



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38710
Telefax: (43 01) 4000 99 38710
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: 1.) VGW-002/085/5018/2021
A. B.

Wien, 31.5.2021

2.) VGW-002/085/5019/2021
A. B.

Geschäftsabteilung: VGW-N

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin MMag. Dr. Salamun über die Beschwerde

1. des A. B. (VGW-002/085/5018/2021) gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Wien vom 19.02.2021, Zl. VStV/...1/2021, betreffend Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 3. Fall iVm § 2 Abs. 2 und 4 iVm § 4 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 idgF,

2. des A. B. (VGW-002/085/5019/2021) gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Wien vom 19.02.2021, Zl. VStV/...2/2021, betreffend Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 5 iVm § 50 Abs. 4 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 idgF,

IM NAMEN DER REPUBLIK

zu Recht e r k a n n t:

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben, werden die Straferkenntnisse behoben und die Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a Abs. 1 VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Entscheidungsgründe

I.

I.1.

Der Spruch des gegen A. B. als Beschuldigten (unternehmerisches Zugänglichmachen) gerichteten Straferkenntnisses (VGW-002/085/5018/2021) lautet:

„Datum/Zeit: 11.08.2020, 15:00 Uhr
Ort: Wien, C.-Straße, Lokalbetreiber: B. A.

Sie haben am 11.08.2020 um 15:00 Uhr, in Wien, C.-Straße Ecke D.-gasse im dortigen Lokal zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG unternehmerisch zugänglich gemacht, indem in ihren Lokal entgegen den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes geduldet wurde, dass in den Räumlichkeiten die funktionsfähigen und in betriebsbereitem Zustand aufgestellten Glücksspielgeräte

- 1.) E. ohne Seriennummer (FA Nr. 01)
- 2.) E. ohne Seriennummer (FA Nr. 02)
- 3.) F. ohne Seriennummer (FA Nr. 04)
- 4.) ohne Bezeichnung ohne Seriennummer (FA Nr. 05)
- 5.) G. ohne Seriennummer (FA Nr. 06)
- 6.) G. ohne Seriennummer (FA Nr. 07)

und dem dazugehörenden Ein- und Auszahlungsgerät ohne Seriennummer (FA Nr. 03) aufgestellt waren, an denen Personen die Möglichkeit zur Teilnahme an Glücksspielen im Inland hatten, wobei die Veranstaltung der verbotenen Ausspielungen gegen Entgelt im Lokal geduldet wurden und dadurch verbotene Glücksspiele (vorwiegend Walzenspiele) in Form von verbotenen Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht wurden.

An diesen Geräten wurden Personen die Möglichkeit zur Teilnahme an Walzenspielen geboten, bei denen Spielern nach Leistung eines Einsatzes, ein Gewinn für das Erzielen eines bestimmten Spielergebnisses, dass ausschließlich vom Zufall abhing, in Aussicht gestellt wurde.

Für den Betrieb dieser Geräte lag keine Bewilligung oder Konzession vor.

Durch Kontrollorgane der Finanzpolizei Team ... wurde am 11.08.2020 im Zeitraum von 15:00 Uhr bis 17:15 Uhr festgestellt, dass mit den Glücksspielgeräten mehrere Glücksspiele vor allem virtuelle Walzenspiele in unterschiedlichen Einsatzhöhen gespielt werden konnten.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. § 52 Abs. 1 Z 1 (3. Fall) i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 GspG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F.
2. § 52 Abs. 1 Z 1 (3. Fall) i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 GspG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F.
3. § 52 Abs. 1 Z 1 (3. Fall) i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 GspG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F.

4. § 52 Abs. 1 Z 1 (3. Fall) i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 GspG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F.
 5. § 52 Abs. 1 Z 1 (3. Fall) i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 GspG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F.
 6. § 52 Abs. 1 Z 1 (3. Fall) i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 GspG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F.

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

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
1. € 3.000,00	2 Tage		§ 52 Abs. 2 4. Strafsatz Glücksspiel-gesetz (GSpG)
2. € 3.000,00	2 Tage		§ 52 Abs. 2 4. Strafsatz Glücksspiel-gesetz (GSpG)
3. € 3.000,00	2 Tage		§ 52 Abs. 2 4. Strafsatz Glücksspiel-gesetz (GSpG)
4. € 3.000,00	2 Tage		§ 52 Abs. 2 4. Strafsatz Glücksspiel-gesetz (GSpG)
5. € 3.000,00	2 Tage		§ 52 Abs. 2 4. Strafsatz Glücksspiel-gesetz (GSpG)
6. € 3.000,00	2 Tage		§ 52 Abs. 2 4. Strafsatz Glücksspiel-gesetz (GSpG)

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung der Vorhaft):

keine

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 1.800,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe, jedoch mindestens 10 Euro für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 19.800,00"

I.2.

Der Spruch des gegen A. B. als Beschuldigten (Unterlassung der Mitwirkung) gerichteten Straferkenntnisses (VGW-002/085/5019/2021) lautet:

„Datum/Zeit: 11.08.2020, 15:00 Uhr
 Ort: Wien, C.-Straße, Lokalbetreiber: B. A.

Sie haben am 11.08.2020 von 15:00 bis 17:15 Uhr, als Inhaber des dortigen Lokals in Wien, C.-Straße Ecke D.-gasse, in welchem Sie mit den betriebsbereit aufgestellten Glücksspielgeräten die Teilnahme vom Inland aus an verbotenen Ausspielungen im Sinne

des § 2 Abs. 4 GSpG unternehmerisch zugänglich gemacht haben, gegen die Duldungs- und Mitwirkungspflicht gem. § 50 Abs. 4 2. Satz 1. und 4. Fall GspG verstoßen, indem Sie es unterlassen haben, dass eine Person anwesend ist, die Ihrer Auskunftspflicht gem. § 50 Abs. 4 2. Satz 2. und 4. Fall gegenüber Organen der öffentlichen Aufsicht nachkommen hätte können.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

1. § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.F. BGBl. I Nr. 105/2014 iVm § 50 Abs. 4 2. Satz 1. u. 4. Fall GSpG

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

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
1. € 1.000,00	2 Tage		§ 52 Abs. 2 2. Strafsatz Glücksspiel-gesetz (GSpG)

Weitere Verfügungen (zB Verfallsausspruch, Anrechnung der Vorhaft): ---

Keine

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 100,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe, jedoch mindestens 10 Euro für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

€ --- als Ersatz der Barauslagen für ---.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 1.100,00“

II.

Gegen die gegen A. B. als Beschuldigten gerichteten Straferkenntnisse (unternehmerische Zugänglichmachung, Unterlassung der Mitwirkung) richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher im Wesentlichen ausgeführt wird, der Beschuldigte habe die Verwaltungsübertretungen nicht begangen. Der EinschJ. sei zwar Hauptmieter der Lokalität, er habe das Lokal jedoch an eine dritte Person in Bestand gegeben. Der Untermietvertrag mit H. I. sei nach der Amtshandlung vom 11.8.2020 im Beisein von Zeugen aufgekündigt worden. Der EinschJ. sei daher auch nicht Inhaber der in Rede stehenden Geräte und habe diese auch nicht unternehmerisch zugänglich gemacht. Bereits nach Durchsicht des Behördenakts lasse sich ersehen, dass die Geräte weder öffentlich zugänglich noch betriebsbereit aufgestellt waren. Zudem könne der Beschwerdeführer nicht beurteilen, ob es sich bei den Geräten tatsächlich um Glücksspielgeräte gehandelt hat. Darüber hinaus

sei der Beschuldigte kein Adressat des § 50 Abs. 4 GSpG und habe auch nicht gegen eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht verstoßen; im Übrigen wäre auch ein Lokalinhaber in dieser Funktion schon per se kein Adressat des § 50 Abs. 4 GSpG.

Selbst wenn der Beschwerdeführer Lokalinhaber gewesen wäre, wäre er aufgrund des Selbstbeichtigungsverbotes nicht zur Mitwirkung verpflichtet gewesen, zumal nach der Offizialmaxime die Behörde dem Beschuldigten die Tat nachzuweisen habe und der Beschuldigte nicht gezwungen werden könne, aktiv an der Herstellung von Beweismitteln zu seiner Überführung oder der eines nahen Angehörigen beizutragen (EGMR 8.2.1996, Murray gg Vereinigtes Königreich). Darüber hinaus sei der Beschwerdeführer persönlich vor Ort gewesen und habe auch Auskünfte erteilt. Ist die auskunftspflichtige Person selbst vor Ort, bestehe offenkundig keine weitere Verpflichtung mehr, zusätzlich für die Anwesenheit einer weiteren Person zu sorgen, die „ihrer“ Auskunftspflicht nachkomme.

Eine Übertretung des GSpG könne von Vornherein nicht vorliegen, selbst wenn dies der Fall wäre, sei das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, da damit in unvertretbarer Rechtsansicht gegen das unionsrechtlich begründete Anwendungsverbot der §§ 52 bis 54 GSpG verstoßen werden würde (vgl. etwa Vorlageantrag LVwG Steiermark v 6.12.2019). Zudem habe der EuGH erst jüngst mit Urteil vom 12.9.2019 in den verbundenen Rechtssachen C-64/18 u.a. klargestellt, dass eine Regelung wie die gegenständliche Sanktionsnorm mit Unionsrecht in Widerspruch stehe, sodass sie zur Gänze unangewendet zu bleiben habe. Es liege jedenfalls ein grenzüberschreitender Sachverhalt vor (vgl. VwGH 21.1.2019, Ro 2018/17/0007), andernfalls aber ohnehin eine Inländerdiskriminierung.

Nach der ständigen Rsp des EuGH stelle jede Monopol- oder Konzessionsregelung eine Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit dar, widerspreche eine solche daher grundsätzlich den unmittelbar anwendbaren Grundfreiheiten und sei nicht anwendbar, sofern diese Beschränkung nicht vom Mitgliedstaat ausnahmsweise gerechtfertigt werden kann.

Der EuGH habe in seiner ab dem Jahr 2010 ergangenen Judikatur im Bereich des Glücksspiels ein sehr präzises Prüfprogramm entwickelt, unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise eine Monopol- oder Alleinkonzessionsregelung als solche - die ja als solche schon eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle - zulässig ist.

Wie der EuGH im Zusammenhang mit dem Glücksspiel in Auslegung des Art. 56 AEUV bereits mehrfach entschieden hat (verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, *Stoß*, Rz. 83; Rs. C-347/09, *Dickinger und Ömer*, Rz. 54; Rs. C-212/08, *Zeturf*, Rz. 58), sei eine so restriktive Maßnahme wie die Errichtung eines Monopols zur Beurteilung ihrer Vereinbarkeit mit dem freien Dienstleistungsverkehr hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit im Zuge der Prüfung der Geeignetheit von den nationalen Gerichten und Behörden zwingend auf folgende drei (kumulativ zu bejahende) Fragen zu prüfen:

- Kann vom Mitgliedstaat der Nachweis geführt werden, dass die kriminellen und betrügerischen Aktivitäten im Zusammenhang mit den Spielen und die Spielsucht im betreffenden Mitgliedstaat ein Problem waren und nur eine Ausweitung der zugelassenen und geregelten Tätigkeiten diesem Problem hätte abhelfen können?
- Kann vom Mitgliedstaat weiters der Nachweis geführt werden, dass die Geschäftspolitik des Konzessionärs - und insbesondere seine Werbeaktivitäten - maßvoll und begrenzt sind? Dies, so der EuGH, ist z.B. dann nicht der Fall, wenn „*verführerisch bedeutende Gewinne in Aussicht*“ gestellt werden.
- Genügt das Gesamtsystem der innerstaatlichen Glücksspielregelungen vor dem Hintergrund der konkreten Anwendungspraxis den Vorgaben des EuGH hinsichtlich seiner (rechtlichen und praktischen) Kohärenz?

Das österreichische Glücksspielmonopol genüge diesen Voraussetzungen offenkundigst nicht.

Die Rechtsfolge einer unionsrechtswidrigen gesetzlichen Bestimmung sei ebenso klar und sei der Anwendungsvorrang von Unionsrecht von jeder nationalen Behörde zu beachten.

Der EuGH habe im Urteil Pfleger vom 30.04.2014 in der Rs. C-390/12 klargestellt, dass das österreichische Glücksspielmonopol unionsrechtswidrig sei. Der erkennende Richter des UVS OÖ sei nämlich nach den vom EuGH aufgestellten Vorgaben bei seiner Ansicht geblieben (EuGH v 30.04.2014 C-390/12 Rz. 55: Sollte das vorlegende Gericht bei dieser Auffassung bleiben, müsste es zu dem Ergebnis kommen, dass die in den Ausgangsverfahren in Rede stehende Regelung nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist.“

Auf Basis des Urteils in der Rs C-390/12, Pfleger, sei u.a. das LVwG OÖ in seinen erlassenen Erkenntnissen wiederholt zur Unionsrechtswidrigkeit des Monopolsystems gelangt. So etwa aktuell für viele LVwG OÖ vom 24.04.2017, ZI. LVwG-411787/6/Gf/Mu-411788/2 sowie aktuell im Erkenntnis des LVwG OÖ vom 08.08.2016, LVwG-411506/5/Gf/Mu:

„3.4.3. Gesamtwürdigung

3.4.3.1. Um den Anforderungen des Art. 56 AEUV zu entsprechen, müsste insgesamt besehen mindestens *einer* der in der Judikatur des EuGH anerkannten, einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit rechtfertigenden zwingenden Gründe des Allgemeininteresses (Spielerschutz, Kriminalitätsbekämpfung, effektive und systematische Verringerung der Anreize und Gelegenheiten zum Spiel o.Ä.) jene Ziele, die in ungerechtfertigter Weise mit den Eingriffsbefugnissen einhergehen, *tatsächlich* und *eindeutig* überwiegen.

Angesichts dieses Prüfungsmaßstabes ergibt sich nach Überzeugung des erkennenden Richters des LVwG OÖ allerdings, dass das in den §§ 3 ff GSpG normierte System des Glücksspielmonopols deshalb in Art. 56 AEUV keine Deckung findet und somit dem Unionsrecht widerspricht, weil dieses einerseits tatsächlich nicht auf einem durch die Rechtsprechung des EuGH anerkannten zwingenden Grund des Allgemeininteresses – wie etwa dem Verbraucherschutz (in Form des Spielerschutzes und der Suchtvorbeugung) oder der Kriminalitätsbekämpfung und der Kriminalitäts-, insbesondere Betrugsprävention, oder der effektiven und systematischen Verringerung der Anreize und Gelegenheiten zum Spiel – basiert, sondern de facto primär der Sicherung einer verlässlich kalkulierbaren Quote an Staatseinnahmen (in Höhe von 0,4% der jährlichen Gesamteinnahmen des Bundes) dient sowie andererseits – und unabhängig davon – auch die konkrete Ausgestaltung des

Monopolsystems (Privatisierung durch Übertragung der zwar sowohl strengen Antrittsvoraussetzungen als auch einer rigiden staatlichen Kontrolle unterliegenden Ausübungsbefugnisse nicht auf eine unbeschränkte, sondern – im Sinne einer Bedarfsprüfung – auf eine bloß limitierte Anzahl von Konzessionären) und die den staatlichen Behörden zur Abwehr von Beeinträchtigungen dieses Monopols gesetzlich übertragenen Eingriffsermächtigungen (Betretungs-, Einschau-, Informations- und Überprüfungsrechte; vorläufige und/oder endgültige Beschlagnahme, Einziehung und nachfolgende Vernichtung der Eingriffsgegenstände; Verwaltungsstrafe; Betriebsschließung) insbesondere mangels der gänzlich fehlenden Bindung an eine vorhergehende richterliche Ermächtigung jeweils unverhältnismäßig sind.

Denn:

* Dass in Österreich 64.000 Personen spielsüchtig sind, hat sich als eine bloße Mutmaßung erwiesen;

* Gleiches gilt für die nicht näher verifizierbare Behauptung, dass in Österreich eine dazu affine Kriminalität vorherrscht;

* Selbst wenn man die diesbezüglich ins Treffen geführten, statistisch hochgerechneten Zahlen als vorbehaltlos zutreffend unterstellen würde, ließe sich angesichts deren Geringfügigkeit keine sachliche Rechtfertigung für den gegenwärtig zu konstatierenden legislativen und administrativen Aufwand finden;

* Und selbst wenn eine solche bestünde, würde sich dennoch das konkret institutionalisierte System schon als solches als unverhältnismäßig erweisen, weil sich die Intentionen eines effizienten Spielerschutzes und einer effizienten Kriminalitätsvorbeugung jedenfalls auch im Wege einer zahlenmäßig nicht beschränkten Konzessionsvergabe erreichen ließen;

* Schließlich lässt sich auch keine sachliche Rechtfertigung dafür finden, weshalb über die bspw. bereits im FinStrG und in der BAO enthaltenen Berechtigungen hinaus im GSpG behördliche Maßnahmen vorgesehen und auch tatsächlich erforderlich sind, die bereits zu einem Zeitpunkt, zu dem die Unionsrechtskompatibilität des im GSpG normierten Monopolsystems noch gar nicht verbindlich festgestellt ist, jeweils ohne eine vorangehende richterliche Ermächtigung massive Eingriffe in die Grundrechtssphäre von potentiellen Interessenten für eine Konzession – wie z.B. Beschlagnahmen, Verwaltungsstrafen, Verfall, Einziehungen, Betriebsschließungen – ermöglichen.

3.4.3.2. Mit diesem Resultat soll keineswegs eine – erst recht keine vollständigen – Liberalisierung des Glücksspielmarktes propagiert werden; weil aber Österreich ein Mitgliedsstaat der Europäischen Union ist, muss aus rechtlicher Sicht nachdrücklich betont werden, dass sich jegliche Beschränkung des Glücksspielangebotes – insbesondere in Gestalt eines (Quasi-)Monopolsystems – stets nur im Rahmen der von EuGH-Judikatur abgesteckten Grenzen des Art. 56 AEUV bewegen kann.“

Ganz unabhängig von der Unvereinbarkeit der Monopolregelung des GSpG mit dem Unionsrecht würden sich auch die in §§ 50 ff. GSpG normierten konkreten

Eingriffsbefugnisse als unionsrechtswidrig und daher unanwendbar erweisen, und zwar aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit den Vorgaben aus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC). Das entgeltliche Anbieten der Teilnahme an einem Glücksspiel falle unstreitig unter die unionsrechtlich gewährleistete Dienstleistungs- bzw. die Niederlassungsfreiheit des AEUV (vgl. *Schwartz/Wohlfahrt*, GSpG² (2006) § 3 Rz. 2). Damit sei der Anwendungsbereich der EU-Grundrechte-Charta gem. Art. 51 Abs. 1 GRC eröffnet. Die Garantien aus der GRC würden sowohl als unmittelbar anwendbares Primärrecht der EU (Art. 6 Abs. 1 EUV - und führen im Falle widersprechendem nationalen Recht zu dessen von jeder Behörde wahrzunehmenden Unanwendbarkeit), als auch als vom VfGH geschütztes verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht wirken.

Die §§ 50 ff. GSpG würden umfassende Eingriffsbefugnisse der Finanzbehörden (Finanzämter), aber auch der ihnen zugeordneten Exekutivorgane (Finanzpolizei) vorsehen, neben den weitläufigen Verwaltungsstrafdrohungen (vgl. § 52 Abs. 1 Z. 1 bis Z. 11 GSpG) auch detaillierte Betretungs-, Einschau-, Informations- und Überprüfungsbefugnisse (§ 50 Abs. 4 GSpG), die Berechtigung zur Vornahme einer vorläufigen und/oder endgültigen Beschlagnahme (§ 53 GSpG) oder Einziehung (§ 54 GSpG) sowie die Anordnung einer Betriebsschließung (§ 56a GSpG).

Im Urteil im Fall „*Pfleger*“ habe der EuGH betont, dass die §§ 50 ff. GSpG durchaus eine Einschränkung der Berufsfreiheit, der unternehmerischen Freiheit sowie des Eigentumsrechts (Art. 15-17 GRC) darstellen können (vgl. EuGH, Rs. C-390/12, *Pfleger*, Rz. 57).

Zudem seien diese umfassenden Eingriffsbefugnisse im Hinblick auf die Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 7 GRC) und den Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRC) bedenklich (vgl. LVWG OÖ 29.5.2015, LVwG-410287/42/Gf/Mu, 3.2.5.1).

Nach Art. 52 Abs. 1 GRC müsse eine solche Einschränkung, damit sie zulässig ist, gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Freiheiten und Rechte achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfe sie außerdem nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich ist und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den

Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entspricht (vgl. EuGH, Rs. C-390/12, *Pfleger*, Rz. 58).

Bei der Prüfung der Frage, wann solch weittragende Eingriffe wie in den §§ 50 ff. GSpG vorgesehen, auf das absolut Notwendige beschränkt sind, sei nach st.Rsp. des EuGH die vorherige Kontrolle durch ein Gericht oder eine unabhängige Verwaltungsstelle, deren Entscheidung den Eingriff auf das zur Erreichung des verfolgten Ziels absolut Notwendige beschränken soll, unumgänglich (vgl. (zu Art. 7 GRC) zuletzt EuGH, verb. Rs. C-293/12 und C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*, Rz. 62).

Im Ergebnis würden sich die in §§ 50 ff. GSpG normierten Eingriffsbefugnisse als unverhältnismäßig erweisen, weil diese zum Zwecke der Abwehr von Monopolbeeinträchtigungen eingerichteten weitreichenden Eingriffsermächtigungen vor allem im Hinblick auf die fehlende Notwendigkeit vorangehender richterlicher Ermächtigungen in ihrer Gesamtheit betrachtet jedenfalls überschießend sind (vgl. bspw. LVwG OÖ 29.5.2015, LVwG-410287/42/Gf/Mu, 3.2.5.1).

Die Tatanlastung sei gänzlich unklar und würden die vorgehaltenen Taten keine Verwaltungsübertretungen bilden. So lasse sich aus dem Spruch nicht erkennen, um welche Glücksspielgeräte es sich konkret handeln soll und sei es dem Beschwerdeführer sohin nicht möglich, sich umfassend zweckentsprechend zu verteidigen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb es eine Verwaltungsübertretung darstellen soll, wenn angeblich im Lokal des Beschwerdeführers geduldet worden sei, dass näher bezeichnete Geräte aufgestellt waren, und finde sich kein gegen den Beschwerdeführer gerichteter Tatvorhalt, insbesondere nicht der Vorhalt, er habe die Zugänglichmachung von Ausspielungen geduldet.

Die verhängte Strafe wäre zudem drastisch überhöht und eine kumulative Bestrafung per se unzulässig.

Beantragt wurde, der Beschwerde Folge zu geben, die angefochtenen Bescheide ersatzlos aufzuheben und die Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Die belangte Behörde traf in den Verfahren keine Beschwerdeentscheidungen und legte die Beschwerden dem Verwaltungsgericht Wien samt den Akten des Verwaltungsverfahrens vor.

III.

Das gemäß § 50 Abs. 5 GSpG Parteistellung genießende Finanzamt erstattete eine Stellungnahme zu den Straferkenntnissen.

Mit der Ladung zur mündlichen Verhandlung am 28.5.2021 nahm das Verwaltungsgericht Wien in Hinblick auf die Beurteilung der Unionsrechtskonformität des Glücksspielgesetzes verschiedene amtswegig beigeschaffte Unterlagen zum Akt und verwies die Verfahrensparteien auf die Möglichkeit der Akteneinsicht.

Das Verwaltungsgericht Wien führte am 28.5.2021 eine gemeinsame öffentliche mündliche Verhandlung mittels Videokonferenz zu den verbundenen Verfahren zu den

GZ: 1) VGW-002/085/5018/2021
 2) VGW-002/085/5019/2021

durch, an welcher der Vertreter des Beschwerdeführers, der Beschwerdeführer und der Vertreter des Finanzamts teilnahmen und die Kontrollorgane der Finanzpolizei Herr J. und Herr K. als Zeugen einvernommen wurden. Der Vertreter der Landespolizeidirektion Wien entschuldigte sich. Weitere 5 als Zeugen geladene Personen namen unentschuldigt nicht teil.

Der Vertreter des Beschwerdeführers verwies auf die schriftliche Beschwerde.

Der Vertreter des Finanzamts verwies auf den Akteninhalt.

Der Beschwerdeführer gab zu Protokoll:

Beschwerdeführer:

Allseitige Verhältnisse:

Einkommen: arbeitslos, AMS-Bezug

Vermögen: kein Vermögen

Sorgepflichten: keine Sorgepflichten

Der Beschwerdeführer gibt zu Protokoll:

„Ich habe meinen Raum vermietet, ich habe nie Automaten besessen. Die FPO und die LPD wissen auch, wem die Automaten gehören, nämlich zwei Österreichern, nämlich den Brüdern L.. Sie finden Leute, denen sie 500,00 Euro geben, in Ungarn oder der Slowakei, mit denen sie einen Mietvertrag machen. Dann suchen sie einen Menschen wie mich, der ahnungslos ist. Sie sagen, dass ich den Raum ohne Probleme vermiete, weil sie meinen, die Verantwortung zu übernehmen. Das erste Mal sehe ich die Leute, wenn ich den Mietvertrag bekomme. Damit meine ich den Mietvertrag mit dem Herrn I. H. . Diesen Herrn habe ich noch nie gesehen. Die Automaten stellen andere Personen auf. Die Automaten werden auch von anderen Personen betreut, nämlich von Türken oder Tschetschenen. Als ich sie aus dem Mietvertrag rausschmeißen wollte, haben sie mir mit den Tschetschenen gedroht. Als die Behörde die Kontrolle durchgeführt hat, wurden die Türen und andere Gegenstände beschlagnahmt. Ich wollte dem FA die Nummer von den Brüdern L. geben, aber dann war das Telefon weg. Dann habe ich einen Brief bekommen, dass ich nicht mehr vermieten soll. Ich habe den Tschetschenen gesagt, sie sollen die Automaten wegbringen. Die haben aber die Automaten in schwarze Folie eingewickelt und haben sie dagelassen. Dann ist die Polizei das zwei Mal am Sonntag gekommen und hat diese die Automaten im Lokal verschrottet und liegen gelassen. Ich werde behandelt wie ein Schwerverbrecher.“

Ich habe nie Automaten gehabt, sondern nur einen Raum vermietet. Beim ersten Mal hat mir M. L. gesagt, dass er einen Einspruch machen wird, ich habe dann eine Strafe von 16.000 Euro bekommen. Ich habe sie nicht einfach kündigen können, weil der Mietvertrag für ein Jahr war und weil sie mir mit den Tschetschenen gedroht haben. Das war das Problem. Dann haben L. und seine Leute ein zweites Mal Automaten aufgestellt.“

...

Der Zeuge J. gab nach Belehrung zu Protokoll:

„Ich war Einsatzleiter am besagten Tag 11.08.2020. wir haben den Einsatz zusammen mit der Polizei durchgeführt. Während des Einsatz befanden sich Polizisten im Stiegenhaus des Wohnhauses. Ich selbst habe die Kontrolle beim Lokaleingang angekündigt, mit dem Vorweisen eines Schildes, wo die Kontrolle angekündigt wurde und die Maßnahmen, wenn die Zugangstüre nicht geöffnet wird. Trotz mehrmaligem Klopfen und Sprechen, da die Türe nicht geöffnet wurde, hat dann der Schlosser die Türe mit Zwangsgewalt geöffnet. Wir sind dann in den Raum gegangen, man sieht beim Gedächtnisprotokoll eine sehr gute Skizze, auf die ich verweise. Man kommt dann über einen Gang zum Eingang zu den Glücksspielgeräten und gerade aus befindet sich ein kleines Stiegenhaus, welches zur Wohnung des BF als auch zum Keller führt.“

Zur Wohnung musste man ein paar Treppen hinaufgehen. Der Pfeil der nach oben zeigt führt zur Wohnung, der nach unten zeigt führt zum Keller. Oben haben wir dann an die Türe angeklopft, ob jemand geöffnet hat, kann ich heute nicht mehr sagen. Die Polizei hat die Eigensicherung im Lokal hergestellt. Zum gleichen Zeitpunkt wurden 6 Personen am Gang des Halbstockes durch die Polizei angehalten. Das Dokumentationsteam hat dann die Automaten bespielt, über die

genaue Bespielung kann Zeuge K. Auskunft geben. In der Wohnung oben waren im ersten Raum zwei Betten sowie ein Art Kontrollpult. Über einen Bildschirm, der installiert war, konnte man die Kameraaufnahmen des Lokals von innen als auch von außen sehen. Im Nebenraum wo ein Doppelbett stand, war ein Fernseher. Auch dort konnte man die Aufnahmen von Lokal innen und außen sehen. Allerdings war im Schlafzimmer kein Schalter zum auf und zu machen, nur die Kameraaufnahme konnte man sehen. Im Schlafzimmer befand sich auch ein Netzstecker, mit dem der Strom für die Türöffnung und die Kameras aktiviert oder deaktiviert werden könnte. Im Vorraum der Wohnung, im Bereich der Küche befand sich eine Glocke. Wenn man am Lokaleingang läutete, hörte man an der Glocke, dass jemand an der Tür stand. Nach der Bespielung wurden die Geräte vorläufig beschlagnahmt.

Über Befragen des BFV:

Befragt, wer die Kunden ins Lokal gelassen habe: Das kann ich so nicht mehr sagen, müsste ich auf die Einvernahmen verweisen. Wir haben aber die 6 Personen befragt. Diese haben uns in der Einvernahme gesagt, dass sie vorher im Lokal waren und über die Wohnung des BF in den Halbstock des Wohnhauses geflüchtet sind.

Befragt, ob der BF Ihnen im Rahmen der Amtshandlung etwas zu den Personen gesagt, die das Lokal betreiben bzw. ob er selber betreibt: Ja, die L. Brüder wurden genannt, soweit ich mich erinnern kann. Doch wusste der BF nicht, wie sie im Nachnamen heißen. Ich kann nur auf die Niederschrift verweisen.

Der BF hatte einen Schlüssel für den Eingang des Lokals, für den Fall, dass der Strom für den Türöffner ausfällt. Wenn man den Strom bei ihm im Schlafzimmer ausgeschaltet hat, konnte man das Lokal nur mit einem Schlüssel verlassen. Damit ist das Lokaleingang D.-gasse gemeint. Ein zweiter Zugang war nur über seine Wohnung möglich, das heißt über den Hauseingang C.-straße. Es war auch der Gang und das Stiegenhaus des Hauses kameraüberwacht.

Befragt, ob Sie eruiert haben, dass tatsächlich die Brüder L. das Lokal betrieben haben? Ja haben wir versucht, ist aber sehr, sehr schwer.

Soweit ich mich erinnern kann, haben wir eine Anzeige wegen Veranstaltens gemacht.

Auf Nachfrage der VHL sieht der Zeuge im Computer nach und gibt an: nein, ich sehe nun, dass wir keine Anzeige gemacht haben.

Befragt, was das Ergebnis dieser Recherche war? Wir konnten nicht nachweisen, dass der BF der Eigentümer der Geräte war.

Befragt, ob ich in meinen Unterlagen die Anschriften dieser Brüder habe, gebe ich an: Das kann ich jetzt nicht sagen. Der Zeuge sieht im Computer nach und gibt an: Im Computerakt sehe ich dazu nur einen ZMR.

...

Auf Befragen der VHL gibt der BF an:

„Das Geld haben die zwei Tschetschenen aus den Automaten ausgeleert und mitgenommen. Ich habe keine Schlüssel für die Automaten. Die Automaten ein und ausgeschaltet haben auch die Tschetschenen.

Die Kameras haben auch die Automatenbetreiber installiert.

In Bezug auf den Schlüssel zur Lokaltüre: Ich vermiete diese Räume, natürlich habe ich einen Reserveschlüssel.

Der Vorhalt, dass die Hauseigentümerin angegeben hat, dass eine Untervermietung nicht zulässig ist: Ich wusste nicht, dass ich die Räume nicht untervermieten darf.“

...

Der Zeuge K. gab nach Belehrung zu Protokoll:

„Ich war eingeteilt, die Geräte zu bespielen. Zunächst hat er EL die Kontrolle angekündigt, nachdem niemand geöffnet hat, wurde die Türe zwangsweise geöffnet, dann sind wir durch einen Gang gegangen und links war eine Tür, in diesem Raum befanden sich die 7 Geräte, 6 Glücksspielgeräte und ein Auszahlungsgerät. Alle Geräte waren eingeschaltet und in Betrieb.

Der BF unterbricht den Zeugen und führt aus: Die Geräte waren alle eingewickelt.

Der Zeuge gibt dazu an: Das war bei einer anderen Kontrolle an diesem Standort.

Auf manchen Geräten war noch Restguthaben drauf und wir haben alle Geräte bespielen könne. D.h. die übliche Vorgehensweise mit Mindest- und Höchstensatz, wir konnten alle Geräte Probebespielen und Dokumentieren. Sowohl in schriftlicher Form als auch mit Fotos. Die Namen der spiele, die wir auf den Geräten gespielt haben, weiß ich nicht mehr auswendig, da verweise ich auf die Fotostrecke bzw. auf das Formular GSpG26, auf dem jeder einzelne Schritt festgehalten wird. Der Verweis ist auch bezüglich der Mindest- und Höchstensätze. Es wurde versucht das Spielergebnis zu beeinflussen. Es ist allerdings nicht gelungen. Nachdem alle Geräte Probebespielt waren und der EL die vorläufige Beschlagnahme ausgesprochen hat, wurden die Geräte vom Strom genommen, versiegelt und zum Abtransport vorbereitet.

Über Befragen des BFV:

Befragt, ob es ein typischer Walzenlauf bei den Geräten war, damit nehme ich Bezug auf die Formulierung in GSpG26 und der sonstigen Feststellungen „kein typischer Walzenlauf“: ich kann mich im Detail nicht erinnern, im Formular steht „Symbole fallen auf leere Spalten zu“.

...

Der Vertreter des Beschwerdeführers stellte den Antrag auf Einvernahme der im Akt genannten Brüder N. und M. L. unter Beischaffung einer ZMR. Dies zum Beweis dafür, dass nicht der Beschwerdeführer das Lokal betrieben hatte und der

Beschwerdeführer auch keine Gewahrsame über dieses Lokal hatte, sondern das Lokal an diese zwei Brüder allenfalls in Zusammenwirken mit Herrn I. H. angemietet und betrieben wurde.

Der Vertreter des Finanzamts stellte keine weiteren Anträge.

In seinen Schlussausführungen verwies der Vertreter des Finanzamts auf sein bisheriges Vorbringen und gab an, dass bewiesen sei, dass der Beschwerdeführer der Zugänglichmacher ist, weil der Zutritt von seiner Wohnung aus geregelt wurde.

Der Beschwerdeführer gab an:

„Die Behandlung durch die Behörde ist unmenschlich und ich kann mich nicht dagegen wehren. Die Automaten waren nicht eingeschaltet, es war kein Mensch im Lokal. Es war dunkel in diesem Raum. Die Türen waren nach der Kontrolle kaputt. 100 Meter weiter betreiben die L. Brüder noch immer Automaten. Ich bin kein Schwerverbrecher, ich lebe schon seit 45 Jahren da. Mein Vater war seit den 60er Jahren hier. Alle Beamten waren bisher jetzt meine Freunde.“

Der Vertreter des Beschwerdeführers verwies auf sein bisheriges Vorbringen, insbesondere darauf, dass der Beschwerdeführer das Lokal nicht betrieben habe, er insofern auch nicht Zugänglichmacher sein könne. Der Zutritt sei nicht von den Räumlichkeiten des Beschwerdeführers geregelt worden. Der Beschwerdeführer habe weder Personen hineingelassen noch die Türe aufgesperrt. Wie sich aus dem Akt ergebe, seien Mitarbeiter des Lokalbetreibers bzw. der Lokalbetreiber vor Ort gewesen, welche auch für die Betreuung und den Einlass der Personen zuständig waren.

Die Parteien-Vertreter verzichteten auf die Verkündung des Erkenntnisses und erklärten sich mit einer schriftlichen Erledigung einverstanden.

IV. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

IV.1. Rechtsvorschriften:

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

§ 2 GSpG, BGBl. 620/1989 idF BGBl. I 73/2010, lautet:

"Auspielungen

§ 2. (1) Auspielungen sind Glücksspiele,

1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und

2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und

3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

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

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

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

Gemäß § 4 Abs. 2 GSpG idF BGBl. I 73/2010 unterliegen Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten nach Maßgabe des § 5 nicht dem Glücksspielmonopol des Bundes.

§ 5 GSpG, BGBl. 620/1989 idF BGBl. I 118/2016, lautet:

"Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten

§ 5. (1) Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten sind Auspielungen nach § 2 Abs. 3 an ortsfesten, öffentlich zugänglichen Betriebsstätten unter Einhaltung ordnungspolitischer Mindestanforderungen an Bewilligungswerber (Abs. 2) sowie besonderer Begleitmaßnahmen der Spielsuchtvorbeugung (Abs. 3 bis 5), der Geldwäschevorbeugung (Abs. 6) und der Aufsicht (Abs. 7)

1. in Automatensalons mit mindestens 10 und höchstens 50 Glücksspielautomaten oder

2. in Einzelaufstellung mit höchstens drei Glücksspielautomaten.

Dabei darf ein höchstzulässiges Verhältnis von einem Glücksspielautomat pro 1 200 Einwohner insgesamt im Bundesland nicht überschritten werden und die Anzahl der aufrechten Bewilligungen zum Betrieb von Glücksspielautomaten ist mit höchstens drei pro Bundesland beschränkt. Im Bundesland Wien beträgt das höchstzulässige Verhältnis ein Glücksspielautomat pro 600 Einwohner. Die Einwohnerzahl eines Bundeslandes bestimmt sich nach dem für den jeweiligen Finanzausgleich von der Bundesanstalt Statistik Österreich zuletzt festgestellten und kundgemachten Ergebnis der Statistik des Bevölkerungsstandes oder der Volkszählung zum Stichtag 31. Oktober, wobei das zuletzt kundgemachte Ergebnis im Zeitpunkt der Erteilung von Bewilligungen maßgeblich ist.

(2) Ordnungspolitische Anforderungen an Bewilligungswerber bzw. -inhaber sind zumindest:

1. eine Kapitalgesellschaft mit Aufsichtsrat, die keine Gesellschafter hat, die über einen beherrschenden Einfluss verfügen und die Zuverlässigkeit in ordnungspolitischer Hinsicht gefährden;
 2. die Abwicklung des Betriebs der Glücksspielautomaten in einer Form, die eine effektive und umfassende ordnungspolitische Aufsicht nach diesem Bundesgesetz erlaubt;
 3. der Nachweis eines eingezahlten Stamm- oder Grundkapitals von mindestens 8 000 Euro je betriebsberechtigtem Glücksspielautomaten und der rechtmäßigen Mittelherkunft in geeigneter Weise sowie einer Sicherstellung mit einem Haftungsbetrag von zumindest 20 vH des Mindeststamm- oder Mindestgrundkapitals;
 4. ein Entsenderecht des Bundesministers für Finanzen für einen Staatskommissär und dessen Stellvertreter zur Überprüfung der Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes bei den Betreibern von Automatensalons, wobei § 76 BWG sinngemäß anzuwenden ist;
 5. die Bestellung eines oder mehrerer Geschäftsleiter, die aufgrund entsprechender Vorbildung fachlich geeignet sind, über die für den ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb erforderlichen Eigenschaften und Erfahrungen verfügen und gegen die kein Ausschließungsgrund nach § 13 der Gewerbeordnung 1994 vorliegt;
 6. eine Eigentümer- oder allenfalls Konzernstruktur, die eine wirksame Aufsicht über den Bewilligungsinhaber nicht behindert;
 7. ein technisches Gutachten über die Einhaltung der Bestimmungen der Abs. 4, 5 und 7 über den Spielerschutz und die Sicherung der Gewinnausschüttung;
 8. eine Höchstbewilligungsdauer von 15 Jahren.
- (3) Spielsuchtvorbeugende Maßnahmen bei Landesausspielungen mit Glücksspielautomaten bestehen aus Spielerschutz begleitenden Rahmenbedingungen und einem spielerschutzorientierten Spielverlauf.
- (4) Als Spielerschutz begleitende Rahmenbedingungen nach Abs. 3 sind zumindest verpflichtend vorzusehen
- a) für Automatensalons:
1. die Einrichtung eines Zutrittssystems, das sicherstellt, dass jeder Besuch des Automatensalons nur Personen gestattet ist, die das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben;
 2. die Vorlage eines Konzepts über die Schulung der Mitarbeiter im Umgang mit Spielsucht und über die Zusammenarbeit mit einer oder mehreren Spielerschutz Einrichtung(en);
 3. die Einrichtung eines Warnsystems mit abgestuften Spielerschutzmaßnahmen von der Spielerinformation bis zur Spielersperre abhängig vom Ausmaß der Besuche des Spielteilnehmers in den Automatensalons eines Bewilligungsinhabers;
 4. die Anzeige der mathematisch ermittelten Gewinnausschüttungsquote des jeweiligen Spielprogramms bei der gewählten Einsatzgröße am Glücksspielautomat, wobei diese ausgehend von einer unendlichen Serie an Einzelspielen in einer Bandbreite von 85 bis 95 vH liegen muss und nur nach vorheriger Bekanntgabe an die zuständige Landesbehörde geändert werden darf; werden dem Spielteilnehmer in einem Spielprogramm verschiedene Gewinnchancen zur Auswahl angeboten, so darf keine dieser Gewinnchancen für sich alleine betrachtet, ausgehend von einer unendlichen Serie an Einzelspielen, über 95 vH liegen;
 5. das Verbot zu Spielinhalten mit aggressiven, gewalttätigen, kriminellen, rassistischen oder pornographischen Darstellungen;
 6. die Möglichkeit für Spieler zur jederzeitigen Einsichtnahme in eine deutsche Fassung der Spielbeschreibungen aller Spiele der Glücksspielautomaten;

7. die Einhaltung eines Mindestabstands von 15 Kilometern Luftlinie oder in Gemeinden mit mehr als 500 000 Einwohnern von 2 Kilometern Luftlinie für Automatensalons mit mehr als 15 Glücksspielautomaten zum Standort einer Spielbank, wobei der Abstand eines Automatensalons in einer Gemeinde mit mehr als 500 000 Einwohnern auf dem Gebiet dieser Gemeinde nicht mehr als 2 Kilometer Luftlinie betragen muss; zudem darf im Umkreis von 300 Metern oder in Gemeinden mit mehr als 10 000 Einwohnern von 150 Metern Luftlinie eines Automatensalons mit mehr als 15 Glücksspielautomaten kein weiterer Automatensalon mit mehr als 15 Glücksspielautomaten eröffnet werden; schließlich muss zwischen Automatensalons desselben Bewilligungsinhabers jedenfalls ein Mindestabstand von 100 Metern Gehweg eingehalten werden; die Einwohnerzahl der Gemeinden richtet sich dabei nach dem von der Bundesanstalt Statistik Österreich kundgemachten Ergebnis der letzten Volkszählung;

8. die Teilnahme an einer vom Bundesgesetzgeber den Grundsätzen des Datenschutzrechts entsprechend noch vorzusehenden Austauschverpflichtung von Daten über Besuchs- und Spielsperren oder -beschränkungen zwischen Glücksspielanbietern;

9. die sinngemäße Einhaltung der Bestimmung des § 25 Abs. 3.

b) bei Einzelaufstellung:

1. die Einrichtung eines Identifikationssystems, das sicherstellt, dass nur Personen, die das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben, an den Glücksspielautomaten spielen können und das eine zeitliche Begrenzung der Spielzeiten an den Glücksspielautomaten ermöglicht;

2. die Ausstellung einer laufend nummerierten Spielerkarte durch den Bewilligungsinhaber oder dessen Vertragspartner zur Einhaltung der höchstzulässigen Tagesspieldauer (Abs. 5 lit. b Z 7), auf der der Name des Bewilligungsinhabers sowie Name, Geburtsdatum und Lichtbild des Spielteilnehmers sowie das (Erst-) Ausstellungsdatum angebracht sind; dabei ist durch den Bewilligungswerber oder dessen Vertragspartner sicherzustellen, dass pro Spieler nur jeweils eine Spielerkarte ausgestellt ist, oder, wenn mehrere Spielerkarten für einen Spieler ausgestellt wurden, jeweils nur eine Spielerkarte für einen Spieler gültig ist, und nur diese Spielerkarte zur Teilnahme am Spiel berechtigt; die Dauer der bereits absolvierten Spielteilnahmen muss bei Ausstellung einer neuen Spielerkarte für einen Spielteilnehmer auf diese Spielerkarte übertragen werden; die Ausstellung einer physischen Spielerkarte kann entfallen, wenn auf Grund des technischen Fortschrittes biometrische Erkennungsverfahren im Einsatz sind, die in ihrer Funktionalität der entfallenden Spielerkarte zumindest gleichwertig sind;

3. die Einrichtung eines Warnsystems mit abgestuften Spielerschutzmaßnahmen von der Spielerinformation bis zur Spielsperre abhängig vom Ausmaß der Spielzeiten des Spielers;

4. die Anzeige der mathematisch ermittelten Gewinnausschüttungsquote des jeweiligen Spielprogramms am Glücksspielautomat, wobei diese ausgehend von einer unendlichen Serie an Einzelspielen in einer Bandbreite von 82 bis 92 vH liegen muss und nur nach vorheriger Bekanntgabe an die zuständige Landesbehörde geändert werden darf; werden dem Spielteilnehmer in einem Spielprogramm verschiedene Gewinnchancen zur Auswahl angeboten, so darf keine dieser Gewinnchancen für sich alleine betrachtet, ausgehend von einer unendlichen Serie an Einzelspielen, über 92 vH liegen;

5. das Verbot zu Spielinhalten mit aggressiven, gewalttätigen, kriminellen, rassistischen oder pornographischen Darstellungen;

6. die Möglichkeit für Spieler zur jederzeitigen Einsichtnahme in eine deutsche Fassung der Spielbeschreibungen aller Spiele der Glücksspielautomaten.

(5) Ein Spielerschutz orientierter Spielverlauf nach Abs. 3 besteht,

a) wenn in Automatensalons zumindest

1. die vermögenswerte Leistung des Spielers höchstens 10 Euro pro Spiel beträgt;
2. die in Aussicht gestellten vermögenswerten Leistungen (Gewinne in Geld, Waren oder geldwerten Leistungen) 10 000 Euro pro Spiel nicht überschreiten;
3. jedes Spiel zumindest 1 Sekunde dauert und vom Spielteilnehmer gesondert ausgelöst wird;
4. keine parallel laufenden Spiele auf einem Glücksspielautomaten spielbar sind, wobei aber Einsätze auf mehreren Gewinnlinien des Spieles erlaubt sind, wenn die vermögenswerte Leistung pro Spiel weder den Höchsteinsatz nach Z 1 übersteigt, noch der erzielbare Höchstgewinn nach Z 2 überschritten wird;
5. eine Einsatz- oder Gewinnsteigerung oder Vervielfachung über den Höchsteinsatz nach Z 1 oder Höchstgewinn nach Z 2 mit vor oder nach dem Spiel oder während des Spieles durchgeführter Begleitspiele nicht möglich ist;
6. keine Jackpots ausgespielt werden und
7. nach zwei Stunden ununterbrochener Spieldauer eines Spielteilnehmers der Glücksspielautomat abschaltet (Abkühlungsphase).

b) wenn in Einzelaufstellung zumindest

1. die vermögenswerte Leistung des Spielers höchstens 1 Euro pro Spiel beträgt;
2. die in Aussicht gestellten vermögenswerten Leistungen (Gewinne in Geld, Waren oder geldwerten Leistungen) 1 000 Euro pro Spiel nicht überschreiten;
3. jedes Spiel zumindest 2 Sekunden dauert und vom Spielteilnehmer gesondert ausgelöst wird;
4. keine parallel laufenden Spiele auf einem Glücksspielautomaten spielbar sind, wobei aber Einsätze auf mehreren Gewinnlinien des Spieles erlaubt sind, wenn die vermögenswerte Leistung pro Spiel weder den Höchsteinsatz nach Z 1 übersteigt, noch der erzielbare Höchstgewinn nach Z 2 überschritten wird;
5. eine Einsatz- oder Gewinnsteigerung oder Vervielfachung über den Höchsteinsatz nach Z 1 oder Höchstgewinn nach Z 2 mit vor oder nach dem Spiel oder während des Spieles durchgeführter Begleitspiele nicht möglich ist;
6. keine Jackpots ausgespielt werden und
7. das Spielen auf Glücksspielautomaten in Einzelaufstellung nur höchstens für drei Stunden je Spielteilnehmer innerhalb von 24 Stunden möglich ist (höchstzulässige Tagesspieldauer).

(6) Als Maßnahmen zur Vorbeugung gegen Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung sind in Fällen von Automatensalons und in Fällen der Einzelaufstellung zumindest die sinngemäße Einhaltung der Bestimmungen des § 31c Abs. 1, 2 und 4 sowie die Aufsicht nach einem risikobasierten Ansatz im Sinne der Bestimmungen des § 25 Abs. 2 FM-GwG vorzusehen.

(7) Als Aufsicht sichernde Maßnahmen sind zumindest vorzusehen

1. eine über einen Zentralcomputer vernetzt durchgeführte Abrechnung von Glücksspielautomaten und die Sicherstellung der verpflichtenden elektronischen Anbindung an die Bundesrechenzentrum GmbH gemäß § 2 Abs. 3;
2. dass in Automatensalons und an Standorten mit Einzelaufstellung keine anderen Glücksspiele als solche des Bewilligungsinhabers im Sinne dieser Bestimmung angeboten werden dürfen;
3. eine Sicherstellung, dass Glücksspielautomaten keine anderen Funktionseigenschaften haben als jene, die in einem am Aufstellungsort aufliegenden technischen Handbuch angegeben und beschrieben sind;
4. eine Sicherung gegen Datenverlust bei Stromausfall und gegen äußere, elektromagnetische, elektrostatische oder durch Radiowellen hervorgerufene Einflüsse;

5. eine verpflichtende aufsichtsbehördliche Standortbewilligung für jeden einzelnen Automatensalon sowie eine laufende Berichterstattung an den Bundesminister für Finanzen über die erteilten landesrechtlichen Bewilligungsbescheide der Betreiber von Automatensalons und eine Übermittlung einer Aufstellung aller landesrechtlich bewilligten Glücksspielautomaten unter Angabe ihrer bewilligten Standorte und Nennung des Betreibers in elektronischer Form zur Sicherstellung der damit verbundenen Abgabenleistung sowie für glücksspielrechtliche Überwachungen;
6. eine Kontrolle durch Landesbehörden auf Einhaltung der glücksspielrechtlichen Bestimmungen unter sinngemäßer Anwendung des § 23;
7. eine verpflichtende Zusammenarbeit der Landesbehörden mit dem Bundesminister für Finanzen in Aufsichtsangelegenheiten;
8. dass während der Übergangszeit nach § 60 Abs. 25 Z 2 Landesauspielungen mit Glücksspielautomaten nur insoweit ausgeübt werden können, als im selben Ausmaß aufrechte und zum 15. März 2010 tatsächlich ausgeübte landesrechtliche Bewilligungen für Glücksspielautomaten nach § 4 Abs. 2 in der Fassung vor diesem Bundesgesetz in diesem Bundesland in der Übergangszeit auslaufen oder vorzeitig unwiderruflich zurückgelegt werden, wobei für neue Bewilligungen die höchstzulässige Anzahl an Glücksspielautomaten gemäß Abs. 1 nicht überschritten werden darf;
9. die (sinngemäße) Einhaltung der Bestimmungen der §§ 31b, 51 sowie 56 Abs. 1 GSpG;
10. eine Parteistellung des Bundesministers für Finanzen in allen Angelegenheiten des § 5.
- (8) Bei Verstoß eines Bewilligungsinhabers gegen die oben genannten Verpflichtungen sowie gegen die Verpflichtungen aus der elektronischen Datenübermittlung nach § 2 Abs. 3 kann der Bundesminister für Finanzen einen Antrag auf die Verhängung von Sanktionen im Sinne des § 23 durch die Landesbehörde stellen.“

§ 50 GspG, BGBl. 620/1989 idF BGBl. I 118/2016, lautet (auszugsweise):

§ 50. (1) Für Strafverfahren und Betriebsschließungen nach diesem Bundesgesetz sind die Bezirksverwaltungsbehörden, im Gebiet einer Gemeinde, für das die Landespolizeidirektion zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, die Landespolizeidirektion zuständig. Gegen diese Entscheidungen kann Beschwerde an ein Verwaltungsgericht des Landes erhoben werden.

(2) Diese Behörden können sich der Mitwirkung der Organe der öffentlichen Aufsicht bedienen und zur Klärung von Sachverhaltsfragen in Zusammenhang mit den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes die Amtssachverständigen des § 1 Abs. 3 hinzuziehen. Zu den Organen der öffentlichen Aufsicht zählen jedenfalls die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes und der Abgabenbehörden.

(3) Zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes sind die Organe der öffentlichen Aufsicht auch aus eigenem Antrieb berechtigt. Die Organe der Abgabenbehörden können zur Sicherung der Ausübung ihrer Überwachungsbefugnisse die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes hinzuziehen.

(4) Die Behörde nach Abs. 1 und die in Abs. 2 und 3 genannten Organe sind zur Durchführung ihrer Überwachungsaufgaben berechtigt, Betriebsstätten und Betriebsräume sowie Räumlichkeiten zu betreten, auch wenn dies sonst der Allgemeinheit untersagt ist, soweit dies zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes erforderlich ist. Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, haben der Behörde nach Abs. 1, dem Amtssachverständigen (§ 1 Abs. 3) und den Organen der

öffentlichen Aufsicht umfassend Auskünfte zu erteilen, umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen und Einblick in die geführten Aufzeichnungen, in die Aufzeichnungen der Glücksspieleinrichtungen und in die nach diesem Bundesgesetz aufzulegenden Spielbeschreibungen zu gewähren sowie dafür zu sorgen, dass eine anwesende Person diesen Verpflichtungen gegenüber Kontrollorganen nachkommt. Die Behörde nach Abs. 1 und die in Abs. 2 und 3 genannten Organe sind ermächtigt, diese Überwachungsaufgaben mit unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durchzusetzen. Die Ausübung ist dem Betroffenen anzudrohen. Die Organe haben deren Ausübung zu beenden, sobald der angestrebte Erfolg erreicht wurde, sich zeigt, dass er auf diesem Wege nicht erreicht werden kann oder der angestrebte Erfolg außer Verhältnis zu dem für die Durchsetzung erforderlichen Eingriff steht. Eine Gefährdung des Lebens oder eine nachhaltige Gefährdung der Gesundheit ist jedenfalls unzulässig.

(5) Die Abgabenbehörde hat in Verwaltungsverfahren nach §§ 52, 53 und 54 dann, wenn zu der Verwaltungsübertretung eine von ihr stammende Anzeige vorliegt, Parteistellung und kann Beschwerde gegen Bescheide sowie Einspruch gegen Strafverfügungen erheben.“

§ 52 GSpG, BGBl. 620/1989 idF BGBl. I 118/2016, lautet (auszugsweise):

„Verwaltungsstrafbestimmungen

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

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;

[...]

5. wer gegen eine Bestimmung der in § 2 Abs. 3, § 12a Abs. 4 und § 21 Abs. 10 vorgesehenen Verordnung, gegen die Auflageverpflichtung von Spielbeschreibungen, die Anzeigeverpflichtung gemäß § 4 Abs. 6 oder eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 verstößt;

(2) Bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen ist für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1 000 Euro bis zu 10 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3 000 Euro bis zu 30 000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3 000 Euro bis zu 30 000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6 000 Euro bis zu 60 000 Euro zu verhängen.

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

[...]“

§ 53 GSpG, BGBl. 620/1989 idF BGBl. I 111/2010, lautet:

„Beschlagnahmen

§ 53. (1) Die Behörde kann die Beschlagnahme der Glücksspielautomaten, der sonstigen Eingriffsgegenstände und der technischen Hilfsmittel anordnen, und zwar sowohl wenn der Verfall als auch wenn die Einziehung vorgesehen ist, wenn

1. der Verdacht besteht, dass
 - a) mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen, mit denen in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, fortgesetzt gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird, oder
 - b) durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen § 52 Abs. 1 Z 7 verstoßen wird oder
 2. fortgesetzt oder wiederholt mit Glücksspielautomaten oder sonstigen Eingriffsgegenständen gemäß Z 1 lit. a gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird oder
 3. fortgesetzt oder wiederholt durch die Verwendung technischer Hilfsmittel gegen § 52 Abs. 1 Z 7 verstoßen wird.
- (2) Die Organe der öffentlichen Aufsicht können die in Abs. 1 genannten Gegenstände auch aus eigener Macht vorläufig in Beschlag nehmen, um unverzüglich sicherzustellen, daß die Verwaltungsübertretungen gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs. 1 nicht fortgesetzt begangen oder wiederholt werden. Sie haben darüber außer im Falle des § 52 Abs. 1 Z 7 dem Betroffenen sofort eine Bescheinigung auszustellen oder, wenn ein solcher am Aufstellungsort nicht anwesend ist, dort zu hinterlassen und der Behörde die Anzeige zu erstatten. In der Bescheinigung sind der Eigentümer der Gegenstände, der Veranstalter und der Inhaber aufzufordern, sich binnen vier Wochen bei der Behörde zu melden; außerdem ist auf die Möglichkeit einer selbständigen Beschlagnahme (Abs. 3) hinzuweisen. Tritt bei dieser Amtshandlung der Eigentümer der Gegenstände, der Veranstalter oder der Inhaber auf, so sind ihm die Gründe der Beschlagnahme bekanntzugeben.
- (3) Die Behörde hat in den Fällen des Abs. 2 unverzüglich das Verfahren zur Erlassung des Beschlagnahmebescheides einzuleiten und Ermittlungen zur Feststellung von Identität und Aufenthalt des Eigentümers der Gegenstände, des Veranstalters und des Inhabers zu führen. Soweit nach der vorläufigen Beschlagnahme keine dieser Personen binnen vier Wochen ermittelt werden kann oder sich keine von diesen binnen vier Wochen meldet oder die genannten Personen zwar bekannt, aber unbekanntes Aufenthalts sind, so kann auf die Beschlagnahme selbständig erkannt werden, wenn im übrigen die Voraussetzungen dafür vorliegen. Die Zustellung des Bescheides kann in einem solchen Fall durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen.
- (4) Die beschlagnahmten Gegenstände sind amtlich zu verwahren. Bereitet die amtliche Verwahrung Schwierigkeiten, so sind die Gegenstände einer dritten Person in Verwahrung zu geben; sie können aber auch dem bisherigen Inhaber belassen werden, wenn hierdurch der Zweck der Beschlagnahme nicht gefährdet wird. In solchen Fällen ist ein Verbot zu erlassen, über die Gegenstände zu verfügen, wobei hinsichtlich der Benützung, Pflege und Wertsicherung der Gegenstände die erforderlichen Bedingungen und Auflagen festzulegen sind. Die Gegenstände können auch durch amtliche Verschlüsse gesichert werden.“

§ 54 GSpG, BGBl. 620/1989 idF BGBl. I 70/2013, lautet:

„Einziehung

§ 54. (1) Gegenstände, mit denen gegen eine oder mehrere Bestimmungen des § 52 Abs. 1 verstoßen wird, sind zur Verhinderung weiterer Verwaltungsübertretungen gemäß einer oder mehrerer Bestimmungen des § 52 Abs. 1 einzuziehen, es sei denn der Verstoß war geringfügig.

(2) Die Einziehung ist mit selbständigem Bescheid zu verfügen. Dieser ist all jenen der Behörde bekannten Personen zuzustellen, die ein Recht auf die von der

Einziehung bedrohten Gegenstände haben oder ein solches geltend machen und kann, soweit die Einziehung betroffen ist, von ihnen mit Beschwerde angefochten werden. Kann keine solche Person ermittelt werden, so hat die Zustellung solcher Bescheide durch öffentliche Bekanntmachung zu erfolgen.

(3) Eingezogene Gegenstände sind nach Rechtskraft des Einziehungsbescheides binnen Jahresfrist von der Behörde nachweislich zu vernichten.

(4) § 54 Abs. 1 gilt auch für vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes beschlagnahmte Gegenstände."

§ 56 GSpG, BGBl. 620/1989 idF BGBl. I 105/2014, lautet:

"Zulässige Werbung

§ 56. (1) Die Konzessionäre und Bewilligungsinhaber nach diesem Bundesgesetz haben bei ihren Werbeauftritten einen verantwortungsvollen Maßstab zu wahren. Die Einhaltung dieses verantwortungsvollen Maßstabes ist ausschließlich im Aufsichtswege zu überwachen und nicht dem Klagswege nach §§ 1 ff UWG zugänglich. Abs. 1 Satz 1 stellt kein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB dar.

(2) Spielbanken aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes dürfen im Inland den Besuch ihrer ausländischen, in Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes gelegenen Betriebsstätten gemäß den Grundsätzen des Abs. 1 bewerben, wenn dem Betreiber der Spielbank dafür eine Bewilligung durch den Bundesminister für Finanzen erteilt wurde. Eine solche Bewilligung ist zu erteilen, wenn der Betreiber der Spielbank dem Bundesminister für Finanzen nachgewiesen hat, dass

1. die für den Betrieb der Spielbank erteilte Konzession § 21 entspricht und im Konzessionserteilungsland, das ein Mitgliedstaat der Europäischen Union oder ein Staat des Europäischen Wirtschaftsraumes ist, ausgeübt wird, und

2. die gesetzlichen Spielerschutzbestimmungen dieses Mitgliedstaates der Europäischen Union oder Staates des Europäischen Wirtschaftsraumes den inländischen zumindest entsprechen.

Entsprechen die Werbemaßnahmen nicht den Anforderungen nach Abs. 1, kann dem Betreiber der ausländischen Spielbank die Werbung durch den Bundesminister für Finanzen untersagt werden.

(3) Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, durch Verordnung den Maßstab für verantwortungsvolle Werbung festzulegen."

IV.2. Sachverhalt:

Aufgrund der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung, des Vorbringens der Parteien, der Akten der gegenständlichen behördlichen Verfahren, der Akten des Verwaltungsgerichts Wien, des behördlichen Akts des Beschlagnahme- und Einziehungsverfahrens (GZ: PAD/...3), der amtswegig beigeschafften und den Parteien zur Kenntnis gebrachten Unterlagen sowie aufgrund der Aussagen der Zeugen wird folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Am 11.8.2020 um 15:00 Uhr fand in Wien, C.-straße, in dem dort befindlichen Lokal eine Kontrolle der Finanzpolizei nach dem Glücksspielgesetz statt. Als die Kontrollorgane an der Eingangstüre, die durch ein magnetisches Zugangssystem gesichert war, läuteten und ein Schild, auf welchem die Kontrolle angekündigt wurde, in die vor dem Lokal angebrachte Kamera hielten, wurden sie nicht eingelassen. Die Eingangstüre wurde daher durch einen Schlosser geöffnet. Im Lokal waren keine weiteren Personen anwesend. Doch wurden von den zur Sicherung der Kontrolle einschreitenden Polizeiorganen 6 Personen im Gang des Halbstockes angehalten, welche mutmaßlich über die im Halbstock befindliche Wohnung des Beschwerdeführers, die über eine Treppe und eine Türe zugänglich war, vor der Kontrolle geflohen waren. Unter diesen Personen befand sich ein Spieler (O. P.), eine Reinigungsfrau (Q. R.) und ein mutmaßlicher Lokalverantwortlicher (S. T.), die von der Finanzpolizei als Auskunftspersonen niederschriftlich vernommen wurden. Diese Personen sowie zwei weitere in der Stellungnahme vom 21.1.2021 als Zeugen für die Kündigung des Mietvertrages genannte Personen wurden als Zeugen zur mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht geladen, haben jedoch die Ladung nicht behoben und verfügen zum Teil über keinen Wohnsitz mehr im Bundesgebiet.

Nach Betreten der Örtlichkeit durch die Eingangstüre in der D.-gasse befindet sich ein Gang, von welchem links eine Türe in den Raum mit Glücksspielautomaten führt und in welchem sich weiter hinten geradeaus ein Stiegenhaus befindet, das über eine Treppe hinauf zu der im Halbstock gelegenen Wohnung des Beschwerdeführers und hinunter zum Keller führt.

In der Wohnung des Beschwerdeführers befanden sich am Kontrolltag im ersten Raum zwei Betten sowie ein weißes Tablet zum Öffnen und Schließen der Lokalzugangstüre, das von Mitarbeitern des Lokalbetreibers, vorwiegend tschetschenischen Staatsangehörigen bedient wurde, die vom Beschwerdeführer zur Durchführung der Zutrittskontrolle beim laufenden Betrieb des Glücksspiellokals in dieses Zimmer gelassen wurden. Diese waren jedoch bei der Kontrolle nicht anwesend. Über einen Bildschirm konnte man weiters die Kameraaufnahmen des Lokals von innen und von außen sehen.

Im zweiten Raum (Schlafzimmer), befand sich neben einem Doppelbett auch ein Fernseher, von welchem man ebenfalls die Aufnahmen des Lokals von innen und außen sehen konnte. In diesem Zimmer befand sich zudem ein Netzstecker, mit welchem der Strom für das Magnetschloss der Eingangstüre und die Überwachungskameras deaktiviert werden könnte. Die Glocke im Vorraum der Wohnung, im Bereich der Küche war mit der Lokaleingangstüre verbunden und konnte man hören, wenn jemand am Lokaleingang läutete. Der Beschwerdeführer hatte einen Reserveschlüssel für die Lokaleingangstüre. Wenn der Strom durch Ziehen des Netzsteckers im Schlafzimmer ausgeschaltet wurde, konnte man das Lokal nur mit einem Schlüssel verlassen, wenn die Eingangstüre versperrt war.

Die Wohnung des Beschwerdeführers ist neben dem beschriebenen Lokaleingang auch über den ums Eck gelegenen Hauseingang C.-straße zugänglich. Der Eingang des Lokals in der D.-gasse, der Raum mit den Glücksspielapparaten, aber auch der Gang und das Stiegenhaus des Hauses beim Hauseingang C.-straße waren videoüberwacht.

Bei der gegenständlichen Kontrolle fanden die Kontrollorgane im Lokal sechs funktionsfähige und betriebsbereit aufgestellte Spielgeräte

- | | |
|----------------------|-------------------------------|
| 1.) E. | ohne Seriennummer (FA Nr. 01) |
| 2.) E. | ohne Seriennummer (FA Nr. 02) |
| 3.) F. | ohne Seriennummer (FA Nr. 04) |
| 4.) ohne Bezeichnung | ohne Seriennummer (FA Nr. 05) |
| 5.) G. | ohne Seriennummer (FA Nr. 06) |
| 6.) G. | ohne Seriennummer (FA Nr. 07) |

sowie ein funktionsfähiges und betriebsbereit aufgestelltes Ein- und Auszahlungsgerät ohne Seriennummer (FA Nr. 03) vor. Der Betrieb der Geräte erfolgte gegen Entgelt.

Bei der Kontrolle wurden auf den Geräten dokumentierte Testspiele durchgeführt. Auf den Spielgeräten Nr. 1 bis 2 wurde das Spiel "Happy Diamonds" ausgewählt, der Mindesteinsatz betrug dabei € 0,50 mit einem in Aussicht gestellten Höchstgewinn von € 150, der Maximaleinsatz betrug € 5 mit einem in Aussicht gestellten Höchstgewinn von € 2.500. Auf dem Spielgerät Nr. 4 wurde das Spiel "Sizzling Hot" ausgewählt, der Mindesteinsatz betrug dabei € 0,50 mit einem in

Aussicht gestellten Höchstgewinn von € 500, der Maximaleinsatz betrug € 5 mit einem in Aussicht gestellten Höchstgewinn von € 5.000. Auf dem Spielgerät Nr. 5 wurde das Spiel "Sizzling Hot Deluxe" ausgewählt, der Mindesteinsatz betrug dabei € 0,50 mit einem in Aussicht gestellten Höchstgewinn von € 500, der Maximaleinsatz betrug € 30 mit einem in Aussicht gestellten Höchstgewinn von € 30.000. Auf den Spielgeräten Nr. 6 bis 7 wurde das Spiel "Happy Diamonds" ausgewählt, der Mindesteinsatz betrug dabei € 0,50 mit einem in Aussicht gestellten Höchstgewinn von € 250, der Maximaleinsatz betrug € 5 mit einem in Aussicht gestellten Höchstgewinn von € 2.500.

Bei dem Walzenlauf begannen sich die Walzen zu bewegen und kamen in einer zufälligen Symbolkombination zum Stillstand, ohne dass der Spieler auf deren Verlauf Einfluss hätte nehmen können. Aus der Endposition der Walzen ergab sich, ob der Spieler in diesem Spiel einen Gewinn erzielt hatte oder das Spiel verloren war. Die Höhe des allfälligen Gewinns wurde während des Spiels auf dem oberen Gerätebildschirm der Geräte Nr. 2, 4 und 5 in einem Gewinnplan ausgewiesen, in welchem bestimmte Symbolkombinationen der Walzen Gewinne in bestimmter Höhe zugeordnet waren. Bei Gerät Nr. 1 war der obere Bildschirm ausgefallen. Geräte Nr. 6 und 7 wiesen eine Bauart mit nur einem Bildschirm auf.

Auf den Geräten waren virtuelle Walzenspiele gegen Geldeinsatz spielbar. Sie waren somit betriebsbereit und funktionsfähig. Die Geräte verfügten über mechanische Tasten und Touchscreen Tasten.

Das Ein- und Auszahlungsgerät (Gerät Nr. 03) diente dem Zweck, Guthaben zu kaufen, um damit auf den Geräten Nr. 1 bis 2 zu spielen, und um das Guthaben auszahlen zu lassen.

Die Geräte wurden im Zuge der Amtshandlung am 11.8.2020 vorläufig beschlagnahmt. In den Geräten mit den FA Nr. 3, 4, 5, 6 und 7 wurde Bargeld in der Höhe von insgesamt € 440 vorgefunden.

Das Lokal war mit Hauptmietvertrag vom 25.9.2015 ab 1.10.2015 an den Beschwerdeführer vermietet (der Hauptmietvertrag findet sich im Beschlagnahme-

und Einziehungsakt zur GZ: PAD/...3). Der Hauptmietvertrag sieht in § 7 die Untervermietung als Kündigungsgrund vor.

Der Beschwerdeführer hat das Lokal mit Untermietvertrag vom 26.12.2019 lautend auf Herrn H. I. ab 1.1.2020 an diesen untervermietet. Der Beschwerdeführer hat den Untermieter noch nie persönlich gesehen. Der Untermietvertrag wurde dem Beschwerdeführer – nach dessen Angaben – von Mitarbeitern der Brüder M. und N. L. mit der Zusicherung übergeben, der Beschwerdeführer würde keine Probleme bekommen.

Im Akt des Beschlagnahme- und Einziehungsverfahrens findet sich als Antwort auf eine Anfrage der Landespolizeidirektion Wien ein handschriftlich verfasstes Schreiben des H. I., in welchem dieser angibt, er habe im Oktober 2019 für einen Freund einen Carport gesucht und eine diesbezügliche Anzeige gefunden. Der Vermieter habe die Papiere vorbereitet und hätten sie diese sofort unterschrieben. Da er verspätet in Wien angekommen sei, habe er den Gegenstand des Vertrages erst nach der Vertragsunterzeichnung besichtigen können. Es sei aber kein Carport gewesen. Also hätten sie den Vertrag zerrissen und sei er nach Ungarn zurückgekehrt. Seitdem habe er weder den Vermieter noch den oben erwähnten Ort gesehen. Und er wisse nichts von irgendwelchen Spielgeräten (Spielautomaten). Daraus könne er nur den Schluss ziehen, dass sein Name von jemandem missbraucht wurde.

Herr H. I. unterlag somit hinsichtlich des Vertragsinhaltes einer Täuschung. Gemäß § 870 ABGB ist, wer von dem anderen Teile durch List oder durch ungerechte und begründete Furcht (§ 55) zu einem Verträge veranlaßt worden ist, ihn zu halten nicht verbunden. List ist rechtswidrige, vorsätzliche Täuschung (Betrug). Der Vertragschließende (nicht ein Dritter) wird durch Vorspiegelung falscher Tatsachen in Irrtum geführt oder durch Unterdrückung wahrer Tatsachen in seinem Irrtum belassen oder bestärkt und dadurch zum Vertragsabschluss bestimmt (vgl. Riedler in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Aufl. 4 (2014) zu § 870 ABGB, Rz 2). List oder Drohung berechtigen den getäuschten oder bedrohten Vertragsteil, nicht aber den Täuschenden, Drohenden oder einen Dritten zur Anfechtung, die in JBI 1982, 36 unzutreffend der relativen Nichtigkeit gleichgehalten wird (vgl. Riedler in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB

Praxiskommentar Aufl. 4 (2014) zu § 870 ABGB, Rz 14). Der Oberste Gerichtshof hat festgehalten, dass nach mittlerweile gefestigter neuerer Rechtsprechung bei Dauerschuldverhältnissen eine Auflösung mit Wirkung ex tunc bei Arglist und in jenen Fällen, in welchen trotz des bereits eingetretenen Beginns des Dauerschuldverhältnisses keine Rückabwicklungsschwierigkeiten bestehen, möglich ist. Die Ratio hinter der Bejahung der Rückabwicklung ex tunc bei Vorliegen von List ist, dass dem Handelnden nicht der Erfolg seiner Tat belassen werden soll (vgl. OGH 17.12.2008, 6 Ob 257/08z). Gegenständlich stellt der Untermietvertrag ein Dauerschuldverhältnis dar und hätte daher eine Anfechtung des Vertrages durch Herrn H. I. zur Folge, dass dieser ex tunc aufgelöst würde.

Hingegen liegt ein nichtiges Scheingeschäft im Sinne des § 916 ABGB liegt vor, wenn eine Willenserklärung mit Einverständnis des Vertragspartners zum Schein abgegeben wird. Das Scheingeschäft setzt somit gemeinsamen dolus voraus, der schon im Zeitpunkt des Zustandekommens des Scheinvertrages gegeben sein muss; Scheinverträge werden insbesondere zur Täuschung von Behörden geschlossen (vgl. OGH 08.05.1974 1 Ob 68/74). Gegenständlich konnte ein gemeinsamer dolus aufgrund der Täuschung von Herrn H. I. nicht nachgewiesen werden.

Der Beschwerdeführer war somit im Tatzeitpunkt Hauptmieter der Räumlichkeiten. Untermieter war Herr H. I., der bis zur Geltendmachung der Nichtigkeit des Untermietvertrages aufgrund von Täuschung über den Vertragsinhalt Untermieter bleibt. Mit der Untervermietung gingen die Gewahrsame über die Räumlichkeiten und die darin befindlichen Geräte auf Herrn H. I. über.

Die Untervermietung erfolgte durch den Beschwerdeführer selbständig und nachhaltig zur Erzielung von Einnahmen. Im Untermietvertrag wurde in Punkt 4 eine monatliche Miete von € 500 monatlich vereinbart. Weiters gab der Beschwerdeführer an, eine monatliche Bezahlung von € 100 für die Überwachung des Lokals bezüglich möglicher Einbrecher über die installierten Überwachungskameras erhalten zu haben.

Betreiberin des Lokals in Wien, C.-straße, im Tatzeitpunkt war somit eine natürliche oder juristische Person, die gegenüber den Behörden und der

Finanzpolizei vorgab, Herr H. I. zu sein, und deren wahre Identität nicht ermittelt werden konnte. Die Betreiberin erhoffte sich zumindest eine Belebung der Getränkeumsätze und war an den Gewinnen beteiligt. Ebenso konnte auch die natürliche oder juristische Person, in deren Eigentum die gegenständlichen Geräte standen, nicht ermittelt werden und wurde der Beschlagnahme- und Einziehungsbescheid an einen unbekanntem Veranstalter und einen unbekanntem Lokalbetreiber erlassen.

Die Geräte standen frei zugänglich am 11.8.2020 bis 15.00 Uhr, im Lokal in Wien, C.-Straße. Für die Geräte lagen im angelasteten Tatzeitpunkt keine Konzession oder Bewilligung für Ausspielungen i.S.d. Glücksspielgesetzes vor.

Es konnte nicht mit der für eine verwaltungsstrafrechtliche Verurteilung erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer zum Tatzeitpunkt über die verfahrensgegenständlichen Geräte die Gewahrsame hatte und über diese verfügungsberechtigt war, so insbesondere, dass der Beschwerdeführer die Kunden des Glücksspiellokals durch Bedienung des magnetischen Zugangsschlosses über das weiße Tablet ins Lokal gelassen hat, dass er Gewinne ausbezahlte, die Automaten für den Kundenbetrieb ein- und ausgeschaltet oder über die Überwachungskameras und den Netzstecker durch die Aktivierung der Stromversorgung des Magnetschlosses an der Lokaleingangstüre eine Zutrittskontrolle beim laufenden Betrieb des Glücksspiellokals ausgeübt hat.

Diese Feststellungen ergeben sich aus folgender Beweiswürdigung:

Das Verwaltungsgericht Wien hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die Verwaltungsakte, Würdigung des Parteivorbringens und der von den Verfahrensparteien vorgelegten und amtswegig beige-schafften Unterlagen sowie der Aussagen der vernommenen Zeugen.

Die Feststellungen zum Ablauf der Kontrolle am 11.8.2020 ergeben sich aus der in den Verwaltungsakten enthaltenen Dokumentation dieser Kontrolle sowie aus den damit übereinstimmenden, glaubhaften Aussagen der Zeugen in der mündlichen Verhandlung. Die Zeugen wirkten im persönlichen Eindruck glaubwürdig, Anhaltspunkte für Irrtümer oder Widersprüche sind in den Aussagen der Zeugen

nicht hervorgekommen. Der Ablauf der Kontrolle ist im Übrigen zwischen den Verfahrensparteien unstrittig.

Die Feststellungen zur Funktionsweise der gegenständlichen Geräte sowie den möglichen Höchsteinsatz ergeben sich im Wesentlichen aus der Schilderung der Wahrnehmungen des Kontrollorgans in der mündlichen Verhandlung, welches die Testspiele durchführte, und der damit übereinstimmenden Dokumentation im Verwaltungsakt. Der Zeuge hat widerspruchsfrei und für das Verwaltungsgericht glaubhaft den Ablauf der von der Finanzpolizei durchgeführten Testspiele dargelegt. Aus seiner Aussage ergibt sich auch, dass es bei den durchgeführten Spielen nicht möglich war, bewusst einen bestimmten Endstand der Walzen herbeizuführen und somit der Ausgang des Walzenspiels ausschließlich vom Zufall abhängt.

Die Funktionsweise des Ein- und Auszahlungsgerätes zur Durchführung der Testspiele lässt sich ebenfalls aufgrund der Dokumentation feststellen.

Die Auszahlung von Gewinnen aus den angebotenen virtuellen Walzenspielen erfolgt über das Ein- und Auszahlungsgerät und somit besteht unzweifelhaft ein untrennbarer Zusammenhang zwischen den angebotenen Spielen, den beschlagnahmten Terminals Nr. 1 und 2 sowie dem beschlagnahmten Ein- und Auszahlungsgerät.

Da es erst durch das Ein- und Auszahlungsgerät möglich war, die Glücksspielgeräte Nr. 1 bis 2 zu bespielen bzw. Gewinne ausbezahlt zu erhalten, ist dieses als ein notwendiges, unselbständiges Zubehör bzw. technisches Hilfsmittel zu den Glücksspielgeräten einzustufen.

Aus den im Akt enthaltenen Formularen zur Kontrolle am 11.8.2020 sind die gewählten Spiele, die Mindest- und Höchsteinsätze sowie die Maximalgewinne ersichtlich. Aus der im Akt befindlichen Fotodokumentation ist das bei den Testspielen ausgewählte Walzenspiel erkennbar. Unbestritten ist, dass der Lauf der Walzen nicht beeinflusst werden kann und die Walzen in einer programmbestimmten Position zum Stehen kommen.

Dass der Ausgang der Walzenspiele nicht ausschließlich vom Zufall abhängt, wie von den Kontrollorganen der Finanzpolizei bei der Kontrolle am Kontrolle am 11.8.2020 angenommen, wurde vom Beschwerdeführer weder im behördlichen noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bestritten.

Die fehlende Bewilligung oder Konzession für die Geräte nach dem Glücksspielgesetz steht außer Streit, die Aktenlage gibt auch keinen Hinweis darauf, dass eine solche Bewilligung oder Konzession vorliegt.

Dass der Betrieb der Geräte gegen Entgelt erfolgte, ergibt sich daraus, dass auf den gegenständlichen Geräten erst durch Einzahlung in das im Lokal befindliche Ein- und Auszahlungsgerät Nr. 3 für die Glücksspielgeräte Nr. 1 bis 2 bzw. direkt an den Geräten Nr. 4 bis 6 die Durchführung entgeltlicher Ausspielungen möglich war.

Dass das Lokal frei zugänglich war, ergibt sich aus der Aussage der vom Finanzamt niederschriftlich befragten Auskunftspersonen.

Die Nachhaltigkeit der selbständigen unternehmerischen Tätigkeit, welche auf die Erzielung von Einnahmen gerichtet ist, ergibt sich nicht zuletzt aus der Tatsache, dass bei der Kontrolle ein Bargeldbetrag von insgesamt € 440 vorgefunden wurde.

Es wurde seitens des Beschwerdeführers nicht behauptet, dass allfällige Gewinne woanders als im Automatenlokal in Wien, C.-straße, ausgezahlt wurden und entspricht auch der allgemeinen Lebenserfahrung, dass üblicherweise in Lokalitäten, in denen Glücksspielgeräte aufgestellt sind, auch die Gewinne ausbezahlt werden.

Dass der Beschwerdeführer Hauptmieter des gegenständlichen Lokals war, ergibt sich aus dem vorgelegten Hauptmietvertrag, dass er Untervermieter war, ergibt sich aus dem vorgelegten Untermietvertrag.

Dass der Untermietvertrag unwirksam sei, konnte nicht festgestellt werden, sondern lediglich, dass er unter der Vortäuschung des Abschlusses eines Kaufvertrages für einen Carport abgeschlossen wurde und dass das Lokal nicht

durch den getäuschten Untermieter selbst, sondern von einer natürlichen oder juristischen Person, die gegenüber den Behörden und der Finanzpolizei vorgab, Herr H. I. zu sein, und deren wahre Identität nicht ermittelt werden konnte, betrieben wurde.

Dass keine für eine verwaltungsstrafrechtliche Verurteilung hinreichenden Ermittlungsergebnisse betreffend die Verwirklichung des dritten Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG bzw. des § 50 Abs. 4 GSpG durch den Beschwerdeführer vorliegen, sondern vielmehr der objektive Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 4. Fall GSpG als erwiesen angesehen wird, gründet darauf, dass ein durch den Beschwerdeführer unterzeichneter Hauptmietvertrag und Untermietvertrag vorgelegt wurden und darüber hinaus keine Urkunden oder Beweismittel vorliegen, die mit der für eine verwaltungsstrafrechtliche Verurteilung erforderlichen Sicherheit darauf schließen lassen, dass der Beschwerdeführer tatsächlich die Gewahrsame über die in dem Lokal befindlichen Geräte ausübte. Es wurde damit aber auch kein objektives Tatbild vorgehalten, welches in den Ermittlungsergebnissen Deckung findet.

Dass der Beschwerdeführer in seiner unmittelbar neben dem Lokal gelegenen Wohnung die Glocke vom Eingangsbereich des Lokales hört, den Strom für das Magnetschloss der Eingangstüre und die Kameras durch Ziehen des Netzsteckers deaktivieren kann und als Hauptmieter und Untervermieter über einen Reserveschlüssel für die Lokaleingangstüre verfügt, deutet zwar auf die Möglichkeit der Ausübung einer Zutrittskontrolle zu den Räumlichkeiten hin, die über jene eines (Unter-)Vermieters hinausgeht, reicht aber für die Annahme einer Gewahrsame des Beschwerdeführers beim laufenden Betrieb des Lokals über die Geräte nicht aus, zumal er in der niederschriftlichen Einvernahme durch das Finanzamt ausdrücklich angibt, er lasse beim Anläuten die Mitarbeiter des Lokalbetreibers herein, damit diese über das Tablet die Zutrittskontrolle durchführen. Auch die entgegen dem im Hauptmietvertrag enthaltenen Untermietverbot erfolgte Untervermietung kann keinen Nachweis über das Vorliegen der Gewahrsame des Beschwerdeführers über die Geräte während des laufenden Betriebes des Lokals liefern.

Selbst die Tatsache, dass der Beschwerdeführer durch das Ziehen des Netzsteckers das Magnetschloss und die Überwachungskameras ausschalten kann (und somit bei versperrter Eingangstüre jeglichen Zutritt zum Lokal verhindern kann) macht ihn noch nicht zum Lokalbetreiber, der sich durch die unternehmerische Zugänglichmachung eine Belegung des Getränkeumsatzes erhofft, bezieht der Beschwerdeführer doch ausdrücklich aus dem Untermietvertrag ein Mietentgelt von € 500 monatlich. Zudem hat die Auskunftsperson Q. R. gegenüber dem Finanzamt angegeben, der Beschwerdeführer sei immer im Zimmer und gehe auch nie spazieren, weil sein Fuß kaputt sei, sodass auch aufgrund dieser Aussage eine aktive Rolle des Beschwerdeführers bei der Bereithaltung der Geräte unwahrscheinlich erscheint.

Der Beschwerdeführer hat zudem angegeben, - neben dem Untermietzins von € 500 – zusätzlich monatlich einen Betrag von € 100 für die Überwachung des Geschehens zwecks Diebstahlschutzes über die Kameras zu erhalten. Diese – ob nun selbständig oder unselbständig – ausgeübte Tätigkeit und das dafür erhaltene Entgelt kann jedoch nicht mit (der Hoffnung auf die) Belegung des Getränkeumsatzes, welche typisch für eine Verwirklichung des 3. Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG ist, gleichgesetzt werden. Allenfalls könnte durch das Entgelt von € 100 eine unternehmerische Beteiligung im Sinn des 4. Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG (wenn als Entgelt für eine – ohne Gewerbeschein ausgeübte - selbständige Tätigkeit bezahlt wurde) vorliegen oder bei gleichzeitiger Bereithaltung von Glücksspieleinrichtungen durch das Nichtöffnen der Eingangstüre im Zeitpunkt der Kontrolle eine Verletzung der Mitwirkungspflicht gemäß § 52 Abs. 4 GSpG vorliegen (wenn als Entgelt für eine – nicht bei der Sozialversicherung angemeldete - unselbständige Beschäftigung bezahlt wurde). Letztere – die Bereithaltung von Glücksspieleinrichtungen - konnte jedoch gegenständlich ebenfalls nicht mit der für eine verwaltungsstrafrechtliche Verurteilung erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, da nicht nachgewiesen werden konnte, dass der Beschwerdeführer die Gewahrsame über die Geräte während des laufenden Spielbetriebes hatte, zumal nach dessen glaubwürdigen Angaben zu dieser Zeit Mitarbeiter der tatsächlichen Lokalbetreiber, der Brüder M. und N. L., über das weiße Tablet im Nebenraum die Zutrittskontrolle ausübten.

Ebenso kann umgekehrt die Tatsache, dass gegenständlich eine Täuschung betreffend den Untermieter, Herrn H. I., vorlag, der Untermietvertrag von einer natürlichen oder juristischen Person abgeschlossen wurde, die gegenüber den Behörden und der Finanzpolizei vorgab, Herr H. I. zu sein, und deren wahre Identität nicht ermittelt werden konnte, also das Fehlen eines für die Behörden greifbaren Untermieters, nicht die Annahme einer Gewahrsame des Beschwerdeführers als Hauptmieter der Räumlichkeiten über die Geräte begründen.

Es liegen somit keine für eine verwaltungsstrafrechtliche Verurteilung hinreichende Beweis für die Verwirklichung des dritten Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, anstatt des aufgrund des vorgelegten Hauptmietvertrages in objektiver Hinsicht als erwiesen angesehenen vierten Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, oder für eine Verwirklichung des Tatbildes der Unterlassung der Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs. 4 GSpG vor, da eine Gewahrsame des Beschwerdeführers über die Geräte während des laufenden Betriebes des Glücksspiellokals nicht unzweifelhaft nachgewiesen werden konnte.

IV.3. Rechtliche Beurteilung:

IV.3.2.1. Zum angefochtenen Straferkenntnis vom 19.02.2021, ZI. VStV/...1/2021 (VGW-002/085/5018/2021):

A. B. wird das unternehmerische Zugänglichmachen verbotener Ausspielungen i.S.d. § 2 Abs. 4 GSpG zur Teilnahme vom Inland aus vorgeworfen, indem in seinem Lokal entgegen den Bestimmungen des Glücksspielgesetzes geduldet wurde, dass in den Räumlichkeiten sechs funktionsfähige und in betriebsbereitem Zustand aufgestellte Glücksspielgeräte sowie ein Ein- und Auszahlungsgerät aufgestellt waren, an denen Personen die Möglichkeit zur Teilnahme an Glücksspielen hatten, wobei die Veranstaltung der verbotenen Ausspielungen gegen Entgelt im Lokal geduldet wurde und dadurch verbotene Glücksspiele (vorwiegend Walzenspiele) in Form von verbotenen Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht wurden.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 3. Fall GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG

unternehmerisch zugänglich macht. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa VwGH 9.4.2001, 97/17/0155; 12.3.2010, 2010/17/0017; 25.9.2012, 2012/17/0040; 15.3.2013, 2012/17/0568) wird das Tatbild des Zugänglichmachens i.S.d. § 52 Abs. 1 Z 1 3. Fall GSpG von derjenigen Person verwirklicht, welche als Inhaberin einer Lokalität die Aufstellung von Apparaten, mit denen Ausspielungen durchgeführt werden, in den eigenen Räumlichkeiten duldet, sofern diese Duldung als „unternehmerisch“ i.S.d. § 2 Abs. 4 GSpG einzustufen ist. Damit ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes "eine Person gemeint, die den Apparat in ihrer Gewahrsame hat und diesen den Spielern zugänglich macht, wie etwa der Wirt, der sich von der Aufstellung des Apparates durch den Betreiber lediglich eine Belebung seiner Getränkeumsätze erhoffe oder vom Automatenbetreiber eine vom Ertrag des Automaten unabhängige Miete erhalte" (vgl. etwa VwGH 12.3.2010, 2010/17/0017 unter Hinweis auf VwGH 26.1.2004, 2003/17/0268).

Unternehmerisch ist solch eine Duldung nach dieser Rechtsprechung jedenfalls dann, wenn der Lokalinhaber für die Duldung des Spielbetriebs oder für die Vermietung von Flächen für den Spielbetrieb oder für die Vornahme von Handlungen im Zusammenhang mit dem Spielbetrieb eine vermögenswerte Leistung als Entschädigung empfängt (vgl. etwa VwGH 9.4.2001, 97/17/0155; 12.3.2010, 2010/17/0017; 25.9.2012, 2012/17/0040; 15.3.2013, 2012/17/0568). Ein wirtschaftlicher Nutzen besteht bei einer derartigen Sachverhaltskonstellation regelmäßig in der Erwartung der Belebung der eigenen Umsätze (vgl. dazu etwa VwGH 24.9.2018, Ra 2017/17/0950), selbst wenn für das Dulden der Aufstellung eines Glücksspielgerätes ein zusätzliches Entgelt vereinbart wird (vgl. VwGH 22.03.2021, Ra 2020/17/0113).

In diesem Sinne judiziert der Verwaltungsgerichtshof auch, dass mit "Inhaber" eine Person gemeint ist, die den Apparat in ihrer Gewahrsame hat und diesen den Spielern zugänglich macht, der Verleiher oder Veräußerer eines Glücksspielapparates, der die Glücksspielapparate nicht selbst betreibt, ohne Hinzutreten weiterer Sachverhaltselemente das Tatbild des unternehmerischen Zugänglichmachens aber nicht verwirklicht (vgl. VwGH 26.1.2004, 2003/17/0268; 20.12.1996, 93/17/0058).

Der Beschuldigte des Vorwurfs des Zugänglichmachens von verbotenen Ausspielungen ist sohin der Inhaber bzw. Verfügungsberechtigte der Örtlichkeit, in welcher die verbotenen Ausspielungen ausgeübt werden können, sofern dieser das jeweilige Glücksspielgerät den Spielern zugänglich macht (sodass an diesen Ausspielungen teilgenommen werden kann) und unternehmerisch i.S.d. § 2 Abs. 2 GSpG tätig ist (vgl. VwGH 23.6.1995, 91/17/0022; 26.1.2004, 2003/17/0268; 16.2.2004, 2003/17/0260).

Voraussetzung für die Verhängung einer Verwaltungsstrafe ist das Vorliegen eines Verhaltens, welches als tatbildlich gesetzt zu qualifizieren ist.

Aufgrund der unter Punkt IV.2. getroffenen Feststellungen konnte nicht mit der für eine verwaltungsstrafrechtliche Verurteilung erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer als Betreiber über die gegenständlichen Geräte die Gewahrsame hatte und diese den Spielern zugänglich machte. Vielmehr lag durch die (Unter-)Vermietung der gegenständlichen Räumlichkeiten eine unternehmerische Beteiligung vor und wäre demnach § 52 Abs. 1 Z 1 4. Fall GSpG anwendbar gewesen.

Unter Zugrundelegung des im Verwaltungsstrafverfahren allgemein gültigen Rechtsgrundsatzes „in dubio pro reo“ darf nur dann eine Bestrafung erfolgen, wenn mit der für eine strafrechtliche Verurteilung erforderlichen Sicherheit feststeht, dass das der Verurteilung zugrundeliegende strafbare Verhalten auch tatsächlich von der beschuldigten Person verwirklicht worden ist.

Der Grundsatz „in dubio pro reo“ greift nur Platz, wenn die für und gegen den Beschuldigten sprechenden Umstände nach der Beweiswürdigung der Behörde gleiches Gewicht haben (vgl. VwGH 24.10.1990, 89/03/0268).

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 darstellt.

Nicht erwiesen werden kann die Tat, wenn die Beweise für einen Schuldspruch nicht ausreichen. Nur dann kommt eine Einstellung des Verfahrens nach § 45 Abs. 1 Z 1 VStG in Frage (vgl. VwGH 10.1.2017, Ra 2016/02/0182).

Da nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten bestehen, war das Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen.

"Sache" des Verwaltungsstrafverfahrens ist die dem Beschuldigten innerhalb der Verjährungsfrist zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhaltselementen, unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung. Ein Austausch der Tat durch das Verwaltungsgericht durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zugrunde gelegten Sachverhaltes kommt nicht in Betracht (vgl. VwGH 8.3.2017, Ra 2016/02/0226).

Das Verwaltungsgericht Wien ist daher nicht befugt, die dem Beschwerdeführer vorgeworfene Tat, nämlich § 52 Abs. 1 3. Fall GSpG durch § 52 Abs. 1 4. Fall GSpG, auszutauschen.

Da der Beschwerdeführer die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat, wäre das Straferkenntnis auch aufgrund des § 45 Abs. 1 Z 2 VStG zu beheben und das Verwaltungsverfahren einzustellen.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 52 Abs. 8 VwGVG.

IV.3.2.2. Zum angefochtenen Straferkenntnis vom 19.02.2021, ZI. VStV/...2/2021 (VGW-002/085/5019/2021):

A. B. wird vorgeworfen, dass er gegen eine Duldungs- und Mitwirkungspflicht gemäß § 50 Abs. 4 GspG verstoßen hat, indem er es unterlassen habe, dass eine Person anwesend ist, die ihrer Auskunftspflicht gemäß § 50 Abs. 4 2. Satz 2. und 4. Fall gegenüber Organen der öffentlichen Aufsicht nachkommen hätte können.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 5 GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung, wer gegen eine Bestimmung der in § 2 Abs. 3, § 12a Abs. 4 und § 21 Abs. 10 vorgesehenen Verordnung, gegen die Auflageverpflichtung von Spielbeschreibungen, die

Anzeigeverpflichtung gemäß § 4 Abs. 6 oder eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 verstößt.

Gemäß § 50 Abs. 4 zweiter Satz GSpG haben Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, der Behörde nach Abs. 1, dem Amtssachverständigen (§ 1 Abs. 3) und den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassend Auskünfte zu erteilen, umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen und Einblick in die geführten Aufzeichnungen, in die Aufzeichnungen der Glücksspieleinrichtungen und in die nach diesem Bundesgesetz aufzulegenden Spielbeschreibungen zu gewähren sowie dafür zu sorgen, dass eine anwesende Person diesen Verpflichtungen gegenüber Kontrollorganen nachkommt.

Aufgrund der unter Punkt IV.2. getroffenen Feststellungen konnte nicht mit der für eine verwaltungsstrafrechtliche Verurteilung erforderlichen Sicherheit festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer über die gegenständlichen Geräte die Gewahrsame hatte und diese den Spielern zugänglich machte. Er war daher weder als Betreiber der Geräte noch als jemand, der faktisch für die Verfügbarkeit der Geräte sorgt, zu qualifizieren und fällt somit nicht unter das Tatbild des § 50 Abs. 4 GSpG.

Unter Zugrundelegung des im Verwaltungsstrafverfahren allgemein gültigen Rechtsgrundsatzes „in dubio pro reo“ darf nur dann eine Bestrafung erfolgen, wenn mit der für eine strafrechtliche Verurteilung erforderlichen Sicherheit feststeht, dass das der Verurteilung zugrundeliegende strafbare Verhalten auch tatsächlich von der beschuldigten Person verwirklicht worden ist.

Der Grundsatz „in dubio pro reo“ greift nur Platz, wenn die für und gegen den Beschuldigten sprechenden Umstände nach der Beweiswürdigung der Behörde gleiches Gewicht haben (vgl. VwGH 24.10.1990, 89/03/0268).

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 darstellt.

Nicht erwiesen werden kann die Tat, wenn die Beweise für einen Schuldspruch nicht ausreichen. Nur dann kommt eine Einstellung des Verfahrens nach § 45 Abs. 1 Z 1 VStG in Frage (vgl. VwGH 10.1.2017, Ra 2016/02/0182).

Da nach dem Ergebnis des Beweisverfahrens Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten bestehen, war das Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 52 Abs. 8 VwGVG.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da im Beschwerdefall keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung hinsichtlich des Vorliegens verbotener Ausspielungen oder der Strafbemessung von der jeweils zitierten bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen Rechtsprechung. 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 Rechtsfragen vor.

Es war vielmehr aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes festzuhalten, dass nach den Ergebnissen des Beweisverfahrens und deren Würdigung die dem Beschuldigten zur Last gelegte Taten nicht erwiesen werden konnten. Dabei handelt es sich um eine einzelfallbezogene Beurteilung, der über den Beschwerdefall hinausgehend keine Bedeutung zukommt.

B e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt

abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig

ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

MMag. Dr. Salamun