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-412553/7/FP

Datum:
Linz, 20. Juni 2018

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von JUDr P. Š., P., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. P. R., I., gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 10. November 2017, GZ: VStV/917300496083/2017, wegen einer Übertretung des GSpG, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 19. Juni 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird Folge gegeben, das bekämpfte Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren gem. § 45 Abs. 1 Z 1 VStG eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich noch zu jenen des verwaltungsbehördlichen 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 im Kopf genannten Straferkenntnis verhängte die belangte Behörde Geldstrafen iHv siebenmal 6.000 Euro (je 60 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) über den Beschwerdeführer und warf ihm vor, als Geschäftsführer einer im Spruch genannten slowakischen Gesellschaft, folgende Glücksspiele (Ausspielungen) unternehmerisch zugänglich gemacht (§ 52 Ab 1 Z 1 3. TB GSpG) zu haben:

„FA1) ACT Multiplayer, ohne Seriennummer Versiegelungsplaketten A057363 bis A057365
FA2) Golden Island, ohne Seriennummer Versiegelungsplaketten A057366 bis A057369
FA3) World Games, ohne Seriennummer Versiegelungsplaketten A057370 bis A057372
FA4) ACT Multiplayer, ohne Seriennummer Versiegelungsplaketten A077401 bis A077403
FA5) Apollo, ohne Seriennummer Versiegelungsplaketten A077404 bis A077406
FA6) World Games, ohne Seriennummer Versiegelungsplaketten A077407 bis A077409
FA7) Kajot, ohne Seriennummer Versiegelungsplaketten A077410 bis A077413“

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde vom 11. Dezember 2017, in welcher bestritten wurde, dass es sich bei den vorgefundenen Geräten um Glücksspielgeräte handelte sowie die Unanwendbarkeit des GSpG infolge Unionsrechtswidrigkeit und eine mangelhafte Tatanlastung behauptet wird.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Verfahrensakten samt Beschwerde mit Schreiben vom 3. Jänner 2018 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den Verwaltungsakt, insbesondere in die im Akt befindliche Dokumentation der Finanzpolizei und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung in welcher der Zeuge M. M., ein Mitarbeiter der Finanzpolizei vernommen wurde.
Der Bf übermittelte im Vorfeld zur Verhandlung eine umfangreiche Stellungnahme samt Beilagen in welcher primär die Unionsrechtswidrigkeit des GSpG behauptet wurde.

II.2. Folgender entscheidungswesentlicher S A C H V E R H A L T steht fest:

II.2.1. Bei einer von der Abgabenbehörde als Organ der öffentlichen Aufsicht am 8. Februar 2017 gegen 12.40 Uhr im Lokal „S. at“ (L.) durchgeführten Kontrolle wurden die im Spruch des angefochtenen Bescheides angeführten Glücksspielgeräte betriebsbereit vorgefunden (Punkt I.1.). [Anzeige, GSp 26 Formulare].

Betreiberin des Lokals ist die A. Services s.r.o., eine einer GmbH entsprechende Gesellschaft mit Sitz in der S., deren Geschäftsführer der Bf ist. [Auszug Unternehmensregister, AS75, gerichtsbekannte Tatsache]

Die Gesellschaft ist Eigentümerin der Glücksspielgeräte. [Aktenvermerk Finanzpolizei; Auskunftsperson T. W; Fotodokumentation, Aufkleber auf den Geräten]

Die Gesellschaft ist eine slowakische s.r.o. und verfügt über ein Stammkapital in der Höhe von 5.000 Euro. Sie verfügt über keinen Aufsichtsrat.
Weder der Bf, noch die genannte Gesellschaft waren im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für Ausspielungen in Oberösterreich vor.
[Akt, Anzeige, gerichtsbekannte Tatsachen vgl. bspw. LVwG-411002; 411740 (slowakisches Handelsregister)]

Die verfahrensgegenständlichen Geräte wurden zumindest zwischen 16. Dezember 2016 und dem Tag der finanzbehördlichen Kontrolle am genannten Standort betrieben, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen und sie standen zu diesem Zeitpunkt in einem öffentlich zugänglichen Bereich im o.a. Lokal betriebsbereit für Spieler zur Verfügung. [Auskunftsperson T. W., NS v. 8. Februar 2017]

Die A. Services s.r.o. ist Dienstgeberin des bei der Kontrolle im Lokal anwesenden Mitarbeiters T. W. [NS v. 8. Februar 2017]

Die A. Services s.r.o. hat in den Räumlichkeiten des von ihr betriebenen Lokals mit den ihr gehörigen betriebsbereiten Geräten Glücksspiele veranstaltet. [Akt, Auskunftsperson T. W., NS v. 8. Februar 2017]

Von den Organen der Finanzpolizei wurden folgende Probespiele durchgeführt:

| *FA-Nr* | *Spiel* | *mögliche Einsätze* | *in Aussicht gestellte Gewinne* |
|---|---|---|---|
| 1 | Money Bee | 0,3 – 10 Euro | 150 – 5.000 Euro |
| 2 | Money Bee | 0,3 – 12 Euro | 300 – 4.000 Euro |
| 3 | Blazing Seven | 0,5 – 10 Euro | 80 – 1.600 Euro |
| 4 | Blazing Seven | 0,5 – 12,5 Euro | 80 – 2.000 Euro |
| 5 | Scatter Fruits | 0,3 – 10 Euro | 300 – 10.000 Euro |
| 6 | Money Bee | 0,3 – 10 Euro | 150 – 5.000 Euro |
| 7 | Ring of Fire | 0,2 – 10 Euro | 360 – 18.000 Euro |

Der Spielablauf bei den virtuellen Walzenspielen stellte sich wie folgt dar:
Bei den Geräten konnten virtuelle Walzenspiele gespielt werden. Für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen

wurden Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung konnte ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wurde mit der Starttaste ausgelöst. Damit wurde zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und danach das Walzenspiel ausgelöst. Dabei wurden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entstand. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergab nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Das Spielergebnis hing ausschließlich vom Zufall ab, Spieler hatten keine Möglichkeit bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen.
Ein Vorhersehen, welche Symbole als nächste im Display erscheinen und ein darauffolgendes Stoppen der virtuellen Walzen ist nicht möglich.
[Unterlagen Finanzpolizei, Zeuge M.]

Die belangte Behörde hat dem Bf im gesamten Verfahren (Aufforderung zur Rechtfertigung, Straferkenntnis) vorgeworfen, Glücksspiele unternehmerisch zugänglich gemacht zu haben (§ 52 Abs 1 Z 1 3. TB GSpG). Dem Bf wurde niemals das Veranstalten von Glücksspielen (§ 52 Abs 1 Z 1 1. TB GSpG) angelastet. [Straferkenntnis, Aufforderung zur Rechtfertigung]

II.3. Beweiswürdigung:

II.3.1. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem durchgeführten Beweisverfahren, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln. 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 Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation, dem Aktenvermerk der Finanzpolizei sowie auf den Aussagen des Zeugen M. Dieser war bei der Kontrolle anwesend und gab unter anderem an, dass er die Geräte probebespielt hat. Auch die Feststellungen zur Funktionsweise der Geräte und jene zu den auf diesen Gerätschaften möglichen Spielen gründen insbesondere auf der Anzeige der Finanzpolizei, der Fotodokumentation sowie auf den Zeugenaussagen in der mündlichen Verhandlung. Der Zeuge M. machte einen glaubwürdigen und versierten Eindruck und besteht kein Grund an seinen Aussagen zu zweifeln.

Aus der von der Finanzpolizei angefertigten Niederschrift, die die Einvernahme des im Lokal anwesenden Mitarbeiters T. W. wiedergibt, ergibt sich, dass dieser bei der A. Services s.r.o. beschäftigt ist.

Diese Annahme blieb unbestritten und deckt sich mit den Ermittlungsergebnissen der Finanzpolizei.
Dass die Gesellschaft außerdem Eigentümerin der Glücksspielgeräte war, ergibt sich schon aus dem Aktenvermerk der Finanzpolizei in welchem sie diesen Umstand feststellt. Dies deckt sich auch mit den auf den Geräten angebrachten Aufklebern, die die Gesellschaft als deren Eigentümerin benennen.
Letztlich ergibt sich aus dem im Akt befindlichen Auszug aus dem Unternehmensregister, dass die Gesellschaft auch Lokalbetreiberin ist.
Der Zeuge M. wurde in der öffentlichen mündlichen Verhandlung befragt, ob es Hinweise auf andere Beteiligte gegeben habe, was von ihm verneint wurde. Hinweise darauf, dass andere Personen an der Veranstaltung der Glücksspiele beteiligt waren, ergaben sich im Verfahren also nicht.

Diese Feststellungen decken sich im Übrigen mit dem aus anderen Verfahren (hier insbesondere LVwG-411740) bekannten Unternehmenskonzept der Gesellschaft, nämlich dem eigenverantwortlichen Betreiben eigener Glücksspiellokale, mit eigenen Geräten und eigenen Mitarbeitern.

Die Anzeige der Finanzpolizei bzw. der Aktenvermerk und die Fotodokumentation enthalten Beschreibungen der Spielabläufe und lassen sich diese Beschreibungen auch mit den Lichtbildern, die der Anzeige angeschlossen waren, in Einklang bringen. Die beschriebene Funktionsweise stimmt auch im Wesentlichen mit den festgestellten Abläufen in anderen Entscheidungen zu Walzenspielen überein, sodass aus Sicht des Landesverwaltungsgerichts keine Zweifel an den diesbezüglichen Angaben der Finanzpolizei bestehen.
Die Feststellungen zur Beeinflussbarkeit ergeben sich im Wesentlichen aus dem Aktenvermerk der Finanzpolizei und der Aussage des Zeugen M. nach welchen keine Beeinflussungen möglich waren. Dies lässt sich mit den in vielen Verfahren gemachten Erfahrungen des Verwaltungsgerichts gut in Einklang bringen, zumal schon aufgrund des schnellen virtuellen „Walzenlaufs“, und aufgrund der Tatsache, dass das Erscheinen der Bilder zufällig und programmbedingt und deshalb nicht nachvollziehbar (wie etwa bei mechanischen Walzen) erfolgt, auf der Hand liegt, dass ein bewusstes Herbeiführen von Kombinationen unmöglich ist. 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 besteht selbst im Falle der Möglichkeit des Stoppens des Walzenlaufes (wenn dieser etwa länger abliefe) keine faktische Möglichkeit, das Ergebnis des Spiels zu beeinflussen.

Dass keine der genannten Personen im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die gegenständlichen Geräte 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 wurde und das Vorhandensein einer Bewilligung oder Konzession für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen auch nicht behauptet wurde.

Die Feststellungen zum Bf bzw. zur A. Services s.r.o. gründen auf den Angaben der Finanzpolizei in der Anzeige, dem im Akt befindlichen Auszug aus dem Unternehmensregister, den Angaben von T. W. und sind zudem gerichtsbekannt. Der Bf hat diesbezüglich auch kein anderslautendes Vorbringen erstattet.

Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben und zugänglich gemacht wurden, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass diese von einem Unternehmer betriebsbereit in öffentlich zugänglichen Räumlichkeiten aufgestellt bzw. die Aufstellung geduldet wurden, diese Räumlichkeiten für die Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden und die Funktionsweise der Geräte eine Einnahmenerzielung ermöglicht. Bei lebensnaher Betrachtung ist auch davon auszugehen, dass die Zurverfügungstellung dieser Geräte in einem öffentlich zugänglichen Bereich durch den Bf letztlich ausschließlich mit der Absicht erfolgte, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesen Geräten zu erzielen.
Zudem hat auch T. W. angegeben Gewinne an die Leute ausbezahlt zu haben.
Aufgrund der Beweisergebnisse ist bei wirklichkeitsnaher Betrachtung auch davon auszugehen, dass der Gesellschaft als Lokalbetreiber und Eigentümer der Geräte deren grundsätzliche Funktion inklusive deren Glücksspieleigenschaft bekannt waren. Auch spricht allein schon das Aussehen der Geräte laut der Fotodokumentation der Finanzpolizei für Glücksspielgeräte. Das erkennende Gericht vermag keine Gründe zu erkennen, die gegen diese Annahme sprechen.
Damit ist erwiesen, dass es sich bei den aufgefundenen Geräten um Glücksspielgeräte gehandelt hat. Dass die Ausspielungen von der Gesellschaft veranstaltet wurden ergibt sich aus dem Umstand, dass die Gesellschaft das Lokal selbst betrieben und Eigentümerin der Glücksspielgeräte war. Näheres dazu, sowie die diesbezügliche Judikatur des VwGH, die diese Ansicht vertritt unter Punkt III.

## III. Rechtliche Beurteilung

### III.1. Rechtliche Grundlagen

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 Glücksspielgesetz – GSpG, BGBl Nr. 620/1989 in der im vorgeworfenen Tatzeitraum geltenden Fassung BGBl I Nr. 105/2014, begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne

des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt.

§ 52 Abs. 3 GSpG lautet: Ist durch eine Tat sowohl der Tatbestand der Verwaltungsübertretung nach § 52 als auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht, so ist nur nach den Verwaltungsstrafbestimmungen des § 52 zu bestrafen.

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

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

Nach § 2 Abs. 2 leg. cit. ist Unternehmer, wer selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

Gemäß § 2 Abs. 4 GSpG sind Ausspielungen, für die eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und die nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 ausgenommen sind, verboten.

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

III.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.2.1. Zur Frage der Verfassungswidrigkeit der Subsidiarität des § 168 StGB:

Hier ist zunächst darauf hinzuweisen, dass der Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung vom 10. März 2015, Zl. G 203/2014-16, u.a. festgestellt hat, dass die Regelungen des GSpG zur Behördenzuständigkeit verfassungskonform sind, sodass die diesbezüglichen Einwände des Bf ins Leere gehen. Diese Rechtsfrage ist insofern abschließend geklärt und kann das angeregte Gesetzesprüfungsverfahren unterbleiben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 15. Dezember 2014, Ro 2014/17/0121, festgehalten, dass bei Überprüfung der Frage der Zuständigkeit zur Entscheidung die Zuständigkeitsvorschrift heranzuziehen ist, die im Zeitpunkt der Entscheidung der erstinstanzlichen Behörde in Geltung stand. Der bekämpfte Bescheid wurde nach Inkrafttreten des § 52 Abs. 3 GSpG idF BGBl I Nr. 13/2014 erlassen. Der Verfassungsgerichtshof hat darüber hinaus in seiner Entscheidung vom 10.3.2015, E 1139-1140/2014, ausgeführt, „*dass § 1 Abs. 2 VStG den Anforderungen des Art. 7 EMRK entsprechend einen umfassenden Günstigkeitsvergleich mehrerer in Betracht kommender Rechtslagen ermöglicht. (...) Für den Verfassungsgerichtshof besteht (...) kein Zweifel, dass die Anwendung der Verwaltungsstrafbestimmung des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, welche im Gegensatz zur gerichtlichen Strafnorm des § 168 StGB keine Primärfreiheitsstrafe vorsieht, für den Beschwerdeführer in seiner Gesamtauswirkung günstiger ist.*“ Ob aufgrund des Umfanges der möglichen Spiele, des möglichen Spieleinsatzes oder aus anderen Gründen eventuell auch der Tatbestand des § 168 StGB verwirklicht wurde, braucht nicht weiter beurteilt zu werden, weil auch in diesem Fall iSd zitierten Judikatur gemäß § 52 Abs. 3 GSpG jedenfalls die verwaltungsbehördliche Strafbarkeit vorgeht.

III.2.2. Aufgrund der festgestellten Funktionsweise der an den Geräten verfügbaren virtuellen Walzenspielen ist auch im Hinblick auf die höchstgerichtliche Rechtsprechung (vgl. etwa VwGH 8.9.2005, 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.
Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte, vielmehr liegt auf der Hand, dass es - selbst wenn ein Anhalten der virtuellen Walzen möglich wäre - nicht möglich ist, die zufällige Zusammensetzung 15 schnell wechselnder, neben- und übereinander liegender Symbole so schnell geistig zu erfassen, dass eine ggf. im Zick-Zack Muster vorliegende gewinnbringende Symbolkombination erkannt wird und durch Drücken von 5 einzelnen Hold-Tasten hergestellt werden kann, dies noch dazu innerhalb von wenigen Sekunden (vgl. Beweiswürdigung).

Der VwGH hat hinsichtlich der mit Walzenspielgeräten angebotenen Spiele in zahlreichen Entscheidungen (z.B. VwGH 27.4.2012, Zl. 2011/17/0074) festgehalten, dass es sich dabei um Glücksspiele handelt. Da dieser Umstand sohin feststeht, kann eine weitere Erörterung dieser Frage unterbleiben.

Es steht fest, dass die Walzenspiele ohne die Möglichkeit der Einflussnahme durch den Spieler abliefen und der Spieler keinen Einfluss auf die Zusammensetzung der nach Anhalten des Walzenlaufs feststehenden Bilder nehmen konnte. Wie aus zahlreichen Verfahren hinlänglich bekannt ist, erfolgt der Walzenlauf virtuell programmgesteuert und kann nicht, wie etwa bei mechanischen Walzen, real gestoppt werden, d.h. ohne den Einfluss der programmbedingten Vorgaben. Aufgrund des programmgesteuerten zufälligen Erscheinens von Bildern (keine sich wiederholenden Abläufe) ist keine Vorhersehbarkeit der Symbolkombination gegeben, sodass das Walzenspiel jedenfalls ausschließlich zufallsabhängig ablief. Es besteht insofern keine Möglichkeit, sich kausale Umstände soweit zunutze zu machen, dass der Spielverlauf mit einer für den Spielerfolg geeigneten Wahrscheinlichkeit gesteuert oder prognostiziert werden kann.

Das durchgeführte Ermittlungsverfahren hat ergeben, dass mit den gegenständlichen Geräten Spiele durchgeführt werden können, deren Ergebnis jedenfalls vorwiegend vom Zufall abhängt. Es gibt keine Hinweise, dass der Spieler durch besonderes Geschick, Erfahrung oder besondere Kenntnisse den Spielausgang bewusst beeinflussen könnte.

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

Aus dem Sachverhalt ergibt sich unzweifelhaft, dass sich die Geräte zum Tatzeitpunkt betriebsbereit in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals der Gesellschaft befanden.

Aus dem festgestellten Sachverhalt ergibt sich aber auch, dass die Gesellschaft, deren Geschäftsführer der Bf ist, auch Eigentümerin der vorgefundenen Glücksspielgeräte ist.

III.2.3. Die belangte Behörde hat im Straferkenntnis - wie auch bereits in der Aufforderung zur Rechtfertigung - sowohl im Spruch als auch in der Begründung des Straferkenntnisses ausgeführt, die Gesellschaft habe als Lokalbetreiber

verbotene Ausspielungen unternehmerisch zugänglich gemacht. Zur Frage der Veranstaltereigenschaft führte die belangte Behörde im gesamten Verfahren nichts aus. Die belangte Behörde qualifizierte die Tathandlungen als Zugänglichmachung verbotener Ausspielungen und bestrafte den Bf wegen Übertretung der § 52 Abs. 1 Z 1 3. Tatbild GSpG.
Diese Ansicht kann mit den Beweisergebnissen nicht in Einklang gebracht werden.

In seiner Entscheidung vom 19. Mail 2017, Ra 2016/17/0173-5 führt der Verwaltungsgerichtshof wie folgt aus:

„§ 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).

[...]

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)." [Hervorhebungen nicht im Original]

Der Verwaltungsgerichtshof weist im dargestellten Fall zudem darauf hin, dass bei Eigentümerschaft der Geräte, die für verbotene Ausspielungen verwendet werden und für diese in einem Lokal eine Standfläche angemietet wird, „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“.

Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Gesellschaft sowohl das Lokal selbst betrieben und durch eigene Mitarbeiter betreut hat, als auch Eigentümerin der vorgefundenen Glücksspielgeräte war, woraus im Einklang mit der nunmehrigen Judikatur des VwGH umso mehr zu schließen ist, dass die Gesellschaft Veranstalterin der Ausspielungen war, weil alle wesentlichen Momente des Falles (Lokalbetreiber, Eigentümer der Geräte, Dienstgeber der Angestellten) darauf hinweisen, dass die Gesellschaft das unternehmerische Risiko, also das Gewinn- und Verlustrisiko trug. Hinweise darauf, dass andere Personen in das am Tatort angebotene Glücksspiel involviert waren, haben sich nicht ergeben und erscheint angesichts der allumfassenden Kontrolle durch die Gesellschaft, kaum „Platz“ für andere Beteiligte mehr vorhanden zu sein

Dem Bf war als Geschäftsführer der Gesellschaft insofern deren Veranstalten im Sinne des 1. Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG und nicht der mit diesem „ideal konkurrierende“ Tatbestand des „Zugänglichmachens“ iSd 3. Tatbildes (vgl. hiezu VwGH 26. März 2015, Ra 2014/17/0033) vorzuwerfen, weil dieser vom 1. Tatbild konsumiert wird.

Dem Bf wurde insofern ein falscher Vorwurf gemacht.

III.2.4. Korrigierbarkeit

„Nach stRsp des VwGH ist – sofern die Gesetze nicht anderes anordnen (VwGH 19. 2. 2003, 99/08/0146) – „Sache“ des Berufungsverfahrens der Gegenstand des Verfahrens in der Vorinstanz, dh jene Angelegenheit, die den Inhalt des Spruchs des angefochtenen Bescheides der Unterinstanz (einschließlich beigesetzter Auflagen und Bedingungen [VwGH 22. 3. 2000, 98/04/0019; 4. 4. 2002, 2002/08/0066] sowie Leistungsfristen [VwGH 15. 6. 1992, 91/10/0133; 18. 1. 1999, 98/10/0097]) gebildet hat (VwSlg 11.237 A/1983 verst Sen; VwGH 19. 2. 2003, 99/08/0146; 16. 11. 2005, 2004/08/0025; VfSlg 15.070/1998; Walter/Thienel AVG § 66 Anm 10). Die Grenzen der Sache, über welche die Berufungsbehörde abzusprechen hat, bestimmen sich nicht nach der Angelegenheit, die vor der untergeordneten Instanz in Verhandlung war, sondern nach dem Gegenstand, der durch den Spruch des Bescheides entschieden wurde (VwGH 4. 9. 2003, 2003/21/0082; VfSlg 7240/1973; Hengstschläger[3] Rz 516; Thienel4 267), dh die Berufungsbehörde darf sachlich nicht über mehr absprechen, als Gegenstand der Entscheidung der unteren Instanz war (VwGH 28. 4. 1987, 86/07/0043; 31. 5. 1990, 89/09/0143; 19. 5. 2004, 2003/18/0081; Walter/Mayer Rz 538).“ [*Hengstschläger/Leeb,* AVG § 66 RZ 59 (Stand 1.7.2007, rdb.at)]
[Hervorhebungen nicht im Original]

In seiner Entscheidung vom 14. März 2017, E 3282/2016 in welcher der VfGH sich mit der Entscheidung des EGMR vom 20. September 2016, Appl. 926/08 „Karelin

gegen Russland“ auseinandersetzte, sprach er aus, dass der Prüfungsumfang der Verwaltungsgerichte sich im Verwaltungsstrafverfahren (wie auch im allgemeinen Verwaltungsverfahren) nach der Vorschrift des § 27 VwGVG richtet und der Gegenstand des Beschwerdeverfahrens und somit auch der Prüfungsumfang im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten durch das Straferkenntnis der Verwaltungsbehörde begrenzt ist, womit es den Verwaltungsgerichten verwehrt ist, über den Gegenstand des Straferkenntnisses hinauszugehen. Das erstinstanzliche Straferkenntnis der belangten Behörde repräsentiere gleichsam die Anklageschrift im Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht (vgl. VwGH 14.7.2005, 2004/06/0064; 13.12.2016, Ra 2016/09/0040).

In seinem Erkenntnis vom 8. März 2017, Ra 2016/02/0226, führte der Verwaltungsgerichtshof aus, dass nach seiner Rechtsprechung 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. Februar 2016, Ra 2016/04/0006 m.w.H.).

Bereits vor der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 sei eine solche Erweiterung des Vorwurfs erst durch die Berufungsbehörde unzulässig gewesen. Eine Befugnis der Verwaltungsgerichte zur Ausdehnung des Gegenstands des Verfahrens über die Sache des Verwaltungsstrafverfahrens im Sinn des § 50 VwGVG hinaus sei durch die Novelle nicht geschaffen worden. So stelle etwa eine Ausdehnung des Tatzeitraumes erst im Beschwerdeverfahren in Verwaltungsstrafsachen vor dem Verwaltungsgericht weiterhin eine unzulässige Erweiterung des Tatvorwurfs und der Sache des Verfahrens im Sinn des § 50 VwGVG dar (vgl. hierzu ausführlich VwGH 5. November 2014, Ra 2014/09/0018).

Zu einer Abänderung des Tatvorwurfs sei das Verwaltungsgericht unabhängig von der Verjährungsfrist und unabhängig davon, ob eine Verfolgung in Bezug auf einen erweiterten Tatvorwurf grundsätzlich noch möglich wäre, nicht befugt (VwGH 8. März 2017, Ra 2016/02/0226 RZ 10).

Das Verwaltungsgericht ist insofern nicht berechtigt, den durch den Spruch des behördlichen Straferkenntnisses festgelegten Tatvorwurf dahingehend abzuändern, dass die vorgeworfene Tat „Zugänglichmachen“ durch eine andere Tat „Veranstalten“ ausgetauscht wird.

Durch eine Korrektur durch das Verwaltungsgericht käme es zu einer unzulässigen Auswechslung der Tat, die dem Verwaltungsgericht verwehrt ist.

III.5. Demgemäß war das bekämpfte Straferkenntnis vom Verwaltungsgericht aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

Ein Eingehen auf das weitere Vorbringen des Bf erübrigt sich.

IV. 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 weicht nicht von der unter III. zitierten Rsp des VwGH zur Beurteilung als Veranstalter bzw. zur Auswechslung der Tat ab.

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

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl