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-413329/8/MS

Datum:
Linz, 25. April 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde der R W, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, x, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 7. März 2019, GZ: VStV/919300317173/2019, 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

zu Recht:

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

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens 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:

Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) vom 7. März 2019, GZ: VStV/919300317173/2019, wurde über die Beschwerdeführerin eine Geldstrafe von 30.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 300 Stunden) wegen Übertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 3.000 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben, wie am 31.01.2019 um 10:40 Uhr, in x, x, ‚Pizzeria T ' von Organen des Finanzamtes Linz anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, sich als nach außen hin vertretungsbefugtes Organ der Firma G s.r.o., und somit als Unternehmer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen mit folgenden Glücksspielgeräten veranstaltet:

FA1) Gehäusebezeichnung Afric2go, Seriennr. 1152

mit welchen zumindest seit 01.01.2019, wiederholt Glücksspiele in Form von elektronischem Glücksrad durchgeführt wurden und in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil die dafür erforderliche Konzession des Bundesministeriums für Finanzen nicht vorlag."

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend stützt sich die belangte Behörde auf die eigenen dienstlichen Wahrnehmungen der Organe des Finanzamtes Linz 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 die Beschwerdeführerin als Geschäftsführerin der G s.r.o., die als Veranstalterin des im Spruch angeführten Gerätes angezeigt worden ist, fungiert.

Gegen dieses Straferkenntnis, welches der Beschwerdeführerin zuhanden ihres rechtsfreundlichen Vertreters zugestellt wurde, wurde mit Eingabe vom 2. April 2019 (eingelangt am 4. April 2019) 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 und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

Mit Schreiben vom 4. April 2019 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. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde übermittelten Verfahrensakt, insbesondere die im Akt einliegende Dokumentation, Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 23. April 2019 sowie durch die Einvernahme des Zeugen C L.

Das Landesverwaltungsgericht OÖ. geht bei seiner Entscheidung von folgendem relevanten Sachverhalt aus:

Bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht am 31. Jänner 2019, ab 10:40 Uhr im Lokal „Pizzeria T“ in x, x, durchgeführten Kontrolle wurde folgendes Gerät betriebsbereit vorgefunden:

FA 1) Gehäusebezeichnung ‚Afric2go‘, Seriennr. 1152

Die Beschwerdeführerin war zum Tatzeitpunkt Geschäftsführerin der G s.r.o., welche Eigentümerin der Geräte ist.

Das von der Beschwerdeführerin 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.

Das verfahrensgegenständliche Gerät stand von zumindest 1. Jänner 2019 bis zu Beginn der Kontrolle am 31. Jänner 2019 in einem öffentlich zugänglichen Bereich im ggst. Lokal eingeschaltet und betriebsbereit für Spieler zur Verfügung.

Nicht festgestellt werden konnte, ob die G s.r.o. bzw. die Beschwerdeführerin das Risiko über Gewinne und Verluste tragen sowie ob diese Gesellschaft bzw. die Beschwerdeführerin an den Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät beteiligt ist.

Das vorgefundene Gerät konnte vom Zeugen probebespielt und folgende Feststellungen getroffen werden:

FA-Nr	Spiel	Vervielfachung	gesetzter Betrag	Gewinnaussicht
1	afric2go	1, 2 und 4	4 Euro	80 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 zufallsabhängigen 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 die durchgeführte Kontrolle sowie das dabei vorgefundene Gerät gründen vor allem auf der Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation, der GSp26-Dokumentation der Finanzpolizei, der bisher gewonnenen Erfahrung mit gleichartigen Geräten und Spielen sowie der Zeugenaussage in der öffentlich mündlichen Verhandlung vom 23. April 2019. Der Zeuge gab an, dass er das Gerät FA-Nr. 1 probebespielt hat und dazu ein GSp26-Formular mit der Beschreibung des Spielablaufes ausgefüllt wurde.
Die Anzeige der Finanzpolizei enthält auch eine Beschreibung des Spielablaufes 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 die Beschwerdeführerin bzw. das von ihr vertretene Unternehmen nicht im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für das gegenständliche Gerät 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 zur Beschwerdeführerin sowie zur G s.r.o. samt den Eigentumsverhältnissen gründen auf den Angaben der Finanzpolizei sowie auf den Firmenbuchauszügen.

Ob das von der Beschwerdeführerin 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 15. Februar 2019 auf Seite 4 „Tathandlung und rechtliche Folgerungen“ dargelegt, die Fa. G s.r.o. 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 der Niederschrift über die Einvernahme des anwesenden Angestellten konnten keine Angaben hinsichtlich Veranstaltereigenschaft entnommen werden.
In der Anzeige selbst führt das anzeigende Finanzamt aus: „Es wird darauf hingewiesen, dass die 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 OÖ. unter sorgfältiger Würdigung aller Umstände zur Überzeugung, dass nicht festgestellt werden kann, auf wessen Rechnung die Glücksspiele angeboten wurden.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Hinsichtlich des Glücksspielcharakters des verfahrensgegenständlichen Gerätes ist Folgendes auszuführen:
Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät „Afric2go“ Spiele durchgeführt werden konnten, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt (VwGH 27.2.2013, 2012/17/0352).

Der Beschuldigten wurde in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 18. Februar 2019 sowie im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfen, seit 1. Jänner 2019 als Unternehmerin 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 des verfahrensgegenständlichen Glücksspielgerätes 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. 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 die Beschwerdeführerin 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.
Der Beschwerdeführerin konnte daher nicht nachgewiesen werden, dass das von ihr 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 Aussagen im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlungen 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 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. Süß