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-413736/38/KHu

Datum:
Linz, 24. Mai 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Huemer über die Beschwerde des C R, x, S, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 6. Mai 2020, GZ: BHVBPol-2017-452051/5-Pac, wegen Übertretungen nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das Straferkenntnis aufgehoben und das 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:

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 8.5.2020 wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) acht Geldstrafen in der Höhe von jeweils 10.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe jeweils 120 Stunden) verhängt. Dem Bf wurde zusammengefasst zur Last gelegt, er habe es als verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ der S s.r.o. zu verantworten, dass sich diese zumindest am 19.10.2017 an verbotenen Ausspielungen mit acht näher bezeichneten Geräten unternehmerisch beteiligt habe, weil sie die verbotenen Ausspielungen im Lokal geduldet habe und an der Auszahlung erzielter Spielgewinne und an der erneuten Bereitstellung der Geräte für den nächsten Spieler mitgewirkt habe.

2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 2.6.2020.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich gab der Beschwerde im ersten Rechtsgang mit Erkenntnis vom 17.10.2020, Zl. LVwG-413736/14/Gf/RoK, insoweit statt, als die Geldstrafen auf jeweils 3.000 Euro pro Glücksspielgerät und die Ersatzfreiheitsstrafen auf 33 Stunden pro Glücksspielgerät herabgesetzt wurden. Diese Entscheidung wurde mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 10.3.2021, E 4500/2020-9, aufgehoben.

4. Das Verfahren wurde in der Folge bis zum Ablauf des Tages der Kundmachung der Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes hinsichtlich der Frage, ob § 52 Abs. 1 Z 1 dritter Strafsatz GSpG dem Unionsrecht widerspricht, ausgesetzt.

5. Das Verfahren wurde an den nunmehrigen Richter neu zugeteilt.

6. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich führte am 11.5.2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung in der Beschwerdesache durch.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

1.1. Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 19.10.2017 wurden im Lokal „V“ in S, x, die im Spruch des angefochtenen Bescheides näher bezeichneten acht Geräte vorgefunden. Sämtliche Geräte waren zu Beginn der Kontrolle ausgeschaltet und konnten nicht in Betrieb genommen werden (net error). Probespiele konnten nicht durchgeführt werden. Bei den Geräten FA-Nr. 1 bis 6 konnten über eine externe Stromversorgung die Startbildschirme hergestellt

werden, auf denen Spielenamen ersichtlich waren (etwa „Ring of Fire“). Feststellungen zu den Einsatzmöglichkeiten und zu den erwartenden Gewinnaussichten (Gewinnpläne) konnten am Tag der Kontrolle keine gemacht werden. Durch das Fehlen von Probespielen waren auch die konkreten Spielabläufe der Geräte nicht eindeutig festzustellen. Bei den Geräten FA-Nr. 7 und 8 konnten auch die Startbildschirme nicht hergestellt werden, sodass keine konkreten Feststellungen zu diesen Geräten möglich waren.

Als Lokalbetreiberin wurde die V s.r.o. ermittelt. Diese hat das Lokal von der S s.r.o. gemietet (Mietvertrag vom 15.5.2017). Es ergibt sich aus dem Verfahrensakt keinerlei Hinweis darauf, dass die S s.r.o. zum Tatzeitpunkt Kenntnis von den inneren Abläufen und Gegenstand des Betriebes des Lokals hatte. Ebenso wenig kann aus dem Beweisergebnis abgeleitet werden, dass die S s.r.o. sich an den illegalen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt hat.

1.2. Ein Verfahren gegen den Bf betreffend eine spätere Kontrolle am 14.11.2017 wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 19.10.2020, LVwG-413738/10/VG/HUE, eingestellt, weil es „keinerlei Hinweis darauf [gab], dass die S s.r.o. zum Tatzeitpunkt Kenntnis von den inneren Abläufen und Gegenstand des Betriebes des Lokals (Betreiber: V Trading s.r.o.) hatte“.

2. Beweis wurde erhoben durch Einschau in den vorgelegten Behördenakt, insbesondere die darin einliegende Anzeige der Finanzpolizei samt GSp26-Formulare und Protokolle über die Einvernahmen von Personen sowie der Fotodokumentation der Finanzpolizei. Ferner wurde am 11.5.2022 eine öffentliche mündliche Verhandlung in der Beschwerdesache abgehalten und Einschau in die genannte Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich genommen. Auch die im Akt einliegende Privatanzeige, die zum Einschreiten der Finanzpolizei führte, enthält nur wenige Bilder und gestattet keine konkrete Zuordnung zu einzelnen Geräten. Zur Person des Bf enthält sie keinerlei Angaben.

Der anlässlich der Kontrolle einvernommene Spieler konnte nicht als Zeuge geladen werden, weil sein Aufenthalt unbekannt ist; eine Meldeadresse in Österreich besteht lt. ZMR-Abfrage nicht mehr.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

1. 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.

2. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass auf den vorgefundenen Geräten keine Probespiele durchgeführt werden konnten. Damit waren auch die Einsatzhöhen, die Gewinnaussichten (Gewinnpläne) und die Spielabläufe nicht präzise festzustellen. Konkrete Feststellungen, die einzelnen Geräten zuzuordnen wären, ließen sich aus den übrigen Akteninhalten nicht entnehmen. Auch ergänzende Ermittlungen durch Einvernahme des anlässlich der Kontrolle befragten Spielers waren nicht möglich, weil dessen Aufenthalt nicht

festgestellt werden konnte. Zusammengefasst konnte daher nicht zweifelsfrei festgestellt werden, ob mit den ggst. Geräten verbotene Ausspielungen angeboten oder durchgeführt 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 im Beschlagnahmeverfahren ausreichende Verdacht einer Verwaltungsübertretung bedingt nicht den Nachweis der genannten Tatbestandsmäßigkeit.

Anhaltspunkte für konkrete Handlungen (Mitwirkung an der Auszahlung und an der Aufstellung der Geräte), die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angelastet werden, ergeben sich aus dem gesamten Verfahren nicht. Vielmehr ist nur ersichtlich, dass die S s.r.o. den Standort an die Lokalbetreiberin vermietet hat. Auch die im Spruch angesprochenen „Duldung“ der Aufstellung der Geräte im Lokal ist daher nicht durch Ermittlungsergebnisse untermauert.

Selbst wenn man letztere Anlastung im weiteren Sinne auch auf die ggst. Vermietung des Lokales beziehen wollte, ergaben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die S s.r.o. zum Tatzeitpunkt Kenntnis von den inneren Abläufen des Lokals (Betreiber: V s.r.o.) hatte. Ebenso wenig kann aus dem Beweisergebnis abgeleitet werden, dass sich die S s.r.o. an den illegalen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt hat. Der Vollständigkeit halber wird angemerkt, dass sich aus dem Mietvertrag zwar ein Hinweis auf Glücks- und Geschicklichkeitsspiele ergibt; daraus kann im ggst. Einzelfall aber nicht abgeleitet werden, dass illegale Ausspielungen von der Vermieterin geduldet worden wären; vielmehr enthält der Mietvertrag eine Bestimmung, wonach öffentlich-rechtliche Vorschriften einzuhalten seien. Dafür, dass die Vermieterin Kenntnis von den ggst. verbotenen Ausspielungen hatte, gibt es aber – wie ausgeführt – keinen Hinweis. So liegen im Behördenakt keine Ermittlungsergebnisse zu dieser Frage ein. Auch die mündliche Verhandlung konnte keine Klärung schaffen. Ein allfälliger Beitrag war daher dem Bf als handelsrechtlichen Geschäftsführer der S s.r.o. jedenfalls subjektiv nicht vorwerfbar.

3. Eine Bestrafung kann iSd. § 45 Abs. 1 Z 1 VStG nur dann erfolgen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat erwiesen ist. Im Verwaltungsstrafverfahren gilt der Grundsatz „in dubio pro reo“. 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 öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte die im bekämpften Straferkenntnis vorgeworfene Tat erwiesen werden, sodass der behördliche Strafausspruch aufzuheben war. Ein weiteres Eingehen auf das Rechtfertigungsvorbringen des Bf war deshalb nicht erforderlich

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

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, weil keine Rechtsfrage zu klären war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Beurteilung des konkreten Sachverhaltes warf keine Fragen auf, die über den konkreten Einzelfall hinausgehen.

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. Huemer