

TE Lvwg Erkenntnis 2014/6/26 VGW-001/007/5738/2014

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.06.2014

Entscheidungsdatum

26.06.2014

Index

34 Monopole

24/01 Strafgesetzbuch

40/01 Verwaltungsverfahren

Norm

GSpG §2 Abs4

GSpG §52 Abs1

StGB §168

VStG §22 Abs1

VStG §45 Abs1 Z1

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 § 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 § 22 heute
2. VStG § 22 gültig ab 01.03.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VStG § 22 gültig von 01.02.1991 bis 28.02.2013

1. VStG § 45 heute
2. VStG § 45 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VStG § 45 gültig von 01.07.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. VStG § 45 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.2013

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Obransky über die Berufung des Herrn P. gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Wien, Landeskriminalamt Wien, Referat 2, Wirtschaftspolizeiliche Angelegenheiten und Vermögenssicherung vom 24.05.2013, Zl. S 76432/WV/2013, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß §§ 2 Abs. 4, 52 Abs. 1 Zi. 1 (3. Fall) GSpG, Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Obransky über die Berufung des Herrn P. gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Wien, Landeskriminalamt Wien, Referat 2, Wirtschaftspolizeiliche Angelegenheiten und Vermögenssicherung vom 24.05.2013, Zl. S 76432/WV/2013, wegen einer Verwaltungsübertretung gemäß Paragraphen 2, Absatz 4, 52, Absatz eins, Zi. 1 (3. Fall) GSpG,

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z. 1 VStG eingestellt.römisch eins. Gemäß Paragraph 50, VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß Paragraph 45, Absatz eins, Ziffer eins, VStG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.römisch zwei. Gemäß Paragraph 52, Absatz 8, VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

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

Entscheidungsgründe

Der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses lautet wie folgt:

„Sie haben als Betreiber (und somit als Unternehmer) des in Wien, B.-Straße, etablierten Lokales B., zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG unternehmerisch zugänglich gemacht, indem Sie es gestatteten, dass in der Zeit von 03.04.2013 bis 04.04.2013 um 10:45 Uhr, in den von Ihnen betriebenen Räumlichkeiten 1 Glücksspielgerät:„Sie haben als Betreiber (und somit als Unternehmer) des in Wien, B.-Straße, etablierten Lokales B., zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des Paragraph 2, Absatz 4, GSpG unternehmerisch zugänglich gemacht, indem Sie es gestatteten, dass in der Zeit von 03.04.2013 bis 04.04.2013 um 10:45 Uhr, in den von Ihnen betriebenen Räumlichkeiten 1 Glücksspielgerät:

1.) Marke/Type: K. ..., mit der Seriennummer ..., sowie 1 Geräteschlüssel,

voll funktionsfähig in betriebsbereitem Zustand aufgestellt worden war, um Glücksspiele in Form von Ausspielungen an diesem Gerät durchzuführen, obwohl eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und auch keine Ausnahme vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 GSpG gegeben war, wobei Sie auch dafür sorgten, dass das gegenständliche Glücksspielgerät den Spielern betriebsbereit zur Verfügung steht und den Spielern zum Spielen zugänglich gemacht wurde. voll funktionsfähig in betriebsbereitem Zustand aufgestellt worden war, um Glücksspiele in Form von Ausspielungen an diesem Gerät durchzuführen, obwohl eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und auch keine Ausnahme vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß Paragraph 4, GSpG gegeben war, wobei Sie auch dafür sorgten, dass das gegenständliche Glücksspielgerät den Spielern betriebsbereit zur Verfügung steht und den Spielern zum Spielen zugänglich gemacht wurde.

Bei dem Glücksspielgerät handelt es sich um ein Gerät mit Geldeinzugs- bzw. -einwurfsvorrichtungen, auf denen jeweils mehrere Spiele, darunter insbesondere virtuelle Walzenspiele wie „S.“ mit unterschiedlichen Einsatzhöhen und mit vorgeschaltetem Würfelspiel, gespielt werden können, der Spieler dabei nur die Möglichkeit hat die Einsatzhöhe pro Spiel festzulegen und nach Spielauslösung durch Drücken einer Starttaste (diese bewirkt ein Drehen der virtuellen Walzen bzw. ein virtuelles Austeilen der Pokerkarten) den Spielerfolg (das Ergebnis der Walzensymbole nach Stillstand der Walzen bzw. der virtuell ausgeteilten Pokerkarten) nicht gezielt selbst bestimmten kann.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§§ 2 Abs. 4, 52 Abs. 1 Z. 1 (3. Fall) Glücksspielgesetz Paragraphen 2, Absatz 4, 52, Absatz eins, Ziffer eins, (3. Fall) Glücksspielgesetz.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von 1.) € 1.000,-, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen gemäß §§ 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG.
Geldstrafe von 1.) € 1.000,-, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, GSpG.

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

1.) € 100,- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe [je einem Tag Freiheitsstrafe werden gleich 15,00 € angerechnet].

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 1.100,-."

Der Beschwerdeführer rechtfertigt sich in seiner Beschwerde (vormals: Berufung) wie folgt:

„Gegen den Bescheid zu obiger GZ, vom 05.06.2013, zugestellt am 13.06.13, wird innerhalb offener Frist

BERUFUNG

wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung infolge Verletzung von

Verfahrensvorschriften und Mißachtung der EuGH-Judikatur erhoben.

ad 1)

Es besteht keine Rechtsgrundlage für eine Beschlagnahme, weil ein Eingriff in das Monopol des Bundes gar nicht vorliegt, wie der bekämpfte Bescheid zwar faktisch zugesteht (arg: das Spiel findet in der Steiermark statt), aber mit Bezugnahme auf eine verfehlt, weil rechtirrigerweise die Judikatur des EuGH mißachtende Entscheidung des VwGH. Der EuGH hat nämlich in der Rechtssache C-452/03 ausgesprochen:

Die Dienstleistung, die darin besteht, der Allgemeinheit gegen Entgelt die Benutzung von Geldspielautomaten zu ermöglichen, die in Spielhallen im Gebiet eines Mitgliedstaats auf gestellt sind, ist als Tätigkeit auf dem Gebiet der Unterhaltung oder ähnliche Tätigkeit im Sinne von Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe c erster Gedankenstrich der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten

über die Umsatzsteuern - Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage anzusehen, so dass der Ort dieser Leistungserbringung der Ort ist, an dem sie tatsächlich bewirkt wird. (Farbliche Hervorhebung durch den Bw)

Unterschriften.

La prestation de services consistant à permettre au public d'utiliser, contre rémunération, des machines à sous installées dans des salles de jeux établies sur le territoire d'un Etat membre doit être considérée comme l'une des activités de divertissement ou similaires au sens de l'article 9, paragraphe 2, sous c), premier tiret, de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Systeme commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme, en sorte que le lieu où cette prestation de services est située est l'endroit où elle est matériellement exécutée;

wobei der französische Originaltext der Entscheidung nur deshalb angeführt ist, um allfällige Interpretationsversuche des deutschen Textes, insbesondere des letzten Halbsatzes, mit Sicherheit auszuschließen (abgesehen davon, daß nur der französische Text authentisch ist).

Die angefochtene Entscheidung läßt mit dem VwGH darüber hinaus die Bestimmung des Art 4 B-VG außer Acht, wogegen die Entscheidung des EuGH sich anstandslos einfügt. Aufgrund der zitierten Entscheidung des EuGH steht zweifelsfrei fest, daß das Spiel in der Steiermark auf einem dort bewilligten Gerät stattfand (für das die Lustbarkeitsabgaben entrichtet wurden), sodaß jedenfalls die Übergangsbestimmung, wie vorgebracht, anzuwenden war und ist. Die angefochtene Entscheidung läßt mit dem VwGH darüber hinaus die Bestimmung des Artikel 4, B-VG außer Acht, wogegen die Entscheidung des EuGH sich anstandslos einfügt. Aufgrund der zitierten Entscheidung des EuGH steht zweifelsfrei fest, daß das Spiel in der Steiermark auf einem dort bewilligten Gerät stattfand (für das die Lustbarkeitsabgaben entrichtet wurden), sodaß jedenfalls die Übergangsbestimmung, wie vorgebracht, anzuwenden war und ist.

Gänzlich unbegründet blieb außerdem die Beschlagnahme "eines Geräteschlüssels", da nicht erkennbar ist, in welcher Form dieser als solcher (welcher?) geeignet ist, bzw. sein kann, einen Eingriff, wie es das Gesetz verlangt, zu bewirken.

Die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung ist gänzlich verfehlt, da sich § 39 VStG nur auf den Verfall bezieht, der jedoch ggst. unbeachtlich ist, da nicht Verfall, sondern Einziehung, in der bekämpften Entscheidung verfügt wird, welche Rechtsfigur den Verwaltungsverfahrensgesetzen allerdings gänzlich fremd ist. Die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung ist gänzlich verfehlt, da sich Paragraph 39, VStG nur auf den Verfall bezieht, der jedoch ggst. unbeachtlich ist, da nicht Verfall, sondern Einziehung, in der bekämpften Entscheidung verfügt wird, welche Rechtsfigur den Verwaltungsverfahrensgesetzen allerdings gänzlich fremd ist.

ad 2)

Auch diesem Ausspruch mangelt es an der Grundlage, weil - entgegen der Begründung - in keinsten Weise feststeht, daß mit den beschlagnahmten Objekten gegen Bestimmungen des GspG verstoßen wurde, womit ein rechtswidriger Eingriff in das Eigentum gem. Art 5 StGG, bzw. Art 1 1. ZP d EMRK erfolgt, was demgemäß gerügt wird. Auch diesem Ausspruch mangelt es an der Grundlage, weil - entgegen der Begründung - in keinsten Weise feststeht, daß mit den beschlagnahmten Objekten gegen Bestimmungen des GspG verstoßen wurde, womit ein rechtswidriger Eingriff in das Eigentum gem. Artikel 5, StGG, bzw. Artikel eins, 1. ZP d EMRK erfolgt, was demgemäß gerügt wird.

Abgesehen davon, daß der Verfall in § 52 Abs 3, nicht 4, wie im Bescheid angeführt, geregelt ist, findet diese Bestimmung lediglich dann Anwendung, wenn nicht die Einziehung vorgesehen ist; diese hat aber in § 54 leg. cit. gem. Abs 2 zur Voraussetzung, daß der Verstoß gegen Bestimmungen des GspG festgestellt wurde, was bislang nicht der Fall ist, sodaß die Einziehung (noch) nicht auszusprechen war. Dafür spricht auch die ausdrückliche Anordnung als "selbständiger Bescheid", was eine inhaltliche Unterscheidung zum gerichtlichen Strafrecht darstellt, da dort eine selbständige Anordnung gleicher Art dann vorgesehen ist, wenn niemand (bestimmter) verfolgt werden kann." Abgesehen davon, daß der Verfall in Paragraph 52, Absatz 3, nicht 4, wie im Bescheid angeführt, geregelt ist, findet diese Bestimmung lediglich dann Anwendung, wenn nicht die Einziehung vorgesehen ist; diese hat aber in Paragraph 54, leg. cit. gem. Absatz 2, zur Voraussetzung, daß der Verstoß gegen Bestimmungen des GspG festgestellt wurde, was bislang nicht der Fall ist, sodaß die Einziehung (noch) nicht auszusprechen war. Dafür spricht auch die

ausdrückliche Anordnung als "selbständiger Bescheid", was eine inhaltliche Unterscheidung zum gerichtlichen Strafrecht darstellt, da dort eine selbständige Anordnung gleicher Art dann vorgesehen ist, wenn niemand (bestimmter) verfolgt werden kann."

Dem gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahren liegt die Anzeige wegen des Verdachtes einer Übertretung gemäß § 52 Abs. 1 Z. 1 Glücksspielgesetz der Finanzpolizei zugrunde. Aus ihr geht im Wesentlichen folgender Sachverhalt hervor: Dem gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahren liegt die Anzeige wegen des Verdachtes einer Übertretung gemäß Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, Glücksspielgesetz der Finanzpolizei zugrunde. Aus ihr geht im Wesentlichen folgender Sachverhalt hervor:

„Bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2. GSpG durchgeführten Kontrolle am 04.04.2013, um 10:45, im Lokal mit der Bezeichnung B., in Wien, B.-Straße, Betreiber P., wurde folgendes Gerät betriebsbereit vorgefunden.“ Bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht im Sinne des Paragraph 50, Absatz 2, GSpG durchgeführten Kontrolle am 04.04.2013, um 10:45, im Lokal mit der Bezeichnung B., in Wien, B.-Straße, Betreiber P., wurde folgendes Gerät betriebsbereit vorgefunden.

Das Gerät wurde zur Identifikation von den Organen der öffentlichen Aufsicht im Zuge der Kontrolle am 04.04.2013 mit fortlaufender Nummerierung versehen.

Nr.:

...

Gehäusebezeichnung:

K...

Seriennummer:

...

Aufstellungsdatum:

03.04.2013

entnommener Betrag in €:

Mit diesem Gerät, mit welchem zumindest seit dem Aufstellungsdatum wiederholt Glücksspiele in Form von Walzenspielen durchgeführt wurden und mit denen aufgrund der möglichen 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 diesem Gerät durchführbaren Ausspielungen nach den Bestimmungen des § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren. Mit diesem Gerät, mit welchem zumindest seit dem Aufstellungsdatum wiederholt Glücksspiele in Form von Walzenspielen durchgeführt wurden und mit denen aufgrund der möglichen 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 diesem Gerät durchführbaren Ausspielungen nach den Bestimmungen des Paragraph 4, GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren.

Dieser Sachverhalt wurde im Zuge der Kontrolle von den Organen der öffentlichen Aufsicht dienstlich wahrgenommen und durch folgende Beweise bestätigt:

Durchgeführte Testspiele, niederschriftlich festgehaltene Aussagen,

Protokoll über die vorläufige Beschlagnahme,

Bildanhang

Die Funktionstauglichkeit des Gerätes wurde festgestellt durch: Beobachtete/Durchgeführte Testspiele

Gerät Nr.:

...

Angebotene Spiele:

...

Bezeichnung des

S. - Walzenspiel mit vorgeschaltetem

beobachteten/durchgeführten Testspiels:

Würfelspiel

Dabei festgestellter Mindesteinsatz:

0,50 €

Dazu in Aussicht gestellter Höchstgewinn:

20,00 € + 1 SG

Dabei festgestellter Maximaleinsatz:

5,00 €

Dazu in Aussicht gestellter Höchstgewinn:

20,00 € + 28 SG

Sonstige Feststellungen:

Gerät wurde am 03.04.2013 neu aufgestellt, da das alte Gerät einen defekt hatte und am 03.04.2013 ausgetauscht wurde. Das Gerät ist mittels Router mit dem Internet verbunden.

Bei den durchgeführten Testspielen konnten folgende Spielabläufe generalisierend festgestellt werden:

Virtuelle Walzenspiele:

Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl des Spieles und Aufrufen zur Durchführung kann ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet ist. Das Spiel wird mit der Starttaste ausgelöst. Damit wird zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entsteht.

Die Einsatzsteigerung erfolgt durch Betätigung einer entsprechenden mechanischen oder einer virtuellen Bildschirmtaste. Ab einem gewählten Spieleinsatz von 50 Cent kann durch fortgesetzte Bedienung dieser Taste der Einsatz in Stufen weiter bis zum programmbedingt höchst möglichen Einsatz gesteigert werden. Wird der Einsatz über den Betrag von 50 Cent hinaus erhöht, werden mit jeder Tastenbetätigung in einem der kleinen, nebeneinander angeordneten Feldern in unmittelbarer Nähe des Einsatzbetragsfeldes am Bildschirm "Augen" bis zu einer bestimmten Höchstanzahl eingeblendet. Nach der "Augendarstellung" bewirkt die weitere Tastenbedienung das Einblenden eines oder mehrerer Symbole. Damit wird dem Spieler verschlüsselt der ausgewählte Einsatzwert angezeigt.

Wurde ein solcher Art verschlüsselter Einsatz von mehr als 50 Cent vorgewählt, muss die Start- Taste so lange wiederholt hintereinander betätigt werden, bis der vorgewählte Einsatzbetrag in mehreren Teileinsatzbeträgen vollständig vom Spielguthaben abgezogen worden ist, um das Spiel sodann auszulösen.

Bei Auslösung des Spieles im Wege der Automatic-Start-Taste muss diese Taste nur einmal betätigt werden um die beschriebenen Abläufe sehr rasch kontinuierlich hintereinander ablaufen zu lassen. Der wechselnde Vorgang von Einsatzabbuchung vom Spielguthaben und Walzenlauf erfolgt so lange fortgesetzt nacheinander, bis das Spielguthaben verbraucht ist, der Einsatz höher als das Spielguthaben ist oder die Taste erneut betätigt wird.

Mit jeder Steigerung des Einsatzbetrages werden auch sämtliche Werte im zugehörigen Gewinnplan erhöht.

Der Spielerfolg steht nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest.

Auf diese "vorgeschalteten Würfelspiele" kann nicht verzichtet werden, wenn um entsprechend hohe in Aussicht gestellte Gewinne gespielt werden soll. Dieses "Würfelspiel" kann auch nicht gesondert für sich alleine ausgewählt und zur Durchführung aufgerufen werden.

Ein Spiel im Sinne eines "Würfelspiels" kann auch deshalb nicht vorliegen, weil bei einem Spiel der Spielerfolg entweder vorwiegend oder ausschließlich von der Geschicklichkeit der Spieler oder aber vorwiegend oder ausschließlich vom Zufall abhängt. Beim "vorgeschalteten Würfelspiel" hingegen fehlt einerseits jede Geschicklichkeitskomponente, andererseits trifft der gewünschte und erwartete Spielerfolg, nämlich der Walzenumlauf, nicht zufällig ein, sondern mit weitaus überwiegender Regelmäßigkeit nach vollständigem Abzug des verschlüsselt vorgewählten Spieleinsatzes.

Das "vorgeschaltete Würfelspiel" stellt also nicht ein Spiel, sondern nur eine verschlüsselte Einsatzleistung in Form von Teileinsatzbeträgen dar.

Tathandlung und rechtliche Folgerungen Elektronisches Gerät:

Die durchgeführten Spiele waren deshalb Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 des GSpG, weil den Spielern keine Möglichkeiten geboten wurden, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen, sondern die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing. Die Spieler konnten bei dem elektronischen Gerät nur einen Einsatz und den dazugehörenden Gewinnplan auswählen und die Start-Taste betätigen. Die durchgeführten Spiele waren deshalb Glücksspiele im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, des GSpG, weil den Spielern keine Möglichkeiten geboten wurden, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen, sondern die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing. Die Spieler konnten bei dem elektronischen Gerät nur einen Einsatz und den dazugehörenden Gewinnplan auswählen und die Start-Taste betätigen.

Herr P. hat in der Zeit von 03.04.2013 bis 04.04.2013 im angeführten Standort das Glücksspielgerät welches verbotene Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG ermöglichte, an denen die Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten, mit dem Vorsatz unternehmerisch zugänglich gemacht, fortgesetzt Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen. Herr P. hat aufgrund einer Vereinbarung mit Aufsteller/Veranstalter/Vertragspartner/ unternehmerisch Beteiligter, der Firma D. die Aufstellung und den Betrieb des Gerätes in seinem Lokal im Rahmen seines Unternehmens geduldet. Er hat dadurch eine Verwaltungsübertretung gem. § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG drittes Tatbild begangen. Herr P. hat in der Zeit von 03.04.2013 bis 04.04.2013 im angeführten Standort das Glücksspielgerät welches verbotene Ausspielungen gem. Paragraph 2, Absatz 4, GSpG ermöglichte, an denen die Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten, mit dem Vorsatz unternehmerisch zugänglich gemacht, fortgesetzt Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen. Herr P. hat aufgrund einer Vereinbarung mit Aufsteller/Veranstalter/Vertragspartner/ unternehmerisch Beteiligter, der Firma D. die Aufstellung und den Betrieb des Gerätes in seinem Lokal im Rahmen seines Unternehmens geduldet. Er hat dadurch eine Verwaltungsübertretung gem. Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, GSpG drittes Tatbild begangen.

Nach den vorliegenden Aussagen ist als erwiesen anzunehmen, dass Herr P. bzw. dessen Personal mit Wissen der Firma D. stets dafür gesorgt hat, dass das gegenständliche Glücksspielgerät täglich eingeschaltet den Spielern betriebsbereit zur Verfügung steht, dass den Spielern Auskunft über Fragen im Zusammenhang mit der Gerätebedienung erteilt wurde, dass den Spielern über deren Wunsch die erzielten Gewinne in Form von Bargeld ausbezahlt wurden und dass die ausgefolgten Gewinnbeträge in der Gerätebuchhaltung als Auszahlung verbucht wurden.

Beweis: Aussagen von Herrn P. in Form einer Niederschrift, Fotodokumentation

Diese nachweislich von einem Unternehmer gem. § 2 Abs. 2 GSpG veranstalteten Glücksspiele konnten nur nach Erbringung eines Vermögenswerten Einsatzes durchgeführt werden und es wurden dabei Vermögenswerte Gewinne in Aussicht gestellt. Die Glücksspiele wurden daher in Form einer Ausspielung gem. § 2 Abs. 1 GSpG durchgeführt. Diese nachweislich von einem Unternehmer gem. Paragraph 2, Absatz 2, GSpG veranstalteten Glücksspiele konnten nur nach Erbringung eines Vermögenswerten Einsatzes durchgeführt werden und es wurden dabei Vermögenswerte Gewinne in Aussicht gestellt. Die Glücksspiele wurden daher in Form einer Ausspielung gem. Paragraph 2, Absatz eins, GSpG durchgeführt.

Mangels Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG und mangels Ausnahme gem. § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes wurden diese Glücksspiele in Form verbotener Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG

durchgeführt. Mangels Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG und mangels Ausnahme gem. Paragraph 4, GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes wurden diese Glücksspiele in Form verbotener Ausspielungen gem. Paragraph 2, Absatz 4, GSpG durchgeführt.

Um Einleitung des Verwaltungsstrafverfahrens wird ersucht.

Hinsichtlich der Bemessung der Strafhöhe wird darauf hingewiesen, dass mit den durchgeführten Glücksspielen hohe Bruttoerlöse ermöglicht wurden und die Strafhöhe sich daher an einem Vielfachen des Monatsertrages orientieren sollte, um auch tatsächlich eine pönalisierende Wirkung zu entfalten.

Somit wird eine Strafhöhe von insgesamt € 5.000,00 für angemessen bzw. in Anbetracht der Gesamtumstände als gebotenes Minimum erachtet.

Anmerkungen zum Beschlagnahme- und Einziehungsverfahren:

Das im Zuge der Kontrolle aufgefundene Gerät, mit dem fortgesetzt in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, ist von den einschreitenden Organen der öffentlichen Aufsicht gem. § 53 Abs. 2 GSpG vorläufig in Beschlag genommen, versiegelt und vor Ort belassen worden. Die Bescheinigung über die vorläufige Beschlagnahme samt einem Kurzbericht zur Kontrolle wurde bereits gesondert übermittelt. Das im Zuge der Kontrolle aufgefundene Gerät, mit dem fortgesetzt in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, ist von den einschreitenden Organen der öffentlichen Aufsicht gem. Paragraph 53, Absatz 2, GSpG vorläufig in Beschlag genommen, versiegelt und vor Ort belassen worden. Die Bescheinigung über die vorläufige Beschlagnahme samt einem Kurzbericht zur Kontrolle wurde bereits gesondert übermittelt.

Gem. § 53 Abs. 3 hat die Bezirksverwaltungsbehörde unverzüglich das Verfahren zur Erlassung der Beschlagnahmebescheide gegen den Veranstalter der Glücksspiele, den Inhaber und den Eigentümer der Geräte einzuleiten. Gem. Paragraph 53, Absatz 3, hat die Bezirksverwaltungsbehörde unverzüglich das Verfahren zur Erlassung der Beschlagnahmebescheide gegen den Veranstalter der Glücksspiele, den Inhaber und den Eigentümer der Geräte einzuleiten.

Gem. § 54 Abs. 1 GSpG sind Geräte, mit denen gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird, zur Verhinderung weiterer Verwaltungsübertretungen gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs. 1 einzuziehen, es sei denn der Verstoß war geringfügig. Gem. Paragraph 54, Absatz eins, GSpG sind Geräte, mit denen gegen eine oder mehrere Bestimmungen des Paragraph 52, Absatz eins, verstoßen wird, zur Verhinderung weiterer Verwaltungsübertretungen gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des Paragraph 52, Absatz eins, einzuziehen, es sei denn der Verstoß war geringfügig.

Aufgrund der vorstehend dargelegten Tathandlung war der Verstoß nicht (bei keinem der angeführten Geräte) geringfügig.

Unabhängig vom Ausgang des Verwaltungsstrafverfahren wird angeregt, die Einziehung des oben angeführten Glücksspielgerätes gem. § 54 Abs. 2 GSpG mit eigenständigem Bescheid unverzüglich zu verfügen. Unabhängig vom Ausgang des Verwaltungsstrafverfahren wird angeregt, die Einziehung des oben angeführten Glücksspielgerätes gem. Paragraph 54, Absatz 2, GSpG mit eigenständigem Bescheid unverzüglich zu verfügen.

Im Zusammenhang mit dem Beschlagnahmeverfahren wird darauf hingewiesen, dass Ermittlungen zur Feststellung der Identität des Eigentümers der Geräte, des Inhabers und des Veranstalters einzuleiten sind.

Die Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes erfolgte durch eine Erhebung am 04.04.2013 um 10:45 Uhr in Wien, B.-Straße

durch den Leiter der Amtshandlung: Hr. M.

und die Erhebungsorgane: Hr. H., Hr. C., Hr. S.

Die Abgabenbehörde hat auf Grund der Auskunft von Herrn P.

die Firma D. als unternehmerisch Beteiligter und Veranstalter

und Herrn P. als Zugänglichmacher

der Eingriffsgegenstände vorläufig ermittelt.

Die Abgabenbehörde als Amtspartei regt daher an, dass von Seiten der Bezirksverwaltungsbehörde die Eigenschaft als Eigentümer/Inhaber/Veranstalter durch eine Aufforderung zur Rechtfertigung bzw. durch eine Einvernahme verifiziert wird.

Weitere Hinweise:

Auf die Parteistellung der Abgabenbehörde in all diesen Verfahren gemäß § 50 Abs. 5 GSpG wird hingewiesen. Auf die Parteistellung der Abgabenbehörde in all diesen Verfahren gemäß Paragraph 50, Absatz 5, GSpG wird hingewiesen.

Da den Kontrollorganen kein Schlüssel für das Glücksspielgerät mit der Nummer ... ausgehändigt wurde, verblieb das Geld in dem versiegelten Gerät. Es wird angeregt, das Geld im Rahmen eines anzuberaumenden Lokalausweises unter Beiziehung der Abgabenbehörde und unter Aufforderung des Veranstalters zur Herausgabe der Schlüssel und sonstigen technischen Hilfsmittel zum Auslesen der Gerätebuchhaltung zu entnehmen.“

Der Pächter des Lokales wurde im Zuge der Amtshandlung ausführlich befragt, konnte in der Befragung jedoch nur teilweise verbindliche Auskünfte geben, da sich herausstellte, dass er nicht mit allen Details vertraut war. Bei der Kontrolle zur Tatzeit am Tatort wurden auch eine Reihe von Fotos angefertigt. In der Folge wurde der K. ... vorläufig beschlagnahmt.

Da es der Beschwerdeführer unterließ sich nach Zustellung einer „Aufforderung zur Rechtfertigung“ als erste Verfolgungshandlung im gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahren zu rechtfertigen, erging in der Folge das nunmehr angefochtene Straferkenntnis.

Das Verwaltungsgericht Wien als nunmehr zuständige Beschwerdeinstanz richtete im Zuge des Beschwerdeverfahrens folgendes Ersuchen um Stellungnahme an den Bf:

„Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnissen vom 26.06.2013, B 447/2013-6 und B 448/2013-6 ausgeführt, dass dann, wenn bei einer Ausspielung mit einem Glücksspielgerät Einsätze von unter Umständen deutlich mehr als € 10,00 möglich sind, der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht wird.“ „Der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnissen vom 26.06.2013, B 447/2013-6 und B 448/2013-6 ausgeführt, dass dann, wenn bei einer Ausspielung mit einem Glücksspielgerät Einsätze von unter Umständen deutlich mehr als € 10,00 möglich sind, der Tatbestand des Paragraph 168, StGB verwirklicht wird.

Es geht daher an Sie die Frage, ob mit dem in Wien, B.-Straße (Café „B.“) aufgestellten Glücksspielgerät „K. ...“ (laut Spruch des Straferkenntnisses vom 24.05.2013) bei einem Spiel Einsätze von mehr als € 10,00 möglich waren, wenn ja, wie der Spieler die Einsatzhöhe beeinflussen konnte, um solche Einsätze zu erzielen.

Es wird um Stellungnahme binnen 2 Wochen nach Erhalt dieses Schreibens ersucht.“

Dazu nahm der Bf zwar in der Folge Stellung, die jedoch keinen regelrecht verwertbaren Inhalt hatte.

Bei der Amtshandlung zur Tatzeit am Tatort wurde ein Glücksspielgerät der Type „K. ...“ betriebsbereit vorgefunden, bei dem laut der zuvor zitierten Anzeige insgesamt acht verschiedene Spiele angeboten worden sind, durchgeführt wurde nur ein Testspiel („S.“ – Walzenspiel mit vorgeschaltetem Würfelspiel), hinsichtlich der übrigen angebotenen Spielen (z.B. „R.“ oder auch „C.“ etc.) wurden keine Testspiele durchgeführt. In der Anzeige wurde auch auf das Vorhandensein eines „vorgeschaltetem Würfelspieles“ verwiesen, sowie auch auf das Vorhandensein einer „Automatic-Start-Taste“, wobei beschrieben wurde, dass der wechselnde Vorgang von Einsatzabbuchungen vom Spielguthaben und Walzenlauf solange nacheinander erfolgt, bis das Spielguthaben verbraucht ist, der Einsatz höher als das Spielguthaben ist oder die Taste erneut betätigt wird.

Bei einem vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (LVwG 410229/9) im zweiten Rechtsgang durchgeführten Beschwerdeverfahren ging es um eine Beschlagnahme von Glücksspielgeräten, bei einem dieser Glücksspielgeräte (FA1) handelte es sich um ein baugleiches Gerät vom Typ „K. ...“.

Ursprünglich hatte die Landespolizeidirektion Oberösterreich mit einem in der Folge angefochtenem Bescheid vom 02.04.2013 die Beschlagnahme von insgesamt zehn Glücksspielgeräten (FA 1 bis FA 10) angeordnet, der oberösterreichische Verwaltungssenat bestätigte im ersten Rechtsgang mit Berufungsbescheid vom 17.07.2013 den Beschlagnahmebescheid und begründete dies ausführlich.

Gegen diesen Berufungsbescheid des oberösterreichischen Verwaltungssenes wurde seinerzeit eine

Beschreibungsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof erhoben. In einem Punkt lehnte der Verwaltungsgerichtshof die Beschwerde betreffend eines der Geräte ab, hinsichtlich der Walzenspielgeräte mit den FA 1 bis 7 (beim Walzenspielgerät FA 1 handelt es sich, wie erwähnt, um einen baugleichen „K. ...“) gab der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 13.03.2014, Zl. 2013/17/0726, der Beschwerde Folge und hob den angefochtenen (seinerzeitigen) Berufungsbescheid des oberösterreichischen Verwaltungssenates wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf.

In der Begründung verwies der Verwaltungsgerichtshof gemäß § 43 Abs. 2 VwGG auf sein Erkenntnis vom 7. Oktober 2013, 2012/17/0507. In diesem konstatierte er unter Hinweis auf den Verfassungsgerichtshof, dass nach Feststehen der Möglichkeit zur Überschreitung der Einsatzhöhe von 10 Euro vom Vorliegen der ausschließlichen Gerichtszuständigkeit und nicht länger von der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden für eine Beschlagnahme nach § 53 GSpG auszugehen sei. Ein Verdacht iSd § 53 Abs. 1 lit. a GSpG müsse im Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides erster Instanz und der Erlassung der Berufungsentscheidung vorliegen. Dabei habe die Berufungsbehörde allfällige in der Zwischenzeit gewonnene Erkenntnisse zu berücksichtigen bzw. auf Einwände der Parteien einzugehen. In der Begründung verwies der Verwaltungsgerichtshof gemäß Paragraph 43, Absatz 2, VwGG auf sein Erkenntnis vom 7. Oktober 2013, 2012/17/0507. In diesem konstatierte er unter Hinweis auf den Verfassungsgerichtshof, dass nach Feststehen der Möglichkeit zur Überschreitung der Einsatzhöhe von 10 Euro vom Vorliegen der ausschließlichen Gerichtszuständigkeit und nicht länger von der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden für eine Beschlagnahme nach Paragraph 53, GSpG auszugehen sei. Ein Verdacht iSd Paragraph 53, Absatz eins, Litera a, GSpG müsse im Zeitpunkt der Erlassung des Bescheides erster Instanz und der Erlassung der Berufungsentscheidung vorliegen. Dabei habe die Berufungsbehörde allfällige in der Zwischenzeit gewonnene Erkenntnisse zu berücksichtigen bzw. auf Einwände der Parteien einzugehen.

Weiters führte der Verwaltungsgerichtshof in der Begründung dazu aus, dass weder zu den Walzenspielgeräten noch zu den Wettannahmeterminals Feststellungen darüber getroffen worden wären, ob eines der angebotenen Spiele die Möglichkeit zu Einsätzen von über 10 Euro bot.

Im zweiten Rechtsgang erkannte sodann das oberösterreichische Landesverwaltungsgericht mit Erkenntnis vom 08.04.2014 zu Recht, dass der Beschwerde hinsichtlich der Walzenspielgeräte mit den FA-Nr. 1-7 und der Wettterminals mit den FA-Nr. 9-10 und der angefochtene Beschlagnahmebescheid aufgehoben wird.

Da sich dieses Erkenntnis wie auch das behebende Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes unter anderem auch auf ein baugleiches Glücksspielgerät vom Typ „K. ...“ beziehen, sind die nachfolgend zitierenden Begründungsteile des Erkenntnisses des oberösterreichischen Landesverwaltungsgerichtes vom 08.04.2014 (LVWG-410229/9WEI/BZ/TK) auch im gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahren von entscheidungswesentlicher Bedeutung.

In seinem Erkenntnis vom 08.04.2014 führte das oberösterreichische Landesverwaltungsgericht nämlich insbesondere folgendes aus:

„Hinsichtlich des defekten Bildschirms bei dem Gerät mit der FA-Nr. 1 kann aufgrund der in vergleichbaren Verfahren gewonnenen Erfahrung festgehalten werden, dass beim Spiel „R.“ einem Mindesteinsatz von 0,20 Euro ein Höchstgewinn bis 20 Euro und 34 Supergames (SG) und einem Einsatz von 5 Euro ein Höchstgewinn von 20 Euro und 898 SG gegenüberstehen. Diese Feststellungen wurden schon oft von der Finanzpolizei im Rahmen von Probespielen aufgezeichnet (vgl. bspw. LVWG-410110 vom 21.02.2014). Der Fotodokumentation ist zudem zu entnehmen, dass das Gerät mit der FA-Nr. 1 über eine Automatik-Start-Taste verfügte.“ Hinsichtlich des defekten Bildschirms bei dem Gerät mit der FA-Nr. 1 kann aufgrund der in vergleichbaren Verfahren gewonnenen Erfahrung festgehalten werden, dass beim Spiel „R.“ einem Mindesteinsatz von 0,20 Euro ein Höchstgewinn bis 20 Euro und 34 Supergames (SG) und einem Einsatz von 5 Euro ein Höchstgewinn von 20 Euro und 898 SG gegenüberstehen. Diese Feststellungen wurden schon oft von der Finanzpolizei im Rahmen von Probespielen aufgezeichnet vergleiche bspw. LVWG-410110 vom 21.02.2014). Der Fotodokumentation ist zudem zu entnehmen, dass das Gerät mit der FA-Nr. 1 über eine Automatik-Start-Taste verfügte.

Bei Auslösung einer Spielphase durch die Automatik-Start-Taste muss diese Taste nur einmal betätigt werden, um die einzelnen Spielabläufe („Würfelspiel“ und Walzenspiele) sehr rasch und kontinuierlich ablaufen zu lassen. Der wechselnde Vorgang von Einsatzabbuchung vom Spielguthaben und Walzenlauf erfolgt so lange fortgesetzt nacheinander, bis das Spielguthaben verbraucht ist, der Einsatz höher als das Spielguthaben ist oder die Taste vom Spieler erneut betätigt wird (vgl. die Beschreibung in der Anzeige des Finanzamtes zum UVS-Akt VwSen-360242). Bei

Auslösung einer Spielphase durch die Automatik-Start-Taste muss diese Taste nur einmal betätigt werden, um die einzelnen Spielabläufe ("Würfelspiel" und Walzenspiele) sehr rasch und kontinuierlich ablaufen zu lassen. Der wechselnde Vorgang von Einsatzabbuchung vom Spielguthaben und Walzenlauf erfolgt so lange fortgesetzt nacheinander, bis das Spielguthaben verbraucht ist, der Einsatz höher als das Spielguthaben ist oder die Taste vom Spieler erneut betätigt wird (vergleiche die Beschreibung in der Anzeige des Finanzamtes zum UVS-Akt VwSen-360242).

Auch in der einschlägigen Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 20. März 2013, Zl.6 Ob 118/12i, wird die Automatik-Start-Taste - in Bezug auf das gegenständliche Gerät vergleichbare Gerätschaften - wie folgt beschrieben:

"Durch Betätigung einer 'Automatiktaste' werden die Spielabläufe extrem verkürzt. Es sind zwei Spiele in fünf Sekunden möglich. Das Wort 'Game Over', das das Ende des Spiels anzeigt, leuchtet dann - wenn überhaupt - nur so kurz auf, dass es für den Spieler gar nicht wahrnehmbar ist. ... Der Unterhaltungswert tritt - insbesondere bei Betätigung der 'Automatiktaste' - zu Gunsten des Gewinnstrebens völlig in den Hintergrund."

Demnach stellt schon die Ausstattung mit dieser Taste offenbar eine wesentliche und auch hinreichende Rahmenbedingung zum alleinigen Zwecke dar, Spieler zu Serienspielen zu verleiten (zum Erfordernis der Rahmenbedingungen VwGH vom 07.10.2013, Zl. 2013/17/0211).

Dass der an sich schon zweifelhafte Unterhaltungswert von Walzenspielen spätestens durch die Verwendung der Automatik-Start-Taste zu Gunsten des Gewinnstrebens völlig in den Hintergrund tritt, entspricht auch den Erfahrungen des vormals zuständigen Oö. Verwaltungssenats, der sich im Rahmen einer Probebespielung davon überzeugen konnte (dazu im Folgenden).

II.2.2. Folgende Begleitumstände und Rahmenbedingungen veranlassen zu Serienspielen
römisches zwei.2.2. Folgende Begleitumstände und Rahmenbedingungen veranlassen zu Serienspielen:

Wie aus den GSp26-Dokumentationen hervorgeht, verfügten sämtliche Geräte über einen Banknoteneinzug zur Herstellung eines Spielguthabens.

Aus diesen Feststellungen ist zu schließen, dass ein Spieler mindestens eine Banknote in Höhe von 5 Euro einspeisen muss und dafür beim Mindesteinsatz von 0,20 Euro bereits 25 Einzelspiele und bei 0,05 Euro (Gerät FA-Nr. 5) bereits 100 Einzelspiele durchführen kann.

Zudem konnte bei sämtlichen Gerätschaften die sog "Gamble-Funktion" festgestellt werden, bei welcher ab bestimmten erzielten Gewinnen, der Einsatz mit der Möglichkeit zur Verdoppelung oder Vervielfachung riskiert werden kann.

Aufgrund der Erfahrungen zu dem Spiel "R." ergibt sich unter Berücksichtigung der Supergames mit dem Wertansatz laut OGH-Entscheidung bei dem Gerät mit der FA-Nr. 1 bereits bei einem Mindesteinsatz von 0,20 und dazu in Aussicht gestellten Höchstgewinnen von 20 Euro und 34 Supergames, die attraktive Relation von 1:1800 (€ 0,20 zu € 360).

Es leuchtet ein, dass durch diese besonderen Einsatz- und Gewinnrelationen der gewinnsüchtige Spieler ganz bewusst zu Serienspielen veranlasst wird.

Diese äußerst günstigen Einsatz-Gewinn-Relationen verleiten nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichts unzweifelhaft zu Serienspielen iSd der OGH-Judikatur (vgl. etwa OGH 20.04.1983, Zl. 11 Os 39/83, wo bereits ein Verhältnis von 1:60 als sehr günstig beurteilt wurde). Diese äußerst günstigen Einsatz-Gewinn-Relationen verleiten nach Auffassung des Landesverwaltungsgerichts unzweifelhaft zu Serienspielen iSd der OGH-Judikatur (vergleiche etwa OGH 20.04.1983, Zl. 11 Os 39/83, wo bereits ein Verhältnis von 1:60 als sehr günstig beurteilt wurde).

Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ist zu erkennen, dass die Spielprogramme, insbesondere die günstigen Relationen, an den Gerätschaften darauf ausgerichtet sind, dass der Spieler eine große Anzahl an Einzelspielen durchführen soll. Nicht das einzelne Spiel wird dem Spieler "schmackhaft" gemacht, sondern eine ganze Spielphase. Das zeigt allein der Umstand, dass bereits bei den jeweiligen Mindesteinsätzen besonders attraktive Gewinne in Aussicht gestellt werden. Damit wird der Spieler auf derartigen Glücksspielgeräten absichtlich dazu veranlasst, "dabei" zu bleiben und eben Serienspiele durchzuführen. Insofern wird auch durch die äußerst günstigen Einsatz-Gewinn-Relationen der Unterhaltungsfaktor zu Gunsten der Gewinnerzielungsabsicht zur Gänze in den Hintergrund gedrängt.

Hinsichtlich des auf dem Walzenspielgerät mit der FA-Nr. 1 „K. ...“, möglichen Spiel "R." sind die Ergebnisse einer am 14. Februar 2013 durchgeführten Probebespielung durch den Oö. Verwaltungssenat auf einem vergleichbaren Glücksspielgerät mit dem vergleichbaren Spiel "R." repräsentativ.

Über diese Probebespielung durch ein Mitglied des Oö. Verwaltungssenats wurden Videoaufnahmen gemacht, die auf Daten-CD festgehalten sind, welche im Rahmen der gemeinsamen Berufungsverhandlung der 9. und der 11. Kammer des Oö. Verwaltungssenats vom 13. November 2013 in den verbundenen Verfahren zu Zlen. VwSen-360057 und VwSen-360049 vorgeführt und besprochen worden sind (vgl. das im Akt unter ON 8 einliegende Verhandlungsprotokoll samt Screenshot-Beilage). Von den Verfahrensparteien und dem finanzpolizeilichen Zeugen wurde damals der am Beispiel eines Gerätes "K. ..." auf dem Video dokumentierte Spielablauf als dem für Walzenspiele üblichen Ablauf entsprechend angesehen. Das Video wurde auch in einer "Screen-Shot"-Dokumentation dargestellt und als Beilage zum Verhandlungsprotokoll genommen. In dieser werden die "Auto-Start-Taste", die "Gamble-Funktion", die "Würfelspielfunktion" und die "Supergame-Funktion" anschaulich erklärt und beschrieben. Außerdem werden die seriellen Veränderungen am Spielguthaben (Credit) bei aktivierter Auto-Start-Funktion dargestellt. Bei einem Einsatz von bloß 0,50 Euro reduzierte sich der Credit binnen etwa zwei Minuten von 613,5 auf 581 Euro (Verlust 32,50). Beim höchsten Spieleinsatz (= Superman- Symbol, was dem Faktor 10 entspricht) reduzierte sich der Credit binnen 1,5 Minuten von 581 Euro auf 506,5 Euro (Verlust 74,50) und nach wenigen weiteren Minuten sogar auf nur 126,5 Euro (Verlust 454,50). Damit zeigt sich eindrucksvoll, dass bei Serienspielen mit bloß einstelligen Einsätzen innerhalb einer einstelligen Minutenzahl leicht Beträge in Höhe von 450 bis 500 Euro verloren werden können. Über diese Probebespielung durch ein Mitglied des Oö. Verwaltungssenats wurden Videoaufnahmen gemacht, die auf Daten-CD festgehalten sind, welche im Rahmen der gemeinsamen Berufungsverhandlung der 9. und der 11. Kammer des Oö. Verwaltungssenats vom 13. November 2013 in den verbundenen Verfahren zu Zlen. VwSen-360057 und VwSen-360049 vorgeführt und besprochen worden sind vergleiche das im Akt unter ON 8 einliegende Verhandlungsprotokoll samt Screenshot-Beilage). Von den Verfahrensparteien und dem finanzpolizeilichen Zeugen wurde damals der am Beispiel eines Gerätes "K. ..." auf dem Video dokumentierte Spielablauf als dem für Walzenspiele üblichen Ablauf entsprechend angesehen. Das Video wurde auch in einer "Screen-Shot"-Dokumentation dargestellt und als Beilage zum Verhandlungsprotokoll genommen. In dieser werden die "Auto-Start-Taste", die "Gamble-Funktion", die "Würfelspielfunktion" und die "Supergame-Funktion" anschaulich erklärt und beschrieben. Außerdem werden die seriellen Veränderungen am Spielguthaben (Credit) bei aktivierter Auto-Start-Funktion dargestellt. Bei einem Einsatz von bloß 0,50 Euro reduzierte sich der Credit binnen etwa zwei Minuten von 613,5 auf 581 Euro (Verlust 32,50). Beim höchsten Spieleinsatz (= Superman- Symbol, was dem Faktor 10 entspricht) reduzierte sich der Credit binnen 1,5 Minuten von 581 Euro auf 506,5 Euro (Verlust 74,50) und nach wenigen weiteren Minuten sogar auf nur 126,5 Euro (Verlust 454,50). Damit zeigt sich eindrucksvoll, dass bei Serienspielen mit bloß einstelligen Einsätzen innerhalb einer einstelligen Minutenzahl leicht Beträge in Höhe von 450 bis 500 Euro verloren werden können.

Der monetäre Aspekt in Form des Gewinnstrebens verdeckt somit bei derartig ausgestalteten Gerätschaften selbstredend den Unterhaltungsaspekt zur Gänze.“

In rechtlicher Hinsicht wurde insbesondere auf die neuere Judikatur des Verfassungsgerichtshofes und auch des Verwaltungsgerichtshofes Bezug genommen:

„IV.2. Mit der Glücksspielgesetz-Novelle 2008, BGBl I Nr. 54/2010, wurde in § 52 Abs. 2 GSpG eine ausdrückliche Zuständigkeitsklausel zur Abgrenzung zwischen verwaltungsbehördlicher und gerichtlicher Strafbarkeit eingefügt. Danach handelt es sich dann, wenn im Zusammenhang mit der Teilnahme an einer Ausspielung (mit oder ohne Glücksspielautomaten) von einem Spieler Vermögenswerte Leistungen von über 10 Euro pro Spiel geleistet werden, schon ex lege nicht mehr um "geringe Beträge" iSd § 168 Abs. 1 StGB, sodass insoweit "eine allfällige Strafbarkeit nach diesem Bundesgesetz [GSpG] hinter eine allfällige Strafbarkeit nach § 168 StGB zurück[tritt]". „IV.2. Mit der Glücksspielgesetz-Novelle 2008, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 54 aus 2010,, wurde in Paragraph 52, Absatz 2, GSpG eine ausdrückliche Zuständigkeitsklausel zur Abgrenzung zwischen verwaltungsbehördlicher und gerichtlicher Strafbarkeit eingefügt. Danach handelt es sich dann, wenn im Zusammenhang mit der Teilnahme an einer Ausspielung (mit oder ohne Glücksspielautomaten) von einem Spieler Vermögenswerte Leistungen von über 10 Euro pro Spiel geleistet werden, schon ex lege nicht mehr um "geringe Beträge" iSd Paragraph 168, Absatz eins, StGB, sodass insoweit "eine allfällige Strafbarkeit nach diesem Bundesgesetz [GSpG] hinter eine allfällige Strafbarkeit nach Paragraph 168, StGB zurück[tritt]".

Mit Erkenntnis vom 22. August 2012, Zl.2012/17/0156, hat der Verwaltungsgerichtshof dazu festgehalten, dass die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden nach den für die Spiele geleisteten Einsätzen zu erfolgen habe, da § 52 Abs. 2 GSpG auf die Leistung eines Einsatzes von mehr als 10 Euro in einem einzelnen Spiel abstelle. Eine Subsidiarität der verwaltungsbehördlichen Strafbarkeit gegenüber dem gerichtlichen Straftatbestand ergebe sich daher nur für die Veranstaltung von Spielen, bei denen der Einsatz 10 Euro übersteigt. Mit Erkenntnis vom 22. August 2012, Zl.2012/17/0156, hat der Verwaltungsgerichtshof dazu festgehalten, dass die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden nach den für die Spiele geleisteten Einsätzen zu erfolgen habe, da Paragraph 52, Absatz 2, GSpG auf die Leistung eines Einsatzes von mehr als 10 Euro in einem einzelnen Spiel abstelle. Eine Subsidiarität der verwaltungsbehördlichen Strafbarkeit gegenüber dem gerichtlichen Straftatbestand ergebe sich daher nur für die Veranstaltung von Spielen, bei denen der Einsatz 10 Euro übersteigt.

In diesem Erkenntnis äußerte sich der Verwaltungsgerichtshof allerdings bloß zu einer der beiden Voraussetzungen des Strafflosigkeitsmerkmals der 2. Variante im letzten Gliedsatz des § 168 Abs. 1 StGB ("oder bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge"). Da die Wendung "geringe Beträge" lediglich eine der beiden kumulativen Voraussetzungen für die in § 168 Abs. 1 letzter Teilsatz StGB normierte Straffreiheit bildet, ist auch von einer gerichtlichen Strafbarkeit hinsichtlich jener Glücksspiele auszugehen, bei denen die Einsätze pro Einzelspiel zwar unterhalb der Geringfügigkeitsgrenze liegen, die aber nicht "bloß zum Zeitvertreib" gespielt werden. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, welcher sich der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 22. März 1999, Zl. 98/17/0134, angeschlossen hatte, etwa dann der Fall, wenn der Spielveranstalter vorsätzlich Serienspiele veranlasst oder zu solchen Gelegenheit bietet (vgl. OGH 3.10.2002, Zl. 12 Os 49/02; OGH 2.7.1992, Zl. 15 Os 21/92; OGH 22.8.1991, Zl. 15 Os 27/91). Da somit eine Strafbarkeit gemäß § 168 StGB auch dann gegeben sein kann, wenn zwar Einsätze von unter 10 Euro pro Einzelspiel geleistet werden, es sich aber um Serienspiele iSd OGH-Judikatur handelt, ist in diesen Fällen hinsichtlich des Verhältnisses zu den Verwaltungsstraftatbeständen des GSpG nicht auf § 52 Abs. 2 GSpG, sondern auf die eingangs zitierte Judikatur zurückzugreifen, der zufolge eine allenfalls anzuwendende glücksspielgesetzliche Verwaltungsstrafbestimmung hinter den gerichtlichen Straftatbestand des § 168 StGB stillschweigend zurücktritt. In diesem Erkenntnis äußerte sich der Verwaltungsgerichtshof allerdings bloß zu einer der beiden Voraussetzungen des Strafflosigkeitsmerkmals der 2. Variante im letzten Gliedsatz des Paragraph 168, Absatz eins, StGB ("oder bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge"). Da die Wendung "geringe Beträge" lediglich eine der beiden kumulativen Voraussetzungen für die in Paragraph 168, Absatz eins, letzter Teilsatz StGB normierte Straffreiheit bildet, ist auch von einer gerichtlichen Strafbarkeit hinsichtlich jener Glücksspiele auszugehen, bei denen die Einsätze pro Einzelspiel zwar unterhalb der Geringfügigkeitsgrenze liegen, die aber nicht "bloß zum Zeitvertreib" gespielt werden. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, welcher sich der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 22. März 1999, Zl. 98/17/0134, angeschlossen hatte, etwa dann der Fall, wenn der Spielveranstalter vorsätzlich Serienspiele veranlasst oder zu solchen Gelegenheit bietet vergleiche OGH 3.10.2002, Zl. 12 Os 49/02; OGH 2.7.1992, Zl. 15 Os 21/92; OGH 22.8.1991, Zl. 15 Os 27/91). Da somit eine Strafbarkeit gemäß Paragraph 168, StGB auch dann gegeben sein kann, wenn zwar Einsätze von unter 10 Euro pro Einzelspiel geleistet werden, es sich aber um Serienspiele iSd OGH-Judikatur handelt, ist in diesen Fällen hinsichtlich des Verhältnisses zu den Verwaltungsstraftatbeständen des GSpG nicht auf Paragraph 52, Absatz 2, GSpG, sondern auf die eingangs zitierte Judikatur zurückzugreifen, der zufolge eine allenfalls anzuwendende glücksspielgesetzliche Verwaltungsstrafbestimmung hinter den gerichtlichen Straftatbestand des Paragraph 168, StGB stillschweigend zurücktritt.

Auch der Verfassungsrechtler Heinz Mayer vertritt in seinem Beitrag: "Das Verbot der Doppelbestrafung im Glücksspielrecht", ecolex 2013, Seiten 80 ff, die Auffassung, dass mit dem § 52 Abs. 2 GSpG nur das Merkmal "geringe Beträge" im § 168 Abs. 1 StGB präzisiert wurde. Nach Analyse der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs (VfSlg 15.199 und VfSlg 18.833) betreffend Vermeidung eines Verstoßes gegen das Doppelbestrafungsverbot durch verfassungskonforme Interpretation hält Mayer dem zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 22. August 2012 mit Recht kritisch entgegen (vgl ecolex 2013, 81 f): Auch der Verfassungsrechtler Heinz Mayer vertritt in seinem Beitrag: "Das Verbot der Doppelbestrafung im Glücksspielrecht", ecolex 2013, Seiten 80 ff, die Auffassung, dass mit dem Paragraph 52, Absatz 2, GSpG nur das Merkmal "geringe Beträge" im Paragraph 168, Absatz eins, StGB präzisiert wurde. Nach Analyse der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs (VfSlg 15.199 und VfSlg 18.833) betreffend Vermeidung eines Verstoßes gegen das Doppelbestrafungsverbot durch verfassungskonforme Interpretation hält Mayer dem

zierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 22. August 2012 mit Recht kritisch entgegen vergleiche ecolex 2013, 81 f):

"Wenn der VwGH im Erk v 22.8.2012 (FN 5: VwGH 22.8.2012,2012/17/0156) nunmehr die Subsidiarität nur insoweit gelten lassen will, als es ausschließlich um Einsätze von mehr als Euro 10,- geht, so verkennt er die verfassungsrechtliche Bedeutung des Doppelbestrafungsverbots und das Erk des VfGH VfSlg 15.199. Folgt man dem VwGH, so hätte § 52 Abs. 2 GSpG eine Doppelbestrafung dort ermöglicht, wo sie nach früherer Rechtslage nicht möglich war; dies lediglich deshalb, weil § 52 Abs. 2 GSpG nunmehr den Begriff des 'geringen Betrages' des § 168 Abs. 1 StGB definiert. Diese Auffassung ist unzutreffend; sie kann sich weder auf den Gesetzestext noch auf die Gesetzesmaterialien stützen. Die ErläutRV (FN 6: 658 BlgNR 14. GP 8) zur GSpG-Nov 2008 (FN 7: BGBl I 2010/54) zeigen deutlich, dass der Gesetzgeber beabsichtigte, der Rsp. des VfGH Rechnung zu tragen und eine subsidiäre Kompetenz der Verwaltungsstrafbehörde zu normieren." Wenn der VwGH im Erk v 22.8.2012 (FN 5: VwGH 22.8.2012, 2012/17/0156) nunmehr die Subsidiarität nur insoweit gelten lassen will, als es ausschließlich um Einsätze von mehr als Euro 10,- geht, so verkennt er die verfassungsrechtliche Bedeutung des Doppelbestrafungsverbots und das Erk des VfGH VfSlg 15.199. Folgt man dem VwGH, so hätte Paragraph 52, Absatz 2, GSpG eine Doppelbestrafung dort ermöglicht, wo sie nach früherer Rechtslage nicht möglich war; dies lediglich deshalb, weil Paragraph 52, Absatz 2, GSpG nunmehr den Begriff des 'geringen Betrages' des Paragraph 168, Absatz eins, StGB definiert. Diese Auffassung ist unzutreffend; sie kann sich weder auf den Gesetzestext noch auf die Gesetzesmaterialien stützen. Die ErläutRV (FN 6: 658 BlgNR 14. Gesetzgebungsperiode 8) zur GSpG-Nov 2008 (FN 7: BGBl römisch eins 2010/54) zeigen deutlich, dass der Gesetzgeber beabsichtigte, der Rsp. des VfGH Rechnung zu tragen und eine subsidiäre Kompetenz der Verwaltungsstrafbehörde zu normieren.

Die vom VwGH im Erk 22.8.2012 (FN 8: VwGH 22.8.2012,2012/17/0156) gewählte Auslegung des § 52 Abs. 2 GSpG unterstellt dieser Bestimmung einen verfassungswidrigen Inhalt, indem sie nicht nur diese Bestimmung verkennt, sondern auch die Reichweite des verfassungsrechtlichen Doppelbestrafungsverbots gern Art 4 Abs. 1 7. ZP. Die vom VwGH in diesem Erk vertretene Rechtsansicht macht es im Ergebnis ausschließlich vom Verhalten eines von ihm nicht beeinflussbaren Dritten abhängig, ob ein Veranstalter nur vom Gericht oder zusätzlich auch von der Verwaltungsbehörde bestraft wird; eine solche Auslegung scheint auch unsachlich und damit gleichheitswidrig. Die vom VwGH im Erk 22.8.2012 (FN 8: VwGH 22.8.2012, 2012/17/0156) gewählte Auslegung des Paragraph 52, Absatz 2, GSpG unterstellt dieser Bestimmung einen verfassungswidrigen Inhalt, indem sie nicht nur diese Bestimmung verkennt, sondern auch die Reichweite des verfassungsrechtlichen Doppelbestrafungsverbots gern Artikel 4, Absatz eins, 7. ZP. Die vom VwGH in diesem Erk vertretene Rechtsansicht macht es im Ergebnis ausschließlich vom Verhalten eines von ihm nicht beeinflussbaren Dritten abhängig, ob ein Veranstalter nur vom Gericht oder zusätzlich auch von der Verwaltungsbehörde bestraft wird; eine solche Auslegung scheint auch unsachlich und damit gleichheitswidrig.

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass die im Erk VwGH 22.8.2012 vertretene Auffassung in Konflikt mit der Rsp. des OGH im Falle von Serienspielen gerät; in diesen Fällen nimmt der OGH auch bei geringen Einsätzen eine Strafbarkeit gern § 168 StGB an (FN 9: Vgl. OGH 14.12.1982, 9 Os 137/82; 22.8.1991, 15 Os 27/91; 3.10.2002, 12 Os 49/02 EvBl 2003/22). "Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass die im Erk VwGH 22.8.2012 vertretene Auffassung in Konflikt mit der Rsp. des OGH im Falle von Serienspielen gerät; in diesen Fällen nimmt der OGH auch bei geringen Einsätzen eine Strafbarkeit gern Paragraph 168, StGB an (FN 9: Vgl. OGH 14.12.1982, 9 Os 137/82; 22.8.1991, 15 Os 27/91; 3.10.2002, 12 Os 49/02 EvBl 2003/22)."

In seiner Grundsatzentscheidung vom 13. Juni 2013, ZI.B 422/2013, tritt der Verfassungsgerichtshof der beginnend mit dem Erkenntnis vom 22. August 2012, ZI. 2012/17/0156, geänderten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ausdrücklich entgegen und führt zur Abgrenzung der verwaltungsrechtlichen von der gerichtlichen Strafbarkeit im Glücksspielrecht (Hervorhebungen nicht im Original) unter Punkt III. (RN 26 ff) Folgendes aus: In seiner Grundsatzentscheidung vom 13. Juni 2013, ZI. B 422 aus 2013,, tritt der Verfassungsgerichtshof der beginnend mit dem Erkenntnis vom 22. August 2012, ZI. 2012/17/0156, geänderten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes ausdrücklich entgegen und führt zur Abgrenzung der verwaltungsrechtlichen von der gerichtlichen Strafbarkeit im Glücksspielrecht (Hervorhebungen nicht im Original) unter Punkt römisch drei. (RN 26 ff) Folgendes aus:

"[...]

Ungeachtet der Formulierung des § 52 Abs. 2 GSpG (iVm dem Straftatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG) kann diesem

nicht der (verfassungswidrige) Inhalt unterstellt werden, dass die Abgrenzung der Zuständigkeit der Verwaltungsstraßbehörde nach dem Glücksspielgesetz und der Strafgerichte nach § 168 StGB nach den vom jeweiligen Spieler tatsächlich geleisteten Einsätzen (höchstens oder über € 10,-) abhängt. Der Verwaltungsstraftatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG erfasst nämlich das Veranstellen, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen von verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG. Die Strafbarkeit knüpft somit nicht - wie dies aus der Textierung des § 52 Abs. 2 GSpG missverstanden werden könnte - an das Verhalten des konkreten Spielers - also daran, ob dieser im Einzelfall einen Einsatz von höchstens oder unter € 10,- an einem Glücksspielautomaten tatsächlich leistet - an, sondern stellt auf das Verhalten jener Person ab, die einem Spieler verbotene Ausspielungen ermöglicht ('wer ... veranstaltet, organisiert, anbietet oder unternehmerisch zugänglich macht ...' - § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG). Bei der Abgrenzung der Strafbarkeit nach § 52 Abs. 1 (Z 1) GSpG und nach § 168 StGB sowie damit auch der Zuständigkeit der Verwaltungsstraßbehörden und der Strafgerichte ist somit - bei einer verfassungskonformen, das Verbot der Doppelbestrafung gemäß Art. 4 Abs. 1 7. ZPEMRK berücksichtigenden Auslegung (vgl. VfSlg. 15.199/1998 mwN) - darauf abzustellen, ob derjenige, der eine Ausspielung etwa mit einem Glücksspielapparat oder Glücksspielautomaten bzw. mit einem darauf installierten Spielprogramm veranstaltet, organisiert, anbietet oder unternehmerisch zugänglich macht, der bzw. das Einsätze von höchstens € 10,- oder mehr als €10,- ermöglicht. Würde auf die tatsächlichen Einsätze des jeweiligen Spielers abgestellt (wie dies der Verwaltungsgerichtshof in der zitierten Rechtsprechung [Anm.: VwGH vom 22.08.2012, 2012/17/0156, VwGH vom 27.02.2013, 2012/17/0342 und VwGH vom 15.03.2013, 2012/17/0365] und die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid tun), würde eine Tat, also ein Lebenssachverhalt bzw. dasselbe Verhalten einer Person (nämlich des in § 52 Abs. 1 [Z 1] GSpG und § 168 StGB umschriebenen Täterkreises), in mehrere strafbare Handlungen zerlegt, obwohl diese strafbaren Handlungen dieselben wesentlichen Elemente ('essential elements') aufweisen und die eine strafbare Handlung den Unrechtsgehalt der anderen in jeder Beziehung mitumfasst. Das Veranstellen, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen von verbotenen Ausspielungen, bei denen Einsätze bis zu € 10,- pro Spiel geleistet werden können, erschöpft sich vollständig in dem gemäß § 168 Abs. 1 StGB strafbaren Verhalten in Bezug auf (Automaten)Glücksspiele bzw. die darauf installierten Spielprogramme mit Einsätzen über € 10,-. Ungeachtet der Formulierung des Paragraph 52, Absatz 2, GSpG in Verbindung mit dem Straftatbestand des Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, GSpG) kann diesem nicht der (verfassungswidrige) Inhalt unterstellt werden, dass die Abgrenzung der Zuständigkeit der Verwaltungsstraßbehörde nach dem Glücksspielgesetz und der Strafgerichte nach Paragraph 168, StGB nach den vom jeweiligen Spieler tatsächlich geleisteten Einsätzen (höchstens oder über € 10,-) abhängt. Der Verwaltungsstraftatbestand des Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, GSpG erfasst nämlich das Veranstellen, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen von verbotenen Ausspielungen im Sinne des Paragraph 2, Absatz 4, GSpG. Die Strafbarkeit knüpft somit nicht - wie dies aus der Textierung des Paragraph 52, Absatz 2, GSpG missverstanden werden könnte - an das Verhalten des konkreten Spielers - also daran, ob dieser im Einzelfall einen Einsatz von höchstens oder unter € 10,- an einem Glücksspielautomaten tatsächlich leistet - an, sondern stellt auf das Verhalten jener Person ab, die einem Spieler verbotene Ausspielungen ermöglicht ('wer ... veranstaltet, organisiert, anbietet oder unternehmerisch zugänglich macht ...' - Paragraph 52, Absatz eins Z, 1 GSpG). Bei der Abgrenzung der Strafbarkeit nach Paragraph 52, Absatz eins, (Ziffer eins,) GSpG und nach Paragraph 168, StGB sowie damit auch der Zuständigkeit der Verwaltungsstraßbehörden und der Strafgerichte ist somit - bei einer verfassungskonformen, das Verbot der Doppelbestrafung gemäß Artikel 4, Absatz eins, 7. ZPEMRK berücksichtigenden Auslegung vergleiche VfSlg. 15.199 aus 1998, mwN) - darauf abzustellen, ob derjenige, der eine Ausspielung etwa mit einem Glücksspielapparat oder Glücksspielautomaten bzw. mit einem darauf installierten Spielprogramm veranstaltet, organisiert, anbietet oder unternehmerisch zugänglich macht, der bzw. das Einsätze von höchstens € 10,- oder mehr als €10,- ermöglicht. Würde auf die tatsächlichen Einsätze des jeweiligen Spielers abgestellt (wie dies der Verwaltungsgerichtshof in der zitierten Rechtsprechung [Anm.: VwGH vom 22.08.2012, 2012/17/0156, VwGH vom 27.02.2013, 2012/17/0342 und VwGH vom 15.03.2013, 2012/17/0365] und die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid tun), würde eine Tat, also ein Lebenssachverhalt bzw. dasselbe Verhalten einer Person (nämlich des in Paragraph 52, Absatz eins [, Z, 1] GSpG und Paragraph 168, StGB umschriebenen Täterkreises), in mehrere strafbare Handlungen zerlegt, obwohl diese strafbaren Handlungen dieselben wesentlichen Elemente ('essential elements') aufweisen und die eine strafbare Handlung den Unrechtsgehalt der anderen in jeder Beziehung mitumfasst. Das Veranstellen, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen von verbotenen Ausspielungen, bei

denen Einsätze bis zu € 10,- pro Spiel geleistet werden können, erschöpft sich vollständig in dem gemäß Paragraph 168, Absatz eins, StGB strafbaren Verhalten in Bezug auf (Automaten)Glücksspiele bzw. die darauf installierten Spielprogramme mit Einsätzen über € 10,-.

Bei einer verfassungskonformen Interpretation des § 52 Abs. 2 (iVm § 52 Abs. 1 Z 1) GSpG hinsichtlich der Abgrenzung der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden von jener der Strafgerichte darf es somit nur darauf ankommen, ob eine 'Glücksspielveranstaltung' (also das Veranstellen, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen von verbotenen Ausspielungen mit Spielautomaten über einen bestimmten Zeitraum) mit einem Einsatz von über € 10,- pro Spiel ermöglicht wird, und nicht darauf, ob der jeweilige Spieler Einsätze von höchstens € 10,- oder mehr als € 10,- tatsächlich leistet. Dabei umfasst das Veranstellen, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen jeweils nur einen konkreten Spielautomaten und nicht mehrere Spielautomaten (gemeinsam). Bei einer verfassungskonformen Interpretation des Paragraph 52, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins,) GSpG hinsichtlich der Abgrenzung der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden von jener der Strafgerichte darf es somit nur darauf ankommen, ob eine 'Glücksspielveranstaltung' (also das Veranstellen, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen von verbotenen Ausspielungen mit Spielautomaten über einen bestimmten Zeitraum) mit einem Einsatz von über € 10,- pro Spiel ermöglicht wird, und nicht darauf, ob der jeweilige Spieler Einsätze von höchstens € 10,- oder mehr als € 10,- tatsächlich leistet. Dabei umfasst das Veranstellen, Organisieren, Anbieten oder unternehmerisch Zugänglichmachen jeweils nur einen konkreten Spielautomaten und nicht mehrere Spielautomaten (gemeinsam).

3.4. Die belangte Behörde hat somit dem § 52 Abs. 2 (iVm § 52 Abs. 1 Z 1) GSpG einen verfassungswidrigen Inhalt unterstellt, indem sie nicht auf den maximal möglichen Einsatz der vom Beschwerdeführer betriebenen Glücksspielautomaten, sondern auf den jeweils von Spielern geleisteten Einsatz pro Spiel abstellte. Da der Beschwerdeführer unbestrittenermaßen Ausspielungen mit zwei Glücksspielautomaten, welche einen Höchsteinsatz von € 10,50 pro Spiel ermöglichten, veranstaltete und deswegen auch in erster Instanz strafgerichtlich gemäß § 168 StGB verurteilt wurde, scheidet eine doppelte Bestrafung wegen ein und derselben Tat nach § 52 Abs. 1 Z 1 (iVm § 52 Abs. 2) GSpG aus. 3.4. Die belangte Behörde hat somit dem Paragraph 52, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins,) GSpG einen verfassungswidrigen Inhalt unterstellt, indem sie nicht auf den maximal möglichen Einsatz der vom Beschwerdeführer betriebenen Glücksspielautomaten, sondern auf den jeweils von Spielern geleisteten Einsatz pro Spiel abstellte. Da der Beschwerdeführer unbestrittenermaßen Ausspielungen mit zwei Glücksspielautomaten, welche einen Höchsteinsatz von € 10,50 pro Spiel ermöglichten, veranstaltete und deswegen auch in erster Instanz strafgerichtlich gemäß Paragraph 168, StGB verurteilt wurde, scheidet eine doppelte Bestrafung wegen ein und derselben Tat nach Paragraph 52, Absatz eins, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 52, Absatz 2,) GSpG aus.

3.5. Aus der dargelegten verfassungskonformen Interpretation der Abgrenzungsregelung des § 52 Abs. 2 GSpG ergibt sich im Übrigen die Verpflichtung der Verwaltungsstrafbehörde - auch nach Maßgabe der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz gemäß Art. 7 B-VG bzw. Art. 2 StGG und auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter gemäß Art. 83 Abs. 2 B-VG - stets zu ermitteln, welcher mögliche Höchsteinsatz an einem Glücksspielautomat geleistet werden kann (bzw. ob Serienspiele veranlasst werden können), um derart beurteilen zu können, ob eine Gerichtszuständigkeit gemäß § 168 StGB oder die Zuständigkeit der Verwaltungsstrafbehörden gemäß § 52 Abs. 1 GSpG besteht." 3.5. Aus der dargelegten verfassungskonformen Interpretation der Abgrenzungsregelung des Paragraph 52, Absatz 2, GSpG ergibt sich im Übrigen die Verpflichtung der Verwaltungsstrafbehörde - auch nach Maßgabe der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz gemäß Artikel 7, B-VG bzw. Artikel 2, StGG und auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter gemäß Artikel 83, Absatz 2, B-VG - stets zu ermitteln, welcher mögliche Höchsteinsatz an einem Glücksspielautomat geleistet werden kann (bzw. ob Serienspiele veranlasst werden können), um derart beurteilen zu können, ob eine Gerichtszuständigkeit gemäß Paragraph 168, StGB oder die Zuständigkeit der Verwaltungsstrafbehörden gemäß Paragraph 52, Absatz eins, GSpG besteht."

Dieser Rechtsansicht des Verfassungsgerichtshofes schloss sich nunmehr auch der Verwaltungsgerichtshof - in ausdrücklicher Abkehr von seiner zuvor zitierten Rechtsansicht - an (vgl. VwGH 23.7.2013, ZI. 2012/17/0249). Dieser Rechtsansicht des Verfassungsgerichtshofes schloss sich nunmehr auch der Verwaltungsgerichtshof - in ausdrücklicher Abkehr von seiner zuvor zitierten Rechtsansicht - an (vergleiche VwGH 23.7.2013, ZI. 2012/17/0249).

IV.3. Zudem ist gemäß § 22 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 - VStG idFBGBI I Nr. 33/2013, soweit die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen, eine Tat als Verwaltungsübertretung nur dann strafbar, wenn sie nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet. römisch vier.3. Zudem ist gemäß Paragraph 22, Absatz eins, Verwaltungsstrafgesetz 1991 - VStG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, soweit die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen, eine Tat als Verwaltungsübertretung nur dann strafbar, wenn sie nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet.

Mit dem am 1. März 2013 in Kraft getretenen § 22 VStG idFBGBI I Nr. 33/2013, der mangels anderslautender Übergangsbestimmung auch für den vorliegenden Fall maßgeblich ist, soll nach dem Willen des Gesetzgebers nunmehr eine generell subsidiäre verwaltungsbehördliche Strafbarkeit normiert werden und eine Tat "als Verwaltungsübertretung nur dann strafbar sein, wenn sie nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet" (vgl. Erl RV BGBI I Nr. 33/2013, 2009 BlgNR 24. GP, Seite 20 "Zu Z 4 (§ 22 samt Überschrift)"). Mit dem am 1. März 2013 in Kraft getretenen Paragraph 22, VStG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, der mangels anderslautender Übergangsbestimmung auch für den vorliegenden Fall maßgeblich ist, soll nach dem Willen des Gesetzgebers nunmehr eine generell subsidiäre verwaltungsbehördliche Strafbarkeit normiert werden und eine Tat "als Verwaltungsübertretung nur dann strafbar sein, wenn sie nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet" vergleiche Erl Regierungsvorlage Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, 2009 BlgNR 24. GP, Seite 20 "Zu Ziffer 4, (Paragraph 22, samt Überschrift)".

Aus dem § 22 Abs. 2 VStG idFBGBI I Nr. 33/2013 ergibt sich nunmehr, dass sowohl Taten, die zueinander in Realkonkurrenz stehen ("Hat jemand durch mehrere selbstständige Taten mehrere Verwaltungsübertretungen begangen") als auch Taten, die zueinander in echter Idealkonkurrenz stehen ("oder fällt eine Tat unter mehrere einander nicht ausschließende Strafdrohungen"), entweder von einer oder von mehreren Verwaltungsbehörden nebeneinander zu bestrafen sind. Aus dem Paragraph 22, Absatz 2, VStG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013, ergibt sich nunmehr, dass sowohl Taten, die zueinander in Realkonkurrenz stehen ("Hat jemand durch mehrere selbstständige Taten mehrere Verwaltungsübertretungen begangen") als auch Taten, die zueinander in echter Idealkonkurrenz stehen ("oder fällt eine Tat unter mehrere einander nicht ausschließende Strafdrohungen"), entweder von einer oder von mehreren Verwaltungsbehörden nebeneinander zu bestrafen sind.

Auf Grund der in der Neufassung des § 22 Abs. 1 VStG generell vorgesehenen ausdrücklichen Subsidiarität der verwaltungsbehördlichen Strafbarkeit gegenüber Gerichtsdelikten ist konsequenter Weise die in der alten Fassung des § 22 Abs. 2 VStG noch enthaltene Bestimmung, nach der auch beim Zusammentreffen von Verwaltungsübertretungen mit von einem Gericht zu ahndenden strafbaren Handlungen die Strafen nebeneinander zu verhängen waren, entfallen. Auf Grund der in der Neufassung des Paragraph 22, Absatz eins, VStG generell vorgesehenen ausdrücklichen Subsidiarität der verwaltungsbehördlichen Strafbarkeit gegenüber Gerichtsdelikten ist konsequenter Weise die in der alten Fassung des Paragraph 22, Absatz 2, VStG noch enthaltene Bestimmung, nach der auch beim Zusammentreffen von Verwaltungsübertretungen mit von einem Gericht zu ahndenden strafbaren Handlungen die Strafen nebeneinander zu verhängen waren, entfallen.

Offenbar im Interesse der Rechtssicherheit zwecks zuverlässiger Vermeidung einer verfassungsrechtlichen Konfliktlage soll eine Tat ganz allgemein nur mehr dann als Verwaltungsübertretung strafbar sein, wenn sie nicht auch - wenn auch nur teilweise - den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet. Auf diese Weise können auch schwierige Auslegungsfragen im Zusammenhang mit einer bisher nur stillschweigend anzunehmenden Subsidiarität (vgl. etwa "same essential elements" - Doktrin des VfGH) vermieden und die Verwaltungsbehörden entlastet werden. "Offenbar im Interesse der Rechtssicherheit zwecks zuverlässiger Vermeidung einer verfassungsrechtlichen Konfliktlage soll eine Tat ganz allgemein nur mehr dann als Verwaltungsübertretung strafbar sein, wenn sie nicht auch - wenn auch nur teilweise - den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet. Auf diese Weise können auch schwierige Auslegungsfragen im Zusammenhang mit einer bisher nur stillschweigend anzunehmenden Subsidiarität vergleiche etwa "same essential elements" - Doktrin des VfGH) vermieden und die Verwaltungsbehörden entlastet werden."

Das Verwaltungsgericht Wien stellt fest, dass im Rahmen der Kontrolle durch die Finanzpolizei zur Tatzeit am Tatort einerseits nicht festgestellt wurde, ob mit einem der angeführten acht Spiele, die angeboten worden sind, mit

Einsätzen von mehr als 10,- Euro gespielt werden konnte und auch nicht, ob Serienspiele möglich waren. Die Möglichkeiten der Einsatzsteigerung durch das „vorgeschaltete Würfelspiel“, von dem nur lapidar festgestellt wurde, es handle sich dabei um kein eigenes Spiel, wurde nicht näher erläutert, auch die Möglichkeit, mit Hilfe der „Automatik-Start-Taste“ rasch höhere Beträge einzusetzen, wurde nicht entsprechend dargestellt.

Insofern besteht keine Veranlassung, am Zutreffen der ausführlichen Erörterungen des oberösterreichischen Landesverwaltungsgerichtes in dem zitierten Erkenntnis, wie sich insbesondere auch auf ein baugleiches Glücksspielgerät von „K. ...“ beziehen und auch auf der Grundlage von Probespielen erfolgte.

Das Verwaltungsgericht Wien erachtet daher nicht als erwiesen, dass eine Verwaltungsübertretung nach dem Glücksspielgesetz vorliegt, zumal im Sinne der höchstgerichtlichen Judikatur (trotz eines diesbezüglich unsubstanziellen Vorbringens des Beschwerdeführers) auch ein Verstoß gegen § 168 StGB vorliegen kann, zumal dies im Rahmen der Amtshandlung, die zu der gegenständlichen Anzeige führte, nicht hinreichend untersucht worden ist. Das Verwaltungsgericht Wien erachtet daher nicht als erwiesen, dass eine Verwaltungsübertretung nach dem Glücksspielgesetz vorliegt, zumal im Sinne der höchstgerichtlichen Judikatur (trotz eines diesbezüglich unsubstanziellen Vorbringens des Beschwerdeführers) auch ein Verstoß gegen Paragraph 168, StGB vorliegen kann, zumal dies im Rahmen der Amtshandlung, die zu der gegenständlichen Anzeige führte, nicht hinreichend untersucht worden ist.

Es war daher der Beschwerde spruchgemäß Folge zu geben und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahren zu verfügen.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

Der Amtspartei steht die Möglichkeit der ordentlichen Revision offen.

Schlagworte

Glücksspiel; mangelnde Feststellung, ob mit Einsätzen von mehr als € 10 gespielt werden kann;
Doppelbestrafungsverbot

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2014:VGW.001.007.5738.2014

Zuletzt aktualisiert am

13.08.2014

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