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-412892/6/ER

Datum:
Linz, 11. Dezember 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Reitter über die Beschwerde des G M, vertreten durch Rechtsanwälte Dr. P und Dr. S, x 4, B, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 18. Mai 2018, VStV/918300239683/2018, wegen Übertretung nach dem Glücksspielgesetz nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17. Oktober 2018

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das Straferkenntnis aufgehoben und das Verwaltungsstrafverfahren eingestellt.

II. Der Beschwerdeführer hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens noch zu jenen des Verwaltungsstrafverfahrens 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.1. Mit Straferkenntnis vom 18. Mai 2018, GZ: VStV/918300239683/2018, verhängte die Landespolizeidirektion Oberösterreich (im Folgenden: belangte Behörde) über den nunmehrigen Beschwerdeführer (im Folgenden: Bf) eine Verwaltungsstrafe in Höhe von 5.000,-- Euro (Ersatzfreiheitsstrafe: 1 Tag, 12 Stunden) gemäß § 52 Abs 1 Z 1 Glücksspielgesetz – GSpG, da er in der Zeit von zumindest 15. Jänner 2018 bis 1. Februar 2018 am Standort „x“ in S, x 2d, an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 GSpG mit dem dort betriebsbereit vorgefundenen Gerät „TimeMachine“, Seriennummer: x, unternehmerisch beteiligt habe.
Der „Tatbestand“ der dem Bf zur Last gelegten Verwaltungsübertretung sei durch die eigene dienstliche Wahrnehmung der Organe des Finanzamts Kirchdorf Perg Steyr (Kontrolle im ggst Lokal vom 9. Februar 2018), der vorgelegten Anzeige sowie aufgrund des behördlich durchgeführten Ermittlungsverfahrens zweifelsfrei erwiesen.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitige Beschwerde des Bf, in der dieser beantragte, das Straferkenntnis aufzuheben und das Strafverfahren einzustellen.

I.3. Mit Schreiben vom 1. Juni 2018 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.
Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt und die Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 17. Oktober 2018, zu der der Bf, sein rechtsfreundlicher Vertreter und jenes Organ der Finanzpolizei erschien, das das ggst Gerät bei der Kontrolle bespielt hat.

I.4. Es steht folgender entscheidungsrelevanter S a c h v e r h a l t fest:

Am 9. Februar 2018 fand im Lokal „x“ in S, x 2d eine finanzpolizeiliche Kontrolle nach dem GSpG statt. Betreiber des Lokals war der „x“. Bei dieser Kontrolle wurde im ggst Lokal das Gerät mit der Bezeichnung „TimeMachine“ mit der Seriennummer x betriebsbereit und funktionsfähig in einem öffentlich zugänglichen Bereich vorgefunden. Aufgestellt wurde dieses Gerät am 15. Jänner 2018. Der Bf war jedenfalls im Zeitraum von 15. Jänner 2018 bis 1. Februar 2018 Eigentümer des ggst Geräts. Der Bf trug in diesem Zeitraum das wirtschaftliche Verlustrisiko hinsichtlich dieses Geräts, da er für Verluste, die das Gerät aufgrund hoher Gewinnausschüttungen erwirtschaftete, aufzukommen hatte. Der Bf hat das Gerät dem Lokalbetreiber zur Durchführung von Glücksspielen zur Verfügung

gestellt, um daraus selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Weder der Bf noch der Lokalbetreiber waren Inhaber einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG zum Betrieb dieses Geräts. Es lag auch keine Konzession oder Bewilligung für in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

Der Spielablauf beim ggst Gerät stellt sich entsprechend der Dokumentation im Akt und der Aussage des Zeugen wie folgt dar:

Auf dem Gerät waren bei einem Mindesteinsatz von 1 Euro die Vervielfachungsfaktoren 1, 2 und 4 vorgesehen, was im Ergebnis der Wahl möglicher Einsätze von 1, 2 oder 4 Euro entspricht. Im Fall eines Lauflichtstopps im Ziel (Fußballtor) fiel der in Aussicht gestellte Höchstgewinn in Höhe des 10-fachen des vorgewählten Einsatzes an.

Die Spielauslösung (spiralförmiger Beleuchtungsumlauf) selbst erfolgte durch Loslassen der roten Taste „START STOP“, die zuvor mindestens eine Sekunde gedrückt gehaltenen werden musste. Der Beleuchtungsumlauf endet mit dem Stillstand des Lauflichts auf einem der Symbolfelder (Fußball, Zahlenfeld, oder Ziel mit Tor) am Glücksrad, welches beleuchtet bleibt. Der Beleuchtungsumlauf dauert so lange an, wie zuvor die Taste gedrückt gehalten wurde. Der Beleuchtungsumlauf folgt spiralförmig in ein Torsymbol, wurde die Taste länger gehalten, als der Beleuchtungsumlauf für das Erreichen des Tors benötigt, läuft der Beleuchtungsumlauf den Weg aus dem Tor wieder zurück. Der Beleuchtungsumlauf folgt immer demselben Muster und benötigt immer dieselbe Zeitspanne. Der Stillstand des Lauflichts auf einem der zahlreichen Felder mit dem Symbol „Fußball“ bedeutet den Verlust des Einsatzes, jener auf einem der Felder mit den Zahlen 2, 4, 6 oder die 10 im Ziel (Torsymbol) einen Gewinn in Höhe des Einsatzes multipliziert mit der beleuchteten Zahl als Faktor.

Die Beleuchtung der Bälle gleicht einem „Kometenschweif“, dh es ist nicht erkennbar, auf welchem Symbol sich der Lichtpunkt gerade befindet, da immer mehrere Felder gleichzeitig beleuchtet sind.

Der vom Zeugen dargestellte Spielverlauf entspricht dem im vom Bf vorgelegten Gerätegutachten vom 25. September 2016 des allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Franz Marton beschriebenen. Demnach hat das Gerät eine Spieloberfläche, auf der in konzentrischen Kreisen bzw spiralförmig angeordnete, hinterbeleuchtbare Symbolfelder, und zwar Fußballsymbole mit dazwischen liegenden Zahlensymbolen „2", „4" und „6" und in der Mitte ein zentral platziertes Fußballtor als Ziel dargestellt werden. Durch die im Hintergrund nacheinander erfolgende Beleuchtung der Symbole auf der Spieloberfläche (Lauflicht oder Beleuchtungsumlauf) kommt es zur optischen Darstellung eines Animationslaufes vom Startpunkt bis ins Tor. Ferner wird auf der Spieloberfläche der gewählte Vervielfachungsfaktor als „Level" („1", „2" oder „4")

dargestellt. Das Gerät verfügt über eine rote Spieltaste („START STOP") sowie u.a. über einen Münzeinwurf, ein Banknotenlesegerät, eine dreistellige Kredit- bzw Guthabensanzeige und zwei Funktionstasten (grüne Taste: „Rückgabe/Wählen 1/2" und gelbe Taste: „Wechseln Münzen -> Scheine").

Entsprechend diesem Gutachten bietet das Gerät sowohl eine Geldwechselfunktion als auch das Spiel „TimeMachine" an. Vom Kunden können 1- und 2-Euro-Münzen (Münzeinwurf) bzw. von 5- bis 100-Euro-Scheine (Banknotenlesegerät) in das Gerät eingegeben werden, womit ein Guthaben am Gerät hergestellt wird, das in der Kreditanzeige ersichtlich ist. Mit der Geldwechselfunktion kann das eingegebene Guthaben (nach Wahl) in 1- oder 2-Euro-Münzen getauscht werden. Dabei wird durch längeres Drücken der grünen Taste „Rückgabe/Wählen 1/2" der gesamte eingegebene Betrag gewechselt, sodass nach dem Wechselvorgang kein Guthaben mehr im Automaten verbleibt. Ferner ist es möglich, eingegebene Münzen durch Betätigung der gelben Taste „Wechseln Münzen -> Scheine" in 10-Euro-Banknoten zu wechseln; auch hier verbleibt kein Guthaben im Automaten, weil der allfällige Restbetrag in Münzen retourniert wird.

Für die Spielfunktion muss zunächst - wie oben beschrieben - durch die Eingabe von Münzen oder Banknoten ein Guthaben am Automaten hergestellt werden. Der Spieler muss anschließend durch (kurzes) Betätigen der grünen Taste „Rückgabe/Wählen 1/2" den Vervielfachungsfaktor bzw „Level" auswählen. Dieser entspricht dabei dem Spieleinsatz in Euro (Level 1 = 1 Euro, Level 2 = 2 Euro, Level 4 = 4 Euro), der bei Spielauslösung vom Guthaben abgezogen wird. Durch kurzes Betätigen der roten Spieltaste wird der Fußball am Startfeld beleuchtet. Zur Durchführung des Spiels muss die Spieltaste mindestens 1 Sekunde (höchstens 6 Sekunden) lang gedrückt werden; nach dem Loslassen der Taste wird durch Aufleuchten der Felder visualisiert, wie lange der Spieler die Taste betätigt hat und auf welchem Feld er folglich gelandet ist.

Ziel des Spiels ist es, auf einem Gewinnfeld zu landen, d.h. im Tor (Multiplikator 10) oder auf einem der Felder mit den Zahlen „2", „4" oder „6" (die jeweilige Zahl entspricht dem Multiplikator). Um im Tor zu landen, muss die rote Spieltaste bis zum Loslassen 3,6 bis 3,7 Sekunden lang gedrückt gehalten werden; diese Zeit ist bei jedem Spiel gleich. Hat der Spieler die Taste kürzer betätigt, landet er mit dem Lauflicht entsprechend der Betätigungsdauer und der Zeit (Verweildauer) von 0,1 Sekunden je Feld auf einem der vorherigen Felder; hat er sie länger betätigt, erreicht er zwar zunächst das Tor, wandert dann aber wieder zurück, sodass er erneut auf einem der Felder vor dem Tor landet.

Bei Erreichen eines der genannten vier Gewinnfelder wird der vom Spieler gewählte Einsatz mit dem Gewinnfaktor (Zahlensymbol) multipliziert und als Guthaben gutgeschrieben, welches in der Kreditanzeige aufscheint; landet er auf einem der übrigen Symbolfelder (Fußbälle), hat der Spieler das Spiel verloren und

es bleibt beim Abzug entsprechend dem gewählten Einsatz. Die Auszahlung des erworbenen oder verbleibenden Guthabens erfolgt, wie oben bei der Geldwechselfunktion dargestellt, durch Betätigen einer der Geldwechseltasten.

Das Zeitfenster für das Stoppen innerhalb der Gewinnränge betrug bei dem im Gutachten des Franz Marton (Seite 10) beschriebenen Prototyp der „TimeMachine“ noch 200 Millisekunden (= 0,2 Sekunden). Entsprechend den Ausführungen des Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung hat dieser aber die Zeitdauer für das Halten und Loslassen der roten Spieltaste, um ins Ziel bzw Hauptgewinnfeld zu gelangen, auf 3,6 bis 3,7 Sekunden herabgesetzt. Auch das im Gutachten Marton für das Stoppen innerhalb der Gewinnränge angeführte Zeitfenster von 0,2 Sekunden wurde vom Bf auf 0,1 Sekunden reduziert.

Aufgrund der Reduktion des Zeitfensters für das Stoppen des Umlaufs und der gleichzeitigen Beleuchtung mehrerer Felder gleichzeitig ähnlich einem „Kometenschweif“ steht fest, dass das Spielergebnis jedenfalls überwiegend vom Zufall abhängig war.

II. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem vorgelegten Akt, insbesondere der darin enthaltenen Dokumentation der Kontrolle und dem Gutachten des Sachverständigen Marton sowie den Ausführungen des Zeugen und des Bf in der öffentlichen mündlichen Verhandlung, an denen kein Grund zu zweifeln besteht.
Der festgestellte Spielablauf ergibt sich aus den Aussagen des Bf, des Zeugen, der in der Fotodokumentation festgehaltenen Spielbeschreibung und dem Gutachten. Dass das Spielergebnis zumindest vorwiegend vom Zufall abhing, ergibt sich aus den Aussagen des Zeugen, wonach nicht ein, sondern stets mehrere Lichter ähnlich einem „Kometenschweif“ beleuchtet blieben, wodurch nachvollziehbar erscheint, dass ein gezieltes Stoppen auf einem bestimmten Feld nicht möglich und auch zeitlich nicht abschätzbar war. Dazu kommt, dass der Bf das Zeitfenster für das Erreichen des Hauptgewinnfelds von 3,6 bis 3,8 Sekunden auf 3,6 bis 3,7 Sekunden herabgesetzt hat, was das gezielte Stoppen erheblich erschwert. Dazu führte der Bf in der Verhandlung aus, dass er dieses Zeitfenster deshalb reduziert habe, da es zuvor öfters zu hohen Gewinnen gekommen sei, die er auszubezahlen hatte. Allein aus dieser Aussage ist ersichtlich, dass ein allfällig ursprünglich vorhandenes Geschicklichkeitsmoment durch die Reduktion des Zeitfensters auf 0,1 Sekunden eliminiert wurde, weshalb feststeht, dass das Spielergebnis beim vorgefundenen Gerät jedenfalls vorwiegend vom Zufall abhing.

Dass der Bf das wirtschaftliche Risiko hinsichtlich des Geräts trug, ergibt sich aus dessen Aussagen. Auch, dass sich das ggst Gerät im vorgeworfenen Tatzeitraum im Eigentum des Bf befand, ergibt sich aus dessen Aussage.

Dass das Gerät zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurde, folgt bei lebensnaher Betrachtungsweise bereits daraus, dass die Aufstellung von Geräten, an denen gegen In-Aussicht-Stellen von Gewinnen Einsätze geleistet werden können, in einem öffentlich zugänglichen Bereich des Lokals letztlich mit der Absicht erfolgt, Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen auf diesen Geräten zu erzielen. Es sind im Verfahren auch keine ausreichenden Gründe hervorgekommen, die dafür sprechen würden, dass die Aufstellung und Betriebsbereithaltung des Geräts aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wäre.

Dass der Bf 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 wenig ist eine solche Konzession der Homepage des BMF https://www.bmf.gv.at/steuern/gluecksspiel-spielerschutz/in-oesterreich/gspg-konzessionaere.html zu entnehmen.

III. 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 eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde in den Fällen der Z 1 mit einer Geldstrafe von bis zu 60.000 Euro und in den Fällen der Z 2 bis 11 mit bis zu 22.000 Euro zu bestrafen, 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 § 1 Abs 1 GSpG ist ein Glücksspiel im Sinne dieses Bundesgesetzes ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt.

Gemäß § 2 Abs 1 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).

Gemäß § 2 Abs 2 Satz 1 GSpG 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.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

IV.1. Zur Funktionsweise und Qualifikation des Geräts vom Typ „TimeMachine“ sind jüngst die Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes auf Grund von hg. Anlassfällen ergangen (VwGH 11.07.2018, Ro 2018/17/0001; VwGH 20.08.2018, Ro 2018/17/0002). Gegen das diesen Gerätetyp als Geschicklichkeitsgerät einstufende Erkenntnis des LVwG Oberösterreich vom 6. März 2018, LVwG-412110/20/Wg/KHu, hatte die in diesem Verfahren belangte Behörde erfolgreich Amtsrevision erhoben.

Wie das durchgeführte Ermittlungsverfahren ergeben hat, hängt das Spielergebnis beim ggst Gerät „TimeMachine“ zumindest vorwiegend vom Zufall ab und ist somit unzweifelhaft als Glücksspielgerät zu qualifizieren. Die Spieler haben Einsätze zu leisten, für die ein Gewinn in Aussicht gestellt ist. Es handelt es sich daher um Ausspielungen iSd § 2 Abs 1 GSpG, für welche weder eine Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG vorlag, noch eine Ausnahme vom Glücksspielmonopol des Bundes nach § 4 GSpG in Betracht kam. Deshalb waren sie gemäß § 2 Abs 4 GSpG verboten.

Entsprechend der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (vgl VwGH 26.3.2015, Ra 2014/17/0033) kommt 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 veranstaltet, in Betracht, wer das Spiel auf

seine Rechnung und Gefahr ermöglicht, also das Risiko des Gewinns und Verlusts in seiner Vermögenssphäre trägt.

Aus dem durchgeführten Ermittlungsverfahren ergibt sich, dass der Bf für das Gerät, dessen Eigentümer er im vorgeworfenen Tatzeitraum war selbst das Risiko allfälliger Verluste getragen hat. Der Bf hat daher das auf dem Gerät angebotene Spiel auf seine Rechnung und Gefahr ermöglicht. Der Bf hat somit verbotene Ausspielungen veranstaltet, weshalb er den objektiven Tatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG erfüllt hat.

IV.2. Dem Bf wurde im ggst Straferkenntnis aber nicht das Veranstalten von verbotenen Ausspielungen gemäß § 52 Abs 1 Z 1 erstes Tatbild GSpG sondern die unternehmerische Beteiligung an verbotenen Ausspielungen gemäß § 52 Abs 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG vorgeworfen.

IV.2.1. 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 sich an verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt. Zur Frage der Veranstaltereigenschaft führte die belangte Behörde im gesamten Verfahren nichts aus. Die belangte Behörde qualifizierte die Tathandlungen als Beteiligung an verbotenen Ausspielungen. Diese Ansicht kann mit den Beweisergebnissen nicht in Einklang gebracht werden.

In seiner Entscheidung vom 19. Mai 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 (...).“
[Hervorhebungen nicht im Original]

Die belangte Behörde hätte daher dem Bf das Veranstalten verbotener Ausspielungen im gegenständlichen Lokal mit dem Glücksspielgerät anlasten müssen. Wie der Verwaltungsgerichtshof ausgeführt hat, geht das erste Tatbild vor und konsumiert das vierte Tatbild der unternehmerischen Beteiligung im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG. Täter des ersten Tatbildes (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 eine Handlung), sondern nur real (durch zwei oder mehrere Handlungen) konkurrieren.

Zumal – wie sich aus dem Ermittlungsverfahren ergeben hat – der Bf das Risiko von Verlusten trug, ist er als Veranstalter der ggst. verbotenen Ausspielungen anzusehen. Dem Bf wäre insofern das Veranstalten im Sinne des 1. Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG und nicht die unternehmerische Beteiligung iSd 4. Tatbildes vorzuwerfen gewesen, weil diese vom 1. Tatbild konsumiert wird. Dem Bf wurde insofern – von Beginn des ggst Strafverfahrens an – ein falscher Tatvorwurf gemacht.

IV.2.2. 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.

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, 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 VwGH 08.03.2017, Ra 2016/02/0226 RN 10).

Das Verwaltungsgericht ist insofern nicht berechtigt, den durch den Spruch des behördlichen Straferkenntnisses festgelegten Tatvorwurf dahingehend abzuändern, dass die vorgeworfene Tat der unternehmerischen Beteiligung an verbotenen Ausspielungen durch eine andere Tat, nämlich das Veranstalten von verbotenen Ausspielungen ausgetauscht wird.

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

V. Im Ergebnis war das angefochtene Straferkenntnis aus den dargelegten Gründen aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG (iVm § 38 VwGVG) einzustellen, weil der Bf die im ggst Straferkenntnis zur Last gelegte Verwaltungsübertretung iSd vierten Tatbildvariante des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG nicht zu verantworten hat.

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

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung weicht nicht von der 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 diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. 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. Reitter