

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

27.04.2012

Geschäftszahl

2008/17/0175

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Pallitsch, Hofrat Dr. Köhler und Hofrätin Mag. Nussbaumer-Hinterauer als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Pichler, über die Beschwerde des P in B, vertreten durch Dr. Helmut Grubmüller, Rechtsanwalt in 1030 Wien, Weyrgasse 5/7, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates im Land Niederösterreich vom 15. Juli 2008, Zl. Sena-NK-07-1106, betreffend Übertretung des Glücksspielgesetzes, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1.1. Mit Straferkenntnis vom 1. August 2007 verhängte die Bezirkshauptmannschaft Neunkirchn über den Beschwerdeführer wegen Übertretung des § 56 Abs. 1 Z 1, erster und zweiter Fall, GSpG gemäß § 56 Abs. 2 GSpG eine Gesamtgeldstrafe von ,EUR 900,-- und für den Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Tagen.

Dem Beschwerdeführer wurde als handelsrechtlichem Geschäftsführer und somit als dem zur Vertretung nach außen berufenem Organ der Firma I Beteiligungs GmbH angelastet, vom 22. bis 27. September 2006 in einem näher bezeichneten Cafe in Niederösterreich entgegen § 56 Abs. 1 GSpG verbotenerweise Einsätze für ausländische Glücksspiele im Inland sowie die Weiterleitung solcher Einsätze aus dem Inland vorgenommen zu haben. An dem näher beschriebenen Standort sei ein Automat aufgestellt worden, durch einen im Ausland betriebenen Zufallsgenerator sei entschieden worden, welche "Siegerkonstellation tatsächlich auf dem Monitor den potentiellen Wettkunden gezeigt" worden sei. Von der Auswahl durch den Zufallsgenerator sei es abhängig gewesen, welcher der Hunde tatsächlich das Rennen gewann, sodass die Entscheidung über Gewinn und Verlust im Ausland getroffen worden sei.

Der Automat sei am Stromnetz angeschlossen und funktionstüchtig gewesen. Es habe sich um ein willkürlich startbares Rennen und um keine Live-Übertragung von **Hunderennen** gehandelt. Es sei eine bestimmte Anzahl von Rennen aufgezeichnet gewesen, diese seien immer wieder in unterschiedlicher Reihenfolge jeweils mit anderen Quoten im Abstand von rund fünf Minuten am Bildschirm gezeigt worden. Weder der Austragungsort noch die Namen der teilnehmenden Hunde seien dem Wettkunden bekannt gewesen. Da die sportliche Veranstaltung völlig im Hintergrund liege, handle es sich um keine Sportwetten. Die Vergabe der Quoten richte sich nicht nach der Leistung der Hunde. Die Siegerkonstellation sei daher ausschließlich vom Glück abhängig.

1.2. Auf Grund der Berufung des Beschwerdeführers erging der nunmehr angefochtene Bescheid, mit welchem die belangte Behörde den Schuldspruch des Straferkenntnisses insofern einschränkte, als die Wortfolge "die Weiterleitung von entgegengenommenen Einsätzen für ausländische Glücksspiele aus dem Inland" zu entfallen habe und infolge dessen die verhängte Geldstrafe von EUR 900,-- auf EUR 450,-- und die Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Tagen auf einen Tag herabgesetzt wurde.

Begründend führte die belangte Behörde nach eingehender Wiedergabe des Verwaltungsgeschehens und Darstellung der sowohl im gegenständlichen Verwaltungsstrafverfahren durchgeführten mündlichen Verhandlung als auch einer mündlichen Verhandlung im Verfahren betreffend die Beschlagnahme des Apparates, mit dem die Einsätze entgegengenommen worden waren, aus, dass das in Rede stehende Gerät im

Eigentum des Unternehmens GD in England stehe. Das Gerät sei von einem Berater der Fa. I Beteiligungs GmbH im näher genannten Cafe aufgestellt worden.

Das Spiel sei derart abgelaufen, dass der Spieler einen entsprechenden Tipp habe abgeben müssen, wobei 40 verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung gestanden seien (zu tippen war die Reihenfolge des Einlaufes der ersten beiden Hunde). Nach Abgabe des Tipps sei mittels eines Zufallsgenerators entschieden worden, welches Rennen dem Kunden angezeigt werde. Die vor dem Rennen den Kunden gezeigten Quotenblätter bezögen sich nicht unbedingt auf das anschließend gezeigte **Hunderennen**, zumal das zu zeigende Rennen durch den Zufallsgenerator ausgewählt werde. Der Kunde könne daher auf Grund des Quotenblattes keine Einschätzung treffen, welcher Hund am besten bzw. am schlechtesten qualifiziert sei, wie dies bei üblichen Sportwetten möglich wäre. Sowohl die Rennen als auch die Quoten würden über Satellit am Monitor des Gerätes sowie auf einer im Lokal befindlichen Leinwand gezeigt. Die Quote beziehe sich auf alle ca. 350 aufgezeichneten Rennen, wobei unklar sei, ob bei den Rennen immer dieselben Hunde, unterschiedliche Hunde oder manche auch mehrmals bei verschiedenen Rennen liefen. Der Zufallsgenerator werde von der GD ca. 100 km nördlich von London betrieben. Die I Beteiligungs GmbH habe die Gastwirte akquiriert, um ein entsprechendes Gerät aufstellen zu können. Die I Beteiligungs GmbH habe mit dem Gastwirt des in Rede stehenden Aufstellungsortes einen Aufstellvertrag geschlossen und sich sowohl um eine Internetanbindung als auch um die Installation einer Satellitenanlage im Lokal gekümmert. Inhalt des Aufstellvertrages sei die Regelung betreffend die Beteiligung am Erlös.

Eingehend dargestellt wurden sodann die verschiedenen Zeugenaussagen u.a. eines Vertreters einer in der Steiermark tätigen Unternehmung Top P, die u.a. in der Steiermark dieselben Geräte betreibe wie das hier verfahrensgegenständliche, sowie die Aussagen des Beschwerdeführers. Die belangte Behörde erörterte auch die einzelnen Widersprüche, die sich aus den verschiedenen Zeugenaussagen zu den Rechtsverhältnissen zwischen der in der Steiermark tätigen Firma Top P, der I Beteiligungs GmbH und der GD in England ergäben, sowie die unterschiedlichen Aussagen betreffend die konkreten Rechtsverhältnisse hinsichtlich des im gegenständlichen Verfahren beschlagnahmten Gerätes. Der Beschwerdeführer habe nicht angeben können, wer im vorliegenden Fall Buchmacher gewesen sei.

Die belangte Behörde legte ihrem Bescheid (nach Wiedergabe ihrer Überlegungen zur Beweiswürdigung) die Feststellungen zu Grunde, dass die I Beteiligungs GmbH an die GD in England hinsichtlich der Einspielergebnisse Rechnung gelegt habe. Die I Beteiligungs GmbH habe als Aufsteller des Internet-Terminals Einsätze für die GD mit Sitz in London, somit für ausländische Glücksspiele, entgegengenommen und sei zwischen dem Kunden (dem Gastwirt) und der GD als Produktanbieter als Vermittler aufgetreten.

Inwieweit die Einsätze an die Fa. GD nach London und damit ins Ausland weitergeleitet worden seien, habe nicht mit der für ein Verwaltungsstrafverfahren notwendigen Sicherheit festgestellt werden können, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Fa. GD in Österreich über ein Konto verfüge, zumal laut telefonischer Auskunft der handelsrechtlichen Geschäftsführerin der GD Austria GmbH, Ing. BS, die GD Austria GmbH eine Schwesterfirma der GD in London sei.

Eingehend begründet wurde sodann, wieso es sich im Gegenstand nicht um eine Wette, sondern um ein Glücksspiel handle. Der gegenständliche Sachverhalt könne nicht unter den Begriff der Wette im Sinne des § 1270 ABGB subsumiert werden, zumal völlig unklar sei, über welches noch unbekanntes Ereignis die Wette abgeschlossen werden solle. Der Wettgegenstand sei nicht eindeutig definiert. Der festgestellte Sachverhalt sei vielmehr unter dem Begriff des Glücksspiels zu subsumieren. Dem Kunden werde auf Grund eines zuvor geleisteten Einsatzes und eines abgegebenen Tipps ein Gewinn in Aussicht gestellt, wobei es einzig und allein vom Zufall abhängig sei, ob der Kunde gewinne oder nicht, da ein in England befindlicher Zufallsgenerator eines von 350 aufgezeichneten **Hunderennen** auswähle und es lediglich von dieser Auswahl abhängige, ob sich der vom Kunden abgegebene Tipp als richtig oder falsch erweise.

Nachdem die Entscheidung über Gewinn oder Verlust im Ausland getroffen werde, sei von einem ausländischen Glücksspiel auszugehen (Hinweis auf *Schwartz/Wohlfahrt*, Kommentar zum Glücksspielgesetz, 2. Auflage, Rz 3 zu § 56 GSpG).

Gemäß § 56 Abs. 1 Z 1 GSpG sei das Entgegennehmen von Einsätzen für ausländische Glücksspiele im Inland verboten. Strafbare mithin, wer Einsätze für Glücksspiele, bei denen die Entscheidung über Gewinn und Verlust in einem anderen Staat als Österreich getroffen werde, in Österreich entgegennehme.

Als handelsrechtlicher Geschäftsführer der I Beteiligungs GmbH und damit als "gemäß § 9 VStG zur Vertretung nach außen berufenes Organ" habe der Beschwerdeführer den Tatbestand des § 56 Abs. 1 Z 1 erste Variante GSpG in objektiver Weise verwirklicht. Der Beschwerdeführer habe zumindest fahrlässig gehandelt, da er hätte wissen können, dass die Entgegennahme von Einsätzen für ausländisches Glücksspiel in Österreich verboten sei. In seiner Funktion als handelsrechtlicher Geschäftsführer sei ihm zumutbar, sich mit den einschlägigen österreichischen Bestimmungen vertraut zu machen. Der Tatbestand sei daher auch in subjektiver Weise verwirklicht. Abschließend werden die Überlegungen zur Strafbemessung wiedergegeben.

1.3. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in der die Verjährung der Tat geltend gemacht wird, weil sich die Verfolgungshandlung auf eine andere Tat bezogen habe, sowie das Vorliegen eines Glücksspiels im Sinne des Glücksspielgesetzes bestritten wird.

1.4. Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2.1. Gemäß § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz - GSpG, BGBl. Nr. 620/1989, sind Glücksspiele im Sinne dieses Bundesgesetzes Spiele, bei denen Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen.

§ 56 Abs. 1 und 2 Glücksspielgesetz, BGBl. Nr. 620/1989, in der im Beschwerdefall maßgeblichen Fassung zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 126/2003, lauteten:

"Teilnahme an ausländischen Glücksspielen

§ 56. (1) Verboten ist:

1. Das Entgegennehmen von Einsätzen für ausländische Glücksspiele im Inland sowie die Weiterleitung solcher Einsätze aus dem Inland;

2. die Bereithaltung von Einrichtungen zur Einsatzleistung an ausländischen Glücksspielen aus dem Inland oder die Ermöglichung einer solchen Einsatzleistung auf andere Art und Weise;

3. die Bewerbung oder die Ermöglichung der Bewerbung ausländischer Glücksspiele.

(2) Der Verstoß gegen die in Abs. 1 enthaltenen Verbote wird bei vorsätzlicher Begehung mit einer Geldstrafe bis zu 22 000 Euro, ansonsten mit einer Geldstrafe bis zu 3 000 Euro geahndet."

2.2. Der Beschwerdeführer bestreitet die Sachverhaltsfeststellungen der belangten Behörde im Wesentlichen nicht, sondern wendet einerseits die Verjährung der Tat ein und bestreitet andererseits die Subsumtion der mit dem beschlagnahmten Apparat angebotenen Spiele unter den Glücksspielbegriff des Glücksspielgesetzes.

Der Beschwerdeführer vertritt die Auffassung, dass die Firma Top P als Buchmacher bei den in Rede stehenden Verträgen aufgetreten sei. Der jeweilige Vertrag sei zwischen der Firma Top P und den Spielern zustande gekommen.

2.3. Den Vorwurf der Verjährung der Tat stützt die Beschwerde auf den Umstand, dass in der Aufforderung zur Rechtfertigung im Verfahren erster Instanz von der Entgegennahme von Einsätzen für ausländische Glücksspieler die Rede gewesen sei, wohingegen das Straferkenntnis (und der angefochtene Bescheid) sich auf die Entgegennahme von Einsätzen für ausländische Glücksspiele bezöge. Darüber hinaus sei der Wortlaut der Aufforderung dahin gegangen, dass der Beschwerdeführer Einsätze für ausländische Glücksspieler vorgenommen habe. Es sei somit keine rechtzeitige Verfolgungshandlung gesetzt worden.

Die belangte Behörde ist im angefochtenen Bescheid demgegenüber davon ausgegangen, dass der Schreibfehler "Glücksspieler" anstelle von "Glücksspiele" nichts an der Wirksamkeit der Verfolgungshandlung ändere. Dies insbesondere im Hinblick darauf, dass die Behörde erster Instanz in der Aufforderung zur Rechtfertigung auch ausdrücklich § 56 Abs. 1 Z 1 GSpG im Zusammenhang mit dem wörtlich formulierten Vorwurf der Tat zitiert habe. In der Beschwerde wird dieser Argumentation entgegengehalten, dass auch diese Zitierung des § 56 Abs. 1 Z 1 GSpG nichts daran ändere, dass der Vorwurf verfehlt gewesen sei, zumal er auch nicht auf die Entgegennahme von Einsätzen gelautet habe, sondern auf die "Vornahme" von Einsätzen.

Zu diesem Vorbringen ist darauf hinzuweisen, dass die sprachlich nicht korrekte Fassung einer Aufforderung zur Rechtfertigung die Wirksamkeit der Aufforderung als Verfolgungshandlung im Sinne des § 32 Abs. 2 VStG dann nicht hindert, wenn für den Beschuldigten aus dem verbalen Vorwurf in Verbindung mit der Nennung der Verbotsnorm, die er übertreten haben soll, erkennbar ist, welche Tat ihm die Behörde erster Instanz zum Vorwurf macht. Eine Verfolgungshandlung im Sinne des § 32 Abs. 2 VStG muss sich auf eine bestimmte Verwaltungsübertretung beziehen und sich auf alle einer späteren Bestrafung zu Grunde liegenden Sachverhaltselemente beziehen (vgl. *Pürgy* in: Raschauer/Wessely (Hrsg.), VStG, § 32 Rz 5). Der Beschuldigte muss durch den Tatvorwurf in die Lage versetzt werden, auf diesen Vorwurf bezogene konkrete Beweise anzubieten. Dies war im Beschwerdefall gegeben. Durch die Nennung der Rechtsgrundlage, des § 56 Abs. 1 Z 1 GSpG, war ersichtlich, dass die Unklarheit bei der verbalen Umschreibung der Tat lediglich ein Redaktionsversehen darstellte.

2.4. Soweit sich die Beschwerde gegen die Qualifikation der (vom Beschwerdeführer so bezeichneten) "Wetten", die mit dem in Rede stehenden Terminal entgegengenommen wurden, als Glücksspiel im Sinne des § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz wendet, ist auf die zutreffende Begründung im angefochtenen Bescheid zu verweisen. Die weitwendigen Ausführungen in der Beschwerde zum Begriffsverständnis der §§ 1069 und 1272 ABGB sind nicht zielführend. Die zivilrechtliche Begriffsbildung, die für die Anwendung der Vorschriften des ABGB maßgeblich ist, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht von entscheidender Bedeutung. Ob und inwieweit die vom Beschwerdeführer angestellten Auslegungserwägungen zum ABGB auch mit dem allgemeinen Sprachgebrauch vereinbar wären, ist ebenso unbeachtlich. Maßgeblich ist, wie die Begriffsbestimmung des § 1 Abs. 1 GSpG zu verstehen ist. Dieser zufolge ist das Vorliegen eines entgeltlichen Glücksvertrages, bei dem die Entscheidung über Gewinn oder Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen, erforderlich (vgl. *Erlacher*, Glücksspielgesetz, Anm. zu § 1 GSpG). Wie die belangte Behörde bereits hervorgehoben hat, hängt das Spielergebnis ausschließlich von der per Zufall erfolgenden Auswahl der

gezeigten Rennen ab. Die Entscheidung über Gewinn oder Verlust ist daher vom Zufall abhängig, sodass ein Glücksspiel im Sinn des § 1 Abs. 1 GSpG vorliegt. Wenn in der Beschwerde demgegenüber die Auffassung vertreten wird, dass kein "Spiel" vorliege, sondern eine vom Spiel abzugrenzende Wette, so genügt es darauf hinzuweisen, dass es sich bei einer Sportwette darum handelt, dass auf den Ausgang von sportlichen Wettkämpfen gewettet wird, die unabhängig von den Partnern des Wettvertrages stattfinden und im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt sind, sodass dem Wettenden die Möglichkeit der Einschätzung der Stärke der beteiligten Mannschaften, Sportler (oder beim **Hunderennen**) der Tiere möglich ist. Das "Setzen" auf eine bestimmte Reihenfolge des Einlaufes von Hunden bei maschinell zufällig ausgewählten aufgezeichneten Rennen unterscheidet sich nicht wesentlich vom Spiel an elektronischen Apparaten, die zufällig bestimmte Zahlen- oder Symbolkombinationen kreieren. Der Unterschied, dass in letzterem Fall von vornherein durch die Spielregel festgelegt ist, bei welcher aufscheinenden Kombination ein Gewinn eintritt, während bei den virtuellen Hunderennenwetten der Spieler durch die Nennung von Hunden (bzw. deren diesen zugeordneten Nummern) selbst diese Kombination festlegt, ändert nichts daran, dass die Entscheidung, ob diese Kombination eintritt, von der Auswahl (des gezeigten Rennens) mittels Zufallsgenerators abhängt. Der Spieler hat somit keinen Einfluss auf das Spielergebnis, welches ausschließlich von der zufälligen Auswahl durch den Apparat abhängt.

2.5. Zu der in der Beschwerde vertretenen Auffassung, dass die Firma Top P als Buchmacher aufgetreten sei, ist darauf zu verweisen, dass nach den vorstehenden Ausführungen im Beschwerdefall keine Wetten vorlagen und somit auch keine Buchmachertätigkeit entfaltet werden konnte. Die belangte Behörde ist auf Grund ihrer nicht zu beanstandenden Beweiswürdigung zum Ergebnis gekommen, dass - ungeachtet des von der I Beteiligungs GmbH an die Firma Top P zu bezahlenden Benutzungsentgelts für das Internet-Terminal - die Wetteinsätze vom Betreiber des Cafes, in dem das Gerät aufgestellt war, für die I Beteiligungs GmbH entgegen genommen worden seien und von dieser der GD in Großbritannien Rechnung gelegt worden sei und damit der Vertrag zwischen dem Spieler und der Firma GD als Produktanbieter zustande gekommen sei.

In der Beschwerde wird auch weder der von der belangten Behörde festgestellte Sachverhalt, dass die I Beteiligungs GmbH der GD in Großbritannien Rechnung legte, bestritten, noch der Aussage des Zeugen Z, die Einsätze seien vom Inhaber des Cafes für die I Beteiligungs GmbH vereinnahmt worden, etwas entgegen gehalten. Das Beschwerdevorbringen ist daher nicht geeignet, Bedenken gegen die Beweiswürdigung der belangten Behörde hervorzurufen.

2.6. Da auf der Grundlage der in einem mängelfreien Verfahren getroffenen Feststellungen der belangten Behörde keine Zweifel bestehen, dass die gegenständlichen Spiele von einer in Großbritannien ansässigen Unternehmung mittels eines in Großbritannien situierten Rechners, mit dem über die in Österreich betriebenen Apparate Verbindung aufgenommen wurde, durchgeführt wurden, ist auch die Qualifikation des Vorliegens eines "ausländischen" Glücksspiels im Sinne des § 56 Abs. 1 Z 1 GSpG zutreffend.

2.7. In der Beschwerde wird schließlich vorgebracht, die Bestrafung sei aus "dem Blickwinkel des Europarechts nicht zu rechtfertigen und jedenfalls gesetzwidrig". § 56 Abs. 1 Z 1 GSpG hielte einer europarechtlichen Prüfung nicht stand, sehe er doch vor, dass es verboten sei, Einsätze für ausländische Glücksspiele im Inland entgegen zu nehmen, während gleichzeitig ein allenfalls ausländischer Spielteilnehmer, der sich an einem österreichischen Glücksspiel beteilige und Einsätze leiste, keiner Strafe unterliege.

Zu diesem Vorbringen ist einerseits auf die Rechtsprechung des EuGH zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Beschränkungen des Glücksspiels durch die Mitgliedstaaten zu verweisen (vgl. etwa das Urteil des EuGH vom 8. September 2009, C- 42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*), und andererseits festzuhalten, dass der aufgezeigte Unterschied in der Behandlung zwischen einem der österreichischen Rechtsordnung unterliegenden Spieler, der sich an einem in Österreich nicht konzessionierten Spiel beteiligt, und einem ausländischen Spieler, der an legalen Spielen in Österreich teilnimmt, gerade im Hinblick auf diese Rechtsprechung keinen unionsrechtlichen Bedenken begegnet. Der EuGH hat insbesondere festgestellt, dass allein der Umstand, "dass ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt hat, keinen Einfluss auf die Beurteilung der Erforderlichkeit und der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen" habe (zuletzt in diesem Sinne EuGH 15. September 2011, C-347/09, *Dickinger & Ömer*, Rn 97; vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 4. November 2009, Zl. 2009/17/0147). Die Mitgliedstaaten sind nicht gehalten, allfällige Konzessionen, die von anderen Mitgliedstaaten nach deren Rechtsordnung verliehen wurden, auch in ihrem Rechtsbereich anzuerkennen.

Das Unionsrecht erfordert aber umgekehrt jedenfalls nicht, eine Bestrafung ausländischer Teilnehmer am Glücksspiel in Österreich vorzusehen. Die vermeintliche "Ungleichheit" der Behandlung zwischen inländischen und ausländischen Spielern durch die Strafbestimmungen des GSpG begründet somit keine Unionsrechtswidrigkeit.

2.8. Aus den dargelegten Erwägungen ergibt sich, dass die beschwerdeführende Partei durch den angefochtenen Bescheid in ihren Rechten weder wegen der geltend gemachten noch wegen einer vom Verwaltungsgerichtshof aus eigenem aufzugreifenden Rechtswidrigkeit verletzt worden ist.

Die Beschwerde war infolgedessen gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

Wien, am 27. April 2012