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-413255/14/KLe

Datum:
Linz, 23. April 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Lederer über die Beschwerde von S S Z, L vertreten durch Rechtsanwalt Mag. P W, O D, L gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 15.1.2019, GZ: VStV/918301921355/2018 wegen Übertretung des Glückspielgesetzes, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Die Beschwerdeführerin hat keinen Verfahrenskostenbeitrag 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 Bescheid der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 15.1.2019, GZ: VStV/918301921355/2018 wurde folgender Spruch erlassen:

„Sie haben, wie am 15.11.2018 um 12.55 Uhr, in L, Z, im Lokal mit der Bezeichnung ‚W', Betreiber: F W A C Kft., von Organen des Finanzamtes Linz anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, die Räumlichkeiten im gegenständlichen Standort gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, um fortgesetzt Einnahmen aus den mit den Eingriffsgegenständen veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten unternehmerisch beteiligt, indem Sie die Glückspielgeräte mit den Gehäusebezeichnungen

FA1) Gehäusebezeichnung Star Dogs Seriennr.:-
FA2) Gehäusebezeichnung Bingo Seriennr.:-
FA3) Gehäusebezeichnung Game Master Seriennr.:-

zumindest seit 1.10.2018 im Lokal geduldet haben, bei welchen wiederholt Glückspiele in Form von Hunderennen und andere Spiele durchgeführt wurden und aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in das Glückspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil die dafür erforderliche Konzession des Bundesministeriums für Finanzen nicht vorlag.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 9 Abs. 1 VStG iVm §§ 2 Abs. 1 und 4 GSpG und § 2 Abs. 1 und 4 GSpG und 52 Abs. 1 Zi. 1, viertes Tatbild GSpG idF BGBl Nr. 105/2014

Wegen dieser Verwaltungsübertretung wird über Sie folgende Strafe verhängt:

Geldstrafe in Euro	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß §
1) 1.000,- (für FA1)	1) 12 Stunden		1)-3): § 52 Abs. 1 Zi. 1 4. Tatbild GSpG idF 1989
2) 1.000,- (für FA2)	2) 12 Stunden		
3) 1.000,- (für FA3)	3) 12 Stunden		

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

300,- Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10 % der Strafe (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich 100 Euro angerechnet);

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher 3.300,- Euro".

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende rechtzeitige Beschwerde, in welcher die Aufhebung des Straferkenntnisses und Einstellung des Verfahrens in eventu die Aufhebung des Straferkennntnisses und die Zurückverweisung zur neuerlichen Entscheidung an die belangte Behörde beantragt wurde. Begründend wurde ausgeführt:

„I. Zur Mangelhaftigkeit des Verfahrens

1. Die Beschwerdeführerin war während der Weihnachtsfeiertage ortsabwesend, weshalb eine Hinterlegung der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 19.12.2018 unzulässig war. Die Beschwerdeführerin hat unmittelbar nach ihrer Rückkehr aus dem Urlaub die hinterlegte Aufforderung zur Rechtfertigung am 7.1.2019 in Empfang genommen und durch ihren ausgewiesenen Vertreter innerhalb der sich daraus ergebenden Frist die erneut

beigeschlossene Stellungnahme erstattet. Diese wäre bei der Abfassung zu berücksichtigen gewesen, zumal seitens der Behörde offenbar nicht einmal der Rücklauf der Hinterlegungsanzeige abgewartet wurde.
2. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird daher das in der Stellungnahme vom 21.01.2019 erstattete Vorbringen auch zum Beschwerdevorbringen erhoben.
3. Äußerst bemerkenswert erscheint es, dass ohne Aufforderung und Antragstellung hierzu – die belangte Behörde führt aus, die Beschwerdeführerin habe sich bisher nicht am Verfahren beteiligt – Aktenkopien zur Verfügung gestellt werden und diesbezüglich ein Kopierkostenbeitrag eingehoben wird. Mangels Anforderung der Aktenkopie wird im Sinn des § 17 Abs. 1 AVG auch keine Kostenersatzpflicht anerkannt.
4. Wäre der Beschwerdeführerin die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt worden, hätte diese vorwiegend drauf hingewiesen, nicht unternehmerisch teilgenommen zu haben. Die Beschwerdeführerin ist ausschließlich Eigentümerin der Liegenschaft bzw. des Wohnungseigentumsobjekts und hat aufgrund eines Mietvertrages welcher auch die Verwendung des Objekts als Gastronomielokal vorsieht, ihr Bestandsobjekt in Bestand gegeben. Daraus lässt sich jedoch keine unternehmerische Teilnahme an verbotenen Ausspielungen ableiten.
In rechtlicher Hinsicht hätte die belangte Behörde daraus schließen müssen, dass die Beschwerdeführerin nicht am Unternehmenserfolg der verbotenen Ausspielungen partizipiert und damit der Tatbestand des unternehmerischen Teilnehmens nicht erfüllt sein kann. Ansonsten impliziert die Rechtsansicht der Finanzpolizei, welche offenbar von der belangten Behörde mitgetragen wird, dass auch allfällige Stromversorgungsunternehmen und das Finanzamt selbst (infolge allfälliger Zahlung der Glücksspielabgaben auch bei illegalem Glücksspiel) unternehmerisch an verbotenen Ausspielungen teilnehmen würden, erhalten diese ebenfalls Zahlungen, ohne das unternehmerische Risiko mitzutragen.
Das Verfahren wäre damit unmittelbar einzustellen gewesen.
II. Zur Aktenwidrigkeit
Die belangte Behörde stellt im Rahmen der Begründung fest, dass die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 19.12.2018, zugestellt am 24.12.2018 mittels Hinterlegung, zur Rechtfertigung aufgefordert wurde. Weiters stellt die belangte Behörde fest, dass sich die Beschwerdeführerin bis dato (Datum der Erstellung des Straferkenntnis) nicht gerechtfertigt hat, weshalb das Strafverfahren ohne Anhörung der Beschuldigten durchgeführt wurde. Ergänzend ist nochmals festgehalten, dass eine abschließende Stellungnahme der Beschwerdeführerin nicht eingelangt sei. Insofern verwundert es, wenn die belangte Behörde in ihrer rechtlichen Beurteilung (Seite 4 des Straferkenntnis) wörtlich anführt: ‚Dem von Ihnen ins Treffen geführten unionsrechtlich begründeten Anwendungsverbot der §§ 52 bis 54 GSpG...‘.
Die belangte Behörde agiert daher aktenwidrig, indem sie entweder unrichtig feststellt, dass sich die Beschwerdeführerin bisher nicht geäußert habe, oder offenbar eine aus einem anderen Straferkenntnis stammende Begründung wörtlich übernommen hat und damit Inhalte einfließen lässt, die sich im Akt nicht finden.
III. Zur unrichtigen rechtlichen Beurteilung
1. Die belangte Behörde begründet die unternehmerische bzw. selbständig nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen durch das Zurverfügungstellen von Räumlichkeiten gegen Entgelt an den Glückspielveranstalter. Inwiefern durch die entgeltliche Vermietung eines Bestandsobjektes eine selbständige nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von

Glücksspielen ausgeübt werden soll, bleiben sowohl die Finanzpolizei als auch die Behörde gänzlich schuldig.
Eine selbständige Tätigkeit bedeutet stets auch das Eingehen eines wirtschaftlichen Risikos und eine Abhängigkeit vom wirtschaftlichen Erfolg der Tätigkeit.
Demgegenüber ist die Beschwerdeführerin als Vermieterin aus dem beigeschlossenen Mietvertrag berechtigt, unabhängig vom Erfolg des darin betriebenen Unternehmens monatlich Mietzins zu verlangen und diese Forderung auch durchzusetzen. Es ist diesbezüglich gänzlich unerheblich, ob die Mieterin das Objekt auch tatsächlich nutzt oder in welcher Form das Objekt tatsächlich genutzt wird. Die Bestandgeberin (die Beschwerdeführerin) hat Anspruch auf den vertraglich vereinbarten Mietzins.
Insoweit liegt aus der Vermietung keine selbständige nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glückspielen vor. Andernfalls – bei Aufrechterhaltung der Rechtsansicht der belangten Behörde wären auch die sonstigen Versorgungsunternehmen wie Stromanbieter unternehmerisch am Glücksspiel beteiligt, da auch diese monatlich die Akontobeträge erhalten würden.
2. Für die Beschwerdeführerin ist es rechtlich gänzlich unerheblich, welche Unternehmung im von ihr in Bestand gegebenen Objekt ausgeübt wird. Sie würde auch beim Betrieb eines Friseursalons oder einer sonstigen Tätigkeit die gleich hohen Mieteinnahmen unabhängig vom unternehmerischen Erfolg des Bestandnehmers erzielen, zumal hier ein fixer Mietzins und keine Umsatzbeteiligung vereinbart ist.
Außerdem hat die Bestandgeberin das Objekt gemäß Vertragspunkt 1. ausschließlich zur Nutzung als Gastronomielokal vermiete. Auch der belangten Behörde muss bekannt sein, dass ein Vermieter nur höchst eingeschränkte Rechte hat, um das Mietobjekt auch betreten zu dürfen. Die Bestandgeberin hat damit nicht die Handhabe, das Mietobjekt zur ständigen Kontrolle zu betreten. Für die Bestandgeberin hatte es den Anschein, als würde die Bestandnehmerin ein Gastronomielokal betreiben.
3. Auch die ständige Spruchpraxis des Verwaltungsgerichtshofes sieht eine Begründungspflicht für die unternehmerische Tätigkeit im Sinn des GSpG vor, zumal sich aus der bloßen Feststellung der Vermietung von Räumlichkeiten keine unternehmerische Beteiligung ergibt (vgl. VwGH 2012/17/0326).
Eine unmittelbare unternehmerische Beteiligung ist bei einer zulässigen Vermietung nicht gegeben, da der rechtlich erforderliche Konnex nicht gegeben ist. Es mangelt an der Kausalität, da die Beschwerdeführerin – wie oben bereits ausgeführt – ihre Erwerbsaussicht durch die Zurverfügungstellung eines Mietobjektes für gesetzlich zulässige Zwecke ausübt. Damit ist noch keine unternehmerische Beteiligung begründet.
Diese erforderliche Kausalität bzw. den erforderlichen Konnex kann auch die Finanzpolizei offenbar nicht begründen, welche in ihrer Anzeige vom 13.12.2018 (Seite 5) exakt jenen Absatz anführt, welchen die belangte Behörde nunmehr wortwörtlich übernommen hat. Die belangte Behörde hat damit offenbar selbst gar kein Ermittlungsverfahren durchgeführt (weiterer Verfahrensmangelt) Insofern liegt auch ein Verstoß gegen § 44a VStG vor.“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

Mit Schreiben vom 13.2.2019 legte die belangte Behörde dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht bei seiner Entscheidung von folgendem entscheidungsrelevanten Sachverhalt aus:

Mit Vertrag vom 1.6.2018, abgeschlossen zwischen der Beschwerdeführerin als Vermieterin einerseits und der F W A C kft als Mieterin andererseits, wurde das Geschäftslokal im Ausmaß von 88 m² in der Z, L vermietet. Das Mietverhältnis begann am 1.6.2018 und wurde befristet auf die Dauer von 3 Jahren, somit bis 31.5.2021, abgeschlossen.

Punkt 1. des Mietvertrages lautet auszugsweise:
„[...] Das Bestandobjekt darf vom Mieter nur als Gastronomielokal verwendet werden. Die Nutzung des Lokals als Bordell, Spiellokal sowie jede andere Nutzung ist ausdrücklich verboten. Jede Änderung dieses Zweckes bedarf der vorher einzuholenden schriftlichen Zustimmung des Vermieters.“ [Hervorhebungen nicht übernommen]

Der für das Mietobjekt zu entrichtende Mietzins war in Punkt 3. des Mietvertrages fix vorgegeben und nicht an die Umsätze des darin betriebenen Lokals gekoppelt.

Die Mieterin, F W A C kft, betrieb in dem von der Beschwerdeführerin angemieteten Objekt ein Lokal mit der Bezeichnung „W“. Dort hatte sie zumindest seit 1.10.2018 bis zur finanzpolizeilichen Kontrolle am 15.11.2018 drei Geräte aufgestellt, FA Nr. 1 „Hunderennen“, FA Nr. 2 „Bingo“ und FA Nr. 3 „Walzenspielgerät“ betriebsbereit und voll funktionsfähig aufgestellt, mit denen Spiele veranstaltet wurden, deren Ergebnis vorwiegend vom Zufall abhing. Am Gerät mit der FA Nr. 3 waren keine Testspiele möglich, es konnte die Spieldokumentation der letzten Spiele eingesehen werden.

Die drei Geräte wurden betrieben, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es konnten Einsätze an den Geräten geleistet werden, für welche - abhängig vom Einsatz - Gewinne in Aussicht gestellt wurden. Eine Konzession für die Aufstellung bzw. den Betrieb der Geräte war nicht vorhanden.

Nach dem Hochfahren der Geräte FA-Nr. 1 und 2 konnten von den Organen der Finanzpolizei folgende Probespiele durchgeführt werden:

FA-Nr	Spiel	mögliche Einsätze	in Aussicht gestellte Gewinne
1	Hunderennen	1 – 10 Euro	Höchstquote: 11,80
2	Bingo	1 – 10 Euro	

Das Walzenspielgerät FA-Nr. 3 konnte zwar hochgefahren werden, Testspiele waren jedoch nicht möglich. Eine Einschau in die Spieldokumentation dieses Geräts ergab, dass von Spielern (Gästen) die Spiele „Wild7“ und „Cool Diamonds II“ jeweils mit einem Einsatz von 50 Cent und einem vorhergegangenen Gewinn von ebenfalls jeweils 50 Cent sowie das Spiel „Hot Neon“ mit einem Einsatz von 50 Cent und einem vorangegangenen Gewinn von 1 Euro gespielt wurden. Dies ist aus der Fotodokumentation klar ersichtlich.

Bei den Hunderennen (Gerät FA-Nr. 1) stellt sich der Spielablauf wie folgt dar:
Beim gegenständlichen Gerät 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 dieser Spiele konnte vom Spieler nicht beeinflusst werden. Die Entscheidung über das Spielergebnis hing somit jedenfalls vorwiegend vom Zufall ab.

Beim Bingo-Gerät FA-Nr. 2 stellt sich der Spielablauf wie folgt dar:
Auf diesem Gerät konnte die Möglichkeit wahrgenommen werden, Wetten auf den Ausgang von computeranimierten oder –generierten Ziehungen des Spiels Bingo abzuschließen. Nach der Auswahl eines Einsatzes (1, 2, 3, 5, 10 Euro) und der Auswahl von 6 verschiedenfarbigen Zahlen aus einem Zahlenbereich von 1 – 48 am Bildschirm wird ein Wettschein ausgedruckt. Danach kann man die „Ziehung“ auf einem Bildschirm verfolgen. Je früher die ausgewählten Zahlen gezogen werden, desto größer ist der zu erzielende Gewinn. Werden keine oder nur wenige der gewählten 6 Zahlen „gezogen“ hat man seinen Einsatz verloren und erhält keinen Gewinn.
Zusätzlich besteht noch die Möglichkeit, Wetten

- auf die Summe der ersten fünf gezogenen Kugeln,
- auf die zuerst gezogene Farbe,
- ob die Mehrheit der gezogenen Zahlen aus geraden oder ungeraden Zahlen besteht, und
- ob die erste Kugel eine Zahl von über oder unter 24,5 aufweist.

Die Spieler können lediglich einen Einsatzbetrag und ein vermutetes Ziehungsergebnis auswählen und eine Wette darauf abschließen. Danach ist der in kurzen Abständen erfolgende Ziehungsablauf abzuwarten, wonach ein Verlust des Einsatzes oder ein Gewinn feststeht. Damit konnte der Ausgang dieser Spiele vom Spieler nicht beeinflusst werden. Die Entscheidung über das Spielergebnis hing somit jedenfalls vorwiegend vom Zufall ab.

Der Spielablauf der virtuellen Walzenspiele auf Gerät FA-Nr. 3 stellt sich aufgrund der Erhebungen der Finanzpolizei und den bisher gewonnenen Erfahrungen mit gleichartigen Geräten und Spielen wie folgt dar:
Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen wurden 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 Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel 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 zu nehmen.

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere des Mietvertrages und der GSp26- Dokumentationen und der Fotodokumentation sowie aus den bisher gewonnenen Erkenntnissen mit gleichartigen Geräten. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte, insbesondere auch deren Betriebsbereitschaft in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, der GSp26-Dokumentation, der Fotodokumentation und den Aussagen des vernommenen Zeugen sowie den Angaben von Herrn M F, einem Mitarbeiter der Bf, in der Niederschrift vom 15. November 2018. Der Fotodokumentation sind auch die durchgeführten Probespiele und eine Spieldokumentation zu Gerät FA-Nr. 3 zu entnehmen.

Ob die Beschwerdeführerin in Kenntnis über die Aufstellung der 3 Geräte war, kann nicht festgestellt werden.

In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 50 Abs. 1 Glücksspielgesetz iVm § 3 Abs. 2 VwGVG ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung über die vorliegende Beschwerde zuständig. Dieses hatte gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989, in der zum Zeitpunkt der vorgeworfenen Tat geltenden Fassung BGBl I Nr. 105/2014, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt.

Gemäß § 52 Abs. 2 GSpG ist bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe in der Höhe von 1.000 Euro bis zu 10.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, bei Übertretung mit mehr als drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen für jeden Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenstand eine Geldstrafe von 3.000 Euro bis zu 30.000 Euro, im Falle der erstmaligen und weiteren Wiederholung von 6.000 Euro bis zu 60.000 Euro zu verhängen.

§ 52 Abs. 3 GSpG lautet: Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.

Gemäß § 1 Abs. 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Gemäß § 2 GSpG sind Ausspielungen Glücksspiele,
1. die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und
2. bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und
3. bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

§ 2 Abs. 2 GSpG lautet:
Unternehmer ist, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs. 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmereigenschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

Gemäß § 2 Abs. 4 GSpG sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind, verboten.

§ 45 Abs. 1 VStG lautet (auszugsweise):
Die Behörde hat von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn

1. die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet;
2. der Beschuldigte die ihm zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat oder Umstände vorliegen, die die Strafbarkeit aufheben oder ausschließen; [...]

Zum objektiven Tatbestand:

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den verfahrensgegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden konnten, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Aufgrund des festgestellten Spielablaufes der an diesen Geräten verfügbaren virtuellen Walzenspiele ist es auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 08.09.2005, 2000/17/0201) als erwiesen anzusehen, dass die festgestellten Spiele somit als Glücksspiele iSd § 1 Abs. 1 GSpG zu qualifizieren sind.

Da die Spieler Einsätze leisteten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen iSd § 2 Abs. 1 GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und die Lokalbetreiberin von diesem auch nicht ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

Fraglich ist hier, ob sich die Beschwerdeführerin an diesen Ausspielungen iSd § 52 Abs. 1 Z 1 vierter Fall iVm § 2 Abs. 2 GSpG „unternehmerisch beteiligt“ hat.

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG kann nur derjenige, der sich als Unternehmer iSd § 2 Abs. 2 GSpG an zur Teilnahme vom Inland aus

verbotenen Ausspielungen beteiligt den Straftatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 4. Fall erfüllen.

Gemäß § 2 Abs. 2 GSpG ist für die Erfüllung des Unternehmerbegriffes erforderlich, „selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen“ auszuüben. Im hier vorgeworfenen Tatzeitraum ist § 2 Abs. 2 GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I. Nr. 73/2010 anzuwenden. Der darin enthaltene Unternehmerbegriff wurde mit BGBl. Nr. 54/2010 eingeführt.

Nach den Materialien dazu (RV 685 BlgNR, 24. GP 5) orientiert sich dieser Unternehmerbegriff an jenem des Umsatzsteuerrechts; erforderlich sind Nachhaltigkeit, Erwerbszweck, jedoch kein Gewinnzweck. Durch die Neufassung sollte verdeutlicht werden, dass das konzessionslose Anbieten von Glücksspiel unter unternehmerischer Mitwirkung auch dann verboten ist, wenn der mitwirkende Unternehmer beispielsweise zwar nicht selbst die Gewinne stellt, sondern nur die Kartenspieler gegeneinander spielen, der Unternehmer aber an der Durchführung des Spieles veranstaltend/organisierend/anbietend mitwirkt.
Nach den Materialien kann sich - unter Verweis auf die Erläuterungen zur Einfügung des § 2 Abs. 4 GSpG durch die Glücksspielgesetznovelle 1996, BGBl. I 747/1996, RV 368 BlgNR, 20. GP - diese Veranstaltung/Organisation/dieses Angebot beispielsweise durch Mischen und Teilen der Karten, die Festlegung der Spielregeln, Entscheidung von Zweifelsfällen, Bewerbung der Möglichkeit zum Spiel, aber auch das Bereitstellen von Spielort, Spieltischen oder Spielpersonal äußern.

Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin als Eigentümerin des Geschäftslokales dieses an die F W A C Kft. zum Betrieb eines Gastronomielokales zu einem fixen Mietzins von 1.692 Euro brutto für die Laufzeit von drei Jahren vermietet.

Zum Betrieb eines Gastronomielokales ist keine Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz erforderlich.

Trotz dieser Festlegung zum Mietzweck im Mietvertrag wurden im Lokal aber illegale Glücksspiele angeboten.

Dennoch hat die Beschwerdeführerin zwar selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen ausgeübt, diese stammten jedoch nicht aus der Durchführung von Glücksspielen, sondern aus der Vermietung eines Geschäftslokales. Die Beschwerdeführerin erhielt keine vermögenswerten Leistungen im Zusammenhang mit den aufgestellten Glücksspielautomaten. Der mit der F W A C Kft. vereinbarte Mietzins war ein fixer Pauschalbetrag, der auch nicht etwa an die mit den im Geschäftslokal aufgestellten Geräten erzielten Umsätzen gekoppelt war.

Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 52 Abs. 1 Z 1 iVm § 2 Abs. 2 hat die Beschwerdeführerin daher schon den objektiven Tatbestand der ihr vorgeworfenen Verwaltungsübertretung nicht erfüllt.

Auch eine Subsumtion unter § 2 Abs. 2 letzter Satz GSpG ist nach Ansicht des erkennenden Gerichtes nicht möglich, zumal im Beweisverfahren nicht hervorgekommen ist, dass es Absprachen zwischen der F W A C Kft. und der Beschwerdeführerin bezüglich der Durchführung von Glücksspielen gegeben hätte.

Das von der Finanzpolizei zitierte Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Salzburg vom 07.12.2016 zu Gz 405-10/155/1/9-2016 bzw. des Verwaltungsgerichtshofes vom 21.9.2018, Ra 2017/17/0534, ist für den gegenständlichen Fall nicht einschlägig.
In dem diesem zugrundliegenden Sachverhalt wurde im Mietvertrag ausdrücklich festgehalten, dass die Vermietung ausschließlich zur Führung eines Pokerclubs erfolgt. Der beschwerdeführenden Vermieterin wurde daher zur Last gelegt, sich an der Veranstaltung von Glücksspielen in Form verbotener Ausspielungen unternehmerisch beteiligt zu haben, indem sie das in ihrem Eigentum stehende Lokal ausschließlich zum Betrieb eines Pokerclubs vermietete. Das vierte Tatbild des § 51 Abs. 1 Z 1 GSpG beinhalte nämlich, wenn jemand für die Duldung des Spielbetriebes oder für die Vermietung von Flächen für den Spielbetrieb oder für die Vornahme von Handlungen im Zusammenhang mit dem Spielbetrieb eine vermögenswerte Leistung als Entschädigung empfängt. Also etwa derjenige, der in seinen Räumlichkeiten oder in seiner Betriebsstätte einen entsprechenden Spielbetrieb duldet oder derjenige, der Aufstellflächen für Glücksspielgeräte vermietet.

Unternehmerisch durchgeführtes Poker fällt unter das Glücksspielmonopol des Bundes. Das Anbieten von Glücksspielen wie zB international gebräuchliche Poker-Spielvarianten (zB Texas Hold' Em, Omaha, 7 Card Stud, 5 Card Draw) ist gemäß § 4 Abs. 1 GSpG nur dann kein Eingriff in das Glücksspielmonopol des Bundes, wenn diese nicht in Form einer "Ausspielung" angeboten werden und überdies bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge durchgeführt werden [vgl. wiederum die Information des BMF - Häufig gestellte Fragen zum Glücksspielmonopol (FAQ), abrufbar unter: https://www.bmf.gv.at/steuern/gluecksspiel-spielerschutz/gesetzliche-grundlagen/gspg-faq.html]. Das wird beim dauernden Betrieb eines „Pokerclubs“ nicht der Fall sein.

Der Gegenstand des Mietvertrages in diesem von der Finanzpolizei zitierten Verfahren war daher von Anfang an auf die Durchführung von Glücksspielen und die Erzielung von Einnahmen daraus gerichtet.

Demgegenüber war der erklärte und ausdrücklich schriftlich festgehaltene Mietvertragsgegenstand im vorliegenden Fall die Vermietung zum Betrieb eines

Gastronomielokals, das nicht unter das Glücksspielmonopol des Bundes fällt.

Zur subjektiven Tatseite

Selbst wenn man von der Erfüllung des objektiven Tatbestandes ausgehen würde und eine unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspielungen schon alleine im Bereitstellen vom Spielort sehen würde, wenngleich der Unternehmer aus der Durchführung der Glücksspiele keine Einnahmen erzielt, so wäre zur subjektiven Tatseite Folgendes auszuführen:

Gemäß § 5 Abs. 1 VStG genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten, soweit die Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt. Da § 52 GSpG über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt nach § 5 Abs. 1 VStG zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft (sog. "Ungehorsamsdelikt").

Auch die gegenständliche Verwaltungsübertretung stellt ein Ungehorsamsdelikt dar. Es genügt daher fahrlässige Tatbegehung.

Fahrlässiges Handeln setzt einen doppelten Sorgfaltsverstoß voraus: Erforderlich ist zum einen (auf Unrechtsebene) die Verletzung einer den Täter situationsbezogen treffenden objektiven Sorgfaltspflicht; die Einhaltung dieser objektiv gebotenen Sorgfaltsanforderungen muss dem Täter aber auch zum anderen nach seinen subjektiven Befähigungen zum Tatzeitpunkt möglich gewesen sein [vgl. Lewisch in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG^2 § 5 (Stand 1.5.2017, rdb.at) Rz 4 mwN]. Ein objektiver Sorgfaltsverstoß lässt sich aus drei Quellen ableiten; aus dem Verstoß gegen eine Rechtsnorm, gegen die Verkehrssitte, oder gegen das Vergleichsverhalten eines rechtstreuen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage des Täters („Maßfigur“) [dazu Lewisch aaO; VwSlg 9710 A/1978 und etwa VwGH 25. 10. 1996, 95/17/0618].

Aufgrund der Fahrlässigkeitsvermutung hat der Beschuldigte nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes initiativ alles darzulegen, was für seine Entlastung spricht (vgl. VwGH 23.12.1991, 88/17/0010 mwN).

Im vorliegenden Fall wurde nachweislich ein legaler Gegenstand im Mietvertrag vereinbart und die Pflichten zur Einholung der gesetzlichen und behördlichen Verpflichtungen auf die Mieterin überwälzt. Dies ist mietrechtlich zulässig und der Mieterin als Inhaberin der Gewerbeberechtigung und Lokalbetreiberin jedenfalls zumutbar.

Eine dauernde Kontrolle von Seiten der Beschwerdeführerin (selbst wenn diese im Nahebereich des Lokals wohnt), ob sich ihre Mieterin tatsächlich an den vereinbarten Gegenstand hält, war daher weder erforderlich noch indiziert. Dies deshalb, weil einerseits ein Verbot der Verwendung des Mietgegenstandes zu anderen Zwecken bzw. die Verpflichtung zur Einholung der Zustimmung des Vermieters für diesen Fall ausdrücklich im Mietvertrag verankert wurde und die Vermieterin daher vor einer beabsichtigten Verwendungsänderung mit einer entsprechenden Information oder Anfrage von Seiten der Mieterin rechnen durfte. Auch die Bezeichnung des Lokals „Wettarena“ muss nicht zwangsläufig die Durchführung von gesetzwidrigem Glücksspiel beinhalten. Ein objektiver Sorgfaltsverstoß ist im Verhalten der Beschwerdeführerin daher nicht erkennbar.

Dies führt zusammengefasst zu dem Ergebnis, dass der Beschwerdeführerin keine Sorgfaltswidrigkeit anzulasten ist.

Das Verfahren war daher nach § 45 Abs. 1 Z 2 VStG einzustellen.

II. 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 ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen 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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Lederer