

# TE Lvwg Erkenntnis 2017/10/24 405-10/169/1/13-2017

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.10.2017

## Entscheidungsdatum

24.10.2017

## Index

40/01 Verwaltungsverfahren

34 Monopole

## Norm

VStG §45 Abs1 Z1

GSpG 1989 52 Abs1 Z1

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Salzburg hat durch den Richter Ing. Dr. Adalbert Lindner über die Beschwerde der AB AA, AD AE, vertreten durch Dr. AH AG, AK, AI AJ, gegen den Bescheid der belangten Behörde Landespolizeidirektion Salzburg vom 06.07.2016, Zahl 348007/15,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz) iVm § 45 Abs 1 Z 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) und § 52 Abs 1 Z 1 (1. Tatbild) Glücksspielgesetz (GSpG) wird der Beschwerde Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist nach Art 133 Abs 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Salzburg vom 06.07.2016, ZI 348007/15, wurde der Beschwerdeführerin vorgeworfen, im Lokal "AZ" in 5020 Salzburg, AF, mittels neun Glücksspielgeräte verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 GSpG veranstaltet zu haben. Es wurden ihr deshalb Verwaltungsübertretungen gemäß § 52 Abs 1 Z 1 (1. Tatbild) GSpG zur Last gelegt und pro Glücksspielapparat eine Geldstrafe in Höhe von € 9.000 (Ersatzfreiheitsstrafe: 14 Tage) über sie verhängt.

Die belangte Behörde führte im angefochtenen Bescheid aus, dass auf den neun Glücksspielgeräten jeweils mehrere sogenannte „Walzensimulationsspiele“ mit unterschiedlichen Einsatzhöhen und in Aussicht gestellten Gewinnen gespielt werden konnten. Ein Spieler habe bei diesen Geräten nur die Möglichkeit, nach Herstellung eines Guthabens,

die Einsatzhöhe pro Spiel festzulegen und das Spiel durch das Drücken der Starttaste auszulösen. Eine Möglichkeit, auf den Ausgang des Spieles Einfluss zu nehmen, gebe es dabei nicht. Veranstaltet seien diese Ausspielungen von der Beschwerdeführerin worden.

In der fristgerechten Beschwerde vom 26.07.2016 führte die Beschwerdeführerin (zusammengefasst) aus, dass sie die ihr vorgeworfenen Taten nicht begangen habe und auch kein Verstoß gegen die Bestimmungen des § 52 Abs 1 GSpG vorläge. Insbesondere habe sie keine verbotenen Ausspielungen veranstaltet. Zudem würden die angewendeten strafrechtlichen Bestimmungen dem Unionsrecht widersprechen und dürften diese gar nicht zur Anwendung gelangen.

In dieser Angelegenheit wurde vom Landesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung am 09.03.2017 und am 05.09.2017 durchgeführt. Zu diesen Verhandlungen sind der Vertreter der Beschwerdeführerin, die Beschwerdeführerin selbst sowie ein Vertreter des Finanzamtes erschienen, mehrere Kontrollorgane wurden als Zeugen vernommen. Im Zuge des Verfahrens nahm das Landesverwaltungsgericht in Hinblick auf die Beurteilung der Unionsrechtskonformität des Glücksspielgesetzes verschiedene amtswegig beige-schaffte Unterlagen zum Akt, die auch dem Vertreter der Beschwerdeführerin, samt Möglichkeit zur Stellungnahme, zur Kenntnis gebracht wurden. Dieser wiederum übermittelte eine Stellungnahme mit Ausführungen zur Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes samt umfassenden Beilagen.

Sachverhalt und Beweiswürdigung:

Bei einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz, durchgeführt von Kontrollorganen des Finanzamtes Salzburg-Stadt am 18.11.2015, im Lokal "AZ", AF, 5020 Salzburg, wurden neun betriebsbereit aufgestellt und voll funktionsfähige Glücksspielgeräte vorgefunden. Diese Geräte wurden mit den "internen" Nummern FPT51-1 bis FPT51-3 und FPT51-5 bis FPT51-10 bezeichnet. Alle Geräte wurden von den Kontrollorganen katalogisiert, eine umfangreiche Fotodokumentation angefertigt und in der Folge probegespielt. Der Spielablauf wurde in den sogenannten GSp 26 Formularen festgehalten.

Auf allen Geräten konnten jeweils virtuelle Walzenspiele durchgeführt werden, bei denen nach Herstellung eines Guthabens (im gegenständlichen Fall durch Banknoteneinzug) und Spielauswahl, ein Spieleinsatz gewählt werden konnte, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan (in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen) zugeordnet ist. Mit jeder Steigerung des Einsatzbetrages werden sämtliche Werte im zugehörigen Gewinnspiel erhöht. Das Spiel wurde durch Tastenbetätigung ausgelöst und damit das Walzenspiel gestartet. Dabei werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entsteht. Nach einer kurzen Zeit (wenige Sekunden) kamen, ohne Einflussmöglichkeit des Spielers, die virtuellen Walzen zum Stillstand, wobei, je nach Anordnung der Symbole, entweder ein Gewinn aufgebucht oder der gewählte Spieleinsatz abgebucht wurde.

Bei der Testbespielung wurde beispielsweise für das Gerät FPT51-1 das Walzenspiel "Burning Fruits" ausgewählt und ein Höchsteinsatz von € 5 pro Spiel bei einem in Aussicht gestellten Höchstgewinn von € 20 (plus 498 Supergames) festgestellt. Eine Möglichkeit, gezielten Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen, etwa durch das willkürliche und gewollte Anhalten der Walzen, gab es dabei nicht. Im Anschluss an die Testbespielung wurden die gegenständlichen Geräte von der Finanzpolizei mit Versiegelungsplaketten versehen und (vorläufig) in Beschlag genommen.

Betreiberin und Inhaberin des Lokals, in dem die verfahrensgegenständlichen Glücksspielautomaten aufgestellt und betrieben wurden, war zum Zeitpunkt der Glücksspielkontrolle die nunmehrige Beschwerdeführerin. Diese ist auch die Eigentümerin der Geräte. Allfällige Gewinne wurden direkt an den Geräten oder mittels "Ticket" ausbezahlt. Auf wessen Rechnung und Gefahr die Ausspielungen erfolgten bzw ermöglicht wurden konnte nicht zweifelsfrei festgestellt werden. Konkrete Anhaltspunkte, dass die Beschwerdeführerin das Risiko des Gewinnes und Verlustes trägt, haben sich im Verfahren nicht ergeben.

Festzuhalten ist, dass der Sachverhalt nur insofern wiedergegeben wurde, als dieser für die Entscheidung relevant ist.

In beweiswürdiger Hinsicht:

Die Sachverhaltsfeststellungen stützen sich auf den vorliegenden Verfahrensakt sowie auf das Ergebnis der durchgeführten Beschwerdeverhandlungen und die dort verlesenen Unterlagen.

Unbestritten blieb, dass die Beschwerdeführerin Inhaberin und Betreiberin des gegenständlichen Lokals war. Unbestritten blieb auch, dass die Geräte im angeführten Zeitraum betriebsbereit aufgestellt und voll funktionsfähig waren.

Was den Nachweis der Veranstaltereigenschaft angeht ist festzuhalten, dass diesbezüglich weder die einvernommenen Kontrollorgane Angaben machen konnten noch die Beschwerdeführerin eine Aussage machen wollte. Diesbezüglich wurde stets auf die Unterlagen und Niederschriften im Akt verwiesen. Diesen Niederschriften sind jedoch keine konkreten Hinweise zu entnehmen, auf wessen Rechnung und Gefahr die Ausspielungen durchgeführt werden konnten. Im Gegenteil, es findet sich lediglich der Vermerk, dass die Beschwerdeführerin als Veranstalter vorläufig ermittelt wurde - offenbar aufgrund ihrer unbestrittenen Eigenschaft als Geräteinhaberin und Lokalbetreiberin - und die Aussage des BA BB, einem ehemaligen Lokalmitarbeiter, dass die Gewinne, zumindest bei den Sportwettenterminals, von der Firma BC in bar rückerstattet wurden. Dieser Umstand weist wiederum darauf hin, dass diese Spiele gerade nicht auf Rechnung der Beschwerdeführerin erfolgten. Aufgrund dieser Hinweise und Umstände sah sich das Landesverwaltungsgericht hier nicht in der Lage, auch unter Berücksichtigung mangelhafter Mitwirkung der Beschwerdeführerin, als erwiesen festzustellen, dass die verbotenen Ausspielungen auf Gefahr und Rechnung dieser erfolgten.

Die Feststellungen zum Spielablauf und zum zufallsabhängigen Spielergebnis der auf den Spielautomaten angebotenen virtuellen Walzenspiele gründen sich auf die im Verfahrensakt aufliegende unmittelbar bei der Bespielung angefertigte Spieldokumentation der Finanzpolizei und die Zeugenaussagen der Kontrollorgane in der Beschwerdeverhandlung. Insgesamt hat das Verwaltungsgericht auch keine Veranlassung, die Zeugenaussage des Kontrollorganes zum nicht beeinflussbaren Spielablauf der auf den gegenständlichen Geräten angebotenen Walzenspiele in Zweifel zu ziehen. Auch im Hinblick auf die ausgesprochen kurze "Spieldauer" (Zeit zwischen dem Betätigen der Starttaste und dem Stillstand der virtuellen Walzen) kann nicht ernsthaft davon ausgegangen werden, dass hier gezielt und bewusst, auch mit großer Übung, das Spielergebnis (Anordnung der Symbole) beeinflusst werden kann.

Bekannt ist zudem, dass das Land Salzburg generell keine Bewilligungen für Landesauspielungen mit Glücksspielautomaten gemäß § 5 GSpG erteilt hat.

Das Landesverwaltungsgericht hat hiezu erwogen:

Die maßgeblichen rechtlichen Bestimmungen lauten (auszugsweise) wie folgt

Gemäß § 38 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art 130 Abs 1 B-VG in Verwaltungsstrafsachen die Bestimmungen des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG, BGBl Nr 52/1991, ... , und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

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

Gemäß § 1 Abs 1 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 § 2 Abs 1 GSpG, BGBl 620/1989 idF BGBl I 73/2010, sind Ausspielungen Glücksspiele,

1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und
2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und
3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

Um verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 GSpG handelt es sich bei Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 GSpG ausgenommen sind.

Gemäß § 52 Abs 1 GSpG, BGBl 620/1989 idFBGBl I 105/2014, 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,

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; ...

Rechtliche Beurteilung:

§ 52 Abs 1 Z 1 (1. Tatbild) GSpG stellt das Veranstalten von zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 GSpG unter Strafe. Als Veranstalter kommt in Betracht, wer solche Spiele auf seine Rechnung und Gefahr ermöglicht, also das Risiko des Gewinns und Verlusts von seiner Vermögenssphäre trägt.

Nach dem festgestellten Spielablauf handelt es sich bei den auf den Spielgeräten angebotenen virtuellen Walzenspiele um Glücksspiele, bei denen die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt (vgl VwGH 27.04.2012, 2011/17/0074 - Walzenspielgeräte). Spieleinsätze (in Form von Geld) waren zu leisten, Gewinne wurden in Aussicht gestellt und im Falle ihres Eintretens auch ausbezahlt. Weder wurde für diese Geräte und Spiele eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz erteilt, noch sind sie vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen. Bei den angebotenen virtuellen Walzenspielen handelt es sich damit nach Ansicht des erkennenden Verwaltungsgerichtes jedenfalls um verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 GSpG.

Wesentliches Tatbestandsmerkmal des vorgeworfenen Tatbildes des "Veranstaltens" ist auch, dass solche Ausspielungen auf Rechnung und Gefahr der Beschwerdeführerin ermöglicht wurden, also das Risiko in ihrer Vermögenssphäre liegt. Gerade dieses Tatbestandsmerkmal konnte aber, wie es § 45 Abs 1 Z 1 VStG verlangt, nicht erwiesen werden. Dies deshalb, da nicht (mehr) mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit festgestellt werden kann, ob beispielsweise die Spieleinsätze von der Beschwerdeführerin einbehalten wurden (etwa durch Entleeren der Geldlade) und Gewinne aus ihrer Kasse ausbezahlt wurden. Ergänzend darf diesbezüglich nochmals auf die Sachverhaltsfeststellungen und die Beweiswürdigung verwiesen werden.

Die zentrale Voraussetzung für die Verhängung einer Verwaltungsstrafe, dass die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat erwiesen werden kann, ist damit, zumindest was den Tatvorwurf angeht, nicht gegeben und kann nicht mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin die ihr vorgeworfene Verwaltungsübertretung tatsächlich begangen hat. Das angefochtene Straferkenntnis ist daher, zumindest im Zweifel, zu beheben und das gegen die Beschwerdeführerin geführte Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG einzustellen. Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich auch, auf die vorgebrachte Unvereinbarkeit der Verwaltungsstrafe mit dem Unionsrecht einzugehen.

Ergänzend ist festzuhalten, dass sich aus den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens und den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen ergibt, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Verhalten wohl verbotene Ausspielungen "unternehmerisch zugänglich" gemacht und damit das 3. Tatbild des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG verwirklicht hat. Ein "Austausch" des Vorwurfs, die Beschwerdeführerin habe nicht "das Veranstalten" solcher Ausspielungen zu verantworten, sondern "das unternehmerisch Zugänglichmachen", stellt nach Ansicht des erkennenden Verwaltungsgerichtes jedenfalls ein Auswechseln der Tat und damit eine Überschreitung der dem Verwaltungsgericht gezogenen rechtlichen Grenzen dar. Zumal der Tatvorwurf unverwechselbar konkretisiert sein muss, damit Beschuldigte in der Lage sind, auf den Vorwurf entsprechend zu reagieren. Im anhängigen Fall würde ein solcher "Austausch" damit über den Rahmen einer zulässigen Präzisierung jedenfalls hinausgehen (besonders nach Ablauf der Verfolgungsverjährungsfrist).

Zur Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Das Verwaltungsgericht hatte - bezogen auf den Einzelfall - zu beurteilen, ob der angefochtene Bescheid materiell- und verfahrensrechtlich rechtmäßig war. Mit seiner Entscheidung weicht das Landesverwaltungsgericht weder von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes; vgl die in dieser Entscheidung zitierte Judikatur des

Gerichtshofes. Weiters ist die zu den maßgebenden materiell- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, soweit relevant, auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen und liegen keine sonstigen Hinweise für eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

**Schlagworte**

Nachweis des Tatvorwurfes, Austausch Tatvorwurf, Tatbestandsmerkmale, zulässige Präzisierung

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LVWGSA:2017:405.10.169.1.13.2017

**Zuletzt aktualisiert am**

13.11.2017

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Salzburg LVwg Salzburg, <https://www.salzburg.gv.at/lvwg>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)