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-414097/8/BZ/Hue

Datum:
Linz, 13. Juni 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Zauner über die Beschwerde des W.A., X, L., gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 4. Jänner 2022, Zl. VStV/921301408571/2021, wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25. April 2022

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch zu den Kosten des behördlichen Verfahrens 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 (im Folgenden: belangte Behörde) vom 4. Jänner 2022, Zl. VStV/921301408571/2021, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Geldstrafe von 2.000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 36 Stunden verhängt, weil er Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, am 14. Juni 2021 im Lokal „M.B." in L. unternehmerisch zugänglich gemacht hat.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben zumindest am 14.06.2021 die mit dem Eingriffsgegenstand ermöglichten Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen dadurch im angeführten Standort unternehmerisch zugänglich gemacht, dass Sie die Veranstaltung der verbotenen Ausspielungen in ihrem Lokal geduldet haben. Sie haben damit selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und sind daher als Unternehmer iSd. § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.
Sie haben somit Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form von einem elektronischen Glücksrad unternehmerisch zugänglich gemacht und deshalb eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1, drittes Tatbild, GSpG begangen.
Am 06.08.2021, um 19:15 Uhr führte die Finanzpolizei als Organ des Amts für Betrugsbekämpfung gem. § 50 Abs. 2 und 3 GSpG im Lokal mit der Bezeichnung M.B., in L., X, Betreiber A.W., aufgrund einer Anzeige, eine Kontrolle auf Einhaltung der Bestimmungen des Glücksspielgesetzes durch.
Das in der Anzeige angeführte Gerät konnte von den Organen der Finanzpolizei im Zuge der Kontrolle am 06.08.2021 nicht mehr vorgefunden werden. Aus der Anzeige geht jedoch hervor, dass verbotene Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG mit einem Gerät, amtsbekannt als ‚afric2go', zumindest am 14.06.2021 veranstaltet wurden
Nr.: 1 Gehäusebezeichnung: afric2go Seriennummer: - aufgestellt seit: 14.06.2021
Mit diesem Eingriffsgegenstand, mit welchem zumindest seit dem Aufstellungsdatum wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen elektronischen Glücksrädern veranstaltet wurden und mit denen aufgrund der zufallsabhängigen Entscheidung über das Spielergebnis, der zu leistenden Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne deshalb in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil weder eine Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die mit diesem Gerät veranstalteten Ausspielungen vom Glücksspielmonopol des Bundes gem. § 4 ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§ 9 Abs. 1 VStG iVm §§ 2 Abs. 1 und 4 GSpG und 52 Abs. 1 Zi. 1, drittes Tatbild GSpG idF BGBl. Nr. 105/2014"
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten festgestellt worden sei und schilderte die Funktionsweise des Geräts.

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 erschwerend eine näher dargelegte einschlägige rechtskräftige Vorstrafe gewertet werde. Die Strafhöhe entspreche dem Unrechtsgehalt der Tat und der Schwere der Übertretung.

I.2. Mit Schriftsatz vom 1. Februar 2022 erhob der Bf (zu diesem Zeitpunkt noch 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. Der 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. Darüber hinaus wurde neben der Einvernahme von Zeugen zur Unrichtigkeit der K.-Studie die Einholung eines Sachverständigengutachtens betreffend der Funktionsweise der beschlagnahmten Glücksspielautomaten beantragt. Vorgelegt wurde auch ein Urteil des Bezirksgerichtes Wels vom 17. März 2015, GZ: 8 C 673/14g-17, ein Rechtsgutachten des Univ.-Prof. Dr. A.K. vom 24. Mai 2016 betreffend Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielwerbung und das Gutachten über die Glücksspielwerbung in Österreich von Ing. Mag. M.F., MBA, vom 31. Mai 2017.

I.3. Mit Schreiben vom 8. Februar 2022 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 sowie Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25. April 2022.

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

Die O. GmbH zeigte dem Amt für Betrugsbekämpfung an, dass nach dem beigelegten Besuchsprotokoll vom 14. Juni 2021 um 18:45 Uhr ein Gerät „afric2go“ mit Geldeinsätzen zwischen 1 und 4 Euro und in Aussicht gestellten Gewinnen zwischen 20 – 80 Euro für verbotene Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG im Lokal „M.B.“ in L., X, angeboten worden sei.

Anlässlich einer Nachschau/Kontrolle der Finanzpolizei am 6. August 2021 im Lokal konnte weder das vorgenannte Gerät noch ein anderes (Glücksspiel-)Gerät vorgefunden werden. Laut Aussage des Bf als Lokalbetreiber sei zwar ein „Funwechsler“ vor zwei Jahren nach einer Kontrolle der Finanzpolizei beschlagnahmt, anschließend jedoch kein weiterer mehr aufgestellt worden.

II.3. Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere dem Besuchsprotokoll der O. GmbH, dem Einsatzprotokoll der Finanzpolizei vom 6. August 2021 und der durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung.

Es konnte nicht festgestellt werden, welche Person als privater Anzeiger/Erhebender am 14. Juni 2021 im gegenständlichen Lokal ein Gerät mit der Bezeichnung „afric2go“ und verschiedenen Einsatz- und Gewinnmöglichkeiten wahrgenommen hat.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Rechtliche Grundlagen

Gemäß § 50 Abs. 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 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 GSpG 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 eine namentlich nicht genannte Person als privater Anzeiger/Erhebender am 14. Juni 2021 im gegenständlichen Lokal ein Gerät mit der Bezeichnung „afric2go“ und verschiedenen Einsatz- und Gewinnmöglichkeiten festgestellt hat. Auch im Zuge der öffentlichen mündlichen Verhandlung konnten die Personalia dieser Person nicht ermittelt werden, weshalb auch eine zeugenschaftliche Befragung über die konkreten Feststellungen, insbesondere über eventuelle Glücksspieleigenschaften des Geräts, die Beeinflussbarkeit des Spielablaufs, der genaue Spielablauf selbst und ob das Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhing, nicht möglich war. Zudem war auch nicht möglich Feststellungen über das Fachwissen (Schulung) dieser Person zu treffen, um deren Aussagen dem Ermittlungsergebnis zugrunde legen zu können.

Derartige Feststellungen sind aber zum Nachweis der Tatbestandsmäßigkeit iSd § 52 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 GSpG erforderlich. Die Angaben im (anonymen) Besuchsprotokoll vom 14. Juni 2021 alleine bedingen noch nicht den erforderlichen Nachweis der genannten Tatbestandsmäßigkeit zur gegenständlichen Tatzeit.

Eine Bestrafung kann iSd § 45 Abs. 1 Z 1 VStG aber nur dann erfolgen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat erwiesen ist. Dies ist hinsichtlich des

gegenständlichen Geräts nicht der Fall, sodass das angefochtene Straferkenntnis nach dem Grundsatz „in dubio pro reo" aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen ist.
Bei diesem Ergebnis erübrigt sich ein Eingehen auf das Beschwerdevorbringen.

Aufgrund des Umstandes dass keine Geldstrafe verhängt wurde, entfällt sowohl der Kostenbeitrag zum Verfahren vor der belangten Behörde als auch der Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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 Entscheidung weicht nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. 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 8.1.2015, 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. Zauner