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-412099/8/Wei/JK

Datum:
Linz, 22. Mai 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde der V L, vertreten durch RA Dr. P R, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Kirchdorf an der Krems vom 11.5.2017, GZ: Pol96-26-2017, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild Glücksspielgesetz (GSpG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 31.10.2017

zu Recht:

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

II. Die Beschwerdeführerin 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 Kirchdorf an der Krems (im Folgenden: belangte Behörde) vom 11.5.2017, GZ: Pol96-26-2017, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bf) eine Geldstrafe von 1.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafe 33 Stunden) wegen einer Übertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 100 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:
„Die I T R s.r.o., mit Sitz in x, hat sich als Unternehmerin im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG, wie im Zuge einer Kontrolle durch das Finanzamt Kirchdorf Perg Steyr, Team 43 Finanzpolizei, am 01.03.2017 in dem von der U xgmbH betriebenen Lokal ‚L x' in x, festgestellt wurde, vom 01.07.2013 bis zum Tag der Kontrolle am 01.03.2017 an dem im besagten Lokal vorgefundenen, betriebsbereiten und funktionsfähigen Glücksspielgerät mit der Bezeichnung

keine Gerätebezeichnung, Versiegelungsplakettennr. A076683-A076688, FA-Gerätenr.1,

mit dem den Spielern für einen geldwerten Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden und dessen Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing, und womit zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG veranstaltet wurden, unternehmerisch beteiligt, indem die I T R s.r.o. dem Glücksspielveranstalter das vorgefundene Glücksspielgerät gegen Entgelt zur Verfügung gestellt und damit selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt hat. Die I T R s.r.o. hat sich somit an der Veranstaltung von Glücksspielen in Form verbotener Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, als Unternehmer beteiligt.

Diese Verwaltungsübertretung haben Sie als „handelsrechtliche Geschäftsführerin" der I T R s.r.o. mit Sitz in x, gemäß § 9 Abs. 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:
§52 Abs. 1 Zif. 1 viertes Tatbild i.V.m. § 2 Abs. 2 und 4 GSpG (Glücksspielgesetz)

Geldstrafe von Euro	falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von	Freiheitsstrafe von	gemäß
1.000,--	33 Stunden		§ 52 GSpG

Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG zu zahlen:
100,-- Euro als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe, mindestens jedoch 10 Euro (ein Tag Freiheitsstrafe gleich 100 Euro);

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

1.100,-- Euro"

[Hervorhebungen nicht übernommen]

Begründend wurde im Wesentlichen ausgeführt, bei dem verfahrensgegenständlichen Gerät handle es sich um ein virtuelles Walzenspiel und stehe das Glücksspielgerät im Eigentum der I T R s.r.o. Die Zurverfügungstellung des Geräts sei entgeltlich erfolgt und zwar mit dem Ziel, fortgesetzt Einnahmen zu erzielen. Die I T R s.r.o. habe sich somit als Unternehmer iSd § 2 Abs. 2 GSpG an der Durchführung von Glücksspielen in Form von Ausspielungen iSd § 2 Abs. 1 GSpG beteiligt. Die Bf habe diese Verwaltungsübertretung als das zur Vertretung nach außen berufene Organ des Unternehmens zu verantworten.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitig am 7.6.2017 bei der belangten Behörde eingelangte Beschwerde, mit der neben der Durchführung einer mündlichen Verhandlung die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Bescheides und die Einstellung des Strafverfahrens beantragt werden.

Begründend brachte die Bf darin zusammengefasst vor, dass auf dem verfahrensgegenständlichen Gerät keine Glücksspiele iSd GSpG spielbar oder angeboten worden seien. Die Bf habe die ihr vorgeworfene Tat nicht zu verantworten. Die I T R s.r.o. habe sich nicht unternehmerisch beteiligt. Weiters sei das GSpG unionsrechtswidrig und verstoße gegen die Grundrechtecharta, weshalb das Straferkenntnis jedenfalls aufzuheben sei. Darüber hinaus wurde vorgebracht, dass die Tatanlastung unklar und die verhängte Strafe jedenfalls überhöht sei. Auch würde eine Beteiligung an Glücksspielgeräten keine Verwaltungsübertretung darstellen.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt mit Schreiben vom 13.6.2017 zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Mit E-Mail vom 25.10.2017 legte der Rechtsvertreter der Bf mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung eine ergänzende Stellungnahme hinsichtlich eines Anwendungsverbotes des österreichischen Glücksspielgesetzes aufgrund europarechtlicher Bedenken im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe, insbesondere den präventiven Spielerschutz, zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit mitsamt etlichen Beilagen und Beweisanträgen vor.

I.5. Am 31.10.2017 hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt, an der ein Vertreter des Finanzamtes Kirchdorf Perg Steyr teilnahm. Der Rechtsvertreter der Bf sowie der Zeuge A J erschienen nicht zur Verhandlung. Ebenso nahm kein Vertreter der belangten Behörde an der Verhandlung teil.

Folgende Dokumente wurden verlesen und zum Akt genommen:

- Stellungnahme des Bundesministeriums für Finanzen betreffend Ziel und Zweck des Glücksspielmonopols vom 26.6.2015 (Beilage ./A)
- Glücksspielbericht 2010-2013 des Bundesministeriums für Finanzen (Beilage ./B)
- Evaluierungsbericht des Bundesministeriums für Finanzen über Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014 aus November 2014 (Beilage ./C)
- Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015 betreffend Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, verfasst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg (Beilage ./D)
- Informationsschreiben der Stabsstelle für Spielerschutz zu einer neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich - Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ (Beilage ./E) und
- Glücksspielbericht 2014-2016 des Bundesministeriums für Finanzen samt Informationsschreiben (Beilage ./F)

Der Verhandlungsleiter stellte in der mündlichen Verhandlung insbesondere fest, der Rechtsvertreter der Bf habe mit E-mail vom 14.3.2017 mitgeteilt, dass die ebenfalls von ihm vertretene I T R s.r.o. Eigentümerin des beschwerdegegenständlichen Geräts sei. Ebenso ergibt sich aus dem Aktenvermerk der Finanzpolizei über die Kontrolle vom 1.3.2017, dass die I T R s.r.o. Eigentümerin und die U xgmbH Inhaberin des Gerätes FA-Nr. 1 sei.

II.1 Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verfahrensakt und Erörterung des Akteninhalts, insbesondere in die im Akt einliegende Anzeige des Finanzamtes vom 3.3.2017, den Aktenvermerk über die gegenständliche Kontrolle vom 1.3.2017, die Niederschrift über die Einvernahme des handelsrechtlichen Geschäftsführers der U xgmbH M H vom 1.3.2017, die Rechnung der I T R s.r.o. vom 31.1.2017 und die GSp26-Dokumentation über die Testspiele samt Fotodokumentation, Einsichtnahme in die mit dem ggst. Strafverfahren sachlich zusammenhängenden Strafverfahren der Gerichtsakten LVwG-411963, LVwG-411964 (Beschlagnahme des Glücksspielgeräts) und LVwG-412098 (Strafverfahren gegen M H als verantwortlicher Geschäftsführer der U xgmbH) sowie durch die öffentliche mündliche Verhandlung vom 31.10.2017 samt den darin verlesenen Urkunden.

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 1.3.2017 um 9:45 Uhr im Lokal mit der Bezeichnung „L x“ in der x, (Lokalbetreiberin U xgmbH), durchgeführten Kontrolle durch Organe der Finanzpolizei bzw der Abgabenbehörde Kirchdorf Perg Steyr wurde das Walzenspielgerät mit der FA-Gerätenr. 1 und der Versiegelungsplakettennr. A076683-A076688 betriebsbereit sowie öffentlich zugänglich vorgefunden und vorläufig beschlagnahmt. Das Gerät FA-Nr. 1 konnte von den Organen der Finanzpolizei probebespielt werden.

Das Gerät FA-Nr. 1 steht im Eigentum der I T R s.r.o. mit Sitz in x, deren handelsrechtliche Geschäftsführerin die Bf ist. Lokalbetreiberin des „L x“ und Inhaberin des gegenständlichen Gerätes war die U xgmbH.

Weder die Lokalbetreiberin noch die Bf waren im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für das verfahrensgegenständliche Gerät. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Der im Lokal „L x“ anwesende M H wurde von der Finanzpolizei als Auskunftsperson am 1.3.2017 niederschriftlich einvernommen. Er gab an, dass das verfahrensgegenständliche Gerät FA-Nr. 1 von der I T R s.r.o. angemietet wurde. Die I T R s.r.o. ist Eigentümerin des Gerätes und erhält auch das gesamte Geld, das in das Glücksspielgerät eingeworfen wird. Er selbst bzw die U xgmbH bekommt nur eine Miete in Höhe von insgesamt 120 Euro für die Zurverfügungstellung des Platzes, an dem das Gerät aufgestellt war. Er hat auch weder Zugang zur Buchhaltung noch zur Geldlade am Glücksspielgerät. Die Wartungs-, Reinigungs- und Servicearbeiten des verfahrensgegenständlichen Geräts werden von einem Mitarbeiter der I T R s.r.o. durchgeführt und wird diese auch im Falle einer Störung am Gerät verständigt.

Das Gerät FA-Nr. 1 wurde seit Mitte des Jahres 2013 bis zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 1.3.2017 betrieben, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Es stand im verfahrensgegenständlichen Lokal in einem öffentlich zugänglichen Bereich eingeschaltet und betriebsbereit für potentielle Spieler zur Verfügung.

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

FA-Nr.	Spiel	Einsätze	in Aussicht gestellter Gewinn
1	Happy Panda	0,50 bis 12 Euro	100 Euro (+ Mini Pot 140,88 Euro Midi Pot 445,82 Euro Maxi Pot 1.377,02 Euro) bis 2.400 Euro (+ Mini Pot 140,88 Euro Midi Pot 445,82 Euro Maxi Pot 1.377,02 Euro)

Der Spielablauf des virtuellen Walzenspiels stellt sich wie folgt dar:

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.

II.2.3. In der Anzeige des Finanzamtes vom 3.3.2017 wird die Bestrafung der Bf als handelsrechtliche Geschäftsführerin der Firma I T R s.r.o. wegen Übertretung des § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG beantragt und zur Tathandlung ausgeführt, die I T R s.r.o. habe dem nicht genannten Glücksspielveranstalter gegen Entgelt das Glücksspielgerät, die Hardware und die Software für den Betrieb des vorgefundenen Glücksspielgeräts 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 I T R s.r.o. als Eigentümerin, die U xgmbH als Inhaberin des Geräts und der Veranstalter der verbotenen Ausspielungen ausdrücklich als unbekannt bezeichnet.

Die belangte Behörde hat der Bf im gesamten Verfahren (Aufforderung zur Rechtfertigung, Straferkenntnis) die unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspielungen vorgeworfen, indem das im Lokal vorgefundene Glücksspielgerät im Eigentum der I T R s.r.o. dem nicht bekannten Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt worden wäre, um fortgesetzt aus verbotenen Ausspielungen des Veranstalters Einnahmen zu erzielen (§ 52 Abs. 1 Z 1 4. TB GSpG). Der Bf wurde im gesamten Strafverfahren nie das Veranstalten von Glücksspielen iSd § 52 Abs. 1 Z 1 1. TB GSpG mit dem Gerät der I T R s.r.o. im gegenständlichen Lokal angelastet.

Die Bf ist handelsrechtliche Geschäftsführerin der I T R s.r.o.. Es sind im Verfahren keine Verwaltungsvorstrafen hervorgekommen. Die I T R s.r.o. ist eine der GmbH entsprechende juristische Person mit Sitz in Tschechien.

II.2.4. Im Jahr 2015 weisen in Österreich zwischen 0,34% und 0,60% der Bevölkerung ein problematisches Spielverhalten auf, die Zahl der Problemspieler beträgt daher entsprechend zwischen ca. 19.900 und ca. 35.800 Personen. Zudem

sind 2015 in Österreich zwischen ca. 27.600 bis etwa 46.000 Personen aktuell spielsüchtig. Diese Werte sind im Vergleich zum Jahr 2009 annähernd konstant. Männer weisen zu höheren Anteilen ein problematisches und pathologisches Spielverhalten auf als Frauen. Innerhalb der verschiedenen Altersgruppen stellt sich das Ausmaß vorhandener Spielprobleme sehr unterschiedlich dar, wobei die 14- bis 30-Jährigen sich diesbezüglich am stärksten betroffen zeigen.

Ausgehend vom Jahr 2015 haben 41% der Bevölkerung (14 bis 65 Jahre) in den letzten 12 Monaten irgendein Glücksspiel um Geld gespielt, dieser Wert ist seit 2009 kaum verändert (2009: 42%). Das klassische Lotto „x“ ist das beliebteste Glücksspiel in Österreich. Jeder dritte Österreicher hat dieses Spiel im Jahr 2015 mindestens einmal in den letzten 12 Monaten gespielt (ca. 33%), der prozentuale Anteil für die 30-Tages-Prävalenz beträgt ca. 20%. Seit 2009 haben sich diese Werte so gut wie nicht geändert (jeweils nur um ca. ± 1 Prozentpunkt). Dagegen ist für diesen Zeitraum eine deutliche Zunahme bei der europäischen Lotterie, den Euromillionen, zu konstatieren: Der Prozentwert für die monatliche Teilnahme hat sich von etwa 4% auf etwa 8% verdoppelt. Auch beim Joker gibt es seit 2009 einen prozentualen Anstieg. Inzwischen spielt jede siebte Person mindestens einmal im Jahr dieses Glücksspiel (ca. 14%). Damit ist es das zweitverbreitete Glücksspiel in Österreich. Bei den Rubbellosen – die auf dem vierten Platz liegen – sind nur geringe Veränderungen zwischen 2009 und 2015 vorhanden. Alle anderen Glücksspiele besitzen bezogen auf die Spielteilnahme in der Gesamtbevölkerung eine nachgeordnete Bedeutung: Das gilt für die Sportwetten genauso wie für die klassischen Kasinospiele, bei denen 2015 jeweils etwa 4% in den letzten 12 Monaten gespielt wurden. Glücksspielautomaten in Kasinos und in Spielhallen werden von noch weniger Personen gespielt. In den letzten 12 Monaten haben am Automatenglücksspiel in Spielbanken ca. 0,5% teilgenommen, im Jahr 2009 waren dies ca. 0,6% bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz. Bezüglich der Teilnahme am Automatenglücksspiel außerhalb von Spielbanken (Spielhallen, Einzelaufstellungen, illegale Glücksspielautomaten) ist der Wert bezogen auf die 12-Monats-Prävalenz von ca. 1,2% im Jahr 2009 auf ca. 1% im Jahr 2015 zurückgegangen.

Der monatliche Geldeinsatz für Glücksspiele hat im Zeitraum von 2009 auf 2015 leicht zugenommen und zwar wurden von den Glücksspielenden 2015 im Durchschnitt etwa 57 € pro Monat für Glücksspiele ausgegeben im Vergleich zu 53 € im Jahr 2009. Auf der Ebene der einzelnen Glücksspielarten bestehen hier jedoch sehr unterschiedliche Entwicklungen. Der Geldeinsatz ist 2015 am höchsten bei den Automatenspielen außerhalb der Kasinos. Im Durchschnitt werden hierfür von den Spielern pro Monat ca. 203 € eingesetzt, vor sechs Jahren lag der entsprechende Wert sogar bei etwa 317 €. Es folgen die klassischen Kasinospiele mit einem Mittelwert von ca. 194 €. Auch für diese Glücksspielform wird im Jahr 2015 durchschnittlich weniger Geld aufgewendet als in 2009. Stark angestiegen

sind dagegen im betrachteten Zeitraum die Geldeinsätze für Sportwetten, diese haben sich von ca. 47 € auf ca. 110 € mehr als verdoppelt.

Die Anteile problematischen und pathologischen Spielens unterscheiden sich je nach Glücksspielart erheblich. Die zahlmäßig große Gruppe der Spieler von Lotterieprodukten beinhaltet anteilsbezogen nur wenige Personen, die ein problematisches oder pathologisches Spielverhalten zeigen (jeweils etwa ein Prozent). Während bei den Rubbellosen sich nur leicht höhere Werte zeigen, ist bei den klassischen Kasinospielen bereits mehr als jeder zwanzigste Spieler betroffen.

Auch Sportwetten beinhalten ein erhebliches Risiko, spielbedingte Probleme zu entwickeln. So erfüllen ca. 7,1% dieser Spielergruppe die Kriterien problematischen Spielens und weitere ca. 9,8% zeigen ein pathologisches Spielverhalten. Etwa jeder sechste Sportwetter ist daher von einer Spielproblematik betroffen. Noch höher sind diese Anteile bei Spielautomaten, welche in Spielhallen, Kneipen oder Tankstellen stehen. Etwa 21,2% dieser Spieler sind spielsüchtig. Die Prävalenzwerte für die Automatenspiele der „C A“ nehmen sich im Vergleich dazu eher gering aus. So liegen die Anteile für problematisches Spielen bei ca. 3,7% und für pathologisches Spielen bei ca. 4,4%. Dennoch weist etwa jede zwölfte Person, die in den klassischen Spielbanken am Automaten spielt, glücksspielbedingte Probleme auf. Bei der Prävalenz problematischen und pathologischen Spielens ging die Rate bei Automaten in Kasinos von ca. 13,5% im Jahr 2009 auf ca. 8,1% im Jahr 2015 und bei Automatenaufstellungen außerhalb von Casinos von 33,2% im Jahr 2009 auf 27,2% im Jahr 2015 zurück.

Durch Bedienstete des Bundesministeriums für Finanzen bzw. des Finanzamtes für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel werden stichprobenartig und unangekündigt Spielbankbetriebe nach abgabenrechtlichen und ordnungspolitischen Gesichtspunkten einer Überprüfung auf Einhaltung der gesetzlichen Regelungen unterzogen (sogenannte „Einschau“). Solche Einschauen erfolgen mehrmals jährlich stichprobenartig und unangekündigt durch Bedienstete der BMF-Fachabteilung bzw. des Finanzamts für Gebühren, Verkehrssteuern und Glücksspiel (FAGVG). Neben der Beaufsichtigung des legalen Glücksspiels kommt es auch zur Bekämpfung des illegalen Glücksspiels. So gab es etwa im Jahr 2010 226, 2011 657, 2012 798, 2013 667, 2014 651, 2015 1.076 und 2016 748 Kontrollen nach dem Glücksspielgesetz, wobei im Jahr 2010 271, 2011 1854, 2012 2480, 2013 1299, 2014 1.102, 2015 2.319 und 2016 1.207 Glücksspielgeräte von der Finanzpolizei vorläufig beschlagnahmt wurden.

Im Bereich der Spielbanken wurden gemäß dem jährlichen Bericht des Konzessionärs an die Glücksspielaufsicht im Jahr 2016 in Summe 7.923 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870, darunter 5.555 über österreichische Spielbankbesucher und 1.944 über Spielbankbesucher aus dem übrigen EU/EWR-Raum eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals

Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 7.159 online-„Sofort-Checks“. 634.657 Spielbankbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2016 den Screening-Prozessen des Konzessionärs unterzogen, die seit Oktober 2013 auf zwei Mal im Monat gesteigert wurden. Bei 221.296 davon bestand die begründete Annahme im Sinne des § 25 Abs. 3 GSpG, dass aufgrund der Häufigkeit und Intensität der Spielteilnahme das Existenzminimum gefährdet ist, was zu 1.631 Informationsgesprächen sowie 1.050 Beratungen bzw. Befragungen führte. Per 31.12.2016 waren beim Konzessionär österreichweit insgesamt 33.737 Personen gesperrt.

In den VLT-Outlets ist seit 2015 die Registrierung aller Teilnehmer verpflichtend. 23.845 VLT-Outletbesucher aus dem EU/EWR (inklusive Österreich) wurden im Jahr 2016 dem Screening des Konzessionärs unterzogen und 14.836 Datensätze nach den spielerschutzrelevanten Kriterien des § 25 Abs. 3 GSpG bearbeitet (darin enthalten 2.216 Datensätze junger Erwachsener im Alter von 18-25 Jahren). Im Jahr 2016 wurden 639 Informationsgespräche sowie 543 Beratungen bzw. Befragungen geführt; ferner wurden 776 Besuchsbeschränkungen vorgemerkt sowie 899 Selbstsperren beantragt und aktiviert. Außerdem wurden 2.882 Wirtschaftsauskünfte beim KSV 1870 – darunter 2.352 über österreichische VLT-Outletbesucher und 407 über Besucher aus dem übrigen EU/EWR – eingeholt. Zusätzlich erfolgten bei den Auskunfteien CRIF (vormals Deltavista) und BISNODE (vormals Wisur) 1.434 online-„Sofort-Checks“.

Beim BMF wurde mit 1.12.2010 eine Spielerschutzstelle eingerichtet. Zu den Aufgaben der BMF-Stabsstelle für Spielerschutz gehören insbesondere folgende Punkte: Vernetzung, Koordination und Zusammenarbeit in Spielerschutz-angelegenheiten mit Behörden und fachlichen Einrichtungen auf Bundes-, Landes- sowie Regionalebene sowie international; Spielerschutz einschließlich Spielsuchtprävention im österreichischen sowie internationalen Glücksspielrecht; die fachliche Beurteilung von Spielerschutzkonzepten der Bundeskonzessionäre; Unterstützung der Glücksspielaufsicht in fachlicher Hinsicht; Aufklärungs- und Informationsarbeit über die Risiken des Glücksspiels; Unterstützung des Spielerschutzes in Beratung, Forschung und Entwicklung; des Weiteren die Weiterentwicklung von Standards und Strategien zur Eindämmung der Spielsucht und damit verbundenen anderen negativen Effekten.

Ferner ist durch die GSpG-Novelle 2010 die Anbindung von Glücksspielautomaten und Videolotterieterminals der konzessionierten Unternehmen an die Bundesrechenzentrum GmbH (BRZ) elektronisch festgelegt worden (diese Anbindungen sind seit 2013 bzw. 2015 in Betrieb); durch das Abgabenrechts-änderungsgesetz 2011 wurden die Voraussetzungen zur Erweiterung auf den Bereich der Glücksspielautomaten in Spielbanken geschaffen – diese Anbindung ist seit 1.7.2017 in Betrieb. Aus der elektronischen Anbindung an das Datenrechenzentrum der BRZ können unter anderem folgende Aspekte abgeleitet

werden: Erfassung bzw. Kontrolle der minimalen und maximalen Ausschüttungsquoten, Erfassung bzw. Kontrolle der maximalen Ein- und Auszahlungen pro Spiel, Erfassung bzw. Kontrolle der Mindestspieldauer von Einzelspielen, Erfassung bzw. Kontrolle der Abkühlphase und Beschränkung auf die Anzeige spielerschutzbezogener Informationen während dieser Zeit, elektronische Überprüfung der Software-Komponenten zur Verhinderung potenzieller Manipulation von Glücksspielgeräten, Prüfung von Glücksspielgeräten auf die Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen von Bund und Ländern durch unabhängige Unternehmen, äußerliche Kennzeichnung genehmigter Glücksspielgeräte über eine Vignette und Anzeige der Verbindung zum Datenrechenzentrum der BRZ am Bildschirm.

II.3. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Verfahrensakt, den Akten zu LVwG-411963, LVwG-411964 und LVwG-412098 und dem durchgeführten Beweisverfahren. Die Feststellungen zur durchgeführten Kontrolle und dem in Betriebsbereitschaft vorgefundenen Walzenspielgerät in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf der Anzeige der Finanzpolizei vom 3.3.2017, der GSp26-Dokumentation, der Fotodokumentation, der Aussage des bei der Kontrolle anwesenden, handelsrechtlichen Geschäftsführers der U xgmbH M H vom 1.3.2017. Der Fotodokumentation sind auch die durchgeführten Probespiele zu entnehmen. Sowohl die Anzeige der Finanzpolizei, der Aktenvermerk der Finanzpolizei vom 1.3.2017 als auch das GSp26-Formular enthalten eine Dokumentation der Probespiele am Gerät FA-Nr. 1 und lässt sich diese Beschreibung auch mit den Lichtbildern, die der Anzeige angeschlossen waren, in Einklang bringen.

Die beschriebenen Funktionsweisen des Spiels „Happy Panda“ 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.

Dass die Spielergebnisse vom Zufall abhingen und den Spielern keinerlei Möglichkeit offenstand, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Ergebnisse zu nehmen, ergibt sich aus den Aufzeichnungen über die gegenständliche Kontrolle, an denen kein Grund zum Zweifeln besteht.

Die Feststellungen zu den örtlichen Gegebenheiten und der Zugänglichkeit des gegenständlichen Geräts ergab sich für das erkennende Landesverwaltungsgericht aus der Fotodokumentation, der Anzeige und dem Aktenvermerk der Finanzpolizei.

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 I T R s.r.o. am Gerät FA-Nr. 1 ist unstrittig (vgl etwa das E-mail des Rechtsvertreters der Bf vom 14.3.2017). Das Mietverhältnis zur U xgmbH als Lokalbetreiberin ergibt sich aus der Aussage des M H vom 1.3.2017 und aus der Rechnung der I T R s.r.o. an die U xgmbH vom 31.1.2017 in Höhe von 120 Euro für die Vermietung des Aufstellplatzes für das Gerät im gegenständlichen Lokal.

Dass das Gerät zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben und zugänglich gemacht wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass dieses von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten aufgestellt bzw. die Aufstellung geduldet wurde, diese Räumlichkeit für die Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde und die Funktionsweise des Geräts auf eine Einnahmenerzielung ausgerichtet ist. Es sind im Verfahren auch keine Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung des Geräts aus reiner Freigiebigkeit, zu Vorführzwecken oder bloß zur Lagerung vorgenommen worden wäre.

Bei wirklichkeitsnaher Betrachtung ist auch davon auszugehen, dass der Bf und ihrer Firma I T R s.r.o. die Funktionsweise und Glücksspieleigenschaft bekannt waren. Allein schon das Aussehen des Geräts laut der Fotodokumentation der Finanzpolizei spricht für ein Glücksspielgerät. Das erkennende Gericht vermag keine Gründe zu erkennen, die gegen diese Annahme sprechen. Es ist erwiesen, dass es sich bei dem aufgefundenen Gerät um ein Glücksspielgerät gehandelt hat.

Dass Ausspielungen mit einem Glücksspielgerät von der I T R s.r.o. veranstaltet wurden, ergibt sich aus dem Umstand, dass diese Gesellschaft Eigentümerin des Glücksspielgeräts ist und im Lokal „L x“ einen für Spielinteressenten öffentlich zugänglichen Bereich, in dem das Gerät betriebsbereit aufgestellt war, für eine fixe Miete zur Verfügung hatte. Diese Umstände sprechen für ein Betreiben des Geräts auf eigene Rechnung und Gefahr, zumal nicht erschließbar ist, wer in einer solchen Situation sonst noch als Veranstalter in Betracht kommen sollte.

Hinsichtlich der Feststellung, wonach die Bf nicht vorbestraft ist, wurde vom erkennenden Gericht Einsicht in die Entscheidungssammlung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich genommen.

Die Einvernahme des zur mündlichen Verhandlung vom 31.10.2017 entschuldigt nicht erschienenen Zeugen A J konnte unterbleiben, da sich die Feststellungen zur finanzpolizeilichen Kontrolle vom 1.3.2017, zum dabei vorgefundenen betriebsbereiten und öffentlich zugänglichen Glücksspielgerät sowie zu den durchgeführten Testspielen bereits widerspruchsfrei aus dem vorgelegten Verfahrensakt ergaben.

Die Feststellungen zum Glücksspielverhalten, inklusive des problematischen und pathologischen Spielverhaltens ergeben sich aus der Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich - Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015" von Dr. Kalke und Prof. Dr. Wurst vom Institut für interdisziplinäre Sucht- und Drogenforschung in Hamburg. In dieser Studie ist die Erhebungs- und Auswertungsmethodik nachvollziehbar dargelegt, es sind aus Sicht des erkennenden Gerichts im Verfahren keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit dieser Studie hervorgekommen. Die Feststellungen zu den Tätigkeiten des BMF, der Finanzpolizei und der Konzessionäre sowie die Feststellungen zur Anbindung an das Bundesrechenzentrum gründen vor allem auf den Angaben des BMF in den Glücksspielberichten 2010-2013 und 2014-2016 sowie im Evaluierungsbericht des BMF zu den Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014. Aus Sicht des erkennenden Gerichts bestehen hinsichtlich der diesbezüglichen Ausführungen in den Berichten keine Bedenken gegen die Richtigkeit, zumal auch davon auszugehen ist, dass das BMF über den Inhalt und Umfang der Tätigkeiten der Behörden Kenntnis hat und aufgrund der Funktion als Aufsichtsbehörde auch über bestimmte Tätigkeiten der Konzessionäre informiert ist. Gründe dafür, dass vom BMF diesbezüglich auf Tatsachenebene falsche Auskünfte gegeben worden wären, sind im Verfahren nicht hervorgekommen.

III. Rechtsgrundlagen:

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz – GSpG in der im vorgeworfenen Tatzeitraum geltenden Fassung, 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 vermögenswerte 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.

Gemäß § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz 1991 (VStG), BGBl. Nr. 52/1991, in der zum Tatzeitpunkt geltenden Fassung, ist für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen oder eingetragene Personengesellschaften, sofern die Verwaltungsvorschriften nicht anderes bestimmen und soweit nicht verantwortliche Beauftragte (Abs. 2) bestellt sind, strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist.

IV. Das Landesverwaltungsgericht hat erwogen:

IV.1. Auf Grund der festgestellten Funktionsweise der an dem Gerät FA Nr. 1 verfügbaren virtuellen Walzenspiele ist auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche

Rechtsprechung (vgl etwa VwGH 8.9.2005, 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.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich, dass mit dem verfahrensgegenständlichen Gerät 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 des verfahrensgegenständlichen Glücksspielgeräts 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 I T R s.r.o. Eigentümerin des Geräts FA Nr. 1 war und dieses Gerät zum Tatzeitpunkt eingeschaltet und betriebsbereit in einem angemieteten Bereich des Lokals „L x“ aufgestellt war.

Die belangte Behörde hat den Ausführungen in der Anzeige des Finanzamtes folgend von Anfang an die I T R s.r.o. 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 I T R s.r.o. habe sich als Eigentümerin des Glücksspielgeräts unternehmerisch an verbotenen Ausspielungen beteiligt, indem sie dieses Gerät dem (unbekannten) Glücksspielveranstalter entgeltlich zur Verfügung gestellt habe, um fortgesetzt Einnahmen aus den mit diesem Gerät veranstalteten Glücksspielen durch Ausspielungen im Lokal „L x“ in x zu erzielen. Die Bf habe dies als Geschäftsführerin zu verantworten, womit der Tatbestand des § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG in objektiver Hinsicht erfüllt sei.

Sowohl in der Anzeige des Finanzamtes, als auch im Verwaltungsstrafverfahren der belangten Behörde blieb offen, wer der Veranstalter der Glücksspiele im Lokal „L 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 über die Einvernahme des M H vom 1.3.2017, E-mail des Rechtsvertreters der Bf vom 14.3.2017 sowie Rechnung der I T R s.r.o. vom

31.1.2017) nicht in Einklang gebracht werden. Aus diesen Beweismitteln ist abzuleiten, dass die I T R s.r.o. als Eigentümerin des Geräts und Mieterin des Aufstellplatzes im gegenständlichen Lokal wohl nur selbst die Veranstalterin von verbotenen Ausspielungen mit ihrem im Lokal „L x“ betriebsbereit vorgefundenen Gerät sein kann. In dieser Konstellation ist nämlich die Veranstalterrolle eines Dritten kaum vorstellbar.

In dem Erkenntnis vom 19.5.2017, 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 19.5.2017, 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 einem Glücksspielgerät, 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 dem näher bezeichneten Gerät - 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 3.10.1985, Zl. 085/02/0053 = VwSlg 11.894 A/1985 oder VwGH 17.9.2009, 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 der Bf von Beginn des Strafverfahrens an ein falscher Vorwurf gemacht worden ist. Ungeachtet der Frage, in welcher Intensität die Konkretisierung des Tatvorwurfs im vorliegenden Fall erforderlich ist, steht nämlich in tatsächlicher Hinsicht fest, dass das betriebsbereite und funktionsfähige Glücksspielgerät der I T R s.r.o. in einem öffentlich zugänglichen Bereich im Lokal „L x“ aufgestellt war und diese tschechische Gesellschaft auch noch über das Mietrecht an diesem Aufstellplatz verfügte und dafür monatlich den Fixbetrag von insgesamt 120 Euro an die Lokalbetreiberin als Platzmiete zu zahlen hatte. Unter solchen Umständen wird man im Sinne des Judikats des Verwaltungsgerichtshofs vom 19.5.2017, Ra

2016/17/0173, auf die Veranstaltereigenschaft der I T R s.r.o. schließen müssen, weil alle wesentlichen Momente des Falles (Verfügungsrecht als Mieterin des Aufstellplatzes im Lokal, Eigentümerin des Geräts, Erhalt von sämtlichen Einnahmen aus dem Betrieb des Glücksspielgeräts, kein Zugang des M H zur Buchhaltung oder Geldlade des Geräts) darauf hinweisen, dass die tschechische I T R s.r.o. auch das unternehmerische Risiko, also das Gewinn- und Verlustrisiko aus dem Betrieb ihres eigenen Geräts zu tragen hatte. Eine andere plausible Deutung der Umstände ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichts nicht ersichtlich.

Die belangte Behörde hätte der Bf daher nach Lage des Falles unter Berücksichtigung aller Hinweise das Veranstalten verbotener Ausspielungen im gegenständlichen Lokal mit dem Glücksspielgerät der I T R s.r.o. als iSd § 9 Abs. 1 VStG verantwortliche Geschäftsführerin 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 19.5.2017, 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 17.2.2016, Ra 2016/04/0006; VwGH 8.3.2017, 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 5.11.2014, 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 8.11.2000, 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 8.3.2017, Ra 2016/02/0226 RN 10).

Im vorliegenden Fall wurde von Anfang an nur das entgeltliche Zur-Verfügung-Stellen von einem Glücksspielgerät für verbotene Ausspielungen durch einen unbekannten Veranstalter vorgeworfen. Die genaue Auswertung der aktenkundigen Beweismittel bietet aber guten Grund für die Annahme, dass die I T R s.r.o. selbst Veranstalterin der verbotenen Ausspielungen mit dem Walzenspielgerät im Lokal „L 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 vierte 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 19.5.2017, 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 GSpG (Veranstalten verbotener Ausspielungen) anstelle der vierten Tatbildvariante des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG (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 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 die Beschuldigte die ihr zur Last gelegte Verwaltungsübertretung iSd vierten Tatbildvariante des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG nicht begangen hat.

Da das Straferkenntnis bereits aufgrund obiger Ausführungen aufzuheben war, war auch auf das übrige Beschwerdevorbringen, insbesondere zur Unionsrechtswidrigkeit, nicht mehr einzugehen.

Weiters entfällt bei diesem Ergebnis 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 Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

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. Weiß