

TE Lvwg Erkenntnis 2016/4/30 VGW-002/032/194/2016

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.04.2016

Entscheidungsdatum

30.04.2016

Index

19/05 Menschenrechte

34 Monopole

24/01 Strafgesetzbuch

40/01 Verwaltungsverfahren

Norm

EMRK Art. 7

GSpG §2

GSpG §4

GSpG §52 Abs1

GSpG §52 Abs2

GSpG §52 Abs3

StGB §168

VStG §1 Abs1

VStG §1 Abs2

1. EMRK Art. 7 heute
2. EMRK Art. 7 gültig ab 01.05.2004
1. GSpG § 2 heute
2. GSpG § 2 gültig ab 01.01.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
3. GSpG § 2 gültig von 19.08.2010 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 73/2010
4. GSpG § 2 gültig von 20.07.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 54/2010
5. GSpG § 2 gültig von 01.10.1997 bis 19.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 69/1997
6. GSpG § 2 gültig von 01.01.1997 bis 30.09.1997 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 747/1996
7. GSpG § 2 gültig von 01.01.1990 bis 31.12.1996
1. GSpG § 4 heute
2. GSpG § 4 gültig ab 01.01.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
3. GSpG § 4 gültig von 19.08.2010 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 73/2010
4. GSpG § 4 gültig von 20.07.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 54/2010
5. GSpG § 4 gültig von 01.01.2002 bis 19.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 59/2001

6. GSpG § 4 gültig von 01.01.1997 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 747/1996
7. GSpG § 4 gültig von 01.01.1992 bis 31.12.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 344/1991
8. GSpG § 4 gültig von 01.01.1990 bis 31.12.1991

1. GSpG § 52 heute
2. GSpG § 52 gültig ab 01.01.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
3. GSpG § 52 gültig von 23.07.2019 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2019
4. GSpG § 52 gültig von 01.01.2017 bis 22.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 118/2016
5. GSpG § 52 gültig von 30.12.2014 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 105/2014
6. GSpG § 52 gültig von 01.03.2014 bis 29.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 13/2014
7. GSpG § 52 gültig von 01.07.2013 bis 28.02.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2013
8. GSpG § 52 gültig von 01.01.2013 bis 30.06.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2012
9. GSpG § 52 gültig von 31.12.2010 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2010
10. GSpG § 52 gültig von 19.08.2010 bis 30.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 73/2010
11. GSpG § 52 gültig von 20.07.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 54/2010
12. GSpG § 52 gültig von 01.01.2009 bis 19.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2008
13. GSpG § 52 gültig von 27.08.2008 bis 31.12.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2008
14. GSpG § 52 gültig von 20.12.2003 bis 26.08.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 125/2003
15. GSpG § 52 gültig von 15.06.2003 bis 19.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2003
16. GSpG § 52 gültig von 01.01.2002 bis 14.06.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 59/2001
17. GSpG § 52 gültig von 01.11.1993 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 695/1993
18. GSpG § 52 gültig von 01.04.1991 bis 31.10.1993 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 344/1991
19. GSpG § 52 gültig von 01.01.1990 bis 31.03.1991

1. GSpG § 52 heute
2. GSpG § 52 gültig ab 01.01.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
3. GSpG § 52 gültig von 23.07.2019 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2019
4. GSpG § 52 gültig von 01.01.2017 bis 22.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 118/2016
5. GSpG § 52 gültig von 30.12.2014 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 105/2014
6. GSpG § 52 gültig von 01.03.2014 bis 29.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 13/2014
7. GSpG § 52 gültig von 01.07.2013 bis 28.02.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2013
8. GSpG § 52 gültig von 01.01.2013 bis 30.06.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2012
9. GSpG § 52 gültig von 31.12.2010 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2010
10. GSpG § 52 gültig von 19.08.2010 bis 30.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 73/2010
11. GSpG § 52 gültig von 20.07.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 54/2010
12. GSpG § 52 gültig von 01.01.2009 bis 19.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2008
13. GSpG § 52 gültig von 27.08.2008 bis 31.12.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2008
14. GSpG § 52 gültig von 20.12.2003 bis 26.08.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 125/2003
15. GSpG § 52 gültig von 15.06.2003 bis 19.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2003
16. GSpG § 52 gültig von 01.01.2002 bis 14.06.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 59/2001
17. GSpG § 52 gültig von 01.11.1993 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 695/1993
18. GSpG § 52 gültig von 01.04.1991 bis 31.10.1993 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 344/1991
19. GSpG § 52 gültig von 01.01.1990 bis 31.03.1991

1. GSpG § 52 heute
2. GSpG § 52 gültig ab 01.01.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 104/2019
3. GSpG § 52 gültig von 23.07.2019 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 62/2019
4. GSpG § 52 gültig von 01.01.2017 bis 22.07.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 118/2016
5. GSpG § 52 gültig von 30.12.2014 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 105/2014
6. GSpG § 52 gültig von 01.03.2014 bis 29.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 13/2014
7. GSpG § 52 gültig von 01.07.2013 bis 28.02.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 70/2013
8. GSpG § 52 gültig von 01.01.2013 bis 30.06.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 112/2012
9. GSpG § 52 gültig von 31.12.2010 bis 31.12.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2010

10. GSpG § 52 gültig von 19.08.2010 bis 30.12.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 73/2010
11. GSpG § 52 gültig von 20.07.2010 bis 18.08.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 54/2010
12. GSpG § 52 gültig von 01.01.2009 bis 19.07.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2008
13. GSpG § 52 gültig von 27.08.2008 bis 31.12.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2008
14. GSpG § 52 gültig von 20.12.2003 bis 26.08.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 125/2003
15. GSpG § 52 gültig von 15.06.2003 bis 19.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 35/2003
16. GSpG § 52 gültig von 01.01.2002 bis 14.06.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 59/2001
17. GSpG § 52 gültig von 01.11.1993 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 695/1993
18. GSpG § 52 gültig von 01.04.1991 bis 31.10.1993 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 344/1991
19. GSpG § 52 gültig von 01.01.1990 bis 31.03.1991

1. StGB § 168 heute

2. StGB § 168 gültig ab 01.01.1975

1. VStG § 1 heute

2. VStG § 1 gültig ab 01.03.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013

3. VStG § 1 gültig von 01.02.1991 bis 28.02.2013

1. VStG § 1 heute

2. VStG § 1 gültig ab 01.03.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013

3. VStG § 1 gültig von 01.02.1991 bis 28.02.2013

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Pühringer über die Beschwerde des Finanzamts für den ... Bezirk gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Wien vom 23. November 2015, Zl. S-174.575/WV/2013, mit welchem gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 iVm § 45 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz – VStG von der Einleitung oder Fortführung des Strafverfahrens gegen D. K., vertreten durch Rechtsanwaltspartnerschaft KG, abgesehen wurde, nach mündlicher Verhandlung am 21. März 2016 und am 28. April 2016 Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Pühringer über die Beschwerde des Finanzamts für den ... Bezirk gegen den Bescheid der Landespolizeidirektion Wien vom 23. November 2015, Zl. S-174.575/WV/2013, mit welchem gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 45, Absatz 2, Verwaltungsstrafgesetz – VStG von der Einleitung oder Fortführung des Strafverfahrens gegen D. K., vertreten durch Rechtsanwaltspartnerschaft KG, abgesehen wurde, nach mündlicher Verhandlung am 21. März 2016 und am 28. April 2016

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 VwGGV wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen. römisch eins. Gemäß Paragraph 50, VwGGV wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Abs. 1 VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig. römisch zwei. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

I. römisch eins.

Verfahrensgang

1. Mit Anzeige vom 11. Juli 2013 beantragte das beschwerdeführende Finanzamt bei der belangten Behörde die Bestrafung des D. K. wegen des unternehmerisch zugänglich Machens verbotener Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 3. Fall GSpG; dies auf Grund des Betriebs eines Glücksspielgeräts in dem vom Beschuldigten geführten Lokal "B." im Zeitraum vom 1. Juni 2013 bis zum 25. Juni 2013. 1. Mit Anzeige vom 11. Juli 2013 beantragte das beschwerdeführende Finanzamt bei der belangten Behörde die Bestrafung des D. K. wegen des unternehmerisch zugänglich Machens verbotener Ausspielungen iSd Paragraph 2, Absatz 4, GSpG gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, 3. Fall GSpG; dies auf Grund des Betriebs eines Glücksspielgeräts in dem vom Beschuldigten geführten Lokal "B." im Zeitraum vom 1. Juni 2013 bis zum 25. Juni 2013.

2. Mit Aufforderung zur Rechtfertigung vom 3. Oktober 2013 konfrontierte die belangte Behörde den Beschuldigten mit dem angezeigten Tatvorwurf.

3. In seiner Rechtfertigung vom 21. Oktober 2013 wendete der Beschuldigte – unter anderem – ein, die belangte Behörde sei für die Strafverfolgung unzuständig, weil auf dem Gerät Spieleinsätze von über € 10,— getätigt werden könnten, weshalb die Strafgerichte für die Verfolgung zuständig seien.

4. Daraufhin übermittelte die belangte Behörde eine Sachverhaltsdarstellung an die Staatsanwaltschaft Wien und setzte das gegen D. K. geführte Verwaltungsstrafverfahren mit Bescheid vom 18. November 2013 aus.

5. Mit undatiertem Schreiben teilte die Staatsanwaltschaft Wien mit, dass die Strafsache gegen D. K. wegen § 168 StGB am 15. September 2015 gemäß § 190 Z 1 StPO eingestellt worden sei. 5. Mit undatiertem Schreiben teilte die Staatsanwaltschaft Wien mit, dass die Strafsache gegen D. K. wegen Paragraph 168, StGB am 15. September 2015 gemäß Paragraph 190, Ziffer eins, StPO eingestellt worden sei.

6. Mit dem angefochtenen Bescheid vom 23. November 2015 sah die belangte Behörde von der Einleitung oder Fortführung des gegen D. K. geführten Verwaltungsstrafverfahrens gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 iVm § 45 Abs. 2 VStG ab und führte in der Begründung im Wesentlichen Folgendes aus: 6. Mit dem angefochtenen Bescheid vom 23. November 2015 sah die belangte Behörde von der Einleitung oder Fortführung des gegen D. K. geführten Verwaltungsstrafverfahrens gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 45, Absatz 2, VStG ab und führte in der Begründung im Wesentlichen Folgendes aus:

"Im Zuge der Erhebungen wurde festgestellt, dass es sich jedoch um eine Übertretung gemäß § 168 Abs. 1 StGB handelt und es wurde am 13.09.2013 eine Anzeige an die Staatsanwaltschaft Wien erstattet und am 18.11.2015 das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 30 Abs. 2 VStG ausgesetzt." "Im Zuge der Erhebungen wurde festgestellt, dass es sich jedoch um eine Übertretung gemäß Paragraph 168, Absatz eins, StGB handelt und es wurde am 13.09.2013 eine Anzeige an die Staatsanwaltschaft Wien erstattet und am 18.11.2015 das Verwaltungsstrafverfahren gemäß Paragraph 30, Absatz 2, VStG ausgesetzt.

Das Verfahren wurde jedoch am 15.09.2015 von der Staatsanwaltschaft Wien gemäß § 190 Z 1 StPO eingestellt und daher ist gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen. Das Verfahren wurde jedoch am 15.09.2015 von der Staatsanwaltschaft Wien gemäß Paragraph 190, Ziffer eins, StPO eingestellt und daher ist gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer eins, VStG von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen.

Gemäß § 45 Abs. 2 VStG hat die Behörde die Einstellung mit Aktenvermerk zu verfügen, es sei denn, dass einer Partei Beschwerde gegen die Einstellung zusteht. Gemäß Paragraph 45, Absatz 2, VStG hat die Behörde die Einstellung mit Aktenvermerk zu verfügen, es sei denn, dass einer Partei Beschwerde gegen die Einstellung zusteht.

Es war daher von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens gemäß §§ 2 Abs. 4, 52 Abs. 1 Z 1 (3. Tatbild) GSpG. abzusehen. "Es war daher von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens gemäß Paragraphen 2, Absatz 4, 52, Absatz eins, Ziffer eins, (3. Tatbild) GSpG. abzusehen."

7. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vom gemäß § 50 Abs. 5 GSpG im Verwaltungsstrafverfahren Parteistellung genießenden Finanzamt erhobene – rechtzeitige – Beschwerde, mit welchem die Behebung des angefochtenen Bescheids und die Verhängung einer Strafe gegen D. K. begehrt wird. In der Begründung der Beschwerde führte das Finanzamt aus, mit dem verfahrensgegenständlichen Glücksspielgerät seien lediglich Einsätze bis € 10,— spielbar gewesen, wie der Dokumentation im Akt zweifelsfrei entnommen werden könne. Die belangte Behörde hätte nach Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft selbständig ihre Zuständigkeit anhand der Höhe der spielbaren Einsätze beurteilen müssen. Im Übrigen sei auf Grund des am 1. März 2014 in Kraft getretenen § 52 Abs. 3 GSpG idFBGBl. I 13/2014 nunmehr die Subsidiarität des gerichtlichen Strafrechts gegenüber dem Verwaltungsstrafrecht angeordnet und in jedem Fall die Verwaltungsbehörde zuständig. 7. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vom gemäß Paragraph 50, Absatz 5, GSpG im Verwaltungsstrafverfahren Parteistellung genießenden Finanzamt erhobene – rechtzeitige – Beschwerde, mit welchem die Behebung des angefochtenen Bescheids und die Verhängung einer Strafe gegen D. K. begehrt wird. In der Begründung der Beschwerde führte das Finanzamt aus, mit dem verfahrensgegenständlichen Glücksspielgerät seien lediglich Einsätze bis € 10,— spielbar gewesen, wie der Dokumentation im Akt zweifelsfrei entnommen werden könne. Die belangte Behörde hätte nach Einstellung des

Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft selbständig ihre Zuständigkeit anhand der Höhe der spielbaren Einsätze beurteilen müssen. Im Übrigen sei auf Grund des am 1. März 2014 in Kraft getretenen Paragraph 52, Absatz 3, GSpG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 13 aus 2014, nunmehr die Subsidiarität des gerichtlichen Strafrechts gegenüber dem Verwaltungsstrafrecht angeordnet und in jedem Fall die Verwaltungsbehörde zuständig.

8. Die belangte Behörde traf keine Beschwerdevorentscheidung und legte die Beschwerde dem Verwaltungsgericht Wien samt der Akten des Verwaltungsverfahrens vor.

9. Der Beschuldigte erstattete auf Aufforderung des Verwaltungsgerichts Wien eine Stellungnahme, in welcher er auf sein bisheriges Vorbringen verwies und darüber hinaus Ausführungen zu einer behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes machte.

10. Am 10. Februar 2016 übermittelte das Verwaltungsgericht Wien in Hinblick auf die Beurteilung der Unionsrechtskonformität des Glücksspielgesetzes den Verfahrensparteien verschiedene Unterlagen zur Kenntnisnahme.

11. Am 8. März 2016 gab das beschwerdeführende Finanzamt eine weitere Stellungnahme ab und replizierte auf das Vorbringen des Beschuldigten.

12. Der Beschuldigte erstattete am 4. April 2016 eine Stellungnahme, in welcher er auf die Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes verwies und beantragte, das gegenständliche Verfahren "bis zur Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Union in der Rechtssache C-390/12 bis zu deren endgültigen Entscheidung in der Sache selbst zu unterbrechen".

13. Das Verwaltungsgericht Wien führte am 21. März 2016 und am 28. April 2016 eine mündliche Verhandlung durch, in welcher P. R. und die Kontrollorgane der Finanzpolizei Ha. H. und Da. Dj. als Zeugen einvernommen wurden.

II.römisch zwei.

Sachverhalt

1. Das Verwaltungsgericht Wien legt seiner Entscheidung folgende Feststellungen zugrunde:

Am 25. Juni 2013 ab 10:50 Uhr fand im Lokal "B." eine Kontrolle der Finanzpolizei nach dem Glücksspielgesetz statt. Bei dieser Kontrolle wurde ein Gerät betriebsbereit und frei zugänglich vorgefunden, mit welchem Lokalkunden Geldeinsätze auf den Ausgang von Walzenspielen gegen einen in Aussicht gestellten Geldgewinn setzen konnten. Das Gerät wurde bei der Kontrolle wegen des Verdachts eines Eingriffs in das Glücksspielmonopol des Bundes vorläufig beschlagnahmt.

Auf dem Gerät waren 24 unterschiedliche Spiele spielbar, welche allesamt so abliefen, dass der Spieler durch Tastendruck ein rasches Rotieren virtueller Walzen mit verschiedenen Bildsymbolen auslöste, welche nach wenigen Momenten selbständig und ohne Einflussmöglichkeit des Spielers in einer zufälligen Position zum Stillstand kamen. Je nach Endposition der virtuellen Walzen und den dabei entstandenen Symbolkombinationen wurde ein Gewinn oder Verlust ausgewiesen. Das Gerät verfügte über einen Banknoteneinzug, mit welchem Guthaben auf das Gerät geladen werden konnte.

Bei der Kontrolle am 25. Juni 2013 wurde von den Kontrollorganen ausschließlich das Spiel "Sizzling Hot" gespielt. Bei diesem Spiel betrug der vom Spieler wählbare Höchsteinsatz € 10,— mit einem in Aussicht gestellten Höchstgewinn von € 10.000,—. Das Setzen des Einsatzes erfolgte über eine "Bet"-Taste, mit welcher der jeweilige Einsatz pro Spiel durch wiederholtes Drücken bis auf € 10,— pro Spiel gesteigert werden konnte. Das Spiel konnte entweder durch Drücken der Start-Taste oder durch Drücken der Automatik-Start-Taste ausgelöst werden. Beim Auslösen mit der Start-Taste bewegten sich die virtuellen Walzen wie im vorigen Absatz beschrieben, unmittelbar danach wurde der Gewinn oder Verlust ausgewiesen. Beim Auslösen mit der Automatik-Start-Taste drehten sich die virtuellen Walzen unmittelbar nach ihrem Stillstand ohne weiteres Zutun des Spielers erneut unter neuerlicher Abbuchung der gewählten Einsatzhöhe; dies solange, bis ein Gewinn ausgewiesen wurde oder das auf das Gerät geladene Guthaben aufgebraucht war.

Bei dem ebenfalls auf dem verfahrensgegenständlichen Gerät spielbaren Spiel "Always Hot" war der Höchsteinsatz durch wiederholtes Drücken der "Bet"-Taste bis auf € 20,— steigerbar, wobei zwischen € 10,— und € 20,— keine Einsatzhöhe wählbar war.

Bei allen Spielvarianten bestand die Möglichkeit für den Spieler, mittels einer "gamble"-Funktion ohne erneutes Setzen eines Einsatzes seinen eben erzielten Gewinn zu verdoppeln oder gänzlich zu verlieren, indem er auf den Ausgang eines weiteren Spiels mit nur zwei Ergebnisoptionen setzte.

Das Gerät war vom 1. Juni 2013 bis zum Beginn der Kontrolle am 25. Juni 2013 10:50 Uhr im Lokal "B." aufgestellt. Der Beschuldigte D. K. ist Inhaber und Betreiber des Lokals. Er hat das Gerät vom Geräteeigentümer W. zur Verfügung gestellt bekommen; es wurde der Abschluss eines Mietverhältnisses angedacht, wobei der Mietzins zum Zeitpunkt der Kontrolle am 25. Juni 2013 von den Verfahrensparteien noch nicht vereinbart worden war. Auch nach dem 25. Juni 2013 folgte keine Einigung über die wesentlichen Inhalte eines Mietverhältnisses.

Für das Gerät lag im Tatzeitraum keine Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz vor.

2. Diese Feststellungen ergeben sich aus folgender Beweiswürdigung:

Das Verwaltungsgericht Wien hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, Würdigung des Parteienvorbringens sowie Einvernahme des P. R. und der Kontrollorgane Ha. H. und Da. Dj. als Zeugen in der mündlichen Verhandlung am 28. April 2016.

Die Feststellungen zum Ablauf der Kontrolle am 25. Juni 2013 ergeben sich aus der im Verwaltungsakt enthaltenen unbedenklichen Dokumentation dieser Kontrolle. Unstrittig ist, dass der Spieler beim verfahrensgegenständlichen Gerät auf den Spielausgang keinen Einfluss nehmen konnte. Unstrittig ist auch die Funktion der Automatik-Start-Taste sowie, dass bei dem Spiel "Sizzling Hot" der Höchsteinsatz € 10,— betragen hat.

Hinsichtlich des von den Kontrollorganen bei der Kontrolle am 25. Juni 2013 nicht gespielten Spiels "Always Hot" hat der Zeuge R. in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien angegeben, dass dabei ein Höchsteinsatz von € 20,— geleistet werden konnte. Der Zeuge konnte als früherer Außendienstmitarbeiter des Geräteeigentümers für das Verwaltungsgericht Wien überzeugend die einzelnen Gerätefunktionen und insbesondere die möglichen leistbaren Einsätze darstellen. Wenngleich der Zeuge angegeben hat, eine Vielzahl von Geräten betreut zu haben, welche auf Grund verschiedener Gerätetypen unterschiedlich funktionierten, waren seine Angaben betreffend die Spielart "Always Hot" ausreichend detailliert und fundiert, um beim Verwaltungsgericht Wien den Eindruck zu erwecken, dass der Zeuge tatsächlich wahrheitsgemäße Angaben zur Funktion des verfahrensgegenständlichen Geräts machte. Seinen Angaben stehen im Übrigen keine anderslautenden Beweisergebnisse gegenüber, weil das Spiel "Always Hot" weder bei der Kontrolle am 25. Juni 2013, noch zu einem anderen Zeitpunkt von den Kontrollorganen der Finanzpolizei gespielt wurde.

Dem vom Finanzamt in der mündlichen Verhandlung gestellten Beweisantrag der Einschau in die Gerätebuchhaltung war in diesem Zusammenhang nicht zu folgen, weil eine solche Beweisaufnahme allenfalls belegen könnte, dass Einsätze mit über € 10,— pro Spiel auf dem Gerät tatsächlich geleistet wurden, nicht jedoch, dass Einsätze über € 10,— überhaupt nicht spielbar waren. Auch wenn die Gerätebuchhaltung lediglich Einsatzleistungen bis € 10,— aufweisen würde, gäbe dies keinen verlässlichen Aufschluss darüber, dass bei keinem der 24 spielbaren Spiele ein möglicher Höchsteinsatz von über € 10,— leistbar war. Ist ein Beweisantrag jedoch – ohne unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung – untauglich bzw. an sich nicht geeignet, über den beweis erheblichen Gegenstand einen Beweis zu liefern, ist er abzulehnen (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung VwGH 3.3.2016, Ro 2014/08/0020). Dem vom Finanzamt in der mündlichen Verhandlung gestellten Beweisantrag der Einschau in die Gerätebuchhaltung war in diesem Zusammenhang nicht zu folgen, weil eine solche Beweisaufnahme allenfalls belegen könnte, dass Einsätze mit über € 10,— pro Spiel auf dem Gerät tatsächlich geleistet wurden, nicht jedoch, dass Einsätze über € 10,— überhaupt nicht spielbar waren. Auch wenn die Gerätebuchhaltung lediglich Einsatzleistungen bis € 10,— aufweisen würde, gäbe dies keinen verlässlichen Aufschluss darüber, dass bei keinem der 24 spielbaren Spiele ein möglicher Höchsteinsatz von über € 10,— leistbar war. Ist ein Beweisantrag jedoch – ohne unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung – untauglich bzw. an sich nicht geeignet, über den beweis erheblichen Gegenstand einen Beweis zu liefern, ist er abzulehnen (vergleiche aus der ständigen Rechtsprechung VwGH 3.3.2016, Ro 2014/08/0020).

Die Inhaber- und Betreibereigenschaft des Beschuldigten hinsichtlich des "B." ergibt sich aus den eigenen Angaben des Beschuldigten und den damit übereinstimmenden Erhebungen im Verwaltungsakt. Die Feststellungen über die beabsichtigte Anmietung des verfahrensgegenständlichen Geräts von der Geräteeigentümerin W. ergeben sich aus dessen eigenen Angaben in der niederschriftlichen Einvernahme vom 5. Juli 2013.

Die Aufstelldauer des Geräts ist unstrittig und wurde vom Beschuldigten in seiner niederschriftlichen Einvernahme vom 5. Juli 2013 bestätigt.

Die fehlende Bewilligung für das Gerät nach dem Glücksspielgesetz steht außer Streit, die Aktenlage gibt auch keinen Hinweis darauf, dass eine solche Bewilligung vorgelegen ist.

III.römisch drei.

Rechtliche Beurteilung

1. Anzuwendende Rechtsvorschriften:

Gemäß § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl. 620/1989 idF BGBl. I 13/2014, ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt. Gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Glücksspielgesetz – GSpG, Bundesgesetzblatt 620 aus 1989, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 13 aus 2014,, ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

§ 2 GSpG, BGBl. 620/1989 idF BGBl. I 73/2010, lautet (auszugsweise): Paragraph 2, GSpG, Bundesgesetzblatt 620 aus 1989, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 73 aus 2010,, lautet (auszugsweise):

"Ausspielungen

§ 2. (1) Ausspielungen sind Glücksspiele, Paragraph 2, (1) Ausspielungen sind 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).

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

[...]

(3) Eine Ausspielung mit Glücksspielautomaten liegt vor, wenn die Entscheidung über das Spielergebnis nicht zentralseitig, sondern durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung im Glücksspielautomaten selbst erfolgt. Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, durch Verordnung bau- und spieltechnische Merkmale von Glücksspielautomaten näher zu regeln sowie Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten festzulegen. [...]

(4) Verbotene Ausspielungen 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." (4) Verbotene Ausspielungen sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß Paragraph 4, ausgenommen sind."

§ 4 Abs. 2 GSpG, BGBl. 620/1989 idF vor der GSpG-Novelle 2010, BGBl. I 73/2010, lautet: Paragraph 4, Absatz 2, GSpG, Bundesgesetzblatt 620 aus 1989, in der Fassung vor der GSpG-Novelle 2010, Bundesgesetzblatt Teil eins, 73 aus 2010,, lautet:

"Ausnahmen aus dem Glücksspielmonopol

§ 4. (1) [...] Paragraph 4, (1) [...]

(2) Ausspielungen mittels eines Glücksspielautomaten unterliegen nicht dem Glücksspielmonopol,

wenn

1. die vermögensrechtliche Leistung des Spielers den Betrag oder den Gegenwert von 0,50 Euro nicht übersteigt und

2. der Gewinn den Betrag oder den Gegenwert von 20 Euro nicht übersteigt."

Gemäß § 4 Abs. 2 GSpG idF der GSpG-Novelle 2010 unterliegen Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten nach Maßgabe des § 5 nicht dem Glücksspielmonopol des Bundes. Gemäß Paragraph 4, Absatz 2, GSpG in der Fassung der

GSpG-Novelle 2010 unterliegen Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten nach Maßgabe des Paragraph 5, nicht dem Glücksspielmonopol des Bundes.

§ 52 GSpG, BGBl. 620/1989 idF BGBl. I 105/2014, lautet (auszugsweise): Paragraph 52, GSpG, Bundesgesetzblatt 620 aus 1989, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 105 aus 2014,, lautet (auszugsweise):

"Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 52. (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60 000 Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22 000 Euro zu bestrafen, Paragraph 52, (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Ziffer eins, mit einer Geldstrafe von bis zu 60 000 Euro und in den Fällen der Ziffer 2 bis 11 mit bis zu 22 000 Euro zu bestrafen,

1. 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; 1. wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des Paragraph 2, Absatz 4, veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, daran beteiligt;

[...]

(2) Bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen ist 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. (2) Bei Übertretung des Absatz eins, Ziffer eins, mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen ist 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.

(3) 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. (3) Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach Paragraph 52, als auch der Tatbestand des Paragraph 168, StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des Paragraph 52, zu bestrafen.

[...]"

§ 52 GSpG, BGBl. 620/1989 idF vor der Novelle BGBl. I 13/2014, lautet (auszugsweise): Paragraph 52, GSpG, Bundesgesetzblatt 620 aus 1989, in der Fassung vor der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, 13 aus 2014,, lautet (auszugsweise):

"Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 52. (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 40 000 Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22 000 Euro zu bestrafen, Paragraph 52, (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Ziffer eins, mit einer Geldstrafe von bis zu 40 000 Euro und in den Fällen der Ziffer 2 bis 11 mit bis zu 22 000 Euro zu bestrafen,

1. 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; 1. wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des Paragraph 2, Absatz 4, veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des Paragraph 2, Absatz 2, daran beteiligt;

[...]

(2) Werden in Zusammenhang mit der Teilnahme an Ausspielungen vermögenswerte Leistungen für ein Spiel von über 10 Euro von Spielern oder anderen geleistet, so handelt es sich nicht mehr um geringe Beträge und tritt insoweit eine allfällige Strafbarkeit nach diesem Bundesgesetz hinter eine allfällige Strafbarkeit nach § 168 StGB zurück. Die

Befugnisse der Organe der öffentlichen Aufsicht gemäß § 50 Abs. 2 sowie die Befugnisse im Rahmen der behördlichen Sicherungsmaßnahmen nach §§ 53, 54 und 56a bleiben davon unberührt.⁽²⁾ Werden in Zusammenhang mit der Teilnahme an Ausspielungen vermögenswerte Leistungen für ein Spiel von über 10 Euro von Spielern oder anderen geleistet, so handelt es sich nicht mehr um geringe Beträge und tritt insoweit eine allfällige Strafbarkeit nach diesem Bundesgesetz hinter eine allfällige Strafbarkeit nach Paragraph 168, StGB zurück. Die Befugnisse der Organe der öffentlichen Aufsicht gemäß Paragraph 50, Absatz 2, sowie die Befugnisse im Rahmen der behördlichen Sicherungsmaßnahmen nach Paragraphen 53, 54 und 56 a bleiben davon unberührt.

[...]"

2. Im Beschwerdefall steht zunächst fest, dass mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät Glücksspiele veranstaltet wurden, weil der Spieler auf das Spielergebnis keinerlei Einfluss nehmen konnte und die Entscheidung über das Spielergebnis somit ausschließlich vom Zufall abhängig war (vgl. § 1 Abs. 1 GSpG). Es wurden Ausspielungen iSd § 2 Abs. 1 GSpG veranstaltet, weil der Betrieb unternehmerisch erfolgte, die Spieler einen Geldeinsatz erbrachten und dafür einen vermögenswerten Gewinn in Aussicht gestellt bekamen. Es handelte sich um verbotene Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, weil eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz für das Gerät nicht vorlag und auch keine Ausnahme vom Glücksspielmonopol des Bundes gegeben war.² Im Beschwerdefall steht zunächst fest, dass mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät Glücksspiele veranstaltet wurden, weil der Spieler auf das Spielergebnis keinerlei Einfluss nehmen konnte und die Entscheidung über das Spielergebnis somit ausschließlich vom Zufall abhängig war (vergleiche Paragraph eins, Absatz eins, GSpG). Es wurden Ausspielungen iSd Paragraph 2, Absatz eins, GSpG veranstaltet, weil der Betrieb unternehmerisch erfolgte, die Spieler einen Geldeinsatz erbrachten und dafür einen vermögenswerten Gewinn in Aussicht gestellt bekamen. Es handelte sich um verbotene Ausspielungen iSd Paragraph 2, Absatz 4, GSpG, weil eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz für das Gerät nicht vorlag und auch keine Ausnahme vom Glücksspielmonopol des Bundes gegeben war.

In Hinblick auf den von der belangten Behörde herangezogenen Einstellungsgrund ist jedoch zu klären, ob die Verwaltungsbehörden für die Strafverfolgung eines solchen Verstoßes, wie er dem Beschuldigten angelastet wird, überhaupt zuständig sind.

3. Die Abgrenzung der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden für die Verfolgung von Übertretungen des § 52 Abs. 1 GSpG war bis zur Novelle BGBl. I 13/2014 in § 52 Abs. 2 GSpG über die Höhe des bei den Ausspielungen möglichen leistbaren Einsatzes geregelt (vgl. dazu die ständige Rechtsprechung des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofs, wonach bei möglichen Einsätzen über € 10,— eine Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden für die Verfolgung gänzlich ausschied, zB VfGH 13.6.2013, B 422/2013; VwGH 23.7.2013, 2012/17/0249).³ Die Abgrenzung der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden für die Verfolgung von Übertretungen des Paragraph 52, Absatz eins, GSpG war bis zur Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, 13 aus 2014, in Paragraph 52, Absatz 2, GSpG über die Höhe des bei den Ausspielungen möglichen leistbaren Einsatzes geregelt (vergleiche dazu die ständige Rechtsprechung des Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshofs, wonach bei möglichen Einsätzen über € 10,— eine Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden für die Verfolgung gänzlich ausschied, zB VfGH 13.6.2013, B 422 aus 2013; VwGH 23.7.2013, 2012/17/0249).

Seit Inkrafttreten der Novelle BGBl. I 13/2014 ist in § 52 Abs. 3 GSpG eine umfassende Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und die Subsidiarität des gerichtlichen Strafrechts angeordnet; die Wertgrenze der Höchsteinsätze spielt daher keine Bedeutung mehr (vgl. zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit dieser umgekehrten Subsidiarität VfGH 10.3.2015, G 203/2014 ua). Der dem Beschuldigten angelastete Tatzeitraum hat sich vor Inkrafttreten der Novelle BGBl. I 13/2014 ereignet. Im Beschwerdefall stellt sich daher die Frage, ob vom Verwaltungsgericht Wien die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und damit auch des Verwaltungsgerichts für die Verfolgung einer Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl. I 13/2014 zu beurteilen ist oder ob § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl. I 13/2014 auch auf Sachverhalte anzuwenden ist, die sich vor Inkrafttreten dieser Bestimmung mit 1. März 2014 zugetragen haben. Seit Inkrafttreten der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, 13 aus 2014, ist in Paragraph 52, Absatz 3, GSpG eine umfassende Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und die Subsidiarität des gerichtlichen Strafrechts angeordnet; die Wertgrenze der Höchsteinsätze spielt daher keine Bedeutung mehr (vergleiche zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit dieser umgekehrten Subsidiarität VfGH 10.3.2015, G 203 aus 2014, ua). Der dem Beschuldigten angelastete Tatzeitraum hat sich vor Inkrafttreten der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, 13 aus 2014, ereignet. Im Beschwerdefall stellt sich

daher die Frage, ob vom Verwaltungsgericht Wien die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden und damit auch des Verwaltungsgerichts für die Verfolgung einer Übertretung des Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, GSpG nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des Paragraph 52, Absatz 3, GSpG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 13 aus 2014, zu beurteilen ist oder ob Paragraph 52, Absatz 3, GSpG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 13 aus 2014, auch auf Sachverhalte anzuwenden ist, die sich vor Inkrafttreten dieser Bestimmung mit 1. März 2014 zugetragen haben.

Zu dieser Frage besteht eine Judikaturdivergenz der beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts. So hat der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 10. März 2015, E 1139/2014 ua., ausgesprochen, dass die Anwendung der Verwaltungsstrafbestimmung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, welche im Gegensatz zur gerichtlichen Strafnorm des § 168 StGB keine Primärfreiheitsstrafe vorsieht, für den Beschuldigten in seiner Gesamtauswirkung günstiger ist, weshalb gemäß § 1 Abs. 2 VStG in einer den Anforderungen des Art. 7 EMRK entsprechenden Auslegung erfordert, dass § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl. I 13/2014 auch auf Sachverhalte anzuwenden ist, die sich vor dem 1. März 2014 ereignet haben. Zu dieser Frage besteht eine Judikaturdivergenz der beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts. So hat der Verfassungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 10. März 2015, E 1139 aus 2014, ua., ausgesprochen, dass die Anwendung der Verwaltungsstrafbestimmung des Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, GSpG, welche im Gegensatz zur gerichtlichen Strafnorm des Paragraph 168, StGB keine Primärfreiheitsstrafe vorsieht, für den Beschuldigten in seiner Gesamtauswirkung günstiger ist, weshalb gemäß Paragraph eins, Absatz 2, VStG in einer den Anforderungen des Artikel 7, EMRK entsprechenden Auslegung erfordert, dass Paragraph 52, Absatz 3, GSpG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 13 aus 2014, auch auf Sachverhalte anzuwenden ist, die sich vor dem 1. März 2014 ereignet haben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat hingegen im Erkenntnis vom 20. Jänner 2016, Ra 2015/17/0068, ausgeführt, dass in einer solchen Konstellation die Anwendung des in § 1 Abs. 2 VStG geregelten Günstigkeitsprinzips nicht in Betracht kommt, weil die Tat zum Zeitpunkt ihrer Begehung nicht mit Verwaltungsstrafe bedroht war. Wenn "eine Bestrafung schon unter Anwendung einer einfachgesetzlichen Bestimmung (§ 1 Abs 1 VStG) ausgeschlossen" ist, "bleibt für Überlegungen einer (milderen) Bestrafung auf Grund verfassungs- oder unionsrechtlicher Erwägungen kein Raum" (vgl. auch VwGH 10.2.2016, Ra 2015/17/0080, und 16.3.2016, Ro 2015/17/0022). Der Verwaltungsgerichtshof hat hingegen im Erkenntnis vom 20. Jänner 2016, Ra 2015/17/0068, ausgeführt, dass in einer solchen Konstellation die Anwendung des in Paragraph eins, Absatz 2, VStG geregelten Günstigkeitsprinzips nicht in Betracht kommt, weil die Tat zum Zeitpunkt ihrer Begehung nicht mit Verwaltungsstrafe bedroht war. Wenn "eine Bestrafung schon unter Anwendung einer einfachgesetzlichen Bestimmung (Paragraph eins, Absatz eins, VStG) ausgeschlossen" ist, "bleibt für Überlegungen einer (milderen) Bestrafung auf Grund verfassungs- oder unionsrechtlicher Erwägungen kein Raum" vergleiche auch VwGH 10.2.2016, Ra 2015/17/0080, und 16.3.2016, Ro 2015/17/0022).

Das Verwaltungsgericht Wien schließt sich der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichtshofs an und geht folglich davon aus, dass eine Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden für die Verfolgung der dem Beschuldigten angelasteten Tat dann nicht gegeben war, wenn mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät Glücksspiele mit einem leistbaren Höchsteinsatz von über € 10,— veranstaltet wurden. Ob eine solche verwaltungsbehördliche Zuständigkeit besteht, ist vom Verwaltungsgericht auch dann zu prüfen, wenn die Staatsanwaltschaft ein gerichtliches Strafverfahren eingestellt hat (vgl. VwGH 24.2.2014, 2013/17/0174). Das Verwaltungsgericht Wien schließt sich der Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichtshofs an und geht folglich davon aus, dass eine Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden für die Verfolgung der dem Beschuldigten angelasteten Tat dann nicht gegeben war, wenn mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät Glücksspiele mit einem leistbaren Höchsteinsatz von über € 10,— veranstaltet wurden. Ob eine solche verwaltungsbehördliche Zuständigkeit besteht, ist vom Verwaltungsgericht auch dann zu prüfen, wenn die Staatsanwaltschaft ein gerichtliches Strafverfahren eingestellt hat vergleiche VwGH 24.2.2014, 2013/17/0174).

4. Auf Grund der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren getroffenen Feststellungen steht fest, dass auf einem der mit dem Gerät spielbaren Spiele ("Always Hot") Einsätze von € 20,— pro Spiel geleistet werden konnten. Darüber hinaus wies das Gerät bei allen Spielarten die Funktion auf, durch Drücken einer Automatik-Start-Taste innerhalb kürzester Zeit mehrere Walzenläufe automatisiert und ohne weitere Eingabe des Spielers ablaufen zu lassen, wobei bei jedem Walzenlauf der gewählte Einsatzbetrag (maximal € 10,— bei den anderen Spielarten) vom Guthaben abgebucht wurde. Ein Spieleinsatz von weit über € 10,— konnte somit vom Spieler durch einen einzigen Tastendruck innerhalb weniger Sekunden verspielt werden. Der Spieler wurde durch diese Rahmenbedingungen geradezu dazu verleitet, dass

die Summe der von ihm im Verlauf einer ganzen Spielveranstaltung eingesetzten Vermögenswerte mehr als € 10,— ausmachte (vgl. zu solchen "Serienspielen" VwGH 7.10.2013, 2013/17/0350, mwN).4. Auf Grund der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren getroffenen Feststellungen steht fest, dass auf einem der mit dem Gerät spielbaren Spiele ("Always Hot") Einsätze von € 20,— pro Spiel geleistet werden konnten. Darüber hinaus wies das Gerät bei allen Spielarten die Funktion auf, durch Drücken einer Automatik-Start-Taste innerhalb kürzester Zeit mehrere Walzenläufe automatisiert und ohne weitere Eingabe des Spielers ablaufen zu lassen, wobei bei jedem Walzenlauf der gewählte Einsatzbetrag (maximal € 10,— bei den anderen Spielarten) vom Guthaben abgebucht wurde. Ein Spieleinsatz von weit über € 10,— konnte somit vom Spieler durch einen einzigen Tastendruck innerhalb weniger Sekunden verspielt werden. Der Spieler wurde durch diese Rahmenbedingungen geradezu dazu verleitet, dass die Summe der von ihm im Verlauf einer ganzen Spielveranstaltung eingesetzten Vermögenswerte mehr als € 10,— ausmachte vergleiche zu solchen "Serienspielen" VwGH 7.10.2013, 2013/17/0350, mwN).

Vor diesem Hintergrund bleibt für die dem Beschuldigten angelastete Verfolgung einer Übertretung des§ 52 Abs. 1 Z 1 GSpG durch eine Verwaltungsbehörde kein Raum. Die Einstellung des gegen den Beschuldigten geführten Verwaltungsstrafverfahrens durch die belangte Behörde erfolgte daher zu Recht.Vor diesem Hintergrund bleibt für die dem Beschuldigten angelastete Verfolgung einer Übertretung des Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, GSpG durch eine Verwaltungsbehörde kein Raum. Die Einstellung des gegen den Beschuldigten geführten Verwaltungsstrafverfahrens durch die belangte Behörde erfolgte daher zu Recht.

5. Die vom Finanzamt erhobene Beschwerde gegen die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens ist somit abzuweisen.

6. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da im Beschwerdefall keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung – insbesondere hinsichtlich der Frage der Abgrenzung der verwaltungsbehördlichen von der strafgerichtlichen Zuständigkeit sowie hinsichtlich der Annahme von Serienspielen – von der bisherigen zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.6. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da im Beschwerdefall keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung – insbesondere hinsichtlich der Frage der Abgrenzung der verwaltungsbehördlichen von der strafgerichtlichen Zuständigkeit sowie hinsichtlich der Annahme von Serienspielen – von der bisherigen zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Zuständigkeit, Verwaltungsbehörde, gerichtliches Strafrecht, Subsidiarität, Novelle, Verwaltungsstrafrecht, Judikaturdivergenz, Günstigkeitsprinzip, Glücksspiel, Wertgrenze, Höchsteinsatz, Amtsbeschwerde

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2016:VGW.002.032.194.2016

Zuletzt aktualisiert am

09.06.2016

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>