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-413282/7/Wg

Datum:
Linz, 23. Juli 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Weigl über die Beschwerde der R W, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, X, X, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 12. Februar 2019, GZ: VStV/918301960545/2018, wegen Übertretungen des Glücksspielgesetzes (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19. Juni 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das bekämpfte Straferkenntnis behoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 VStG eingestellt.

II. 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. Sachverhalt:

1. Das bekämpfte Straferkenntnis geht auf eine finanzpolizeiliche Kontrolle des Lokals mit der Bezeichnung „X“ im Standort X, X, am 14. November 2018 zurück. Wer das Lokal zum damaligen Zeitpunkt betrieben hat, konnte im Beschwerdeverfahren nicht festgestellt werden. Die X s.r.o. meldete erst mit 13. Februar 2019 in diesem Standort ein Gewerbe (weitere Betriebsstätte) an. Die Finanzpolizisten trafen im Lokal zwei Dienstnehmer der M GmbH, E L I und D P, an. Die M GmbH hatte die beiden Dienstnehmer dem unbekannten Veranstalter der Glücksspiele zur Dienstleistung im gegenständlichen Lokal überlassen (Auszug GISA Beilage 2 der Niederschrift vom 25. April 2019 aus LVwG-413234, Niederschrift über die Einvernahme der E L I vom 14. November 2018).

2. Die Finanzpolizisten fanden im Lokal sechs betriebsbereite Glücksspielgeräte vor, die sie mit Finanzkontrollnummern (FA-Nrn.) versahen. Auf den Geräten mit den FA-Nrn. 1, 2, 3 und 4 stand den Spielern das zufallsabhängige Walzenspiel „Ring of Fire“ zur Verfügung. Bei einem Mindesteinsatz von 0,10 Euro wurde ein Höchstgewinn von 180 Euro in Aussicht gestellt. Bei der sogenannten „Skill-Games“-Funktion dieser Geräte handelt es sich um drei kleine, im unteren Bildschirmbereich ersichtliche Walzen, über die man in den großen Walzenlauf („Ring of Fire“) gelangt. Im großen Walzenlauf haben Spieler keine Möglichkeit, mit Geschick Einfluss auf das Erlangen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen. Bei den Geräten mit den FA-Nrn. 5 und 6 handelte es sich um sogenannte „Hunderennen“. Dabei konnten Wetten auf das Ergebnis der Auswahl eines Zufallsgenerators aus aufgezeichneten Rennen abgeschlossen werden. Bei einem Mindesteinsatz von 0,50 Euro wurden als höchste Quote 108,70 (FA-Nr. 5) und 84,10 (FA-Nr. 6) festgestellt. Es lagen keine glücksspielrechtlichen Bewilligungen vor (Strafantrag vom 20. Dezember 2018, GSp26-Formulare, Fotodokumentation).

3. Die Beschwerdeführerin (Bf) war jedenfalls im Zeitraum 1. September 2018 bis 14. November 2018 handelsrechtliche Geschäftsführerin der M GmbH (Firmenbuch).

4. Die Landespolizeidirektion Oberösterreich (LPD) leitete auf Grund des Strafantrages den Finanzamtes ein Verwaltungsstrafverfahren gegen die Bf ein und sah im Straferkenntnis vom 12. Februar 2019 folgende Taten als erwiesen an: „Sie haben, wie am 14.11.2018 um 13.43 Uhr, in X, X, im Lokal mit der Bezeichnung ‚X‘ 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 Glücksspielgeräte mit den Gehäusebezeichnungen
FA1) ... Skill Games ...
FA2) ... Skill Games ...
FA3) ... Skill Games ...
FA4) ... Skill Games ...
FA5) ... X ...
FA6) ... X ...
zumindest seit 01.09.2018 im Lokal geduldet haben, bei welchen wiederholt Glücksspiele in Form von Walzenspielen und Hunderennen durchgeführt wurde und aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil die dafür erforderliche Konzession des Bundesministeriums für Finanzen nicht vorlag." Es wurden Geldstrafen von jeweils 30.000 Euro und Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 300 Stunden verhängt. Der Verfahrenskostenbeitrag wurde mit 18.000 Euro festgesetzt. Der zugrundeliegende Strafantrag des Finanzamtes richtet sich gegen die Bf als handelsrechtliche Geschäftsführerin der M GmbH, X, X (Straferkenntnis, Strafantrag).

II. Beweiswürdigung:

1. Der relevante Sachverhalt (I.) ergibt sich aus den in Klammer jeweils angeführten Beweismitteln. Die Geräte standen laut Angaben I (Niederschrift 14. November 2018) seit 1. September 2018 im Lokal. Es ist mangels gegenteiliger Hinweise auch davon auszugehen, dass sie die ganze Zeit betriebsbereit waren und die von den Finanzpolizisten festgestellten Spiele zur Verfügung standen. Auf folgende Ausführungen in der Niederschrift (Tonbandprotokoll) wird verwiesen: „Der Verhandlungsleiter stellt hier vorläufig zur Diskussion, dass das Straferkenntnis vom 12. Februar 2019 sich laut dem Spruch darauf bezieht, dass die Glücksspielgeräte FA-Nrn. 1, 2, 3, 4, 5 und 6 zumindest seit 1. September 2018 im Lokal geduldet wurden, was streng genommen nicht unmittelbar mit der Tätigkeit der M GmbH in einem direkten Zusammenhang zu stehen scheint, zumal laut den Ergebnissen der vorangegangenen Verhandlung vom 25. April 2019 nicht festgestellt werden konnte, wer im Tatzeitraum das Lokal betrieben hat. Der Tatvorwurf der Duldung per se scheint hier ins Leere zu gehen, weshalb insoweit die Behebung des Straferkenntnisses insoweit vorläufig beabsichtigt ist. Der Vertreter des Finanzamtes bringt dazu vor: ‚Die im Straferkenntnis angelastete Tat ist an und für sich dem Zugänglichmachen im Sinne des dritten Tatbildes zuzuordnen und nicht der unternehmerischen Beteiligung im Sinne des vierten Tatbildes. Festzuhalten ist, dass bei der Kontrolle selber zwei bei der M GmbH zur Sozialversicherung angemeldete Angestellte anwesend waren. Einerseits E L I, mit der auch die Niederschrift aufgenommen wurde. Andererseits Herr D P, mit dem aber keine Niederschrift aufgenommen wurde, weil er laut Angaben von Frau E L I neu war. Er wurde laut Frau I erst eingearbeitet.' Der Verhandlungsleiter richtet an den Vertreter des Finanzamtes folgende Frage: ‚Ist aus Sicht des Finanzamtes

als erwiesen anzusehen, dass die M GmbH die beiden Dienstnehmer einem Veranstalter zur Dienstleistung überlassen hat, und zwar mit der Absicht, die Durchführung verbotener Ausspielungen mittels der sechs vorgefundenen Glücksspielgeräte zu ermöglichen?‘ Der Vertreter des Finanzamtes führt dazu aus: ‚Aus unserer Sicht stellte sich die Situation vor Ort bei der Kontrolle so dar, dass die M GmbH Lokalinhaberin war, da die zwei Dienstnehmer, die im Lokal anwesend waren, bei ihr auch angemeldet waren. Es wurde von der X s.r.o. nie behauptet, Lokalbetreiberin zu sein. Sie war nur Eigentümerin der vorgefundenen Geräte. Aufgrund der Angaben der beiden Lokalangestellten schlossen wir auf eine Inhabereigenschaft der M GmbH.‘ Vom Verhandlungsleiter zum Strafantrag vom 20. Dezember 2018 befragt, gibt der Vertreter des Finanzamtes an: ‚Im Strafantrag wird das vierte Tatbild angelastet.‘“

2. Die X s.r.o. war unbestritten im gesamten Zeitraum von 1. September 2018 bis 14. November 2018 Eigentümerin der Geräte, ob sie bereits damals auch Lokalbetreiberin war, konnte dagegen nicht festgestellt werden, da sie erst mit 13. Februar 2019 ein Gewerbe in diesem Standort anmeldete. Auf den ausgedruckten Bons der Geräte scheint zwar der Aufdruck „Standort X“ auf, jedoch wurde die X s.r.o. von der einvernommenen Dienstnehmerin der M GmbH nicht erwähnt. Dem Finanzamt ist nicht bekannt, wer Veranstalter der verbotenen Ausspielungen war. Dass die sechs Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass diese von einem Unternehmer betriebsbereit den Spielern in zugänglichen Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt wurden und die Funktionsweise der Geräte eine Einnahmenerzielung ermöglichte. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre und dass die Geräte nicht zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt worden wären. Schon auf Grund der Ergebnisse der vorangegangenen Verhandlung konnte nicht festgestellt werden, wer in der Zeit von 1. September 2018 bis 14. November 2018 Lokalbetreiber war. Die M GmbH war (lediglich) Überlasserin der beiden Arbeitnehmer.

3. Die Bf bestreitet die Zufallsabhängigkeit der festgestellten Spiele. In der Eingabe vom 19. Juni 2019 wird dazu ausgeführt, bei den gegenständlichen Geräten handle es sich nicht um Glücksspielgeräte, sondern rein um Geschicklichkeitsapparate mit „Touchscreen-Funktion“. Sie legte dazu ein Urteil des Bezirksgerichtes W (Beilage 1) vor. Dieses Urteil diene zum Beweis der Funktionsweise als Glücksspielapparat der beschlagnahmten Terminals, wobei ausgeführt werde, dass die Terminals baugleich mit den hier relevanten seien. Dieses Urteil bezieht sich auf sogenannte „Skill-Games“. Es handelt sich dabei um die bei den Walzenspielgeräten festgestellten drei kleinen Walzen im unteren Bildschirmbereich. Über diese drei kleinen Walzen gelangt man in den großen

Walzenlauf („Ring of Fire“). Dabei handelt es sich um ein zufallsabhängiges Glücksspiel. Der Strafantrag enthält in Einklang mit den finanzpolizeilichen Kontrolldokumentationen eine Beschreibung der Walzenspiele (FA-Nrn. 1 bis 4) und der sogenannten Hunderennen (FA-Nrn. 5 und 6). Bei beiden wird den Spielern keine Möglichkeit geboten, bewusst (mit Geschick) Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen. Das Spielergebnis hängt ausschließlich vom Zufall ab. Es waren keine glücksspielrechtlichen Bewilligungen vorhanden. Im Übrigen beschränkt sich der relevante Sachverhalt auf die Wiedergabe des unstrittigen Verfahrensablaufes, wie er in den Akten dokumentiert ist.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Objektiver Tatbestand (§ 52 Abs. 1 Z 1 4. Tatbild GSpG):

Von der Wiedergabe der maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen des Glücksspielgesetzes wird Abstand genommen, da diese bereits im bekämpften Straferkenntnis wörtlich zitiert werden.

Bei den virtuellen Walzenspielen (Geräte FA-Nrn. 1 bis 4) handelt es sich um Glücksspiele (VwGH Ra 2018/09/0087). Die sogenannte „Skill-Games“-Funktion ändert daran nichts, da diese dem großen Walzenlauf (nur) vorgeschaltet ist. Über diese „Skill-Games“-Funktion gelangt man in den großen Walzenlauf, der jedenfalls ein Glücksspiel darstellt. Der Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens mit dem Beweisthema „Funktionsweise der gegenständlich relevanten und beschlagnahmten Terminals“ ist zu unbestimmt und daher irrelevant (vgl. VwGH Ra 2017/17/0771, ständige Rechtsprechung).

Zu den Hunderennen (FA-Nrn. 5, 6): Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes liegt keine Sportwette, sondern ein Glücksspiel nach § 1 Abs. 1 GSpG vor, wenn bei einem Spiel die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Dies ist der Fall, wenn nicht auf ein künftiges sportliches Ereignis gewettet werden kann, sondern der Ausgang eines Spiels davon abhängt, welches von zahlreichen bereits in der Vergangenheit stattgefundenen und aufgezeichneten Rennen tatsächlich abgespielt wird. In einem solchen Fall hat nicht die Kenntnis des Wettenden über die Umstände des Hunderennens, sondern lediglich der Umstand, welches Rennen vom Wettanbieter ausgewählt wird, Einfluss auf das Spielergebnis. Es handelt sich daher bei den „Wetten“ auf aufgezeichnete Hunderennen um ein Glücksspiel im Sinne des § 1 Abs. 1 GSpG (VwGH Ra 2015/17/0153).

Einsatz und Gewinnmöglichkeiten stehen fest. Es handelte sich daher um Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 GSpG. Da eine Konzession oder Bewilligung nach

diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und keine Ausnahme vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 vorliegt, waren die Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten.

Wie der Verwaltungsgerichtshof erkannt hat, kommt als Täter, der im Sinne des 1. Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 leg. cit. veranstaltet, in Betracht, wer das Spiel auf seine Rechnung und Gefahr ermöglicht, also das Risiko des Gewinns und Verlusts in seiner Vermögenssphäre trägt. Dagegen ist mit dem 4. Tatbild des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG eine Person gemeint, die nicht Veranstalter ist, sondern sich nur in irgendeiner Weise an der Veranstaltung unternehmerisch im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG beteiligt (VwGH Ra 2017/17/0406).

Im Spruch des Straferkenntnisses wird der Bf nicht angelastet, sie habe dem Veranstalter Dienstnehmer überlassen. Der Vorwurf, die Geräte „seit 1. September 2018 im Lokal geduldet zu haben“, kann nur dem Lokalinhaber (§ 52 Abs. 1 Z 1 3. Tatbild GSpG) gemacht werden. Da nicht erwiesen ist, dass die M GmbH oder die Bf Lokalbetreiberin war, kann ihr nicht angelastet werden, die Räumlichkeiten zur Verfügung gestellt zu haben und die Geräte in diesem Zeitraum im Lokal geduldet zu haben. Der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens und somit auch der Prüfungsumfang (vgl. §27 VwGVG) im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten ist durch das Straferkenntnis der Verwaltungsbehörde begrenzt, womit es den Verwaltungsgerichten verwehrt ist, über den Gegenstand des Straferkenntnisses hinauszugehen (VfGH E 3282/2016). Da die Bf die von der LPD im Straferkenntnis als erwiesen angenommene Tat nicht begangen hat, war spruchgemäß zu entscheiden.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da die Rechtslage durch die angeführte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geklärt ist.

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

Mag. Weigl