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-412072/8/Re/KHu

Datum:
Linz, 17. Mai 2018

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 Dr. Reichenberger über die Beschwerde des M K Z, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. P R, K, I, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 2. Mai 2017, GZ: VStV/917300368708/2017, wegen Übertretungen des Glücksspielgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29. November 2017

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens 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 dem gegenständlichen Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, PK Wels (belangte Behörde) vom 2. Mai 2017 wurden über den Beschwerdeführer (Bf) dreizehn Geldstrafen in Höhe von jeweils 3.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe jeweils 1 Tag) verhängt, weil er es als unbeschränkt haftender Gesellschafter der Firma „A“, die unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Firma „A“ sei, und somit satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufenes Organ der Firma „A“ zu verantworten habe, dass diese Gesellschaft als Unternehmerin verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 und Abs. 4 Glücksspielgesetz unternehmerisch zugänglich gemacht habe, weil folgende Geräte in den Räumen des Betriebes in W, B, Lokal „C C“ täglich eingeschaltet worden und den Spielern betriebsbereit zur Verfügung gestanden seien:

1. MLT (Multi Lottery Terminal, Nr. (ohne Serien-Nummer) Versiegelungsplakettennummer A084031 - A084035,
2. Ultimate, Nr. (ohne Serien-Nummer) Versiegelungsplakettennummer A084036 - A084039,
3. Internetshop, Nr. (ohne Serien-Nummer) Versiegelungsplakettennummer A084040 - A084043,
4. Internetshop, Nr. (ohne Serien-Nummer) Versiegelungsplakettennummer A084047 - A084050,
5. Internetshop, Nr. (ohne Serien-Nummer) Versiegelungsplakettennummer A084027 - A084030,
6. Skill Games, Nr. x,
7. Skill Games, Nr. x,
8. Skill Games, Nr. x,
9. Skill Games, Nr. x,
10. Skill Games, Nr. x,
11. Kajot, Nr. x,
12. Kajot, Nr. x,
13. Skill Games, Nr. x

I.2. Mit Eingabe vom 30. Mai 2017 erhob der Bf durch seinen rechtsfreundlichen Vertreter Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich.

I.3. Die belangte Behörde legte die Beschwerde samt Bezug habenden Verwaltungsakt mit Schreiben vom 1. Juni 2017 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Am 29. November 2017 fand beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung betreffend die gegenständliche Beschwerdesache sowie damit zusammenhängende Verfahren statt.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsicht in den vorgelegten Verwaltungsakt, die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung sowie Einschau in das Firmenbuch.

II.1. Demnach steht folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt fest:

Am 3. Dezember 2016 führten Organe der Finanzpolizei eine Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz im Lokal „C C“, B, W, durch, bei der die oben unter I.1. bezeichneten Geräte vorgefunden wurden.

Betreiberin des Lokals ist die M & L GmbH mit Sitz in W. Die A war ausschließlich in Zusammenhang mit - hier jedoch nicht gegenständlichen - Pokerspielen im Lokal tätig. Sie ist weder Eigentümerin noch Inhaberin eines der genannten Geräte; die Geräte waren auch sonst nicht in der Einflusssphäre der A oder einer anderen dem Bf zuzurechnenden Gesellschaft: Es war nicht feststellbar, dass die A dafür gesorgt hätte, dass die Geräte zugänglich gemacht werden. Insbesondere war nicht feststellbar, dass Personen, die dieser Gesellschaft zuzurechnen sind, die Geräte eingeschaltet hätten und damit dafür gesorgt hätten, dass sie betriebsbereit zur Verfügung standen. Auch konnte nicht festgestellt werden, dass die genannte Gesellschaft Einnahmen aus der Durchführung der gegenständlichen Ausspielungen erzielt hätte.

Die A mit Sitz in C (G) war zum Tatzeitpunkt unbeschränkt haftende Gesellschafterin der A mit Sitz in H; der Bf war unbeschränkt haftender Gesellschafter der A. Beide Gesellschaften sind mittlerweile aus dem jeweiligen Firmenbuch gelöscht.

II.2. Der festgestellte Sachverhalt ergab sich aus den aufgenommenen Beweismitteln. Zur Stellung der A liegt eine Eingabe ihres rechtsfreundlichen Vertreters vom 27. Dezember 2016 vor, wonach die Gesellschaft Betreiberin des gegenständlichen Lokals sei. Die Durchsicht der anlässlich der Kontrolle erstellten Dokumentation legt dies jedoch nicht nahe. Nach nunmehriger Auskunft des rechtsfreundlichen Vertreters des Bf bezieht sich die Betreibereigenschaft der Gesellschaft vielmehr ausschließlich auf offenbar im Lokal angebotene Pokerspiele, was sich auch mit den Unterlagen der Kontrolle in Einklang bringen lässt. Vor diesem Hintergrund geht der erkennende Richter davon aus, dass die A mit den gegenständlichen Glücksspielgeräten nichts zu tun hat, sondern ihre Tätigkeit auf den klar abgegrenzten Bereich von Pokerspielen beschränkt, der nicht verfahrensgegenständlich ist; die ursprüngliche Einlassung der A war unrichtig bzw. jedenfalls missverständlich, was jedoch im Rahmen der mündlichen Verhandlung aufgeklärt werden konnte.

Zwar war bei der Kontrolle ein Mitarbeiter der genannten Gesellschaft vor Ort; dass dieser Mitarbeiter aber dafür gesorgt hätte, dass die gegenständlichen Geräte

eingeschaltet worden wären, ist nicht ersichtlich. Der Mitarbeiter äußerte nämlich vielmehr derart, dass die Geräte bereits eingeschaltet waren. Auch äußerte sich der Mitarbeiter, dass er „zwecks Pokern“ vor Ort gewesen sei, wenngleich er angab, auch vertretungsweise für die Lokalbetreiberin M & L GmbH zu agieren. Weitere Ermittlungsergebnisse zur Stellung des Mitarbeiters bzw. dazu, wie genau das Verhältnis zwischen der Lokalbetreiberin und der gegenständlichen Gesellschaft ausgestaltet ist, konnten keine getroffen werden. Es konnten daher keine Feststellungen getroffen werden, dass die hier gegenständliche Gesellschaft bei den gegenständlichen Glücksspielen involviert gewesen wäre.

Im Übrigen ergibt sich der festgestellte Sachverhalt widerspruchsfrei aus den aufgenommenen Beweismitteln, insbesondere aus der anlässlich der Kontrolle erstellten Dokumentation und den im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgelegten Firmenbuchauszügen.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG) 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 § 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.

III.2. Der Bf wurde gemäß § 9 VStG als unbeschränkt haftender Gesellschafter einer Gesellschaft belangt, die als unbeschränkt haftende Gesellschafterin an der A beteiligt war. Seine Bestrafung fußte letztlich auf dem Vorwurf, dass die angesprochene Gesellschaft die verfahrensgegenständlichen Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht hätte.

III.3. Wie das Beweisverfahren zeigt, sind die gegenständlichen Automaten nicht der A oder einer anderen Gesellschaft, für die der Bf verantwortlich ist, zuzurechnen. Insbesondere ergaben sich keine Hinweise darauf, dass die A die Geräte unternehmerisch zugänglich gemacht hätte, sondern hat sich die genannte Gesellschaft auf den klar abgegrenzten Bereich der offenbar ebenfalls im Lokal angebotenen Pokerspiele beschränkt. Es konnte weder festgestellt werden, dass es sich um das Lokal der A gehandelt hätte noch dass der Bf oder einer seiner Mitarbeiter die gegenständlichen Geräte eingeschaltet oder dass die genannte Gesellschaft Einnahmen aus den gegenständlichen Geräten lukriert hätte.

III.4. Eine Bestrafung kann im Sinne des § 45 Abs. 1 Z 1 VStG aber nur dann erfolgen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat erwiesen ist. Im Verwaltungsstrafverfahren gilt der Grundsatz „in dubio pro reo“ (*Fister* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 25 Rz 10). Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertritt, darf der Grundsatz „in dubio pro reo“ zwar nur angewendet werden, wenn nach Durchführung des Beweisverfahrens Zweifel an der Verwirklichung des Tatbildes durch den Beschuldigten bleiben (statt vieler: VwGH 15.11.2000, 2000/03/0237); wie dargestellt, konnten aber keine konkreten Feststellungen zur Beteiligung der gegenständlichen Gesellschaft an den Ausspielungen getroffen werden. Die dem Bf zur Last gelegte Tat konnte damit nicht erwiesen werden, weshalb das gegenständliche Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen war.

III.5. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist.

Wird gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG eine verhängte Strafe infolge Beschwerde aufgehoben, so sind die Kosten des Verfahrens von der Behörde zu tragen, falls sie aber schon gezahlt sind, zurückzuerstatten.

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit ab, noch fehlt

es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch 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. Reichenberger