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-412694/7/KLi/JK

Datum:
Linz, 17. August 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über die Beschwerde des A K, vertreten durch Dr. F M, Rechtsanwalt, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Referat SVA 1 – Strafamt, vom 8. Februar 2018, GZ: VStV/917300835892/2017, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder im Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde noch im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens 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 Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Referat SVA 1 – Strafamt, vom 8. Februar 2018, GZ: VStV/917300835892/2017, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) drei Geldstrafen von jeweils 4.000 Euro (sohin insgesamt 12.000 Euro) und drei Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 44 Stunden (sohin insgesamt 132 Stunden) verhängt, weil sich das Unternehmen P GmbH, dessen handelsrechtlicher Geschäftsführer er ist, zumindest seit dem 1.7.2017 (laut Anzeige der Finanzpolizei richtig: 1.7.2015) im Lokal „R“ in L an Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, unter Verwendung von drei Glücksspielgeräten unternehmerisch beteiligt habe.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben, wie am 06.04.2017 um 13:27 Uhr, in L im Lokal mit der Bezeichnung „R“ von Organen des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, sich als nach außen hin vertretungsbefugtes Organ der Firma P GmbH, an verbotenen Ausspielungen, an denen Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten, unternehmerisch beteiligt, indem Sie die Glücksspielgeräte mit den Gehäusebezeichnungen

FA1), Gehäusebezeichnung „ubk“, Seriennr. 9
FA2), Gehäusebezeichnung „Kajot“, Seriennr. 9
FA3), Gehäusebezeichnung „Kajot“, Seriennr. 9

zumindest seit dem 01.07.2017 zur Verfügung gestellt haben, bei welchen wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen durchgeführt wurden und aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil die dafür erforderliche Konzession des Bundesministeriums für Finanzen nicht vorlag.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 9 Abs. 1 VStG iVm §§ 2 Abs. 1 und 4 GSpG und 52 Abs. 1 Zi. 1 Tatbild 4 GSpG idF BGBl Nr. 105/2014

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe in Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß §
1) € 4.000,-- (für FA1)	1) 44 Stunden		1)-3): § 52 Abs. 1 Zi. 1 4. Tatbild GSpG idF 1989
2) € 4.000,-- (für FA2)	2) 44 Stunden		
3) € 4.000,-- (für FA3)	3) 44 Stunden		

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

- 1.200,-- Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 100 € angerechnet);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher
€ 13.200,--„

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, der Tatbestand der dem Bf zur Last gelegten Verwaltungsübertretung sei durch die eigene dienstliche Wahrnehmung der Organe des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr, der vorgelegten Anzeige vom 13.4.2017 sowie aufgrund des behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen. Bei der von der Finanzpolizei durchgeführten Kontrolle seien drei, im Spruch näher angeführte Glücksspielgeräte (3 Walzenspiele) betriebsbereit vorgefunden worden, mit denen wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen durchgeführt worden seien. Für die Ausspielungen sei weder eine Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz oder für eine Landesausspielung noch eine Ausnahme aus dem Glücksspielmonopol vorgelegen. Die P GmbH sei Eigentümerin der Glücksspielgeräte und habe diese dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt, um fortgesetzt Einnahmen aus den damit veranstalteten Glücksspielen zu erzielen. Die P GmbH habe sich somit an verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs 4 GSpG unternehmerisch beteiligt. Dies habe der Bf als deren handelsrechtlicher Geschäftsführer zu verantworten.

I.2. Mit Schriftsatz vom 8. März 2018 erhob der rechtsfreundlich vertretene Bf rechtzeitig Beschwerde und beantragte, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, in eventu eine Ermahnung auszusprechen, in eventu die verhängte Strafe herabzusetzen, jedenfalls eine mündliche Verhandlung anzuberaumen.

Im Rechtsmittel wird auf das Wesentliche zusammengefasst vorgebracht, dass Begründungsmängel vorlägen und die belangte Behörde ergänzende Ermittlungen durchführen hätte müssen. Zudem hätte die Behörde Verfahrensfehler begangen und wäre unzuständig gewesen. Auch hätte eine unrichtige rechtliche Beurteilung stattgefunden, ferner lägen mangelnde Schuld und eine zu hohe Strafbemessung vor.

I.3. Mit Schreiben vom 12. März 2018 legte die belangte Behörde dem Verwaltungsgericht den bezughabenden Verfahrensakt samt Beschwerde gegen das Straferkenntnis zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

I.4. Ergänzend erstattete der Bf mit Schriftsatz vom 9. April 2018 ein umfassendes Vorbringen zum Unionsrecht und legte diesem eine Vielzahl von Unterlagen bei.

I.5. Am 9. April 2018 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, zu der weder der Bf bzw. dessen Rechtsvertreter noch die belangte Behörde, sondern ausschließlich ein Vertreter des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr sowie der Zeuge M K erschienen sind.

Seitens der Verhandlungsleiterin wurde festgehalten, dass die Ladung zur gegenständlichen Verhandlung zur Zl.: LVwG-412694 ergangen ist. Zwischenzeitig ist in der vorangegangenen Woche ein weiterer Akt zur Zl.: LVwG-412749 betreffend K K bei Gericht eingelangt. Sowohl die belangte Behörde als auch die Abgabenbehörde erhoben keine Einwendungen dagegen, dass alle drei Akten in der Verhandlung vom 9. April 2018 gleichzeitig verhandelt werden und verzichteten auf die 14-tägige Vorbereitungsfrist gemäß § 44 Abs 6 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG).

Weiters wurde von der Verhandlungsleiterin darauf hingewiesen, dass im Zusammenhang mit dem anhängigen Verfahren bereits zu den Zln.: LVwG-412259 und LVwG-412260 (K K und P GmbH) Beschlagnahmeverfahren anhängig waren. Die diesbezüglichen Verhandlungsprotokolle zu den Zln.: LVwG-412259 und LVwG-412260 wurden beigeschafft, verlesen und zum Akt genommen. Der anwesende Vertreter der Abgabenbehörde war damit einverstanden.

Darüber hinaus wurde festgehalten, dass der Glücksspielbericht 2014-2016 des Bundesministeriums für Finanzen mit einem Beilagenkonvolut dem Beschwerdeführervertreter mit der Ladung zugestellt wurde. Diese Unterlagen wurden dargetan und zum Akt genommen. Ebenso wurden der gegenständliche Akt zur Zl.: LVwG-412694 sowie die Akten zu den Zln.: LVwG-412699 (Bf: M M) und LVwG-412749 (Bf: K K), die darin enthaltenen Erhebungen der Abgabenbehörde, die Akten der belangten Behörde und die Akten des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich verlesen. Auf wörtliche Verlesungen wurde verzichtet.

II. Sachverhalt:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die Verfahrensakten zu den Zln.: LVwG-412699 und LVwG-412749, in die Beschlagnahmeakten zu den Zln.: LVwG-412259 und LVwG-412260, insbesondere in das Protokoll der Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vom 17. Jänner 2018 und den darin enthaltenen Zeugenaussagen, in das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes

Oberösterreich vom 17. April 2018 zur Zl.: LVwG-412259/10/GS/HUE-412260/2 sowie in den gegenständlichen Verwaltungsakt, insbesondere in die darin erliegende Anzeige der Finanzpolizei vom 13. April 2017, die GSp26-Formulare samt Fotodokumentationen, den Aktenvermerk der Finanzpolizei vom 7. April 2017, die Niederschrift über die Einvernahme der Lokalbetreiberin K K vom 6. April 2017, das Beschwerdevorbringen und die öffentliche mündliche Verhandlung vom 9. April 2018 samt der darin protokollierten Aussage des Zeugen M K, der das Gerät mit der FA-Nr. 3 probebespielt hat.

In seiner Zeugeneinvernahme in der Verhandlung vom 9. April 2018 gab M K an, dass er sich, wenn ihm die Eckdaten, die Tatzeit, der Tatort und das Lokal genannt werden, schon noch an die Kontrolle erinnern könne. Er könne sich daran auch noch etwas besser erinnern, weil es ja nicht sein Sprengel gewesen sei, in dem er eingeschritten sei, sondern in Linz. Außerdem habe er sich die Fotos angeschaut und sei ihm dabei die Kontrolle auch wieder in Erinnerung gekommen.
Er habe bei dieser Kontrolle das Gerät mit der FA-Nr. 3 bespielt. Wenn er gefragt werde, um welches Gerät es sich gehandelt habe, so sei es ein ganz normales Glücksspielgerät mit Walzenspielen gewesen. Das Spiel habe „Ring of Fire XL“ geheißen. Es handle sich dabei um ein gängiges Spiel, das ihm gut geläufig sei. Er spiele dieses Spiel öfter; wenn es auf einem Glücksspielgerät vorhanden sei, so spiele er dieses. Er könne nicht genau einschätzen, wie oft im Monat er es spiele, aber durchschnittlich zweimal.
Grundsätzlich funktioniere das bei der Kontrolle so, dass er anhand des GSp26-Formulars vorgehe und sich daran orientiere. Er arbeite sozusagen das ab, was auf diesem Formular stehe. Am Anfang kontrolliere er das Gerät, ob es einen Banknoteneinzug gebe, ob man Münzen einwerfen könne, ob man Retourgeld bekomme, ob alle Knöpfe funktionieren würden. Wenn er dann festgestellt habe, dass das Gerät prinzipiell funktioniere, führe er Probebespielungen durch. Er spiele dabei mit dem Mindesteinsatz und mit dem Höchsteinsatz. Er versuche dann einen Gewinn zu erzielen und überprüfe, ob dieser ausbezahlt werde. Wenn er dann das Spiel „Ring of Fire“ ausgewählt habe, drücke er die Starttaste. Danach würden die Walzen zu laufen beginnen. Er versuche dann gezielt, diese Walzen anzuhalten. Er drücke dabei die Knöpfe am Gerät und versuche, den Spielablauf zu beeinflussen. Am Touchscreen versuche er das auch. Damals sei es dann so gewesen, dass er den Spielablauf nicht habe beeinflussen können, weil die Walzen viel zu schnell laufen würden.
Außerdem sei bei dem Spiel auch noch eine Automatikstarttaste vorhanden. Da bleibe das Spiel dann von alleine stehen. Um bei dieser Automatiktaste das Stehenbleiben zu bewirken, brauche man überhaupt nichts können. Das mache das Gerät von alleine. Bei diesem kleinen Walzenlauf mit dem A, sei es so, dass man eben gar nichts können müsse, damit man zu diesem A gelange. Danach beginne oben der große Walzenlauf, den man nicht beeinflussen könne. Beim kleinen Walzenlauf mit dem A habe aber das Erzielen des A überhaupt keinen Einfluss auf das Guthaben.

Außerdem gebe es einen Aktenvermerk, diesen habe der Teamleiter, Herr R, verfasst. Wenn ihm dieser Aktenvermerk vorgehalten werde, so gebe er an, dass das, was Herr R festgehalten habe, stimme.

In der Verhandlung vom 17. Jänner 2018 betreffend die Beschlagnahmeverfahren zu den Zln.: LVwG-412259 und LVwG-412260 führte der Zeuge C A zusammengefasst aus, dass es seine Aufgabe bei der Kontrolle gewesen sei, die GSp26-Formulare betreffend die Spielerbeobachtung (betrifft die Geräte FA-Nr. 1 und 2) auszufüllen. Er habe beobachtet, dass sowohl das Gerät FA-Nr. 1 als auch das Gerät FA-Nr. 2 von einem in Lokal anwesenden Spieler bespielt worden seien. Die der Anzeige vom 13. April 2017 beiliegenden Anlagen würden die bei der Kontrolle vorgefundenen und teilweise bespielten Geräte zeigen und die dokumentierten Vorgänge seien darin richtig wieder gegeben. Wenn es so dokumentiert sei, dass die Geräte am Kontrolltag betriebsbereit und öffentlich zugänglich aufgestellt gewesen seien, werde dies so gewesen sein.

Der ebenso am 17. Jänner 2018 einvernommenen Zeuge K W sagte aus, dass es sein Auftrag bei der Kontrolle gewesen sei, Bilder von der Kontrolle anzufertigen. Er habe keine Bespielung vorgenommen. Es sei ein Spieler im Lokal anwesend gewesen, der bei Kontrollbeginn am Gerät FA-Nr. 1 gespielt habe und er habe den Spieler zuerst am Gerät FA-Nr. 1, später am Gerät FA-Nr. 2 gefilmt.

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

II.2.1. Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 6. April 2017 um 13:27 Uhr im Lokal „R“ in L wurden die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführten Geräte betriebsbereit vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierungen gekennzeichnet und nach Durchführung von Testspielen am Gerät FA-Nr. 3 zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt.

Die Geräte waren seit etwa Mitte Juni 2015 im verfahrensgegenständlichen Lokal in einem öffentlich zugänglichen Bereich eingeschaltet aufgestellt und wurden zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben. Im Lokal wurden Einsätze an den Geräten geleistet und Gewinne ausbezahlt.

Die Glücksspielgeräte FA-Nrn. 1 und 2 wurden zum Zeitpunkt der Kontrolle von einem im Lokal anwesenden Spieler bespielt. Aufgrund der Spielerbeobachtung können zu den Geräten FA-Nrn. 1 und 2 nachstehende Feststellungen getroffen werden:

<u>Walzenspielgerät:</u>

FA-Nr	*Spiel*	*mögliche Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
1	Ring of Fire XL	0,1 – 25 Euro	180 – 45.000 Euro
2	Joker Area	0,1 – 20 Euro	10 – 2.000 Euro

Hinsichtlich des Geräts mit der FA-Nr. 3 wurden von den Organen der Finanzpolizei folgende Probespiele durchgeführt bzw. können somit folgende Feststellungen getroffen werden:

Walzenspielgerät:

FA-Nr	*Spiel*	*mögliche Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
3	Ring of Fire XL	0,1 – 20 Euro	5x180 Euro + „Symbol roter Teufel“; 180 Euro bei einer Linie; 5 Linien möglich bis 5x36.000 Euro + „Symbol roter Teufel“; 36.000 Euro bei einer Linie; 5 Linien möglich

Der Spielablauf dieser virtuellen Walzenspiele stellt sich 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 der Funktionalität dieses Geräts als „Skill Game“ ist festzuhalten, dass sich ein Spieler dabei im Ergebnis lediglich einer leicht zu überwindenden Hürde außerhalb des eigentlichen Glücksspiels stellen muss, welche eine geringfügige zeitliche Verzögerung herbeiführen kann, zumal der Spieler im „kleinen Walzenlauf“ (des Skill Game) ohne besonderes Geschick ein bestimmtes Symbol

erzielen und damit zum zuvor geschilderten „großen Walzenlauf“ gelangen kann. Der Spieler kann daher das Gerät jedenfalls als reines Glücksspielgerät verwenden. Selbst wenn es möglich wäre, beim „kleinen Walzenspiel“ Gewinne zu erzielen, welche nicht nur im Zwischenspeicher als Zahlenwerte gutgebucht sondern tatsächlich auch ausbezahlt werden, ist es trotzdem möglich, jederzeit ein bestimmtes Symbol zu erzielen und damit zum „großen“ und vom Spieler nicht beeinflussbaren Walzenlauf zu gelangen. Das „kleine Walzenspiel“ hat dabei keinerlei Einfluss auf das Ergebnis des „großen Walzenspiels“. Es beeinflusst lediglich den Weg dorthin geringfügig.

II.2.2. Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der P GmbH, die nicht Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Geräte mit den FA-Nrn. 1 bis 3 ist.

Es konnte nicht festgestellt werden, dass die PBW GmbH die genannten Glücksspielgeräte der Lokalbetreiberin K K zur Verfügung gestellt oder sich auf sonstige Weise an der Veranstaltung von Glücksspielen mit den gegenständlichen Geräten beteiligt hat.

Weder das vom Bf vertretene Unternehmen noch die Lokalbetreiberin waren im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für diese Geräte und diesen Standort. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

II.3. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus den Verfahrensakten zu den Zln.: LVwG-412699 und LVwG-412749, den Beschlagnahmeakten zu den Zln.: LVwG-412259 und LVwG-412260 sowie dem gegenständlichen Verwaltungsakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, ihrem Aktenvermerk, der Dokumentation der Probespiele und Spielebeobachtungen und den deutlichen Fotos im Akt. Auf den Fotos lassen sich die Einsätze und die möglichen Gewinne erkennen. Sie gründen zudem auf den glaubwürdigen Aussagen der Zeugen C A, K W und M K (Finanzpolizei) in den mündlichen Verhandlungen vom 17. Jänner 2018 und vom 9. April 2018. Die Zeugen waren glaubwürdig und konnten den Ablauf der Kontrolle, soweit noch erinnerlich, schlüssig und nachvollziehbar schildern.

Insbesondere gab der Zeuge M K zusammengefasst an, dass er bei der gegenständlichen Kontrolle das Gerät FA-Nr. 3 bespielt und das Spiel „Ring of Fire XL“ geheißen habe. Er habe beim Probespiel den Spielablauf nicht beeinflussen können.

Zu den Geräten FA-Nrn. 1 und 2 führten die Zeugen C A und K W übereinstimmend an, dass diese Glücksspielgeräte zum Zeitpunkt der Kontrolle von einem im Lokal

anwesenden Spieler bespielt wurden. Diese Schilderungen korrespondieren auch mit den Angaben in den GSp26-Formularen zu diesen Geräten. Aufgrund der Spielerbeobachtungen konnte von den Organen der Finanzpolizei festgestellt werden, dass auf dem Gerät FA-Nr. 1 das Spiel „Ring of Fire XL“ und auf Gerät FA-Nr. 2 das Spiel „Joker Area“ verfügbar waren. Ebenso konnten die Einsätze und die dabei in Aussicht gestellten Gewinne festgestellt werden.

Aus zahlreichen Beschwerdeverfahren (vgl. bspw. die hg. Erk. LVwG-411477; LVwG-411547; LVwG-411311; LVwG-411507; LVwG-411178; LVwG-410104, LVwG-411679; LVwG-411760 uva.) ist mittlerweile auch gerichtsbekannt, dass es sich bei den genannten Spielen um Walzenspiele im Sinne der Judikatur des VwGH handelt. Das Verwaltungsgericht hat sich in den genannten, aber auch vielen anderen Verfahren mit den im ggst. Verfahren angesprochenen Gutachten T, M und F und deren Schlüssigkeit auseinandergesetzt, sodass diese und die Ergebnisse als gerichtsbekannt angesehen werden können (vgl. bspw. LVwG Oö. 24.3.2016, LVwG-411104).

Die Geräte vom Typ Skill Games mit vorgelagertem kleinen Walzenspiel sind schon deshalb keine Geschicklichkeitsgeräte, weil das dabei erforderliche Symbol (ein „A“ im Umkreis) zur Auslösung des großen (normalen) Walzenspiels meist schon nach dem normalen (kurzen) Betätigen der Starttaste von selbst erscheint und, wenn dies einmal nicht der Fall ist, bei den Bespielungen im kleinen Walzenlauf (Halten der Starttaste und gezieltes Stoppen durch Loslassen, um das „A“ Symbol anzuzeigen) – wie Organe der Finanzpolizei immer wieder als Zeugen bestätigt haben – für jedermann leicht und damit ohne eine relevante Geschicklichkeit, erzielbar war. Im Ergebnis muss sich der Spieler, wenn nicht ohnehin bereits die Automatikfunktion aktiviert ist, lediglich einer leicht zu überwindenden zeitlichen Hürde außerhalb des eigentlichen Glücksspiels stellen, welche allenfalls eine geringfügige zeitliche Verzögerung herbeiführen kann, zumal der Spieler im „kleinen Walzenlauf“ ohne besonderes Geschick das gewünschte Symbol erzielen und damit zum zuvor geschilderten „großen Walzenlauf“ gelangen kann. Selbst wenn es möglich wäre, beim „kleinen Walzenspiel“ Gewinne zu erzielen, welche nicht nur im Zwischenspeicher als Zahlenwerte gutgebucht, sondern tatsächlich auch ausbezahlt werden, ist es beim Miniaturwalzenspiel trotzdem möglich, jederzeit ein bestimmtes Symbol zu erzielen um damit zum „großen“ und vom Spieler nicht beeinflussbaren Walzenlauf zu gelangen. Das „kleine Walzenspiel“ beeinflusst lediglich den Weg zum „großen“ Walzenspiel zeitlich geringfügig.

Der Zeuge K gab in seiner Vernehmung an, dass man für dessen Überwindung „überhaupt nichts können müsse“.

Die großen Walzenspiele laufen, wie bei herkömmlichen Walzenspielgeräten, automatisiert ab und war schon aufgrund des kurzen Walzenlaufes (gestaffeltes Ablaufen von 5 Bildleisten innerhalb von 1-2 Sekunden) und des Umstandes, dass

die Symbole bei virtuellen Walzenspielen gerichtsbekanntermaßen zufällig und nicht in einer nachvollziehbaren Reihenfolge erscheinen, davon auszugehen, dass das Spiel überwiegend vom Zufall abhängt.

Das Erscheinen der Bilder erfolgt zufällig programmbedingt und ist deshalb nicht nachvollziehbar (wie etwa bei mechanischen Walzen) und liegt insofern auf der Hand, dass ein bewusstes Herbeiführen von Kombinationen unmöglich ist. Es liegt insofern gerichtsbekannt eine systemimmanente Unbeeinflussbarkeit vor, zumal bei derartigen Spielen vier oder fünf nebeneinander befindliche Felder vorhanden sind, in welchen verschiedene Symbole in zufälliger Art und Weise und in schneller Abfolge ausgetauscht werden und nicht erkennbar ist, welches Symbol auf das letzte folgt. Angesichts automatisiert zusammengesetzter Symbolkombinationen besteht selbst im Falle der Möglichkeit des Stoppens des Walzenlaufes (wenn dieser etwa länger abliefe) keine faktische Möglichkeit, das Ergebnis des Spiels zu beeinflussen.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich aus den Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle, an denen kein Grund zum Zweifeln besteht. Insbesondere lässt sich dem Aktenvermerk der Finanzpolizei entnehmen, dass es sich bei den Spielen auf den Geräten FA-Nrn. 1 bis 3 hauptsächlich um virtuelle Walzenspiele gehandelt habe. Es habe keinerlei Möglichkeit bestanden, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen. Diese Angaben stimmen auch mit den im Akt befindlichen GSp26-Formularen und den Fotodokumentationen zu den Geräten FA-Nrn. 1 bis 3 sowie den Zeugenaussagen überein.

Dass die Geräte zu Kontrollbeginn betriebsbereit waren, ergibt sich insbesondere aus dem finanzpolizeilichen Aktenvermerk; so konnte etwa an den Geräten mit den FA-Nrn. 1 und 2 auch ein Spieler beobachtet werden.

Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass diese von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurden und die Funktionsweise der Geräte eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Damit im Einklang stehend gab auch die Lokalbetreiberin an, dass mit den Geräten Einnahmen erzielt wurden, wobei sie 50% vom Gewinn erhalte bzw. die Geräte so eingestellt seien, dass 80% ausbezahlt und 20% zwischen ihr und der Firma aufgeteilt werden würden.

Die Feststellung, wonach die P GmbH nicht Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Geräte mit den FA-Nrn. 1 bis 3 sei, ergibt sich aus dem im Akt zur Zl.: LVwG-412699 enthaltenen Eigentumsnachweis der P GmbH.

In diesem Eigentumsnachweis wird bestätigt, dass sich die Geräte mit den FA-Nrn. 1 bis 3 im Eigentum der Firma P GmbH befinden.

Ebenso wurde im rechtskräftigen Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 17.4.2018 zur Zl.: LVwG-412259/10/GS/HUE-412260/2 betreffend das Beschlagnahmeverfahren festgestellt, dass die P GmbH Eigentümerin der drei Geräte ist. Die P GmbH kann somit nicht als Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Geräte angesehen werden.

Ob die P GmbH – unabhängig von ihrer mangelnden Eigentümerschaft – der Lokalbetreiberin die gegenständlichen Glücksspielgeräte zur Verfügung gestellt oder sich auf andere Art und Weise an der Veranstaltung von Glücksspielen mit diesen Geräten beteiligt habe, konnte nicht festgestellt werden, zumal weder dem vorliegenden Verwaltungsakt zur Zl.: LVwG-412694 noch den Akten zu den Zln.: LVwG-412699 und LVwG-412749 diesbezügliche Feststellungen zu entnehmen sind.

Auch aus den im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung getätigten Aussagen ergibt sich kein Hinweis darauf, ob die PBW GmbH der Lokalbetreiberin die gegenständlichen Glücksspielgeräte zur Verfügung gestellt habe.

Hinsichtlich der Feststellungen zur P GmbH und insbesondere des Umstandes, dass es sich beim Bf um deren handelsrechtliche Geschäftsführer handelt, hat das erkennende Gericht Einschau in das Firmenbuch genommen.

Dass das gegenständliche Lokal von Frau K K betrieben wird und dass die Geräte FA-Nrn. 1 bis 3 seit etwa Mitte Juni 2015 betriebsbereit im Lokal aufgestellt waren, ergibt sich aus der Einvernahme der Lokalbetreiberin.

Dass eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit den verfahrens-gegenständlichen Geräten vorhanden gewesen wäre oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt 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.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Rechtliche Grundlagen

Gemäß § 50 Abs 1 Glücksspielgesetz iVm § 3 Abs 2 VwGVG ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung über die vorliegende Beschwerde zuständig. Dieses hatte gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl I Nr. 118/2015, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 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 § 1 Abs 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

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).

Gemäß § 2 Abs 2 Satz 1 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.

Gemäß § 9 Abs 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung, ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

III.2.1. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den gegenständlichen Geräten FA-Nrn. 1 bis 3 Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B. VwGH 27.1.2012, 2011/17/0246) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen iSd § 2 Abs 1 GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und das vom Bf vertretene Unternehmen von diesem auch nicht ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs 4 GSpG verboten waren.

Dem Bf wird vorgeworfen, es zu verantworten zu haben, dass sich die P GmbH an verbotenen Ausspielungen, an denen Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten, unternehmerisch beteiligt habe, indem sie die in Rede stehenden Glücksspielgeräte zumindest seit 1.7.2015 zur Verfügung gestellt habe.

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat jedoch ergeben, dass die P GmbH, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Bf ist, nicht Eigentümerin der gegenständlichen Geräte ist. Es konnte auch nicht festgestellt werden, dass die P GmbH die Geräte der Lokalbetreiberin zur Verfügung stellen habe. Eine unternehmerische Beteiligung iSd § 2 Abs 2 GSpG durch das Zur-Verfügung-Stellen von Glücksspielgeräten durch die PBW GmbH, um fortgesetzt Einnahmen aus dem Betrieb der Glücksspielautomaten zu erzielen, scheidet sohin aus. Darüber hinaus konnte auch nicht festgestellt werden, dass sich die PBW GmbH in irgendeiner sonstigen Weise an der Veranstaltung von verbotenen Ausspielungen mit den gegenständlichen Geräten unternehmerisch im Sinn des § 2 Abs 2 GSpG beteiligt habe (VwGH 14.7.2017, Ra 2016/17/0264).

Der PBW GmbH bzw. dem Bf konnte daher die unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspielungen nach § 52 Abs 1 Z 1 4. Tatbild GSpG nicht nachgewiesen werden.

III.2.2 Eine Bestrafung kann iSd § 45 Abs 1 Z 1 VStG aber nur dann erfolgen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat erwiesen ist. Im Verwaltungsstrafverfahren gilt der Grundsatz „in dubio pro reo“ (*Fister* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 25 Rz 10).

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertritt, darf der Grundsatz „in dubio pro reo" nur angewendet werden, wenn nach Durchführung des Beweisverfahrens Zweifel an der Verwirklichung des Tatbildes durch den Beschuldigten bleiben (statt vieler: VwGH 15.11.2000, 2000/03/0237).

Wie oben ausführlich dargestellt, war im vorliegenden Fall die Klärung der Frage, ob sich die PBW GmbH an verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt hat, nicht möglich. Weder aufgrund der im Verwaltungsakt einliegenden Beweismittel noch aufgrund der Aussagen im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte die im bekämpften Straferkenntnis vorgeworfene Tat erwiesen werden.

IV. Im Ergebnis war der Beschwerde daher Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG einzustellen.

Da das Straferkenntnis bereits aufgrund obiger Ausführungen aufzuheben war, war auf das übrige Beschwerdevorbringen, insbesondere zur Unionsrechtswidrigkeit, nicht mehr einzugehen.

Bei diesem Ergebnis war dem Bf gemäß § 52 Abs 9 VwGVG und § 66 Abs 1 VStG weder ein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich noch ein Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde vorzuschreiben.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, da die Rechtslage nach den maßgeblichen Bestimmungen klar und eindeutig ist und zu den zu beurteilenden Rechtsfragen bereits eine - soweit ersichtlich - einheitliche, oben zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorliegt.

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer