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-414108/8/Py/PP

Datum:
Linz, 19. April 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde der I K, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 25. Jänner 2022, GZ: VStV/921302185546/2021, betreffend Verwaltungsübertretungen nach dem Glücksspielgesetz (GSpG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 30. März 2023,

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Es entfällt die Verpflichtung zur Entrichtung von Verfahrenskostenbeiträgen.

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 (in der Folge: belangte Behörde) vom 25. Jänner 2022, GZ: VStV/921302185546/2021, wurden über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) wegen Verwaltungsübertretung nach § 9 Abs. 1 VStG iVm §§ 2 Abs. 1 und 4 GSpG und 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG drei Geldstrafen in Höhe von je 10.000 Euro, für den Fall der Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen in Höhe von je 100 Stunden verhängt. Des Weiteren wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in Höhe von 3.000 Euro vorgeschrieben.

Im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses wird der Bf zur Last gelegt, sie habe als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der Firma Xgesellschaft mbH in der Zeit vom 6. August 2021 bis 6. August 2021 die mit den Eingriffsgegenständen ermöglichten Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen dadurch im angeführten Standort unternehmerisch zugänglich gemacht, als sie gegen Entgelt die Veranstaltung der verbotenen Ausspielungen in ihrem Lokal geduldet und an der Auszahlung erspielter Spielgewinne dadurch mitgewirkt hat. Sie habe damit selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und sei daher als Unternehmer iSd § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.
Sie habe somit Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, unternehmerisch zugänglich gemacht und deshalb eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1, drittes Tatbild, GSpG begangen, was sie als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der Firma Xgesellschaft mbH verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten habe.
Bei einer durch die Finanzpolizei als Organ des Amts für Betrugsbekämpfung gemäß § 50 Abs. 2 und 3 GSpG durchgeführten Kontrolle am 6. August 2021, um 19:15 Uhr, im Lokal mit der Bezeichnung „K“ in L, X, Betreiber: Xgesellschaft mbH, wurden folgende elektronische Glücksspielgeräte betriebsbereit vorgefunden, mit welchen in der Zeit vom 6. August 2021 bis 6. August 2021 verbotene Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet wurden.
Die Geräte wurden zur Identifikation von den Organen der Finanzpolizei im Zuge der Kontrolle am 6. August 2021 mit fortlaufender Nummerierung versehen.
Nr.: FA 1 Gehäusebezeichnung: Skill Games Seriennummer: x aufgestellt seit: 06.08.2021
Nr.: FA 2 Gehäusebezeichnung: K Seriennummer: x aufgestellt seit: 06.08.2021
Nr.: FA3 Gehäusebezeichnung: K Seriennummer: x aufgestellt seit: 06.08.2021
Mit diesen Eingriffsgegenständen, mit welchen zumindest seit dem Aufstellungsdatum wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen 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 diesen Geräten veranstalteten Ausspielungen vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren.

2. Mit Schriftsatz vom 22. Februar 2022 erhob die Bf im Wege ihrer rechtsfreundlichen Vertretung rechtzeitig Beschwerde und bracht zusammengefasst vor, dass Verfahrensfehler, Unzuständigkeit, Begründungsmängel sowie unrichtige rechtliche Beurteilung und mangelndes Verschulden vorliege, das GSpG im Widerspruch zum Unionsrecht stehe und zudem die verhängte Strafe als überhöht zu betrachten sei.

3. Mit Schreiben vom 25. Februar 2022 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt bezughabenden Verwaltungsstrafakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor. Dieses ist gemäß § 2 VwGVG zur Entscheidung durch seine nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin berufen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsicht sowie Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 30. März 2023. An dieser nahm ein Vertreter des Amtes für Betrugsbekämpfung als am Verfahren beteiligte Organpartei teil. Die belangte Behörde entschuldigte sich für die Verhandlung, die Bf sowie ihr Rechtsvertreter sind zur Verhandlung nicht erschienen.

4.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem Sachverhalt aus:

Am 6. August 2021 führten Organe des Amtes für Betrugsbekämpfung im Lokal mit der Bezeichnung „K“ in L, X, eine Kontrolle nach dem GSpG vor.

Dass das Lokal von der X GmbH mit Sitz in X, W, betrieben wurde, dessen handelsrechtliche Geschäftsführerin die Bf zum Tatzeitpunkt war, wurde im Verfahren nicht bestritten.

Beim Eintreffen der Beamten des Amtes für Betrugsbekämpfung war die Eingangstür zum Lokal geschlossen und wurde – nach dem Versuch der Ankündigung der Kontrolle über eine allenfalls im Eingangsbereich befindliche Kamera – durch den Schlüsseldienst geöffnet. Im Lokal wurden keine Personen angetroffen. Die im Lokalbereich vorgefundenen drei Geräte waren ausgeschaltet, die Geräte mit den späteren FA-Nr. 2 und 3 auch nicht durch ein Kabel am Strom angeschlossen. Die Stromleitung des Gerätes mit der FA-Nr. 1 ging durch die Wand in einen Nebenraum, dessen Tür in weiterer Folge ebenfalls durch den Schlüsseldienst geöffnet wurde und wodurch ein Alarm ausgelöst wurde. In diesem Raum befand

sich die Stromverteilung des Lokals, die Alarmanlage sowie Internetanschlüsse. Des Weiteren gelangte man über diesen Raum in diverse Räume wie Küche und WC sowie über eine Stiege in den Keller des Gebäudes. In weiterer Folge wurde von den Kontrollbeamten die Vorrichtung zum Unterbrechen des Stromkreises, an welcher das Gerät mit der FA-Nr. 1 angeschlossen war, entfernt und das Gerät direkt ans Stromnetz angeschlossen, wodurch dieses gestartet werden konnte. Am Gerät wurden daraufhin bekannte Walzenspiele, z.B. Ring of Fire, ersichtlich, eine Bespielung war jedoch nicht möglich, da der Banknoteneinzug defekt war. Die Geräte mit den FA-Nrn. 2 und 3 konnten durch die Kontrollbeamten nicht hochgefahren werden.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus dem Akteninhalt sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 30. März 2023.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

5.1. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 104/2019, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe 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 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.

5.2. Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens kann nicht festgestellt werden, dass am vorgeworfenen Tattag, dem 6. August 2021, mit dem im Spruch des Straferkenntnisses angeführten Geräten Glücksspiele durchgeführt wurden bzw. sie an diesem Tag betriebsbereit zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung standen.

Das verfahrensgegenständliche Lokal des von der Bf vertretenen Unternehmens war zum Kontrollzeitpunkt geschlossen und konnte erst durch die von den Organen der Finanzpolizei angedrohte Zwangsöffnung von den Kontrollbeamten betreten werden. Im Lokal befanden sich weder Gäste noch Personal, die im Lokal stehenden drei Geräte wurden nicht betriebsbereit vorgefunden. Zwei der Geräte, nämlich jene mit der FA-Nr. 2 und 3, konnten während der gesamten Kontrollhandlung nicht in einen Betriebsmodus versetzt werden, das Gerät mit der FA-Nr. 1 konnte erst durch die Entfernung einer Vorrichtung zum Unterbrechen des Stromkreises durch die Beamten am Stromnetz angeschlossen und hochgefahren werden, eine Bespielung war aufgrund des defekten Banknoteneinzuges nicht möglich.

Im Ergebnis liegen daher keine ausreichenden Sachverhaltsfeststellungen dafür vor, dass mit den im angefochtenen Straferkenntnis angeführten Geräten zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt verbotene Ausspielungen angeboten, durchgeführt, zugänglich gemacht bzw. sonst gegen die Bestimmungen des GSpG verstoßen wurde. Derartige Feststellungen sind aber zum Nachweis der Tatbestandsmäßigkeit im Sinn des § 52 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 1 GSpG erforderlich. Allein der in einem Beschlagnahmeverfahren ausreichende Verdacht einer Verwaltungsübertretung bedingt nicht den Nachweis der genannten Tatbestandsmäßigkeit.

Die Feststellung einer Übertretung des GSpG bzw. einer Bestrafung kann im Sinn des § 45 Abs. 1 Z 1 VStG 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 (vgl. etwa 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 gegenständlichen Geräten zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt zweifelsfrei festgestellt werden.

Aus diesem Grund war das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich ein Eingehen auf das Beschwerdevorbringen.

II. Bei diesem Ergebnis entfällt gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG die Verpflichtung zur Leistung eines Kostenbeitrages zum Beschwerdeverfahren.

III. 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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. 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, soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist. 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 e

1. 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.

2. Bitte erachten Sie die von der belangten Behörde mit der angefochtenen Entscheidung übermittelte Vorschreibung als hinfällig.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Panny