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-413651/21/Kl/HUE

Datum:
Linz, 8. Februar 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde des Z B, K, N, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 15. Jänner 2020, Zl. VStV/919300305912/2019, wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27. Mai 2020

zu Recht:

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

II. Es entfallen sämtliche Verfahrenskosten.

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 Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 15. Jänner 2020, Zl. VStV/919300305912/2019, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) sechs Geldstrafen von jeweils 20.000 Euro und sechs Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 8 Tagen verhängt, weil er sich an Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, am 7. Februar 2019 im Lokal „K“ in S unter Verwendung von sechs Glücksspielgeräten unternehmerisch beteiligt hat.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben wie am 07.02.2019 um ca. 13:15 Uhr in S festgestellt wurde, als das zur Vertretung nach außen berufene Organ, also als unbeschränkt haftender Gesellschafter gem. § 9 Abs. 1 VStG der Fa. V s.r.o. folgende Verwaltungsübertretung begangen:
Die Firma V s.r.o. hat zumindest am Kontrolltag die verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräte gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt, um fortgesetzt Einnahmen aus den mit den Eingriffsgegenständen veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form von Walzenspielen und Hunderennen zu erzielen.
Die Firma V s.r.o. hat damit selbständig und nachhaltig eine Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und ist daher als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.
Die Firma V s.r.o. hat somit an der Veranstaltung von Glücksspielen in Form verbotener Ausspielungen an denen die Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten, als Unternehmer iSd § 2 Abs. 2 GSpG beteiligt und damit eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1, viertes Tatbild, GSpG begangen, was Sie als das zur Vertretung nach außen berufene Organ, also als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Firma zu verantworten haben.
Die Ihnen angelastete Verwaltungsübertretung wurde bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der Öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2 GspG durchgeführten Kontrolle am 07.02.2019 um ca. 13:15 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung K, S, festgestellt.
Es wurden folgende Geräte betriebsbereit und funktionsfähig vorgefunden:
1:FA-1 Kajot, SNr. 90...
2:FA-2 Kajot, SNr. 91...
3:FA-3 Kajot, SNr. 92...
4:FA-4 Kajot, SNr. 97...
5:FA-5 Kajot, SNr. 99...
6:FA-6, keine Gehäusebezeichnung, SNr. WE-342
Mit diesen Geräten wurden, zumindest seit dem Aufstelldatum, wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen, Hunderennen veranstaltet wobei aufgrund der zufallsabhängigen Entscheidung über das Spielergebnis, der zu leistenden Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in verschiedener Höhe deshalb in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil weder die dafür erforderliche Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die mit diesen Geräten durchführbaren

Ausspielungen nach den Bestimmungen des § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 52 Abs. 1 Z 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F. iVm § 9 Abs. 1 VStG“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei und schilderte die Funktionsweise der Geräte. Eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz sei nicht vorgelegen.

I.2. Mit Schriftsatz vom 6. Februar 2020 erhob der Bf rechtsfreundlich vertreten rechtzeitig dagegen Beschwerde und brachte vor, dass die verhängte Strafe überhöht sei und – falls tatsächlich eine Verwaltungsübertretung vorliege – die Voraussetzungen für ein Absehen von der Verhängung einer Strafe vorliegen würden. Der Bf beantragte, nach Durchführung einer Beschwerdeverhandlung den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. Begründend wird im Rechtsmittel auf das Wesentliche zusammengefasst vorgebracht, dass Begründungsmängel vorlägen und das GSpG dem Unionsrecht widerspreche. Darüber hinaus wurde neben der Einvernahme von Zeugen zur Unrichtigkeit der Kalkestudie die Einholung eines Sachverständigengutachtens betreffend der Funktionsweise der beschlagnahmten Glücksspielautomaten beantragt. Vorgelegt wurde auch ein Urteil des Bezirksgerichtes Wels vom 17.3.2015, GZ: 8 C 673/14g-17, ein Rechtsgutachten des Univ.-Prof. Dr. A K vom 24.5.2016 betreffend Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielwerbung und das Gutachten über die Glücksspielwerbung in Österreich von Ing. Mag. M F, MBA vom 31.5.2017.

I.3. Mit Schreiben vom 11. Februar 2020 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den bezughabenden Verwaltungsakt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

II. Sachverhalt:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation, Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 27. Mai 2020 sowie Einsichtnahme in das Firmenbuch (Online-Auskunft).
Weiters wurde Einsicht genommen in die Unterlagen und rechtskräftigen Entscheidungen zu einer Kontrolle am 6. Februar 2019 im selben Lokal (siehe LVwG-413298, 413299 und 413375) sowie in die rechtskräftigen

Beschlagnahme-, Einziehungs- und Betriebsschließungserkenntnisse zur/nach der gegenständlichen Kontrolle am 7. Februar 2019 (siehe LVwG-413300 und 413301 und 413302).
Folgende amtsbekannte Dokumente sind auch den Parteien aus zahlreichen weiteren Verfahren bekannt: Stellungnahme des BMF samt Glücksspielbericht 2010 - 2013 und Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“, Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ samt Begleitschreiben des Finanzministeriums und der Glücksspielbericht 2014 – 2016 des BMF sowie die Schreiben des BMF vom 17.11.2017 samt Beilagen und vom 9.8.2018 hinsichtlich Unionsrechtskonformität.

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

Anlässlich einer Kontrolle der Finanzpolizei am 6. Februar 2019 im Lokal „K“ in S wurden insgesamt 12 Glücksspielgeräte beschlagnahmt. Sowohl diese Beschlagnahme als auch ein dazugehöriges Verwaltungsstrafverfahren und die Einziehung dieser Geräte sind in der Zwischenzeit in Rechtskraft erwachsen.

Unmittelbar vor Beginn der gegenständlichen finanzpolizeilichen Kontrolle am 7. Februar 2019 im selben Lokal wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte betriebsbereit vorgefunden, fünf davon wurden von Gästen bespielt. Dies wurde auch durch Fotoaufnahmen und Zeugeneinvernahmen bestätigt. Zudem wurden die Personalia einiger dieser Spieler aufgenommen. Damit ist belegt, dass nach der Kontrolle und dem Abtransport der 12 Geräte aus der Kontrolle vom Vortag, diese sofort durch die 6 gegenständlichen Geräte ersetzt wurden. Die Bf ist sowohl Eigentümerin und als Lokalbetreiberin (Zusatz vom 27.6.2017 zum Mietvertrag vom 25.7.2014) auch Inhaberin der Geräte, welche am Tag der Kontrolle am 7. Februar 2019 im verfahrensgegenständlichen Lokal in einem öffentlich zugänglichen Bereich eingeschaltet aufgestellt und dort kurz vor Beginn der finanzpolizeilichen Kontrolle für Kunden zur Nutzung bereit gehalten und betrieben wurden, um damit nachhaltig und selbständig Einnahmen zu erzielen. Kurz nach Beginn der Kontrolle wurde die Stromverbindung zu den Geräten unterbrochen.
Zusätzlich liegen Ablichtungen von 10 Gutscheinen für die Walzenspielgeräte auf Rechnung der V s.r.o. vor, auf welchen jeweils Gewinne/Guthaben in der Höhe zwischen 15 und 230 Euro aufscheinen.

Auf den Geräten mit den Seriennummern 9020170100185, 9020170100177, 9020170100176, 9020170100184 und 9020170100179 konnten virtuelle Walzenspiele (u.a. „Ring of Fire“) gespielt werden. Dabei konnte nach Eingabe von Geld und Auswahl eines Spieleinsatzes die Auslösung von virtuellen Walzenspielen bewirkt werden, bei denen die am Bildschirm der Geräte dargestellten Symbole auf den virtuellen Walzen ausgetauscht oder in ihrer Lage verändert wurden,

sodass der optische Eindruck von rotierenden, senkrecht ablaufenden Walzen entstand. Dieser virtuelle „Walzenlauf“ kam nach kurzer Zeit zum Stillstand, wobei ein Vergleich der nach dem Ende des Walzenlaufes neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes ergab. Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen.
Hinsichtlich der Funktionalität dieser Geräte 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.

Beim Gerät mit der Seriennummer WE-342 konnten „Wetten“ auf den Ausgang von bereits in der Vergangenheit stattgefundenen Hunderennen abgeschlossen werden. Die Kunden konnten dabei lediglich einen Einsatzbetrag und ein oder mehrere vermutete Rennergebnisse auswählen und nach Eingabe von Geld eine „Wette“ darauf abschließen. Danach waren der in kurzen Abständen regelmäßig erfolgende Rennstart und das Rennereignis abzuwarten, wonach der Verlust des Einsatzes oder ein Gewinn feststand. Die Kunden hatten keinerlei Einfluss auf das Zustandekommen bestimmter Rennergebnisse.

Im Lokal wurden Einsätze an den Geräten geleistet und zudem von Kontrollorganen beobachtet, dass Gewinne ausbezahlt wurden. Dies wurde zusätzlich auch durch die Zeugenaussage einer Spielerin (Gast) in der mündlichen Verhandlung bestätigt. Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der V s.r.o., einer tschechischen Gesellschaft mit Sitz in P und Zweigniederlassung in Österreich, welche sowohl Eigentümerin und als Lokalbetreiberin auch Inhaberin der verfahrensgegenständlichen Geräte ist.

Seitens der Finanzpolizei erfolgten zwei gesonderte Anzeigen gegen den Bf als Inhaber (§ 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG) und als Eigentümer (§ 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG) der Geräte. Entsprechende Eigentumsnachweise sind Aktenbestandteil.

Sowohl die Beschlagnahme als auch die Einziehung und die darauffolgende Betriebsschließung zu bzw. nach der gegenständlichen Kontrolle am 7. Februar 2019 sind in der Zwischenzeit in Rechtskraft erwachsen.

Das vom Bf vertretene Unternehmen war nicht 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 dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige samt Aktenvermerk der Finanzpolizei, den deutlichen Fotos im Akt und den bisher gewonnenen Erfahrungen mit gleichartigen Geräten und Spielen. Sie gründen zudem auf den Aussagen von Frau P und Frau H in den Niederschriften vom 6. und 7. Februar 2019 und den glaubwürdigen Aussagen der Zeugen in der mündlichen Verhandlung.
Weiters wurde Einsicht genommen in die Unterlagen und rechtskräftigen Entscheidungen zu einer Kontrolle am 6. Februar 2019 im selben Lokal (siehe LVwG-413298, 413299 und 413375) sowie in die rechtskräftigen Beschlagnahme-, Einziehungs- und Betriebsschließungserkenntnisse zur/nach der gegenständlichen Kontrolle am 7. Februar 2019 (siehe LVwG-413300, 413301 und 413302).

Aus der vorliegenden Fotodokumentation kann bedenkenlos auf die weitgehende Gleichartigkeit aller vorhandenen Walzenspielgeräte FA-Nr. 1 - 5 geschlossen werden. Es handelte sich um Eingabeterminals auf denen sogenannte Skill-Games betrieben werden. Dass dies der Fall war, ergibt sich alleine aufgrund des Vorhandenseins sogenannter Miniaturwalzen, die bei sämtlichen Terminals vorhanden waren. Ebenso waren auf sämtlichen Terminals gerichtsbekannte virtuelle Walzenspiele verfügbar.
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 gerichtsbekannt, dass es sich bei den genannten Spielen um Walzenspiele im Sinne der Judikatur des VwGH handelt. Das Verwaltungsgericht hat sich in vielen anderen Verfahren mit Gutachten über die „Skill Games“ und deren Schlüssigkeit auseinandergesetzt, sodass diese und die Ergebnisse als gerichtsbekannt angesehen werden können (vgl. bspw. LVwG Oö. 24. März 2016, LVwG-411104). Es war daher auch kein weiteres Gutachten zur Funktionsweise der Geräte einzuholen.
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 schon nach dem normalen (kurzen) Betätigen der Start-Taste von selbst erscheint und, wenn dies

einmal nicht der Fall ist, bei den Bespielungen im kleinen Walzenlauf (Halten der Start-Taste 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 Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass die Aufstellung von Geräten, an denen 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 diesen Geräten zu erzielen. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären.

Weiters sind im Verfahren auch keine Umstände hervorgekommen, dass die im Eigentum des vom Bf vertretenen Unternehmens stehenden Geräte nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wären.

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 und aus der Einvernahme einer Spielerin (Gast) in der mündlichen Verhandlung, an denen kein Grund zum Zweifeln besteht.

Dass das vom Bf vertretene Unternehmen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit den verfahrensgegenständlichen Geräten gewesen oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet. Ebenso ist eine solche der Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/ steuern/gluecksspiel-spielerschutz/in-oesterreich/gspg-konzessionaere.html nicht entnehmbar.
Dass die verfahrensgegenständlichen Geräte am Tattag betriebsbereit im verfahrensgegenständlichen Lokal aufgestellt waren, ergibt sich aus den Erhebungen der Finanzpolizei.

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 idF. BGBl. I Nr. 107/2017 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 Glücksspiel-automaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wieder-holung 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.

III.2. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den gegenständlichen Geräten 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 dieser Umstand sohin feststeht, kann eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben. Dies gilt auch für virtuelle Hunderennen (VwGH 27.2.2013, 2012/17/0352).

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.

Die V s.r.o., deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Bf ist, hat sich als Unternehmerin an diesen verbotenen Ausspielungen beteiligt, indem sie jene Geräte zur Verfügung gestellt hat, die am Tattag im gegenständlichen Lokal zur selbständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung aus der Durchführung von Glücksspielen betrieben wurden. Der objektive Tatbestand ist damit erfüllt. Dies hat der Bf gemäß § 9 VStG zu verantworten.

III.3. Seitens der Finanzpolizei erfolgten zwei gesonderte Anzeigen gegen den Bf als Inhabervertreter (§ 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG) und als Eigentümervertreter (§ 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG) der gegenständlichen Geräte.

Der Bf wurde mit Erkenntnis der belangten Behörde vom 14. Jänner 2020, Zl. VStV/919300305908/2019, wegen Zugänglichmachung (Inhabereigenschaft) der Geräte bestraft. Dieses Erkenntnis wurde vonseiten des Landesverwaltungsgerichts hinsichtlich der Schuld bestätigt (siehe LVwG-413650).

Gemäß § 2 Abs. 1 Z 1 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele, die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht. Dem gegenüber definiert der § 2 Abs. 2 letzter Satz GSpG eine Art Auffangtatbestand der Unternehmereigenschaft auch für an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen - auch wenn sie nur Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen erbringen -, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind. Der Gesetzgeber bringt damit zum Ausdruck, dass daher das Zugänglichmachen (§ 2 Abs. 1 Z 1 GSpG) als speziellerer Tatbestand gegenüber der sonstigen Beteiligung (§ 2 Abs. 2 letzter Satz GSpG) anzusehen ist.
Infolge der vorliegenden Scheinkonkurrenz ist daher § 22 VStG nicht anzuwenden, da es sonst zu einer Doppelbestrafung kommen würde.

Der Bf hat – rechtskräftig bestraft - den Tatbestand des Spezialdelikts des § 52 Abs. 1 Z 1 dritte Alternative GSpG („unternehmerisches Zugänglichmachen“) erfüllt, sodass die (hier gegenständliche) gleichzeitige Bestrafung wegen einer Übertretung des Auffangtatbestandes des § 52 Abs. 1 Z 1 vierte Alternative GSpG („unternehmerische Beteiligung“) ausscheidet, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

Bei diesem Ergebnis erübrigt sich ein Eingehen auf die weiteren Vorbringen des Vertreters des Bf.

III.4. Der Bf hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht noch vor der belangten Behörde zu tragen (§ 64 VStG, § 52 Abs. 8 VwGVG).

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. Es handelt sich um eine Entscheidung im Einzelfall anhand der besonderen Fallkonstellation. Die Entscheidung weicht nicht von der Rsp des VwGH zur grundsätzlichen Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Weiters ist die 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.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt