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-411970/7/HW

Datum:
Linz, 8. Jänner 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Wiesinger über die Beschwerde von M M, P, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Braunau am Inn vom 21.3.2017, GZ: BHBRSich-2016-436139/101-Sch, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben und es wird das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren wegen § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG gemäß § 45 Abs 1 Z 1 VStG eingestellt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis wurde über die Beschwerde führende Partei (kurz „Bf“) unter anderem wörtlich wie folgt abgesprochen:
„Sie haben in der Zeit vom 11.12.2016 bis 12.12.2016 im angeführten Standort mit den Eingriffsgegenständen Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen [...] auf eigenen Namen und Rechnung sowie auf eigenes Risiko veranstaltet. 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.
Als handelsrechtliche Geschäftsführerin [...] der Firma P F M GmbH haben Sie somit eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1, erstes Tatbild, GSpG begangen, bzw. diese Tat zu verantworten.
Eingriffsgegenstände:
1. Kajot Auftragsterminal, SerienNr. x,
[...]
2. Kajot Auftragsterminal, SerienNr. x,
[...]“.
[Hervorhebungen nicht übernommen]

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde, in welcher die Aufhebung des Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens beantragt werden.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht geht nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung von folgendem Sachverhalt aus:

Bei einer finanzpolizeilichen Kontrolle am 12.12.2016 wurden im von E H betriebenen Cafe „H“, M, die Walzenspielgeräte mit den Seriennummern x (Gerät mit FA-Nr. 1) und x (Gerät mit FA-Nr. 2) sowie ein „afric2go“-Gerät ohne feststellbare Seriennummer in einem öffentlich zugänglichen Bereich betriebsbereit aufgestellt vorgefunden und nach der Durchführung von Testspielen vorläufig beschlagnahmt.

Es kann nicht festgestellt werden, dass im Zeitraum 11.12.2016 bis 12.12.2016 mittels der oben angeführten Geräte Ausspielungen auf Rechnung bzw. auf wirtschaftliches Risiko der P f M GmbH und/oder auf Rechnung bzw. auf wirtschaftliches Risiko der Bf persönlich erfolgt wären.

II.2. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aufgrund folgender Beweiswürdigung:

Die Durchführung der Kontrolle und das Vorhandensein der Geräte im Lokal ergeben sich aus der finanzpolizeilichen Dokumentation (insbesondere aus dem Aktenvermerk, den Gsp 26 Formularen und den Lichtbildern).

Dass nicht festgestellt werden kann, dass Ausspielungen auf Rechnung bzw. auf wirtschaftliches Risiko der P f M GmbH und/oder auf Rechnung bzw. auf wirtschaftliches Risiko der Bf persönlich erfolgt wären, ergibt sich aus folgenden Überlegungen: Die Bf bestreitet bereits in der Rechtfertigung vor der belangten Behörde, die ihr zur Last gelegte Verwaltungsübertretung begangen zu haben. Der Vertreter der belangten Behörde verwies in der mündlichen Verhandlung bei Erörterung der Veranstaltereigenschaft auf die vorgelegten Eigentumsnachweise betreffend die Glücksspielgeräte. Diese Eigentumsnachweise sprechen zwar für ein Eigentumsrecht der P f M GmbH bezüglich bestimmter Geräte, allerdings lässt der Umstand Eigentümer von Geräten zu sein, für sich (allein) nicht zwingend den Schluss zu, dass mit diesen Geräten durchgeführte Ausspielungen auch auf Rechnung bzw. auf wirtschaftliches Risiko des Eigentümers erfolgen würden. Vielmehr ist es auch möglich, dass die Ausspielungen von einer anderen Person veranstaltet wurden und vom Eigentümer lediglich die Geräte zur Verfügung gestellt wurden. Auch aus der finanzpolizeilichen Dokumentation ergibt sich nicht, dass Ausspielungen auf Rechnung bzw. auf wirtschaftliches Risiko der P f M GmbH und/oder auf Rechnung bzw. auf wirtschaftliches Risiko der Bf persönlich erfolgt wären. Konsequenterweise wird in der Anzeige der Finanzpolizei unter Tatverdächtiger daher auch „Unbekannter Täter“ angeführt. Mangels hierfür ausreichender Beweisergebnisse gelangt das Landesverwaltungsgericht unter Würdigung der im Verfahren hervorgekommenen Umstände inklusive des Beschwerdevorbringens nicht zur Überzeugung, dass mit den gegenständlichen Geräten im Tatzeitraum Ausspielungen auf Rechnung bzw. auf wirtschaftliches Risiko der P f M GmbH und/oder auf Rechnung bzw. auf wirtschaftliches Risiko der Bf persönlich erfolgt wären.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Als Täter, der im Sinne des ersten Tatbildes des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 leg cit veranstaltet, kommt in Betracht, wer das Spiel auf seine Rechnung und Gefahr ermöglicht, also das Risiko des Gewinns und Verlusts in seiner Vermögenssphäre trägt (vgl. VwGH 16.2.2004, 2003/17/0260; 19.5.2017, Ra 2016/17/0173). Als Veranstalter kommt daher nur in Betracht, wer das Spiel auf eigene Rechnung ermöglicht (*Schwartz/Wohlfahrt*, GSpG^2, § 52 Rz 6 unter Hinweis auf VwGH 20.12.1996, 93/17/0058; 16.2.2004, 2003/17/0260). Da sich aus dem festgestellten Sachverhalt nicht ergibt, dass mit den gegenständlichen Geräten im Tatzeitraum Ausspielungen auf Rechnung der P f M GmbH bzw. der Bf erfolgten,

scheidet gegenständlich eine Bestrafung der Bf wegen Veranstaltens auf eigene Rechnung aus.

III.2. „Sache“ des Verwaltungsstrafverfahrens ist die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhaltselementen (VwGH 8.11.2000, 99/04/0115). Im angefochtenen Straferkenntnis wurde der P f M GmbH (bzw. der Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführerin dieser Gesellschaft) nur vorgeworfen, mit den Eingriffsgegenständen Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen auf eigene „Rechnung sowie auf eigenes Risiko veranstaltet“ zu haben. Eine erstmalige Bestrafung wegen einer anderen Tat scheidet daher für das Landesverwaltungsgericht aus (vgl. auch VfGH 14.03.2017, E3282/2016: Es ist den Verwaltungsgerichten verwehrt, über den Gegenstand des Straferkenntnisses hinauszugehen). Im Übrigen wurde auch bereits in der Aufforderung zur Rechtfertigung (nur) der Vorwurf erhoben, dass die P f M GmbH näher konkretisierte Ausspielungen „auf eigenen Namen und Rechnung sowie auf eigenes Risiko veranstaltet“ habe.

III.3. Da eine Bestrafung wegen Veranstaltens nicht in Betracht kommt, war das Straferkenntnis aufzuheben und das Verfahren wegen § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG einzustellen. In wie weit die Verhängung einer Strafe wegen einer anderen Tat erfolgen könnte, ist in der vorliegenden Entscheidung nicht weiter zu prüfen.

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. Ob Ausspielungen auf Rechnung der P f M GmbH bzw. der Bf erfolgten, war auf Tatsachenebene festzustellen, sodass diesbezüglich daher Fragen der Beweiswürdigung betroffen sind, zu deren Überprüfung der Verwaltungsgerichtshof (im Allgemeinen) jedoch nicht berufen ist (vgl. etwa VwGH 24.04.2014, Ra 2014/01/0010; 18.06.2014, Ra 2014/01/0029).

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

Mag. Dr. Wiesinger