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-413269/8/SE

Datum:
Linz, 2. August 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Ellmer über die Beschwerde von R. W., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F. M., W., vom 27. Februar 2019 gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 31. Jänner 2019, GZ: VStV/918301760234/2018, wegen einer Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 4. Fall Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 9. Juli 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 31. Jänner 2019, GZ: VStV/918301760234/2018, aufgehoben und das diesbezügliche Strafverfahren 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. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) vom 31. Jänner 2019, GZ: VStV/918301760234/2018, wurde über R. W. (im Folgenden: Bf) wie folgt abgesprochen:

„Sie haben, wie am 12.11.2018 um 13.00 Uhr, in L., B.-straße X, im Lokal mit der Bezeichnung „S. V.“, Betreiber M. GmbH, von Organen des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, die Räumlichkeiten im gegenständlichen Standort gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, um fortgesetzt Einnahmen aus den mit den Eingriffsgegenständen veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten unternehmerisch beteiligt, indem Sie die Glücksspielgeräte mit den Gehäusebezeichnungen

FA1) Gehäusebezeichnung	.keine,	Seriennr.: X
FA2) Gehäusebezeichnung	Kajot,	Seriennr.: X
FA3) Gehäusebezeichnung	Kajot,	Seriennr.: X
FA4) Gehäusebezeichnung	.Kajot,	Seriennr.: X
FA5) Gehäusebezeichnung	Kajot,	Seriennr.: X
FA6) Gehäusebezeichnung	.Keine,	Seriennr.: X
FA7) Gehäusebezeichnung	„www.racingDOGS.eu“,	Seriennr.: X
FA8) Gehäusebezeichnung	„www.racingDOGS.eu“,	Seriennr.: X

zumindest seit 01.05.2018 im Lokal geduldet haben, bei welchen wiederholt Glücksspiele in Form von Walzenspielen und Hunderennen durchgeführt wurden und aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil die dafür erforderliche Konzession des Bundesministerium für Finanzen nicht vorlag.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 9 Abs. 1 VStG iVm §§ 2 Abs. 1 und 4 GSpG und 52 Abs. 1 Zi. 1, viertes Tatbild GSpG idF BGBl Nr. 105/2014

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstraf in Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß §
FA1) € 30.000,--	300 Stunden		1) – 4): § 52 Abs. 1 Zi. 1 4. Tatbild GSpG idF 1989
FA2) € 30.000,--	300 Stunden		
FA3) € 30.000,--	300 Stunden		
FA4) € 30.000,--	300 Stunden		
FA5) € 30.000,--	300 Stunden		
FA6) € 30.000,--	300 Stunden		
FA7) € 30.000,--	300 Stunden		
FA8) € 30.000,--	300 Stunden		

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

- 24.200,-- Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 100 € angerechnet);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 264.200,--“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr zweifelsfrei festgestellt worden sei. Die Firma M. GmbH, deren handelsrechtliche Geschäftsführerin die Bf sei, sei Eigentümerin der Geräte, mit denen verbotene Ausspielungen ermöglicht wurden, an denen Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten. Die Bf habe es daher zu verantworten, dass sich die Firma M. GmbH vom Inland aus an verbotenen Ausspielungen beteiligt habe. Die Strafhöhe, die der gesetzlich vorgesehenen Mindeststrafe bei einer Anzahl von mehr als drei Glücksspielgeräten im Wiederholungsfalle entspreche, sei im Hinblick auf den Unrechtsgehalt der Tat und das geschätzte Nettoeinkommen von € 2.000,--/Monat bei fehlenden Sorgepflichten sowie Berücksichtigung general- und spezialpräventiver Gründe geboten.

I.2. Gegen diesen Bescheid richtet sich die Beschwerde vom 27. Februar 2019, in welcher die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu der Ausspruch einer Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der verhängten Strafe sowie jedenfalls die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung beantragt werden.

Begründend brachte die rechtsfreundlich vertretene Bf zusammengefasst vor, dass der gegenständliche Bescheid inhaltlich rechtswidrig sei, Verfahrensfehler vorlägen, die belangte Behörde unzuständig sei, Aktenwidrigkeit vorliege, der Sachverhalt ergänzungsbedürftig sei und unrichtig rechtlich beurteilt worden wäre. Darüber hinaus sei das Glücksspielgesetz aus in den Beschwerden näher bezeichneten Gründen verfassungs- und unionsrechtswidrig.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerden samt Verwaltungsakt mit Schreiben vom 5. März 2019, eingelangt am 8. März 2019, zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen. Das Landesverwaltungsgericht entscheidet durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

I.4. Am 9. Juli 2019 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich statt. Es wurde das gegenständliche Verfahren sowie das Verfahren LVwG-413207, die beide die gleiche finanzpolizeiliche Kontrolle vom 12. November 2018 in L., B.-straße X, im Lokal „S. V.“ betreffen, zu einer gemeinsamen öffentlichen mündlichen Verhandlung verbunden.

Mit E-Mail vom 8. Juli 2019 legte der Rechtsvertreter der Bf ein ergänzendes schriftliches Vorbringen samt Beilagen betreffend die Unionsrechtswidrigkeit des GSpG vor und teilte mit, dass die Verhandlung seinerseits unbesucht bleibt. Zur mündlichen Verhandlung sind die Vertreter der Organpartei erschienen. Die belangte Behörde hatte ihre Teilnahme im Vorfeld entschuldigt.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, das Beschwerdevorbringen, durch Recherchen bei der Wirtschaftskammer Österreich und Einsicht in Wirschafts-Compass sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.

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

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 12. November 2018, ab ca. 13:00 Uhr, im Lokal mit der Bezeichnung „S. V." in der B.-straße X, L., wurden folgende Geräte in einem öffentlich zugänglichen Bereich betriebsbereit aufgestellt und voll funktionsfähig vorgefunden:

FA1) Gehäusebezeichnung keine, Seriennr.: X
FA2) Gehäusebezeichnung Kajot, Seriennr.: X
FA3) Gehäusebezeichnung Kajot, Seriennr.: X
FA4) Gehäusebezeichnung Kajot, Seriennr.: X
FA5) Gehäusebezeichnung Kajot, Seriennr.: X
FA6) Gehäusebezeichnung Keine, Seriennr.: X
FA7) Gehäusebezeichnung „www.racingDOGS.eu", Seriennr.: X
FA8) Gehäusebezeichnung „www.racingDOGS.eu", Seriennr.: X

Die V. T. s.r.o. ist Betreiberin des Lokals „S. V.", B.-straße X, L., und Eigentümerin der acht verfahrensgegenständlichen Geräte.
Die M. GmbH, deren Geschäftsführerin zum Kontrollzeitpunkt die Bf war, ist Arbeitgeberin der bei der Kontrolle angetroffenen Beschäftigten. Der Geschäftszweck der M. GmbH ist „Sonstige Überlassung von Arbeitskräften".

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich vollständig und schlüssig aus dem durchgeführten Beweisverfahren:

Dass nicht die M. GmbH Betreiberin des Lokals „S. V." ist, ergibt sich auch aus der im Akt einliegenden Dienstanweisung der V. T. s.r.o. an die der bei der Kontrolle angetroffenen Beschäftigten.

Der Geschäftszweck „Sonstige Überlassung von Arbeitskräften“ der M. GmbH, W., ergibt sich aus der Einsichtnahme in den Wirtschafts-Compass und der Homepage der Wirtschaftskammer Österreich. Auch widerspricht die Aussage der bei der Kontrolle angetroffenen Beschäftigten, dass sie bei der M. GmbH „angemeldet“ ist, dem nicht.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat über die Beschwerde erwogen:

III.1. Maßgebliche Rechtslage:

Die im gegenständlichen Verfahren maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 28. November 1989 zur Regelung des Glücksspielwesens, über die Änderung des Bundeshaushaltsgesetzes und über die Aufhebung des Bundesgesetzes betreffend Lebensversicherungen mit Auslosung (in weiterer Folge kurz: Glücksspielgesetz - GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 107/2017, lauten auszugsweise wie folgt:

„Glücksspiele

§ 1. (1) Ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt. [...]

Ausspielungen

§ 2. (1) Ausspielungen sind 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).

(2) Unternehmer ist, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.
Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs. 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmereigenschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.
(3) Eine Ausspielung mit Glücksspielautomaten liegt vor, wenn die Entscheidung über das Spielergebnis nicht zentralseitig, sondern durch eine mechanische oder elektronische Vorrichtung im Glücksspielautomaten selbst erfolgt. [...]

(4) Verbotene Ausspielungen 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.

Behörden und Verfahren

§ 50. (1) Für Strafverfahren und Betriebsschließungen nach diesem Bundesgesetz sind die Bezirksverwaltungsbehörden, im Gebiet einer Gemeinde, für das die Landespolizeidirektion zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, die Landespolizeidirektion zuständig. Gegen diese Entscheidungen kann Beschwerde an ein Verwaltungsgericht des Landes erhoben werden.
[...]

(5) Die Abgabenbehörde hat in Verwaltungsverfahren nach §§ 52, 53 und 54 dann, wenn zu der Verwaltungsübertretung eine von ihr stammende Anzeige vorliegt, Parteistellung und kann Beschwerde gegen Bescheide sowie Einspruch gegen Strafverfügungen erheben.
[...]

(7) Der Bundesminister für Finanzen ist berechtigt, gegen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte der Länder sowie des Bundesverwaltungsgerichtes und des Bundesfinanzgerichtes Revision an den Verwaltungsgerichtshof zu erheben. Die Verwaltungsgerichte der Länder [...] haben Ausfertigungen glücksspielrechtlicher Entscheidungen unverzüglich dem Bundesminister für Finanzen zu übermitteln.
[...]

(10) Erwachsen einer Behörde bei einer Amtshandlung im Zusammenhang mit dem Beschlagnahme- oder Einziehungsverfahren Barauslagen, so sind diese den Bestraften zur ungeteilten Hand im Strafbescheid, allenfalls mittels gesonderten Bescheids, aufzuerlegen.
[...]

Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 52. (1) Es 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,

1. 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;
   [...]

[...]

(3) 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.
(4) [...] Gegenstände, mit deren Hilfe eine verbotene Ausspielung im Sinne des § 2 Abs. 4 durchgeführt oder auf andere Weise in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wird, unterliegen, sofern sie nicht gemäß § 54 einzuziehen sind, dem Verfall."
[...]

III.2. Die M. GmbH ist nicht Betreiberin des Lokals „S. V.“, weshalb durch die Bf der objektive Tatbestand der vorgeworfenen Übertretung gemäß § 9 Abs. 1 VStG iVm §§ 2 Abs. 1 und 4 GSpG und § 52 Abs. 1 Z 1, viertes Tatbild GSpG nicht erfüllt wurde.

Somit war spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens zu tragen.

V. 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. Die Entscheidung weicht nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Strafbarkeit von Übertretungen des Glücksspielgesetzes ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielgesetzes wurde entsprechend den von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen. Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 08.01.2015, Ra 2014/08/0064).

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. Ellmer