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-413388/9/MB/HUE

Datum:
Linz, 28. Jänner 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde der S K, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 16. April 2019, Zl. VStV/919300383621/2019, wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18. November 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Strafverfahren eingestellt.

II. Die Beschwerdeführerin hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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 Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 16. April 2019, Zl. VStV/919300383621/2019, wurden über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) vier Geldstrafen von jeweils 6.000 Euro und vier Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 4 Tagen verhängt, weil sie Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, am 14.02.2019 im Lokal „C“ in x unter Verwendung von vier Glücksspielgeräten unternehmerisch zugänglich gemacht habe.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben, wie am 14.02.2019 zwischen 16.10. Uhr und 18.55 Uhr durch Organe der Finanzpolizei des Finanzamtes Grieskirchen-Wels festgestellt wurde, seit 14.02.2019 bis zumindest am 14.02.2019 in x, x, Lokal ‚C‘, als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit satzungsgemäß zur Vertretung nach außen hin berufenes Organ der Fa. ‚B GmbH‘ zu verantworten, dass diese Gesellschaft als Unternehmer (§ 2 Abs. 2 Glücksspielgesetz) verbotene Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus im Sinne des § 2 Abs. 1 und Abs. 4 Glücksspielgesetz unternehmerisch zugänglich gemacht hat, weil Sie folgende Glücksspielgeräte

1. WORLD-GAMES, Serien-Nr. (ohne Serien-Nummer), Versiegelungsplaketten-Nr.: x – x,
2. Multi Lottery Terminal, Serien-Nr. (ohne Serien-Nummer), Versiegelungsplaketten- Nr.: x – x,
3. ACT Multiplayer, Serien-Nr. (ohne Serien-Nummer), Versiegelungsplaketten-Nr.: x – x,
4. ACT, Serien-Nr. (ohne Serien-Nummer), Versiegelungsplaketten-Nr.: x – x,

im Rahmen ihrer Firma unternehmerisch zugänglich gemacht haben um fortgesetzt Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen, indem Sie stets dafür gesorgt haben, dass die gegenständlichen Glücksspielgeräte in den Räumen ihres Betriebes täglich eingeschaltet waren und den Spielern betriebsbereit zur Verfügung standen, wobei die Spieler nur um einen Einsatz und den dazugehörenden Gewinnplan auswählen konnten und den Spielern keine Möglichkeit geboten wurde Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen oder Zahlen zu nehmen sondern die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing. Die Spieler konnten nur durch Betätigen der Start-Taste, wodurch bei den dadurch ausgelösten virtuellen Walzen- oder Kartenspielen für die Dauer einer Sekunde die am Bildschirm dargestellten Symbole ausgetauscht oder in ihrer Lage verändert wurden, auf das Spiel Einfluss nehmen, weshalb die mit den Glücksspielgeräten durchgeführten Spiele als Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz und Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes zu werten waren.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 9 VStG i.V.m. § 52 Abs. 1 Z 1 i.V.m. § 2 Abs. 1, 2 und 4 i.V.m. § 4 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F.“
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei. Die Bf habe im Verfahren keine Stellungnahme abgegeben. Eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz sei nicht vorgelegen. Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, dass strafmildernd das Fehlen einschlägiger Vorstrafen gewertet würden. Die Strafhöhe entspreche dem Unrechtsgehalt der Tat und der Schwere der Übertretung.

I.2. Mit undatiertem Schriftsatz, eingelangt am 10. Mai 2019, erhob die Bf rechtzeitig dagegen Beschwerde und brachte vor, dass die B GmbH lediglich Untermieter des Erdgeschosses an der Lokaladresse gewesen sei. Die Geräte seien im Untergeschoss aufgestellt gewesen. Eine Nutzung dieser Räumlichkeiten sei von ihr weder angestrebt noch durchgeführt worden. Wer Vertragspartner des Vermieters betreffend dieses Untergeschosses war oder ist, sei der Bf nicht bekannt. Zudem sei dieses Untergeschoss auch über einen separaten Eingang erreichbar. Als Beilage wurde der Untermietvertrag in Kopie angeschlossen.

I.3. Mit Schreiben vom 14. Mai 2019 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 18. November 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 14. Februar 2019 im Untergeschoss an der Adresse x, x, wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte betriebsbereit vorgefunden, welche zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben wurden. Eine Zugangsmöglichkeit zu diesem Untergeschoss besteht ausschließlich über das Lokal „C“ an der angegebenen Adresse. Die Tür zum Kellerraum war zum Kontroll-zeitpunkt unverschlossen, eine Toilette im Keller vorhanden. Für Gäste (Spieler) der Glücksspielgeräte war die Konsumation von Getränken und Snacks nur im Lokal „C“ möglich. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Die Bf ist handelsrechtliche Geschäftsführerin der B GmbH, welche das Erdgeschoss an der Adresse x, x, zum Betrieb des Lokals „C“ gemietet hat.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr	Spiel	mögliche Einsätze	in Aussicht gestellte Gewinne
1	Joker Plays	0,10 – 15 Euro	50 – 7.500 Euro
2	Hot Scatter	0,30 – 5 Euro	20 Euro + bis zu 248 SG
3	Billy´s Goldmine	0,30 – 15 Euro	10 – 300 Euro
4	Seven on Fire	0,30 – 15 Euro	10 – 300 Euro

Der Spielablauf dieser virtuellen Walzenspiele stellt sich wie folgt dar:
Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen wurden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wurde mit der Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.

II.3. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, aus der angefertigten Skizze über die Räumlichkeiten, der Anzeige samt Aktenvermerk der Finanzpolizei, der Dokumentation der Probespiele, den deutlichen Fotos im Akt, den Aussagen von Herrn A H, eines Mitarbeiters der B GmbH, in der Niederschrift vom 14. Februar 2019, aus dem vorgelegten Untermietvertrag sowie den bisher gewonnenen Erfahrungen mit gleichartigen Geräten und Spielen. Sie gründen zudem auf der glaubwürdigen Aussage der Zeugen in der mündlichen Verhandlung. Auf den Fotos lassen sich die Einsätze und die möglichen Gewinne erkennen.

Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass die Aufstellung von Geräten, an denen gegen In-Aussicht-Stellen von Gewinnen Einsätze geleistet werden können, in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals letztlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesen Geräten zu erzielen. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die

Aufstellung und Betriebsbereithaltung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich aus den Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle, an denen kein Grund zum Zweifeln besteht.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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 Glücksspielautomaten 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.

III.2. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den gegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B. VwGH 27.1.2012, 2011/17/0246) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt.

Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen iSd § 2 Abs. 1 GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

Der Argumentation der Bf, wonach nur das Erdgeschoss an der gegenständlichen Adresse angemietet wurde und kein Zusammenhang des Kellergeschosses mit dem Lokal „C“ besteht, kann mit dem vorliegenden Beweisergebnis nicht erfolgreich entgegengetreten werden. Der entsprechende Mietvertrag wurde vorgelegt und bestätigt diese Rechtfertigung. Zudem ergeben sich aus den Angaben des während der Kontrolle anwesenden Kellners im „C“ keinerlei Hinweise darauf, dass dieser die Geräte betreut oder Gewinne ausbezahlt hat. Damit liegen auch keine Beweise oder Beweisergebnisse dafür vor, dass das von der Bf vertretene Unternehmen Verfügungsgewalt über den Kellerraum oder auch nur den Türschlüssel für diesen gehabt hat. Ein Zugänglichmachen von illegalen Ausspielungen iSd § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG kann daher nicht in dem für ein Strafverfahren erforderlichen Ausmaß nachgewiesen werden. Die Tatsache allein, dass das Kellergeschoss nur über das „C“ betreten werden kann, reicht für das vorgeworfene Tatbild nicht aus.

Das Verwaltungsgericht verkennt nicht, dass das von der Bf vertretene Unternehmen von der erhöhten Frequentierung in ihrem Lokal „C“ durch Gäste (Spieler) an den Glücksspielgeräten und der damit verbundenen erhöhten Konsumation von Getränken und Snacks klar profitiert hat. Damit liegt gegebenenfalls eine Verwirklichung der unternehmerischen Beteiligung an illegalen Ausspielungen (§ 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild) vor, welche jedoch der Bf von der belangten Behörde nicht vorgeworfen wurde und deshalb nicht Gegenstand des gegenständlichen Verfahrens ist. Eine Auswechslung der Tatbilder im Beschwerdeverfahren ist dabei nicht zulässig (vgl. neben vielen VwGH 19.2.2003, 99/08/0146, und VwGH 8.3.2017, Ra 2016/02/0226).

Eine Bestrafung kann iSd § 45 Abs. 1 Z 1 VStG aber nur dann erfolgen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat erwiesen ist. Im Verwaltungs-strafverfahren gilt der Grundsatz „in dubio pro reo" (Fister in Lewisch/Fister/ Weilguni, VStG § 25 Rz 10).

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertritt, darf der Grundsatz „in dubio pro reo" nur angewendet werden, wenn nach Durchführung des Beweisverfahrens Zweifel an der Verwirklichung des Tatbildes durch den Beschuldigten bleiben (statt vieler: VwGH 15.11.2000, 2000/03/0237). Weder aufgrund der im Verwaltungsakt einliegenden Beweismittel noch aufgrund der Aussagen im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte die im bekämpften Straferkenntnis vorgeworfene Tat erwiesen werden, sodass spruchgemäß zu entscheiden war.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist.

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. Die vorliegende Entscheidung weicht weder von der Rechtsprechung des VwGH zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab, noch fehlt es an einer solchen Rechtsprechung. Die konkrete Würdigung der vorliegenden Beweisergebnisse ist einzelfallbezogen und nicht verallgemeinerungsfähig.

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