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-412943/2/Wim

Datum:
Linz, 15. Juli 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Wimmer über die Beschwerde des G M, vertreten durch Rechtsanwälte Mag. Dr. G M P, Mag. Dr. R H S, X, X, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat S, vom 14. Juni 2018, GZ: VStV/918300401022/2018, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes (GSpG)

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das 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

Zu I.:

1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurden über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in der Höhe von 3.000 Euro, bei Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag, sowie ein 10%iger Verfahrenskostenbeitrag verhängt.

Im Einzelnen wurde ihm vorgeworfen:

„1. Sie haben als Eigentümer des Gerätes zu verantworten, dass zumindest in der Zeit vom 19.02.2018 bis 16.03.2018 am angeführten Standort X, X, im Lokal des X mit dem angeführten Gerät an zur Teilnahme vom Inland aus veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG an denen die Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten als Unternehmer gem. § 2 Abs. 2 GSpG beteiligt hat.

Sie haben sich dadurch an diesen verbotenen Ausspielungen beteiligt, dass Sie die für die Durchführung von Glücksspielen in Form von Aufstellflächen für den Eingriffsgegenstand gegen Entgelt zur Verfügung gestellt haben und dadurch selbständig und nachhaltig eine Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen entfaltet haben, weshalb Sie als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten sind. Sie haben damit eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG viertes Tatbild begangen.

Die Ihnen angelastete Verwaltungsübertretung wurde bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der Öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 9 Abs. 3 und 4 AVOG 2010 i.V.m. § 10b AVOG 2010 durchgeführten Kontrolle am 16.03.2018 um 14:40 Uhr im Lokal des X, X X, Betreiber X festgestellt. Es wurde folgendes Gerät mit fortlaufender Nummerierung versehen, betriebsbereit vorgefunden:
Nr. 1 Gehäusebezeichnung X, SN-Nr. X

Mit diesem Gerät wurde, zumindest seit dem Aufstellungsdatum, wiederholt Glücksspiele in Form von elektronischen Glücksrades durchgeführt, wobei aufgrund der zufallsabhängigen Entscheidung über das Spielergebnis, der zu leistenden Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne deshalb in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil weder die dafür erforderliche Konzession des Bundesministers für Finanzenvorlag, noch die mit diesem Gerät durchführbaren Ausspielungen nach den Bestimmungen des § 4 GSpG vom Glückspielmonopol des Bundes ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren.“

2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde des Beschwerdeführers, in der dieser beantragte, das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

3.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den behördlichen Verfahrensakt. Weiters wurde in den verwaltungsgerichtlichen Akt GZ: LVwG-412839/Wim samt behördlichem Akt zum Verfahren GZ: VStV/918300401023/2018 Einsicht genommen. Da sich schon daraus der entscheidungswesentliche Sachverhalt ergibt, konnte eine öffentliche mündliche Verhandlung entfallen.

3.2. Aus dem Akteninhalt ergibt sich, dass aufgrund der gegenständlichen Kontrolle durch die Behörde wegen desselben Glücksspielgerätes und desselben Tatzeitraumes zwei Verwaltungsstrafverfahren mit Straferkenntnis abgeschlossen wurden, indem einerseits der Beschwerdeführer wegen Veranstaltung eines Glücksspieles nach § 52 Abs. 1 Z 1 1. Tatbild GSpG und andererseits im gegenständlichen Straferkenntnis wegen unternehmerischer Beteiligung am Glücksspiel nach § 52 Abs. 1 Z 1 4. Tatbild GSpG bestraft wurde.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

4.1. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz - GSpG, BGBl. Nr. 620/1989, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22.000 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.

4.2. Zur Funktionsweise und Qualifikation des Gerätes vom Typ „X“ sind Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes aufgrund von hg. Anlassfällen ergangen (VwGH 11.07.2018, Ro 2018/17/0001; VwGH 20.08.2018, Ro 2018/17/0002). Gegen das diesen Gerätetyp als Geschicklichkeitsgerät einstufende Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 6. März 2018, GZ: LVwG-412110/20/Wg/KHu, hatte die in diesem Verfahren belangte Behörde erfolgreich Amtsrevision erhoben.

4.3. Entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. VwGH 26.03.2015, Ra 2014/17/0033) kommt als Täter, der im Sinne des 1. Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, in Betracht, wer das Spiel auf seine Rechnung und Gefahr ermöglicht, also das Risiko des Gewinnes und Verlustes in seiner Vermögenssphäre trägt.

Aus vorangegangenen Ermittlungsverfahren wegen bis auf den Tatzeitraum identer Übertretungen ergibt sich, dass der Beschwerdeführer selbst das Risiko allfälliger Verluste getragen hat. Der Beschwerdeführer hat daher das auf dem Gerät angebotene Spiel auf seine Rechnung und Gefahr ermöglicht. Der

Beschwerdeführer hat somit verbotene Ausspielungen veranstaltet, weshalb er den objektiven Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 1. Tatbild GSpG erfüllt hat.

Dem Beschwerdeführer wurde im gegenständlichen Straferkenntnis (wohl aber im Straferkenntnis vom 30. April 2018, GZ: VStV/918300401023/2018) aber nicht das Veranstalten von verbotenen Ausspielungen gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 1. Tatbild GSpG, sondern die unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspielungen gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 4. Tatbild GSpG vorgeworfen.

In seiner Entscheidung vom 19. Mai 2017, Ra 2016/17/0173-5, führt der Verwaltungsgerichtshof wie folgt aus:

„§ 44a VStG regelt, welche Bestandteile der Spruch eines Straferkenntnisses zu enthalten hat. Dazu zählen unter anderem die als erwiesen angenommene Tat (Z 1) und die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist (Z 2). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 44a Z 1 VStG muss der Spruch eines Straferkenntnisses so gefasst sein, dass die Subsumtion der als erwiesen angenommenen Tat unter die verletzte Verwaltungsvorschrift eindeutig und vollständig erfolgt, also aus der Tathandlung sogleich auf das Vorliegen der bestimmten Übertretung geschlossen werden kann. Der Revisionswerber hat zudem ein subjektives Recht darauf, dass ihm die als erwiesen angenommene Tat und die verletzte Verwaltungsvorschrift richtig und vollständig vorgehalten werden (vgl VwGH vom 24. April 2015, 2013/17/0400, sowie vom 18. Mai 2016, Ra 2015/17/0029). Die Identität der Tat muss unverwechselbar feststehen (vgl VwGH vom 3. Juni 2015, 2013/17/0407, mwN).
[...]
Durch die Bestrafung wegen des Veranstaltens verbotener Ausspielungen nach § 52 Abs 1 Z 1 erste Variante GSpG ist das gleichzeitig vom Bestraften verwirklichte Tatbild der unternehmerischen Beteiligung gemäß § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG konsumiert. Konsumtion liegt vor, wenn die wertabwägende Auslegung der formal (durch eine Handlung oder durch mehrere Handlungen) erfüllten zwei Tatbestände zeigt, dass durch die Unterstellung der Tat(en) unter den einen der deliktische Gesamtunwert des zu beurteilenden Sachverhalts bereits für sich allein abgegolten ist. Voraussetzung ist, dass durch die Bestrafung wegen des einen Delikts tatsächlich der gesamte Unrechtsgehalt des Täterverhaltens erfasst wird. 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 leg cit 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 26. März 2015, Ra 2014/17/0033). Dagegen ist mit dem vierten Tatbild des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG eine Person gemeint, die nicht Veranstalter ist, sondern sich nur in irgendeiner Weise an der Veranstaltung unternehmerisch im Sinn des § 2 Abs 2 GSpG beteiligt. Durch die Bestrafung wegen des Veranstaltens verbotener Ausspielungen nach § 52 Abs 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG ist das gleichzeitig von derselben Person verwirklichte Tatbild der unternehmerischen Beteiligung gemäß § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG konsumiert (...)."
[Hervorhebungen nicht im Original]

Wie der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt hat, geht das 1. Tatbild vor und konsumiert das 4. Tatbild der unternehmerischen Beteiligung im § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG. Täter des 1. Tatbildes (Veranstalter) ist, wer das Glücksspiel auf seine Rechnung und Gefahr ermöglicht, während mit dem 4. Tatbild eine Person gemeint ist, die nicht Veranstalter ist, sondern sich in irgendeiner Weise an der Veranstaltung unternehmerisch beteiligt (vgl. VwGH 19.05.2017, Ra 2016/17/0173). Es liegen somit zwei auch in tatsächlicher Hinsicht verschiedene Tathandlungen und Tatbilder vor. Das 4. Tatbild inkludiert nicht etwa das 1., sondern ist von diesem verschieden. Diese Tatbilder schließen sich sachlogisch aus, können demnach nicht ideal (durch eine Handlung), sondern nur real (durch zwei oder mehrere Handlungen) konkurrieren.

4.4. Zumal der Beschwerdeführer das Risiko von Verlusten trug, ist er als Veranstalter von verbotenen Ausspielungen anzusehen. Dem Beschwerdeführer wäre insofern das Veranstalten im Sinne des 1. Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG und nicht die unternehmerische Beteiligung im Sinne des 4. Tatbildes vorzuwerfen gewesen, weil diese vom 1. Tatbild konsumiert wird. Dem Beschwerdeführer wurde insofern - von Beginn des gegenständlichen Strafverfahrens an - ein falscher Tatvorwurf gemacht.

Im Ergebnis war das angefochtene Straferkenntnis aus den dargelegten Gründen aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 2 VStG (iVm § 38 VwGVG) einzustellen, weil der Beschwerdeführer die im gegenständlichen Straferkenntnis zur Last gelegte Verwaltungsübertretung im Sinne der 4. Tatbildvariante des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG nicht zu verantworten hat.

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 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 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. Wimmer