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-411697/11/Wim

Datum:
Linz, 28. März 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Wimmer über die Beschwerde der M P, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. P R, I, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Wels-Land vom 15. November 2016, GZ: Pol96-226-2015, wegen Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild des Glücksspielgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und das angefochtene Straferkenntnis behoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Zu I.:

1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurden über die Beschwerdeführerin wegen Übertretung des § 52 Abs. 1 Z1 drittes Tatbild in Verbindung mit § 2 Abs. 4 Glücksspielgesetz (GSpG) eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro, bei Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 36 Stunden, sowie ein 10%iger Verfahrenskostenbeitrag verhängt.

Im Einzelnen wurde ihr vorgeworfen:

„Die Firma A mit Sitz in U P, war zum Tatzeitpunkt Betreiberin des Wettlokals „A“ in S, M. In diesem Lokal wurde am 16.7.2015 ab 15:48 Uhr eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz durch Organe des Finanzamtes Grieskirchen Wels durchgeführt. Dabei wurde ein elektronisches Glücksspielgerät vorgefunden.

Sie haben es als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der Firma A (Geschäftsführerin) zu verantworten, dass diese Firma in dem Lokal mit unten angeführtem Glücksspielgerät vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 Glücksspielgesetz unternehmerisch zugänglich gemacht hat.

Tatort:

Wettlokal ‚A‘, in S, M

Tatzeit:

zumindest von 16.07.2015 10:00 Uhr bis zur Beschlagnahme am 16.07.2015, 16:22 Uhr

FA-Geräte Nummer	Gerätebezeichnung	Seriennummer	Versiegelungs-plakettennummer
1	Golden Island Casino	x	A055796-A055800, A058160

Sie haben aufgrund einer Vereinbarung mit den Aufstellern gegen Entgelt die Aufstellung und den Betrieb der Glücksspielgeräte in ihrem Lokal im Rahmen ihres Unternehmens geduldet und dafür gesorgt, dass die Geräte den Gästen spielbereit zur Verfügung standen.

Die konzessions- und bewilligungslosen Ausspielungen wurden durchgeführt in Form von virtuellen Walzenspielen, deren Ergebnis vorwiegend vom Zufall abhängig war. Bei den Spielen wurde für einen Einsatz ein Gewinn in Aussicht gestellt.“

2. Dagegen hat die Beschwerdeführerin durch ihre Rechtsvertretung rechtzeitig eine begründete Beschwerde erhoben und zusammengefasst im Wesentlichen ausgeführt, dass auf dem Gerät keine Glücksspiele im Sinne des GSpG spielbar gewesen seien und das Gerät auch nicht betriebsbereit und zugänglich gewesen sei. Während des gesamten inkriminierten Zeitraumes habe

sich das Gerät in nicht betriebsbereitem Zustand in einem abgesperrten, öffentlich nicht zugänglichen Raum befunden.

Überdies wurden EU-rechtliche Bedenken gegen die Glücksspielregelungen dargelegt.

3.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die Verwaltungsakten sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung in welcher als Zeuge der Beamte der Finanzpolizei einvernommen wurde, der die Bespielung des Gerätes versucht hat.

3.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von nachstehendem entscheidungswesentlichen Sachverhalt aus:

Bei der gegenständlichen Kontrolle wurde das im Spruch angeführte Gerät in einem Raum vorgefunden, dessen Zugangstür die Aufschrift „Privat“ trug und der durch den Bediensteten über Aufforderung erst aufgesperrt wurde. Das Gerät war zum Zeitpunkt der Kontrolle vom Netz getrennt, umgedreht und an die Wand gerückt. Auf dem Bildschirm war ein Zettel befestigt mit der Aufschrift „Zur Abholung Fa. A“. Neben dem Gerät befand sich ein Dartautomat, ansonsten war der Raum leer und anscheinend gerade herausgewischt worden.

Durch die Kontrollorgane wurde das Gerät umgedreht und an das Stromnetz angesteckt. Während des Hochfahrens wurde jedoch die Stromzufuhr vom Bediensteten unterbrochen und trotz Aufforderung nicht wiederhergestellt. Eine Bespielung konnte somit nicht erfolgen und war der gesamte Raum dunkel.

Grundsätzlich war dem Kontrollorgan ein derartiges Gerät mit der Aufschrift Golden Island Casino nach dem äußeren Aussehen als Walzenspielgerät von anderen Kontrollen her bekannt.

Im Zuge der Kontrolle erfolgte eine vorläufige Beschlagnahme des Gerätes, die schließlich mit rechtskräftigem Beschlagnahmebescheid bestätigt wurde.

3.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus den Unterlagen über die Kontrolle, insbesondere den darüber angefertigten Aktenvermerken sowie den Angaben des einvernommenen Zeugen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

4.1. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1, drittes Tatbild des GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe bis zu 60.000 € zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 unternehmerisch zugänglich macht.

4.2. Bei der gegenständlichen Kontrolle wurde das im Spruch angeführte Gerät in einem Raum vorgefunden, dessen Zugangstür die Aufschrift „Privat“ trug und der durch den Bediensteten über Aufforderung erst aufgesperrt wurde. Das Gerät war zum Zeitpunkt der Kontrolle vom Netz getrennt, umgedreht und an die Wand gerückt. Auf dem Bildschirm war ein Zettel befestigt mit der Aufschrift „Zur Abholung Fa. A“. Neben dem Gerät befand sich ein Dartautomat, ansonsten war der Raum leer und anscheinend gerade herausgewischt worden.

Diese Umstände lassen nach Ansicht des erkennenden Richters im konkreten Einzelfall nicht mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren geforderten Gewissheit den Tatbestand des unternehmerisch Zugänglichmachens als erfüllt erscheinen.

Sehr wohl konnte aber bei der gegebenen Sachlage ein begründeter Verdacht angenommen werden, der eine Beschlagnahme rechtfertigte und hat sich auch der Bedienstete nicht im Sinne des § 50 Abs. 4 leg. cit. verhalten, da für diese Maßnahmen keine solchen Maßstäbe hinsichtlich Gewissheit einer Verwaltungsübertretung anzunehmen sind.

Von der belangten Behörde wurde in ihrer Entscheidung auf das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 29.3.2007, 2006/15/0088 hinsichtlich der Spielbereitschaft verwiesen, vom Vertreter des Finanzamtes in der öffentlichen mündlichen Verhandlung auf die Definition des Verwaltungsgerichtshofes im Erkenntnis vom 21.8.2014, Ra 2014/17/0004.

Beide Entscheidungen erscheinen aber nicht einschlägig für den konkreten Tatvorwurf, da Erstere die Frage der Betriebsbereitschaft nach dem Wiener Vergnügungssteuergesetz behandelte und Zweitere vorallem auf die Mitwirkungspflicht von Bediensteten bei Kontrollen abstellt. In beiden Fällen waren die Automaten zumindest öffentlich zugänglich für Lokalbesucher, was im konkreten Fall nicht gegeben war. Der Umstand der Betriebsbereitschaft ist vom Zugänglichmachen zu unterscheiden und gerade Letzteres kann aus den oben angeführten Erwägungen nicht angenommen werden.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Zu II. Zulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist zulässig, da keine höchstgerichtlichen Entscheidungen gefunden werden konnten, die bei einem gleichgelagerten Sachverhalt darüber absprechen, ob damit ein unternehmerisch Zugänglichmachen vorliegt und es sich dabei um eine grundlegende Rechtsfrage handelt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen 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

Dr. Wimmer