



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Enzenhofer und den Hofrat Mag. Berger sowie die Hofrätin Dr. Koprivnikar als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Kovacs, über die Revision des Bundesministers für Finanzen gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 12. Februar 2021, LVwG-S 973/001-2020, betreffend Übertretungen des Glücksspielgesetzes (belangte Behörde vor dem Verwaltungsgericht: Bezirkshauptmannschaft Lilienfeld; mitbeteiligte Partei: R P in T, vertreten durch Mag. Wolfgang Moser, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Wächtergasse 1/11), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Entscheidungsgründe:

- 1 1.1. Mit Spruchpunkt 1. des Straferkenntnisses der belangten Behörde vom 15. April 2020 wurde dem Mitbeteiligten als handelsrechtlichem Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenem Organ der B GmbH vorgeworfen, er habe es zu verantworten, dass die näher bezeichnete Gesellschaft als Inhaberin (Zugänglichmacherin von Eingriffsgegenständen) im Tatzeitraum verbotene Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus auf drei näher konkretisierten Eingriffsgegenständen unternehmerisch zugänglich gemacht habe. Jeder der drei Eingriffsgegenstände habe aus einem Monitor mit Touchscreenfunktion, einem „24 Cash Payment Kiosk Classic (Einzahlungsgerät)“ sowie einem Terminal Board bestanden. Diese Eingriffsgegenstände seien zum Zeitpunkt der Kontrolle im Lokal T betriebsbereit und eingeschaltet vorgefunden worden. Es seien virtuelle Walzenspiele durchgeführt worden; aufgrund der in Aussicht gestellten Gewinne und der möglichen Einsätze in der Höhe von zumindest € 0,25 sei mit den Eingriffsgegenständen in das Glücksspielmonopol eingegriffen worden, weil weder eine Konzession noch eine Ausnahme vom Glücksspielmonopol vorgelegen sei.





- 2 1.2. Mit Spruchpunkt 2. des Straferkenntnisses der belangten Behörde vom 15. April 2020 wurde dem Mitbeteiligten als handelsrechtlichem Geschäftsführer und somit als gemäß § 9 Abs. 1 VStG zur Vertretung nach außen berufenem Organ der B GmbH vorgeworfen, er habe es zu verantworten, dass sich die näher bezeichnete Gesellschaft als Eigentümerin bestimmter näher bezeichneter Geräte im Tatzeitraum an verbotenen Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus auf näher konkretisierten drei Eingriffsgegenständen unternehmerisch beteiligt habe. Jeder der drei Eingriffsgegenstände habe aus einem Monitor mit Touchscreenfunktion, einem „24 Cash Payment Kiosk Classic (Einzahlungsgerät)“ sowie einem Terminal Board bestanden. Diese Eingriffsgegenstände seien zum Zeitpunkt der Kontrolle im Lokal T betriebsbereit und eingeschaltet vorgefunden worden. Es seien virtuelle Walzenspiele durchgeführt worden; aufgrund der in Aussicht gestellten Gewinne und der möglichen Einsätze in der Höhe von zumindest € 0,25 sei mit den Eingriffsgegenständen in das Glücksspielmonopol eingegriffen worden, weil weder eine Konzession noch eine Ausnahme vom Glücksspielmonopol vorgelegen sei.
- 3 1.3. Über den Mitbeteiligten wurde gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 dritter Fall iVm § 2 Abs. 2 und 4 iVm § 4 Glücksspielgesetz - GSpG zu Spruchpunkt 1. eine Geldstrafe in der Höhe von € 6.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 34 Stunden) gemäß „§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG)“ sowie zu Spruchpunkt 2. ebenfalls eine Geldstrafe in der Höhe von € 6.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe von 34 Stunden) verhängt. Überdies wurden dem Mitbeteiligten Barauslagen für den Transport gemäß § 50 Abs. 10 GSpG vorgeschrieben. Ein Haftungsausspruch gemäß § 9 Abs. 7 VStG erfolgte nicht.
- 4 1.4. Begründend führte die belangte Behörde u.a. aus, die Funktionstauglichkeit der Geräte sei durch die anwesenden Beamten der Finanzpolizei dienstlich wahrgenommen worden. Auf den Monitoren (samt den dazugehörenden PCs) seien virtuelle Walzenspiele visualisiert worden, ein elektronisches Kassensystem sei betriebsbereit und eingeschaltet vorgefunden worden, mit dem auf einer näher bezeichneten Internetseite ein notwendiges Spielguthaben hergestellt werden können. Die Zeugin I habe



niederschriftlich angegeben, dass die Spieler die Karten am Payment Kiosk aufladen würden. Jeweils drei Geräte zusammen würden aus näheren Gründen einen Eingriffsgegenstand darstellen.

- 5 2.1. Mit dem angefochtenen Erkenntnis gab das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich (LVwG) der vom Mitbeteiligten dagegen erhobenen Beschwerde nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung Folge, behob das Straferkenntnis und stellte das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG ein. Die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG erklärte das LVwG für nicht zulässig.
- 6 2.2. Begründend führte das LVwG im Wesentlichen aus, es habe an einem bestimmten Tag eine Glücksspielkontrolle im Lokal T stattgefunden. In einem Raum habe sich rechts das Einzahlungsgerät der Firma s s.r.o. befunden. In einem Nebenraum seien Schreibtische mit drei Drehsesseln vorgefunden worden. Auf den Schreibtischen habe es drei Monitore gegeben; die für den Betrieb notwendigen Rechner seien an der Unterseite der Tischplatten angebracht gewesen. Alle Geräte hätten sich seit zumindest 1. September 2018 im Lokal befunden. Zur Verwendung des Einzahlungsgerätes benötige der Kunde eine Prepaidkarte, wobei eine Aufbuchung von Bargeld nur möglich sei, wenn der Kunde registriert sei; dafür werde von der Firma M ein Pincode auf das Handy übermittelt. Eine Bedienung dieses Gerätes durch Organe der Finanzpolizei sei nicht erfolgt. Auch Bargeld könne am Einzahlungsgerät eingeschoben werden und u.a. auf die Prepaidkarte aufgeladen werden; der Unterschied zu einer Kreditkarte bestehe darin, dass eine Überziehung nicht möglich sei. Das Einzahlungsgerät sei kein Glücksspielautomat. Die Firma s s.r.o. baue diese Geräte in Ungarn und verkaufe oder vermiete sie oder stelle sie gratis auf. In letzterem Fall verdiene die Gesellschaft an „Serviceleistungen“ oder dem Verkauf von Prepaidkarten. Die Gesellschaft erhalte Aufzeichnungen, dass Transaktionen durchgeführt würden, habe aber keine Einflussmöglichkeit darauf, wofür der Kunde die Karte verwende. Die Firma M überweise der s s.r.o. Beträge für die Transaktionen. Die Prepaidkarten würden von der s s.r.o. einzeln in einem Kuvert an verschiedene Handelspartner zu € 10,-- zuzgl. USt. verkauft und in der Folge von diesen an



die Endabnehmer um € 20,-- brutto weiterverkauft. Die s.s.r.o. habe dann einen Vertrag mit dem Handelspartner und dieser mit dem Endabnehmer. Es habe nicht festgestellt werden können, dass zwischen der s.s.r.o. und der B GmbH eine Vereinbarung betreffend das Einzahlungsgerät und Prepaidkarten bestehe; auch eine indirekte Vereinbarung zwischen der B GmbH und einem Handelspartner der s.s.r.o. habe nicht festgestellt werden können. Es habe nicht festgestellt werden können, ob das Einzahlungsgerät vermietet worden sei; es sei betriebsbereit gewesen, es könne jedoch nicht festgestellt werden, ob Prepaidkarten ausgegeben worden seien. Die Monitore und Rechner seien zum Kontrollzeitpunkt betriebsbereit und eingeschaltet gewesen und habe auf jedem Monitor über google eine bestimmte Internetseite aufgerufen werden können. Auf der Spielauswahloberfläche seien verschiedene Walzenspiele zur Auswahl gestanden. In der Demoversion sei ohne Einwurf von Geld- oder Spielmarken um „Fun Points“ gespielt worden und seien auch keine Gewinne ausbezahlt worden. Es könne nicht festgestellt werden, ob eine vermögenswerte Leistung erbracht worden sei.

- 7 Weiters traf das LVwG Feststellungen zu den Walzenspielen und führte aus, dass die Monitore und Rechner keine Glücksspielautomaten seien; eine Verbindung zum Einzahlungsgerät habe nicht bestanden. Der Veranstalter der Spiele habe nicht festgestellt werden können.
- 8 2.3. Das LVwG führte rechtlich aus, es liege aus näheren Gründen keine Verfolgungsverjährung vor. Es habe nicht festgestellt werden können, dass mit jeweils drei zusammengehörigen Geräten eine Ausspielung durchgeführt worden sei und ob eine vermögenswerte Gegenleistung in Aussicht gestellt worden sei, weil nur eine Demoversion gespielt worden sei. Das Verwaltungsstrafverfahren sei daher einzustellen.
- 9 3.1. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Amtsrevision des Bundesministers für Finanzen mit dem Antrag, das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, in eventu wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.



- 10 3.2. Der Mitbeteiligte sowie die belangte Behörde erstatteten jeweils eine
Revisionsbeantwortung.
- 11 Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:
- 12 4.1. Zur Zulässigkeit der Revision wird vorgebracht, das LVwG habe
ausgeführt, dass es zur Frage der Verwendung des elektronischen
Kassensystems keine Feststellungen habe treffen können; diesbezüglich gebe
es aber die Niederschrift der Aussage einer Kellnerin im Akt, wonach diese
wahrgenommen habe, dass Personen auf dem elektronischen Kassensystem
Prepaidkarten aufgeladen hätten und dass das Spielen an den
Computerterminals nur mit diesen Karten möglich gewesen sei. Die
Unterlassung der Einvernahme der Zeugin stelle aus näheren Gründen einen
wesentlichen und relevanten Verfahrensmangel dar, die gegen näher
bezeichnete Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes verstoße.
- 13 4.2. Die Revision erweist sich bereits aus diesem Grund als zulässig und auch
begründet:
- 14 4.2.1. Gemäß § 38 VwGVG gilt im Verwaltungsstrafverfahren vor den
Verwaltungsgerichten gemäß § 25 Abs. 1 VStG das Amtswegigkeitsprinzip
und gemäß § 25 Abs. 2 VStG der Grundsatz der Erforschung der materiellen
Wahrheit, wonach vom Verwaltungsgericht von Amts wegen unabhängig von
Parteivorbringen und -anträgen der wahre Sachverhalt durch Aufnahme der
nötigen Beweise zu ermitteln ist. Betreffend die Kognitionsbefugnis der
Verwaltungsgerichte ist festzuhalten, dass gemäß Art. 130
Abs. 4 erster Satz B-VG (s. auch § 50 VwGVG) in Verwaltungsstrafsachen das
Verwaltungsgericht immer in der Sache selbst entscheidet, woraus folgt, dass
in Verwaltungsstrafverfahren dem Verwaltungsgericht in jedem Fall auch die
Befugnis und Verpflichtung zu allenfalls erforderlichen
Sachverhaltsfeststellungen zukommt (vgl. VwGH 15.12.2014,
Ro 2014/17/0121, mwN).
- 15 4.2.2. Betreffend die Ermittlung des Sachverhaltes bedeutet dies, dass die
Verwaltungsgerichte verpflichtet sind, von Amts wegen ohne Rücksicht auf
Vorträge, Verhalten und Behauptungen der Parteien die





entscheidungserheblichen Tatsachen zu erforschen und deren Wahrheit festzustellen. Der Untersuchungsgrundsatz verwirklicht das Prinzip der materiellen (objektiven) Wahrheit, welcher es verbietet, den Entscheidungen einen bloß formell (subjektiv) wahren Sachverhalt zu Grund zu legen. Der Auftrag zur Erforschung der materiellen Wahrheit verpflichtet die Verwaltungsgerichte, alles in ihrer Macht Stehende zu unternehmen, um der Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen (vgl. *Walter/Thienel*, Verwaltungsverfahrensgesetze II² E 4 zu § 25 VStG). In diesem Sinne sind alle sich bietenden Erkenntnisquellen sorgfältig auszuschöpfen und insbesondere diejenigen Beweise zu erheben, die sich nach den Umständen des jeweiligen Falles anbieten oder als sachdienlich erweisen können. Die Sachverhaltsermittlungen sind ohne Einschränkungen eigenständig vorzunehmen. Auch eine den Beschuldigten allenfalls treffende Mitwirkungspflicht enthebt das Verwaltungsgericht nicht ihrer aus dem Grundsatz der Amtswegigkeit erfließenden Pflicht, zunächst selbst - soweit das möglich ist - für die Durchführung aller zur Klarstellung des Sachverhaltes erforderlichen Beweise zu sorgen (vgl. insgesamt erneut VwGH 15.12.2014, Ro 2014/17/0121, mwN).

- 16 4.2.3. Im vorliegenden Fall wurde dem Mitbeteiligten als handelsrechtlichem Geschäftsführer einer GmbH von der belangten Behörde angelastet, mit drei Eingriffsgegenständen, die aus jeweils drei näher konkretisierten Geräten (Monitor, Terminal und „Payment Kiosk“) bestanden haben, verbotene Ausspielungen zugänglich gemacht zu haben sowie sich an solchen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt zu haben.
- 17 Wie der Verwaltungsgerichtshof bereits ausgesprochen hat, handelt es sich bei einem „Cash-Center“ um eine Komponente eines Glücksspielgerätes, die nicht als selbstständiger Eingriffsgegenstand einer Bestrafung gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG iVm § 52 Abs. 2 GSpG zu Grunde gelegt werden darf (vgl. VwGH 18.7.2018, Ra 2017/17/0822, mwN). Im Rahmen des Verwaltungsstrafverfahrens ist in diesem Zusammenhang vielmehr zu prüfen, ob mehrere Gegenstände gemeinsam verwendet werden, um jeweils eine einzige Ausspielung durchzuführen, sodass in diesem Zusammenhang von



einem einzigen Eingriffsgegenstand auszugehen ist, der lediglich eine Bestrafung gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 2 GSpG nach sich ziehen kann (vgl. VwGH 11.9.2018, Ra 2018/17/0151, mwN).

- 18 Das LVwG war daher im Rahmen seiner amtswegigen Ermittlungspflicht gehalten, zu ermitteln, ob mit den jeweils angelasteten drei Gegenständen gemeinsam im Sinne eines Eingriffsgegenstandes einer der Tatbestände des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG verwirklicht worden ist. Dabei hat es alle ihm zu Gebote stehenden Beweismittel heranzuziehen.
- 19 4.2.4. Im vorliegenden Fall ist in den Verwaltungsakten eine Niederschrift einer Zeugin enthalten, die Wahrnehmungen hinsichtlich des Aufladens am „Cash-Kiosk“ sowie des Bespielens der (jeweils) übrigen Gegenstände hatte. Diese Zeugin wurde vom LVwG jedoch in der mündlichen Verhandlung nicht vernommen, vielmehr traf es die Feststellung, nicht feststellen zu können, ob Prepaidkarten aufgeladen und ob Prepaidkarten für Spiele verwendet worden seien. Die unterlassene Einvernahme der Zeugin begründete das LVwG dabei nicht.
- 20 Bei Einvernahme dieser Zeugin kann jedoch vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Beurteilung von Eingriffsgegenständen im Sinne des § 52 Abs. 1 Z 1 iVm § 52 Abs. 2 GSpG nicht ausgeschlossen werden, dass das LVwG zu anderen Feststellungen und in der Folge zu einer anderen rechtlichen Beurteilung gelangt wäre.
- 21 4.3. Da es das Verwaltungsgericht somit unterlassen hat, Beweiserhebungen zur Beurteilung des Vorliegens einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 GSpG durchzuführen und erst auf deren Grundlage entsprechende Feststellungen zu treffen, war das angefochtene Erkenntnis wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften gemäß § 42 Abs. 2 Z 3 lit. b und c VwGG aufzuheben.
- 22 Das LVwG wird für das fortzusetzende Verfahren darauf hingewiesen, dass hinsichtlich des dem Mitbeteiligten angelasteten identen Sachverhaltes zu den Spruchpunkten 1. und 2. lediglich entweder die Verwirklichung des



dritten Tatbildes oder die des vierten Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG vorliegen kann.

W i e n , am 14. Juni 2021

