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-411690/7/GS/EP**

Datum: **Linz, 11. 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 seine Richterin Mag. Saxinger über die Beschwerde von M.R., vertreten durch Rechtsanwalt P.R., X, I., gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 16. November 2016, GZ: VStV/916301033008/2016, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz

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 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 (im Folgenden: belangte Behörde) vom 16. November 2016, GZ: VStV/916301033008/2016, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Geldstrafe in der Höhe von EUR 3.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 12 Stunden) pro Glücksspielgerät wegen Übertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG in Verbindung mit § 9 Abs. 1 VStG verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt EUR 3.000,-- vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben, wie am 21.04.2016 zwischen 11:00 Uhr und 12:45 Uhr durch Organe der Finanzpolizei des Finanzamtes Grieskirchen-Wels festgestellt wurde, seit 24.03.2016 bis 21.04.2016 in W, X, Lokal „C. M.", als das satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufene Organ der Fa. „J. GmbH", als Unternehmer (§ 2 Abs. 2 Glücksspielgesetz) verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 und Abs. 4 Glücksspielgesetz unternehmerisch zugänglich gemacht, weil Sie folgende Glücksspielgeräte

1. Multi Game Interactive, Nr. (ohne Seriennummer), Versiegelungsplakettennummer A083243-A083247 (Geldstrafe EUR 3.000,--/Ersatzfreiheitsstrafe 12 Stunden)
2. webak games, Nr. (ohne Seriennummer), Versiegelungsplakettennummer A083248-A083252 (Geldstrafe EUR 3.000,--/Ersatzfreiheitsstrafe 12 Stunden),
3. Multi Game Interactive Nr. (ohne Seriennummer) Versiegelungsplakettennummer A083253-A083258 (Geldstrafe EUR 3.000,--/Ersatzfreiheitsstrafe 12 Stunden),
4. Ambassador Games A., Nr. (ohne Seriennummer), Versiegelungsplakettennummer A083259-A083263 (Geldstrafe EUR 3.000,--/Ersatzfreiheitsstrafe 12 Stunden),
5. Dollar Bill, Nr. (ohne Seriennummer), Versiegelungsplakettennummer A083264-A083267 (Geldstrafe EUR 3.000,--/Ersatzfreiheitsstrafe 12 Stunden),
6. Ambassador, Nr. (ohne Seriennummer), Versiegelungsplakettennummer A083268-A083271 (Geldstrafe EUR 3.000,--/Ersatzfreiheitsstrafe 12 Stunden),
7. Apollo, Nr. (ohne Seriennummer), Versiegelungsplakettennummer A083272-A083276 (Geldstrafe EUR 3.000,--/Ersatzfreiheitsstrafe 12 Stunden),
8. Apollo, Nr. (ohne Seriennummer), Versiegelungsplakettennummer A083277-A083282 (Geldstrafe EUR 3.000,--/Ersatzfreiheitsstrafe 12 Stunden),
9. Apollo, Nr. (ohne Seriennummer), Versiegelungsplakettennummer A083283-A083288 (Geldstrafe EUR 3.000,--/Ersatzfreiheitsstrafe 12 Stunden),
10. K. Multi Game, Nr. (ohne Seriennummer), Versiegelungsplakettennummer A083289-A083293 (Geldstrafe EUR 3.000,--/Ersatzfreiheitsstrafe 12 Stunden),

im Rahmen Ihrer Firma unternehmerisch zugänglich gemacht haben, um fortgesetzt Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen, indem Sie stets dafür gesorgt haben, dass die gegenständlichen Glücksspielgeräte in den Räumen Ihres Betriebes täglich eingeschaltet waren und den Spielern betriebsbereit zur Verfügung standen, 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) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Gemäß
EUR 30.000,--	5 Tagen	§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz

Ferner hat der Beschuldigte gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:
EUR 3.000,-- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe, jedoch mindestens 10 Euro für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich EUR 100,-- angerechnet).

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher
EUR 33.000,--."

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass sich das Straferkenntnis auf die Anzeige vom 12.07.2016 des Finanzamtes Grieskirchen Wels sowie auf das Ergebnis des durchgeführten Ermittlungsverfahrens stütze. Die „J. GmbH" betreibe unzweifelhaft das Lokal am kontrollierten Standort und habe die im Spruch angeführten Glücksspielgeräte unternehmerisch zugänglich gemacht. Die Glücksspielgeräte hätten sich in dem angeführten Lokal befunden. Eine Überprüfung im elektronischen Firmenbuch der Republik Österreich habe ergeben, dass der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer des Unternehmens „J. GmbH" das satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufene Organ sei. Er sei damit gemäß § 9 VStG für die Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild VStG verantwortlich.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige, umfassend begründete Beschwerde vom 19. Dezember 2016, mit der die Aufhebung des angefochtenen Bescheids und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens beantragt werden.

Begründend führte der Bf zusammengefasst aus, dass kein Verstoß gegen § 52 Abs. 1 GSpG vorliege. Die J. GmbH habe keine verbotenen Ausspielungen zugänglich gemacht. Es sei unrichtig, dass die inkriminierten Geräte im Lokal der J. GmbH aufgestellt gewesen seien. Inhaberin der Geschäftslokalität mit den inkriminierten Geräten sei die Eigentümerin und Betreiberin der vermeintlichen Eingriffsgegenstände, nämlich die U. G. s.r.o. Es sei auch unrichtig, dass der Bf jemals dafür gesorgt habe, dass Geräte der U. G. s.r.o. eingeschaltet worden oder jemandem zur Verfügung gestanden wären.

Es seien keine Glücksspiele im Sinne des Glücksspielgesetzes angeboten worden; der im Straferkenntnis wiedergegebene Spielablauf sei falsch.

Das Straferkenntnis sei jedenfalls deswegen aufzuheben, weil damit gegen das unionsrechtlich begründete Anwendungsverbot der §§ 52 bis 54 GSpG verstoßen worden sei. Der Anwendungsvorrang von Unionsrecht sei von jeder nationalen Behörde zu beachten. Die in den §§ 50 ff. GSpG normierten konkreten Eingriffsbefugnisse erwiesen sich außerdem aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) als unionsrechtswidrig.

Zudem sei die Tatanlastung unklar und die verhängte Strafe überhöht. Es lägen die Voraussetzungen für ein Absehen von der Verhängung einer Strafe vor.

I.3. Die belangte Behörde legte mit Schreiben vom 22. Dezember 2016 die Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht OÖ 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 29. März 2017. Zu dieser Verhandlung sind der rechtsfreundliche Vertreter des Bf und ein Vertreter des Finanzamtes erschienen. Die belangte Behörde war bei der Verhandlung entschuldigt nicht vertreten. Zeugenschaftlich einvernommen wurde M.H. Vom Vertreter des Bf wurde mit Schriftsatz vom 24. März 2017 ein umfangreiches ergänzendes Vorbringen dahingehend erstattet, dass das österreichische Glücksspielmonopol dem Unionsrecht widerspreche.

Die Zeugin M.H. gab in der mündlichen Verhandlung vom 29. März 2017 an, bei der verfahrensgegenständlichen Kontrolle dabei gewesen zu sein und sich noch daran erinnern zu können. Ihre Aufgabe sei es gewesen, die Geräte zu bespielen. Die Geräte seien mit Netzkabel an der Steckdose angeschlossen und der Hauptschalter sei eingeschaltet gewesen. Die Geräte seien jedoch offensichtlich zentralseitig von der Stromversorgung getrennt gewesen. Sämtliche Bildschirme seien dunkel gewesen, die Geräte seien nicht eingeschaltet gewesen und es sei nicht möglich gewesen, diese einzuschalten. Es sei demnach auch nicht möglich gewesen, eine Marke oder eine bestimmte Bezeichnung eines Spieles festzustellen. An manchen Geräten habe lediglich die Gehäusebezeichnung festgestellt werden können. Die Geräte hätten sich in einem Hinterzimmer des Lokals „C. M." befunden. Ob dieses Hinterzimmer nur vom Lokal „C. M." aus betreten werden konnte, konnte die Zeugin nicht mehr mit Sicherheit angeben. In dem Raum hätten sich am Kontrolltag keine Personen befunden.

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 21. April 2016 zwischen 11:00 und 12:45 Uhr im Lokal „C. M." in W., X, durchgeführten Kontrolle wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten zehn Geräte vorgefunden, mit Versiegelungsplaketten versehen und vorläufig beschlagnahmt.

Die J. GmbH ist Betreiberin des Lokals. Der Bf war zum Tatzeitpunkt handelsrechtlicher Geschäftsführer der J. GmbH.

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.

Die Geräte mit den FA-Nummern 1 bis 10 konnten von den Organen der Finanzpolizei nicht probebespielt werden, da bereits beim Betreten des Lokals durch die Organe der Finanzpolizei die Bildschirme dunkel und die Geräte nicht eingeschaltet waren und es auch nicht möglich war, diese einzuschalten bzw. hochzufahren. Es konnte somit nicht festgestellt werden, ob es sich bei den verfahrensgegenständlichen Geräten um Glücksspielgeräte handelt. Auch konnte die Funktionsweise der Geräte und der sich darauf befindlichen Spiele nicht festgestellt werden.

Es konnte nicht festgestellt werden, ob die verfahrensgegenständlichen zehn Geräte betriebs- und spielbereit zur Verfügung gestellt wurden.

Der Bf verfügt über ein monatliches Einkommen von EUR 2.000,-- netto, hat kein relevantes Vermögen und keine Sorgepflichten. Einschlägige rechtskräftige Verwaltungsvorstrafen des Bf scheinen nicht auf.

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 genannten 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 wurde und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde.

Die Feststellungen zum Bf sowie zur J. GmbH gründen auf den Angaben der Finanzpolizei, denen in der mündlichen Verhandlung nicht widersprochen wurde, sowie auf dem Auszug aus dem Gewerbeinformationssystem vom 24. März 2017 und dem Firmenbuchauszug.

Ob die verfahrensgegenständlichen Geräte vor Beginn der Kontrolle betriebs- und spielbereit einem spielbereiten Publikum zugänglich gemacht wurden, konnte im durchgeführten Beweisverfahren nicht festgestellt werden, zumal weder anhand des Verfahrensaktes noch aufgrund der Aussagen in der mündlichen Verhandlung geklärt werden konnte, ob diese Geräte vor Beginn der Kontrolle betriebsbereit waren und somit verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht wurden.

Da sich aus den im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung getätigten Aussagen und aus dem Verfahrensakt nicht feststellen lässt, ob die Geräte vor Beginn der Kontrolle betriebs- und spielbereit waren, gelangt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zu der Überzeugung, dass nicht festgestellt werden kann, ob mit diesen Geräten verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht wurden.

Die Feststellungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen bzw. Sorgepflichten gründen auf den Annahmen der belangten Behörde, denen nicht entgegengetreten wurde. Es sind auch keine Umstände im Verfahren hervorgekommen, die gegen die Richtigkeit dieser Angaben sprechen. Die Feststellung, dass keine rechtskräftigen einschlägigen Verwaltungsübertretungen

hinsichtlich des Bf vorliegen, gründet ebenso auf den Angaben der belangten Behörde.

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 EUR 60.000,-- 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 Z 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 GSpG 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 Geräte betriebs- und spielbereit zur Verfügung gestellt wurden. Dem Bf konnte daher nicht nachgewiesen werden, dass er mit den verfahrensgegenständlichen Geräten verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht hat. Eine Bestrafung kann im Sinne des § 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 30.01.2015, 2011/17/0081). Wie oben ausführlich dargestellt, war im vorliegenden Fall die Klärung der Frage, ob mit den verfahrensgegenständlichen Geräten verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht 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.

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 auf das weitere Beschwerdevorbringen nicht mehr einzugehen.

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.

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.

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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Saxinger