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-411757/6/Py/SM

Datum:
Linz, 10. Oktober 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des M.M., geb. am x, vertreten durch RA Dr. F.M., X, W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 27.12.2016, GZ: Pol96-147-2016, betreffend Verwaltungsübertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Aus Anlass der Beschwerde wird das angefochtene Straferkenntnis behoben und die Einstellung des Strafverfahrens verfügt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch zu den Kosten des Behördenverfahrens 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 der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf (in der Folge: belangte Behörde) vom 27.12.2016, GZ: Pol96-147-2016, wurde über den Beschwerdeführer (in der Folge: Bf) eine Geldstrafe iHv 3.000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen verhängt, weil sich die von ihm als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufene Organ vertretene A. GmbH [nunmehr: G. GmbH in Liquidation] an Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, in der Zeit von 31.10.2016 bis 07.11.2016 im Lokal „J. C." unter Verwendung von einem Glücksspielgerät unternehmerisch beteiligt habe.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Die A. GmbH mit Sitz in G., X, hat sich als Unternehmerin im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG, wie im Zuge einer Kontrolle durch das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr, Team 43 Finanzpolizei am 07.11.2016 in dem von Herrn B.C. betriebenen Lokal „J. C." in K., X festgestellt wurde, vom 31.10.2016 bis zum Tag der Kontrolle am 07.11.2016 an dem im besagten Lokal vorgefundenen, betriebsbereiten und funktionsfähigen Glücksspielgeräten mit den Bezeichnungen

Gerätebezeichnung afric2go, elektronisches Glücksrad, Seriennummer x,
Versiegelungsplakettennr. A054368-A054370, FA-Gerätenr. 3,

mit denen den Spielern für einen geldwerten Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden und deren Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing, und womit zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet wurden, unternehmerisch beteiligt, indem die A. GmbH dem Glücksspielveranstalter die vorgefundenen Glücksspielgeräte gegen Entgelt zur Verfügung gestellt und damit selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt hat. Die A. GmbH hat sich somit an der Veranstaltung von Glücksspielen in Form verbotener Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, als Unternehmer beteiligt.

Diese Verwaltungsübertretung haben Sie als „handelsrechtlicher Geschäftsführer" der A. GmbH mit Sitz in G., X, gemäß § 9 Abs. 1 VStG zu verantworten.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 52 Abs. 1 Zif. 1 viertes Tatbild i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 GSpG (Glücksspielgesetz)
[...]"
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei. Eine Rechtsgrundlage für die gegenständlichen Ausspielungen hätte nicht nachgewiesen werden können, insbesondere sei keine entsprechende

Konzession nach dem Glücksspielgesetz oder eine Ausnahme von dessen Anwendung vorgelegen.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende rechtzeitige Beschwerde des Bf, in welcher die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu der Ausspruch einer Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der verhängten Strafe, sowie jedenfalls die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung beantragt werden.

Begründend wird unter anderem ausgeführt, dass ein nicht mehr korrigierbarer Spruchmangel in dem Umstand zu sehen sei, dass die belangte Behörde als Tatzeit exakt die Zeiten der Kontrollen annehme. Der belangten Behörde seien auch eine Vielzahl von Begründungsmängeln vorzuwerfen. Eine Sachverhaltsdarstellung sei der Begründung der angefochtenen Entscheidung überhaupt nicht bzw. nicht in ausreichendem Ausmaß zu entnehmen. Die belangte Behörde treffe so gut wie keine Feststellungen über den technischen Ablauf der angeblichen Glücksspiele. Die Behörde erster Instanz hätte mehrere in der Beschwerde konkret bezeichnete Fragen selbst oder durch einen Sachverständigen zu lösen gehabt und die entsprechenden Feststellungen treffen müssen. Weiters wird auf mehrere Entscheidungen der Unabhängigen Verwaltungssenate der Länder verwiesen, welche mit der Rechtsauffassung des Bf übereinstimmen und besagen würden, dass in diesem speziellen Fall gerade kein Eingriff in das Glücksspielmonopol vorliege. Damit liege jedenfalls ein Fall des § 5 Abs. 2 VStG vor. Unter Verweis auf das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs vom 13. Juni 2013, B 422/2013, wird ausgeführt, dass die belangte Behörde Feststellungen zur Höhe des beim jeweiligen Spiel zu leistenden Einsatzes treffen hätte müssen und es wird vorgebracht, dass die letzte Änderung des § 52 GSpG verfassungswidrig sei. Weiters wird ein Vorbringen erstattet, wonach die Regelungen betreffend das Glücksspielmonopol unionsrechtswidrig seien. Die belangte Behörde sei auch unzuständig. Die verfahrensgegenständlichen Eingabeterminals seien weder Glücksspielautomaten noch elektronische Lotterie. Auf diesen Geräten könne kein wie immer geartetes Glücksspiel stattfinden, diese Geräte seien reine Eingabe- und Auslesestationen, wobei eine selbsttätige Programmentscheidung nicht herbeigeführt werde. Die Entscheidung über Gewinn und Verlust werde nicht durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung durch den Apparat selbst zur Verfügung gestellt, sondern auf einem Geldspielapparat generiert und von der lokal verwendeten Software nur visualisiert.

Ein Verstoß gegen § 52 Abs. 1 GSpG liege auch schon allein deshalb nicht vor, weil es sich bei dem in Rede stehenden Gegenstand lediglich um einen Eingabeterminal handelt, mit welchem Aufträge erteilt werden könnten. Dieses Terminal habe keine Software für Glücksspiele und sei auch mit keinem Glücksspielanbieter verbunden.

Es werde bei den Terminals lediglich ermöglicht, an einem Spiel an anderer Stelle teilzunehmen.

Bekämpft wird außerdem die Strafbemessung der belangten Behörde, da die Strafe nach Ansicht des Bf zu hoch sei und Milderungs- und Erschwerungsgründe unzutreffend gewertet worden seien.

I.3. Mit Schreiben vom 26.01.2017 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Zu der für den 06.07.2017 anberaumten mündlichen Verhandlung legte der Bf ein ergänzendes schriftliches Vorbringen samt Beilagen vor.
Darin führte er – auf das Wesentliche zusammengefasst – aus, dass die belangte Behörde Art. 267 AEUV nicht beachtet habe und eine willkürliche Nichtvorlage von entscheidungswesentlichen Vorlagefragen einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK darstelle. Dazu formulierte er neun Vorfragen, die die Auslegung der unionsrechtlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit betrafen, insbesondere deren Vereinbarkeit mit den nationalen Regelungen im Glücksspielsektor. In Hinblick auf drei beim EuGH behängende Verfahren mit identem Sachverhalt beantragte der Bf weiters die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung in diesen Rechtssachen. Zudem brachte er vor, dass es sich bei den hier gegenständlichen Geräten um reine Geschicklichkeitsapparate mit Touchscreen Funktion, jedoch keine Glücksspielautomaten handle und beantragte diesbezüglich die Einholung eines Sachverständigengutachtens. Der Bf geht trotz der jüngeren Rechtsprechung des VwGH und VfGH von der Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols aus, zumal in den zitierten Entscheidungen keine eigenständige Sachverhaltsermittlung erfolgt sei, die im Sinne der von der Judikatur des EuGH geforderten dynamischen Betrachtungsweise der Regelung auch Auswirkungen nach deren Erlass berücksichtigen würde. Seiner Ansicht nach liegt kein Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vor. Dazu zitierte er verschiedene Lehrmeinungen, die bisherige Rechtsprechung des EuGH, sowie die seines Erachtens widersprüchliche Rechtsprechung des OGH.

I.5. Am 06.07.2017 fand im Beisein eines Vertreters des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr die öffentliche mündliche Verhandlung statt, in der die Zeugen Mag. J.S. und P.H. einvernommen wurden.
Darin brachte der Vertreter des Bf ergänzend vor, dass die sogenannte „Kalke-Studie“ nicht nur falsch sei, sondern sogar das Vorbringen der Beschwerdeführer stütze, zumal nach dieser Studie die neuen Regelungen für das gewerbliche Automatenspiel nicht dazu geeignet seien, den Spielerschutz in diesem Bereich zu verbessern. Der Rechtsvertreter des Bf sprach sich außerdem gegen die

Verwertung der vom Gericht beigeschafften Urkunden aus, zumal es aufgrund der Rechtsprechung des EuGH absolut unzulässig sei, dass das erkennende Gericht Rechtfertigungsgründe für das Glücksspielmonopol vorlege.

I.6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere die im Akt einliegende Niederschrift und Dokumentation der Finanzpolizei, die GSp26-Formulare, die Stellungnahme des BMF betreffend Ziel und Zweck des Glücksspielmonopols vom 26.06.2015, den Glücksspiel Bericht 2010-2013, den Evaluierungsbericht des BMF vom November 2014 „Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014“ und das Informationsschreiben der Stabstelle für Spielerschutz zu einer neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspiel-probleme in Österreich – Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ samt dieser Studie (Kalke Studie), sowie das Beschwerdevorbringen und die öffentliche mündliche Verhandlung vom 06.07.2017 samt den darin protokollierten Aussagen der Zeugen.

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

Bei einer finanzpolizeilichen Kontrolle am 07.11.2016 wurde in der vom Einzelunternehmer B.C. betriebenen Lokal „J. C.“ in der X, K. – unter anderem - das im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Gerät in einem öffentlich zugänglichen Bereich betriebsbereit aufgestellt vorgefunden. Das Gerät 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.

Von der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf wurde am 17.11.2016 ein Beschlagnahmebescheid (zu Pol01-70-2016, Pol01-71-2016, Pol0172-2016, Pol01-73-2016) erlassen. Das dagegen angestrengte Beschwerdeverfahren ist ebenfalls beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich anhängig (zu LVwG-411676-2016 – 411678). Die mündliche Verhandlung fand am 06.07.2017 in beiden Sachen gemeinsam statt.

Es handelte sich dabei um ein elektronisches Glücksrad-Gerät mit der Bezeichnung „Afric2go“ und der üblichen Funktionsweise. Dieses war seit 31.10.2016 bis zur Kontrolle am 07.11.2016 betriebsbereit im gegenständlichen Lokal aufgestellt und wurde betrieben, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Gewinne wurden gegen Vorlage von Gewinntickets, welche direkt am Glücksspielgerät ausgedruckt werden konnten, im Lokal ausbezahlt.

Das beschlagnahmte Afric2go-Gerät stand im vorgeworfenen Tatzeitraum im Eigentum der G. s.r.o. mit Sitz in B., X, und Zweigniederlassung in Österreich. Es handelt sich dabei um eine Gesellschaft nach slowakischem Recht, die mit einer österreichischen GmbH vergleichbar ist. Der Sitz der Zweigniederlassung wurde am 29.07.2017 von der X, G. nach W., X, verlegt.

Der Beschuldigte M.M. war von 14.07.2016 bis 21.01.2017 handelsrechtlicher Geschäftsführer der damals als A. GmbH bezeichneten Gesellschaft. Mit Kaufvertrag von 01.08.2016 wurde der Betrieb der A. GmbH in die G. s.r.o. übertragen und dies mit 06.09.2016 ins Firmenbuch eingetragen.

Die A. GmbH wurde sodann am 21.01.2017 in „G.-GmBH“ umbenannt; am 24.05.2017 wurde die neue Firma „G.-GmbH in Liquidation“ ins Firmenbuch eingetragen. Auch der noch im angefochtenen Straferkenntnis angeführte Sitz in der X, G., wurde mit 09.08.2016 nach W., X, verlegt. Die Gesellschaft ist mittlerweile aufgelöst (Generalversammlungsbeschluss vom 12.05.2017).

Weder die G. s.r.o. als Eigentümerin des Gerätes noch der Lokalbetreiber B.C. waren 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 und es waren solche Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen.

III. Beweiswürdigung

Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie das dabei vorgefundene Gerät gründen vor allem auf der Dokumentation der Finanzpolizei, insbesondere den GSp26-Formularen, den Lichtbildern und dem Aktenvermerk vom 07.11.2016, sowie auf den Aussagen der Zeugen S. und H. in der mündlichen Verhandlung, die bei der verfahrensgegenständlichen Kontrolle anwesend waren.

Im Zuge des beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich abgeführten Beweisverfahrens, insbesondere der mündlichen Verhandlung, die zusammen mit den Beschwerdeverfahren gegen den Beschlagnahmebescheid anlässlich derselben Kontrolle durchgeführt wurde, ergaben sich für die zuständige Richterin Zweifel am Eigentum der A. GmbH an dem beschlagnahmten Afric2go-Gerät. Zwar ist auf den Lichtbildern der Finanzpolizei erkennbar, dass das Gerät einen Aufkleber mit Logo (L.) und Aufschrift der A. GmbH aufwies. In dem im Beschwerdeverfahren gegen die Beschlagnahme (LVwG-411676 bis 411678-2016) vorgelegten Verwaltungsakt befand sich jedoch ein Schreiben des Rechtsvertreters der G. s.r.o. an die BH Kirchdorf vom 14.11.2016, wonach das hier gegenständliche afric2go-

Terminal mit der Seriennummer x, Versiegelungsplaketten-Nr. A054368-A054370 im Eigentum seiner Mandantschaft, der G. s.r.o. stehe.

Die daraufhin vom erkennenden Gericht eingeholten historischen Firmenbuchauszüge einerseits der A. GmbH und andererseits der G. s.r.o. bestätigten das. Aus diesen ergeben sich die Feststellungen zu den beiden Unternehmen, dem Beschuldigten, sowie der Betriebsübertragung.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hierzu erwogen:

IV.1. Gemäß § 50 Abs. 1 Glücksspielgesetz iVm § 3 Abs. 2 VwGVG ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung über die vorliegende Beschwerde zuständig. Dieses hatte gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl I Nr. 105/2014, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde 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 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 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro zu verhängen.

Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

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).

Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 GSpG 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 § 9 Verwaltungsstrafgesetz (VStG), BGBl. Nr. 52/1991, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl. I Nr. 33/2013, ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

IV.2.
a) Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät Spiele durchgeführt werden konnten, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Der VwGH hat mittlerweile klargestellt (20.04.2016, Ro 2015/17/0020 und 0021), dass mit sogenannten „afric2go-Geräten“ wie jenem mit der FA-Nr. 3 Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt und es sich somit ebenfalls um Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG handelt.

Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen iSd. § 2 Abs. 1 GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und B.C. als Lokalbetreiber von diesem auch nicht ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

b) Fraglich ist hier, ob sich die A. GmbH an diesen Ausspielungen iSd § 52 Abs. 1 Z 1 vierter Fall iVm § 2 Abs. 2 GSpG „unternehmerisch beteiligt“ hat und der beschuldigte M.M. dafür im Wege des § 9 VStG verantwortlich gemacht werden kann:

Gemäß § 2 Abs. 2 GSpG ist für die Erfüllung des Unternehmerbegriffes erforderlich, „*selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen*“ auszuüben.

Nach den Materialien dazu (RV 685 BlgNR, 24. GP 5 zu BGBl. Nr. 54/2010) orientiert sich dieser Unternehmerbegriff an jenem des Umsatzsteuerrechts;

erforderlich sind Nachhaltigkeit, Erwerbszweck, jedoch kein Gewinnzweck. Das Tatbild des § 51 Abs. 1 Z 1 vierter Fall ist bereits erfüllt, wenn der Unternehmer an der Durchführung des Spieles veranstaltend/organisierend/anbietend mitwirkt. Nach den Materialien kann sich – unter Verweis auf die Erläuterungen zur Einfügung des § 2 Abs. 4 GSpG durch die Glücksspielgesetznovelle 1996, BGBl. I 747/1996, RV 368 BlgNR, 20. GP - diese Veranstaltung/Organisation/dieses Angebot beispielsweise durch Mischen und Teilen der Karten, die Festlegung der Spielregeln, Entscheidung von Zweifelsfällen, Bewerbung der Möglichkeit zum Spiel, aber auch das Bereitstellen von Spielort, Spieltischen (bzw. Automaten) oder Spielpersonal äußern.

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass der beschlagnahmte Afric2go Automat – entgegen der Annahme der belangten Behörde – zum Tatzeitpunkt nicht mehr im Eigentum der A. GmbH stand, da deren Betrieb bereits Monate zuvor mit Kaufvertrag auf die G. s.r.o. übertragen wurde.

Bei einem derartigen Vertrag über die Unternehmensübertragung erhält der Erwerber mit dem Grundgeschäft zunächst einen schuldrechtlichen Titel auf die Übertragung des Eigentums an den zum Unternehmen gehörenden Sachen, wie beispielsweise Glücksspielautomaten. Die Übertragung der einzelnen Rechtspositionen erfolgt dann erst durch das jeweils notwendige Verfügungsgeschäft (Modus) (Übergabe beweglicher Sachen, Grundbuchseintragung bei Immobilien). Dass dieses Verfügungsgeschäft zwischen der A. GmbH und der G. s.r.o. im Tatzeitpunkt bereits stattgefunden hatte, belegt das Schreiben des Rechtsanwaltes im Parallelverfahren vom 14.11.2016, wonach das Afric2go Gerät bereits im Eigentum der G. s.r.o. stand.

Die A. GmbH kann daher den Afric2go Automat nicht vom 31.10.2016 bis zum Tag der Kontrolle am 07.11.2016 – wie im Spruch des angefochtenen Erkenntnis vorgeworfen - gegen Entgelt zur Aufstellung im Lokal zur Verfügung gestellt haben, da sie gar nicht mehr verfügungsbefugt war.

Indizien für andere Beteiligungshandlungen, wie etwa die Mitwirkung an der Veranstaltung, die Bewerbung der Glücksspiele oder das Bereitstellen von Spielpersonal sind im Verfahren nicht hervorgekommen und sind im Übrigen auch nicht von dem im Spruch vorgeworfenen Verhalten umfasst.

Ein bloßer Aufkleber auf dem Glücksspielautomat (der nicht mehr aktuell war und auch keinen ausreichenden Nachweis über tatsächliche Eigentumsverhältnisse darstellt) reicht nicht für eine unternehmerische Beteiligung iSd § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, zumal dies vom Wortlaut der Bestimmung nicht gedeckt wäre und zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Ausweitung der Strafbarkeit führen würde.

Da schon aus diesem Grund keine unternehmerische Beteiligung iSd § 52 Abs. 1 Z 1 4. Fall der A. GmbH ersichtlich ist, musste eine Bestrafung des Beschuldigten im Wege des § 9 VStG mangels Erfüllung des objektiven Tatbestandes unterbleiben.

Detaillierte Feststellungen sowie beweiswürdigende und rechtliche Ausführungen zu den auf dem Gerät möglichen Spielen samt Einsätzen und Vervielfachungsfaktoren sowie zum Glücksspielverhalten in Österreich im Zusammenhang mit der vorgebrachten Unionsrechtswidrigkeit erübrigten sich daher.

IV.3. Der angefochtene Bescheid war daher zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 iVm § 38 VwGVG einzustellen.

Gemäß § 52 Abs. 8 und 9 VwGVG hat der Bf keine Beiträge zu den Kosten des Behörden- bzw. Beschwerdeverfahrens zu leisten.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

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. Die Entscheidung weicht nicht von der Rechtsprechung des VwGH zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (siehe die jeweils im Erkenntnis zitierte Judikatur). 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. Panny