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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: **LVwG-412016/8/MS**

Datum: **Linz, 20. Juli 2017**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde des A K, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 5. April 2017, GZ: VStV/917300188351/2017, wegen Übertretung des § 9 Abs. 1 VStG iVm §§ 2 Abs. 1 und 4 GSpG und § 52 Abs. 1 Z. 1 1. Tatbild GSpG nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. Juli 2017

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und das bekämpfte Straferkenntnis behoben.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) vom 5. April 2017, GZ: VStV/917300188351/2017, wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 10.000 Euro pro Glücksspielgerät, somit insgesamt 20.000 Euro, wegen Übertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG, verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 2.000 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben, wie am 20. Dezember 2016 um 13:21 Uhr, in L, im Lokal mit der Bezeichnung ‚S' von Organen der Finanzpolizei des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, als das zur Vertretung nach außen berufene Organ bzw. als Geschäftsführer der Fa. P GmbH mit Sitz in W, und somit als Unternehmer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen mit folgenden im Eigentum der Fa. P GmbH stehenden Glücksspielautomaten veranstaltet:
FA7) Gehäusebezeichnung www.racingDogs.eu, Seriennr. ubk.
FA8) Gehäusebezeichnung www.racingDogs.eu, Seriennr. ubk.
mit welchen zumindest seit 10.März 2016, wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Hunderennen durchgeführt wurden und in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil die dafür erforderliche Konzession des Bundesministeriums für Finanzen nicht vorlag."

Begründend stützt sich die belangte Behörde auf die eigenen dienstlichen Wahrnehmungen der Organe des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr und ist auf der Grundlage dieser Wahrnehmungen zum Schluss gelangt, die vorgeworfene Verwaltungsübertretung ist als erwiesen anzusehen.
Ebenso nimmt es die belangte Behörde aufgrund der Ermittlungen der Abgabenbehörde als erwiesen an, dass der Beschwerdeführer als Geschäftsführer der P GmbH, die als Veranstalterin der im Spruch angeführten Geräte angezeigt worden ist, fungiert.

Gegen dieses Straferkenntnis, das dem Beschwerdeführer zuhanden seines rechtsfreundlichen Vertreters am 11. April 2017 zugestellt wurde, wurde mit Eingabe vom 3. Mai 2017 (Datum Poststempel: 3. Mai 2017) und somit rechtzeitig Beschwerde erhoben und die Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu die Erteilung einer Ermahnung bzw. die Herabsetzung der Strafe beantragt.

Mit Schreiben vom 15. Mai 2017 hat die belangte Behörde die ggst. Beschwerde unter Anschluss des Verfahrensaktes dem Landesverwaltungsgericht OÖ. vorgelegt, wobei von der Möglichkeit der Beschwerdevorentscheidung kein Gebrauch gemacht wurde.
Damit ergibt sich die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich zur Entscheidungsfindung (Art. 130 Abs. 1 Z 1 iVm 131 Abs. 1 B-VG

iVm § 3 VwGVG). Gemäß Art. 135 Abs. 1 erster Satz B-VG iVm § 2 VwGVG entscheidet das Landesverwaltungsgericht durch die nach der Geschäftsverteilung zuständige Einzelrichterin.

II. Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde übermittelten Verfahrensakt, insbesondere die im Akt einliegende Dokumentation, und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 6. Juli 2017. Zu dieser Verhandlung sind der rechtsfreundliche Vertreter des Beschwerdeführers und ein Vertreter des Finanzamtes Freistadt Rohrbach Urfahr erschienen und wurden die Zeugen C A und C R einvernommen.

Das Landesverwaltungsgericht OÖ. geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:
Bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht am 20. Dezember 2016, ab 13.21 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung „S" in L, durchgeführten Kontrolle wurden folgende Geräte betriebsbereit vorgefunden:

FA Nr.	Gerätebezeichnung	Seriennummer	Versiegelungsplaketten
1	www.racingDogs.eu	ubk	-----
2	www.racingDogs.eu	ubk.	-----

Der Beschwerdeführer war zum Tatzeitpunkt Geschäftsführer der P GmbH. Das Lokal ist vom Beschwerdeführer betrieben worden.

Keine dieser Personen war im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die verfahrensgegenständlichen Geräte. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Die verfahrensgegenständlichen Geräte standen vom 10. März 2016 bis zum 20. Dezember 2016 in einem öffentlich zugänglichen Bereich im ggst. Lokal eingeschaltet und betriebsbereit für Spieler zur Verfügung.

Nicht festgestellt werden konnte, ob die P GmbH bzw. der Beschwerdeführer das Risiko über Gewinne und Verluste tragen sowie ob diese Gesellschaft bzw. die Beschwerdeführerin an den Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen mit den verfahrensgegenständlichen Geräten beteiligt sind.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr.	Spiel	mögliche Einsätze	in Aussicht gestellte Quote
07	Hunderennen	min. 0,50 Euro	10,8 Siegwette
		max. 10,00 Euro	105,6 Einlaufwette
08	Hunderennen	min. 0,50 Euro	10,6 Siegwette

max. 10,00 Euro 109,6 Einlaufwette

Der Spielablauf stellt sich bei den verfahrensgegenständlichen Geräten mit den FA-Nrn. 07 und 08 generalisierend wie folgt dar:
Es konnten „Wetten" auf den Ausgang von bereits in der Vergangenheit stattgefundenen aufgezeichneten Hunderennen abgeschlossen werden. Die Kunden konnten lediglich einen Einsatzbetrag und einen oder mehrere vermutete Rennergebnisse auswählen und nach Eingabe von Geld eine "Wette" darauf abschließen. Danach war der in kurzen Abständen regelmäßig erfolgende Rennstart und das etwa 30 Sekunden dauernde Rennereignis abzuwarten, wonach der Verlust des Einsatzes oder ein Gewinn feststand. Die auf diesen Geräten angebotenen Spiele waren „Wetten" auf den Ausgang der Wiedergabe aufgezeichneter (virtueller) Hunderennen. Diese Rennen waren Aufzeichnungen von bereits in der Vergangenheit stattgefundenen Rennveranstaltungen. Die Kunden hatten keinerlei Einfluss auf das Zustandekommen bestimmter Spielergebnisse. Sie konnten nur einen Einsatz wählen und eine Siegwette abschließen und anschließend den Rennausgang abwarten. Der Ausgang der „Wetten" konnte vom Spieler nicht beeinflusst werden. Die Entscheidung über das Spielergebnis hing somit jedenfalls vorwiegend vom Zufall ab.

Einschlägige rechtskräftige Verwaltungsvorstrafen des Beschwerdeführers scheinen nicht auf.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweis-verfahren. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte, gründen vor allem auf der Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation sowie der GSp26-Dokumentation der Finanzpolizei sowie die Zeugenaussage in der öffentlich mündlichen Verhandlung. Dieser gab unter anderem an, dass die Geräte FA-Nr. 7 und FA-Nr. 8 probebespielt wurden. Die Funktionsweise der Geräte und die Feststellungen zu den auf diesen Gerätschaften möglichen Spielen samt Mindest- und Maximaleinsätzen gründen insbesondere auf der Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation sowie der GSp26-Dokumentation. Die Anzeige der Finanzpolizei enthält auch eine Beschreibung des Spielablaufs und lässt sich diese Beschreibung auch mit den Lichtbildern, die der Anzeige angeschlossen waren, in Einklang bringen. Die beschriebene Funktionsweise stimmt auch im Wesentlichen mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu Hundewettterminals überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben der Finanzpolizei bestehen.
Dass keine der genannten Personen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die gegenständlichen Geräte war und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, folgt für das erkennende Gericht daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen

Kontrolle, noch im behördlichen Verfahren bzw. im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurden und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde.
Die Feststellungen zum Beschwerdeführer sowie zur P GmbH samt den Eigentumsverhältnissen gründen auf den Angaben der Finanzpolizei sowie auf den Firmenbuchauszügen.

Ob der Beschwerdeführer das Gewinn- und Verlustrisiko trug, konnte nicht festgestellt werden zumal aus dem vorliegenden Akt diesbezügliche konkrete Feststellungen nicht zu entnehmen sind, sondern wurde von den Organen der Finanzpolizei in der Anzeige vom 30. Jänner 2017 auf Seite 5 „Tathandlung und rechtliche Folgen" dargelegt, die Fa. P GmbH habe verbotene Ausspielungen in Form von Hunderennen auf eigenen Namen und eigenes Risiko veranstaltet. Aus welchen Umständen oder Tatsachen dies geschlossen wurde ist der Anzeige nicht zu entnehmen. Auch aus dem Aktenvermerk oder der Niederschrift über die Einvernahme der anwesenden Angestellten konnten keine Angaben hinsichtlich Veranstaltereigenschaft entnommen werden.

In der Anzeige selbst führt das anzeigende Finanzamt aus: „Es wird darauf hingewiesen, dass der Beschuldigte bloß aufgrund der während der Kontrolle möglichen Nachforschungen als unternehmerisch an der Veranstaltung verbotener Ausspielungen Beteiligter ermittelt wurde. Diese Eigenschaft wäre zu verifizieren."
Da sich aus den im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung getätigten Aussagen und aus dem Verfahrensakt kein Hinweis darauf ergibt, wer das Gewinn- und Verlustrisiko tatsächlich trug, gelangt das Landesverwaltungsgericht OÖ. unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zur Überzeugung, dass nicht festgestellt werden kann, auf wessen Rechnung die Glücksspiele angeboten wurden.

III. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:
Hinsichtlich des Glücksspielcharakters der verfahrensgegenständlichen Geräte ist Folgendes auszuführen:
Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den verfahrensgegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden konnten, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Dies gilt auch für virtuelle Hunderennen (VwGH 27.2.2013, 2012/17/0352).

Weiters handelt es sich bei diesen Glücksspielen um Ausspielungen iSd § 2 GSpG. Aufgrund der verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräte mit den darauf verfügbaren Spielen, bei denen Spieleinsätze zu leisten und Gewinne in Aussicht gestellt sind, ist – in Ermangelung einer Konzession oder Bewilligung nach dem

Glücksspielgesetz – von einer verbotenen Ausspielung iSd § 2 Abs. 4 GSpG auszugehen.

Dem Beschuldigten wurde in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 9.2.2017 sowie im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfen, seit 10. März 2016 bis 20. Dezember 2016 als Unternehmer verbotene Ausspielungen veranstaltet zu haben.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass es sich bei diesen Glücksspielen auch um Ausspielungen iSd § 2 GSpG handelt. Aufgrund der verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräte mit den darauf verfügbaren Spielen, bei denen Spieleinsätze zu leisten und Gewinne in Aussicht gestellt sind, ist - in Ermangelung einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücks-spielgesetz - von einer verbotenen Ausspielung iSd § 2 Abs. 4 GSpG auszugehen. Weiters ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt wurde und diese Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

Es gibt jedoch keine ausreichenden Beweisergebnisse dafür, dass der Beschwerdeführer verbotene Ausspielungen auf eigene Rechnung durchgeführt hätte, also das Gewinn- und Verlustrisiko getragen hätte. Als Veranstalter kommt aber nur jene Person in Betracht, welche das Spiel auf eigene Rechnung ermöglicht (Schwartz/Wohlfahrt, GSpG2, § 52 Rz 6 unter Hinweis auf VwGH 20.12.1996, 93/17/0058; 16.2.2004, 2003/17/0260). Das ergibt sich auch aus der Entscheidung des VwGH vom 26. Jänner 2010, 2008/02/0111.

Dem Beschwerdeführer konnte daher nicht nachgewiesen werden, dass er mit den verfahrensgegenständlichen Geräten verbotene Ausspielungen auf eigene Rechnung durchgeführt - diese also veranstaltet hat. Das Gewinn- und Verlustrisiko könnte ebenso gut beim Lokalbetreiber liegen.

Eine Bestrafung kann iSd § 45 Abs. 1 Z 1 VStG aber nur dann erfolgen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat erwiesen ist. Im Verwaltungsstraf-verfahren gilt der Grundsatz „in dubio pro reo" (Fister in Lewisch/Fister/ Weilguni, VStG § 25 Rz 10).

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). Wie oben ausführlich dargestellt, war im vorliegenden Fall die Klärung der Frage, auf wessen Rechnung die gegenständlichen Glücksspiele angeboten wurden, nicht möglich. Weder aufgrund der im Verwaltungsakt einliegenden Beweismittel noch aufgrund

der Aussagen im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte die im bekämpften Straferkenntnis vorgeworfene Tat erwiesen werden.
Sodass spruchgemäß zu entscheiden war.

Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdeführer nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist.

Wird gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG eine verhängte Strafe infolge Beschwerde aufgehoben, so sind die Kosten des Verfahrens von der Behörde zu tragen, falls sie aber schon gezahlt sind, zurückzuerstatten.

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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch 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 dieses Erkenntnis 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.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Süß