

## Entscheidende Behörde

UVS Wien

## Entscheidungsdatum

23.03.2012

## Geschäftszahl

06/42/3428/2012

## Spruch

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat durch sein Mitglied Mag. DDr. Tessar über die Berufungen des Herrn Boris M. und des Finanzamtes 4/5/10 gegen das Straferkenntnis der Bundespolizeidirektion Wien - Büro für Waffen- und Veranstaltungsangelegenheiten, vom 8.2.2012, Zl.: III-S 9534/AB/12, betreffend drei Verwaltungsübertretungen nach § 2 Abs 4 i.V.m. § 52 Abs 1 Z 1 (5. Fall) [gemeint: 4. Fall, Anm.] Glücksspielgesetz, wie folgt entschieden:

Gemäß § 66 Abs 4 AVG wird der Berufung Folge gegeben, das Straferkenntnis behoben und das Verfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG eingestellt. Der Erstberufungswerber hat daher gemäß § 65 VStG keinen Beitrag zu den Kosten des Berufungsverfahrens zu leisten.

## Text

Der Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses lautet wie folgt:

„Sie haben als handelsrechtlicher Geschäftsführer der Fa. T. Gesmbh, etabliert in Wien, Ta.-str. und somit als zur Vertretung nach außen Berufener gemäß § 9 Abs 1 VStG verwaltungsstrafrechtlich zu verantworten, dass die Fa. T. Gesmbh an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 GSpG als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs 2 GSpG beteiligt war, indem 3 Glücksspielgerät(e) der Marke/Type AP. mit den Seriennummern SN xxx und SN xxx, ein Schirm Glancetron mit der Seriennummer xxx und ein Fujitsu PC mit der Seriennummer YL xxx ,welche(s) auf das Risiko der Firma T. Gesmbh als Geräteeigentümer am 8.9.2011 um 12:00 Uhr in Wien, Ar.-gasse, Lokal "H." in betriebsbereiten Zustand und voll funktionsfähig aufgestellt worden war(en),um Glücksspiele in Form von Ausspielungen durch Spieler an diesem(n) Geräte(n) durchzuführen, obwohl eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und auch keine Ausnahme vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 GSpG gegeben war. Bei dem(n) Glücksspielgerät(en) handelt es sich um Geräte mit Geldeinzugs- bzw. Einwurfsvorrichtungen, auf denen jeweils mehrere Spiele darunter insbesondere sogenannte "Walzensimulationsspiele" und auch virtuelle Kartenpokerspiele mit unterschiedlichen Einsatzhöhen, gespielt werden können. Der Spieler hat dabei nur die Möglichkeit die Einsatzhöhe pro Spiel festzulegen und nach Spielauslösung durch Drücken einer Starttaste (diese bewirkt ein Drehen der virtuellen Walzen bzw. ein virtuelles Austeilen der Pokerkarten) keine Möglichkeit den Spielerfolg (das Ergebnis der Walzensymbole nach Stillstand der Walzen bzw. der virtuell aufgedeckten Pokerkarten) gezielt selbst zu bestimmen.

Bei dem(n) "Wettautomaten" handelt es sich um einen Computer Marke Fujitsu (Seriennummer YL xxx) welcher mit einem Glancetron Bildschirm (Seriennummer xxx) verbunden war, der elektronisch gespeicherte - somit bereits stattgefunden - Hunderennen ablaufen lässt, wobei der Spieler auf das Ergebnis dieser virtuellen Rennen wetten kann, dabei aber keinen Einfluss auf das Zustandekommen des vermuteten Wett- oder Spielergebnisses hat.

Die T. Gesmbh haftet gem. § 9 Abs 7 VStG für die verhängte Geldstrafe, sonstige in Geld bemessenen Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten zur ungeteilten Hand.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschrift(en) verletzt:

§ 2 Abs 4 iVm § 52 Abs 1 Z 1 (5. Fall) Glücksspielgesetz Wegen dieser Verwaltungsübertretung(en) wird (werden) über Sie folgende Strafe(n) verhängt:

Geldstrafe von € je Gerät 2000.-, falls diese uneinbringlich ist, Ersatzfreiheitsstrafe von je Gerät 14 Tage, gemäß § 52 Abs 1 GSpG Ferner haben Sie gemäß § 64 des Verwaltungsstrafgesetzes (VStG) zu zahlen:

€ je Gerät 200.- als Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens, das sind 10% der Strafe.

Der zu zahlende Gesamtbetrag (Strafe/Kosten/Barauslagen) beträgt daher € 6600.-“

Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich die rechtzeitig eingebrachte Berufung des Finanzamtes Wien 4/5/10, in welcher als Berufungsgrund eine unrichtige rechtliche Beurteilung der Erstbehörde vertreten wurde. Erläuternd wurde dazu ausgeführt, dass die im Straferkenntnis angeführte Übertretungsnorm offensichtlich dem GSpG in der alten Fassung entnommen worden sei. Diese sei somit im gegenständlichen Straferkenntnis nicht anzuführen gewesen, weil diese Rechtsgrundlage nicht dem GSpG in der geltenden Fassung entspreche. Zudem sei der Begriff „anbietet“ seit geraumer Zeit auch im GSpG in der neuen Fassung entfallen, weshalb [im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG – Anm. der erkennenden Behörde] nur mehr vier Tatbilder angeführt werden, nämlich 1) das Veranstellen, 2) das Organisieren und 3) das unternehmerisch Zugänglichmachen von verbotenen Ausspielungen zur Teilnahme vom Inland aus sowie 4) das sich als Unternehmer an einer Ausspielung i.S.d. § 2 GSpG Beteiligen. Die anzuwendende Strafnorm müsse also im gegenständlichen Fall „§ 52 Abs 1 Z 1, erstes Tatbild, GSpG“ lauten. Ferner fehle in dem Bescheid der zwingend notwendig anzulastende Tatzeitraum, nämlich ein Tatzeitraum, welcher zumindest den Zeitraum zwischen dem 5.9.2011 und dem 8.9.2011 umfasse. Die tatsächliche Aufstelldauer der Eingriffsgegenstände wäre im Ermittlungsverfahren festzustellen gewesen, etwa aufgrund von Aussagen oder aufgrund von Verträgen. Auch sei der Strafbetrag nicht „je Gerät“, sondern für die insgesamt an diesem Standort begangene Tat zu bestimmen. Die Anzahl der Geräte und die daraus sich annähernd ergebenden Umsatzbeträge können jedoch bei der Festsetzung des Strafbetrages berücksichtigt und diese Bemessungsgrundlage, zusammen mit den anderen Bemessungsgrundlagen, in der Begründung des Bescheides angegeben werden. Anderenfalls hätte jedes Glücksspielgerät Gegenstand eines gesonderten Bescheides sein müssen. Das Finanzamt Wien 4/5/10 stellte daher gemäß § 50 Abs 5 GSpG als Amtspartei aufgrund der vorstehenden Ausführungen den Antrag, den Strafbescheid aufzuheben und durch einen hinsichtlich des Tatzeitraumes, der Rechtsgrundlage und der Begründung abgeänderten Bescheid zu ersetzen.

Gegen dieses Straferkenntnis richtet sich auch die rechtzeitig eingebrachte Berufung des Herrn M.. Dieser führte im Wesentlichen aus, dass er die Aufhebung des Straferkenntnisses beantrage, da er die Glücksspielgeräte ohne Software (welche von der Firma A. zur Verfügung gestellt worden sei) gekauft habe. Die Geräte seien beim Finanzamt für Verkehr- und Gebühren angemeldet worden. Laut den Informationen der Firma A., Herrn K. und des Finanzamtes würden die Geräte der Kategorie 4 angehören und seien diese nicht lizenzpflichtig. Er habe seine Arbeit nur nach den vom Finanzamt und der Firma A. erhaltenen Informationen durchgeführt und habe somit nicht rechtswidrig gehandelt.

Aus dem erstinstanzlichen Akt ist ersichtlich, dass am 20.12.2011 durch das Finanzamt Wien 4/5/10 eine Anzeige erfolgte, in welcher Herrn Boris M. in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der T. GmbH zur Last gelegt wurde, dass die Fa. T. GesmbH an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 GSpG als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs 2 GSpG beteiligt gewesen sei, indem 3 Glücksspielgeräte (erstens ein Gerät der Marke/Type AP. mit den Seriennummern SN xxx und SN xxx, zweitens ein Schirm Glancetron mit der Seriennummer xxx und drittens ein Fujitsu PC mit der Seriennummer YL xxx) auf das Risiko der Firma T. GesmbH als Geräteeigentümerin am 8.9.2011 um 12:00 Uhr in Wien, Ar.-gasse, Lokal "H." in betriebsbereitem Zustand und voll funktionsfähig aufgestellt gewesen seien, um Glücksspiele in Form von Ausspielungen durch Spieler an diesen Geräten durchzuführen, obwohl eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt worden sei und auch keine Ausnahme vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 GSpG gegeben gewesen sei. Bei den ersten beiden angeführten Glücksspielgeräten handle es sich um Geräte mit Geldeinzugs- bzw. Einwurfsvorrichtungen, auf denen jeweils mehrere Spiele, darunter insbesondere sogenannte "Walzensimulationsspiele" und auch virtuelle Kartenpokerspiele mit unterschiedlichen Einsatzhöhen, gespielt werden können. Der Spieler habe dabei nur die Möglichkeit, die Einsatzhöhe pro Spiel festzulegen und habe der Spiele nach der Spielauslösung durch Drücken einer Starttaste (diese bewirke ein Drehen der virtuellen Walzen bzw. ein virtuelles Austeilen der Pokerkarten) keine Möglichkeit, den Spielerfolg (das Ergebnis der Walzensymbole nach Stillstand der Walzen bzw. der virtuell aufgedeckten Pokerkarten) gezielt selbst zu bestimmen. Beim dritten angeführten Glücksspielapparat handle es sich um einen Wettautomaten. Bei diesem "Wettautomaten" handle es sich um einen Computer Marke Fujitsu (Seriennummer YL xxx) welcher mit einem Glancetron Bildschirm (Seriennummer xxx) verbunden gewesen sei, der elektronisch gespeicherte - somit bereits stattgefunden - Hunderennen ablaufen lasse, wobei der Spieler auf das Ergebnis dieser virtuellen Rennen wetten könne, wobei man aber keinen Einfluss auf das Zustandekommen des vermuteten Wett- oder Spielergebnisses habe.

Herr Boris M. gab am 5.10.2011 zeugenschaftlich einvernommen vor der Amtspartei im Wesentlichen an, dass er bis zum Juni 2011 mit der Fa. B. (Wetten Sch.) zusammengearbeitet habe. Dann habe er zur Fa. A. (H.) gewechselt. Von diesem Unternehmen habe er die ganze Hardware gekauft. Das seien die Computer und die Automaten von diesem Unternehmen. Er zahle einen Technologiebeitrag für die Geräte an die Fa. A.. Ob darin die Servicierung der Software enthalten sei, wisse er nicht. Der Lokalbetreiber sei die Pächterin Frau Narine AS.. Die Geräte seien seit August 2011 im Lokal aufgestellt. Die Geräte seien von der Firma A. geliefert worden. Der Gewinn und Verlust durch den Betrieb der Geräte gehe auf seine Rechnung. Er wisse nicht, welche Sportereignisse im Lokal live wahrnehmbar seien oder vom Computer aus übertragen würden. Von den Einnahmen der Live-Sportwetten an den Wettannahme-Terminals würden 50% der Einnahmen von Frau As. an die Fa. A. bezahlt. Von den Einnahmen der Sportwetten an der Theke würden 35% an die Fa. A. bezahlt. Ob darin auch die Hunderennen enthalten seien, wisse er nicht. Die Wettgebühren für die Sportwetten würden durch die Fa. A. entrichtet. Dafür gebe es Unterlagen. Diese würde er nachreichen. Welche Spiele und wie viele genau

auf den Walzenspielgeräten gespielt werden können, wisse er nicht. Die Spiele auf den Geräten würden übers Internet gesteuert. Wie hoch der jeweilige Spieleinsatz gewählt werden könne, wisse er nicht. Welcher Höchstgewinn möglich sei, wisse er auch nicht. Die Details zu den Spielen an den Geräten seien ihm nicht bekannt, da er selber nie spiele. Kunden hätten eigentlich nie Hilfe bei den Spielen benötigt. Er habe dem Mann der neuen Pächterin, Herrn Z., den Schlüssel zum Abdrücken der Geräte übergeben und ihn auf den Geräten eingewiesen. Im Falle einer Störung werde die Fa. A. von Herrn Z. informiert. Auszahlungen würden von Herrn Z. getätigt. Er habe die Geräte entleert. Ob es zu einer Abrechnung gekommen sei, könne er nicht mehr sagen. Sie hätten ausgemacht, 1) dass die Geräte bei ihm stehen, 2) dass diese auf seine Firma, nämlich die T. Ges.m.b.H., angemeldet seien und 3) dass der Gewinn nach Abzug der Fixkosten 50% - 50% geteilt werde. Diese Vereinbarung hätte bis zur Lokalübernahme durch die Ablöse der Pächterin gelten sollen. Er verfüge über einen Schlüssel zur Geldlade sowie über einen Zugang zur Buchhaltung. Die Geräte seien am Tag der Übergabe des Lokales nochmals geleert worden. Wie viel sich darin befunden habe, könne er nicht mehr sagen. Einen Vertrag mit der Fa. A. habe er nicht, lediglich Lieferscheine. Die Einleitung der Datenleitung in das Lokal sei durch ihn veranlasst und bezahlt worden. Die laufenden Gebühren seien mit Übernahme des Lokales durch die Pächterin mitübernommen worden. Die Einnahmen an den Geräten seien ganz normal in die Buchhaltung aufgenommen worden. Auf Vorhalt der Zwischenabrechnung „Be.“ gab er an, dass mit Be. die Sportliveautomaten gemeint seien. Was auf dieser Zwischenabrechnung genau dargestellt werde, könne er nicht sagen. Mit Schriftsatz vom 13.1.2012 wurde dem Berufungswerber die Möglichkeit geboten, sich zu den ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretungen zu rechtfertigen, wovon dieser jedoch keinen Gebrauch machte.

Daraufhin erließ die Erstbehörde das in Berufung gezogene Straferkenntnis vom 8.2.2012.

Der Unabhängige Verwaltungssenat Wien hat erwogen:

Durch § 2 Abs 1 GSpG wird die Glücksspielbegriff in zwei Unterbegriffe untergliedert, nämlich einerseits in Glücksspiele, welche als Ausspielungen i.S.d.

§ 2 Abs 1 GSpG einzustufen sind, und andererseits in Glücksspiele, welche nicht als Ausspielungen i.S.d. § 2 Abs 1 GSpG einzustufen sind. Unter einer Ausspielung versteht § 2 Abs 1 GSpG wiederum alle 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).

Unter einem Veranstalter eines Glücksspiels versteht man die Person, welche ein Glücksspiel auf eigene Rechnung und Gefahr durchführt. Eine Durchführung eines Glücksspiels auf eigene Rechnung und Gefahr liegt dann vor, wenn jemand sowohl den Gewinn als auch den Verlust aus der Glücksspieldurchführung, also auch das mit der Glücksspieldurchführung verbundene Risiko trägt. Ein Risiko trägt jemand (nur) dann, wenn sich allfällige Verluste aus dem Glücksspiel auf seine eigene Vermögenssphäre auswirken. Die vertragliche Vereinbarung über die Erlösaufteilung mag zwar ein Indiz für die Eigenschaft des Automatenverleihers als Mitveranstalter sein, reicht somit aber zur Begründung einer solchen Qualifikation nicht aus (vgl. VwGH 20.12.1996, 93/17/0058; 26.1.2010, 2008/02/0111; vgl. auch VwGH 14.7.1994, 90/17/0103). Unter einem Unternehmer i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG versteht das GSpG jede Person, welche selbstständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausübt, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein. Zudem ist unter den in § 2 Abs 2 GSpG näher angeführten Voraussetzungen auch dann eine Unternehmereigenschaft zu bejahen, wenn von unterschiedlichen Personen in Absprache miteinander Teilleistungen zur Durchführung von Glücksspielen mit vermögenswerten Leistungen im Sinne des § 2 Abs 1 Z 2 oder 3 GSpG an einem Ort angeboten werden. In Anbetracht des engen systematischen Konnexes zwischen § 2 Abs 2 GSpG und § 2 Abs 1 GSpG ist davon auszugehen, dass der Unternehmerbegriff i.S.d.

§ 2 Abs 1 GSpG und der Unternehmerbegriff des § 2 Abs 2 GSpG ident sind. Im Gesetz wird der im § 2 Abs 2 GSpG verwendete Begriff „Durchführung eines Glücksspiels“ nicht eigens definiert, doch ist aus dem Umstand, dass gemäß § 2 Abs 1 GSpG alle Ausspielungen als Glücksspiele einzustufen sind, zu folgern, dass stets die im § 2 Abs 1 Z 1 GSpG angeführten unternehmerischen Handlungen als „Durchführungen von Glücksspielen“ i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG einzustufen sind. Gemäß § 2 Abs 4 Glücksspielgesetz (in Hinkunft: GSpG) in der hier anzuwendenden Fassung BGBl. I Nr. 73/2010 sind verbotene Ausspielungen solche Ausspielungen i.S.d.

§ 2 Abs 1 GSpG, für welche eine Konzession oder Bewilligung nach diesem Bundesgesetz nicht erteilt wurde und welche zudem nicht vom Glücksspielmonopol des Bundes gemäß § 4 leg. cit. ausgenommen sind.

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 GSpG in der zwischen der Novelle BGBl. I Nr. 125/2003 und der Novelle BGBl. I Nr. 126/2008 geltenden Fassung begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu EUR 22.000,- zu bestrafen, wer Glücksspiele entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes veranstaltet, diese bewirbt oder deren Bewerbung ermöglicht.

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 GSpG in der zwischen der Novelle BGBl. I Nr. 126/2008 und der Novelle BGBl. I Nr. 54/2010 geltenden Fassung begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu EUR 22.000,- zu bestrafen, wer Glücksspiele entgegen den Vorschriften dieses Bundesgesetzes zur Teilnahme vom Inland aus veranstaltet, organisiert, anbietet oder unternehmerisch zugänglich macht.

Die Novelle BGBl. I Nr. 126/2008 basiert auf einen am 6.6.2008 eingebrachten Initiativantrag (IA 837A BlgNR 23. GP), wobei in diesem Initiativantrag noch nicht die Novellierung des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG beantragt wurde. Auch der Finanzausschuss (AB 649 BlgNR 23. GP), welchem dieser Initiativantrag zugewiesen worden ist, beantragte noch keine Novellierung des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG. Erst infolge eines Abänderungsantrags anlässlich der Nationalratssitzung vom 10.7.2008 wurde der Antrag auf Novellierung des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG in der letztlich auch beschlossenen und kundgemachten Form beantragt.

Die in diesem Abänderungsantrag beantragten Änderungen im § 52 GSpG wurden begründet wie folgt:

„Die Bestimmung wurde sprachlich überarbeitet, um sie klarer und verständlicher zu fassen sowie um Umgehungen von einzelnen Straftatbeständen entgegenzuwirken. In Übereinstimmung mit Europarecht (Rs Placanica) sollen verbotene Ausspielungen weiterhin dann mit Verwaltungsstrafe belegt sein, wenn sie zur Teilnahme vom Inland aus angeboten oder veranstaltet werden (Z 1). Auch Förderungshandlungen werden in Z 6 ausdrücklich als verwaltungsstrafbar statuiert. Unter die Strafbestimmung fallen nach Z 9 schließlich auch das Bewerben von verbotenem Glücksspiel sowie die Ermöglichung der Bewerbung, wenn keine Bewilligung durch den Bundesminister für Finanzen nach § 56 erteilt wurde. Die direkte Annahme von Trinkgeld bei der Durchführung von Ausspielungen ist aus ordnungspolitischen Gründen (insb. Unterbindung von Manipulationsanreizen) untersagt (Ausnahme Cagnotte gemäß § 27 Abs 3). Dieses Verbot wird nun in Z 11 auch verwaltungsstrafrechtlich abgesichert.

In Übernahme der Bestimmung des bisherigen § 56 Abs 3 GSpG soll die Teilnahme an verbotenen Elektronischen Lotterien angesichts der besonderen kriminalitäts- und suchbezogenen Risiken im Bereich des Remote Gambblings aus ordnungspolitischen Gründen weiterhin strafbar bleiben (Abs 3).“

Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 GSpG in der zwischen der Novelle BGBl. I Nr. 54/2010 und der Novelle BGBl. I Nr. 111/2010 geltenden Fassung begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu EUR 22.000,- zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 GSpG veranstaltet, organisiert, anbietet oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs 2 GSpG daran beteiligt. Gemäß § 52 Abs 1 Z 1 GSpG in der seit der Novelle BGBl. I Nr. 111/2010 geltenden Fassung begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Behörde mit Geldstrafe bis zu EUR 22.000,- zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 GSpG veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs 2 GSpG daran beteiligt.

Bis zu dieser Novelle BGBl. I Nr. 54/2010 waren seit der Novelle BGBl. I Nr. 126/2008 nachfolgende vier Handlungen als jeweils eigenständige Verwaltungsstraftatbestände unter Strafsanktion gestellt:

- 1) die Veranstaltung von Glücksspielen entgegen den Vorschriften des GSpG,
- 2) die Organisation von Glücksspielen entgegen den Vorschriften des GSpG,
- 3) die Anbietung von Glücksspielen entgegen den Vorschriften des GSpG,
- 4) die unternehmerische Zugänglichmachung von Glücksspielen entgegen den Vorschriften des GSpG,

Durch die Novelle BGBl. I Nr. 54/2010 wurde der Verwaltungsstraftatbestand der „Beteiligung i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG“ eingeführt.

Durch die Novelle BGBl. I Nr. 111/2010 wurde der Verwaltungsstraftatbestand des „Anbietens von Glücksspielen“ gestrichen.

Aus den Gesetzesmaterialien zur Novelle BGBl. I Nr. 54/2010 ergibt sich, dass bereits in der Regierungsvorlage (RV 658 Blg. NR 24. GP) zu den bestehenden vier Verwaltungsstraftatbeständen ein fünfter Verwaltungsstraftatbestand, nämlich der der „Beteiligung i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG“, eingeführt worden ist. Weder in der o.a. Regierungsvorlage noch im Ausschussbericht (RV 783 Blg. NR 24. GP) findet sich eine Erklärung, warum die Bestimmung des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG in der vorgeschlagenen Art novelliert werden sollte.

Aus den Gesetzesmaterialien zur Novelle BGBl. I Nr. 111/2010 ergibt sich, dass bereits in der Regierungsvorlage (RV 981 Blg. NR 24. GP) der Verwaltungsstraftatbestand des „Anbietens von Glücksspielen“ gestrichen worden ist.

Zu dieser Streichung wird in dieser Regierungsvorlage ausgeführt wie folgt:

„Das Tatbild des Anbietens hat neben den Tatbildern des Unternehmerisch-zugänglich-Machens oder der unternehmerischen Beteiligung kaum einen Anwendungsbereich. Im Interesse leichter abgrenzbarer Tatbilder soll dieses Tatbild entfallen.“

Nach Ansicht des berufenden Finanzamts hätte die Erstbehörde für die im gegenständlichen Straferkenntnis vorgenommene Tatanlastung als Übertretungsnorm den § 52 Abs 1 Z 1 erster Fall heranziehen müssen. Diese Ansicht wird unter Verweis auf Einvernahme von Herrn M. vor der Amtspartei am 5.10.2011 damit begründet, dass die T. Ges.m.b.H. die Verluste getragen habe. Sohin sei es nicht zulässig gewesen, dem Berufungswerber anzulasten, dass die T. Ges.m.b.H. „an verbotenen Ausspielungen .... beteiligt (gewesen) war“. Vielmehr wäre dem Berufungswerber im Straferkenntnis anzulasten gewesen, dass die T. Ges.m.b.H. „verbotene Ausspielungen veranstaltet“ habe.

Zu diesem Vorbringen verweist der erkennende Senat darauf, dass durch den vierten Fall des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG die „Beteiligung in der Eigenschaft als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs 2 GSpG an verbotenen

Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs 4 GSpG, an welchen vom Inland aus teilgenommen werden kann“, verboten und mit einer Strafsanktion belegt wird.

Im GSpG wird der im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG angeführte Begriff „Beteiligung in der Eigenschaft als Unternehmer i.S.d. § 2 Abs 2 [GSpG]“ nicht abschließend definiert. Insbesondere wird nicht klargestellt, worin sich die im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG angeführte „Beteiligung in der Eigenschaft als Unternehmer“ von den anderen in § 52 Abs 1 Z 1 GSpG unter Strafe gestellten Handlungen (nämlich die Veranstaltung einer Ausspielung i.S.d. § 2 Abs 4 GSpG, die Organisation einer Ausspielung i.S.d. § 2 Abs 4 GSpG und die unternehmerische Zugänglichmachung einer Ausspielung i.S.d. § 2 Abs 4 GSpG) unterscheidet.

Der Begriffsinhalt des Straftatbestands „Beteiligung in der Eigenschaft als Unternehmer i.S.d. § 2 Abs 2 [GSpG]“ im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG vermag aber in Anbetracht des Verweises auf § 2 Abs 2 GSpG dahingehend konkretisiert zu werden, als durch diesen Straftatbestand nur unternehmerische Handlungen i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG erfasst werden. In Anbetracht der Bezugnahme auf verbotene Ausspielungen im vierten Fall des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG [arg.: daran] ist weiters davon auszugehen, dass dieser Straftatbestand des vierten Falls nur durch eine unternehmerische Handlung i.S.d. § 2 Abs 2 i.V.m. Abs 1 GSpG im Rahmen von einer oder mehreren Ausspielungen i.S.d. § 2 Abs 4 i.V.m. Abs 1 GSpG verwirklicht zu werden vermag. In diesem Zusammenhang ist aber zu bemerken, dass auch die übrigen im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG angeführten Straftatbestände infolge des Verweises auf § 2 Abs 4 GSpG, bei Zugrundelegung der durch § 2 Abs 1 GSpG vorgenommenen Definition des auf für die Bestimmung des § 2 Abs 4 GSpG maßgeblichen Ausspielungsbegriffs [arg: Unternehmer] nur unternehmerische Handlungen i.S.d. § 2 Abs 2 i.V.m. Abs 1 GSpG im Rahmen von Ausspielungen i.S.d. § 2 Abs 4 GSpG zum Gegenstand haben. Insofern unterscheiden sich daher die Verwaltungsstraftatbestände der Fälle 1 bis 3 des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG nicht vom Verwaltungsstraftatbestand des vierten Falls des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG.

Durch § 2 Abs 1 Z 1 GSpG erfolgt nun aber eine abschließende Aufzählung der unternehmerischen Handlungen i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG. Infolge der Anknüpfung des Ausspielungsbegriffs des § 2 Abs 4 GSpG an die Ausspielungsbegriffsdefinition des § 2 Abs 1 GSpG ist sohin zu folgern, dass nur durch die vier im § 2 Abs 1 Z 1 GSpG angeführten Handlungen eine Ausspielung i.S.d. § 2 Abs 4 i.V.m. Abs 1 Z 1 GSpG gesetzt zu werden vermag.

Demnach vermag eine verbotene Ausspielung nur durch die nachfolgenden vier (im § 2 Abs 1 Z 1 GSpG bezeichneten) (i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG unternehmerischen) Handlungen gesetzt zu werden:

- 1) die (i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG unternehmerische) Veranstaltung einer Ausspielung i.S.d. § 2 Abs 4 GSpG,
- 2) die (i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG unternehmerische) Organisation einer Ausspielung i.S.d. § 2 Abs 4 GSpG,
- 3) die (i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG unternehmerische) Anbietung einer Ausspielung i.S.d. § 2 Abs 4 GSpG und
- 4) die (i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG unternehmerische) Zugänglichmachung einer Ausspielung i. S.d. § 2 Abs 4 GSpG.

Die Setzung von drei dieser vier (i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG unternehmerischen) Handlungen i.S.d. § 2 Abs 1 GSpG [nämlich 1) die unternehmerische Veranstaltung von

Ausspielungen i.S.d. § 2 Abs 4 GSpG, 2) die unternehmerische Organisation von

Ausspielungen i.S.d. § 2 Abs 4 GSpG und 3) die unternehmerische Zugänglichmachung von Ausspielungen i.S.d. § 2 Abs 4 GSpG] wird durch die Übertretungsnormen im § 52 Abs 1 Z 1 1. bis 3. Fall GSpG ausdrücklich unter Strafe gestellt. Lediglich die im § 2 Abs 1 Z 1 3. Fall GSpG angeführte (i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG unternehmerische) Handlung [nämlich das unternehmerische Anbieten von Ausspielungen i. S.d. § 2 Abs 4 GSpG] wird im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG nicht ausdrücklich als eine strafbare Handlung bezeichnet.

Andererseits wird aber im § 52 Abs 1 Z 1 vierter Fall GSpG zusätzlich zu den obangeführten drei pönalisierten unternehmerischen Handlungen i.S.d. § 2 Abs 1 GSpG auch „die Beteiligung als Unternehmer i.S.d. 2 Abs 2 GSpG“ unter Strafe gestellt. Somit werden im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG bis auf die Handlung der Anbietung i.S.d. § 2 Abs 1 Z 1 dritter Fall GSpG alle im § 2 Abs 1 Z 1 GSpG angeführten unternehmerischen Handlungen ausdrücklich unter Strafsanktion gestellt.

Es stellen sich daher zwei in einem engen Zusammenhang zueinander stehende Fragen:

- 1) Wird durch § 52 Abs 1 Z 1 GSpG auch die Handlung der im Rahmen einer verbotenen Ausspielung erfolgten Anbietung i.S.d. § 2 Abs 1 Z 1 dritter Fall GSpG unter Strafsanktion gestellt?
- 2) Durch welche Handlungen vermag der im § 52 Abs 1 Z 1 vierter Fall GSpG angeführte Straftatbestand der Beteiligung als Unternehmer i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG verwirklicht zu werden?

In Anbetracht des Umstands, dass die im § 2 Abs 1 Z 1 GSpG bezeichneten unternehmerischen Handlungen des Veranstaltens, Organisierens und Zugänglichmachens im Falle ihrer Setzung im Rahmen einer verbotenen Ausspielung ausdrücklich durch § 52 Abs 1 Z 1 1. bis 3. Fall GSpG mit Strafe bedroht sind, ist zu folgern, dass die im § 2 Abs 1 Z 1 GSpG bezeichnete unternehmerische Handlung des Anbietens im Falle ihrer Setzung im Rahmen einer verbotenen Ausspielung nur dann durch § 52 Abs 1 Z 1 GSpG mit Strafe bedroht ist, wenn der

Straftatbestand des § 52 Abs 1 Z 1 4. Fall GSpG (auch) im Falle der Setzung der unternehmerischen Handlung des Anbietens i.S.d.

§ 2 Abs 1 Z 1 GSpG im Rahmen einer verbotenen Ausspielung verwirklicht wird. Weiters wird schon infolge der Verweisung im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG auf § 2 Abs 4 i. V.m. Abs 1 GSpG zu folgern sein, dass die im § 52 Abs 1 Z 1 1. bis 3. Fall angeführten Tathandlungen den Begriffsinhalt der wörtlich gleichlautenden Handlungen i. S.d § 2 Abs 1 Z 1 GSpG übernehmen. Folglich ist aber auch zu folgern, dass die Handlung des Anbietens im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG i.d.F. BGBl. Nr. I Nr. 26/2008 bzw. BGBl. I Nr. 54/2010 ebenso den Begriffsinhalt der wörtlich gleichlautenden Handlung i. S.d. § 2 Abs 1 Z 1 GSpG übernahm. In Anbetracht der gleichwertigen Anführung der vier in § 2 Abs 1 Z 1 GSpG angeführten Handlungen in dieser Norm ist nun aber mangels eines gegenteiligen Indizes davon auszugehen, dass jede dieser Handlungen einen eigenständigen Bedeutungsgehalt aufweist und sich jede dieser Handlungen von den übrigen in dieser Norm angeführten Handlungen klar abgrenzen lässt. Es spricht zudem nichts für die Annahme, dass eine oder mehrere Handlungen i.S.d. § 2 Abs 1 Z 1 GSpG zu einer oder mehreren Handlungen i.S.d. § 2 Abs 1 Z 1 GSpG zueinander im Verhältnis „unmittelbare Tathandlung“ und „Beteiligungshandlung zu dieser unmittelbaren Tathandlung“ steht (stehen).

Die Interpretation des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG lässt nach Ansicht des erkennenden Senats im Hinblick auf die beiden obangeführten Fragen nur zwei einander ausschließende Auslegungsvarianten zu:

Nach der ersten Auslegungsvariante ist das Wort „beteiligt“ i.S.d. Beteiligungstäterschaftsbegriffs des § 7 VStG auszulegen. Demnach wäre dieser vierte Fall des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG als eine lex specialis zu § 7 VStG auszulegen, sodass die Setzungen der durch den vierten Fall dieser Norm bezeichneten Handlungen nicht als Verwirklichungen des Tatbildes einer Beteiligungstäterschaft i.S.d. § 7 VStG, sondern als Verwirklichungen einer unmittelbaren Täterschaft zu qualifizieren wären. Folglich würde für die tatbestandsmäßige Verwirklichung der im vierten Fall dieser Norm untersagten Beteiligungshandlungen (i.S.d. § 7 VStG) keine Verwirklichung in der Schuldform des Vorsatzes erforderlich sein.

Bei Zugrundelegung dieser Auslegung würde nun aber die Setzung einer verbotenen Ausspielung durch die im § 2 Abs 1 Z 1 dritter Fall angeführte Handlung des Anbietens eines Glücksspiels nicht von der Übertretungsnorm des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG erfasst sein und infolge der Nichtpönalisierung derartiger Handlungen durch einen anderen im GSpG normierten Straftatbestand nach dem GSpG weder verboten noch strafbar sein.

Zu diesem Auslegungsergebnis hat man nämlich deshalb zu gelangen, da diesfalls die Wendung „daran“ im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG denkunmöglich auf alle Ausspielungen i.S.d.

§ 2 Abs 4 GSpG GSpG (und somit auch auf verbotene Ausspielungen infolge des Anbietens eines Glücksspiels) bezogen werden kann:

Wollte man nämlich annehmen, dass sich diese Wendung „daran“ auf alle verbotenen Ausspielungen bezieht, stünde man vor der absolut gleichheitswidrigen Auslegung, wonach die Verwirklichung einer verbotenen Ausspielung durch das Anbieten eines Glücksspiels dem Anbieter (in seiner Eigenschaft als unmittelbarer Täter) (mangels Aufnahme des Verwaltungsstraftatbestand des „Anbietens“ im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG) nicht untersagt wäre, sodass der „unmittelbare Täter“ nicht strafbar wäre. Demgegenüber würde aber jeder sich an der (für den unmittelbar Handelnden rechtmäßigen) Handlung des Anbietens eines Glücksspiels „Beteiligende (i.S.d. § 7 VStG)“ ein strafbares Verhalten setzen. Schon eine verfassungskonforme Interpretation würde daher bei Auslegung der Wendung „Beteiligen“ i.S.d. Begrifflichkeit des § 7 VStG gebieten, die Wendung „daran“ nur auf die drei durch § 52 Abs 1 Z 1 GSpG angeführten Straftatbestände zu beziehen. Nur insofern daher jemand als unmittelbarer Täter eine tatbildliche Handlung i.S.d. § 52 Abs 1 Z 1 1. bis 3. Fall GSpG setzt, wäre demnach eine Beteiligung (i.S.d. § 7 VStG) an dieser Handlung als tatbildlich i.S.d. § 52 Abs 1 Z 1 4. Fall GSpG zu qualifizieren. Für diese Auslegung des Begriffes „Beteiligung“ i.S.d. Begrifflichkeit des § 7 VStG könnte die Textierung des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG i.d.F. BGBl. I Nr. 54/2010 insofern als Beleg herangezogen werden, als in dieser noch zusätzlich zu den nunmehr im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG angeführten Straftatbeständen auch der Straftatbestand des (i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG unternehmerischen) Anbietens als ein eigener Straftatbestand angeführt wurde. Daraus wäre wohl zu folgern, dass der Gesetzgeber damals alle vier im § 2 Abs 1 Z 1 GSpG angeführten Handlungen (im Hinblick auf die Setzung einer verbotenen Ausspielung) verbieten wollte und zudem auch die Beteiligung (i.S.d. § 7 VStG) an diesen. Durch die Streichung des Straftatbestands des (i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG unternehmerischen) Anbietens durch die Novelle BGBl. I Nr. 111/2010 wäre daher zu folgern, dass die Setzung der im § 2 Abs 1 Z 1 GSpG angeführten Handlung des „Anbietens“ durch § 52 Abs 1 Z 1 GSpG bewusst nicht mehr unter Strafsanktion gestellt werden sollte.

Diese Auslegung wieder hätte zur Folge, dass nunmehr zwar das Bewerben einer verbotenen Ausspielung (vgl. § 52 Abs 1 Z 9 GSpG), nicht aber mehr das Anbieten einer verbotenen Ausspielung verboten und unter Strafsanktion gestellt wäre. Dass solch ein Auslegungsergebnis offenkundig unsachlich ist, bedarf wohl keiner näheren Begründung; stellt doch das Bewerben einer Ausspielung eine Beitragshandlung insbesondere für das Anbieten der beworbenen Ausspielung dar. Wollte man das Gesetz in diesem unsachlichen Sinn auslegen, wäre nur die Beitragshandlung des „Bewerbens“ nicht aber die unmittelbare Tathandlung des „Anbietens“ unter Strafsanktion gestellt.

Eine verfassungskonforme Interpretation des § 52 Abs 1 Z 1 vierter Fall GSpG gebietet es daher, dass durch diesen Straftatbestand (insbesondere) auch die Fälle des (i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG unternehmerischen) Anbietens einer verbotenen Ausspielung untersagt und unter Strafsanktion gestellt werden. Zu diesem Auslegungsergebnis vermag man nur dadurch zu gelangen, als man das Verhältnis zwischen den durch § 52 Abs 1 Z 1 1. bis 3. Fall

GSpG normierten Verwaltungsstraftatbeständen und dem (nunmehr) durch den § 52 Abs 1 Z 1 4. Fall GSpG normierten Verwaltungsstraftatbestand als im Verhältnis *lex specialis* : *lex generalis* stehend qualifiziert. Demnach wären die im § 52 Abs 1 Z 1 1. bis 3. Fall GSpG angeführten Handlungen lediglich als besonders hervorgehobene „i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG unternehmerische Beteiligungen an verbotenen Ausspielungen“ einzustufen. Schon aufgrund des Umstands, dass die Handlung des (i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG unternehmerischen) Anbietens ebenso wie die im § 52 Abs 1 Z 1 1. bis 3. Fall GSpG angesprochenen Handlungen gleichwertig nebeneinander im § 2 Abs 1 Z 1 GSpG angeführt sind, wäre diesfalls zu folgern, dass auch durch die Handlung des „(i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG unternehmerischen) Anbietens einer verbotenen Ausspielung“ eine „i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG eine unternehmerische Beteiligung an einer verbotenen Ausspielung“ erfolgt.

Diese Auslegung vermag insofern auf die Materialien zur Novelle BGBl. I Nr. 111/2010 gestützt zu werden, als in der Regierungsvorlage zu dieser Novelle darauf hingewiesen wurde, dass die Verwaltungsstraftatbestände des „Anbietens“ und des „Beteiligens“ einander weitgehend überschneiden; diese beiden Verwaltungsstraftatbestände daher nicht klar voneinander trennbar sind (wohingegen aber aus § 2 Abs 1 Z 1 GSpG abzuleiten ist, dass die in dieser Norm angeführten Handlungstatbestände einander nicht überschneiden, sondern diese vielmehr klar voneinander abgrenzbar sind).

Diese Auslegung des Begriffs „Beteiligung“ impliziert daher, dass der Gesetzgeber infolge der Aufnahme des Generalverwaltungsstraftatbestands der „i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG unternehmerischen Beteiligung an einer verbotenen Ausspielung“ eine eigenständige Anführung des Spezialverwaltungsstraftatbestands des „(i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG unternehmerischen) Anbietens einer verbotenen Ausspielung“ nicht mehr notwendig erachtet hat. Bei Zugrundelegung dieses Verständnisses des Gesetzgebers ist es aber nicht erklärlich, warum der Gesetzgeber weiterhin die ausdrückliche Anführung der im § 52 Abs 1 Z 1 1. bis 3. Fall angeführten Spezialtatbestände als notwendig erachtet.

Die besseren Argumente sprechen daher dafür, dass der historische Gesetzgeber in gleichheitswidriger Weise einen nicht näher bestimmbar verschwindend kleinen Anwendungsbereich des Tatbilds des „Anbietens einer verbotenen Ausspielung“ straffrei stellen wollte. Dieser Auslegung ist aber in Anbetracht des Gebots zur verfassungskonformen Interpretation von Gesetzesbestimmungen keinesfalls zu folgen; wobei diesfalls auch infolge der gänzlichen Nichtbestimmbarkeit des durch die Novelle BGBl. I Nr. 111/2010 nicht mehr tatbildlich erklärten Verhaltens und infolge der daraus zu implizierenden Unbestimmbarkeit des Begriffs „Beteiligung“ von der Verfassungswidrigkeit der Auslegung des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG in diesem Sinne auszugehen wäre.

Auch bei Zugrundelegung der zu favorisierenden verfassungskonformen Interpretation gelangt infolge der Wendung „daran“ im vierten Fall des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG der durch diesen vierten Fall erfasste Generalverwaltungsstraftatbestand nur im Fall der Setzung einer verbotenen Ausspielung i.S.d. § 2 Abs 4 GSpG zur Anwendung. Eine verbotene Ausspielung vermag nun aber gemäß § 2 Abs 1 Z 1 GSpG nur durch die vier in § 2 Abs 1 Z 1 GSpG angeführten Handlungen gesetzt zu werden. Wenn nun aber drei dieser vier Handlungen ausdrücklich als Spezialverwaltungsstraftatbestände im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG erfasst werden, gelangt man zum skurrilen Ergebnis, dass für die Anwendung des im 4. Fall des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG normierten Generalverwaltungsstraftatbestands nur eine Tatbildverwirklichung, nämlich die Tatbildverwirklichung durch das „(i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG unternehmerische) Anbieten“, in Frage kommt. Somit wäre aber durch die Novellen BGBl. I Nr. 54/2011 und BGBl. I Nr. 111/2011 außer Verwirrung nichts bewirkt worden. Sohın ist davon auszugehen, dass der im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG normierte Generalverwaltungsstraftatbestand der „Beteiligung als Unternehmer i.S.d. § 2 Abs 2 GSpG“ nur dann verwirklicht wird, wenn eine Anbietung i.S.d. § 2 Abs 1 Z 1 GSpG im Rahmen einer verbotenen Ausspielung i.S.d. § 2 Abs 4 GSpG erfolgt. Die Analyse des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG ergibt (in Anbetracht der Unzulässigkeit der Bestrafung einer Person wegen der Übertretung einer *lex generalis*, wenn auch das Tatbild der Übertretung einer *lex specialis* zu dieser *lex generalis* verwirklicht wurde) insofern, dass es sich bei den vier in dieser Bestimmung unter Strafe gestellten Handlungen um letztlich unabhängig voneinander verfolgbare Verwaltungsstraftatbestände handelt. Sohın werden in § 52 Abs 1 Z 1 GSpG vier unterschiedliche Straftatbestände normiert und wird die Verwirklichung jedes dieser Straftatbestände jeweils mit Strafe bedroht. In Anbetracht der verwaltungsgerichtlichen Judikatur hat der Gesetzgeber sohın den Behörden das Leben insofern schwer gemacht, zumal im Falle der Übertretung einer *lex specialis* (daher eines Spezialverwaltungsstraftatbestands) eine Bestrafung wegen der (gleichzeitig auch erfolgten) Übertretung einer *lex generalis* (daher eines Generalverwaltungsstraftatbestands) unzulässig ist. Aus § 44a VStG wiederum ist abzuleiten, dass durch ein Straferkenntnis ausdrücklich klar zum Ausdruck gebracht werden muss, welcher gesetzlich normierte Verwaltungsstraftatbestand als verwirklicht angesehen und mit einer Strafe belegt wird.

Bei einer Bestrafung wegen der Setzung eines der im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG angeführten Straftatbestände ist es daher geboten, das dem Beschuldigten angelastete Verhalten derart umfangreich zu konkretisieren, dass die Zuordnung zu (nur) einem dieser vier Straftatbestände evident ist. Nur unter dieser Voraussetzung ist es der Berufungsbehörde möglich festzustellen, was im jeweiligen Berufungsverfahren Sache i. S.d. § 66 Abs 4 AVG ist; steht es doch der Berufungsbehörde nicht zu aus eigener Macht zu bestimmen, was die Sache i.S.d. § 66 Abs 4 AVG des jeweiligen Berufungsverfahrens ist.

Aus dem im gegenständlichen Straferkenntnis dem Berufungswerber angelasteten Verhalten (arg.: Beteiligen) und der Anführung des letzten Falls des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG als Übertretungsnorm vermag eindeutig erschlossen zu werden, dass die Erstbehörde dem Berufungswerber die Verwirklichung des Verwaltungsstraftatbestands des § 52 Abs 1 Z 1 vierter Fall GSpG angelastet hat; wenngleich die Erstbehörde es

entgegen den Vorgaben des § 44a VStG verabsäumt hat darzulegen, in welcher konkreten Handlung die angelastete Beteiligungshandlung bestanden haben soll. Im Übrigen vermag aus der konkreten Tatanlastung keinesfalls eine Anlastung des Verwaltungsstraftatbestands des § 52 Abs 1 Z 1 1. Fall GSpG gefolgert zu werden, zumal im Spruch nicht einmal andeutungsweise die Durchführung einer Veranstaltung i. S.d. § 2 Abs 1 Z 1 GSpG angelastet worden ist.

Gegenstand des gegenständlichen Berufungsverfahrens i.S.d. § 66 Abs 4 AVG ist daher die Anlastung der Verwirklichung des Verwaltungsstraftatbestands des § 52 Abs 1 Z 1 vierter Fall GSpG. Zu keinem anderen Ergebnis vermag man auch bei Heranziehung der ausdrücklich angelasteten Verwaltungsstrafnorm zu gelangen, zumal die von der Zweiterberufungswerberin angeführte angelastete Rechtsvorschrift, nämlich der fünfte Fall des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG gar nicht mehr existiert. Da bekanntlich die Berufungsbehörde gemäß § 66 Abs 4 AVG nur in der Sache i.S.d.

§ 66 Abs 4 AVG zu entscheiden hat, ist es (entgegen der offenkundig rechtsirrigen Annahme des berufungswerbenden Finanzamts) dem erkennenden Senat verwehrt, im Zuge des Berufungsverfahrens das dem Beschuldigten angelastete tatbildliche Verhalten durch ein anderes (die Verwirklichung eines anderen Tatbildes darstellendes) Verhalten auszutauschen, und nunmehr dem Beschuldigten die Übertretung des Verwaltungsstraftatbestands des § 52 Abs 1 Z 1 erster Fall GSpG anzulasten. In Anbetracht der gleichwertigen Anführung der Handlungen „Veranstalten“, „Organisieren“, „Anbieten“ und „unternehmerisch Zugänglichmachen“ im § 2 Abs 1 Z 1 GSpG ist zu folgern, dass jede dieser vier Handlungen eine andere Tätigkeit (einen anderen pönalisierten Sachverhalt) zum Gegenstand hat. In Anbetracht dieses Umstands vermag die Wendung „Anbieten“ nur insofern ausgelegt zu werden, als durch diesen Begriff das „Auffordern zum Abschluss eines Glücksspielvertrags durch eine Person, welche nicht als Veranstalterin dieses Glücksspiels einzustufen ist“ zu verstehen ist. Es erschiene nämlich unsachlich, dass nach dem Willen des Gesetzgebers durch die Aufforderung zum Abschluss eines Glücksspielvertrags durch den Veranstalter des Glücksspiels zwei unabhängige Verwaltungsstraftatbestände (nämlich der des Veranstaltens und der des Anbietens) verwirklicht werden sollen. Wenn daher jemand in seiner Eigenschaft als Veranstalter i.S.d. § 2 Abs 1 Z 1 GSpG jemanden zum Abschluss eines Glücksspielvertrags auffordert, ist dieser nicht als „Anbieter eines Glücksspiels“ i.S.d. § 2 Abs 1 Z 1 GSpG einzustufen. Wie das berufende Finanzamt überzeugend darlegt, hat der Berufungswerber (im Einklang mit den sonstigen behördlichen Erhebungen) selbst vorgebracht, dass die von ihm vertretene Gesellschaft auch das Verlustrisiko hinsichtlich der von dieser durchgeführten verbotenen Ausspielungen getragen hat. Sohin ist aber zu folgern, dass dieser Gesellschaft die Verwirklichung des Verwaltungsstraftatbestands des § 52 Abs 1 Z 1 erster Fall GSpG anzulasten gewesen wäre, und dass diese Gesellschaft keinesfalls als Anbieterin i.S.d. § 2 Abs 1 Z 1 GSpG eingestuft werden kann. Sohin ist es aber als erwiesen anzusehen, dass die gegenständliche Gesellschaft nicht das ihr angelastete Tatbild des § 52 Abs 1 Z 1 vierter Fall GSpG begangen hat. Bemerkt wird, dass auch im Falle, dass man das Wort „Beteiligen“ im § 52 Abs 1 Z 1 GSpG im Sinne des § 7 VStG auslegen sollte, der erkennende Senat zu keinem anderen Ergebnis gelangen hätte können. Diesfalls wäre nämlich ebenfalls spruchgemäß einzustellen gewesen. Dies deshalb, da im gesamten Akt kein Indiz für eine solche Beteiligungshandlung hervor geht und zudem mangels Konkretisierung, in Bezug auf welche der drei ersten Fälle des § 52 Abs 1 Z 1 GSpG welche konkrete Beteiligungshandlung gesetzt worden sein soll, auch keine den Anforderungen der verwaltungsgerichtlichen Judikatur zum § 44a VStG entsprechende Verfolgungshandlung gesetzt worden ist.

Es war daher der Berufung des berufungswerbenden Finanzamts zu entsprechen, und daher spruchgemäß das Straferkenntnis zu beheben und das hinsichtlich der Anlastung der Verwirklichung des Generalverwaltungsstraftatbestands des § 52 Abs 1 Z 1 4. Fall GSpG geführte Verwaltungsstrafverfahren zur Einstellung zu bringen. In Anbetracht dieses Ergebnisses erübrigt sich die Auseinandersetzung mit dem Berufungsvorbringen des Beschuldigten.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.