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-412788/8/MB/HUE – 412789/2

Datum: Linz, 14. Jänner 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerden 1) des C Q, x, und 2) der C GmbH, X, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, X, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land vom 26. Februar 2018, Zl. BHSESich-2017-399823/6-, wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25. September

zu Recht:

I. Den Beschwerden wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. 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

1. Die Bezirkshauptmannschaft Steyr-Land (im Folgenden: belangte Behörde) hat dem Erstbeschwerdeführer (im Folgenden: ErstBf) im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfen, dass die Firma C GmbH (im Folgenden: ZweitBf) vom 27.7.2017 (Gerät FA-Nr. 1) bzw. 28.7.2017 (Gerät FA-Nr. 2) bis zum 28.9.2017 im Auftrag der Firmen B s.r.o. und G s.r.o. die Einschulung des Lokalbetreibers sowie dessen Personal sowie Servicearbeiten für die Geräte

FA-Geräte Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typenbezeichnung	Versiegelungs-plakettennummer
1	Keine	x	Keine	A076782-A076786
2	afric2go	x	Keine	A076787-A076789

gegen Entgelt übernommen habe, um fortgesetzt Einnahmen aus den mit den Eingriffsgegenständen veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, zu erzielen. Die C GmbH habe damit an verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt und damit eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG begangen, was der ErstBf als zur Vertretung nach außen berufenes Organ, also als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieses Unternehmens, zu verantworten habe. Zudem wurde gegenüber der ZweitBf eine Haftung über die verhängten Geldstrafen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand gem. § 9 Abs. 7 VStG ausgesprochen.
Die Übertretung sei bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht durchgeführten Kontrolle am 28.9.2017 im Lokal mit der Bezeichnung „P“ in N, S.straße 83a, festgestellt worden. Die angeführten Geräte seien betriebsbereit und funktionsfähig vorgefunden worden. Mit diesen Geräten seien zumindest seit dem Aufstellungsdatum wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen (Gerät FA-Nr. 1) bzw. einem elektronischen Glücksrad (Gerät FA-Nr. 2) durchgeführt worden, wobei aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in verschiedener Höhe in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil weder die dafür erforderliche Konzession vorlag noch die mit diesen Geräten durchführbaren Ausspielungen nach den Bestimmungen des § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt gewesen seien.

Der ErstBf habe dadurch in zwei Fällen Verwaltungsübertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 iVm § 2 Abs. 2 und 4 iVm § 4 GSpG durchgeführt, weshalb über ihn zwei Geldstrafen in Höhe von je 1.000 Euro und zwei Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 33 Stunden verhängt wurden. Weiters wurde er zur Zahlung eines Verfahrenskostenbeitrages in Höhe von insgesamt 200 Euro verpflichtet.

2. Mit Schriftsatz vom 26. März 2018 erhoben die Bf rechtsfreundlich vertreten rechtzeitig dagegen gleichlautend Beschwerde und brachten vor, dass die verhängten Strafen überhöht seien 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.

3. Mit Schreiben vom 20. April 2018 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerden den bezughabenden Verwaltungsakt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verfahrensakt sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25. September 2018.

In der mündlichen Verhandlung brachte der Verhandlungsleiter ein Schriftkonvolut des Vertreters der Bf vom 25.9.2018 zur Kenntnis, welches zum Akt genommen wurde und als verlesen gilt. Der Rechtsvertreter verwies auf die VwGH-Entscheidung v. 11.6.2018, Ra 2017/17/0052. Der VwGH rege betreffend expansionistischer Werbepolitik der Konzessionäre die zeugenschaftliche Einvernahme eines informierten Vertreters des BMF an. Im vorerwähnten Schriftsatz sei ausführlich zur Inkohärenz der Werbetätigkeiten der Konzessionäre hingewiesen und seien auch Gutachten übermittelt worden. Zuletzt sei es zu einer Werbeeinschaltung der C A in der K Z vom 23.9.2018 gekommen. Diese Werbung sei über die komplette erste Seite des Umschlags geschaltet worden und zeige eine Frau, welche durch eine scheinbar halbgeöffnete Tür mit einem Jeton in der Hand heraussehe und die Bezeichnung „Bist du bereit für dieses Erlebnis – Spiel um es herauszufinden“ trage. Derartige Werbeeinschaltungen wie sie täglich vorkämen, erfüllten jedenfalls nicht den Kriterienkatalog, welcher vom EuGH in seiner ständigen Rechtsprechung herausentwickelt worden seien.

In seiner zeugenschaftlichen Einvernahme sagte Mag. (FH) J S aus, dass er sich an die konkrete Kontrolle nicht mehr erinnern könne, da in diesem Lokal innerhalb kurzen Abständen mehrere Kontrollen stattgefunden hätten. Alle seine Wahrnehmungen würden z.B. im GSp26-Formular dokumentiert werden. Besonderheiten bei der gegenständlichen Kontrolle seien ihm nicht in Erinnerung. Eine Spielbeschreibung habe er nie gelesen, eine solche auch nicht gefunden. Vor dem Testspiel habe er auch nicht auf eine Info-Taste gedrückt; während des Spiels aber auf alle Tasten, um die Beeinflussbarkeit des Spielablaufs zu überprüfen.

Der Vertreter der Bf brachte zusammengefasst vor, dass eine Bestrafung des ErstBf als Geschäftsführer der ZweitBf nach dem GSpG nicht infrage komme. Richtig sei, dass die ZweitBf für den Transport der Geräte beauftragt wurde und auch mechanische Reparaturen an derartigen Geräten durchführt. Aus diesem Grund befinde sich auch auf dem Laptop, wie in der Fotodokumentation angeführt, die Servicehotline der ZweitBf. Der Vermerk auf der Serviceauftrag-Kopie, wonach die ZweitBf die Mitarbeiter des Lokalbetreibers eingeschult habe, bedeute lediglich, dass diesen Mitarbeitern rudimentär erklärt worden sei, wie die Geräte an den Strom zu bringen sei. Spielbeschreibungen und –einschulungen seien nicht durchgeführt worden, da dies die Mitarbeiter der ZweitBf auch nicht könnten. Das Unternehmen sei als Service- und Transportunternehmen tätig; eine Subsumierung unter dem Tatbestand der unternehmerischen Beteiligung würde deshalb zu weit greifen, da ansonsten auch dem Energie- bzw. Stromlieferant selbiges Tatverhalten vorgeworfen werden müsse.

Der Vertreter der Organpartei trat der zuvor erbrachten Stellungnahme des Vertreters der Bf in den wesentlichen Punkten nicht entgegen und verwies darauf, dass die ZweitBf sowohl Soft- als auch Hardware liefere und eine rudimentäre Einschulung der jeweiligen (Lokal-)Mitarbeiter durchgeführt werde.

Der Vertreter der Beschwerdeführer brachte abschließend vor, dass die Zeugeneinvernahme hervorgebracht habe, dass er nicht nur bei dieser Kontrolle sondern scheinbar allgemein noch nie die Info-Taste gedrückt und somit auch keine Spielbeschreibung über die konkrete Bedienung eines derartigen Geräts gelesen habe. Wie bereits vorgebracht worden sei, handle es sich gegenständlich um ein Geschicklichkeitsgerät. Der VwGH habe in mittlerweile ständiger Judikatur bereits festgehalten, dass das reine Unangewendetlassen einer am Gerät vorhandenen Geschicklichkeitsfunktion nicht dazu führe, dass diese automatisch als Glücksspiel zu qualifizieren ist. Jedenfalls seien hiezu Feststellungen zu treffen und sei das Straferkenntnis in Ermangelung der Möglichkeit des Treffens derartiger Feststellungen nicht zu halten.

4.1. Daraus ergibt sich folgender für die Entscheidung wesentliche Sachverhalt:

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 28. September 2017 im Lokal „P“ in N, S.straße 83a, wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte betriebsbereit vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet, beschlagnahmt und versiegelt. Die Geräte waren im Lokal in einem öffentlich zugänglichen Bereich eingeschaltet aufgestellt und wurden zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben. Die ZweitBf, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der ErstBf ist, wurde angezeigt, da sie die Software für den Betrieb sowie Servicetätigkeiten für diese Geräte zur Verfügung gestellt hätte. Dadurch habe sie sich unternehmerisch an den verbotenen Ausspielungen beteiligt.

Im Verfahrensakt befinden sich Kopien von zwei Serviceaufträgen der ZweitBf an den Lokalbetreiber, in denen die Lieferung einzeln aufgezählter Eingriffsgegenstände und die Einschulung von Mitarbeitern des Lokalbetreibers bestätigt wurden.

In seiner niederschriftlichen Einvernahme vom 28. September 2017 sagte der Lokalbetreiber verfahrensgegenständlich aus, dass er die Aufstellverträge der ZweitBf vorlegen könne und diese Firma Servicearbeiten durchführe, was bisher aber noch nicht erfolgt sei.

Im gegenständlichen Verfahren konnte nicht festgestellt werden, ob überhaupt bzw. in welchem Verhältnis die ZweitBf zu den ggst. Glücksspielgeräten steht oder ob und welche Gegenleistung sie für das Aufstellen der Geräte und den Servicearbeiten erhalten hat.

5. Diesen Sachverhalt hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich rechtlich wie folgt beurteilt:

5.1. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe 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 § 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 oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

5.2. Wie sich aus dem Beweisergebnis ergibt, wurden die beiden gegenständlichen Geräte von der ZweitBf geliefert, von ihr Mitarbeiter des Lokalbetreibers über das Anschließen an das Stromnetz u.ä. dieser Geräte rudimentär eingeschult und nicht näher feststellbare Servicearbeiten angeboten, jedoch noch nicht ausgeführt. Weitere Beweisergebnisse zum Umfang der zu Grunde liegenden Verträge bzw. zum Leistungsumfang generell konnten nicht erhoben werden. Auch ist der Zusammenhang zwischen illegalem Glückspiel und der Tätigkeit der Bf nicht weiter feststellbar. Der Aufkleber auf dem beschlagnahmten Laptop gibt dazu keine Aufschlüsse. Insofern ist fraglich, ob und inwieweit die Erst- und Zweitbf überhaupt eine Beteiligung am Glückspiel aufweisen. Es kann zudem nicht festgestellt werden, dass die ZweitBf in einer direkten Verbindung zu diesen Geräten steht. Sie ist weder Eigentümerin oder Inhaberin der beiden Geräte und auch nicht Veranstalterin der Glücksspiele. Es gibt auch keinerlei Beweisergebnisse dahingehend, dass sich die ZweitBf darüber hinaus unternehmerisch an diesen

illegalen Ausspielungen beteiligt hat; irgendwelche Beweisunterlagen hinsichtlich (finanzieller) Gegenleistungen für die Liefer-, Einschulungs- und Servicearbeiten liegen nicht vor.

Die vorgeworfene Verwaltungsübertretung ist somit nicht nachweisbar und waren den Beschwerden zumindest im Zweifel stattzugeben, der angefochtene Bescheid zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

zu II. 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 Einstellung von Verwaltungsstrafen bei nicht ausreichenden Beweisen ab, noch fehlt es an einer solchen. 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 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. Brandstetter