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-413955/9/Py/Hue

Datum:
Linz, 29. November 2021

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde der I K, x, x, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 17. Februar 2021, Zl. BHKI/920090030003/20, wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 28. Juli 2021

zu Recht:

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

II. Die Beschwerdeführerin hat für das Beschwerdeverfahren keinen Kostenbeitrag 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. Verfahrensgang

I.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf vom 17. Februar 2021, Zl. BHKI/920090030003/20, wurden über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) zwei Geldstrafen von jeweils 3.000 Euro und zwei Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 16 Stunden für die Geräte mit den Seriennummern A und T verhängt, weil sie sich als handelsrechtliche Geschäftsführerin der M I GmbH mit den vorgenannten zwei Geräten am 3. September 2020 im Lokal „K S“ in x, x, an Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, unternehmerisch beteiligt hat.

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei und schilderte die Funktionsweise der Geräte. Eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz sei nicht vorgelegen und eine Europarechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols nicht ersichtlich. Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, dass im örtlichen Zuständigkeitsbereich der Behörde keine einschlägigen rechtskräftigen Vorstrafen vorliegen würden, allerdings mehrere einschlägige Verfahren gegen die M I GmbH geführt worden seien. Die Strafhöhe entspreche dem Unrechtsgehalt der Tat und der Schwere der Übertretung

I.2. Mit Schriftsatz vom 16. März 2021 erhob die 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. Die belangte Behörde übermittelte am 2. April 2021 dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den bezughabenden Verwaltungsakt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Mit E-Mails vom 28. Juli 2021 führte die Bf das jüngste Urteil des EuGH vom 12. September 2019, in den verbundenen Rechtssachen C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18, wonach die Strafnormen des § 28 AuslBG bzw. des § 7d

AVRAG dem Art. 56 AEUV entgegenstehen würden, ins Treffen. Weiters wurde eine Entscheidung des LVwG Wien mitsamt Ausführungen eines Gutachters zu den „Skill Games“ und ein Vorabentscheidungsersuchen des LVwG Steiermark zur Frage der Unionsrechtswidrigkeit des GSpG vorgelegt.

## II. Sachverhalt, Beweiswürdigung

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 28. Juli 2021 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 3. September 2020 im Lokal „K S“ in x, x, wurden u.a. die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten zwei Geräte FA-Nr. 3 und 4 (Seriennummern A und T) 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 aufgestellt.

Die Bf war zur Tatzeit handelsrechtliche Geschäftsführerin der M I GmbH, einer österreichischen GmbH mit (nunmehrigem) Sitz in W, welche Eigentümerin der beiden Geräte ist.

Die Geräte FA-Nr. 3 und 4 konnten während der Kontrolle nicht „hochgefahren“ werden, die Bildschirme blieben „schwarz“ (inaktiv). Deshalb konnten weitere Feststellungen zu diesen beiden Geräten (Spielnamen, Spielabläufe, Einsatz- und Gewinnrelation usw.) nicht getroffen werden und stützen sich die diesbezüglichen Annahmen der Finanzpolizei alleine auf deren Erfahrung aufgrund des optischen Erscheinungsbildes und der Tastenbelegung dieser Geräte. Zudem wurden die GSp26-Formulare zu diesen beiden Geräten mit dem Vermerk „Nicht in Betrieb“ versehen.

## III. Rechtliche Beurteilung

III.1. 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 die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin 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 die gegenständlichen Geräte FA-Nr. 3 und 4 weder in Betrieb gesetzt noch Probespiele darauf durchgeführt oder festgestellt werden konnte, ob und welche Einsatzhöhen

und Quoten/Gewinnpläne (Einsatz-/Gewinnrelation) angeboten wurden. Auch Spieler (Gäste) konnten an diesen beiden Geräten nicht beobachtet werden. Damit waren auch die konkreten Spielabläufe der zwei Geräte nicht festzustellen und stützen sich die diesbezüglichen Annahmen der Finanzpolizei alleine auf das optische Erscheinungsbild und die Tastenbelegung dieser Geräte.

Zusammenfassend konnte daher nicht zweifelsfrei festgestellt werden, ob mit diesen Geräten FA-Nr. 3 und 4 verbotene Ausspielungen angeboten, durchgeführt oder zugänglich gemacht bzw. gegen die Bestimmungen des GSpG verstoßen wurde.

Derartige Feststellungen sind aber zum Nachweis der Tatbestandsmäßigkeit iSd § 52 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 GSpG erforderlich. Alleine der in einem Beschlagnahmeverfahren ausreichende Verdacht einer Verwaltungsübertretung bedingt hingegen nicht den Nachweis der genannten Tatbestandsmäßigkeit.
Die Feststellung einer Übertretung des GSpG bzw. eine Bestrafung kann aber nur dann erfolgen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat erwiesen ist, weshalb im Verwaltungsstrafverfahren der Grundsatz „in dubio pro reo" (*Fister* in *Lewisch/Fister/Weilguni*, VStG § 25 Rz 10) gilt.
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 einen 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 konnten illegale Ausspielungen mit den Geräten FA-Nr. 3 und 4 zweifelsfrei festgestellt werden, weshalb der Beschwerde stattzugeben, der bekämpfte Bescheid aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen war.
Ein weiteres Eingehen auf das Rechtfertigungsvorbringen der Bf war nicht erforderlich.

III.3. Bei diesem Verfahrensergebnis hat die Bf weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht noch vor der belangten Behörde zu leisten (§ 64 VStG, § 52 VwGVG).

IV. Unzulässigkeit der 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 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

Dr. Panny