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-412425/6/FP

Datum:
Linz, 19. Juni 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Pohl über die Beschwerde von M M, P, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, W, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 30. August 2017, GZ: VStV/916301423495/2016, wegen Übertretung des GSpG, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 14. Juni 2018

zu Recht:

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

II. Die Beschwerdeführerin hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens, noch des behördlichen Strafverfahrens zu leisten.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit dem im Kopf genannten Straferkenntnis verhängte die belangte Behörde 5 Strafen in Höhe von jeweils 6.000 Euro (jeweils 66 Stunden Ersatzfreiheitsstrafe) über die Beschwerdeführerin (Bf) und warf ihr zusammengefasst vor, als zur Vertretung nach außen berufenes Organ der GmbH verbotene Ausspielungen veranstaltet zu haben, ohne über eine dafür erforderliche Konzession zu verfügen.

I.2. Gegen dieses Straferkenntnis erhob die Bf mit anwaltlichem Schriftsatz vom 25. September 2017 rechtzeitig Beschwerde in der sie wenig konkretisiert Verfahrensfehler und andere Mängel, sowie die Unionsrechtswidrigkeit des GSpG behauptete.

I.3. Die belangte Behörde legte dem Verwaltungsgericht die Beschwerde samt Verfahrensakt mit Schreiben vom 18. Oktober 2017 zur Entscheidung vor, ohne eine Beschwerdevorentscheidung zu fällen.

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsstrafakt, den Beschlagnahmeakt des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich LVwG-411643 – 411644 und das dort ergangene Erkenntnis vom 2. Jänner 2018 und öffentliche mündliche Verhandlung vom 14. Juni 2018 zu der nur ein Vertreter der Finanzbehörde erschien und in der ein Zeuge vernommen wurde. Die anderen Parteien blieben der Verhandlung fern.

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

Die Bf ist Geschäftsführerin der GmbH mit Sitz in G (FNx). [Firmenbuch]
Die gegenständlichen Glücksspielgeräte waren im Lokal „S M“, L, aufgestellt. Das Lokal wird von A C G betrieben [Akt LVwG-412424; Anzeige Finanzpolizei; Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 2. Jänner 2018, LVwG-411643 – 411644]
Die GmbH ist Eigentümerin der vorgefundenen Glücksspielgeräte [Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 2. Jänner 2018, LVwG-411643 – 411644]
Es kann nicht festgestellt werden, dass die GmbH die im genannten Lokal angebotene Spiele auf ihre Rechnung und Gefahr ermöglicht, also das Risiko des Gewinns und Verlusts in ihrer Vermögenssphäre getragen hat.

II.3. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem abgeführten Beweisverfahren, insbesondere den in Klammern angegebenen Beweismitteln.
In ihrem Straferkenntnis wirft die belangte Behörde der Bf, wohl fußend auf der Anzeige der Finanzpolizei, das Veranstalten (gemeint die Verantwortlichkeit für das Veranstalten durch die PFM GmbH) von Glücksspielen vor. Dieses nach dem ersten Tatbild des § 52 Abs. 1 GSpG mit Strafe bedrohte Handeln erfordert die Feststellung des Ermöglichens des Spiels auf eigene Rechnung und Gefahr, also das Tragen des Risikos des Gewinns und Verlusts in seiner Vermögenssphäre (zuletzt VwGH 1. Februar 2018, Ra 2017/17/0854; ständige Rechtsprechung). In seinem Erkenntnis vom 26. März 2015, Ra 2014/17/0033 hat der VwGH zusammengefasst dargestellt, dass bei einem Zusammenfallen von Geräteeigentümerin und Lokalbetreiberin „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“.

Diesbezüglich finden sich im Akt keinerlei Hinweise (mit Ausnahme der diesbezüglichen unbelegten Aussage der Finanzpolizei in der Anzeige, die offenbar alleine auf der Tatsache fußt, dass die Geräte der GmbH gehören sollen).

Weder finden sich Bonausdrucke auf welchen jene Person zu finden sein müsste, die Gewinne an den Spieler zu leisten hat, noch hat die von der Finanzpolizei vernommene Zeugin irgendwelche verwertbaren Angaben gemacht. Es finden sich keine Verträge (Aufstellvertrag, Vertrag über die Aufteilung der Gewinne, Quittungen etc.). Selbst der Umstand, dass die GmbH Eigentümer der Geräte ist, kann nur dem genannten Beschlagnahmeerkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich entnommen werden, weil jegliches diesbezügliches Beweismittel im Akt nicht aufzufinden ist. Die Eigentümerschaft in Bezug auf die Geräte, lässt für sich alleine nicht mit der im Verwaltungsstrafverfahren erforderlichen Sicherheit auf eine Veranstaltereigenschaft schließen. Vielmehr müssten weitere Indizien, etwa ein auf die Gesellschaft hinweisender Bonausdruck, das Betreiben des Lokals, Arbeitsverhältnisse, etc. hinzutreten.

Weder der Behördenvertreter, noch der Rechtsvertreter der Bf erschienen zur öffentlichen mündlichen Verhandlung und konnten insofern nicht befragt werden. Das erstbehördliche Straferkenntnis schweigt zur Frage, wie es zur Annahme einer Veranstaltereigenschaft kommt.

Zusammengefasst finden sich im gegenständlichen Akt keine ausreichenden Beweismittel, welche mit der in Verwaltungsverfahren erforderlichen Sicherheit schließen ließen, dass die GmbH das Gewinn und Verlustrisiko in Bezug auf das vorliegend (von wem auch immer) veranstaltete Glücksspiel trug.

III. Das Landesverwaltungsgericht hat erwogen (rechtliche Beurteilung):

III.1. Wie in der Beweiswürdigung dargestellt, liegen keine Beweise dafür vor, dass die GmbH vorliegend entsprechend der bereits zitierten Judikatur des VwGH das Gewinn- und Verlustrisiko trug. Sie war nicht Betreiberin des Lokals, sodass die ermittelten Fakten für die Annahme, die GmbH sei Veranstalterin gewesen, nicht ausreichen.
Es ergibt sich, dass der GmbH das Veranstalten von Glücksspiel nicht nachgewiesen werden kann.

Eine Bestrafung kann iSd § 45 Abs. 1 Z 1 VStG aber nur dann erfolgen, wenn die der Beschuldigten zur Last gelegte Tat erwiesen ist. Im Verwaltungsstrafverfahren gilt der Grundsatz „in dubio pro reo“ (*Fister* in *Lewisch/Fister/ Weilguni*, VStG § 25 Rz 10). In Bezug auf die Verwirklichung des objektiven Tatbestands und auch die Rechtswidrigkeit ist die Behörde beweispflichtig (*Lewisch* in Lewisch/Fister/ Weilguni, VStG § 5 Rz 8 mwN).

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertritt, ist der Grundsatz „in dubio pro reo" anzuwenden, wenn nach Durchführung des Beweisverfahrens Zweifel an der Verwirklichung des Tatbildes durch die Beschuldigte bleiben (vgl. VwGH 15. November 2000, 2000/03/0237).
Wie oben ausführlich dargestellt, war im vorliegenden Fall die Klärung der Frage, ob es sich bei der PFM GmbH um die Veranstalterin des Glücksspieles handelte, nicht möglich.

Es darf bemerkt werden, dass die belangte Behörde der Bf mit der gewählten Spruchformulierung – bei entsprechender Beweislage wohl korrigierbar - das unmittelbare Veranstalten (durch die Bf selbst) vorgeworfen hat („Sie haben [...] als zur Vertretung nach außen berufenes Organ [...] und somit als Unternehmer [...] veranstaltet [...]. Der Bf wäre aber unter Nennung ihrer satzungsgemäßen Funktion die Verantwortlichkeit für das Handeln der Gesellschaft vorzuwerfen gewesen. (Sie haben es als Geschäftsführerin der GmbH zu verantworten, dass diese ... veranstaltet hat...).

III.2. Es liegt die Annahme nahe, dass der Bf, geht man davon aus, dass die GmbH die Glücksspielgeräte zur Verfügung gestellt hat, ein Vorwurf nach dem 4. Tatbild des § 52 Abs. 1 GSpG (typisierte Beteiligung) gemacht hätte werden können.

Eine Korrektur ist dem Verwaltungsgericht jedoch verwehrt.

„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. Juli 2005, 2004/06/0064; 13. Dezember 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 mwH).

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 (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 „Veranstalten“ durch einen anderen Tatvorwurf, etwa „unternehmerisch Beteiligen“ ausgetauscht wird.

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

Im Übrigen ist die Verfolgungsverjährungsfrist längst abgelaufen.

III.3. Demgemäß war das bekämpfte Straferkenntnis vom Verwaltungsgericht aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen.

IV. Bei diesem Ergebnis war der Bf gemäß § 52 Abs. 9 VwGVG und § 66 Abs. 1 VStG weder ein Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht, noch ein Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde vorzuschreiben.

V. 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 Bezug habende Judikatur des VwGH wurde im Erkenntnis ausführlich zitiert. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Pohl