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

Geschäftszeichen: LVwG-412814/6/Wei/HUE – 412815/2

Datum: Linz, 26. September 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerden des 1) W M, x, und der 2) B T s.r.o., x, beide vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 23. Februar 2018, Zl. BHSESich-2017-460937/4-, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14. Juni 2018

zu Recht:

I. Den Beschwerden wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Strafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt.

II. Die Beschwerdeführer haben weder einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens noch zu jenen des Beschwerdeverfahrens zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung 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 angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land (im Folgenden: belangte Behörde) vom 23. Februar 2018, Zl. BHSESich-2017-460937/4-, wurde über den Erstbeschwerdeführer (im Folgenden: ErstBf) eine Geldstrafe von 2.500 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe von 84 Stunden) wegen einer Übertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG mit einem Glücksspielgerät verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 250 Euro vorgeschrieben und gegenüber der Zweitbeschwerdeführerin (im Folgenden: ZweitBf) ein Haftungsausspruch getätigt.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„I. Straferkenntnis
Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der B T s.r.o., x, und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ zu verantworten, dass diese sich vom 06.10.2017 bis zum Tag der Kontrolle des Finanzamtes Linz am 23.10.2017 in dem von S S, x, betriebenen Lokal Buffet P T, x, an verbotenen Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus unternehmerisch beteiligt hat, indem sie das dort vorgefundene, in ihrem Eigentum stehende, betriebsbereite und funktionsfähige Glücksspielgerät mit der Bezeichnung

FA-Geräte Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typenbezeichnung	Versiegelungs-plakettennummer
1	Keine	x	Keine	A077798-A077795

zur Verfügung stellte und dabei als Unternehmerin im Sinn des § 2 Abs. 2 GSpG selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt hat.
Es lagen von einem Unternehmer veranstaltete bzw. zugänglich gemachte Glücksspiele vor, bei denen die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing (§ 1 Abs. 1 GSpG).
Es handelte sich um Ausspielungen im Sinn des § 2 Abs. 1 GSpG, da zur Teilnahme am Spiel eine vermögenswerte Leistung in Form des Einsatzes zu entrichten war und eine vermögenswerte Leistung (Gewinn) in Aussicht gestellt wurde. Da dafür keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG erteilt wurde und die Ausspielungen auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren, lagen verbotenen Ausspielungen im Sinn des § 2 Abs. 4 GSpG vor.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 107/2017
[...]
II. Haftung
Die B T s.r.o. haftet für die in Z1 verhängte Geldstrafe und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.
Rechtsgrundlage:
§ 9 Abs. 7 VStG“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei und schilderte die Funktionsweise der Geräte. Eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz sei nicht vorgelegen und eine Europarechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols nicht ersichtlich. Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, dass einschlägige rechtskräftige Vorstrafen des ErstBf nicht vorliegen würden, er allerdings noch am selben Tag nach einer anderen Beschlagnahme von Geräten im selben Lokal neuerlich Geräte aufgestellt habe. Die Strafhöhe entspreche dem Unrechtsgehalt der Tat und der Schwere der Übertretung. Der Haftungsausspruch an die ZweitBf sei in § 9 Abs. 7 VStG begründet.

I.2. Mit gleichlautenden Schriftsätzen vom 23. März 2018 erhoben die Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) rechtsfreundlich vertreten rechtzeitig dagegen Beschwerde und brachten vor, dass die verhängte Strafe überhöht sei und – falls tatsächlich eine Verwaltungsübertretung vorliege – die Voraussetzungen für ein Absehen von der Verhängung einer Strafe vorliegen würden. Die Bf beantragten, nach Durchführung einer Beschwerdeverhandlung den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. Begründend wird im Rechtsmittel auf das Wesentliche zusammengefasst vorgebracht, dass Begründungsmängel vorlägen und das GSpG dem Unionsrecht widerspreche.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerden samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt mit Schreiben vom 24. April 2018 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

II. Sachverhalt:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation, Einsichtnahme in das Firmenbuch und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14. Juni 2018.

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 23. Oktober 2017 im Lokal „Buffet P-T“ in x, wurde u.a. das im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführte Gerät öffentlich zugänglich und betriebsbereit vorgefunden, es wurde zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben, mit der Nummer FA-Nr. 1 beklebt, probebespielt und anschließend mit einer

Versiegelungsplakette versehen. Das Gerät war vom 29. September 2017 bis zum Tag der Kontrolle im Lokal aufgestellt. Die ZweitBf ist Eigentümerin des verfahrensgegenständlichen Geräts.

Aus einer Einschau in das (tschechische) Firmenbuch ergibt sich, dass der ErstBf seit 31. März 2017 handelsrechtlicher Geschäftsführer der B T s.r.o. war. Mit 18. September 2017 endete jedoch diese Tätigkeit. (Firmenbuchauszug zum 27.8.2018)

II.3. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verfahrensakt, den Akten zu LVwG-412607 – 412609, 412813, 412816 und 412818 sowie dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen zur durchgeführten Kontrolle und dem in Betriebsbereitschaft vorgefundenen Gerät in einem öffentlich zugänglichen Bereich gründen vor allem auf der Bescheinigung der Finanzpolizei, der GSp26-Dokumentation, der Fotodokumentation, den Aussagen des bei der Kontrolle anwesenden Lokalbetreibers und der Zeugen in der mündlichen Verhandlung. Der Fotodokumentation sind auch die durchgeführten Probespiele zu entnehmen. Die Unterlagen der Finanzpolizei enthalten eine Dokumentation der Probespiele am Glücksspielgerät und lassen sich diese Beschreibungen auch mit den Lichtbildern, die diesen Unterlagen angeschlossen waren, in Einklang bringen. Der Lokalbetreiber konnte insbesondere den Zeitraum angeben, indem das Gerät betriebsbereit und öffentlich zugänglich im Lokal aufgestellt war. Für das erkennende Landesverwaltungsgericht ergaben sich weder aus dem Akt noch im Beweisverfahren Hinweise, die gegen diese Feststellungen sprechen.

Die Anzeige vom 21. November 2017 und der Aktenvermerk vom 23. Oktober 2017 der Finanzpolizei enthalten auch eine Beschreibung des Spielablaufs für das auf dem Gerät vorhandene Spiel. Diese Beschreibung lässt sich auch mit den Lichtbildern, die der GSpG-26 Dokumentation angeschlossen waren, in Einklang bringen. Die beschriebene Funktionsweise des Walzenspiels beim Gerät FA-Nr. 1 stimmen auch im Wesentlichen mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben bestehen.

Die Feststellungen zum Eigentumsverhältnis ergeben sich aus den Angaben des Rechtsvertreters der ZweitBf und des von ihm vorgelegten Eigentumsnachweises.

Zudem erfolgte eine Einschau in das (tschechische) Firmenbuch.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.1. Rechtliche Grundlagen

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.

Gemäß § 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. 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.

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

III.2. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die ZweitBf zwar Eigentümerin des beschlagnahmten Geräts ist, der ErstBf seine Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer der ZweitBf mit 18. September 2017 beendet hat. Dieser ist nicht iSd § 9 Abs 1 VStG dafür verantwortlich zu machen, dass die ZweitBf sich an Glücksspielen im vorgeworfenen Tatzeitraum (6. Oktober 2017 – 23. Oktober 2017) unternehmerisch beteiligt hat. Es ist damit die objektive Voraussetzung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit des ErstBf nicht erfüllt.

Das angefochtene Straferkenntnis war daher aufzuheben und das Strafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG einzustellen, weil der beschuldigte Bf die ihm angelastete Übertretung nicht begangen haben kann. Bei diesem Ergebnis war dem ErstBf weder ein Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vorzuschreiben. Damit entfällt auch die Haftung der ZweitBf gemäß § 9 Abs 7 VStG für eine gegen den ErstBf verhängte Geldstrafe samt den Verfahrenskosten.

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 ab, noch fehlt es an einer solchen. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen 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 diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit

zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. W e i ß