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-411807/2/ER

Datum:
Linz, 24. Oktober 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des T H, vertreten durch Rechtsanwälte Mag. P, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 30. Jänner 2017, GZ: VStV/916301573970/2016, wegen einer Übertretung des Glücksspielgesetzes

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch zu jenen 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 30.1.2017, VStV/916301573970/2016, verhängte die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz – GSpG wie folgt:

„1. Sie haben, wie am 24.09.2016 zwischen 21.42 Uhr und 23.25 Uhr durch Organe der Finanzpolizei des Finanzamtes Grieskirchen-Wels festgestellt wurde, seit 02.05.2016 bis 24.09.2016 in W, E Straße 30, Lokal „M", als das satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufene Organ der Fa. „M", zu verantworten, dass sich diese Firma als Unternehmer (§ 2 Abs. 2 Glücksspielgesetz) in dem angeführten Lokal an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 und Abs. 4 Glücksspielgesetz zur Teilnahme vom Inland aus beteiligt und daraus Einnahmen erzielt hat, weil Sie folgendes Glücksspielgerät

• Touchscreen "V" Scanner HP-Rechner, ohne Serien-Nr., Versiegelungsplaketten-Nr. A077846, A077847, A077848 und A077849

im Rahmen ihrer Firma seit zumindest 02.05.2016 bis 24.09.2016 die für die Durchführung von Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen notwendigen Gegenstände gegen Entgelt zur Verfügung gestellt haben um fortgesetzt Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen, 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. (...)

Begründung

Das Straferkenntnis stützt sich auf die Anzeige vom 17.10.2016 des Finanzamtes Grieskirchen-Wels sowie auf das Ergebnis des durchgeführten Ermittlungsverfahrens.

Demnach haben Sie, wie am 24.09.2016 zwischen 21.42 Uhr und 23.25 Uhr durch Organe der Finanzpolizei des Finanzamtes Grieskirchen-Wels festgestellt wurde, seit 02.05.2016 bis 24.09.2016 in W, E Straße 30, Lokal „M", als das satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufene Organ der Fa. „M", zu verantworten, dass sich diese Firma als Unternehmer (§ 2 Abs. 2 Glücksspielgesetz) in dem angeführten Lokal an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 und Abs. 4 Glücksspielgesetz zur Teilnahme vom Inland aus beteiligt und daraus Einnahmen erzielt hat, weil Sie folgendes Glücksspielgerät

- Touchscreen "V" Scanner HP-Rechner, ohne Serien-Nr., Versiegelungsplaketten-Nr. A077846, A077847, A077848 und A077849

im Rahmen ihrer Firma seit zumindest 02.05.2016 bis 24.09.2016 die für die Durchführung von Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen notwendigen Gegenstände gegen Entgelt zur Verfügung gestellt haben um fortgesetzt Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen, 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.

(...)“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

In der weiteren Begründung setzte sich die belangte Behörde mit der Stellung des Bf als Geschäftsführer und Fragen zum Unionsrecht auseinander.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die rechtzeitige Beschwerde des Bf, in der dieser beantragte, das Verfahren einzustellen, allenfalls auch die Strafe herabzusetzen. Begründend führte der Bf im Wesentlichen aus, dass es sich bei dem ggst Gerät um kein Glücksspielgerät handle. Auch Ermittlungsfehler und Mangelhaftigkeit des Spruchs sowie Verstöße gegen das Unionsrecht wurden der belangten Behörde angelastet.

I.3. Mit Schreiben vom 3. März 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. Zumal bereits aufgrund des vorgelegten Akts feststeht, dass der angefochtene Bescheid aufzuheben ist, entfiel die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung (§ 44 Abs 2 VwGVG).

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

Am 24. September 2016 fand im Lokal „M“ in W, E Straße 30 eine finanzpolizeiliche Kontrolle statt. Bei dieser Kontrolle wurde ein Gerät vorgefunden, an dem Bingo-Spiele angeboten wurden. Laut Beschreibung der Finanzpolizei konnten am Bildschirm des Geräts sechs Zahlen aus den Ziffern 1 bis 48 ausgewählt werden. Es war der gewünschte Einsatz einzugeben, durch Drücken einer Taste wurde ein Ticket beim Personal ausgedruckt und bezahlt. In einem Nebenraum konnte über einen Monitor alle fünf Minuten eine Ziehung

beobachtet werden. Dieser Spielablauf wurde von der Finanzpolizei mittels Fotos und verbaler Beschreibung dokumentiert. Ein Gewinnplan konnte nicht ausgewählt werden, sondern allfällige Gewinne ergaben sich bei Übereinstimmung von ausgewählten und gezogenen Zahlen.

Dass im ggst Lokal ein Gerät, an dem ein im Spruch und in der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses beschriebenes virtuelles Walzenspiel angeboten wurde, vorgefunden wurde, ist dem Akt nicht zu entnehmen. Vielmehr bezieht sich die Anzeige der Finanzpolizei ausschließlich auf das im Akt beschriebene und dokumentierte Bingo-Gerät.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich völlig widerspruchsfrei und unbestritten aus dem vorgelegten Verwaltungsakt.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Gemäß § 45 Abs 1 Z 2VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

Die belangte Behörde hat sowohl im Spruch als auch in der Begründung des angefochtenen Straferkenntnisses ein Walzenspiel beschrieben, das sie in der Folge als Glücksspiel iSd § 1 Abs 1 GSpG beurteilte. Für die Beteiligung an verbotenen Ausspielungen mittels dieses Walzenspiels wurde über den Bf von der belangten Behörde eine Strafe verhängt. Ganz offensichtlich stimmt das von der belangten Behörde als Grundlage für die Bestrafung herangezogene Spiel jedoch in keiner Weise mit jenem zusammen, das die Finanzpolizei im Zuge der Kontrolle am ggst Gerät vorgefunden und beschrieben hat.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung festhält (vgl jüngst: VwGH 12.5.2017, 2017/18/0063), liegt Aktenwidrigkeit dann vor, wenn sich die Behörde bei der Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes mit dem Akteninhalt hinsichtlich der dort festgehaltenen Tatsachen in Widerspruch gesetzt hat, wenn also die Feststellung jener tatsächlichen Umstände unrichtig ist, die für den Spruch der Entscheidung ausschlaggebend sind.

Mit dem tatsächlich von der Finanzpolizei wahrgenommenen Spiel hat sich die belangte Behörde nicht befasst, sondern ist aktenwidrig von einem gänzlich anderen Spiel ausgegangen. Auch konnte beim tatsächlich vorgefundenen Spiel kein Gewinnplan ausgewählt werden. Die belangte Behörde hat das ggst Gerät

deshalb als Glücksspielgerät qualifiziert, da sie das Spiel mit dem von ihr beschriebenen Spielablauf als Glücksspiel identifizierte. Dieses im angefochtenen Straferkenntnis beschriebene Spiel wurde jedoch am vorgefundenen Gerät nicht angeboten, verbotene Ausspielungen mit den vorgeworfenen Walzenspielen haben nicht stattgefunden. Der Bf hat daher die ihm im Straferkenntnis zur Last gelegte Tat – nämlich die Beteiligung an den durch das beschriebene Walzenspiel definierten verbotenen Ausspielungen – nicht begangen.

III.2. Da der Bf die vorgeworfene Tat nicht begangen hat, war das Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen.

Eine Korrektur des Spruchs auf ein völlig anderes Spiel würde einen unzulässigen Austausch der Tat darstellen und wäre darüber hinaus mangels entsprechender Verfolgungshandlung auch aufgrund des mittlerweile eingetretenen Ablaufs der Verjährungsfrist nicht mehr zulässig.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 52 Abs 8 und 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. Insbesondere weicht die gegenständliche Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu § 45 Abs 1 VStG nicht ab.

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