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-413172/5/Zo/KA

Datum:
Linz, 2. Mai 2019

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Zöbl über die Beschwerde der A K, geb. x, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 9. November 2018, Zl. Pol96-1193-2017, wegen Übertretung nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 12. März 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde 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

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 9. November 2018, Zl. Pol96-1193-2017, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) zwölf Geldstrafen von jeweils 30.000 Euro und zwölf Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 168 Stunden verhängt, weil er als Verantwortlicher der P GmbH Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, am 16. November 2017 im Lokal „S“ in A unter Verwendung von zwölf Glücksspielgeräten unternehmerisch zugänglich gemacht hat.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Die Finanzpolizei, Team 40 (Finanzamt Linz) hat am 29.11.2017 zu GZ. 046/70261/60/4017 einen Strafantrag gegen Herrn A K, geb. x, als vertretungsbefugtes Organ der ‚P GmbH‘ mit Sitz in W, wegen des Verdachts mehrerer Verwaltungsübertretungen gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG gestellt.
Während einer Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz am 16.11.2017 durch die Organe der Abgabenbehörde, Finanzamt Linz, als Organ der öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2 GSpG, im Lokal mit der Bezeichnung ‚S‘ in A, Betreiber Firma ‚M GmbH‘, wurden insgesamt 12 Glücksspielgeräte betriebsbereit dienstlich wahrgenommen und ein fortgesetzter Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes durch Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen festgestellt. Es konnten Glücksspiele in Form virtueller Walzenspiele mit der Bezeichnung ‚Ring of Fire XL‘, in Form virtueller Hunderennen und in Form eines elektronischen Glücksrades festgestellt werden, mit welchen selbständig nachhaltig Einnahmen erzielt wurden, welche also von einem Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG veranstaltet wurden, für welche zur Teilnahme am Spiel eine vermögenswerte Leistung in Form des Einsatzes zu entrichten war, für welche vom Unternehmer vermögenswerte Leistungen in Verbindung mit dem Erreichen bestimmter Symbolkombinationen in Aussicht gestellt wurden und welcher weder von einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG umfasst, noch nach § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.
Die Geräte wurden von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und nach Durchführung von Testspielen zwecks Verhinderung eines weiteren Eingriffs in das Glücksspielmonopol vorläufig beschlagnahmt und ein Verfügungsverbot ausgesprochen.
Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer, somit als das zur Vertretung nach Außen berufene Organ und verwaltungsstrafrechtlich verantwortliche Person der Firma, P GmbH‘ mit Sitz in W, zu verantworten, dass die genannte Firma im Lokal mit der Bezeichnung ‚S‘ in A, Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen iSd. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, zumindest am 16.11.2017 unternehmerisch beteiligt hat, indem sie dem Betreiber die nachstehenden Glücksspielgeräte, welche von den Kontrollorganen mit der Nummerierung von 1 bis 12 versehen wurden, entgeltlich zur Verfügung stellte.

| Nr. | Gehäusebezeichnung | Serien-Nr. | Typenbe-zeichnung | Versiegelungs-plaketten-Nr. |
|---|---|---|---|---|
| 1 | Kajot | x | | A077759 |
| 2 | Kajot | x | | A077757 |
| 3 | Kajot | x | | A077756 |
| 4 | Kajot | x | | A077755 |
| 5 | | x | | A077754 |
| 6 | | x | | A077753 |
| 7 | | x | | A077752 |
| 8 | | x | | A077751 |
| 9 | www.racingDogs.eu | x | | A077750 |
| 10 | www.racingDogs.eu | x | | A077749 |
| 11 | www.racingDogs.eu | x | | A077748 |
| 12 | afric2go | x | | A077747 |

Sie haben dadurch jeweils folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 52 Abs. 1 Z 1, viertes Tatbild, iVm § 2 Abs. 2 und 4 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl. Nr. 620/1982, idgF“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

In der Begründung, welche im Wesentlichen in der wörtlichen Wiedergabe des Anzeigentextes besteht, führte die belangte Behörde zur Strafbemessung aus, dass mittlerweile 30 einschlägige Vorstrafen der Bf aufscheinen würden und das Ausmaß des Verschuldens aufgrund mehrfach eingeleiteter Verfahren wegen der gleichen Verwaltungsübertretung nicht als geringfügig bezeichnet werden könne. Es werde von einem „durchschnittlichen Einkommen“ der Bf ausgegangen.

I.2. Mit Schriftsatz vom 6. Dezember 2018 erhob der Bf rechtsfreundlich vertreten rechtzeitig dagegen Beschwerde und brachte 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. Der Bf beantragte, 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. Mit Schreiben vom 20. Dezember 2018 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den bezughabenden Verwaltungsakt. 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, Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 12. März 2019 sowie Einsichtnahme in das Firmenbuch (Online-Auskunft).

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

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 16. November 2017 im Lokal „S“ in A, wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte betriebsbereit vorgefunden und von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und vorläufig beschlagnahmt. Diese Geräte waren zumindest am Kontrolltag im verfahrensgegenständlichen Lokal in einem öffentlich zugänglichen Bereich eingeschaltet aufgestellt und wurden zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben.

Im Lokal wurden Einsätze an den Geräten geleistet und Gewinne ausbezahlt. Die M GmbH ist Betreiberin des gegenständlichen Lokals, in welchem die verbotenen Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht wurden. Die G s.r.o. ist Eigentümerin der Geräte mit den FA.-Nr. 1 bis 8 sowie 12 (vgl. das rechtskräftige Erkenntnis des LVwG Oö. vom 24.4.2019, LVwG-413174), die B T s.r.o ist Eigentümerin der Geräte mit den FA.-Nr. 9, 10 und 11 (vgl. das rechtskräftige Erkenntnis des LVwG Oö. vom 24.4.2019, LVwG-413173). Die P GmbH ist nicht Eigentümerin der im Spruch angeführten Geräte und es konnte im Verfahren auch keine sonstige rechtliche Beziehung dieses Unternehmens zu diesen Geräten festgestellt werden.

III. Diesen Sachverhalt hat das LVwG rechtlich wie folgt beurteilt:

III.1. Rechtliche Grundlagen:

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 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 § 45 Abs. 1 Z 2 VStG hat die Behörde von der Einleitung der Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

III.2. Dem Bf wurde im Straferkenntnis vorgeworfen, dass er sich an verbotenen Glücksspielen dadurch unternehmerisch beteiligt hat, dass er 12 näher genannte Geräte entgeltlich zur Durchführung von Ausspielungen zur Verfügung gestellt hat. Das Beweisverfahren hat ergeben, dass der Bf bzw das von ihm vertretene

Unternehmen nicht Eigentümerin dieser Geräte war. Eine sonstige rechtliche Beziehung zu den Geräten konnte nicht festgestellt werden. Daraus ergibt sich, dass die P GmbH diese Geräte auch nicht zur Verfügung stellen konnte, weshalb der Bf die ihm vorgeworfene Übertretung nicht begehen konnte. Seiner Beschwerde war daher stattzugeben und das Verfahren einzustellen.

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 dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 45 VStG 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

Mag. Zöbl