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-413356/11/MB/HUE**

Datum: **Linz, 25. März 2020**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Brandstetter über die Beschwerde des C R, x, x, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 8. Februar 2019, Zl. BHVBPol-2017-383131/5-BC, wegen Übertretung nach dem Glücksspielgesetz, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 3. Dezember 2019

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das Straferkenntnis der belangten Behörde behoben und das Strafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat für das Beschwerdeverfahren keinen Kostenbeitrag zu bezahlen.

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.

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 8. Februar 2019, Zl. BHVBPol-2017-383131/5-BC, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) neun Geldstrafen (für acht Geräte) in der Höhe von insgesamt 45.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafen: 252 Stunden) verhängt.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ der ‚S s.r.o.' mit dem Sitz in x, x, Tschechische Republik, zumindest am Tag der Kontrolle am 06.07.2017 auf den unten angeführten Spielapparaten im Lokal ‚V ' in x, x, Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form von Walzenspielen, gegen Entgelt die Veranstaltung der verbotenen Ausspielungen in Ihrem Lokal geduldet und an der Auszahlung erzielter Spielgewinne und an der erneuten Bereitstellung der Geräte für den nächsten Spieler mitgewirkt.
Sie haben dadurch selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und sind daher als Unternehmerin Sinne des § 2 Abs. 2 Glücksspielgesetz zu betrachten.

FA-Geräte Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typenbezeichnung	Versiegelungs plakettennummer
1	Keine	x	Keine	x
2	Keine	x	Keine	x
3	Kajot	x	Keine	x
4	GOLDEN SKILL GAMES (Bildschirmoberfläche)	x	Keine	x
5	Skill Games (Bildschirmoberfläche)	x	Keine	x
6	Golden Skill Games	x	Keine	x
7	www.racingDOGS.eu	x	Keine	x
8	www.racingDOGS.eu	x	Keine	x

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl. Nr. 620/1989 idF BGBl. I Nr. 107/2017, in 8 Fällen"
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend führte die belangte Behörde aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei und schilderte die Funktionsweise der Geräte. Eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz sei nicht vorgelegen und eine Europarechtswidrigkeit des

österreichischen Glücksspielmonopols nicht ersichtlich. Die S s.r.o. sei eine der (Unter-)Mieterinnen des gegenständlichen Lokals und habe sich durch Weitervermietung an den illegalen Ausspielungen beteiligt.

2. Mit Schriftsatz vom 7. März 2019 erhob der Bf rechtsfreundlich vertreten rechtzeitig dagegen Beschwerde und brachte vor, dass die verhängte Strafe überhöht sei und – falls tatsächlich eine Verwaltungsübertretung vorliege – die Voraussetzungen für ein Absehen von der Verhängung einer Strafe vorliegen würden. Der Bf beantragte, nach Durchführung einer Beschwerdeverhandlung den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. Begründend wird im Rechtsmittel auf das Wesentliche zusammengefasst vorgebracht, dass Begründungsmängel vorlägen und das GSpG dem Unionsrecht widerspreche.

3. Die belangte Behörde übermittelte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den bezughabenden Verwaltungsakt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

II.

1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 3.12.2019.

Zusätzlich wurde Einsicht genommen in den Beschlagnahmeakt zu den gegenständlichen Geräten, Zl. LVwG-412295, 412298 und 412300, und insbesondere in die darin aufliegenden Mietverträge samt Ergänzungen.

2. Folgender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 6. Juli 2017 im Lokal „V" in x, x, wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte betriebsbereit und ausgeschaltet vorgefunden. Die Geräte wurden von den Kontrollorganen durch Betätigung der Kippschalter eingeschaltet.

Aus den (aus dem Beschlagnahmeverfahren) vorliegenden Mietverträgen samt Ergänzungen ergibt sich folgendes Bild:
Herr J B ist Eigentümer der gesamten Liegenschaft samt dem darauf befindlichen Gebäude. Er hat dieses Gebäude von seinem Vater im Jahr 2016 nach dessen Tod geerbt. Die Räumlichkeit ist nach dem Mietvertrag bereits seit dem Jahr 2014 an die Aurum VerwaltungsgmbH vermietet. Diese hat wiederum einen Untermietvertrag mit der hier gegenständlichen S s.r.o. abgeschlossen. Diese

wiederum hat ein Untermietverhältnis mit der V Trading s.r.o. Die V T s.r.o ist Betreiberin des Lokals.

Eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für diese Geräte lag nicht vor.

Probespiele konnten nicht durchgeführt werden, da die Geräte vom Internet getrennt waren. Aus der Fotodokumentation ist ersichtlich, dass auf folgenden Geräten zumindest folgende Spiele angeboten wurden:

Geräte FA-Nr. 1 + 3:	„Ring of Fire", „Macau", „Demon Master", „Joker27" und „Lucky Bar"
Geräte FA-Nr. 2, 4 und 6:	„Ring of Fire", „Joker243", „Macau", „Reels of Ra" und „Joker Dream"
Gerät FA-Nr. 5:	„Reels of Ra", „Ring of Fire", „Macau", „Demon Master", „Joker27" und „Lucky Bar"
Geräte FA-Nr. 7 + 8:	virtuelle Hunderennen

Die jeweiligen Spielabläufe entsprechen den Feststellungen in der Dokumentation der Finanzpolizei und kann aufgrund der Zuordnung zu bespielten bzw. bekannten Spielabläufen festgestellt werden, dass das Spielergebnis zufallsabhängig und vom Spieler nicht beeinflussbar ist.

Der Spielablauf der virtuellen Walzenspiele (Geräte FA-Nr. 1 – 6) stellt sich deshalb 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.
Hinsichtlich der Funktionalität dieses Geräts als „Skill Game" ist festzuhalten, dass sich ein Spieler dabei im Ergebnis lediglich einer leicht zu überwindenden Hürde außerhalb des eigentlichen Glücksspiels stellen muss, welche eine geringfügige zeitliche Verzögerung herbeiführen kann, zumal der Spieler im „kleinen

Walzenlauf" (des Skill Game) ohne besonderes Geschick ein bestimmtes Symbol erzielen und damit zum zuvor geschilderten „großen Walzenlauf" gelangen kann. Der Spieler kann daher das Gerät jedenfalls als reines Glücksspielgerät verwenden. Selbst wenn es möglich wäre, beim „kleinen Walzenspiel" Gewinne zu erzielen, welche nicht nur im Zwischenspeicher als Zahlenwerte gutgebucht sondern tatsächlich auch ausbezahlt werden, ist es trotzdem möglich, jederzeit ein bestimmtes Symbol zu erzielen und damit zum „großen" und vom Spieler nicht beeinflussbaren Walzenlauf zu gelangen. Das „kleine Walzenspiel" hat dabei keinerlei Einfluss auf das Ergebnis des „großen Walzenspiels". Es beeinflusst lediglich den Weg dorthin geringfügig.

Bei den Hunderennen (Geräte FA-Nr. 7 und 8) 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.

3. Die Aussagen der Finanzpolizisten in der mündlichen Verhandlung sowie die Feststellungen in der Anzeige sind als glaubwürdig zu werten. Zum einen sind die einschreitenden Beamten mit langjähriger Erfahrung versehen und können sohin die entsprechenden Gerätschaften und die darauf befindlichen Spiele zuordnen. Widersprüchlichkeiten haben sich in den Aussagen nicht gezeigt.

III.

1. 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 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).

Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 GSpG ist Unternehmer, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

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.

2. Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den gegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis ausschließlich oder überwiegend vom Zufall abhängt. Der VwGH hat hinsichtlich in zahlreichen Entscheidungen hinsichtlich Hunderennen und Walzenspielen festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da dieser Umstand sohin feststeht, können eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben.

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 weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

Die Geräte waren zumindest am Kontrolltag im gegenständlichen Lokal betriebsbereit aufgestellt. Die Spieler haben ihre Spieleinsätze jedenfalls im örtlichen Bereich der belangten Behörde getätigt, weshalb es nicht darauf ankommt, ob das Spielergebnis direkt an den gegenständlichen Geräten erzeugt wurde oder von einem anderen Ort aus auf technischem Weg an diese Geräte übermittelt oder dort nur angezeigt wurde (vgl. VwGH v. 29.4.2014, Ra 2014/17/0002).

3. Es gibt sich aus dem Verfahrensakt keinerlei Hinweis darauf, dass die Sinabest s.r.o. Kenntnis von den inneren Abläufen und Gegenstand des Betriebes des Lokals (Betreiber: V T s.r.o.) hatte. Ebenso wenig kann aus dem Beweisergebnis abgeleitet werden, dass die S s.r.o. sich an den illegalen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt hat. Ein allfälliger Beitrag war daher dem Bf als handelsrechtlichen Geschäftsführer der S s.r.o. jedenfalls subjektiv nicht vorwerfbar.

4. Bei diesem Verfahrensergebnis hat der Bf weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht als auch vor der belangten Behörde zu tragen (§ 64 VStG, § 52 VwGVG).

IV.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung weicht nicht von der dargestellten Rsp des VwGH zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab. Auch die Prüfung der behaupteten Unionsrechtswidrigkeit des GSpG wurde entsprechend den von der Rsp des VwGH

bzw. EuGH vorgegebenen Kriterien vorgenommen. Hinsichtlich der Beweisanträge ist darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich der einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts unterliegt, ob eine Beweisaufnahme notwendig ist, sodass dadurch regelmäßig keine Rechtsfrage (jedenfalls keine von grundsätzlicher Bedeutung) im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufgeworfen wird (vgl. etwa VwGH 08.01.2015, Ra 2014/08/0064).

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