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-412051/8/BMa/JB

Datum:

Linz, 21. Dezember 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag.[a] Bergmayr-Mann über die Beschwerde des G.S., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F.M., X, W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 11.4.2017, GZ: Pol96-628-1-2015, wegen Verwaltungsübertretungen nach dem Glücksspielgesetz, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18.7.2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, der bekämpfte Bescheid aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat keine Kosten im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu tragen. Der Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens vor der belangten Behörde entfällt.

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.

1.1. Mit dem in der Präambel angeführten Straferkenntnis wurde der Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) wie folgt schuldig gesprochen und bestraft:

„Sie haben als Veranstalter zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen in der Form von Walzenspielen veranstaltet, ohne eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG zu besitzen, und obwohl die Ausspielung auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen war. Es lagen Glückspiele vor, mit welchen selbständig nachhaltig Einnahmen erzielt wurden, welche also von einem Unternehmer im Sinne des § 2 Abs.2 GSpG veranstaltet wurden, für welche zur Teilnahme am Spiel eine vermögenswerte Leistung in Form des Einsatzes zu entrichten war und für welche vom Unternehmer vermögenswerte Leistungen (Gewinn) in Aussicht gestellt wurden.

Gehäusebezeichnungen der Glücksspielgeräte:

1) K. Skill Games, Seriennr. x
2) K. Auftrags Terminal, Seriennr. x
3) K. Auftrags Terminal, Seriennr. x
4) K. Auftrags Terminal, Seriennr. x
5) K. Auftrags Terminal, Seriennr. x

Tatzeitraum:
16.10.2014 bis 14.01.2015

Tatort:
in M., X, (Lokal „B. K.“)

Sie haben somit folgende Rechtsvorschriften verletzt:

1) § 52 Abs. 1 Z 1 iVm. § 2 Abs. 2 und 4 iVm. § 4 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idgF.
2) § 52 Abs. 1 Z 1 iVm. § 2 Abs. 2 und 4 iVm. § 4 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idgF.
3) § 52 Abs. 1 Z 1 iVm. § 2 Abs. 2 und 4 iVm. § 4 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idgF.
4) § 52 Abs. 1 Z 1 iVm. § 2 Abs. 2 und 4 iVm. § 4 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idgF.
5) § 52 Abs. 1 Z 1 iVm. § 2 Abs. 2 und 4 iVm. § 4 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idgF.

Wegen dieser Verwaltungsübertretungen werden über Sie folgende Strafen verhängt:

Geldstrafe von	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
1) 4.000 Euro	44 Stunden	-	§ 52 Abs. 1 Z 1 GSpG
2) 4.000 Euro	44 Stunden	-	§ 52 Abs. 1 Z 1 GSpG
3) 4.000 Euro	44 Stunden	-	§ 52 Abs. 1 Z 1 GSpG
4) 4.000 Euro	44 Stunden	-	§ 52 Abs. 1 Z 1 GSpG
5) 4.000 Euro	44 Stunden	-	§ 52 Abs. 1 Z 1 GSpG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:
2.000,00 Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro)

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher
22.000.00 Euro“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtszeitige Beschwerde vom 9.5.2017 die im Wesentlichen ausführt, dass es sich bei den fünf angeführten Apparaten um keine Glücksspielgeräte sondern Geschicklichkeitsapparate handeln würde.

2.1. Das Landesveraltungsgericht Oberösterreich entscheidet gem. § 2 VwGVG durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

2.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt der belangten Behörde und am 18.7.2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, zu der ein Rechtsvertreter der Bf und eine Vertreterin des Finanzamtes gekommen sind. Als Zeugen wurden G.H. und G.L. einvernommen.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Folgender rechtlich relevanter Sachverhalt wird festgestellt:

Anlässlich der Kontrolle durch das Finanzamt Braunau Ried Schärding am 14.1.2015 im Lokal „B. K.“ in der X, M. wurden vom Kontrollorgan G.H. die fünf im Spruch des bekämpften Erkenntnisses ersichtlichen Geräte bespielt, um festzustellen, ob es sich um Glücksspielapparate handelt. Die Dokumentation der Bespielung durch Anfertigung der Dokumentation „GSp26“ wurde von G.L. vorgenommen und die Fotodokumentation der Bespielung vom Kontrollorgan G. angefertigt.

Von der belangten Behörde wurden Auszüge aus dem Akt LVwG-410628 vorgelegt, aus denen hervorgeht, dass das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 31.8.2016, LVwG-410628/10/MS/Hue-410629/2/MS/Hue betreffend Beschlagnahme nach dem Glücksspielgesetz durch Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 17.3.2016, Ra 2016/17/0001-0002-3, insofern bestätigt wurde, als die diesbezügliche Revision zurückgewiesen wurde.

Es kann im gegenständlichen Verfahren nicht festgestellt werden, dass es sich bei den fünf im bekämpften Behördenbescheid angeführten Apparaten um Glücksspielgeräte gehandelt hat.

3.2. Beweiswürdigend wird ausgeführt, dass sich der festgestellte Sachverhalt aus dem vorgelegten Behördenakt und dem Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18.7.2017, insbesondere aus der Aussage des Zeugen H. ergibt.

Zunächst hat dieser klar angegeben, dass es ihm nicht möglich gewesen sei, auch nur bei einem der fünf Geräte den Spielablauf zu beeinflussen (Seite 3 des Sprachprotokolls vom 18.7.2017).
Befragt zum Ablauf der von ihm auf den Geräten durchgeführten Spiele konnte der Zeuge zunächst keine klare Antwort auf die Frage geben, ob das Ergebnis beeinflussbar war. So hat er unter anderem angegeben, dass das Spielergebnis für ihn Zufall gewesen sei, er aber nicht wisse, ob jemand anderer es beeinflussen hatte können (Seite 3 des Sprachprotokolls vom 18.7.2017).
Nachdem daraufhin versucht wurde, den Ablauf der von ihm durchgeführten Spiele zu erörtern, wurde vom Zeugen lediglich auf die Fotodokumentation verwiesen. Auf die Frage, ob er beim Bespielen des Gerätes den Walzenlauf beeinflussen habe können, hat dieser auf das Formular „GSp26“, betreffend das Gerät mit der FA-Nr. 1, verwiesen, wonach festgehalten worden sei, dass bei jedem Drücken der Start-Taste sich die Ziffern- Zahlenkombination verändere, „kein Auto-Start“.
Daraufhin wurde der Zeuge befragt, ob dies bedeute, dass er den Walzenlauf mit der Start-Taste beeinflussen habe können. Dazu hatte dieser ausgesagt, dass er dies nicht mehr sagen könne. Zu den anderen Geräten befragt wurde von ihm ausgeführt, dass er dazu nur dasselbe sagen könne (Seiten 4 und 5 des Sprachprotokolls vom 18.7.2017).

Aus der Aussage des Zeugen H., der die Bespielung zur Feststellung der Glückspieleigenschaft der vorgefundenen Apparate durchgeführt hatte, konnte daher nicht mit Sicherheit abgeleitet werden, dass es sich bei den von ihm bespielten Geräten um Glücksspielgeräte gehandelt hat, bei denen der Spielablauf nicht beeinflussbar war. Von der Vertretung der Beschwerdeführerin wurde bereits in der Beschwerde angegeben, dass es sich lediglich um Apparate gehandelt hat, auf denen Geschicklichkeitsspiele gespielt werden konnten.

Auch der zeugenschaftlich vernommene G.L. konnte keine Angaben machen, ob das Spielergebnis des Kontrollorgans H., bei der Bespielung der Geräte anlässlich der durchgeführten Kontrolle, vom Zufall abhängig war oder ob er den Ausgang der durchgeführten Spiele am Gerät steuern konnte.

Eine weitere Befragung von Zeugen wurde von den anwesenden Parteien nicht beantragt und weitere Zeugen, die über den Spielablauf während der Kontrolle berichten hätten können, sind dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auch nicht bekannt, sodass das Verhandlungsergebnis in Zusammenschau mit den vorgelegten Unterlagen der Beurteilung zu Grunde zu legen war.

Daraus konnte nicht mit der für ein Strafverfahren erforderlichen Sicherheit abgeleitet werden, dass es sich bei den anlässlich der finanzpolizeilichen Kontrolle durchgeführten Spielen um Glücksspiele gehandelt hat.

3.3. In rechtlicher Hinsicht hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

3.3.1. Rechtsgrundlagen:

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung BGBl I Nr. 118/2015, 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 GSpG veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG daran beteiligt.

Nach § 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. 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 § 45 Abs. 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn gem. Z 1 die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

3.2.2. Wie sich aus den Feststellungen ergibt, konnte nicht ermittelt werden, ob es sich bei den fünf im Spruch des bekämpften Erkenntnisses angeführten Apparaten um Glücksspielgeräte oder um Geschicklichkeitsapparate handelt, bei denen der Spielablauf nicht beeinflussbar war.
Die vorgeworfene Verletzung der Rechtsvorschriften konnte daher nicht festgestellt werden und das Verfahren war gem. § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen, weil die vorgeworfene Tat nicht erwiesen werden konnte.

Damit erübrigen sich weitere Ausführungen zum Beschwerdevorbringen.

II. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Insbesondere weicht die ggst. Entscheidung von der als einheitlich zu beurteilenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag.ª Bergmayr-Mann