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-411490/7/SCH/MSt

Datum:
Linz, 8. Februar 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. Schön über die Beschwerde des Herrn G V, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, vom 30. Mai 2016, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 3. Mai 2016, GZ: Pol96-23-2014, nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 10. Jänner 2017

zu Recht e r k a n n t :

I. Gemäß § 50 VwGVG wird die Beschwerde abgewiesen und das angefochtene Straferkenntnis mit folgender Maßgabe bestätigt:
Im Spruch des Straferkenntnisses wird auf Seite 2 im 2. Absatz Folgendes eingefügt:
„..... Organ des Unternehmens Autohaus V KG, nämlich als Komplementär, mit Sitz in .....“
Weiters werden anstelle der Gesamtstrafe (Geldstrafe: 2000 Euro, Ersatzfreiheitsstrafe: 36 Stunden) zwei Einzelstrafen zu jeweils 1000 Euro, Ersatzfreiheitsstrafe jeweils 12 Stunden, verhängt.

II. Der Beschwerdeführer hat als Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren den Betrag von 400 Euro (20 % der verhängten Geldstrafen) 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. Die Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck hat über Herrn G V mit Straferkenntnis vom 3. Mai 2016, Pol96-23-2014, wegen einer Übertretung des Glücksspielgesetzes eine Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe verhängt.

Im Spruch des Straferkenntnisses heißt es:

„Während einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz am 30.04.2014 durch die Organe der Abgabebehörde, Finanzamt Gmunden Vöcklabruck, als Organe der öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2 Glücksspielgesetz, im Lokal mit der Bezeichnung „O S" im Autohaus V wurden zwei Glücksspielgerät betriebsbereit und voll funktionsfähig dienstlich wahrgenommen und ein fortgesetzter Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes durch Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen festgestellt.

FA-Geräte Nr.	Gehäuse-bezeichnung	Seriennr.	Typen-bezeichnung	Versiegelungs-plakettennr.
1	Auftragsterminal	x	Auftragsterminal	A051171 bis A051178
2	Sweet Beat Musicbox	keine	Sweet Beat Musicbox	A051180; A051182; A051184 bis A051186

Beim Gerät mit der FA-Nr. 1 konnten Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen und beim Gerät mit der FA-Nr. 2 Glücksspiele in Form eines elektronischen Glücksrades festgestellt werden, mit welchen selbstständig nachhaltig Einnahmen erzielt wurden, welche also von einem Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 Glücksspielgesetz veranstaltet wurden, für welche zur Teilnahme am Spiel eine vermögenswerte Leistung in Form des Einsatzes zu entrichten war, für welche vom Unternehmer vermögenswerte Leistungen (Gewinn) in Aussicht gestellt wurden und welche weder von einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz umfasst, noch nach § 4 Glücksspielgesetz vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

Die Geräte wurden von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und nach Durchführung von Testspielen zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffes in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt und versiegelt.

Nach den Ermittlungsergebnissen ist das Gerät mit der FA-Nr. 1 im Besitz des Unternehmens P GmbH (früher K GmbH) und wurde dem Unternehmen Autohaus V KG zu einem monatlichen Bruttomietzins in der Höhe von 350,00 Euro vermietet. Sämtliche Umsätze, welche den Mietzins übersteigen, werden zwischen den Unternehmen Autohaus V KG und P F M , die den Automaten verwaltet, aufgeteilt.

Das Gerät mit der FA-Nr. 2 befindet sich im Eigentum des Unternehmens Autohaus V KG und lag das Gewinn- und Verlustrisiko gänzlich bei diesem Unternehmen.

Sie haben es somit als das gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ des Unternehmens Autohaus V KG mit Sitz in A, zu verantworten, dass im

erwähnten Lokal mit den ggst. Glücksspielgeräten Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 Glücksspielgesetz, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, in der Zeit April 2013 bis 30.04.2014 veranstaltet wurden.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild in Verbindung mit § 2 Glücksspielgesetz,
BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
2.000,00 Euro	36 Stunden	-	§ 52 Abs. 1 Z 1 und Abs. 2 leg. cit.

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

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:
200,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);
0,00 Euro als Ersatz der Barauslagen für -
Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 2.200.00 Euro."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

2. Gegen dieses Straferkenntnis hat der rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführer rechtzeitig Beschwerde erhoben. Diese ist von der belangten Behörde samt Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vorgelegt worden.
Diese war gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Richter zu treffen.

Am 10. Jänner 2017 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der ein Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, ein Vertreter der belangten Behörde und einer des Finanzamtes Gmunden Vöcklabruck sowie der Meldungsleger als Zeuge teilgenommen haben.
Der Beschwerdeführer selbst ist zur Verhandlung nicht erschienen.

3. Nach Wiedergabe des Inhaltes der zugrundeliegenden Anzeige der Finanzpolizei, Finanzamt Gmunden Vöcklabruck, und der Rechtfertigung des Beschwerdeführers sowie einer Stellungnahme des Finanzamtes Gmunden Vöcklabruck finden sich in der Begründung des Straferkenntnisses folgende Ausführungen:

„Gemäß § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz ist ein Glücksspiel ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Mit den ggst. Geräten (FA-Nr. 1 und 2) konnten Spiele durchgeführt werden, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Es gab keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen konnte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten und elektronischen Glücksrädern angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (zB VwGH vom 27.01.2012, 2011/17/0246; VwGH vom 16.11.2011, 2011/17/0238) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt.

Die Spiele der Geräte mit den FA-Nr. 1 und 2 sind somit Glücksspiele im Sinne des § 1 Glücksspielgesetzes.

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

Aufgrund der ausführlichen Dokumentation der ggst. Glücksspiele durch die Organe des Finanzamtes als Organe der öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2 Glücksspielgesetz und aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme waren für die Behörde zweifelsfrei als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 leg.cit. zu qualifizierende Spiele gegeben, welche von einem Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 leg.cit. veranstaltet wurden.

Gemäß § 2 Abs. 1 leg.cit. 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).

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

Für die Durchführung der ggst. Glücksspiele wurden bestimmte Spieleinsätze bedungen, die von den Spielern im ggst. Lokal und somit im örtlichen Bereich des Betriebsgeländes des Autohauses V in A, getätigt wurden, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt an den ggst. Geräten erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an diese Geräte übermittelt und dort nur angezeigt wurde. Weiters wurden dafür unterschiedlich hohe vermögenswerte Gewinne in Aussicht gestellt, die gegebenenfalls auch vor Ort ausbezahlt wurden.

Die angezeigten Glücksspiele fallen daher unter Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 leg.cit. und wurde der Behörde keine Rechtsgrundlage dafür nachgewiesen.

Für die Behörde stand somit zweifelsfrei fest, dass die angezeigten Ausspielungen in Form verbotener Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 Glücksspielgesetz, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, veranstaltet wurden.

Aufgrund der Aussagen des vertretungsbefugten Organs der Autohaus V KG geht die Behörde davon aus, dass die Geräte seit ca. April 2013 mit einigen wenigen Ausnahmen, also an gewissen Tagen einer Funktionsstörung - funktionsfähig im Lokal betrieben werden. Es wurde somit seit April 2013 fortgesetzt mit diesen Glücksspielgeräten, welche die Durchführung der verbotenen Ausspielungen ermöglichten, gegen § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz, erstes Tatbild, verstoßen.

Es lag sohin ein unzulässiger Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes vor.

Laut Aussagen von Herrn V sei das Gerät FA-Nr. 1 glaublich im Besitz des Unternehmens K GmbH (nunmehr P GmbH) und wäre es dem Unternehmen Autohaus V KG zu einem monatlichen Bruttomietzins in der Höhe von 350,00 Euro vermietet worden. Darüber hinaus sei zwischen dem Unternehmen Autohaus V KG und der P F M , die den Automaten verwaltet, vereinbart worden, dass sämtliche Umsätze, welche den angegebenen Mietzins übersteigen, aufgeteilt werden. Die Höhe der Umsatzbeteiligung sei ihm nicht bekannt, dies würde immer von einem Angestellten des Unternehmens P F M bei seinem persönlichen Erscheinen im Lokal berechnet werden. Schriftliche Verträge oder Vereinbarung gäbe es nicht.

Weiters wurde von ihm mitgeteilt, dass das Gerät FA-Nr. 2 im Eigentum des Unternehmens Autohaus V KG stehe und zu einem Kaufpreis von 1.500,00 Euro brutto von einem anderen Unternehmen gekauft worden sei. Das Gewinn- und Verlustrisiko lag somit hinsichtlich dieses Geräts gänzlich bei der Autohaus V KG.

Herr G V hat somit als Verantwortlicher der Autohaus V KG verbotene Ausspielungen veranstaltet und dadurch fortgesetzt gegen § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz, erstes Tatbild, verstoßen.

Zur Strafbemessung ist auszuführen:

Gemäß § 19 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 i.d.g.F. sind Grundlage für die Bemessung der Strafe die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat.

Gemäß § 19 Abs. 2 Verwaltungsstrafgesetz 1991 sind im ordentlichen Verfahren überdies die nach dem Zweck der Strafdrohung in Betracht kommenden Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Auf das Ausmaß des Verschuldens ist besonders Bedacht zu nehmen.
Unter Berücksichtigung der Eigenart des Verwaltungsstrafrechtes sind die Bestimmungen der §§ 32 bis 35 des Strafgesetzbuches sinngemäß anzuwenden.
Die Einkommens-, Vermögens- und Familienverhältnisse des Beschuldigten sind bei der Bemessung von Geldstrafen zu berücksichtigen.

Die Behörde ging hierbei von einem Einkommen von 1.500,00 Euro aus. Diese Annahme wurde dem Beschuldigten mit dem Ergebnis der Beweisaufnahme bekannt gegeben und hat dieser keine Angaben dazu gemacht.

Milderungsgründe sind im Verfahren keine hervorgetreten.

Das verfügte Strafausmaß stellt die Mindeststrafe gemäß § 52 Glücksspielgesetz dar und kann somit nicht als überhöht gewertet werden.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt und die Beweisaufnahme im Rahmen der oben angeführten Beschwerdeverhandlung, insbesondere die zeugenschaftliche Befragung des bei der Amtshandlung anwesend gewesenen Organes der Finanzpolizei.

Daraus ergeben sich folgende Feststellungen:

Vorweg wird auf die Ausführungen in der Begründung des in Beschwerde gezogenen Straferkenntnisses verwiesen, womit die belangte Behörde die relevanten Erwägungen hinreichend ausführlich darlegt. Bei der finanzpolizeilichen Kontrolle am 30. April 2014 wurden die beiden verfahrensgegenständlichen Glücksspielautomaten betriebsbereit vorgefunden und auch probebespielt. Dass mit den Geräten Glücksspiele durchgeführt wurden, steht aufgrund des eindeutigen Ermittlungsergebnisses, bestätigt auch durch die zeugenschaftliche Einvernahme des Meldungslegers bei der Beschwerdeverhandlung, völlig außer Zweifel. Eine Behauptung in Richtung Geschicklichkeitsspiele wurde nicht erhoben (vgl. VwGH 30.12.2016, Ra 2016/17/0152). Anzumerken wäre hier noch, dass dem Verwaltungsgericht trotz hunderter Verfahren noch kein tatsächliches Geschicklichkeitsspiel, etwa in Form eines Gerätes mit einer Stopptaste, untergekommen ist.
Ebenso zweifelsfrei steht fest, dass keine glücksspielrechtliche Bewilligung in irgendeiner Art hiefür vorlag.
Der vorliegende Fall deckt sich also mit den entsprechenden Feststellungen in höchst zahlreichen Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Es wird daher Abstand davon genommen, die entsprechenden Ausführungen hier wiederum zum wiederholten Male auszubreiten.
Mit der Unionsrechtskonformität des österreichischen Glücksspielrechts haben sich sämtliche österreichischen Höchstgerichte in der Zwischenzeit ausführlich auseinandergesetzt und in entsprechenden Entscheidungen diese bejaht. Beim Verwaltungsgerichtshof war dies insbesondere beim Erkenntnis vom 16. März 2016, Ro 2015/17/0022, der Fall, auf welches hier verwiesen wird und welches auch einschlägig hinreichend kommuniziert wurde.
Auch der Verfassungsgerichtshof hat mit Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016-24, E 947/2016-23 und E 1054/2015-19, die Rechtsgrundlagen im Glücksspielgesetz für die Bestrafung, die Beschlagnahme und die Einziehung für unionsrechtskonform befunden.

Schließlich liegen in der Zwischenzeit auch zahlreiche Beschlüsse des Obersten Gerichtshofes über die Zurückweisung von Revisionen vor, die aus dem erwähnten Grund ergangen sind.
Diese höchstgerichtlichen Entscheidungen veranlassen das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich unbeschadet der Kenntnis von vereinzelten anders lautenden Rechtsmeinungen, etwa des Landesgerichts Korneuburg zu Cg 91/14 x-52, zum Abschluss des Verwaltungsstrafverfahrens ohne Stattgabe von Aussetzungsanträgen.
Der entscheidungsrelevante Sachverhalt ist im Übrigen hinreichend geklärt, sodass auf die als Erkundungsbeweisanträge zu wertenden weitwendigen Ausführungen des Beschwerdeführers in der Beschwerdeschrift und weiteren Eingaben nicht einzugehen war.

5. Dem Beschwerdeführer kann auch nicht zugutegehalten werden, dass ihm die Unionsrechtskonformität der einschlägigen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht vorwerfbar nicht bekannt gewesen wäre. Diesbezüglich lagen auch vorangegangen mehrere Entscheidungen vor, die dem Beschwerdeführer bei seiner Argumentation in diese Richtung entgegengehalten werden müssen. Zur Vermeidung entsprechender Wiederholungen wird auf die Judikatur des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich verwiesen, etwa auf das Erkenntnis vom 12. April 2016, LVwG-411293/9/Kof, und die dort zitierten höchstgerichtlichen Entscheidungen.

6. Zur Strafbemessung:

Gemäß § 52 Abs. 2 Glücksspielgesetz beträgt die Mindeststrafe im Falle einer Übertretung gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 leg.cit, wenn diese mit bis zu drei Glücksspielautomaten erfolgt ist, 1.000 Euro pro Glücksspielautomaten bzw. anderen Eingriffsgegenstand.

Somit ergibt sich beim Beschwerdeführer ein Strafbetrag in Summe von 2.000 Euro, der allerdings nicht, wie durch die belangte Behörde erfolgt, durch eine Gesamtstrafe festzusetzen gewesen wäre, sondern eben, wie das Gesetz ja auch ausdrücklich anordnet, durch jeweils einen Strafbetrag in dieser Mindesthöhe. Hierin ist auch die Änderung des Spruches des in Beschwerde gezogenen Straferkenntnisses durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich begründet (vgl. auch VwGH 30.12.2016, Ra 2016/17/0152).
Zumal gegenständlich ein Anwendungsfall des § 20 VStG nicht vorliegt, konnten weitere Erwägungen zur Strafbemessung unterbleiben.
Die weitere Spruchergänzung („Komplementär") ist in der einschlägigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 9 Abs. 1 VStG begründet, etwa VwGH 12.12.1988, 88/10/0080 uva.

Zu II.
Die Entscheidung über den Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren ist in den zitierten gesetzlichen Bestimmungen begründet.

Zu III.
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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. 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 Rechtsfrage vor.

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. Schön