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-413979/7/Py/MaBe

Datum:
Linz, 14. September 2021

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Panny über die Beschwerde des Z.B., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F.M., X, W., gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck vom 17. April 2021, GZ: BHVB/919170048263/19, wegen Übertretung nach dem Glücksspielgesetz, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 29. Juli 2021

zu Recht:

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

II. Es entfällt die Verpflichtung zur Leistung von Verfahrenskostenbeiträgen.

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.1.1. Mit Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck (in der Folge: belangte Behörde) vom 17. April 2021, GZ: BHVB/919170048263/19, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) zwei Geldstrafen von jeweils 30.000 Euro und zwei Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 240 Stunden verhängt, weil er Glücksspiele in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, zumindest am 7. März 2019 um 16:43 Uhr im Lokal „X“ in V., X, unternehmerisch zugänglich gemacht hat.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Datum/Zeit: 07.03.2019, 16:43 Uhr
Ort: V., X, Lokalname: X; Lokalbetreiber: Y GmbH

Es wurden zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen durchgeführt. Sie haben es als das gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufene Organ des Unternehmens V. s.r.o. in Ihrer Funktion als Geschäftsführer zu verantworten, dass dieses die Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht hat.

Es handelte sich um verbotene Ausspielungen, da dafür einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt wurde und die Ausspielungen auch nicht gemäß § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren. Es lagen Glücksspiele vor, mit welchen selbständig nachhaltig Einnahmen erzielt wurden, welche also von einem Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG veranstaltet wurden, für welche zur Teilnahme am Spiel eine vermögenswerte Leistung in Form des Einsatzes zu entrichten war und für welche vom Unternehmer vermögenswerte Leistungen (Gewinn) in Aussicht gestellt wurden.

Das durch Sie vertretene Unternehmen machte die Ausspielungen unternehmerisch zugänglich, indem es ihr Lokal zum Zwecke der Veranstaltung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt hat und Gästen das Spielen in ihrem Lokal ermöglicht hat.

Das Unternehmen hat damit selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und ist daher als Unternehmen im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.

1) Automat: Walzenspiel - Seriennummer: x
2) Automat: Walzenspiel - Seriennummer: x

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§ 52 Abs. 1 Z 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 i.V.m. § 4 GSpG BGBl. Nr. 620/1989 i.d.g.F.“

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass das strafbare Verhalten im Rahmen einer Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei festgestellt

worden sei und schilderte die Funktionsweise der Geräte. Die Firma V. s.r.o. habe die Glücksspielgeräte dem Glücksspielveranstalter gegen Entgelt zur Verfügung gestellt. Die V. s.r.o. habe sich deshalb an der Veranstaltung von Glücksspielen in Form verbotener Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, als Unternehmer iSd § 2 Abs. 2 GSpG beteiligt und deshalb eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1, viertes Tatbild, GSpG begangen, was der Bf als das zur Vertretung nach außen berufene Organ, also als handelsrechtlicher Geschäftsführer dieser Firma zu verantworten habe. Eine Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz sei nicht vorgelegen und eine Europarechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols nicht ersichtlich.

Zur Strafbemessung führte die belangte Behörde aus, dass erschwerend fünf einschlägige rechtskräftige Vorstrafen gewertet werden. Die Strafhöhe entspreche dem Unrechtsgehalt der Tat und der Schwere der Übertretung. Als Strafsanktionsnorm führte die Behörde § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild iVm § 52 Abs. 2 zweiter Strafrahmen GSpG an.

1.2. Mit Schriftsatz vom 14. Mai 2021 erhob der Bf, rechtsfreundlich vertreten, rechtzeitig dagegen Beschwerde und beantragte, nach Durchführung einer Beschwerdeverhandlung, den angefochtenen Bescheid ersatzlos aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen. Sollte hingegen tatsächlich eine Verwaltungsübertretung vorliegen, lägen die Voraussetzungen für ein Absehen von der Verhängung einer Strafe vor bzw. sei die verhängte Strafe überhöht. Begründend wird im Rechtsmittel auf das Wesentliche zusammengefasst vorgebracht, dass Begründungsmängel vorlägen und das GSpG dem Unionsrecht widerspreche. Die Behörde habe darüber hinaus den Sachverhalt nicht bzw. nicht in ausreichendem Ausmaß festgestellt.

1.3. Mit Schreiben vom 28. Mai 2021 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den bezughabenden Verwaltungsakt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

1.4. Mit E-Mails vom 29. Juli 2021 führte der Bf das 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 § 7i AVRAG dem Art. 56 AEUV entgegenstehen würden, ins Treffen. Ferner wurden eine Entscheidung des LVwG Wien mitsamt Ausführungen eines Gutachters zu den „Skill Games“ und ein Vorabentscheidungsersuchen des LVwG Steiermark zur Frage der Unionsrechtswidrigkeit des GSpG vorgelegt.

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

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 7. März 2019 im Lokal „X“ in V., wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Geräte betriebsbereit vorgefunden, von den Kontrollorganen durch aufgeklebte Nummerierung gekennzeichnet und vorläufig beschlagnahmt. Diese Geräte waren zumindest vom 1. November 2018 bis zum Tag der Kontrolle im verfahrensgegenständlichen Lokal in einem öffentlich zugänglichen Bereich eingeschaltet aufgestellt und wurden zur selbstständigen und nachhaltigen Einnahmenerzielung betrieben.

Der Bf war zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle handelsrechtlicher Geschäftsführer der V. s.r.o., in deren Eigentum die Geräte standen, die Gegenstand der Kontrolle waren. Die V. s.r.o. überließ diese Geräte gegen Entgelt an die Betreibergesellschaft des gegenständlichen Lokals, die Y GmbH.

Es kann nicht festgestellt werden, dass der Bf oder die V. s.r.o. das gegenständliche Lokal betrieben haben. Das gegen die handelsrechtliche Geschäftsführerin des gegenständlichen Lokals eingeleitete Verwaltungsstrafverfahren wegen Verwaltungsübertretung nach § 52 1 Z 1 drittes Tatbild iVm § 2 Abs. 2 und 4 GSpG hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Geräte wurde mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 25. November 2020, GZ: LVwG-413746, rechtskräftig abgeschlossen.

2.2. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei sowie einem Firmenbuchauszug der V. s.r.o. und der Y GmbH sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung und den in das Verfahren einbezogenen Bezugsakten des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich betreffend die gegenständliche Glücksspielkontrolle.

Fest steht demnach, dass sich der Tatvorwurf der belangten Behörde im gegenständlichen Strafverfahren – wie auch in deren Aufforderung an den Bf zur Rechtfertigung vom 27. September 2019, GZ: BHVB/919170048263/19 – auf § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG bezieht. Der Bf habe nach dem Spruch der belangten Behörde verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG unternehmerisch zugänglich gemacht.

In der Anzeige der Finanzpolizei vom 4. Juni 2019, GZ: 054/70111/18/4619, wird dem Bf jedoch eine Übertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG zur Last gelegt. Demnach habe der Bf verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG nicht unternehmerisch zugänglich gemacht, sondern sich daran als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG beteiligt.

Auf diesen Tatbestand stützt sich die belangte Behörde auch in der Strafsanktionsnorm und in Teilen der Begründung. Im Spruch wirft die belangte Behörde dem Bf jedoch, wie bereits ausgeführt, eine Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG vor.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Die maßgeblichen Rechtsvorschriften des Glücksspielgesetzes (GSpG), BGBl. Nr. 620/1989 idgF lauten:

„§ 2

(1) Ausspielungen sind 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) 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. [...]

(4) Verbotene Ausspielungen 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. [...]

§ 52

(1) Es begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60 000 Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22 000 Euro zu bestrafen,
1. 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; [...]

(2) Bei Übertretung des Abs. 1 Z 1 mit bis zu drei Glücksspielautomaten oder anderen Eingriffsgegenständen ist 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 [...].

(3) 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. [...]“

3.2. Nach der Judikatur des VwGH ist mit dem dritten Tatbild des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG des unternehmerischen Zugänglichmachens eine Person gemeint, die

das Glücksspielgerät in ihrer Gewahrsame hat und dieses den Spielern zugänglich macht, wie etwa ein Wirt, der sich von der Aufstellung des Gerätes durch dessen Betreiber eine Belebung seiner Getränkeumsätze erhofft oder vom Automatenbetreiber eine vom Ertrag des Automaten unabhängige Miete erhält (vgl. etwa VwGH 31.03.2021, Ra 2019/17/0103).

Mit dem vierten Tatbild ist hingegen eine Person gemeint, die nicht Veranstalter ist, sondern die sich nur in irgendeiner Weise an der Veranstaltung unternehmerisch im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG beteiligt (vgl. etwa VwGH 05.07.2021, Ra 2019/17/0056, Rz 11). Darunter fällt auch das Überlassen von Glücksspielgeräten gegen Entgelt (nochmals VwGH 05.07.2021, Ra 2019/17/0056, Rz 18).

In seiner Judikatur geht der VwGH davon aus, dass die vier Tatbilder von einer Person in Ansehung eines Tatortes und einer Tatzeit nicht gleichzeitig verwirklicht werden können, sondern einander ausschließen (VwGH 14.06.2021, Ra 2019/17/0067).

3.3. § 44a VStG bestimmt welche Bestandteile der Spruch eines Straferkenntnisses zu enthalten hat. Dies umfasst die als erwiesen angenommene Tat (Z 1) und die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist (Z 2). Der VwGH geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass der Spruch eines Straferkenntnisses so gefasst sein muss, dass die Subsumtion der als erwiesen angenommenen Tat unter die verletzte Verwaltungsvorschrift eindeutig und vollständig erfolgt, also aus der Tathandlung sogleich auf das Vorliegen einer bestimmten Übertretung geschlossen werden kann. Die Identität der Tat muss unverwechselbar feststehen (VwGH 27.04.2020, Ra 2018/17/0206, Rz 7).

Im gegenständlichen Straferkenntnis macht die belangte Behörde dem Bf eindeutig zum Vorwurf das dritte Tatbild des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG verwirklicht zu haben. Der Bf habe „Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht“ und sein „Lokal zum Zwecke der Veranstaltung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt [...] und Gästen das Spielen in [seinem] Lokal ermöglicht“.

Aufgrund des festgestellten Sachverhalts steht jedoch fest, dass der Bf das dritte Tatbild des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG nicht verwirklicht hat. Dass der Bf ein Lokal zum Zwecke der Veranstaltung von Glücksspielen zur Verfügung gestellt hat und Gästen das Spielen in einem solchen Lokal ermöglicht hat wird weder von der Finanzpolizei noch in der Begründung des Straferkenntnisses behauptet.

Allenfalls käme eine Verwirklichung des vierten Tatbilds des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG in Betracht, da dem Bf die entgeltliche, unternehmerische Überlassung von Glücksspielautomaten vorgeworfen wird.

3.4. Der insoweit eindeutige Spruch des Straferkenntnisses der belangten Behörde bindet jedoch auch das Verwaltungsgericht. Eine Änderung des dritten Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG auf das vierte Tatbild durch das Verwaltungsgericht wäre im gegenständlichen Fall nicht ohne Annahme eines anderen als den im Spruch des Straferkenntnisses wiedergegebenen Sachverhalt möglich.

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH ist eine Präzisierung der rechtlichen Grundlagen der Bestrafung (Angabe der verletzten Verwaltungsbestimmung und angewendeten Strafnorm) aber nur dann zulässig, wenn es nicht zu einem „Austausch der Tat“ durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalts kommt (VwGH 30.03.2020, Ra 2019/09/0057 Rz 9).

Rechtswidrig war daher etwa ein Erkenntnis eines Landesverwaltungsgerichts, in dem einem Beschwerdeführer erstmals vorgeworfen wurde, er habe verbotene Ausspielungen nicht nur organisiert, sondern sei auch Betreiber eines näher bezeichneten Lokals und habe die Ausspielungen für die Öffentlichkeit zugänglich gemacht (VwGH 06.09.2018, Ra 2017/17/0730).

Eine Ergänzung oder Richtigstellung des Spruchs des erstinstanzlichen Bescheids war dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich daher nicht möglich.

3.5. Der Beschwerde war somit stattzugegeben, das angefochtene Straferkenntnis zu beheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 38 VwGVG iVm § 45 Abs. 1 Z 2 VStG einzustellen.

3.6. Damit erübrigen sich auch Ausführungen zu einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit des GSpG. Der Vollständigkeit halber sei auf die diesbezügliche Rechtsprechung der Höchstgerichte verwiesen (VwGH 16.03.2016, Ro 2015/17/0022; VfGH 15.10.2016, E 945/2016, E 947/2016, E 1054/2016).

II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Bf nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegebenen werden konnte. Die Kosten des Verfahrens vor der Behörde sind gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG dem Bf nicht aufzuerlegen, wenn die verhängte Strafe infolge der Beschwerde aufgehoben wird.

III. 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. Die Entscheidung weicht nicht von der Rsp des VwGH zur Strafbarkeit von Übertretungen des GSpG ab, sie steht vielmehr im Einklang mit der wiedergegebenen Judikatur des VwGH.

## 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. Panny