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-412525/7/Py

Datum:
Linz, 24. Jänner 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde der M.M., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F.M., X, W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis vom 31.10.2017, GZ: BHRIPol-2017-49287/15-SEI, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Glücksspielgesetz (GSpG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23. August 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Die Beschwerdeführerin hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht noch einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung 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 Bezirkshauptmannschaft Ried im Innkreis (in der Folge: belangte Behörde) vom 31.10.2017, GZ: BHRIPol-2017-49287/15-SEI, wurden über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idgF, zwei Geldstrafe in Höhe von je 1.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von je 33 Stunden verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 200 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Die P. GmbH hat als Unternehmerin im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG, wie im Zuge einer Kontrolle durch das Finanzamt Braunau-Ried-Schärding, Team Finanzpolizei, am 07.02.2017 um 11:03 Uhr im Lokal „Cafe X", in X, A., festgestellt wurde, im besagten Lokal zumindest vom 31.10.2016 bis zum Tag der Kontrolle am 07.02.2017, das im Lokal vorgefundene, betriebsbereite und funktionsfähige Glücksspielgerät mit der Bezeichnung

FA-Geräte Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typen-bezeichnung	Versiegelungs-plakettennummer
1	Golden Skill Games	907120500135		A083134 - A083139
2	Skill Games	9071107002791		A083140 – A083145

mit dem den Spielern für einen geldwerten Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden und deren Spielergebnis ausschließlich bzw. vorwiegend vom Zufall abhing, betrieben und damit zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet, indem sie den Spielern das Spiel auf eigenen Namen und Rechnung ermöglicht hat und Gewinn und Verlustrisiko bei ihr lagen.
Diese Verwaltungsübertretung haben Sie als handelsrechtliche Geschäftsführerin der Firma P. mit Sitz in G., X, gem. § 9 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Dagegen richtet sich die rechtzeitig mit Schriftsatz vom 24.11.2017 von der Bf im Wege ihrer rechtsfreundlichen Vertretung erhobene Beschwerde in der beantragt wird, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, in eventu eine Ermahnung auszusprechen, in eventu die verhängte Strafe herabzusetzen jedoch jedenfalls eine mündliche Verhandlung anzuberaumen.

Im Rechtsmittel 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 würde mangelndes Verschulden und eine zu hohe Strafbemessung vorliegen.

3. Mit Schreiben vom 05.12.2017 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht zur Entscheidung vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht und Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23.08.2018, an der eine Vertreterin des Finanzamtes Braunau Ried Schärding als am Verfahren beteiligte Organpartei teilnahm. Der Rechtsvertreter der Bf sowie der Vertreter der belangten Behörde entschuldigten sich für die mündliche Verhandlung, als Zeuge wurde ein an der gegenständlichen Kontrolle beteiligter Beamter der Finanzverwaltung einvernommen.

Mit E-Mail vom 23.08.2018 legte der Rechtsvertreter der Bf dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung eine ergänzende Stellungnahme hinsichtlich des Anwendungsverbots des österreichischen Glücksspielgesetzes aufgrund der europarechtlichen Bedenken im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe, insbesondere dem präventiven Spielerschutz, zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit mitsamt Beilagen vor. Weiters wurde der Antrag gestellt, das Verfahren bis zur Entscheidung der beim EuGH anhängigen Verfahren zu den Rechtssachen C-589/16, C-685/15 und C-79/17 auszusetzen bzw. die im Vorbringen näher ausgeführten Fragen an den EuGH zu richten. Ferner wurde auf den Schlussantrag der Generalanwältin S. vom 09.03.2017 im Verfahren zu C-685/15 verwiesen. Darüber hinaus wurde neben der Einvernahme von Zeugen zur Unrichtigkeit der Kalke-Studie die Einholung eines Sachverständigengutachtens betreffend die Funktionsweise des beschlagnahmten Glücksspielautomaten beantragt, wobei darauf verwiesen wurde, dass das gegenständliche Gerät baugleich mit jenem im beigelegten Urteil des BG Wels, 8 C 673/14g-17, sei. Vorgelegt wurde zudem ein Rechtsgutachten von Univ.-Prof. Dr. A.K. vom 24.05.2016 betreffend Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielwerbung und ein Gutachten über die Glücksspielwerbung in Österreich von Ing. Mag. M.F., MBA, vom 08.06.2017.

In der Verhandlung wurden von der Verhandlungsleiterin die Stellungnahme des BMF zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregelung vom 17.11.2017 samt Beilagen zum Verhandlungsprotokoll genommen. Dabei handelt es sich um

- den Glücksspielbericht 2010-2013 des BMF
- den Evaluierungsbericht des BMF über Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014 aus November 2014
- den Glücksspielbericht 2014-2016 dem BMF

- ein Informationsschreiben der Stabstelle für Spielerschutz
- ein Anschreiben des BMF
- die Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015 betreffend Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, verfasst vom Institut für Interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg
- den Forschungsbericht des ÖBIG zur Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz aus April 2016
- Judikate des VfGH, VwGH, OGH und von Landesverwaltungsgerichten

Anlässlich seiner Befragung verwies der als Zeuge einvernommene Beamte der Finanzverwaltung auf die der Anzeige beigelegten Unterlagen und führte ergänzend aus, dass er bei der gegenständlichen Kontrolle als Bespieler tätig war und bereits Erfahrung mit Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz habe. Es sei ihm bei der Bespielung nicht möglich gewesen Einfluss auf den Spielverlauf zu nehmen. Im Übrigen habe es sich bei den verfahrensgegenständlichen Geräten um ein solches der üblichen Bauform gehandelt, was auch aus der anlässlich der Kontrolle durchgeführten Fotodokumentation ersichtlich sei.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 07.02.2017 wurde im Lokal „Cafe X“ in A., X, unter anderem folgende Geräte betriebsbereit vorgefunden und vorläufig beschlagnahmt:

FA-Geräte Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typen-bezeichnung	Versiegelungs-plakettennummer
1	Golden Skill Games	x		A083134 - A083139
2	Skill Games	x		A083140 – A083145

Dabei handelt es sich um zwei virtuelle Walzenspiele (Skill Games). Die Geräte waren zu Beginn der Kontrolle nicht eingeschaltet, jedoch mit dem Stromkreislauf und dem Internet fest verbunden. Auf der Rückseite der Geräte war ein Kippschalter angebracht, welcher nach der Betätigung die Geräte zum Hochfahren veranlasste.

Die P. GmbH mit Sitz in G. ist Eigentümerin der angeführten Glücksspielgeräte mit den FA-Nrn. 1 und 2. Die Bf war zum vorgeworfenen Tatzeitraum handelsrechtliche Geschäftsführerin dieser Gesellschaft.

Herr Ö.C. war zum vorgeworfenen Tatzeitraum Betreiber des Lokals „Cafe X“ in A., X.

Keine dieser Personen war im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die verfahrensgegenständlichen Geräte. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Die verfahrensgegenständlichen Geräte wurden zumindest seit dem 31. Oktober 2016 bis zum Tag der finanzbehördlichen Kontrolle am 7. Februar 2017 betrieben, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbständig 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.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr.	*Spiel*	*mögliche Einsätze*	*mögliche Gewinne*
1	Ring of Fire XL	*min*: 0,10 Euro	180 Euro
		max: 15 Euro	27.000 Euro
2	Ring of Fire XL	*min*: 0,10 Euro	180 Euro
		max: 15 Euro	27.000 Euro

Der Spielablauf der virtuellen Walzenspiele (FA-Nrn. 1 und 2) stellt sich aufgrund der Erhebungen der Finanzpolizei und der bisher gewonnenen Erfahrungen mit gleichartigen Geräten und Spielen wie folgt dar:

Bei den elektronischen Glücksspielgeräten mit der Bezeichnung „Skill Games“ handelt es sich grundsätzlich um herkömmliche virtuelle Walzenspiele. Diesem Walzenspiel vorgelagert ist ein Miniaturwalzenspiel mit 3 virtuellen Walzen, welche die Zahlen 0 – 9 sowie den Buchstaben „A“ aufweisen. Die Zusammensetzung dieser Walzen wird mit jeder Starttastenbetätigung vom Programm neu festgelegt, ohne dass der Spieler darauf einen Einfluss hat. Dieses „kleine Walzenspiel“ wird durch Loslassen der Start-Taste gestoppt.

Erscheint beim „kleinen Walzenspiel“ ein „A“, so wird automatisch der große Walzenlauf ausgelöst, auf welchen der Spieler keinen Einfluss hat. Das gezielte Herbeiführen eines „A“ im „kleinen Walzenlauf“ – und damit das Auslösen des großen Walzenlaufes - ist für jeden Spieler leicht möglich.

Erscheinen im „kleinen Walzenlauf“ ausschließlich Zahlen, wird durch Multiplikation dieser Zahlen ein „Gewinn“ erzielt, welcher in einem Zwischenspeicher gespeichert wird. Bei neuerlichem Betätigen der Start-Taste ergibt der „kleine Walzenlauf“ in diesen Fällen - ohne Anwendung von Geschicklichkeit - jeweils die Ziffernkombination, welche zum Umbuchen des vorher erzielten „Gewinnes“ auf das Spielguthaben erforderlich ist. Der „Gewinn“ wird auf das Spielguthaben umgebucht und ein neuer großer Walzenlauf gestartet. Dieser „Gewinn“ bewirkt daher, dass das nächste Spiel gratis ist.

Beim an das kleine Walzenspiel anschließenden virtuellen „großen Walzenspiel“ wurden für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen 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 Start-Taste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach zuerst das „kleine Walzenspiel“ ausgelöst. Nach dem Loslassen der Start-Taste wurde – je nach Ergebnis des „kleinen Walzenlaufes“ (vgl. dazu oben) entweder sofort oder nach neuerlichem Betätigen der Start-Taste der „große Walzenlauf“ 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 im großen Walzenlauf zu nehmen. Während der Rotation der Walzen konnte man weder durch Berührung des Displays, noch durch Drücken der Tasten den Walzenlauf in irgendeiner Weise beeinflussen.

Es konnte nicht festgestellt werden, ob die P. GmbH bzw. die Bf die verbotenen Ausspielungen auf eigene Rechnung durchgeführt hat bzw. ob diese das Risiko über Gewinne und Verluste getragen haben.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Verfahrensakt sowie dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen zur durchgeführten Kontrolle und zu den in Betriebsbereitschaft vorgefundenen Glücksspielgeräten in einem öffentlich zugänglichen Bereich gründen auf der Anzeige und dem Aktenvermerk der Finanzpolizei, der GSp26-Dokumentation samt Fotodokumentation sowie den Angaben des Herrn Ö.C. anlässlich seiner Befragung im Rahmen einer gewerberechtlichen Kontrolle am 24.01.2017, wonach er das Lokal seit Oktober 2016 betreibt und seither die Geräte im Lokal aufgestellt sind.

Hinsichtlich der beschwerdegegenständlichen Geräte FA-Nr. 1 und 2 enthält der Aktenvermerk der Finanzpolizei eine ausführliche Spielbeschreibung. Diese lässt sich auch mit der von den kontrollierenden Organen angefertigten GSp26-Dokumentationen in Einklang bringen und stimmt im Wesentlichen auch mit den festgestellten Abläufen in anderen Entscheidungen zu virtuellen Walzenspielen überein, sodass nach den bisherigen Erfahrungen des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den diesbezüglich Angaben bestehen.

Die Feststellungen zur Funktionsweise der Geräte und insbesondere zu den darauf möglichen Spielen samt Einsätzen sowie den dazu in Aussicht gestellten Höchstgewinnen gründen ebenfalls auf den Aktenvermerk der Finanzpolizei sowie der GSp26-Dokumentation einschließlich den darauf befindlichen handschriftlichen Anmerkungen zum Spielablauf.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhängen 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. Dies wurde im Übrigen auch vom Zeugen G.H. in der mündlichen Verhandlung bestätigt. Die beschriebene Funktionsweise stimmt auch im Wesentlichen mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu Walzenspielen überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben der Finanzpolizei bestehen. Weiters ergaben sich weder aus dem Akt noch im Beweisverfahren Hinweise, die gegen diese Feststellungen sprechen. Auch wurde von den Parteien dazu nichts Substantiiertes vorgebracht.

Die Feststellungen bezüglich der Eigentumsverhältnisse der Geräte ergaben sich schlüssig aus dem Akt und blieben im Übrigen unbestritten.

Dass die Gerätschaften 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 diesem Gerät zu erzielen.

Ob die Bf bzw. die P. GmbH das Gewinn- und Verlustrisiko trug, konnte nicht festgestellt werden, zumal dem vorliegenden Akt diesbezügliche Feststellungen nicht zu entnehmen sind. Auch den Aussagen der bei der Kontrolle am 07.02.2017 anwesenden Personen ist nichts zu entnehmen, wonach die P. GmbH das Risiko über Gewinne und Verluste getragen hätte. Dass auf dem ausgedruckten Gutschein neben dem Lokalbetreiber auch die P. GmbH aufgedruckt ist, lässt zwar darauf schließen, dass die P. GmbH zumindest an den verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt ist. Ein ausreichender Beweis dafür, dass verbotene Ausspielungen auf eigenen Namen und Rechnung sowie auf eigenes Risiko veranstaltet werden, kann darin jedoch nicht erblickt werden.

Ferner enthält auch die Anzeige der Finanzpolizei vom 10.02.2017 den Hinweis, dass die Beschuldigte bloß aufgrund der während der Kontrolle möglichen Nachforschungen als Veranstalter der verbotenen Ausspielungen ermittelt worden sei und die Veranstaltereigenschaft jedenfalls zu verifizieren wäre.

Da sich aus den im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung getätigten Aussagen und aus dem Verfahrensakt kein Hinweis darauf ergibt, wer das Gewinn- und Verlustrisiko trug, gelangt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zur Überzeugung, dass nicht festgestellt werden kann, auf wessen Rechnung die Glücksspiele angeboten wurden.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. 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 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 leg. cit. 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.

Gemäß § 50 Abs. 1 GSpG ist das Landesverwaltungsgericht für das gegenständliche Beschwerdeverfahren zuständig.

5.2. Hinsichtlich des Glücksspielcharakters der verfahrensgegenständlichen Gerätschaften ist Folgendes auszuführen:

Aufgrund der festgestellten Funktionsweise der verfahrensgegenständlichen Geräte (FA-Nr. 1 und 2) ist auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 08.09.2005, 2007/17/0201) davon auszugehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die virtuellen Walzenspiele somit als Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass mit beiden 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.

Der Beschuldigten wurde vorgeworfen, es zu verantworten zu haben, dass die P. GmbH vom 31.10.2016 bis zum 07.02.2017 mit den in Rede stehenden Glücksspielgeräten verbotene Ausspielungen auf eigenen Namen und Rechnung sowie auf eigenes Risiko veranstaltet hat.

Es gibt jedoch keine ausreichenden Beweisergebnisse dafür, dass die G. s.r.o. bzw. die Bf verbotene Ausspielungen auf eigene Rechnung durchgeführt hätte, also das Gewinn- und Verlustrisiko getragen hätte. Als Veranstalter kommt aber nur jene Person in Betracht, welche das Spiel auf eigene Rechnung ermöglicht (*Schwartz/Wohlfahrt*, GSpG^2, § 52 Rz 6 unter Hinweis auf VwGH 20.12.1996, 93/17/0058; 16.02.2004, 2003/17/0260). Das ergibt sich auch aus der Entscheidung des VwGH vom 26. Jänner 2010, 2008/02/0111.

Der G. s.r.o. konnte daher nicht nachgewiesen werden, dass sie mit den verfahrensgegenständlichen Geräten verbotene Ausspielungen auf eigene Rechnung durchgeführt – diese also veranstaltet hat.

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, auf wessen Rechnung die gegenständlichen Glücksspiele angeboten wurden, 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.

Im Ergebnis war der Beschwerde daher Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen. Bei diesem Ergebnis war auf das weitere Beschwerdevorbringen nicht mehr einzugehen.

II. Bei diesem Ergebnis war der Bf gemäß § 52 Abs. 9 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.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, 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 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

Dr. Panny