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

Geschäftszeichen:
LVwG-412087/14/FP

Datum:
Linz, 14. Juni 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von F E, F, W, Aufenthalt derzeit unbekannt, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 8. Mai 2017, Pol96-67-2016 KG, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Glücksspielgesetz, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 7. Juni 2018,

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich in der Höhe von 8.000 Euro zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis verhängte die belangte Behörde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wegen Übertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG Geldstrafen in der Höhe von 10.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe jeweils 56 Stunden) pro Glücksspielgerät. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 4.000 Euro vorgeschrieben.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 23. Mai 2017, in der im Wesentlichen behauptet wurde, dass die Gesellschaft, deren Geschäftsführer der Bf war, zum Tatzeitpunkt nicht Mieterin des Lokals, in dem die Glücksspielgeräte aufgestellt waren, gewesen sei, sondern entweder eine S X S s.r.l. oder eine W P s.r.l., beide mit Sitz in R. Der Bf beantragte die Einvernahme von zwei Zeugen und behauptete zudem die Befangenheit des den Akt führenden Vertreters der belangten Behörde. Der Bf behauptete überdies weitere Verfahrensmängel, die Aufstellung der Geräte in einem nicht öffentlichen Bereich des Lokals, sowie, dass er über kein Einkommen verfüge.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt bezughabendem Verwaltungsakt mit Schreiben vom 7. Juni 2017 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

Gemäß § 2 VwGVG entscheidet das Verwaltungsgericht durch Einzelrichter, soweit die Bundes- oder Landesgesetze nicht die Entscheidung durch einen Senat vorsehen, was im Glücksspielgesetz nicht der Fall ist.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in den im Akt einliegenden finanzpolizeilichen Ermittlungsakt. Das Gericht hat in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 7. Juni 2018 den einschreitenden Finanzbeamten P H, B. A., sowie die Zeugen Y K K und H S vernommen. Der geladene und in R wohnhafte Zeuge Dr. F H hat auf Ersuchen des Gerichts eine schriftliche Stellungnahme abgegeben.
Das Gericht hat überdies Einsicht genommen in sein Erkenntnis vom 16. November 2017, LVwG-412355, betreffend den Zeugen K.

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

II.2.1. Bei einer von Beamten der Abgabenbehörde als Organe der öffentlichen Aufsicht am 27. Juni 2017 ab 11:05 Uhr, im Lokal mit der Bezeichnung „b“ in P,

N, durchgeführten Kontrolle nach dem GSpG wurden folgende Geräte betriebsbereit vorgefunden und vorläufig beschlagnahmt:

FA-Nr.	Gehäusebezeichnung	Versiegelungsnummer
1	Kajot	A054302 - A054306
2	Dreamliner ACT	A504307 - A504312
3	World Games	A504313 - A504317
4	Ambassador Games Austria	A504318 - A504323

Betreiberin des genannten Lokals war die A-B GmbH (die Gesellschaft). Der Bf war zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt handelsrechtlicher Geschäftsführer der nach österreichischem Recht und zur Zahl FN 314082 k im Firmenbuch eingetragenen Gesellschaft.

Bei der belangten Behörde langte am 24. August 2016 ein Schreiben der Gesellschaft, welches die Unterschrift des Bf trägt vom 11. August 2016 ein, in welchem in Bezug auf den Betriebsstandort N 33 mitgeteilt wurde, dass „*wir den Betrieb in der Betriebsart Gastgewerbe in der Betriebsart Café rückwirkend per 01.09.2016 zurücklegen“.*

Getränkeeinkäufe, welche im lokalen Supermarkt für das Lokal getätigt wurden, liefen auf Namen und Rechnung der Gesellschaft.

Hinsichtlich des Zeugen K scheint in der Datenbank der Sozialversicherung für den Zeitraum (u.a.) zwischen 22. Dezember 2016 und 30. Juni 2016 die Gesellschaft, erst ab 1. Juli 2016 eine W P s.r.l., auf.

Der Vermieter der Räumlichkeiten schloss am 1. September 2015 in Bezug auf das ggst. Geschäftslokal einen als Mietvertrag bezeichneten Vertrag mit einer SC W P s.r.l. ab.

Nach dem Abschluss des Mietvertrages mit der W P s.r.l. haben sich die tatsächlichen Verhältnisse in Bezug auf das gegenständliche Lokal nicht merkbar verändert. Der Zeuge K arbeitete weiterhin im Lokal und wurde der Bf auch immer wieder Vorort gesehen.

Der Geschäftsführer der W P s.r.l. gab an, dass er als Treuhänder für den Bf gehandelt habe.

Weder der Bf, noch die Gesellschaft waren im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für das verfahrensgegenständliche Gerät. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Die verfahrensgegenständlichen Geräte wurden zumindest zwischen vom 26. Juni 2016 bis zum Tag der finanzbehördlichen Kontrolle am 27. Juni 2017 im Lokal 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 A-B GmbH hat in den Räumlichkeiten des von ihr betriebenen Lokals die betriebsbereiten Geräte geduldet. Die verfahrensgegenständlichen Geräte wurden durch sie zugänglich gemacht, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr.	*Spiel*	*mögliche Einsätze*	*mögliche Gewinne*
1	Ring of Fire XL	*min*: 0,20 Euro	360 Euro
		max: 5 Euro	9.000 Euro
2	Magic of Nile	*min*: 0,10 Euro	100 Euro
		max: 5 Euro	5.000 Euro
3	Magic of Nile	*min*: 0,10 Euro	100 Euro
		max: 5 Euro	5.000 Euro
4	Magic of Nile	*min*: 0,10 Euro	100 Euro
		max: 5 Euro	5.000 Euro

Bei den Geräten handelte es sich um Walzenspielterminals.
Bei den genannten Spielen handelt es sich um gerichtsbekannte Walzenspiele.

Der Spielablauf der virtuellen Walzenspiele stellt sich aufgrund der Erhebungen der Finanzpolizei und der bisher gewonnenen Erfahrungen mit gleichartigen Geräten und Spielen wie folgt dar:

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. 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.

Hinsichtlich des Bf scheinen bereits zumindest zwei rechtskräftige einschlägige Verwaltungsvorstrafen auf.

Mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich, LVwG-410726/17/Wg/BZ, vom 8. September 2015, wurde der Bf bislang zumindest einmal wegen Verstößen mit mehr als drei Geräten zu Geldstrafen von jeweils 4.000 Euro rechtskräftig bestraft. Darüber hinaus scheint bei der belangten Behörde eine am 19. Jänner 2016 rechtskräftige Verurteilung nach dem GSpG auf (Pol96-41-2015).

II.3. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem abgeführten 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 und der GSp26-Dokumentation der Finanzpolizei sowie auf der Aussage des Zeugen H in der mündlichen Verhandlung. Der Fotodokumentation sind auch die durchgeführten Probespiele zu entnehmen.

Die Angaben des Zeugen konnten mit den bisherigen Erfahrungen zu Walzengeräten gut in Einklang gebracht werden.
Er war glaubwürdig und konnte den Ablauf der Spiele schlüssig und nachvollziehbar schildern.
Hinweise darauf, dass die Geräte nicht öffentlich zugänglich waren, wie vom Bf behauptet, haben sich nicht ergeben und war dem Beweisantrag, einen Mitarbeiter der Fa. Wasserplan zu vernehmen schon mangels Konkretisierung, insbesondere aber schon deshalb nicht nachzukommen, weil der einzige anwesende Mitarbeiter zum Tatzeitpunkt bei der A-B GmbH angestellt war und das Lokal faktisch von dieser betrieben wurde.

Die Angaben zum Aufstellzeitraum fußen auf den Angaben des Zeugen K vor der Finanzpolizei, der angab, die Geräte seien am Tag vor der Kontrolle geliefert worden seien.

Die vernommenen Zeugen erschienen dem Gericht glaubwürdig und wahrheitsverbunden. Es gab keinen Grund an den Angaben zu zweifeln. Ihre Angaben konnten miteinander gut in Einklang gebracht werden und passten letztlich auch zur schriftlichen Stellungnahme D. H aus der sich ableiten lässt, dass Geldflüsse bei der A-B GmbH zusammenliefen.

Was die Frage der unternehmerischen Zugänglichmachung betrifft, hat sich für das Gericht im Verfahren zweifelsfrei ergeben, dass die A-B GmbH, deren Geschäftsführer der Bf im Tatzeitpunkt war, das gegenständliche Lokal betrieben hat. Es hat sich insbesondere aus der Aussage der Zeugen S und K und der schriftlichen Stellungnahme von Dr. H ergeben, dass das gegenständliche Lokal auch nach Wechsel in Bezug auf das Hauptmietverhältnis faktisch von der A-B GmbH weiterbetrieben wurden. Der Mieterwechsel im Hinblick auf eine ausländische Gesellschaft in welcher die Auskunftsperson Dr. H nach eigenen Angaben als Treuhänder für den Bf fungierte erweist sich letztlich als untauglicher Versuch, die Verantwortung auf ein im Ausland ansässiges Unternehmen abzuwälzen um den Beugestrafen aus einem gerichtsbekannten UWG-Verfahren zu entgehen. Der Umstand, dass ein Wechsel in Bezug auf den Hauptmieter erfolgte, vermag allerdings an den tatsächlichen Gegebenheiten nichts zu ändern Sämtliche diesbezügliche Beweisergebnisse, insbesondere die Angaben von Dr. H, des Zeugen S, der darstellen konnte, dass der Bf Getränke für das Lokal auf Rechnung der A-B GmbH bei ihm erworben hat und ein W Anwalt im Rahmen der Räumung des Lokals auf das „Treuhandverhältnis“ verwiesen habe, die Erkenntnisse, dass der Zeuge K im Zeitpunkt der Tat noch bei der A-B GmbH angestellt war und dann zur W P s.r.l., einer Gesellschaft, deren Organe im laufenden Betrieb nicht Vorort waren, verschoben wurde, passen ins Bild und beweisen die Annahme des Gerichts und die vom Bf verfolgte Taktik, eine formelle Änderung herbeizuführen, die im Hinblick auf das GSpG freilich keine Auswirkungen haben kann, weil die faktische Verfügungsmacht über die Glücksspielgeräte und die Möglichkeit, die Geräte interessierten Spielern zugänglich zu machen nach wie vor bei der A-B GmbH lag und ihr Mitarbeiter, der Zeuge K im Auftrag seiner Dienstgeberin im Lokal anwesend war, den Spielern Zutritt verschaffte und etwa Auszahlungen tätigte.
Der Umstand, dass das bei der Gewerbebehörde in Bezug auf den gegenständlichen Standort angemeldete Gastgewerbe im Tatzeitpunkt bei der A-B GmbH lag, ist ein weiteres Indiz für diese Annahme und kann der offensichtlich überstürzt verfasste Brief vom 24. August 2016, der eine rückwirkende Aufgabe des Betriebs, gemeint wohl „Betriebsstandort“, zum 1. September 2016 (sic!), also danach, behauptet, daran nichts ändern, weil die GewO eine rückwirkende Aufgabe nicht kennt und dieser Umstand glücksspielrechtlich nicht von Relevanz ist. Gerade bei der unternehmerischen Zugänglichmachung, kommt es auf die faktischen Verhältnisse an.

Insbesondere aufgrund der Angaben von Dr. H, dem Umstand, dass ein Mitarbeiter der Gesellschaft die Verantwortung im Betrieb trug und der Bf auf Rechnung der Gesellschaft Getränke für das Lokal einkaufte geht das Gericht davon aus, dass auch die Einnahmen aus dem Glücksspiel der Gesellschaft zuflossen.

Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass

sie von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten aufgestellt und Spielinteressenten zugänglich gemacht wurden und dass die Funktionsweise der Geräte auf die Einnahmenerzielung ausgerichtet ist. Es sind im Verfahren auch keine Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre. Bei lebensnaher Betrachtung ist auch davon auszugehen, dass die Zurverfügungstellung dieser Geräte in einem öffentlich zugänglichen Bereich letztlich ausschließlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesen Geräten zu erzielen. Der bei der Kontrolle anwesende A C gab unter anderem auch an, dass der Gewinn 50:50 aufgeteilt werde sowie dass er allfällige Gewinne ausbezahle.

Im Beweisverfahren ergab sich überdies, dass auf den verfahrensgegenständlichen Geräten (FA-Nrn. 1 bis 4) Walzenspiele, wie z.B. das Spiel „Ring of Fire“ und viele andere bekannte Spiele verfügbar waren und gespielt werden konnten.

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 daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle, noch im behördlichen Verfahren bzw. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurden und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde. Ebenso ist eine solche der Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/steuern/gluecksspiel-spielerschutz/inoesterreich/gspg-konzessionaere.html nicht entnehmbar.

Bei wirklichkeitsnaher Betrachtung ist auch davon auszugehen, dass der Gesellschaft als Lokalbetreiberin bzw. dem Bf die Funktionen der Geräte inklusive der Glücksspieleigenschaft bekannt waren. Es kann angesichts des gegenüber der Gesellschaft ergangenen Urteils in einem UWG-Verfahren, verschiedener Verurteilungen des Bf im Verwaltungsstrafverfahren und diverser Beschlagnahmeverfahren auch sonst kein Zweifel an diesem Umstand bestehen.

Die Feststellung, dass bereits zumindest zwei rechtskräftige einschlägige Verwaltungsvorstrafen hinsichtlich des Bf aufscheinen, gründet auf dem sich im Akt befindlichen Vorstrafenregisterauszug der Behörde und darauf, dass der Bf bei Gericht bereits bekannt ist.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Rechtliche Grundlagen:

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG, BGBl Nr. 620/1989 in der im vorgeworfenen Tatzeitraum geltenden Fassung BGBl I Nr. 118/2016) begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt.

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

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

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

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 GSpG an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmerschaft 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.

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

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

Nach § 168 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB) ist derjenige mit einer Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, der ein Spiel bei dem Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen oder das ausdrücklich verboten ist, veranstaltet oder eine zur Abhaltung eines solchen Spiels veranstaltete Zusammenkunft fördert, um aus dieser Veranstaltung oder Zusammenkunft sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zuzuwenden, es sei denn, dass bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge gespielt wird.

III.2. Gemäß § 50 Abs. 1 GSpG ist das Landesverwaltungsgericht zuständig.

III.3. Hinsichtlich des Glücksspielcharakters der verfahrensgegenständlichen Gerätschaften ist Folgendes auszuführen:

Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B. VwGH 27.04.2012, 2011/17/0074) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da dieser Umstand sohin feststeht, kann eine weitere Erörterung dieser Frage unterbleiben.

Eine vorwiegende Abhängigkeit vom Zufall im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG ist auch nach der diesbezüglich aktuelleren Entscheidung des VwGH (4. Jänner 2017, Ra 2015/17/0145) dann gegeben, wenn sich nicht eine berechtigte rationale Erwartung über den Spielausgang entwickelt, sondern letztlich nur aufgrund eines Hoffens, einer irrationalen Einstellung, auf dieses oder jenes einzelne Ergebnis des Spieles gesetzt werden kann (vgl. *Bresich/Klingenbrunner/Posch* in Strejcek/-Bresich, Kommentar zum Glücksspielgesetz 1989, Rz 5 zu § 1 GSpG, mwN). Der Verwaltungsgerichtshof habe bereits in seinem Erkenntnis vom 3. Juli 2009, 2005/17/0178, festgehalten, dass durch den Einbau eines Geschicklichkeits-elements der Glücksspielcharakter eines Spiels beseitigt werden könne. Die Beurteilung eines Geräts als Glücksspielgerät hänge demnach davon ab, ob der Spielablauf durch ein solches Geschicklichkeitselement vom Spieler derart beeinflusst werden könne, dass der Spielerfolg nicht ausschließlich bzw. überwiegend vom Zufall abhängt. Haben sowohl Spielerfähigkeiten als auch Zufall auf den Spielausgang Einfluss, sei entscheidend, ob die abstrakte Steuerbarkeit kausaler Gegebenheiten rationale Gewinnerwartungen begründen könne (vgl. *Kirchbacher* in Höpfel/Ratz, WK^2 StGB § 168 StGB, Rz 4). Demnach liege kein

Glücksspiel vor, wenn es der Spieler „in der Hand“ habe, ob der Zufall oder seine Geschicklichkeit entscheide, er sich also kausale Umstände soweit zunutze machen könne, dass er den Spielverlauf mit einer für den Spielerfolg geeigneten Wahrscheinlichkeit steuern und oder prognostizieren kann (vgl. *Höpfel*, Probleme des Glücksspielstrafrechts, ÖJZ 1978, 421 ff).

Dies ist bei Walzengeräten gerichtsbekannt nicht der Fall.
Die Walzenspiele Ring of Fire XL und Magic of Nile, liefen ohne die Möglichkeit der Einflussnahme durch den Spieler ab und der Walzenlauf dauerte lediglich ca. 1 Sekunde, also nur einen Augenblick, an. Wie aus zahlreichen Verfahren hinlänglich bekannt ist, erfolgt der Walzenlauf virtuell programmgesteuert und kann nicht, wie etwa bei mechanischen Walzen, real gestoppt werden, d.h. ohne den Einfluss der programmbedingten Vorgaben. Aufgrund des programm-gesteuerten zufälligen Erscheinens von Bildern (keine sich wiederholenden Abläufe) ist keine Vorhersehbarkeit der Symbolkombination gegeben, sodass das Walzenspiel jedenfalls ausschließlich zufallsabhängig ablief. Es besteht insofern keine Möglichkeit, sich kausale Umstände soweit zunutze zu machen, dass der Spielverlauf mit einer für den Spielerfolg geeigneten Wahrscheinlichkeit gesteuert und oder prognostiziert werden kann.

Entsprechend dieser Judikatur ist daher festzuhalten, dass mit den gegen-ständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden konnten, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte. An gegenständlichen Geräten wurden somit Glücksspiele angeboten.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass mit sämtlichen Gerätschaften Glücksspiele veranstaltet wurden, um dadurch selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es handelt sich bei diesen Glücksspielen um Ausspielungen iSd § 2 GSpG. Aufgrund der darauf verfügbaren Spiele, 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 weiters, dass sich die verfahrensgegenständlichen Gerätschaften zumindest vom Vortag bis zum Tag der Kontrolle betriebsbereit in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals befanden. Die Gesellschaft machte diese verbotenen Ausspielungen insofern zugänglich, als sie zunächst eine Fläche des von ihr betriebenen Lokals zum Zwecke des Aufstellens der gegenständlichen Geräte freigab und in der Folge die betriebsbereiten Geräte auf

dieser Fläche im Lokal duldete und diesen Lokalbereich samt den aufgestellten Geräten für die Öffentlichkeit zugänglich machte, um daraus selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu lukrieren.

Die A-B GmbH hat mit den verfahrensgegenständlichen Geräten verbotene Ausspielungen faktisch unternehmerisch zugänglich gemacht und hat dies der Beschuldigte verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten. Somit ist der Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG in objektiver Hinsicht erfüllt.

Wie in der Beweiswürdigung ausführlich dargestellt wurde, ändert der Umstand, dass das Hauptmietverhältnis in Bezug auf das Geschäftslokal mit einem anderen Unternehmen eingegangen wurde, nichts an diesem Umstand, da es nach den Beweisergebnissen eindeutig die A-B GmbH in der Hand hatte, Spielern den Zugang zu den Geräten zu verschaffen und bei lebensnaher Betrachtung und auch nach den Beweisergebnissen ihr die Einnahmen zuflossen.

Der Bf hat daher den objektiven Tatbestand des § 52 Abs 1 Z1 drittes Tabild erfüllt.

III.4. Zum übrigen Vorbringen des Bf:

Der Bf behauptet die Befangenheit des einschreitenden Behördenvertreters.
„Bei der Mitwirkung eines befangenen Organes handelt es sich nicht um einen Nichtigkeitsgrund, sondern um einen Mangel des Verfahrens, der vor dem VwGH mit Erfolg geltend gemacht werden kann, wenn sich infolge der Befangenheit Bedenken gegen die sachliche Richtigkeit des Bescheides ergeben (Hinweis E 26.6.1974, 335/73, VwSlg 8644 A/1974).“ (23. September 2009, 2009/03/0091)
Angesichts der vollen Kognitionsbefugnis der Verwaltungsgerichte und ihrer Entscheidungspflicht „in der Sache“, kann eine allfällige Befangenheit im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht zu einer „Kassation“ führen.

Soweit der Bf Verfahrensmängel dahin behauptet, dass ihm gewisse Aktenbestandteile nicht zur Verfügung gestellt worden sind, ist zu bemerken, dass Parteien gemäß § 17 AVG bei der Behörde in die ihre Sache betreffenden Akten Einsicht nehmen und sich von Akten oder Aktenteilen an Ort und Stelle Abschriften selbst anfertigen oder auf ihre Kosten Kopien oder Ausdrucke erstellen lassen können. Ein Recht Aktenbestandteile zugemittelt zu erhalten, besteht nicht (VwGH 25. Februar 2010, 2009/06/0226, ständige Judikatur).

III.5. Der Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, G 203/2014-16 ua, festgestellt, dass die Regelungen des GSpG zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind.

In seinem Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, hat der Verwaltungsgerichtshof, nach der vom EuGH geforderten Gesamtwürdigung der Umstände, unter denen die Dienstleistungsfreiheit beschränkende Bestimmungen des Glücksspielgesetzes erlassen worden sind und unter denen sie durchgeführt werden, eine Unionsrechtswidrigkeit der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht erkannt. Dieser Rechtsansicht hat sich der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23, E 1054/2016-19, angeschlossen. Seit dem, zuletzt am 7. März 2018, Ra 2018/17/0006, spricht der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung aus, dass das GSpG dem Unionsrecht entspricht. Der VwGH betont auch in ständiger Rechtsprechung, dass die Voraussetzungen für eine Vorlagepflicht an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) gemäß Art. 267 AEUV klar bzw. geklärt sind. Ebenso seien die Anforderungen an eine Prüfung der Unionsrechtskonformität im Zusammenhang mit einer Monopolregelung im Glücksspielsektor durch die nationalen Gerichte geklärt (vgl. EuGH vom 15.9.2011, Dickinger und Ömer, C-347/09, Rn. 83 f; vom 30.4.2014, Pfleger, C-390/12, Rn. 47 ff; vom 30.6.2016, Admiral Casinos & Entertainment, C-464/15, Rn. 31, 35 ff).

Das Verwaltungsgericht folgt dieser Ansicht und erachtet das österreichische GSpG als mit dem Unionsrecht in Einklang, sodass eine Inländerbenachteiligung ausgeschlossen ist.

III.6. Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da § 52 GSpG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten.

Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes 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 (sog. „Ungehorsamsdelikt“).

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hat die Bf initiativ alles darzulegen, was für ihre Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN).

Der Bf hat auf Sachverhaltsebene nur vorgebracht, dass das Lokal im Tatzeitpunkt an eine andere Gesellschaft vermietet war und wollte damit zum Ausdruck bringen, dass nicht die A-B GmbH Glücksspiele zugänglich gemacht hat. Schon aus den weiter oben dargestellten Gründen (es kommt nicht auf das Mietverhältnis an), konnte der Bf damit auch nicht glaubhaft machen, dass ihn kein Verschulden trifft.

Das Gericht geht vielmehr davon aus, dass der Bf zumindest bedingt vorsätzlich handelte. Ihm musste einerseits klar sein, dass das Zugänglichmachen von Glücksspielgeräten verboten ist, wurde er diesbezüglich doch schon mehrmals verurteilt. Der Umstand, dass der Bf nach dem Verlust eines UWG-Verfahrens, eine Variante zu finden versuchte, um den Weiterbetrieb des Glücksspielbetriebs sicherzustellen, zeigt auch, dass es ihm darauf ankam, verbotenes Glücksspiel weiter Zugänglichmachen zu können. Die gewählte Konstruktion diente nach Ansicht des Gerichts der Verschleierung des wahren Betreibers was insbesondere dadurch deutlich wird, dass der Zeuge K noch lange nach Änderung des Mietverhältnisses bei der A-B GmbH angestellt war und der Bf Getränke auf deren Rechnung einkaufte. Er wusste daher, dass diese das Lokal weiterhin betrieb.

Es ist somit auch von der Erfüllung der subjektiven Tatseite, und zwar in Form des Vorsatzes, auszugehen.

IV.1. 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 leg. cit. sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen. Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechts sind die §§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch (StGB) sinngemäß anzuwenden. Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Bei der Strafzumessung handelt es sich laut ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (statt vieler VwGH 28.11.1966, 1846/65) innerhalb eines gesetzlichen Strafrahmens um eine Ermessensentscheidung, die nach den Kriterien des § 19 VStG vorzunehmen ist. Demgemäß obliegt es der Behörde in der Begründung ihres Bescheides die für die Ermessensausübung maßgeblichen Umstände und Erwägungen insoweit aufzuzeigen, als dies für die Rechtsverfolgung durch die Parteien und für die Nachprüfbarkeit des Ermessensaktes auf seine Übereinstimmung mit dem Sinn des Gesetzes erforderlich ist (vgl. ua VwSlg 8134 A/1971). § 19 Abs. 1 VStG enthält jene objektiven Kriterien, die Grundlage für jede Strafzumessung sind, egal ob sie durch Organmandat, Strafverfügung oder im ordentlichen Verfahren (§§ 40 – 46 VStG) erfolgt.
Darüber hinaus normiert Abs. 2 für das ordentliche Verfahren eine Reihe weiterer zu berücksichtigender subjektiver Umstände. Neben den explizit Genannten, wie

insbes. Verschulden und Einkommens- und Vermögensverhältnisse sowie allfällige Sorgepflichten, findet sich hinsichtlich der Erschwerungs- bzw. Milderungsgründe ein Verweis auf die §§ 32 bis 35 StGB.

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

IV.2. Die belangte Behörde hat gegenüber der Bf eine rechtskräftige Verwaltungsstrafvormerkung wegen Übertretungen nach dem Glücksspielgesetz erschwerend gewertet. Dem Gericht ist zumindest eine weitere rechtskräftige Bestrafung wegen einer Übertretung mit mehr als drei Geräten bekannt.
Die belangte Behörde ging bei ihrer Entscheidung mangels Angaben des Bf hinsichtlich der Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse von einem geschätzten monatlichen Nettoeinkommen von 2.000 Euro, keinem relevanten Vermögen und keinen ins Gewicht fallenden Sorgepflichten aus. Zwar hat der Bf in der Beschwerde behauptet, kein Einkommen zu haben, er hat diesbezüglich aber keinerlei Bescheinigungsmittel vorgelegt. Der Bf mag derzeit kein laufendes Einkommen haben, angesichts der beträchtlichen Einnahmen, die der Bf durch Betrieb verschiedener illegaler Glücksspiellokale gemacht haben muss, geht das Gericht davon aus, dass der Bf über ausreichende finanzielle Reserven verfügt.

IV.3. Zur Bemessung der Strafhöhe ist anzumerken, dass § 52 Abs. 2 GSpG bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 GSpG 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, normiert. Zumal die Bf mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich LVwG-410726/17/Wg/BZ vom 8. September 2015 zumindest einmal wegen Verstößen mit mehr als drei Geräten zu Geldstrafen von jeweils 4.000 Euro rechtskräftig bestraft wurde, ist der erhöhte Strafsatz zur Anwendung zu bringen.

Die Mindeststrafe pro Gerät beträgt insofern 6.000 Euro.

Hinsichtlich der Beschuldigten scheint bei der belangten Behörde eine weitere rechtskräftige einschlägige Verwaltungsvorstrafe auf. Soweit die belangte Behörde eine Verführung des Zeugen K zu strafbaren Handlungen (§ 33 Abs 1 Z 3 StGB) erkennen will, erscheint dieser Erschwerungsgrund dem Verwaltungsgericht, in Bezug auf den vorliegenden Fall nicht mit der erforderlichen Sicherheit feststellbar. Der Zeuge K wurde zwar mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 16. November 2017, LVwG-412355, wegen Verletzung seiner Mitwirkungspflicht bestraft, diese Strafe bezieht sich jedoch nicht auf den gegenständlichen Tatzeitpunkt. Sonstige Straferschwerungs- oder Strafmilderungsgründe liegen nicht vor.

Eine Anwendung des § 20 VStG kommt von vornherein nicht in Betracht, zumal bei diesen klassischen Glücksspielgeräten die dafür erforderliche Voraussetzung (beträchtliches Überwiegen der Milderungsgründe gegenüber den Erschwerungsgründen) von vornherein nicht gegeben sind.

Die belangte Behörde hat für die Geräte FA-Nr. 1 bis 4 je Glücksspielgerät eine Geldstrafe in der Höhe von 10.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe je 56 Stunden), sohin gesamt 40.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 224 Stunden) verhängt. Die von der belangten Behörde festgesetzte Strafhöhe je Gerät entspricht somit gerade einem Sechstel des Strafrahmens von 6.000 bis 60.000 Euro je Eingriffsgegenstand.

Angesichts der Vorstrafen, die den Bf offenbar nicht von der Begehung weiterer Taten abhalten konnten, des hohen Unwerts der Tat und des beträchtlichen Verschuldens (Vorsatz) wäre die von der belangten Behörde verhängte Strafe von 10.000 Euro pro Gerät sogar dann angemessen, wenn man dem Bf glauben will, dass er derzeit über kein Einkommen verfügt.

V. Im Ergebnis ist daher die vorgeworfene Tat als Verwaltungsübertretung strafbar. Die Beschwerde war somit als unbegründet abzuweisen und das angefochtene Straferkenntnis mit der Maßgabe der Konkretisierung der übertretenen Rechtsvorschriften sowie des Strafsatzes zu bestätigen.

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 8.000 Euro (20 % der Geldstrafen) vorzuschreiben.

VI. 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, Ro 2015/17/0022-7 sowie VfGH 15.10.2016, E 945/2016 ua. 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, 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

Mag. Pohl