OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-411373/2/MB/HG

Datum:
Linz, 3. Jänner 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde von N K, geb. x, x, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. P R, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat W vom 22. Februar 2016, GZ: VStV/915301783318/2015,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde stattgegeben, der bekämpfte Bescheid behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat gemäß § 52 Abs. 8 und 9 VwGVG keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

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

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat W (in der Folge: belangte Behörde) vom 22. Februar 2016, GZ: VStV/915301783318/2015, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe iHv. 2 x 1.000 Euro (somit insgesamt 2.000 Euro) und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 x 12 Stunden (somit insgesamt 24 Stunden = 1 Tag) verhängt, weil er es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der E Kft, x zu verantworten hat, dass sich dieses Unternehmen an Glückspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, zumindest in der Zeit von 29. Oktober 2012 bis 27. August 2015 im Lokal "A V" in W, B.straße 21, unter Verwendung von 2 Glückspielgeräten unternehmerisch beteiligt hat.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

"Sie haben, wie am 27.08.2015 zwischen 10.15 Uhr und 11.59 Uhr durch Organe der Finanzpolizei des Finanzamtes Grieskirchen-Wels festgestellt wurde, seit 29.10.2012 bis 27.08.2015 in W, B.straße 21, Lokal „A V", als das satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufene Organ der Fa. „E Kft", zu verantworten, dass sich diese Firma als Unternehmer (§ 2 Abs. 2 Glücksspielgesetz) in dem angeführten Lokal an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 und Abs. 4 Glücksspielgesetz zur Teilnahme vom Inland aus beteiligt und daraus Einnahmen erzielt hat, weil Sie folgende Glücksspielgeräte

1. MULTI GAME CLASSIC XL, Nr. x (Geldstrafe € 1.000,- / Ersatzarrest 12 Stunden),
2. MULTI GAME CLASSIC, Nr. x (Geldstrafe € 1.000,- / Ersatzarrest 12 Stunden),

im Rahmen ihrer Firma seit zumindest 29.10.2012 bis 27.08.2015 die für die Durchführung von Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen notwendigen Gegenstände gegen Entgelt zur Verfügung gestellt haben um fortgesetzt Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen, wobei die Spieler nur einen Einsatz und den dazugehörenden Gewinnplan auswählen konnten und den Spielern keine Möglichkeit geboten wurde Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen oder Zahlen zu nehmen sondern die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing. Die Spieler konnten nur durch Betätigen der Start-Taste, wodurch bei den dadurch ausgelösten virtuellen Walzenspielen für die Dauer einer Sekunde die am Bildschirm dargestellten Symbole ausgetauscht oder in ihrer Lage verändert wurden, auf das Spiel Einfluss nehmen, weshalb die mit den Glücksspielgeräten durchgeführten Spiele als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz und Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes zu werten waren.

Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 9 VStG i.V.m. § 52 Abs. 1 Z 1 i.V.m. § 2 Abs. 1, 2 und 4 i.V.m. § 4 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) werden über Sie folgende Strafen verhängt:
Geldstrafen von falls diese uneinbringlich ist, Gemäß

	Ersatzfreiheitsstrafen von	
€ 2.000,00	1 Tag	§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG)

[…] [Hervorhebungen nicht übernommen]"

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei. Eine Rechtsgrundlage für die gegenständlichen Ausspielungen konnte nicht nachgewiesen werden, insbesondere lag keine entsprechende Konzession nach dem Glücksspielgesetz oder eine Ausnahme von dessen Anwendung vor. Der Bf ist Eigentümer der beiden gegenständlichen Geräte und das Aufstellen der Geräte in dem oben genannten Gaststättenbetrieb vermittelt. Als strafmildernd wurde die bisherige einschlägige Unbescholtenheit bei der belangten Behörde berücksichtigt, da im Zeitpunkt der Übertretung keine rechtskräftigen Verwaltungsstrafen vorlagen. Sonstige Straferschwerungs- und Strafmilderungsgründe lagen nicht vor.

2. Mit Schreiben vom 24. März 2016 erhob der Bf in rechtsfreundlicher Vertretung fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde, mit welcher die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens beantragt wurden.

Begründend führt der Bf im Wesentlichen aus, dass mit den gegenständlichen Geräten nicht in das Glückspielmonopol des Bundes eingegriffen worden sei, weil auf den konkreten Geräten keine Glücksspiele iSd GSpG spielbar wären. Weiters wurden ausführlich unionsrechtliche Bedenken dargelegt, dass die Anwendung des Glücksspielgesetzes mit Hinweis auf die Rechtssache *Pfleger* (C-390/12) und weitere Urteile des EuGH gegen die unionsrechtliche Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit verstoßen würde, dass auch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Erkenntnis vom 09.05.2014, LVwG-410287/4/Gf/Rt, das im GspG verankerte Monopolsystem als unionsrechtswidrig klassifiziert und das anhängige Verwaltungsverfahren eingestellt hat und dass der Oberste Gerichtshof in seinem Beschluss vom 27.11.2013, 2 Ob 243/12t, dargelegt hat, dass das Glücksspielmonopol des GSpG und das darauf basierende Konzessionssystem prinzipiell der europarechtlichen Dienstleistungsfreiheit widerstreite. Selbst ein rein innerstaatlicher Sachverhalt würde aufgrund des Verbots der Inländerdiskriminierung zu keinem anderen Ergebnis führen. Schließlich sei auch die verhängte Strafe bei weitem überhöht.

3. Die belangte Behörde legte den in Rede stehenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 29. März 2016 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

4. Der Verfassungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 2. Juli 2016, kundgemacht im BGBl. I Nr. 57/2016 am 12. Juli 2016, ausgesprochen, dass bei ihm eine erhebliche Anzahl von Verfahren über Beschwerden im Sinne des § 86a Abs. 1 VfGG anhängig ist, in denen gleichartige Rechtsfragen zu lösen sind. Gemäß § 86a Abs. 3 VfGG durften daher vom Verwaltungsgericht in Rechtssachen, welche die im Beschluss genannten Rechtsvorschriften - im Wesentlichen §§ 52 bis 54 GSpG - anzuwenden und eine darin genannte Rechtsfrage zu beurteilen hatten, nur solche Handlungen vorgenommen oder Anordnungen und Entscheidungen getroffen werden, die durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes nicht beeinflusst werden konnten oder die die Frage nicht abschließend regelten und keinen Aufschub gestatteten. Im Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016, kundgemacht im BGBl. I Nr. 91/2016 am 3. November 2016, hat der Verfassungsgerichtshof seine Rechtsanschauung zusammengefasst, womit die oben genannten Wirkungen gemäß § 86a Abs. 3 VfGG geendet haben und das Verfahren fortzuführen war.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Niederschrift der Finanzpolizei, dem Erkenntnis des Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vom 25.04.2016, LVwG-411049/9/ER – 411050/2, betreffend die Beschlagnahme der gegenständlichen Geräte und das Beschwerdevorbringen.

6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus:

Am 27. August 2015 führten Organe der Finanzpolizei zwischen 10:15 Uhr und 11:59 Uhr eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz im Lokal "A V" in W, B.straße 21, durch.

Zum Zeitpunkt der Kontrolle wurden im Lokal die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte betriebsbereit vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierungen gekennzeichnet und nach Durchführung von Testspielen zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen.

Die in Rede stehenden 2 Geräte waren zwecks nachhaltiger Einnahmenerzielung in dem gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Es konnten Einsätze an den Geräten geleistet werden, für welche - abhängig vom Einsatz - Gewinne in Aussicht gestellt wurden.

Ob die E Kft, X Eigentümerin der in Rede stehenden Geräte ist, steht nicht fest.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele auf den Geräten durchgeführt:

FA-Nr.	*Spiel*	*Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
1	*Hot Fruits*	*0,30 Euro*	*max. 5 Euro + 3 Super Games*
1	*Hot Fruits*	*5,00 Euro*	*max. 20 Euro + 78 Super Games*
2	*Hot Fruits*	*0,30 Euro*	*max. 5 Euro + 3 Super Games*
2	*Hot Fruits*	*5,00 Euro*	*max. 20 Euro + 78 Super Games*

Der Spielablauf der 2 virtuellen Walzenspiele (Geräte mit FA-Nr. 1 und 2) stellt sich wie folgt dar: Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen wurden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wurde mit der Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.

II.

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, ihrem Aktenvermerk zur gegenständlichen Kontrolle, der Dokumentation der Probespiele, der Niederschrift über die Einvernahme und den deutlichen, im Akt einliegenden Fotos sowie dem Erkenntnis des Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vom 25.04.2016, LVwG-411049/9/ER – 411050/2.

Dass der Bf Geschäftsführer der E Kft, X ist, ergibt sich aus dem im Akt einliegenden Firmenbuchauszug.

Dass dieses Unternehmen Eigentümerin der gegenständlichen Geräte ist, konnte das Unternehmen im Beschlagnahmeverfahren nicht nachweisen. Wörtlich heißt

es im Erkenntnis des Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vom 25.04.2016, LVwG-411049/9/ER – 411050/2:

„Dazu, dass nicht festgestellt werden kann, dass sich die verfahrensgegenständlichen Geräte im Eigentum der Erst-Bf [*Anmerkung: das Unternehmen, dessen Geschäftsführer der Bf ist*] befinden, ist Folgendes auszuführen: Der bekämpfte Bescheid wurde nicht an die Erst-Bf adressiert, dennoch teilte die Erst-Bf mit E-Mail vom 19. Oktober 2015 der belangten Behörde durch ihren Rechtsvertreter mit, dass sie Eigentümerin der Geräte sei. Ferner wurde dies in der Beschwerde behauptet, jedoch enthält die Beschwerde keinerlei substantiierte Ausführungen dazu, auch Beweisanträge dazu wurden nicht gestellt. Auch in der mündlichen Verhandlung behauptete der Vertreter der Bf, dass die Erst-Bf Eigentümerin der Geräte bzw Mieterin eines Teils der verfahrensgegenständlichen Geschäftsräumlichkeiten sei, einen Eigentums-nachweis oder Mietvertrag legte er jedoch trotz mehrmaliger Nachfrage nicht vor. Auch der Versuch des Vertreters der Bf, das angebliche Eigentum der Erst-Bf an den Geräten mit deren Aufstellungsort zu verquicken, konnte das Oö. Landesverwaltungsgericht nicht davon überzeugen, dass die Geräte tatsächlich im Eigentum der Erst-Bf stehen.“

Gemäß § 44 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) entfällt die Verhandlung, wenn der Antrag der Partei oder die Beschwerde zurückzuweisen ist oder bereits auf Grund der Aktenlage feststeht, dass der mit Beschwerde angefochtene Bescheid aufzuheben ist.

III.

1. Gemäß § 50 Abs. 1 Glücksspielgesetz iVm. § 3 Abs. 2 VwGVG ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung über die vorliegende Beschwerde zuständig. Dieses hatte gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

2. Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl I Nr 118/2015, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro zu bestrafen, 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.

Gemäß § 52 Abs 2 GSpG ist bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen 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.

§ 52 Abs 3 GSpG lautet: 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.

Gemäß § 1 Abs 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

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

Gemäß § 2 Abs 2 Satz 1 GSpG ist Unternehmer, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

Gemäß § 2 Abs 4 GSpG sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind, verboten.

Gemäß § 9 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52/1991, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl. I Nr. 33/2013, ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

3. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den verfahrensgegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden konnten, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Aufgrund des festgestellten Spielablaufes der an diesen Geräten verfügbaren virtuellen Walzenspiele ist es auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201) als erwiesen anzusehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die festgestellten Spiele somit als Glücksspiele iSd. § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind.

Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen iSd. § 2 Abs. 1 GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und der Bf von diesem auch nicht ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

Der E Kft, X als Eigentümerin der Geräte wird vorgeworfen, dass sie sich unternehmerisch an Ausspielungen beteiligt und somit den objektiven Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG erfüllt. Der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer zur Vertretung nach außen berufen und somit gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich.

4. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass nicht festgestellt werden konnte, ob das Unternehmen des Bf Eigentümerin der gegenständlichen Geräte ist, vielmehr konnte dies im Beschlagnahmeverfahren trotz entsprechender Erörterungen nicht nachweisen.

Wenn das Unternehmen des Bf allerdings nicht Eigentümerin der beiden Glücksspielgeräte ist, konnte es sich auch nicht als Unternehmen an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 und 4 Glücksspielgesetz beteiligen. Der Bf hat sich somit auch für kein strafbares Verhalten zu verantworten.

5. Es war somit im Ergebnis der Beschwerde gemäß § 50 VwGVG stattzugeben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren nach § 38 VwGVG iVm. § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen.

Nachdem der Beschwerde stattgegeben wurde, waren keine Verfahrenskosten für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aufzuerlegen.

IV. Zulässigkeit 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 Rsp des VwGH zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen (vgl. insbesondere die in Punkt III. zitierte Judikatur).

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.

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Brandstetter