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-413365/12/MB/HUE**

Datum: **Linz, 9. 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 S L, x, x, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 12. Februar 2019, Zl. BHVBPol-2017-444596/5-BC, wegen einer Übertretung nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25. November 2019

zu Recht:

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

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Verfahrens vor der belangten Behörde noch 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

1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 12. Februar 2019, Zl. BHVBPol-2017-444596/5-BC, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) acht Geldstrafen von jeweils 5.000 Euro und acht Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 28 Stunden verhängt, weil er sich an Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, am 09.08.2017 im Lokal „V" in S unter Verwendung von sechs Glücksspielgeräten unternehmerisch beteiligt habe.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer und somit gemäß § 9 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortliches Organ der ‚F GmbH' mit dem Sitz in x, x, zu verantworten, dass sich Ihre Firma als Unternehmerin im Sinne des § 2 Abs. 2 Glücksspielgesetz am Betrieb der unten angeführten Glücksspielgeräte, zumindest am Tag der Kontrolle am 09.08.2017 im Lokal ‚V' in x, x, beteiligte, indem Sie zum Tatzeitpunkt Dienstgeber des dort angetroffenen ‚Kellners', welcher die unten angeführten Spielapparate betreute, waren. Sie haben somit gegen das Glücksspielgesetz verstoßen.

FA-Geräte Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typenbezeichnung	Versiegelungsplakettennummer
1	Keine	x	Skill Games	x
2	K Golden Skill Games	x	Keine	x
3	Golden Skill Games	x	Keine	x
4	Golden Skill Games	x	Keine	x
5	Keine	x	Skill Games	x
6	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 Zi. 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 zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt worden sei. Eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz sei nicht vorgelegen. Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, dass strafmildernde Umstände nicht vorliegen würden. Die Strafhöhe entspreche dem Unrechtsgehalt der Tat und der Schwere der Übertretung.

2. Mit Schriftsatz vom 11. März 2019 erhob der Bf rechtsfreundlich vertreten rechtzeitig dagegen Beschwerde und brachte vor, dass die verhängten Strafen überhöht seien 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. Mit Schreiben vom 25. April 2019 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den bezughabenden Verwaltungsakt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

4. Mit E-Mails vom 25. November 2019 führte der Bf das jüngste Urteil des EuGH vom 12. September 2019, in den verbundenen Rechtssachen C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18, wonach die Strafnormen des § 28 AuslBG bzw. des § 7d AVRAG dem Art. 56 AEUV entgegenstehen würden, ins Treffen und legten eine Entscheidung des LVwG Wien zu den „Skill Games" vor.

5. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt einliegende Dokumentation, Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 25. November 2019 sowie Einsichtnahme in das Firmenbuch (Online-Auskunft).

6. Daraus ergibt sich folgender für die Entscheidung wesentliche Sachverhalt:

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 9. August 2017 im Lokal „K" in x, x, wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte betriebsbereit vorgefunden und beschlagnahmt. Die Geräte waren im Lokal in einem öffentlich zugänglichen Bereich eingeschaltet aufgestellt und wurden zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben. Lokalbetreiberin ist die V T s.r.o. mit Sitz in x.

Der während der Kontrolle anwesende Kellner E R fungierte als „Springer" für mehrere Lokale und betätigte zumindest am Kontrolltag im gegenständlichen Lokal den Eingangstüröffner, führte die Auszahlung der Gewinne durch und versorgte die Gäste (Spieler) als Kellner. Herr R war vom 1.8.2014 – 20.8.2017 als Mitarbeiter der F GmbH sozialrechtlich gemeldet.

Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der F GmbH. Der Zweck dieses Unternehmens beschränkt sich auf „Handel, Vermittlung".
Der Bf ist ebenfalls Außenvertretungsorgan der Lokalbetreiberin V T s.r.o.

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr.	*Spiel*	*mögliche Einsätze*	*in Aussicht gestellte Gewinne*
7	Hunderennen	0,50 – 15 Euro	Höchstquote: 37,9
8	Hunderennen	0,50 – 15 Euro	Höchstquote: 90,3

Da kurz nach Beginn der Kontrolle die Internetverbindung zu den Geräten FA-Nr. 1 - 6 unterbrochen wurde, waren weitere Probespiele nicht möglich. Aus der Fotodokumentation ist ersichtlich, dass auf folgenden Geräten zumindest folgende Spiele angeboten wurden:

Gerät FA-Nr. 1: „Reels of Ra", „Ring of Fire", „Macau", „Demon Master" und „Joker27"
Gerät FA-Nr. 2: „Ring of Fire", „Macau", „Reels of Ra" und „Joker Dream"
Gerät FA-Nr. 3: „Joker Dream"
Gerät FA-Nr. 4: „Ring of Fire", „Joker243" und „Macau"
Gerät FA-Nr. 5: „Simply the Best"
Gerät FA-Nr. 6: „Ring of Fire", „Macau", „Demon Master" und „Joker27"

Der Spielablauf der virtuellen Walzenspiele (Geräte FA-Nr. 1 – 6) 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.
Hinsichtlich der Funktionalität dieser Geräte 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.

7. Diesen Sachverhalt hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich rechtlich wie folgt beurteilt:

7.1. Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe 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 § 45 Abs. 1 Z 1 VStG hat die Behörde von der Einleitung oder Fortführung eines Strafverfahrens abzusehen und die Einstellung zu verfügen, wenn die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat nicht erwiesen werden kann oder keine Verwaltungsübertretung bildet.

7.2. 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 der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B VwGH 27.1.2012, 2011/17/0246) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Dies gilt auch für virtuelle Hunderennen (VwGH 27.2.2013, 2012/17/0352). 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.

Der während der Kontrolle anwesende Kellner E R war vom 1.8.2014 – 20.8.2017 als Mitarbeiter der F GmbH sozialrechtlich gemeldet und betätigte zumindest am Kontrolltag den Eingangstüröffner, führte die Auszahlung der Gewinne durch und versorgte die Gäste (Spieler) als Kellner. Der Zweck des Unternehmens F GmbH beschränkt sich auf „Handel, Vermittlung". Lokalbetreiberin ist die V T s.r.o.

Das pönalisierte „unternehmerische Beteiligen" iSd § 2 Abs. 2 GSpG setzt voraus, dass ein Unternehmer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

Es liegen keine ausreichenden Beweisergebnisse dahingehend vor, dass die F GmbH (gegen Entgelt) ihren Mitarbeiter der V T s.r.o. „überlassen hat", sich also an verbotenen Ausspielungen „unternehmerisch beteiligt" hat, zumal das Verleasen von Personal keinen Unternehmenszweck der F GmbH darstellt. Es gibt im Akt auch keine zwingenden Beweisunterlagen dahingehend, dass die F GmbH auch nur Kenntnis von der Tätigkeit ihres Mitarbeiters bei der Lokalbetreiberin hatte. Eine unternehmerische Beteiligung von illegalen Ausspielungen der F GmbH iSd § 52 Ab. 1 Z1 viertes Tatbild GSpG kann daher in dem für ein Strafverfahren erforderlichen Ausmaß nicht nachgewiesen werden.

Das Verwaltungsgericht verkennt nicht, dass man allein aus der Tatsache, dass der Bf gleichzeitig als handelsrechtlicher Geschäftsführer der F GmbH und der V T s.r.o. fungiert hat, eine Kenntnis des Bf über den Einsatz(ort) seines Personals bzw. daraus eine verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit ableiten könnte. Das inkriminierte Verhalten setzt aber – wie bereits zuvor dargelegt – eine unternehmerische Beteiligung an den illegalen Ausspielungen und somit eine Gegenleistung (im gegenständlichen Fall: an die F GmbH) voraus. Für eine solche Gegenleistung gibt es aber keinerlei Beweisergebnis.

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). 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.

8. 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 zur Einstellung von Verwaltungsstrafen bei nicht ausreichenden Beweisen ab, noch fehlt es an einer solchen. 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. Brandstetter