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-413529/6/MS

Datum:
Linz, 8. Oktober 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde des Z B, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, X, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich, Polizeikommissariat Steyr, vom 29. Juli 2019, GZ: VStV/919300353402/2019, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer 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, Polizeikommissariat Steyr (im Folgenden: belangte Behörde) vom 29. Juli 2019, GZ: VStV/919300353402/2019, wurde über den Beschwerdeführer pro Gerät eine Geldstrafe von 10.000 Euro, gesamt 50.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe gesamt 10 Tage) wegen Übertretungen nach § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von 5.000 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben in der Zeit vom 06.02.2019 bis 07.02.2019 im angeführten Standort mit dem Eingriffsgegenstand Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form von Walzenspielgeräten, 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.

Die Firma V T s.r.o. hat somit eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Zi 1, erstes Tatbild, GSpG, begangen, was Sie als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit als das zur Vertretung nach Außen berufene Organ zu verantworten haben.

Sie haben daher als Unternehmer im Standort ‚K S' in S, X in der Zeit von 06.02.2019 bis 07.02.2018 verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG auf eigene Rechnung und eigenes Risiko veranstaltet, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte. Sie haben dadurch, dass Sie seit zumindest 06.02.2019 bis 07.02.2019 die gegenständlichen Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen veranstaltet haben, selbstständig und nachhaltig eine Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen entfaltet und daher als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG gehandelt.

Die Ihnen angelastete Verwaltungsübertretung wurde bei einer von der Abgabenbehörde, Finanzamt Freistadt Rohrbach Urfahr als Organ der Öffentlichen Aufsicht im Sinne des § 50 Abs. 2 GSpG durchgeführten Kontrolle am 07.02.2019 um 13:15 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung ‚K S', in S, X Betreiber A T GmbH festgestellt. Es wurden folgende Geräte (betriebsbereit und funktionsfähig) vorgefunden:

FA-1	Gehäusebezeichnung : KAJOT	SN: 9120170100104
FA-2	Gehäusebezeichnung : ohne	SN: 9120170100125
FA-3	Gehäusebezeichnung : ohne	SN: 9120170100067
Fa-4	Gehäusebezeichnung : ohne	SN: 9120170100065
FA-5	Gehäusebezeichnung: ohne	SN: 9120170100148

Mit diesen Eingriffsgegenständen, mit welchen zumindest seit dem Aufstellungsdatum wiederholt Glücksspiele in Form von virtuellen Walzenspielen veranstaltet wurden und mit denen aufgrund der zufallsabhängigen Entscheidung über das Spielergebnis, der zu leistenden Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne deshalb in das Glücksspielgerät des Bundes eingegriffen wurde, weil weder eine Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die mit diesem Gerät veranstalteten Ausspielungen vom Glücksspielmonopol des Bundes gem. § 4 ausgenommen noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren."

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 V T s.r.o., die als Veranstalterin der im Spruch angeführten Geräte angezeigt worden ist, fungiert.

Gegen dieses Straferkenntnis, welches dem Beschwerdeführer zuhanden seines rechtsfreundlichen Vertreters zugestellt wurde, wurde mit Eingabe vom 22. August 2019 (eingelangt am 23. August 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 29. August 2019 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 OÖ. 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 2. Oktober 2019 sowie durch die Einvernahme des Zeugen K W.

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

Bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht am 7. Februar 2019, ab 13:15 Uhr im Lokal „K S" in S, X, durchgeführten Kontrolle wurden folgende Geräte betriebsbereit vorgefunden:

FA-1	Gehäusebezeichnung: KAJOT	SN: 9120170100104
FA-2	Gehäusebezeichnung: ohne	SN: 9120170100125
FA-3	Gehäusebezeichnung: ohne	SN: 9120170100067
Fa-4	Gehäusebezeichnung: ohne	SN: 9120170100065
FA-5	Gehäusebezeichnung: ohne	SN: 9120170100148

Der Beschwerdeführer war zum Tatzeitpunkt der Kontrolle Geschäftsführer der V T s.r.o., welche Eigentümerin der Geräte 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.
Die verfahrensgegenständlichen Geräte standen von zumindest vom 6. Februar 2019 bis zu Beginn der Kontrolle am 7. Februar 2019 in einem öffentlich zugänglichen Bereich im ggst. Lokal eingeschaltet und betriebsbereit für Spieler zur Verfügung.

Nicht festgestellt werden konnte, ob die V T s.r.o. 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.

Die vorgefundenen Geräte konnten vom Zeugen nicht probebespielt werden, da die Geräte vor Durchführung einer Bespielung heruntergefahren wurden. Der Zeuge konnte jedoch zu Beginn der Kontrolle beobachten, dass an drei dieser Geräte gespielt wurde. Während der Kontrolle konnten auf jeden Gerät die darauf befindliche Spielübersicht und mit Ausnahme des Gerätes FA-3 der Gewinnplan aufgerufen werden, beim Gerät FA-3 war der diesbezügliche Bildschirm defekt.

Bei den gegenständlichen Geräten handelt es sich um Walzenspielgeräte in Form von Skill Games.

Der Spielablauf stellt sich bei den ggst. Geräten wie folgt dar:
Bei den virtuellen Walzenspielen war ein sogenanntes „Skill Game“ vorgelagert. Es handelt sich dabei um ein Miniaturwalzenspiel mit 3 virtuellen Walzen, welche die Zahlen 0 – 9 sowie den Buchstaben „A“ aufweisen. Die Zusammensetzung dieser Walzen wird mit jeder Starttastenbetätigung vom Programm neu festgelegt, ohne dass der Spieler darauf einen Einfluss hat. Dieses „kleine Walzenspiel“ wird durch Loslassen der Start-Taste gestoppt. Erscheint beim „kleinen Walzenspiel“ ein „A“, so wird automatisch der große Walzenlauf ausgelöst, auf welchen der Spieler keinen Einfluss hat. Das gezielte Herbeiführen eines „A“ im „kleinen Walzenlauf“ – und damit das Auslösen des großen Walzenlaufes – ist für jeden Spieler stets möglich.

Beim an das kleine Walzenspiel anschließenden virtuellen „großen Walzenspiel“ wurden für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wurde mit der Start-Taste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach zuerst das „kleine Walzenspiel“ ausgelöst. Nach dem Loslassen der Start-Taste wurde – je nach Ergebnis des „kleinen Walzenlaufes“ (vgl. dazu oben) entweder sofort oder nach neuerlichem Betätigen der Start-Taste der „große Walzenlauf“ ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele im großen Walzenlauf zu nehmen.

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte 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 2. Oktober 2019.
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 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 V T s.r.o. samt den Eigentumsverhältnissen gründen auf den Angaben der Finanzpolizei sowie auf den Firmenbuchauszügen.

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 21. Februar 2019 auf Seite 5 „Tathandlung und rechtliche Folgerungen“ dargelegt, die Fa. V T 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 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 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. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:
Hinsichtlich des Glücksspielcharakters des verfahrensgegenständlichen Gerätes 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. Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen, etwa am 12.7.2018, Ra 2018/17/0134 (uHa VwGH 21.12.2012, 2012/17/0417; 27.1.2012, 2011/17/0246) und mit VwGH 27.4.2012, 2011/17/0074, festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. (VwGH 27.2.2013, 2012/17/0352).

Dem Beschuldigten wurde in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 25. Februar 2019 sowie im angefochtenen Straferkenntnis vorgeworfen, von 6. Februar 2019 bis 7. Februar 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 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. 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 es der Beschwerdeführer zu verantworten hat, dass verbotene Ausspielungen auf eigene Rechnung durchgeführt würden, also das Gewinn- und Verlustrisiko von der Geräteeigentümerin getragen würde.
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, wie unter II. festgestellt, nicht nachgewiesen werden, dass das von ihm vertretene Unternehmen mit den verfahrensgegenständlichen Geräten verbotene Ausspielungen auf eigene Rechnung durchgeführt - diese also veranstaltet - hat. Das Gewinn- und Verlustrisiko könnte ebenso gut bei dem 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 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 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.

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