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-411746/2/ER

Datum:
Linz, 26. Juni 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des B S, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 13. Dezember 2016, GZ: VStV/916301078945/2016, wegen Übertretungen nach dem Glücksspielgesetz

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Strafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Straferkenntnis vom 13. Dezember 2016, VStV/916301078945/2016, verhängte die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) vier Verwaltungsstrafen in Höhe von je 3.000,-- Euro (Ersatzfreiheitsstrafen: je 11 Stunden) sowie eine Ermahnung, da der Bf als nach außen hin zur Vertretung berufenes Organ des Vereins „L“ verbotene Ausspielungen iSd Glücksspielgesetzes – GSpG unternehmerisch zugänglich gemacht habe, indem er die Aufstellung und den Betrieb von fünf näher bezeichneten Glücksspielgeräten seit 2. Jänner 2015 bzw seit 1. Juni 2016 im Lokal geduldet habe.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass die Erfüllung des Tatbestands durch eigene dienstliche Wahrnehmung der Organe des Finanzamts Linz, der Anzeige vom 30. Juni 2016 sowie des behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen sei und führte weiters Folgendes aus:

„Mit Schreiben der Landespolizeidirektion OÖ vom 06.09.2016 wurden Sie aufgefordert, binnen 2 Wochen ab Zustellung sich schriftlich zu rechtfertigen. Mit dieser Aufforderung zur Rechtfertigung wurde Ihnen eine Kopie der gesamten Anzeige übermittelt.

Sie erschienen am 23.09.2016 persönlich im ho Amt und gaben bei der aufgenommenen Niederschrift sinngemäß an, dass der gegenständliche Raum, in dem sich die vier Walzengeräte befunden hätten, zwar auch durch das Vereinslokal erreichbar sei, der Haupteingang für diesen Raum würde sich jedoch rechts daneben befinden. Das beschlagnahmte Afric-2-Go Gerät würde sich direkt in Ihrem Vereinslokal befinden, jedoch würden Sie auf ein Schreiben des Amtes der OÖ Landesregierung vom 07.03.2013 verweisen, wonach dieses Gerät als Musikautomat und nicht als Glücksspielgerät einzustufen sei. Der Raum mit den 4 Walzenspielgeräten sei seit 02.01.2015 an die Firma K untervermietet. Der Mietvertrag würde die Klausel enthalten, dass ausschließlich legal betriebene Glückspielgeräte betrieben werden dürften. Sie hätten also zu keinem Zeitpunkt des Bestandsverhältnisses mit der Firma K davon ausgehen dürfen, dass in diesem Raum illegales Glücksspiel betrieben worden sei.

Die Monatsmiete sei mit € 600,- fix festgelegt worden, eine Umsatz- bzw. Gewinnbeteiligung an den Geräten sei nicht vereinbart worden.

Seit Juli 2016, also kurz nach der gegenständlichen Glücksspielkontrolle, würde der Mieter keine Miete mehr bezahlen.

Sie seien persönlich täglich in dem untervermieteten Raum gewesen, um dort in der Früh einen Staubsauger zu holen. Dabei sei Ihnen aufgefallen, dass die beschlagnahmten Geräte seit etwa

1.6.2016 ausgesteckt gewesen seien. Es sei von der K auch beabsichtigt gewesen, die Geräte in nächster Zeit abzuholen.

Es sei grundsätzlich in Frage zu stellen, ob Sie als Verantwortlicher der Vereins L überhaupt als unternehmerisch Zugänglichmacher für illegales Glücksspiel zur Verantwortung gezogen werden könnten, nur weil der Verein einen Raum vermietet hätte, wobei im Mietvertrag der Betrieb von illegalem Glücksspiel ausdrücklich verboten worden sei.

Zudem seien die Automaten zu Beginn der Kontrolle nicht an den Netzstecker angeschlossen gewesen, sondern von Beamten der Finanzpolizei aktiviert worden.

Beigebracht wurden von Ihnen der Mietvertrag zwischen dem Verein L als Vermieter sowie der K s.r.o. als Mieterin, eine Skizze des Vereinslokales sowie die angeführte Stellungnahme des Amtes der OÖ Landesregierung vom 07.12.2013, wonach Afric-2-Go-Automaten als Musikautomaten einzustufen sind."

Nach Wiedergabe der daraufhin ergangenen Stellungnahme der Finanzpolizei, die dem Bf zur Kenntnis gebracht und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde, führte die belangte Behörde aus:

„Mit E-Mail vom 06.12.2016 rechtfertigten Sie sich sinngemäß damit, dass die FinPol den Standpunkt vertreten würde - zuletzt in deren Stellungnahme von 25. Okt. 2016 - dass die beschlagnahmten Automaten (vier Walzenspielgeräte u. ein afric2go-Gerät) gegen Bestimmungen des GSpG verstoßen würden. Dem sei Ihrerseits nie widersprochen worden! Allerdings sei L lediglich Vermieter eines Raumes an die K s.r.o. gewesen u. hätte mit Ausspielungen nie zu tun gehabt, weshalb die §§ 2. (1) 1 u. (2) sowie 52. (1) 1 GSpG Ihrer Ansicht nach ausschließlich auf den Veranstalter, Organisator, Anbieter u. zugänglich Machenden - K s.r.o. - anzuwenden seien.

Das Oö. LVwG hätte im Beschluss LVwG-411598/2/KOF/MSt von 29. Sep. 2016 festgehalten: 'Dem Vorbringen des Bf (Anm. L), er habe mit dem Geschäftsbetrieb in dem von ihm vermieteten Lokal, in welchem die gegenständlichen Geräte beschlagnahmt worden sind, nichts zu tun, wird vollinhaltlich Glauben geschenkt.'

Sie seien den Sorgfaltspflichten als I. Vorstand von L u.a. nachgekommen, indem im Mietvertrag mit K s.r.o. explizit angeführt sei, wer für jegliche Handlungen im Zusammenhang mit Spielgeräten die Alleinverantwortung tragen würde. Dort würde auch festgehalten sein:

'Der Mieter erklärt nur solche Automaten aufzustellen, welche den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (OÖ. Spielapparate- u. Wettgesetz, OÖ. Glücksspielautomatengesetz, Glücksspielgesetz) nicht widersprechen ...'

Darüber hinaus sei an der Tür zum von K s.r.o. gemieteten Raum auf die Zuständigkeit von K s.r.o. mit Angabe deren Adresse u. Kontakttelefonnummer hingewiesen worden.

Der Argumentation der FinPol folgend, wäre all das nicht ausreichend, um einer verwaltungsrechtlichen Strafverfolgung zu entgehen. Würde man dies konsequent weiterdenken, wären Sie, als I. Vorstand eines Vereines, dafür verantwortlich gewesen, dass an jedem von K s.r.o. in deren angemieteten Raum verbrachten Automaten, Testspiele vorgenommen, die jeweiligen Ergebnisse rechtlich korrekt bewertet u. im Fall des Verdachts auf Gesetzesverstöße, die Aufstellung ebendort von Ihnen untersagt werden hätte müssen!? Im von K s.r.o. gemieteten Raum hätten sowohl Anzahl (zwischen eins und vier) als auch Typen der Geräte sowie deren Betrieb bzw. Nachtbetrieb (Lagerung) häufig gewechselt. Ihrer Ansicht nach sei es, insbesondere in der beschriebenen Konstellation, einem Vermieter weder möglich noch zumutbar einen Mieter ständig dahingehend zu kontrollieren, ob im Mietgegenstand stattfindende Aktivitäten gesetzeskonform sind!

L hätte die Räumlichkeiten in der U.str. 31 Ende Sep. 2016 aufgegeben. Der Nachmieter hätte dem Verein gestattet, die Postanschrift vorübergehend dort belassen zu können. Dzt. würden keinerlei Vereinsaktivitäten stattfinden!"

Nach Zitierung der angewendeten Rechtsvorschriften gelangte die belangte Behörde zu folgender rechtlicher Beurteilung:

„Es steht unbestritten fest, dass sich bei der Kontrolle der Finanzpolizei am 22.06.2016 um 11:00 Uhr, in L, U.straße 31, im Lokal des Vereins „L" insgesamt 5 Waizenspiele in einem

Raum, welcher vom genannten Verein an die Firma K s.r.o. untervermietet war, sowie ein Glücksspielgerät der Type „Afric-2-Go" in einem nicht weiter vermieteten Raum befunden haben und betriebsbereit waren.
Zur Betriebsbereitschaft von Glücksspielgeräten wird auf die ständige Judikatur des VwGH verwiesen, wonach es erstens auf ein tatsächliches Bespielen der Geräte nicht ankommt (Ro 2015/17/0012 vom 30.06.2015) und zweitens ein Vorfinden der Geräte in einem vom Stromnetz getrennten (ausgestecktem) Zustand ebenfalls nicht ausschlaggebend ist, da bei Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz die Verbindung der Geräte mit dem Stromnetz zu den Mitwirkungsverpflichtungen der die Geräte bereithaltenden Personen gehört (Ra 2014/17/0004 vom 21.08.2014).
In Ihrer letzten Eingabe vom 06.12.2016 räumten Sie dazu ein, einen Verstoß gegen das Glücksspielgesetz mit den 5 Eingriffsgegenständen nicht zu widersprechen.
Damit wird an dieser Stelle auf eine Wiedergabe der festgestellten Spielabläufe der Walzenspiele sowie des „Afric-2-Go-Gerätes" verzichtet. Betreffend Spielabiauf des ‚Afric-2-Go-Gerätes" wird auf die oben dargelegte ausführliche Stellungnahme der Finanzpolizei vom 25.10.2016 verwiesen.
Ebenso unbestritten steht fest, dass Sie den Raum, in dem sich die 5 Walzenspiele befanden, für eine fixe Monatsmiete von € 600,- an die Firma K s.r.o. vermietet hatten. Die Automaten wurden von der Firma K s.r.o. auf eigene Rechnung und eigenes Risiko betrieben, während der Verein L - eine vom Ertrag der Automaten unabhängige Miete lukrierte. Damit haben Sie als Verantwortlicher des Vereins L die 5 Walzenspiele unternehmerisch zugänglich gemacht (vgl. dazu VwGH 91/17/0022 vom 23.06.1995).
Weiter war in den Räumlichkeiten des genannten Vereins der Eingriffsgegenstand FA5), Gehäusebezeichnung „Afric2Go", Seriennr. x betriebsbereit aufgestellt.
Da die kumulativen Tatbestandsmerkmale des § 2 Abs 1 GSpG erfüllt sind, liegt eine Ausspielung iSd GSpG vor. Weil für diese Ausspielungen weder eine Bewilligung nach dem Glückspielgesetz noch eine Bewilligung für eine Landesausspielung in Form einer Einzelaufstellung im Sinne des § 5 GSpG vorlag und auch keine Ausnahmen aus dem Glücksspielmonopol zutreffend waren, waren diese Ausspielungen verboten. Es wurde somit in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen.
Damit steht fest, dass Sie als nach außen hin vertretungsbefugtes Organ des Vereins L den angelasteten Tatbestand des § 52 Abs. 1 Zif. 1 Tatbild 3 GSpG (unternehmerisch Zugänglichmachen von illegal betriebenen Glücksspielgeräten) objektiv verwirklicht haben. Die Glücksspielgeräte haben sich in Ihrem Lokal befunden und Sie haben somit die Aufstellung und den Betrieb dieser Geräte, mit denen verbotene Ausspielungen ermöglicht wurden, an denen Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten, zu verantworten. Durch diese Duldung wurden fortgesetzt Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen erzielt, nämlich eine umsatzunabhängige Monatsmiete von € 600,-.
Fraglich ist, ob Ihnen die objektiv zweifelsfrei verwirklichte Verwaltungsübertretung auch subjektiv vorwerfbar ist:(...)
In der Beschuldigtenniederschrift vom 23.09.2016 gaben Sie an, täglich in dem weitervermieteten Raum gewesen zu sein, um von dort in der Früh einen Staubsauger zu holen. Dabei sei Ihnen aufgefallen, dass die Geräte seit 1.6.2016 ausgesteckt gewesen seien. Weiter gaben Sie in Ihrer Eingabe vom 06.12.2016 an, dass im von der K s.r.o. gemieteten Raum sowohl Anzahl als auch Typen der Geräte sowie deren Betrieb und Nichtbetrieb häufig gewechselt hätten.
Damit steht für die erkennende Behörde fest, dass Ihnen als Vermieter des Raumes aufgefallen ist, dass darin mit verschiedensten Geräten Glückspiele angeboten wurden. Auch die im Mietvertrag vom 02.01.2015 enthaltene Klausel, dass der Mieter erklären

würde, nur solche Automaten aufzustellen, welche den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (...) nicht widersprechen und den Vermieter im Falle etwaiger diesbezüglicher behördlich festgestellter Gesetzesverstöße schad- und klaglos zu halten vermag Ihre subjektive Verantwortlichkeit nicht zu schmälern, da sich diese Verpflichtung des Mieters nur auf die Eigenschaft der Automaten bezieht, nicht aber auf die entscheidende Voraussetzung, ob der Veranstalter der Glücksspiele eine Bewilligung nach dem Glückspielgesetz bzw. eine Bewilligung für eine Landesausspielung in Form einer Einzelaufstellung im Sinne des § 5 GSpG besitzt oder eine Ausnahme aus dem Glücksspielmonopol vorliegt.
Sie hätten damit als Vermieter eines Raumes, in dem Glücksspielgeräte für Bespielungen zur Verfügung gestellt wurden, zumindest bei Abschluss des Mietvertrages überprüfen müssen, ob der Mieter des Raumes im Besitz einer Konzession nach dem Glücksspielgesetz ist.
Durch die Missachtung dieses Sorgfaltsmaßstabes liegt zumindest fahrlässiges Verhalten vor und haben Sie damit die Ihnen angelastete Tat auch subjektiv zu vertreten. Diese Erwägungen gelten für die Eingriffsgegenstände FA1), Gehäusebezeichnung „Kajot Multigame", Seriennr. x, FA2), Gehäusebezeichnung „Kajot Multi Game", Seriennr. x, FA3), Gehäusebezeichnung „ACT Multiplayer", Seriennr. x und FA4), Gehäusebezeichnung „ACT Royal Win", Seriennr. x.
Betreffend den Eingriffsgegenstand FA5), Gehäusebezeichnung „Afric2Go", Seriennr. x konnten Sie die Behörde davon überzeugen, dass Sie sich dabei aufgrund einer Stellungnahme der OÖ Landesregierung vom 07.03.2013 darauf verlassen konnten, dass dieses Gerät als Musikautomat und damit nicht als Eingriffsgegenstand im Sinne des GSpG zu werten ist. An dieser Stelle wird auf das Erkenntnis des VwGH vom 20.04.2016 (GZ: Ro 2015/17/0020-5) verwiesen, wonach Geräte mit der Typenbezeichnung „afric2go" sehr wohl eine Gewinnchance bietet, weil man durch den Einwurf einer Münze die Chance erwirbt, bei Aufleuchten einer entsprechenden Zahl und anschließender Betätigung der „Rückgabe-Taste" einen Gewinn zu realisieren.
Dennoch ist betreffend dieses Glücksspielgerätes das Verschulden der Ihnen angelasteten Verwaltungsübertretung aus dem oben angeführten Grund als dermaßen gering einzustufen, dass die Behörde gemäß § 45 Abs. 1 letzter Satz VStG im Falle der Ziffer 4 - also wenn die Bedeutung des strafrechtlich geschützten Rechtsgutes und die Intensität seiner Beeinträchtigung durch die Tat und das Verschulden des Beschuldigten gering sind - unter Hinweis auf die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens mit Bescheid eine Ermahnung erteilt.
Die verhängte Geldstrafe, die sich im untersten Bereich des gesetzlichen Strafrahmens befindet, entspricht dem Unrechts- und dem Schuldgehalt der Tat und erscheint der Behörde notwendig, Sie in Hinkunft von der Begehung derartiger Übertretungen abzuhalten. (...)“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

1.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde des Bf, in der er vorbringt, der Verein, dessen erster Vorstand der Bf sei, habe den Raum, in dem sich die vier Walzengeräte befunden hätten, vermietet, der Verein habe mit den Ausspielungen nie etwas zu tun gehabt. Der Verein habe aus der Vermietung des Raums – völlig unabhängig von dessen Nutzung – lediglich einen Mietbetrag erhalten. Dafür, dass mit den vorgefundenen Geräten gegen das GSpG verstoßen worden sei, weise er jegliche Verantwortung von sich. Er habe auch kein

fahrlässiges Handeln zu verantworten, zumal im Mietvertrag explizit angeführt sei, dass der Mieter für jegliche Handlung im Zusammenhang mit Spielgeräten die alleinige Verantwortung trage. Außerdem sei auf die Zuständigkeit der Mieterin für diesen Raum auch durch ein Schild an der Türe dieses Raums hingewiesen worden. Als Vermieter sei es dem Bf unmöglich gewesen, ständig den Mieter dahingehend zu kontrollieren, ob dessen Aktivitäten allen gesetzlichen Vorgaben entsprechen. Auch hätten sowohl die Anzahl als auch die Gerätetypen häufig gewechselt, was eine ständige „Kontrolle“ der Geräteeigenschaften durch den Bf zusätzlich verunmöglicht habe. Die Anzahl der Geräte sei zudem vom Erhebungsdienst des Magistrats der Stadt Linz nahezu monatlich zur korrekten Abführung der Lustbarkeitsabgabe kontrolliert worden. Auch anlässlich dieser Kontrollen habe es keine Beanstandungen oder Hinweise auf mögliche Unrechtmäßigkeiten gegeben. Ferner sei dem Vorbringen des Bf im Beschlagnahmeverfahren, wonach er mit den Geräten nichts zu tun habe, vom Landesverwaltungsgericht OÖ „vollinhaltlich Glauben geschenkt“ worden.

I.3. Mit Schreiben vom 25. Jänner 2017 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht OÖ zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.
Das Landesverwaltungsgericht OÖ hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und die Beschwerde. Die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung entfällt, zumal bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist (§ 44 Abs 2 VwGVG).

I.4. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

Bei einer Kontrolle nach dem GSpG wurden am 22. Juni 2016 in L, U.straße 31, in den Räumen des Lokals des Vereins „L“ (im Folgenden: Verein) folgende Geräte vorgefunden:
FA1: Kajor Multigame
FA2: Kajot Multi Game
FA3: ACT Multiplayer
FA4: ACT Royal Win
FA5: afric2go
Die Geräte mit den Nummern FA1 – FA4 befanden sich in einem Raum, der seit 2. Jänner 2015 vom Verein an die K s.r.o. untervermietet war. Dieser Raum war sowohl über einen Flur, der die Räumlichkeiten des Vereins miteinander verbindet, als auch direkt über Räumlichkeiten des Vereins erreichbar. Laut Mietvertrag wurde der ggst Raum zur Aufstellung von Spielautomaten vermietet, wobei der Mieter vertraglich erklärte, „nur solche Automaten aufzustellen, welche den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen (...) nicht widersprechen u. den Vermieter im Falle etwaiger dbzgl. behördlich festgestellter Gesetzesverstöße

schad- und klaglos zu halten“. Die vereinbarte Pauschalmiete betrug monatlich 600,-- Euro.
Die Mieterin entrichtete letztmalig die Miete für Juni 2016, seit Anfang Juni 2016 waren die im ggst Raum befindlichen Geräte vom Stromnetz getrennt. Der Bf war für die Instandsetzung, Wartung und Gewinnauszahlung dieser Geräte nicht verantwortlich. All dies wurde von Personal der Mieterin erledigt.
Das Gerät mit der Nummer FA5 befand sich seit 1. Juni 2016 betriebsbereit in einem unmittelbar vom Verein genutzten Raum und wurde täglich vom Bf ein- und ausgeschaltet. Der Bf verfügte überdies über einen Schlüssel zur Geldlade des Geräts mit der FA-Nr 5.

An den Geräten mit den FA-Nummern 1-4 wurden gegen Leistung eines geldwerten Einsatzes virtuelle Walzenspiele, deren Ergebnis ausschließlich vom Zufall abhing und bei denen gegen Leistung des Einsatzes ein geldwerter Gewinn in Aussicht gestellt wurde, angeboten. Am Gerät mit der FA-Nr 5 wurde gegen den Einsatz einer geldwerten Leistung ein Spiel in Form eines virtuellen Glücksrads angeboten, dessen Ergebnis ausschließlich vom Zufall abhing und bei dem gegen Leistung des Einsatzes ein geldwerter Gewinn in Aussicht gestellt wurde. An sämtlichen Geräten konnten im Zuge der Kontrolle Testspiele durchgeführt und dokumentiert werden. Sämtliche Geräte befanden sich im Eigentum der K s.r.o. Weder der Verein, noch der Bf, noch die K s.r.o. befanden sich im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG zum Betrieb dieser Geräte.

Es kann nicht festgestellt werden, seit wann die Geräte mit den FA-Nummern 1-4 im vermieteten Raum aufgestellt waren.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Verwaltungsakt und der Beschwerde.
Dass nicht festgestellt werden kann, seit wann sich die Geräte mit den FA-Nummern 1-4 im vermieteten Raum befanden, ergibt sich sowohl aus der Stellungnahme des Bf vom 6. Dezember 2016 als auch aus seiner Beschwerde. Darin führte der Bf aus, dass sowohl die Anzahl (zwischen 1 und 4) als auch die Typen der Geräte bzw deren Nichtbetrieb und Betrieb häufig gewechselt hätten. Untermauert hat der Bf diese Angabe durch den Verweis auf einen namentlich genannten Beamten des Erhebungsdienstes des Magistrats der Stadt Linz, der nahezu monatlich den vermieteten Raum besucht habe, um die Anzahl der aufgestellten Geräte zur korrekten Vorschreibung der Lustbarkeitsabgabe zu kontrollieren. Auch im angefochtenen Straferkenntnis findet sich dieses Vorbringen des Bf wieder, die belangte Behörde ging darauf in ihrer rechtlichen Würdigung jedoch nicht ein. Zudem verwies der Bf in seiner Aussage vor der belangten Behörde darauf, jeden Tag aus dem vermieteten Raum einen Staubsauger geholt zu haben, weshalb ihm aufgefallen sei, dass die Geräte seit 1. Juni 2016 ausgesteckt gewesen seien. Dass die Geräte zu Beginn der Kontrolle nicht

eingeschaltet waren, ergibt sich ferner aus dem zweiten Bild der Fotodokumentation, auf dem vier Geräte, von denen keines ein „afric2go“ war, ausgeschaltet und (noch) nicht mit Versiegelungsplaketten versehen zu sehen sind. Auf Bild drei der Fotodokumentation ist überdies ein Hinweisschild zu erkennen, wonach die Geräte in dem Raum im Besitz/Eigentum der K s.r.o. seien, die überdies Mieterin dieses Raums sei und allein verantwortliche Betreiberin/Veranstalterin der Automatenspiele sei. Eine ursprünglich auf dem Hinweisschild wohl angebrachte Telefonnummer war zum Zeitpunkt der Kontrolle bereits geschwärzt.
Nach umfassender und eingehender Beweiswürdigung kommt das Landesverwaltungsgericht OÖ zur Auffassung, dass die Geräte mit den FA-Nummern 1-4 nicht bereits – wie im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses festgehalten – seit 2. Jänner 2015 im vermieteten Raum des ggst Lokals aufgestellt und seit Anfang Juni 2016 nicht mehr in Betrieb waren. Seit 2. Jänner 2015 waren zwar – in Übereinstimmung mit den Aussagen des Bf – ständig Geräte vorhanden, zumal deren Anzahl und Typen aber häufig wechselten, kann nicht festgestellt werden, seit wann die Geräte mit den FA-Nummern 1-4 im ggst Raum aufgestellt bzw über welchen Zeitraum sie dort nicht bloß gelagert, sondern zum Zweck, damit Glücksspiele anzubieten, bereitgehalten wurden.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 1 Abs 1 Glücksspielgesetz – GSpG in der zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt geltenden Fassung BGBl. I Nr. 118/2016 ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

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).

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

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60 000 Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22 000 Euro zu bestrafen,
1. 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;

III.2.1. Der Bf ließ es völlig unbestritten, dass – von der K s.r.o. – mit den vorgefundenen Geräten verbotene Ausspielungen durchgeführt wurden.
Hinsichtlich der Geräte mit den FA-Nummern 1-4 ist festzuhalten, dass entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs der Spruch eines Straferkenntnisses gemäß § 44a Z 1 VStG derart konkretisiert sein muss, dass ihm neben der Bezeichnung der als erwiesen angenommenen Tat, der Umschreibung der Tathandlung und der Anführung des Tatortes auch die Angabe der Tatzeit eindeutig zu entnehmen ist.

Zwar ist dem Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses eine genaue Tatzeit – nämlich von 2. Jänner 2015 bis zum Kontrollzeitpunkt – zu entnehmen, jedoch ist diese angenommene Tatzeit nicht mit den unter I.4. festgehaltenen Sachverhaltsfeststellungen in Einklang zu bringen. In diesem Zeitraum waren am angegebenen Ort zwar entsprechend den Angaben des Bf ständig Geräte vorhanden, jedoch lässt sich nicht mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren notwendigen Gewissheit feststellen, wie lange sich die ggst Geräte dort befunden haben. Darüber hinaus waren die Geräte seit Anfang Juni 2016 ausgesteckt und abholbereit. In welchem Zeitraum mit den ggst Geräten tatsächlich verbotene Ausspielungen angeboten wurden, konnte somit nicht festgestellt werden.
Darüber hinaus ist mittlerweile die in § 31 Abs 1 VStG geregelte Frist zur Hemmung der Verfolgungsverjährung abgelaufen, sodass eine Konkretisierung der Tatzeit – selbst wenn sie aufgrund der Sachverhaltsfeststellungen möglich wäre – nicht mehr in Betracht kommt. Der Verwaltungsgerichtshof hat nämlich in seinem Erkenntnis vom 16. Dezember 2015, Ro 2015/10/0013, festgehalten, dass eine Auswechslung der Tatzeit durch das VwG grundsätzlich nicht zulässig ist (vgl E 5. November 2014, Ra 2014/09/0018). Das VwG ist jedoch berechtigt, eine im Straferkenntnis unrichtig wiedergegebene Tatzeit zu berichtigen, wenn das Versehen für die Partei ohne weiteres erkennbar war und die richtige Tatzeit innerhalb der Verfolgungsverjährungsfrist dem Beschuldigten vorgehalten worden ist. Zumal dem Bf jedoch die – nicht feststellbare – richtige Tatzeit innerhalb der

Verfolgungsverjährungsfrist nicht vorgeworfen wurde, wäre ein Austausch durch das erkennende Gericht nicht mehr zulässig.

Da der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses hinsichtlich der Geräte mit den FA-Nummern 1-4 somit den Anforderungen des § 44a Z 1 VStG nicht entspricht, war das Straferkenntnis diesbezüglich aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen.

III.2.2. Hinsichtlich des Gerätes mit der FA-Nummer 5 brachte der Bf vor, die Aufstellung des Geräts in den Räumlichkeiten des Vereins nur deshalb zugelassen zu haben, da ihm die Schreiben der Oö. Landesregierung vom 7. und 25 März 2013, wonach es sich bei diesem Gerätetyp um Musikautomaten und damit bloße Unterhaltungsgeräte handle, vorgelegen seien. Nur aus diesem Grund habe er der Anbringung des Geräts zugestimmt.
Die belangte Behörde verweist in der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses diesbezüglich auf die Stellungnahme der Finanzpolizei vom 25. Oktober 2016, in der diese Bezug auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 20. April 2016, Ro 2015/17/0020, nimmt, aus dem hervorgeht, dass es sich bei Geräten des Typs der ggst FA-Nummer 5 um ein Gerät handelt, mit dem verbotene Ausspielungen iSd GSpG ermöglicht werden. Dieses Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs wurde am 18. Mai 2016 – und somit weniger als zwei Wochen bevor das ggst Gerät angebracht wurde – im Rechtsinformationssystem des Bundeskanzleramts veröffentlicht.
Der – nicht rechtsfreundlich vertretene – Bf gestattete als 1. Obmann des Vereins die Anbringung dieses Geräts im Vertrauen auf die og Schreiben der zuständigen Behörde weniger als zwei Wochen nach dieser Veröffentlichung.

Der Bf beruft sich mit dem Verweis auf die Schreiben der Oö. Landesregierung auf einen Verbotsirrtum.
Entschuldigend wirken dabei nach stRspr nur das Vertrauen auf die einschlägige und einhellige höchstgerichtliche Rsp zum Tatzeitpunkt (VwGH 22. 3. 1994, 93/08/0177), von der zuständigen Behörde selbst erteilte Auskünfte über ihre Verwaltungspraxis (VwSlg 14.020 A/1994) bzw eine tatsächlich bestehende „ständige Verwaltungsübung“ (VwGH 22. 3. 1994, 93/08/0177) sowie Rechtsauskünfte auf Grundlage einer vollständigen Sachverhaltsmitteilung, wenn sie von einer fachkompetenten Stelle/Person stammen und bestimmte wesentliche Kriterien erfüllen. Entschuldigend wirkt hiebei eine Rechtsauskunft der zuständigen Behörde (VwGH 4. 10. 2012, 2012/09/0134, 18. 9. 2008, 2008/09/0187), einer anderer fachkompetenter Institutionen, zB der gesetzlichen beruflichen Vertretungen (zB VwGH 16. 11. 1993, 93/07/0022, 0023), der Gebietskrankenkasse (VwSlg 14.020 A/1994) oder auch des Kuratoriums für Verkehrssicherheit (VwSlg 13.257 A/1990) bzw in sehr eingeschränktem Ausmaß die Rechtsauskunft berufsmäßiger Parteienvertreter (zB von Rechtsanwälten). Diese muss sich jedenfalls an der maßgeblichen Rsp der Höchstgerichte und

gegebenenfalls an der Rechtsmeinung der zuständigen Behörde (VwSlg 11.744 A/1985) orientieren. Das Vertrauen auf die (falsche) Rechtsauskunft ist dem Auskunftssuchenden insbesondere dann vorwerfbar, wenn dem Beschuldigten das Spannungsverhältnis zur gegenteiligen Behördenauffassung bekannt ist oder sich unmittelbar aus dem Inhalt der Auskunft auch für den Nicht-Fachmann ersichtliche Zweifel ergeben (VwGH 22. 2. 2006, 2005/17/0195).

Obwohl das Aufstellen des gegenständlichen Geräts entsprechend der diesbezüglichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ein Verstoß gegen einen der objektiven Tatbestände des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG darstellt, fehlt es im konkreten Fall an einem vorwerfbaren Verhalten. Der Bf durfte auf die – ihm bereits vor Aufstellung des gegenständlichen Geräts bekannte – Rechtsansicht der Oö. Landesregierung, wonach es sich bei einem derartigen Gerät um einen Musikautomaten handle, vertrauen. Dass dem nicht rechtsfreundlich vertretenen Bf bei der (im Vertrauen auf die Rechtsauskunft der zuständigen Behörde erfolgten) Anbringung des ggst Geräts das wenige Tage zuvor veröffentlichte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs nicht bekannt war und er dieses daher auch nicht berücksichtigt hat, ist ihm angesichts des äußerst kurzen Zeitraums zwischen Veröffentlichung des Judikats und der Anbringung des Geräts im konkreten Einzelfall nicht zum Vorwurf zu machen. Der Bf konnte sich somit erfolgreich auf einen Verbotsirrtum berufen.

Unabhängig von der Frage, ob der Bf durch die Anbringung des betriebsbereiten Geräts mit der FA-Nr 5 im ggst Fall die Erfüllung des objektiven Tatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild zu verantworten hat, war das Straferkenntnis (die Ermahnung) mangels Erfüllung des subjektiven Tatbestands auch betreffend das Gerät mit der FA-Nr 5 aufzuheben und das diesbezügliche Strafverfahren einzustellen.

III.3. Bei diesem Ergebnis waren dem Bf weder die Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens noch des Beschwerdeverfahrens vorzuschreiben (§ 52 Abs 8 u 9 VwGVG).

IV. 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 Eingabengebühr 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

Dr. Reitter