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-413367/15/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 C. Q., x, x, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F. M., x, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 12. Februar 2019, Zl. BHVBPol-2017-433721/5-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-2017-433721/5-BC, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) sechs Geldstrafen von jeweils 5.000 Euro und sechs 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 x 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 ‚x' mit 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 die Lieferung und Aufstellung der vorgefundenen, unten angeführten, 6 Glücksspielgeräte vornahm.
Mit diesen Eingriffsgegenständen wurden in weiterer Folge fortgesetzt Einnahmen aus den damit veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form von Walzenspielen erzielt.

FA-Geräte Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typenbezeichnung	Versiegelungsplakettennummer
1	Keine	x	Skill Games	x
2	Kajot 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

Sie haben dadurch selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und sind daher als Unternehmerin im Sinne des § 2 Abs. Glücksspielgesetz zu betrachten.

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 6 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 u.a. 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.

Die gegenständlichen Geräte wurden am 7. Juli 2017 von der Firma x in das Lokal geliefert und aufgestellt. Dies ist durch Fotoaufnahmen belegt. Schon aus einer Reihe früherer Verfahren vor dem Verwaltungsgericht (vgl. u.a. LVwG-412385, 412438, 412921, 412928 und 412955) steht fest, dass der Vertragsumfang der Dienstleistungen dieses Unternehmens neben dem Anliefern der Geräte stets auch

die Inbetriebnahme, Einschulung des im Lokal tätigen Personals sowie weitere Wartungs- und Serviceleistungen an den Glücksspielgeräten umfasst.
Der Bf ist handelsrechtlicher Geschäftsführer der x.

Da kurz nach Beginn der Kontrolle die Internetverbindung zu den Geräten unterbrochen wurde, waren 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 dieser virtuellen Walzenspiele 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.

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. Da dieser Umstand sohin feststeht, können eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigen-gutachtens 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 und das vom Bf vertretene Unternehmen von diesem auch nicht ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG verboten waren.

Die x, deren handelsrechtlicher Geschäftsführer der Bf ist, hat sich als Unternehmerin an diesen verbotenen Ausspielungen zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung aus der Durchführung von Glücksspielen beteiligt, indem sie die gegenständlichen Geräte geliefert und betriebsbereit gemacht, das Personal des Lokals eingeschult und Servicearbeiten für diese Geräte durchgeführt hat. Dies hat der Bf gemäß § 9 VStG zu verantworten.

7.3. Gemäß § 44a Z1 VStG hat der Spruch eines Straferkenntnisses die als erwiesen angenommene Tat zu enthalten. Das damit verbundene

Konkretisierungsgebot verlangt die korrekte Umschreibung sämtlicher Tatbestandsmerkmale. Dieses Erfordernis ist gegenständlich nicht erfüllt:
Der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses (und ebenfalls bereits der verfolgungsverjährungsunterbrechenden Aufforderung zur Rechtfertigung) leidet unter dem Blickwinkel des § 44a VStG unter dem Mangel, dass dem Bf ausschließlich „die Lieferung und Aufstellung der Glücksspielgeräte" vorgeworfen wird. Das vorgeworfene Delikt (§ 52 Abs. 1 Z1 viertes Tatbild GSpG „unternehmerisch beteiligen") kann im gegebenen Zusammenhang nicht alleine durch das Liefern von Geräten verwirklicht werden, da nicht zwingend festgestellt werden konnte, dass diese Geräte bereits zum Lieferzeitpunkt für illegale Ausspielungen verwendet hätten werden können (z.B. ob die dafür erforderliche Software bereits installiert war). Bei anderer Ansicht würde jeder Zulieferer/Spediteur einer Teilkomponente eines Glücksspielgeräts ein inkriminiertes Verhalten setzen. Zu einer Übertretung des GSpG kommt es erst bei Zusammentreffen mehrerer Tathandlungen, welche klar auf das Mitwirken an der Durchführung von illegalen Ausspielungen abzielen: Im gegebenen Fall sind das das Betriebsbereit-Machen (u.a. Software installieren) von Geräten, Einschulung von Personal und Durchführung von Servicearbeiten an Glücksspielgeräten. Diese weiteren Teilhandlungen des vom Bf vertretenen Unternehmens sind im vorliegenden Beweisergebnis im ausreichenden Umfang nachgewiesen worden, finden sich jedoch nicht im Tatvorwurf.

Da daher der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses (und auch der Verfolgungshandlung) den Anforderungen des § 44a VStG nicht genügt, war unter dem Blickwinkel der Rechtssicherheit und eines geordneten Gesetzesvollzugs spruchgemäß zu entscheiden. Dem Verwaltungsgericht war es nach Ablauf der Verfolgungsverjährungsfrist verwehrt, die erforderlichen Spruchergänzungen vorzunehmen. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich ein Eingehen auf die weiteren Beschwerdevorbringen des Bf.

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