OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-411319/17/Re/AKe

Datum:
Linz, 1. Juni 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Reichenberger über die Beschwerde des H B, X, vertreten durch Rechtsanwälte X, X, vom 2. März 2016 gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 8. Februar 2016, GZ: Pol96-142-2015, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 4. Mai 2017

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich noch einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Die Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen hat mit dem Straferkenntnis vom 8. Februar 2016, GZ: Pol96-142-2015, über H B als unbeschränkt haftenden Gesellschafter der X KG mit Sitz in X, X, drei Geldstrafen in der Höhe von je 6.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit derselben Ersatzfreiheitsstrafen in der Dauer von je 80 Stunden verhängt und gleichzeitig einen Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 1.800 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben es als unbeschränkt haftender Gesellschafter der X KG mit Sitz in X, X, zu verantworten, dass im Lokal mit der Bezeichnung ‚X' in X, X, Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte und welche dem Glücksspielmonopol unterliegen und weder von einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG umfasst, noch nach § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen, noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren, in der Zeit vom 1.8.2015 bis 29.10.2015 von der genannten Firma als Unternehmer iSd § 2 Abs. 2 GSpG unter Verwendung der nachstehenden dort aufgestellten betriebsbereiten und funktionsfähigen Glücksspielgeräte, mit denen den Spielern für einen geldwerten Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden und deren Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing, veranstaltet wurden, um damit selbständig und nachhaltig Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen, d.h. Gewinn und Verlustrisiko bei der X KG lagen.

FA-Geräte Nr. 1)
Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung ‚X', Type S, Serien-Nr. X, mit den Versiegelungsplaketten-Nrn.: A055552 - A055555, mit einem beim überprüften Walzenspiel ‚P' festgestellten Spieleinsatz von mindestens 0,25 Euro und höchstens 11,00 Euro pro Spiel und ein in Verbindung mit dem Erreichen bestimmter Symbolkombinationen in Aussicht gestellter Gewinn von mindestens 50 Euro und höchstens 2.200 Euro.
FA-Geräte Nr. 2)
Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung ‚X', Type S, Serien-Nr. X, mit den Versiegelungsplaketten-Nrn.: A055556 - A055559, mit einem beim überprüften Walzenspiel ‚R' festgestellten Spieleinsatz von mindestens 0,20 Euro und höchstens 11,00 Euro pro Spiel und ein in Verbindung mit dem Erreichen bestimmter Symbolkombinationen in Aussicht gestellter Gewinn von mindestens 1.000 Euro und höchstens 55.000 Euro.
FA-Geräte Nr. 3)
Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung ‚X', Serien-Nr. X, mit den Versiegelungsplaketten-Nrn.: A055523 - A055527, mit einem beim überprüften Testspiel ‚F' festgestellten Spieleinsatz von 1,00 Euro und ein beim ausgewählten Vervielfachungsfaktor 1 in Aussicht gestellter Gewinn von 20 Euro."

Dies im Wesentlichen mit der Begründung, bei einer von der Finanzpolizei als Organ der Abgabenbehörde des Finanzamtes Grieskirchen Wels am

29. Oktober 2015 um 21.15 Uhr im Lokal „X“ in X, X durchgeführten Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz (GSpG) seien die im Spruch genannten Spielgeräte im öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals betriebsbereit aufgestellt vorgefunden worden. Festgestellt wurde, dass an den Geräten Spiele durchgeführt hätten werden können. Die Spiele konnten mit mechanischen Tasten oder virtuellen Bildschirmtasten zur Durchführung aufgerufen werden. Der Spieler hatte keine Möglichkeit, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen. Nach Angaben des Lokalbetreibers seien die Geräte vom Beschwerdeführer aufgestellt worden und er übergab ca. 150 Euro monatlich als Platzmiete. Gewinne würden auch vom Beschwerdeführer ausbezahlt. Der Beschwerdeführer sei als Veranstalter der mit den Geräten durchgeführten Glücksspiele festgestellt worden.

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat H B, vertreten durch Rechtsanwälte X, X, mit Schriftsatz vom 2. März 2016 innerhalb offener Frist Beschwerde erhoben.
Dies im Wesentlichen mit dem Vorbringen, der Beschwerdeführer habe mit den gegenständlichen Geräten nichts zu tun, sie stünden nicht in seinem Eigentum, sondern gehören der X s.r.o. mit dem Sitz in T. Der Beschwerdeführer sei auch kein vertretungsbefugtes Organ dieser Gesellschaft, sei nicht am Gewinn beteiligt und führe nur die technische Wartung der Geräte durch. Das Straferkenntnis entspreche im Übrigen nicht den Konkretisierungsanforderungen des § 44a Z 1 VStG. Der Spruch enthalte keine Tatbestandselemente, mit denen ein bestimmtes Verhalten festgestellt worden wäre, mit dem konkret eine Veranstaltung von verbotenen Ausspielungen erfolgt sei. Die Strafe sei nach § 52 Abs. 1 Z 1 1. Tatbild GSpG, betreffend das Veranstalten von verbotenen Ausspielungen, verhängt worden. Der Spruch des Straferkenntnisses enthalte nicht die mindestens erforderlichen Feststellungen zur zweifellosen Subsumtion unter die herangezogene Strafnorm. Die Regelungen des GSpG würden darüber hinaus gegen Art. 18 B-VG und Art. 7 EMRK verstoßen und sei eine Bestrafung nach dem GSpG nicht statthaft. In eventu werde angeregt, das Beschwerdeverfahren bis zum Einlangen des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes über die Vorfrage der Unionsrechtswidrigkeit des GSpG auszusetzen.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen als belangte Verwaltungsstrafbehörde hat diese Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsakt zur Rechtsmittelentscheidung vorgelegt.
Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

Es ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter (§ 2 VwGVG).

Die Beweisaufnahme erfolgte durch Akteneinsichtnahme in den Akt zu GZ: Pol96-142-2015 sowie Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen

mündlichen Verhandlung am 4. Mai 2017. An dieser Verhandlung hat der Beschwerdeführer persönlich teilgenommen und konnte vom Verhandlungsleiter und vom Vertreter des Finanzamtes Grieskirchen Wels befragt werden. Ein Vertreter der belangten Behörde war – entschuldigt – nicht anwesend.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht am 29. Oktober 2015 im Lokal „X“ in X, X, nach dem Glücksspielgesetz durchgeführten Kontrolle wurden nachstehende Geräte betriebsbereit vorgefunden und vorläufig beschlagnahmt:

FA-Geräte Nr. 1)
Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung „X“, Type S, Serien-Nr. X, mit den Versiegelungsplaketten-Nrn.: A055552 - A055555, mit einem beim überprüften Walzenspiel „P“ festgestellten Spieleinsatz von mindestens 0,25 Euro und höchstens 11,00 Euro pro Spiel und ein in Verbindung mit dem Erreichen bestimmter Symbolkombinationen in Aussicht gestellter Gewinn von mindestens 50 Euro und höchstens 2.200 Euro.
FA-Geräte Nr. 2)
Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung „X“, Type S, Serien-Nr. X, mit den Versiegelungsplaketten-Nrn.: A055556 - A055559, mit einem beim überprüften Walzenspiel „R“ festgestellten Spieleinsatz von mindestens 0,20 Euro und höchstens 11,00 Euro pro Spiel und ein in Verbindung mit dem Erreichen bestimmter Symbolkombinationen in Aussicht gestellter Gewinn von mindestens 1.000 Euro und höchstens 55.000 Euro.
FA-Geräte Nr. 3)
Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung „X“, Serien-Nr. X, mit den Versiegelungsplaketten-Nrn.: A055523 - A055527, mit einem beim überprüften Testspiel „F“ festgestellten Spieleinsatz von 1,00 Euro und ein beim ausgewählten Vervielfachungsfaktor 1 in Aussicht gestellter Gewinn von 20 Euro

Betreiber des verfahrensgegenständlichen Lokals ist H G, X, X.

Weder der Beschwerdeführer noch der Lokalinhaber sind im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz für die verfahrensgegenständlichen Geräte. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Vom Beschwerdeführer im Rahmen der mündlichen Verhandlung und vom Lokalinhaber im Rahmen der bei der Überprüfung aufgenommenen Niederschrift wird die „X s.r.o.“, laut Beschwerdeführer mit einem Standort in T, B, als

Eigentümerin bezeichnet. Hinweise auf eine andere Person als Eigentümer liegen nicht vor.

Die verfahrensgegenständlichen Geräte standen zumindest am Tag der finanzbehördlichen Kontrolle am 29. Oktober 2015 in einem öffentlich zugänglichen Bereich im oben angeführten Lokal eingeschaltet und betriebsbereit.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden Probespiele durchgeführt. Dabei wurde die Funktionsfähigkeit der Geräte und dass die Entscheidung über das Spielergebnis bei den Spielen vorwiegend vom Zufall abhängt, festgestellt. Nicht festgestellt werden konnte, ob die X s.r.o., T, oder der Beschwerdeführer das Risiko über Gewinne und Verluste tragen sowie, ob diese Gesellschaft bzw. der Beschwerdeführer an den Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen mit den verfahrensgegenständlichen Geräten beteiligt sind.

Die Anzeige der Finanzpolizei enthält die rechtliche Folgerung, dass der Bf zur Tatzeit am Tatort die festgestellten Glücksspiele auf eigenen Namen und Rechnung sowie auf eigenes Risiko veranstaltet habe. Er habe damit selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen ausgeübt und sei als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten. Er habe demnach eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 1. Tatbild GSpG begangen. Er habe demnach als Unternehmer im zitierten Standort verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG auf eigene Rechnung und eigenes Risiko veranstaltet.

Mangels Angaben wird von einem monatlichen Nettoeinkommen des Beschwerdeführers von 2.000 Euro bei fehlenden Sorgepflichten ausgegangen.

4.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte gründen vor allem in der Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation sowie der ausgefüllten GSp 26-Dokumentation der Finanzpolizei. Diesen Unterlagen zufolge handelt es sich bei den probebespielten Geräten offensichtlich um Glücksspielgeräte im Sinne des GSpG. Weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle, noch im behördlichen Verfahren bzw. im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht konnte eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt werden. Das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen wurde auch nicht behauptet.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass es sich bei diesen Glücksspielen auch um Ausspielungen iSd § 2 GSpG handelt. Aufgrund der verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräte mit den darauf verfügbaren Spielen, bei denen Spieleinsätze zu leisten und Gewinne in Aussicht gestellt sind,

ist – in Ermangelung einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz – von einer verbotenen Ausspielung iSd § 2 Abs. 4 GSpG auszugehen. Weiters ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt wurde und diese Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

Dem Beschuldigten wurde in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 12. Jänner 2019 sowie im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfen, seit 1. August 2015 als Unternehmer verbotene Ausspielungen veranstaltet zu haben.

Der Vorwurf des Straferkenntnisses steht der Aussage des Beschwerdeführers im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung gegenüber. Demnach hat er keine am Gewinn bzw. Verlust in unternehmerischer Funktion risikotragende Tätigkeit ausgeübt.
Gegenteiliges konnte nicht festgestellt werden.

Es gibt keine ausreichenden Beweisergebnisse dafür, dass der Bf verbotene Ausspielungen auf eigene Rechnung durchgeführt hätte, also das Gewinn- und Verlustrisiko getragen hätte. Als Veranstalter kommt aber nur jene Person in Betracht, welche das Spiel auf eigene Rechnung ermöglicht (Schwartz/Wohlfahrt, GSpG2, § 52 Rz 6 unter Hinweis auf VwGH 20.12.1996, 93/17/0058; 16.02.2004, 2003/17/0260). Das ergibt sich auch aus der Entscheidung des VwGH vom 26. Jänner 2010, 2008/02/0111.

Ob er oder, wie vorgebracht, die X s.r.o. das Gewinn- und Verlustrisiko trug, konnte letztlich zweifelsfrei nicht festgestellt werden.

Eine Bestrafung kann iSd § 45 Abs. 1 Z 1 VStG aber nur dann erfolgen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat erwiesen ist. Im Verwaltungsstrafverfahren gilt der Grundsatz „in dubio pro reo“ (Fister in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 25 Rz 10).
Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertritt, darf der Grundsatz „in dubio pro reo" nur angewendet werden, wenn nach Durchführung des Beweisverfahrens Zweifel an der Verwirklichung des Tatbildes durch den Beschuldigten bleiben (statt vieler: VwGH 15.11.2000, 2000/03/0237). Wie oben ausführlich dargestellt, war im vorliegenden Fall die Klärung der Frage, auf wessen Rechnung die gegenständlichen Glücksspiele angeboten wurden, nicht möglich. Weder aufgrund der im Verwaltungsakt einliegenden Beweismittel noch aufgrund der Aussagen im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte die im bekämpften Straferkenntnis vorgeworfene Tat erwiesen werden.

Da sich somit aus den vorliegenden Aktenunterlagen und auch aus den im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung getätigten Aussagen kein für den Abschluss eines Verwaltungsstrafverfahrens ausreichend eindeutiger Hinweis

oder Nachweis darauf ergibt, wer das Gewinn- und Verlustrisiko im gegenständlichen Fall tatsächlich trug, kommt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich unter Würdigung aller Umstände zur Überzeugung, dass nicht festgestellt werden konnte, auf wessen Rechnung die Glücksspiele angeboten bzw. durchgeführt worden sind.

Im Ergebnis war der Beschwerde daher Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen.

Dem Bf waren auf Grund dieses Verfahrensergebnisses gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG und § 66 Abs. 1 VStG weder ein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht noch ein Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde vorzuschreiben.

II. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung weicht nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Strafbarkeit von Übertretungen des Glücksspielgesetzes ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes wurde entsprechend den von der Rechtsprechung des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

H i n w e i s

Bitte erachten Sie den von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelten Zahlschein als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Reichenberger