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-413173/5/Zo/HUE

Datum:
Linz, 24. April 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Zöbl über die Beschwerde des W M, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Linz-Land vom 9. November 2018, Zl. Pol96-52-2018, wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat 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 Linz-Land vom 9. November 2018, Zl. Pol96-52-2018, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) drei Geldstrafen von jeweils 6.000 Euro (drei Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 34 Stunden) wegen Übertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG mit drei Glücksspielgeräten verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 1.800 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Die Finanzpolizei, Team 40 (Finanzamt Linz) hat am 12.01.2018 zu GZ. 046/70005/64/4018 einen Strafantrag gegen W M, geb. x, als vertretungsbefugtes Organ der ‚B T s.r.o.' 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 drei Glücksspielgeräte betriebsbereit und eingeschaltet dienstlich wahrgenommen werden und ein fortgesetzter Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes durch Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen festgestellt. Es konnten Glücksspiele in Form virtueller Hunderennen 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 welche 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 ‚B T s.r.o.' mit Sitz in W, zu verantworten, dass die genannte Firma im Lokal mit der Bezeichnung ‚S' 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 9 bis 11 versehen wurden, entgeltlich zur Verfügung stellte.

Nr.	Gehäusebezeichnung	Serien-Nr.	Typenbe-zeichnung	Versiegelungs-plaketten-Nr.
FA-09	www.racingDogs.eu	x		A077750
FA-10	www.racingDogs.eu	x		A077749
FA-11	www.racingDogs.eu	x		A077748

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 zudem zur Strafbemessung u.a. aus, dass „im Hinblick auf die mehrfach wegen der gleichen Verwaltungsübertretungen eingeleiteten Verfahren und in Anbetracht der offensichtlichen Außerachtlassung der objektiv gebotenen und dem Beschuldigten zuzumutenden Sorgfalt nicht als geringfügig bezeichnet werden“. Unter „Zugrundelegung eines durchschnittlichen monatlichen Einkommens“ erscheine „das verfügte Strafausmaß durchaus als angemessen und nicht als überhöht“.

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. Die 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 und Einsichtnahme in das Firmenbuch (Online-Auskunft) sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 12.3.2019.

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 u.a. die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten

Geräte betriebsbereit vorgefunden, 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. Die B T s.r.o. ist Eigentümerin dieser Geräte und war nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG.

Aus einer Einschau in das (tschechische) Firmenbuch ergibt sich, dass der Bf 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:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, ihrem Aktenvermerk, der Dokumentation der Probespiele, den deutlichen Fotos und den bisher gewonnenen Erfahrungen mit gleichartigen Geräten und Spielen. Auf den Fotos lassen sich die Einsätze und die möglichen Gewinne erkennen. Die Feststellungen zum Eigentumsverhältnis ergeben sich aus den Angaben des Rechtsvertreters der B T s.r.o. und der von ihm vorgelegten Eigentumsnachweise.

Zudem erfolgte eine Einschau in das (tschechische) Firmenbuch.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oö. 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 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 Glücksspiel-automaten 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 2 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Tat nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen.

III.2. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass die B T s.r.o. zwar Eigentümerin der beschlagnahmten Geräte ist, der Bf aber seine Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser tschechischen Gesellschaft mit 18. September 2017 beendet hat. Er ist daher nicht dafür verantwortlich zu machen, dass die B T s.r.o. sich zum einem Zeitpunkt an Glücksspielen unternehmerisch beteiligt hat, zu dem er nicht mehr außenvertretungsbefugtes Organ dieses Unternehmens war. Es ist damit die objektive Voraussetzung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit des Bf 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 Bf weder ein Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vorzuschreiben.

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 zu § 9 VStG 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

Mag. Zöbl