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-414234/2/StB

Datum:
Linz, 29. Jänner 2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Blecha über die Beschwerde des I P, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. G S, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 14.11.2023, GZ: VStV/923300944649/2023, wegen Übertretungen nach dem Glückspielgesetz

zu Recht:

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

II. Die beschwerdeführende Partei hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens, noch zu jenen des behördlichen Strafverfahrens 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 Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde, [bB]) vom 14.11.2023, GZ: VStV/923300944649/2023, wurde I P (im Folgenden: Beschwerdeführer, [Bf]) zur Last gelegt, er habe es als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als das zur Vertretung nach außen berufene Organ der Lokalbetreiberin T GmbH zu verantworten, dass dieses Unternehmen am 05.05.2023, 21:55 Uhr, in x, x, verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht habe, obwohl dafür eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz (GSpG) nicht erteilt wurde und somit aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde.

In sechzehn völlig identen Spruchpunkten wurden dem Bf Übertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 iVm § 2 Abs. 2 und 4 iVm § 4 GSpG vorgeworfen und jeweils eine Strafe in der Höhe von 8.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: jeweils 80 Stunden) nach § 52 Abs. 1 Z 1 3. Tatbild leg.cit. ausgesprochen. Zur Gesamtstrafhöhe von 128.000 Euro wurde weiters ein Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verfahrens in Höhe von 12.800 Euro vorgeschrieben.

I.2. Mit Eingabe seiner rechtsfreundlichen Vertretung vom 18.12.2023 erhob der Bf dagegen Beschwerde und beantragte neben der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung die Aufhebung des angefochtenen Bescheids und die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens.

Darin wurde zusammenfassend vorgebracht, dass in den Räumlichkeiten lediglich 11 PCs eingeschaltet waren auf denen jedoch keine Glücksspiele und keine verbotenen Ausspeilungen vorgenommen werden können. Bei den anderen Geräten handle es sich um keine Glücksspielgeräte, weshalb eine Bestrafung kategorisch ausscheide. Darüber hinaus sei die Strafhöhe wesentlich überhöht und das Glücksspielgesetz an sich unionsrechtswidrig.

I.3. Mit Vorlageschreiben vom 19.12.2023 legte die bB dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich den Verwaltungsstrafakt samt Beschwerde zur Entscheidung vor, ohne von der Möglichkeit einer Beschwerdevorentscheidung Gebrauch zu machen.

Dieses entscheidet durch seinen nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter (§ 2 VwGVG).

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Akt. Da bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass das mit der Beschwerde angefochtene Straferkenntnis aufzuheben ist, konnte die öffentliche mündliche Verhandlung gemäß § 44 Abs 2 VwGVG entfallen.

II.2. Das Amt für Betrugsbekämpfung führte am 05.05.2023 um 21:55 Uhr im zitierten Lokal eine Kontrolle durch. Nach dem Erhebungsbericht gründete sich diese Kontrolle auf eine Anzeige einer Detektei, im Anhang dieses Berichts ist ein Besuchsbericht von spieler-info.at samt Lichtbildern enthalten, der mit 28.09.2022 datiert ist.

Nachdem sich die Abgabenbehörde gewaltsam Zugang zum Lokal verschafft hatte, wurden dort 11 Desktop-PC´s samt Bildschirmen, ein Ein- und Auszahlungsgerät und vier WLAN-Router vorgefunden. Die PC´s waren betriebsbereit aufgestellt und funktionsfähig. Im Zuge der Kontrolle wurden am Ein- und Auszahlungsgerät zwei Tickets á 10,00 Euro erworben, nach Eingabe des erhaltenen Codes wurde auf den PC´s der Startbildschirm im Internetmodus angezeigt. Testspiele konnten jedoch von den anwesenden Beamten bei keinem der Geräte durchgeführt werden, da mit dem Code lediglich der Intermodus aktiviert wurde (siehe Anzeige, Seite 4ff). Sämtliche Eingriffsgegenstände wurden vorläufig beschlagnahmt, verblieben aber zunächst versiegelt vor Ort.

Im Zuge der Kontrolle wurde eine Angestellte, Frau I, angetroffenen, die das Lokal durch den Hinterausgang fluchtartig verlassen wollte. Spieler bzw. eventuelle Zeugen zu den dem Bf vorgeworfenen Tatbeständen wurden laut der Anzeige und dem Erhebungsbericht nicht im Lokal angetroffen und weder entsprechend befragt noch einvernommen.

II.3. Im Rahmen der Beweiswürdigung ist zunächst festzuhalten, dass die Lichtbilder des Lokals im Besuchsprotokoll von spieler-info.at vom 28.09.2022 mit jenen, die im Zuge der Kontrolle durch die Beamten am 05.05.2023 angefertigt wurden, durchaus übereinstimmen (insb. durch den Standort der Geräte und die auffällige Tapezierung). Auf den Bildern im Besuchsprotokoll sind auch die üblichen bzw. gängigen Walzenspiele („Book of Legends“, „Secret Books“), die auf den Bildschirmen ablaufen, ersichtlich.

Im Rahmen der Kontrolle am 05.05.2023 konnten jedoch weder Spieler an den Geräten angetroffen werden, noch von den einschreitenden Beamten Testspiele an den Geräten durchgeführt werden, obwohl dafür zwei Tickets erworben wurden. Auf den entsprechenden Lichtbildern sind lediglich die Desktop-Oberflächen von Microsoft Windows auf den Bildschirmen ersichtlich.

Im angefochtenen Straferkenntnis werden dem Bf die Verwaltungsübertretungen lediglich am 05.05.2023 vorgeworfen, auch in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 20.06.2023 wird als Tatzeit nur jener Zeitpunkt der Kontrolle angeführt.

Es kann somit an dem von der bB vorgeworfenen Tatzeitpunkt nicht festgestellt werden, ob es sich um Glücksspielgeräte gehandelt hat und ob auf den Geräten am 05.05.2023 Glücksspiele installiert waren bzw. welche Funktionsweise diese aufwiesen. Somit kann zusammenfassend auch nicht nachvollziehbar und mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit begründet werden, dass das Lokal von der Unternehmerin, deren verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ der Bf ist, betrieben worden ist und diese somit verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht hat.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des GSpG, StF: BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung lauten wie folgt:

„§ 1. (1) Ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.
[…]

Ausspielungen

§ 2. (1) Ausspielungen sind 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).

(2) Unternehmer ist, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs. 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmereigenschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.
[…]

(4) Verbotene Ausspielungen 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.

[…]

Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 52. (1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60 000 Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22 000 Euro zu bestrafen,

1. 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; […]“

III.2. Zu den Spruchpunkten des angefochtenen Straferkenntnisses ist Folgendes festzuhalten:

„Die Umschreibung der Tat hat – bereits im Spruch und nicht erst in der Bescheidbegründung (VwSlg 17.326 A/2007; VwGH 1.7.2010, 2008/09/0149) – so präzise zu sein, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wahren kann und er nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist (zB VwSlg 11.894 A/1985; VwGH 12.3.2010, 2010/17/0017; 17.4.2012, 2010/04/0057), sie muss mithin die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens erforderlich sind, ermöglichen (vgl VwGH 20.7.1988, 86/01/0258; 31.1.2000, 97/10/0139; so auch VwGH 6.11.2012, 2012/09/0066 [AuslBG]) und sie darf keinen Zweifel daran bestehen lassen, wofür der Täter bestraft worden ist (VwGH 23.4.2008, 2005/03/0243). Andererseits dürfen bei der Angabe der als erwiesen angenommenen Tat auch keine Verhaltensweisen mitumfasst werden, die nicht der verletzten Verwaltungsvorschrift iSd § 44 a Z 2 unterliegen (vgl VwGH 24.4.2008, 2007/07/0124)“. (*Fister* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 44 a Rz 2)
[Hervorhebungen nicht im Original]

„Die Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat hat sich am jeweils in Betracht kommenden Tatbild zu orientieren (VwGH 25.2.1992, 91/04/0285), die Frage ihrer Übereinstimmung mit den Erfordernissen des § 44 a Z 1 ist folglich in jedem konkreten Fall einzeln zu beurteilen (VwGH 17.9.2009, 2008/07/0067; so die Darstellung der reichhaltigen Rsp zu einzelnen Rechtsbereichen bei Walter/Thienel II^2 § 44 a E 94 ff). Eine ausreichende Konkretisierung wird aber in aller Regel die Angabe von Tatort, Tatzeit sowie des wesentlichen Inhaltes des Tatgeschehens bedingen (VwGH 27.4.2011, 2010/08/0091): […] aus der Umschreibung der Tathandlung muss sogleich auf das Vorliegen der bestimmten Übertretung geschlossen werden können (VwGH 18.10.2007, 2005/09/0126).[…](*Fister* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG § 44 a Rz 3)

„Die Tat ist dabei so eindeutig zu umschreiben, dass kein Zweifel, besteht, wofür der Täter zur Verantwortung gezogen wird. Diesen Anforderungen ist dann entsprochen, wenn die Tat dem Täter in so konkreter Umschreibung vorgeworfen wird, dass dieser in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, und der Beschuldigte rechtlich davor geschützt ist, wegen

desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden“. (VwGH 25.02.2003, 2001/10/0257)

„Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist es gemäß § 44a Z 1 VStG rechtlich geboten, die Tat hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau zu umschreiben, dass die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale ermöglicht wird und die Identität der Tat unverwechselbar feststeht (vgl VwGH (verstärkter Senat) vom 13. Juni 1984, 82/03/0265). Die Einhaltung des § 44a Z 1 und 2 VStG dient nach der hg Rechtsprechung dazu, den Beschuldigten in die Lage zu versetzen, sich gegen den Tatvorwurf verteidigen zu können und nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt zu sein (vgl VwGH vom 17.09.2014, 2011/17/0210).

III.3. Wie unter Punkt II.3. bereits festgehalten, lässt sich der Tatvorwurf der unternehmerischen Zugänglichmachung von Glücksspielgeräten am 05.05.2023 in verwaltungsstrafrechtlicher Hinsicht nicht halten. Es konnten bei der Kontrolle keine Spieler vor Ort angetroffen werden, auch sonst konnten keine Personen Aussagen zu den angeblich verbotenen Ausspielungen machen. Darüber hinaus konnten auch nicht – wie sonst bei derartigen Kontrollen üblich – Testspiele durch die einschreitenden Beamten vorgenommen werden. Bei allen PC´s war lediglich der Internetmodus (Desktopoberfläche) durch Codeeingabe aktivierbar.

Das Besuchsprotokoll (spieler-info.at) vom 28.09.2022 enthält zwar derartige Hinweise auf die Tatvorwürfe im Straferkenntnis, insb. auf den Lichtbildern. Diese Tatzeit wurde ebenfalls in der Anzeige der Finanzpolizei genannt, wurde aber von der bB weder in die Aufforderung zur Rechtfertigung noch im Straferkenntnis selbst im Tatvorwurf übernommen. Eine Korrektur ist aufgrund der Ausweitung des Tatzeitraumes durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich aus rechtlichen Gründen („Austausch der Tat“) nicht möglich.

Sache des Verwaltungsstrafverfahrens ist die dem Beschuldigten innerhalb der Verjährungsfrist zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhaltselementen unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung (vgl etwa VwGH 8.11.2000, 99/04/0115). Zu einer Abänderung des Tatvorwurfs ist das Verwaltungsgericht nicht befugt, weil dieser erweiterte Tatvorwurf jedenfalls nicht Sache des Beschwerdeverfahrens ist (vgl instruktiv VwGH 8. März 2017, Ra 2016/02/0226 RN 10).

III.4. Darüber hinaus wurden weder in der Aufforderung zur Rechtfertigung noch im angefochtenen Straferkenntnis die Glücksspiel-Geräte, mit denen die Verwaltungsübertretungen begangen worden sein sollen, aufgelistet bzw. in den Tatvorwürfen mit Seriennummern oder Ähnlichem entsprechend individualisiert. Es handelt sich um sechzehn wortgleiche und somit völlig idente Tatvorwürfe im

Straferkenntnis, denen auch in dieser Hinsicht jedenfalls ein entsprechender Mangel anhaftet.

III.5. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat somit nicht zweifelsfrei ergeben, dass mit den gegenständlichen Geräten und sonstigen Eingriffsgegenständen („Cash Centers“ als Komponenten eines Glückspielgerätes vgl. VwGH 11.9.2018, Ra 2018/17/0151) virtuelle Walzenspiele und damit Spiele unternehmerisch zugänglich gemacht wurden, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhing.

Zusammengefasst konnten die dem Bf vorgeworfenen Verwaltungsübertretungen nicht mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit nachgewiesen werden. Demnach hat der Bf die ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen nicht begangen bzw. konnten diese nicht erwiesen werden, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

III.6. Nach § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Bf keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da die zu lösenden Rechtsfragen anhand der eindeutigen Bestimmungen des Gesetzes und der zitierten Judikatur beantwortet werden konnten. 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.

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

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. Dr. Blecha