerin völlig unsubstantiiert behauptet – alleine dem Verwaltungsakt zufolge hinreichend genau erhoben ist, stellt sich wie folgt dar:
Beim Gerät FA-Nr. 2 mit der Gehäusebezeichnung "afric2go" handelt es sich um ein sogenanntes elektronisches Glücksrad. Auf dem Gerät befinden sich zwei Tasten. Mittels einer Taste kann zunächst zwischen Stufe 1, 2 und 4 gewechselt werden. Durch Einwerfen von Münzen oder Einführen von Banknoten in den Banknoteneinzug kommt es zur Anzeige eines entsprechenden Guthabens auf dem Kreditdisplay. Durch Drücken der anderen Taste können – abhängig vom gewählten Multiplikator (der gewählten Stufe) – 1, 2 oder 4 (je nach Stufe) Lieder am Automaten angehört oder auf einen USB-Stick, welcher am Automaten angeschlossen werden kann, kopiert werden. Wird die Spieltaste bei Stufe 1 gedrückt, so verringert sich der Kreditstand um einen Euro, bei gewählter Stufe 2 verringert sich der Kreditstand um 2 Euro, bei gewählter Stufe 4 um 4 Euro. Während des Anhörens oder Kopierens der Musik kommt es automatisch zur Aktivierung eines zufallsabhängigen Bonussystems am Gerät, bei dem der Beleuchtungsumlauf in den Zahlenfeldern und Notensymbolen in der Gerätemitte ausgelöst wird. Sofern am Ende des vom Kunden nicht beeinflussbaren Beleuchtungsumlaufs ein Zahlenfeld beleuchtet bleibt, bleibt ein Guthaben auf dem Anzeigedisplay stehen, welches dem Kredit zugezählt werden kann. Durch Drücken der ersten Taste kann der Kredit inklusive eines allfällig erzielten Bonus ausgeworfen werden.

Auf dem Gerät „afric2go“ konnten somit Einsätze geleistet werden, für welche – abhängig vom gewählten Vervielfachungsfaktor – Gewinne in Aussicht gestellt wurden. Das Spielergebnis konnte nicht beeinflusst werden und hängt vom Zufall ab. Das Gerät ist im Eigentum der G s.r.o. und wurde von dieser dem Verein „D“ zur Verfügung gestellt, um damit nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Die G s.r.o. ist eine der österreichischen GmbH entsprechende slowakische s.r.o. mit Sitz in der S in B und Zweigniederlassung in G.

Das Lokal „C D“ wird vom Verein „D“ betrieben. Das verfahrensgegenständliche Gerät war zumindest vom 01.07.2016 bis zum Tag der Kontrolle am 05.11.2016

im Lokal aufgestellt um mit der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es lag keine glücksspielrechtliche Konzession oder Bewilligung irgendeiner Art vor.

Die Bf ist eine österreichische Staatsbürgerin mit Wohnsitz in T, verfügt über ein monatliches Nettoeinkommen in der Höhe von 2.000 Euro bei keinen Sorgepflichten und ist handelsrechtliche Geschäftsführerin der G s.r.o.. Hinsichtlich der Bf scheinen zumindest acht einschlägige und zum Zeitpunkt der Kontrolle rechtskräftige Verwaltungsübertretungen auf.

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 und Betriebsdauer in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei und der Aussage der in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugin M H. Für das erkennende Landesverwaltungsgericht ergaben sich weder aus dem Akt noch im Beweisverfahren Hinweise, die gegen diese Feststellungen sprechen.

Der Spielablauf, die Einsätze sowie mögliche Gewinne hinsichtlich des Gerätes FA-Nr. 2 ergeben sich ebenfalls widerspruchsfrei aus der bei der Kontrolle angefertigten Dokumentation sowie der Aussage der in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugin. Die Beschreibung der Spielabläufe stimmt auch mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu elektronischen Glücksspielen überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den diesbezüglichen Feststellungen bestehen.

Die (unbestrittenen) Feststellungen bezüglich der Bf bzw. zu der G s.r.o. ergaben sich aus dem Akt, insbesondere aus den im Akt einliegenden Firmenbuch-, ZMR- und Verwaltungsvorstrafenauszug. Die Annahmen der belangten Behörde zum verfügbaren Nettoeinkommen wurden der Bf bereits im Rahmen der Aufforderung zur Rechtfertigung mitgeteilt und blieben im weiteren Verfahren unwidersprochen, sodass das erkennende Landesverwaltungsgericht auch an diesen Feststellungen keine Zweifel hat.

Dass das Gerät zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass dieses von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurde und die Funktionsweise des Geräts eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Auch sind im Verfahren keine Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und

Betriebsbereithaltung des Geräts aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre und dass das Gerät nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wäre.

Dass weder der Lokalbetreiber noch die G s.r.o. als Eigentümerin des Gerätes im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für das gegenständliche Gerät waren 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 Verfahren 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.

6. Rechtliche Beurteilung:

Vorweg wird auf die Ausführungen in der Begründung des in Beschwerde gezogenen Straferkenntnisses verwiesen, womit 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.

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.

b) Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass das Gerät vom 01.07.2016 bis zum Zeitpunkt der Kontrolle im gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt war, weshalb die Argumente der Bf, es wäre im Straferkenntnis nur ein Tatzeitpunkt

genannt worden und außerdem im Zeitraum der finanzpolizeilichen Kontrolle kein Spielen möglich gewesen wäre, ins Leere gehen.

c) Die Benützer des Glücksspielgeräts haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt am 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).

d) Wenn die Bf die Anwendung des Glücksspielgesetzes aufgrund vermeintlich konkurrierender Gesetze bestreitet, ist ihr zu entgegnen, dass es auf die Frage, ob aufgrund der Beschaffenheit der Geräte 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.

e) 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 Geltungstand. 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.

f) 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.

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

h) Der Bf 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 dem Beschwerdeführer bei seiner 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.

Auch war zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt bezüglich des gegenständlichen Geräts FA-Nr. 2 mit der Bezeichnung „afric2go“ durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20. April 2016, Zl. Ro 2015/17/0020 und 0021, klargestellt, dass es sich bei diesem Gerät um ein Glücksspielgerät und nicht um eine Musikbox handelt. Die Bf kann sich daher nicht erfolgreich auf einen entschuldigenden Verbotsirrtum berufen, sondern unterliegt bestenfalls einem Rechtsirrtum, der ihm allerdings vorwerfbar ist. Für die Vorwerfbarkeit eines Rechtsirrtums reicht bereits ein geringes Verschulden aus. Im vorliegenden Fall kann insbesondere auf Grund der zuvor divergierenden Judikatur davon ausgegangen werden, dass sich die Bf zeitnah über eine für ihn bedeutsame Entscheidung informiert. Dazu ist zu bemerken, dass das oben genannte Erkenntnis zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle bereits seit über fünf Monate im Rechtsinformationssystem des Bundeskanzleramtes veröffentlicht war.

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

i) Zur Bemessung der Strafhöhe ist anzumerken, dass § 52 Abs. 2 GSpG bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen eine Geldstrafe 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, vorsieht.

Die in der Beschwerde vorgebrachte Tatsache, dass kein Schaden eingetreten ist iSd § 34 Z 13 StGB, kann bei Ungehorsamsdelikten – wozu § 52 GSpG zweifelsohne zählt – nicht als mildernd betrachtet werden (so u.a. VwGH 20.7.2004, Zl. 2002/03/0223). Dass sich die Beschuldigte ernstlich bemüht habe, nachteilige Folgen zu verhindern, ist für den erkennenden Richter nicht ersichtlich, da diesbezüglich auch kein konkretes Vorbringen erstattet wurde, weshalb

mangels Anhaltspunkte auch dieser Milderungsgrund nicht in Betracht kommt. Auch ein Anwendungsfall des § 20 VStG liegt nicht vor.

Unter Berücksichtigung des Einkommens, der Schwere und der Dauer der Tat und der Feststellung, dass gegen die Bf zum Zeitpunkt der Kontrolle bereits acht einschlägige und rechtskräftige Verwaltungsstrafen verhängt waren, hat die belangte Behörde bei einer Strafe von 15.000 Euro bei einem Strafrahmen von 3.000 bis 30.000 Euro von dem ihr eingeräumten Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht, eine Rechtswidrigkeit bei der Strafbemessung liegt aus Sicht des erkennenden Gerichts nicht vor.

j) Im Ergebnis ist daher die vorgeworfene Tat als Verwaltungsübertretung strafbar. Die Beschwerde war somit als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Straferkenntnis zu bestätigen.

zu II.
Bei diesem Ergebnis war der Bf gemäß § 52 Abs. 1 und 2 VwGVG ein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht in der Höhe von 3.000 Euro (das sind 20 % der Strafe) vorzuschreiben.

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. Die Entscheidung weicht nicht von der Rsp des VwGH zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen (vgl. insbesondere auch VwGH 16.3.2016, Zl. Ro 2015/17/0022-7 sowie jüngst VfGH 15.10.2016, E 945/2016 u.a. Zlen.). Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 8.1.2015, Zl. Ra 2014/08/0064).

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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

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. Schön