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-411542/9/Wei/BZ

Datum:
Linz, 19. April 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde der R W, vertreten durch Dr. F M, Rechtsanwalt in X, X, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr, vom 30. Juni 2016, GZ VStV/915301464960/2015, wegen Verwaltungsübertretungen nach § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 23. März 2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

II. Gemäß § 52 Abs 9 VwGVG hat die Beschwerdeführerin 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 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 Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr (im Folgenden: belangte Behörde) vom 30. Juni 2016, GZ VStV/915301464960/2015, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bfin) eine Geldstrafe von 3.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe von 17 Stunden) pro Glücksspielgerät, wegen Übertretungen nach § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG idgF verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 3.300 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben wie am 28.07.2015 um 08:44 Uhr in X, X, Lokal X festgestellt wurde, als das zur Vertretung nach außen berufene Organ, also als handelsrechtliche Geschäftsführerin der Fa. Y s.r.o folgende Verwaltungsübertretung begangen:

Die Firma Y s.r.o hat zumindest am Kontrolltag am 28.7.2015 das verfahrensgegenständlichen Glücksspielgerät (FA-4) sowie die Hardware /Banknotenlesegeräte (FA-1-FA-3, FA-5-FA-11) gegen Entgelt zur Verfügung gestellt um fortgesetzt Einnahmen aus den mit den Eingriffsgegenständen veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, zu erzielen.
Die Firma Y s.r.o hat sich somit an der Veranstaltung von Glücksspielen in Form verbotener Ausspielungen an denen die Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten, als Unternehmer iSd § 2 Abs. 2 GSpG beteiligt und damit eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z1, viertes Tatbild, GSpG begangen, was Sie als das zur Vertretung nach außen berufene Organ, also als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Firma zu verantworten haben.
Die Ihnen angelastete Verwaltungsübertretung wurde bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der Öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2 GSpG durchgeführten Kontrolle am 28.07.2015 um 08.44 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung X, X festgestellt. Es wurden folgende Geräte(welche mit fortlaufender Nummerierung versehen wurden) betriebsbereit und funktionsfähig vorgefunden:

FA-1: Kajot, SN:X, Banknotenleser: X
FA-2: Auftragsterminal, SN: X, Banknotenleser: X
FA-3: Kajot, SN: X, Banknotenleser: X
FA-4: Kajot, SN: X, double tronic skill
FA-5: Kajot, SN: X, Banknotenleser: X
FA-6: Kajot, SN: X, Banknotenleser: X
FA-7: Kajot, SN: X, Banknotenleser: X
FA-8: Kajot, SN: X, Banknotenleser: X
FA-9: Kajot, SN: X, Banknotenleser: X
FA-10: Kajot, SN: X, Banknotenleser: X
FA-11: Kajot, SN: X, Banknotenleser: X

Mit diesen Geräten wurden, zumindest seit dem Aufstellungsdatum, wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen durchgeführt wobei aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in verschiedener Höhe deshalb in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil weder die dafür erforderliche Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die mit diesen Geräten durchführbaren Ausspielungen nach den Bestimmungen des § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren."

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige, umfassend begründete, Beschwerde vom 28. Juli 2016, mit der die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu die Aussprache einer Ermahnung bzw die Herabsetzung der verhängten 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.

I.3. Die belangte Behörde legte mit Schreiben vom 29. Juli 2016 die Beschwerde samt Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den mit der Beschwerde übermittelten Verfahrensakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation, eine Stellungnahme des BMF samt Glücksspielbericht 2010-2013 und den Evaluierungsbericht des Bundesministers für Finanzen „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014", die Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015" samt Begleitschreiben des Finanzministeriums und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23. März 2017. Zu dieser Verhandlung sind der rechtsfreundliche Vertreter der Bfin und ein Vertreter des Finanzamtes erschienen. Zeugenschaftlich wurde A J von der Finanzpolizei einvernommen.

Am 23. März 2017 legte der Rechtsvertreter der Bfin eine Eingabe vor (schriftlicher Aufsatz nebst Beilagen 1-18), welche in der mündlichen Verhandlung behandelt wurde. Zum Akt genommen wurden auch die Stellungnahme des Finanzministeriums betreffend Ziel und Zweck des Glücksspielmonopols vom 18. September 2014, der Glücksspielbericht 2010–2013, der Bericht des Finanzministeriums über Auswirkungen des

Glücksspielgesetzes 2010–2014, ein Informationsschreiben der Stabsstelle für Spielerschutz vom 30. Oktober 2015 sowie eine Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“, welche allesamt mit Zustimmung der Parteien als verlesen gelten.

Der Zeuge gab in der mündlichen Verhandlung unter anderem an:
„Befragt zur Betriebswärme gebe ich an, dass es – sofern es so in der Dokumentation steht – der Wahrheit entspricht.

Ob die Bedienstete des Lokals innen etwas veränderte, kann ich nicht sagen. Als wir gewartet haben, konnten wir nur durch einen kleinen Spalt durchs Fenster, welches verklebt war, hineinsehen und haben zwei Gäste an der Bar gesehen. In den Raum, wo die Geräte standen, konnten wir von außen nicht hineinsehen.

Auf Befragung durch den Beschwerdevertreter:
Ob die zwei Personen, die wir durch den Spalt von außen gesehen haben, Spieler bzw. Gäste waren, weiß ich nicht sicher. Ich gehe aufgrund der optischen Wahrnehmung davon aus, dass es sich bei diesen zwei Personen nicht um Bedienstete gehandelt hat. Ich habe auch niemanden an Geräten spielen gesehen.“

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht am 28. Juli 2015 um 08:44 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung „X“ in X, X, durchgeführten Kontrolle wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten elf Geräte vorgefunden, mit Versiegelungsplaketten versehen und vorläufig beschlagnahmt.

Die Y s.r.o. ist Eigentümerin des Geräts mit der FA-Nr. 4 und der sich in den Gerätschaften mit den FA-Nrn. 1 bis 3 und 5 bis 11 befindlichen Banknotenlesegeräte. Die Bfin war zum Tatzeitpunkt Geschäftsführerin dieser Gesellschaft.
Die P GmbH ist Lokalbetreiberin und Eigentümerin der Gerätschaften mit den FA-Nrn. 1 bis 3 und 5 bis 11.

Keine dieser Personen war im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die verfahrensgegenständlichen Geräte. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Sämtliche Geräte (FA-Nrn. 1 bis 11) waren nicht funktionsfähig und nicht betriebsbereit. Die Geräte konnten von den Organen der Finanzpolizei noch eingeschaltet werden und schien auf dem Startbildschirm zum Teil die Spieleauswahl auf. Eine Probebespielung war jedoch aufgrund der Trennung der

Geräte vom Internet nicht möglich. Die Geräte wiesen noch eine erhöhte Betriebswärme auf.
Es konnte nicht festgestellt werden, ob es sich bei den verfahrensgegenständlichen Geräten (FA-Nrn. 1 bis 11) um Glücksspielgeräte handelt. Auch konnte die Funktionsweise dieser Geräte und der damit aufrufbaren Spiele nicht festgestellt werden.

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte, gründen vor allem auf der Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation, der GSp26-Dokumentation der Finanzpolizei sowie der Zeugenaussage in der mündlichen Verhandlung. Dass keine der genannten Personen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die gegenständlichen Geräte war und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, folgt für das erkennende Gericht daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle, noch im behördlichen Verfahren bzw im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurden und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde.
Die Feststellungen zur Bfin sowie zur Y s.r.o. und zur P GmbH gründen auf den schriftlichen Mitteilungen des Rechtsvertreters der Bfin.

Ob mit den verfahrensgegenständlichen elf Geräten vor Beginn der Kontrolle verbotene Ausspielungen veranstaltet wurden und ob sich die Y s.r.o. an diesen unternehmerisch beteiligt hat, konnte im durchgeführten Beweisverfahren nicht festgestellt werden, zumal weder anhand des Verfahrensakts noch aufgrund der Aussagen in der mündlichen Verhandlung geklärt werden konnte, ob diese Gerätschaften vor Beginn der Kontrolle betriebsbereit waren und somit verbotene Ausspielungen veranstaltet wurden. Zwar machen die gegenständlichen Geräte den Eindruck, Glücksspielgeräte zu sein und lässt der Umstand, dass die Geräte noch betriebswarm waren den Schluss zu, dass sie vor Beginn der Kontrolle eingeschaltet waren, jedoch konnte mit der für das Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen, an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit, der der Bfin angelastete Sachverhalt nicht nachgewiesen werden.

Mangels finanzpolizeilicher Feststellung der Funktionsweise der nur im Falle einer Internetverbindung zu einem Server auf den Geräten laufenden Spielprogramme kann, auch wenn es sich, wie die Anzeige allgemein angemerkt, um Walzenspiele gehandelt hatte, letztlich der Glücksspielcharakter zur Tatzeit nicht mehr definitiv geklärt werden, weil offen bleiben muss, ob die damals (zum Kontrollzeitpunkt und davor) wähl- und steuerbaren (virtuellen) Walzenspielprogramme auch Geschicklichkeitselemente vorsahen, durch die der Spieler den Spielablauf nach seinen Fähigkeiten beeinflussen konnte und ob das Spielergebnis dennoch nach

den konkreten Umständen überwiegend vom Zufall abhing (vgl etwa jüngst VwGH 04.01.2017, Ra 2015/17/0145 bis 0146).

Da sich aus den im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung getätigten Aussagen und aus dem Verfahrensakt nicht feststellen lässt, ob die elf Geräte vor Beginn der Kontrolle betriebs- und spielbereit waren, gelangt das Oö. Landesverwaltungsgericht unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zur Überzeugung, dass nicht festgestellt werden kann, ob eine unternehmerische Beteiligung an mit diesen Gerätschaften veranstalteten verbotenen Ausspielungen stattgefunden hat.

III. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG) in der zum Tatzeitpunkt maßgeblichen Fassung begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür 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 GSpG veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmen im Sinne des § 2 Abs 2 GSpG daran beteiligt.

Ein Glücksspiel im Sinne des GSpG ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt (§ 1 Abs 1 GSpG).

Gemäß § 2 Abs 1 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).

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.
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 Unternehmereigenschaft 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.

Gemäß § 2 Abs 4 leg cit 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 es keine ausreichenden Beweisergebnisse dafür gibt, dass die verfahrensgegenständlichen Gerätschaften mit den FA-Nrn. 1 bis 11 betriebs- und spielbereit zur Verfügung gestellt wurden. Auf den Gerätschaften wurden weder Probespiele vorgenommen noch Spieler beobachtet. Auch konnten keine anderen Personen, die die Geräte möglicherweise vor Beginn der Kontrolle bespielt hatten, zum Spielablauf befragt werden. Alleine aus dem Umstand, dass die Geräte betriebswarm waren, kann nicht mit der für eine Strafverfahren erforderlichen Sicherheit geschlossen werden, dass mit den verfahrensgegenständlichen Geräten auch verbotene Ausspielungen durchgeführt worden sind.

Der Bfin konnte daher nicht nachgewiesen werden, dass sie bzw die Y s.r.o. sich an mit den verfahrensgegenständlichen Geräten veranstalteten verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt hat.

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 eine unternehmerische Beteiligung an den mit den verfahrensgegenständlichen Gerätschaften veranstalteten verbotenen Ausspielungen stattfand, 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.

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

Bei diesem Ergebnis war der Bfin 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.

VI. 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.

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 VwGH und die Beschwerde beim VfGH 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. W e i ß