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-412872/8/Wei

Datum:

Linz, 21. Mai 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Weiß über die Beschwerde der P. S., vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F. M., W., gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 16. April 2018, GZ: VStV/918300204257/2018, wegen einer Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs 1 Z 5 iVm § 50 Abs 4 Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird stattgegeben, das angefochtene Straferkenntnis aufgehoben und das Strafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG iVm § 38 VwGVG eingestellt.

II. Die Beschwerdeführerin hat gemäß § 52 Abs 9 VwGVG weder einen Beitrag zu den Kosten des behördlichen Verwaltungsstrafverfahrens noch einen Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Beschwerdegegenstand

I.1. Mit dem angefochtenen Straferkenntnis der belangten Behörde vom 16. April 2018, GZ.: VStV-918300204257/2018, wurde über die Beschwerdeführerin (im Folgenden Bfin) wie folgt abgesprochen:

„Straferkenntnis

Sie haben, wie am 30.01.2018 um 14:50 Uhr, in L., L.-str., im Lokal mit der Bezeichnung ‚S.', welches von der ‚A. G. GmbH' betrieben wird, von Organen des Finanzamtes Linz festgestellt wurde, als Person (Mitarbeiterin der A. G. GmbH, die dort Glücksspieleinrichtungen bereithält), gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 GSpG verstoßen, indem

- sie zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht für die Anwesenheit einer Person gesorgt haben, die gegenüber den Kontrollorganen die Verpflichtungen gemäß § 50 Abs. 4 GSpG wahrzunehmen gehabt hätte.

Sie haben dadurch folgende Rechtsvorschriften verletzt:
§§ 50 Abs. 4 GSpG iVm § 52 Abs. 1 Zi 5, letzter Fall, GSpG 1989 idgF"

Wegen dieser Verwaltungsübertretung verhängte die belangte Behörde über die Bfin eine Geldstrafe von 3.000 Euro und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 33 Stunden. Weiters wurde der Bfin gemäß § 64 Verwaltungsstrafgesetz (VStG) ein Beitrag zu den Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 300 Euro (10% der Geldstrafe) vorgeschrieben.

I.2. Die belangte Behörde begründet ihren Strafbescheid wie folgt (auszugsweise):

„[...]
Für die Behörde steht folgender Sachverhalt fest:

Zum gegenständlichen Tatzeitpunkt wollten Organe des Finanzamtes Linz, im Lokal mit der Bezeichnung ‚S.', in L., L.str., zum Zwecke der Durchführung einer Glücksspielkontrolle dieses Lokal betreten.

Beim Betreten des Lokals durch die Kontrollorgane hielt sich im Bar- bzw. Thekenbereich eine weibliche Person auf. Bei dieser Person wurde die Kontrolle gern. Glücksspielgesetz angemeldet und auf Ersuchen wurde zur Identitätsfeststellung der Führerschein übergeben. Es handelte sich bei der Person um Frau R. S., österr. StA.

Der Leiter der Amtshandlung teilte Frau R. mit, dass eine niederschriftliche Befragung durchgeführt werden wird, woraufhin sie eine Dienstanweisung übergab und angab

aufgrund dieser Dienstanweisung die Aussage zu verweigern. Des Weiteren gab sie an, nichts zu unterschreiben.
Frau R. wurde die Belehrung gem. GSpG in Papierform übergeben. Nachdem sie sich diese durchgelesen hatte, wurde diese zusätzlich noch, vom Leiter der Amtshandlung, mit ihr durchgesprochen. Frau R. gab an, die Belehrung verstanden zu haben und keine Fragen zu haben. Sie verweigerte die Aussage, aufgrund der Dienstanweisung zu jeder in der Niederschrift gestellten Frage.

Mit Schreiben der Landespolizeidirektion OÖ vom 12.02.2018 wurden Sie aufgefordert, binnen 2 Wochen ab Zustellung sich schriftlich zu rechtfertigen. In diesem Schreiben wurden Sie darauf hingewiesen, dass das Strafverfahren ohne Ihre Anhörung durchgeführt wird, wenn Sie von der Möglichkeit, sich zu rechtfertigen, nicht Gebrauch machen. Das Schreiben wurde Ihnen nachweislich am 15.02.2018 hinterlegt.

[...]

Über Ersuchen der erkennenden Behörde nahm der meidungslegende Finanzpolizist des Finanzamtes Linz zu Ihren Rechtfertigungsangaben dahingehend Stellung, dass diese nicht geeignet sind, den Tatvorwurf zu entkräften. Insbesondere kann nicht nachvollzogen werden, inwieweit die Beantwortung der in der Rechtfertigung des Beschuldigten gestellten Fragen zu einer Klärung des Sachverhaltes (keine Auskünfte erteilt, Durchführung von Testspiele verhindert) beitragen würde.

Diese Stellungnahme der Finanzpolizei wurde Ihnen mit Schreiben vom 20.03.2018 mitgeteilt, zugestellt wurde die VvEdB am 26.03.2018. Eine abschließende Stellungnahme Ihrerseits blieb bis dato aus."

Nach Darstellung der einschlägigen Rechtsvorschriften führt die Behörde im Rahmen ihrer Erwägungen (Seiten 4 f) aus:

[...]"
Bei der am 30.01.2018 durchgeführten Kontrolle waren Sie als Arbeitnehmer der A. G. GmbH im Lokal ‚S.' in L., L.-str., anwesend und hielten damit - wie sich bei der Kontrolle herausstellte - Glücksspieleinrichtungen, nämlich insgesamt 12 Glücksspielgeräte (12 virtuelle Walzenspiele) bereit.

Gemäß § 50 Abs. 4 GSpG sind einerseits Organe der öffentlichen Aufsicht berechtigt, Betriebsstätten und Betriebsräume zu betreten, soweit dies zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes erforderlich ist und sind andererseits Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, dazu verpflichtet, umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen [...].
Der VwGH entschied bereits mehrmals, dass diese Mitwirkungspflichten alle Personen treffen, die faktisch für die Verfügbarkeit des Glücksspielautomaten sorgen (VwGH 2012/17/0590 vom 15.03.2013 mwN).

Ihnen kommt alleine die faktische Macht zu, für die Verfügbarkeit oder Nichtverfügbarkeit der Glücksspielapparate zu sorgen und haben diese in diesem Sinne ‚bereitgehalten' (vgl. VwGH Ra 2014/17/0004 vom 21.08.2014).

Weiter ist es durch die schlüssigen Angaben in der Anzeige der Finanzpolizei vom 11.05.2017 zweifelsfrei erwiesen, da die vorgeworfene Unterlassung ohne Zweifel den Tatbestand des § 50 Abs. 4 GSpG, erfüllt.

So sprach etwa der VwGH im Erkenntnis vom 15.03.2013 (GZ: 2012/17/0590) über das Vorliegen des gegenständlichen Tatbestandes bereits dann aus, wenn eine Kontrolle nach dem GSpG durch Trennen der Geräte vom Stromnetz, gehindert wird.
Erst recht muss deshalb per argumentum a minori ad maius der Ihnen angelastete Tatbestand nach dem GSpG erfüllt sein, wenn den Kontrollorganen der Zutritt in das Lokal erst gar nicht ermöglicht wird.

In der Sache selbst bestand für die erkennende Behörde keinerlei Anlass, an der Richtigkeit des angezeigten Sachverhaltes zu zweifeln, zumal dieser von sach- und fachkundigen Organen der Abgabenbehörde aufgrund eigener dienstlicher Wahrnehmung einwandfrei festgestellt werden konnte. Somit war für die Behörde erwiesen, dass Sie tatsächlich gegen die angeführte Bestimmung des Glücksspielgesetzes verstoßen haben, weshalb nun spruchgemäß zu entscheiden war."

I.3. Gegen dieses Straferkenntnis, das der Bfin zu Händen ihres Rechtsvertreters am 18. April 2018 zugestellt worden ist, wendet sich die rechtzeitig zur Post gegebene Beschwerde, die am 16. Mai 2018 bei der belangten Behörde einlangte und mit der die Aufhebung des angefochtenen Strafbescheides und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu die Erteilung einer Ermahnung oder die Herabsetzung der Strafe beantragt wird.

Begründend wird zusammengefasst ausgeführt, dass Begründungsmängel, Verfahrensfehler und eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorliegen würden. Überdies sei die belangte Behörde unzuständig gewesen. Auch sei im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsmeinungen kein Verschulden anzulasten und wären keine Milderungsgründe festgestellt sowie Erschwerungsgründe unzutreffend gewertet und daher die Strafe zu hoch bemessen worden. Darüber hinaus wird ausführlich die Vereinbarkeit des Glücksspielgesetzes mit dem Unionsrecht angezweifelt.

I.4. Die belangte Behörde hat die Beschwerde mit ihrem Verwaltungsstrafakt am 22. Mai 2018 dem Landesverwaltungsgericht ohne Stellungnahme zur Entscheidung vorgelegt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

Das Landesverwaltungsgericht hatte gemäß § 2 VwGVG durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen Einzelrichter zu entscheiden.

II. Beschwerdeverfahren

II.1. Beschwerdeverhandlung

II.1.1. Mit E-Mail vom 27. Juni 2018 teilte der Rechtsvertreter der Bfin dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich mit, dass die von der Bfin beantragte öffentliche mündliche Verhandlung vom selben Tag unbesucht bleiben werde. Zusätzlich legte er mit Verweis auf die europäische und österreichische Rechtsprechung eine ergänzende Stellungnahme hinsichtlich des Anwendungsverbots des österreichischen Glücksspielgesetzes aufgrund der europarechtlichen Bedenken im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe, insbesondere den präventiven Spielerschutz, zur Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit mitsamt Beilagen vor. Weiters wurde der Antrag gestellt, das Verfahren bis zur Entscheidung der beim EuGH anhängigen Verfahren zu den Rechtssachen C-589/16, C-685/15 und C-79/17 auszusetzen bzw die im Vorbringen näher ausgeführten Fragen an den EuGH zu richten. Ferner wurde auf den Schlussantrag der Generalanwältin Sharpston vom 9.3.2017 im Verfahren zu C-685/15 verwiesen. Darüber hinaus wurde neben der Einvernahme von Zeugen zur Unrichtigkeit der Kalkestudie die Einholung eines Sachverständigengutachtens betreffend der Funktionsweise der beschlagnahmten Glücksspielautomaten beantragt, wobei darauf verwiesen wurde, dass die ggst Geräte baugleich mit jenen im beigelegten Urteil des BG Wels, 8 C 673/14g-17 seien. Vorgelegt wurde dieses Urteil des Bezirksgerichtes Wels vom 17.3.2015, ein Rechtsgutachten von Univ.-Prof. Dr. A K vom 24.05.2016 betreffend Unionsrechtskonformität der österreichischen Glücksspielwerbung und ein Gutachten über die Glücksspielwerbung in Österreich von Ing. Mag. M F, MBA vom 31.5.2017.

II.1.2. Das Landesverwaltungsgericht Oö. hat in zusammenhängenden Verfahren eine öffentliche mündliche Verhandlung am 27. Juni 2018 in Anwesenheit eines Vertreters des Finanzamtes Linz durchgeführt. Die belangte Behörde und die Bfin sind nicht erschienen. Zur Sache einvernommen wurden die finanzpolizeilichen Zeugen M. M. und C. L. Außerdem wurde Beweis erhoben durch die Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt, insbesondere in die darin enthaltene umfangreiche Dokumentation der Kontrolle, sowie in die folgenden, vom Bundesministerium für Finanzen dem Landesverwaltungsgericht OÖ zur Verfügung gestellte und den Parteien zur Kenntnis gebrachte Unterlagen: Stellungnahme des BMF zur kohärenten Ausgestaltung der österreichischen Glücksspielregulierung vom 17.11.2017, den Glücksspielbericht des BMF 2010–2013, den Glücksspielbericht des BMF 2010–2014, den Glücksspielbericht des BMF 2014–2016, eine Studie „Glücksspielverhalten und Glücksspielprobleme in Österreich, Ergebnisse der Repräsentativerhebung 2015“ und eine Studie der Gesundheit Österreich GmbH zu Novelle des Glücksspielgesetzes 2010: Evaluation der Umsetzung im Bereich Spielerschutz.

II.2. Sachverhaltsfeststellung

Auf Grund der Aktenlage und des durchgeführten Beweisverfahrens steht der folgende entscheidungsrelevante S a c h v e r h a l t fest:

II.2.1. Am 30. Jänner 2018 fand im Lokal „S.“, das von der A. G. GmbH betrieben wird, ab 14:50 Uhr eine Kontrolle zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des GSpG statt. Zu Kontrollbeginn waren 4 Gäste anwesend und es wurden 12 Walzenspielgeräte eingeschaltet vorgefunden. Im Lokal wurde auch die von der Lokalbetreiberin beschäftigte Dienstnehmerin S. R., angetroffen, die sich mit ihrem Führerschein auswies. Dies A. G. GmbH konnte auch durch Anfrage der Finanzpolizei im AJ-WEB Auskunftsverfahren als Dienstgeberin verifiziert werden.

Die B. T. s.r.o. ist Eigentümerin der gegenständlichen Geräte mit den FA-Nrn. 1 bis 12. Diese ist eine GmbH nach tschechischem Recht mit Sitz in Ž., B.

Die Bfin ist als handelsrechtliche Geschäftsführerin das zur Vertretung nach außen berufene Organ der A. G. GmbH, einer österreichischen Gesellschaft mit Sitz in L., V.-weg (aktenkundiger Firmenbuchauszug zum 1.02.2018 zu Nr. X). Sie vertritt die A. G. GmbH als einzige bestellte Geschäftsführerin seit dem 13.08.2015 selbstständig.

Die Dienstnehmerin S. R. verweigerte auf jede Frage in der finanzpolizeilichen Niederschrift vom 30.01.2018 (GSp 1) die Auskunft unter Hinweis auf eine aktenkundige (vgl Foto der Finanzpolizei) schriftliche Dienstanweisung der A. G. GmbH vom 13.10.2017, die sie und ihre Dienstgeberin unterschrieben haben. Im Punkt 1 dieser Anweisung wird darauf verwiesen, dass die B. T. s.r.o. die Geräte aufgestellt habe und betreibe und dass nur deren zuständiges Organ zur Auskunft verpflichtet sei. Im Lokal anwesende Personen seien nicht zur Auskunft verpflichtet, weshalb ihnen dies auch untersagt werde. Im Punkt 2 wird auf Betriebsgeheimnisse im Zusammenhang mit dem Betrieb von Eingabeterminals hingewiesen, deren Bekanntgabe einen bedeutenden Schaden herbeiführen könnte. Ein Bruch der Verschwiegenheit führe zur sofortigen Entlassung. Im Punkt 3 wird das Recht eines Zeugen zur Aussageverweigerung gemäß § 49 Abs 1 lit b) AVG im Falle eines Kunst-, Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisses angesprochen und darauf hingewiesen, dass die Preisgabe von Betriebsgeheimnissen nicht nur der Firma A. G. GmbH zu Schaden gerate, sondern auch zum Schadenersatz verpflichte. Die Aussage könne daher rechtlich gedeckt verweigert werden. Jeder Verstoß gegen die Dienstanweisung habe eine fristlose Entlassung zur Folge.

S. R. verweigerte selbst die Unterschrift im Vernehmungsprotokoll, in dem nur zutreffend festgehalten wurde, dass auf alle angeführten Fragen die Antwort auf

Grund der Dienstanweisung verweigert wird (vgl Formular GSp 1: Niederschrift mit einer zur Auskunft verpflichteten Person). Sie unterschrieb auch nicht auf der Niederschrift zur Bescheinigung über die vorläufige Beschlagnahme (GSp 3).

Keine der genannten Personen war im Besitz einer Konzession oder Bewilligung nach dem GSpG für die verfahrensgegenständlichen Geräte. Es lag keine Konzession oder Bewilligung für damit in Oberösterreich stattfindende Ausspielungen vor.

II.2.2. Anlässlich der Kontrolle im gegenständlichen Lokal beschlagnahmte die Finanzpolizei vorläufig die nachgenannten, betriebsbereit und öffentlich zugänglich vorgefundenen Geräte:

FA 1),	Gehäusebezeichnung,	‚Kajot'	Seriennr.: 91...
FA 2),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot'	Seriennr.: 91...
FA 3),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot'	Seriennr.: 91...
FA 4),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot'	Seriennr.: 91...
FA 5),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot'	Seriennr.: 91...
FA 6),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot'	Seriennr.: 91...
FA 7),	Gehäusebezeichnung	‚Kajot'	Seriennr.: 91...
FA 8),	Gehäusebezeichnung	‚keine'	Seriennr.: 91...
FA 9),	Gehäusebezeichnung	‚keine'	Seriennr.: 91...
FA 10),	Gehäusebezeichnung	‚keine'	Seriennr.: 91...
FA 11),	Gehäusebezeichnung	‚keine'	Seriennr.: 91...
FA 12),	Gehäusebezeichnung	‚keine'	Seriennr.: 91...

Die verfahrensgegenständlichen Geräte dienten offenkundig der selbstständigen und nachhaltigen Erzielung von Einnahmen aus verbotenen Ausspielungen. Sie wurden zumindest am Tag der Kontrolle am 30. Jänner 2018 betrieben, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen. Sie standen zumindest am 30. Jänner 2018 in einem öffentlich zugänglichen Bereich im oa. Lokal eingeschaltet und betriebsbereit für Spieler zur Verfügung.

Die A. G. GmbH hat in den Räumlichkeiten des von ihr betriebenen Lokals die verfahrensgegenständlichen Geräte geduldet, betriebsbereit gehalten und potentiellen Interessenten (Spielern) zugänglich gemacht, um aus der Durchführung von Glücksspielen selbstständig und nachhaltig Einnahmen zu erzielen.

II.2.3. Die Geräte konnten von den Organen der Finanzpolizei nicht zur Probe bespielt werden, da sämtliche Geräte kurz nach Kontrollbeginn „net error" anzeigten und nur mehr die Spieleauswahl sichtbar war.

Bei den Geräten FA-Nrn. 1 bis 3, 6 und 12 konnte u.a. das Spiel „Ring of Fire“ ausgewählt werden. Beim Gerät FA-Nr. 4 konnte u.a. das Spiel „Ring of Fire XL“ ausgewählt werden. Bei den Geräten FA-Nr. 5 und 8 konnte u.a. das Spiel „Simply the Best 27“ ausgewählt werden. Beim Gerät FA-Nr. 7 konnte u.a. das Spiel „Demon Master“ ausgewählt werden. Bei den Geräten FA-Nr. 9 und 11 konnte u.a. das Spiel „Joker Strong“ ausgewählt werden. Beim Gerät FA-Nr. 10 konnte u.a. das Spiel „Joker 27“ ausgewählt werden.

Bei all diesen Spielen handelt es sich um gerichtsbekannte Walzenspiele. An den Geräten mit den FA-Nrn. 3, 4, 6 und 9 konnten zudem zu Beginn der Kontrolle Spieler beobachtet werden.

Bei den Geräten mit den FA-Nrn. 1 bis 12 handelte es sich um Walzenspielterminals der Type „Skill-Games“, die sich, was ihr Aussehen und das Spielangebot betrafen, weitestgehend glichen.

II.2.4. Der Spielablauf der virtuellen Walzenspiele (FA-Nrn. 1 bis 12) stellt sich auf Grund der Erhebungen der Finanzpolizei und der bisher gewonnenen Erfahrungen mit gleichartigen Geräten und Spielen wie folgt dar:

Bei den elektronischen Glücksspielgeräten mit der Bezeichnung „Skill Games“ handelt es sich grundsätzlich um herkömmliche virtuelle Walzenspiele. Dem Walzenspiel vorgelagert ist aber ein Miniaturwalzenspiel mit drei virtuellen Walzen, welche die Zahlen 0 – 9 sowie das Buchstabensymbol „A“ in einem Kreis aufweisen. Die Zusammensetzung dieser Walzen wird mit jeder Starttastenbetätigung vom Programm neu festgelegt, ohne dass der Spieler darauf einen Einfluss hat. Dieses „kleine Walzenspiel“ kann durch Halten und Loslassen der Start-Taste gesteuert werden.

Erscheint nach dem Drücken der Start-Taste beim „kleinen Walzenspiel“ ein „A“, so wird automatisch der große Walzenlauf ausgelöst, auf welchen der Spieler keinen Einfluss hat. Es wird entweder dadurch erreicht, dass die Start-Taste gedrückt gehalten wird bis das „A“ kommt. Bei „A“ wird die Start-Taste los gelassen und der große Walzenlauf startet. Ebenso leicht kann der erwünschte große Walzenlauf aber dadurch gestartet werden, dass die Starttaste mehrfach hintereinander schnell gedrückt wird. So wird schnell und einfach das Herbeiführen des „A“ erreicht. Das Herbeiführen eines „A“ im „kleinen Walzenlauf“ – und damit das Auslösen des großen Walzenlaufes - ist auf einfache Weise und ohne besonderes Geschick möglich, weil das „A“ regelmäßig (oftmals) von selbst auftritt und es zudem leicht möglich ist bei Erscheinen des durch einen Kreis hervorgehobenen „A“ den Taster loszulassen. Glücksspielgeräte dieser Type (wie auch die vorliegenden) verfügen zudem am senkrechten Teil des Gehäuses über eine unbeschriftete Automatik-Modus-Taste, um den Weg über das kleine Walzenspiel umgehen zu können. Wird dieser Modus aktiviert, läuft das kleine

Walzenspiel automatisiert mit. Er bewirkt, dass das „A“ bei jedem Drücken der Start-Taste erscheint.

Ein im großen Walzenspiel erzielter Gewinn wird im Normalmodus (mit kleinem Walzenspiel) zunächst im Zwischenspeicher (Buffer) gespeichert. Durch Leisten eines weiteren Einsatzes, kann der Gewinn im kleinen Walzenspiel auf den auszahlbaren Credit umgebucht werden. Durch Drücken der Automatik-Modus-Taste ist dieser Vorgang vereinfacht (direkt) möglich. Durch Aussteigen aus dem Spiel (in das Spielauswahlmenü) und drücken der Start-Taste wird ebenso leicht der Bonausdruck aktiviert.

Bei dem an das kleine Walzenspiel anschließenden virtuellen „großen Walzenspiel“ werden für einen bestimmten Einsatzbetrag in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen Gewinne in Aussicht gestellt. Nach Eingabe von Geld für das Spielguthaben, Auswahl eines Spiels und Aufrufen zur Durchführung kann ein Spieleinsatz ausgewählt werden, dem jeweils ein entsprechender Gewinnplan mit den in Aussicht gestellten, unterschiedlich hohen Gewinnen in Verbindung mit bestimmten Symbolkombinationen zugeordnet war. Das Spiel wird mit der Start-Taste ausgelöst. Damit wird zunächst der gewählte Einsatzbetrag vom Spielguthaben abgezogen und dann das „kleine Walzenspiel“ ausgelöst. Nach dem Loslassen der Start-Taste wird – je nach Ergebnis des „kleinen Walzenlaufes“ (vgl dazu oben) entweder sofort oder nach weiterem Betätigen der Start-Taste der „große Walzenlauf“ ausgelöst. Dabei werden die in senkrechten Reihen angeordneten Symbole so in ihrer Lage verändert, dass der optische Eindruck von rotierenden Walzen entsteht. Ein Vergleich der neu zusammengesetzten Symbole mit den im Gewinnplan angeführten gewinnbringenden Symbolkombinationen ergibt nun einen Gewinn oder den Verlust des Einsatzes, der Spielerfolg stand daher nach jedem Stillstand der Walzen in Form eines Gewinnes oder des Verlustes des getätigten Einsatzes fest. Die Bewegungsdauer der Walzen beträgt ca. 1 Sekunde. Das Spielergebnis hängt ausschließlich vom Zufall ab, Spieler haben keine Möglichkeit, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele im großen Walzenlauf zu nehmen.

II.3. Beweiswürdigung

Die Feststellungen ergeben sich aus dem Verfahrensakt (Anzeige des Finanzamtes, GSp26-Dokumentationen und Fotodokumentation) sowie aus den bisher gewonnen Erkenntnissen mit gleichartigen Geräten. Die Feststellungen betreffend die durchgeführte Kontrolle sowie die dabei vorgefundenen Geräte, insbesondere auch deren Betriebsbereitschaft in einem öffentlich zugänglichen Bereich, gründen vor allem auf der schlüssigen und nachvollziehbaren Anzeige der Finanzpolizei, der GSp26-Dokumentation, der Fotodokumentation und den Aussagen der vernommenen Zeugen. Der vorliegenden Fotodokumentation ist zu entnehmen, dass es sich bei den gegenständlichen Geräten um Eingabeterminals handelt, auf

denen sogenannte Skill-Games betrieben werden. Dass dies der Fall war, ergibt sich alleine aufgrund des Vorhandenseins sogenannter Miniaturwalzen, die bei sämtlichen Terminals vorhanden waren. Ebenso waren auf sämtlichen Terminals gerichtsbekannte virtuelle Walzenspiele verfügbar.

Aus zahlreichen Beschwerdeverfahren (vgl bspw die hg. Erk. LVwG-411477; LVwG-411547; LVwG-411311; LVwG-411507; LVwG-411178; LVwG-410104, LVwG-411679; LVwG-411760 uva) ist mittlerweile gerichtsbekannt, dass es sich bei den genannten Spielen um Walzenspiele im Sinne der Judikatur des VwGH handelt. Das Verwaltungsgericht hat sich in den genannten, aber auch vielen anderen Verfahren mit den im gegenständlichen Verfahren angesprochenen Gutachten T., M. und F. und deren Schlüssigkeit auseinandergesetzt, sodass diese und die Ergebnisse als gerichtsbekannt angesehen werden können (vgl bspw LVwG Oö. 24. März 2016, LVwG-411104).

Die Geräte vom Typ Skill Games mit vorgelagertem kleinen Walzenspiel sind schon deshalb keine Geschicklichkeitsgeräte, weil das dabei erforderliche Symbol (ein „A“ im Umkreis) zur Auslösung des großen (normalen) Walzenspiels meist schon nach dem normalen (kurzen) Betätigen der Starttaste von selbst erscheint und, wenn dies einmal nicht der Fall ist, bei den Bespielungen im kleinen Walzenlauf (Halten der Starttaste und gezieltes Stoppen durch Loslassen, um das „A“ Symbol anzuzeigen) – wie Organe der Finanzpolizei immer wieder als Zeugen bestätigt haben – für jedermann leicht und damit ohne eine relevante Geschicklichkeit, erzielbar war. Im Ergebnis muss sich der Spieler, wenn nicht ohnehin bereits die Automatikfunktion aktiviert ist, lediglich einer leicht zu überwindenden zeitlichen Hürde außerhalb des eigentlichen Glücksspiels stellen, welche allenfalls eine geringfügige zeitliche Verzögerung herbeiführen kann, zumal der Spieler im „kleinen Walzenlauf“ ohne besonderes Geschick das gewünschte Symbol erzielen und damit zum zuvor geschilderten „großen Walzenlauf“ gelangen kann. Selbst wenn es möglich wäre, beim „kleinen Walzenspiel“ Gewinne zu erzielen, welche nicht nur im Zwischenspeicher als Zahlenwerte gutgebucht sondern tatsächlich auch ausbezahlt werden, ist es beim Miniaturwalzenspiel trotzdem möglich, jederzeit ein bestimmtes Symbol zu erzielen um damit zum „großen“ und vom Spieler nicht beeinflussbaren Walzenlauf zu gelangen. Das „kleine Walzenspiel“ beeinflusst lediglich den Weg zum „großen“ Walzenspiel zeitlich geringfügig.
Die großen Walzenspiele laufen, wie bei herkömmlichen Walzenspielgeräten, automatisiert ab und war schon aufgrund des kurzen Walzenlaufes (gestaffeltes Ablaufen von 5 Bildleisten innerhalb von 1-2 Sekunden) und des Umstandes, dass die Symbole bei virtuellen Walzenspielen gerichtsbekanntermaßen zufällig und nicht in einer nachvollziehbaren Reihenfolge erscheinen, davon auszugehen, dass das Spiel überwiegend vom Zufall abhängt.

Das Erscheinen der Bilder erfolgt zufällig programmbedingt und ist deshalb nicht nachvollziehbar (wie etwa bei mechanischen Walzen) und liegt insofern auf der

Hand, 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. Weder aus dem Akt noch im Beweisverfahren ergaben sich Hinweise, die gegen diese Feststellungen sprechen. Auch wurde von den Parteien dazu nichts Substantiiertes vorgebracht.

Die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus dem Gebiet Glücksspiel und Geschicklichkeitsspiele zum Beweis dafür, dass es sich vorliegend um Geschicklichkeitsspiele handle, konnte unterleiben, weil aus zahlreichen Verfahren bekannt ist, dass bei Testspielen an Walzenspielgeräten von gleicher Art durch Organe der Finanzpolizei das Spielergebnis nie zu beeinflussen war. An vier Geräten konnte zu Kontrollbeginn auch noch das Spiel von Gästen beobachtet werden (vgl Zeugenaussage Mayr und Fotodokumentation). Die ganz allgemein gehaltene Behauptung, es läge ein Geschicklichkeitsspiel vor, widerspricht den aktenkundigen finanzpolizeilichen Ermittlungsergebnissen. Denn für den Zugang zum Hauptspiel ist gerade kein Geschick, sondern nur eine einfache Manipulation erforderlich, sollte das Symbol einmal nicht schon von selbst aufscheinen (näher dazu oben unter II.2.4.), um ins normale Walzenspiel zu gelangen. Diese Erkenntnis liegt angesichts des eindeutigen Beweisergebnisses und der Kenntnisse des Gerichts aus anderen Verfahren auf der Hand und bedarf keines Sachverständigenbeweises mehr, zumal die genannten Sachverständigengutachten schon in etlichen Beschwerdeverfahren des LVwG Oö. ausgewertet wurden und in die auszugsweise im Erkenntnis zitierte Judikatur eingeflossen sind. Die Bfin hat nicht dargelegt, warum kein Glücksspiel vorliegen soll. Diesbezüglich hat die Bfin keinerlei Vorbringen erstattet.

Im vorliegenden Fall hat der vernommene Zeuge einmal mehr bestätigt, dass insbesondere das bestens bekannte Walzenspiel Ring of Fire, aber auch andere Walzenspiele, die meist ähnlich ablaufen, keine Beeinflussung des Spielablaufs durch Geschicklichkeit zulassen. Das Gericht konnte sich auf dieser Grundlage ein ausreichendes Bild über den Spielablauf machen. Der Beweisantrag, von dem sich die Bfin offenbar erhofft, dass er anderweitige Ergebnisse erbringt, erscheint im Hinblick auf die dargestellten amtsbekannten Tatsachen als reiner Erkundungsbeweis, der unzulässig ist und dem daher nach der Judikatur des VwGH nicht nachzukommen ist.

Im Übrigen handelt es sich bei der Frage, ob ein bestimmtes Spiel als Geschicklichkeitsspiel oder als Glücksspiel im Sinne des GSpG anzusehen ist, auch

um eine rechtliche Beurteilung, die vom Verwaltungsgericht vorzunehmen ist. Ein Sachverständiger kann dabei bloß Spielabläufe und eine bestimmte Funktionsweise der Geräte aufnehmen. Dies geschieht jedoch auch bei einer Bespielung durch die Finanzpolizei.

Die Eigentumsverhältnisse ergaben sich aus dem Akt und wurden nicht bestritten. Die sonstigen Feststellungen zur A. G. GmbH und zur Bfin ergaben sich ebenfalls schlüssig aus dem Akt.

Dass die Geräte zwecks selbstständiger und nachhaltiger Einnahmenerzielung betrieben wurden, 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 erfolgte, 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 der Geräte aus reiner Freigiebigkeit vorgenommen worden wären.

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

Dass die verfahrensgegenständlichen Geräte zumindest am 30. Jänner 2018 betriebsbereit im verfahrensgegenständlichen Lokal aufgestellt waren, ergibt sich aus den Angaben der Finanzpolizei. Unabhängig davon liegt auf der Hand, dass die gegenständlichen Geräte jedenfalls bei Beginn der Kontrolle betriebsbereit im Lokal aufgestellt waren.

III. Maßgebliche Rechtsvorschriften

Gemäß § 52 Abs 1 Z 5 GSpG in der zur Tatzeit geltenden Fassung BGBl I Nr. 118/2016 begeht eine Verwaltungsübertretung und ist nach dem Einleitungssatz von der Behörde mit Geldstrafe bis zu 22 000 Euro zu bestrafen,

wer gegen eine Bestimmung der in § 2 Abs. 3, § 12a Abs. 4 und § 21 Abs. 10 vorgesehenen Verordnung, gegen die Auflageverpflichtung von Spielbeschreibungen, die Anzeigeverpflichtung gemäß § 4 Abs. 6 oder eine Duldungs- oder Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs. 4 verstößt.

Gemäß § 50 Abs 4 leg cit sind die Behörde nach Abs 1 und die in Abs 2 und 3 genannten Organe zur Durchführung ihrer Überwachungsaufgaben berechtigt, Betriebsstätten und Betriebsräume sowie Räumlichkeiten zu betreten, auch wenn dies sonst der Allgemeinheit untersagt ist, soweit dies zur Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes erforderlich ist. Veranstalter und Inhaber sowie Personen, die Glücksspieleinrichtungen bereithalten, haben der Behörde nach Abs 1, dem Amtssachverständigen (§ 1 Abs 3) und den Organen der öffentlichen Aufsicht umfassend Auskünfte zu erteilen, umfassende Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen und Einblick in die geführten Aufzeichnungen, in die Aufzeichnungen der Glücksspieleinrichtungen und in die nach diesem Bundesgesetz aufzulegenden Spielbeschreibungen zu gewähren sowie dafür zu sorgen, dass eine anwesende Person diesen Verpflichtungen gegenüber Kontrollorganen nachkommt.

Ein Glücksspiel im Sinne des GSpG ist ein Spiel, bei dem die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich oder vorwiegend vom Zufall abhängt (§ 1 Abs 1 GSpG).

IV. Rechtliche Beurteilung

IV.1. Zur Mitwirkungspflicht iSd § 50 Abs 4 GSpG

Unter einer *„Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithält“*, ist nach dem Wortsinn und dem Gesetzeszweck jemand zu verstehen, der de facto für die Bereithaltung einer „Einrichtung“, mit der Glücksspiele von Dritten gespielt werden können, sorgt. Das Bereithalten setzt keine rechtlich-organisatorische Beziehung zu der Glücksspieleinrichtung in dem Sinn voraus, dass jemand das Spiel organisierte, dass die Verträge mit ihm abgeschlossen würden oder die Spiele auf seine Rechnung erfolgten. Der Gesetzgeber wollte mit der Bestimmung des § 50 Abs 4 GSpG offensichtlich auch eine Auskunftspflicht jener Personen schaffen, die zwar mit der Veranstaltung des Spiels nicht im eben genannten Sinne zu tun haben, die aber durch ihr Verhalten die Durchführung des Spiels erst ermöglichen und in vielen Fällen bei Kontrollen die einzigen Personen sind, die den Kontrollorganen Auskünfte erteilen können.

Im Falle der Aufstellung eines Glücksspielapparats in einem Lokal trifft somit die Auskunftspflicht nach § 50 Abs 4 GSpG nicht nur den Betreiber des Apparats, sondern auch den- oder diejenigen, die für die Verfügbarkeit des Apparats faktisch sorgen. Dabei hat sich die Abgrenzung, welche Angestellten des Lokalbetreibers damit von der Auskunftspflicht erfasst sind, nach dem Aufgabenbereich des

Angestellten zu richten (vgl VwGH 21.8.2014, Zl. Ra 2014/17/0004; VwGH 20.06.2012, Zl. 2012/17/2014).

Ein Mitarbeiter, der sich als für das Lokal verantwortlich bezeichnet, gehört jedenfalls zum Kreis der auskunftspflichtigen Personen, weil er damit auch im Rahmen seiner Befugnisse für die Umsetzung der betriebsintern bestehenden Anordnungen zuständig ist, ob und welche Apparate für Dritte im Lokal verfügbar sind. Dass einem Angestellten kein Einfluss auf die Entscheidung, welche Apparate bereitgehalten werden, zukommt, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht maßgeblich.

Die gesetzliche Verpflichtung nach § 50 Abs 4 GSpG besteht lediglich darin, Kontrollen zu dulden bzw im gesetzlichen Rahmen mitzuwirken. Es bestehen insoweit keine Bedenken, auch Personen, die keinen Einfluss auf die Entscheidung betreffend das Aufstellen des Apparats haben, in die Auskunftspflicht und damit in den Straftatbestand nach § 52 Abs 1 Z 5 GSpG einzubeziehen (vgl VwGH 21.8.2014, Zl. Ra 2014/17/0004; VwGH 29.7.2015, Zl. Ra 2014/17/0031).

IV.2. Falscher Tatvorwurf

Der Bfin wird von der belangten Behörde im Spruch des Straferkenntnisses vorgeworfen, dass sie am 30.01.2018 um 14:50 Uhr im Lokal „S.“ in L., als Mitarbeiterin der A. G. GmbH und Person, die dort Glücksspieleinrichtungen bereithält, gegen die Mitwirkungspflicht nach § 50 Abs 4 GSpG verstoßen habe, *indem*

sie zum Zeitpunkt der Kontrolle nicht für die Anwesenheit einer Person gesorgt habe, die gegenüber den Kontrollorganen die Verpflichtungen gemäß § 50 Abs. 4 GSpG wahrzunehmen gehabt hätte.

Dieser Tatvorwurf ist tatsächlich unzutreffend und wird durch die Aktenlage widerlegt. Die Bfin war schon deshalb keine Person, die Glücksspieleinrichtungen bereithielt, weil sie zur Kontrollzeit gar nicht im Lokal anwesend war. Außerdem ist die Bfin nicht bloß eine Mitarbeiterin, sondern die handelsrechtliche Geschäftsführerin und damit das Vertretungsorgan der das Lokal „S.“ betreibenden A. G. GmbH gewesen. Die Bfin war somit sicher keine Person, die Glücksspieleinrichtungen (faktisch) bereithält.

Die weitere Anlastung, *nicht für die Anwesenheit einer gemäß dem § 50 Abs 4 GSpG verpflichteten Person gesorgt zu haben,* verfehlt das relevante rechtliche Thema der Strafsache. Die Behörde stellt damit nur auf die Sorgepflicht für die Anwesenheit einer mitwirkungsverpflichteten Person ab, was viel zu kurz greift. Sie geht dabei offenbar davon aus, dass eine solche mitwirkungspflichtige Person nicht anwesend gewesen sei, weil die Bfin nicht dafür gesorgt habe. Diese

Annahme zur Ausgangssituation ist tatsächlich unrichtig und es kommt auch nicht allein auf die Anwesenheit einer solchen Person an. Einerseits war mit der Dienstnehmerin S. R. tatsächlich eine Person anwesend, die faktisch Glücksspieleinrichtungen bereithielt und deshalb nach der Bestimmung des § 50 Abs 4 GSpG zur Mitwirkung objektiv verpflichtet war. Daran kann die verfehlte Dienstanweisung nichts ändern. Andererseits liegt der rechtliche Fokus im letzten Teil des zweiten Satzes des § 50 Abs 4 GSpG auf der Verpflichtung dafür zu sorgen, dass eine anwesende Person den im Gesetz zuvor genannten Verpflichtungen (nämlich: umfassend Auskünfte zu erteilen, umfassend Überprüfungen und Testspiele unter Bereitstellung von Geld oder Spieleinsätzen zu ermöglichen, Einblick in geführte Aufzeichnungen und jene der Glücksspieleinrichtungen sowie in Spielbeschreibungen zu gewähren) gegenüber Kontrollorganen (tatsächlich) nachkommt.

Die Fassung des zweiten Satzes im § 50 Abs 4 GSpG wurde mit der GSpG-Novelle nach Art 10 des BGBl I Nr. 112/2012 geschaffen. Den Erläuterungen der Regierungsvorlage (vgl 1960 BlgNR 24. GP, 51) ist zu entnehmen, dass dem im Rahmen der Vollziehung zunehmend wahrgenommenen Versuch illegaler Glücksspielanbieter, durch mangelnde Kooperation hinreichende Verdachtsmomente zu vermeiden und die Einleitung von Strafverfahren zu vereiteln, entgegen getreten werden sollte. Die Duldungs- und Mitwirkungspflichten im § 50 Abs 4 GSpG stellten eine wesentliche Voraussetzung einer effizienten Kontrolle dar. Mit der Neufassung wollte der Gesetzgeber insbesondere auch klarstellen, dass sich die Verpflichteten nicht durch mangelnde Vorkehrungen ihrer Mitwirkungspflichten entziehen können.

Deshalb hätte die Bfin als strafrechtlich verantwortliche Geschäftsführerin der Lokalbetreiberin und Inhaberin der Glücksspielgeräte dafür sorgen müssen, dass die von der Lokalbetreiberin beschäftigte und zur Kontrollzeit allein im Lokal anwesende Dienstnehmerin, die faktisch die Glücksspieleinrichtungen bereithielt, ihren oben zitierten Mitwirkungspflichten nachkommt. Das Gegenteil war in concreto der Fall, was mit der von der Bfin als einziger Geschäftsführerin zu verantwortenden Dienstanweisung vom 13.10.2017 auch beabsichtigt wurde. Durch diese Dienstanweisung sollte die Bedienstete R. eingeschüchtert und zur Auskunftsverweigerung bestimmt werden. Sie sollte entgegen dem Pflichtenregime des § 50 Abs 4 GSpG fälschlicher Weise glauben, dass sie einerseits keine Auskünfte erteilen müsse, weil dafür nur der Aufsteller und Betreiber der Geräte zuständig sei, und dass andererseits ihre Verschwiegenheit zur Wahrung von abstrakt vorgegebenen Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen erforderlich sei. Auf die nachteilige Folge einer Schadenersatzpflicht wird ausdrücklich hingewiesen. Jeder Verstoß gegen die Verschwiegenheit hätte auch „eine fristlose Entlassung“ zur Folge. Wie eine solche Preisgabe von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen durch die uninformierte Bedienstete, die nur Geräte faktisch bereithält, denkbar wäre, ist völlig offen geblieben. Eine solche Gefahr

erscheint bei einer Dienstnehmerin ohne besondere Befugnisse auch nach den Umständen nicht nachvollziehbar.

Die Rechtspflicht der Lokalinhaberin und damit auch der Bfin dafür zu sorgen, dass anwesende Bedienstete den Mitwirkungspflichten gegenüber Kontrollorganen nachkommen, wird umso mehr verletzt, wenn eine Dienstnehmerin mit Hilfe einer Dienstanweisung absichtlich massiv beeinflusst und verunsichert wird, dass sie jede Kooperation verweigert. Aus einem Größenschluss (argumentum a minori ad maius) folgt, dass die vorsätzliche Vereitelung der Mitwirkung einer bei der GSpG-Kontrolle anwesenden Person durch Dienstanweisung die Pflicht der Sorgetragung für die Erfüllung der Mitwirkungspflicht gegenüber Kontrollorganen nach § 50 Abs 4 letzter Gliedsatz im 2. Satz GSpG besonders intensiv verletzt. Die vorsätzliche Begehungsweise ist dabei ein Erschwerungsgrund, weil gemäß § 5 Abs 1 VStG grundsätzlich Fahrlässigkeit für die Strafbarkeit von Verwaltungsübertretungen genügt und in der Strafnorm des § 52 Abs 1 Z 5 GSpG nichts anderes angeordnet wird.

Die belangte Behörde hat diese Rechtslage verkannt und einen untauglichen Tatvorwurf erhoben, der auch nicht den tatsächlichen Umständen des Falles entspricht. Die belangte Behörde begründet ihre Erwägungen ab Seite 4 des Straferkenntnisses eher nur schematisch, wobei sie offenkundig von falschen Tatsachen ausgeht, die teilweise auch ihrer eigenen Sachverhaltsdarstellung auf Seite 2 widersprechen.

Der behördliche Vorwurf, dass die Bfin nicht für die Anwesenheit einer mitwirkungsverpflichteten Person gesorgt habe, ist schlechthin falsch, weil die Dienstnehmerin S. R. tatsächlich anwesend und objektiv zur Mitwirkung iSd § 50 Abs 4 GSpG verpflichtet war. Für deren verweigerte Kooperation wäre die Bfin, der die rechtswidrige Dienstanweisung der A. G. GmbH als deren Vertretungsorgan zuzurechnen ist, verantwortlich zu machen gewesen, wie oben dargestellt. Dies ist im gesamten Strafverfahren unterblieben und kann schon wegen der längst eingetretenen Verfolgungsverjährung nicht mehr nachgeholt werden.

IV.3. Keine Ausdehnung des Verfahrensgegenstands

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 17.2.2016, Ra 2016/04/0006; VwGH 8.3.2017, 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 (vgl näher VwGH 5.11.2014, Ra 2014/09/0018).

Sache des Verwaltungsstrafverfahrens ist die dem Beschuldigten innerhalb der Verjährungsfrist zur Last gelegte Tat mit ihren wesentlichen Sachverhaltselementen unabhängig von ihrer rechtlichen Beurteilung (vgl etwa VwGH 8.11.2000, Zl. 99/04/0115).

Zu einer Abänderung des Tatvorwurfs ist das Verwaltungsgericht unabhängig vom Ablauf der Verfolgungsverjährungsfrist und unabhängig davon, ob eine Verfolgung in Bezug auf einen erweiterten Tatvorwurf grundsätzlich noch möglich wäre, nicht befugt, weil dieser erweiterte Tatvorwurf jedenfalls nicht Sache des Beschwerdeverfahrens ist (vgl instruktiv VwGH 8.3.2017, Ra 2016/02/0226 RN 10).

V. Ergebnis

Die wesentlichen Umständen des gegenständlichen Falles der Verletzung des § 50 Abs 4 GSpG durch die Bfin im Zusammenhang mit der erteilten Dienstanweisung wurden von der belangten Behörde weder dargestellt noch fallbezogen erörtert. Die Dienstanweisung wurde im gesamten Verfahren nicht zum Inhalt eines gegen die Bfin erhobenen Tatvorwurfes. Es handelt sich dabei um einen Sachverhalt, den die belangte Behörde nicht zum Gegenstand ihres Verfolgungsverhaltens machte und auch nicht weiter beachtete. Eine Änderung des Tatvorwurfs durch das Verwaltungsgericht würde außerhalb der Jahresfrist für die Verfolgungsverjährung liegen und zudem einen Austausch der Tat bedeuten.

Das Verwaltungsgericht ist nach der oben dargestellten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs nicht befugt, den von der Strafbehörde erhobenen Tatvorwurf, der mit entscheidungswesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Mängeln behaftet ist, im Beschwerdeverfahren zu korrigieren und einen anders gelagerten Tatvorwurf durch Neuformulierung des Schuldspruchs vorzunehmen. Denn eine solche Korrektur durch das Verwaltungsgericht würde eine unzulässige Auswechslung der Tat und Überschreitung der Sache des Beschwerdeverfahrens bedeuten, die dem Verwaltungsgericht verwehrt ist.

Im Ergebnis war daher das angefochtene Straferkenntnis aus den dargelegten Gründen aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren gemäß § 45 Abs 1 Z 2 VStG (iVm § 38 VwGVG) einzustellen, weil die Beschuldigte die ihr zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat.

Bei diesem Ergebnis entfällt gemäß § 52 Abs 9 VwGVG die Verpflichtung zur Leistung von Beiträgen zu den Kosten des Strafverfahrens.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts weicht nicht von der herrschenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Auslegung des § 50 Abs 4 GSpG und zur Frage der Entscheidungsbefugnis in der „Sache des Verwaltungsstrafverfahrens“ bzw der unzulässigen Auswechslung der Tat ab.

Rechtsmittelbelehrung

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.

Hinweis

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen

Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. W e i ß