



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38870
Telefax: (43 01) 4000 99 38870
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at
DVR: 4011222

GZ: 1) VGW-002/022/2477/2016
J. K.

Wien, 27.01.2017

2) VGW-002/V/022/2478/2016
G.-gesellschaft m.b.H.

Geschäftsabteilung: VGW-A

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Dr. Lehner über die Beschwerde 1) des K. J. sowie 2) der G.-gesellschaft m.b.H., beide vertreten durch Rechtsanwalt, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Wien vom 15.01.2016, ZI. VStV/915300421549/2015, betreffend Übertretung des § 2 Abs. 1 iVm § 52 Abs. 1 Z 9 iVm § 14 Glücksspielgesetz (GSpG) iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG),

zu Recht erkannt:

- I. Gemäß § 50 VwGVG wird den Beschwerden Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG eingestellt.
- II. Gemäß § 52 Abs. 8 VwGVG hat der Beschwerdeführer keinen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens zu leisten.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

Entscheidungsgründe

1. Gang des Verfahrens, angefochtener Bescheid und Beschwerde

1.1. Das angefochtene Straferkenntnis, gerichtet an K. J. und die G.-gesellschaft m.b.H. hat folgenden Spruch:

"Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma G.-gesellschaft-m.b.H und somit als zur Vertretung nach außen Berufener und für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften strafrechtlich Verantwortlicher gem. § 9 Abs. 1 VStG, die Bewerbung verbotener Ausspielungen ermöglicht, indem am 03.02.2015, um 18.14 Uhr in Wien, W.-straße und am 09.02.2015, um 07.33 Uhr in Wien, R.-brücke, auf einem 'Rolling Board' , je eine Werbeschaltung für elektronische Lotterien gemäß § 12a GSpG des 'Online Casino' , 'M. Ltd.', ermöglicht haben, jedoch über keine Konzession des Bundesministerium für Finanzen gemäß § 14 GSpG, zur Durchführung von Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 1 GSpG verfügen. Die Werbeschaltung auf dem 'Rolling Board' des 'Online Casino' 'M.' vom 03.02.2015 um 18.14 Uhr in Wien, W.-straße lautete mit dem Text;

*Zum Glück
M.*

und die Werbeschaltung auf dem 'Rolling Board' des 'Online Casino' 'M.' vom 09.02.2015 in Wien, R.-brücke um 07.33 Uhr, lautete mit dem Text;

*Zum Glück
M.*

und wo je ein kleiner Schriftzug nur in geringer Distanz zum 'Rolling Board' , www.m.at, angebracht ist. Mit diesem angegebenen Link kommt man auf eine Seite wo ausschließlich klassische Casino Glücksspiele (Video- Slots mit Walzenlauf) angeboten werden. Diese Plattform dient zwar nur als Übungs- und Werbeplattform, da diese unentgeltlich ist, jedoch können die Teilnehmer (Spieler) eines Gewinnspieles dies als Lockangebote für Ausspielungen auf der Seite entgeltlichen m.com dort als wahrzunehmende Angebote zu verbotenen Glücksspielen sehen. Von der Oberfläche und Ablauf mit den auf www.m.at angebotenen Ausspielungen sind diese mit der auf der entgeltlichen Seite m.com ident. Es wurde zB. das Walzenspiel 'fruit case' sowohl auf der unentgeltlichen wie auch auf der entgeltlichen jeweils angebotenen. Es wurden noch weitere Glücksspiele wie

'Black Jack', 'Roulette', 'Video Slots', 'Tischspiele', 'Video Poker', angeboten.

Es wurden daher verbotene Ausspielungen (sh. § 3f der AGB; Gewinnspiel-Teilnehmer stimmen einer zukünftigen Kontaktaufnahme zu Werbe- und Marketingzwecken zu) im Inland beworben bzw. deren Bewerbung ermöglicht und es handelt sich dabei auf der entgeltlichen Seite www.m.at angebotenen Spielen, um in Inland verbotene Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG.

Die Firma G.-gesellschaft-m.b.H haftet gem. § 9 Abs. 7 VStG für die verhängte Geldstrafe, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Der Beschuldigte hat dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 2 Abs. 1, i.V.m. § 52 Abs. 1 Zif. 9. i.V.m. § 14 Glücksspielgesetz BGBl Nr. 620/1989 i.d.g.F .BGBl. I Nr. 76/2011, i.V.m § 9 Abs. 1 VStG.

Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von	Falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	Gemäß
€ 5.000,00	165 Stunde(n)	XXX	§ 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz (GSpG)

[...]

Ferner hat der Beschuldigte gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 - VStG zu zahlen:

€ 500,00 als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, jedoch mindestens 10 Euro für jedes Delikt (je ein Tag Freiheitsstrafe wird gleich € 100,00 angerechnet).

[...]

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher

€ 5.500,00"

Begründend führte die belangte Behörde aus:

"Die umseits angeführte Verwaltungsübertretung ist aufgrund der Anzeige, nach eigenen dienstlichen Wahrnehmungen von Beamten des Bundesministerium für Finanzen vom 03.02.2015 und vom 09.02.2015, als erwiesen anzusehen. Es besteht eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z. 9 wer verbotene Ausspielungen (§ 2 Abs. 4) im Inland bewirbt oder deren Bewerbung ermöglicht, es sei denn es liegt eine Bewilligung des Bundesministers für Finanzen gemäß § 56 Abs. 2 GSpG vor.

Elektronische Lotterien (§ 12a (1) GSpG) sind Ausspielungen, bei denen die Spielteilnahme unmittelbar durch den Spieler über elektronische Medien erfolgt und die Entscheidung über das Spielergebnis zentralseitig herbeigeführt sowie über elektronische Medien zur Verfügung gestellt wird. Auf den Konzessionär gemäß § 14 Abs. 1 sind bei der Durchführung von elektronischen Lotterien die Bestimmungen des § 25 Abs. 6-8 und des § 25a über die Geldwäscheprevention

sinngemäß anzuwenden. Gemäß § 56 Abs. 2 GSpG dürfen Spielbanken aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes (§52 (2) GSpG) im Inland den Besuch ihrer ausländischen, in Mitgliedsstaaten der Europäischen Union oder Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes gelegenen Betriebsstätten gemäß den Grundsätzen des Abs. 1 GSpG bewerben, wenn dem Betreiber der Spielbank dafür eine Bewilligung durch den Bundesminister für Finanzen erteilt wurde.

In Ihrer Stellungnahme vom 19.05.2015 begehren Sie die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens, da Sie die Ihnen zur Last gelegte Tat nicht begangen hätten und es handelte sich dabei nicht um die Bewerbung von verbotenen Ausspielungen, da ausschließlich die Webside www.m.at beworben wird auf welcher unentgeltliche Spiele angeboten werden.

Dazu wird festgestellt, dass verbotene Ausspielungen (sh. § 3f der AGB; Gewinnspiel-Teilnehmer stimmen einer zukünftigen Kontaktaufnahme zu Werbe- und Marketingzwecken zu) im Inland beworben bzw. deren Bewerbung ermöglicht und es handelt sich dabei bei den auf der entgeltlichen Seite m.com angebotenen Spielen, um im Inland verbotene Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, da keine Konzession für den Betrieb von Online- Glücksspielen in Österreich vor liegt und auch keine Bewilligung nach § 56 Abs. 2 GSpG erteilt wurde. Auf diese Seite gelangt man, wenn man den angegebenen Link www.m.at folgt und man kommt dann in weiterer Folge auf die Seite m.com wo entgeltliche Spiele wie auch „fruit case“ angeboten werden. Zu den angebotenen Spielen „ Video Slots mit Walzenlauf (hier: „fruit case“) wird generell folgender Spielablauf festgestellt: Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl des Spieles und Abrufen zur Durchführung kann ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet ist. Mit jeder Steigerung des Einsatzbetrages werden sämtliche Werte im zugehörigen Gewinnplan erhöht. Das Spiel wird durch Tastenbetätigung ausgelöst. Damit wird zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entsteht. Der Spielerfolg steht nach dem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder eines Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Die durchgeführten Spiele sind deshalb Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 des GSpG, weil den Spielern keine Möglichkeit geboten wird, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen, sondern die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhängt. Die Spieler können bei den „Video-Slots“ nur einen Einsatz und den dazugehörigen Gewinnplan auswählen und die Starttaste betätigen. Die angebotenen Spiele der „Video-Slots“ sind daher Glücksspiele (vornehmlich in Form von virtuellen Walzenspielen).

Eine Konzession für den Betrieb von Online-Glücksspielen in Österreich liegt nicht vor und auch keine Bewilligung nach § 56 Abs. 2 GSpG. Die Werbung für diese Glücksspiele dient nach Auffassung der erkennenden Behörde sehr wohl als „Lockangebot“ für die entgeltliche Seite m.com für alle dort wahrzunehmenden Angebote des Glücksspieles, wie „Black Jack“, „Roulette“, „Video Slots“, „Tischspiele“ und „Video Poker“. Die Firma G.-gesellschaft-m.b.H bei welcher Sie die Funktion des handelsrechtlichen Geschäftsführers innehaben, hat daher zu verantworten, dass am 03.02.2015, um 18.14 Uhr in Wien, W.-straße und am

09.02.2015, um 07.33 Uhr in Wien, R.-brücke, auf je einem „Rolling Board“ , verbotene Ausspielungen im Inland beworben bzw. deren Bewerbung ermöglicht haben und es handelt sich dabei bei den auf der entgeltlichen Seite m..com angebotenen Spielen, um im Inland verbotene Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG. an denen die Spieler vom Inland aus teilnehmen können. Sie haben damit eine Verwaltungsübertretung gem. § 52 Abs. 1 Z 9 GSpG zu verantworten.

Die wirtschaftlichen Verhältnisse wurden trotz Aufforderung nicht bekannt gegeben, weshalb ein durchschnittliches Einkommen und Vermögenslosigkeit angenommen wurde. Sorgepflichten konnten nicht berücksichtigt werden. Erschwerend war zu werten, dass die strafbare Handlung über eine längere Zeit fortgesetzt wurde. Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 64 Abs. 2 VStG."

1.2. Gegen dieses am 19. Jänner 2016 zugestellte Straferkenntnis richten sich die mit Schriftsatz vom 12. Februar 2016 eingebrachten gleichlautenden Beschwerden des K. J. und der G.-gesellschaft m.b.H., mit welchen diese die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses sowie die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens begehren.

Darin führen sie an, dass sich schon aus dem Spruch des bekämpften Straferkenntnisses ergebe, dass das veröffentlichte Sujet inhaltlich keinerlei verbotene Handlungen und Hinweise enthalte und damit ausschließlich unentgeltliche Glücksspiele beworben worden seien. Die beworbenen Spiele seien keine Glücksspiele im Sinne des Glücksspielgesetzes, da der Ausgang der Spiele bei den Spielteilnehmern zu keiner Vermögensvermehrung oder –verminderung führen könne.

Für die G. und somit auch für deren Geschäftsführer sei aus dem Sujet weder erkennbar gewesen, dass auf der Homepage "www.m..at" ein Link enthalten war, der auf eine andere Homepage, nämlich "www.m..com ", verweise, noch konnte sie bei Betrachtung des Sujets etwas Verdächtiges erkennen. Jedenfalls sei mit dem Sujet kein verbotenes Glücksspiel beworben worden. In der Werbebranche sei es üblich, dass Werbemittel erst im allerletzten Moment angeliefert werden, weshalb nur ein kurzer Zeitraum zur Verfügung stehe, um die palettenweise angelieferten Papierplakate zu bearbeiten und zu affichieren. Für eine Kontrolle durch die G., dass keine offensichtlich rechtswidrigen Inhalte veröffentlicht werden, stehen nur wenige Stunden zur Verfügung. Auch aufgrund der großen Anzahl an Werbekampagnen sei eine tiefgehende Recherche durch die G. zu jedem einzelnen Sujet unzumutbar.

Die Beschwerdeführer führen weiters aus, dass der Oberste Gerichtshof im Zuge eines Urheberrechtsstreites ausdrücklich festgelegt habe, dass selbst aus zivilrechtlicher Sicht, in der keine Unschuldsvermutung Platz greife, jedes Unternehmen und damit auch ihre Geschäftsführer nur für ein bewusstes Verhalten zur Verantwortung gezogen werden können. Bewusst heiße, dass dem Unternehmen in irgendeiner Weise etwas aufgefallen sein müsse, dass das was weitergegeben (verkauft, veröffentlicht, vermittelt) werde, allenfalls gegen Rechtsnormen verstößt. Zu Recht habe der Oberste Gerichtshof damals festgestellt, dass es einem Unternehmen nicht zumutbar sei, jedes Sujet auf allfällige Rechtsverletzungen zu kontrollieren. Das Gleiche gelte für die G., deren Geschäftstätigkeit bei einer Verpflichtung zur genauen inhaltlichen Kontrolle und ergänzenden Recherchen zum Erliegen käme.

Weiters wird ausgeführt, dass in Anlehnung an diese Entscheidung des Obersten Gerichtshofs die Haftung eines Providers im E-Commerce Gesetz normiert wurde, wonach ein Provider nur bei Inhalten, die offenkundig rechtswidrig sind und ihm daher auffallen müssen, eine unmittelbare Maßnahme erfordern würden. Die G. sei in der gleichen Position wie der Provider, sie vermittele lediglich Inhalte, die ihr in einem fertigen Sujet geliefert werden. Ausgehend von den genannten Grundsätzen könne die G. nur dann zur Verantwortung gezogen werden, wenn offensichtliche Rechtsverletzungen in einem Werbemittel stattfinden. Bei dem gegenständlichen Sujet sei jedoch kein offensichtlich rechtswidriger Inhalt zu erkennen.

1.3. Die belangte Behörde traf keine Beschwerdeentscheidungen und legte die Beschwerden dem Verwaltungsgericht Wien mit Schreiben vom 23. Februar 2016 samt der Akten der Verwaltungsverfahren vor.

1.4. Mit Schreiben vom 8. November 2016 wurde dem Bundesminister für Finanzen eine Kopie der Beschwerde zur Kenntnisnahme übermittelt und ihm gemäß § 10 VwGVG die Möglichkeit gegeben, innerhalb einer Frist von 2 Wochen eine schriftliche Stellungnahme abzugeben und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu beantragen. Mit E-Mail vom 28. November 2016 ersuchte das Bundesministerium für Finanzen um Erstreckung der Stellungnahmefrist bis zum 14. Dezember 2016. Mit Schreiben vom

29. November 2016 wurde der Bundesminister für Finanzen darüber belehrt, dass eine Erstreckung der gemäß § 10 VwGVG vorgesehene Frist von 2 Wochen nicht zulässig ist. Zugleich wies das Verwaltungsgericht Wien darauf hin, dass die Abgabe einer Stellungnahme bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichtes möglich ist.

1.5. Bis zum Entscheidungszeitpunkt traf weder eine Stellungnahme des Bundesministers für Finanzen ein, noch wurde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt.

2. Sachverhalt

Sowohl am 3. Februar 2015 um 18:14 Uhr in Wien, W.-straße, als auch am 9. Februar 2015 um 07:33 Uhr in Wien, R.-brücke, war auf den dort befindlichen Rolling Boards der Firma G.-gesellschaft m.b.H. jeweils eine Werbeeinschaltung für den Online Casino Anbieter "M." mit dem Wortlaut: "Zum Glück M." und in kleiner Schrift darunter die Internetadresse "www.m..at" zu sehen.

Auf der Internetseite "www.m..at" werden Glücksspiele angeboten, welche unentgeltlich durch den Einsatz von Spielgeld durchgeführt werden. Entgeltliche Glücksspiele werden auf der genannten Internetseite hingegen nicht angeboten.

Die G.-gesellschaft m.b.H. hatte in den Tatzeitpunkten keine Konzession für die Ausspielung von elektronischen Lotterien.

K. J. war im angelasteten Tatzeitraum handelsrechtlicher Geschäftsführer der G.-gesellschaft m.b.H.

3. Beweiswürdigung

Diese Feststellungen ergeben sich aus dem Verwaltungsakt, insbesondere aus den einliegenden Fotos, auf welchen die Werbesujets erkennbar sind und sind im Übrigen unstrittig.

4. Rechtliche Grundlagen

Gemäß § 1 Abs. 1 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl. 620/1989 idF BGBl. I 13/2014, ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

§ 2 GSpG, BGBl. 620/1989 idF BGBl. I 73/2010, lautet (auszugsweise):

"Auspielungen

§ 2. (1) Auspielungen 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 Auspielungen sind Auspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind."

§ 12a GSpG, BGBl. 620/1989 idF BGBl. I. 112/2012 lautet:

"Elektronische Lotterien, Bingo und Keno

§ 12a. (1) Elektronische Lotterien sind Auspielungen, bei denen die Spielteilnahme unmittelbar durch den Spieler über elektronische Medien erfolgt und die Entscheidung über das Spielergebnis zentralseitig herbeigeführt sowie über elektronische Medien zur Verfügung gestellt wird. Auf den Konzessionär gemäß § 14 Abs. 1 sind bei der Durchführung von elektronischen Lotterien die Bestimmungen des § 25 Abs. 6 bis 8 und des § 25a über die Geldwäschevorbeugung sinngemäß anzuwenden.

(2) Wird der Zugang zu elektronischen Lotterien über zentralseitig vernetzte Terminals (Video Lotterie Terminals – VLT) an ortsfesten, öffentlich zugänglichen Betriebsstätten angeboten, sind in diesen VLT-Outlets mindestens 10 und höchstens 50 Video Lotterie Terminals zu betreiben. Für die Eröffnung von VLT-Outlets an neuen Standorten ist eine Standortbewilligung des Bundesministers für Finanzen erforderlich. Im Bewilligungsantrag hat der Konzessionär die folgenden Angebotsbeschränkungen nachzuweisen:

In Gemeinden mit mehr als 500 000 Einwohnern hat die Entfernung eines VLT-Outlets mit mehr als 15 Video Lotterie Terminals zu einer Spielbank zumindest 1. 2 Kilometer Luftlinie zu betragen, ansonsten zumindest 15 Kilometer zwischen einem VLT-Outlet mit mehr als 15 Video Lotterie Terminals und einer Spielbank.

Liegt ein VLT-Outlet mit mehr als 15 Video Lotterie Terminals in einer Gemeinde mit mehr als 500 000 Einwohnern, die Spielbank jedoch außerhalb 2. dieser Gemeinde, so muss deren Entfernung voneinander auf dem Gebiet dieser Gemeinde jedoch jedenfalls nicht mehr als 2 Kilometer Luftlinie betragen.

Im Umkreis von 300 Metern Luftlinie oder in Gemeinden mit mehr als 10 000 3. Einwohnern von 150 Metern Luftlinie eines VLT-Outlets mit mehr als 15 Video Lotterie Terminals darf kein weiteres VLT-Outlet mit mehr als 15 Video Lotterie Terminals eröffnet werden.

Zwischen den anderen VLT-Outlets muss ein Mindestabstand von 100 Metern 4. Gehweg bestehen.

Die Einwohnerzahl der Gemeinden richtet sich dabei nach dem von der Bundesanstalt Statistik Österreich kundgemachten Ergebnis der letzten Volkszählung im Zeitpunkt der Erstbewilligung.

(3) Für Ausspielungen mit Video Lotterie Terminals gelten die Bestimmungen des § 5 Abs. 3 bis 6 über den Spielerschutz und die Bestimmungen der § 27 Abs. 3 und 4 über die Arbeitnehmer eines Konzessionärs sinngemäß. Für die Spielteilnehmer müssen Spielbeschreibungen aller Spiele der VLT jederzeit in deutscher Sprache ersichtlich gemacht werden. In VLT-Outlets dürfen keine anderen Glücksspiele als solche des Konzessionärs im Sinne des § 14 angeboten werden.

(4) Der Bundesminister für Finanzen ist ermächtigt, durch Verordnung bau- und spieltechnische Merkmale von Video Lotterie Terminals näher zu regeln sowie Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten festzulegen. Video Lotterie Terminals sind verpflichtend an die Bundesrechenzentrum GmbH elektronisch anzubinden. Der Bundesminister für Finanzen kann im Wege einer Verordnung den Zeitpunkt dieser Anbindung festlegen. Darüber hinaus kann der Bundesminister für Finanzen zu den Details der elektronischen Anbindung und den zu übermittelnden Datensätzen in dieser Verordnung Mindeststandards festsetzen, wobei auch der Zugriff der Behörde auf einzelne Video Lotterie Terminals zu regeln ist. Die für die Errichtung auf 10 Jahre verteilten Kosten sowie die Kosten für den laufenden Betrieb des Datenrechenzentrums sind vom Bundesminister für Finanzen dem Konzessionär auf Grundlage einer durchzuführenden Abrechnung über die durch ihn verursachten Kosten jährlich bescheidmäßig vorzuschreiben. Im Rahmen des laufenden Betriebs des Datenrechenzentrums kann der Bundesminister für Finanzen ferner jederzeit eine technische Überprüfung von Video Lotterie Terminals, der über diese laufende Software sowie deren zentraler Vernetzung vornehmen oder die Vorlage eines unabhängigen technischen Gutachtens über die Einhaltung der glücksspielrechtlichen Bestimmungen verlangen. Mit der Errichtung des Datenrechenzentrums und der elektronischen Anbindung sind dem Bundesminister für Finanzen Quellcodes oder Referenzprogramme der

Spielprogramme der daran anzubindenden Video Lotterie Terminals gesondert vorab zu hinterlegen."

§ 52 GSpG, BGBl. 620/1989 idF BGBl. I 105/2014, lautet (auszugsweise):

"Verwaltungsstrafbestimmungen

§ 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,

[...]

9. wer verbotene Ausspielungen (§ 2 Abs. 4) im Inland bewirbt oder deren Bewerbung ermöglicht, es sei denn es liegt eine Bewilligung des Bundesministers für Finanzen gemäß § 56 Abs. 2 vor;

[...]

(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.

[...]"

§ 56 Abs. 2 GSpG, BGBl. 620/1989 idF BGBl. I 105/2014, lautet (auszugsweise):

"Zulässige Werbung

§ 56.(2) Spielbanken aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes dürfen im Inland den Besuch ihrer ausländischen, in Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder Staaten des Europäischen Wirtschaftsraumes gelegenen Betriebsstätten gemäß den Grundsätzen des Abs. 1 bewerben, wenn dem Betreiber der Spielbank dafür eine Bewilligung durch den Bundesminister für Finanzen erteilt wurde. [...]"

5. Erwägungen

Voraussetzung für eine Bestrafung nach § 52 Abs. 1 Z 9 GSpG ist die Bewerbung bzw. die Ermöglichung der Bewerbung von verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG.

Verbotene Ausspielungen im Sinne von § 2 Abs. 4 GSpG sind solche Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht

erteilt wurde und die nicht vom Glückspielmonopol des Bundes gemäß § 4 GSpG ausgenommen sind.

Ausspielungen sind gemäß § 2 Abs. 1 GSpG Glücksspiele, die ein Unternehmer veranstaltet, organisiert, anbietet oder zugänglich macht und bei denen Spieler oder andere eine vermögenswerte Leistung in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbringen (Einsatz) und bei denen vom Unternehmer, von Spielern oder von anderen eine vermögenswerte Leistung in Aussicht gestellt wird (Gewinn).

Ein Glücksspiel iSd GSpG liegt gemäß § 1 Abs. 1 GSpG vor, wenn die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Elektronische Lotterien im Sinne des § 12a GSpG sind Ausspielungen, bei denen die Spielteilnahme unmittelbar durch den Spieler über elektronische Medien erfolgt und die Entscheidung über das Spielergebnis zentralseitig herbeigeführt sowie über elektronische Medien zur Verfügung gestellt wird.

Dem Beschwerdeführer wird vorgeworfen, er habe an den im Spruch des Straferkenntnisses genannten Tatzeiträumen an den angeführten Adressen auf den dort befindlichen Rolling Boards je eine Werbeeinschaltung für elektronische Lotterien gemäß § 12a GSpG ermöglicht, ohne über eine entsprechende Konzession zu verfügen. Dazu wurde von der belangten Behörde ausgeführt, dass die beworbene Plattform „www.m..at“ als Lockangebot für die entgeltliche Seite "www.m..com " diene, da die Oberflächen der beiden Internetseiten sowie der Ablauf der Spiele auf der unentgeltlichen Seite mit dem Ablauf der Spiele auf der entgeltlichen Seite ident seien.

Der Tatvorwurf der belangten Behörde bezieht sich somit auf die Bewerbung der Seite „www.m..at“, welche der Seite „www.m..com“ ähnlich sei, wodurch die beschwerdeführende Gesellschaft die Bewerbung verbotener Ausspielungen ermöglicht habe. Dies geht aus dem Inhalt des Straferkenntnisses, insbesondere aus den Formulierungen im Spruch "*Diese Plattform dient zwar nur als Übungs- und Werbepattform, da diese unentgeltlich ist...*" sowie "*Von der Oberfläche und*

Ablauf mit den auf www.m..at angebotenen Ausspielungen sind diese mit der auf der entgeltlichen Seite m..com ident." als auch aus der Begründung des Straferkenntnisses, in der zu lesen ist, dass man von der Seite "www.m..at" *"dann in weiterer Folge auf die Seite www.m..com wo entgeltliche Spiele [...] angeboten werden"* gelange. Wie man auf die Seite "www.m..com" gelange, erläutert die belangte Behörde in ihrem Straferkenntnis allerdings nicht.

Das Verwaltungsgericht hat zu prüfen, ob es sich bei dieser von der belangten Behörde vorgeworfenen Tathandlung um eine Verwaltungsübertretung, insbesondere die Ermöglichung der Bewerbung von verbotenen Ausspielungen iSv § 52 Abs. 1 Z 9 GSpG, handelt.

Damit Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 GSpG vorliegen, muss eine vermögenswerte Leistung von Spielern oder anderen in Zusammenhang mit der Teilnahme am Glücksspiel erbracht werden und im Gegenzug dazu eine vermögenswerte Leistung vom Unternehmer oder von anderen in Aussicht gestellt werden. Auf der auf dem Rolling Board genannten Internetseite kann allerdings nur gegen Einsatz von virtuellem Spielgeld gespielt werden, auch Gewinne werden nur in Form von virtuellem Spielgeld erlangt. Da bei den angebotenen Spielen auf der Internetseite "www.m..at" keine vermögenswerte Leistung einem in Aussicht gestellten Gewinn gegenübersteht, liegen keine Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 1 GSpG vor.

Die belangte Behörde wirft den Beschwerdeführern in weiterer Folge vor, dass es eine Ähnlichkeit der Oberfläche und der angebotenen Spiele zwischen der beworbenen Seite (www.m..at) und einer anderen Seite (www.m..com) gab, auf der nach Ansicht der belangten Behörde verbotene Ausspielungen angeboten wurden. Dadurch sieht die belangte Behörde den Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 9 GSpG als erfüllt an.

Damit ist die belangte Behörde nicht im Recht. Die bloße Ähnlichkeit einer beworbenen Seite auf der keine verbotenen Ausspielungen angeboten werden mit einer anderen Seite auf der verbotene Ausspielungen angeboten werden führt nicht dazu, dass Werbung für die erste Seite (oder deren Ermöglichung) den Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 9 GSpG erfüllt. Charakteristikum der Werbung

ist ihr Zweck, Menschen dahingehend zu beeinflussen, dass ihr wohlwollendes Interesse am beworbenen Gegenstand geweckt und gefördert wird (in diesem Sinne VwGH 23.22.2001, 99/02/0287). Der Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 9 GSpG fasst den möglichen Täterkreis bereits äußerst weit (vgl. *Strejcek/Bresich*, GSpG 1989, § 52 GSpG Rz 40). Würde man § 52 Abs. 1 Z 9 GSpG nun so verstehen, dass eine Bewerbung von verbotenen Ausspielungen nicht erst dadurch bewirkt wird, dass eine bestimmte Webseite, auf der verbotene Ausspielungen angeboten werden, beworben wird, sondern bereits dadurch, dass eine Webseite beworben wird, die eine hohe Ähnlichkeit mit einer Webseite aufweist, die verbotene Ausspielungen anbietet, würde die Strafbarkeit über das dem Gesetzgeber zusinnbare Maß ausgedehnt werden. Dies würde nämlich bedeuten, dass Anbieter von Werbeflächen (sowohl im Internet als auch in der realen Welt) bei der Bewerbung von Internetseiten zu jedem Zeitpunkt, an dem die Werbung geschaltet ist (und nicht bloß zum Zeitpunkt an dem die Werbung erstmals veröffentlicht wird) prüfen müsste, ob eine Seite im Internet existiert, die der beworbenen Seite in hohem Maße ähnlich ist und auf der verbotene Ausspielungen angeboten werden. Eine vergleichbare Überwachungsobliegenheit hat der Gesetzgeber aber bereits an anderer Stelle als unzumutbar erachtet (vgl. § 18 Abs. 1 ECG).

Auch der Umstand, dass man im Falle der Teilnahme an einem Gewinnspiel auf der beworbenen Seite "www.m..at" einer zukünftigen Kontaktaufnahme zu Werbe- und Marketingzwecken zustimmt, kann nicht den Tatbestand der Ermöglichung der Bewerbung von verbotenen Ausspielungen durch die zweitbeschwerdeführende Gesellschaft erfüllen. Die Bestimmung des § 52 Abs 1 Z 9 GSpG kann nicht dahingehend ausgelegt werden, dass der Anbieter von Werbeflächen für das Akzeptieren von Teilnahmebedingungen bei Gewinnspielen, welche auf einer auf einem Werbesujet angeführten Internetseite angeboten werden, verantwortlich gemacht wird, aus denen noch nicht einmal hervorgeht, ob der Anbieter dieser Seite in Zukunft diese Möglichkeit zur Kontaktaufnahme dazu nützen wird, um Werbung für verbotene Ausspielungen zu machen.

Vom Verwaltungsgericht Wien ist nicht zu prüfen, ob auf einer anderen als der auf dem Rolling Board genannten Internetseite verbotene Ausspielungen angeboten wurden oder ob mit dem gegenständlichen Werbesujet die Marke "M."

beworben wurde und wofür diese Marke steht, da sich der Tatvorwurf der belangten Behörde bloß auf die Ermöglichung der Bewerbung der Internetseite "www.m..at" und deren Ähnlichkeit zu der Seite "www.m..com " bezieht.

Eine – nach weiteren Ermittlungen – entsprechende Korrektur des Spruchs des angefochtenen Straferkenntnisses durch das Verwaltungsgericht Wien ist diesem nämlich verwehrt, weil es sich dabei um keine Präzisierung des Spruchs, sondern um eine – grundsätzlich unzulässige – Auswechslung der Tat im verwaltungsgerichtlichen Verfahren handeln würde (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung VwGH 5.11.2014, Ra 2014/09/0018) und zum Zeitpunkt der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung die Verfolgungsverjährungsfrist bereits abgelaufen ist.

Ob die beschwerdeführende Gesellschaft eine Bewilligung für die Bewerbung von Spielbanken (welche nach der Rspr des VwGH in unionsrechtskonformer Auslegung auch für die Durchführung von anderen Glücksspielbetrieben als Spielbanken erteilt werden kann, VwGH 25.9.2012, 2012/17/0250) gemäß § 56 Abs. 2 GSpG besitzt, ist im gegenständlichen Fall nicht zu prüfen, da es sich bei der vorgeworfenen Bewerbung der Internetseite "www.m..at" nicht um die Bewerbung von Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 1 GSpG handelt und somit keiner Bewilligung bedarf.

Da die dem Beschwerdeführer angelastete Tat keine Verwaltungsübertretung bildet, war das Straferkenntnis aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs. 1 Z 1 VStG einzustellen.

Auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 44 Abs. 2 VwGVG verzichtet werden.

Abschließend wird angemerkt, dass im angefochtenen Straferkenntnis in rechtswidriger Weise eine Gesamtstrafe verhängt wurde, obwohl offensichtlich zwei Verwaltungsübertretungen geahndet wurden. Da das Straferkenntnis aber aus den oben angeführten Gründen behoben wird, war eine Korrektur durch das Verwaltungsgericht (vgl VwGH 16.12.2011, 2010/02/0105) nicht notwendig.

Die ordentliche Revision ist zulässig, da eine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Es besteht keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob § 52 Abs. 1 Z 9 GSpG so auszulegen ist, dass das Bewerben einer Webseite, auf der zwar keine verbotenen Ausspielungen angeboten werden, die aber eine große Ähnlichkeit (betreffend den Namen, den Aufbau, das Aussehen und der angebotenen Spiele) mit einer Webseite aufweist, auf der verbotene Ausspielungen angeboten werden, dazu führt, dass auch die ähnliche Webseite in verbotener Weise „beworben“ wird. Auch aufgrund der zunehmenden Verbreitung von Glückspielangeboten im Internet, dürfte dieser Frage eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommen.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer ordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung des Erkenntnisses dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung des Erkenntnisses dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. 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.

Verwaltungsgericht Wien

Mag. Dr. Lehner

Richter