OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-411793/12/Sr

Datum:
Linz, 10. Juli 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 Mag. Stierschneider über die Beschwerde der V G L, vertreten durch RA Dr. G S, H. x, x L., gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 23. Jänner 2017, GZ: VStV/916301651741/2016, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29. Mai 2017

zu Recht:

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

II. Die Beschwerdeführerin hat weder einen Kostenbeitrag zum Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich noch zum Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof 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 Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 23. Jänner 2017, GZ: VStV/916301651741/2016, wurden über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) wegen 15 Übertretungen nach dem Glücksspielgesetz (GSpG) Geldstrafen in Höhe von jeweils 3.000 Euro und Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 33 Stunden verhängt. Die Bf habe als nach außen zur Vertretung berufenes Organ der Firma *N O C I H Kft* im Lokal mit der Bezeichnung „W C“ in x L., S. x, welches von der genannten Firma betrieben werde, zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht, indem sie die Aufstellung und den Betrieb von 15 im Bescheid näher bezeichneten Glücksspielgeräten seit 1. Dezember 2015 im Lokal geduldet habe, wobei wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen durchgeführt worden seien. Damit sei in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen worden, obwohl die erforderliche Konzession des Bundesministeriums für Finanzen nicht vorgelegen sei.

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass bei einer Kontrolle der Finanzpolizei die im Spruch angeführten Glücksspielgeräte betriebsbereit vorgefunden worden seien, mit denen wiederholt Glücksspiele durchgeführt worden seien, deren genauer Spielablauf im Bescheid näher beschrieben wurde. Bei den ggst. virtuellen Walzenspielen handle es sich um Glücksspiele. Für die Durchführung der Ausspielungen sei weder eine Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz noch eine Bewilligung für eine Landesausspielung vorgelegen und auch keine Ausnahme aus dem Glücksspielmonopol zutreffend gewesen. Die Bf sei das nach außen zur Vertretung berufenes Organ der Firma *N O C I H Kft*, welche Betreiberin des ggst. Spiellokales gewesen sei. Zusammengefasst habe die Bf verbotene Ausspielungen zugänglich gemacht und habe sie die angelasteten Delikte damit begangen. In weiterer Folge erfolgten im Bescheid nähere Ausführungen zur Strafbemessung.

I.2. Mit Schreiben vom 7. Februar 2017 erhob die Bf in rechtsfreundlicher Vertretung fristgerecht das Rechtsmittel der Beschwerde, mit welcher die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Verfahrens beantragt wurden.

I.3. Die belangte Behörde legte die ggst. Beschwerde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit Schreiben vom 20. Februar 2017 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. In der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29. Mai 2017 legte der rechtsfreundliche Vertreter der Bf diverse Urkunden und eine schriftliche Stellungnahme zur Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielmonopols vor. Vertreter der belangten Behörde oder der Finanzpolizei nahmen nicht teil.

II. Folgender entscheidungsrelevanter Sachverhalt steht fest:

Am 1. Dezember 2015 führten Organe der Finanzpolizei ab 11:31 Uhr eine Kontrolle im Lokal mit der Bezeichnung „W C“ in x L., S. x, durch.

Das Lokal war am Kontrolltag bis zum Abschluss der Amtshandlung nicht geöffnet.

Um das unkontrollierte Verlassen des Lokals zu verhindern wurden vor Kontrollbeginn zwei Finanzpolizisten auf der Gebäuderückseite postiert. Im Nahebereich des Hinterausganges trafen sie eine telefonierende Frau an. Im Zuge der Amtshandlung stellte sich heraus, dass sie über sämtliche Lokalschlüssel verfügte.

Nach der teilweise gewaltsamen Öffnung des Lokals wurden 15 im angefochtenen Bescheid näher bezeichnete Glücksspielgeräte vorgefunden.

III.1. Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Anzeige der Finanzpolizei samt Beilagen, die schriftlichen Vorbringen der Bf, in die durchgeführten Beweisverfahren zu LVwG-411398 und LVwG-411476, die dazugehörigen Tonträgerprotokolle vom 19. Dezember 2016 und die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung am 29. Mai 2017.

III.2. Zeit und Ort der Kontrolle sowie die vorgefundenen Glücksspielgeräte ergeben sich aus dem Akteninhalt (Anzeige der Finanzpolizei vom 18. Oktober 2016 inkl. Fotodokumentation).

Laut Aktenlage erschien strittig, ob das kontrollierte Lokal vor bzw. während der Kontrolle geöffnet hatte.

Die Fotobeilage (ONr 61: Leuchtschrift im Eingangsbereich „OPEN“) und die Angaben der einschreitenden Beamten im Vorlageakt würden darauf schließen lassen, dass das Lokal zu Beginn der Amtshandlung geöffnet war.

Die Zeugenaussagen am 19. Dezember 2016 in der mündlichen Verhandlung lassen nur eine gegenteilige Schlussfolgerung zu. Nach Beginn der Kontrolle hat keine Person das Lokal verlassen und im Lokal konnte niemand angetroffen werden. Die in einem weiteren Strafverfahren als Beschuldigte geführte Zeugin J K hat um ca. 10.00 Uhr das Lokal betreten und sich darin die überwiegende Zeit bis unmittelbar vor Kontrollbeginn aufgehalten. Vor Beginn der

Amtshandlung wurde sie im Bereich des Hintereinganges angetroffen. Die nicht durchgängige Anwesenheit im Lokal lässt darauf schließen, dass dieses (noch) geschlossen war. Unwidersprochen blieb auch der Erklärungsversuch des Rechtsvertreters, wonach die Tafel mit der Leuchtschrift „OPEN“ erstmalig nach der teilweisen (Wieder-)Herstellung der Stromzufuhr aufgeleuchtet hat. Darüber hinaus hat der Rechtsvertreter nachvollziehbar und unwidersprochen dargelegt, dass einzelne Spielapparate vor Heizkörpern abgestellt waren und sich deshalb warm angefühlt haben. Einen entsprechenden Aufklärungsversuch habe er bereits während der Amtshandlung unternommen. Diesem sei aber keine Beachtung geschenkt worden. Entgegen der finanzpolizeilichen Annahme konnten im Lokal keine Besucher angetroffen werden. Da auch keine Personen das Lokal im relevanten Zeitraum verlassen haben, ist der Verantwortung der Bf zu folgen und davon auszugehen, dass das Lokal am 1. Dezember 2015 – jedenfalls bis zum Ende der Amtshandlung – nicht geöffnet hatte.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat 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 die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin zu entscheiden.

IV.2. 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.

§ 52 Abs 3 GSpG lautet: Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB

verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.

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.

IV.3. Nach den oben dargestellten Bestimmungen des GSpG wird die unternehmerische Zugänglichmachung an verbotenen Ausspielungen verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert. Ein näheres Eingehen auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale der betreffenden Strafnorm erübrigt sich im konkreten Fall jedoch, weil ein allfälliger objektiv vorliegender Verstoß gegen das GSpG der Bf nicht mit der für ein Strafverfahren notwendigen Sicherheit ad personam vorwerfbar ist.

IV.4. Gemäß § 9 Abs 1 VStG ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist. Die Bf ist das nach außen zur Vertretung berufenes Organ der Firma *N O C I H Kft.*

IV.5. Wie dem relevanten Sachverhalt zu entnehmen ist, war im Beschwerdeverfahren vorerst strittig, ob das gegenständliche Lokal bereits vor Kontrollbeginn geöffnet hatte oder dies noch geschlossen war. Der obigen Beweiswürdigung (siehe Pkt. III.2. dieses Erkenntnisses) folgend ist davon auszugehen, dass das Lokal zu diesem Zeitpunkt (noch) geschlossen hatte.

Aus dem Akt geht hervor, dass eine Person zuletzt 5 Tage vor der Kontrolle im betreffenden Lokal Glücksspiele getätigt hatte und dieser in der Vergangenheit auch Gewinne ausbezahlt worden waren.

Im angefochtenen Straferkenntnis wurde der Bf - beschränkt auf den Kontrolltag - vorgeworfen, dass sie „seit 1. Dezember 2015“ verbotene Ausspielungen im vorliegenden Lokal unternehmerisch zugänglich gemacht habe.

Da eine Ausdehnung des Tatzeitraumes unzulässig ist, sich der Tatvorwurf auf einen Zeitraum beschränkt, in dem das Lokal erwiesenermaßen geschlossen hatte, die darin befindlichen Geräte somit (noch) nicht zugänglich gemacht worden sind, war der Beschwerde stattzugeben, der angefochtene Bescheid zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gegen die Bf gemäß § 38 VwGVG iVm 45 Abs 1 Z 2 VStG einzustellen.

V. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

V.1. 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.

V.2. Die getroffenen Sachverhaltsfeststellungen sind außerdem das Ergebnis der Beweiswürdigung des Akteninhaltes sowie der im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung gemachten Ausführungen des Vertreters der Bf. Die gegenständliche Entscheidung stellt somit eine Einzelfallentscheidung dar, die einer Verallgemeinerung nicht zugänglich ist. Die rechtliche Konsequenz ist eine Folge der konkreten Beweisergebnisse. Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt schon deshalb nicht 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

Mag. Stierschneider