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-412439/9/MS

Datum:
Linz, 4. Jänner 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde des M T, vertreten durch Rechtsanwältin Mag. J E, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr, vom 22. September 2017, GZ: VStV/916301783831/2016, wegen Übertretung gemäß § 52 Abs. 1 Z. 1 drittes Tatbild GSpG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 13. Dezember 2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, und das Straferkenntnis der belangten Behörde behoben und das Strafverfahren 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. Mit Strafverfügung der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr (im Folgenden: belangte Behörde) vom 22. September 2017, VStV/916301783831/2016, wurde über Herrn M T (im Folgenden: Beschwerdeführer) wegen der Verwaltungsübertretung gemäß § 52 Abs. 1 Z. 1 drittes Tatbild GSpG eine Geldstrafe in der Höhe von insgesamt 21.000 Euro (3000 Euro pro Gerät) und eine Ersatzfreiheitsstrafe von insgesamt 4 Tagen und 16 Stunden (16 Stunden je Gerät) ausgesprochen.

Dieses Straferkenntnis wurde dem Beschwerdeführer zu Handen seiner rechtsfreundlichen Vertreterin am 26. September 2017 zugestellt.

Dagegen wurde mit Eingabe vom 24. Oktober 2017 rechtzeitig Beschwerde erhoben und als Beschwerdegründe es würde kein unternehmerisches Zugänglichmachen vorliegen, die Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtige und fehlende Tatsachenfeststellungen, Begründungsmängel und die Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes vorgebracht und abschließend beantragt, eine öffentlich mündliche Verhandlung durchzuführen und das angefochtene Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen.

Mit Schreiben vom 31. Oktober 2017 hat die belangte Behörde unter gleichzeitiger Übermittlung des Verfahrensaktes dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die ggst. Beschwerde zur Entscheidung vorgelegt, ohne eine Beschwerdevorentscheidung erlassen zu haben.

Mit Schriftsatz vom 29. November 2017 wurde ergänzend u.a. vorgebracht, der Beschwerdeführer sei, sofern das Gericht zur Ansicht gelange, dass es sich bei den ggst. Geräten um Glücksspielgeräte handle als Veranstalter anzusehen, zumal die von der M L s.r.o. angemieteten Geräte auf Rechnung und Risiko der Poker P GmbH betrieben wurden.
Sofern ein und dieselbe Person ein Glücksspiel sowohl unternehmerisch zugänglich gemacht habe als auch veranstaltet habe, trete das Tatbild des unternehmerisch Zugänglichmachens hinter jenes des Veranstaltens zurück (VwGH 26.3.2015, Ra 2014/17/0033). Daher sei dem Beschwerdeführer im bekämpften Straferkenntnis die falsche Tat angelastet worden.
Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs hat die Rechtsmittelbehörde nach § 66 Abs. 4 AVG (iVm § 24 VStG) nicht die Befugnis, dem Beschuldigten eine anderer Tat als die Erstbehörde anzulasten und damit die Tat auszuwechseln. Ein Austausch wesentlicher Tatbestandsmerkmale führt zur Anlastung einer anderen Tat und ist ebenso unzulässig.
Gemäß § 31 Abs. 1 VStG sei die Verfolgung einer Person unzulässig, wenn gegen sie binnen einer Frist von einem Jahr keine Verfolgungshandlung (§ 32 Abs. 2 VStG) vorgenommen wird.

Dem Akt könne keine taugliche Verfolgungshandlung, die innerhalb der Frist von § 31 Abs. 1 VStG gesetzt worden sei, entnommen werden. Die Aufforderung zur Rechtfertigung leide unter demselben Mangel der falschen Tatsachenanlastung. Das Gericht sei daher auch aus diesem Grund nicht berechtigt, den Spruch des Straferkenntnisses zu korrigieren.

II. Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt sowie durch die Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 13. Dezember 2017, an der der Beschwerdeführer selbst in Begleitung seiner Rechtsvertretung und ein Vertreter der Organpartei teilnahmen. Letzterem wurde das ergänzende Vorbringen des Beschwerdeführers zur Kenntnis gebracht und ihm die Möglichkeit gegeben, dazu eine Stellungnahme abzugeben.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von folgendem entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus:
Am 16. November 2016 wurde von Organen der Finanzpolizei des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr im Lokal mit der Bezeichnung P im Standort S, dessen Betreiber der P P C S ist, durchgeführt.

Weder das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen noch die Eigentümerinnen des Geräts samt Banknotenlesegerät waren im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für dieses Gerät und diesen Standort. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Im Lokal befanden sich folgende Geräte:
1. Kajot Multigame
2. Kajot Multigame
3. ACT
4. Online
5. Ambassador
6. Multi Game
7. Multi Game

Alle 7 Geräte waren seit 1. September 2016 im ggst. Lokal aufgestellt. Die ggst. Geräte waren im Zeitpunkt der Kontrolle betriebsbereit. Die einzelnen Geräte wurden von den Kontrollorganen durch Aufkleben einer Nummerierung gekennzeichnet und vorläufig beschlagnahmt.

Für die Geräte wurde monatlich eine Miete von 250 Euro an die M L s.r.o. entrichtet.

Bei allen sieben Geräten konnten von den Prüforganen Testspiele durchgeführt werden, wobei die Ergebnisse je Gerät in einem GSp 26-Formular festgehalten worden sind.
Beim Gerät 1 wurde das Spiel „Ring of Fire“ gespielt, der dabei festgestellte Mindesteinsatz betrug 0,20 Euro, der dazu in Aussicht gestellte Gewinn betrug 20 Euro + 34 SG, der dabei festgestellte Maximaleinsatz betrug 5 Euro und der dazu in Aussicht gestellte Höchstgewinn betrug 20 Euro + 898 SG.

Beim Gerät 2 wurde das Spiel „Ring of Fire“ gespielt, der dabei festgestellte Mindesteinsatz betrug 0,20 Euro, der dazu in Aussicht gestellte Gewinn betrug 20 Euro + 34 SG, der dabei festgestellte Maximaleinsatz betrug 6 Euro und der dazu in Aussicht gestellte Höchstgewinn betrug 20 Euro + 898 SG.

Beim Gerät 3 wurde das Spiel „Pharaoh´s Eye“ gespielt, der dabei festgestellte Mindesteinsatz betrug 0,20 Euro, und der dabei festgestellte Maximaleinsatz betrug 15 Euro.

Beim Gerät 4 wurde das Spiel „Pharaoh´s Eye“ gespielt, der dabei festgestellte Mindesteinsatz betrug 0,50 Euro, der dazu in Aussicht gestellte Gewinn betrug 20 Euro + 23 SG, der dabei festgestellte Maximaleinsatz betrug 5 Euro und der dazu in Aussicht gestellte Höchstgewinn betrug 20 Euro + 248 SG.

Beim Gerät 5 wurde das Spiel „Red Hot Fruits“ gespielt, der dabei festgestellte Mindesteinsatz betrug 0,25 Euro, der dazu in Aussicht gestellte Gewinn betrug 20 Euro + 23 SG, der dabei festgestellte Maximaleinsatz betrug 0,50 Euro und der dazu in Aussicht gestellte Höchstgewinn betrug 20 Euro + 898 SG.

Beim Gerät 6 wurde das Spiel „Hot Fruits“ gespielt, der dabei festgestellte Mindesteinsatz betrug 0,30 Euro, der dazu in Aussicht gestellte Gewinn betrug 18 Euro + 3 SG, der dabei festgestellte Maximaleinsatz betrug 5 Euro und der dazu in Aussicht gestellte Höchstgewinn betrug 20 Euro + 78 SG.

Beim Gerät 7 wurde das Spiel „Hot Fruits“ gespielt, der dabei festgestellte Mindesteinsatz betrug 0,30 Euro, der dazu in Aussicht gestellte Gewinn betrug 18 Euro + 3 SG, der dabei festgestellte Maximaleinsatz betrug 5 Euro und der dazu in Aussicht gestellte Höchstgewinn betrug 20 Euro + 78 SG.

Alle 7 Geräte waren Walzenspielgeräte und stellt sich der Spielablauf wie folgt dar: Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen wurden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel

wurde mit der Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.
Das Lokal wird von der P P C GmbH mit Sitz in S betrieben, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Beschwerdeführer ist. Dieser vertritt die GmbH seit 13. August 2015 selbständig.

Das Gewinn- und Verlustrisiko liegt bei der der Lokalbetreiberin.

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, ihrem Aktenvermerk, der Dokumentation der Probespiele, den deutlichen Fotos im Akt und den Angaben des Beschwerdeführers im ergänzenden Vorbringen.

Dass das Gerät zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass die Aufstellung von Geräten, an denen gegen In-Aussicht-Stellen von Gewinnen Einsätze geleistet werden können, in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals letztlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesen Geräten zu erzielen. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären.

Weiters sind im Verfahren auch keine Umstände hervorgekommen, dass das Gerät nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wäre, sowie das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen den Betrieb der Geräte nicht freiwillig in ihrem Lokal geduldet hätte.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich aus den Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle.

Dass das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät

gewesen oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet. Ebenso ist eine solche der Homepage des BMF x nicht entnehmbar.
Dass das verfahrensgegenständliche Gerät jedenfalls seit 1. September 2016 betriebsbereit im verfahrensgegenständlichen Lokal aufgestellt war, ergibt sich aus der Niederschrift zur gegenständlichen Kontrolle.

Die Annahme der belangten Behörde eines monatlichen Nettoeinkommens von 3.000 Euro blieb im Verfahren unwidersprochen.

Dass für die Geräte eine monatliche Miete durch das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen an die Fa. M L s.r.o. entrichtet wurde, ergibt sich aus den Angaben des Beschwerdeführers bei der belangten Behörde.

Dass der Beschwerdeführer das Gewinn- und Verlustrisiko trägt ergibt sich aus dessen Angaben in den ergänzenden Vorbringen, den mit selben Schriftsatz vorgelegten Beiträgen sowie aus dem bei der mündlichen Verhandlung vorgelegten Besprechungsprotokolls mit dem Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:
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 den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

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 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt.

§ 52 Abs. 1 Z 1 GSpG stellt sowohl das Veranstalten als auch das unternehmerische Zugänglichmachen von zur Teilnahme vom Inland aus verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 GSpG unter Strafe. Als Täter, der im Sinne des ersten Tatbildes des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 veranstaltet, kommt in Betracht, wer das Spiel auf seine Rechnung und Gefahr ermöglicht, also das Risiko des Gewinns und Verlusts in seiner Vermögenssphäre trägt (vgl VwGH vom 16. Februar 2004, 2003/17/0260). Dagegen ist mit dem dritten Tatbild des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG eine Person gemeint, die den Automaten in ihrer Gewahrsame

hat und diesen den Spielern zugänglich macht (vgl VwGH vom 12. März 2010, 2010/17/0017).

Sofern ein und dieselbe Person ein Glücksspiel sowohl unternehmerisch zugänglich macht, als auch veranstaltet, tritt das Tatbild des unternehmerischen Zugänglichmachens im Sinne des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG hinter jenes des Veranstaltens zurück, weil das Veranstalten eines Glücksspiels dessen Zugänglichmachen für Spieler zwingend voraussetzt. Der gesamte Unrechtsgehalt des unternehmerisch Zugänglichmachens eines Glücksspiels im Sinne des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG wird in diesem Fall vom Tatbild des Veranstaltens erfasst. Damit ist durch die Verwirklichung des ersten Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG durch die Revisionswerberin eine Konsumtion des dritten Tatbildes dieser Bestimmung gegeben (VwGH 26.3.2015, 2014/17/0033).

Wie unter II festgestellt, verwirklicht der Beschwerdeführer sowohl das erste als auch das dritte Tatbild des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG. Bei einer solchen Konstellation tritt entsprechend der oben zitierten Rechtsprechung das dritte Tatbild des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG hinter das erste Tatbild zurück und hätte daher die belangte Behörde den Beschwerdeführer nicht das unternehmerische Zugänglichmachen (3. Tatbild), sondern das Veranstalten (1. Tatbild) zur Last legen und bei Vorliegen der Voraussetzungen wegen der Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z. 1 1. Tatbild eine Geldstrafe (Ersatzfreiheitsstrafe) aussprechen müssen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat die Rechtsmittelbehörde nach § 66 Abs. 4 AVG (iVm § 24 VStG) nicht die Befugnis, dem Beschuldigten eine andere Tat als die Erstbehörde anzulasten und damit die Tat auszuwechseln (vgl allgemein VwGH 25.3.1994, Zl. 93/02/0228; VwGH 19.5.1993, Zl. 92/09/0360; VwGH 28.2.1997, Zl. 95/02/0601). Die Entscheidungsbefugnis der Berufungsbehörde ist durch den Abspruchsgegenstand des angefochtenen Bescheides beschränkt (vgl VwGH 23.11.1993, Zl. 93/04/0169). Eine Abänderungsermächtigung besteht nur im Rahmen der Sache iSd § 66 Abs 4 AVG (vgl etwa VwGH 25.9.1992, Zl. 92/09/0178; VwGH 8.2.1995, Zl. 94/03/0072; VwGH 3.9.1996, Zl. 96/04/0080). Dabei ist Sache des Berufungsverfahrens die Angelegenheit, die den Inhalt des Spruchs im Bescheid der Unterbehörde bildet (vgl u.a. VwGH 24.3.1994, Zl. 92/18/0356; VwGH 23.10.1995, Zl. 94/04/0080; VwGH 29.10.1996, Zl. 96/07/0103; VwGH 19.3.1997, Zl. 93/11/0107). Ein Austausch wesentlicher Tatbestandsmerkmale führt zur Anlastung einer anderen Tat und ist daher unzulässig (vgl VwGH 20.11.1997, Zl. 97/06/0170).

In Entsprechung dieser Rechtsprechung kommt daher eine Korrektur des Spruches durch den Austausch der Tatbilder, auch wenn noch keine Verfolgungsverjährung eingetreten wäre, nicht in Betracht.

Auf die darüber hinaus vorgebrachten Beschwerdegründe, insbesondere die Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes braucht daher nicht mehr eingegangen werden.

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

Daher war spruchgemäß zu entscheiden.

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 zur Frage der Konsumtion des 3. Tatbildes des § 52 GSpG durch das 1. Tatbild ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu dieser Frage 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. Süß