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-412811/7/KLe/JK - 412812/2

Datum: Linz, 1. Oktober 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Lederer über die Beschwerden 1. des W M und 2. der B T s.r.o., beide vertreten durch RA Dr. F M, W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 23.2.2018, GZ: BHSESich-2017-416288/6-, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 28.5.2018

zu Recht:

I. Den Beschwerden wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Erstbeschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde noch zu jenen des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten. Der Haftungsausspruch gegenüber der Zweitbeschwerdeführerin betreffend die Verfahrenskosten entfällt.

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 der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land (im Folgenden: belangte Behörde) vom 23.2.2018, Zl. BHSESich-2017-416288/6-, wurde über den Erstbeschwerdeführer (im Folgenden: Erst-Bf) eine Geldstrafe von 2.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe von 67 Stunden) wegen einer Übertretung nach § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG mit einem Glücksspielgerät verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 200 Euro vorgeschrieben und gegenüber der Zweitbeschwerdeführerin (im Folgenden: Zweit-Bf) ein Haftungsausspruch getätigt.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„I. Straferkenntnis:

Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der B T s.r.o., S, Z, B, Tschechien, und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ zu verantworten, dass diese sich vom 29.09.2017 bis zum Tag der Kontrolle des Finanzamtes Kirchdorf-Perg-Steyr am 05.10.2017 in dem von S, P, G, betriebenen Lokal B P T, S, N, an verbotenen Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus unternehmerisch beteiligt hat, indem sie das dort vorgefundene, in ihrem Eigentum stehende, betriebsbereite und funktionsfähige Glücksspielgerät mit der Bezeichnung

FA-Geräte Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typen-bezeichnung	Versiegelungs-plaketten-nummer
1	Keine	XX	Keine	A075401-A075404

samt Laptop und Scanner zur Verfügung stellte und dabei als Unternehmerin im Sinn des § 2 Abs. 2 GSpG selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt hat.

Es lagen von einem Unternehmer veranstaltete bzw. zugänglich gemachte Glücksspiele vor, bei denen die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing (§ 1 Abs. 1 GSpG).

Es handelte sich um Ausspielungen im Sinn des § 2 Abs. 1 GSpG, da zur Teilnahme am Spiel eine vermögenswerte Leistung in Form des Einsatzes zu entrichten war und eine vermögenswerte Leistung (Gewinn) in Aussicht gestellt wurde. Da dafür keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG erteilt wurde und die Ausspielungen auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren, lagen verbotene Ausspielungen im Sinn des § 2 Abs. 4 GSpG vor.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 107/2017 iVm § 9 Abs. 1 VStG

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) werden über Sie folgende Strafen verhängt:

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
2.000,00	67 Stunden	---	§ 52 Abs. 2 GSpG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:
200 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

--- Euro als Ersatz der Barauslagen für

Der zu
zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Barauslagen) beträgt daher

2.200,00 Euro

[...]

II. Haftung

Die B T s.r.o. haftet für die in Z 1 verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Rechtsgrundlage:
§ 9 Abs. 7 VStG“

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führt die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass mit dem gegenständlichen betriebsbereiten und öffentlich zugänglichen Gerät Glücksspiele veranstaltet bzw. zugänglich gemacht worden seien, um dadurch selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Aufgrund der Funktionsweise des verfahrensgegenständlichen Glücksspielgerätes mit den darauf verfügbaren Spielen, bei denen Spieleinsätze zu leisten und Gewinne in Aussicht gestellt seien, sei – in Ermangelung einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz – von einer verbotenen Ausspielung iSd § 2 Abs 4 GSpG auszugehen. Die Zweit-Bf als Eigentümerin des gegenständlichen Gerätes habe dieses gegen Entgelt zur Verfügung gestellt und sich somit unternehmerisch an verbotenen Ausspielungen beteiligt. Dies habe der Erst-Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Zweit-Bf verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten. Weiters sei der Haftungsausspruch betreffend die Zweit-Bf in § 9 Abs 7 VStG begründet.

I.2. Mit gleichlautenden Schriftsätzen vom 23.3.2018 erhoben die rechtsfreundlich vertretenen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) rechtzeitig Beschwerde und beantragten, 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.

In den Rechtsmitteln wird 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 24.4.2018 legte die belangte Behörde dem Verwaltungsgericht den bezughabenden Verfahrensakt samt Beschwerden gegen das Straferkenntnis zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Ergänzend erstatteten die Bf mit Schriftsatz vom 28.5.2018 ein umfassendes Vorbringen zum Unionsrecht und legten diesem eine Vielzahl von Unterlagen bei.

I.5. Am 28.5.2018 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der der Rechtsvertreter der Bf, eine Vertreterin der belangten Behörde, ein Vertreter des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr sowie der Zeuge J S teilnahmen.

In der Verhandlung wurde von der Verhandlungsleiterin auf das E-mail des Bundesministeriums für Finanzen vom 20.11.2017 samt Beilagen hingewiesen. Bei diesen Beilagen handelt es sich um

- die Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregulierung vom 17.11.2017
- den Glücksspielbericht 2010-2013 des Bundesministeriums für Finanzen
- den Glücksspielbericht 2014-2016 des Bundesministeriums für Finanzen samt Informationsschreiben
- den Evaluierungsbericht des Bundesministeriums für Finanzen über Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014 aus November 2014
- die Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015 betreffend Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, verfasst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg
- den Forschungsbericht der ÖBIG und der Gesundheit Österreich GmbH zur Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz aus April 2016

II. Sachverhalt:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die Akten des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zu den

Zln.: LVwG-412806, 412807-412808, 412809-412810 sowie in den gegenständlichen Verwaltungsakt, insbesondere in die darin erliegende Anzeige der Finanzpolizei vom 12.10.2017, die GSp26-Formulare samt Fotodokumentationen, den Aktenvermerk der Finanzpolizei vom 5.10.2017, die Niederschrift über die Einvernahme des Lokalbetreibers S S vom 5.10.2017, in das Unternehmensregister des Europäischen Justizportals, in das Beschwerdevorbringen und die öffentliche mündliche Verhandlung vom 28.5.2018 samt der darin protokollierten Aussage des Zeugen J S, der unter anderem das verfahrensgegenständliche Gerät FA-Nr. 1 probebespielt hat.

In seiner Zeugeneinvernahme gab J S an, er könne sich konkret an die Kontrolle vom 5.10.2017 im P T B nicht mehr erinnern. Die Angaben, die er im GSp26-Formular bzw. in der Anzeige gemacht habe, würden stimmen. Im Detail könne er nichts mehr dazu sagen, sie seien, glaube er, im Monat drei- oder viermal drinnen gewesen. Er wisse, dass zwei Geräte drinnen gewesen seien, auch ein Afric2go. Er sei der Bespieler gewesen. Hinsichtlich des Spielvorganges sei alles am GSp26-Formular dokumentiert. Die Bespielung sei möglich gewesen, soweit er sich erinnern könne. Er probiere immer, ob er Einfluss auf den Spielablauf nehmen könne. Das mache er immer, genauso wie das Geldeinwerfen.
Auf Nachfrage des Rechtsvertreters der Bf, wie der Zeuge versuche, Einfluss auf den Spielablauf zu nehmen, führte der Zeuge aus, bei einem Walzengerät am Touchscreen, wenn es einen Touchscreen gebe, oder halt mit den Tasten.
Auf weitere Nachfrage des Rechtsvertreters der Bf, wie der Zeuge spiele, ob er auf die Starttaste kurz oder länger drücke, gab der Zeuge an, entweder sei am Touchscreen die Starttaste oder es sei am Tastenfeld. Er drücke nur einmal. Beim kurzen Tastendruck sei es nach seiner Erfahrung so, dass sofort das A komme und den Walzenlauf auslöse. Da brauche man nicht öfters drücken.
Über Befragen des Rechtsvertreters der Bf, ob der Zeuge schon ausprobiert habe, dass er auf der Taste oben bleibe, also auf der Starttaste, sagte der Zeuge weiters aus, ja, es würden sich in diesem Fall unten die kleinen Walzen drehen, bis er auslasse.

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher SACHVERHALT steht fest:

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 5.10.2017 um 8:14 Uhr im Lokal „B P-T“ in N, S, wurde das im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführte Gerät betriebsbereit vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und nach Durchführung von Testspielen zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol samt Laptop, Scanner sowie zwei Schlüsseln vorläufig beschlagnahmt.

Das Gerät war in der Zeit von 29.9.2017 bis zum Tag der Kontrolle im verfahrensgegenständlichen Lokal in einem öffentlich zugänglichen Bereich

eingeschaltet aufgestellt und wurde zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben. Im Lokal wurden Einsätze am Gerät geleistet und Gewinne ausbezahlt. Die Zweit-Bf ist Eigentümerin des verfahrensgegenständlichen Gerätes und hat dieses dem Lokalbetreiber S überlassen. Der Erst-Bf war von 31.3.2017 bis 18.9.2017 handelsrechtlicher Geschäftsführer der Zweit-Bf mit Sitz in S, B-Ž, CZE.

Weder der Erst-Bf bzw. die Zweit-Bf noch der Lokalbetreiber waren im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für dieses Gerät und diesen Standort. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt bzw. können folgende Feststellungen getroffen werden:

Walzenspielgerät:

FA-Nr	*Spiel*	*mögliche Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
1	Ring of Fire XL	0,10 – 15 Euro	180 – 27.000 Euro

Der Spielablauf dieses virtuellen Walzenspieles 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 Gerätes 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.3. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem gegenständlichen Verfahrensakt, den Akten zu den Zln.: LVwG-412806, 412807-412808, 412809-412810 sowie 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, den GSp26-Dokumentationen samt Fotodokumentation, der Aussage des in der mündlichen Verhandlung vernommenen Zeugen J S sowie auf der niederschriftlichen Aussage des bei der Kontrolle anwesenden Lokalbetreibers. Dieser konnte insbesondere den Zeitraum angeben, in dem das Gerät betriebsbereit und öffentlich zugänglich im Lokal aufgestellt war. Für das erkennende Landesverwaltungsgericht ergaben sich weder aus dem Akt noch im Beweisverfahren Hinweise, die gegen diese Feststellungen sprechen.

Aus der vorliegenden Fotodokumentation kann bedenkenlos auf das Vorhandensein eines sogenannten Skill-Gerätes (FA-Nr. 1) geschlossen werden. Es handelte sich nämlich um einen Eingabeterminal, auf dem sogenannte Skill-Games betrieben werden. Dass dies der Fall war, ergibt sich beim Gerät FA-Nr. 1 aufgrund des Vorhandenseins sogenannter Miniaturwalzen. Weiters lässt sich sowohl der Fotodokumentation als auch dem GSp26-Formular betreffend das Gerät FA-Nr. 1 entnehmen, dass auf Gerät FA-Nr. 1 ein gerichtsbekanntes virtuelles Walzenspiel, nämlich das Spiel „Ring of Fire XL“, verfügbar war. Dass die Angaben in der GSp26-Dokumentation richtig sind, bestätigte der Zeuge J S.

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 dem genannten Spiel um ein Walzenspiel 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.
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

man bei Gerät FA-Nr. 1 keinerlei Möglichkeit hatte, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen.

Hinsichtlich der Feststellungen zur Zweit-Bf und zu dem Umstand, dass der Erst-Bf lediglich von 31.3.2017 bis 18.9.2017 handelsrechtlicher Geschäftsführer der Zweit-Bf war, hat das erkennende Gericht Einschau in das Unternehmensregister des Europäischen Justizportals genommen.

Die Konstatierung, wonach die Zweit-Bf Eigentümerin des Gerätes FA-Nr. 1 ist, lässt sich den zu diesem Gerät bei der Kontrolle vorgefundenen Gewinngutscheinen entnehmen und wurde im Übrigen von der Zweit-Bf bzw. ihrem Rechtsvertreter auch nicht bestritten.

Dass S Betreiber des verfahrensgegenständlichen Lokals ist und dass das Gerät FA-Nr. 1 seit 29.9.2017 betriebsbereit im Lokal aufgestellt war, ergibt sich aus der Einvernahme des Stefan Schnabel durch die Finanzpolizei.

Dass das Gerät zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass die Aufstellung eines Gerätes, an dem gegen In-Aussicht-Stellen von Gewinnen Einsätze geleistet werden können, in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals letztlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesem Gerät zu erzielen. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung des Gerätes aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären.

Weiters sind im Verfahren auch keine Umstände hervorgekommen, dass das Gerät von der Eigentümerin nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wäre.

Dass eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit dem verfahrens-gegenständlichen Gerät 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. Gemäß Abs 7 leg. cit. haften juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften sowie die in Abs 3 genannten natürlichen Personen für die über die zur Vertretung nach außen Berufenen oder über einen verantwortlichen Beauftragten verhängten Geldstrafen, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann [...].

III.2. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit dem gegenständlichen Gerät FA-Nr. 1 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 die vom Erst-Bf vertretene Zweit-Bf von diesem auch nicht ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs 4 GSpG verboten waren.

Im angefochtenen Straferkenntnis wurde ausgeführt, dass der Erst-Bf seit 31.3.2017 handelsrechtlicher Geschäftsführer der Zweit-Bf sei und es daher gemäß § 9 Abs 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten habe, dass sich die Zweit-Bf gemäß § 52 Abs 1 Z 1 4. Tatbild GSpG unternehmerisch an verbotenen Ausspielungen beteiligt habe.

Das vom erkennenden Gericht durchgeführte Ermittlungsverfahren hat zwar ergeben, dass die Zweit-Bf Eigentümerin des beschwerdegegenständlichen Gerätes ist und dieses dem Lokalbetreiber zur Verfügung gestellt hat, um fortgesetzt Einnahmen aus dem Betrieb dieses Glücksspielautomaten zu erzielen. Der Erst-Bf war jedoch lediglich bis 18.9.2017 handelsrechtlicher Geschäftsführer der Zweit-Bf. Er hat daher die unternehmerische Beteiligung der Zweit-Bf im vorgeworfenen Tatzeitraum (29.9.2017 bis 5.10.2017) mangels

Geschäftsführerstellung nicht zu verantworten. Dies hat zur Folge, dass auch keine Haftung der Zweit-Bf für die über den Erst-Bf verhängte Geldstrafe besteht.

III.3. Im Ergebnis war den Beschwerden 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 Erst-Bf gemäß § 52 Abs 9 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) und § 66 Abs 1 VStG weder ein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht noch ein Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde vorzuschreiben. Damit entfällt auch die Haftung der Zweit-Bf für die Verfahrenskosten.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab, noch fehlt es an einer solchen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Lederer