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-413376/11/Wim/JoS**

Datum: **Linz, 5. März 2020**

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Wimmer über die Beschwerde der R W, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. F M, X, X, gegen das Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich vom 10. April 2019, GZ: VStV/919300199621/2019, wegen Übertretungen nach dem Glücksspielgesetz (GSpG) nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 9. Jänner 2020

zu Recht:

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

II. Die Beschwerdeführerin hat weder einen Beitrag zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich, noch einen Beitrag zu den Kosten des Verwaltungsstrafverfahrens vor der belangten Behörde zu leisten.

III. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Straferkenntnis der Landespolizeidirektion Oberösterreich (in der Folge: belangte Behörde) vom 10. April 2019, GZ: VStV/919300199621/2019, wurden über die Beschwerdeführerin (in der Folge: Bf) acht Verwaltungsstrafen in Höhe von jeweils 30.000 Euro (Ersatzfreiheitsstrafen jeweils 300 Stunden) wegen einer Übertretung gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG (unternehmerische Beteiligung; viertes Tatbild) verhängt. Außerdem wurden der Bf Verfahrenskosten in Höhe von insgesamt 24.000 Euro auferlegt. Dem angefochtenen Straferkenntnis liegt folgender Tatvorwurf zugrunde (Hervorhebungen nicht übernommen):

„Sie haben, wie am 21.11.2018 um 13.15 Uhr, in X, X, im Lokal mit der Bezeichnung ‚X', Betreiber: X s.r.o, von Organen des Finanzamtes Gmunden Vöcklabruck anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, Personal gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt, um fortgesetzt Einnahmen aus den mit den Eingriffsgegenständen veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten, unternehmerisch beteiligt, indem Sie die Glücksspielgeräte mit der Gehäusebezeichnung

Nr.: 1 Gehäusebezeichnung: X, Seriennummer: X
Nr.: 2 Gehäusebezeichnung: X, Seriennummer: X
Nr.: 3 Gehäusebezeichnung: X, Seriennummer: X
Nr.: 4 Gehäusebezeichnung: X, Seriennummer: X
Nr.: 5 Gehäusebezeichnung: X, Seriennummer: X
Nr.: 6 Gehäusebezeichnung: X, Seriennummer: X
Nr.: 7 Gehäusebezeichnung: racingX, Seriennummer: X
Nr.: 8 Gehäusebezeichnung: racingX, Seriennummer: X

zumindest seit 21.11.2018, im Lokal geduldet haben, bei welchen wiederholt Glücksspiele in Form von Walzenspielen und Hunderennen durchgeführt wurden und aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil die dafür erforderliche Konzession des Bundesministeriums für Finanzen nicht vorlag. [...]"

Begründend führte die belangte Behörde infolge Erörterung der einschlägigen Rechtsvorschriften und Darlegung des Spielablaufes von virtuellen Walzenspielen und Hunderennen - auf das Wesentliche zusammengefasst - aus, dass das GSpG mit dem Unionsrecht vereinbar sei und die Abgabenbehörde die Bf als handelsrechtliche Geschäftsführerin der X GmbH ermittelt habe. Diese habe sich vom Inland aus an verbotenen Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 GSpG unternehmerisch beteiligt. In Bezug auf die Strafbemessung führte die belangte Behörde insbesondere den hohen Unrechtsgehalt der Tat und zahlreiche einschlägige Vormerkungen bei der Bf ins Treffen.

Vom erkennenden Gericht wird in Bezug auf die Zuständigkeit der belangten Behörde Folgendes angemerkt: Die Finanzpolizei erstattete mit Schreiben vom 7. Jänner 2019 Anzeige an die Bezirkshauptmannschaft Vöcklabruck. Von dieser wurde mit Schreiben vom 30. Jänner 2019 gemäß § 29a VStG die Durchführung des Verwaltungsstrafverfahrens an die Landespolizeidirektion Oberösterreich übertragen.

I.2. Gegen das Straferkenntnis der belangten Behörde vom 10. April 2019 erhob die rechtsfreundlich vertretene Bf mit Schriftsatz vom 7. Mai 2019 rechtzeitig Beschwerde. Sie beantragte die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung sowie die Aufhebung des angefochtenen Straferkenntnisses und die Einstellung des Strafverfahrens, in eventu den Ausspruch einer Ermahnung, in eventu eine Herabsetzung der verhängten Strafe.

Resümierend brachte die Bf vor, dass Begründungsmängel, Verfahrensfehler und eine unrichtige rechtliche Beurteilung vorlägen. Die belangte Behörde sei zur Erlassung des Straferkenntnisses unzuständig gewesen. Außerdem könne der Bf im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsmeinungen kein Verschulden angelastet werden. Milderungsgründe seien zu Unrecht nicht festgestellt und die Strafe daher zu hoch bemessen worden. Darüber hinaus wird ausführlich die Vereinbarkeit des GSpG mit dem Unionsrecht angezweifelt.

I.3. Mit Schreiben vom 9. Mai 2019 legte die belangte Behörde die Beschwerde samt zugehörigem Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidung vor. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht erlassen.

I.4. Mit E-Mail vom 9. Jänner 2020 brachte die Bf unter Bezugnahme auf das Erkenntnis des EuGH vom 12. September 2019, in den verbundenen Rechtssachen C-64/18, C-140/18, C-146/18 und C-148/18, eine ergänzende Stellungnahme vor. Mit E-Mail vom selben Tag brachte die Bf dem erkennenden Gericht weiters eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 30. Oktober 2019 zur Thematik „Geschicklichkeitsvariante" bzw. Überwiegen des Geschicklichkeitsanteils gegenüber dem Glücksspielanteil zur Kenntnis. Zudem wurde am 9. Jänner 2020 von der Bf per E-Mail eine Stellungnahme eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen an das erkennende Gericht übermittelt, wonach bei einem Gutachter, der ständig für die Begründung der Glücksspieleigenschaft herangezogen werde, die Eignung als Sachverständiger wegen methodischer Unzulänglichkeiten, mangelnder inhaltlicher Nachvollziehbarkeit und schwerer Verständlichkeit nicht gegeben sei.

I.5. Am 9. Jänner 2020 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, an der der Rechtsvertreter der Bf, ein Vertreter des Finanzamtes Gmunden Vöcklabruck sowie zwei Zeugen von der Finanzpolizei, Team 45, teilnahmen. Für die belangte Behörde ist - entschuldigt - kein Vertreter erschienen.

II. Feststellungen und Beweiswürdigung:

II.1. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in den vorgelegten Verwaltungsakt der belangten Behörde (insbesondere in die im Verfahrensakt erliegende finanzpolizeiliche GSp26- und Fotodokumentation über die Kontrolle am 21. November 2018, die Anzeige vom 7. Jänner 2019, in das Schreiben betreffend die Aufforderung zur Rechtfertigung vom 30. Jänner 2019) und die weiteren unter Punkt I. dargestellten Verfahrensschritte; insbesondere durch Abhaltung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 9. Jänner 2020.

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

Die Bf war zur vorgeworfenen Tatzeit am 21. November 2018 handelsrechtliche Geschäftsführerin der X GmbH (FN: X), einer österreichischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in X [Firmenbuchstand].

Betreiberin des Lokals mit der Bezeichnung „X" in X, X, ist die X s.r.o. Sie ist eine Gesellschaft nach X Recht mit Sitz in X, X, X, X, und einer Zweigniederlassung in Österreich an der Adresse X, X. Handelsrechtlicher Geschäftsführer war zur Tatzeit Z B [unbestritten gebliebene Erhebungen der Finanzpolizei und der belangten Behörde bzw. Firmenbuchstand].

Zum Zeitpunkt der finanzpolizeilichen Kontrolle am 21. November 2018, ab 13:15 Uhr, im gegenständlichen Lokal in X wurden die im Spruch des angefochtenen Straferkenntnisses angeführten (gerichtsbekannten Walzenspiel- bzw. Hunderennen-) Geräte vorgefunden und wegen des Verdachts des Verstoßes gegen das GSpG beschlagnahmt [Bescheinigung über die Beschlagnahme vom 21. November 2018, GSp26- und Fotodokumentation].

Von der Finanzpolizei wurde in Bezug auf die bei der Kontrolle am 21. November 2018 vorgefundenen Geräte hinsichtlich der Bf folgende Tathandlung zur Last gelegt bzw. angezeigt [Anzeige vom 7. Jänner 2019, auszugsweise]:

„Die Firma X GmbH hat in der Zeit vom 16.11.2018 bis 21.11.2018 (lt. niederschriftlicher Aussage des Dienstnehmers C M) Personal gegen Entgeld [sic!] an die X s.r.o. überlassen. Die X s.r.o. wiederum hat durch die Arbeitsleistung dieses überlassenen Personals am Kontrollort verbotene Ausspielungen nach dem GSpG zugänglich gemacht.
Die X GmbH hat somit Personal gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt, um fortgesetzt Einnahmen aus den mit den Eingriffsgegenständen veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen gemäß § 2 Abs. 4 GSpG, an denen

vom Inland aus teilgenommen werden konnte, nämlich in Form von Walzenspielen und Hunderennen zu erzielen.
Die Firma X GmbH hat damit selbständig eine nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen aus der Durchführung von Glücksspielen ausgeübt und ist daher als Unternehmerin iSd. § 2 Abs. 2 GSpG zu betrachten.
Die Firma X hat sich somit an der Veranstaltung von Glücksspielen in Form verbotener Ausspielungen, an denen vom Inland aus teilgenommen werden konnte, als Unternehmer iSd. § 2 Abs. 2 GSpG beteiligt und deshalb eine Verwaltungsübertretung nach § 52 Abs. 1 Z 1, viertes Tatbild, GSpG begangen, was Frau R W als das zur Vertretung nach außen berufene Organ, also als handelsrechtliche Geschäftsführerin dieser Firma zu verantworten hat.
Die mit den Eingriffsgegenständen ermöglichten Spiele waren deshalb Glücksspiele im Sinne des § 1 Abs. 1 des GSpG, weil den Spielern keinerlei Möglichkeiten geboten wurden, bewusst Einfluss auf den Ausgang der Spiele zu nehmen, sondern die Entscheidung über das Spielergebnis ausschließlich vom Zufall abhing. Die Spieler konnten nur einen Einsatz und den dazugehörenden Gewinnplan auswählen, den Spielablauf durch Tastenbetätigung auslösen und die Entscheidung über das Spielergebnis abwarten. [...]"

Die belangte Behörde hat mit Schreiben vom 30. Jänner 2019 [Aufforderung zur Rechtfertigung] unter Anschluss der Anzeige der Finanzpolizei vom 7. Jänner 2019 folgenden Tatvorwurf gegenüber der Bf erhoben und gemeint, dass damit § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG verwirklicht sei:

„Sie haben, wie am 21.11.2018 um 13.15 Uhr, in X, X, im Lokal mit der Bezeichnung ‚X', Betreiber: X s.r.o., von Organen des Finanzamtes Gmunden Vöcklabruck anlässlich einer Kontrolle festgestellt worden ist, die Räumlichkeiten im gegenständlichen Standort gegen Entgelt zur Verfügung gestellt, um fortgesetzt Einnahmen aus den mit den Eingriffs-gegenständen veranstalteten Glücksspielen in Form von verbotenen Ausspielungen, an denen Spieler vom Inland aus teilnehmen konnten unternehmerisch beteiligt, indem Sie die Glücksspielgeräte mit der Gehäusebezeichnung [...] zumindest seit 21.11.2018, im Lokal geduldet haben, bei welchen wiederholt Glücksspiele in Form von Walzenspielen und Hunderennen durchgeführt wurden und aufgrund der möglichen Einsätze und der in Aussicht gestellten Gewinne in das Glücksspielmonopol des Bundes eingegriffen wurde, weil die dafür erforderliche Konzession des Bundesministeriums für Finanzen nicht vorlag."

Die belangte Behörde hat der Bf im angefochtenen Straferkenntnis den unter I.1. wiedergegebenen Tatvorwurf zur Last gelegt [Straferkenntnis vom 10. April 2019].

II.3. Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich zweifelsfrei aus dem Bezug habenden Verfahrensakt der belangten Behörde, der Anzeige der Finanzpolizei, der Aufforderung zur Rechtfertigung und dem angefochtenen Straferkenntnis bzw. im Einzelnen aus den in eckiger Klammer angegebenen Beweismitteln. Die einzelnen - hier entscheidungswesentlichen - Sachverhaltselemente sind unbestritten und

erscheinen dem Verwaltungsgericht ausreichend, um die gegenständliche Sache im Sinn der getroffenen Entscheidung rechtlich zu beurteilen.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

III.1. Rechtsgrundlagen:

Gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG (BGBl. Nr. 620/1989 in der zur vorgeworfenen Tatzeit geltenden Fassung) begeht derjenige eine Verwaltungsübertretung und ist hierfür mit einer Geldstrafe zu bestrafen, wer zur Teilnahme vom Inland aus verbotene Ausspielungen im Sinne des § 2 Abs. 4 veranstaltet, organisiert oder unternehmerisch zugänglich macht oder sich als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 2 daran beteiligt.

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

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

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

III.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

III.2.1. Die Umschreibung der Tat hat - bereits im Spruch und nicht erst in der Bescheidbegründung (VwSlg 17.326 A/2007; VwGH 1.7.2010, 2008/09/0149) - so präzise zu sein, dass der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte wahren kann und er nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt ist (z.B. VwSlg 11.894 A/1985; VwGH 12.3.2010, 2010/17/0017; 17.4.2012, 2010/04/0057), sie muss mithin die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale, die zur Individualisierung und Konkretisierung des inkriminierten Verhaltens erforderlich sind, ermöglichen (vgl. VwGH 20.7.1988, 86/01/0258; 31.1.2000, 97/10/0139; so auch VwGH 6.11.2012, 2012/09/0066 [AuslBG]) und sie darf keinen Zweifel daran bestehen lassen, wofür der Täter

bestraft worden ist (VwGH 23.4.2008, 2005/03/0243). Andererseits dürfen bei der Angabe der als erwiesen angenommenen Tat auch keine Verhaltensweisen mitumfasst werden, die nicht der verletzten Verwaltungsvorschrift im Sinne des § 44a Z 2 unterliegen (vgl. VwGH 24.4.2008, 2007/07/0124); so bei *Fister* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG[2] § 44a Rz 2, Stand 1.5.2017, rdb.at.

Die Umschreibung der als erwiesen angenommenen Tat hat sich am jeweils in Betracht kommenden Tatbild zu orientieren (VwGH 25.2.1992, 91/04/0285), die Frage ihrer Übereinstimmung mit den Erfordernissen des § 44a Z 1 ist folglich in jedem konkreten Fall einzeln zu beurteilen (VwGH 17.9.2009, 2008/07/0067; so die Darstellung der reichhaltigen Rechtsprechung zu einzelnen Rechtsbereichen bei *Walter/Thienel* II[2] § 44a E 94 ff). Eine ausreichende Konkretisierung wird aber in aller Regel die Angabe von Tatort, Tatzeit sowie des wesentlichen Inhaltes des Tatgeschehens bedingen (VwGH 27.4.2011, 2010/08/0091): [...] aus der Umschreibung der Tathandlung muss sogleich auf das Vorliegen der bestimmten Übertretung geschlossen werden können (VwGH 18.10.2007, 2005/09/0126) [...]. (Siehe wiederum bei *Fister* in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG[2] § 44a Rz 3.)

Die Tat ist dabei so eindeutig zu umschreiben, dass kein Zweifel besteht, wofür der Täter zur Verantwortung gezogen wird. Diesen Anforderungen ist dann entsprochen, wenn die Tat dem Täter in so konkreter Umschreibung vorgeworfen wird, dass dieser in die Lage versetzt wird, auf den konkreten Tatvorwurf bezogene Beweise anzubieten, um eben diesen Tatvorwurf zu widerlegen, und der Beschuldigte rechtlich davor geschützt ist, wegen desselben Verhaltens nochmals zur Verantwortung gezogen zu werden (vgl. VwGH 25.2.2003, 2001/10/0257).

Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist es gemäß § 44a Z 1 VStG rechtlich geboten, die Tat hinsichtlich des Täters und der Tatumstände so genau zu umschreiben, dass die Zuordnung des Tatverhaltens zur Verwaltungsvorschrift, die durch die Tat verletzt worden ist, in Ansehung aller Tatbestandsmerkmale ermöglicht wird und die Identität der Tat unverwechselbar feststeht (vgl. VwGH [verstärkter Senat] vom 13. Juni 1984, 82/03/0265). Die Einhaltung des § 44a Z 1 und 2 VStG dient nach der Rechtsprechung dazu, den Beschuldigten in die Lage zu versetzen, sich gegen den Tatvorwurf verteidigen zu können und nicht der Gefahr einer Doppelbestrafung ausgesetzt zu sein (vgl. VwGH 3.6.2015, 2013/17/0407, mwH).

III.2.2. Im vorliegenden Fall hat die belangte Behörde in der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 30. Jänner 2019 der Bf ohne aktenkundige Anhaltspunkte vorgeworfen, die Räumlichkeiten im gegenständlichen Standort gegen Entgelt zur Verfügung gestellt zu haben und hat die Bf als unternehmerisch Beteiligte angesehen, indem sie die näher bezeichneten Glücksspielgeräte zumindest seit 21. November 2018 im Lokal geduldet habe. Obwohl danach an das dritte Tatbild

des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG zu denken wäre, führt die belangte Behörde das vierte Tatbild des § 52 Abs. 1 Z 1 leg.cit. als übertretene Rechtsvorschrift an.

Diese Aufforderung zur Rechtfertigung ist schon in tatsächlicher Hinsicht verfehlt, weil weder die Bf persönlich, noch die von ihr vertretenen Gesellschaften über die Räumlichkeiten des Lokals mit der Bezeichnung „X" in X verfügungsberechtigt waren. Lokalbetreiberin ist nämlich die X s.r.o., deren handelsrechtlicher Geschäftsführer war zur Tatzeit bzw. ist Z B. Für einen inhaltlichen Vorwurf in Richtung des dritten Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG ist bezüglich der Bf keinerlei Tatsachengrundlage in den vorgelegten Verwaltungsstrafakten zu finden. Aus der aktenkundigen Anzeige geht tatsächlich vielmehr hervor, dass die X GmbH Personal gegen Entgelt an die X s.r.o. überlassen habe, welche ihrerseits als Lokalbetreiberin durch die Arbeitsleistung des überlassenen Personals die verbotenen Ausspielungen am Kontrollort zugänglich gemacht habe.

Diese Personalüberlassung speziell im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Spiellokals mit Glücksspielgeräten wurde von der Abgabenbehörde mit Recht als unternehmerische Beteiligung im Sinne des § 2 Abs. 2 GSpG und damit als Verwaltungsübertretung nach dem vierten Tatbild des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG eingeordnet und angezeigt. In dieser Personalüberlassung wird man die unternehmerische Erbringung einer Teilleistung zur Durchführung von Glücksspielen im Sinne des § 2 Abs. 2 Satz 2 GSpG durch Ausspielungen mit Glücksspielgeräten im gegenständlichen Lokal sehen müssen, die zumindest in Absprache mit der Lokalinhaberin erfolgt ist.

Im Straferkenntnis vom 10. April 2019 hat die belangte Behörde der Bf abermals zu Unrecht vorgeworfen, in den Räumlichkeiten des in Rede stehenden Lokals näher bezeichnete Glücksspielgeräte zumindest seit 21. November 2018 (bis zur Kontrolle) „geduldet" zu haben. Gleichzeitig wurde gegen die Bf auch noch der zusätzliche bzw. neu erhobene und nicht näher präzisierte Vorwurf vermengt, sie habe sich an verbotenen Ausspielungen unternehmerisch beteiligt, weil sie Personal gegen Entgelt dem Glücksspielveranstalter zur Verfügung gestellt habe. Als verletzte Rechtsvorschrift führt die belangte Behörde § 52 Abs. 1 Z 1 viertes Tatbild GSpG an.

Abgesehen davon, dass dieser Vorwurf als eine inkonsistente Mischung vom dritten mit dem vierten Tatbild des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG erscheint, findet er keine Grundlage im vorgelegten Akt der belangten Behörde, zumal der Anzeige des Finanzamtes Gmunden Vöcklabruck nur die oben dargestellte unternehmerische Beteiligung der X GmbH nach dem vierten Tatbild des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG durch entgeltliche Personalüberlassung an die lokalbetreibende X s.r.o. zu entnehmen ist.

Es ist insbesondere vor dem Hintergrund der hinreichend klar geratenen Anzeige der Organe der Finanzpolizei aus Sicht des erkennenden Gerichtes in keiner Weise nachvollziehbar und zugleich unerfindlich, warum die belangte Behörde zum einen verschiedene Tatbilder des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG ungeordnet verbindet bzw. miteinander vermischt und - in aktenwidriger Weise - der Bf (persönlich oder allenfalls als zur Vertretung nach außen Berufene einer juristischen Person) die Stellung als Betreiberin des Lokals „X" in X zuschreibt. Alleine dies belastet den gegenständlich von der belangten Behörde erhobenen Tatvorwurf am Maßstab der obzitierten Rechtsprechung zu den Erfordernissen einer präzisen Umschreibung des Tatvorwurfes zur Vermeidung der Gefahr einer Doppelbestrafung mit entscheidungswesentlichen Mängeln.

III.2.3. Keine Ausdehnung des Verfahrensgegenstandes:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes 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 zugrunde 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 Gegenstandes des Verfahrens über die Sache des Verwaltungsstrafverfahrens im Sinne 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, 99/04/0115).

Zu einer Abänderung des Tatvorwurfes 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, Rz 10).

Das Verwaltungsgericht ist im gegebenen Fall (auch) insofern nicht berechtigt, den durch den Spruch des behördlichen Straferkenntnisses festgelegten Tatvorwurf dahingehend abzuändern, dass der Bf nunmehr - isoliert betrachtet - vorgeworfen wird, dass sie es als handelsrechtliche Geschäftsführerin der X GmbH zu verantworten hat, dass sich diese wegen entgeltlicher Personalüberlassung an die Lokalinhaberin unternehmerisch an verbotenen Ausspielungen beteiligt, weil gegenüber der Bf damit erstmalig ein gesetzgemäßer Vorwurf ohne die

Vermengung mit dem Zur-Verfügung-Stellen des Lokals bzw. der Duldung von Glücksspielgeräten in demselben (drittes Tatbild) gemacht würde.

III.3. Zusammenfassend wurde der Bf im vorliegenden Verfahren das Zur-Verfügung-Stellen von Räumlichkeiten in Verbindung mit der Duldung der Glücksspielgeräte im gegenständlichen Lokal und im Spruch des Straferkenntnisses auch noch ergänzend und in sich widersprüchlich eine unternehmerische Beteiligung wegen entgeltlicher Personalüberlassung an den Glücksspielveranstalter vorgeworfen. Auch in der Begründung des Straferkenntnisses findet sich kein Anhaltspunkt hinsichtlich des richtigen Tatvorwurfes.

Die Anzeige des Finanzamtes betreffend eine unternehmerische Beteiligung der X GmbH an der Durchführung von Glücksspielen durch Überlassung von Personal (Teilleistung im Sinne des § 2 Abs. 2 Satz 2 GSpG) an die Lokalinhaberin, die X s.r.o., hat die belangte Behörde verkannt und deshalb nicht richtig aufgegriffen. Vielmehr hat die belangte Behörde in einer nicht nachvollziehbaren Art Elemente des dritten Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG in ihren erhobenen Tatvorwurf integriert, sodass insgesamt diese Vermengung der Tatbilder einen Vorwurf herbeiführt, der den Anforderungen der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht standhält.

Die erforderliche radikale Änderung des Tatvorwurfes durch das Verwaltungsgericht würde außerhalb der Jahresfrist für die Verfolgungsverjährung liegen und zudem einen Austausch der Tat bedeuten. Das Verwaltungsgericht ist nach der dargestellten Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht befugt, den von der Strafbehörde erhobenen Tatvorwurf, der mit entscheidungswesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Mängeln behaftet ist, im gegenständlichen Beschwerdeverfahren zu korrigieren und einen anders gelagerten Tatvorwurf durch Neuformulierung des Schuldspruchs erstmals 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. Dass der Bf mit der Aufforderung zur Rechtfertigung vom 30. Jänner 2019 auch die Anzeige des Finanzamtes Gmunden Vöcklabruck mit dem richtigen Tatvorwurf zur Kenntnis gebracht wurde, tut der Beurteilung in diesem Fall keinen Abbruch, denn es war in keiner Verfahrenshandlung der für das Strafverfahren zuständigen Behörde ersichtlich, dass diese den rechtlich relevanten Sachverhalt erkannt hätte und davon ausgehend ihrem Verfolgungsverhalten zugrunde gelegt haben könnte. Die tatsächlich bedeutsamen Sachverhaltselemente waren nie Gegenstand der Beurteilung der belangten Behörde.

Im Ergebnis war das angefochtene Straferkenntnis aus den dargelegten Gründen aufzuheben und das Verwaltungsstrafverfahren einzustellen, weil die Bf die ihr zur Last gelegte Verwaltungsübertretung nicht begangen hat. Vor diesem Hintergrund

erübrigt sich ein Eingehen auf die weiteren im Rechtsmittel bzw. ergänzend vorgetragenen Beschwerdepunkte der Bf.

III.4. Bei diesem Ergebnis entfällt sowohl die Verpflichtung zur Leistung von Beiträgen zu den Kosten des verwaltungsbehördlichen Strafverfahrens (§ 66 Abs. 1 VStG iVm § 38 VwGVG) als auch zu den Kosten des Beschwerdeverfahrens beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich (§ 52 Abs. 9 VwGVG).

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichtes weicht nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Auslegung des dritten und vierten Tatbildes des § 52 Abs. 1 Z 1 GSpG, zur als erwiesen angenommenen Tat gemäß § 44a Z 1 VStG bzw. zu den generellen Anforderungen des Tatvorwurfes und zur Frage der Entscheidungsbefugnis in der „Sache des Verwaltungsstrafverfahrens" bzw. der unzulässigen Auswechslung der Tat ab. Auch fehlt es nicht an einer diesbezüglichen 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 diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

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

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Wimmer