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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: **LVwG-411607/21/Wei**

Datum: **Linz, 1. August 2017**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde des Dr. F H, vertreten durch den Verfahrenshilfeverteidiger Mag. M K LL.M, Rechtsanwalt in L, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg vom 30. Juni 2016, GZ: Pol96-113-2015 KG, wegen Verwaltungsübertretungen nach § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild Glücksspielgesetz, nach Durchführung der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 11. Mai 2017,

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder im Verwaltungsstrafverfahren vor der belangten Behörde noch im Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einen Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Perg (im Folgenden: belangte Behörde) vom 30. Juni 2016, GZ: Pol96-113-2015 KG, wurde über den Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Geldstrafe von 20.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 224 Stunden) pro Glücksspielgerät wegen Übertretungen nach § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 6.000 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben sich als nach außen hin zur Vertretung Berufener der x mit Sitz in Rumänien, wie im Zuge einer Kontrolle durch das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr, am 27.08.2015 um 14:30 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung „x" in P, festgestellt wurde, im besagten Lokal vom 26.08.2015 bis zum Tag der Kontrolle am 27.08.2015, mit den im Lokal vorgefundenen, betriebsbereiten und funktionsfähigen Glücksspielgeräten mit den Bezeichnungen

Nr.	Gehäusebezeichnung	Serien-Nr.	Typenbezeichnung:	Kennnummer FA VersiegelungsNr.
FA1	KAJOT	14	keine	A054143-A054148
FA2	KAJOT	09	keine	A054149-A054154
FA3	ACT MEMORY SKILL	4	Dreamliner	A054155-A054160

mit denen den Spielern für einen geldwerten Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden und deren Spielergebnisse ausschließlich vom Zufall abhingen, und womit zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet wurden, unternehmerisch beteiligt, indem Sie gegen Entgelt die oben angeführten Glückspielgeräte zur Verfügung stellten, um fortgesetzt Einnahmen aus denen mit den Eingriffsgegenständen veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen gem. § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form von Walzenspielen und einem Hundewettterminal zu erzielen."

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 17. August 2016, mit der die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Beigebung von Verfahrenshilfe, die Gewährung von Akteneinsicht und die Aufhebung des angefochtenen Bescheides, in eventu die Aufhebung der Strafe bezüglich des Gerätes Nr. 3 beantragt werden.

Begründend wird zusammengefasst ausgeführt, dass der Bf zwar Geschäftsführer der x sei, jedoch wirtschaftlich nicht an dieser beteiligt sei, sondern nur als Treuhänder für den wirtschaftlich berechtigten fungierte. Die x sei als Handelsgesellschaft anzusehen und bereits seit dem 19.01.2016 nicht mehr aktiv tätig und habe die Glücksspielgeräte, welche im übrigen Handelswaren darstellen, bereits vor dem 26.08.2016 veräußert. Weiters seien entgegen der Feststellungen der belangten Behörden am 26.08.2017 und am 27.08.2017 im Lokal „x", P, keine verbotenen Ausspielungen im Sinne des GSpG durchgeführt worden. Darüber hinaus sei aufgrund der Feststellungen der belangten Behörde zu Gerät Nr. 3, wonach das Gerät vom Internet getrennt worden sei und nicht bespielt werden

konnte, nicht bewiesen werden, dass es sich bei diesem Gerät um ein Glücksspielgerät handle.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt mit Schreiben vom 1. September 2016 zur Entscheidung vor.

Gemäß § 2 VwGVG entscheidet das Verwaltungsgericht durch Einzelrichter, soweit die Bundes- oder Landesgesetze nicht die Entscheidung durch einen Senat vorsehen, was im Glücksspielgesetz nicht der Fall ist.

I.4. Der Verfassungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 2. Juli 2016, kundgemacht im BGBl I Nr. 57/2016 am 12. Juli 2016, ausgesprochen, dass bei ihm eine erhebliche Anzahl von Verfahren über Beschwerden im Sinne des § 86a Abs 1 VfGG anhängig ist, in denen gleichartige Rechtsfragen zu lösen sind. Gemäß § 86a Abs 3 VfGG durften daher vom Verwaltungsgericht in Rechtssachen, welche die im Beschluss genannten Rechtsvorschriften - im Wesentlichen §§ 52 bis 54 GSpG - anzuwenden und eine darin genannte Rechtsfrage zu beurteilen hatten, nur solche Handlungen vorgenommen oder Anordnungen und Entscheidungen getroffen werden, die durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes nicht beeinflusst werden konnten oder die die Frage nicht abschließend regelten und keinen Aufschub gestatteten.

Nachdem der Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 15. Oktober 2016, Zl. G 103-104/2016, den Gesetzesprüfungsantrag des Obersten Gerichtshofes zurückgewiesen und mit Erkenntnis vom 15. Oktober 2016, E 945/2016 u.a. Zlen. die gemäß § 86a VfGG kundgemachte Rechtsfrage beantwortet hat, und zwar im Ergebnis in der Weise, dass die Bestimmungen des Glücksspielgesetzes nicht gegen das Unionsrecht (insb Art 56 bis 62 AEUV) verstoßen und aus diesem Grund keine Verletzung des Rechts auf Gleichheit aller Staatsbürger gemäß Art 7 Abs 1 B-VG und Art 2 StGG wegen Inländerdiskriminierung vorliegen kann, sind die in § 86a Abs 3 VfGG genannten Wirkungen weggefallen und können die Verfahren fortgesetzt werden (siehe auch BGBl I Nr. 91/2016 vom 3.11.2016).

I.5. Mit Beschluss vom 23. Jänner 2017 gab das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich dem Verfahrenshilfeantrag des Bf insofern statt, als ihm für das weitere Verfahren nach rechtswirksamer Einbringung der Beschwerde die Verfahrenshilfe bewilligt wurde. Die Oö. Rechtsanwaltskammer bestellte daraufhin Herrn Rechtsanwalt Mag. M K, LL.M, L, zum Verfahrenshelfer.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 11. Mai 2017 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Zu dieser Verhandlung sind der Verfahrenshilfeverteidiger des Bf, ein Vertreter der belangten Behörde und ein Vertreter des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr erschienen. Obwohl die

Verhandlung schon einmal antraggemäß wegen Verhinderung des Bf verlegt worden war, ist der von seinem Verfahrenshelfer verständigte Bf zum neuen Verhandlungstermin ohne Angabe von Gründen nicht erschienen.

Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt und Erörterung des Akteninhalts, insbesondere in die im Akt einliegende Anzeige des Finanzamtes samt den angeschlossenen Beilagen, insbesondere den Aktenvermerk über die gegenständliche Kontrolle und die GSp26-Dokumentation über die Testspiele samt Fotodokumentation. Weiters wurde Einsicht in vorangegangene Entscheidungen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich betreffend gleichgelagerte Strafverfahren gegen den Bf wegen unternehmerischer Beteiligung an verbotenen Ausspielungen mit Glücksspielgeräten im selben Lokal genommen. Es handelt sich um das abweisende Erkenntnis vom 24. April 2017, LVwG-411517/12/Bi/CG (Beilage A), betreffend 8 Walzenspielgeräte und 1 Hundewettterminal im Zeitraum von 30. April 2015 bis 7. Juli 2015 und das abweisende Erkenntnis vom 5. Mai 2017, LVwG-411516/Bm/EP (Beilage B), betreffend 8 Walzenspielgeräte und 1 Hundewettterminal im Zeitraum 1. November 2014 bis 23. April 2015.

Als Zeugen wurden die bei der Kontrolle im Rahmen der GSp26-Dokumenation tätig gewordenen Organe der Finanzpolizei K R und A J einvernommen.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht vom folgenden entscheidungsrelevanten S a c h v e r h a l t aus:

II.2.1. Bei der am 27. August 2015 ab 14:30 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung „x" in P, (Lokalbetreiber x GmbH), durchgeführten Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei bzw der Abgabenbehörde Kirchdorf Perg Steyr wurden folgende Walzenspielgeräte in einem eigenen Raum, der offen stand und allgemein zugänglich war, vorgefunden und vorläufig beschlagnahmt:

Nr.	Gehäusebezeichnung	Serien-Nr.	Typenbezeichnung:	KennummerFA VersiegelungsNr.
FA1	KAJOT	14	keine	A054143-A054148
FA2	KAJOT	09	keine	A054149-A054154
FA3	ACT MEMORY SKILL	4	Dreamliner	A054155-A054160

Die Geräte FA-Nr. 1 und FA-Nr. 2 wurden von den Organen der Finanzpolizei betriebsbereit vorgefunden und konnten probebespielt werden. Gerät FA-Nr. 3 konnte trotz der geleisteten Eingabe von 15 Euro über den Banknoteneinzug nicht mehr bespielt werden, da danach auf dem Bildschirm die Fehlermeldung „vom Internet getrennt" angezeigt wurde.

Die Geräte FA-Nr. 1 bis Nr. 3 stehen im Eigentum der x mit Sitz in Rumänien, dessen Geschäftsführer der Bf ist. Lokalbetreiberin des „x" und Inhaberin der

gegenständlichen Geräte war die x GmbH. Weder die Lokalbetreiberin noch der Bf waren im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die verfahrensgegenständlichen Geräte. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Der im Lokal „x" anwesende K Y K wurde von der Finanzpolizei als Auskunftsperson am 27. August 2015 niederschriftlich einvernommen. Er gab an, dass die drei vorgefundenen Geräte erst am Vortag geliefert worden wären und dass die rumänische Firma x Eigentümerin und Veranstalterin bzw Betreiberin der Geräte sei. Er übergab der Finanzpolizei eine Mappe mit Dokumenten zur Firma x, von denen die Finanzpolizei Fotos anfertigte, die der Anzeige beiliegen. Unter diesen Urkunden befindet sich ein Mietvertrag vom 01.11.2014, der auf unbestimmte Dauer beginnend mit 1. November 2014 abgeschlossen wurde, zwischen der Lokalbetreiberin x GmbH als Vermieterin und dem Bf als Mieter betreffend Teilflächen in Lokalitäten der Vermieterin an vier verschiedenen Adressen in Oberösterreich. Im Punkt II.3. des Mietvertrags wird die gegenständliche Adresse P, des „x" und ein Ausmaß der angemieteten Fläche von 25 m^2 um monatlich 500 Euro genannt. Der Bf hat zu gleichen Konditionen mit weiterem Mietvertrag ab 1. November 2014 an die Firma x weitervermietet. Demnach hatte die Firma x Mietrechte über 25 m^2 im „x".

Die gegenständlichen Geräte standen in einem durch eine Rigipswand vom sonstigen Lokal abgetrennten Raum, der am 7. August 2015 im Auftrag des Bf als Geschäftsführer der x errichtet wurde (Aussage K). Auf der Türe zum Raum, in denen die Geräte standen, war ein Schild mit der Aufschrift „Privat, Zutritt verboten". Die Türe stand zum Zeitpunkt der Kontrolle offen und der Raum war allgemein zugänglich. Vom anwesenden Personal wurde bei der Kontrolle nicht darauf hingewiesen, dass dieser Raum nicht betreten werden dürfe (Zeuge J). Die Geräte sind nach Angabe der Auskunftsperson am Vortag gekommen und seither eingeschaltet gewesen. In der Handhabung sei er noch nicht unterwiesen worden und er habe auch noch keine Geräteschlüssel.

Die Geräte FA-Nr. 1 bis 3 wurden zumindest seit dem 26. August 2015 bis zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 27. August 2015 betrieben, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Sie standen in einem abgetrennten Raum des gegenständlichen Lokals eingeschaltet und betriebsbereit für potentielle Spieler zur Verfügung.

II.2.2. Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

FA-Nr.	*Spiel*	*mögliche Einsätze*	*mögliche Gewinne*
1	Ring of Fire XL	*min*: 0,20 Euro	360,00 Euro
		max: 5 Euro	9.000 Euro

2	Ring of Fire XL	*min*: 0,20 Euro	360,00 Euro
		max: 5 Euro	9.000 Euro

Der Spielablauf dieser virtuellen Walzenspiele stellt sich wie folgt dar:

Bei den Geräten mit den FA-Nrn. 1 und 2 konnten virtuelle Walzenspiele gespielt werden. Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen wurden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wurde mit der Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.

Am Gerät Nr. 3 (ACT MEMORY SKILL), das mit den Geräten FA Nr. 1 und 2 im Grunde als Walzenspielgerät vergleichbar ist, erschienen am Startbildschirm die Symbole für zahlreiche wählbare Walzenspiele. Wie ein Foto zeigt konnte bei der Kontrolle das Walzenspiel „Seven on Fire" noch ausgewählt, aber nicht mehr gespielt werden. In der Folge wurde nämlich die Internetverbindung zum Server unterbrochen.

Ein mit drei Miniaturwalzen bzw Miniaturfeldern separat spielbares „Memory Skill" wird in einer Bildschirminformation (vgl Fotodokumentation) als Geschicklichkeits-spiel beschrieben. Danach wird durch Halten der Starttaste das Spiel gestartet und es beginnen die drei Felder mit Zahlen und einem „MOVIE" Symbol (ein Filmprojektor) periodisch zu wechseln, wobei der Spieler durch Loslassen der Start Taste das Geschicklichkeitsspiel stoppt. Als mögliche Ergebnisse werden ange-führt:

- Bei einem „MOVIE"-Symbol könne man sich ein Movie ansehen.
- Bei Zahlen in den Feldern zwischen 1 und 9 (keine 0) errechnet sich der Gewinn durch Multiplizieren der drei Zahlen mit dem Einsatz.
- Im Fall einer Null - auch nur in einem Feld - ist das Spiel beendet, weil das Produkt 0 ergibt.

Die am Gerät FA-Nr. 3 wählbaren Walzenspiele sind vom typischen Spielablauf her mit den virtuellen Walzenspielen an den Geräten FA-Nr. 1 und 2 vergleichbar. Sie können vom Spieler nicht beeinflusst werden. Allerdings ist ein „kleiner" Walzenlauf vorgelagert. Es handelt sich nach den finanzpolizeilichen Erfahrungen im Prinzip um einen Miniaturwalzenlauf wie er von anderen sog Skill Games Geräten amtsbekannt ist (vgl Aussage J).

Bei diesen Glücksspielgeräten benötigt man im vorgeschalteten „kleinen" Walzenlauf (Miniaturwalzenlauf) das Symbol „A" in einem Umkreis auf einer der Walzen, um ins gewählte große (normale) Walzenspiel zu gelangen. Dieses wird dann automatisch ausgelöst. Beim gegenständlichen Gerät Nr. 3 wird offensichtlich statt dem Symbol „A" ein „MOVIE"-Symbol benötigt. Die weiteren Abläufe sind analog zu den Skill-Games Geräten wie folgt zu sehen:

Bei den elektronischen Glücksspielgeräten mit der Bezeichnung „Skill Games" handelt es sich grundsätzlich um herkömmliche virtuelle Walzenspiele. Dem Walzenspiel vorgelagert ist aber ein Miniaturwalzenspiel mit drei virtuellen Walzen, welche die Zahlen 0 – 9 sowie das Buchstabensymbol „A" in einem Kreis aufweisen. Die Zusammensetzung dieser Walzen wird mit jeder Starttastenbetätigung vom Programm neu festgelegt, ohne dass der Spieler darauf einen Einfluss hat. Dieses „kleine Walzenspiel" kann durch Halten und Loslassen der Start-Taste gesteuert werden.

Erscheint nach dem Drücken der Start-Taste beim „kleinen Walzenspiel" ein „A", so wird automatisch der große Walzenlauf ausgelöst, auf welchen der Spieler keinen Einfluss hat. Es wird entweder dadurch erreicht, dass die Start-Taste gedrückt gehalten wird bis das A kommt. Bei A wird die Start-Taste los gelassen und der große Walzenlauf startet. Ebenso leicht kann der erwünschte große Walzenlauf aber dadurch gestartet werden, dass die Starttaste mehrfach hintereinander schnell gedrückt wird. So wird schnell und einfach das Herbeiführen des A erreicht. Das Herbeiführen eines „A" im „kleinen Walzenlauf" – und damit das Auslösen des großen Walzenlaufes - ist auf einfache Weise und ohne besonderes Geschick möglich, weil das A regelmäßig (oftmals) von selbst auftritt und es zudem leicht möglich ist bei Erscheinen des durch einen Kreis hervorgehobenen A den Taster loszulassen. Glücksspielgeräte dieser Type (wie auch die vorliegenden) verfügen zudem am senkrechten Teil des Gehäuses über eine unbeschriftete Automatik-Modus-Taste, um den Weg über das kleine Walzenspiel umgehen zu können. Wird dieser Modus aktiviert, läuft das kleine Walzenspiel automatisiert mit. Er bewirkt, dass das „A" bei jedem Drücken der Start-Taste erscheint.

Ein im großen Walzenspiel erzielter Gewinn wird im Normalmodus (mit kleinem Walzenspiel) zunächst im Zwischenspeicher (Buffer) gespeichert. Durch Leisten eines weiteren Einsatzes, kann der Gewinn im kleinen Walzenspiel auf den

auszahlbaren Credit umgebucht werden. Durch Drücken der Automatik-Modus-Taste ist dieser Vorgang vereinfacht (direkt) möglich. Durch Aussteigen aus dem Spiel (in das Spielauswahlmenü) und drücken der Start-Taste wird ebenso leicht der Bonausdruck aktiviert.

Bei dem an das kleine Walzenspiel anschließenden virtuellen „großen Walzenspiel" werden für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen 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 war. Das Spiel wird mit der Start-Taste ausgelöst. Damit wird zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und dann das „kleine Walzenspiel" ausgelöst. Nach dem Loslassen der Start-Taste wird – je nach Ergebnis des „kleinen Walzenlaufes" (vgl. dazu oben) entweder sofort oder nach weiterem Betätigen der Start-Taste der „große Walzenlauf" ausgelöst. Dabei werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entsteht. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergibt nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Die Bewegungsdauer der Walzen beträgt ca. 1 Sekunde. Das Spielergebnis hängt ausschließlich vom Zufall ab, Spieler haben keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele im großen Walzenlauf zu nehmen.

II.2.3. In der Anzeige des Finanzamtes vom 4. September 2005 wird die Bestrafung des Bf als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Firma x wegen Übertretung des § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG beantragt und zur Tathandlung ausgeführt, die x habe dem nicht genannten Glücksspielveranstalter gegen Entgelt die Glücksspielgeräte zur Verfügung gestellt, um aus der unternehmerischen Beteiligung iSd § 2 Abs 2 GSpG an verbotenen Ausspielungen fortgesetzt Einnahmen zu erzielen. Im Aktenvermerk über die durchgeführte Kontrolle nach dem Glücksspielgesetz wird die x als Eigentümerin, die x GmbH als Inhaberin der Geräte und der Veranstalter der verbotenen Ausspielungen ausdrücklich als unbekannt bezeichnet.

Die belangte Behörde hat dem Bf im gesamten Verfahren (Aufforderung zur Rechtfertigung, Straferkenntnis) die unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspielungen vorgeworfen , indem die im Lokal vorgefundenen Glücksspielgeräte im Eigentum der x dem nicht bekannten Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt worden wären, um fortgesetzt aus verbotenen Ausspielungen des Veranstalters Einnahmen zu erzielen (§ 52 Abs 1 Z 1 4. TB GSpG). Dem Bf wurde

im gesamten Strafverfahren nie das Veranstalten von Glücksspielen iSd § 52 Abs 1 Z 1 1. TB GSpG mit den Geräten der x im gegenständlichen Lokal angelastet.

Der Bf wurde bereits mit Straferkenntnissen vom 3. Juni 2016, Pol96-42-2015 KG und Pol 96-79-2015 KG, wegen Übertretungen nach § 52 Abs 1 Z 1 4. TB GSpG verwaltungsstrafrechtlich belangt. Die dagegen erhobenen Beschwerden wurde abgesehen von Änderungen des Spruches mit den Erkenntnissen des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 5. Mai 2017 LVwG-411516/Bm/EP und vom 24. April 2017 LVwG-411517/12/Bi/CG als unbegründet abgewiesen. Beide Erkenntnisse waren im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch nicht zugestellt.

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verfahrensakt und dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen zur durchgeführten Kontrolle und den in Betriebsbereitschaft vorgefundenen Walzenspielgeräte in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf der Anzeige der Finanzpolizei, der GSp26-Dokumentation, der Fotodokumentation, den Aussagen des bei der Kontrolle anwesenden Angestellten und der Zeugen in der mündlichen Verhandlung. Der Fotodokumentation sind auch die durchgeführten Probespiele zu entnehmen. Die Anzeige der Finanzpolizei enthält eine Dokumentation der Probespiele an den Geräten FA-Nr. 1 und FA-Nr. 2 und lässt sich diese Beschreibung auch mit den Lichtbildern, die der Anzeige angeschlossen waren, in Einklang bringen. Die Spielabläufe zu den Geräten 1, 2 sowie 3 gründen zudem auf der glaubhaften Aussage des Zeugen A J in der mündlichen Verhandlung.

Die beschriebenen Funktionsweisen der Spiele „Ring of Fire XL" stimmen auch im Wesentlichen mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu Walzenspielen überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben bestehen.

Beim Gerät Nr. 3 „ACT Memory Skill" geht es um einen Eingabeterminal mit sog Skill-Games, von denen wegen des vorgeschalteten Miniaturwalzenspiels behauptet wird, dass es Geschicklichkeitsspiele wären, was aber nach den bisherigen Amtlichen Erfahrungen nicht zutrifft (vgl dazu oben II.2.2.). Auf dem Terminal waren, wie der Startbildschirm zeigt (vgl Fotodokumentation), bekannte virtuelle Walzenspiele anwählbar. Das nach Eingabe von Spielgeld angewählte Walzenspiel „Seven on Fire" konnte nicht mehr zur Probe gespielt werden, weil das Gerät vom Internet getrennt wurde. Der Umstand, des Trennens der Internetverbindung sollte offensichtlich eine Bespielung des Terminals durch die Finanzpolizei verhindern, um die Kontrolle ins Leere laufen zu lassen und die Funktionsweise des betriebenen Glücksspiels zu verschleiern.

Aus zahlreichen Beschwerdeverfahren (vgl bspw. die hg. Erk. LVwG-411477; LVwG-411547; LVwG-411311; LVwG-411507; LVwG-411178; LVwG-410104,

LVwG-411679; LVwG-411760 uva.) ist mittlerweile gerichtsbekannt, dass es sich bei den genannten Spielen um Walzenspiele im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs handelt. Die Geräte vom Typ Skill Games mit vorgelagertem kleinen Walzenspiel sind schon deshalb keine Geschicklichkeitsgeräte, weil das dabei erforderliche Symbol (ein „A" im Umkreis oder ein Filmprojektor) zur Auslösung des großen (normalen) Walzenspiels meist schon nach dem normalen (kurzen) Betätigen der Starttaste von selbst erscheint und, wenn dies einmal nicht der Fall ist, bei den Bespielungen im kleinen Walzenlauf (Halten der Starttaste und gezieltes Stoppen durch Loslassen, um das Symbol anzuzeigen) - wie Organe der Finanzpolizei immer wieder als Zeugen (auch im vorliegenden Verfahren) bestätigt haben – für jedermann leicht und damit ohne eine relevante Geschicklichkeit, erzielbar war. Im Ergebnis muss sich der Spieler, wenn nicht ohnehin bereits die Automatikfunktion aktiviert ist, lediglich einer leicht zu überwindenden zeitlichen Hürde außerhalb des eigentlichen Glücksspiels stellen, welche allenfalls eine geringfügige zeitliche Verzögerung herbeiführen kann, zumal der Spieler im „kleinen Walzenlauf" ohne besonderes Geschick das gewünschte Symbol erzielen und damit zum zuvor geschilderten „großen Walzenlauf" gelangen kann. Selbst wenn es möglich sein sollte, beim „kleinen Walzenspiel" Gewinne zu erzielen, welche nicht nur im Zwischenspeicher als Zahlenwerte gutgebucht sondern tatsächlich auch ausbezahlt werden, ist es beim Miniaturwalzenspiel trotzdem möglich, jederzeit ein bestimmtes Symbol zu erzielen um damit zum „großen" und vom Spieler nicht beeinflussbaren Walzenlauf zu gelangen. Das „kleine Walzenspiel" beeinflusst lediglich den Weg zum „großen" Walzenspiel zeitlich geringfügig.

Die großen Walzenspiele laufen, wie bei herkömmlichen Walzenspielgeräten, automatisiert ab und war schon aufgrund des kurzen Walzenlaufes innerhalb von 1 bis 2 Sekunden und des Umstandes, dass die Symbole bei virtuellen Walzenspielen gerichtsbekanntermaßen zufällig und nicht in einer nachvollziehbaren Reihenfolge erscheinen, davon auszugehen, dass das Spiel überwiegend vom Zufall abhängt.

Die Feststellungen zu den örtlichen Gegebenheiten und der Zugänglichkeit der gegenständlichen Geräte ergab sich für das erkennende Landesverwaltungsgericht aus der Fotodokumentation und den nachvollziehbaren Aussagen der Zeugen K R und A J, die einen glaubwürdigen Eindruck machten.

Dass keine der genannten Personen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für das gegenständliche Gerät war und keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorlag, folgt für das erkennende Gericht daraus, dass weder bei der finanzpolizeilichen Kontrolle, noch im behördlichen Verfahren bzw im verwaltungsgerichtlichen

Verfahren eine Bewilligung oder Konzession vorgelegt wurden und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde.

Die Feststellung zum Eigentum der Firma x an den Geräten ist unstrittig (vgl etwa die Rechtfertigung vom 16.10.2015). Das Mietverhältnis zum Lokalbetreiber ergibt sich aus finanzpolizeilichen Fotos betreffend Urkunden über Mietverträge vom 1. November 2014 aus einer vom Lokalverantwortlichen K vorgewiesenen Mappe zur Firma x, die als Beilagen der Anzeige angeschlossen sind, bisher aber noch nicht beachtet und ausgewertet wurden.

Zur erstmals in der Beschwerdeschrift behaupteten Veräußerung der Geräte an eine ukrainische Gesellschaft bereits vor dem 26. August 2015 (anders noch die Rechtfertigung vom 28.10.2015, die darüber kein Wort verliert) konnte der insofern vom Bf nicht informierte Verfahrenshilfeverteidiger in der öffentlichen Verhandlung am 11. Mai 2017 nichts sagen und auch keine Urkunde vorlegen, die ein solchen Vorgang beweisen hätte können. Im Verfahren sind somit keine Umstände hervorgekommen, wonach schon im Zeitpunkt der Kontrolle die gegenständlichen Geräte veräußert und die x nicht mehr Eigentümerin der gegenständlichen Geräte gewesen wären. Vielmehr ergibt sich aus der Aktenlage das Gegenteil.

Zum Beweisantrag des Bf zur Vernehmung des A S zum Beweis dafür, dass die gegenständlichen Geräte an eine ukrainische Gesellschaft veräußert wurden, ist auszuführen, dass für ordnungsgemäße Beweisanträge zur Vernehmung von Zeugen neben dem Beweismittel, dem Beweisthema auch deren Adressen anzugeben sind (VwGH 25.11.2015, Zl. 2013/16/0034). Der Bf hat weder in seiner Beschwerde noch in der mündlichen Verhandlung eine Adresse des Zeugen A S vorgebracht, sodass der Beweisantrag bereits aus diesem Grund zurückzuweisen war. Weiters wurde nicht dargetan, inwiefern der beantragte Zeuge über den Verkauf an die ukrainische Firma eine Aussage machen kann. Ein geeignetes unmittelbares Beweismittel wie zB: Urkundenbeweis durch Kaufvertrag oder Rechnung hat der Bf nicht angeboten. Der beantragte Zeugenbeweis scheint nur ein mittelbarer Beweis im gegenständlichen Fall zu sein, dessen Eignung fraglich ist, zumal es auch unmittelbare Beweismittel durch Urkunden geben müsste.

Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben und zugänglich gemacht wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass diese von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten aufgestellt bzw. die Aufstellung geduldet wurden, diese Räumlichkeiten für die Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden und die Funktionsweise der Geräte auf eine Einnahmenerzielung ausgerichtet ist. Es sind im Verfahren auch keine Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen

würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung der Geräte aus reiner Freigiebigkeit, zu Vorführzwecken oder bloß zur Lagerung vorgenommen worden wäre.

Bei wirklichkeitsnaher Betrachtung auch davon auszugehen, dass dem Bf und seiner Firma x die Funktionsweise und Glücksspieleigenschaft bekannt waren. Allein schon das Aussehen der Geräte laut der Fotodokumentation der Finanzpolizei spricht für Glücksspielgeräte. Das erkennende Gericht vermag keine Gründe zu erkennen, die gegen diese Annahme sprechen. Es ist erwiesen, dass es sich bei den aufgefundenen Geräten um Glücksspielgeräte gehandelt hat.

Dass Ausspielungen mit Glücksspielgeräten von der x veranstaltet wurden, ergibt sich aus dem Umstand, dass diese Gesellschaft Eigentümerin der Glücksspielgeräte ist und im Lokal „x" einen zwar abgesonderten, aber für Spielinteressenten allgemein zugänglichen Raum, in dem die Geräte betriebsbereit aufgestellt waren, für eine fixe Miete zur Verfügung hatte. Diese Umstände sprechen für einen Betreiben der Geräte auf eigene Rechnung und Gefahr, zumal nicht erschließbar ist, wer in einer solchen Situation sonst noch als Veranstalter in Betracht kommen sollte (vgl weiter unter Punkt IV.2.).

III. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl Nr 620/1989 in der im vorgeworfenen Tatzeitraum geltenden Fassung BGBl I Nr 105/2014, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe 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 § 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).

Wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne der Z 2 und 3 des Abs. 1 an einem Ort angeboten werden, so liegt auch dann Unternehmerschaft aller an der Durchführung des Glücksspiels unmittelbar beteiligten Personen vor, wenn bei einzelnen von ihnen die Einnahmenerzielungsabsicht fehlt oder sie an der Veranstaltung, Organisation oder dem Angebot des Glücksspiels nur beteiligt sind.

Nach § 2 Abs 2 leg. cit. 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.

Nach § 168 Abs 1 Strafgesetzbuch (StGB) ist derjenige mit einer Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen, der ein Spiel bei dem Gewinn und Verlust ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängen oder das ausdrücklich verboten ist, veranstaltet oder eine zur Abhaltung eines solchen Spiels veranstaltete Zusammenkunft fördert, um aus dieser Veranstaltung oder Zusammenkunft sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zuzuwenden, es sei denn, dass bloß zu gemeinnützigen Zwecken oder bloß zum Zeitvertreib und um geringe Beträge gespielt wird.

IV. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

IV.1. Auf Grund der festgestellten Funktionsweise der an den Geräten (FA Nr. 1, 2 und 3) verfügbaren virtuellen Walzenspielen ist auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl etwa VwGH 08.09.2005, Zl. 2000/17/0201) davon auszugehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und die virtuellen Walzenspiele somit als Glücksspiele iSd § 1 Abs 1 GSpG zu qualifizieren sind. Daran ändert auch das vorgelagerte „kleine" Walzenspiel (Miniaturwalzenspiel) bei Gerät FA-Nr. 3 nichts, da das Ergebnis auch in diesem Fall letztendlich vom Zufall (Walzenspiel wie in den Geräten FA-Nr. 1 und 2) abhängt und von den Spielern nicht beeinflusst werden kann.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass mit den verfahrensgegenständlichen Geräten Glücksspiele veranstaltet wurden, um dadurch selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es handelt sich bei diesen Glücksspielen auch um Ausspielungen iSd § 2 GSpG. Auf Grund der verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräte mit den darauf verfügbaren Spielen, bei denen Spieleinsätze zu leisten und Gewinne in Aussicht gestellt sind, ist – in Ermangelung einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz – von einer verbotenen Ausspielung iSd § 2 Abs 4 GSpG auszugehen. Weiters ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG nicht erteilt wurde und diese Ausspielungen auch nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen waren.

IV.2. Aus den Feststellungen zum Sachverhalt ergibt sich weiter, dass die x Eigentümerin der Geräte FA. Nr. 1 bis 3 war und diese Geräte zum Tatzeitpunkt eingeschaltet und betriebsbereit in einem angemieteten Bereich des Lokals „x" aufgestellt waren, und zwar in einem mittels Gipskartonwand abgetrennten Raum, der über eine offene Türe eine Verbindung zum öffentlichen Bereich des Lokales aufwies.

Die belangte Behörde hat den Ausführungen in der Anzeige des Finanzamtes folgend von Anfang an die x als unternehmerisch Beteiligte iSd § 2 Abs 2 GSpG angesehen und damit auf das vierte Tatbild des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG abgestellt. Sie hat sowohl im Spruch als auch in der Begründung des Straferkenntnisses - wie schon in der Aufforderung zur Rechtfertigung - ausgeführt, die x habe sich als Eigentümerin der Glücksspielgeräte unternehmerisch an verbotenen Ausspielungen beteiligt, indem sie diese Geräte dem (unbekannten) Glücksspielveranstalter entgeltlich zur Verfügung gestellt habe, um fortgesetzt Einnahmen aus den mit diesen Geräten veranstalteten Glücksspielen durch Ausspielungen im Lokal „x" in P zu erzielen. Der Bf habe dies als Geschäftsführer zu verantworten, womit der Tatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild in objektiver Hinsicht erfüllt ist.

Sowohl in der Anzeige des Finanzamtes, als auch im Verwaltungsstrafverfahren der belangten Behörde blieb offen, wer der Veranstalter der Glücksspiele im Lokal „x" gewesen sein könnte. Es wurden dazu keinerlei Ermittlungen geführt. Zur Frage der Veranstaltereigenschaft hat die belangte Behörde im gesamten Verfahren nichts ausgeführt.

Der beschriebene Tatvorwurf der belangten Behörde kann mit den Ergebnissen einer sorgfältigeren Auswertung der der Anzeige des Finanzamts angeschlossenen Beweismittel (Niederschrift mit dem Lokalverantwortlichen K Y K sowie der Fotos von Dokumenten aus einer vorgewiesenen Mappe zur Firma x) nicht in Einklang gebracht werden. Aus diesen Beweismitteln ist abzuleiten, dass die x als Eigentümerin der Geräte und Mieterin des Aufstellplatzes im gegenständlichen

Lokal wohl nur selbst die Veranstalterin von verbotenen Ausspielungen mit ihren im Lokal „x" betriebsbereit vorgefundenen Geräten sein kann. In dieser Konstellation ist nämlich die Veranstalterrolle eines Dritten kaum vorstellbar.

In dem jüngst ergangenen Erkenntnis vom 19. Mai 2017, Ra 2016/17/0173-5, vertritt auch der Verwaltungsgerichtshof die Ansicht, dass im Fall der Verwendung von Geräten im Eigentum einer tschechische GmbH (s.r.o), für verbotene Ausspielungen in einem Lokal, in dem diese Gesellschaft die Standfläche angemietet hat,

„wohl abzuleiten wäre, dass sie das Spiel auf ihre Rechnung und Gefahr ermöglichte, also das Risiko des Gewinns und Verlusts in ihrer Vermögenssphäre trug, also Veranstalterin im Sinne des § 52 Abs. 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG war".

IV.3. Im Folgenden werden Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs aus dem einschlägigen Erkenntnis vom 19. Mai 2017, Ra 2016/17/0173, zu den Spruch-anforderungen nach § 44a VStG wiedergegebenen [Hervorhebungen nicht im Original]:

„[...]

10 § 44a VStG regelt, welche Bestandteile der Spruch eines Straferkenntnisses zu enthalten hat. Dazu zählen unter anderem die als erwiesen angenommene Tat (Z 1) und die Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist (Z 2). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu § 44a Z 1 VStG muss der Spruch eines Straferkenntnisses so gefasst sein, dass die Subsumtion der als erwiesen angenommenen Tat unter die verletzte Verwaltungsvorschrift eindeutig und vollständig erfolgt, also aus der Tathandlung sogleich auf das Vorliegen der bestimmten Übertretung geschlossen werden kann. Der Revisionswerber hat zudem ein subjektives Recht darauf, dass ihm die als erwiesen angenommene Tat und die verletzte Verwaltungsvorschrift **richtig und vollständig vorgehalten werden** (vgl VwGH vom 24. April 2015, 2013/17/0400, sowie vom 18. Mai 2016, Ra 2015/17/0029). Die **Identität der Tat** muss unverwechselbar feststehen (vgl VwGH vom 3. Juni 2015, 2013/17/0407, mwN).

[...]

12 Durch die Bestrafung wegen des Veranstaltens verbotener Ausspielungen nach § 52 Abs 1 Z 1 erste Variante GSpG ist das gleichzeitig vom Bestraften verwirklichte Tatbild der unternehmerischen Beteiligung gemäß § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG konsumiert. Konsumtion liegt vor, wenn die wertabwägende Auslegung der formal (durch eine Handlung oder durch mehrere Handlungen) erfüllten zwei Tatbestände zeigt, dass durch die Unterstellung der Tat(en) unter den einen der deliktische Gesamtunwert des zu beurteilenden Sachverhalts bereits für sich allein abgegolten ist. Voraussetzung ist, dass durch die Bestrafung wegen des einen Delikts tatsächlich der gesamte Unrechtsgehalt des Täterverhaltens erfasst wird. Als Täter, der im Sinne des **ersten Tatbildes** des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 leg cit veranstaltet, kommt in Betracht**, wer das Spiel auf seine Rechnung und Gefahr**

ermöglicht, also das Risiko des Gewinns und Verlusts in seiner Vermögenssphäre trägt (vgl VwGH vom 26. März 2015, Ra 2014/17/0033). Dagegen ist mit dem **vierten Tatbild** des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG eine **Person** gemeint, **die nicht Veranstalter ist**, sondern sich nur in irgendeiner Weise an der Veranstaltung unternehmerisch im Sinn des § 2 Abs 2 GSpG beteiligt. Durch die Bestrafung wegen des Veranstaltens verbotener Ausspielungen nach § 52 Abs 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG ist das gleichzeitig von derselben Person verwirklichte Tatbild der unternehmerischen Beteiligung gemäß § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG konsumiert (vgl VwGH vom 26. März 2015, Ra 2014/17/0033, betreffend das unternehmerische Zugänglichmachen im Sinne des § 52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG)."

IV.4. Die behördlich vorgenommene Anlastung des vierten Tatbildes im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG durch eine weitgehend allgemein gehaltene Umschreibung der Tathandlung als ein entgeltliches Zur-Verfügung-Stellen von Glücksspielgeräten, um Einnahmen aus veranstalteten Glücksspielen (von wem?) in Form von verbotenen Ausspielungen gemäß § 2 Abs 4 GSpG zu erzielen, kommt ohne besondere Bezugnahme auf einen bestimmten Veranstalter aus und braucht daher auch eine Wechselbeziehung des im vierten Tatbild genannten Täters zu einem Veranstalter nicht zu klären. Der Zusammenhang wird nicht aufgeklärt, der Veranstalter kann unbekannt bleiben. Eine Individualisierung des vorgeworfenen Zur-Verfügung-Stellens wird unterlassen. Damit erscheint der Tatvorwurf hinsichtlich der nicht durch individuelle Merkmale konkretisierten Tathandlung - abgesehen von Zeit und Ort und den näher bezeichneten Geräten - austauschbar und auf andere Fälle gleichermaßen zu passen. Aus rechtsstaatlicher Sicht sollte aber die Spruchfassung gemäß § 44a Z 1 VStG so bestimmt sein, dass die Identität der Tat unverwechselbar feststeht und der Täter durch die Spruchbestimmtheit vor Doppelbestrafung geschützt wird. Diese Rechtsschutzüberlegungen sind bei der Auslegung des § 44a Z 1 VStG zu berücksichtigen (vgl bspw verst Sen VwGH 03.10.1985, Zl. 085/02/0053 = VwSlg 11.894 A/1985 oder VwGH 17.09.2009, Zl. 2008/07/0067).

Ob diese Anforderung mit der gegenständlichen Spruchfassung erreicht wurde, erscheint dem erkennenden Richter zweifelhaft, braucht aber nicht weiter vertieft zu werden, weil auf Grund der Aktenlage davon auszugehen ist, dass dem Bf von Beginn des Strafverfahrens an ein falscher Vorwurf gemacht worden ist (vgl oben IV.2.). Ungeachtet der Frage, in welcher Intensität die Konkretisierung des Tatvorwurfs im vorliegenden Fall erforderlich ist, steht nämlich in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die betriebsbereiten und funktionsfähigen Glücksspielgeräte der x in einem abgesonderten Raum im Lokal „x", der offen stand und für Interessenten ohne weiteres zugänglich war, aufgestellt waren und diese rumänische Gesellschaft auch noch über das Mietrecht an diesem Raum bzw Aufstellplatz verfügte und dafür monatlich den Fixbetrag von 500 Euro an die Lokalbetreiberin als Platzmiete zu zahlen hatte. Unter solchen Umständen wird man im Sinne des Judikats des Verwaltungsgerichtshofs vom 19. Mai 2017, Ra 2016/17/0173, auf die **Veranstaltereigenschaft** der S X S SRL schließen müssen, weil alle wesentlichen Momente des Falles (Verfügungsrecht als Mieterin

des Aufstellraumes im Lokal, Eigentümerin der Geräte, notwendige Vereinbarungen mit der Lokalbetreiberin x GmbH bezüglich Aufsicht über die betriebenen Gerätschaften) darauf hinweisen, dass die rumänische x auch das unternehmerische Risiko, also das Gewinn- und Verlustrisiko aus dem Betrieb ihrer eigenen Geräte zu tragen hatte. Eine andere plausible Deutung der Umstände ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichts nicht ersichtlich.

Die belangte Behörde hätte dem Bf daher nach Lage des Falles unter Berücksichtigung aller Hinweise das Veranstalten verbotener Ausspielungen im gegenständlichen Lokal mit den Glücksspielgeräten der x als iSd § 9 Abs 1 VStG verantwortlicher Geschäftsführer anlasten müssen. Wie der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt hat, geht das erste Tatbild vor und konsumiert das vierte Tatbild der unternehmerischen Beteiligung im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG. Täter des ersten Tatbildes ist, wer das Glücksspiel auf seine Rechnung und Gefahr ermöglicht, während mit dem vierten Tatbild eine Person gemeint ist, die nicht Veranstalter ist, sondern sich in irgendeiner Weise an der Veranstaltung unternehmerisch beteiligt (vgl VwGH 19.05.2017, Ra 2016/17/0173).

Es liegen somit zwei auch in tatsächlicher Hinsicht verschiedene Tathandlungen und Tatbilder vor. Das vierte Tatbild inkludiert nicht etwa das erste, sondern ist von diesem verschieden. Diese Tatbilder schließen sich sachlogisch aus, können demnach nicht ideal (durch ein Handlung), sondern nur real (durch zwei oder mehrere Handlungen) konkurrieren. Im Verhältnis zum Veranstalten handelt es sich der Sache nach um bloße Beteiligungshandlungen, die unter die eingeschränkte Strafbarkeit des § 7 VStG (Vorsatzdelikt!) fallen würden, wenn sie nicht durch das vierte Tatbild des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG zu einem eigenständigen Typus einer unmittelbaren Täterschaft aufgewertet worden wären, der den Bereich der Strafbarkeit neben dem Veranstalten erweitert.

IV.5. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ist eine Präzisierung der rechtlichen Grundlage der Bestrafung (Angabe der verletzten Verwaltungsbestimmung und angewendeten Strafnorm) zulässig, 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; VwGH 08.03.2017, Ra 2016/02/0226).

Eine Befugnis der Verwaltungsgerichte zur Ausdehnung des Gegenstands des Verfahrens über die Sache des Verwaltungsstrafverfahrens im Sinn des § 50 VwGVG hinaus besteht nicht. Die Ausdehnung des Tatzeitraumes erst im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht stellt weiterhin (wie früher im Berufungsverfahren) eine unzulässige Erweiterung des Tatvorwurfs und der Sache des Verfahrens im Sinn des § 50 VwGVG dar (vgl näher VwGH 05.11.2014, Ra 2014/09/0018).

Sache des Verwaltungsstrafverfahrens ist die dem Beschuldigten innerhalb der Verjährungsfrist zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhaltselementen unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung (vgl etwa VwGH 08.11.2000, Zl. 99/04/0115).

Zu einer Abänderung des Tatvorwurfs ist das Verwaltungsgericht unabhängig vom Ablauf der Verfolgungsverjährungsfrist und unabhängig davon, ob eine Verfolgung in Bezug auf einen erweiterten Tatvorwurf grundsätzlich noch möglich wäre, nicht befugt, weil dieser erweiterte Tatvorwurf jedenfalls nicht Sache des Beschwerdeverfahrens ist (vgl instruktiv VwGH 08.03.2017, Ra 2016/02/0226 RN 10).

Im vorliegenden Fall wurde von Anfang an nur das entgeltliche Zur-Verfügung-Stellen von Glücksspielgeräten für verbotene Ausspielungen durch einen unbekannten Veranstalter vorgeworfen. Die genaue Auswertung der aktenkundigen Beweismittel bietet aber guten Grund für die Annahme, dass die x selbst Veranstalterin der verbotenen Ausspielungen mit den Walzenspielgeräten im Lokal „x" war und das Glücksspiel auf ihre Rechnung und Gefahr ermöglicht hat. Dabei handelt es sich offenkundig um einen anders gelagerten Tatvorwurf entsprechend dem ersten Tatbild des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG, dem insgesamt auch ein anderer Sachverhalt zugrunde liegt als der Sachverhalt, der von der belangten Behörde bei der Subsumtion unter das vierten Tatbild angenommen wurde. Dies folgt auch aus den verschiedenen Tathandlungen der in Rede stehenden Tatbilder des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG, die einander nicht überschneiden, sondern rechtlich ausschließen (vgl unter IV.3. Wiedergabe der RN 12 aus VwGH 19.05.2017, Ra 2016/17/0173).

Das Verwaltungsgericht ist nicht befugt den Tatvorwurf im gegenständlichen Beschwerdeverfahren zu korrigieren und eine Neuformulierung des Schuldspruchs entsprechend der ersten Tatbildvariante des § 52 Abs 1 Z 1 VStG (Veranstalten verbotener Ausspielungen) anstelle der vierten Tatbildvariante des § 52 Abs 1 Z 1 VStG (unternehmerische Beteiligung iSd § 2 Abs 2 GSpG an der Veranstaltung durch andere) vorzunehmen. Denn eine solche Korrektur durch das Verwaltungsgericht würde eine **unzulässige Auswechslung der Tat und Überschreitung der Sache des Beschwerdeverfahrens** bedeuten, die dem Verwaltungsgericht verwehrt ist. Die für die Subsumtion unter den Vorwurf des Veranstaltens erforderlichen Sachverhaltselemente waren weder Gegenstand der Anzeige des Finanzamtes noch einer Verfolgungshandlung der belangten Behörde. Eine taugliche Verfolgungshandlung innerhalb der mittlerweile längst abgelaufenen Verjährungsfrist ist nicht aktenkundig.

V. Im Ergebnis war das angefochtene Straferkenntnis aus den dargelegten Gründen aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG (iVm § 38 VwGVG) einzustellen, weil der Beschuldigte die ihm zur Last

gelegte Verwaltungsübertretung iSd vierten Tatbildvariante des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG nicht begangen hat.

Bei diesem Ergebnis entfällt sowohl die Verpflichtung zur Leistung von Beiträgen zu den Kosten des Strafverfahrens (§ 66 Abs 1 VStG iVm § 38 VwGVG) als auch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens (§ 52 Abs 9 VwGVG).

VI. 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 des Verwaltungsgerichts weicht nicht von der herrschenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Auslegung der Tatbilder des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG und in der Frage der Entscheidungsbefugnis über die „Sache des Verwaltungsstrafverfahrens" und der unzulässigen Auswechslung der Tat ab.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis 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 Eingabegebühr 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.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. W e i ß