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-411401/10/Wei/BZ

Datum:
Linz, 28. März 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. Weiß über die Beschwerde des Herrn A K, vertreten durch Dr. F M, Rechtsanwalt in W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 22. März 2016, GZ Sich96-83-2014, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Glücksspielgesetz, nach Durchführung einer öffentlichen Verhandlung am 2. März 2017,

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird der Beschwerde Folge gegeben und der angefochtene Bescheid aufgehoben.

II. Gemäß § 52 Abs 9 VwGVG und § 66 Abs 1 VStG hat der Beschwerdeführer weder ein 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 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 dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems, (im Folgenden: belangte Behörde) vom 22. März 2016, GZ Sich96-83-2014, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Geldstrafe von 2.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 67 Stunden) pro Glücksspielgerät wegen Übertretungen nach § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 400 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Während einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz am 21.05.2014 um 13.25 Uhr durch die Organe der Abgabebehörde, Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr, als Organe der öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2 GSpG, im Lokal ‚Pub' in W wurden Glücksspielgeräte betriebsbereit und eingeschaltet dienstlich wahrgenommen und ein fortgesetzter Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes durch Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen festgestellt. Es konnten Glücksspiele, in Form von virtuellen Walzenspielen festgestellt werden, mit welchen selbständig nachhaltig Einnahmen erzielt wurden, welche also von einem Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG veranstaltet wurden, für welche zur Teilnahme am Spiel eine vermögenswerte Leistung in Form des Einsatzes zu entrichten war, für welche vom Unternehmer vermögenswerte Leistungen in Verbindung mit dem Erreichen bestimmter Symbolkombinationen in Aussicht gestellt wurden und welche weder von einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG umfasst, noch nach § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren. Die Geräte wurde von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und nach Durchführung von Testspielen zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen.
Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer somit als das zur Vertretung nach Außen berufene Organ und gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Person der Firma ‚K GmbH' (jetzt: P GmbH) mit Sitz in W zu verantworten, dass sich diese Firma im Zeitraum von 01.03.2014 bis 21.05.2014 als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG an verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG beteiligt hat, indem Sie die Glücksspielgeräte betriebsbereit im Lokal ‚Pub' in W den Spielern zur Verfügung gestellt und somit selbständig nachhaltig Einnahmen aus Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, erzielt hat.

1.) FA 01 ‚Kajot A-T1', Seriennummer 9 (Versiegelungsplakettennummern A049273-A049278)
2.) FA 02 ‚Kajot A-T1', Seriennummer 4 (Versiegelungsplakettennummern A049267-A049272)"

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 14. April 2016, mit der die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die

Einstellung des Strafverfahrens, in eventu die Erteilung einer Ermahnung bzw die Herabsetzung der Strafe beantragt werden.

Begründend wird zusammengefasst ausgeführt, dass Begründungsmängel, Verfahrensfehler und eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorliegen würden. Überdies sei die belangte Behörde unzuständig gewesen. Auch sei im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsmeinungen kein Verschulden anzulasten und wären keine Milderungsgründe festgestellt sowie Erschwerungsgründe unzutreffend gewertet und daher die Strafe zu hoch bemessen worden. Darüber hinaus wird ausführlich die Vereinbarkeit des Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht angezweifelt.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt mit Schreiben vom 21. April 2016 zur Entscheidung vor.

Gemäß § 2 VwGVG entscheidet das Verwaltungsgericht durch Einzelrichter, soweit die Bundes- oder Landesgesetze nicht die Entscheidung durch einen Senat vorsehen, was im Glücksspielgesetz nicht der Fall ist.

I.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.

Nachdem der Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 15. Oktober 2016, G 103-104/2016, den Gesetzesprüfungsantrag des Obersten Gerichtshofes zurückgewiesen hat und mit Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016 u.a. Zlen. die gemäß § 86a VfGG kundgemachte Rechtsfrage beantwortet hat, und zwar im Ergebnis in der Weise, dass die Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht gegen das Unionsrecht (insb Art 56 bis 62 AEUV) verstoßen und aus diesem Grund keine Verletzung des Rechts auf Gleichheit aller Staatsbürger gemäß Art 7 Abs 1 B-VG und Art 2 StGG wegen Inländerdiskriminierung vorliegen kann, sind die in § 86a Abs 3 VfGG genannten Wirkungen weggefallen und können die Verfahren fortgesetzt werden (siehe auch BGBl I Nr. 91/2016 vom 3. November 2016).

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde übermittelten Verfahrensakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation, weiters in eine Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen (BMF) samt Glücksspielbericht 2010-2013, den Evaluierungsbericht des BMF „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“, die Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ samt Begleitschreiben des Finanzministeriums sowie im Wege der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 2. März 2017. Zu dieser Verhandlung sind der rechtsfreundliche Vertreter des Bf und ein Vertreter des Finanzamtes erschienen. Zeugenschaftlich wurde Herr A J einvernommen.

Der Rechtsvertreter brachte in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor, dass die P GmbH nicht Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Geräte und somit nicht involviert in die Angelegenheit sei. Ansonsten wäre bereits im Beschlagnahmeverfahren die Eigentümerschaft der P GmbH bekannt gegeben worden.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von folgendem entscheidungsrelevanten S a c h v e r h a l t aus:

II.2.1. Bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht am 21. Mai 2014 um 13:25 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung „Pub“ in W durchgeführten Kontrolle wurden folgende Geräte betriebsbereit vorgefunden und vorläufig beschlagnahmt:

FA-Nr.	Gehäusebezeichnung	Serien-Nr.
1	Kajot Auftragsterminal	9
2	Kajot Auftragsterminal	4

Die P GmbH mit Sitz in G, ist Eigentümerin der sich in den Walzenspielgeräten mit den FA-Nrn. 1 und 2 befindlichen Banknotenlesegeräte.
Betreiber des oa. Lokals ist Herr K L.

Nicht festgestellt werden konnte, ob die P GmbH Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Gerätschaften (wie von der belangen Behörde behauptet) ist und sich diese an verbotenen Ausspielungen mit diesen Gerätschaften unternehmerisch beteiligt hat.

Auch der Beschlagnahmeverfahren wurde bereits nicht an die P GmbH zugestellt.

II.2.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren.

Die Feststellungen zur P GmbH und zum Lokalbetreiber sowie zu den Eigentumsverhältnissen der Banknotenlesegeräte gründen auf den aktenkundigen finanzpolizeilichen Erhebungen samt Firmenbuchauszügen, auf den Angaben des Beschwerdevertreters in der mündlichen Verhandlung und insbesondere auf der schriftlichen Mitteilung vom 28.5.2014, wonach die P GmbH Eigentümerin der sich in den gegenständlichen Geräten befindlichen Banknotenleser ist. Dass der Beschwerdevertreter irrtümlich in der mündlichen Verhandlung vorbrachte, die P GmbH sei Eigentümerin der Geräte ist darin begründet, dass bei der Verhandlung die schriftliche Mitteilung vom 28.5.2014 nicht vorlag und er von der insofern unrichtigen Bescheidbegründung der belangten Behörde ausging. Der Beschwerdevertreter bekräftigte jedoch in der Verhandlung auch, dass die mit dieser schriftlichen Mitteilung bekanntgegebenen Eigentumsverhältnisse kurz nach der Beschlagnahme der Wahrheit entsprechen.

Ob die verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräte im Eigentum der P GmbH stehen, konnte im durchgeführten Beweisverfahren nicht festgestellt werden, zumal weder anhand des Verfahrensakts noch aufgrund der Aussagen in der mündlichen Verhandlung geklärt werden konnte, in wessen Eigentum diese Gerätschaften stehen.

Da sich aus den Aussagen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung und aus dem Verfahrensakt nicht feststellen lässt, ob die verfahrensgegenständlichen Geräte im Eigentum der P GmbH stehen und in der Folge, ob sich diese an verbotenen Ausspielungen beteiligt hat, gelangt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zur Überzeugung, dass nicht festgestellt werden kann, ob sich die P GmbH an verbotenen Ausspielungen mit diesen Gerätschaften unternehmerisch beteiligt hat.

III. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl Nr 620/1989 in der im vorgeworfenen Tatzeitraum geltenden Fassung BGBl I Nr 105/2014, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe 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 1000 Euro bis zu 10000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3 000 Euro bis zu 30000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3000 Euro

bis zu 30000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6000 Euro bis zu 60000 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 § 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).

Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs. 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmerschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

Nach § 2 Abs 2 leg.cit. 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 § 45 Abs 1 Z 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

IV.1. Gemäß § 50 Abs 1 GSpG ist das Landesverwaltungsgericht zuständig.

IV.2. Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass nicht festgestellt werden konnte, dass die P GmbH Eigentümerin der verfahrensgegenständlichen Gerätschaften ist.

Der P GmbH bzw. dem Bf konnte daher nicht nachgewiesen werden, dass eine unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspielungen mit den verfahrensgegenständlichen Gerätschaften vorlag.

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, Zl. 2000/03/0237). Wie oben ausführlich dargestellt, war im vorliegenden Fall die Klärung der Frage, ob die verfahrensgegenständlichen Gerätschaften im Eigentum der P GmbH stehen und sich diese an verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt hat, 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.

Auf das Beschwerdevorbringen war somit nicht weiter einzugehen.

IV.3. Im Ergebnis war daher der Beschwerde Folge zu geben, das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen.

Bei diesem Ergebnis war dem Bf 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.

V. 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.

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 Verwaltungs-

gerichtshof. 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. W e i ß