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-412846/8/MB/Hue

Datum:
Linz, 7. Jänner 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde des J E, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x 17/11, W, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 29. März 2018, GZ: Pol96-168-2016, wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18. September 2018

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch 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. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Gmunden vom 29. März 2018, GZ: Pol96-168-2016, wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von 1.000 Euro und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Stunden wegen einer Übertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 100 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben es als handelsrechtlicher Geschäftsführer der x-GmbH mit Sitz in E, x 1, und somit als Verantwortlicher gemäß § 9 VStG zu verantworten, dass diese als Unternehmerin im Lokal ‚x' der Betreiberin x & Co KG, in Vf, x 1, in der Zeit vom 11.02.2016 bis 11.04.2016 die Durchführung von verbotenen Glückspielen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG in Form von elektronischen Glücksräder auf eigene Rechnung und eigenes Risiko veranstaltet hat, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, indem sie im Lokal ‚x' folgenden, in ihrem Eigentum stehenden Glücksspielautomat

Afric2Go, Seriennummer x, Versiegelungsplakette A054438-A054443

aufgestellt und daraus regelmäßig Umsätze/Einnahmen erzielt hat. Mit den darauf möglichen Glücksspielen wurde aufgrund der zufallsabhängigen Entscheidung über das Spielergebnis, der zu leistenden Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne deshalb unzulässigerweise in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen, weil weder eine Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die mit diesem Gerät veranstalteten Ausspielungen vom Glücksspielmonopol des Bundes gem § 4 GSpG ausgenommen, noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren.
Es handelte sich dabei um Glücksspiele, mit welchen selbstständig nachhaltig Einnahmen erzielt wurden, welche also von einem Unternehmer im Sinne des § 2 Abs 2 GSpG veranstaltet wurden, für welche zur Teilnahme am Spiel eine vermögenswerte Leistung in Form des Einsatzes zu entrichten war und für welche vom Unternehmer vermögenswerte Leistungen (Gewinn) in Aussicht gestellt wurden.
Tatort: Lokal ‚x' in V, x 1
Tatzeit: 11.02.2016 bis 11.04.2016"
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend stützt sich die belangte Behörde auf die eigenen dienstlichen Wahrnehmungen der Organe der Finanzpolizei und ist auf der Grundlage dieser Wahrnehmungen zum Schluss gelangt, die vorgeworfene Verwaltungsübertretung ist als erwiesen anzusehen.

Gegen dieses Straferkenntnis, welches dem Beschwerdeführer zuhanden seines rechtsfreundlichen Vertreters zugestellt wurde, wurde mit Eingabe vom 26. April 2018 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 7. Mai 2018 hat die belangte Behörde die ggst. Beschwerde unter Anschluss des Verfahrensaktes dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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 den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter.

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 18. September 2018, in welcher der Zeuge W Q (Finanzpolizei) einvernommen wurde.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:
Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 11. April 2016 im Lokal „x“ in V, x 1, wurde das im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführte Gerät betriebsbereit vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und vorläufig beschlagnahmt.

Der Beschwerdeführer war zum Tatzeitpunkt handelsrechtlicher Geschäftsführer der x-GmbH (nunmehr x-GmbH), welche Eigentümerin des Geräts ist.

Das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen war nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für das verfahrensgegenständliche Gerät. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

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

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr	*Spiel*	*Vervielfachungsfaktoren*	*Einsatz*	*Gewinnaussicht*
3	afric2go	1, 2 und 4	2 Euro	40 Euro

Der Spielablauf beim Gerät „afric2go“ stellt sich wie folgt dar:

Beim gegenständlichen Gerät mit der Gehäusebezeichnung "afric2go" handelt es sich um ein Gerät, das unter anderem für Geldwechselzwecke verwendet werden kann. Auf dem Gerät befinden sich eine rote und eine grüne Taste. Mittels Drücken der grünen Taste kann zunächst zwischen Stufe 1, 2 und 4 gewechselt werden. Durch Einwerfen von Münzen oder Einführen von Banknoten in den Banknoteneinzug kommt es zur Anzeige eines entsprechenden Guthabens auf dem Kreditdisplay. Durch erneutes Drücken der grünen Taste kann das Guthaben in 1 Euro oder 2 Euro Münzen gewechselt werden.
Durch Drücken der roten Taste können jedoch – abhängig vom gewählten Multiplikator (der gewählten Stufe) – 1, 2 oder 4 (je nach Stufe) Lieder am Automaten angehört oder auf einen USB-Stick, welcher am Automaten angeschlossen werden kann, kopiert werden. Wird die rote Taste bei Stufe 1 gedrückt, so verringert sich der Kreditstand um einen Euro, bei gewählter Stufe 2 verringert sich der Kreditstand um 2 Euro, bei gewählter Stufe 4 um 4 Euro.
Während des Anhörens oder Kopierens der Musik, also bereits aufgrund des Drückens der roten Taste, kommt es automatisch zur Aktivierung eines zufalls-abhängigen Bonussystems am Gerät, bei dem der Beleuchtungsumlauf in den Zahlenfeldern und Notensymbolen in der Gerätemitte ausgelöst wird.
Sofern am Ende des vom Kunden nicht beeinflussbaren Beleuchtungsumlaufs ein Zahlenfeld beleuchtet bleibt, bleibt ein Guthaben auf dem Anzeigedisplay stehen, welches dem Kredit zugezählt werden kann. Das aktivierte zufallsabhängige Bonussystem ermöglicht in der Stufe 1 einen Bonus (ein weiteres Guthaben) von 2/4/6/8 oder 20, in Stufe 2 einen Bonus (ein weiteres Guthaben) in doppelter Höhe und in der Stufe 4 in vierfacher Höhe. Durch Drücken der grünen Taste kann der Kredit inklusive eines allfällig erzielten Bonus ausgeworfen werden.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen betreffend der durchgeführten Kontrolle, des dabei vorgefundenen Geräts und dessen Funktionsweise gründen vor allem auf der Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation, der GSp26-Dokumentation der Finanzpolizei und den bisher gewonnenen Erfahrungen mit gleichartigen Geräten und Spielen. 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. Aus der Sicht des Landesverwaltungsgerichts bestehen keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben der Finanzpolizei.
Dass der Beschwerdeführer bzw. das von ihm vertretene Unternehmen nicht 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 x-GmbH samt dem Eigentumsverhältnis gründen auf den Angaben der Finanzpolizei sowie auf dem Firmenbuchauszug.

Ob das vom Beschwerdeführer vertretene Unternehmen 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 25. April 2016 auf Seite 4f „Tathandlung und rechtliche Folgen“ dargelegt, die Fa. x-GmbH habe verbotene Ausspielungen 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 den sonstigen Unterlagen 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 Veranstalter der verbotenen Ausspielungen ermittelt wurde. Diese Veranstaltereigenschaft wäre zu verifizieren.“ Da sich aus den im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlungen getätigten Aussagen und aus dem Verfahrensakt kein Hinweis darauf ergibt, wer das Gewinn- und Verlustrisiko tatsächlich trug, gelangt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 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 des verfahrensgegenständlichen Geräts ist Folgendes auszuführen:
Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit dem verfahrensgegenständlichen afric2go-Gerät Spiele durchgeführt werden konnten, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt.

Dem Beschuldigten wurde in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 21. Februar 2017 sowie im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfen, 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 dieses Geräts 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.

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 das von ihm vertretene Unternehmen mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät verbotene Ausspielungen auf eigene Rechnung durchgeführt - diese also veranstaltet hat. Das Gewinn- und Verlustrisiko könnte ebenso gut bei der Lokalbetreiberin 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 Verwaltungsstrafverfahren 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 Aussage 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.

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. 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 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

Dr. Brandstetter