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

Geschäftszeichen:

LVwG-412394/8/Wei

Datum:

Linz, 22. November 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde der R W, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, x, gegen das Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen vom 11. September 2017, GZ: BHGRPol-234490-2017, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild Glücksspielgesetz (GSpG), nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

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 Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Gegenstand und Inhalt der Beschwerde

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der Bezirkshauptmannschaft Grieskirchen (im Folgenden: belangte Behörde) vom 11. September 2017, GZ: BHGRPol-234490-2017, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden: Bfin) im Spruchpunkt 1. eine Geldstrafe in Höhe von 24.000 Euro (2 Geräte x 12.000 Euro) und eine Ersatzfreiheitsstrafe von 400 Stunden (2 x 200 Stunden) wegen Übertretung des vierten Tatbildes des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG mit zwei Glücksspielgeräten verhängt. Gleichzeitig wurde ein Verfahrenskostenbeitrag in der Höhe von insgesamt 2.400 Euro vorgeschrieben.

Dem Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde:

„Sie haben es als handelsrechtliche Geschäftsführerin und somit als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der G s.r.o. mit Sitz in x, zu verantworten, dass sich diese Gesellschaft als Unternehmer iSd § 2 Abs. 2 GSpG in der Zeit vom 14.4.2017 bis 27.4.2017 (FA-Geräte-Nr. 1) und vom 18.4.2017 bis 27.4.2017 (FA-Geräte-Nr. 2) im Lokal mit der Bezeichnung ‚B E' in x, an der Veranstaltung von Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen iSd § 2 Abs. 4 GSpG, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, unter Verwendung der nachstehend dort aufgestellten betriebsbereiten und funktionsfähigen Glücksspielgeräte, mit denen den Spielern für einen geldwerten Einsatz Gewinne in Aussicht gestellt wurden und deren Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing, beteiligt hat, um damit selbständig und nachhaltig Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen, indem die genannte Firma diese Glücksspielgeräte dem Glücksspielveranstalter gegen Entgelt zur Verfügung gestellt hat, obwohl diese Glücksspiele dem Glücksspielmonopol unterliegen und weder von einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG umfasst, noch nach § 4 GSpG vom Glücksspielmonopol des Bundes ausgenommen, noch von einer landesrechtlichen Bewilligung gedeckt waren.

FA-Geräte-Nr. 1)
Glücksspielgerät mit der Gehäusebezeichnung ‚KAJOT', Seriennummer x, mit den Versiegelungsplaketten-Nrn.: A076034 – A076035, mit einem beim überprüften Walzenspiel ‚Ring of Fire XL' festgestellten Spieleinsatz von mindestens 0,10 Euro und höchstens 15 Euro pro Spiel und ein in Verbindung mit dem Erreichen bestimmter Symbolkombinationen in Aussicht gestellter Gewinn von mindestens 180 Euro.

FA-Geräte-Nr. 2)
Glücksspielgerät ohne äußere Gehäusebezeichnung, Seriennummer x, mit der Versiegelungsplaketten-Nr.: A076036, mit einem beim überprüften Testspiel in Form eines elektronischen Glücksrades möglichen Einsatz von mindestens 1 Euro und je nach eingestelltem Vervielfachungsfaktor 1, 2 oder 4 möglichen Gewinne von mindestens 20 Euro und höchstens 80 Euro.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:

§ 52 Abs. 1 Zi. 1 Glücksspielgesetz (GSpG), viertes Tatbild, BGBl. Nr. 620/1989, i.d.F.d. Abgabenänderungsgesetzes 2014 (AbgÄG 2014), BGBl. I Nr. 13/2014, iVm § 9 Abs. 1 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) 1991."
[Hervorhebungen nicht übernommen]

Der Spruchpunkt 2. enthält einen Haftungsausspruch gemäß § 9 Abs 7 VStG zu Lasten der G s.r.o., deren Haftung für die über die Bfin als handelsrechtliche Geschäftsführerin im Straferkenntnis verhängte Geldstrafen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand, also solidarisch mit der Bfin, ausgesprochen wurde.

Begründend führte die belangte Behörde zusammengefasst aus, dass die Ausspielung verboten gewesen sei, weil hiefür keine Standortbewilligung des Bundesministers für Finanzen genehmigt bzw auch keine entsprechende bundes- bzw landesgesetzliche Konzession für den Betrieb erteilt worden sei und eine Ausnahme gemäß GSpG nicht vorliege. Die G s.r.o. als ausgewiesene Eigentümerin der gegenständlichen Geräte habe sich als Unternehmer an der Veranstaltung verbotener Ausspielungen nach dem vierten Tatbild beteiligt, indem sie die Glücksspielgeräte über einen längeren Zeitraum dem Glücksspielveranstalter durch Aufstellen der Geräte gegen Entgelt zur Verfügung gestellt hat, um nachhaltig Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen. Die Bfin als dessen vertretungsbefugtes Organ habe diese Übertretung strafrechtlich zu verantworten. Die Strafhöhe sei im Hinblick auf die zum Tatzeitpunkt aufscheinenden Verwaltungsvorstrafen und das geschätzte Nettoeinkommen von 2.000 Euro bei fehlenden Sorgepflichten angemessen.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob die Bfin Beschwerde und beantragte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Aufhebung des angefochtenen Bescheids, in eventu der Ausspruch einer Ermahnung, in eventu die Herabsetzung der Strafe. Begründend brachte die Bfin Rechtswidrigkeit des Inhalts/Ergänzungsbedürftigkeit, Verfahrensfehler, Unzuständigkeit der Behörde, unrichtige rechtliche Beurteilung, mangelnde Schuld und zu hohe Strafbemessung vor.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die am 11. Oktober 2017 rechtzeitig eingebrachte Beschwerde samt dem Bezug habenden Verwaltungsakt zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

II. Beschwerdeverfahren

II.1. Zu der für 19. April 2018 anberaumten Verhandlung brachte der Rechtsvertreter der Bfin am Tag der Verhandlung per E-Mail ein umfangreiches

schriftliches Vorbringen samt Beilagen ergänzend ein. Darin wird – auf das Wesentliche zusammengefasst – ausgeführt, dass die belangte Behörde Art 267 AEUV nicht beachtet habe und eine willkürliche Nichtvorlage von entscheidungswesentlichen Vorlagefragen einen Verstoß gegen Art 6 EMRK darstelle. Zur Auslegung der unionsrechtlichen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, insbesondere der Vereinbarkeit mit den nationalen Regelungen im Glücksspielsektor, werden neun Vorlagefragen formuliert und für eine Antragstellung an den EuGH vorgeschlagen. In Hinblick auf drei weitere beim EuGH anhängige Verfahren mit identem Sachverhalt beantragte die Bfin die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung in diesen Rechtssachen.

Zudem wird vorgebracht, dass es sich bei den hier gegenständlichen Geräten um reine Geschicklichkeitsapparate mit Touchscreen Funktion, jedoch um keine Glücksspielautomaten handle, und diesbezüglich die Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt. Die Bfin geht trotz der gegenteiligen jüngeren Rechtsprechung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts von der Unionsrechtswidrigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols aus, zumal in den zitierten Entscheidungen keine eigenständige Sachverhaltsermittlung erfolgt sei, die im Sinne der von der Judikatur des EuGH geforderten dynamischen Betrachtungsweise der Regelung auch Auswirkungen nach deren Erlass berücksichtigen würde. Ihrer Ansicht nach liege kein Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit vor. Dazu werden verschiedene Lehrmeinungen, die bisherige Rechtsprechung des EuGH, sowie die ihres Erachtens widersprüchliche Rechtsprechung des OGH zitiert. Abschließend wird die Einholung eines Gutachtens aus dem Fachgebiet Glücks- und Geschicklichkeitsspiele und die Vernehmung diverser Zeugen beantragt sowie ein Konvolut an Beilagen (Urteil des BG Wels vom 17.03.2015, GZ: 8 C 673/14g-17; Rechtsgutachten von Univ.-Prof. Dr. A K vom 24.05.2016 betreffend Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielwerbung; Gutachten über die Glücksspielwerbung in Österreich von Ing. Mag. M F, MBA vom 31.05.2017) dem E-Mail angeschlossen.

II.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat am 19. April 2018 eine öffentliche mündliche Verhandlung in Anwesenheit eines Vertreters der Abgabenbehörde und in Abwesenheit der belangten Behörde und der Bfin durchgeführt. Beweis wurde erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt, insbesondere in die darin enthaltene Dokumentation der Kontrolle. Zur Frage der Unionsrechtswidrigkeit wurden folgende, dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vom Bundesministerium für Finanzen (BMF) zur Verfügung gestellte und den Parteien zur Kenntnis gebrachte Unterlagen zum Akt genommen:

Stellungnahme des BMF zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregulierung vom 17.11.2017 (Beilage ./A), Glücksspielbericht des BMF

2010-2013 (Beilage ./B), Evaluierungsbericht über Auswirkungen des Glücksspielgesetzes 2010-2014 aus November 2014 (Beilage ./C), Glücksspielbericht des BMF 2010-2014, den Glücksspielbericht des BMF 2014-2016 (Beilage./D), Informationsschreiben der Stabstelle für Spielerschutz zur neuen Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ (Beilage./E); Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015 zum Thema „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich“ vom Institut für interdisziplinäre Sucht und Drogenforschung in Hamburg (Beilage./F) und Forschungsbericht des ÖBIG und der Gesundheit Österreich GmbH zum Thema „Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz“ (Beilage./G).

In der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 19. April 2018, zu der ADir. M S als Vertreter des Finanzamtes Grieskirchen Wels erschienen ist, wurde die finanzpolizeiliche Zeugin M H zu den Probespielen bei der Kontrolle am 27. April 2017 im Lokal „B E“ befragt.

II.3. Sachverhaltsfeststellungen

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht von folgendem entscheidungsrelevanten S a c h v e r h a l t aus:

II.3.1. Feststellungen auf Grund der finanzpolizeilichen Erhebungen und der vorgefundenen Beweisurkunden

Bei der finanzpolizeilichen Kontrolle am 27. April 2017 um 12:35 Uhr im Lokal „B E“ (lt. Anzeige auch „B G“ bzw „B. G“) in x, das von E Z, geb. x, betrieben wird, wurden u.a. die unten angeführten Geräte in einem öffentlich zugänglichen Bereich betriebsbereit und funktionsfähig vorgefunden.

FA-Geräte Nr.	Gehäusebezeichnung	Seriennummer	Typenbezeichnung	Versiegelungsplakettennummer
1	KAJOT	x	keine	A076034 – A076035
2	Keine	x	keine	A076036

Beim Gerät FA-Nr. 1 (Walzenspielgerät) war das Stromkabel ausgesteckt, es war jedoch nach Versorgung mit Strom betriebsbereit. Beim Gerät FA-Nr. 2 handelte es sich um einen „Fun Wechsler“ mit der Spieloberfläche eines sog. „afric2go“. Die Organe der Finanzpolizei haben diese Geräte nach den durchgeführten Probespielen vorläufig beschlagnahmt, versiegelt und vor Ort belassen.

Der Lokalbetreiber wurde anlässlich der Kontrolle am 27. April 2017 von der Finanzpolizei einvernommen (vgl Niederschrift GSp 1). Er gab an, dass das Gerät FA-Nr. 1 seit 14. April 2017 und Gerät FA-Nr. 2 seit 18. April 2017 betriebsbereit

im gegenständlichen Lokal aufgestellt war. Sie standen im Gastlokal betriebsbereit für potentielle Spieler zur Verfügung.

Eigentümerin dieser Geräte ist die G s.r.o., eine nach slowakischem Recht errichtete, mit einer österreichischen GmbH vergleichbare Gesellschaft mit Sitz in B und Zweigniederlassung in x. Die Bfin war im vorgeworfenen Tatzeitraum handelsrechtliche Geschäftsführerin der G s.r.o. (vgl Firmenbuchauszug FN x zum 22.06.2017).

Nach den durch Urkunden belegten Angaben des Lokalinhabers hat die Firma G bzw die C C GmbH die Geräte FA-Nr. 1 und Nr. 2 geliefert und im Lokal aufgestellt. Aus den von der Finanzpolizei vorgefundenen Unterlagen des Lokalbetreibers (vgl Fotodokumentation) – es handelt sich um einen Kassa-Ausgangsbeleg der G s.r.o. über 450 Euro betreffend die „Erstbefüllung eines afric2go SN935“ und um formalisierte Leistungsnachweise über Serviceleistungen der C GmbH, bezeichnet als „Serviceauftrag KOPIE“, je vom 18.04.2017, die als Ort : „B E. G, E Z samt Adresse anführen und den Auftraggeber separat nennen - geht hervor:

1. Zu Auftragsnr. 1700943S-AUF (Auftraggeber Hr. Baumberger) „S t ö r u n g“,

dass die C GmbH den Auftrag zur Behebung einer Störung (Problembemerkung: Oberer Bildschirm schwarz) am Gerät „Seriennr. x Double Matic“ erhielt. Nach der Seriennummer handelt es sich dabei um das beschlagnahmte KAJOT - Standgerät FA-Nr. 1 mit den sog. „Skill Games“, bei dem der obere Bildschirm während der Probespiele durch die finanzpolizeiliche Zeugin nicht funktionierte.

2. Zu Auftragsnr. 1700946S-AUF (Auftraggeber G) „A u f s t e l l u n g“,

dass das Gerät mit „Seriennr. x“ geliefert und im gegenständlichen Lokal aufgestellt worden ist. Unter „Beschreibung“ ist zu lesen:

„Die Mitarbeiter von B wurden von der Firma C auf das A Terminal x eingeschult und bestätigen diese mit ihrer Unterschrift“.

Bei dem mit dieser Seriennummer bezeichneten Gerät handelt es sich offenkundig um den beschlagnahmten Fun-Wechsler FA-Nr. 2. Die Angabe AF935 bedeutet Afric2go mit Seriennummer x. Der Beschreibung links neben der Spieloberfläche des Geräts FA-Nr. 2 - am Foto in der Dokumentation der Finanzpolizei nur mit Lupe lesbar - ist die Bezeichnung „afric2go“ - Modell 2014 zu entnehmen.

Aus den beschriebenen Unterlagen ist ersichtlich, dass die C GmbH offenbar als Dienstleister im Auftrag der G s.r.o. tätig wird und an deren Kunden bzw Geschäftspartner Geräte ausliefert und aufstellt, Einschulungen des Personals

vornimmt sowie weitere Serviceleistungen wie die Gerätewartung einschließlich der Fehlerbehebung bei Störungsmeldungen erbringt.

Diese geschäftliche Beziehung der G zur C GmbH wird bestätigt durch die Angaben des Lokalinhabers E Z, der die C GmbH als „Technikfirma“ in Erinnerung hatte. Die Firma G bezeichnete er als Eigentümerin und Veranstalterin der gegenständlichen Geräte, auf deren Rechnung Gewinn und Verlust des Betriebs der Geräte gingen.

Für die gegenständlichen Geräte hatte nur die Geräteeigentümerin G s.r.o. bzw. der in ihrem Auftrag tätige Dienstleister oder Vertreter die zur Wartung des Gerätes erforderlichen Schlüssel, etwa auch um die Gerätekassa zu entleeren. Der Lokalbetreiber verfügte weder über irgendeinen Geräteschlüssel, noch über einen Zugang zur Buchhaltung. Er war daher auch nicht in der Lage, die monatliche Abrechnung seines Anteils am Erlös zu überprüfen.

Zur Entleerung der Kassen sei nach Angabe des Lokalbetreibers regelmäßig ein gewisser „Mike“ gekommen. Diesen habe er auch im Falle einer Störung der Geräte angerufen. Für Wartungs-, Reinigungs- und Servicearbeiten sei nur die Firma G zuständig gewesen. Es werde monatlich im Verhältnis 50:50 abgerechnet. Der Lokalbetreiber habe aber noch keine Monatsabrechnung erhalten, weil die Geräte noch nicht so lange im Lokal standen.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die G s.r.o. die gegenständlichen Geräte auf ihre Rechnung und Gefahr betrieben hat und dem Lokalinhaber für den Standplatz im Lokal und das Zugänglichmachen für Spielinteressenten eine fixe Quote von 50 % des monatlich von ihr festgestellten Erlöses aus den Ausspielungen zu bezahlen hatte. Die Geräte wurden in den angeführten Tatzeiträumen bzw bis zur finanzpolizeilichen Kontrolle am 27. April 2017 betrieben, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen.

Weder die G s.r.o, noch die C-C GmbH (als Serviceleisterin), noch der Lokalbetreiber waren Inhaber einer Konzession oder Bewilligung nach dem Glücksspielgesetz zum Betrieb dieser Geräte. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

II.3.2. Feststellungen zum Spielablauf und zur Funktionsweise der Geräte

Die Finanzpolizei konnte beide Geräte zur Probe bespielen und mit Fotos dokumentieren.

II.3.2.1. Zum Walzenspielgerät FA-Nr. 1 (KAJOT Skill-Games)

Das Standgerät FA-Nr. 1 wurde zunächst von der finanzpolizeilichen Zeugin durch Anstecken an das Stromnetz in Betrieb genommen, um Testspiele durchführen zu können. Nach dem „Hochfahren“ erschien auf dem unteren Bildschirm eine Auswahl von Walzenspielen. Es konnte das virtuelle Walzenspiel „Ring of Fire XL“ gewählt werden. Der untere Bildschirm zeigte fünf vertikale Symbolreihen, bei denen im Spiel durch Lageveränderung der optische Eindruck eines rotierenden Walzenlaufes entsteht. Der obere Bildschirm des Gerätes, der normaler Weise den Gewinnplan zum jeweiligen Walzenspiel zeigt, blieb wegen eines Defekts schwarz. Zwei Probespiele mit dem Mindesteinsatz von 0,1 Euro und dem Höchsteinsatz von 15 Euro waren aber dennoch möglich.

Nach Beendigung des Probespiels konnte die finanzpolizeiliche Zeugin einen Gast beim Spiel auf dem Walzenspielgerät FA-Nr. 1 beobachten. Nachdem der Gast das Gerät nochmals aus- und eingeschaltet hatte, funktionierte auch der zweite Bildschirm und zeigte den Gewinnplan des Spiels „Ring of Fire XL“ an. Der Gast spielte von 12.48 Uhr bis 13.17 Uhr und wählte das Walzenspiel JOKER AREA mit 0,2 Euro Einsatz, wobei er immer nur die Starttaste drückte. Dazu befragt, gab er an, dass die anderen Tasten keine Bedeutung hätten.

Im Falle eines Gewinnes oder Guthabens kann beim Gerät FA-Nr. 1 ein Gutschein über den Betrag ausgedruckt werden, auf dem vermerkt ist: „Einlösbar beim B E. G“ (vgl als Bsp das Foto eines Gutscheins über 3,8 Euro in der Fotodokumentation der Finanzpolizei). Diese Gutschrift, deren Kopf die G s.r.o., x, anführt, wird vom Lokalinhaber eingelöst bzw ausbezahlt. Nach seinen Angaben, kommt der Spieler mit dem Ausdruck des Bons vom Walzengerät und er kontrolliert, ob auf dem Bon sein Lokal namentlich angeführt ist. Wenn dies der Fall ist, wird der am Bon angeführte Betrag ausgezahlt. Bisher habe er schon Beträge bis 150 Euro ausbezahlt. Bei höheren Gewinnen ruft er „Mike“ an, der ihm dann das Geld bringen lässt (vgl Angaben E Z in der NS GSp 1).

Beim Gerät FA-Nr. 1 mit Gehäusebezeichnung KAJOT handelte es sich um einen ans Internet angeschlossenen Walzenspielterminal der Type „Skill-Games“. Der Spielablauf von „Skill-Games“ stellt sich nach den bisherigen amtlichen Erfahrungen wie folgt dar:

Bei den elektronischen Spielen 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 Umkreis 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. Dass das A-Symbol oft schon nach dem kurzen Drücken der Start-Taste von selbst kommt, haben finanzpolizeiliche Testspieler immer wieder als Zeugen in hg Beschwerdeverfahren bestätigt. Es kann auch dadurch erreicht werden, dass die Start-Taste zunächst gedrückt gehalten und dann losgelassen wird, um zu stoppen und ein „A“ in einer der Miniaturwalzen zu erzielen. Scheint ein „A“-Symbol auf, dann startet der große Walzenlauf. Ebenso leicht kann der erwünschte große Walzenlauf aber dadurch gestartet werden, dass die Start-Taste mehrfach hintereinander gedrückt wird, weil damit schnell und einfach das Herbeiführen des „A“ erreicht werden kann und die abgebuchten Einsätze nicht verloren sind, sondern nur in einen Zwischenspeicher (Buffer) kommen, von wo sie später leicht auf „Credit“ umgebucht werden können. 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“ häufig von selbst auftritt und es zudem durch Beobachten des Miniaturwalzenlaufs leicht möglich ist, das Erscheinen des durch einen Kreis hervorgehobenen „A“ zu erkennen und im richtigen Moment den Taster loszulassen.

Glücksspielgeräte vom Typ „Skill-Games“ verfügen zudem am senkrechten Teil des Gehäuses über eine unbeschriftete Taste für den sog. Automatikmodus, um ein Spiel nach dem anderen mit gleichem Einsatz durch einmaliges Betätigen der Start-Taste ablaufen zu lassen. Dieser Modus endet spätestens mit der Erschöpfung des Guthabens im „Credit“. Wird dieser Modus aktiviert, läuft das kleine Walzenspiel automatisiert mit und das „A“ erscheint von selbst.

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 Automatikmodus-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.3.2.2. Zum Gerät FA-Nr. 2 (afric2go)

Das in der Fotodokumentation ausgewiesene Gerät FA-Nr. 2 wurde von der Finanzpolizei als eine Art elektronisches Glücksrad mit Beleuchtungsumlauf bezeichnet (vgl Anzeige, Aktenvermerk über die Kontrolle), bei dem Vervielfachungsfaktoren der Stufen 1, 2 und 4 zur Einsatzsteigerung (Mindesteinsatz von 1 Euro) möglich waren. Es handelt sich bei diesem Gerät im Grunde (so auch die Zeugin, Verhandlungsprotokoll, Seite 5), wie am aktenkundigen Foto aus der markanten Spieloberfläche mit Afrikabezug und der links daneben befindlichen Beschreibung erkennbar ist (vgl weiße Überschrift auf braunem Hintergrund), um einen „afric2go“ – Modell 2014“, bei dem das Glücksrad bis zum Faktor 50 zu gehen scheint. Nach der GSp26b-Beschreibung der Testspiele und dem Aktenvermerk über die Kontrolle waren aber nur Gewinne bis zum 20fachen in Aussicht gestellt.

Durch Einwerfen von Münzen oder Einführen von Banknoten in den Banknoteneinzug kommt es zur Anzeige eines entsprechenden Guthabens auf dem Kreditdisplay. Auf dem Gerät befinden sich insgesamt drei Tasten. Mittels einer grünen Taste (Rückgabe/Wählen 1/2) kann der Vervielfachungsfaktor gewählt werden. Durch das Drücken der roten Taste (Spieltaste) können – abhängig vom gewählten Vervielfachungsfaktor 1, 2 oder 4 Lieder am Automaten angehört oder auf einen am Automaten angeschlossen USB-Stick kopiert werden (bei angestecktem USB-Stick). Bei Betätigung der Spieltaste verringert sich der Kreditstand je nach gewähltem Einsatz um 1, 2 oder 4 Euro. Im konkreten Fall war ein USB-Stick angesteckt und keine Musik hörbar.

Während des Anhörens oder Kopierens der Musik kommt es automatisch auch zur Aktivierung eines zufallsabhängigen Bonussystems am Gerät, bei dem ein Beleuchtungsumlauf in den Zahlenfeldern und Notensymbolen in der Gerätemitte ausgelöst wird. Sofern am Ende des vom Kunden nicht beeinflussbaren Beleuchtungsumlaufs ein Zahlenfeld beleuchtet bleibt, wird diese Zahl mit dem gewählten Einsatz multipliziert und dieser gewonnene Betrag als Rabatt in einem

Display angezeigt. Durch Drücken der spielauslösenden roten Taste wird dieser Betrag auf dem Anzeigedisplay dem Guthaben bzw Kredit zugezählt. Durch Drücken der grünen Taste kann der Kredit inklusive eines allfällig erzielten Bonus ausgeworfen werden. Die gelbe Taste hat Geldwechselfunktion (Wechseln Münzen in Banknoten). Bei längerem Drücken dieser Taste wird auch ein Guthaben ausgezahlt.

Auf dem Gerät FA-Nr. 2, das als „Fun-Wechsler“ in der Variante eines „afric2go“ anzusehen ist, konnten somit Einsätze geleistet werden, für welche – abhängig vom gewählten Vervielfachungsfaktor – Gewinne in Aussicht gestellt wurden. Das Spielergebnis konnte nicht beeinflusst werden und hing vom Zufall ab.

II.4. Beweiswürdigung

II.4.1. Allgemein

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt, insbesondere der GSp26-Dokumentation und der Fotodokumentation sowie aus den bisher gewonnen Erkenntnissen mit gleichartigen Geräten. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte, insbesondere auch deren Betriebsbereitschaft in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, der GSp26-Dokumentation, der Fotodokumentation und der Aussage der vernommenen Zeugin.

Dass die Geräte zwecks selbständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben und zugänglich gemacht wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise zum einen daraus, dass das Gerät von einem Unternehmer in einer öffentlich zugänglichen Räumlichkeit eines Lokalbetreibers mit dessen Einverständnis betriebsbereit aufgestellt und entgeltlich potentiellen Spielern vom Lokalbetreiber im Auftrag des Veranstalters zugänglich gemacht wurde und zum anderen aus der auf Einnahmenerzielung ausgerichteten Funktionsweise des Gerätes. Es sind im Verfahren auch keine Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung des Gerätes aus reiner Freigiebigkeit, zu Vorführzwecken oder bloß zur Lagerung vorgenommen worden wäre.

Dass keine der genannten Personen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für Ausspielungen am verfahrensgegenständlichen Standort mit den verfahrensgegenständlichen Geräten gewesen oder eine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vorgelegen wäre, wurde zu keinem Verfahrenszeitpunkt behauptet. Ebenso ist eine solche der Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/steuern/gluecksspiel-spielerschutz/in-oesterreich/gspg-konzessionaere.html nicht zu entnehmen.

Die Anlastung der Tatzeiträume bezüglich der Aufstelldauer und Betriebsbereitschaft der Glücksspielgeräte im verfahrensgegenständlichen Lokal folgt den unbedenklichen Angaben des Lokalinhabers gegenüber der Finanzpolizei. Die Feststellungen zur Betriebsbereitschaft und Zugänglichkeit der Geräte ergaben sich für das erkennende Verwaltungsgericht auch aus der Geräte- und Fotodokumentation der Finanzpolizei.

II.4.2. Zur Funktionsweise der Geräte

Der vorliegenden Fotodokumentation ist zu entnehmen, dass es sich beim Gerät FA-Nr.1 (KAJOT Standgerät) um einen Eingabeterminal handelt, auf dem den Spielern normale Walzenspiele im Zusammenhang mit vorgeschalteten sog. „Skill-Games“ zur Verfügung stehen. Dies zeigen die aus der Fotodokumentation am unteren Bildschirm des Terminals ersichtlichen drei „Miniaturwalzen“, die den gerichtsbekannten gewöhnlichen Walzenspielen bewusst als vermeintliche Geschicklichkeitskomponente vorgeschaltet waren. 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 längst gerichtsbekannt, dass es sich bei den genannten Spielen auch nur um Walzenspiele im Sinne der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs handelt. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat sich in den oben zitierten und auch noch vielen anderen Verfahren mit den im gegenständlichen Verfahren angesprochenen Gutachten T, M und F und deren Schlüssigkeit auseinandergesetzt, sodass diese und die Ergebnisse als gerichtsbekannt angesehen werden können (vgl bspw LVwG Oö. 24. März 2016, LVwG-411104).

Geräte vom Typ „Skill-Games“ mit vorgelagertem „kleinem Walzenspiel“ sind schon deshalb keine Geschicklichkeitsgeräte, weil das dabei erforderliche Symbol (ein „A“ im Umkreis) 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 „A“ Symbol anzuzeigen) – wie Organe der Finanzpolizei immer wieder als Zeugen 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 wäre, beim „kleinen Walzenspiel“ Gewinne zu erzielen, welche nicht nur im Zwischenspeicher als Zahlenwerte gutgebucht sondern tatsächlich auch ausbezahlt werden, diente das „Miniaturwalzenspiel“ trotzdem primär dazu, ein bestimmtes Symbol („A“) 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 (gestaffeltes Ablaufen von 5 Bildleisten innerhalb von 1-2 Sekunden) und des Umstandes, dass die Symbole bei virtuellen Walzenspielen gerichtsbekanntermaßen zufällig und nicht in einer nachvollziehbaren Reihenfolge erscheinen, davon auszugehen, dass das Spielergebnis vom Zufall abhängt. Das Erscheinen der Bilder bzw Symbole erfolgt programmbedingt und somit für den Spieler zufällig und nicht nachvollziehbar. Deshalb ist ein bewusstes Herbeiführen von Kombinationen unmöglich. Es liegt insofern gerichtsbekannt eine systemimmanente Unbeeinflussbarkeit vor, zumal bei derartigen Spielen vier oder fünf nebeneinander befindliche Felder vorhanden sind, in welchen verschiedene Symbole in zufälliger Art und Weise und in schneller Abfolge ausgetauscht werden und nicht erkennbar ist, welches Symbol auf das letzte folgt. Angesichts automatisiert zusammengesetzter Symbolkombinationen bestünde selbst im Falle der Möglichkeit des Stoppens des virtuellen Walzenlaufes keine faktische Möglichkeit, das Ergebnis des Spiels zu beeinflussen. Es ergaben sich auch weder aus dem Akt, noch sonst im Beweisverfahren Hinweise, die gegen diese Feststellungen sprechen.

Die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Gebiet Glücksspiel und Geschicklichkeitsspiele zum Beweis dafür, dass es sich vorliegend um Geschicklichkeitsspiele handle, konnte unterleiben, weil aus zahlreichen Verfahren bekannt ist, dass bei Testspielen an Walzenspielgeräten von gleicher Art durch Organe der Finanzpolizei das Spielergebnis nie zu beeinflussen war. Die ganz allgemein gehaltene Behauptung, es läge ein Geschicklichkeitsspiel vor, widerspricht den aktenkundigen finanzpolizeilichen Ermittlungsergebnissen sowie den bisherigen amtlichen Erfahrungen. Denn für den Zugang zum Hauptspiel ist gerade kein Geschick, sondern nur eine einfache Manipulation erforderlich, sollte das Symbol einmal nicht schon von selbst aufscheinen, um ins normale Walzenspiel zu gelangen. Diese Erkenntnis liegt angesichts des eindeutigen Beweisergebnisses und der Kenntnisse des Gerichts aus anderen Verfahren auf der Hand und bedarf keines Sachverständigenbeweises mehr, zumal die genannten Sachverständigengutachten schon in etlichen Beschwerdeverfahren des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich ausgewertet wurden und in die auszugsweise oben zitierte Judikatur eingeflossen sind. Die Bfin hat nicht durch ein konkretes Vorbringen dargelegt, warum kein Glücksspiel vorliegen soll.

Im vorliegenden Fall hat auch die finanzpolizeiliche Zeugin einmal mehr bestätigt, dass beim vorgelagerten „kleinen Walzenspiel“ auf Geräten mit sog. Skill-Games keine Geschicklichkeit erforderlich ist, um das A-Symbol zu erzielen. Denn durch Beobachtung der kleinen Walzen könne man leicht den Moment erraten, wann das

„A“ erscheint und die Taste rechtzeitig loslassen. Das „große Walzenspiel“ läuft danach ganz normal programmgesteuert und ohne Einflussmöglichkeit. Das Gericht konnte sich auf dieser Grundlage ein ausreichendes Bild über den Spielablauf machen. Der Beweisantrag, von dem sich die Bfin offenbar erhofft, dass er anderweitige Ergebnisse erbringt, erscheint im Hinblick auf die dargestellten amtsbekannten Tatsachen als reiner Erkundungsbeweis, der unzulässig ist und dem daher nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshof nicht nachzukommen ist.

Im Übrigen handelt es sich bei der Frage, ob ein bestimmtes Spiel als Geschicklichkeitsspiel oder als Glücksspiel im Sinne des GSpG anzusehen ist, auch um eine rechtliche Beurteilung, die vom Verwaltungsgericht vorzunehmen ist. Ein Sachverständiger kann dabei Befund über Spielabläufe und eine bestimmte Funktionsweise der Geräte aufnehmen. Dies geschieht im Grunde auch bei der Dokumentation von Testspielen durch erfahrene Organe der Finanzpolizei.

Auch die oben unter II.3.2.2. beschriebene Funktionsweise eines Fun-Wechslers mit dem Spielprogramm „afric2go“ stimmt im Wesentlichen mit den festgestellten Abläufen in anderen (veröffentlichten) Entscheidungen zu elektronischen Glücksrädern überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben bestehen.

Bei wirklichkeitsnaher Betrachtung ist auch davon auszugehen, dass der Bfin und ihrer Firma G s.r.o. die Funktionsweise und Glücksspieleigenschaft der Geräte bekannt waren. Schon das Aussehen der Geräte laut Fotodokumentation der Finanzpolizei spricht für das Vorliegen von Glücksspielgeräten. Das erkennende Gericht vermag keine Gründe erkennen, die gegen diese Annahme sprechen. Es ist erwiesen, dass es sich bei den vorgefundenen Geräten um Glücksspielgeräte handelt.

II.4.3. Zur Veranstalterrolle der G s.r.o.

Die Feststellung zum Eigentum der Firma G s.r.o. an den Geräten gründet sich auf deren eigene Angaben und wurde auch nicht bestrittenen. Das Eigentum der G s.r.o. an den gegenständlichen Geräten wurde mit Schreiben des Beschwerdevertreters vom 19.05.2017 unter Vorlage der Eigenbestätigung der G vom 27.04.2017 geltend gemacht. Die sonstigen Feststellungen zur G s.r.o. und zur Bfin ergaben sich aus der Anzeige und dem angeschlossenen Auszug aus dem Firmenbuch zu FN x betreffend die österreichische Zweigniederlassung (zuständiges Gericht: LG f ZRS Graz).

Die unter II.3.1. festgestellten Umstände des Falles sprechen eindeutig für ein Betreiben der Geräte durch die G s.r.o. auf eigene Rechnung und Gefahr. Vor allem sprechen die glaubhaften und widerspruchsfreien Angaben des Lokalinhabers E Z,

die durch die bei der Kontrolle vorgefundenen Unterlagen auch belegt sind, für die Veranstalterrolle der G s.r.o. Wer sonst als der Veranstalter würde kostenpflichtige Aufträge an die C GmbH über Serviceleistungen und die Behebung von Störungen erteilen. Beim Gerät FA-Nr. 1 spricht auch der vom Spieler auszudruckende Gutschein über das Guthaben am „Credit“-Display, auf dessen Kopf die G s.r.o. angegeben und auf dem vermerkt ist: „Einlösbar beim B E. G“, doch klar dafür, dass diese Ausgabe für die Einlösung letztlich auf Rechnung der G s.r.o. als Veranstalterin geht.

Außerdem hat die G dem Lokalbetreiber, den sie als Geschäftspartner braucht, um ihre Geräte im Lokal aufstellen und betreiben zu können, von ihr eingeholte Gutachten und sonstige Urkunden offenbar deshalb überlassen, um ihn vom angeblich legalen Betrieb der Skill-Games als Geschicklichkeitsspiele zu überzeugen (vgl Fotodokumentation zur Anzeige). Derartige Bemühungen sind geschäftstypisch für einen Veranstalter von dezentral angebotenen Glücksspiel-gelegenheiten, bei denen er auf die unternehmerische Beteiligung von diversen Lokalinhabern an Ausspielungen mit Glücksspielautomaten angewiesen ist, um seine Geräte Spielinteressenten öffentlich zugänglich zu machen.

Bei verständiger Würdigung aller wesentlichen Umstände des Falles, insbesondere der unbeschränkten Sachherrschaft der G s.r.o. über die Glücksspielgeräte mit exklusivem Gerätezugang und der Alleinzuständigkeit für Wartung, Mängelbehebung, Gerätebuchhaltung, regelmäßiges Entleeren der Gerätekasse und monatliche „Abrechnung“ durch Bekanntgabe des für den Lokalbetreiber nicht überprüfbaren Entgelts (Anteil am Erlös) für den Standplatz im Lokal, ist für den erkennenden Richter nicht ersichtlich, wer außer der G s.r.o. in einer solchen Situation sonst noch als Veranstalter in Betracht kommen könnte. Die gesamthafte Betrachtung lässt nur den Schluss auf die Veranstalterrolle der G s.r.o. zu. Im Ergebnis kommt dies zwar auch im finanzpolizeilichen Aktenvermerk über die Kontrolle vom 27. April 2017 zum Ausdruck, wurde aber in der Anzeige der Abgabenbehörde und von der belangten Behörde nicht aufgegriffen.

III. Rechtsgrundlagen

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl Nr. 620/1989 in der im vorgeworfenen Tatzeitraum geltenden Fassung BGBl I Nr. 118/2016, 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 Unternehmereigenschaft 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 selbständig 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 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. Rechtliche Beurteilung

IV.1. Zur Glücksspieleigenschaft der Geräte

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit dem Gerät FA-Nr. 1 Spiele durchgeführt werden konnten, deren Ergebnis insgesamt vom Zufall abhängt, zumal das Ergebnis des virtuellen großen Walzenlaufes vom Zufall abhing. Die Spieler hatten keine Möglichkeit, gezielt Einfluss auf das Zustandekommen gewinnbringender Symbolkombinationen zu nehmen. Der virtuelle „Walzenlauf“ der großen Walzen startete, wenn am Ende des „Miniaturwalzenlaufes“ irgendwo ein A-Symbol angezeigt wurde. Selbst wenn das Ergebnis des „Miniaturwalzenlaufes“ für sich genommen (auch) vom Geschick der Spieler abhängen würde, wäre dennoch das Ergebnis des virtuellen „großen Walzenlaufes“ allein vom Zufall abhängig. Der Sinn des vorgeschalteten „Miniaturwalzenlaufs“ im Verhältnis zum „großen Walzenlauf“ liegt darin, dass der Spieler zuerst ein bestimmtes Ergebnis (Symbol) erlangen muss, um in das intendierte Spiel mit den großen virtuellen Walzen zu kommen. Da das Ergebnis des virtuellen „großen Walzenlaufes“ stets vom Zufall abhängig ist und die Spieler beim großen Walzenspiel einen Gewinn erzielen können, ist das Gerät mit der FA-Nr. 1 jedenfalls zur Durchführung von Glücksspielen im Sinne des GSpG verwendbar (vgl VwGH 26.02.2001, Zl. 99/17/0215). Da das für das Auslösen des „großen Walzenlaufs“ notwendige „A“-Symbol meist schon durch bloßes Drücken der Starttaste oder sonst durch einfache Manipulation erreichbar ist, erfordert das „kleine Walzenspiel“ keine besondere Geschicklichkeit, sondern verzögert im Ergebnis bloß den Start des „großen Walzenlaufs“.

Bei einer Gesamtbetrachtung vermag das „kleine Walzenspiel“ den Glücksspielcharakter der am Gerät mit den FA-Nrn. 1 angebotenen Walzenspiele nicht zu beseitigen. Bestätigung findet dies in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, der hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen „großen“ Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B. VwGH 27.01.2012, Zl. 2011/17/0246) festgehalten hat, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Dass die vom Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung als Glücksspiele beurteilten Spiele am gegenständlichen Gerät mit einem „kleinen Vorspiel“ kombiniert

wurden, mit dem kein Einfluss auf das Ergebnis des virtuellen Walzenspiels genommen werden kann, ändert nichts an der Beurteilung, dass es sich bei den auf den gegenständlichen Geräten angebotenen Spielen um Glücksspiele handelt, deren Ergebnis ausschließlich vom Zufall abhängt.

Bei der Kombination eines vom Zufall abhängigen Spiels mit einem Geschicklichkeitsspiel liegt im Ergebnis ein Glücksspiel vor, wenn die Gewinnchance (Spielentscheidung über Gewinn oder Verlust) ausschließlich zufallsabhängig herbeigeführt wird und nur die Realisierung des Gewinns durch ein anschließendes Geschicklichkeitsspiel erfolgen muss (vgl VwGH 26.02.2001, Zl. 99/17/0215; ebenso VwGH 03.07.2009, Zl. 2005/17/0178, in Bezug auf eine nach zufallsabhängiger Gewinnentscheidung abschließende „Gamble-Phase“ bzw ein „Risiko-Spiel“). Dabei ist es nach der Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs unerheblich, welche Geschicklichkeit für die Realisierung des vorher in einem zufallsabhängigen Spiel entschiedenen Gewinnes erforderlich war. Das gesamte Spiel ist als Einheit zu betrachten, bei der die wesentliche Entscheidung, ob ein Gewinn realisiert werden kann, zufallsabhängig herbeigeführt wird.

Im Ergebnis kann nichts anderes in einem Fall - wie dem vorliegenden - eines vorgeschalteten Geschicklichkeitsspiels gelten, dessen erfolgreicher Abschluss nur den Zugang zum zufallsabhängigen Glücksspiel (Walzenspiel) ermöglicht. Bei der gebotenen gesamtheitlichen Betrachtung kann das Spielergebnis, also die Entscheidung über Gewinn und Verlust im Walzenspiel wieder nur als eine vom Zufall abhängige angesehen werden. Die vorgeschaltete Entscheidung über den Zugang zum Walzenspiel ändert daran nichts, mag sie auch eine conditio sine qua non im Sinne der Äquivalenztheorie sein, für die alle Bedingungen eines Erfolges im Rahmen eines Kausalzusammenhangs gleichwertig sind. Auf diese Theorie kommt es nach der Legaldefinition des Glücksspiels im § 1 Abs 1 GSpG aber nicht an. Diese verlangt vielmehr eine rechtliche Bewertung des Spiels im Sinne einer Gewichtung danach vorzunehmen, ob die Entscheidung über ein Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt oder nicht. In diesem Sinne hat der Verwaltungsgerichtshof zur Prüfung des Ausmaßes der Zufallsabhängigkeit das Abstellen auf abstrakte Spielregeln abgelehnt und die Berücksichtigung von konkreten Modalitäten und Rahmenbedingungen der Durchführung des Spiels verlangt. Denn § 1 Abs 1 GSpG gehe nicht von einer Zufallsabhängigkeit im mathematisch-statistischem Sinne, sondern von einen normativen Ansatz aus (vgl VwGH 02.07.2015, Ro 2015/16/0019).

Insofern steht für die gegenständlich dokumentierten virtuellen Walzenspiele (Ring of Fire XL und Joker Area) von vornherein fest, dass diese ausschließlich programmbestimmt ohne Einflussmöglichkeit des Spielers binnen 1 bis 2 Sekunden ablaufen. Die Entscheidung, ob es überhaupt zum Walzenspiel kommt, hat damit nichts zu tun, weil der Spieltypus dadurch in keiner Weise beeinflusst wird. Abgesehen davon, war für das Erzielen eines „A“-Symbols im „kleinen Walzenspiel“

durch Halten und Loslassen der Start-Taste, um ins erwünschte „große Walzenspiel“ zu kommen, kein besonderes Geschick erforderlich (vgl eingehend Feststellungen unter II.3.2.1. und die Beweiswürdigung II.4.2.), weil durch Beobachten der „Miniaturwalzen“ jedermann den Moment des Erscheinens von „A“ leicht erraten konnte und dafür auch genügend Zeit hatte (vgl das der Anzeige beigelegte Kurzgutachten „Skill Games“ des Sachverständigen Ing. T vom 17.11.2015, wo unter der Überschrift „Geschicktes Verhalten“ zu den sog „Geschicklichkeits-Walzen“ ausgeführt wird, dass der Spieler unbegrenzt Zeit habe, sich die Walzenkombinationen anzusehen und zu merken). Wenn auch ein ungeübter Spieler genügend Zeit für eine geforderte Reaktion hat, dann ändert das nichts an der im Übrigen vom Gerät zufallsabhängig herbeigeführten Entscheidung über die Gewinnchance (VwGH 26.03.2015, Ra 2014/17/0033).

Auf Grund der festgestellten Funktionsweise des auf dem Gerät FA-Nr. 2 verfügbaren elektronischen Glücksrades ist auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Fun-Wechsler vom Typ „Afric2go“ (z.B. VwGH 20.04.2016, Ro 2015/17/0020) davon auszugehen, dass das Spielergebnis vorwiegend vom Zufall abhängt und somit als Glücksspiel iSd §1 Abs 1 GSpG zu qualifizieren ist. Da dieser Umstand sohin feststeht, kann eine weitere Erörterung dieser Frage und insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens unterbleiben. Es waren daher keine weiteren Erhebungen notwendig.

Da Spieler Einsätze zu leisten und für diese ein Gewinn in Aussicht gestellt war, handelt es sich um Ausspielungen iSd § 2 Abs 1 GSpG, wobei für diese keine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag und das von der Bfin vertretene Unternehmen von diesem auch nicht ausgenommen war, weshalb diese Ausspielungen gemäß § 2 Abs 4 GSpG verboten waren.

IV.2. Tatvorwurf laut Anzeige der Abgabenbehörde und Verfolgungshandlung

In der Anzeige des Finanzamtes Grieskirchen Wels vom 28. Juni 2017, GZ. 054/70243/23/4617, wird die Bestrafung der Bfin als handelsrechtliche Geschäftsführerin der Firma G s.r.o. wegen Übertretung des § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG beantragt. Zur Tathandlung wird ausgeführt, die G s.r.o. habe in der Zeit vom 18. bis 27. April 2017 die Glücksspielgeräte gegen Entgelt dem (nicht genannten) Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt, um fortgesetzt Einnahmen aus den veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form von Walzenspielen und elektronischen Glücksrädern zu erzielen. Sie habe damit selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und sei daher als Unternehmerin iSd §2 Abs 2 GSpG zu betrachten.

Die belangte Behörde hat den Ausführungen in der Anzeige des Finanzamtes folgend von Anfang an die G 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 G s.r.o. habe sich unternehmerisch an verbotenen Ausspielungen beteiligt, indem sie das Gerät dem Glücksspielveranstalter entgeltlich zur Verfügung gestellt habe, um selbständig und nachhaltig Einnahmen aus den mit diesen Geräten veranstalteten Glücksspielen zu erzielen. Die Bfin habe dies als Geschäftsführerin zu verantworten, womit der Tatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG in objektiver Hinsicht erfüllt sei.

Der finanzpolizeiliche Aktenvermerk über die Kontrolle, in dem auf Grund der Auskunft des Lokalinhabers E Z als vorläufiges Ermittlungsergebnis angenommen wurde, dass die G s.r.o. Eigentümerin und Veranstalterin der verbotenen Ausspielungen war, wurde weder von der Abgabenbehörde, noch von der Strafbehörde beachtet.

Die belangte Behörde hat der Bfin im gesamten Verfahren (Aufforderung zur Rechtfertigung, Straferkenntnis) die unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspielungen vorgeworfen, indem die gegenständlichen Glücksspielgeräte dem Glücksspielveranstalter von der G s.r.o. gegen Entgelt zur Verfügung gestellt worden wären, um selbständig und nachhaltig aus verbotenen Ausspielungen Einnahmen zu erzielen (§ 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG). Der Bfin wurde im gesamten Strafverfahren nie das Veranstalten von Glücksspielen iSd § 52 Abs 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG durch die G s.r.o mit ihren im gegenständlichen Lokal aufgestellten Geräten angelastet. Sowohl in der Anzeige des Finanzamtes, als auch im Verwaltungsstrafverfahren der belangten Behörde blieb offen, wer der Veranstalter der Glücksspiele im Lokal „B E“ gewesen sein könnte. Zur Frage der Veranstaltereigenschaft hat die belangte Behörde im gesamten Verfahren nichts ausgeführt.

IV.3. Widerspruch des Tatvorwurfs zur Aktenlage

Aus den ausgewerteten Beweisurkunden und den Angaben des Lokalinhabers (vgl Sachverhaltsfeststellungen unter II.3.1.) ergibt sich eindeutig, dass die G s.r.o. Eigentümerin der Geräte mit den FA-Nrn. 1 und 2 ist und dass diese Geräte im Auftrag der G s.r.o. von der C GmbH als Dienstleister geliefert und im gegenständlichen Lokal aufgestellt wurden, wobei die C GmbH auch Leistungen vor Ort wie Einschulung des Personals auf die Geräte sowie Serviceleistungen wie Gerätewartung mit Störungsbehebung erbrachte und der G dafür zur Verfügung stand. Die Geräte waren zu den angeführten Tatzeiträumen funktionsfähig und betriebsbereit (das bloße Ausstecken ändert nichts daran, wenn Geräte nach

Herstellung der Stromversorgung durch Einstecken wieder funktionieren) in einem allgemein zugänglichen Bereich des Lokals „B E“ in x aufgestellt.

Der oben beschriebene Tatvorwurf der belangten Behörde kann mit den niederschriftlichen Angaben des beteiligten Lokalbetreibers E Z und mit den vorgefundenen Beweisurkunden über Serviceleistungen der C GmbH im Auftrag der G s.r.o. bei deren Kunden nicht in Einklang gebracht werden. Daraus ist vielmehr abzuleiten, dass die G s.r.o. ihre Glücksspielgeräte durch die C GmbH im Lokal des Geschäftspartners Z mit Einschulung dessen Personals hat aufstellen und die Gerätewartung einschließlich Störungsbehebung hat durchführen lassen. Die G ist Eigentümerin der vorgefundenen Geräte, verfügt über alle Schlüssel, hat damit exklusiven Zugang zum Geräteinneren und zur Gerätebuchhaltung. Dass Ausspielungen mit den Glücksspielgeräten von der G s.r.o. veranstaltet wurden, ergibt sich aus den gesamten Umständen des Falles, insbesondere auch daraus, dass die G s.r.o. auf der von einem Spieler am Standgerät FA-Nr. 1 ausgedruckten Gutschrift zur Einlösung seines Guthabens an markanter Stelle (am Kopf) als Aussteller der Gutschrift aufscheint und auch nach Darstellung des Lokalinhabers die Gewinne von Spielern zu ihren Lasten gehen. Sie hat weiter für die regelmäßige Wartung einschließlich der Behebung von Störungen zu sorgen und rechnet monatlich mit dem Lokalinhaber ab, dem eine Quote von 50 % vom Erlös als Standortentgelt zustand. Den von der G s.r.o. errechneten bzw mitgeteilten Anteil konnte der Lokalinhaber mangels eines Zugangs zur Buchhaltung nicht wirksam überprüfen.

Die G verwendete die ihr gehörenden Glücksspielgeräte selbst, um aus deren fortgesetzten Betrieb bzw durch verbotene Ausspielungen im gegenständlichen Lokal fortlaufende Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen zu erzielen. Die G hatte als Geräteeigentümerin auch die uneingeschränkte Sachherrschaft und zahlte dem Lokalinhaber einen fixen Anteil für Standort und das Zugänglichmachen für potentielle Spieler.

IV.4. Typische Kriterien zum Begriff „Veranstalten“

Im Erkenntnis vom 19. Mai 2017, Ra 2016/17/0173-5, hat der Verwaltungsgerichtshof die Ansicht vertreten, dass im Fall der Verwendung von Geräten im Eigentum einer tschechischen GmbH (s.r.o.), für verbotene Ausspielungen in einem Lokal, in dem diese Gesellschaft die Standfläche angemietet hatte, „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 iSd § 52 Abs 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG war.“

Diese Schlussfolgerung auf die Veranstaltereigenschaft ist nicht nur naheliegend, sondern auch im rechtsstaatlichen Interesse der Klarheit geboten. Nach Ansicht des erkennenden Richters wird man allgemein annehmen können, dass jemand

das Spiel auf seine Rechnung und Gefahr ermöglicht, wenn die dafür sprechenden Umstände und Hinweise (Indikatoren) im durchgeführten Verfahren mit ausreichender Sicherheit feststellbar und überwiegend ableitbare wesentliche Kriterien des Begriffs „Veranstalten“ erfüllt sind. Im Folgenden werden im Sinne eines beweglichen Systems typische Merkmale der Veranstalterrolle demonstrativ angeführt:

- Geräteeigentum,
- Sachherrschaft durch Besitz der Geräteschlüssel mit exklusivem Gerätezugang;
- ausschließlicher Zugang zur Gerätebuchhaltung;
- Verfügungsmacht über Glücksspielangebot;
- Alleinzuständigkeit für Gerätewartung einschließlich Serviceleistungen, Störungsbehebungen sowie Reparaturen (entweder durch Eigenleistung oder durch beauftragte Dienstleister);
- Befüllung eines Fun-Wechslers bzw „afric2go“ mit Münzgeld und Banknoten für Geldwechsel und Gewinnauszahlungen durch das Gerät;
- kurzfristige Bereitstellung von höheren Geldbeträgen für Gewinnauszahlungen, die der Lokalbetreiber nicht vorschießen will oder kann;
- regelmäßige Betreuung von Geschäftspartnern bzw Lokalinhabern;
- regelmäßige Entnahme des eingespielten Geldes aus der Gerätekasse;
- Zahlung eines festen Betrags bzw einer Miete für den Standplatz im Lokal;
- monatliche „Abrechnung“ mit dem Lokalbetreiber durch einseitige Bekanntgabe der Höhe des 50%-Anteils mittels Gutschrift an den Lokalbetreiber, ohne dass dieser eine wirksame Kontrollmöglichkeit hat (vgl etwa jüngst die Erk LVwG-412386/8 vom 10.10.2018 und LVwG-412447/9 vom 11.10.2018);
- Einholung von Gerätegutachten von Sachverständigen, um damit Geschäftspartner von der Legalität typischer Walzenspielprogramme, also von klassischen Glücksspielen, in Kombination mit fraglichen Geschicklichkeitskomponenten zu überzeugen, die entweder quasi als Entree dem Walzenspiel vorgeschaltet oder nachträglich als „Gambling“ oder „Risikospiel“ zur Realisierung und/oder Vermehrung eines bereits zufallsbedingt erspielten Gewinnes vorgesehen werden;
- vertragliche Verpflichtung, dem Kunden „im Fall von Streitigkeiten mit Behörden“ einen Rechtsbeistand kostenlos zur Verfügung zu stellen (vgl Aufstellvertrag der G einliegend im Akt LVwG-412386) etc.

Nach Ansicht des erkennenden Richters gilt die Schlussfolgerung auf ein „Veranstalten“ im eingangs zitierten Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs analog auch für den vorliegenden Fall eines für den Gerätebetrieb im Lokal vereinbarten Entgelts in Form einer fixen Quote vom Erlös. Denn für den Lokalbetreiber ist damit zwar eine variable Abgeltung, aber kein typisches unternehmerisches Verlustrisiko verbunden. Bei der Vereinbarung zwischen

Geräteeigentümer und Lokalinhaber, ein Glücksspielgerät betriebsbereit in einem öffentlichen Lokal aufzustellen und gegen einen festen Anteil des Lokalinhabers am Einspielergebnis zu betreiben, bedient sich der Geräteeigentümer des Lokalinhabers als Gehilfen für das notwendige Zugänglichmachen für Spielinteressenten, das vom Begriff „Veranstalten“ zwingend vorausgesetzt wird (vgl VwGH 26.03.2015, Ra 2014/17/0033). Der Lokalbetreiber ist bloßer Inhaber, der das Gerät für den Eigentümer in seiner Gewahrsame hat, um es seinen am Glücksspiel interessierten Gästen faktisch zugänglich zu machen und ihnen Gelegenheit zum Glücksspiel auf Rechnung des Eigentümers zu geben. Veranstalter der verbotenen Ausspielungen bleibt der Geräteeigentümer, weil dieser das Glücksspiel auf seine Rechnung und Gefahr ermöglicht und sich bloß der Unterstützung eines Gehilfen beim Zugänglichmachen bedient. In dieser Konstellation wird das Spiel im Wesentlichen auf Rechnung des auch über das Glücksspielangebot bestimmenden Geräteaufstellers und Eigentümers ermöglicht.

Die das Geschehen beherrschende Rolle des Veranstalters kommt gegenständlich der G s.r.o. zu. Sie sorgte für die regelmäßige Kontrolle der ihr gehörenden Geräte, für Wartung, Service und Behebung von Störungen und bezahlte den Lokalinhaber monatlich den von ihr festgestellten Anteil. Unter solchen Umständen ist die Veranstalterrolle eines Dritten kaum vorstellbar.

Im gegenständlichen Fall sprechen alle auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens getroffenen Feststellungen betreffend Merkmale eines typischen Verhaltens von Veranstaltern dafür, dass die G s.r.o. die Glücksspielgeräte auf ihre Rechnung und Gefahr betrieben hat und selbst Veranstalterin der verbotenen Ausspielungen war.

IV.5. Judikat des VwGH zur Spruchbestimmtheit und zum Verhältnis des ersten und vierten Tatbildes im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG

Im Folgenden werden Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs aus dem einschlägigen Erkenntnis vom 19. Mai 2017, Ra 2016/17/0173, zu den Spruchanforderungen nach § 44a VStG und Abgrenzungsfragen wiedergegeben [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 VwGH 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 24.04.2015, 2013/17/0400, sowie VwGH 18.05.2016, Ra 2015/17/0029). Die Identität der Tat muss unverwechselbar feststehen (vgl. VwGH 03.06.2015, 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 wertabhängige 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 verbotenen 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 26.03.2015, 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 Sinne 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 26.03.2015, Ra 2014/17/0033, betreffend das unternehmerische Zugänglichmachen im Sinne des §52 Abs 1 Z 1 drittes Tatbild GSpG).“

IV.6. Spruchmängel und Abgrenzungsfragen zu § 52 Abs 1 Z 1 1. u 4. TB GSpG

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 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 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 der Bfin 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 betriebsbereite und funktionsfähige Glücksspielgeräte von der G s.r.o. im Lokal „B E“ gegen einen fixen Anteil am Erlös aufgestellt und betrieben wurde (vgl näher unter IV.2.).

Unter den gegebenen Umständen wird man im Sinne des zitierten Judikats des Verwaltungsgerichtshofs vom 19. Mai 2017, auf die Veranstaltereigenschaft der G s.r.o schließen müssen, weil alle wesentlichen Momente des Falles (Eigentümerin des Gerätes, Verfügungsmacht über Glücksspielangebot, exklusiver Zugang und regelmäßige Wartung und Betreuung, monatliche Abrechnung mit Lokalinhaber) darauf hinweisen, dass die slowakische G s.r.o. auch das unternehmerische Risiko, also das Gewinn- und Verlustrisiko, aus dem Betrieb ihres eigenen Gerätes zu tragen hatte. Eine andere plausible Deutung der Umstände ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichts nicht ersichtlich.

Die belangte Behörde hätte daher nach Lage des Falles unter Berücksichtigung aller Hinweise das Veranstalten verbotener Ausspielungen im gegenständlichen Lokal mit dem Glücksspielgeräten der G s.r.o. der Bfin als der iSd § 9 Abs 1 VStG verantwortlichen Geschäftsführerin anlasten müssen. Der Verwaltungsgerichtshof hat ausgeführt, das erste Tatbild gehe vor und konsumiere das vierte Tatbild der unternehmerischen Beteiligung im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG. Täter des ersten Tatbildes (Veranstalter) 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.7. Sache des Strafverfahrens und Austausch der Tat

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 Rz 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 G s.r.o. selbst Veranstalterin der verbotenen Ausspielungen mit den Geräten FA-Nrn. 1 und 2 im Lokal des E Z 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.

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. Ergebnis

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. 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).

Mit dem Wegfall des Straferkenntnisses gegen die Bfin ist auch der akzessorische Haftungsausspruch nach § 9 Abs 7 VStG betreffend die Solidarhaftung der G s.r.o. für die gegen ihr Vertretungsorgan (Bfin als Geschäftsführerin) verhängten Unrechtsfolgen und Verfahrenskosten gegenstandslos geworden, auch wenn er nicht bekämpft wurde.

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 dargestellten 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“ ab.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungs-

gerichtshof 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. W e i ß