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-414242/26/BMa/HUE**

Datum: **Linz, 27. März 2025**

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Mag. Bergmayr-Mann über die Beschwerde des A__, vertreten durch B__, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 29.01.2024, GZ: VStV/924300043359/2024, wegen Übertretung des Glücksspielgesetzes nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 24.01.2025

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das bekämpfte Straferkenntnis aufgehoben und das Strafverfahren wird eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat keinen Beitrag 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

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 29.01.2024, GZ: VStV/924300043359/2024, wurden über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) zwei Geldstrafen von jeweils 2.000 Euro und zwei Ersatzfreiheitsstrafen von jeweils 24 Stunden verhängt, weil er vom 1. Februar 2023 bis 15. Dezember 2023 im Lokal „C__" in D-Straße, mit zwei Eingriffsgegenständen (Pokertisch, Jetons, Spielkarten) Kartenpokerspiele auf eigenen Namen, Rechnung und Risiko, von denen man vom Inland aus teilnehmen konnte, unternehmerisch veranstaltet habe, wodurch in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen worden sei, da weder eine Konzession des Bundesministers für Finanzen vorlag, noch die damit veranstalteten Ausspielungen gem. § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren. Damit habe der Bf gegen § 52 Abs. 1 Z 1 iVm § 2 Abs. 2 und 4 iVm § 4 GSpG verstoßen.

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 erschwerend eine näher angeführte einschlägige rechtskräftige Vorstrafe gewertet werde. Die Strafhöhe entspreche dem Unrechtsgehalt der Tat und der Schwere der Übertretung.

I.2. Mit Schriftsatz vom 15.02.2024 erhob der zu diesem Zeitpunkt noch unvertretene Bf rechtzeitig Beschwerde und brachte im Wesentlichen vor, dass er Eigentümer der Pokertische, Jetons und Karten sei. Einnahmen habe er nicht erzielt, Pokerspiele nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung veranstaltet. Die Gäste hätten „untereinander gespielt" und kein Entgelt an den Bf geleistet. Auch sei nicht verständlich, weshalb eine gesonderte Bestrafung hinsichtlich der Pokertische und für die Karten und Jetons ausgesprochen wurde. Das GSpG sei bezüglich dem Kartenpokerspiel unionsrechtswidrig, da es keine Ausschreibung der Konzession gegeben habe.
Beantragt wurde die Aufhebung des Straferkenntnisses und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

I.3. Mit Schreiben vom 19.02.2024 übermittelte die belangte Behörde unter gleichzeitiger Vorlage der Beschwerde den bezughabenden Verwaltungsakt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Mit Schreiben vom 16.12.2024 legte der nunmehrige Rechtsvertreter des Bf diverse Gewerbeberechtigungsauszüge betreffend E__, F__ und den Bf vor. Zudem wurde vorgebracht, dass der Bf am 12.10.2022 das gesamte Lokalinventar inklusive der Pokerutensilien übernommen und bereits am 24.11.2022 seine

Gewerbeberechtigung wieder zurückgelegt habe. Daraufhin sei das Lokal am 01.02.2023 von F__ übernommen worden. Da dieser die vereinbarte Ablösesumme jedoch nie bezahlt hätte, seien das Inventar und die Pokerutensilien im Eigentum des Bf verblieben. Von der Durchführung von Pokerspielen hätte der Bf keine Kenntnis gehabt.

II. Sachverhalt:

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 24.01.2025.

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

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 15.12.2023 im Lokal „C__" in D-Straße, wurde in einem abgesonderten und öffentlich zugänglichen Raum ein Pokertisch samt Spieljetons und -karten betriebsbereit vorgefunden, an dem etwa dreimal pro Woche die Pokerspiele „Texas Hold´em" und „Omaha" gespielt wurden. Gäste bzw. Spieler wurden nicht angetroffen. Der Bf ist Eigentümer dieser Eingriffsgegenstände.
Nicht festgestellt werden kann, dass der Bf bei den bei Pokerspielen erfolgenden Einsätzen und Gewinnaussichten das Risiko über Gewinne und Verluste getragen hat.
Es kann auch nicht festgestellt werden, mit welchen Einsätzen gespielt wurde und ob es einen Floorman bzw. ein Tischgeld gegeben hat. Jeder Spieler fungierte abwechselnd als Dealer, welcher dann auch über die Buttons „Big Blind" und „Little Blind" verfügte.

Der Spielablauf eines Pokerkartenspiels stellt sich wie folgt dar:
Beim Pokerkartenspiel muss zunächst jeder teilnehmende Spieler einen vermögenswerten (Mindest-)Einsatz, z.B. auch in Form von Jetons auf dem Spieltisch deponieren. Als Gewinn steht die Summe aller bis zum Ende des Spiels geleisteten Einsätze in Aussicht, wobei mindestens zwei Spieler an diesem Spiel teilnehmen müssen. Es wird in mehreren Runden gespielt, wobei nach jeder Runde ein weiterer (auch gesteigerter) Einsatz zu leisten ist oder das Spiel verlassen werden muss. Der Spielerfolg ergibt sich daraus, dass entweder vor dem Ende einer Runde nur mehr ein Spieler im Spiel verbleibt oder nach der letzten Spielrunde die Kartenwerte der noch im Spiel befindlichen Spieler verglichen werden, woraus ein Gewinner ermittelt wird. Spielteilnehmer, welche Mitspieler durch Täuschung („Bluffen") zu bestimmten Handlungen veranlassen, wenden dabei keine Fähigkeiten an, welche dem Begriff „Geschicklichkeit" zuzurechnen sind, da sie nicht im Voraus wissen können, ob ihr Verhalten die erwünschte

Wirkung ausüben wird („Risikobereitschaft"). Bei diesem Kartenspiel wird damit den Spielern keine Möglichkeit geboten, bewusst Einfluss auf das Zustandekommen bestimmter Kartenkombinationen und damit auf den Ausgang des Spieles zu nehmen. Die Entscheidung über das Spielergebnis hängt überwiegend vom Zufall ab.

Weder der Bf noch der Lokalbetreiber war im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für diese Geräte und diesen Standort. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

II.3. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, ihrem Aktenvermerk, den Beweisfotos, aus den Aussagen von F__ in der Niederschrift vom 15.12.2023. Sie gründen zudem auf den glaubwürdigen Aussagen der Zeugen in der mündlichen Verhandlung.
So war laut der niederschriftlichen Auskunft des Lokalbetreibers Halilovic diesem nicht bekannt, ob und mit welchen Einsätzen gespielt wurde oder ob es einen Floorman bzw. Tischgeld gab. Jeder Spieler fungierte abwechselnd als Dealer, welcher dann auch über die Buttons „Big Blind" und „Little Blind" verfügte.

Der Annahme der belangten Behörde eines monatlichen Nettoeinkommens von 1.500 Euro bei fehlenden Sorgepflichten und keinem Vermögen wurde vom Bf im Verfahren nicht entgegengetreten. Der Bf ist nicht mehr unbescholten, es liegt eine einschlägige sowie eine weitere rechtskräftige Vorstrafe vor.

Ob der Bf das Gewinn- und Verlustrisiko getragen hat, konnte nicht festgestellt werden, zumal aus dem vorliegenden Akt diesbezügliche konkrete Angaben nicht zu entnehmen sind, sondern es wurde von den Organen der Finanzpolizei in der Anzeige vom 05.01.2024 auf Seite 3 „Tathandlung und rechtliche Folgerungen" dargelegt, dass der Bf verbotene Ausspielungen auf eigenen Namen und Rechnung sowie auf eigenes Risiko veranstaltet habe. Aus welchen Umständen oder Tatsachen dies geschlossen wurde, ist der Anzeige nicht zu entnehmen. Auch aus dem Aktenvermerk oder der Niederschrift über die Einvernahme des Lokalbetreibers konnten keine konkreten Angaben hinsichtlich der Eigenschaft des Bf als Veranstalter entnommen werden.
Da sich aus den im Rahmen der öffentlichen mündlichen Verhandlung getätigten Aussagen und aus dem Verfahrensakt kein Hinweis darauf ergibt, wer das Gewinn- und Verlustrisiko tatsächlich trug, konnte nicht festgestellt werden, auf wessen Rechnung die Glücksspiele angeboten wurden. Ein Hinweis der Finanzpolizei auf ein früheres Verfahren des Bf reicht für eine solche Feststellung keinesfalls aus.

III. Rechtliche Beurteilung:

III.1. Rechtliche Grundlagen

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 § 1 Abs. 2 GSpG sind Glücksspiele im Sinne dieses Bundesgesetzes insbesondere die Spiele Roulette, Beobachtungsroulette, Poker, Black Jack, Two Aces, Bingo, Keno, Baccarat und Baccarat chemin de fer und deren Spielvarianten. Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, aus Gründen der Rechtssicherheit durch Verordnung weitere Spiele als Glücksspiele im Sinne des Abs. 1 zu bezeichnen.

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.

III.2. Es liegen keine ausreichenden Beweisergebnisse dafür vor, dass der Bf verbotene Ausspielungen auf eigene Rechnung durchgeführt hat, also das Gewinn- und Verlustrisiko getragen hat. Als Veranstalter kommt aber nur jene Person in Betracht, welche das Spiel auf eigene Rechnung ermöglicht (VwGH v. 27.05.2024, Ra 2022/12/0059).

Dem Bf konnte in diesem Verfahren nicht nachgewiesen werden, dass er mit den verfahrensgegenständlichen Eingriffsgegenständen verbotene Ausspielungen auf eigene Rechnung durchgeführt - diese also veranstaltet hat.
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). Wie oben dargestellt, war im vorliegenden Fall die Klärung der Frage, auf wessen Rechnung die gegenständlichen Glücksspiele angeboten wurden, nicht möglich. 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.

Der ermittelte Sachverhalt legt den Verdacht nahe, dass der Bf als Eigentümer der Eingriffsgegenstände eine Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG („unternehmerisch Beteiligen") verwirklicht haben könnte. Dies wurde im angefochtenen Straferkenntnis jedoch nicht vorgeworfen. Eine Korrektur des Tatbildes ist dem Verwaltungsgericht aber verwehrt:

„Nach stRsp des VwGH ist – sofern die Gesetze nicht anderes anordnen (VwGH 19.02.2003, 99/08/0146) – ‚Sache' des Berufungsverfahrens der Gegenstand des Verfahrens in der

Vorinstanz, dh jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruchs des angefochtenen Bescheides der Unterinstanz (einschließlich beigesetzter Auflagen und Bedingungen [VwGH 22.03.2000, 98/04/0019; 04.04.2002, 2002/08/0066] sowie Leistungsfristen [VwGH 15.06.1992, 91/10/0133; 18.01.1999, 98/10/0097]) gebildet hat (VwSlg 11.237 A/1983 verst Sen; VwGH 19.02.2003, 99/08/0146; 16.11.2005, 2004/08/0025; VfSlg 15.070/1998; Walter/Thienel AVG § 66 Anm 10). Die Grenzen der Sache, über welche die Berufungsbehörde abzusprechen hat, bestimmen sich nicht nach der Angelegenheit, die vor der untergeordneten Instanz in Verhandlung war, sondern nach dem Gegenstand, der durch den Spruch des Bescheides entschieden wurde (VwGH 04.09.2003, 2003/21/0082; VfSlg 7240/1973; Hengstschläger[3] Rz 516; Thienel4 267), dh die Berufungsbehörde darf sachlich nicht über mehr absprechen, als Gegenstand der Entscheidung der unteren Instanz war (VwGH 28.04.1987, 86/07/0043; 31.05.1990, 89/09/0143; 19.05.2004, 2003/18/0081; Walter/Mayer Rz 538)." [*Hengstschläger/Leeb,* AVG § 66 RZ 59 (Stand 01.07.2007, rdb.at)]

In seinem Erkenntnis vom 08.03.2017, Ra 2016/02/0226, führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass nach seiner Rechtsprechung eine Präzisierung der rechtlichen Grundlage der Bestrafung (Angabe der verletzten Verwaltungsbestimmung und angewendeten Strafnorm) zulässig ist, wenn es nicht zu einem "Austausch der Tat" durch Heranziehung eines anderen als des ursprünglich der Bestrafung zu Grunde gelegten Sachverhalts kommt (vgl. VwGH 17.02.2016, Ra 2016/04/0006 mwH).

Zu einer Abänderung des Tatvorwurfs sei das Verwaltungsgericht unabhängig von der Verjährungsfrist und unabhängig davon, ob eine Verfolgung in Bezug auf einen erweiterten Tatvorwurf grundsätzlich noch möglich wäre, nicht befugt (08.03.2017, Ra 2016/02/0226 RZ 10).

Das Verwaltungsgericht ist insofern nicht berechtigt, den durch den Spruch des behördlichen Straferkenntnisses festgelegten Tatvorwurf dahingehend abzuändern, dass die vorgeworfene Tat „unternehmerisch Veranstalten" durch einen anderen Tatvorwurf, etwa „unternehmerisch Beteiligen" ausgetauscht wird.

Weil nicht nachgewiesen werden konnte, dass der Bf die ihm vorgeworfene Tat begangen hat, erübrigt sich eine weitere Auseinandersetzung mit dieser Beschwerdesache und das Verfahren war gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen.

III.3. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Bf nicht aufzuerlegen, wenn der Beschwerde auch nur teilweise Folge gegeben worden ist. Wird gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG eine verhängte Strafe infolge Beschwerde aufgehoben, so sind die Kosten des Verfahrens von der Behörde zu tragen, falls sie aber schon gezahlt sind, zurückzuerstatten.

IV. 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 zu den Voraussetzungen der Strafbarkeit des § 52 Abs. 1 Z. 1 GSpG ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu - 9 - 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

Mag. Bergmayr-Mann